

## Editorial

Herausgeber:  
michels.pmks Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Köln



Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,  
liebe Leserinnen und Leser,

hiermit melden wir uns aus der Sommerpause zurück und hoffen, dass Sie sich trotz der insgesamt schwierigen Lage, in der wir uns aufgrund der Pandemie befinden, gut haben erholen können.

Nach langen Jahren des Zustandes der Vollbeschäftigung wird es aller Voraussicht nach wieder vermehrt zu Kündigungen kommen (müssen). Dies hat Herr Dr. Kamann zum Anlass genommen, sich in einem Überblick den im Zusammenhang mit dem Ausspruch von Kündigungen immer wieder aufkommenden Fragestellungen aus Sicht des arbeitsrechtlichen Praktikers zu widmen.

Sodann stellen wir wiederum drei interessante Urteile des BAG sowie zweier Landesarbeitsgerichte jüngerer Datums vor. Auch im Rechtsprechungsteil geht es hierbei zunächst um das Kündigungsrecht: Der Kündigungssenat des BAG hat zur Frage der auf Geschäftsführerdienstverträge zur Berechnung der Kündigungsfrist heranzuziehenden Norm entschieden, dass sich diese mangels Arbeitsverhältnis aus § 621 BGB – und nicht aus § 622 BGB – ergebe. Ferner hat das LAG Nürnberg entschieden, dass die Regelung über den Sonderkündigungsschutz des internen Datenschutzbeauftragten (§ 38 Abs. 2 i.V.m. § 6 Abs. 4 BDSG) mit der Datenschutzgrundverordnung vereinbar ist. Die dritte Urteilsbesprechung widmet sich einem Urteil des LAG Schleswig-Holstein, das sich in einem instruktiven Fall mit dem Rückforderungsanspruch des Auftraggebers bzw. Arbeitgebers gegen den (vermeintlichen) Auftragnehmer und Arbeitnehmer auf überzahlte Vergütung bei nachträglicher Feststellung des Arbeitnehmerstatus zu befassen hatte.

Bleiben Sie weiterhin frohen Mutes und gesund!

michels.pmks und der Deutsche Anwaltverlag wünschen Ihnen eine spannende Lektüre!

Dr. Gunther Mävers, Maître en Droit, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

Partner michels.pmks

## Inhalt

### Editorial

### Thema des Monats

Drum prüfe, wer sich nicht länger binden will – Fallstricke beim Ausspruch der Kündigung ..... 2

### Rechtsprechung

BAG: Kündigungsfrist für Geschäftsführerdienstverträge 6

LAG Nürnberg: Unwirksame Kündigung des Datenschutzbeauftragten ..... 7

LAG Schleswig-Holstein: Zur Rückzahlung überzahlter Vergütung bei nachträglicher Feststellung des Arbeitnehmerstatus..... 11

### Terminvorschau BAG

Neue anhängige Rechtsfragen ..... 13

**michels.pmks**  
FACHANWÄLTE



DeutscherAnwaltVerlag

### Drum prüfe, wer sich nicht länger binden will – Fallstricke beim Ausspruch der Kündigung

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, dies dürfte bekannt sein, bedarf auf Seiten des Arbeitgebers einer guten Vorbereitung. In der Regel braucht es eines Kündigungsgrundes, manchmal der vorherigen Abmahnung, oftmals ist eine Sozialauswahl durchzuführen, vielfach sind kollektivrechtliche Informations- bzw. Konsultationspflichten zu beachten oder die Zustimmung einer Behörde einzuholen. Wer all diese Hürden gemeistert hat und sicher ist, dass die geplante Kündigung einer arbeitsgerichtlichen Inhaltskontrolle standhält, der muss jetzt nichts mehr machen, als die Kündigung auszufertigen, zu unterschreiben und an den Arbeitnehmer zu übersenden – [...] wenn es doch nur so einfach wäre. Denn im vermeintlich simplen Vorgang des Kündigungsausspruchs lauern eine Vielzahl von Fallstricken. Schriftformerfordernis, Unterschriftsberechtigung, Nachweis des Zugangs – wer die (formellen) Anforderungen an den Ausspruch der Kündigung nicht kennt oder nicht beachtet, dem droht im schlechtesten Fall die Unwirksamkeit der Kündigung. Vor diesem Hintergrund ist es stets ratsam, die gängigsten Fallkonstellationen zu kennen.

#### I. Schriftformerfordernis

Nach § 623 BGB bedarf die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch Kündigung zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Die nach dem Gesetz erforderliche Schriftform wird nach § 126 Abs. 1 BGB dadurch gewahrt, dass die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet wird. Die elektronische Form ist ausdrücklich ausgeschlossen. Eine Kündigung per E-Mail, eine mündliche Kündigung oder die Kündigung via Fax oder Scan sind daher nicht zulässig und führen automatisch zur Unwirksamkeit der Kündigung. Dies führt insbesondere bei ausländischen Arbeitgebern immer wieder zu Erstaunen und ist dort eine stete Fehlerquelle. Unvergessen ist insoweit die Anekdote, dass der chinesische Mandant auf den Hinweis, zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei die „Blue-Ink-Version“ zu versenden, zwar den wichtigen Hinweis auf das Schriftformerfordernis verstand, jedoch verzweifelt darauf hinwies, dass er stets in roter Farbe unterzeichne. Letzteres wäre aber natürlich unschädlich.

Unter dem Gesichtspunkt des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) ist der Formmangel allerdings ausnahmsweise unerheblich, wenn der Erklärungsgegner einen besonderen Grund hatte, auf die Gültigkeit der Erklärung trotz des Formmangels zu vertrauen und der Erklärende sich mit der Berufung auf den Formmangel zu eigenem vorgehenden Verhalten in Widerspruch setzt. So hat das Bundesarbeitsgericht eine Berufung auf die – vereinbarte – Schriftform als treuwidrig in einem Fall angesehen, in dem der Arbeitnehmer der Beendigungsabsicht mit ganz besonderer Verbindlichkeit und Endgültigkeit mehrfach Ausdruck verliehen und damit einen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen hatte (BAG v. 4.12.1997 – 2 AZR 799/96). Die Vereinbarung des Schriftformerfordernisses bezwecke laut BAG, neben der erstrebten Kündigungsklarheit, auch der Verhinderung eines sogenannten Übereilungseffekts. Hierauf kann sich aber nicht derjenige berufen, der mehrfach seinen Beendigungswillen zum Ausdruck gebracht hat (vgl. BAG v. 16.9.2004 – 2 AZR 659/03). Klar ist aber auch, dass ein Abweichen von der Schriftform nur in besonderen Ausnahmefällen die Wirksamkeit der Kündigung nicht berührt.

Doch nicht nur wie eine Kündigung ausgefertigt werden muss, auch wer die Kündigung wirksam unterschreiben darf, ist immer wieder Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen. Unterzeichnen muss bei Kündigungen der Kündigende, bei

elektronische Form  
ausgeschlossen

Formmangel nur im  
Ausnahmefall entbehrlich

Unterschriftsberechtigung

Aufhebungsverträgen müssen beide Arbeitsvertragsparteien unterzeichnen. Der alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer darf also stets eine Kündigung unterschreiben. Deutlich problematischer ist dies schon bei einer Gesamtvertretung oder aber, wenn nicht die Geschäftsführer, sondern die Personalleiterin oder gar ein Mitarbeiter der Personalvertretung unterschreiben soll. Grundsätzlich gelten die üblichen Regelungen der Stellvertretung gem. §§ 164 ff. BGB. Die Vertretung muss gegenüber dem Empfänger in jedem Fall verdeutlicht werden. Dazu genügt der Zusatz „i.V.“. In der (Personal-) Praxis wird oft aber auch das Kürzel „i.A.“ synonym genutzt. Dies ist insoweit kritisch, als daraus geschlossen werden könnte, der Ausspruch der Kündigung erfolge lediglich „im Auftrag“, der Unterschreibende handele also gar nicht als Vertreter, sondern nur als Bote des Unterschriftsberechtigten. Der 6. Senat des Bundesarbeitsgerichtes hat sich in seiner Entscheidung vom 13.12.2007 – 6 AZR 145/07 – mit Kündigungen, die mit dem Zusatz „i.A.“ unterzeichnet wurden, eingehend auseinandergesetzt. Danach ergebe sich daraus allein noch nicht, dass der Erklärende lediglich als Bote gehandelt habe. Maßgeblich seien vielmehr gemäß §§ 133, 157 BGB die Gesamtumstände. Der so zu ermittelnde rechtsgeschäftliche Vertretungswille müsse aber in der Urkunde jedenfalls andeutungsweise Ausdruck gefunden haben. Indizien sind dabei unter anderem, dass der Unterzeichnende das Einstellungsgespräch geführt und den Arbeitsvertrag unterzeichnet hat, Einsatzanweisungen gab, Kritikgespräche führt und Abmahnungen ausspricht.

Wer bevollmächtigt wurde, muss die Bevollmächtigung auch nachweisen. Zwar genügt es grundsätzlich, mündlich bevollmächtigt zu sein, aber gem. § 174 S. 1 BGB ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, wie die Kündigung, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtssurkunde im Original nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grund, also gerade wegen des Fehlens der Vollmachtssurkunde, unverzüglich zurückweist. Unverzüglich ist die Zurückweisung in der Regel nicht mehr, wenn zwischen dem Zugang und der Zurückweisung mehr als eine Woche liegt. Die Zurückweisung ist im Übrigen auch ein einseitiges Rechtsgeschäft. Nimmt also ein Bevollmächtigter für den Arbeitnehmer die Zurückweisung vor, also in der Regel der Rechtsanwalt, so muss ebenfalls eine Vollmachtssurkunde im Original beigelegt werden. Anderenfalls kann die Zurückweisung selbst zurückgewiesen werden. Allerdings ist das Zurückweisungsrecht nach § 174 S. 2 BGB ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber demjenigen, gegenüber dem das einseitige Rechtsgeschäft vorgenommen werden soll, die Bevollmächtigung (vorher) mitgeteilt hatte. Ein In-Kenntnis-Setzen in diesem Sinne liegt nach der ständigen Rechtsprechung des BAG auch dann vor, wenn der Arbeitgeber bestimmte Mitarbeiter – zum Beispiel durch die Bestellung zum Prokuristen, Generalbevollmächtigten oder Leiter der Personalabteilung – in eine Stelle berufen hat, mit der üblicherweise ein Kündigungsrecht verbunden ist (BAG, Urt. v. 25.9.2014 – 2 AZR 567/13). Es zeigt sich dennoch, dass besonders sorgfältig verfahren werden sollte. Insbesondere wenn die Kündigung nicht mehr nachgeholt werden kann (fristlose Kündigung, Probezeitkündigung), da durch Zeitablauf Fristen nicht mehr gewahrt werden können, ist die Zurückweisung besonders misslich.

### II. Zugang der Kündigung

Gleichermaßen sorgfältig ist beim Zugang der Kündigung zu verfahren. Auch hier gilt: Kann der rechtzeitige Zugang der Kündigung nicht nachgewiesen werden, so führt dies im schlechtesten Fall dazu, dass das Kündigungsvorhaben ggf. gar nicht mehr (z.B. bei einer fristlosen Kündigung) oder nur noch unter erschwerten Bedingungen

Vorlage einer Originalvollmacht

## Thema des Monats

---

(z.B. bei einer Kündigungsabsicht in den ersten 6 Monaten des Arbeitsverhältnisses) durchgeführt werden kann.

Der beste Weg, den Zugang des Kündigungsschreibens sicherzustellen, ist die persönliche Übergabe. Eine verkörperte Willenserklärung geht unter Anwesenden zu – und wird damit entsprechend § 130 Abs. 1 S. 1 BGB wirksam – wenn sie durch Übergabe in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt. Ideal wäre es, wenn die Übergabe der Kündigung durch die Arbeitnehmer auch noch quittiert wird. Da viele Arbeitnehmer aber sich oftmals weigern, die Entgegennahme der Kündigung via Unterschrift zu bestätigen, sollte stets ein Zeuge die Übergabe bestätigen können.

Man mag es kaum glauben, aber selbst hier lauern Fallstricke. Was ist, wenn der Arbeitnehmer die Kündigung nicht annimmt, sie an den Arbeitgeber zurückgibt oder sie lediglich vor ihm auf dem Tisch liegt, sie aber nicht mitgenommen wird. Schon in diesen Fällen stellt sich die Frage, ob die Kündigung zugegangen ist. Tatsächlich kommt es nicht darauf an, ob der Empfänger die Verfügungsgewalt über das Schriftstück dauerhaft erlangt (BAG, Urt. v. 4.11.2004 – 2 AZR 17/04). Es genügt die Aushändigung und Übergabe, sodass er in der Lage ist, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen (BAG, Urt. v. 4.11.2004 – 2 AZR 17/04). Das Schreiben muss so in seine tatsächliche Verfügungsgewalt gelangen, dass die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht. Der Zugang einer verkörperten Willenserklärung unter Anwesenden ist daher auch dann bewirkt, wenn das Schriftstück dem Empfänger mit der für ihn erkennbaren Absicht, es ihm zu übergeben, anreichert wird und, falls er die Entgegennahme ablehnt, so in seiner unmittelbaren Nähe abgelegt wird, dass er es ohne Weiteres an sich nehmen und von seinem Inhalt Kenntnis nehmen kann. Es geht dagegen nur dann nicht zu, wenn es dem Empfänger zum Zwecke der Übergabe zwar anreichert, aber von dem Erklärenden oder von dem Überbringer wieder an sich genommen wird, weil der Empfänger die Annahme abgelehnt hat.

Nicht immer kann und soll eine Kündigung an den Arbeitnehmer persönlich übergeben werden. Dann muss sie an seiner Heimatadresse zugestellt werden. Hierbei ist nicht nur die Zustellung selbst sicherzustellen, sondern es sollte auch dafür gesorgt werden, dass der Zugang im Zweifel auch bewiesen werden kann. Daher scheidet eine Übersendung per „normaler“ Briefpost aus. Im Idealfall sollte ein betriebsinterner Bote die Kündigung zustellen. Alternativ können aber auch externe Botendienste genutzt werden, im Ausnahmefall kann die Kündigung auch via Einwurfeinschreiben versandt werden. Keinesfalls sollte eine Kündigung durch Einschreiben/Rückschein zugestellt werden. Denn hier ersetzt jedenfalls der Zugang des Benachrichtigungsscheins nicht den Zugang des Einschreibens. Die Kündigung geht erst zu, wenn das Schreiben abgeholt wurde. Hierbei gibt es viele Unwägbarkeiten. So muss tatsächlich ein Abholschein in den Briefkasten eingelegt worden sein. Zudem muss der Arbeitnehmer das Einschreiben auch abholen. Macht er dies nicht, geht die Kündigung nicht zu. Erfolgt dies zu spät, kann so manche Frist verstrichen sein. Nur in Ausnahmefällen kann der Zugang nach Treu und Glauben fingiert werden, wenn tatsächlich ein Benachrichtigungsschein in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, der Empfänger ausnahmsweise mit dem Zugang einer Kündigung rechnen und deshalb Empfangsvorkehrungen treffen musste und der Arbeitgeber unverzüglich einen erneuten Versuch unternommen hat, die Erklärung zuzustellen, nachdem er von dem erfolglosen Zustellversuch Kenntnis hatte. Vor diesem Hintergrund ist es empfehlenswert eine andere Zustellart zu wählen.

Der tatsächliche Zugang der Kündigung kann vielfach entscheidend sein. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Wirksamkeit der Kündigung vom Zeitpunkt des Zugangs abhängt, beispielsweise bei fristloser Kündigung oder Kündigung in den

persönliche Übergabe der Kündigung

Kenntnisnahme des Kündigungsinhalts

Versand der Kündigung

Zugang der Kündigung

ersten 6 Monaten des Arbeitsverhältnisses. Aber auch bei Kündigungsfristen, die zum Quartals-, Halbjahres-, oder Jahresende wirken, ist der Zugang der Kündigung entscheidend, insbesondere dann, wenn die Kündigung – wie so oft – kurz vor Ablauf der Frist ausgesprochen wird.

Eine verkörperte Willenserklärung geht unter Abwesenden im Sinne von § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zu, sobald sie in verkehrsbüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt eines Empfängers gelangt ist und für diesen unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von ihr Kenntnis zu nehmen. So bewirkt der Einwurf in einen Briefkasten den Zugang, sobald nach der Verkehrsanschauung mit der nächsten Entnahme zu rechnen ist (BAG, Urt. v. 22.3.2012 – 2 AZR 224/11). Auf die individuellen Verhältnisse des Empfängers ist nicht abzustellen, weil im Interesse der Rechtssicherheit eine generalisierende Betrachtung geboten ist (BAG, Urt. v. 22.3.2012 – 2 AZR 224/11). Doch wann ist nach der Verkehrsanschauung mit einer Entleerung zu rechnen? Dies kann, so das BAG in seiner vor Kurzem getroffenen Entscheidung vom 22.8.2019 (2 AZR 111/19), regional unterschiedlich sein. Das BAG verwarf damit die Auffassung der Vorinstanz, es könne generell damit gerechnet werden, dass Schriftstücke, die in den Hausbriefkasten bis 17.00 Uhr eingeworfen werden, noch am selben Tag zur Kenntnis genommen werden. Das BAG bleibt dabei, dass auf die regionalen Zustell- und Leerungsgewohnheiten abzustellen ist. Rechtssicherheit ist damit jedoch nicht geschaffen, zumal es kaum noch darstellbar sein dürfte, generalisierende Gewohnheiten zu ermitteln. Im Entscheidungsfall des BAG sollten bspw. Zustell- und Leerungszeiten in einem französischen Dorf ermittelt werden. Zielführender wäre es hingegen, wenn der Gesetzgeber einen festen Zeitpunkt festlegt (12:00 Uhr, 20:00 Uhr, 24:00 Uhr), ab dem der Zugang noch am selben Tag als erfolgt gilt. Arbeitgebern ist jedenfalls zu raten, Kündigungen nicht erst am letzten Tag zuzustellen oder einen Zugang jedenfalls vormittags (bis 11:00 Uhr) sicherzustellen.

### III. Erneute Kündigung

Tritt jetzt der Fall ein, dass der Zugang oder die Einhaltung der verlangten Form unsicher ist, empfiehlt es sich die Kündigung erneut, vorsorglich, auszusprechen. In mitbestimmten Betrieben stellt sich in diesen Fällen die Frage, inwieweit der Betriebsrat erneut zu beteiligen ist. Schließlich droht anderenfalls an dieser Stelle die Unwirksamkeit der jetzt formgerecht und erfolgreich zugestellten Kündigung.

Grundsätzlich gilt, dass es einer - erneuten - Anhörung des Betriebsrats immer dann bedarf, wenn der Arbeitgeber bereits nach Anhörung des Betriebsrats eine Kündigung erklärt hat, d.h., wenn die erste Kündigung dem Arbeitnehmer zugegangen ist und der Arbeitgeber damit seinen Kündigungswillen bereits verwirklicht hat und nunmehr eine neue (weitere) Kündigung aussprechen will. Etwas Anderes kommt nur in den Ausnahmefällen in Betracht, in denen der Arbeitgeber seinen Kündigungsentchluss noch nicht verwirklicht hat, wenn die Kündigung also nicht zugegangen ist. Nur dann kann eine erneute Beteiligung des Betriebsrats entbehrlich sein. Voraussetzung hierfür ist aber, dass das frühere Anhörungsverfahren ordnungsgemäß war, der Betriebsrat der Kündigung vorbehaltlos zugestimmt hat und eine Wiederholungskündigung in angemessenem zeitlichen Zusammenhang ausgesprochen und auf denselben Sachverhalt gestützt wird. Unsicherheiten gehen wie immer zu Lasten des Arbeitgebers, sodass im Zweifel besser eine (unnötige) Anhörung des Betriebsrats vorzunehmen ist, wenn dies noch möglich ist (Stichwort: fristlose Kündigung).

Zugang fraglich oder gescheitert

Ist die Kündigung also zugegangen, dann bedarf es stets auch der erneuten Anhörung des Betriebsrats. Nach § 102 Abs. 1 BetrVG besteht eine Anhörungspflicht des Arbeitgebers vor jeder Kündigung. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift ist dem Betriebsrat Gelegenheit zu geben, auf den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers Einfluss zu nehmen. Daher kann ein Anhörungsverfahren grundsätzlich nur für die Kündigung Wirksamkeit entfalten, für die es eingeleitet wurde. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber wegen Bedenken gegen die Wirksamkeit der ersten Kündigung vorsorglich erneut kündigt. Das durch die ordnungsgemäße Anhörung erworbene Recht zum Ausspruch der Kündigung ist durch den Zugang der Kündigung verbraucht. Dies gilt auch, wenn der Arbeitgeber „nur“ Zweifel an der Unterschriftsberechtigung des Unterzeichnenden hat oder wenn die Kündigung gem. § 174 BGB zurückgewiesen wurde. (BAG, Urt. v. 3.4.2008 – 2 AZR 965/06; Urt. v. 5.9.2002 – 2 AZR 523/01).

### IV. Fazit

Der Ausspruch einer form- und fristgerechten Kündigung ist kein Kinderspiel und bedarf gewissenhafter Vorbereitung. Anderenfalls droht die Unwirksamkeit der Kündigung bereits aus formellen Gründen oder jedenfalls die Verlängerung der Kündigungsfrist. Beachtet der Arbeitgeber aber die oben aufgezeigten Grundsätze, bleiben ihm böse Überraschungen erspart. Sonst muss damit gerechnet werden, dass gut beratene Arbeitnehmer die Kündigung nicht nur auf ihre inhaltliche Wirksamkeit hin prüfen, sondern auch die formelle Wirksamkeit hinterfragen und jeden kleinsten Formfehler zum Anlass nehmen werden, um hieraus nach Möglichkeit „Kapital zu schlagen“.

Dr. Jannis Kamann, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

## Rechtsprechung

---

### **BAG: Kündigungsfrist für Geschäftsführerdienstverträge**

Die gesetzliche Kündigungsfrist für Geschäftsführerdienstverträge, die keine Arbeitsverträge sind, folgt aus § 621 BGB. Wegen der für freie Dienstverhältnisse bestehenden Regelung in § 621 BGB fehlt es an einer Regelungslücke, die eine analoge Anwendung der Norm auf die Kündigung eines Geschäftsführerdienstvertrags zuließe.

[Redaktionelle Leitsätze]

*BAG, Urt. v. 11.6.2020 – 2 AZR 374/19*

#### I. Der Fall

Die Parteien streiten über die Länge einer auf einen Geschäftsführerdienstvertrag anzuwendenden Kündigungsfrist. Die Klägerin war bereits vor dem Jahre 2009 bei der arbeitsrechtlichen Rechtsvorgängerin der Beklagten als Verwaltungsleiterin tätig. Sie wurde im Juli 2009 zur Geschäftsführerin bestellt und schloss im Dezember 2009 einen schriftlichen Anstellungsvertrag für die Geschäftsführertätigkeit ab.

Die Gesellschafterversammlung beschloss im Februar 2018, das Anstellungsverhältnis ordentlich zu kündigen und die Klägerin mit Wirkung zum 1.3.2018 abzuberufen. Das auf den 27.2.2018 datierte und der Klägerin am 28.2.2018 zugegangene Kündigungsschreiben enthielt eine ordentliche Kündigung zum 31.5.2018.

### Formfehler

Tätigkeit als Geschäftsführer aufgrund Geschäftsführerdienstvertrag

Abberufung und ordentliche Kündigung

Das Arbeitsgericht gab der Kündigungsschutzklage weitgehend statt (ArbG Brandenburg, Urt. v. 30.8.2018 – 4 Ca 187/18); das Landesarbeitsgericht wies die Kündigungsschutzklage im Wesentlichen ab, und stellte fest, dass das Anstellungsverhältnis mit Ablauf des 30.6.2018 sein Ende gefunden habe (LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 12.6.2019 – 20 Sa 1689/18).

### II. Die Entscheidung

Die Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg. Der Kündigung standen nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichtes keine Unwirksamkeitsgründe entgegen. Die Kündigung bedürfte auch keiner sozialen Rechtfertigung gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG enthalte eine negative Fiktion. Danach sind die Vorschriften des ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes auf Organe nicht anwendbar.

Die nach dem Anstellungsvertrag einschlägige gesetzliche Kündigungsfrist ergebe sich – so der 2. Senat des BAG – aus § 621 Nr. 4 BGB und nicht aus § 622 Abs. 2 BGB. Zwar habe der BGH in älteren Entscheidungen § 622 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. für anwendbar gehalten. Nach der Gesetzesreform aus dem Jahre 1993 finde allerdings nach zutreffender Auffassung nicht § 622 Abs. 2 BGB, sondern § 621 BGB auf die Anstellungsverhältnisse von Geschäftsführern Anwendung. Für eine Anwendung des § 622 BGB fehle es an einer planwidrigen Regelungslücke. Da die Vergütung in dem vorliegenden Fall als Jahresgehalt bemessen war, war eine Kündigung gemäß § 621 Nr. 4 BGB mit einer Frist von sechs Wochen zum Quartalsende möglich. Trotz einer Betriebszugehörigkeit von mehr als 20 Jahren konnte sich die Klägerin auf die siebenmonatige Kündigungsfrist des § 622 Abs. 2 Nr. 7 BGB somit nicht berufen.

### III. Der Praxistipp

Das Bundesarbeitsgericht befasste sich – soweit ersichtlich – erstmals mit der Frage, welche Norm für die gesetzliche Kündigungsfrist für Dienstverträge von GmbH-Geschäftsführern anwendbar ist. Der 2. Senat hat hier klargestellt, dass § 621 BGB anwendbar ist. Fehlt eine Vereinbarung der Kündigungsfrist, endet ein Dienstverhältnis, dessen Vergütung nach Monaten bemessen ist, somit spätestens am 15. des Monats für den Schluss des Kalendermonats, im Falle der Vereinbarung einer Jahresvergütung nach sechs Wochen für den Schluss des Kalendervierteljahres. Die Entscheidung verdeutlicht, dass gerade in den Fällen, in denen ein Arbeitnehmer von einem Arbeitsverhältnis in ein Geschäftsführerverhältnis wechselt, Sorgfalt bei der Abfassung der Geschäftsführerverträge im Hinblick auf die Kündigungsfrist anzuwenden ist.

Dr. Marcus Michels, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

### **LAG Nürnberg: Unwirksame Kündigung des Datenschutzbeauftragten**

Die nationalen Regelungen, wonach ein interner Datenschutzbeauftragter nur aus wichtigem Grund gekündigt und nur aus wichtigem Grund von seinem Amt abberufen werden kann (§ 38 Abs. 2 i.V.m. § 6 Abs. 4 BDSG), sind mit Art. 38 Abs. 3 S. 2 DS-GVO vereinbar.

[Amtlicher Leitsatz]

*LAG Nürnberg, Urt. v. 19.2.2020 – 2 Sa 274/19*

Verfahrensgang

Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar

Kündigungsfrist folgt aus § 621 BGB

Obacht bei der Vertragsgestaltung

### I. Der Fall

Die Parteien stritten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung, die Stellung der Klägerin als interne Datenschutzbeauftragte, ihre Weiterbeschäftigung sowie widerklagend über Schadensersatzansprüche der Beklagten zu 1. Gegenüber den Beklagten zu 2. bis 5., welche Tochterunternehmen der Beklagten zu 1. sind, machte die Klägerin ihre Stellung als externe Datenschutzbeauftragte geltend.

Die Klägerin war bei der Beklagten zu 1. seit dem 15.1.2018 als „Teamleiter Recht“ beschäftigt. Umgehend wurde sie sodann zur betrieblichen Datenschutzbeauftragten der Beklagten zu 1. sowie zur externen Datenschutzbeauftragten der Beklagten zu 2. bis 5. bestellt.

Mit Schreiben vom 13.7.2018 kündigte die Beklagte zu 1. das Arbeitsverhältnis der Klägerin. Zur Begründung führte sie aus, dass die Stellung der Klägerin als Datenschutzbeauftragte spätestens zum 15.8.2018 enden werde. Hilfsweise werde diese Stellung außerdem aus wichtigem Grund – vorsorglich auch im Auftrag der Tochterunternehmen – widerrufen. Darüber hinaus wurde sie aufgefordert, am 18.7.2018 die Übergabe ihrer Funktion als Datenschutzbeauftragte an eine Kollegin nachzuholen und an diesem Termin mit einem externen Anwalt bzw. Dienstleister zusammenzuarbeiten. Die Klägerin meldete sich daraufhin arbeitsunfähig krank. Im Zeitraum vom 23.7. bis zum 3.8.2018 trat die Klägerin ihren genehmigten Erholungsurlaub an.

Die Klägerin wies die jeweiligen Widerrufe ihrer Bestellung zur Datenschutzbeauftragten mangels Vorlage einer Vollmacht und hinreichender Vertretungsmacht gegenüber den Beklagten zu 2. bis 5. zurück.

Die Beklagte zu 1. widerrief daraufhin teilweise den Erholungsurlaub der Klägerin und forderte sie unter Angabe von Alternativterminen zur Übergabe des Bereichs Datenschutz an einem externen Anbieter auf. Die Klägerin sagte sämtliche genannten Termine ab. Aufgrund des am 18.7.2018 abgebrochenen Termins und der daraufhin ausgefallenen Alternativtermine machte die Beklagte zu 1. gegenüber der Klägerin widerklagend einen Aufarbeitungsaufwand in Höhe von 7.600 EUR geltend.

Die Klägerin war insbesondere der Ansicht, dass die Kündigung aufgrund des ihr zustehenden besonderen Kündigungsschutzes gem. § 38 Abs. 2, 6 Abs. 4 S. 2 BDSG unwirksam sei. Auch die Abberufungen aus wichtigem Grund i.S.d. § 6 Abs. 4 S. 1 BDSG seien nicht wirksam erfolgt. Die Widerklage sei schon wegen des Fehlens einer Pflichtverletzung unbegründet.

Die Beklagten haben die Ansicht vertreten, die Regelung in § 6 Abs. 4 S. 2 BDSG verstoße gegen Art. 38 DS-GVO und sei daher unwirksam. Für die streitgegenständlichen Abberufungen habe jeweils ein wichtiger Grund vorgelegen, da man die Organisationsentscheidung getroffen habe, die Aufgaben des internen betrieblichen Datenschutzbeauftragten an einen externen Anbieter zu vergeben. Darüber hinaus habe man sich mit der Klägerin einvernehmlich über die Beendigung ihrer Stellung als Datenschutzbeauftragte geeinigt, was diese bestritten hat.

Das Arbeitsgericht Nürnberg hat der Klage überwiegend stattgegeben, jedoch den geltend gemachten Weiterbeschäftigungsanspruch und die Widerklage abgewiesen (22.7.2019 – 3 Ca 4080/18). Die Entscheidung wurde durch das LAG Nürnberg nunmehr bestätigt. Gegen die Entscheidung wurde bereits unter dem Aktenzeichen 2 AZR 225/20 Revision eingelegt.

Arbeitsverhältnis der Klägerin

Kündigung des Arbeitsverhältnisses

Zurückweisung wegen mangelnder Vollmacht

Widerruf des Erholungsurlaubs – Schadensersatzanspruch

besonderer Kündigungsschutz nach § 38 Abs. 2, 6 Abs. 4 S. 2 BDSG

Verstoß gegen Art. 38 DS-GVO

Verfahrensgang



### II. Die Entscheidung

Das LAG Nürnberg ließ die ordentliche Kündigung am bestehenden besonderen Kündigungsschutz der Klägerin als Datenschutzbeauftragte nach §§ 38 Abs. 2, 6 Abs. 4 S. 2 BDSG scheitern. Bei bestehendem besonderen Kündigungsschutz sei die ordentliche Kündigung unzulässig und nur eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund möglich. Selbst nach einer wirksamen Abberufung als Datenschutzbeauftragter gelte der besondere Kündigungsschutz nach §§ 38 Abs. 2, 6 Abs. 4 S. 3 BDSG noch für eine Karenzzeit von einem Jahr fort.

Einen Verstoß gegen Art. 38 Abs. 3 S. 2 DS-GVO hat das LAG Nürnberg abgelehnt. Zwar sei davon auszugehen, dass die Verordnung unmittelbar und zwingend im Sinne einer Vollharmonisierung gelte und nicht lediglich Mindeststandards setze. Die Mitgliedstaaten dürften von ausdrücklichen Vorgaben der DS-GVO also nur insoweit abweichen, wie dies die DS-GVO ausdrücklich oder durch Auslegung ermittelbar zulässt, und im Übrigen die Vorgaben der DS-GVO lediglich konkretisieren.

Zwar enthalte die DS-GVO keine ausdrückliche Öffnungsklausel für die nationalen Gesetzgeber, den besonderen Kündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte zu regeln. Allerdings ergebe eine Auslegung der Verordnung, dass die DS-GVO spezifisch arbeitsrechtliche Regelungen für den Datenschutzbeauftragten zulasse, soweit der Schutz nicht hinter dem der DS-GVO zurückbliebe. Die DS-GVO solle insofern auch keine abschließenden arbeitsrechtlichen Regelungen treffen. Dies ergebe sich schon daraus, dass die spezifisch arbeitsrechtliche Kompetenznorm des Art. 153 AEUV Regelungen in Form von Richtlinien und nicht durch Verordnung vorsehe.

Die Mitgliedsstaaten seien nicht gehindert, im Bereich des Arbeitsrechts strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu treffen, solange diese mit den EU-Verträgen vereinbar seien. Solange also der in Art. 38 Abs. 3 S. 2 DS-GVO gewährleistete Abberufungs- und Benachteiligungsschutz nicht beeinträchtigt sei, könne der Gesetzgeber spezifische arbeitsrechtliche Regelungen für den Datenschutzbeauftragten treffen.

Für diese Ansicht spreche schon der Wortlaut des Art. 38 Abs. 3 S. 2 DS-GVO. Der Datenschutzbeauftragte dürfe wegen der Erfüllung seiner Aufgaben nicht abberufen oder benachteiligt werden. Daher dürfe dieser aufgrund seiner Aufgabenerfüllung auch nicht gekündigt werden. Einen darüber hinausgehenden Kündigungsschutz schließe der Wortlaut der DS-GVO somit nicht aus.

Auch die Gesetzesbegründung sehe in Erwägungsgrund 97 zur DS-GVO lediglich vor, dass der Datenschutzbeauftragte seine Pflichten und Aufgaben in vollständiger Unabhängigkeit von der Einflussnahme seines Arbeitgebers ausüben können müsse. Ein strengerer Kündigungsschutz laufe diesem Schutzzweck nicht entgegen. Im Ergebnis stehe der Ausschluss der ordentlichen Kündigung während der Bestellung zum Datenschutzbeauftragten und der Karenzzeit von einem Jahr somit im Einklang mit der DS-GVO.

Da die Beklagte zu 1. keine außerordentliche, sondern lediglich eine ordentliche Kündigung ausgesprochen hatte, betrachtet das LAG Nürnberg die Kündigung schon deshalb als unwirksam. Auch eine Umdeutung der streitgegenständlichen Kündigung in eine außerordentliche Kündigung – ggf. auch mit Auslaufzeit – sei aus Sicht des LAG Nürnberg nach § 140 BGB nicht möglich. Zu einer solchen sei auch der eingerichtete Betriebsrat nicht angehört worden.

Kündigung unwirksam

kein Verstoß gegen Art. 38 Abs. 3 S. 2 DS-GVO

Öffnung der DS-GVO für spezifisch arbeitsrechtliche Regelungen

strengere Schutzmaßnahmen zulässig

Wortlaut des Gesetzes

Gesetzesbegründung

ordentliche Kündigung unwirksam, Umdeutung nicht möglich

Auch für die Abberufung der Klägerin als interne Datenschutzbeauftragte hätte es nach Ansicht des Gerichts einen wichtigen Grund bedurft. Diesen hat das LAG Nürnberg jedoch verneint. Auch die von den Beklagten behauptete einvernehmliche Einigung der Beendigung der Stellung als Datenschutzbeauftragte sah das Gericht als nicht bewiesen an.

Ein wichtiger Grund lasse sich auch nicht daraus herleiten, dass die Beklagte zu 1. den internen Datenschutzbeauftragten durch einen externen Anbieter ersetzen wolle. Auch habe sich aus dem Vortrag der Beklagten zu 1. ergeben, dass die Abberufung wegen der Erfüllung der Aufgaben als Datenschutzbeauftragte erfolgte, da die Beklagte zu 1. das hiermit verbundene Risiko- und Haftungspotenzial vermeiden wollte, was letztlich ebenfalls zur Unwirksamkeit der Abberufung führe. Im Ergebnis seien auch die Abberufungen durch die Beklagten zu 2. bis 5. unwirksam, da es hierzu an einer entsprechenden Bevollmächtigung der Beklagten zu 1. gefehlt hätte.

Die in §§ 38 Abs. 2, 6 Abs. 4 S. 1 BDSG enthaltene Regelung verstoße – entgegen der Ansicht der Beklagten – auch nicht gegen Art. 38 Abs. 3 S. 2 DS-GVO. Zwar sei auch die Abberufung des Datenschutzbeauftragten in der DS-GVO nicht abschließend geregelt. Da Art. 38 Abs. 3 S. 2 DS-GVO insofern nur vorsehen würde, dass keine Benachteiligung oder Abberufung aufgrund der Erfüllung der Aufgaben erfolgen dürfe, seien weitergehende nationale Regelungen zur Abberufung des Datenschutzbeauftragten möglich. Eine solche Regelung sei dogmatisch dem Arbeitsrecht zuzuordnen, da durch die Bestellung zum Datenschutzbeauftragten die arbeitsvertraglichen Pflichten geändert würden. Diese Auffassung lasse sich ebenfalls der Gesetzesbegründung zum BDSG entnehmen.

Den widerklagend geltend gemachten Schadensersatzanspruch hat das LAG Nürnberg schon wegen einer fehlenden Pflichtverletzung abgewiesen. Dass die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin intern kommuniziert werde, sei Aufgabe der Beklagten zu 1. gewesen und liege damit nicht im Pflichtenkreis der Klägerin. Ebenso sei nicht ersichtlich, warum der Übergabetermin während des Erholungsurlaubs der Klägerin hätte stattfinden müssen, da die Klägerin der Beklagten nach ihrem Urlaub noch weitere zwei Wochen zur Verfügung gestanden hätte. Zudem war bereits eine Interimsdatenschutzbeauftragte bestellt worden.

### III. Der Praxistipp

Das LAG Nürnberg stärkt so wie schon zuvor das LAG Sachsen (vgl. LAG Sachsen, Urt. v. 8.10.2019 – 7 Sa 128/19) die Unabhängigkeit des internen Datenschutzbeauftragten. Für eine Kündigung während der Bestellung bzw. ein Jahr nach der Abberufung ist insofern stets ein wichtiger Grund erforderlich. Gleiches gilt für die Abberufung als Datenschutzbeauftragter. Arbeitgeber sollten diese Aufgabe insofern nicht leichtfertig an Arbeitnehmer vergeben, denn für die Kündigung des Datenschutzbeauftragten sind Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers im erheblichen Maße erforderlich, die im Ergebnis eine außerordentliche Kündigung und die Annahme eines wichtigen Grundes rechtfertigen müssen. Dass das BAG hierzu eine abweichende Entscheidung treffen wird, ist nicht zu erwarten. Bereits am 23.3.2011 hatte das BAG insofern entschieden, dass die Organisationsentscheidung, einen bisher intern bestellten Datenschutzbeauftragten durch einen Externen zu ersetzen, den Widerruf der Bestellung aus wichtigem Grund grundsätzlich nicht rechtfertigt (vgl. BAG, Urt. v. 23.3.2011 – 10 AZR 562/09).

Adrian Mrochen, Rechtsanwalt, Köln

Abberufung als Datenschutzbeauftragte unwirksam

kein wichtiger Grund für die Abberufung

kein Verstoß gegen Art. 38 Abs. 3 S. 2 DS-GVO

fehlende Pflichtverletzung der Klägerin

besonderen Kündigungsschutz beachten

### **LAG Schleswig-Holstein: Zur Rückzahlung überzahlter Vergütung bei nachträglicher Feststellung des Arbeitnehmerstatus**

Der Arbeitgeber kann grundsätzlich nicht die Rückzahlung der gezahlten Honorare für einen freien Mitarbeiter verlangen, wenn sich das Rechtsverhältnis im Nachhinein als Arbeitsverhältnis erweist. Gegenüber dem entsprechenden Begehren kann sich der Arbeitnehmer grundsätzlich auf Vertrauensschutz berufen (mit BAG v. 8.11.2006 – 5 AZR 706/05).

Das gilt nicht, wenn der vermeintliche freie Mitarbeiter selbst eine Statusklage beim Arbeitsgericht erhoben hat oder ein sozialversicherungsrechtliches Statusverfahren eingeleitet hat.

Für die Gewährung von Vertrauensschutz ist es unerheblich, auf wessen Verlangen das Rechtsverhältnis als freies Mitarbeiterverhältnis begründet worden ist.

[Amtliche Leitsätze]

*LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 16.1.2020 – 5 Sa 150/19*

#### I. Der Fall

Die Parteien streiten über Rückzahlungsansprüche der Klägerin wegen einer vermeintlich fehlerhaften Behandlung des sie verbindenden Vertragsverhältnisses als selbstständiger Dienstvertrag.

Die Klägerin betreibt ein Pflege- und Therapiezentrum, wo der Beklagte von Februar bis Juli 2015 als examinierte Pflegefachkraft auf der Grundlage eines Dienstvertrages zur pflegerischen Betreuung von Wachkomapatienten tätig war. Die Vergütung belief sich auf einen „Grundsatz pro Stunde“ in Höhe eines Betrages von 32 EUR pro Stunde zzgl. prozentualer Zulagen für Wochenende, Feiertage und Nachtdienste bei einer Mindestzahl an „garantierten täglichen Arbeitsstunden“ von 7,5 Stunden. Nach den vertraglichen Vereinbarungen ist der Auftraggeber dem Auftragnehmer während der vereinbarten Dienstzeiten nicht weisungsbefugt, insbesondere nicht im Hinblick auf die Gestaltung der Dienstzeiten. Ungeachtet dessen weist der Auftraggeber dem Auftragnehmer die zu pflegenden Patienten/Heimbewohner zu und orientiert sich hierbei an der Pflegebedürftigkeit der Patienten/Heimbewohner und an der Leistungsfähigkeit einer mindestens durchschnittlichen Pflegekraft.

Die Deutsche Rentenversicherung stufte das Beschäftigungsverhältnis im Rahmen einer ohne Beteiligung des Beklagten durchgeführten regelmäßigen Betriebsprüfung nach § 28p Abs. 1 SGB IV als abhängiges Beschäftigungsverhältnis ein und erließ gegenüber der Klägerin einen Bescheid über nachzuentrichtende Sozialversicherungsbeiträge.

Die Klägerin nimmt den Beklagten nun auf Rückzahlung eines Teils der gezahlten Vergütung (in Höhe von 18.636,95 EUR) in Anspruch. Zwischen den Parteien habe tatsächlich ein Arbeitsverhältnis bestanden, aus dem die Klägerin nach dem TVöD eine übliche Bruttovergütung von nur 16,32 EUR geschuldet habe. Der Beklagte hingegen bestreitet das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses.

Das Arbeitsgericht hat die Klage vollumfänglich mit Urt. v. 6.6.2019 abgewiesen (ArbG Elmshorn – 1 Ca 1668 c/18). Ein Anspruch auf Rückzahlung zu Unrecht gezahlter Honorare bestehe nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB nicht. Nach dem Inhalt des vereinbarten schriftlichen Vertrags hätten die Parteien einen freien Dienstvertrag

Rückzahlung aufgrund fehlerhafter Vertrags-einordnung

Erbringung von Pflege-dienstleistungen

Betriebsprüfung

Rückforderung überhöhter Vergütung

Verfahrensgang

## Rechtsprechung

---

abgeschlossen. Dies sei ein wichtiges Indiz für das Vorliegen eines entsprechenden Vertragswillens. Der Vertrag räume der Klägerin an keiner Stelle ein Weisungsrecht gegenüber dem Beklagten ein. Angesichts dessen habe die Klägerin nicht konkret dargelegt, wie das Rechtsverhältnis im streitgegenständlichen Zeitraum tatsächlich und abweichend zu den schriftlichen Vertragsgrundlagen durchgeführt worden sei. Die Klägerin habe nur generell zu Verträgen mit Freiberuflern vorgetragen. Indessen fehle ein Vortrag zur konkreten Vertragsdurchführung mit dem Beklagten.

### II. Die Entscheidung

Die hiergegen eingelegte Berufung hat das LAG Schleswig-Holstein zurückgewiesen. Das Arbeitsgericht habe die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen, da die Klägerin gegenüber dem Beklagten keinen Anspruch auf Rückzahlung von zu Unrecht gezahlter Vergütung habe.

Zunächst – so das LAG – könne die vertragliche Einordnung als Arbeitsverhältnis oder (freies) Dienstverhältnis dahingestellt bleiben. Es spreche zwar vieles dafür, dass es sich bei dem vom Beklagten angenommenen Einsätze/Schichten jeweils um befristete Arbeitsverhältnisse handelte. Der Beklagte verkennt insoweit, dass er die von ihm geschuldete pflegerische Tätigkeit nur entsprechend der im EDV-System der Klägerin für jeden Patienten hinterlegten Pflegeplanung sowie des auf ärztlicher Anordnung erstellten Medikamentenplans ausüben konnte. Auch dies spricht für eine Weisungsgebundenheit des Beklagten.

Letztlich komme es auf diese strittige Frage vorliegend indes nicht an, da der Klägerin auch dann kein Anspruch auf Rückforderung zu viel gezahlter Vergütung zustehe, wenn man ihren Vortrag als wahr unterstellt und von einem Arbeitsverhältnis ausgehe. Die Klägerin könne die Differenz zwischen dem üblicherweise geschuldeten Arbeitsentgelt nach §§ 611a Abs. 2, 612 Abs. 2 BGB und dem tatsächlich gezahlten Honorar nicht beanspruchen, da einem solchen Rückforderungsanspruch der Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens gemäß § 242 BGB entgegen stehe. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann der Arbeitgeber aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB die Rückzahlung überzahlter Honorare verlangen, wenn der Arbeitnehmerstatus eines vermeintlich freien Mitarbeiters rückwirkend festgestellt wird. War anstelle eines Honorars für die Tätigkeit im Arbeitsverhältnis eine niedrigere Vergütung zu zahlen, umfasst der Bereicherungsanspruch des Arbeitgebers indes nicht sämtliche Honorarzahlungen, sondern nur die Differenz zwischen den beiden Vergütungen. Im Übrigen ist der Arbeitnehmer nicht ohne Rechtsgrund bereichert (BAG, Urt. v. 9.2.2005 – 5 AZR 175/04; BAG, Urt. v. 29.5.2002 – 5 AZR 680/00). Die Darlegungs- und Beweislast trägt grundsätzlich der Anspruchsteller, während den Leistungsempfänger nur eine sekundäre Darlegungslast treffe, d.h. der Anspruchsteller muss nur denjenigen Rechtsgrund ausräumen, der sich aus dem Vortrag des Leistungsempfängers ergibt (BAG, Urt. v. 26.6.2019 – 5 AZR 178/18; BGH, Urt. v. 28.7.2015 – XI ZR 434/14).

Selbst dann, wenn diese Voraussetzungen eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs vorlägen, sei es der Klägerin vorliegend nach dem Grundsatz von Treu und Glauben verwehrt, sich auf die Überzahlung des Beklagten zu berufen. Durch die Vereinbarung und Behandlung des Rechtsverhältnisses als freie Mitarbeit werde beim Mitarbeiter ein entsprechender Vertrauenstatbestand geschaffen. Der Arbeitgeber handele rechtsmissbräuchlich, wenn er versucht, dem Mitarbeiter die erhaltenen Vorteile wieder zu entziehen. Anders liege es nur dann, wenn der Mitarbeiter selbst eine Klage erhebt und für einen bestimmten Zeitraum die Einordnung des Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis geltend macht. Damit gebe er zu erkennen, dass er das

Klage zurecht abgewiesen

vertragliche Einordnung  
offengelassen

keine Rückforderung  
ungeachtet der Vertragsnatur

Rückforderung nach Treu und  
Glauben ausgeschlossen

## Rechtsprechung

---

Rechtsverhältnis nicht nach den Regeln der freien Mitarbeit, sondern nach Arbeitsrecht behandelt wissen will und der Arbeitnehmer insoweit keinen Vertrauensschutz geltend machen kann (BAG, Urt. v. 8.11.2006 – 5 AZR 706/05; BAG Urt. v. 26.6.2019 – 5 AZR 178/18). Ein derartiger Ausnahmefall liege hier indessen nicht vor, da der Beklagte im gesamten Verlauf des Rechtsstreits auf die Einordnung des Vertragsverhältnisses als freies Dienstverhältnis bestanden und zu keinem Zeitpunkt Arbeitnehmerrechte geltend gemacht habe.

### III. Der Praxistipp

Das Urteil steht im Einklang mit der Rechtsprechung des BAG. Hiernach kann der Arbeitgeber die Rückerstattung gezahlter Honorare nur für solche Zeiträume verlangen, für die der Mitarbeiter ein Arbeitsverhältnis geltend macht (BAG, Urt. v. 26.6.2019 – 5 AZR 178/18). Ggf. kann es sich empfehlen, den Mitarbeiter zu einer Erklärung hierzu aufzufordern, da eine gerichtliche Feststellung des Arbeitnehmerstatus keine Voraussetzung für einen Rückforderungsanspruch des Arbeitgebers ist.

Bei einem - hier nicht vorliegenden – berechtigten Rückforderungsbegehren müsste sich der Arbeitgeber nach der Rechtsprechung des BAG zudem neben der im Arbeitsverhältnis geschuldeten Bruttovergütung auch den hierauf entfallenden Arbeitgeberanteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag anrechnen lassen (BAG, Urt. v. 26.6.2019 – 5 AZR 178/18).

Dr. Gunther Mävers, Maître en Droit, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

## Terminvorschau BAG

---

### Neue anhängige Rechtsfragen

– BAG 3 AZR 432/19 –

Verschaffung einer betrieblichen Altersversorgung

Die Parteien streiten über die Frage, ob der Kläger gegen die Beklagte einen Anspruch auf Aufnahme in ihre betriebliche Altersversorgung hat.

Der am 3.3.1960 geborene Kläger war zunächst vom 1.10.2012 bis zum 30.9.2014 befristet für die Beklagte tätig. Am 13.11.2013 schlossen die Parteien einen weiteren zeit- und zweckbefristeten Arbeitsvertrag. Seit dem 1.1.2017 steht der Kläger bei der Beklagten als Verfahrenstechniker in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis. Die Beklagte ist ein norwegisches Staatsunternehmen, das Erdgasleitungen betreibt.

Die Versorgungsverordnung der Beklagten vom 1.12.2009 nimmt vom Teilnehmerkreis der versorgungsberechtigten Personen befristet Beschäftigte und Beschäftigte, die das 55. Lebensjahr vollendet haben, aus.

Mit seiner Klage begehrt der Kläger die Annahme seines Angebots auf Abschluss einer Versorgungszusage sowie die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet sei, ihm im Versorgungsfall Versorgungsleistungen nach der am 1.12.2009 in Kraft getretenen Versorgungsordnung zu verschaffen. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er gehöre zum versorgungsberechtigten Teilnehmerkreis. Dies werde durch den Umstand, dass die Entfristung erst nach Vollendung seines 55. Lebensjahrs erfolgte, nicht ausgeschlossen. Die unterschiedliche Behandlung befristet und unbefristet Beschäftigter sei sachlich nicht gerechtfertigt.

ggf. Aufforderung zur Erklärung an Mitarbeiter

ggf. Anrechnung von Bruttovergütung zzgl. Arbeitgeberanteil

Betriebsrentenrecht

## Terminvorschau BAG

---

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie weiterhin die Abweisung der Klage begehrt.

Vorinstanz: LAG Niedersachsen, Urt. v. 5.9.2019 – 4 Sa 6/19 B

Termin der Entscheidung: 22.9.2020, 12:00 Uhr

Zuständig: Dritter Senat

### – BAG 8 AZR 195/19 –

Schadensersatz wegen unterbliebener Aufstockung der Arbeitszeit nach § 9 TzBfG – Entschädigungsanspruch nach AGG – Benachteiligung wegen des Alters

Die Parteien streiten über einen Schadensersatzanspruch wegen der unterbliebenen Aufstockung der Arbeitszeit und über einen Entschädigungsanspruch wegen Altersdiskriminierung.

Die 1954 geborene Klägerin nahm bei der Beklagten am 5.1.2007 eine Tätigkeit als Sachbearbeiterin im Fachbereich Förderung auf Basis einer 50 %-Beschäftigung, d.h. mit 19,5 Wochenstunden, auf. Erstmals zum 1.3.2008 wurde das Arbeitsverhältnis auf ein Vollzeitverhältnis aufgestockt. Die Aufstockung wurde in der Folgezeit viermal bis einschließlich 30.6.2011 verlängert. Daran schlossen sich zwei weitere befristete Aufstockungen auf 34,5 Wochenstunden an, die die Klägerin jeweils beantragt hatte. Die Klägerin hatte angegeben, dass sie die Erhöhung der Arbeitszeit wegen der Unterhaltspflicht gegenüber ihrer Tochter benötige. Ab dem 14.9.2012 arbeitete sie wieder im Rahmen der ursprünglichen 50 %. In der Folgezeit stellte die Klägerin mehrere Anträge auf Aufstockung ihrer Stelle auf Vollzeit, die teils nicht beschieden, teils wegen fehlender Stellen oder fehlender Eignung abgelehnt wurden. Im Mai 2014 wechselte die Klägerin vom Fachbereich Förderung in den Fachbereich Extremismus. Zum November 2014 stellte die Beklagte zwei Sachbearbeiter/innen (Jahrgang 1983 und 1989) im Fachbereich Förderung ein, zunächst sachgrundlos befristet bis zum 31.10.2016. Die Arbeitsverhältnisse wurden zum 1.11.2016 entfristet. Ein zum 15.1.2015 im Bereich Förderung ebenfalls zunächst befristet eingestellter Sachbearbeiter (Jahrgang 1985) wurde ab dem 15.1.2017 ebenfalls entfristet weiterbeschäftigt.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin Schadensersatz i.H.v. 81.605,27 EUR brutto wegen unterbliebener Verlängerung ihrer Arbeitszeit vom 1.11.2014 bis zum 31.10.2017 sowie eine angemessene Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG wegen einer Benachteiligung wegen des Alters verlangt. Ihrer Ansicht nach bestand ein dauerhafter Aufstockungswunsch, was ihre mehrfachen Anträge belegten. Die Neueinstellungen im Fachbereich Förderung seien aufgrund eines Dauerbedarfs an der Arbeitsplatzbesetzung erfolgt. Anhaltspunkte dafür, dass ihr die charakterliche Eignung für die Tätigkeit fehle, seien nicht gegeben. Schließlich habe es auch keinen Grund für die Einstellung junger Nachwuchskräfte gegeben.

Das Arbeitsgericht hat die Beklagte – unter Klageabweisung im Übrigen – verurteilt, an die Klägerin Schadensersatz für die Zeit vom 1.1.2016 bis zum 31.10.2017 i.H.v. 52.033,64 EUR brutto sowie eine Entschädigung i.H.v. 3.000 EUR zu zahlen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass sie aufgrund der Klageerweiterung in der Berufung 71.361,96 EUR Scha-

Schadensersatz nach AGG  
wegen unterbliebener  
Aufstockung der Arbeitszeit

## Terminvorschau BAG

---

densersatz an die Klägerin zu zahlen habe. Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Revision und begehrt die vollumfängliche Abweisung der Klage.

Vorinstanz: LAG Köln, Urt. v. 6.12.2018 – 7 Sa 217/18

Termin der Entscheidung: 24.9.2020, 11:30 Uhr

Zuständig: Achter Senat

## Impressum

---

### Herausgeber:

michels.pmks Rechtsanwälte Partnerschaft mbB  
Hohenstaufenring 57  
50674 Köln  
Tel.: +49-221-50003-5  
Fax: +49-221-50003-636

### Über die Kanzlei:

michels.pmks Rechtsanwälte ist eine Boutique mit Schwerpunkten auf dem Arbeitsrecht sowie dem Gesundheitsrecht. Mit sieben Rechtsanwälten beraten wir vom Standort Köln aus bundesweit zu allen Fragen des Arbeitsrechts.

### Erscheinungsweise:

10x jährlich, nur als PDF, nicht im Print.

### Bestellungen:

Über den Verlag unter  
<https://kostenlos.anwaltverlag.de/fachgebiete/arbeitsrecht>.



DeutscherAnwaltVerlag

Rochusstraße 2–4 · 53123 Bonn  
Tel.: 02 28-9 19 11-52 · Fax: 02 28-9 19 11-23

Ansprechpartnerin im Verlag: Anne Krauss

### Hinweis:

Die Ausführungen in diesem Werk wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt. Sie stellen jedoch lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Die Eigenverantwortung für die Formulierung von Verträgen, Verfügungen und Schriftsätzen trägt der Benutzer. Herausgeber, Autoren und Verlag übernehmen keinerlei Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Infobrief enthaltenen Ausführungen.

### Hinweise zum Urheberrecht:

Die Inhalte dieses Infobriefs wurden mit erheblichem Aufwand recherchiert und bearbeitet. Sie sind für den Abonnenten zur ausschließlichen Verwendung zu internen Zwecken bestimmt. Dementsprechend gilt Folgendes:

- Die schriftliche Verbreitung oder Veröffentlichung (auch in elektronischer Form) der Informationen aus diesem Infobrief darf nur unter vorheriger schriftlicher Zustimmung durch die Deutscher Anwaltverlag & Institut der Anwaltschaft GmbH erfolgen. In einem solchen Fall ist der Deutsche Anwaltverlag als Quelle zu benennen.
- Unter „Informationen“ sind alle inhaltlichen Informationen sowie bildliche oder tabellarische Darstellungen von Informationen aus diesem Infobrief zu verstehen.
- Jegliche Vervielfältigung der mit dem Infobrief überlassenen Daten, insbesondere das Kopieren auf Datenträger sowie das Bereitstellen und/oder Übertragen per Datenfernübertragung ist untersagt. Ausgenommen hiervon sind die mit der Nutzung einhergehenden, unabdingbaren flüchtigen Vervielfältigungen sowie das Herunterladen oder Ausdrucken der Daten zum ausschließlichen persönlichen Gebrauch. Vom Vervielfältigungsverbot ausgenommen ist ferner die Erstellung einer Sicherheitskopie, soweit dies für die Sicherung künftiger Benutzungen des Infobriefs zum vertraglich vorausgesetzten, ausschließlich persönlichen Gebrauch notwendig ist. Sicherheitskopien dürfen nur als eine solche verwendet werden.
- Es ist nicht gestattet den Infobrief im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit Dritten zur Verfügung zu stellen, sonst zugänglich zu machen, zu verbreiten und/oder öffentlich wiederzugeben.