

■ Sozialversicherung Beiträge für übliche Vergütung

Das Bundesarbeitsgericht hat zu der Frage Stellung genommen, in welcher Höhe nach gerichtlich durchgesetzter Umstellung des Vertrages eines freien Mitarbeiters auf einen Arbeitnehmervertrag ein Anspruch auf Arbeitsentgelt geschuldet ist. Im zugrunde liegenden Rechtsstreit hatte die Klägerin nach jahrelanger Tätigkeit als freie Mitarbeiterin durch arbeitsgerichtliches Urteil feststellen lassen, daß sie als Arbeitnehmerin einzustufen ist. Der Arbeitgeber hatte anschließend Sozialversicherungsbeiträge lediglich auf das tariflich geschuldete Entgelt für Arbeitnehmer nachgezahlt. Die Klägerin hatte hingegen verlangt, daß die Beiträge nach einer höheren Vergütung zu berechnen seien. Sie behauptete, daß die Vergütungen zu berücksichtigen wären, die sie als freie Mitarbeiterin erhalten hätte. Das Bundesarbeitsgericht hat festgestellt, daß die Klägerin lediglich Anspruch auf das tarifliche Arbeitsentgelt für Arbeitnehmer habe. Die Klage wurde daher abgewiesen (BAG, Urteil – 5 AZR 50/97 – vom 21. Januar 1998).

■ Eigentumsfrage Wegnahme eingebauter Objekte

Wenn es zur Vertragserfüllung notwendig ist, daß der Auftragnehmer Objekte oder sonstiges Material mit dem Gebäude des Auftraggebers fest verbindet, verliert der Auftragnehmer damit das Eigentum an dem Objekt bzw. an dem Material. Diese gesetzliche Regelung ist für den Auftragnehmer nachteilig, wenn er den Werklohn nicht erhält. Deshalb kommt es häufig vor, daß der Auftragnehmer die Objekte einfach wieder entfernt, wenn der Werklohn ausbleibt. Daraus können sich aber Schwierigkeiten ergeben. So hat sich die Frage ergeben, ob zugunsten des Auftragnehmers vertraglich eine günstigere Regelung getroffen werden kann. Mit einem solchen Sachverhalt

hat sich Oberlandesgericht Brandenburg im Urteil – 4 U 162/97 – vom 17. 9. 1997 befaßt. In dem konkreten Fall war zugunsten des Auftragnehmers im Werkvertrag vorgesehen, daß er berechtigt sein sollte, die Objekte wegzunehmen und sich wieder anzueignen, wenn der Auftraggeber mit der Zahlung ganz oder teilweise in Verzug gerät. Nach der Auffassung des Gerichts war die Klausel, soweit sie ein Wegnahmerecht des Auftragnehmers begründet, wegen Verstoßes gegen § 9 Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen unwirksam. Das Gericht sah in der Vertragsbestimmung eine gravierende Abweichung von der gesetzlichen Regelung, die einen Schutz des Besitzers vor der eigenmächtigen Durchsetzung von Ansprüchen gewähre. Dieser Grundsatz, dem eine maßgebliche Funktion zur Wahrung des Rechtsfriedens zukommt, ist als wesentlicher Grundgedanke der gesetzlichen Regelung anzusehen.

Hinzu kam bei der verwendeten Klausel, daß dem Auftragnehmer die vollständige Wegnahme auch dann möglich sein sollte, wenn sich der Auftraggeber nur mit einer verhältnismäßig geringfügigen Zahlung in Verzug befindet. Der Auftraggeber wurde hierdurch der Gefahr ausgesetzt, daß er den zunächst erlangten Wert verliert, obgleich er schon erhebliche Abschlagszahlungen geleistet hat. Nach der Auffassung des Gerichts stand dem Auftraggeber ein Anspruch auf Rückgabe der Objekte zu. Er hatte daran alleinigen Besitz gehabt, der durch verbotene Eigenmacht entzogen worden war.

■ Vertragsstrafe Eintrittspflicht des Subunternehmers

Eine von dem Hauptunternehmer an den Auftraggeber zu zahlende Vertragsstrafe kann ein ihm von seinem Subunternehmer nach § 6 Nr. 6 VOB/B zu

ersetzender Schaden sein. Diese Auffassung hat der Bundesgerichtshof im Urteil – VII ZR 342/96 – vom 18. 12. 1997 vertreten. Nach der genannten Vorschrift hat ein Vertragsteil, sofern die hindernden Umstände von dem anderen Teil zu vertreten sind, Anspruch auf Ersatz des nachweislich entstandenen Schadens und auf Ersatz entgangenen Gewinns. Aber nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. Diese Regelung gilt auch für eine vom Hauptunternehmer gezahlte Vertragsstrafe. Allerdings kann dem Hauptunternehmer im Einzelfall ein mitwirkendes Verschulden zur Last fallen. Er muß unter Umständen den Subunternehmer auf die Gefahr eines für den Subunternehmer ungewöhnlichen hohen Schadens wegen einer auf den Hauptunternehmer bei Vertragsausführung zukommenden Vertragsstrafe aufmerksam machen.

■ Wiedereinstellung Sozialauswahl ausschlaggebend

Der Arbeitgeber hatte beschlossen, seine Betriebsstätte ins Ausland zu verlegen und unter anderem einem langjährig beschäftigten Arbeitnehmer betriebsbedingt zu kündigen. In dem darauffolgenden Kündigungsschutzprozeß vereinbarten Arbeitgeber und Kläger einen Vergleich zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung. Noch innerhalb der laufenden Kündigungsfrist entschied der Arbeitgeber, die Produktion nun doch nicht ins Ausland zu verlagern. Die Produktion sollte mit einer nur noch verringerten Arbeitnehmerzahl fortgeführt werden. Der Betrieb wurde mit den zum Zeitpunkt der unternehmerischen Entscheidung noch vorhandenen Mitarbeitern weitergeführt. Der Kläger beantragte, den Arbeitgeber zu verurteilen, ihn – gegebenenfalls gegen Rückzahlung der Abfindung – wieder einzustellen.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, daß eine Wiedereinstellung des Klägers nicht erfol-



gen müsse. Zwar kann in vergleichbaren Situationen prinzipiell ein Wiedereinstellungsanspruch des gekündigten Arbeitnehmers entstehen. Hierbei wäre dem Vergleich über die Zahlung einer Abfindung die Geschäftsgrundlage entzogen, so daß diese zurückzuzahlen wäre. Im vorliegenden Fall war aber zu berücksichtigen, daß aufgrund des Personalabbaues ein Wiedereinstellungsanspruch entfällt. Nach der getroffenen Sozialauswahl wäre der Kläger ohnehin derjenige gewesen, dem zuerst gekündigt worden wäre. Die noch vorhandenen Mitarbeiter waren sozial schutzwürdiger als der Kläger. In diesem besonderen Fall, in dem ein Wiedereinstellungsanspruch mit einer sozial gerechtfertigten betriebsbedingten Kündigung zusammenfällt, hat der Kläger keinen Anspruch auf Wiedereinstellung (BAG – 2 AZR 140/97 – Urteil vom 4. 12. 1997).

■ Abmahnung Nur komplett gültig

Der Inhalt einer Abmahnung sollte stets beweisbar sein. Besondere Vorsicht ist geboten, wenn zugleich mehrere Abmahnatbestände gerügt werden. Kann auch nur einer der gerügten Vorfälle nicht zweifelsfrei bewiesen werden, so ist die gesamte Abmahnung aus der Personalakte zu entfernen. Das Abmahnschreiben kann also nicht teilweise aufrecht erhalten werden. In diesem Fall muß der Arbeitgeber eine neue Abmahnung erteilen. Gleiches gilt, wenn in

der Abmahnung von weitergehenden negativen Folgen gesprochen wird. Wird aufgeführt, daß als Folge der Pflichtverletzung weitergehende Schäden, wie zum Beispiel Unruhe im Betrieb und daraus resultierend Umsatzeinbußen entstehen könnten, so müssen diese Schäden nachweislich eingetreten sein. Gelingt der Nachweis nicht, so ist die Abmahnung vollständig unwirksam und somit aus der Personalakte zu entfernen (LAG Düsseldorf, Urteil – 17 Sa 1168/95 – vom 23. 2. 1996).

■ Kündigung

Auch mündlich gültig

Das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Urteil vom 4. Dezember 1997 entschieden, daß trotz im Arbeitsvertrag vereinbarter Schriftform auch eine mündliche Kündigung wirksam sein kann. Im zugrunde liegenden Rechtsstreit hatte der Arbeitnehmer trotz der Vorhaltung seines Arbeitgebers, er solle auch an seine Familie denken, mehrfach mündlich die Kündigung ausgesprochen. Im nachhinein hat sich der Arbeitnehmer jedoch darauf berufen, daß im Arbeitsvertrag eine Klausel enthalten sei, nach der „jede Kündigung“ per Einschreiben erfolgen muß. Das Bundesarbeitsgericht hat festgestellt, daß es gegen Treu und Glauben verstößt, zunächst mehrfach mündlich eine Kündigung auszusprechen und sich anschließend nachträglich auf die Schriftform zu berufen (BAG Urteil – 2 AZR 799/96 – vom 4. 12. 1997).

■ Freistellung Urlaubsansprüche mit- abgelten

Nach dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 9. Juni 1998 ist es notwendig, in einer Aufhebungsvereinbarung deutlich hervorzuheben, daß mit einer eventuellen Freistellung auch eine Abgeltung des Urlaubsanspruches gemeint sein soll. Die Formulierung „alle gegenseitigen Forderungen sind erledigt“ schließt nicht aus, daß der Mitarbeiter weiterhin Anspruch auf Abgeltung des Urlaubs haben kann. Der Arbeitgeber muß daher dem Arbeitnehmer erkennbar machen, daß er ihn von der Arbeitspflicht befreit, um den Urlaubsanspruch zu erfüllen (BAG, Urteil – 9 AZR 43/97 – vom 9. 6. 1998).

■ GmbH

Geschäftsführervertrag läßt Koppelung zu

Der Geschäftsführer einer GmbH hat immer eine Doppelstellung. Zum einen ist er aufgrund seiner Geschäftsführungseigenschaft Organ der Gesellschaft und zum anderen über einen Dienstvertrag Dienstverpflichteter, also Arbeitnehmer. In vielen Dienstverträgen mit GmbH-Geschäftsführern ist eine sogenannte Koppelung enthalten. Wird der Geschäftsführer als Organ der Gesellschaft abberufen, soll gleichzeitig der Dienstvertrag gekündigt werden können. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, daß eine derartige Koppelung nicht rechtmäßig ist. Das gilt jedenfalls dann,

wenn die Abberufung des Geschäftsführers zu einem außerordentlichen Kündigungsrecht führen soll. In diesem Fall könnte durch Abberufung ein Geschäftsführer von einem auf den anderen Tag auch seine Dienststellung verlieren. Dies würde dazu führen, daß der im Dienst- und Arbeitsrecht notwendige wichtige Grund für die außerordentliche Beendigung des Vertrages ausgehebelt werden würde. Nur wenn die Abberufung des Geschäftsführers aus wichtigem Grund erfolgt und damit auch die Beendigung des Dienstvertrages, kann der Dienstvertrag des Geschäftsführers außerordentlich gekündigt werden (BGH, Urteil – II ZR 232/96 – vom 1. 12. 1997).

■ Übernachtung Betriebsrat muß sparen

Prinzipiell sind einem Betriebsratsmitglied die ihm aufgrund der Teilnahme an einer Schulungsveranstaltung entstandenen Kosten gemäß § 37 Abs. 6 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) vom Arbeitgeber zu erstatten. Der Betriebsrat ist aber zur sparsamen Wirtschaftsführung verpflichtet. Nicht erforderliche Übernachtungskosten sind zu vermeiden und vom Arbeitgeber nicht zu erstatten. Die im Streitfall betroffene Schulungsveranstaltung begann um 11 Uhr morgens. Die Anreise dauerte insgesamt 4 Stunden. In diesem Fall ist es einem Betriebsratsmitglied zuzumuten, um 7 Uhr die Fahrt zu der Veranstaltung anzutreten und nicht bereits am Vortag an-

zureisen (LAG Schleswig-Holstein, Beschluß – 4 TaBV 15/95 – vom 14. 3. 1996).

■ Kündigung

Feststellung der Schwangerschaft

Während der Schwangerschaft ist eine arbeitgeberseitige Kündigung unwirksam. Eine Kündigung ist auch unwirksam, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung eine Schwangerschaft bestand und diese dem Arbeitgeber innerhalb von 2 Wochen nach Ausspruch der Kündigung mitgeteilt wurde. Ist die Arbeitnehmerin an dieser Mitteilung unverschuldet verhindert, so kann sogar noch später die Schwangerschaft angezeigt werden und damit die Kündigung unwirksam sein. Um festzustellen, ob die Arbeitnehmerin zum Zeitpunkt der Kündigung tatsächlich schon schwanger war, werden 280 Tage vom voraussichtlichen Geburtstermin zurückgerechnet. Eine Arbeitnehmerin muß zunächst lediglich ein ärztliches Attest über den voraussichtlichen Entbindungstermin vorlegen. Will der Arbeitgeber dieses Attest und die Vermutung über den Beginn der Schwangerschaft (280 Tage-Regel) erschüttern, so muß ein ärztliches Gutachten über die tatsächliche Einnistung der befruchteten Eizelle in der Gebärmutter eingeholt werden. Stellt das ärztliche Gutachten einen anderen Schwangerschaftszeitpunkt fest, so obliegt es der Mitarbeiterin, weitere Tatsachen vorzutragen, die dieses Gutachten erschüttern (BAG, Urteil – 2 AZR 417/97 – vom 7. 5. 1998).