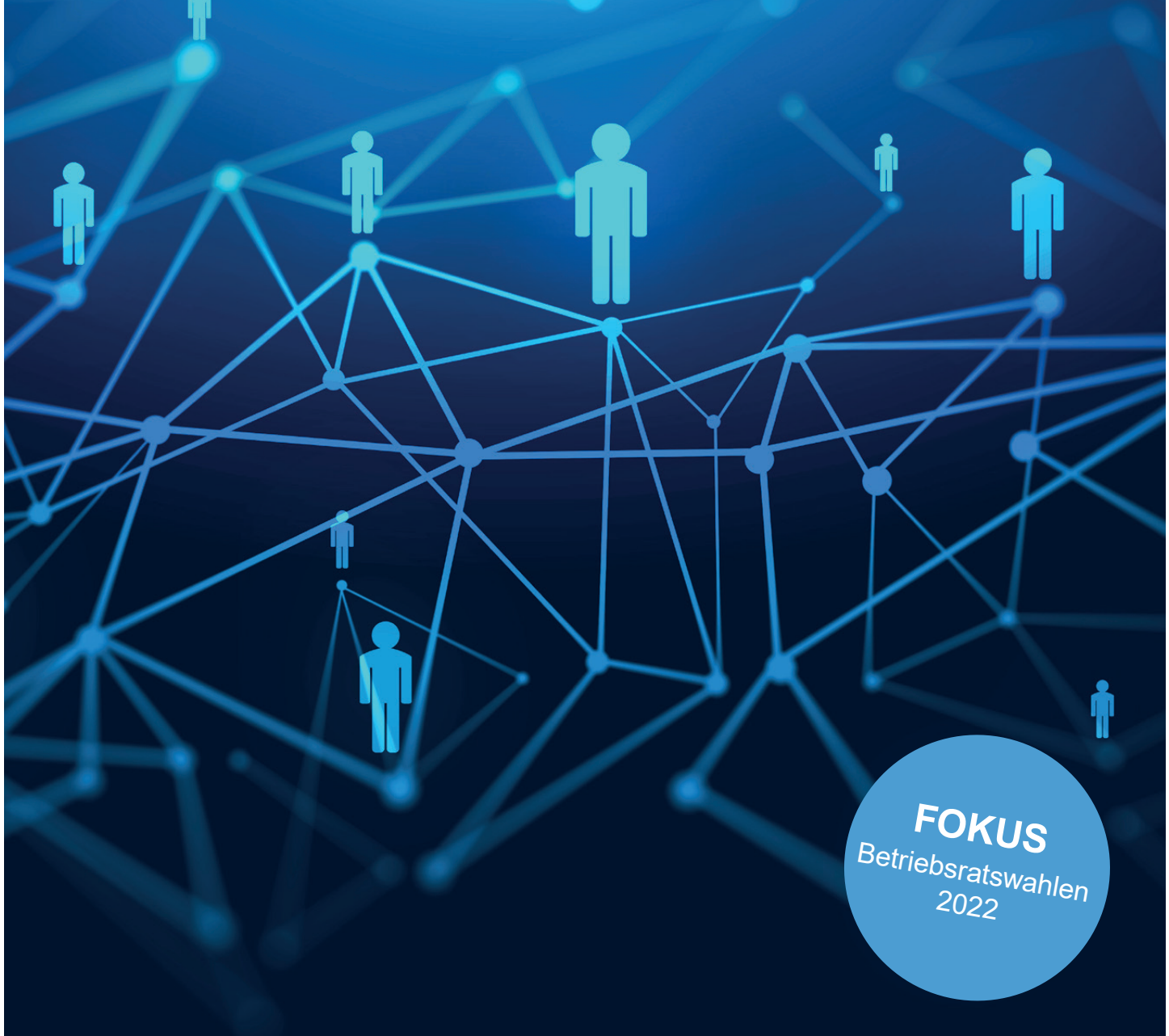


# Luther.



**FOKUS**  
Betriebsratswahlen  
2022

## Newsletter Arbeitsrecht

3. Ausgabe 2021

# Inhalt

Modernisierte (?) Betriebsratswahlen 2022 .....	4
Politik, Parteien und Pensionen: Die Pläne der Parteien für die Reform unserer Alterssicherung .....	8
<b>■ URTEILSBESPRECHUNGEN</b>	
Selbstbeurlaubung kann auch bei Prozessbeschäftigung Kündigungsgrund sein .....	11
Unwirksamkeit zu weit gefasster Verfallklausel .....	12
Arbeitnehmerbegriff bei Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers .....	14
Verjährung von Ansprüchen wegen Verletzung des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes.....	16
Wahrung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz bei Erteilung einer Tätigkeitsbeschreibung für Syndizi.....	18
Ungleichbehandlung bei Nachtarbeitszuschlägen .....	20
Kreativität beim Abstimmen gefährdet den Erfolg.....	22
<b>■ RECHTSPRECHUNG IN KÜRZE</b>	
<b>■ ALLGEMEINE HINWEISE</b>	
Autoren dieser Ausgabe .....	28
Veranstaltungen, Veröffentlichungen und Blog .....	29

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

nach der Bundestagswahl stehen nun im nächsten Jahr die Betriebsratswahlen an. In der Zeit zwischen dem 1. März und dem 31. Mai 2022 werden in Deutschlands Unternehmen wieder Betriebsräte gewählt. Mit dem Betriebsrätemodernisierungsgesetz hat der Gesetzgeber dieses Jahr neue Regeln für das Wahlverfahren geschaffen. In den meisten Betrieben hat der Wahlkampf zudem bereits begonnen. Die anhaltende Pandemie wirft hierbei neue Fragen auf. Anlass genug für Dietmar Heise Ihnen in unserem aktuellen Newsletter einen ersten Überblick zu geben. Dietmar Heise informiert Sie dabei über die grundlegenden Punkte, die Unternehmen jetzt beachten sollten! Zudem beleuchten wir das Thema „Betriebsratswahl 2022“ in den kommenden Wochen noch intensiver mit aktuellen Beiträgen hierzu auf unserer Website. Es lohnt sich daher ein regelmäßiger Blick auf unsere Website. Dort finden Sie auch unseren Luther-Blog Arbeitsrecht, in welchem wir über aktuelle Themen aus dem Bereich des Arbeitsrechts informieren.

Seit dem 1. Juli 2021 verstärken die beiden renommierten Experten für betriebliche Altersvorsorge, Dr. Marco Arteaga und Dr. Annekatriin Veit unsere Praxisgruppe. In dieser Ausgabe unseres Newsletters stellen sie sich mit einem ersten Beitrag vor. Dr. Marco Arteaga und Dr. Annekatriin Veit werfen darin im Nachgang zur Bundestagswahl einen Blick darauf, was die Parteien sich jeweils für die private Altersvorsorge und die betriebliche Altersversorgung vorgenommen haben. Ein Blick in die Wahlprogramme der Parteien zeigt, dass sich deren Vorstellungen zur Stärkung der gesetzlichen, betrieblichen und privaten Altersvorsorge wesentlich unterscheiden. Verschaffen Sie sich mit dem Beitrag von Dr. Marco Arteaga und Dr. Annekatriin Veit einen ersten Überblick!

Selbstverständlich befassen wir uns daneben auch in diesem Newsletter mit den aktuellen Entwicklungen in der Rechtsprechung. Wir haben hierbei wieder eine Auswahl getroffen, bei der wir hoffen, dass sie für Sie von besonderem Interesse ist.

Wir freuen uns auf Ihr Feedback zu unseren Themen. Sprechen Sie unsere Autorinnen und Autoren gerne direkt an, wenn Sie Anregungen oder Fragen haben.

Ihr

Achim Braner

# Modernisierte (?) Betriebsratswahlen 2022

## Zaghafte Schritte und Populismus statt mutiger Reform



Im Frühjahr 2022 stehen die nächsten turnusmäßigen Betriebsratswahlen an. Das Betriebsrätemodernisierungsgesetz brachte nur wenige, eher populistische Veränderungen. Etwas stärker wurde jüngst die Wahlordnung geändert. Trotzdem: Der große Wurf zu einer Betriebsratswahl 4.0 wurde verpasst. Die Chancen der Digitalisierung wurden nicht ausgeschöpft.

### **Im Wesentlichen nichts Neues: Der Ablauf einer Betriebsratswahl**

Herr des Wahlverfahrens ist der Wahlvorstand. Existiert bereits ein Betriebsrat, so bestellt dieser den Wahlvorstand. Unterbleibt die Bestellung, so können das Arbeitsgericht (auf Antrag) oder der Gesamtbetriebsrat den Wahlvorstand bestellen, in Ermangelung eines Gesamt- auch der Konzernbetriebsrat. Durch die Arbeitnehmer selbst auf einer Wahlver-

sammlung kann ein Wahlvorstand nur in betriebsratslosen Betrieben eingesetzt werden.

Der weitere Ablauf der Betriebsratswahl hängt von der Betriebsgröße ab: in kleineren Betrieben mit bis zu 100 wahlberechtigten Arbeitnehmern findet eine „vereinfachte“ Wahl statt, in den größeren Betrieben eine aufwendigere, dafür weniger fehleranfällige.

### **Die reguläre Betriebsratswahl (Betriebe mit mehr als 100 wahlberechtigten Arbeitnehmern) – grober Ablauf**

Der Wahlvorstand hat eine Fülle an Aufgaben zu erledigen: Zu Beginn hat er zu prüfen, welches genau der Betrieb im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne ist. Das wird in vielen Fäl-

len unproblematisch sein, kann aber zu anspruchsvollen Fragen führen etwa in Fällen eines Gemeinschaftsbetriebes, bei filialisierten Einheiten und neuerdings vermehrt bei Home und Mobiler Arbeit. Damit einher geht die Frage, wer Arbeitnehmer des Betriebes ist. Bei dieser Festlegung hat der Arbeitgeber durch Informationen mitzuwirken. In mittleren Betrieben von 101 bis 200 wahlberechtigten Arbeitnehmern kann der Wahlvorstand mit dem Arbeitgeber das „vereinfachte“ Wahlverfahren vereinbaren.

In der weiteren Vorbereitung bestimmt der Wahlvorstand das Wahldatum (zwischen dem 1. März und 31. Mai 2022). Er stellt die Wählerliste auf und erlässt ein (aufwendiges und meist fehlerträchtiges) Wahlausschreiben. Diese beiden Dokumente und die geltende Wahlordnung hängt der Wahlvorstand an geeigneter Stelle aus. Über Einsprüche der Arbeitnehmer gegen die Richtigkeit der Wählerliste entscheidet der Wahlvorstand bis zum Tage vor Beginn der Stimmabgabe.

Gewählt wird anhand von Vorschlagslisten. Sowohl wahlberechtigte Arbeitnehmer als auch die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften können Listen erstellen und diese binnen 14 Tagen ab Aushang des Wahlausschreibens dem Wahlvorstand einreichen. Der Wahlvorstand hat die Listen vorzugsweise bei Einlegung, sonst unverzüglich danach und spätestens zwei Arbeitstage nach Einreichung zu prüfen und – falls erforderlich – zu beanstanden.

Den Vorschlagslisten werden spätestens eine Woche vor der Stimmabgabe bekannt gemacht. Bei mehreren Vorschlagslisten wird im Wege einer Verhältniswahl gewählt. Die Wähler können (nur) die Listen ankreuzen, über die Reihenfolge der Kandidaten auf den Listen haben sie nicht zu entscheiden. Bleibt es bei einer gültigen Liste, so findet eine Mehrheitswahl statt: Jeder Wähler hat so viele Stimmen wie es Sitze im Betriebsrat geben wird. Diese kann er frei auf die Bewerber verteilen; er kann allerdings nicht mehrere Stimmen auf einen Bewerber häufen.

Die eigentliche Wahl findet in einem geeigneten Wahlraum unter Verwendung einer Wahlurne statt. Das Wahlgeheimnis ist während des gesamten Wahlvorgangs zu gewährleisten. Briefwahlen sind – anders als z. B. bei Bundestagswahlen – nur ausnahmsweise möglich.

Nach Abschluss der Stimmabgabe werden die Stimmen in öffentlicher Sitzung ausgezählt. Die darüber angefertigte Wahlniederschrift ist vom Vorsitzenden und einem weiteren Wahlvorstand zu unterschreiben. Die Gewählten werden

benachrichtigt und können innerhalb von drei Tagen die Wahl ablehnen, sonst gilt die Wahl als angenommen.

Der Wahlvorstand hat abschließend das endgültige Wahlergebnis bekannt zu machen und je eine Abschrift der Wahlniederschrift an den Arbeitgeber und ggf. die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften zu senden. Sodann hat er noch den neuen Betriebsrat zur konstituierenden Sitzung einzuladen und die Wahl eines Wahlleiters zur Wahl des Betriebsratsvorsitzenden zu leiten. Damit endet das Amt des Wahlvorstands. Die Amtszeit des neuen Betriebsrats beginnt allerdings erst, wenn diejenige des bisherigen Betriebsrats geendet hat.

### **Die „vereinfachte“ Wahl (Betriebe mit bis zu 100 wahlberechtigten Arbeitnehmern)**

Um die „vereinfachte“ Wahl sogleich „einfach“ zu machen: Es gibt zwei verschiedene Varianten, nämlich eine sogenannte einstufige und eine sogenannte zweistufige.

Das einstufige Verfahren findet statt, wenn bereits ein Betriebsrat besteht, wenn also „nur“ eine Neuwahl und keine Erstwahl ansteht. In dieser Variante bestellt der amtierende Betriebsrat den Wahlvorstand. Dessen erste Aufgaben sind bereits oben grob beschrieben (vorbereitende Prüfungen, Aufstellung der Wählerliste und Erlass des Wahlausschreibens). Von den Wahlberechtigten werden Wahlvorschläge eingereicht, die nach einer Prüfung durch den Wahlvorstand bekannt gemacht werden. Gewählt wird im Rahmen einer Wahlversammlung. Die Wahl, die Stimmauszählung und die Bekanntmachung entsprechen im Wesentlichen ebenfalls der „normalen“ Wahl. Es werden jedoch jedenfalls direkt Bewerber im Wege der Mehrheitswahl gewählt, eine Verhältniswahl von konkurrierenden Listen ist ausgeschlossen. Die Briefwahl ist als nachträgliche schriftliche Stimmabgabe vorgesehen, die Briefwahlstimmen werden also erst im Nachgang zu der Wahlversammlung ermittelt.

Im einstufigen Verfahren wird die Wahl auch durchgeführt, wenn der Wahlvorstand mit dem Arbeitgeber die „vereinfachte“ Wahl in Betrieben mit mindestens 101 und bis zu 200 wahlberechtigten Arbeitnehmern vereinbart. Empfehlenswert ist das allenfalls, wenn der Wahlvorstand sehr erfahren oder eine intensive fachkundige Beratung sichergestellt ist.

Wird erstmals (oder nach Betriebsratspause) ein Betriebsrat gewählt, so gilt das zweistufige Verfahren. Die wesentlichen Ereignisse der Wahl spielen sich auf zwei aufeinander folgenden Wahlversammlungen ab. Zu der ersten Wahlversamm-

lung können mindestens drei wahlberechtigten Arbeitnehmer oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft einladen. Auf dieser wird der Wahlvorstand gewählt, der dann auch schon die weiteren Vorbereitungen zu treffen hat, z. B. eine Wählerliste aufzustellen, ein Wahlausschreiben zu erlassen und Wahlvorschläge einzuholen. Das ist ohne (nicht ausdrücklich) vorgesehene Vorbereitung der Mitglieder des Wahlvorstandes nicht zu leisten und alles andere als „einfach“. Entweder ist dieses Verfahren also sehr fehlerträchtig oder aber nur durch eine von externen Beratern geführte Vorbereitung zu leisten.

Die Wahl im Rahmen der zweiten Wahlversammlung entspricht derjenigen des einstufigen Verfahrens.

## Neuerungen durch das „Betriebsrätemodernisierungsgesetz“ und die geänderte Wahlordnung

Mit Verabschiedung des am 18. Juni 2021 in Kraft getretenen Betriebsrätemodernisierungsgesetzes verfolgte der Gesetzgeber auch das Ziel, die Betriebsratswahl zu fördern. Die konkreten Fördermaßnahmen belegen allerdings, dass eine Minderheit der Belegschaft die Bildung des Betriebsrats leichter durchsetzen können soll. Das ist wohl nicht das landläufige Verständnis von Demokratie. Im Einzelnen hält sich die „Modernisierung“ der Betriebsratswahl in Grenzen:

- Das „vereinfachte“ Wahlverfahren galt bislang nur für Betriebe mit bis zu 50 wahlberechtigten Arbeitnehmern (optional durch Vereinbarung mit dem Arbeitgeber bei bis zu 100 Wahlberechtigten). Die Schwellenwerte wurden wie beschrieben verdoppelt. Das beschleunigt nur die Bildung des Betriebsrats und setzt diejenigen Arbeitnehmer in Vorteil, die sich zuvor mit der Bildung des Betriebsrats beschäftigt haben.
- Wahlvorschläge erfordern die Unterstützung eines Quorums der Belegschaft. Daher müssen sog. Stützunterschriften für Wahlvorschläge in der Belegschaft gesammelt werden. So sollten „Splitterparteien“ unterbunden werden. Die Werte wurden deutlich reduziert. Künftig sind in Betrieben mit bis zu 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern keine Unterschriften mehr notwendig (bislang: zwei), bei 21-100 genügen bereits zwei Stützunterschriften (bislang: 1/20, mindestens drei). Erst ab 101 Wahlberechtigten muss wie bislang ein Zwanzigstel der Wahlberechtigten den Wahlvorschlag unterstützen. Die Höchstgrenze bleibt bei 50 Unterschriften.

- Das aktive Wahlrecht steht nun bereits Beschäftigten ab dem 16. Lebensjahr zu (bislang: 18), während das passive Wahlrecht weiter auf das 18. Lebensjahr beschränkt ist. Das dürfte überwiegend Azubis treffen. Sie dürfen das Wahlvolk mehren, der Gesetzgeber hält sie aber noch nicht für mündig genug, die Betriebsratsarbeit mit zu tragen.
- Die Initiative zur Betriebsratswahl wird für eine größere Zahl an Arbeitnehmern mit Kündigungsschutz belohnt – wenn es richtig gemacht wird: Nunmehr kommen die ersten sechs Arbeitnehmer statt bisher die ersten drei in den Genuss, wenn sie in der Einladung zu einer Betriebsversammlung aufgeführt werden. Erst der siebte, der nicht auf die Reihenfolge achtet, hat Pech. Anders, wenn die Bestellung durch das Arbeitsgericht beantragt wird. Auf diesem Weg sind nur – wie bislang – die ersten drei Antragsteller geschützt. Neu hinzu tritt: Wer eine öffentlich beglaubigte (!) Erklärung abgibt, dass er die Absicht habe, einen Betriebsrat zu errichten, erhält nun auch Kündigungsschutz. Er muss dann allerdings binnen dreier Monate zu einer Betriebsratswahl einladen – oder womöglich ein neue Erklärung abgeben. Eine ähnliche Beurkundungsbürokratie wurde in der Arbeitnehmerüberlassung mit der „Festhaltenserklärung“ eingeführt – bezeichnenderweise zum 1. April (2017).

Eingeschränkt wurde die Anfechtung der Wahl: Sie kann nur auf die Unrichtigkeit der Wählerliste gestützt werden, wenn (irgend-)ein Arbeitnehmer zuvor gegen die Richtigkeit der Wählerliste Einspruch eingelegt hatte. Diese Einschränkung gilt nicht, wenn gerade den Anfechtenden die Einlegung nicht möglich war. Eine Anfechtung ist nun zudem dem Arbeitgeber verwehrt, wenn die Unrichtigkeit der Wählerliste auf seinen Angaben beruht.

Ein wenig tiefer greifen die Änderungen der Wahlordnung im Oktober 2021:

- Dem Wahlvorstand ist es durch Beschluss möglich, nicht öffentliche Sitzungen in einer Video- oder Telefonkonferenz abzuhalten. Dies gilt nicht bei einer Wahlversammlung, der Prüfung von Vorschlagslisten oder Zuordnung der Ordnungsnummern zu Vorschlagslisten durch Losverfahren. Mehr „digital“ wagt der Verordnungsgeber nicht. Kurios: Wie das Losverfahren zur Nummerierung der Vorschlagslisten durchgeführt wird ist nicht festgelegt. Daher wäre auch ein digitalisierter Losentscheid möglich. Aber nur in einer Präsenzsitzung.

- Ein Novum gibt es für die Fristen, die den Wahlberechtigten für Handlungen im Rahmen der Betriebsratswahl zu setzen sind: Der Wahlvorstand darf künftig nicht nur einen Tag bestimmen, er kann auch eine Uhrzeit festlegen. Nur darf die Uhrzeit nicht vor dem Ende der Arbeitszeit der Mehrheit der Wählerinnen und Wähler an diesem Tag liegen. Wie soll der Wahlvorstand diese Mehrheit feststellen? Ist der Arbeitgeber zur Unterstützung verpflichtet? Was geschieht, wenn die die Mehrheit bildende Person am Tag des Fristablaufs fehlt? Und weshalb zählen Wählerinnen und Wähler und nicht Wahlberechtigte? Das BMA beruft sich auf BAG-Entscheidungen. Das BAG hatte die Angabe der Uhrzeit aber wesentlich enger gemeint.
- Eine kleine Änderung ist für das Wahlausschreiben vorgesehen: auf den Ausschluss einer Anfechtung aufgrund Unrichtigkeit der Wählerliste und die Anfechtungsfrist (siehe vor) sowie die Rechtsfolge derer Versäumung ist hinzuweisen.
- Der Wahlvorstand muss das Wahlausschreiben und die Briefwahlunterlagen unaufgefordert den Arbeitnehmern zukommen lassen, die am Wahltag bekanntermaßen nicht im Betrieb sein werden und daher zur Briefwahl berechtigt sind. Diese Pflicht entstand bislang nur, wenn die Eigenart des Beschäftigungsverhältnisses Ursache für die Abwesenheit war – also beispielsweise bei Home Office oder Außendienst. Nun erstreckt sie sich auf alle anderen Ursachen, insbesondere auf ruhende Arbeitsverhältnisse oder Arbeitsunfähigkeiten. Das Wahlausschreiben darf sogar elektronisch übermittelt werden (die Briefwahlunterlagen nicht).
- Eine Berichtigung der Wählerliste ist bis zum Abschluss der Stimmabgabe möglich (bislang: bis zum Tag zuvor).
- Auf Wahlumschläge bei Präsenzwahlen soll verzichtet werden, für Briefwahlen bleiben sie notwendig. Dafür gibt es nun Regeln für die Faltung der Stimmzettel. Hoffentlich gelingt jedem Arbeitnehmer, was Laschet mißlang.

## Die Rolle des Arbeitgebers – Pflichten und Rechte

Die Neuregelungen sollen die Wahl eines Betriebsrats vereinfachen. Sie treffen allerdings auch den Arbeitgeber in seinem Pflichten und Rechten hinsichtlich einer Betriebsratswahl.

Der Arbeitgeber ist schon immer verpflichtet, die Wahl zu unterstützen und darf sie nicht behindern. Er hat die vom Wahlvorstand zur Durchführung der Wahl erforderlichen Informati-

onen bereitzustellen. Bislang war die umfassendste Aufgabe, alle Informationen über die Arbeitnehmer zu liefern, die für die Aufstellung der Wählerliste notwendig sind. Nun muss der Arbeitgeber auch vorausschauen und informieren, welche Arbeitnehmer am Wahltag nicht im Betrieb sein werden.

Daneben trägt der Arbeitgeber die erforderlichen Kosten der Wahl.

Die Einwirkungsmöglichkeiten des Arbeitgebers sind übersichtlich. Er darf die Wahlvorbereitung beobachten. Er darf dem Wahlvorstand auch Hinweise geben – selbst, wenn dies nicht ausdrücklich geregelt ist. Er kann den Wahlvorstand aber kaum zu Korrekturen von Fehlern zwingen: Nach der Rechtsprechung des BAG ist er insbesondere nicht zum Einspruch gegen die Wählerliste berechtigt, wenn etwa der Wahlvorstand die Arbeitnehmereigenschaft falsch bewertet.

Eine einstweilige Verfügung auf Abbruch einer Wahl wird ihm nur zugestanden, wenn die Wahl voraussichtlich nichtig ist (so BAG, Beschluss vom 15.04.2006 – 7 BAR 61/10). Das ist eine sehr hohe Hürde. Ob er bei erkannten Fehlern als milderer Mittel über eine einstweilige Verfügung auch eine Änderung des Verfahrens bewirken kann ist offen. Hierfür spricht allerdings, dass der Arbeitgeber andernfalls einen Fehler dulden müsste, um diesen später in einer Wahlanfechtung geltend zu machen. Diese ist dem Arbeitgeber unter unverändertem Rahmen möglich.

## Fazit

Allenthalben ist von den Umbrüchen der Arbeitswelt durch die fortschreitende Digitalisierung die Rede (und durch die neuen Erkenntnisse zu Home Office und Mobiler Arbeit infolge Corona). Eine digitale Betriebsratswahl (derzeit nicht zulässig, LAG Hamburg, Beschluss vom 15.02.2018 – 8 TaBV 5/17) wird nicht gewagt. Stattdessen feiert das BMA den Verzicht auf Wahlumschläge: Sie „verursachen Kosten und verbrauchen natürliche Ressourcen.“ Bravo.

Autor

## Dietmar Heise

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Stuttgart

# Politik, Parteien und Pensionen: Die Pläne der Parteien für die Reform unserer Alterssicherung

Die Bundestagswahl fand am 26. September 2021 statt. Die SPD hat knapp vor der Union gewonnen. Auf dem dritten und vierten Platz landeten Bündnis 90/Die Grünen („Die Grünen“) und die FDP. Eine Ampelkoalition beginnt sich abzuzeichnen. Zeit, einen Blick darauf zu werfen, was die Parteien sich jeweils für die private Altersvorsorge und die betriebliche Altersversorgung vorgenommen haben.

## Drei-Säulen-System

Unser System der Altersversorgung in Deutschland steht auf drei Säulen: Die erste Säule ist eine Pflichtversicherung, für die meisten die gesetzliche Rentenversicherung. Beamte, Angehörige freier Berufe und Selbständige gehören nicht zu den Pflichtversicherten. Beamte erhalten ihre Pension direkt vom Staat. Die freien Berufe haben eigene Pflichtversicherungssysteme. Selbständige sind bislang keiner Pflichtversicherung unterworfen. Die zweite Säule ist die betriebliche Altersversorgung. Diese wird vom Arbeitgeber organisiert. Arbeitnehmer haben einen Anspruch auf eine selbst finanzierte Betriebsrente (Entgeltumwandlung). Zur dritten Säule zählen alle Formen der privaten Altersversorgung. Hier ist der Einzelne völlig frei in der Entscheidung, ob und wie er privat vorsorgt. Entscheidet er sich für eine sog. Riester- oder Rürup-Rente, erhält er vom Staat eine zusätzliche Förderung.

- Die **SPD** strebt die Einbeziehung der Selbständigen, der Beamten, der Angehörigen der freien Berufe und der Mandatsträger in die gesetzliche Rentenversicherung an. Nach Ansicht der SPD ist es an der Zeit, die Gesamtheit der Er-

werbstätigen in die Rentenversicherung aufzunehmen und die Sondersysteme auf lange Sicht zu überwinden. Wenn es zu einer Zusammenführung der Altersversorgung der Beamten und der gesetzlichen Rentenversicherung kommt, wird das Gesamtniveau ihrer Alterssicherung nicht reduziert.

- In eine ähnliche Richtung gehen die Pläne der Grünen: Sie wünschen sich, dass die gesetzliche Rentenversicherung schrittweise zu einer Bürgerversicherung weiterentwickelt wird, in die perspektivisch alle einbezogen werden. In einem ersten Schritt sollen Selbständige, die bisher nicht pflichtversichert sind, und Abgeordnete in die gesetzliche Rentenversicherung aufgenommen werden. Dabei sollen bereits bestehende private Altersvorsorgeformen sowie Altersgrenzen berücksichtigt werden.
- Die **FDP** will die Altersvorsorge nach einem Baukastenprinzip organisieren. Bausteine aus gesetzlicher, betrieblicher und privater Altersvorsorge sollen je nach Lebenslage flexibel kombiniert und an moderne Lebensläufe angepasst werden können. Alle Ansprüche aus diesem „Rentenbaukasten“ sollen bei Wechseln zwischen Arbeitgebern oder zwischen Beschäftigung und Selbständigkeit flexibel mitgenommen werden können. Außerdem soll die verpflichtende erste Säule unseres Rentensystems künftig auf zwei Pfeilern stehen. Ca. 90 % des Beitrags sollen weiter in die umlagefinanzierte Rentenversicherung fließen. Ca. 10 % des Beitrags sollen in einer langfristigen, chancenorientierten und kapitalgedeckten Altersvorsorge angelegt werden. Der oder die entsprechenden Fonds sollen unabhängig verwaltet werden (gesetzliche Aktienrente).
- Die **Union** macht sich stark für eine Alterssicherung auf den drei bisherigen Säulen. Sie will zudem eine Altersvorsorgepflicht für alle Selbständigen erreichen. Selbständige sollen zwischen der gesetzlichen Rentenversicherung und anderen Vorsorgearten wählen können. An den berufsständischen Versorgungswerken der freien Berufe will sie festhalten.

### Hinweis:

Am **27. Januar 2022, 12:00 Uhr** veranstaltet die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft ein **kostenloses Webinar zu neuesten Entwicklungen rund um die betriebliche Altersversorgung** in Rechtsprechung, Gesetzgebung und Verwaltung.

Melden Sie sich unter [contact@luther-lawfirm.com](mailto:contact@luther-lawfirm.com) für das Webinar an. Weitere Informationen finden Sie auch auf unserer Homepage. Unsere Referenten Dr. Marco Arteaga und Dr. Annetkatrin Veit freuen sich auf Ihre Teilnahme.



## Gesetzliche Rente: Rentenniveau, Grundrente, Rentenalter

Das Niveau der gesetzlichen Rente liegt, gemessen am sog. Standardrentner, derzeit bei 48 %, was eine Absenkung gegenüber früheren Zeiten bedeutet (2000: 53 %; 2010: 51,6 %). Grund hierfür sind die früheren Rentenreformen, mit denen bereits auf die demographische Entwicklung reagiert wurde. Das Rentenniveau soll bis 2025 bei dieser „Haltelinie“ von 48 % gehalten werden. Das Renteneintrittsalter für die Regelaltersrente wird bis 2029 auf 67 Jahre angehoben. Einige Renten, wie z. B. Altersrenten für langjährig Versicherte und besonders langjährig Versicherte, können früher abschlagsfrei in Anspruch genommen werden. Das Gesetz zur Grundrente ist Anfang 2021 in Kraft getreten. Bei der Grundrente handelt es sich um einen individuellen Zuschlag zur Rente, insbesondere für Rentner, die während ihrer Erwerbszeit unterdurchschnittlich verdient haben.

- Die **SPD** will die gesetzliche Rente stärken und verlangt eine dauerhaft stabile Rentenleistung und ein dauerhaftes Rentenniveau von mindestens 48 %. Eine weitere Anhebung des gesetzlichen Renteneintrittsalters lehnt die SPD ab. Außerdem plant die SPD, die Erwerbsminderungsrenten zu verbessern.
- Die **Union** spricht sich für eine Fortsetzung der Beteiligung der Rentner an der allgemeinen Einkommensentwicklung aus, gegen eine Doppelbesteuerung von Renten und für die Zulassung freiwilliger Beiträge max. bis zur jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze. Ein neu einzurichtender Alterssicherungsbeirat soll Empfehlungen für die Haltelinien bei Rentenniveau und Beitragssatz entwickeln.
- Für **Die Grünen** hat die langfristige Sicherung des Rentenniveaus bei mindestens 48 % hohe Priorität. Hierzu sollen insbesondere Frauenerwerbstätigkeit und die Beschäftigung älterer Arbeitnehmer verbessert werden. Bei Bedarf sollen die Steuerzuschüsse erhöht werden. Die Grundrente soll zu einer echten Garantierente weiterentwickelt werden. An der Rente mit 67 wird festgehalten.
- Die **FDP** will das Renteneintrittsalter nach schwedischem Vorbild flexibilisieren. Wer früher in Rente geht, soll eine geringere Rente erhalten, wer später geht, soll eine höhere Rente erhalten. Außerdem will die FDP die Erwerbsminderungsrente stärken und eine gesetzliche Aktienrente einführen.



## Private Altersvorsorge: Riester-Rente und Alternativen

Die sog. Riester-Rente gehört zur privaten Altersvorsorge und wird durch staatliche Zulagen und durch den steuerlichen Sonderausgabenabzug gefördert. Die Förderung ist 2002 eingeführt worden. Seitdem sind ca. 16 Mio. Riester-Verträge abgeschlossen worden, von denen schätzungsweise jeder fünfte ruht. Die Riester-Rente ist vielfältiger Kritik ausgesetzt, insbesondere wegen der hohen Kosten, der geringen Erträge und wegen der Komplexität des Zulagenverfahrens.

- **Die SPD** bezeichnet die bisherigen Ergebnisse der Riester-Rente als „nicht zufriedenstellend“. Sie will daher bei klassischen privaten Angeboten der Altersvorsorge bürokratische Hemmnisse abbauen und Kosten senken. Außerdem setzt sie sich für ein neues standardisiertes Angebot ein, das kostengünstig ist, digital und grenzüberschreitend und (nach schwedischem Vorbild) auch von einer öffentlichen Institution angeboten wird. Die Förderung neuer Verträge in Form von Zuschüssen soll auf untere und mittlere Einkommensgruppen beschränkt werden.
- Auch die **Union** will einen „Neustart“ bei der privaten, staatlich geförderten Altersvorsorge. Sie soll „effizienter, transparenter und dadurch attraktiver und einfacher“ werden. Es soll Kriterien für ein Standardvorsorgeprodukt geben. Dieses soll für alle Arbeitnehmer verpflichtend sein, es sei

denn, sie widersprechen der Einbeziehung (Opt-Out). Das Standardprodukt soll ohne Abschlusskosten und mit möglichst niedrigen Verwaltungskosten auskommen. Dabei soll es eine attraktive und unbürokratische Förderung durch den Staat geben.

- Die **Grünen** wollen die Riester- und die Rürup-Rente durch einen öffentlich verwalteten Bürgerfonds ersetzen. Für Menschen mit einem bestehenden Riester-Vertrag soll Bestandsschutz gewährt werden. In den Bürgerfonds sollen alle einzahlen, die nicht aktiv widersprechen. So wird ein Volumen geschaffen, das die Verwaltungskosten gering hält, die Risiken breit streut und auf teure Garantien verzichten kann. Der Bürgerfonds wird öffentlich und politisch unabhängig verwaltet und soll entlang der ESG-Nachhaltigkeitskriterien investieren.
- Die **FDP** will ein Altersvorsorge-Depot einführen. Damit soll das Beste aus Riester-Rente (Zulagen-Förderung), Rürup-Rente (steuerliche Förderung) und dem amerikanischen Modell „401K“ (Flexibilität und Rendite-Chancen) vereint werden. Anlagevorschriften bei der staatlich geförderten Altersvorsorge, z. B. bei Riester-Verträgen, sollen geöffnet werden. Der Wohn-Riester soll unberührt bleiben.

## Betriebliche Altersversorgung

Nach dem Forschungsbericht „Alterssicherung in Deutschland 2019“ des BMAS beziehen 24 % der Männer und 8 % der Frauen ab 65 Jahren eine eigene Betriebsrente. Stellt man allein auf die Arbeitnehmer der Privatwirtschaft ab, sind es 34 % der Männer und 11 % der Frauen. Die durchschnittliche Betriebsrente der Männer ab 60 Jahren beträgt EUR 605, die der Frauen EUR 238. Ein großer Teil der Renten in der betrieblichen Altersversorgung liegt dabei zwischen EUR 50 bis unter EUR 200 (Männer 34 %; Frauen 50 %). Um die Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung zu fördern, wurde mit dem Betriebsrentenstärkungsgesetz 2018 die sog. reine Beitragszusage eingeführt. Erteilt ein Arbeitgeber eine reine Beitragszusage, beschränkt sich seine Haftung auf die zugesagten Beiträge und nicht auf die spätere Leistung, wie es bei den anderen Zusagearten der Fall ist. Eine reine Beitragszusage erfordert allerdings einen entsprechenden Tarifvertrag (sog. „Sozialpartnermodell“), was in der Praxis bislang noch nicht verwirklicht wurde.

- Das Ziel der **SPD** ist, dass deutlich mehr Beschäftigte in einer betrieblichen Altersversorgung abgesichert sind. Dabei sollen tarifvertraglich vereinbarte kollektive Altersversorgungsformen bevorzugt werden. Zudem setzt sie sich für die vollständige Abschaffung der Vollverbeitragung sowie

der Doppelverbeitragung von Betriebsrenten in der gesetzlichen Krankenversicherung ein.

- Die **Union** will die Wirkungen und die Voraussetzungen für das Sozialpartnermodell evaluieren und mögliche Hindernisse bei der weiteren Verbreitung abbauen. Gerade mit Blick auf Geringverdiener will sie ein Konzept einer „Betrieblichen Altersvorsorge für alle“ entwickeln, um diese wichtige Säule der Altersvorsorge weiter zu stärken.
- Nach den Vorstellungen der **Grünen** sollen Arbeitgeber künftig eine betriebliche Altersvorsorge anbieten, einen eigenen Finanzierungsbeitrag leisten und den Bürgerfonds als Standard dafür nutzen können. Um es kleinen Unternehmen einfacher zu machen, eine betriebliche Altersvorsorge anzubieten, soll die reine Beitragsgarantie für kleine Unternehmen eingeführt werden, diese bei der Haftung entlastet werden und so für eine bessere Verbreitung der betrieblichen Altersvorsorge gesorgt werden.
- Die **FDP** will allen Unternehmen die Möglichkeit einer „reinen Beitragszusage“ (höherer Aktienanteil) und des automatischen Einbezugs ganzer Belegschaften (mit „Opt-Out“-Möglichkeit für die einzelnen Beschäftigten) einräumen. Zudem soll die Doppelverbeitragung in der gesetzlichen Kranken- sowie Pflegeversicherung für alle Wege betrieblicher und privater Vorsorge beendet werden.

## Fazit

Alle Parteien haben in ihren Wahlprogrammen Ideen zur Stärkung der gesetzlichen, betrieblichen und privaten Altersvorsorge aufgenommen. Das ist dringend erforderlich und auch zu begrüßen. Im Detail unterscheiden sich die Vorstellungen der Parteien aber sehr wesentlich. Es bleibt abzuwarten, welche Parteien sich zur Regierungsbildung zusammenfinden und wie letztlich die Umsetzung der Wahlprogramme erfolgen wird.

## Autoren

### Dr. Marco Arteaga

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Frankfurt a.M.

### Dr. Annetrin Veit

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München

## ■ URTEILSBESPRECHUNGEN

# Selbstbeurlaubung kann auch bei Prozessbeschäftigung Kündigungsgrund sein

Bei einer einvernehmlich vereinbarten Prozessbeschäftigung bestehen zwischen den Arbeitsvertragsparteien die gleichen Rechte und Pflichten wie in einem gekündigten, aber noch nicht beendeten Arbeitsverhältnis. Dies umfasst auch das Verbot, sich selbst zu beurlauben. Eine Zuwiderhandlung kann die außerordentliche fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach sich ziehen.

BAG, Urteil vom 20.05.2021 – 2 AZR 457/20

## Der Fall

Der Arbeitgeber hat das mit dem Arbeitnehmer bestehende Arbeitsverhältnis erstmals im April 2018 ordentlich fristgemäß gekündigt. Hiergegen hat der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage erhoben und im Rahmen dessen u. a. einen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch geltend gemacht. Noch während des erstinstanzlichen Verfahrens vor dem Arbeitsgericht haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist eine Vereinbarung über „eine durch die rechtskräftige Feststellung der Wirksamkeit der Kündigung auflösend bedingte Fortsetzung“ des Arbeitsverhältnisses geschlossen. Während dieser Prozessbeschäftigung hat der Arbeitnehmer u. a. per E-Mail an einem Freitag um 23.17 Uhr Erholungsurlaub für den Zeitraum von einem Monat ab dem darauffolgenden Montag beantragt und ist ab diesem Tag auch nicht mehr zur Arbeit erschienen, obwohl der Arbeitgeber den Urlaub nicht gewährt hatte. Der Arbeitgeber hat „den mit Ihnen geschlossenen Arbeitsvertrag“ daraufhin im April 2019 außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich gekündigt.

## Die Entscheidung

Während die Klage des Arbeitnehmers gegen die Kündigung aus April 2018 im Instanzenzug erfolgreich gewesen ist, ist er betreffend die Kündigung aus April 2019 vollständig unterlegen. Das BAG hat festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch diese außerordentlich fristlos beendet worden ist.

Die Bundesrichter haben zunächst festgestellt, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch die in vorliegendem Fall vereinbarte Prozessbeschäftigung kein zweites Arbeitsverhältnis neben das ursprünglich zwischen ihnen vereinbarte gestellt



haben. Vielmehr hätten sie mit der Prozessbeschäftigung eine wirksame Vereinbarung dahingehend getroffen, nach der sie ihr Arbeitsverhältnis auflösend bedingt fortgesetzt haben.

Weiter hat das BAG festgestellt, dass der Arbeitnehmer durch seinen eigenmächtigen Antritt des vom Arbeitgeber nicht gewährten Urlaubs eine erhebliche Pflichtverletzung begangen habe, die geeignet sei, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Bei einer auflösend bedingten Fortsetzung des gekündigten Arbeitsvertrags bis zur rechtskräftigen Abweisung der Kündigungsschutzklage bestehen nach Ansicht des BAG zwischen den Arbeitsvertragsparteien – ungeachtet der Unwirksamkeit der Kündigung – die gleichen Rechte und Pflichten wie in einem gekündigten, aber noch nicht beendeten Arbeitsverhältnis. Dies umfasse auch das an den Arbeitnehmer gerichtete Verbot, sich selbst zu beurlauben und die mangels Urlaubsgewährung durch den Arbeitgeber fortbestehende Arbeitspflicht zu verletzen. Dieses Verbot folge unmit-

telbar aus den gesetzlichen Vorgaben und bedürfe auch keiner gesonderten Vereinbarung; die „ambivalenten Folgen der Vereinbarung auch eines auflösend bedingten Arbeitsverhältnisses“ könnten und müssten selbst erkannt werden. Dementsprechend war es nach Ansicht des BAG auch irrelevant, dass der Arbeitnehmer geglaubt haben will, durch sein Verhalten allein ein vom ursprünglichen Arbeitsverhältnis unabhängiges Prozessarbeitsverhältnis zu riskieren.

## Unser Kommentar

Die Entscheidung des BAG macht einmal mehr deutlich, dass die Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers nach Ausspruch einer Kündigung bzw. zumindest nach Ablauf der Kündigungsfrist so eine Sache sein kann. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass zwingend danach zu differenzieren ist, ob es sich – wie hier – um eine einvernehmliche Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers handelt oder um eine solche allein zur Abwendung der Zwangsvollstreckung (sogenannte aufgezwungene Prozessbeschäftigung). Beide haben unterschiedliche Voraussetzungen und Rechtsfolgen, sind dementsprechend unterschiedlich zu behandeln. Der Arbeitnehmer im vorliegenden Fall scheint insoweit zumindest die falschen rechtlichen Schlüsse gezogen zu haben.

Bereits im Vorfeld einer etwa beabsichtigten Prozessbeschäftigung ist zudem genau zu prüfen, ob und inwieweit sich diese ggf. nachteilig auf den Kündigungsschutzprozess auswirken kann. Sowohl Arbeitnehmervertreter als auch Arbeitsgerichte weisen die Arbeitgeberseite in Kündigungsschutzprozessen regelmäßig darauf hin, dass durch eine Prozessbeschäftigung das Risiko, im Fall des Unterliegens u. U. Annahmeverzugslohn leisten zu müssen, reduziert werden könne. Das ist zwar grundsätzlich richtig. Gleichzeitig sollte aber auch bedacht werden, dass durch eine Prozessbeschäftigung der der streitgegenständlichen Kündigung zugrunde liegende Kündigungsgrund ggf. ad absurdum geführt werden kann, z. B. wenn trotz ausgesprochener betriebsbedingter Kündigung offenbar doch noch ein Arbeitsplatz zur Verfügung steht, auf dem der gekündigte Arbeitnehmer weiterbeschäftigt werden kann. Dies kann dann gravierende Auswirkungen auf den Ausgang des Kündigungsrechtsstreits haben.

Autor

## Thorsten Tilch

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Leipzig

# Unwirksamkeit zu weit gefasster Verfallklausel

**Eine Rechtsprechungsänderung des BAG führt zu Anpassungsbedarf bei Ausschluss- bzw. Verfallklauseln, welche nicht explizit eine Haftung wegen vorsätzlicher Vertragsverletzung oder wegen vorsätzlicher unerlaubter Handlung ausnehmen.**

**BAG, Urteil vom 26.11.2020 – 8 AZR 58/20**

## Der Fall

Die Parteien stritten in der Revisionsinstanz vor dem BAG um Zahlungsansprüche der Arbeitgeberin gegen die Arbeitnehmerin wegen Schadensersatzes in Höhe von mehr als EUR 100.000,00. Die Arbeitnehmerin war als kaufmännische Angestellte beschäftigt. Ihr oblag unter anderem die Durchführung der Finanz- und Lohnbuchhaltung und die Erledigung von Buchhaltungsvorgängen, welche sie auf Anweisung der Geschäftsführung ausführen sollte.

Der dem Arbeitsverhältnis zugrunde liegende Arbeitsvertrag, enthielt eine pauschale Verfallklausel. Nach der vertraglichen Regelung sollten „alle Ansprüche, die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergeben“ verfallen, sofern sie nicht binnen einer Ausschlussfrist schriftlich geltend gemacht werden und binnen einer weiteren Ausschlussfrist eingeklagt werden (sog. zweistufige Ausschlussfrist).

Der mittlerweile geschiedene Ehemann der Arbeitnehmerin räumte ein, in einer Vielzahl von Fällen private Rechnungen und Verbindlichkeiten in Höhe von rund EUR 230.000,00 unter anderem mit Firmengeldern der Arbeitgeberin beglichen zu haben, indem er fiktive Rechnungen mittels Überweisungen von den Geschäftskonten der Arbeitgeberin bezahlte. Die Arbeitnehmerin bestätigte, Überweisungen zulasten der Arbeitgeberin und zugunsten ihres damaligen Ehemanns gebucht zu haben.

Die Arbeitgeberin nahm die Klägerin daraufhin auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch. Die Arbeitnehmerin berief sich auf die Ausschlussklausel des Arbeitsvertrages. Der Anspruch der Arbeitgeberin sei verfallen.

## Die Entscheidung

Das BAG hat entschieden, dass die geltend gemachten Zahlungsansprüche nicht verfallen sind. Der 8. Senat des BAG hat im Gegensatz zu den Vorinstanzen seine Entscheidung darauf gestützt, dass die pauschale Verfallklausel des Arbeitsvertrages, die nicht Ansprüche wegen einer vorsätzlichen Vertragsverletzung und einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung explizit ausnimmt, wegen Verstoßes gegen § 202 Abs. 1 BGB nach § 134 BGB nichtig ist. Denn nach § 202 Abs. 1 BGB sei die Erleichterung der Verjährung bei Haftung wegen Vorsatzes im Voraus verboten, was auch auf (arbeits-)vertraglich vereinbarte Ausschlussfristen, die diese Ansprüche nicht explizit ausnehmen, anzuwenden sei. Nach dem BAG ist die Klausel infolge der Nichtigkeit vollständig entfallen unter Aufrechterhaltung des Vertrages im Übrigen, § 306 BGB.

Mit dieser Entscheidung hat der 8. Senat des BAG seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben. Nach bisheriger Auslegung des BAG sollten pauschale Verfallklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch ohne explizite Ausnahme Ansprüche wegen Vorsatzhaftung nicht erfassen. Vielmehr seien solche Klauseln dahingehend auszulegen, dass die Parteien ohne Vorlage besonderer Hinweise im Einzelfall gerade nicht gewollt hätten, dass die Klausel gegen die gesetzliche Verbotsnorm des § 202 Abs. 1 BGB verstoßen soll. Damit waren bisher Ansprüche wegen Haftung aus vorsätzlichem Handeln nicht erfasst und die Klausel wirksam, obwohl diese Ansprüche nicht explizit ausgenommen waren (*BAG, Urteil vom 20. Juni 2013 – 8 AZR 280/12, Rn. 22, juris*). Im Ergebnis verjährten Ansprüche wegen vorsätzlicher Vertragsverletzung oder vorsätzlicher unerlaubter Handlung nach den gesetzlichen Verjährungsfristen, alle anderen Ansprüche verfielen nach der vereinbarten kürzeren Verfallfrist. Das BAG geht nunmehr davon aus, dass Verfallklauseln nichtig sind, wenn sie nicht ausdrücklich Ansprüche wegen vorsätzlicher Vertragsverletzung und vorsätzlicher unerlaubter Handlung vom Verfall ausnehmen.

Darüber hinaus hat das BAG auf der Rechtsfolgenseite entschieden, dass sich auch die Arbeitgeberin auf die Nichtigkeit der Klausel berufen kann, obwohl die Arbeitgeberin die nichtige Klausel im Arbeitsvertrag formuliert hatte. Die Nichtigkeit wirkte sich nicht nur zu Gunsten der Arbeitnehmerin, sondern auch zu Gunsten der Arbeitgeberin aus, mit der Folge, dass auch die Arbeitgeberin sich auf Nichtigkeit der Klausel stützen konnte und die Ansprüche nicht verfallen waren. Anders wäre die Rechtsfolge, wenn sich die Unwirksamkeit aus dem AGB-Recht ergeben hätte, da dort der Verwender unwirksamer

Klauseln – in der Regel der Arbeitgeber – nicht geschützt wird, mit der Folge, dass sich nur der Arbeitnehmer und nicht der Arbeitgeber auf die Unwirksamkeit berufen kann.

## Unser Kommentar

Der Fall betrifft die Rechtmäßigkeitsanforderung einer Klausel, die in der arbeitsvertraglichen Praxis weit verbreitet ist. Denn eine Vielzahl von Arbeitsverträgen enthalten Verfall- bzw. Ausschlussklauseln, um dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer zügig Sicherheit und Klarheit über wechselseitig bestehende Ansprüche zu verschaffen. Die Ansprüche verfallen jedoch nur dann, wenn die Klausel wirksam formuliert ist. Die Anforderungen an eine wirksam formulierte Verfallklausel hat das BAG in der Vergangenheit regelmäßig in seinen Urteilen verschärft (zuletzt zur Ausnahme von unverzichtbaren Ansprüchen wie z. B. Mindestentgelten) und auf diese Weise Anpassungsbedarf hinsichtlich der Gestaltung von Verfallklauseln hervorgerufen.

Wenngleich Ansprüche wegen vorsätzlicher Vertragsverletzung und unerlaubter Handlung früher wie heute im Ergebnis nicht verfallen und damit nach wie vor innerhalb der gesetzlichen Verjährungsfristen geltend gemacht werden können, wirkt sich die Rechtsprechungsänderung auf den Verfall aller sonstigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis aus, welche bisher von der Verfallklausel noch erfasst waren und nach Ablauf der Frist verfallen wären. Aufgrund der Rechtsprechungsänderung sind pauschale Verfallklauseln nunmehr nichtig. Dass es sich bei dieser Entscheidung um einen tatsächlichen Kurswechsel handelt, belegt der Umstand, dass der 8. Senat diese Rechtsprechung auch in einer weiteren Entscheidung bestätigt hat (*BAG, Urteil vom 25. Februar 2021 – 8 AZR 171/19*).

Es ist ratsam, die bisher in Vertragsmustern verwendeten Verfallklauseln dahingehend zu überprüfen, ob sie die Haftung wegen vorsätzlicher Vertragsverletzung und unerlaubter Handlung ausdrücklich ausnehmen und die Klauseln ggf. anzupassen.

**Autor**

**Daniel Greger**

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Hamburg**

# Arbeitnehmerbegriff bei Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers

Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass (Fremd-)Geschäftsführer bei der Berechnung des Schwellenwerts für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes prinzipiell mitgezählt werden können. Voraussetzung ist jedoch, dass ein (Fremd-)Geschäftsführer ausnahmsweise als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist.

BAG, Urteil vom 27.04.2021 – 2 AZR 45/20

## Der Fall

Die beklagte Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis des Klägers, das seit Dezember 2016 bestand, ordentlich mit Schreiben vom 21. Juni 2019 zum 31. Juli 2019. Zum Kündigungszeitpunkt beschäftigte die Beklagte 8,5 Arbeitnehmer sowie 2 Fremdgeschäftsführer.

Der Kläger trug vor, dass das Kündigungsschutzgesetz Anwendung fände, da die beiden Fremdgeschäftsführer der Beklagten als Arbeitnehmer zu berücksichtigen seien und die Kündigung nicht sozial gerechtfertigt sei.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers gegen das erstinstanzliche Urteil hatte keinen Erfolg. Das Landesarbeitsgericht wies die Berufung im Wesentlichen mit einem Verweis auf die Vorschrift des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG zurück. Hiernach finden die Vorschriften des 1. Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes (§§ 1 – 14 KSchG) für die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist, d. h. unter anderem für Geschäftsführer, keine Anwendung. Hieraus schloss das Landesarbeitsgericht, dass aus dieser Vorschrift – um Wertungswidersprüche innerhalb der Rechtsordnung zu vermeiden – folgen müsse, dass Geschäftsführer auch bei der Beschäftigtenzahl nach § 23 Abs. 1 KSchG nicht mitzuzählen seien.

## Die Entscheidung

Die hiergegen gerichtete Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts blieb erfolglos.

Zwar erwies sich die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts aus Sicht des BAG im Ergebnis als richtig, in seiner Begründung weicht das BAG jedoch von der Auffassung des LAG ab.



Das BAG führt aus, dass sich aus der Systematik des § 14 KSchG kein genereller Ausschluss von Geschäftsführern bei der Berücksichtigung im Rahmen der Schwellenwerte des § 23 KSchG entnehmen lasse. Dies deshalb, da § 14 KSchG dem Wortlaut nach ausdrücklich nur die Vorschriften **dieses** Abschnitts für nicht anwendbar erklärt. Zu den Vorschriften „dieses Abschnitts“ gehören jedoch nur die §§ 1 - 14 KSchG, nicht aber § 23 KSchG.

Das BAG erörtert sodann, ob § 14 KSchG aus europarechtlichen oder verfassungsrechtlichen Gründen über seinen Wortlaut hinaus dahingehend auszulegen sei, dass Geschäftsführer generell nicht bei der Berechnung des Schwellenwerts nach § 23 KSchG zu berücksichtigen sind. Im Ergebnis ist dies jedoch nicht der Fall. Im Einzelnen:

Das BAG führt hierzu aus, dass sich dies nicht aus dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ergebe. Denn der natio-

nale Arbeitnehmerbegriff, wie er sich aus § 611a BGB ergibt und dem ein (Fremd-)Geschäftsführer in aller Regel nicht unterfällt, gilt einschränkungslos, sofern das Unionsrecht nicht betroffen ist. Dies ist hier jedoch der Fall, da das allgemeine Kündigungsschutzrecht nicht unionsrechtlich determiniert ist.

Eine generelle Herausnahme der Geschäftsführer aus der Berechnung der Schwellenwerte nach § 23 KSchG ist – so das BAG – auch verfassungsrechtlich nicht geboten. Der Gesetzgeber hat einen weiten Spielraum bei der Festlegung der maßgeblichen Betriebsgröße für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes. Hiervon hat der Gesetzgeber Gebrauch gemacht, indem er den Schwellenwert für Kleinbetriebe auf die Beschäftigung von nicht mehr als zehn **Arbeitnehmern** festlegte. Die Besonderheiten eines Kleinbetriebs mit wenigen Arbeitnehmern werden durch die Beschäftigung von Fremdgeschäftsführern nicht infrage gestellt. Die von Fremdgeschäftsführern geleisteten Dienste sind nach ihrer sozialen Typik nicht mit denen eines Arbeitnehmers vergleichbar. Fremdgeschäftsführer repräsentieren vielmehr die juristische Person unmittelbar als Arbeitgeber. Der nationale Gesetzgeber hat daher verfassungsrechtlich zulässig differenziert.

Die Entscheidung des LAG erweist sich aus Sicht des BAG im Ergebnis als richtig, da mit der obigen (engen) Auslegung von § 14 KSchG keine Ausdehnung des Arbeitnehmerbegriffs des § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG auf Fremdgeschäftsführer einer GmbH verbunden ist. Das bedeutet, unter Umständen kann ein Fremdgeschäftsführer zwar bei dem Schwellenwert des § 3 Abs. 1 Satz 3 KSchG mitzuzählen sein, da § 14 KSchG dies nicht ausdrücklich ausschließt. Dabei wird es sich jedoch um seltene Ausnahmefällen handeln. Denn das BAG betont seine bisherige Rechtsprechung, dass eine Weisungsgebundenheit eines GmbH-Geschäftsführers, die so stark ist, dass sie auf einen Status als Arbeitnehmer schließen lässt, allenfalls in extremen Ausnahmefällen in Betracht kommt (BAG, Urteil vom 11. Juni 2020 – 2 AZR 374/19). Ein solcher Ausnahmefall würde voraussetzen, dass die Gesellschaft eine – über ihr gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht hinausgehende – Weisungsbefugnis auch bezüglich der Umstände hat, unter denen der Geschäftsführer seine Leistung zu erbringen hat und die konkreten Modalitäten der Leistungserbringung durch arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen bestimmen kann. Nur daraus, dass ein Fremdgeschäftsführer sozialversicherungsrechtlich (wie ein Arbeitnehmer) abhängig und damit sozialversicherungspflichtig beschäftigt ist, lässt sich ein solcher Ausnahmefall jedenfalls nicht herleiten.

## Unser Kommentar

Die Entscheidung des BAG tritt einer verbreiteten Auffassung in der juristischen Literatur entgegen, nach der (Fremd-)Geschäftsführer stets und unabhängig von den Umständen des Einzelfalls bei der Berechnung der Schwellenwerte für die Anwendbarkeit des allgemeinen Kündigungsschutzgesetzes unberücksichtigt bleiben müssen. Das BAG stellt klar, dass sich eine solche Nichtberücksichtigung von Geschäftsführern nicht der Systematik des KSchG, insbesondere nicht § 14 KSchG, entnehmen lässt.

Hervorzuheben ist, dass das BAG konsequent zwischen dem nationalen und dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff differenziert. Der (engere) nationale Arbeitnehmerbegriff bleibt immer dann maßgeblich, wenn Regelungsmaterien des Unionsrechts nicht betroffen sind. Es ist daher damit zu rechnen, dass das BAG diese Differenzierung auch bei zukünftigen Entscheidungen strikt einhalten wird.

Davon abgesehen enthält die Entscheidung des BAG jedoch wenig Überraschungen. Das BAG bleibt bei seiner Linie, dass Fremdgeschäftsführer nur in extremen Ausnahmefällen als Arbeitnehmer zu qualifizieren sind. Nur wenn diese Voraussetzungen im Einzelfall vorliegen sollten, sind Fremdgeschäftsführer bei den Schwellenwerten des § 23 KSchG mitzuzählen. Die Darlegungs- und Beweislast liegt in prozessualer Hinsicht beim gekündigten Arbeitnehmer, der daher die Umstände, aus denen sich ausnahmsweise der Arbeitnehmerstatus des Geschäftsführers ergibt, im Rahmen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast vortragen muss. Dies dürfte dem Arbeitnehmer nur selten gelingen. Insbesondere – auch dies stellt das BAG klar – kann nicht aus der sozialversicherungsrechtlichen Wertung nach der Fremdgeschäftsführer abhängig beschäftigt und damit sozialversicherungspflichtig sind, auf den Arbeitnehmerstatus des Geschäftsführers geschlossen werden. Denn mangels Gleichlauf dieser Begriffe hat die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung des Fremdgeschäftsführers keine Auswirkung auf die arbeitsrechtliche Wertung.

Autor

**Joschka Pietzsch**

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Hamburg**

# Verjährung von Ansprüchen wegen Verletzung des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes

Das BAG hatte darüber zu entscheiden, wann die Verjährungsfrist für die Geltendmachung von Ansprüchen wegen einer Verletzung des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes nach § 60 Abs. 1 HGB beginnt.

BAG, Urteil vom 24.02.2021 – 10 AZR 8/19

## Der Fall

Die Klägerin beehrte von dem beklagten Arbeitnehmer Auskunft und Schadensersatz wegen wettbewerbswidrigen Verhaltens des Beklagten. In der Revision hatte das BAG über das Bestehen eines Auskunftsanspruchs und die Verjährung eines solchen Anspruchs nach §§ 60, 61 HGB zu entscheiden.

Der Beklagte war bei der K KG, der Rechtsvorgängerin der Klägerin, die im Wesentlichen Bandagen und Bremsleder für den Industriebedarf herstellte und mit Riemen und Bändern für Antriebs- und Fördertechnik handelte, beschäftigt. Im Sommer 2010 gründete der Beklagte die B-GmbH, deren Mehrheitsgesellschafter und alleiniger Geschäftsführer der Beklagte ist. Gegenstand des Unternehmens ist der Handel mit technischen Lederartikeln. In der Folgezeit trat der Be-

klagte mit der B-GmbH in Wettbewerb zu der K KG. Im Juni 2013 leitete die Geschäftsführerin der K KG Recherchen über den Beklagten ein und stieß hierbei auf die B-GmbH und deren Internetseite. Auf Nachfrage erklärte der Beklagte, dass das Geschäft der B-GmbH teilweise ruhe, und im Übrigen gegenwärtig nur Schmuck vertreibe, was der Wirtschaftsprüfer der K KG anhand einer Bilanz des Jahres 2011 für plausibel erachtete. Im September 2013 erfuhr die Geschäftsführerin über den Anruf eines Kunden, dass der Beklagte Wettbewerb betrieben habe.

Die Klägerin machte Ansprüche auf Auskunft und ggf. Schadensersatz wegen wettbewerbswidrigen Verhaltens des Beklagten geltend. Sie meinte, die Ansprüche seien nicht nach § 61 Abs. 2 Halbsatz 1 HGB verjährt, da sie erst aufgrund des Anrufs eines Kunden am 20. September Kenntnis von der





Wettbewerbstätigkeit erlangt habe und daher mit ihrer am 28. November 2013 beim Arbeitsgericht eingereichten Klage die dreimonatige Verjährungsfrist gewahrt habe. Der Kläger stellte sich auf den Standpunkt, dass etwaige Ansprüche der Klägerin verjährt seien, wobei er sich darauf berief, dass die Internetseite der B-GmbH seit dem 20. Juli 2012 existiert habe.

## Die Entscheidung

Das BAG hat die Revision zurückgewiesen und die Ansprüche der Klägerin abgelehnt, da diese verjährt seien. Entscheidungserheblich war die Frage, ob für den Beginn der dreimonatigen Verjährungsfrist nach § 61 Abs. 2 Halbsatz 1 HGB auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis eines konkreten Einzelgeschäfts abzustellen ist, oder ob in den Fällen, in denen der Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot in dem Betreiben eines Handelsgeschäfts besteht, die Verjährungsfrist mit der Kenntnis oder der grob fahrlässigen Unkenntnis des Arbeitgebers von dem Betreiben des konkurrierenden Handelsgewerbes zu laufen beginnt. Das BAG hat diese im Schrifttum umstrittene Frage zugunsten der letzteren Auffassung entschieden. Der Arbeitgeber muss auch bei Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis davon, dass der Arbeitnehmer entgegen dem Verbot von § 60 Abs. 1 HGB ein Handelsgewerbe betreibt, schnell reagieren und innerhalb der dreimonatigen Verjährungsfrist seine Ansprüche geltend machen. Da die Klägerin bereits im Juni 2013 Kenntnis von dem Handelsregistereintrag der B-GmbH und von der Internetseite hatte, habe sie bereits zu diesem Zeitpunkt grob fahrlässige Unkenntnis von der Betriebstätigkeit der B-GmbH und dem wettbewerbswidrigen Verhalten des Beklagten gehabt. Die dreimonatige Verjährungsfrist des § 61 Abs. 2 HGB habe bereits ab diesem Zeitpunkt zu laufen begonnen.

§ 60 Abs. 1 HGB regelt für die gesamte rechtliche Dauer des Arbeitsverhältnisses ein Wettbewerbsverbot. Hiernach darf der Arbeitnehmer ohne Einwilligung des Arbeitnehmers weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweig des Arbeitgebers für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen. Bei einer Verletzung dieser Verpflichtung kann der Arbeitgeber nach § 61 Abs. 1 HGB Schadensersatz fordern oder, anstelle dessen, verlangen, dass der Arbeitnehmer die aus Geschäften für fremde Rechnungen bezogene Vergütung herausgibt oder den Vergütungsanspruch abtritt. Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich häufig daraus, dass der Arbeitnehmer dennoch, wenn kein nachvertragliches Wettbewerbsverbot nach § 74 HGB vereinbart ist, schon vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses für die Zeit nach seinem Ausscheiden die Gründung eines Unternehmens oder den

Wechsel zu einem Konkurrenzunternehmen vorbereiten darf. Verboten ist es dem Arbeitnehmer lediglich, eine werbende Tätigkeit aufzunehmen, z. B. durch Vermittlung von Konkurrenzgeschäften oder aktives Abwerben von Kunden oder Arbeitnehmern. Nach der Auffassung des BAG ist die Schwelle von der zulässigen Vorbereitungshandlung zum unzulässigen Betrieb eines konkurrierenden Handelsgewerbes unabhängig von der in dem Arbeitsverhältnis verrichteten Tätigkeit ebenfalls dann überschritten, wenn der Arbeitnehmer an Kunden seines Arbeitgebers mit dem Ziel herantritt, den Kunden auch zu einem späteren Zeitpunkt für sich zu gewinnen. Ihre Grenze finden vorbereitende Maßnahmen daher dort, wo die geschäftlichen Interessen des Arbeitgebers beeinträchtigt werden können. Das ist regelmäßig bei einer nach außen wirkenden werbenden Tätigkeit der Fall, was auch in dem Vorhalten einer Internetpräsenz liegen kann.

Der vorliegend streitgegenständliche Auskunftsanspruch ergibt sich aus Treu und Glauben. Im Fall eines Wettbewerbsverstoßes ist derjenige, der vertraglich verpflichtet ist, Wettbewerb zu unterlassen, zur Auskunft verpflichtet, sobald er in ausreichendem Umfang Anlass gegeben hat, zu vermuten, er habe seine Vertragspflicht verletzt.

## Unser Kommentar

Die Entscheidung des BAG befasst sich mit zwei für die Praxis wichtigen Aspekten im Zusammenhang mit einer Wettbewerbstätigkeit im laufenden Arbeitsverhältnis. Zum einen äußert sich das BAG zu der Abgrenzung einer (erlaubten) Vorbereitungshandlung von der (unzulässigen) Aufnahme einer Wettbewerbstätigkeit. Eine Wettbewerbstätigkeit im Sinne des §§ 60, 61 HGB kann auch in dem Vorhalten einer Internetpräsenz liegen, da dies bereits ein werbendes Tätigwerden darstellt. Zum anderen knüpft der Beginn der dreimonatigen Verjährungsfrist an die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von dem Betrieb eines Handelsgewerbes an. Sobald es Anhaltspunkte dafür gibt, dass ein Arbeitnehmer eine Wettbewerbstätigkeit aufnimmt oder diese anstrebt, ist daher sorgfältig zu prüfen, ob bereits die Schwelle zu einer unzulässigen Wettbewerbstätigkeit erreicht ist, damit die kurze Verjährungsfrist des § 61 HGB gewahrt werden kann.

Autorin

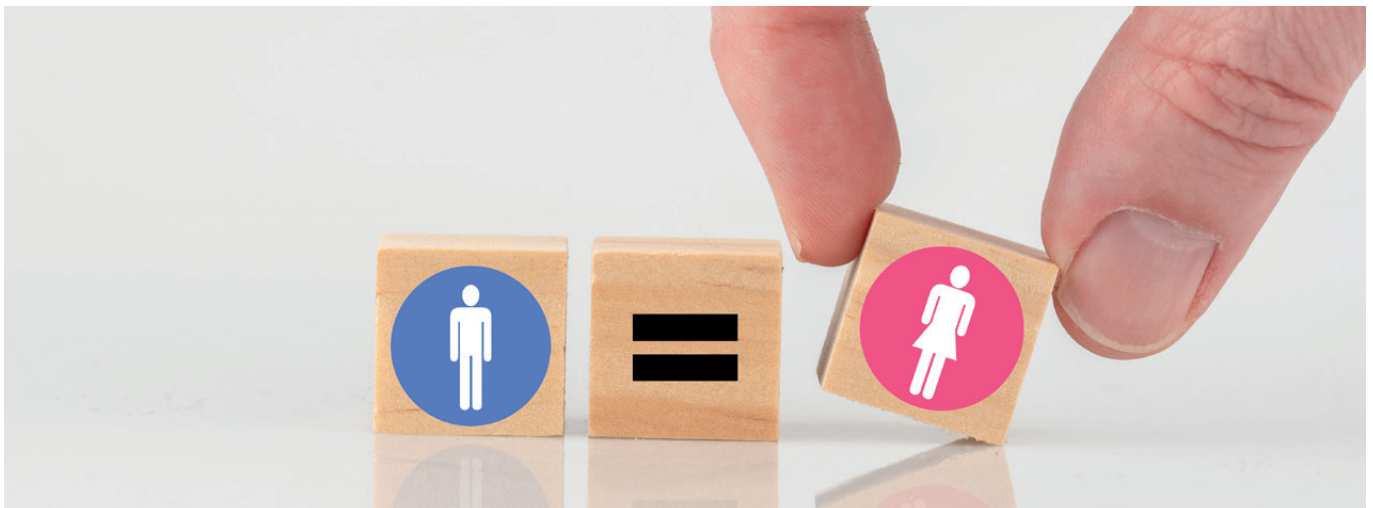
**Martina Ziffels**

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Hamburg**

# Wahrung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz bei Erteilung einer Tätigkeitsbeschreibung für Syndizi

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) befasste sich einmal mehr mit der Frage der Mitwirkungspflicht von Arbeitgebern bei der Zulassung ihrer Syndizi zur Rechtsanwaltschaft im Hinblick auf die Ausstellung einer Tätigkeitsbeschreibung. Dabei lag der Fokus insbesondere auf dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

BAG, Urteil vom 27.04.2021 – 9 AZR 662/19



## Leitsätze der Autorinnen:

- Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ist auch dann anwendbar, wenn der Arbeitgeber nach Gutdünken oder nach nicht sachgerechten oder nicht bestimmbar Kriterien leistet.
- Es müssen sachliche Gründe zur Wahrung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz vorliegen, wenn zwischen den einzelnen Betrieben eine Unterscheidung vorgenommen wird.

## Der Fall

Die Gewerkschaft Ver.di stellte im Jahr 2013 einen Volljuristen als „Gewerkschaftssekretär mit Rechtsschutzaufgaben“ ein. Da dieser die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt begehrte, bat er seine Arbeitgeberin im Jahr 2017 um Ausstellung einer hierfür erforderlichen Tätigkeitsbeschreibung zur Vorlage bei der zuständigen Rechtsanwaltskammer.

In der Vergangenheit hatte die beklagte Gewerkschaft bereits in anderen Landesbezirken beschäftigten Gewerkschaftssekretären die Zulassung zur Syndikusrechtsanwaltschaft durch Ausstellung einer entsprechenden Tätigkeitsbeschreibung ermöglicht und führte diese Praxis auch nach Klageerhebung durch den Kläger fort. Im Fall des Klägers hingegen lehnte die Gewerkschaft die Erteilung der Bestätigung ab. Die Arbeitgeberin war der Auffassung, dass er nur als Gewerkschaftssekretär und nicht als Syndikusrechtsanwalt eingestellt sei. Es bestehe kein Anspruch auf die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt, denn als gewerkschaftlicher Interessenvertreter sei seine Tätigkeit tendenzbezogen und er unterliege der arbeitsvertraglichen Weisungsabhängigkeit. Der Kläger könne keine Nebentätigkeitsgenehmigung beanspruchen.

Da bei der beklagten Gewerkschaft 19 Arbeitnehmer ähnlich beschäftigt werden, stützte der Kläger seinen Anspruch auf den arbeitsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz.

Erstinstanzlich hatte das Arbeitsgericht Offenbach der Klage (Urteil vom 25. Juli 2018, Az. 10 Ca 48/18) aufgrund einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes stattgegeben. Das Hessische Landesarbeitsgericht (Urteil vom 18. September 2019, Az. 18 Sa 1225/18) wie die Klage als Berufungsinstantz ab. Nach der Auffassung des BAG hingegen kommt eine Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes in Betracht. Da dies aber in der Sache noch aufzuklären sei, verwies es den Fall an das LAG zur weiteren Sachverhaltsaufklärung zurück.

## Die Entscheidung

Eine abschließende Entscheidung über das Bestehen des geltend gemachten Anspruchs des Klägers auf die begehrte Tätigkeitsbeschreibung war dem Senat aufgrund der getroffenen Feststellungen der Vorinstanzen nicht möglich.

Dennoch führte das BAG aus, dass das LAG den klägerischen Anspruch nicht mit der Begründung habe abweisen dürfen, dass der Handhabung der Beklagten, anderen Arbeitnehmern mit der Befähigung zum Richteramt die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt zu ermöglichen, keine verteilende Entscheidung zugrunde gelegen habe.

Im Hinblick auf den aus Artikel 3 Abs. 1 GG abgeleiteten arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, aus dem sich auch ein Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung ergeben kann, seien Arbeitgeber bei Anwendung einer selbst gegebenen Regelung zur Gleichbehandlung vergleichbarer Arbeitnehmer(-gruppen) gehalten. Dies gelte grds. auch betriebsübergreifend. Die Orientierungssätze des BAG haben weitreichende Konsequenzen, auch über die Frage der Erteilung der Tätigkeitsbescheinigung als Syndikusrechtsanwalt hinaus.

Das BAG verdeutlichte, dass eine willkürliche Entscheidung der Beklagten darüber, welchen – vergleichbaren – Mitarbeitern sie eine Zulassung als Syndikusrechtsanwalt / Syndikusrechtsanwältin ermöglicht, unzulässig sei. Von besonderer Bedeutung sei bei der Beurteilung des Falles, ob „die Beklagte eine unternehmensbezogene verteilende Entscheidung getroffen bzw. den bei ihr angestellten Gewerkschaftssekretären willkürlich oder nach Gutdünken eine Zulassung als Syndikusrechtsanwalt ermöglicht oder versagt“ hat.

Hierbei müsse aber beachtet werden, dass – soweit die Entscheidung zur Mitwirkung zur Zulassung durch den jeweiligen Landesbezirk getroffen werde – die Kompetenz jeweils auf den eigenen Zuständigkeitsbereich beschränkt sei und den Kompetenzbereich anderer Landesbezirke nicht zu beeinflus-

sen vermöge. Dann habe der Kläger keinen Anspruch auf eine Gleichbehandlung mit vergleichbaren Beschäftigten anderer Landesbezirke und auf Ausstellung der entsprechenden Tätigkeitsbeschreibung. Eine andere Entscheidung komme bei einer Feststellung sachlicher Gründe für die Ungleichbehandlung durch das LAG in Betracht.

Unter Berücksichtigung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes muss das LAG nun also feststellen, ob durch die Gewerkschaft zentral oder im Rahmen ihrer Eigenorganisation eine Ungleichbehandlung vergleichbarer Gewerkschaftssekretäre hinsichtlich der Zulassung als Syndikusrechtsanwalt erfolgt.

## Unser Kommentar

Seit der bundessozialgerichtlichen Entscheidung im Jahr 2014 (BSG, Urteil vom 3. April 2014, Az. B 5 RE 13/14 R u.a.) hat die Ausstellung der Tätigkeitsbeschreibung gemäß § 46 Abs. 2 - 5 BRAO, die den Syndikusrechtsanwälten den Beitritt zur Rechtsanwaltschaft bzw. zum Versorgungswerk ermöglicht, für Rechtsanwälte nachvollziehbarerweise einen hohen Stellenwert. Denn das BSG stellte die Rentenversicherungspflicht angestellter Juristen bei nichtanwaltlichen Arbeitgebern in der gesetzlichen Rentenversicherung grundsätzlich fest.

Die Entscheidung des BAG ist von großem Interesse und Bedeutung, da erneut eine Konkretisierung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgenommen wurde. Arbeitsrechtlich entschied das BAG noch Ende 2018 (Urteil vom 24. Oktober 2018, Az. 10 AZR 69/18), dass ein Arbeitnehmer die Mitwirkung seines Arbeitgebers bei der Zulassung nicht verlangen könne. Im Vergleich zu dem aktuellen Fall wirkte der Arbeitgeber dort aber generell nicht mit. In dem aktuellen Fall erfolgte die Unterstützung der Gewerkschaft bei der Zulassung zur Syndikusrechtsanwaltschaft hingegen willkürlich. Nunmehr betonte das BAG die Problematik einer Verfahrensweise des Arbeitgebers nach Gutdünken und stellte dabei heraus, dass die Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes grundsätzlich – bei Fehlen eines sachlichen Grundes – auch betriebsübergreifend gilt.

**Autorinnen**

**Dr. Eva Maria K. Rütz, LL.M. und  
Katharina Gorontzi**

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Düsseldorf**

## Ungleichbehandlung bei Nachtarbeitszuschlägen

Viele Tarifverträge enthalten Zuschläge für Nachtarbeit, die eine Kompensation für eine besondere gesundheitliche Belastung der Arbeitnehmer darstellen sollen. Dabei unterscheiden viele Tarifverträge zwischen regelmäßig in einem Schichtsystem erbrachter und unregelmäßig außerhalb eines Schichtsystems erbrachter Nachtarbeit und gleichen letztere mit deutlich höheren Zuschlägen aus. Das BAG hat nun entschieden, dass diese Differenzierung eine Ungleichbehandlung gemäß Art. 3 Abs. 1 GG darstellt, die durch Anpassung „nach oben“ auszugleichen ist.

BAG, Urteil vom 09.12.2020 – 10 AZR 334/20

### Der Fall

Die Parteien streiten über die Höhe geleisteter tarifvertraglicher Zuschläge für durch den Kläger erbrachte Arbeitsstunden in der Nachtschicht.

Die Beklagte ist eine Hamburger Brauerei und Mitglied der Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten. Auf das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis findet der Manteltarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Brauereien und deren Niederlassungen in Hamburg und Schleswig-Holstein vom 29. Oktober 2005 (MTV) Anwendung. Der MTV sieht für Nachtarbeit einen Zuschlag von 50 % vor. Für Nachtarbeit, die während einer Nachtschicht

geleistet wird, regelt der MTV einen Zuschlag von 25 %. Der Kläger arbeitet für die Beklagte in einem Schichtsystem. Für seine Nachtschichten hat er den im MTV geregelten Zuschlag von 25 % erhalten. Er vertritt die Auffassung, die Unterscheidung im MTV zwischen erbrachter Arbeitsleistung während einer Nachtschicht und unregelmäßiger Nachtarbeit außerhalb einer Nachtschicht verstoße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und begehrt mit seiner Klage den höheren Zuschlag für unregelmäßige Nachtarbeit von 50 %. Die Beklagte ist der Ansicht, dass die Arbeitnehmer bei unregelmäßiger Nachtarbeit einer höheren Belastung ausgesetzt seien, was einen höheren Zuschlag rechtfertige. Zudem solle durch den höheren Zuschlag der unvorbereitete Verlust der Dispositionsfreiheit der Arbeitnehmer über ihre Freizeit ausgeglichen



werden. Zudem erfolge bei regelmäßigen Nachtschichten ein vom Kläger nicht berücksichtigter weiterer Ausgleich durch bezahlte Schichtfreizeiten und bezahlte Pausen.

Das ArbG hat die Klage abgewiesen und das LAG die Berufung teilweise als unzulässig verworfen, teilweise zurückgewiesen.

## Die Entscheidung

Das BAG hat der Revision stattgegeben und dem Kläger einen Zuschlag von 50 % für die geleistete Arbeit in der Nachtschicht zugesprochen.

Die tarifvertragliche Unterscheidung zwischen Zuschlägen für die Nachtarbeit einerseits und für Nachtschichtarbeit andererseits verstoße aus Sicht des BAG gegen Art. 3 Abs. 1 GG, da Nachtschichtarbeiter gegenüber Arbeitnehmern, die außerhalb von Schichtsystemen unregelmäßig Nachtarbeit leisten, gleichheitswidrig schlechter gestellt werden. Aus dem Gleichheitsgebot an dem Tarifnormen uneingeschränkt zu messen sind, folgt das Gebot, gleichheitswidrig einem Personenkreis Begünstigungen zu gewähren und einem anderen Personenkreis nicht. Differenzierungen bedürfen sachlicher Gründe. Solche sachlichen Gründe sieht das BAG vorliegend nicht. Nach Ansicht des BAG sind Arbeitnehmer, die in regelmäßigen Nachtschichten arbeiten, vergleichbar mit den Arbeitnehmern, die unregelmäßig Nachtarbeit leisten. Die Nachtarbeit führt unabhängig davon, ob diese überraschend und unregelmäßig oder regelmäßig innerhalb eines Schichtsystems erfolgt, zu gesundheitsschädlichen Auswirkungen. Eine sachliche Rechtfertigung könne daher nicht darin gesehen werden, dass sich Arbeitnehmer im Schichtsystem besser auf die Nachtarbeit einstellen können. Zudem sei nach bisherigen medizinischen Erkenntnissen davon auszugehen, dass gerade gesundheitsschädliche Auswirkungen mit einer erhöhten Anzahl an Nachtschichten, wie sie im Schichtsystem erbracht werden, steigen. Auch der Ausgleich des Verlustes der Dispositionsfreiheit über die Freizeit stellt aus Sicht des BAG keine Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung dar, da sich eine solche Rechtfertigung nicht aus dem MTV ergebe. Andere sachliche Gründe seien im MTV nicht ersichtlich. Auch werde die Differenz zwischen den Zuschlägen für Nachtarbeit und Nachtschichtarbeit nicht durch andere tarifliche Leistungen wie Schichtfreizeiten oder bezahlte Pausen bei Nachtschichten ausgeglichen. Diese Leistungen sollen nach den Regelungen des MTV besondere Erschwernisse kompensieren, die mit der Arbeit in Wechselschichten oder ständiger Nachtarbeit verbunden sind.

Dem Allgemeinen Gleichheitsgrundrecht könne nur dadurch genügt werden, dass der Kläger für die Nachtschichtarbeit ebenso behandelt wird wie Arbeitnehmer, die unregelmäßig Nachtarbeit leisten, sodass zu dem bereits gezahlten Zuschlag ein weiterer Zuschlag von 25 % geleistet wird.

## Unser Kommentar

Die dem Rechtsstreit zugrunde liegende Regelung des MTV ist kein Einzelfall und auch in anderen Tarifwerken oder Betriebsvereinbarungen zu finden. Die Entscheidung des BAG, die Zuschläge für Nachtarbeit „nach oben“ anzupassen, bedeutet daher für viele Arbeitgeber eine erhebliche Mehrbelastung.

Gleichwohl überrascht die Entscheidung des 10. Senats nicht, befindet sie sich doch auf einer Linie mit der bisherigen Rechtsprechung des BAG. Das BAG erteilt Differenzierungen bei der Vergütung von Nachtarbeitszuschlägen jedoch keine generelle Absage. Es stellt vielmehr klar, dass eine Differenzierung grundsätzlich möglich ist, wenn ausreichende sachliche Gründe vorliegen und sich diese aus dem Tarifvertrag ergeben. Den Tarifvertragsparteien steht aufgrund der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie ein weiter Gestaltungsspielraum für die Inhalte der Tarifverträge zu. Dabei müssen die Tarifparteien nicht die vernünftigste oder fairste Lösung finden. Für eine unterschiedliche Behandlung von Arbeitnehmern ist jedoch ein sachlicher Grund erforderlich, wobei sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen verschärfen, je weniger Differenzierungsmerkmale bei den Arbeitnehmern vorliegen. Vorliegend waren die Unterschiede zwischen den Gruppen der nacharbeitenden Arbeitnehmer jedoch von so geringem Gewicht, dass erhebliche sachliche Gründe für eine unterschiedliche Behandlung hätten vorliegen müssen. Der MTV selbst enthielt jedoch keine Anhaltspunkte für eine sachliche Begründung für eine Verdoppelung des Zuschlags für unregelmäßige Nachtarbeit. Den Tarifparteien ist daher gut daran geraten, Sachgründe für eine Differenzierung nicht nur am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG zu messen, sondern diese auch in den Tarifvertrag aufzunehmen.

Autorin

**Sandra Sfinis**

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Hamburg**

# Kreativität beim Abstimmen gefährdet den Erfolg

**Auch ein Smiley auf dem Stimmzettel ist ein besonderes Merkmal im Sinne von § 11 Abs. 4 WO BetrVG (Wahlordnung zum Betriebsverfassungsgesetz) und macht die Stimmabgabe unwirksam.**

**BAG, Beschluss vom 28.04.2021 - Az: 7 ABR 20/20**

Ein mit einem besonderen Merkmal versehener Stimmzettel führt gemäß § 11 Abs. 4 der Wahlordnung zum Betriebsverfassungsgesetz zur Ungültigkeit der Wahl. Es stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine über die Stimmabgabe hinausgehende Kennzeichnung des Stimmzettels ein derartiges besonderes Merkmal darstellt. Rechtsprechung hierzu findet sich kaum.

Allerdings gibt es auch in anderen Wahlvorschriften parallele Regelungen, die auf den vorgenannten Fall übertragbar sind. § 11 Abs. 4 WO BetrVG findet seine Entsprechung in § 13 Abs. 3 der Verordnung zur Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nach dem Drittelbeteiligungsgesetz (WO-DrittelbG). Zu letzterer erging die nachstehende Entscheidung des BAG, die inhaltlich die Frage betrifft, ob ein mit einem Smiley versehener Stimmzettel gültig ist.

## Der Fall

Bei der Aufsichtsratswahl in einer Unternehmensgruppe kandidierten als Arbeitnehmervertreter unter anderem der Beteiligte zu 1 und der Beteiligte zu 6. Im Zuge der Auszählung wurde ein Stimmzettel, der zugunsten des Beteiligten zu 1 abgegeben wurde, für ungültig erklärt, da er in der linken oberen Ecke außerhalb des für die Stimmabgabe vorgesehenen Felds einen gezeichneten Smiley mit einem Durchmesser von ca. 1 cm aufwies. Ohne diese Stimme entfielen auf den Beteiligten zu 1 und den Beteiligten zu 6 jeweils 221 Stimmen.

Der daraufhin durchgeführte Losentscheid ging zulasten des Beteiligten zu 1 aus, wodurch der Beteiligte zu 6 zum Aufsichtsratsmitglied wurde.

Die Beteiligte zu 1 verlangte die Berichtigung des Wahlergebnisses und wollte anstelle des Beteiligten zu 6 der Sitz als Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat einziehen, weil der Stimmzettel mit dem Smiley zu Unrecht durch den Wahlvorstand als ungültig gewertet worden sei.



## Die Entscheidung

Das BAG wies diesen Standpunkt zurück, entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1 lägen die materiellen Wahlanfechtungsvoraussetzungen nicht vor.

§ 13 WODrittelbG stelle eine wesentliche Wahlvorschrift i. S. d. § 11 Abs. 1 DrittelbG dar. Diese trägt dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl und des Wahlheimnisses als elementare Grundprinzipien dadurch Rechnung, dass sie eine Rückverfolgbarkeit der Stimmabgabe auf einen bestimmten Wähler ausschließt. Diese Möglichkeit des Rückschlusses auf einen bestimmten Wähler ermöglicht auch ein „Smiley“, demnach handelt es sich um ein zur Ungültigkeit des Stimmzettels führendes besonderes Merkmal i. S. v. § 13 Abs. 3 Nr. 3 WO-DrittelbG.

Es sei in diesem Zusammenhang nicht notwendig, dass die konkrete Person tatsächlich feststellbar ist. Vielmehr genüge es, dass die zusätzliche, über die Stimmabgabe hinausge-

hende Kennzeichnung des Stimmzettels im Zusammenwirken mit anderen Umständen abstrakt geeignet sein könnte, Rückschlüsse auf die Identität des Abstimmenden zu ziehen. Dies sei im Zweifel immer dann anzunehmen, wenn der Stimmzettel eine zusätzliche Kennzeichnung enthält. Jegliche Kennzeichnung des Stimmzettels, abgesehen von einem an der vorgesehenen Stelle gesetzten Kreuz bei Personenwahl, stellt daher im Zweifel ein besonderes Merkmal i. S. d. § 13 Abs. 3 Nr. 3 WODrittelbG dar.

## Unser Kommentar

Die Entscheidung erging zur Wahlordnung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz, auf die Wahlordnung zum Betriebsverfassungsgesetz dürfte sie allerdings übertragbar sein. In der hier interessierenden Passage sind die Vorschriften wortlautidentisch und verfolgen dasselbe Schutzziel.

Auch inhaltlich überzeugt die Entscheidung. Die Freiheit der Wahl erfordert, dass der Wähler zurecht von einer geheimen Stimmabgabe ausgehen darf. Kann eine Stimmabgabe zurück verfolgt werden, so wird dieses Vertrauen verletzt. Aus diesem Grunde ist es folgerichtig, wenn das BAG sich auf den Standpunkt stellt, die abstrakte Gefahr der Identifizierbarkeit reiche aus, um die Ungültigkeit der Stimmabgabe zu bewirken. Zieht man weitere Indizien heran, so wird aus dem abstrakten Risiko einer Identifizierung bei ausreichendem Mittel- und Zeiteinsatz schnell ein konkretes. Dies wiederum schließt es aus, dass der Wähler auf die geheime Stimmabgabe vertrauen darf.

Ein wenig unklar bleibt allerdings, weshalb das BAG davon ausgeht, dass die zusätzliche Kennzeichnung nur „im Zweifel“ zu einer Ungültigkeit führe. Wenn ein Kennzeichen überhaupt als Kennzeichen erkannt werden kann, begründet dies „automatisch“ das abstrakte Risiko der Identifizierung. Für die Praxis ist daher davon auszugehen, dass nur solche Fälle, in denen man schon darüber streiten kann, ob der Stimmzettel gekennzeichnet wurde (Bsp.: einzelner Punkt in der Farbe des für das Kreuz genutzten Farbe), möglicherweise nachdem Zweifelssatz zu behandeln sind.

Autor

## Paul Schreiner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Köln

## RECHTSPRECHUNG IN KÜRZE

### Keine geschlechtsspezifische Diskriminierung bei Verwendung des Gendersternchens in Stellenausschreibung

LAG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.06.2021 – 3 Sa 37 öD/21

**Die Verwendung des sog. Gendersternchen (\*) in einer Stellenausschreibung stellt keine Diskriminierung zweigeschlechtlich geborener Menschen dar. Das Sternchen soll nicht nur Frauen und Männer in der Sprache gleich sichtbar machen, sondern auch alle anderen Geschlechter symbolisieren und der sprachlichen Gleichbehandlung aller Geschlechter dienen.**

### Entscheidungsgründe

Die beklagte Gebietskörperschaft hatte mehrere Stellen für Diplom-Sozialpädagog\*innen, Diplom-Sozialarbeiter\*innen, Diplom-Heilpädagog\*innen ausgeschrieben und verwendete hierzu das sog. Gendersternchen. In der Stellenausschreibung heißt es: „Näheres entnehmen Sie bitte dem nachstehenden Anforderungsprofil einer Fachkraft (m/w/d)“ sowie „Schwerbehinderte Bewerber\*innen werden bei entsprechender Eignung bevorzugt berücksichtigt“. Die zweigeschlechtlich geborene schwerbehinderte klagende Partei erhielt nach ihrer Bewerbung eine Absage. Mit ihrer Klage machte sie Entschädigungsansprüche nach dem AGG geltend. Die klagende Partei hat die Ansicht vertreten, wegen des Geschlechts diskriminiert worden zu sein, da das seitens der Beklagten verwendete Gendersternchen bei der Formulierung „Schwerbehinderte Bewerber\*innen“ auf den Aspekt Geschlecht abstelle. Entgegen den Vorgaben des SGB IX sei diese Formulierung nicht geschlechtsneutral. Erstinstanzlich sprach das Gericht der klagenden Partei eine Entschädigung zu, begründet die Entscheidung aber nicht mit dem Vorliegen einer Diskriminierung wegen des Geschlechts, sondern wegen einer unzureichenden Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung.

Für die Durchführung des Berufungsverfahrens beantragte sie daraufhin beim LAG Schleswig-Holstein Prozesskostenhilfe, die mangels hinreichender Erfolgsaussichten der Berufung versagt wurde. Das Gericht entschied, dass die Verwendung des Gendersternchens in einer Stellenausschreibung mehrgeschlechtlich geborene Menschen nicht diskriminiere.

Das Gendersternchen diene einer geschlechtersensiblen und diskriminierungsfreien Sprache und sei zudem auf eine Empfehlung der Antidiskriminierungsstelle der Bundesregierung zurückzuführen. Durch seine Verwendung sollen nicht nur Frauen und Männer in der Sprache gleich sichtbar gemacht werden, sondern auch alle anderen Geschlechter. Im Übrigen werde durch den sich im Ausschreibungstext befindlichen Zusatz „m/w/d“ deutlich, dass die Stellen geschlechtsneutral ausgeschrieben werden sollte. Die Rechtsbeschwerde wurde nicht zugelassen. Die Entscheidung ist rechtskräftig.

## Corona-Pandemie – kein dauerhafter Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit

**LAG München, Urteil vom 05.05.2021 – 5 Sa 938/20**

**Die gleichzeitige Einführung von Kurzarbeit für Mitarbeiter mit gleichen Aufgaben spricht gegen die Annahme eines dauerhaften Wegfalls des Beschäftigungsbedarfs, der eine betriebsbedingte Kündigung sozial rechtfertigen könnte.**

### Entscheidungsgründe

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung.

Die Klägerin war bei der Beklagten als „Stadtführerin und Reiseleiterin“ beschäftigt. Im März 2020 wandte sich die beklagte Arbeitgeberin an ihre Mitarbeiter und bat diese im Hinblick auf die wegen der Corona-Pandemie bestehenden Einschränkungen darum, ihre Zustimmung zur Einführung von Kurzarbeit zu erteilen. Bei der Arbeitnehmerin lagen jedoch die sozialversicherungsrechtlichen Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld nicht vor. Daher sollte zwischen den Arbeitsvertragsparteien eine Vereinbarung über die Reduzierung des Arbeitsentgelts getroffen werden. Nachdem eine solche nicht zustande kam, sprach die Arbeitgeberin gegenüber der Arbeitnehmerin eine ordentliche Kündigung „aufgrund der Corona-Krise und der wirtschaftlichen Auftragslage“ aus. Dagegen klagt die Arbeitnehmerin mit dem Antrag festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst worden ist. Das Arbeitsgericht Passau hat die gegen die Kündigung erhobene Klage der Arbeitnehmerin abgewiesen, die dagegen eingelegte Berufung hatte Erfolg.

Die Kündigung sei mangels dringender betrieblicher Erfordernisse sozial nicht gerechtfertigt und somit unwirksam. Eine betriebsbedingte Kündigung wäre dann wirksam, wenn eine

Prognose ergeben würde, dass die Beschäftigungsmöglichkeit dauerhaft wegfällt. Die Einführung von Kurzarbeit im Betrieb spreche gegen einen dauerhaft gesunkenen Beschäftigungsbedarf, da Voraussetzung für den Bezug von Kurzarbeitergeld der nur vorübergehende Wegfall der Beschäftigung sei.

Das LAG München legte die zum Kündigungszeitpunkt geltenden Rechtslage bzgl. der maximalen Bezugsdauer von zwölf Monaten für das Kurzarbeitergeld zugrunde. Ein Wegfall der Beschäftigung sei danach als nur vorübergehend anzusehen, wenn nach der Prognose ein Zeitraum von zwölf Monaten nicht überschritten werde. Die Einführung von Kurzarbeit im März 2020 spreche dafür, dass zum Zeitpunkt der Kündigung im April 2020 die Prognose bestand, dass der Beschäftigungsbedarf nicht länger als zwölf Monate entfällt und somit vorübergehender Natur ist. Das LAG München betont dabei, dass betriebsbedingte Kündigungen auch in einem Betrieb, in dem grundsätzlich Kurzarbeit geleistet wird, zulässig bleiben. So sei es grundsätzlich denkbar, in demselben Betrieb hinsichtlich verschiedener Arbeitsbereiche nur zum Teil Kurzarbeit einzuführen. Werde jedoch gleichzeitig innerhalb einer Betriebsabteilung gleichzeitig Kurzarbeit für einen Teil der Mitarbeiter eingeführt und würden gegenüber einem weiteren Teil der Mitarbeiter betriebsbedingte Kündigungen ausgesprochen, handele es sich um Prognosen, die sich gegenseitig inhaltlich ausschließen.

## Anfechtung eines Aufhebungsvertrags wegen widerrechtlicher Drohung

**LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 31.03.2021 – 23 Sa 1381/20**

**Stellt der Arbeitgeber eine außerordentlichen Kündigung für den Fall in Aussicht, dass ein Aufhebungsvertrag nicht zustande kommt, handelt es sich um eine widerrechtliche Drohung, wenn ein verständiger Arbeitgeber eine solche Kündigung nicht ernsthaft in Erwägung ziehen durfte.**

Widerrechtlich ist die Androhung einer außerordentlichen Kündigung auch dann, wenn der Arbeitgeber wegen des Fristablaufs nach § 626 Abs. 2 BGB gar keine Kündigung mehr wirksam hätte erklären können.



## Entscheidungsgründe

Die Parteien streiten sich u. a. über die Wirksamkeit eines angefochtenen Aufhebungsvertrages.

Der Kläger ist mehr als 20 Jahre bei der Beklagten als Produktionshelfer beschäftigt und aufgrund tariflich vereinbarten besonderen Kündigungsschutzes ordentlich unkündbar. Bei der beklagten Arbeitgeberin wurde in einem Schließfach, welches dem Arbeitnehmer zur Verfügung stand, in einem Kinderüberraschungsei eine blaue Pille – vermutlich Betäubungsmittel gefunden. Auf der Videoüberwachung war der Arbeitnehmer und ein weiterer Mitarbeiter beim Einlegen und Entnehmen des Kinderüberraschungseis zu sehen. Die Anhörung beider ergab aufgrund der Angaben des Arbeitskollegen, dass dieser vom Arbeitnehmer gegen Geld mit Ecstasy versorgt worden ist. Der Arbeitnehmer bestritt dies. Nach Anhörung des Betriebsrats wurde mit dem Arbeitnehmer ein Personalgespräch bezüglich der geplanten Beendigung des Arbeitsverhältnisses geführt. In dem Gespräch wurden dem Arbeitnehmer zwei Dokumente im Entwurf vorgelegt – eine außerordentliche Kündigung und einen Aufhebungsvertrag. Hierzu wurde ihm mitgeteilt, die außerordentliche Kündigung werde erklärt, sofern er den Aufhebungsvertrag nicht unterzeichne. Der Arbeitnehmer unterzeichnete am Ende des Personalgesprächs den Vertrag, focht diesen jedoch kurze Zeit später wegen widerrechtlicher Drohung an. Daraufhin kündigte die Arbeitgeberin zweimal hintereinander außerordentlich. Der Arbeitnehmer erhob hiergegen Klage und verlangte Weiterbeschäftigung. Das Arbeitsgericht gab der Klage statt. Die dagegen eingelegte Berufung der Arbeitgeberin blieb erfolglos. Der Aufhebungsvertrag habe das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst, da dieser wirksam wegen widerrechtlicher Drohung angefochten wurde und deshalb von Anfang an nichtig sei. Die Drohung mit einer Kündigung sei dann widerrechtlich, wenn ein verständiger Arbeitgeber eine solche Kündigung nicht ernsthaft in Erwägung ziehen durfte, weil er davon ausgehen musste, die angedrohte Kündigung werde im Falle ihres Ausspruchs einer arbeitsgerichtlichen Überprüfung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht standhalten. Zwar durfte die Arbeitgeberin einen außerordentlichen Kündigungsgrund im konkreten Fall annehmen, allerdings konnte angesichts des Fristablaufs nach § 626 Abs. 2 BGB von zwei Wochen nach Kenntnis des Kündigungsgrundes nicht mehr damit gerechnet werden, dass eine zum Zeitpunkt des Personalgesprächs ausgesprochene außerordentliche Kündigung einer arbeitsgerichtlichen Überprüfung wahrscheinlich standhalten würde. Mit der Anhörung des Arbeitnehmers und des weiteren Mitarbeiters sei die Aufklärung des Sachverhalts abgeschlossen, weshalb zu diesem Zeitpunkt die zweiwöchige Kündigungs-

erklärungsfrist in Lauf gesetzt worden sei und vor dem Zeitpunkt des Personalgesprächs endete. Aufgrund dessen durfte die Arbeitgeberin die Kündigung nicht androhen, um den Kläger zum Abschluss des Aufhebungsvertrages zu veranlassen.

## Lieferdienst muss seinen Mitarbeitern Fahrrad und Smartphone zur Verfügung stellen

LAG Hessen, Urteil vom 12.03.2021 – 14 Sa 306/20

**Fahrradlieferanten haben gegen ihren Arbeitgeber einen Anspruch aus §§ 611a, 615 Satz 3, 618 BGB i. V. m. dem Arbeitsvertrag auf Stellung eines verkehrstüchtigen Fahrrads und eines internetfähigen Mobiltelefons zur dienstlichen Nutzung, wenn der Arbeitsvertrag nicht etwas Abweichendes regelt. Durch Allgemeine Geschäftsbedingungen kann die Pflicht, ohne finanziellen Ausgleich zwingend notwendige Arbeitsmittel selbst stellen zu müssen, nicht wirksam begründet werden, da eine solche Regelung Arbeitnehmer unangemessen benachteiligt.**

## Entscheidungsgründe

Die Beklagte betreibt einen Lieferdienst für Speisen und Getränke. Der Kläger ist bei der Beklagten mehrere Jahre als Fahrradlieferant tätig. Zwischen den Parteien ist arbeitsvertraglich geregelt, dass dem Arbeitnehmer einige Arbeitsmittel (angegeben in einem Pfandvertrag) von der Arbeitgeberin gestellt werden, wofür ein Pfand vom Arbeitgeber einbehalten wird. Zu diesen Arbeitsmitteln gehörte aber weder ein Smartphone noch ein Fahrrad. Diese werden allerdings zwingend zur Ausübung der Tätigkeit als Fahrradlieferant gebraucht, weil die Einsatzpläne, die Adressen der Restaurants und die der Kunden dem Arbeitnehmer per App auf sein Smartphone mitgeteilt werden. Der Arbeitsvertrag enthielt zudem die Verpflichtung des Klägers, ein verkehrstüchtiges Fahrrad zu nutzen. Vor dem Arbeitsgericht Frankfurt am Main klagte der Arbeitnehmer erfolglos auf Stellung eines Dienstfahrrades sowie eines internetfähigen Mobiltelefons mit einem monatlichen Datennutzungsvolumen in Höhe von 2 GB durch die Beklagte. Der Arbeitnehmer ging in Berufung. Das LAG Hessen hob die erstinstanzliche Entscheidung auf und sprach dem Arbeitnehmer sowohl Fahrrad als auch Mobiltelefon mit Datennutzungsvolumen zu. Nach §§ 611 a, 615 Satz 3, 618 BGB habe der Arbeitgeber die zur Erbringung der Arbeitsleistung notwendigen Betriebsmittel zur Verfügung zu stellen und die

hiermit verbundene Kosten zu tragen. Dieser habe auch das Risiko zu tragen, dass die Arbeitsleistung mangels funktionsfähiger Betriebsmittel nicht erbracht werden könne. Entsprechend müsse der Arbeitgeber Fahrrad und Mobiltelefon während der Arbeitszeit zur Verfügung stellen. Die Klausel im Arbeitsvertrag sei zwar dahingehend auszulegen, dass nur die im Pfandvertrag genannten Arbeitsmittel zur Verfügung gestellt werden müssten, also gerade kein internetfähiges Mobiltelefon und kein Fahrrad. Bei der Klausel handele es sich aber um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, mit der von der gesetzlichen Grundregel, dass die Arbeitsmittel durch den Arbeitgeber zu stellen seien, abgewichen werde. Eine Klausel, die den Arbeitnehmer zur Stellung von Arbeitsmitteln ohne finanziellen Ausgleich verpflichte, sei aber mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren. Insofern stelle eine solche Klausel eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers dar und sei somit unwirksam.

### **Fristlose Kündigung wegen Entwendung einer Flasche Desinfektionsmittel**

**LAG Düsseldorf, Urteil vom 14.01.2021 – 5 Sa 483/20**

**Die Entwendung einer Flasche Desinfektionsmittel, die der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern während der Corona-Pandemie zur Verfügung gestellt hat, rechtfertigt unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls die außerordentliche Kündigung eines langjährig bestehenden Arbeitsverhältnisses. Einer vorherigen Abmahnung bedarf es nicht.**

#### **Entscheidungsgründe**

Das LAG Düsseldorf hatte darüber zu entscheiden, ob die Entwendung von Desinfektionsmitteln die fristlose Kündigung eines langjährig beschäftigten Mitarbeiters rechtfertigt. Der Kläger war seit dem Jahr 2004 bei dem beklagten Paketzustellunternehmen als Be- und Entlader sowie Wäscher für die und eine Handtuchrolle. Der Wert des Desinfektionsmittels betrug zum damaligen Zeitpunkt etwa EUR 40. Diesen Fund nahm die Arbeitgeberin zum Anlass, das Arbeitsverhältnis fristlos zu kündigen. Der Arbeitnehmer erhob hiergegen vor dem Arbeitsgericht Mönchengladbach Kündigungsschutzklage und führte aus, dass er sich während der Arbeit jede Stunde zu seinem Fahrzeug begeben habe, um die Hände zu desinfizieren und abzutrocknen. Er habe das Mittel für sich und eventuell seine Kollegen verwenden wollen, zumal dieses in den Waschräumen nicht immer verfügbar gewesen sei. Bei

der Ausfahrt habe er an die Sachen im Kofferraum nicht mehr gedacht. Das abweisende Urteil des Arbeitsgerichts wurde vom LAG Düsseldorf bestätigt. Es liege ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vor. Die Schilderung des Klägers überzeugte das Gericht nicht. Nach Auffassung des Gerichts habe der Arbeitnehmer das Desinfektionsmittel mitgenommen, um es selbst zu verbrauchen. Sofern er das Desinfektionsmittel tatsächlich am Arbeitsplatz nutzen wollte, habe er es zumindest nicht in den Kofferraum seines privaten Fahrzeugs verbringen müssen. Ferner sei die aufgefundene Flasche nicht angebrochen gewesen, weshalb er sie noch nicht verwendet haben konnte. Eine vorherige Abmahnung sei nicht erforderlich gewesen. Der Arbeitnehmer habe in einer Zeit der Pandemie, als Desinfektionsmittel Mangelware war und in Kenntnis davon, dass auch die Arbeitgeberin mit Versorgungsengpässen zu kämpfen hatte, eine nicht geringe Menge Desinfektionsmittel entwendet. Damit hat er zugleich in Kauf genommen, dass seine Arbeitskollegen leer ausgingen. Darüber hinaus kam es bei der Arbeitgeberin zu dieser Zeit immer wieder zum Verschwinden von Desinfektionsmittel. Aus diesem Grund waren im Sanitärbereich bereits Aushänge angebracht worden, die darauf hinwiesen, dass die Mitnahme von Desinfektionsmittel zu einer fristlosen Kündigung und einer Anzeige führen würden. Dem Arbeitnehmer habe klar sein müssen, dass er mit der Mitnahme des Desinfektionsmittels sein Arbeitsverhältnis gefährde. Angesichts dieser Umstände fiel auch die Interessenabwägung trotz der langen Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers zu dessen Lasten aus.

### **Außerordentliche Kündigung wegen Drohung mit Krankschreibung**

**LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 04.05.2021 – 5 Sa 319/20**

**Die Drohung eines Arbeitnehmers, sich Krankschreiben zu lassen, kann eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen schwerwiegenden Verletzung der arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht rechtfertigen.**

#### **Entscheidungsgründe**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. Die Klägerin war seit 2010 bei der Beklagten als Verkäuferin in einer der Bäckereifilialen tätig und hatte mit einer Krankschreibung gedroht, nachdem die Schichtenteilung in einer bestimmten Woche nicht wie gewünscht er-

folgte. Nachdem die Arbeitnehmerin wenige Tage später für die betreffende Woche eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zusammen mit einem Kündigungsschreiben einreichte, sprach die Arbeitgeberin eine fristlose Kündigung unter Bezugnahme auf die angedrohte Krankschreibung aus. Dagegen klagt die Arbeitnehmerin mit dem Antrag festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die fristlose Kündigung der Arbeitgeberin nicht beendet worden ist, sondern bis zum Wirksamwerden der ordentlichen Eigenkündigung fortbesteht. Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, die hiergegen eingelegte Berufung des Arbeitgebers blieb erfolglos. Die außerordentliche Kündigung sei unter Abwägung der gegenseitigen Interessen unverhältnismäßig gewesen. Das LAG Mecklenburg-Vorpommern hat hierzu grundsätzlich festgestellt, dass die Drohung, sich krankschreiben zu lassen, falls die Schichteinteilung nicht wie gewünscht erfolge, eine schwerwiegende Verletzung der arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht darstelle, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen könne. Die Pflichtwidrigkeit einer solchen Erklärung bei objektiv nicht bestehender Erkrankung liege insbesondere darin, dass der Arbeitnehmer zum Ausdruck bringe, er sei notfalls bereit, seine Rechte aus dem Entgeltfortzahlungsrecht zu missbrauchen, um sich einen unberechtigten Vorteil zu verschaffen. Mit einem solchen Verhalten verletze der Arbeitnehmer seine aus der Rücksichtnahmepflicht folgende Leistungstreuepflicht erheblich. Ferner werde durch die Pflichtverletzung das Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit und die Loyalität des Arbeitnehmers in schwerwiegender Weise beeinträchtigt, so dass in einer solchen Erklärung regelmäßig auch ohne vorausgehende Abmahnung ein die außerordentliche Kündigung an sich rechtfertigender verhaltensbedingter Grund zur Kündigung liege. Da der wichtige Grund zur Kündigung in der ausdrücklich oder konkludent erklärten Bereitschaft des Arbeitnehmers zu sehen sei, sich die begehrte Freistellung notfalls durch eine in Wahrheit nicht vorliegende Arbeitsunfähigkeit zu verschaffen, komme es nicht mehr darauf an, ob der Arbeitnehmer später tatsächlich erkrankt oder nicht (BAG, Urteil vom 12.03.2009 – 2 AZR 251/07). Dem Arbeitnehmer sei es aufgrund des Rücksichtnahmegebots auch bei tatsächlich bestehender Erkrankung verwehrt, die Krankheit gegenüber dem Arbeitgeber als Druckmittel einzusetzen, um diesen zu einem gewünschten Verhalten zu veranlassen (BAG, Urteil vom 12. März 2009 – 2 AZR 251/07). Vorliegend sei es der Arbeitgeberin unter Abwägung der wechselseitigen Interessen jedoch zumutbar gewesen, das Arbeitsverhältnis noch rund einen Monat bis zum Datum der Eigenkündigung der Arbeitnehmerin fortzusetzen. Angesichts der in Kürze anstehenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses war mit Störungen des Betriebsfriedens oder erheblichen Beeinträchtigungen der betrieblichen Abläufe nicht mehr zu rechnen.

■ ALLGEMEINE HINWEISE

## Autoren dieser Ausgabe



**Dr. Marco Arteaga**  
Rechtsanwalt, Dipl. Betriebswirt (FH),  
Partner  
Frankfurt a.M.  
T +49 69 27229 27063  
marco.arteaga@luther-lawfirm.com



**Achim Braner**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für  
Arbeitsrecht, Partner  
Frankfurt a. M.  
T +49 69 27229 23839  
achim.braner@luther-lawfirm.com



**Dietmar Heise**  
Rechtsanwalt, Partner  
Stuttgart  
T +49 711 9338 12894  
dietmar.heise@luther-lawfirm.com



**Dr. Eva Maria K. Rütz, LL.M.**  
Rechtsanwältin, Fachanwältin für  
Medizinrecht, Fachanwältin für  
Arbeitsrecht, Partnerin  
Düsseldorf  
T +49 211 5660 27048  
eva.ruetz@luther-lawfirm.com



**Paul Schreiner**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für  
Arbeitsrecht, Partner  
Köln  
T +49 201 9220 0  
paul.schreiner@luther-lawfirm.com



**Sandra Sfinis**  
Rechtsanwältin, Fachanwältin für  
Arbeitsrecht, Partnerin  
Hamburg  
T +49 40 18067 12189  
sandra.sfinis@luther-lawfirm.com



**Dr. Annekatriin Veit**  
Rechtsanwältin, Steuerberaterin,  
Partnerin  
München  
T +49 89 23714 12913  
annekatriin.veit@luther-lawfirm.com



**Martina Ziffels**  
Rechtsanwältin, Fachanwältin für  
Arbeitsrecht, Counsel  
Hamburg  
T +49 40 18067 12189  
martina.ziffels@luther-lawfirm.com



**Katharina Gorontzi, LL.M.**  
Rechtsanwältin, Senior Associate  
Düsseldorf  
T +49 211 5660 25038  
katharina.gorontzi@luther-lawfirm.com



**Thorsten Tilch**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für  
Arbeitsrecht, Senior Associate  
Leipzig  
T +49 341 5299 0  
thorsten.tilch@luther-lawfirm.com

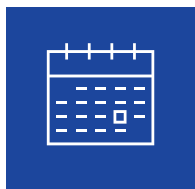


**Daniel Greger**  
Rechtsanwalt, Associate  
Hamburg  
T +49 40 18067 12195  
daniel.greger@luther-lawfirm.com



**Joschka Pietzsch**  
Rechtsanwalt, Associate  
Hamburg  
T +49 40 18067 12189  
joschka.pietzsch@luther-lawfirm.com

# Veranstaltungen, Veröffentlichungen und Blog



Eine Übersicht mit unseren  
Veranstaltungen finden Sie [hier](#).



Eine Liste unserer aktuellen  
Veröffentlichungen finden Sie  
[hier](#).



Unseren Blog finden Sie [hier](#).

## Impressum

*Verleger:* Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 221 9937 0  
Telefax +49 221 9937 110, [contact@luther-lawfirm.com](mailto:contact@luther-lawfirm.com)  
*V.i.S.d.P.:* Achim Braner  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
An der Welle 10, 60322 Frankfurt am Main  
Telefon +49 69 27229 23839  
[achim.braner@luther-lawfirm.com](mailto:achim.braner@luther-lawfirm.com)

*Copyright:* Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme. Falls Sie künftig keine Informationen der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH erhalten möchten, senden Sie bitte eine E-Mail mit dem Stichwort „Arbeitsrecht“ an [unsubscribe@luther-lawfirm.com](mailto:unsubscribe@luther-lawfirm.com)

Bildnachweis: Seite 1: MR.Cole\_Photographer/Getty Images; Seite 4: Adobe Stock; Seite 9: Khongtham/Adobe Stock; Seite 11: Stockfotos-MG/Adobe Stock ; Seite 14: jirsak/Adobe Stock; Seite 16: stevanovic igor; Seite 18: HNFOTO/Adobe Stock; Seite 20: Gebi/Adobe Stock; Seite 22: alphaspirt/Adobe Stock; ; Seite 22: Luther

## Haftungsausschluss

Obgleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

# Luther.

Bangkok, Berlin, Brüssel, Delhi-Gurugram, Düsseldorf, Essen, Frankfurt a. M.,  
Hamburg, Hannover, Jakarta, Köln, Kuala Lumpur, Leipzig, London,  
Luxemburg, München, Shanghai, Singapur, Stuttgart, Yangon

Weitere Informationen finden Sie unter

[www.luther-lawfirm.com](http://www.luther-lawfirm.com)

[www.luther-services.com](http://www.luther-services.com)

