



- |   |   |   |   |
|---|---|---|---|
| 1 | Es geht (wie so oft) ums Geld ... aber auch um Gleichberechtigung                         | 5 | Schadensersatz nur bei Verstoß gegen Anstellungsvertrag oder Satzung  |
| 1 | Post aus Karlsruhe  | 5 | Geschäftsführer muss Insolvenzzreife sofort prüfen lassen             |
| 1 | AGG gilt auch bei Anstellung eines GmbH-Geschäftsführers                                  | 6 | Eigenschaft als „leitender Angestellter“ und § 5 Abs. 4 Nr. 4 BetrVG  |
| 2 | Mitbestimmungsrecht bei mindestens fünf Arbeitnehmern                                     | 6 | Bei bestimmten Rentenansprüchen: Ordentlicher Rechtsweg nicht gegeben |
| 3 | Gesetzliche Zahl der Aufsichtsratsmitglieder muss eingehalten werden                      | 7 | Säumniszuschläge nicht von der Restschuldbefreiung ausgenommen        |
| 3 | Im Insolvenzverfahren: Urlaubsgeld ist unpfändbar   | 7 | Arbeitnehmereigenschaft ist nach objektiven Kriterien zu bestimmen    |
| 4 | Arbeitnehmerüberlassung: Am Bruttoeinkommen orientierte degressive Stafflung ist zulässig | 8 | BGH nimmt Vorarbeiter und Arbeitgeber in Schutz                       |
| 4 | Urlaub für Prozess: Verdienstaufschlag wird nicht ersetzt                                 | 8 | Rückforderung von Arbeitslohn durch Insolvenzverwalter                |
|   |   | 8 | Impressum   |

## Es geht (wie so oft) ums Geld... ...aber auch um Gleichberechtigung

In der Tat haben zahlreiche Entscheidungen, über die wir in diesem Newsletter berichten, einen „monetären“ Hintergrund. So geht es unter anderem um die Unpfändbarkeit von Urlaubsgeld, um den Ersatz des Verdienstaufschlags, wenn ein Arbeitnehmer für einen Gerichtstermin bezahlten Urlaub nehmen muss und um die Einkommensgrenze als Kriterium für die Einordnung eines Arbeitnehmers als „leitenden Angestellten“.

Von besonderer Bedeutung erscheint das Urteil des II. Zivilsenats, wonach die Vorschriften des AGG auch auf die Anstellung eines GmbH-Geschäftsführers anwendbar sind. Die Gleichstellung zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgeber im Blick hatte der BGH, als er in der GmbH-Mitbestimmung die Konstruktion „beratender“ Aufsichtsratsmitglieder als unzulässig ansah und in einer weiteren Entscheidung zur Anwendung des Drittelbeteiligungsgesetzes auf sogenannte „Alt“-Aktiengesellschaften Stellung nahm.

Hinsichtlich der arbeitsvertraglichen Pflichten des GmbH-Geschäftsführers, insbesondere im Insolvenzverfahren, hat der BGH weitere Konkretisierungen vorgenommen.

Wir wünschen Ihnen viel Freude bei der Lektüre dieses Newsletters und nehmen Ihre Anregungen unter [newsletter@bgh-anwalt.de](mailto:newsletter@bgh-anwalt.de) gerne entgegen.

Altersdiskriminierung:

## AGG gilt auch bei Anstellung eines GmbH-Geschäftsführers

### Beweiserleichterungen für den Bewerber

Der II. Zivilsenat des BGH hat entschieden, dass die Vorschriften des AGG auch auf die Anstellung eines GmbH-Geschäftsführers anwendbar sind, der den Posten nach Ablauf der Vertragsdauer erneut anstrebt. Im konkreten Fall hatte sich der Kläger erneut als Geschäftsführer einer Krankenhaus-GmbH beworben, weil sein bisheriger Vertrag mit der GmbH zeitlich befristet war. Ihm wurde ein jüngerer Bewerber vorgezogen. Der Kläger konnte mithilfe öffentlicher Äußerungen des Aufsichtsratsvorsitzenden der GmbH Indizien für die Altersdiskriminierung nachweisen.

Das Berufungsgericht sprach ihm daher einen Entschädigungsanspruch für seinen immateriellen Schaden in Höhe von 36.600 Euro zu, den der BGH bestätigte. Im Übrigen verwies er die Sache nach wechselseitigen Revisionen an das Berufungsgericht zurück.

Das AGG sei anwendbar, denn unter das Merkmal des Zugangs zur Erwerbstätigkeit

## Post aus Karlsruhe

Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,

auch in diesem Jahr wollen wir Sie wieder mit einem BGH-Newsletter „Arbeitsrecht“ über die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mit Bezügen zum Arbeitsrecht informieren. Im Mittelpunkt gleich mehrerer Entscheidungen steht dabei der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers, aber auch Entscheidungen zum Mitbestimmungsrecht und zur Arbeitnehmerüberlassung dürften bei Praktikerinnen und Praktikern des Arbeitsrechts auf Interesse stoßen.

Erstmals haben wir auch zwei Urteile von Strafsenaten in unsere Rechtsprechungsübersicht aufgenommen, die sich mit dem Tatbestand des „Vortaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt“ (§ 266 a StGB) und mit vorsätzlichen Körperverletzungen am Arbeitsplatz befassen.

Auf unserer Internetseite [www.bgh-anwalt.de](http://www.bgh-anwalt.de) finden Sie weitere aktuelle Newsletter, die unsere Kanzlei zum Miet- und Wohneigentumsrecht, zum Versicherungsrecht, zum zivilen Verkehrsrecht und zum Medizinrecht erstellt hat, und die Sie gerne bestellen bzw. herunterladen können.

**Dr. Siegfried Mennemeyer**

Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof  
auch Fachanwalt für Arbeitsrecht

im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG fielen sowohl der Abschluss eines Geschäftsführeranstellungsvertrages als auch die Bestellung zum Geschäftsführer nach §§ 6, 35 ff. GmbHG. Der persönliche Anwendungsbereich des AGG sei eröffnet, weil das Gesetz in § 6 Abs. 3 AGG Geschäftsführer ausdrücklich einbeziehe. Ob der Kläger - als Fremdgeschäftsführer, der nicht an der GmbH beteiligt war - als „Arbeitnehmer“ i.S.v. § 6 Abs. 1 AGG anzusehen sei, könne daher offenbleiben.

Der sachliche Anwendungsbereich des AGG sei ebenfalls eröffnet, weil der Zugang zur Erwerbstätigkeit im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG betroffen sei. Unter das Merkmal des Zugangs zur Erwerbstätigkeit im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG fielen sowohl der Abschluss eines Geschäftsführeranstellungsvertrages als auch die Bestellung zum Geschäftsführer nach §§ 6, 35 ff. GmbHG.

Dem Kläger komme zudem die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast nach § 22 AGG zugute, weil er entsprechende Indizien für eine Benachteiligung vorgetragen habe. Allerdings müsse der Kläger hinsichtlich des geltend gemachten Vermögensschadens nach § 15 AGG darlegen und beweisen, dass die Benachteiligung für die Ablehnung seiner Bewerbung ursächlich geworden sei.

Lediglich für den Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens aus § 15 Abs. 2 AGG ordne § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG eine Ausnahme an. Dem Anspruchsteller komme im Rahmen des § 15 Abs. 1 AGG aber eine Beweiserleichterung zugute, wenn nach der Lebenserfahrung eine tatsächliche Vermutung oder Wahrscheinlichkeit für eine Einstellung bei regelgerechtem Vorgehen der Anstellungskörperschaft bestehe.

#### BGH, Beschluss vom 23. April 2012 – II ZR 163/10

Bei „Alt-Aktiengesellschaften“:

## Mitbestimmungsrecht bei mindestens fünf Arbeitnehmern

BGH klärt Anwendung des Drittelbeteiligungsgesetzes

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Drittelbeteiligungsgesetzes (DrittelbG) haben Arbeitnehmer ein Mitbestimmungsrecht im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft mit weniger als 500 Arbeitnehmern, die vor dem 10. August 1994 eingetragen worden ist und keine Familiengesellschaft ist.

In Rechtsprechung und Literatur war bisher umstritten, ab welcher Arbeitnehmeranzahl das Drittelbeteiligungsgesetz auf diese „Alt“-Aktiengesellschaften anzuwenden ist. Teilweise wurde lediglich ein, teilweise wurden auch mindestens fünf Arbeitnehmer als Anwendungskriterium zugrunde gelegt.

Der BGH hat sich nun der letztgenannten Auffassung angeschlossen. Er begründet dies mit dem Sinn und Zweck von § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 DrittelbG sowie der Entstehungsgeschichte von § 76 BetrVG 1952, auf den § 1 Abs. 1 Nr. 1 DrittelbG zurückgehe. Die Entstehungsgeschichte von § 76 BetrVG 1952 lege einen Zusammenhang der Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat mit der Einrichtung eines Betriebsrats und damit die Notwendigkeit einer Mindestzahl von Arbeitnehmern nahe, § 1 Abs. 1 BetrVG. Daraus folge, dass die Gesellschaft mindestens fünf Arbeitnehmer haben müsse.

#### BGH, Beschluss vom 07. Februar 2012 – II ZB 14/11

#### Leitsätze 1 und 2:

➔ Auf den Geschäftsführer einer GmbH, dessen Bestellung und Anstellung infolge einer Befristung abläuft und der sich erneut um das Amt des Geschäftsführers bewirbt, sind gemäß § 6 Abs. 3 AGG die Vorschriften des Abschnitts 2 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes und § 22 AGG entsprechend anwendbar.

➔ Entscheidet ein Gremium über die Bestellung und Anstellung eines Bewerbers als Geschäftsführer, reicht es für die Vermutungswirkung des § 22 AGG aus, dass der Vorsitzende des Gremiums die Gründe, aus denen die Entscheidung getroffen worden ist, unwidersprochen öffentlich wiedergibt und sich daraus Indizien ergeben, die eine Benachteiligung im Sinne des § 7 Abs. 1 AGG vermuten lassen.

#### Leitsatz:

➔ Für eine vor dem 10. August 1994 eingetragene Aktiengesellschaft, die keine Familiengesellschaft ist, besteht ein Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, wenn die Gesellschaft mindestens fünf Arbeitnehmer hat.

GmbH-Mitbestimmung:

## Gesetzliche Zahl der Aufsichtsratsmitglieder muss eingehalten werden

*Zusätzliche „beratende“ Mitglieder nicht zulässig*

Eine GmbH, die gem. § 7 Abs. 1 Nr. 3 MitbestG über einen Aufsichtsrat mit je zehn Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer verfügte, hatte eine Satzungsänderung zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet, nach der bis zu vier weitere Aufsichtsratsmitglieder „beratender Funktion“ bestellt werden konnten. Das Registergericht beanstandete die Regelung; der BGH bestätigte die Auffassung des Registergerichts.

Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 bis 3 MitbestG könne die Satzung die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder auf höchstens zwanzig Aufsichtsratsmitglieder festlegen, je zehn der Anteilseigner und der Arbeitnehmer. Abweichungen von dieser abschließenden Regelung seien nicht zulässig. Da auch die nicht stimmberechtigten weiteren Aufsichtsratsmitglieder Aufsichtsratsmitglieder im Sinne von § 7 Abs. 1 MitbestG seien, werde die zulässige Höchstzahl überschritten.

Die ständige Teilnahme einer die Höchstzahl von zwanzig Aufsichtsratsmitgliedern übersteigenden Anzahl von Mitgliedern mit beratender Funktion an den Sitzungen des Aufsichtsrats sei auch mit § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG, § 109 Abs. 1 AktG nicht vereinbar. Es müsse verhindert werden, dass nicht dem Aufsichtsrat oder dem Vorstand angehörende Personen ständig an Aufsichtsratssitzungen teilnahmen und so vergleichbare Einflussmöglichkeiten erlangten, ohne hierfür die entsprechende Verantwortung zu tragen.

**BGH, Beschluss vom 30. Januar 2012 – II ZB 20/11**

Im Insolvenzverfahren:

## Urlaubsgeld ist unpfändbar

*...solange es den Rahmen des Üblichen nicht übersteigt*

Im Rahmen eines Insolvenzverfahrens hatte der Insolvenzverwalter beantragt, 50 Prozent des Urlaubsgeldes, das dem Schuldner in Höhe von 3.377,88 € zustand, für pfändbar zu erklären. Der BGH hielt dies für unzulässig: Nach § 850 a Nr. 2 ZPO seien die für die Dauer eines Urlaubs über das Einkommen hinaus gewährten Bezüge unpfändbar, soweit sie den Rahmen des Üblichen nicht überstiegen.

Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung ermöglichten keine Auslegung, wonach Teile des Urlaubsgeldes gleichwohl pfändbar seien. Die Grenze von 500 Euro, die nach § 850 a Nr. 4 ZPO gelte, sei nach der klaren gesetzlichen Beschränkung auf den Sonderfall von Weihnachtsvergütungen nicht auf das Urlaubsgeld nach Nr. 2 übertragbar. Auch die besonderen Belange des Insolvenzverfahrens rechtfertigten keine andere Beurteilung. Ob sich das Urlaubsgeld im „Rahmen des Üblichen“ halte, sei anhand der Verhältnisse in gleichartigen Unternehmen zu prüfen. Im konkreten Fall hatte der BGH keinen Anlass, an der Üblichkeit zu zweifeln.

**BGH, Beschluss vom 26. April 2012 – IX ZB 239/10**

### **Leitsatz:**

→ Die Satzung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, bei der ein Aufsichtsrat nach dem Mitbestimmungsgesetz zu bilden ist, kann nicht bestimmen, dass der Aufsichtsrat neben zwanzig stimmberechtigten Aufsichtsratsmitgliedern aus weiteren Mitgliedern mit beratender Funktion besteht.

### **Leitsatz:**

→ Urlaubsgeld fällt nicht in die Insolvenzmasse, soweit es den Rahmen des Üblichen in gleichartigen Unternehmen nicht übersteigt; dies gilt auch dann, wenn das Urlaubsgeld in den vorgegebenen Grenzen eine erhebliche Höhe erreicht.

Vermittlungshonorar bei Arbeitnehmerüberlassung:

## Am Bruttoeinkommen orientierte degressive Staffelung ist zulässig

*Nach einem Jahr darf keine Provision mehr verlangt werden*

Ein gewerblicher Arbeitsvermittler hatte einem Unternehmen einen Arbeitnehmer überlassen und dabei für die Übernahme des Arbeitnehmers durch das Unternehmen per AGB folgende Regelung für die Vermittlung vereinbart (§ 9 Nr. 3 Halbsatz 2 AÜG):

„Die Höhe der Vermittlungsgebühr ist wie folgt gestaffelt: Übernahme innerhalb der ersten drei Monate 15 Prozent des Jahresbruttoeinkommens, nach 3 Monaten 12 Prozent des Jahresbruttoeinkommens, nach 6 Monaten 9 Prozent des Jahresbruttoeinkommens, nach 9 Monaten 5 Prozent des Jahresbruttoeinkommens und nach 12 Monaten erheben wir keine Vermittlungsgebühr mehr.“

Diese Regelung sei, so der BGH im Gegensatz zu den Vorinstanzen, „noch“ angemessen. Die Übernahme des Leiharbeitnehmers in ein normales Arbeitsverhältnis sei sozialpolitisch erwünscht und somit auch grundsätzlich „honorarwürdig“. Die Vergütungshöhe von 15 Prozent des Jahresbruttoeinkommens bewege sich im Mittelfeld der im Wirtschaftsverkehr verwendeten und vom Schrifttum vertretenen Höchstsätze. Dass die Vergütungspflicht erst bei einer Dauer der Arbeitnehmerüberlassung von mehr als zwölf Monaten entfalle, sei ebenfalls nicht unangemessen, wobei ein Jahr die „höchstzulässige“ Dauer markiere. Die mit einer Verlängerung der Provisionspflicht für den Entleiher verbundenen Nachteile würden durch eine Fortschreibung der ohnehin gebotenen degressiven Staffelung der Provision ausreichend kompensiert. Eine solche Staffelung müsse zumindest quartalsweise und in ihrer Abstufung in etwa proportional zum Zeitablauf erfolgen.

**BGH, Urteil vom 10. November 2011 – III ZR 77/11**

Arbeitnehmer, der für Prozess bezahlten Urlaub nimmt:

## Verdienstausschlag wird nicht ersetzt

*BGH gewährt nur „Zeitversäumnisentschädigung“*

Eine in der Instanzgerichtsbarkeit schon länger umstrittene Rechtsfrage musste der VII. Zivilsenat des BGH entscheiden: Kann ein Arbeitnehmer, der als Prozesspartei an Gerichtsverhandlungen teilnimmt und dafür bezahlten Urlaub nimmt, gem. §§ 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO, 22 JVEG seinen Verdienstausschlag geltend machen (bis zu 17 Euro pro Stunde) oder ist er lediglich auf eine Entschädigung für Zeitversäumnis nach § 20 JVEG zu verweisen (drei Euro pro Stunde)?

Der BGH entschied sich für die preisgünstigere Variante. Der Gesetzeswortlaut des § 22 JVEG setze einen tatsächlich entstandenen Verdienstausschlag voraus, woran es im Fall des bezahlten Urlaubs fehle, weil die Partei während dieses Zeitraums ihren Lohn bzw. ihr Gehalt ungeschmälert weiter erhalte. Es bestehe kein Anlass, § 22 JVEG über dessen Wortlaut hinaus dahingehend erweiternd auszulegen, dass dieser auch dann eine Verdienstausschlagentschädigung ermögliche, wenn ein Verdienstausschlag – wie im Fall des bezahlten Urlaubs – tatsächlich nicht eintrete. Das Entschädigungssystem des JVEG könne nach seinem Sinn und Zweck nicht mit einer Schadensersatzregelung gleichgestellt werden.

**BGH, Beschluss vom 26. Januar 2012 – VII ZB 60/09**

### **Leitsatz:**

→ Zur Wirksamkeit einer in einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag enthaltenen Klausel über die Entrichtung einer (nach Zeitabschnitten degressiv gestaffelten und am Jahresbruttoeinkommen des Arbeitnehmers orientierten) Vermittlungsvergütung für den Fall der Übernahme des Arbeitnehmers durch den Entleiher.

### **Leitsatz:**

→ Einer Partei, die zur notwendigen Wahrnehmung von Terminen (hier: Gerichts- und Ortstermine) bezahlten Urlaub genommen hat, steht kein Anspruch auf Verdienstausschlagentschädigung nach § 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO i.V.m. § 22 JVEG, sondern nur ein Anspruch auf Zeitversäumnisentschädigung gemäß § 20 JVEG zu.

Außerordentliche Kündigung durch GmbH-Geschäftsführer:

## Schadensersatz nur bei Verstoß gegen Anstellungsvertrag oder GmbH-Satzung

BGH zu den Voraussetzungen des § 628 Abs. 2 BGB

Der Kläger und seine Ehefrau waren ursprünglich Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH. Sämtliche Gesellschaftsanteile wurden von einer GmbH & Co. KG übernommen, die Geschäftsführerstellung blieb erhalten. In der Folgezeit strukturierte die GmbH & Co. KG den Betrieb um. Sie reduzierte das Geschäftsfeld der GmbH und bestellte für die GmbH einen weiteren Geschäftsführer, bei dem die Gesamtverantwortung lag. An seine Weisungen waren der Kläger und seine Ehefrau gebunden und waren ihm berichtspflichtig. Im Handelsregister wurde die Eintragung der Einzelvertretungsbefugnis und der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB hinsichtlich des Klägers und seiner Ehefrau gelöscht. Der Kläger erklärte die fristlose Kündigung seines Anstellungsvertrages und forderte gem. § 628 Abs. 2 BGB Schadensersatz.

Der BGH verneinte den Schadensersatzanspruch. Die Beschneidung der Kompetenzen des Klägers sei weder auf der gesellschaftsrechtlichen noch auch auf der Ebene des Anstellungsvertrages pflichtwidrig. Weder dem Anstellungsvertrag des Klägers noch der Satzung der Beklagten lasse sich entnehmen, dass die Beschränkung der Kompetenzen des Klägers in der von der Beklagten vorgenommenen Art unzulässig gewesen sei. Im Anstellungsvertrag sei insbesondere weder eine Einzelvertretungsbefugnis vorgesehen noch eine Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens. Auch aus der GmbH-Satzung ergebe sich kein Sonderrecht des Klägers.

**BGH, Urteil vom 06. März 2012 – II ZR 76/11**

Bei Zahlungsunfähigkeit einer GmbH:

## Geschäftsführer muss Insolvenzureife sofort prüfen lassen

Ansonsten haftet der Geschäftsführer persönlich

Der Insolvenzverwalter über das Vermögen einer GmbH nahm deren angestellten Geschäftsführer persönlich wegen Auszahlungen zwischen dem 1. September und 30. November 2003 in Anspruch. Zu diesem Zeitpunkt war die GmbH jedoch bereits zahlungsunfähig. Einen Insolvenzantrag hatte der Geschäftsführer erst am 12. Dezember 2003 gestellt, nachdem er eine schon im August 2003 in Auftrag gegebene gutachterliche Stellungnahme einer Unternehmensberaterin erhalten hatte.

Der BGH bejahte die persönliche Haftung des Geschäftsführers gem. § 64 GmbHG. Das Gutachten sei zu spät eingeholt worden. Der Geschäftsführer einer GmbH müsse sich über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft stets vergewissern; dazu gehöre auch die Prüfung der Insolvenzureife. Erkenne der Geschäftsführer, dass die GmbH nicht in der Lage sei, ihre fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten vollständig zu bedienen, habe er die Zahlungsfähigkeit anhand einer Liquiditätsbilanz zu überprüfen. Diese Prüfung – durch einen sachkundigen Dritten – sei unverzüglich vorzunehmen; mit einer (lediglich) unverzüglichen Auftragserteilung dürfe sich der Geschäftsführer nicht begnügen. Zu Lasten des Geschäftsführers werde sein Verschulden vermutet.

**BGH, Urteil vom 27. März 2012 – II ZR 171/10**

### Leitsatz:

→ Ein Schadensersatzanspruch nach § 628 Abs. 2 BGB scheidet jedenfalls dann aus, wenn der Aufgabenbereich eines GmbH-Geschäftsführers ohne Verletzung seines Anstellungsvertrages eingeschränkt wird und er daraufhin die außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrages erklärt.

### Leitsätze:

→ Verfügt der Geschäftsführer einer GmbH nicht über ausreichende persönliche Kenntnisse, die er für die Prüfung benötigt, ob er pflichtgemäß Insolvenzantrag stellen muss, hat er sich bei Anzeichen einer Krise der Gesellschaft unverzüglich unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einer unabhängigen, für die zu klärenden Fragestellungen fachlich qualifizierten Person beraten zu lassen.

→ Der Geschäftsführer darf sich nicht mit einer unverzüglichen Auftragserteilung begnügen, sondern muss auch auf eine unverzügliche Vorlage des Prüfergebnisses hinwirken.

Anwaltshaftung wegen entgangenem Arbeitseinkommen:

## Überschreiten der Einkommensgrenze des § 5 Abs. 4 Nr. 4 BetrVG führt nicht zur Eigenschaft als „leitender Angestellter“

*BGH: Keine unwiderlegliche Vermutung*

Ein Arbeitnehmer hatte seine Anwälte auf Schadensersatz verklagt, weil diese eine tarifvertragliche Ausschlussfrist übersehen hatten, wonach Gehaltsansprüche nach einem gewissen Zeitraum verfallen. Die Anwälte dagegen meinten, die Verfallklausel sei nicht anwendbar, weil der Kläger leitender Angestellter gewesen sei. Zur Begründung verwiesen sie darauf, dass der Kläger die in § 5 Abs. 4 Nr. 4 BetrVG genannte Einkommensgrenze überschritten habe.

Dies reiche jedoch nicht aus, so der BGH. Allein auf die Regelung des § 5 Abs. 4 Nr. 4 BetrVG dürften sich die Anwälte nicht verlassen, da das Überschreiten der Einkommensgrenze nach dieser Regelung nicht zur unwiderleglichen Vermutung der Eigenschaft als leitender Angestellter führe. Vielmehr hätten sie anhand des arbeitsgerichtlichen Vorprozesses erkennen müssen, dass der Kläger nur geringe Entscheidungsbefugnisse gehabt habe.

**BGH, Beschluss vom 29. März 2012 – IX ZR 214/09**

Rentenansprüche eines Angestellten gegen öffentlich-rechtliche Versorgungskasse:

## Ordentlicher Rechtsweg nicht gegeben

*BGH hält Arbeitsgerichtsbarkeit für zuständig*

Der Kläger, ehemals angestellter Arzt eines von einer kirchlichen Kongregation betriebenen Krankenhauses, streitet mit der Niedersächsischen Versorgungskasse, einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, um die Höhe von Rentenansprüchen. Aufgabe der Versorgungskasse ist es, Beamten und Angestellten ihrer Mitglieder, denen – wie dem Kläger – Ruhegehalt und Hinterbliebenenversorgung nach Landesbeamtenrecht vertraglich zugesichert sind, Versorgungsbezüge zu zahlen. Die Kongregation, Mitglied der Beklagten, hatte den Kläger zur Versorgung angemeldet. Zu einer Sachentscheidung kam es nicht, denn der BGH verneinte in einem Rechtsbeschwerdeverfahren den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten.

Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a ArbGG seien die Gerichte für Arbeitsachen für aus dem Arbeitsverhältnis folgende bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern zuständig. Dazu gehöre auch der Streit über Ansprüche auf eine im Arbeitsvertrag zugesagte betriebliche Altersversorgung. Dies gelte auch dann, wenn der Rechtsstreit durch einen Rechtsnachfolger geführt werde. Die Versorgungskasse sei in diesem Sinne Rechtsnachfolgerin der Arbeitgeberin. Es genüge, dass ein Dritter den Rechtsstreit „anstelle“ der in den §§ 2, 2a ArbGG genannten Personen führe. Auch § 3 ArbGG wolle verhindern, dass der Wechsel der Prozesspartei dazu führe, dass Gerichte verschiedener Gerichtsbarkeiten über denselben Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis entscheiden müssten.

**BGH, Beschluss vom 14. Juli 2011 – III ZB 75/10  
An diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.**

### **Redaktioneller Leitsatz:**

→ Das Überschreiten der Einkommensgrenze nach § 5 Abs. 4 Nr. 4 BetrVG führt nicht zur unwiderleglichen Vermutung der Eigenschaft als leitender Angestellter.

### **Leitsatz:**

→ Für Streitigkeiten über Versorgungsansprüche eines Arbeitnehmers gegen die Niedersächsische Versorgungskasse, die nach ihrer Satzung unter anderem den Zweck hat, Angestellten ihrer Mitglieder, denen Ruhegehaltsberechtigung und Hinterbliebenenversorgung nach dem für niedersächsische Landesbeamte geltenden Vorschriften vertraglich zugesichert sind, Versorgungsbezüge zu zahlen, ist der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten gegeben.

Insolvenz des GmbH-Geschäftsführers und vorenthaltene Arbeitnehmerbeiträge:

## Säumniszuschläge nicht von der Restschuldbefreiung ausgenommen

BGH zu § 302 Nr. 1 InsO und § 24 Abs. 1 SGB IV

Der Kläger hatte es als Geschäftsführer einer GmbH unterlassen, die für die Arbeitnehmer der GmbH zu entrichtenden Gesamtsozialversicherungsbeiträge abzuführen. Die Beklagte erwirkte daher ein rechtskräftiges Versäumnisurteil auf Zahlung der vorenthaltene Arbeitnehmeranteile zuzüglich Säumniszuschlägen. Im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Klägers meldete die Beklagte ihre Forderung als Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung zur Tabelle an. Der Kläger widersprach der Forderung dem Grunde nach; gleichwohl wurde die Forderung mit dem angemeldeten Rechtsgrund zur Tabelle festgestellt.

Vor dem BGH hatte der Kläger Erfolg, soweit es um die Säumniszuschläge ging. Welche Forderungen im Falle einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung des Schuldners von der Restschuldbefreiung nach § 302 Nr. 1 InsO ausgenommen seien, bestimme sich nach dem materiellen Schadensrecht. Hiernach hafte der Geschäftsführer einer GmbH bei einer Vorenthaltung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung nach § 266 a StGB zwar für die notwendigen Kosten der Rechtsverfolgung der Einzugsstelle und für Verzugs- und Prozesszinsen, nicht jedoch für Säumniszuschläge nach § 24 Abs. 1 SGB IV.

**BGH, Urteil vom 16. Februar 2012 – IX ZR 218/10**

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt:

## Arbeitnehmereigenschaft ist nach objektiven Kriterien zu bestimmen

Zur Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs in § 266 a StGB

Bei der Frage nach der Strafbarkeit wegen des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266 a StGB) durch das Unterlassen der Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen kommt es entscheidend darauf an, ob die beschäftigten Personen als „Arbeitnehmer“ im Sinne der Norm angesehen werden können. Der I. Strafsenat des BGH hat nun Kriterien für diese Beurteilung aufgestellt. Danach sind allein die tatsächlichen Umstände maßgeblich, nicht eine zur Verschleierung gewählte Rechtsform.

Die Abgrenzung erfolge anhand objektiver Kriterien, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichnen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses bestehe darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringe, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhalte. Dies decke sich auch mit den Kriterien, die der EuGH zur Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit entwickelt habe. Im konkreten Fall waren Facharbeiter aus Ungarn beschäftigt worden, die drei BGB-Gesellschaften gegründet hatten und als „Gesellschafter“ ein Honorar zwischen 7 und 10 Euro pro Stunde erhielten. Dies erschien dem BGH nicht hinreichend, um eine Arbeitnehmereigenschaft verneinen zu können.

**BGH, Beschluss vom 27. September 2011 – 1 StR 399/11**

### Leitsatz:

→ Hat sich der Schuldner wegen Vorenthaltens von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung nach § 266a StGB strafbar gemacht, gehören Säumniszuschläge nach § 24 Abs. 1 SGB IV nicht zu den von einer Restschuldbefreiung ausgenommenen Verbindlichkeiten aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung.

### Redaktioneller Leitsatz:

→ Ob ein sozialversicherungs- und lohnsteuerpflichtiges Arbeitsverhältnis i.S.v. § 266 a StGB vorliegt, ist anhand objektiver Kriterien zu bestimmen, die die Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichnen, und nicht mithilfe einer zur Verschleierung gewählten Rechtsform. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.

Vorsätzliche Körperverletzungen am Arbeitsplatz:

## BGH nimmt Vorarbeiter und Arbeitgeber in Schutz

*Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung möglich*

Auf dem Bauhof einer Stadt in Nordrhein-Westfalen war es zu mehrfachen Körperverletzungen gekommen, indem bei der Stadt beschäftigte Arbeiter einen Kollegen wiederholt – unter anderem mit Knüppel, Ketten und anderen Werkzeugen – körperlich demütigten. Die handelnden Täter wurden gesondert verfolgt und verurteilt. Der angeklagte Vorarbeiter war bei den Taten anwesend, leistete jedoch keinen Tatbeitrag durch aktives Tun.

Nach Ansicht des BGH kommt eine Verurteilung des Vorarbeiters wegen einer durch Unterlassen begangenen Beihilfe nicht in Betracht. Dem Vorarbeiter komme keine Garantenstellung zu, weil der Geschädigte nicht seiner Kolonne zugeordnet gewesen sei und sich deshalb nicht innerhalb des personellen Verantwortungsbereichs des Angeklagten befunden habe. Im Übrigen beschränke sich die Garantenpflicht auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten und umfasse nicht solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begehe. In Betracht komme indessen eine Bestrafung wegen unterlassener Hilfeleistung (§ 323 c StGB). Ein „Unglücksfall“ im Sinne der Norm könne auch eine Straftat Dritter sein; ein drohender Schaden reiche für die Annahme eines Unglücksfalles aus.

**BGH, Urteil vom 20. November 2011 – 4 StR 71/11**

Rückforderung von Arbeitslohn durch Insolvenzverwalter:

## Klage vor den ordentlichen Gerichten möglich

*...wenn der Arbeitslohn von Dritten gezahlt wurde*

Eine GmbH hatte die Arbeitsvergütung für einen Arbeitnehmer bezahlt, der nicht bei ihr selbst beschäftigt war, sondern bei einer weiteren Gesellschaft, deren Alleingesellschafter die GmbH war. Wenig später wurde über das Vermögen der GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Insolvenzverwalter nahm den Arbeitnehmer gemäß § 134 Abs. 1 InsO auf Erstattung der Lohnzahlungen in Anspruch. Der BGH hatte zu entscheiden, ob für die Geltendmachung der Forderung der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten oder der ordentliche Rechtsweg eröffnet ist.

Der XI. Zivilsenat hält die ordentliche Gerichtsbarkeit für zuständig: Der Insolvenzverwalter sei nicht in die Funktion des Arbeitgebers eingerückt; der Rechtsstreit habe daher nicht die Rückforderung von Arbeitsentgelt durch den Arbeitgeber gegenüber einem seiner Arbeitnehmer zum Gegenstand. Der Insolvenzverwalter werde zwar grundsätzlich faktisch Arbeitgeber, nicht jedoch in der vorliegenden Konstellation: Die Schuldnerin (die GmbH) sei dem Beklagten gegenüber mangels eines zwischen beiden bestehenden Arbeitsverhältnisses nicht zur Zahlung von Arbeitslohn verpflichtet gewesen, sondern habe die Überweisungen als Dritte erbracht. Demgemäß sei die GmbH nicht die Arbeitgeberin des Beklagten gewesen. Dies wirke sich auch auf die Stellung des Insolvenzverwalters aus.

**BGH, Beschluss vom 19 Juli 2012 – IX ZB 27/12**

### Leitsatz:

→ Entrichtet ein Dritter anstelle des Arbeitgebers die dem Arbeitnehmer geschuldete Arbeitsvergütung, ist für eine Insolvenzanfechtung dieser Zahlung der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben.

### Leitsatz:

→ Aus der Stellung als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzter kann sich eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter ergeben. Diese beschränkt sich indes – unabhängig von den tatsächlichen Umständen, die im Einzelfall für die Begründung der Garantenstellung maßgebend sind – auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten und umfasst nicht solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begeht.

### Impressum

Herausgeber:  
Dr. Siegfried Mennemeyer  
Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof  
Herrenstraße 23, 76133 Karlsruhe  
Telefon: +49 721 18058-49  
Telefax: +49 721 18058-57  
E-Mail: karlsruhe@bgh-anwalt.de

Texte und Redaktion:  
Dr. Siegfried Mennemeyer  
Dr. Jan-Dirk Rausch

Herstellung:  
Matthias Meier  
www.remame.de