

ARBEITSRECHT NEWS

ARBEITSRECHT UND SOCIAL MEDIA: TWITTERN AM ARBEITSPLATZ?

von **Julia Zange**

Frankfurt am Main
Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Maître en droit
jzange@jonesday.com
++49 69 9726 3939

INHALT

Arbeitsrecht und Social Media: Twittern am Arbeitsplatz?	1
Im Wald der Antidiskriminierungs- Rechtsprechung	4
Pflichten des Arbeitgebers bei der Neubesetzung eines Arbeitsplatzes	6
BMF-Schreiben zur Abziehbarkeit von Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer	8
Die Gefahren vermeintlich flexibler oder überzogen weiter Wettbewerbsverbote	9

Mit dem Begriff Social Media (auch Soziale Medien) werden alle Medien (Plattformen) bezeichnet, die die Nutzer über digitale Kanäle in der gegenseitigen Kommunikation und im interaktiven Austausch von Informationen unterstützen. Die am meisten verbreiteten Social Media Technologien sind Weblogs, Foren, Soziale Netzwerke, Wikis und Podcasts; sämtlich funktionieren sie über das WorldWideWeb bzw. Internet. Soweit die Nutzer in einem Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitgeber stehen, können Konflikte auftreten, insbesondere durch die Nutzung am Arbeitsplatz und/oder die Inhalte von Äußerungen, die in Social Media-Foren getätigt werden.

■ PRIVAT-NUTZUNG VON SOCIAL MEDIA AM ARBEITSPLATZ UND WÄHREND DER ARBEITSZEIT

Die private Nutzung des dienstlichen Internetzugangs für Social Media-Anwendungen ist grundsätzlich *unzulässig*, es sei denn, der Arbeitgeber hat die Privatnutzung des Internet (ausdrücklich oder konkludent) erlaubt. Eine konkludente Erlaubnis ist in der Praxis bereits dann anzunehmen, wenn der Arbeitgeber bei Kenntnis der gelegentlichen Privatnutzung durch den Mitarbeiter nicht dagegen vorgeht, sondern dies „sehenden Auges“ toleriert.

Dasselbe gilt für die Nutzung von Social Media über ein eigenes Smartphone während der Arbeitszeit; eine solche Privatsnutzung während der Arbeitszeit ist, wie auch Telefonieren und SMS-Schreiben über das private Mobiltelefon, grundsätzlich unzulässig.

Der Arbeitgeber kann Mitarbeiter außerdem anzuweisen, ein privates Smartphone/ Mobiltelefon während der Arbeitszeit auf „lautlos“ zu stellen, um Störungen durch akustische Signale zu vermeiden.

Praxishinweis:

Um Streitigkeiten betreffend der Reichweite einer erlaubten/ verbotenen Privatsnutzung zu vermeiden, soll der Arbeitgeber möglichst eine ausdrückliche und eindeutige Regelung zur (Privat-) Nutzung von Internet/ Web 2.0 aufstellen. Aus rechtlicher Sicht ist es dabei am einfachsten, die Privatsnutzung ausnahmslos und umfassend zu untersagen.

Zwar nicht im Hinblick auf das „Ob“, jedoch im Hinblick auf die genaue Ausgestaltung und das „Wie“ der Nutzung und des Nutzungsverhaltens besteht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG: „Fragen der betrieblichen Ordnung“ und § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG: „Einführung und Anwendung einer technischen Überwachungseinrichtung“).

■ LOYALITÄTSPFLICHTVERLETZUNGEN BEI AUSSERDIENSTLICHER (PRIVATER) NUTZUNG VON SOCIAL MEDIA

Aufgrund des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG werden Nebenpflichten im Zusammenhang mit dem außerdienstlichen Verhalten des Arbeitnehmers nur sehr zurückhaltend bejaht; das Privatleben und die private Lebensführung des Arbeitnehmers ist ein verfassungsrechtlich geschützter Raum, der grundsätzlich von der arbeitsvertraglichen Sphäre zu trennen ist. Zudem ist bei privat veranlassten Äußerungen im Internet/

Web 2.0 (etwa Blogbeiträge, Postings auf Facebook etc.) das Grundrecht des Arbeitnehmers auf Meinungsfreiheit (Art. 5 GG) zu beachten. Die Meinungsfreiheit ist jedoch nicht grenzenlos, sondern stets abzuwägen mit der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit des Arbeitgebers und seinem Schutz vor Störungen des Arbeitsablaufs und des Betriebsfriedens. Dem Arbeitnehmer obliegt dabei—trotz Meinungsfreiheit—die arbeitsvertragliche Nebenpflicht, das unternehmerische Handeln des Arbeitgebers durch seine Meinungsäußerungen nicht unsachlich und übermäßig zu beeinträchtigen und das Unternehmen des Arbeitgebers nicht vorsätzlich zu schädigen (Loyalitätspflicht).

Loyalitäts-/ Treupflichtverletzungen kommen auch bei der Nutzung des Internet in der Freizeit vor bzw. bei Aktivitäten in einem privaten Web 2.0-Forum: vorsätzliche Falschangaben über Unternehmensstrukturen; unzulässige Bekanntgabe von Interna; Beleidigungen oder Verleumdungen von Vorgesetzten, Kollegen und Kunden; ungerechtfertigte, unsachliche und schmähende Kritik sowie Beleidigungen des Arbeitgebers, von Kollegen oder von Kunden in allgemein zugänglichen Foren/ Verunglimpfung des Arbeitgebers, des Unternehmens oder von Produkten in privaten Internetforen; Rufschädigung; Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.

Als Sanktion bei Verstößen gegen die Loyalitäts- und Nebenpflichten im außerdienstlichen Bereich kommen sowohl Abmahnung, im Wiederholungsfalle auch eine Kündigung, bei besonders schweren Verstößen (z.B. Verbreitung unrichtiger Behauptungen über die wirtschaftliche und finanzielle Lage des Unternehmens, die geeignet sind, die Kreditwürdigkeit des Arbeitgebers zu schädigen; Schmähkritik) auch eine fristlose Kündigung in Betracht; daneben auch Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche.



Seit 1. Januar 2011 wird das Arbeitsrechtsteam in Frankfurt verstärkt durch **Julia Zange**. Sie ist Fachanwältin für Arbeitsrecht, studierte außer in Deutschland auch in Paris (Sorbonne) und praktizierte einige Jahre bei einer kleineren Kanzlei in Frankfurt.

■ GEHEIMHALTUNGS-/VERSCHWIEGENHEITSVERPFLICHTUNG: VERRAT VON GESCHÄFTSGEHEIMNISSEN UND NUTZUNG VON GESCHÄFTSGEHEIMNISSEN UND NUTZUNG VON INTERNET/WEB 2.0

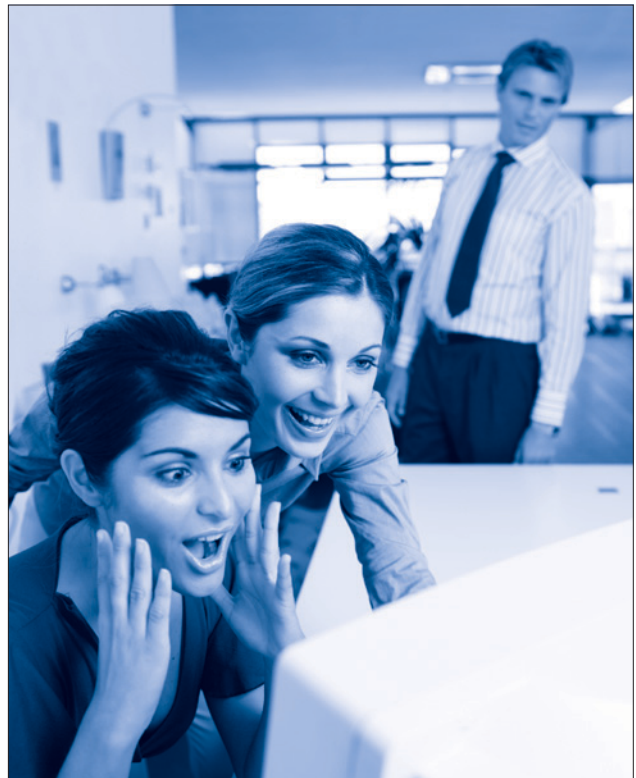
Eine der wichtigsten Nebenpflichten des Arbeitnehmers liegt in seiner Pflicht zur Geheimhaltung/ Verschwiegenheit. Die Geheimhaltungspflicht untersagt es dem Arbeitnehmer, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse und andere als vertraulich gekennzeichnete Daten und Informationen an unberechtigte Dritte zu offenbaren. Das gilt sowohl bei einer Offenbarung an einzelne dritte Personen, aber „erst recht“ bei einer Offenbarung im Internet/ Web 2.0. Die Pflichtverletzung wiegt hier umso schwerer, als der Adressatenkreis im Internet unüberschaubar und praktisch unbegrenzt ist und eine Information, die einmal in einer Web 2.0-Anwendung eingestellt ist, kaum mehr der Kontrolle des Absenders unterliegt; die Reichweite einer Mitteilung wird damit „unendlich“.

Verstößt der Arbeitnehmer gegen seine Pflicht zur Verschwiegenheit, kommen als Rechtsfolge während der Dauer des Arbeitsverhältnisses vor allem eine Abmahnung als auch eine Kündigung in Betracht. Daneben kann der Arbeitgeber eine Unterlassungsklage und im Falle eines nachweisbaren Schadens eine Schadensersatzklage anstrengen. Im Falle einer Vertragsstrafenregelung wäre bei einem Verstoß die festgelegte Vertragsstrafe verwirkt.

Praxishinweis:

Unternehmen können sich faktisch kaum gegen das Ausplaudern von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen schützen. Denn ein Mitarbeiter, der rein tatsächlich Kenntnis von vertraulichen Informationen hat, kann diese jederzeit ohne Weiteres weitergeben; jeder Mitarbeiter, der vertrauliche Informationen erlangt hat, stellt insofern ein (latentes) Risiko dar. Vertrauliche Informationen schützt man also am besten dadurch, dass man sie nicht preisgibt; insofern wird es sinnvoll sein, abgestufte Zugriffsrechte einzurichten und Betriebs-/Geschäftsgeheimnisse betriebsintern nur ausgewählten Personen bzw. Personen, für die diese Information tatsächlich relevant ist, zur Verfügung zu stellen und im Einzelfall zu prüfen, ob es für die Ausübung der arbeitsvertraglichen Tätigkeiten auf die Kenntnis der jeweiligen Informationen tatsächlich ankommt.

Im einzelnen Arbeitsverhältnis sollten ausdrückliche Geheimhaltungspflichten vereinbart werden (Klausel im



Arbeitsvertrag). Zusätzlich kann ein schriftlicher Hinweis auf die (bestehende) Geheimhaltungspflicht jeweils ad hoc bei Mitteilung einer konkreten vertraulichen Information wiederholt werden.

Zur „Abschreckung“ bzw. Verdeutlichung sollte außerdem eine Vertragsstrafenregelung vereinbart werden; eine Vertragsstrafe in Höhe von 2-3 Brutto-Monatsgehältern dürfte, solange dem Mitarbeiter der Nachweis eines geringeren Schadens vorbehalten bleibt, zulässig sein.

■ SOCIAL MEDIA RICHTLINIEN

Loyalitätspflichten des Arbeitnehmers in Zusammenhang mit der Nutzung und Kommunikation in Social Media (wie: Verbot der Beleidigung des Arbeitgebers, Unterlassen von unsachlicher Kritik/ Schmähkritik etc.) bestehen als arbeitsvertragliche Nebenpflicht in jedem Arbeitsverhältnis und zwar auch ohne gesonderten vertraglichen Begründungstatbestand. Derartige Nebenpflichten kann der Arbeitgeber demnach auch einseitig darstellen und „anordnen“, etwa in Social Media Richtlinien, die für den einzelnen Arbeitnehmer binden sind.

Darüber hinausgehende Pflichten in Zusammenhang mit dem Nutzungs- und Kommunikationsverhalten in Social

Media Web 2.0 setzen aber wohl eine individuelle Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer voraus. In eine solche Vereinbarung könnte, soweit es um Pflichten geht, wiederum eine Vertragsstrafenregelung als Sanktion aufgenommen werden.

Dort, wo ein Betriebsrat besteht, ist bei Einführung von Social Media Richtlinien dessen Mitbestimmungsrecht zu beachten; soweit die Richtlinien das Ordnungsverhalten der Beschäftigten betreffen, unterliegen sie der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrates. Missachtet der Arbeitgeber dieses betriebliche Beteiligungsrecht, können keine wirksamen Verhaltenspflichten der Arbeitnehmer in Bezug auf Social Media begründet werden (sog. Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung). In Bezug auf privates Kommunikationsverhalten im Web 2.0/ Internet besteht hingegen kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, da es sich hier nicht mehr um „Ordnungsverhalten im Betrieb“ handelt.

IM WALD DER ANTIDISKRIMINIERUNGS-RECHTSPRECHUNG

von **Friederike Göbbels**

München
Rechtsanwältin/Fachanwältin f. Arbeitsrecht
fgoebbels@jonesday.com
++49 89 2060 42 200

Seit vier Jahren gibt es in Deutschland nun das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), das vor Diskriminierung schützen und Verstöße dagegen sanktionieren soll. Inzwischen ergingen auch schon eine ganze Reihe interessante BAG-Urteile zu diesem Thema. Einige aus dem Jahre 2010 werden nachfolgend vorgestellt neben Hinweisen zu themenverwandter Rechtsprechung des EuGH und einer besonderen Entscheidung aus der Zivilgerichtsbarkeit im Hinblick Ansprüche eines GmbH-Geschäftsführers wegen Altersdiskriminierung.

■ BEFÖRDERUNG (ZUR GESCHLECHTERDISKRIMINIERUNG)

Im Zusammenhang mit dem aktuell stark diskutierten Thema „Frauenquote“ stehen geschlechterbezogene Diskriminierungsklagen, die darauf aufbauen, dass ein Mann und nicht die sich ebenfalls bewerbende Frau auf eine Stelle befördert wird. Wir hatten in dem Newsletter 1/2009 die Berufungsentscheidung des LAG

Berlin-Brandenburg besprochen, auf deren Basis nun am 22. Juli 2010 die Revisionsentscheidung des BAG (8 AZR 1012/08) ergangen ist. Das BAG hat darin die Indizwirkung von statistischen Daten abgeschwächt. Insbesondere soll es nicht ausreichen, das durch eine Statistik belegt wird, dass in derselben Branche der Frauenanteil auf vergleichbarer Hierarchieebene höher ist als beim verklagten Arbeitgeber. Ebenso wenig soll es für die Vermutung einer Geschlechterdiskriminierung ausreichend sein, wenn eine Bewerberin nicht befördert wird und statistisch dargestellt werden kann, dass in den oberen Hierarchieebenen des Arbeitgebers ein deutlich geringerer Frauenanteil als im Gesamtunternehmen vorliegt. Zwar soll solchen statistischen Auswertungen sehr wohl eine Indizfunktion zukommen können. Sie reichen jedoch nach Auffassung des BAG nicht alleine aus, um die Vermutung einer Diskriminierung auszulösen. Das BAG verlangt über die statistischen Daten hinaus auf den Fall bezogene Anhaltspunkte für eine geschlechterbezogene Benachteiligung.

■ BEWERBUNGSVERFAHREN (ZUR BEHINDERTENDISKRIMINIERUNG)

Das BAG hat mit Urteil vom 17. August 2010 (9 AZR 839/08) entschieden, dass die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Behinderung des Klägers alleine deswegen vermutet werden kann, wenn die innerhalb der vorgegebenen Bewerbungsfrist eingereichte Bewerbung wegen bereits erfolgter Stellenbesetzung zurückgewiesen wird. Das BAG geht davon aus, dass als die Vermutung auslösende Tatsache alle Pflichtverletzungen in Betracht kommen, die Vorschriften zur Förderung der Chancen von schwerbehinderten Menschen betreffen. Dabei ist die Prüfungspflicht gemäß § 81 I 1 SGB IX von hervorgehobener Bedeutung, der gemäß ein Arbeitgeber vor der Besetzung einer Stelle prüfen muss, ob der freie Arbeitsplatz mit einem schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann. Die Pflicht erstreckt sich sowohl auf eine Recherche außerhalb des Unternehmens über die Agentur für Arbeit wie auch eine Prüfung, ob die Stelle mit einem bereits beschäftigten schwerbehinderten Arbeitnehmer besetzt werden kann. Mit einer Besetzung der Stelle vor Ablauf der gesetzten Bewerbungsfrist darf diese Prüfungspflicht nicht umgangen werden. Die in einem solchen Fall ausgelöste Vermutungswirkung einer Diskriminierung muss der Arbeitgeber widerlegen, was im entschiedenen Fall nicht gelang.

■ STELLENANZEIGE (ZUR ALTERSDISKRIMINIERUNG)

Das BAG hat mit Urteil vom 19. August 2010 (8 AZR 530/09) entschieden, dass die in einer Stellenanzeige zum Ausdruck gebrachte explizite Suche nach einem jungen Bewerber/ einer jungen Bewerberin die Vermutung auslöst, dass ein abgelehnter Bewerber wegen seines Alters benachteiligt wird, wenn es zur Einstellung einer deutlich jüngeren Person kommt. Eine nicht altersneutrale Stellenausschreibung indiziert daher eine Altersdiskriminierung. Dass die erfolgte Einstellung einer jüngeren Person dennoch keine Diskriminierung darstellt, muss der Arbeitgeber widerlegen. Dies gelang im entschiedenen Fall nicht. Daher wurde dem zum Bewerbungszeitpunkt 49-jährigen Kläger ein Entschädigungsanspruch zuerkannt. Das Unternehmen hatte sich für eine 33-jährige Mitbewerberin entschieden.

Bei der Festlegung einer angemessenen Entschädigung wegen eines immateriellen Schadens hat das Gericht die gesetzliche Grenze von drei Monatsgehältern zu beachten,

wenn das Unternehmen den Nachweis erbringen kann, dass der nicht eingestellte Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Im entschiedenen Fall wurde die zu zahlende Entschädigung mit einem Bruttomonatsgehalt der eingestellten Bewerberin festgelegt. Der zusätzlich vom Kläger in dem Verfahren gestellte und besonders gefährliche Antrag auf materiellen Schadensersatz in Form von (unbegrenztem) Verdienstausschlag wurde abgelehnt, weil der Bewerber nach Auffassung des BAG beweisen muss, dass er bei Außerachtlassung des Alters eingestellt worden wäre und ihm dies nicht gelang.

■ ALTERSGRENZEN AUF DEM PRÜFSTAND DES EUGH

Der Europäische Gerichtshof hat immer öfter zur Frage der Wirksamkeit von Altersgrenzen Stellung zu nehmen, die Rechte von Arbeitnehmern in Tarifverträgen oder Gesetzen beschränken. Zu nennen ist insoweit vor allem die EuGH-Entscheidung vom 19. Januar 2010 (C-555/07) im Hinblick auf die bei der Berechnung der gesetzlichen



Mindestkündigungsfristen fehlende Berücksichtigung von Betriebszugehörigkeitszeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres eines Mitarbeiters. Diese gesetzliche Regelung (§ 622 Abs. 2 Satz 2 BGB) stellt eine Benachteiligung von jüngeren Arbeitnehmern dar. Das BAG hat dementsprechend mit seiner Entscheidung vom 1. September 2010 (5 AZR 700/09) die gesetzliche Regelung für nicht mehr anwendbar erklärt.

Außerdem ergingen Entscheidungen des EuGH zur nationalen Höchstaltersgrenze für Vertragszahnärzte in Deutschland (v. 12.01.2010 – C-341/08) sowie zum tariflich geregelten Rentenalter von 65 Jahren, das bei Gebäudereinigern zur automatischen Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen soll (v. 12.10.2010 – C-45/09) und zur gesetzlichen Verrentungsregelung von Universitätsprofessoren (v. 18.11.2010 – C 250/09 u. C 268/09). Die Entscheidungen zeigen, dass tarifliche und gesetzliche Altersgrenzenregelungen im Hinblick auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich möglich sind, sofern ein legitimes Ziel (z.B. bessere Beschäftigungsverteilung zwischen den Generationen) mit angemessenen und erforderlichen Mitteln verfolgt wird. Ob dieser Prüfungsmaßstab auch für Altersgrenzen gilt, die in Betriebsvereinbarungen oder Einzelarbeitsvertrag festgelegt sind, ist eine offene Frage.

■ ALTERDISKRIMINIERUNG EINES GMBH-GESCHÄFTSFÜHRERS

Der Geschäftsführer einer GmbH ist kein Arbeitnehmer. Klagen werden deswegen nicht vor dem Arbeitsgericht sondern vor dem Zivilgericht verhandelt. Daher entschied das OLG Köln (18 U 196/09) am 29. Juli 2010 über die Diskriminierungsklage eines Geschäftsführers. Das Gericht wandte die Diskriminierungsvorschriften des AGG auf den weisungsabhängige Fremdgeschäftsführer (d.h. Organ ohne Beteiligung am Unternehmen) entsprechend an. Der zum Zeitpunkt des Schadensereignisses 62-jähriger Geschäftsführer hatte eine altersdiskriminierende Nichtverlängerung seines Dienstvertrages geltend gemacht. Aus Pressemitteilungen war erkennbar, dass das Alter für die negative Entscheidung des Aufsichtsrates jedenfalls auch eine Rolle gespielt hatte. Als Entschädigung wurde dem Kläger unter Würdigung aller Umstände ein Betrag in Höhe von zwei Bruttomonatsgehältern zugesprochen. Die Revision wurde zugelassen, so dass zu beobachten bleibt, wie der BGH mit dem Thema umgehen wird.

PFLICHTEN DES ARBEITGEBERS BEI DER NEUBESETZUNG EINES ARBEITSPLATZES

von **Claudia Röthlingshöfer**

München
Rechtsanwältin; Mediatorin
croethlingshoefer@jonesday.com
++49 89 20 60 42 200

Im Rahmen der Besetzung jeder freien Stelle hat der Arbeitgeber zahlreiche Hürden zu nehmen. Neben Informations- und Beteiligungsrechten des Betriebsrats und einer möglicherweise bestehenden Pflicht zu einer betriebsinternen Ausschreibung der Stelle, ist jeder Arbeitgeber gesetzlich verpflichtet, vor der Vergabe frühzeitig mit der Agentur für Arbeit Verbindung aufzunehmen, um die Einstellung eines arbeitssuchenden Schwerbehinderten zu ermöglichen. In diesem Beitrag sollen im Lichte der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts mögliche Konsequenzen bei der Nichtbeachtung dieser Konsultationspflicht beleuchtet werden.

■ KONTAKTIERUNG DER AGENTUR FÜR ARBEIT— EINE GRUNDSÄTZLICHE PFLICHT DES ARBEITGEBERS BEI DER ARBEITSPLATZBESETZUNG

Jeder Arbeitgeber ist verpflichtet, mit der Agentur für Arbeit in Kontakt zu treten, wenn eine Stelle neu vergeben werden soll. Mit der Kontaktaufnahme soll die Agentur für Arbeit prüfen können, ob die Stelle mit gemeldeten, arbeitssuchenden, schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann.

Diese Pflicht ist in SGB IX normiert: „Die Arbeitgeber sind verpflichtet zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen, besetzt werden können. Sie nehmen frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit auf.“ (§ 81 Absatz 1 Satz 1 und 2 SGB IX).

■ VERLETZUNG DER KONSULTATIONSPFLICHT

Verletzt der Arbeitgeber diese Pflicht, ist bereits diese Tatsache grundsätzlich geeignet, die Vermutung einer Benachteiligung des Bewerbers wegen seiner Behinderung zu begründen. Ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot kann einen Entschädigungsanspruch begründen. Eine Benachteiligung liegt vor, wenn ein Schwerbehinderter wegen seiner Behinderung eine weniger günstige Behand-



lung als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

■ RECHTSPRECHUNG DES BAG

Das BAG hat die Pflichten des Arbeitgebers zur Konsultation der Agentur für Arbeit in mehreren aktuellen Entscheidungen weiter konkretisiert. Im einem vom BAG zu entscheidenden Fall suchte ein Arbeitgeber über ein Inserat einen Mitarbeiter zur Besetzung einer freien Stelle. Ein schwerbehinderter Arbeitnehmer bewarb sich unter Hinweis auf seine Behinderung auf die Stellenanzeige, obwohl seine Qualifikation nicht der in der Anzeige angegebenen entsprach. Kontakt mit der Agentur für Arbeit nahm der Arbeitgeber im Laufe des Bewerbungsverfahrens nicht auf. Als der schwerbehinderte Bewerber nicht zu einem Gespräch eingeladen und die Stelle anderweitig besetzt wurde, verlangte der Bewerber eine Entschädigung wegen nicht gerechtfertigter Diskriminierung auf Grund seiner Behinderung. Das BAG gab ihm mit der Begründung recht, der Arbeitgeber habe durch Missachtung der Konsultationspflicht bei der Agentur für Arbeit den Anschein erweckt, an der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen nicht interessiert zu sein und möglichen

Vorschlägen zur Vermittlung Schwerbehinderter aus dem Weg gehen zu wollen.

Für die Anspruchsbegründung genügt es nach dem Urteil der Bundesrichter, wenn der Schwerbehinderte Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung wegen der Behinderung *vermuten* lassen. Indem der Bewerber nicht zum Gespräch geladen wurde, obgleich ihm die fachliche Eignung jedenfalls nicht offensichtlich gefehlt hatte, habe der Arbeitgeber nach dem Urteil der Bundesrichter dem betroffenen Bewerber von vornherein die Möglichkeit genommen, ihn von seiner Eignung zu überzeugen. (Urteil vom 12.09.2006 – 9 AZR 807/05).

Der Entschädigungsanspruch unterliegt nach einem weiteren Urteil des BAG jedoch gewissen Grenzen. Ein Anspruch im Falle einer erfolglosen Bewerbung eines schwerbehinderten Menschen setzt nach dem richterlichen Dafürhalten zumindest voraus, dass die Bewerbung im Zeitpunkt der Besetzungsentscheidung des Arbeitgebers bereits vorliegt. Obwohl in dem zu entscheidenden Fall der Arbeitgeber keinen Kontakt mit der Agentur für Arbeit aufgenommen hatte, wurde der Kläger vom Arbeitgeber im Vergleich zu dem

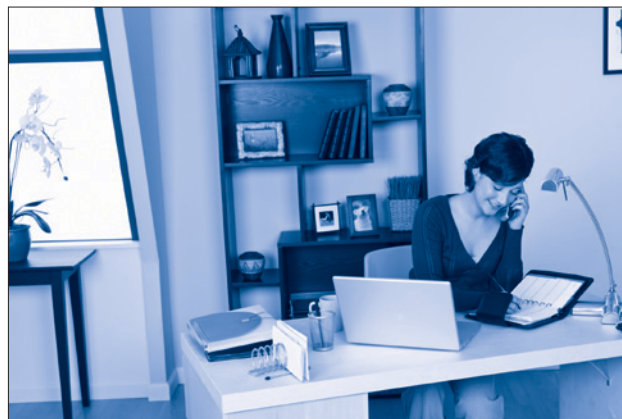
eingestellten Bewerber nach Auffassung des BAG nicht benachteiligt, da sich dieser—im Gegensatz zu dem schwerbehinderten Bewerber—zu einem Zeitpunkt beworben hatte, als die Stelle noch nicht vergeben war. Der Verstoß gegen die gesetzlichen Pflichten zur Förderung schwerbehinderter Menschen wurde als unerheblich angesehen—zu dem Zeitpunkt, als der Arbeitgeber die Agentur für Arbeit kontaktieren hätte müssen, hatte sich der Kläger noch gar nicht beworben und wurde somit nicht vom Schutzzweck des Gesetzes erfasst. (Urteil vom 19.08.1010 – 8 AZR 370/09).

Besetzt der Arbeitgeber die Stelle jedoch bereits vorzeitig vor Ablauf des Bewerbungsverfahrens mit seinem Wunschkandidaten, so sieht der Fall anders aus—wie die Bundesrichter durch Urteil vom 17.08.2010 (9 AZR 839/08) klarstellten. Auch hier hatte es der Arbeitgeber im Rahmen der Stellenausschreibung unterlassen, die Agentur für Arbeit einzuschalten. Das BAG befand, dass der Arbeitgeber den Bewerber wegen seiner Behinderung benachteiligt hatte, da er schon nicht in die Auswahl einbezogen wurde, obwohl er sich innerhalb der vorgegebenen Bewerbungsfrist beworben hatte und billigte dem schwerbehinderten Bewerber einen Entschädigungsanspruch zu. Ein Zusammenhang zwischen nachteiliger Behandlung und Behinderung ist nach dem BAG bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung an die Behinderung anknüpfe oder durch sie motiviert sei. Wenn der Arbeitgeber nicht prüft, ob der freie Arbeitsplatz mit einem bei der Agentur für Arbeit als arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann, so ist die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Behinderung bereits begründet.

■ FAZIT

Es ist dringend zu raten, bei der Ausschreibung einer neu zu besetzenden Stelle die Agentur für Arbeit zu kontaktieren. Unterlässt der Arbeitgeber dies, kann dieser Pflichtverstoß womöglich einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung eines nicht berücksichtigten, schwerbehinderten Bewerbers begründen. Dem Arbeitgeber kann in diesem Fall unterstellt werden, er sei an der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen nicht interessiert und wolle Vermittlungsvorschläge aus dem Weg gehen.

Eine Konsultationspflicht besteht im Übrigen nicht nur bei der Besetzung einer Stelle mit einem festangestellten Arbeitnehmer, sondern auch bei einer Besetzung mit einem Leiharbeitnehmer (vgl. Beschluss des BAG vom 23.06.2010 – 7 ABR 3/09).



BMF-SCHREIBEN ZUR ABZIEHBARKEIT VON AUFWENDUNGEN FÜR EIN HÄUSLICHES ARBEITSZIMMER

von **Dr. Christian Funke**, LL.M. OEC.

Frankfurt
Rechtsanwalt/Steuerberater
cfunke@jonesday.com
++49 69 9726 3939

Der Gesetzgeber ist im Jahressteuergesetz (JStG) 2010 durch die Einfügung des § 4 Absatz 5 Satz 1 Nr. 6b) EStG der durch das Bundesverfassungsgericht auferlegten Verpflichtung hinsichtlich der Abziehbarkeit der Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer nachgekommen. Demnach sind Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer sowie die Kosten der Ausstattung in den Veranlagungszeiträumen ab 2007 dann als Betriebsausgaben bzw. Werbungskosten abziehbar, wenn das Arbeitszimmer (1) den Mittelpunkt der gesamten betrieblichen und beruflichen Betätigung bildet oder (2) für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht. Im letzteren Fall wird die Höhe der abziehbaren Aufwendungen auf € 1.250 pro Jahr limitiert.

Das Bundesfinanzministerium (BMF) hat nun im Schreiben vom 15. 12. 2010 (Aktenzeichen: IV A 3 – S 0338/07/10010-03) Regelungen zur Behandlung der folgenden, noch offenen Fälle getroffen:

- die Behandlung der vorläufig ergangenen Einkommensteuer- und Feststellungsbescheide in den Fällen des § 165 der Abgabenordnung (AO) ab 2007;
- die Behandlung der Fälle bei erstmalig ergehenden Einkommensteuer- und Feststellungsbescheiden für die Veranlagungs- bzw. Feststellungszeiträume ab 2007;

- die Behandlung der anhängigen Einspruchsverfahren; sowie
- die Behandlung der Vollziehungsaussetzungsverfahren.

Die Regelungen des Schreien sollen einheitlich für die Finanzverwaltung spätestens ab dem 3. Januar 2011 gelten.

DIE GEFAHREN VERMEINTLICH FLEXIBLER ODER ÜBERZOGEN WEITER WETTBEWERBSVERBOTE

von **Georg Mikes**

Frankfurt
Rechtsanwalt/Fachanwalt f. Arbeitsrecht
gmikes@jonesday.com
++49 69 9726 3939

Nach deutschem Recht stellt die Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots praktisch die einzige effektive Möglichkeit dar, einen Arbeitnehmer nach dessen Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis daran zu hindern, selbst als Wettbewerber aufzutreten oder für einen Wettbewerber tätig zu werden. Allerdings sind nachvertragliche Wettbewerbsverbote keine billige Angelegenheit. Um wirksam zu sein, müssen sie unter anderem vom Versprechen der Zahlung einer bestimmten Kriterien genügenden Karenzentschädigung begleitet sein. Zugleich wird ein Arbeitgeber bei Einstellung des Arbeitnehmers oft nicht vorab einschätzen können, ob dieser Arbeitnehmer—sollte er später ausscheiden—so viel an Kenntnissen und Fähigkeiten mitnehmen wird, dass seine Wettbewerbsunterlassung das Geld wert ist, welches an Karenzentschädigung zu zahlen ist. So verwundert es nicht, dass Arbeitgeber nach Wegen suchen, eine gewisse Flexibilität zu bewahren. Diese muss allerdings abgewogen werden gegen die rechtlichen Schwierigkeiten, die auftreten können, wenn sich der Arbeitgeber allzu viel an Flexibilität vorbehalten wollte. Schlägt der Versuch des Arbeitgebers fehl, hat der Arbeitnehmer oft sogar noch mehr an Handlungsoptionen.

■ DER VERZICHT ALS GESETZLICHE HANDLUNGSOPTION

Ist ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot einmal vereinbart, hat der Arbeitgeber (laut Gesetz der sog. „Prinzipal“) zwar durchaus die Möglichkeit, sich mittels Erklärung eines Verzichts sogar einseitig davon zu distanzieren (§ 75 a Handelsgesetzbuch). Allerdings hat dies einen entscheidenden Nachteil: Die Verpflichtung zur Zahlung der Karenzentschädigung besteht noch bis zu einem Jahr weiter.

Dabei ist vielfach unbekannt, dass ein solcher Verzicht es dem Arbeitnehmer (hier spricht das Gesetz vom „Handlungsgehilfen“) ermöglicht, *sofort* Wettbewerb zu betreiben, sobald er aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Sobald also die „nachvertragliche“ Phase beginnt, laufen Zahlung der Karenzentschädigung und Wettbewerbsenthaltung nicht mehr parallel. Daher wird der Verzicht des Arbeitgebers meist nur in eng umrissenen Fällen in Betracht kommen. Dies etwa dann, wenn ein großer Teil des einen Jahres von einer langen Kündigungsfrist überlappt wird, während derer ohnehin kein Wettbewerb betrieben werden kann und keine Karenzentschädigung anfällt. Ebenso dann, wenn der Verzicht für den Prinzipal wegen der Länge des ursprünglich vereinbarten Wettbewerbsverbots—bis 2 Jahre sind möglich—dennoch von Interesse ist, weil wenigstens im zweiten Jahr nichts mehr zu zahlen ist. Ein weiterer Fall ist gegeben, wenn damit zu rechnen ist, dass der Arbeitnehmer sich hinreichendes anderweitiges Einkommen anrechnen lassen muss, so dass die Zahlung der Karenzentschädigung nur noch in wenig schmerzhafter Höhe erfolgen würde. Die Prognose und rechtliche Würdigung dieser Fälle kann jedoch oft schwierig sein.

■ DIE GEFAHR DER UNVERBINDLICHKEIT

Wegen der Nachteile beim reinen Verzicht suchen Arbeitgeber oft andere Wege, sich Flexibilität zu erhalten. Dabei kommt allerdings der von der Rechtsprechung getroffenen Unterscheidung zwischen *unwirksamen* und *unverbindlichen* Wettbewerbsverboten eine wesentliche Bedeutung zu. Unwirksamkeit bedeutet, dass keine der Parteien sich auf das Wettbewerbsverbot berufen kann. Für den Arbeitgeber bedeutet dies, dass er zwar keine Wettbewerbsenthaltung seines früheren Arbeitnehmers erwarten kann, aber auch keine Karenzentschädigung zahlen muss. Wichtigstes Beispiel hierfür ist das völlige Fehlen einer Verpflichtung zur Zahlung einer Karenzentschädigung. Bei der Unverbindlichkeit hingegen, die unter anderem dann angenommen wird, wenn die Karenzentschädigung in zu geringer Höhe zugesagt wird, hat der Arbeitnehmer die Wahl: Er kann sich entschließen, das Wettbewerbsverbot zu ignorieren und Wettbewerb zu betreiben, hat dann aber natürlich auch keinen Anspruch auf Karenzentschädigung. Oder er kann sich entscheiden, das Wettbewerbsverbot zu beachten, dafür aber die zugesagte Entschädigung fordern.

Neben zu geringer Entschädigung gibt es aber auch andere Gründe, die zu einer Unverbindlichkeit des Wettbewerbsverbotes führen können. Wie weit diese Rechtsprechung



reichen kann, verdeutlicht beispielhaft das Urteil des BAG vom 14. Juli 2010 (10 AZR 291/09). Hier hatte sich der Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag verpflichtet, nach Ablauf der Probezeit „jederzeit auf Verlangen“ des Arbeitgebers ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot entsprechend der ausformulierten Anlage zum Arbeitsvertrag abzuschließen. Zu keinem Zeitpunkt hat der Arbeitgeber ein entsprechendes Verlangen an den Arbeitnehmer gerichtet. Dieser hat aber nach seinem Ausscheiden die Zahlung der Karenzentschädigung vom Arbeitgeber verlangt. Damit fand der Arbeitnehmer vor dem BAG Gehör. Dieses wertete die Vereinbarung zum Wettbewerbsverbot im Arbeitsvertrag als einen *Vorvertrag*. Grundsätzlich wollte das BAG entsprechenden Vorverträgen auch nicht die Wirksamkeit absprechen, schon weil die Vertragsfreiheit dies gebietet. Es kam aber zu dem Ergebnis, dass ein Vorvertrag, durch den der Arbeitnehmer „jederzeit“ gebunden wird, ohne mit einem Anspruch rechnen zu können, eine zu weitgehende Verpflichtung darstellt. Durch sie wurde das berufliche Fortkommen unbillig erschwert; immerhin würde der Arbeitnehmer faktisch an Tätigkeit für einen Wettbewerber gehindert, weil er stets mit der Entstehung eines Wettbewerbsverbotes rechnen müsste, ohne bis zur tatsächlichen entsprechenden Erklärung des Arbeitgebers je eine Zahlung erwarten

zu können. Die Klausel wurde deshalb als unverbindlich angesehen—mit der interessanten Konsequenz, dass ein Anspruch auf Karenzentschädigung denkbar wird, obwohl zwischen den Parteien nie mehr als ein bloßer Vorvertrag zustande kam. Das BAG hat sich daher auch nicht zu der Frage geäußert, ob ein ähnlicher Vorvertrag wirksam sein kann, wenn eine bestimmte Frist zur Geltendmachung des Anspruchs des Arbeitgebers auf das Wettbewerbsverbot vorgesehen ist. Eine solche Meinung wird immerhin vielfach im Schrifttum vertreten. Verbunden mit der grundsätzlichen Anerkennung des Vorvertrages durch das BAG spricht viel dafür, dass bei vor allem zeitlicher angemessener Einschränkung des Vorvertrages eine Gestaltungsmöglichkeit des Arbeitgebers gegeben ist, die jedenfalls eine gewisse Flexibilität ermöglicht.

■ ÜBERZOGENE KLAUSELN

Eine Unverbindlichkeit kann sich auch aus einer unangemessen weiten Formulierung des Wettbewerbsverbotes ergeben. Überschreitet der Wortlaut die Grenzen dessen, woran das Unternehmen ein berechtigtes Wettbewerbsinteresse hat, liegt insoweit regelmäßig ebenfalls Unverbindlichkeit vor. So nahm das BAG im Urteil vom 21. April 2010 (10 AZR 288/09) teilweise Unverbindlichkeit in folgendem Fall an: Der

Vertriebsleiter eines Fenster und Türen herstellenden und ausschließlich an *Fachhändler* vertreibenden Unternehmens verpflichtete sich, nicht für Wettbewerber zu arbeiten, ohne dass ausdrücklich ausgeführt war, auf welche Handelsstufe sich dies bezieht. Er wechselte dann in eine selbständige Vertriebstätigkeit, in der er für ein Unternehmen tätig wurde, das seinerseits als Fachhändler Fenster und Türen an *Endkunden* vertreibt. Das BAG sah in den beiden Unternehmen zwar durchaus Wettbewerber. Es urteilte aber zugunsten des Arbeitnehmers, als er die ihm vom früheren Arbeitgeber vorenthaltene Karenzentschädigung einklagte. Denn für die Untersagung einer Tätigkeit auf der Vertriebsstufe des Fachhändlers, der an Endkunden vertreibt, sah es kein berechtigtes geschäftliches Interesse des Arbeitgebers. Umgekehrt hatte der Arbeitnehmer unstreitig keinen Wettbewerb durch Vertrieb gegenüber Fachhändlern betrieben.

■ FOLGERUNGEN

Die vorstehenden exemplarischen Fälle verdeutlichen, welche unterschiedlichen Ursachen zur Unverbindlichkeit führen können – und dass es sich für Arbeitgeber lohnen kann, auf die Abfassung des Wettbewerbsverbots einige Mühe zu verwenden. Andernfalls kann sich der Arbeitnehmer *die beste aller Welten aussuchen*. Und schlimmer noch: Nichts wird für den Arbeitgeber ärgerlicher sein, als wenn sich Arbeitnehmer vermeintlich entschließen, das Wettbewerbsverbot „einzuhalten“, obwohl sie sowieso nicht die Absicht hatten, Wettbewerb zu betreiben. Für den Arbeitgeber heißt das womöglich: außer *vermeidbaren* Spesen nichts gewesen. Unverbindlichkeit ist dann womöglich schlimmer als Nichtigkeit.

IHRE ANSPRECHPARTNER

FRANKFURT

Hochhaus am Park
Grüneburgweg 102
60323 Frankfurt am Main
Tel.: ++49 69 9726 3939
Fax: ++49 69 9726 3993

Georg Mikes
Rechtsanwalt/Fachanwalt
für Arbeitsrecht
gmikes@jonesday.com

MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 11
80538 München
Tel.: ++49 89 2060 42 200
Fax: ++49 89 2060 42 293

Friederike Göbbels
Rechtsanwältin/Fachanwältin
für Arbeitsrecht
fgoebbels@jonesday.com

JONES DAY BÜROS WELTWEIT

ATLANTA
BOSTON
BEIJING
BRÜSSEL
CHICAGO
CLEVELAND
COLUMBUS

DALLAS
DUBAI
FRANKFURT
HONG KONG
HOUSTON
IRVINE
LONDON

LOS ANGELES
MADRID
MAILAND
MEXIKO-STADT
MOSKAU
MÜNCHEN
NEU DELHI

NEW YORK
PARIS
PITTSBURGH
RIAD
SAN DIEGO
SAN FRANCISCO
SHANGHAI

SILICON VALLEY
SINGAPUR
SYDNEY
TAIPEH
TOKIO
WASHINGTON

Die hier dargebotenen Informationen, Meinungen und Rechtsansichten sind nicht als fallspezifische juristische Beratung gedacht und erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Jones Day haftet nicht für die Richtigkeit des Inhalts.