

**Inhalt**

**Entschädigung und Schadensersatz wegen Altersdiskriminierung eines Stellenbewerbers**

**Kinderbetreuungskosten eines alleinerziehenden Betriebsratsmitglieds**

**Konsequenzen der Einordnung des Anstellungsvertrages eines Fremdgeschäftsführers als Verbrauchervertrag**

**Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz im Anstellungsvertrag des Geschäftsführers?**

**Bonuszusage durch individuelle, konkludente Abrede**

**Umfang und Ausmaß des Wettbewerbsverbots im laufenden Arbeitsverhältnis**

**Schadensersatz und Schmerzensgeld für altershalber ausgemusterten Klinikchef**

**Eingliederungsmanagement vor jeder Kündigung?**

*Höchstrichterliche  
Entscheidungen*

**BAG, Urteil vom 19.08.2010, Az.: 8 AZR 530/09**

**Entschädigung und Schadensersatz wegen Altersdiskriminierung eines Stellenbewerbers?**

**Nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz sind Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen. Das BAG hat nun insbesondere die Benachteiligung wegen des Alters eines Stellenbewerbers bei den Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen für eine unselbstständige Anstellung beanstandet.**

Ein 49-jähriger Volljurist bewarb sich auf eine Stellenanzeige in einer juristischen Fachzeitschrift, mit der ein Unternehmen für seine Rechtsabteilung „zunächst auf ein Jahr befristet eine(n) junge(n) engagierte(n) Volljuristin/Volljuristen“ suchte. Ohne ein Vorstellungsgespräch wurde dem Volljuristen abgesagt. Eingestellt wurde eine 33jährige Juristin. Nun verlangte der 49-Jährige wegen einer unzulässigen Benachteiligung aufgrund seines Alters eine Entschädigung in Höhe von 25.000,00 Euro und Schadensersatz in Höhe eines Jahresgehalts.

Das Bundesarbeitsgericht begründete seine Entscheidung: Eine Stellenausschreibung verstößt grundsätzlich gegen das Altersdiskriminierungsverbot, wenn ein „junger“ Bewerber gesucht wird (§ 11 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes -AGG-). Stellen sind „altersneutral“ auszuschreiben, wenn kein Rechtfertigungsgrund im Sinne von § 10 AGG für eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters vorliegt. Und: Die unzulässige Stellenausschreibung stellt ein Indiz dafür dar, dass der Kläger wegen seines Alters nicht eingestellt worden ist. Da das Unternehmen nicht darlegen konnte, dass kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vorgelegen hat, steht dem Volljuristen ein Entschädigungsanspruch zu, allerdings nur in Höhe eines Monatsgehaltes. Den daneben geltend gemachten Schadensersatzanspruch in Höhe eines Jahresgehalts hat der 49-Jährige nicht bekommen, weil er nicht dargelegt und bewiesen hat, dass er bei einer diskriminierungsfreien Auswahl eingestellt worden wäre.

**Praktikerhinweis:**

Für alle Personalverantwortlichen ist höchste Aufmerksamkeit bei der Formulierung von Stellenanzeigen geboten: Geschlechts- und altersneutral. Und auch sonst ist peinlich genau darauf zu achten, dass dem AGG-Zweck entsprochen wird, d.h. zum Beispiel, dass Arbeitgeber auch darauf verzichten sollten, ein Foto zur Bewerbung anzufordern. Übrigens: Das Bundesarbeitsgericht hat am 20. Mai diesen Jahres beschlossen (8 AZR 287/08), dass der EuGH vorab darüber entscheiden soll, ob einem nicht berücksichtigten Bewerber ein Auskunftsanspruch gegen den Arbeitgeber zusteht, ob und wen dieser nach welchen Kriterien eingestellt hat.

*Klaus Uwe Benneter*

**Kinderbetreuungskosten eines alleinerziehenden Betriebsratsmitglieds**

**BAG, Beschluss vom 23.06.2010, Az.: 7 ABR 103/08**

**Arbeitgeber müssen einem alleinerziehenden Betriebsratsmitglied die Kosten der Fremdbetreuung seiner minderjährigen Kinder erstatten, die bei einer mehrtägigen auswärtigen Betriebsrats Tätigkeit entstehen.**

**Der Sachverhalt:**

Das Betriebsratsmitglied, eine alleinerziehende Mutter, hatte an zwei Sitzungen des Gesamtbetriebsrats und an einer Betriebsräteversammlung teilzunehmen. Aufgrund dessen war sie insgesamt 10 Tage ortsabwesend und während dieser Zeit auch außerhalb ihrer persönlichen Arbeitszeit tätig. Für die Betreuung ihrer 11 und 12 Jahre alten Kinder musste sie während ihrer Abwesenheit Betreuungshilfe in Anspruch nehmen. Sie verlangte nun von ihrem Arbeitgeber die Erstattung der Kosten für die Kinderbetreuung.

**Die Entscheidung:**

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat dem Klageantrag – anders als zuvor das Landes-arbeitsgericht Nürnberg – entsprochen. Es entschied, dass der Arbeitgeber nach verfassungskonformer Auslegung des § 40 Abs. 1 BetrVG die durch die Tätigkeit der Betriebsrätin entstandenen Kosten zu tragen hat. Das BAG stellte fest, die Betriebsrätin habe sich in einer Pflichtenkollision zwischen ihrer Pflicht zur elterlichen Personensorge und ihren betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben befunden. Die Pflege und Erziehung der Kinder seien aber gemäß Artikel 6 Abs. 2 Grundgesetz die „zuförderst den Eltern obliegende Pflicht“. Durch die gleichzeitige Erfül-

lung beider Pflichten dürfte der Betriebsrätin daher kein Vermögensopfer entstehen.

Dem Anspruch der Klägerin stand im entschiedenen Fall auch nicht entgegen, dass in ihrem Haushalt eine volljährige berufstätige Tochter lebte, welche die Betreuung ihrer minderjährigen Geschwister abgelehnt hatte. Die klagende Betriebsrätin durfte die entstandenen Betreuungskosten in Höhe von € 600,- auch der Höhe nach für erforderlich halten.

#### **Praktikerhinweis:**

Die Kostenerstattungspflicht gilt nach der BAG-Entscheidung nicht für sämtliche Kosten, die nur irgendwie durch die Betriebsrats Tätigkeit veranlasst sind und die der persönlichen Lebensführung des Betriebsratsmitglieds zuzuordnen sind. Es ist daher jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob eine echte Pflichtenkollision vorgelegen hat, die eine Einstandspflicht des Arbeitgebers rechtfertigt.

*Ute Bilger-Jung*

#### **Konsequenzen der Einordnung des Anstellungsvertrages eines Fremdgeschäftsführers als Verbrauchervertrag**

**BAG, Urteil vom 19.05.2010, Az.: 5 AZR 253/09**

**Der Fremdgeschäftsführer einer GmbH übt eine angestellte berufliche Tätigkeit aus. Soweit er im Rahmen seines Anstellungsvertrages vorformulierte Vertragsbedingungen akzeptieren muss, sind diese als Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne eines Verbrauchervertrages zu bewerten. Einzelne Klauseln sind wie bei Arbeitsverträgen einer Inhalts- und Transparenzkontrolle zu unterwerfen.**

Der Kläger, ein promovierter Chemiker, war als Fremdgeschäftsführer angestellt und außerordentlich gekündigt worden. In seinem Vertrag fand sich die weit verbreitete Klausel einer zweistufigen Ausschlussfrist, wonach alle Ansprüche aus dem Dienstvertrag verfallen, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend gemacht werden; lehnt die Gegenseite die Forderung ab, muss der Anspruch innerhalb von drei Monaten gerichtlich geltend gemacht werden. Weiter war die Zuständigkeit des Arbeitsrechtswegs vereinbart.

Mit der Kündigungsschutzklage machte der Kläger auch sämtliche Vergütungsansprüche dem Grunde nach geltend. Die Beklagte hatte eingewandt, die Ansprüche seien verfallen und sich damit beim Arbeits- und Landesarbeitsgericht durchge-

setzt. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat die Revision für begründet angesehen, einem Teilanspruch stattgegeben und im Übrigen zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Das BAG befand, dass mit Erhebung der Kündigungsschutzklage das Erlöschen der vom Ausgang dieses Rechtsstreits abhängigen Ansprüche verhindert wurde, ohne dass es der in der Verfallsklausel des Anstellungsvertrages vorgesehenen Vorgehensweise bedurfte. Dabei ging die Entscheidung davon aus, dass der Anstellungsvertrag ein Verbrauchervertrag im Sinne von § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB darstellte; auf die strittige Frage, ob es sich bei der Verfallsklausel des Vertrages um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung handelte, komme es nicht an. Der Geschäftsführer sei ein Verbraucher nach § 13 BGB, da die Geschäftsführung einer GmbH weder eine gewerbliche noch eine selbständige, sondern eine angestellte berufliche Tätigkeit darstelle. Auf die Klausel konnte der Kläger keinen Einfluss nehmen; die Möglichkeit zur Einflussnahme hätte vorausgesetzt, dass der Verwender den gesetzesfremden Kerngehalt seiner AGB ernsthaft zur Disposition gestellt und dem Vertragspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung seiner Interessen im Hinblick auf die konkrete Klausel eingeräumt hätte. Dabei liegt die Darlegungslast bei dem Klauselverwender.

Vorformulierte Vertragsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der beteiligten Verkehrskreise verstanden werden. Nach diesen Grundsätzen hat das BAG bereits bei Arbeitsverträgen entschieden, dass die Erhebung der Kündigungsschutzklage den Bedingungen der zweistufigen Ausschlussfrist bei Individualverträgen genügt. Das unnötige Kostenrisiko einer bezifferten Leistungsklage binnen einer bestimmten Frist nach Fälligkeit der Vergütungsansprüche müsse der in der Regel rechtsunkundige Kläger nicht parallel zur Kündigungsschutzklage eingehen. Anders hat das BAG bei Verfallsklauseln entschieden, die auf einem Tarifvertrag beruhen; hier reicht die Kündigungsschutzklage nicht zur Wahrung der 2. Stufe der Ausschlussfrist aus.

#### **Praktikerhinweis:**

Das BAG stellt den Fremdgeschäftsführer, der über nicht mehr als rechtliche Grundkenntnisse verfügt, dem Arbeitnehmer in Bezug auf vorformulierte Vertragsbedingungen bei Individualverträgen gleich. Wer die Qualifizierung einer Klausel im Anstellungsvertrag als kontrollfähige Allgemeine Geschäftsbedingung ausschließen will, muss einen hohen Aufwand betreiben; das bloße Führen von Verhandlungen mit dem Geschäftsführer und deren Dauer genügen der Darlegungslast des Klauselverwenders nicht. Es muss bei jeder spezifischen Klausel konkret darge-

legt werden, wie die Klausel zur Disposition gestellt wurde und aus welchen Umständen darauf geschlossen werden kann, der Geschäftsführer habe die Klausel freiwillig akzeptiert.

*Reinhold Kopp*

### **Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz im Anstellungsvertrag des Geschäftsführers?**

**Vertragsvereinbarung der Anwendung von Kündigungsschutzvorschriften; Vertragsauslegung hinsichtlich einer möglichen Auflösung gegen Abfindung**

**BGH, Urteil vom 10.05.2010, Az.: II ZR 70/09**

**Im Anstellungsvertrag des Geschäftsführers einer GmbH kann vereinbart werden, dass die materiellen Regeln des Kündigungsschutzgesetzes zu Gunsten des Organmitglieds gelten sollen. In einem solchen Fall ist durch Auslegung des Vertrages festzustellen, ob sich die Gesellschaft in Anlehnung an §§ 9 ff. KSchG gegen Abfindung aus dem Vertrag lösen kann.**

Der hier besprochenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) im Schnittstellenbereich zwischen Gesellschafts- und Arbeitsrecht (zuständig war der für Gesellschaftsrecht zuständige 2. Zivilsenat) lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Parteien streiten über den Fortbestand des Anstellungsverhältnisses des Klägers, welcher bei der Beklagten als Geschäftsführer tätig war. Der auf unbestimmte Dauer geschlossene Geschäftsführerdienstvertrag enthielt folgende Bestimmung:

*„Der Vertrag wird auf unbestimmte Dauer geschlossen. Dieser Vertrag kann ab 01.06.2006 mit einer Kündigungsfrist von 9 Monaten zum Quartalsende gekündigt werden. Für den Geschäftsführer gilt dieselbe Kündigungsfrist. Für die Kündigung gelten im Übrigen zu Gunsten des Geschäftsführers die Bestimmungen des deutschen Kündigungsschutzrechtes für Angestellte. Das Recht zur fristlosen Kündigung des Vertrages aufgrund zwingender gesetzlicher Vorschriften bleibt unberührt.“*

Nach Unstimmigkeiten zwischen den Beteiligten berief die Gesellschaft den Kläger als Geschäftsführer ab und kündigte das Anstellungsverhältnis mit diesem fristlos, hilfsweise „fristgerecht“.

Der Kläger beehrte Feststellung, dass das Anstellungsverhältnis nicht aufgelöst worden sei, sondern nach wie vor fortbestehe. Das Landgericht hat der Feststellungsklage stattgegeben und auf die Hilfswiderklage der Beklagten das Geschäftsführerdienstverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung (§§ 14 Abs. 2 Satz 2, 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG) aufgelöst.

Auf die Anschlussberufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht das Feststellungsbegehren, soweit es auf den Fortbestand des Anstellungsverhältnisses gerichtet war, abgewiesen und die Auflösungsentscheidung des Landgerichts aufgehoben.

Die Revision des Klägers gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichtes hatte Erfolg und führte zur Urteilsaufhebung und Zurückverweisung an das OLG zur weiteren Sachverhaltsaufklärung.

Der BGH gelangte – anders als das OLG – mit Recht zu der Auffassung, dass die Vereinbarung der Geltung der materiellen Regeln des Kündigungsschutzgesetzes im Geschäftsführervertrag als wirksam anzusehen ist.

Der BGH hatte zur Begründung seines Ergebnisses folgende Fragen zu klären und zu entscheiden:

- (1) Greift die Regelung im Geschäftsführerdienstvertrag in unzulässiger Weise in das Organverhältnis zwischen der Beklagten und dem Kläger (§ 38 Abs. 1, Abs. 2 GmbHG) ein?
- (2) Welche Vorschriften gelangen durch die pauschale Verweisung auf die materiellen Kündigungsschutzregelungen zur Anwendung und wie wirken sich diese im konkreten Fall aus?

**Zu Ziffer 1:**

Zunächst stellte der BGH – entsprechend der herrschenden Meinung – klar, dass der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers einer GmbH als Dienstvertrag einzuordnen ist und die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes mangels Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG grundsätzlich nicht zur Anwendung gelangen.

Eine wie im konkreten Fall vorgenommene Vereinbarung der Anwendung der materiellen Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes gestattete der BGH den Parteien unter dem ausdrücklichen Hinweis auf den Grundsatz der Privatautonomie. Die Bestellungs- und Abberufungsfreiheit der Gesellschafterversammlung werde durch die Bezugnahmeklausel im Anstellungsvertrag lediglich höchstens mittelbar (finanzielle Gesichtspunkte wurden genannt) berührt. Diese mittelbare Auswirkung auf das Organverhältnis erachtete der BGH aber im Hinblick auf die Regelungen des § 38 Abs. 1, Abs. 2 GmbHG als zulässig.

Darüber hinaus stützte der BGH die Zulässigkeit einer solchen Bezugnahmeklausel insbesondere darauf, dass in der GmbH grundsätzlich, anders als im Aktienrecht (§ 84 Abs. 1 Satz 5 AktG), keine maximale Laufzeit des Geschäftsführeranstellungsvertrages vorgesehen ist, welche durch die Vorschriften des Kündigungs-

schutzgesetzes in unzulässiger Weise überschritten werden könnte. Eine solche Vereinbarung sei daher mit gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen vereinbar und zulässig, so der BGH.

**Zu Ziffer 2:**

Da es sich insbesondere bei der Bestimmung des § 1 KSchG um **einseitig** zwingendes Recht handle, von welchem nur zum Nachteil des begünstigten Arbeitnehmers nicht abgewichen werden könne, hält der BGH eine Klausel, welche die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes über dessen gesetzlich geregelten Geltungsbereich hinaus anwenden will, für zulässig und wirksam.

Auf die besonderen Anwendungsvoraussetzungen des Kündigungsschutzgesetzes gem. §§ 1, 23 KSchG kommt es deswegen nicht mehr an. Im Übrigen gelten im konkreten Fall **alle** materiellen Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes zu Gunsten des Geschäftsführers. Zu den „materiellen Kündigungsvorschriften“ zählt der BGH auch die Regelung des § 14 Abs. 2 KSchG, sofern sich aus der gebotenen Vertragsauslegung nicht ein Anderes ergeben sollte. Der BGH sah es daher als grundsätzlich möglich an, das Anstellungsverhältnis gem. §§ 14 Abs. 2 Satz 2, 9 Abs. 1 Satz 2, 10 KSchG gegen Gewährung einer gemessenen Abfindung aufzuheben. Zwar könne die richterliche Auflösungsbefugnis von den Parteien nicht unmittelbar vereinbart werden, der übereinstimmende Wille der Vertragsparteien, die materiellen Vorschriften des KSchG auf das Vertragsverhältnis anzuwenden, könne sich aber auch auf die in § 14 Abs. 2 Satz 2 KSchG geregelte Möglichkeit einer Vertragsauflösung beziehen, urteilte der BGH.

Mangels Entscheidungsreife hat der Senat die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, verbunden mit der Maßgabe, insbesondere das Vorliegen eines Grundes für eine verhaltensbedingte Kündigung zu prüfen und sich ggf. mit dem im Wege der Hilfswiderklage geltend gemachten Auflösungsantrag der Beklagten zu befassen.

**Praktikerhinweis:**

In der Praxis besteht sicherlich oftmals das Bestreben, dem GmbH-Geschäftsführer gewisse Sicherheiten gegen die an sich jederzeit mögliche Kündigung seines Dienstvertrages zu gewähren. Ob aber die generelle Bezugnahme auf die materiellen Kündigungsschutzvorschriften dem GmbH-Geschäftsführer den erhofften Schutz einzuräumen vermag, ist mehr als fraglich und wird wohl zu verneinen sein. Im Falle der (entsprechenden) Anwendbarkeit des § 14 Abs. 2 KSchG bedarf der Auflösungsantrag des Arbeitgebers gar keiner Begründung. Der Bestandsschutz des Geschäftsführers würde damit, wie bei leitenden Angestellten nach § 14 Abs. 2

Satz 1 KSchG, zum bloßen Abfindungsschutz abgeschwächt. Die erhoffte „Sicherheit“ auf Seiten des Geschäftsführers wäre insofern – ggf. entgegen der Absicht der beiden Parteien bei Vertragsschluss – nicht oder nur bedingt gewährleistet. Der Entscheidung des BGH ist zudem nicht zu entnehmen, ob die Vorschrift des § 14 Abs. 2 KSchG im Falle von pauschalen Bezugnahmeklauseln bei jedem GmbH-Geschäftsführer oder nur bei solchen, welche aufgrund Einzelvertretungsbefugnis oder Geschäftsordnung zur alleinigen Entscheidung über die Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind, anzuwenden sein soll. Sollte die Verweisung nur für letztgenannte Gruppe von GmbH-Geschäftsführern gelten, fänden für die übrigen Geschäftsführer nur §§ 1 bis 13 KSchG entsprechend Anwendung, wobei § 3 KSchG auch in diesem Fall unberücksichtigt zu bleiben haben dürfte. Bedenken gegen die Wirksamkeit solcher generellen Bezugnahmeklauseln bestehen ferner bei Geschäftsführerdienstverträgen in paritätisch mitbestimmten GmbHs (wegen § 84 Abs. 1 Satz 5 AktG i. V. m. § 31 Abs. 1 MitbestG). Aus den vorbezeichneten Gründen dürfte eine „generelle Bezugnahme auf die materiellen Kündigungsschutzvorschriften“ auch für die Gesellschaft als „risikobehaftet“ einzuordnen sein. Bei der Verwendung solcher Klauseln in Geschäftsführerdienstverträgen ist also Vorsicht geboten. Wenn überhaupt, sollte auf einzelne Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes verwiesen werden. Besser ist es aber, sämtlichen „Bestandschutz“ direkt im Dienstvertrag des Geschäftsführers zu regeln, insbesondere die Fragen von Befristungen, Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung bzw. Festlegung von Abfindungen im Kündigungsfall, Statuierung von Kündigungsgründen, etc. Letztere Möglichkeiten sind für beide Vertragsparteien transparenter und gewährleisten eher die erhoffte Rechtssicherheit.

*Alexander Tauber*

#### **Bonuszusage durch individuelle, konkludente Abrede**

**BAG, Urteil vom 21.04.2010, Az.: 10 AZR 163/09**

**Zahlt der Arbeitgeber über Jahre hinweg an einen Arbeitnehmer einen jährlichen Bonus, kann darin die konkludente Zusage liegen, auch künftig einen Bonus zahlen zu wollen. Einer solchen Zusage steht nicht entgegen, dass der Bonus in der Vergangenheit in unterschiedlicher Höhe gezahlt wurde und für den Arbeitnehmer eine Regelmäßigkeit nicht erkennbar war. Der Arbeitnehmer hat in diesen Fällen einen Anspruch auf Bonus "dem Grunde nach".**

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) stellt fest, dass aus dem tatsächlichen Verhalten des Arbeitgebers bei mehrfacher Zahlung eines jährlichen Bonus ein Angebot ge-

folgt werden kann, das der Arbeitnehmer durch schlüssiges Verhalten annimmt und somit eine Zusage auf Zahlung eines Bonus dem Grunde nach erfolgt. Variiert lediglich die Höhe des Bonus, so steht einem individualrechtlichen Anspruch des Arbeitnehmers nichts entgegen. Gerade für einen Bonusanspruch sei typisch, dass dieser von verschiedenen Komponenten, wie z. B. dem Betriebsergebnis und/oder einer persönlichen Leistung abhängig ist und folglich schwankt.

Der Entscheidung des BAG lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Das Arbeitsverhältnis der Klägerin, bei der es sich um die ehemalige Ehefrau des Geschäftsführers der Beklagten handelte, endete zum 31.12.2007 durch gerichtlichen Vergleich. In den Jahren 2000 bis 2006 zahlte die Beklagte der Klägerin zusammen mit dem Dezembergehalt einen Jahresbonus. Dieser betrug anfänglich ca. € 26.500,00 und zuletzt in den Jahren 2005 und 2006 jeweils € 57.500,00. Die Höhe der Zahlung wurde der Arbeitnehmerin stets vorab im Rahmen eines Telefonats mit dem in den Vereinigten Staaten ansässigen Gesellschafter mitgeteilt. Die Klägerin vertrat die Ansicht, dass ihr aufgrund der bisherigen Zahlungen ein Anspruch auf Zahlung eines weiteren Jahresbonus aufgrund betrieblicher Übung zustehe. Dabei müsse insbesondere berücksichtigt werden, dass sie im Gegensatz zu den übrigen Angestellten keinen Freiwilligkeitsvorbehalt unterzeichnet habe.

Das BAG stellt in seiner Entscheidung zunächst fest, dass ein Anspruch der Klägerin aus betrieblicher Übung mangels kollektiven Bezugs nicht besteht. Die vorherige Instanz hätte jedoch prüfen müssen, ob sich ein Anspruch der Klägerin aus einer individuellen arbeitsvertraglichen, konkludenten Abrede ergeben kann. Soweit die Vorinstanz einen entsprechenden Anspruch verneint hat, weil die Zahlungen an die Klägerin nicht in einer bestimmten Höhe zugesagt worden seien, sei dies rechtsfehlerhaft. Da ein Bonusanspruch typischerweise Schwankungen unterliegen kann, sei es ohne Weiteres möglich, dass sich die Beklagte hinsichtlich der Bonuszahlung auf Dauer binden wollte. Hätte die Beklagte über den Grund des Anspruches jedes Jahr neu entscheiden wollen, hätte es nahegelegen, dass sie auf die Einmaligkeit der Zahlung besonders hinweist. Die unterschiedliche Höhe des gewährten Bonus steht daher einer konkludenten Bonusvereinbarung nicht entgegen.

Steht fest, dass ein Anspruch der Klägerin dem Grunde nach besteht, so ist die Höhe des Bonus gemäß § 315 Abs. 1 bis 3 BGB zu bestimmen. Gegebenenfalls hat das Gericht die Höhe des Bonus gemäß § 315 Abs. 3 S. 2 BGB durch Urteil festzusetzen. Für eine entsprechende Festsetzung bedarf es keines besonderen Antrags der klägerischen Partei.

**Praktikerhinweis:**

1. Entscheidet sich der Arbeitgeber für die Zahlung eines jährlichen Bonus, so sind diese Zahlungen zwingend mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt zu versehen. Hierauf ist ausdrücklich hinzuweisen.
2. Zur Beweiserleichterung sollte ein entsprechender Hinweis auf den Freiwilligkeitsvorbehalt schriftlich erfolgen. Ein solcher Freiwilligkeitsvorbehalt könnte wie folgt lauten:

*„Bei der Zahlung des Jahresbonus handelt es sich um eine freiwillige Leistung aufgrund einer vom Arbeitgeber jeweils gesondert zu treffenden Entscheidung. Damit behält sich der Arbeitgeber das Recht vor, jedes Jahr neu zu entscheiden, ob und in welcher Höhe ein Bonus gewährt wird. Ein Rechtsanspruch auf die wiederholte oder dauerhafte Gewährung derartiger freiwilliger Leistungen in der Zukunft entsteht auch nach mehrmaliger vorbehaltloser Zahlung nicht.“*

*Thomas Krebs*

**Umfang und Ausmaß des Wettbewerbsverbots im laufenden Arbeitsverhältnis**

**BAG, Urteil vom 24.03.2010, Az.: 10 AZR 66/09**

**Um den Umfang und das Ausmaß des Wettbewerbsverbots im laufenden Arbeitsverhältnis festzustellen, ist mittels einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles festzustellen, ob und inwiefern die anderweitige Tätigkeit die Interessen des Arbeitgebers gefährdet oder beeinträchtigt. Hierbei wird die in Art. 12 Abs. 1 GG normierte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers berücksichtigt.**

Der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin ist bei der Beklagten als Sortiererin in einem Briefzentrum für 15 Stunden pro Woche tätig. Hierfür erhält sie eine monatliche Vergütung von etwa 1200 € brutto. Falls die Klägerin eine Nebentätigkeit aufnehmen möchte, muss sie dies rechtzeitig ihrem Arbeitgeber schriftlich mitteilen. Insofern müssen Art und zeitlicher Umfang der Nebentätigkeit dargelegt werden. Dieser Regelung liegt der Manteltarifvertrag für Arbeitnehmer der Deutschen Post AG vom 18.06.2003 zugrunde. An Hand dieser Angaben entscheidet sodann der Arbeitgeber, ob er die Nebentätigkeit zulässt oder ob er sie wegen vorhersehbarer Beeinträchtigung der

geschuldeten Arbeitsleistung oder wegen Gründen des unmittelbaren Wettbewerbs verwehrt.

Im November 2006 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass sie 6 Stunden pro Woche als Zeitungszustellerin für die Z-GmbH tätig ist und dadurch zusätzlich 350 € pro Monat verdient. Sie stellt ausschließlich Zeitungs- und Presseerzeugnisse zu. Die Z-GmbH ist, wie die Beklagte, für die Zustellung von Zeitungen und Briefen verantwortlich. Einziger Unterschied ist die Tageszeit der Auslieferung der Zeitungs- und Presseerzeugnisse. Während die Z-GmbH diese ausschließlich in den frühen Morgenstunden zustellt, erfolgt dies bei der Beklagten erst im Laufe des Tages. Auf Grund der gleichen Tätigkeitsfelder untersagte die Beklagte der Klägerin ihre Nebentätigkeit im Februar 2007.

Das ArbG hat die Klage abgewiesen. Das LAG hat die Berufung zurückgewiesen.

Das BAG entschied, dass die Klägerin jeweils von Montag bis Sonnabend dazu berechtigt ist, Zeitungen für die Z-GmbH für je 1 Stunde pro Tag und vor 6.00 Uhr morgens auszuliefern und somit ihre Nebentätigkeit ausüben darf. Diese Tätigkeit bedrohe nicht die schutzwürdigen Interessen des Arbeitgebers, sondern stelle lediglich eine bloße Hilfstätigkeit sowie eine untergeordnete wirtschaftliche Unterstützung des Wettbewerbs dar. Die Ausübung einer solchen Nebentätigkeit kann der Arbeitgeber nach dem Manteltarifvertrag nicht untersagen. Die Klägerin kann ihre bei der Beklagten erworbenen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen beim Zeitungszustellen nicht zum Vorteil des Wettbewerbs einsetzen, da beide Tätigkeiten (als Sortiererin und Zeitungszustellerin) sich nicht im Wesentlichen überschneiden und gänzlich unterschiedliche Arbeitsaufgaben darstellen.

#### **Praktikerhinweis:**

Nach der bisherigen Rechtsprechung war es unerheblich, mit welcher Tätigkeit und mit welcher Funktion man den Konkurrenten unterstützt. Verboten war jegliche Dienstleistung für den Konkurrenten. Das BAG äußerte an dieser Rechtsprechung Bedenken und folgt der Auffassung, dass der Umfang und das Ausmaß des Wettbewerbsverbotes im laufenden Arbeitsverhältnis auf die unmittelbare Konkurrenzfähigkeit beschränkt werden muss. Bloße Hilfstätigkeiten stellen in diesem Sinne keine unmittelbare Konkurrenzfähigkeit dar.

*Harald Guha*

*Weitere**Entscheidungen***Schadenersatz und Schmerzensgeld für altershalber ausgemusterten Klinikchef****OLG Köln, Urteil vom 29.07.2010, Az.: 18 U 196/09****Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) schützt auch Organmitglieder bei der Nichtverlängerung ihrer Bestellung und Vertragsbeziehung aus Altersgründen, allerdings nur monetär.**

Das Oberlandesgericht Köln (OLG) hat dem ehemaligen medizinischen Geschäftsführer einer städtischen Krankenhaus-Gesellschaft Schadenersatz wegen Altersdiskriminierung zugesprochen, weil sein ursprünglich bestehender 5-Jahres-Vertrag aus Altersgründen nicht verlängert worden war.

Nach der Entscheidung vom 29.07.2010 müssen die städtischen Kliniken dem früheren Klinikchef sämtliche materiellen Schäden ersetzen, die aus der nicht erfolgten (Weiter-) Anstellung resultieren, und darüber hinaus noch € 36.600,-- als Ersatz für immaterielle Schäden („Schmerzensgeld“) leisten.

Damit wurde erstmals dem Organ einer Gesellschaft (hier: GmbH-Geschäftsführer) eine Kompensation wegen Benachteiligung im Sinne des AGG zuerkannt.

**Der Sachverhalt:**

Der 1947 geborene Kläger war aufgrund eines auf 5 Jahre befristeten Vertrages vom 01.10.2004 bis zum 30.09.2009 als Chef der städtischen Kliniken beschäftigt. Der Aufsichtsrat lehnte im Oktober 2008 eine (Weiter-)Anstellung über 5 Jahre hinaus ab; der Chefposten wurde mit einem 41-jährigen Nachfolger besetzt.

Der klagende Prof. Dr. med. machte im Prozess gegen die beklagten Kliniken geltend, seine erneute Bestellung zum Geschäftsführer sei allein aus Altersgründen gescheitert und begehrte Schadenersatz nach dem AGG. Die Kliniken zogen sich darauf zurück, dass man mit den fachlichen Leistungen unzufrieden gewesen sei.

Das OLG gab der Klage statt. Das Urteil ist allerdings noch nicht rechtskräftig, weil die Revision zum Bundesgerichtshof zugelassen wurde.

**Die Entscheidung:**

Für das OLG handelte es sich um einen klaren Fall der Altersdiskriminierung. Das Gericht stellte fest, dass die Kliniken eine Benachteiligung aus Altersgründen, die anhand von Indizien (u.a. Presseberichte) festgestellt wurde, im Prozess nicht haben widerlegen können. Ihre Entscheidung, den Kläger nicht für weitere fünf Jahre beschäftigen zu können, ohne die für Leitungsämter der Stadt vorgesehene Altersgrenze von 65 Jahren zu überschreiten, verletze ihn in seinen Rechten. Eine Benachteiligung, so die Richter, sei auch nicht im Hinblick auf den Umbruch des Ge-

sundheitsmarkts gerechtfertigt, der eine längerfristige Bindung an einen neuen Geschäftsführer notwendig machen könne. Eine Vertragsverlängerung bis zum 65. Lebensjahr sei durchaus denkbar gewesen.

Nach dem Richterspruch erhält der Kläger einen Ausgleich für die Nachteile, die ihm durch den Wegfall seines früheren Einkommens entstanden. Der Anspruch wurde noch nicht konkret beziffert. Daneben sprach das OLG dem Kläger Ersatz für immaterielle Schäden in Höhe von etwa zwei Bruttomonatsgehältern zu. Der ursprünglich eingeklagte Mindestbetrag von € 110.000 wurde dabei um zwei Drittel gekürzt, weil das OLG die Altersdiskriminierung nicht als sonderlich gravierend angesehen hat. Selbst die Presse habe nicht den Eindruck erweckt, der Ex-Klinikchef gehöre bereits „zum alten Eisen“.

#### **Praktikerhinweis:**

Auch Organmitglieder können sich auf den Schutz des AGG berufen. Trotz automatischer Beendigung eines wirksam befristeten Dienstvertrags darf der Dienstherr eine Wiederbestellung und Fortsetzung des Dienstverhältnisses nur aus objektiven, nichtdiskriminierenden Gründen ablehnen.

Den zuständigen Entscheidungsgremien (Gesellschafterversammlung, Beirat, Aufsichtsrat etc.) ist anzuraten, sich möglichst jeder Begründung zu enthalten.

Älteren (Ex-)Führungskräften ist bei Auslaufen ihrer Verträge zu empfehlen, nach einer Begründung für die Beendigung bzw. Nichtfortsetzung der Beziehung zu fragen. Spielt das Lebensalter dabei eine Rolle, dann bringt dies zwar keinen Job, jedoch eventuell eine finanzielle „Abfederung“.

*Ute Bilger-Jung*

#### **Eingliederungsmanagement vor jeder Kündigung?**

**LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 04.01.2010, Az.: 10 Sa 2071/09**

**Das LAG Berlin-Brandenburg hat die Latte für die Kündigung ohne die vorherige Durchführung eines Betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) deutlich höher gelegt.**

Für betriebsbedingte Kündigungen gilt der „ultima-ratio-Grundsatz“, den das Gesetz in § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG konkretisiert hat, d.h. eine Kündigung ist nur dann durch ein dringendes betriebliches Erfordernis „bedingt“, wenn der Arbeitgeber keine Möglichkeiten hat, den Arbeitnehmer anderweitig zu beschäftigen. Weiter

konkretisiert wird dieser ultima-ratio-Grundsatz durch das in § 84 SGB IX vorgesehene Betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM), das für Arbeitnehmer, die innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig geworden sind, gilt. Dieses Verfahren kommt immer dann zum Zuge, wenn gesundheitliche Beeinträchtigungen eines Arbeitnehmers die Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb beeinflussen können. Nach der gefestigten ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, ohne dass eine andere Beschäftigungsmöglichkeit besteht (vgl. bereits BAG, Urteil vom 7. Dezember 1978 - 2 AZR 155/77 -). Zudem hat das BAG (Urteil vom 10.12.2009 – 2 AZR 400/08 -) klargestellt, dass dazu regelmäßig die Durchführung eines BEM gehört. Hinsichtlich der „ultima ratio“ trifft denjenigen Arbeitgeber, der kein oder kein den gesetzlichen Mindestanforderungen entsprechendes BEM vor Ausspruch einer personenbedingten Kündigung wegen Krankheitsfehlzeiten durchgeführt hat, im Kündigungsschutzprozess eine erhöhte Darlegungs- und Beweislast. Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat hier bezüglich des BEM noch nachgelegt und festgestellt, dass die BEM-Pflicht nach § 84 Abs. 2 SGB IX nicht nur im Vorfeld von personenbedingten Kündigungen besteht. Die Pflicht zur Durchführung des Verfahrens soll nach Erreichen der in der zitierten Vorschrift genannten Voraussetzungen (d.h. länger als sechs Wochen ununterbrochene oder wiederholte Arbeitsunfähigkeit innerhalb eines Jahres) bereits dann gelten, wenn gesundheitliche Beeinträchtigungen eines Arbeitnehmers die Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb beeinflussen können.

**Praktikerhinweis:**

In vergleichbaren Fällen hat der Arbeitgeber mit Zustimmung der betroffenen Beschäftigten und in Abstimmung mit den betrieblichen Interessenvertretungen zu klären, ob und wenn ja mit welchen Leistungen oder Hilfen die Arbeitsunfähigkeit überwunden bzw. erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und wie der Arbeitsplatz möglichst dauerhaft gesichert werden kann. Das betriebliche Eingliederungsmanagement ist somit immer ein kooperativer Prozess mit dem Ziel, Wege zur Erhaltung eines Arbeitsplatzes zu finden. Dies erfordert je nach Lage des Falles Diskussionen, betriebliche und gesundheitliche Untersuchungen und eventuell konkrete Planungen einschließlich eines Freimachens von Arbeitsplätzen durch Umsetzungen (vgl. BAG, Urteil vom 23. April 2008 - 2 AZR 1012/06).

Auch wenn dem Arbeitgeber, der ein betriebliches Eingliederungsmanagement unterlassen hat, nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG (Urteil vom 23. April 2008 - 2 AZR 1012/06) die Darlegung gestattet ist, dass ein solches Verfahren z.B. aus gesundheitlichen Gründen nicht zu einer Beschäftigungsmöglichkeit geführt hätte, bedarf gerade diese Darlegung eines umfassenden konkreten Sachvortrags des Arbeitgebers: warum kann der Arbeitnehmer auf dem bisher innegehabten Arbeitsplatz einerseits nicht mehr eingesetzt werden, warum ist andererseits eine leistungsgerechte Anpassung und Veränderung des bestehenden Arbeitsplatzes ausgeschlossen und warum kann der Arbeitnehmer nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit eingesetzt werden. Und dies gilt jetzt – nach Auffassung des LAG Berlin-Brandenburg – auch für alle betriebsbedingten Kündigungsvorhaben, wenn gesundheitliche Beeinträchtigungen des betroffenen Arbeitnehmers die Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten beeinflussen.

*Klaus Uwe Benneter*

### Über diesen Newsletter

Die Autoren dieser Ausgabe sind in der Praxisgruppe Employment and Human Resources unserer Kanzlei tätig.

Mit unserem Newsletter möchten wir unsere Mandanten und interessierte Dritte über aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur informieren. Sollten Sie an diesen Informationen nicht interessiert sein, bitten wir Sie, uns dies per E-Mail mitzuteilen.

Sofern Sie zu bestimmten Themen oder zum Newsletter insgesamt Fragen oder Anregungen haben, können Sie sich jederzeit gerne an die Ihnen bekannten Ansprechpartner wenden. Gerne greifen wir auch Ihre Ideen für künftige Beiträge oder weitere Empfänger des Newsletters auf. Bitte wenden Sie sich an: [reinhold.kopp@heussen-law.de](mailto:reinhold.kopp@heussen-law.de) (Büro Berlin), [ralf.busch@heussen-law.de](mailto:ralf.busch@heussen-law.de) oder [renate.dendorfer@heussen-law.de](mailto:renate.dendorfer@heussen-law.de) (Büro München), [harald.guha@heussen-law.de](mailto:harald.guha@heussen-law.de) (Büro Frankfurt) oder [ute.bilger-jung@heussen-law.de](mailto:ute.bilger-jung@heussen-law.de) (Büro Stuttgart).

### Weitere Informationen

Besuchen Sie auch unsere Homepage unter der URL <http://www.heussen-law.de>

### Herausgeber

Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
 Amtsgericht Frankfurt am Main, HRB: 46524

### Geschäftsführung:

Dr. Christof Schmidt, Christoph Hamm

### Verantwortlich i.S.d. MDStV und des Presserechts:

Dr. Ralf Busch  
 Prof. Dr. Renate Dendorfer LL.M. MBA  
**Büro München:**  
 Brienner Straße 9 / Amiraplatz  
 80333 München  
 Telefon: +49 (0) 89 29 09 7-0  
 Telefax: +49 (0) 89 29 09 7-200

Dr. Harald Guha  
**Büro Frankfurt:**  
 Platz der Einheit 2  
 60327 Frankfurt am Main  
 Telefon: +49 (0) 69 15 242-0  
 Telefax: +49 (0) 69 15 242-111

Ute Bilger-Jung  
**Büro Stuttgart:**  
 Friedrichstraße 14  
 70174 Stuttgart  
 Telefon: +49 (0) 711 2 28 40-0  
 Telefax: +49 (0) 711 2 28 40-111

Reinhold Kopp  
**Büro Berlin:**  
 Lise-Meitner-Straße 1  
 10589 Berlin  
 Telefon: +49 (0) 30 7009 49-10  
 Telefax: + 49 (0) 30 7009 49-89

### Haftungsausschluss

Dieser Newsletter stellt ausgewählte Themen aus dem Arbeitsrecht im Überblick dar und ersetzt nicht die rechtliche Beratung im Einzelfall. Wir bitten um Ihr Verständnis dafür, dass wir für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Newsletter enthaltenen Angaben trotz sorgfältiger Recherche keine Haftung übernehmen.