

Arbeitsrechtsforum Hannover

24.04.2019

Aktuelles

Ulrich Conrady, Fachanwalt für Arbeitsrecht

I. Gesetzgebung

1. GeschGehG

[Bundesrat billigt neue Regeln für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen](#)

Der Bundesrat hat am **12.04.2019** das vom Bundestag beschlossene **Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen** gebilligt. Es setzt eine EU-Richtlinie in deutsches Recht um. Ziel ist es, Unternehmen vor Spionage durch Wettbewerber zu schützen. Für Whistleblower sieht das Gesetz Ausnahmen vor.

- Verspätete Umsetzung der RL 216/943/EG
- Inkrafttreten voraussichtlich noch im April 2019
- Definition Geschäftsgeheimnis:

Geschäftsgeheimnis ist eine **Information**, die

weder insgesamt noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, **allgemein bekannt** oder ohne weiteres zugänglich und daher von wirtschaftlichem Wert ist

und

Gegenstand von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch ihren rechtmäßigen Inhaber ist.

- Regeln zum Schutz von Presse und Whistleblowern

2. Whistleblowing

[EU-Parlament beschließt Gesetz zum besseren Schutz für Whistleblower](#)

Das Europaparlament hat sich für einen besseren Schutz von Whistleblowern in der EU ausgesprochen. Die Abgeordneten bestätigten am **16.04.2019** in Straßburg eine Einigung, die Unterhändler vor wenigen Wochen mit den EU-Staaten ausgehandelt hatten. Das Gesetz soll unter anderem bei Verstößen gegen EU-Recht im Bereich der Geldwäsche, der Unternehmensbesteuerung, beim Datenschutz, bei der Lebensmittel- und Produktsicherheit, beim Umweltschutz und der nuklearen Sicherheit anwendbar sein.

II. Rechtsprechung

1. Allgemeines Schuldrecht/ Kein Widerruf von Aufhebungsverträgen/Gebot fairen Verhandelns

- BAG, Urteil vom 7. Februar 2019 - **6 AZR 75/18** -Pressemitteilung Nr. 6/19

„Eine Arbeitnehmerin kann einen Vertrag, durch den das Arbeitsverhältnis beendet wird (Aufhebungsvertrag), auch dann nicht widerrufen, wenn er in ihrer Privatwohnung abgeschlossen wurde. Ein Aufhebungsvertrag kann jedoch unwirksam sein, falls er unter Missachtung des Gebots fairen Verhandeln zustande gekommen ist.

*Die Klägerin war bei der Beklagten als **Reinigungskraft** beschäftigt. Sie schloss in ihrer Wohnung mit dem Lebensgefährten der Beklagten einen Aufhebungsvertrag, der die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Zahlung einer Abfindung vorsieht. Anlass und Ablauf der Vertragsverhandlungen sind umstritten. Nach Darstellung der Klägerin war sie am Tag des Vertragsschlusses erkrankt. Sie hat den Aufhebungsvertrag wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung angefochten und hilfsweise widerrufen. Mit ihrer Klage wendet sie sich ua. gegen die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses durch den Aufhebungsvertrag.*

Das Landesarbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts hat dieses Urteil auf die Revision der Klägerin aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

*Dieses hat rechtsfehlerfrei erkannt, dass dem Vortrag der Klägerin kein Anfechtungsgrund entnommen werden kann und der Widerruf eines arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrags auf gesetzlicher Grundlage nicht möglich ist. **Der Gesetzgeber hat zwar in § 312 Abs. 1 iVm. § 312g BGB Verbrauchern bei Verträgen, die außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen worden sind, ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB eingeräumt.** Auch Arbeitnehmer sind Verbraucher. Im Gesetzgebungsverfahren ist jedoch der Wille des Gesetzgebers deutlich geworden, arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge nicht in den Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB einzubeziehen.*

*Das Landesarbeitsgericht hat jedoch nicht geprüft, ob das Gebot fairen Verhandeln vor Abschluss des Aufhebungsvertrags beachtet wurde. Dieses Gebot ist eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht. Sie wird verletzt, wenn eine Seite eine psychische Drucksituation schafft, die eine **freie und überlegte Entscheidung** des Vertragspartners über den Abschluss eines Aufhebungsvertrags **erheblich erschwert**. Dies könnte hier insbesondere dann der Fall sein, wenn eine krankheitsbedingte Schwäche der Klägerin bewusst ausgenutzt worden wäre. Die Beklagte hätte dann Schadensersatz zu leisten. Sie müsste den Zustand herstellen, der ohne die Pflichtverletzung bestünde (sog. Naturalrestitution, § 249 Abs. 1 BGB). **Die Klägerin wäre dann so zu stellen, als hätte sie den Aufhebungsvertrag nicht geschlossen.** Dies führte zum Fortbestand des Arbeitsverhältnisses. Das Landesarbeitsgericht wird die Wirksamkeit des Aufhebungsvertrags daher erneut zu beurteilen haben.“*

- bad cases make bad decisions
- § 280 BGB ist self executing; Unwirksamkeit ipse jure
- Konturenloser neue Tatbestand; keine Anfechtungserklärung, keine Fristen

2. Urlaubsrecht

a) Elternzeit

- EuGH, Urteil vom 04.10.2018 (**C-12-17, Dicu**)

*„Art. 7 der [Richtlinie 2003/88/EG](#) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung ist dahin auszulegen, dass er einer Bestimmung des nationalen Rechts wie der im Ausgangsverfahren **fraglichen nicht entgegensteht, wonach bei der Berechnung der einem Arbeitnehmer durch diesen Artikel gewährleisteten Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub in einem Bezugszeitraum die Dauer eines von dem Arbeitnehmer in diesem Zeitraum genommenen Elternurlaubs nicht als Zeitraum tatsächlicher Arbeitsleistung angesehen wird.**“*

- Ausgangsfall aus Rumänien
 - nach rumänischem Recht entsteht Urlaub nur für „Zeiten tatsächlicher Arbeitsleistung“
 - Elternurlaub (= Elternzeit) wurde nicht „Zeiten tatsächlicher Arbeitsleistung“
- BAG, Urteil vom 19. März 2019 - **9 AZR 362/18**, Pressemitteilung Nr. 16/19

„Der gesetzliche Urlaubsanspruch nach §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG besteht auch für den Zeitraum der Elternzeit, er kann jedoch vom Arbeitgeber nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG gekürzt werden. § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG steht im Einklang mit dem Unionsrecht.

*Die Kürzung des gesetzlichen Mindesturlaubsanspruchs verstößt weder gegen Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG (Arbeitszeitrichtlinie) noch gegen § 5 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub im Anhang der Richtlinie 2010/18/EU. Das Unionsrecht verlangt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht, Arbeitnehmer, die wegen Elternzeit im Bezugszeitraum nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet waren, Arbeitnehmern gleichzustellen, die in diesem Zeitraum tatsächlich gearbeitet haben (EuGH 4. Oktober 2018 - C-12/17 - [**Dicu**] Rn. 29 ff.).“*

b) Unbezahlter Urlaub

- **Zur Erinnerung:** BAG, Urteil vom 6.5.2014, 9 AZR 678/12

„Leitsätze

Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien **unbezahlten Sonderurlaub**, **hindert die Suspendierung der wechselseitigen Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht das Entstehen gesetzlicher Urlaubsansprüche.**“

- BAG, Urteil vom 19. März 2019 - 9 AZR 315/17 - **Pressemitteilung Nr. 15/19**

„Für die Berechnung des gesetzlichen Mindesturlaubs bleiben **Zeiten eines unbezahlten Sonderurlaubs** unberücksichtigt.

Die Klägerin ist bei der Beklagten seit dem 1. Juni 1991 beschäftigt. Die Beklagte gewährte ihr wunschgemäß in der Zeit vom **1. September 2013** bis zum **31. August 2014 unbezahlten Sonderurlaub**, der einvernehmlich bis zum **31. August 2015** verlängert wurde. Nach Beendigung des Sonderurlaubs verlangt die Klägerin von der Beklagten, ihr den gesetzlichen **Mindesturlaub von 20 Arbeitstagen für das Jahr 2014** zu gewähren.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Beklagte zur Gewährung von 20 Arbeitstagen Urlaub verurteilt. Die Revision der Beklagten hatte vor dem Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Die Klägerin hat für das Jahr 2014 keinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub.

Nach § 3 Abs. 1 BUrlG beläuft sich der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub bei einer gleichmäßigen Verteilung der Arbeit auf sechs Tage in der Woche auf 24 Werktage. Dies entspricht einem gesetzlichen Jahresurlaubsanspruch von 20 Tagen bei einer Fünftagewoche. **Ist die Arbeitszeit eines Arbeitnehmers auf weniger oder mehr als sechs Arbeitstage in der Kalenderwoche verteilt, muss die Anzahl der Urlaubstage unter Berücksichtigung des für das Urlaubsjahr maßgeblichen Arbeitsrhythmus berechnet werden, um für alle Arbeitnehmer eine gleichwertige Urlaubsdauer zu gewährleisten.**

Der Senat hat diese **Umrechnung** in Fällen des Sonderurlaubs bisher nicht vorgenommen. An dieser Rechtsprechung (BAG 6. Mai 2014 - 9 AZR 678/12 - Rn. 11 ff., BAGE 148, 115) hält der Senat nicht fest. Befindet sich ein Arbeitnehmer im Urlaubsjahr ganz **oder teilweise** im unbezahlten Sonderurlaub, ist bei der Berechnung der Urlaubsdauer zu berücksichtigen, dass die Arbeitsvertragsparteien ihre Hauptleistungspflichten durch die Vereinbarung von Sonderurlaub vorübergehend ausgesetzt haben. Dies führt dazu, dass einem Arbeitnehmer für ein Kalenderjahr, in dem er sich durchgehend im unbezahlten Sonderurlaub befindet, mangels einer Arbeitspflicht kein Anspruch auf Erholungsurlaub zusteht.“

- Formel zur Berechnung der Urlaubstage wird zur Formel zur Eliminierung des Urlaubsanspruchs
- Unbezahlter Sonderurlaub für kurze Zeitabschnitte (Wochen, Monate; Kalendermonate)

c) Bildungsurlaub auf der Yogamatte

[LAG Berlin-Brandenburg: Arbeitnehmer kann Anspruch auf Bildungsurlaub für Yoga-Kurs haben](#)

Ein Arbeitnehmer kann Anspruch auf Bildungsurlaub für einen von der Volkshochschule angebotenen mehrtätigen Yoga-Kurs haben. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Veranstaltung nach einem **weit auszulegenden Verständnis der politischen Bildung oder der beruflichen Weiterbildung** dient. Das hat das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg mit Urteil vom 11.04.2019 entschieden (10 Sa 2076/18).

3. Reisezeit/ Vergütungspflicht

- BAG, Urteil vom 17.10.2018, 5 AZR 553/17

Vergütung von Reisezeiten - Auslandsentsendung

Leitsätze

Entsendet der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vorübergehend zur Arbeit ins Ausland, sind die für Hin- und Rückreise erforderlichen Zeiten wie Arbeit zu vergüten.

- 3 Für die Zeit vom 10. August bis zum 30. Oktober 2015 wurde der Kläger von der Beklagten auf eine Baustelle nach **Bengbu, China**, entsandt. Der aus diesem Anlass ergänzend zum Arbeitsvertrag geschlossene **Entsendevertrag** vom 7. August 2015 enthält Regelungen ua. zur Vergütung während der Dauer des Einsatzes, zu Verpflegungsmehraufwand, Unterkunfts- und Reisekosten, jedoch nicht zur Vergütung von Reisezeiten. Auf Wunsch des Klägers buchte die Beklagte für die Hin- und Rückreise **statt eines Direktflugs in der Economy-Class einen Flug in der Business-Class mit Zwischenstopp in Dubai**. Die Differenzflugkosten sollte - vorbehaltlich einer gerichtlichen Klärung - der Kläger tragen.
- 4 Nachdem der Kläger am 10. August 2015 noch gearbeitet hatte, flog er abends von Frankfurt am Main mit Zwischenstopp in Dubai nach Shanghai. Nach restlicher Arbeit auf der Baustelle trat er am Nachmittag des 29. Oktober 2015 die Rückreise an. Für vier Reisetage zahlte die Beklagte dem Kläger die arbeitsvertraglich vereinbarte Vergütung für jeweils acht Stunden, insgesamt 1.149,44 Euro brutto.
- 5 **II. Der Kläger hat Anspruch auf Vergütung der für Hin- und Rückreise zur auswärtigen Arbeitsstelle erforderlichen Zeiten als Arbeit, § 611 Abs. 1 BGB (seit 1. April 2017: § 611a Abs. 2 BGB).**

1. Die gesetzliche Vergütungspflicht des Arbeitgebers knüpft nach § 611 Abs. 1 BGB an die Leistung der versprochenen Dienste an.

a) Zu den „versprochenen Diensten“ iSd. § 611 Abs. 1 BGB zählt nicht nur die eigentliche Tätigkeit, sondern jede vom Arbeitgeber im Synallagma verlangte sonstige Tätigkeit oder Maßnahme, die mit der eigentlichen Tätigkeit oder der Art und Weise ihrer Erbringung unmittelbar zusammenhängt. „Arbeit“ als Leistung der versprochenen Dienste iSd. § 611 Abs. 1 BGB ist jede Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient (*st. Rspr., vgl. nur BAG 25. April 2018 - 5 AZR 424/17 - Rn. 17 mwN*).

b) Grundsätzlich erbringt der Arbeitnehmer mit dem - eigennützigen - Zurücklegen des **Wegs von der Wohnung zur Arbeitsstelle und zurück keine Arbeit** für den Arbeitgeber. Anders ist es jedoch, wenn der Arbeitnehmer seine Tätigkeit außerhalb des Betriebs zu erbringen hat. In diesem Falle gehört das Fahren zur auswärtigen Arbeitsstelle zu den vertraglichen Hauptleistungspflichten, weil das wirtschaftliche Ziel der Gesamttätigkeit darauf gerichtet ist, Kunden aufzusuchen - sei es, um dort Dienstleistungen zu erbringen, sei es, um Geschäfte für den Arbeitgeber zu vermitteln

oder abzuschließen. Dazu gehört zwingend die jeweilige An- und Abreise, unabhängig davon, ob Fahrtantritt und -ende vom Betrieb des Arbeitgebers oder von der Wohnung des Arbeitnehmers aus erfolgen (*BAG 25. April 2018 - 5 AZR 424/17 - Rn. 18 mwN; im Ergebnis ebenso ErfK/Preis 18. Aufl. § 611a BGB Rn. 516a ff.; MHdB ArbR/Krause 4. Aufl. § 60 Rn. 19; Schaub ArbR-HdB/Linck 17. Aufl. § 45 Rn. 55; Baeck/Deutsch ArbZG 3. Aufl. § 2 Rn. 83*).

c) Dasselbe gilt für Reisen, die wegen einer vorübergehenden Entsendung zur Arbeit ins Ausland erforderlich sind. Diese sind fremdnützig und damit jedenfalls dann Arbeit im vergütungsrechtlichen Sinn, wenn sie - wie im Streitfall - ausschließlich im Interesse des Arbeitgebers erfolgen und in untrennbarem Zusammenhang mit der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung stehen. In diesem Fall gehören - wie die Fahrt des Arbeitnehmers zu und von einer (inländischen) auswärtigen Arbeitsstelle - Hin- und Rückreise bei der vorübergehenden Entsendung ins Ausland zu den vertraglichen Hauptleistungspflichten.

2. Unerheblich für die Vergütungspflicht von Reisezeiten ist deren arbeitszeitrechtliche Einordnung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 ArbZG (vgl. dazu etwa *ErfK/Wank 18. Aufl. § 2 ArbZG Rn. 17 u. ErfK/Preis § 611a BGB Rn. 516g f.; Baeck/Deutsch ArbZG 3. Aufl. § 2 Rn. 72 ff.; Schliemann ArbZG 3. Aufl. § 2 Rn. 41 ff., jeweils mwN*). Denn die Qualifikation einer bestimmten Zeitspanne als Arbeitszeit im Sinne des gesetzlichen Arbeitszeitschutzrechts führt nicht zwingend zu einer Vergütungspflicht, wie umgekehrt die Herausnahme bestimmter Zeiten aus der Arbeitszeit nicht die Vergütungspflicht ausschließen muss (*BAG 12. Dezember 2012 - 5 AZR 355/12 - Rn. 16 mwN; 21. Dezember 2016 - 5 AZR 362/16 - Rn. 30, BAGE 157, 347*). Auch der Gerichtshof der Europäischen Union nimmt in ständiger Rechtsprechung an, dass die Arbeitszeitrichtlinie (*RL 2003/88/EG*) mit Ausnahme des in ihrem Art. 7 Abs. 1 geregelten besonderen Falls des bezahlten Jahresurlaubs keine Anwendung auf die Vergütung der Arbeitnehmer findet (*EuGH 21. Februar 2018 - C-518/15 - [Matzak] Rn. 49 ff. mwN*).

3. Erforderliche Reisezeiten sind mit der für die eigentliche Tätigkeit vereinbarten Vergütung zu bezahlen, sofern nicht durch Arbeits- oder Tarifvertrag eine gesonderte Vergütungsregelung hierfür eingreift. Das ist vorliegend nicht der Fall.

a) **Mit der Einordnung des Reisens als Arbeit und damit Teil der iSv. § 611 Abs. 1 BGB „versprochenen Dienste“ ist noch nicht geklärt, wie die dafür vom Arbeitnehmer aufgewendete Zeit zu vergüten ist.** Durch Arbeits- oder Tarifvertrag kann eine gesonderte Vergütungsregelung für eine andere als die eigentliche Tätigkeit und damit auch für Reisezeiten getroffen werden (*zu Fahrten zur auswärtigen Arbeitsstelle sh. BAG 25. April 2018 - 5 AZR 424/17 - Rn. 19 mwN; zu Umkleidezeiten BAG 25. April 2018 - 5 AZR 245/17 - Rn. 31 mwN*). **Dabei kann eine Vergütung für Reisezeiten auch ganz ausgeschlossen werden, sofern mit der getroffenen Vereinbarung nicht der jedem Arbeitnehmer für tatsächlich geleistete vergütungspflichtige Arbeit nach § 1 Abs. 1 MiLoG zustehende Anspruch auf den Mindestlohn unterschritten wird** (vgl. *BAG 25. April 2018 - 5 AZR 424/17 - Rn. 30 ff.*).

1. Für die Erforderlichkeit von Reisezeiten gelten folgende Grundsätze:

a) Gibt der Arbeitgeber Reisemittel und -verlauf vor, ist diejenige Reisezeit erforderlich, die der Arbeitnehmer benötigt, um entsprechend dieser Vorgaben des Arbeitgebers das Reiseziel zu erreichen.

b) Überlässt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Wahl von Reisemittel und/oder Reiseverlauf, ist der Arbeitnehmer aufgrund seiner Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen Vertragsteils (§ 241 Abs. 2 BGB) im Rahmen des ihm Zumutbaren verpflichtet, das **kostengünstigste Verkehrsmittel** bzw. den **kostengünstigsten Reiseverlauf** zu wählen. Bei einer Flugreise ist deshalb grundsätzlich die Reisezeit erforderlich, die bei einem Direktflug in der Economy-Class anfällt, es sei denn, ein solcher wäre wegen besonderer Umstände dem Arbeitnehmer nicht zumutbar.

4. Datenschutzrecht

a) Auskunftsanspruch

- **LAG BW**, Urteil vom 20.12.2018, **17 Sa 11/18**

„Leitsatz:

*Der Anspruch eines Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber auf Auskunftserteilung gem. Art. 15 Abs. 1 DSGVO auf personenbezogene **Leistungs- und Verhaltensdaten** kann im Einzelfall durch **überwiegende berechnigte Interessen Dritter** an einer Geheimhaltung beschränkt sein. Ob diese Interessen einer Auskunftserteilung entgegenstehen, ist durch eine **Interessenabwägung im konkreten Einzelfall** zu klären.*

Entscheidung:

III. Auf die Anschlussberufung des Klägers wird die Beklagte verurteilt,

1. dem Kläger Auskunft über die von ihr verarbeiteten und nicht in der Personalakte des Klägers gespeicherten personenbezogenen Leistungs- und Verhaltensdaten des Klägers zu erteilen, im Hinblick auf

- die Zwecke der Datenverarbeitung,

- die Empfänger, gegenüber denen die Beklagten die personenbezogenen Daten des Klägers offengelegt hat oder noch offenlegen wird,

- die Speicherdauer oder falls dies nicht möglich ist, Kriterien für die Festlegung der Dauer,

- die Herkunft der personenbezogenen Daten des Klägers, soweit die Beklagte diese nicht bei dem Kläger selbst erhoben hat und

- das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling sowie aussagekräftiger Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung.

2. dem Kläger eine Kopie seiner personenbezogenen Leistungs- und Verhaltensdaten, die Gegenstand der von ihr vorgenommenen Verarbeitung sind, zur Verfügung zu stellen.

Aus den Gründen:

[...]

Der Kläger hat einen Anspruch nach Art. 15 Abs. 1 der DS-GVO auf Erteilung der mit der Anschlussberufung geltend gemachten Auskünfte. Die DS-GVO findet unmittelbar Anwendung (1) und ist auf das Arbeitsverhältnis der Parteien anwendbar (2). Die Beklagte verarbeitet personenbezogene Daten über den Kläger (3), weshalb dieser sowohl die erweiterte Auskunft (4) nach Art. 15 Abs. 1 Halbsatz 2 DS-GVO als auch einen

Anspruch auf Herausgabe einer Kopie (5) der Daten nach Art. 15 Abs. 3 Satz 1 DS-GVO hat. Diese Ansprüche sind im vorliegenden Fall auch nicht durch berechnigte Interessen Dritter eingeschränkt (6).

[...]

Randnummer207

*b) Jedenfalls führt auch das Vorliegen eines Geheimhaltungsgrundes nicht zwangsläufig zu dem Recht, die geforderte Auskunft zu verweigern. Das Recht auf Auskunft wird gem. § 34 Abs. 1 i.V.m. § 29 Abs. 1 Satz 2 BDSG nur eingeschränkt, „soweit“ durch die Auskunft Informationen offenbart würden, die nach einer Rechtsvorschrift oder ihrem Wesen nach, insbesondere wegen der überwiegenden berechtigten Interessen eines Dritten, geheim gehalten werden müssen. Damit ist eine dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragende Güterabwägung zwischen dem Geheimhaltungsinteresse einerseits und dem Auskunftsinteresse andererseits geboten. **Es muss in jedem Einzelfall das konkrete Interesse des Arbeitnehmers an der Auskunftserteilung ermittelt und gegen das betriebliche Interesse des Arbeitgebers an der Auskunftsversagung bzw. den berechtigten Interessen Dritter abgewogen werden.** Es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass durch eine Auskunftserteilung legitime Interessen des Arbeitgebers oder berechnigte Interesse anderer Mitarbeiter berührt werden. Es kann ein legitimes Interesse an der Geheimhaltung einer Informationsquelle darstellen, wenn der Arbeitgeber zum Zwecke der Aufklärung innerbetrieblichen Fehlverhaltens Hinweisgebern Anonymität zusichert. Bestimmte Arten von Regelverstößen innerhalb einer hierarchischen Struktur können effektiver durch anonyme Meldeverfahren aufgedeckt werden. Allerdings sind auch bei einem im Grundsatz - aus Gründen des **Informantenschutzes** - anerkennenswerten Geheimhaltungsinteresse Konstellationen denkbar, in denen das Geheimhaltungsinteresse hinter dem Auskunftsinteresse des Arbeitnehmers zurückzutreten hat. Dies kann Fälle betreffen, in welchen etwa ein Informant wider besseres Wissen oder leichtfertig dem Arbeitgeber unrichtige Informationen gegeben hat. In einem solchen Fall dürfte das Auskunftsinteresse des Betroffenen wegen eines dann erhöhten Schutzbedürfnisses ein überwiegendes Gewicht haben.*

Randnummer208

*c) Im vorliegenden Fall kann die Beklagte den nach Art. 15 DS-GVO im Grundsatz bestehenden Auskunftsanspruch in Anwendung von § 34 Abs. 1 BDSG i.V.m. § 29 Abs. 1 Satz 2 BDSG jedenfalls nicht gänzlich verweigern. Nur „soweit“ schützenswerte Interessen Dritter bestehen würden und diese in der gebotenen Einzelfallabwägung gegenüber dem Auskunftsanspruch als gewichtiger einzustufen wären, wäre eine Einschränkung des Auskunftsanspruches anzunehmen. **Die für diese Einzelfallabwägung maßgeblichen Tatsachen, die zur Einschränkung des Auskunftsanspruches führen könnten, sind jedoch von der Beklagten nicht vorgetragen worden.** Die Beklagte verweist pauschal auf das Schutzbedürfnis von Hinweisgebern. Die Beklagte führt aus, sie sei auf den bedingungslosen Schutz der Anonymität hinweisgebender Mitarbeiter angewiesen. Ansonsten sei zu befürchten, dass Mitarbeiter künftig aus Angst vor Benachteiligung und „Repressalien“ auch bei schwerwiegendem Fehlverhalten auf entsprechende Hinweise an den Arbeitgeber verzichteten.*

Randnummer209

*Diese Erwägungen sind zu allgemein gehalten, als dass damit gänzlich oder in einem bestimmten Umfang der Auskunftsanspruch des Klägers eingeschränkt werden könnte. Es bedürfte der Nennung eines konkreten Sachverhaltes, anhand dessen geprüft werden könnte, ob durch die Auskunftserteilung tatsächlich die Rechte und Freiheiten anderer Personen beschränkt werden würde. Die Einschränkung des Auskunftsanspruches wegen überwiegender schützenswerter Interesse Dritter scheidet bereits daran, dass es nach dem Vortrag der Beklagten unklar bleibt, auf welche personenbezogenen Daten des Klägers sich die behaupteten schützenswerten Interessen Dritter beziehen sollen. **Soweit die Beklagte mit dem Hinweis auf schützenswerte Interessen Dritter den Auskunftsanspruch verweigert, ist sie für die maßgeblichen Umstände in der Darlegungslast.** Sie wäre kraft Sachnähe in der Lage gewesen, vorzutragen, welche konkreten personenbezogenen Daten nicht herausgegeben werden können, ohne dass schützenswerte Interessen Dritter tangiert werden. **Zu dieser Darlegung hätten nicht schon die personenbezogenen Daten als solche preisgegeben werden müssen.** Ausreichend, aber auch erforderlich wäre gewesen, darzulegen, auf welche genauen Informationen (Sachverhalt/Vorfall/Thema in zeitlicher und örtlicher Eingrenzung nebst handelnden Personen) sich das überwiegende berechnigte Interesse an einer Geheimhaltung beziehen soll. Nur dann wäre der Kammer die notwendige Einzelfallabwägung möglich gewesen. Soweit in diesem Fall die berechtigten Interessen Dritter gegenüber dem Auskunftsinteresse des Klägers überwogen hätte, wäre auch erst dann in einem zweiten Schritt eine gegenständliche Einschränkung im Tenor möglich gewesen.“*

- Revision eingelegt unter dem Aktenzeichen **5 AZR 66/19**)
- Nicht anonyme, interne „Whistleblowing“ eingeschränkt; keine verbindliche Zusage des „Quellenschutzes“

b) Entfernung einer Abmahnung nach Ende des Arbeitsverhältnisses

- BAG, Urteil vom 17.11.2016, **2 AZR 730/15**

„Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann ein Anspruch auf Entfernung von Abmahnungen nach §§ 242, 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB nur dann bestehen, wenn es objektive Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Abmahnung dem Arbeitnehmer noch schaden kann (BAG 19. April 2012 - 2 AZR 233/11 - Rn. 51). Dafür hat der Kläger nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts keine Tatsachen vorgetragen.“

- **LAG SA**, Urteil vom 23.11.2018, **5 SA 7/17**

Die Klage auf Entfernung der Abmahnung vom 02.10.2015 aus der Personalakte des Klägers nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist zulässig und begründet.

*Der Anspruch auf Entfernung als Fall der Löschung ergibt sich aus **Artikel 17 Abs. 1 DS-GVO**.*

Randnummer60

*Nach **Artikel 17 Abs. 1 DS-GVO** hat die betroffene Person das Recht, von dem Verantwortlichen zu verlangen, dass die betreffenden personenbezogenen Daten unverzüglich gelöscht werden, wenn u. a. die personenbezogenen Daten für die Zwecke, für die sie erhoben oder auf sonstige Weise verarbeitet wurden, **nicht mehr notwendig sind**. Die Regelung entspricht den Erwägungen des Europäischen Parlaments und dem Rat der europäischen Union zur [Verordnung \(EU\) 2016/679](#), wonach eine betroffene Person ein Recht auf Berichtigung der sie betreffenden personenbezogenen Daten sowie ein **"Recht auf Vergessenwerden"** haben sollte, wenn die Speicherung ihrer Daten gegen diese Verordnung verstößt. Insbesondere sollten betroffene Personen Anspruch darauf haben, dass ihre personenbezogenen Daten gelöscht und nicht mehr verarbeitet werden, wenn die personenbezogenen Daten hinsichtlich der Zwecke, für die sie erhoben bzw. anderweitig verarbeitet wurden, nicht mehr benötigt werden (Nr. 65 der Erwägungen).*

Randnummer63

Der sachliche Anwendungsbereich der DS-GVO und des BDSG ist eröffnet, Artikel 2 Abs. 1 DS-GVO, § 1 Abs. 1, Satz 2 BDSG.

Randnummer64

*Auch in einer **in Papierform geführten Personalakte** werden personenbezogene Daten verarbeitet, die in einem Datensystem gespeichert oder gespeichert werden sollen.*

Randnummer65

*Nach **Artikel 4 Nr. 6 DS-GVO** ist ein "Datensystem" jede strukturierte Sammlung personenbezogener Daten, die nach bestimmten Kriterien zugänglich sind, unabhängig davon, ob diese Sammlung zentral, dezentral oder nach funktionalen oder geografischen Gesichtspunkten geordnet geführt wird.*

Randnummer67

Die personenbezogenen Daten sind für die Zwecke, für die sie erhoben oder auf sonstige Weise verarbeitet wurden, nicht mehr notwendig. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Beklagte noch ein Interesse an einem Beibehalt des Abmahnungsschreibens in der Personalakte des Klägers hat. Mit einer Abmahnung übt ein Arbeitgeber sein arbeitsvertraglichen Gläubigerrecht in doppelter Hinsicht aus. Zum einen weist er den Arbeitnehmer als seinen Schuldner auf dessen vertragliche Pflichten hin und macht ihn auf die Verletzung dieser Pflichten aufmerksam (Rüge und Dokumentationsfunktion). Zum anderen fordert er ihn für die Zukunft zu einem vertragsgetreuen Verhalten auf und kündigt, sofern ihm dies angebracht erscheint, individualrechtliche Konsequenzen für den Fall einer erneuten Pflichtverletzung an (Warnfunktion) ([BAG, 19.07.2012 – 2 AZR 782/11](#), juris, [Rdnr. 20](#)). Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist die **Warnfunktion** entfallen. Hinsichtlich der **Rüge- und Dokumentationsfunktion** könnte sich noch ein Interesse am Erhalt der Abmahnung für den Arbeitgeber ergeben, soweit dies zur **Abwehr von etwaigen Ansprüchen des Arbeitnehmers** oder zur Begründung eigener Ansprüche gegen den Arbeitnehmer erforderlich erscheint. Im vorliegenden Fall sind solche Gründe offensichtlich nicht gegeben. Zwischen den Parteien bestehen keine weiteren arbeitsrechtlichen Auseinandersetzungen, bei denen es für die Beklagte dienlich sein könnte, die Abmahnung vom 02.10.2015 noch heranziehen zu können. Ersichtlich sind die **Erteilung des qualifizierten Zeugnisses** und auch dessen Inhalt zwischen den Parteien nicht mehr im Streit. Ebenso wenig kommen **etwaige Schadensersatzansprüche** aufgrund des von der Beklagten gerügten Fehlverhaltens des Klägers in Betracht.

Artikel 17 DS-GVO verlangt nicht die Darlegung des Klägers, dass es objektive Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Abmahnung ihm noch schaden könnte. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hierzu bezieht sich auf einen Anspruch auf Entfernung von Abmahnungen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus [§§ 242, 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB](#). Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung vom 17.11.2016 ([2 AZR 730/15](#), juris, [Rdnr. 46, 47](#)) ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Kläger im dortigen Fall einen Anspruch auf Löschung von in den Abmahnungen enthaltenen personenbezogenen Daten nach [§ 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 BDSG a. F.](#), nicht geltend gemacht hat (BAG, 17.11.2016, juris, Rdnr. 46., vgl. auch Brink, Anmerkung zu [Landesarbeitsgericht Mainz vom 12.12.2012 – 8 Sa 379/12](#) –, juris, PR-ArbR 36/2013; Rademacher, AoA, 2018, 94 ff.).

Randnummer72

Für die Beklagte war die **Revision zuzulassen** nach [§ 72 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 ArbGG](#). Es ist höchstrichterlich noch nicht entschieden, ob sich ein Anspruch auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte aus datenschutzrechtlichen Bestimmungen, hier Artikel 17 DS-GVO ergeben kann. Darüber hinaus weicht vorliegende Entscheidung jedenfalls von der Entscheidung des [LAG Sachsen vom 14.01.2014 – 1 Sa 266/13](#) – ab.

5. Betriebsverfassungsrecht

a) Grenzen der Allzuständigkeit

- BAG, Beschluss vom 11.12.2018, **1 ABR 12/17**

„Betriebsvereinbarung - allgemeines Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer

Leitsätze

Eine Regelung in einer Betriebsvereinbarung, nach der ein Arbeitgeber zu einem Personalgespräch, das er mit einem Arbeitnehmer führt, bevor er aufgrund eines diesem vorgeworfenen Fehlverhaltens eine arbeitsrechtliche Maßnahme ergreift, gleichzeitig auch den Betriebsrat zu laden hat, ist nach § 75 Abs. 2 BetrVG unwirksam.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst insbesondere die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden (vgl. BVerfG 19. September 2018 - 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15 - Rn. 219; 15. Dezember 1983 - 1 BvR 209/83 - zu C II 1 a der Gründe, BVerfGE 65, 1).

) Zudem übt die Umkehr der Initiativlast für die Hinzuziehung eines Mitglieds des Betriebsrats Druck auf den Arbeitnehmer aus, wenn er sich gegen eine Teilnahme des Betriebsrats am Gespräch aussprechen will. Nach dem gesetzlichen Leitbild in § 81 Abs. 4 Satz 3 und § 82 Abs. 2 Satz 2 BetrVG hat es der Arbeitnehmer in der Hand zu entscheiden, ob er überhaupt ein Mitglied des Betriebsrats zum Gespräch hinzuziehen möchte. Damit wird sichergestellt, dass er bei seiner Entscheidung nicht in Erklärungszwang gegenüber dem Betriebsrat gerät, wenn er sich gegen dessen Unterstützung ausspricht. Die in § 4 Nr. 4.1 RBV geregelte Verfahrensweise birgt demgegenüber die Gefahr, dass der Arbeitnehmer die Teilnahme eines Betriebsratsmitglieds am Gespräch nur deshalb nicht ablehnt, weil er andernfalls befürchtet, der Betriebsrat könnte annehmen, er bringe ihm kein Vertrauen (mehr) entgegen.

b) Unterrichtung des BR über Arbeitsunfällen von Fremdpersonal

- BAG, Beschluss vom 12. März 2019 - 1 ABR 48/17 - Pressemitteilung Nr. 12/19

„Der Betriebsrat kann vom Arbeitgeber verlangen, über Arbeitsunfälle unterrichtet zu werden, die Beschäftigte eines anderen Unternehmens im Zusammenhang mit der Nutzung der betrieblichen Infrastruktur des Arbeitgebers erleiden.

Die Arbeitgeberin erbringt Zustelldienste. Auf ihrem Betriebsgelände sind im Rahmen von Werkverträgen auch Arbeitnehmer anderer Unternehmen tätig. Nachdem sich zwei dieser Beschäftigten bei der **Beladung von Paletten infolge wegrutschender Überladebleche** verletzt, hat der Betriebsrat von der Arbeitgeberin die Vorlage von Kopien der Unfallanzeigen erbeten. Zudem will er künftig über entsprechende Arbeitsunfälle des Fremdpersonals informiert werden. Außerdem verlangt er, ihm jeweils die Unfallanzeigen zur Gegenzeichnung vorzulegen und in Kopie auszuhändigen.

Die Vorinstanzen haben die darauf gerichteten Anträge des Betriebsrats abgewiesen. Seine Rechtsbeschwerde hatte vor dem Ersten Senat des Bundesarbeitsgerichts teilweise Erfolg. Nach **§ 89 Abs. 2 Betriebsverfassungsgesetz** muss der Betriebsrat vom Arbeitgeber bei allen im Zusammenhang mit dem Arbeitsschutz und der Unfallverhütung stehenden Fragen hinzugezogen werden. Hiermit korrespondiert ein entsprechender Auskunftsanspruch des Betriebsrats. Dieser umfasst im Streitfall auch Unfälle, die Arbeitnehmer erleiden, die weder bei der Arbeitgeberin angestellt noch deren Leiharbeitnehmer sind. Aus den Arbeitsunfällen des Fremdpersonals können arbeitsschutzrelevante Erkenntnisse für die betriebszugehörigen Arbeitnehmer, für die der Betriebsrat zuständig ist, gewonnen werden. Die auf die Unfallanzeigen bezogenen Begehren des Betriebsrats waren dagegen nicht erfolgreich.“

c) Zustimmungsfiktion nur nach Unterrichtung vor der Personalmaßnahme

BAG, Beschluss vom 21.11.2018, 7 ABR 16/17 „Unterrichtung 2. Klasse“

„Leitsätze

(...) Die Fiktionswirkung nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG kann nur eintreten, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat vor der Einstellung nach § 99 Abs. 1 BetrVG unterrichtet hat. **Eine erst nach der Aufnahme der Tätigkeit durch den Arbeitnehmer vorgenommene nachträgliche Unterrichtung des Betriebsrats kann die Zustimmungsfiktion nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG zu der bereits erfolgten Einstellung nicht bewirken.**

b) Im vorliegenden Fall liegen die Voraussetzungen für die Zustimmungsfiktion nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG jedoch entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht vor.

aa) Nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG gilt die Zustimmung des Betriebsrats zu einer personellen Einzelmaßnahme als erteilt, wenn der Betriebsrat dem Arbeitgeber die Verweigerung der Zustimmung nicht frist- und formgerecht mitteilt. Voraussetzung für den Eintritt dieser gesetzlichen Fiktion ist eine **ordnungsgemäße Unterrichtung** des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG durch den Arbeitgeber. **Nur diese setzt die Frist für die Zustimmungsverweigerung in Lauf** (BAG 13. Mai 2014 - 1 ABR 9/12 - Rn. 18; 13. März 2013 - 7 ABR 39/11 - Rn. 31; 12. Januar 2011 - 7 ABR 25/09 - Rn. 32; 5. Mai 2010 - 7 ABR 70/08 - Rn. 23).

bb) Zu Gunsten der Arbeitgeberin kann unterstellt werden, dass sie den Betriebsrat mit ihrem Zustimmungersuchen vom 22. Februar 2016 in inhaltlicher Hinsicht nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG umfassend unterrichtet und der Betriebsrat seine Zustimmungsverweigerung mit Schreiben vom 25. Februar 2016 nicht unter Angabe beachtlicher Gründe iSv. § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG erklärt hat. Die Zustimmung des Betriebsrats gilt vorliegend jedenfalls deshalb nicht als erteilt, weil die Arbeitgeberin den Betriebsrat nicht rechtzeitig über die Einstellung des Herrn M unterrichtet hat.

(1) Nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat „vor“ der Einstellung zu unterrichten und die Zustimmung zu der „geplanten“ Einstellung einzuholen. Nach dem Zweck des Mitbestimmungsrechts ist es grundsätzlich erforderlich, dass die Beteiligung des Betriebsrats zu einer Zeit erfolgt, zu der noch keine abschließende und endgültige Entscheidung getroffen worden ist oder doch eine solche noch ohne Schwierigkeiten revidiert werden kann (BAG 9. Dezember 2008 - 1 ABR 74/07 - Rn. 24, BAGE 128, 351; 28. April 1992 - 1 ABR 73/91 - zu B III 2 der Gründe, BAGE 70, 147). **Eine erst nach Aufnahme der tatsächlichen Beschäftigung im Betrieb erfolgte Unterrichtung des Betriebsrats ist nicht fristgerecht und damit nicht ordnungsgemäß iSv. § 99 Abs. 1 BetrVG. Sie kann den Eintritt der gesetzlichen Zustimmungsfiktion nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG nicht bewirken.**

- gilt vermutlich auch für die **Versetzung; Eingruppierung?**
- Könnte der Rechtsgedanke auch bei der Unterrichtung nach § 613a Absatz 5 BGB gelten??

5. GmbH-Geschäftsführer/ „arbeitgeberähnliche Person“

- BAG, Beschluss vom 21.1.2019, 9 AZB 23/18

Rechtsweg - Fremdgeschäftsführer

Leitsätze

Der Fremdgeschäftsführer einer GmbH nimmt Arbeitgeberfunktionen wahr und ist deshalb keine arbeitnehmerähnliche, sondern eine *arbeitgeberähnliche Person*.

....

*bb) Auszugehen ist dabei vom **allgemeinen nationalen und nicht von einem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff** (vgl. zum Status von Geschäftsführern: zur gerichtlichen Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen nach der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 EuGH 10. September 2015 - C-47/14 - [Holterman Ferho Exploitatie ua.] Rn. 41 ff.; zur Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG EuGH 9. Juli 2015 - C-229/14 - [Balkaya] Rn. 34; zur Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG EuGH 11. November 2010 - C-232/09 - [Danosa] Rn. 51). **Die Frage des Zugangs zu den Gerichten für Arbeitssachen und der Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche der nationalen Gerichte fällt nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts.** Das Arbeitsgerichtsgesetz basiert nicht auf Unionsrecht und setzt dieses nicht um. § 5 ArbGG liegt keine unionsrechtliche Bestimmung zugrunde (vgl. BAG 8. September 2015 - 9 AZB 21/15 - Rn. 13; GMP/Müller-Glöge 9. Aufl. § 5 Rn. 45a; Boemke RdA 2018, 1, 21 mwN; Reinfelder RdA 2016, 87, 89; Vielmeier NZA 2016, 1241; Lunk NJW 2015, 528). Durch dieses Verständnis wird dem Dienstverpflichteten ein ggf. unionsrechtlich vermittelter Schutz nicht versagt. Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff ist in Bereichen, in denen Unionsrecht anzuwenden ist, das nicht auf den Arbeitnehmerbegriff des nationalen Rechts verweist, unabhängig davon zu beachten, ob der Rechtsstreit vor den Gerichten für Arbeitssachen oder den ordentlichen Gerichten geführt wird.*

*b) Entgegen den Entscheidungen der Vorinstanzen scheidet vorliegend eine Wahlfeststellung aus, bei der dahingestellt bliebe, ob das Vertragsverhältnis der Parteien ein Arbeitsverhältnis ist. Zwar kann die Rechtswegbestimmung grundsätzlich im Rahmen einer Wahlfeststellung getroffen werden, weil nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a und Buchst. b iVm. § 5 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ArbGG der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen schon dann eröffnet ist, wenn die klagende Partei entweder Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Person ist (vgl. BAG 21. Dezember 2010 - 10 AZB 14/10 - Rn. 7; 14. Januar 1997 - 5 AZB 22/96 - zu II der Gründe). Eine **Wahlfeststellung** ist vorliegend jedoch **nicht möglich**, weil die **Klägerin weder Arbeitnehmerin noch arbeitnehmerähnliche Person** ist.*

aa) Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ist nicht schon nach § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG ausgeschlossen. Die Klägerin wurde nach den in der Rechtsbeschwerde nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts von der Beklagten am 31. Juli 2017 mit sofortiger Wirkung von ihrem Amt als Geschäftsführerin abberufen.

*bb) Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ist nicht nach § 5 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ArbGG eröffnet. **Der rechtliche Charakter des Anstellungsverhältnisses eines***

Organvertreters ändert sich nicht allein dadurch, dass er abberufen wird. Das Anstellungsverhältnis wird durch den Abberufungsakt nicht zum Arbeitsverhältnis (vgl. BAG 15. November 2013 - 10 AZB 28/13 - Rn. 16; 25. Juni 1997 - 5 AZB 41/96 - zu II 1 b aa der Gründe; 21. Februar 1994 - 2 AZB 28/93 - zu II 3 b bb der Gründe) **und der Organvertreter nicht zur arbeitnehmerähnlichen Person.** Die Gerichte für Arbeitssachen sind deshalb zur Entscheidung des Rechtsstreits nur berufen, wenn es sich um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit iSv. § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a und Buchst. b ArbGG handelt. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

(1) Die Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen ist nicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a und Buchst. b iVm. § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG gegeben, weil die Klägerin **nicht Arbeitnehmerin** der Beklagten ist.

(a) Wie das Landesarbeitsgericht unter zutreffender Auslegung des Klagebegehrens zu Recht erkannt hat, **begründet die bloße Behauptung der Klägerin, das Vertragsverhältnis der Parteien sei als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren**, nicht die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a und Buchst. b ArbGG. Es handelt sich bei der Klage **nicht um einen sog. Sic-non-Fall.**

(aa) Die Fallgruppen „**sic non**“, „**aut aut**“ und „**et et**“ hat die Rechtsprechung im Hinblick auf die Frage entwickelt, welche Anforderungen an das klägerische Vorbringen zur Begründung der Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen in Abgrenzung zu den ordentlichen Gerichten zu stellen sind (vgl. BAG 8. September 2015 - 9 AZB 21/15 - Rn. 18 mwN). **Ein sog. Sic-non-Fall liegt vor, wenn die Klage nur dann begründet sein kann, wenn das Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis einzuordnen ist und nach wirksamer Beendigung der Organstellung als solches fortbestand oder wieder auflebte.** In diesem Fall eröffnet bei streitiger Tatsachengrundlage die bloße Rechtsansicht der Klagepartei, es handele sich um ein Arbeitsverhältnis, den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen (BAG 3. Dezember 2014 - 10 AZB 98/14 - Rn. 17; 15. November 2013 - 10 AZB 28/13 - Rn. 21 mwN).

(bb) Die Klägerin greift die **fristlose Kündigung** der Beklagten vom 31. Juli 2017 - über den engen Wortlaut des Klageantrags hinausgehend - ausweislich der Klagebegründung, die bei der Auslegung des Klageantrags zu berücksichtigen ist (vgl. zu den Auslegungsgrundsätzen BAG 2. August 2018 - 6 AZR 188/17 - Rn. 17 mwN), unabhängig davon an, ob das zwischen den Parteien bestehende Anstellungsverhältnis als Arbeitsverhältnis oder als freies Dienstverhältnis einzuordnen ist. Sie stellt die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zur Überprüfung. Dieses Auslegungsergebnis wird durch die Erklärungen der Klägerin im Rahmen des Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahrens bestätigt. Der Erfolg der Klage ist damit nicht von ihrer Arbeitnehmerstellung abhängig. Die Klägerin könnte im vorliegenden Rechtsstreit auch dann obsiegen, wenn die Kündigung eines Dienstverhältnisses in Rede stünde und deshalb nicht der vorherigen **Zustimmung des Integrationsamts** bedürft hätte. Auch bei Bestehen eines freien Dienstverhältnisses wäre die Wirksamkeit der Kündigung am Maßstab des § 626 BGB zu überprüfen.

(b) Die Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten hat die Klägerin nicht schlüssig dargelegt.

(aa) Ein Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von einem Dienstverhältnis durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Nach § 611a Abs. 1 BGB ist Arbeitnehmer, wer durch den Arbeitsvertrag im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit

verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an. Die durch Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21. Februar 2017 (BGBl. I S. 258, 261) eingefügte, am 1. April 2017 in Kraft getretene Regelung des § 611a BGB entspricht hinsichtlich der Abgrenzung von Arbeitsverhältnis und freiem Dienstverhältnis in Abs. 1 den nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts geltenden, aus § 84 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 HGB abgeleiteten Grundsätzen (vgl. hierzu BAG 17. Oktober 2017 - 9 AZR 792/16 - Rn. 12; 11. August 2015 - 9 AZR 98/14 - Rn. 16).

(bb) Der Geschäftsführer einer GmbH wird für diese in aller Regel auf der Grundlage eines freien Dienstvertrags, nicht eines Arbeitsvertrags tätig. Sein Dienstvertrag ist auf eine Geschäftsbesorgung durch Ausübung des Geschäftsführeramts gerichtet (vgl. BAG 24. November 2005 - 2 AZR 614/04 - Rn. 18, BAGE 116, 254; BGH 10. Mai 2010 - II ZR 70/09 - Rn. 7). Dies gilt unabhängig davon, ob der (Fremd-)Geschäftsführer einen starken Anteilseigner oder einen weiteren Geschäftsführer neben sich hat, der die konkrete Geschäftstätigkeit bestimmend mitgestaltet. Es kommt insoweit nicht entscheidend darauf an, welchen Gebrauch der GmbH-Geschäftsführer im Innenverhältnis nach § 37 Abs. 1 GmbHG von seiner im Außenverhältnis wegen §§ 35, 37 Abs. 2 GmbHG unbeschränkten Vertretungsbefugnis machen darf. § 37 Abs. 1 GmbHG ist eine Norm zur Abgrenzung der Kompetenzen der Gesellschaftsorgane untereinander. Auch gegenüber einem Geschäftsführer als freiem Dienstnehmer steht der Gesellschaft ein unternehmerisches Weisungsrecht zu. Berücksichtigt man dies, kann eine Weisungsgebundenheit des GmbH-Geschäftsführers, die so stark ist, dass sie darüber hinaus auf einen Status des betroffenen GmbH-Geschäftsführers als Arbeitnehmer schließen lässt, allenfalls in extremen Ausnahmefällen in Betracht kommen (vgl. BAG 24. November 2005 - 2 AZR 614/04 - aaO). Ein Arbeitsverhältnis setzt voraus, dass die Gesellschaft eine - über ihr gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht hinausgehende - Weisungsbefugnis auch bezüglich der Umstände hat, unter denen der Geschäftsführer seine Leistung zu erbringen hat, und die konkreten Modalitäten der Leistungserbringung durch arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen bestimmen kann (vgl. BAG 26. Mai 1999 - 5 AZR 664/98 - zu III 2 b der Gründe).

(2) Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ist auch nicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a und Buchst. b iVm. § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG eröffnet. Die Klägerin ist **nicht arbeitnehmerähnliche Person** iSv. § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG.

(a) Arbeitnehmerähnliche Personen sind Selbstständige, die nach § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG als Arbeitnehmer gelten. Sie unterscheiden sich von Arbeitnehmern durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit. Arbeitnehmerähnliche Personen sind - in der Regel wegen ihrer

fehlenden oder gegenüber Arbeitnehmern geringeren Weisungsgebundenheit, oft auch wegen fehlender oder geringerer Eingliederung in eine betriebliche Organisation - in wesentlich geringerem Maße persönlich abhängig als Arbeitnehmer. An die Stelle der persönlichen Abhängigkeit tritt das Merkmal der **wirtschaftlichen Abhängigkeit** bzw. **wirtschaftlichen Unselbstständigkeit**. Außerdem muss die wirtschaftlich abhängige Person ihrer gesamten sozialen Stellung nach einem Arbeitnehmer vergleichbar sozial schutzbedürftig sein (st. Rspr., vgl. nur BAG 17. Januar 2006 - 9 AZR 61/05 - Rn. 14; 30. August 2000 - 5 AZB 12/00 - zu II 2 b der Gründe; 22. Februar 1999 - 5 AZB 56/98 - zu B II der Gründe; 2. Oktober 1990 - 4 AZR 106/90 - BAGE 66, 95; BGH 21. Oktober 1998 - VIII ZB 54/97 - zu II 3 der Gründe).

(b) Bei dem Begriff der „arbeitnehmerähnlichen Person“ iSv. § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, bei dessen Anwendung dem Tatsachengericht ein Beurteilungsspielraum zukommt. Die Würdigung des Beschwerdegerichts, ob ein Selbstständiger eine arbeitnehmerähnliche Person ist, ist nur daraufhin überprüfbar, ob das Beschwerdegericht den Rechtsbegriff der arbeitnehmerähnlichen Person selbst verkennt, Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt, bei der Subsumtion den Rechtsbegriff wieder aufgegeben oder wesentliche Umstände außer Betracht gelassen hat (vgl. BAG 17. Oktober 2017 - 9 AZR 792/16 - Rn. 15; 27. Juni 2017 - 9 AZR 851/16 - Rn. 20 mwN).

(c) Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts nicht stand. Das Landesarbeitsgericht ist zunächst zutreffend von den Rechtssätzen ausgegangen, die das Bundesarbeitsgericht aufgestellt hat. Es hat diese jedoch im Hinblick auf die Frage der sozialen Schutzbedürftigkeit der Klägerin rechtsfehlerhaft angewandt.

(aa) Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass in Bezug auf die Klägerin die Voraussetzungen einer wirtschaftlichen Abhängigkeit erfüllt sind. Sie ist regelmäßig gegeben, wenn der Selbstständige auf die Verwertung seiner Arbeitskraft und die Einkünfte aus der Tätigkeit für den Vertragspartner zur Sicherung seiner Existenzgrundlage angewiesen ist (vgl. BAG 21. Februar 2007 - 5 AZB 52/06 - Rn. 11, BAGE 121, 304).

(bb) Das Beschwerdegericht hat jedoch rechtsfehlerhaft eine mit einem Arbeitnehmer vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit der Klägerin bejaht, indem es zur Begründung erneut auf die wirtschaftliche Abhängigkeit der Klägerin abgestellt und zudem die Besonderheiten der Organstellung einer Geschäftsführerin nicht genügend beachtet hat.

(aaa) **Soziale Schutzbedürftigkeit** ist anzunehmen, wenn unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls und der Verkehrsanschauung das Maß der Abhängigkeit einen solchen Grad erreicht, wie er im Allgemeinen nur in einem Arbeitsverhältnis vorkommt, und die geleisteten Dienste nach ihrer sozialen Typik mit denen eines Arbeitnehmers vergleichbar sind (st. Rspr., vgl. nur BAG 17. Januar 2006 - 9 AZR 61/05 - Rn. 14; 30. August 2000 - 5 AZB 12/00 - zu II 2 b der Gründe; 2. Oktober 1990 - 4 AZR 106/90 - BAGE 66, 95; BGH 16. Oktober 2002 - VIII ZB 27/02 - zu II 2 b bb der Gründe, BGHZ 152, 213; 21. Oktober 1998 - VIII ZB 54/97 - zu II 3 c der Gründe).

(bbb) Die Klägerin ist ihrer gesamten sozialen Stellung nach nicht mit einem Arbeitnehmer vergleichbar.

(aaaa) Das Fehlen einer eigenen Betriebsorganisation und eigener Produktionsmittel kann zwar im Einzelfall eine einem Arbeitnehmer vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit begründen (vgl. BAG 16. Juli 1997 - 5 AZB 29/96 - zu II 5 c der Gründe, BAGE 86, 178). Hierbei können jedoch entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts die soziale Stellung

des Selbstständigen im Übrigen und die Besonderheiten des jeweiligen Vertragsverhältnisses nicht außer Betracht bleiben.

*(bbbb) Die von der Klägerin als Geschäftsführerin geleisteten Dienste sind nach ihrer sozialen Typik nicht mit denen eines Arbeitnehmers vergleichbar. Dies ergibt sich aus der mit ihrem Amt verbundenen Rechtsstellung. Der Geschäftsführer einer GmbH verkörpert als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft (§ 35 Abs. 1 GmbHG) den Arbeitgeber. Er nimmt Arbeitgeberfunktionen wahr und ist deshalb keine arbeitnehmerähnliche, sondern eine arbeitgebergleiche Person (vgl. BAG 20. August 2003 - 5 AZB 79/02 - zu B I 6 d der Gründe, BAGE 107, 165; BVerwG 26. September 2002 - 5 C 53.01 -), im Fall des Fremdgeschäftsführers jedenfalls aber eine arbeitgeberähnliche Person. **Durch die gesetzlichen und nach außen nicht beschränkbaren Vertretungsbefugnisse unterscheidet sich der Geschäftsführer einer GmbH grundlegend von anderen leitenden oder nicht leitenden Arbeitnehmern** (vgl. BAG 21. September 2017 - 2 AZR 865/16 - Rn. 34).*

*(cccc) Der arbeitgeberähnlichen Stellung der Klägerin entsprechen die Regelungen des ihrer Organstellung zugrunde liegenden Dienstvertrags. Sie wiesen die Klägerin uneingeschränkt als Vertreterin der Arbeitgeberin und zugleich als **soziale Gegenspielerin der Arbeitnehmerschaft** aus (vgl. dazu Schaub ArbR-HdB/Vogelsang 17. Aufl. § 14 Rn. 3), indem ihr die Führung der laufenden Geschäfte der Gesellschaft, deren alleinige gerichtliche und außergerichtliche Vertretung (§ 1 Nr. 2 DV), die verantwortliche Leitung des gesamten Geschäftsbetriebs der Gesellschaft sowie der Tochtergesellschaft S GmbH (§ 1 Nr. 4 DV) zugewiesen war. Zudem hatte die Klägerin die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers im Sinne der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften wahrzunehmen und war Vorgesetzte aller Mitarbeiter der Gesellschaft und der von den Gesellschaftern gestellten Mitarbeiter und diesen weisungsbefugt (§ 2 Nr. 5 DV).*

III. Sonstiges

Beitrags- und Steuerrecht: Fahrrad for future

Dienstfahrrad kann steuerfrei sein

Die **Überlassung eines Fahrrads** an einen Arbeitnehmer ist seit 2019 steuerfrei, wenn sie **zusätzlich** zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn gewährt wird. Darauf weist die Bundesregierung in ihrer Antwort (**19/9172**) auf eine Kleine Anfrage der FDP-Fraktion (**19/8656**) hin.

- § 3 Ziffer 37 EStG
- bis Ende 2021 befristet
- E-Bikes: bis zur „KFZ-Grenze“ (25 km/h)