

# Neues von der Generation Praktikum: Nachzahlung bei Wucherlohn



In einigen Branchen ist es in Mode gekommen, reguläre Arbeitsplätze auf Basis eines sog. „Praktikumsvertrages“ auszugestalten. Das Vertragsverhältnis wird von den Parteien als Praktikum bezeichnet, auf geringfügiger Beschäftigungsbasis abgewickelt und ausbezahlt. Dabei steht für das Unternehmen in vielen Fällen ein Nachzahlungsrisiko im Raum, wenn der vermeintliche Praktikant seine reguläre Vergütung geltend macht.

Ein Arbeitsverhältnis ist von einem Praktikum nach Maßgabe der einschlägigen Rechtsprechung danach zu differenzieren, ob der Ausbildungszweck oder die „normale“ Arbeitsleistung des „Praktikanten“ im Vordergrund steht. Handelt es sich in Wahrheit um ein reguläres Arbeitsverhältnis ohne Prägung durch den Ausbildungszweck, muss durch den Arbeitgeber die marktübliche Vergütung nachgezahlt werden.

Hierzu heißt es in einer aktuellen Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 24.04.2008 (10 Sa 782/07), dass derjenige Arbeitnehmer ist, der aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienst eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Der Arbeitnehmer erbringt seine vertraglich geschuldete Leistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation. Seine Eingliederung in die Arbeitsorganisation erkennt man insbesondere daran, dass er einem Weisungsrecht unterliegt, das Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen kann. Demgegenüber ist, so das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz in seinen Entscheidungsgründen, ein „Praktikant in aller Regel vorübergehend in einem Betrieb praktisch tätig, um sich die zur Vorbereitung auf einen Beruf notwendigen

praktischen Kenntnisse und Erfahrungen anzueignen.“

Es finde, so die Richter weiter, „in einem Praktikantenverhältnis keine systematische Berufsausbildung statt“. Denn „vielmehr wird eine darauf beruhende Tätigkeit häufig Teil einer Gesamtausbildung sein und beispielsweise für die Zulassung zu Studium oder Beruf nötig. Demnach steht bei einem Praktikantenverhältnis ein Ausbildungszweck im Vordergrund“, so das Gericht zur Abgrenzung des Praktikumsvertrages von einem regulären Arbeitsverhältnis.

In einer ähnlich gelagerten Entscheidung hat das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg am 08.02.2008 (5 Sa 45/07) zur Differenzierung des Praktikantenverhältnisses im Verhältnis zur Arbeitnehmereigenschaft unter dem Blickwinkel der Sittenwidrigkeit und des Wucherlohnes Folgendes ausgeführt: „Steht der Ausbildungszweck in einem sechsmonatigen sogenannten Praktikantenverhältnis nicht im Vordergrund, d. h. überwiegt der Ausbildungszweck nicht deutlich die für den Betrieb erbrachten Leistungen und Arbeitsergebnisse, ist eine Vergütung von 375,00 EUR monatlich sittenwidrig.“

Der vermeintliche Praktikant konnte daher in beiden gerichtlichen Fällen seine marktgerechte (verkehrsübliche) Vergütung erfolgreich nachträglich einklagen. Das

Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg nahm in seinen Entscheidungsgründen Bezug auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG), wenn es ausführte: „Zwar trifft es zu, dass das BAG für ein Praktikantenverhältnis keine systematische Berufsausbildung verlangt, es muss aber der Ausbildungszweck im Vordergrund stehen (BAG, Urteil vom 13.03.2003, 6 AZR 564/01).“

Dies wiederum bedeutet, dass bei einer Gegenüberstellung der Anteile „Ausbildungszweck“ und „für den Betrieb erbrachte Leistungen und Arbeitsergebnisse“ das Erlernen praktischer Kenntnisse und Erfahrungen deutlich überwiegen muss. Das BAG hat in dieser Entscheidung festgehalten, dass maßgeblich ein breites „Spektrum vermittelter Einblicke in Arbeitsabläufe, in die betriebsorganisatorischen Zusammenhänge“ sei. Je mehr Ansprechpartner es gebe, „die für ihren Bereich Kenntnisse vermitteln und ihre Praxiserfahrung weitergeben, desto klarer lässt sich der Ausbildungszweck erkennen.“ Das BAG wollte daher einen Ausbildungszweck nicht mehr anerkennen, wenn der Betreffende bei einer Praktikumsdauer von sechs Monaten durchgängig nur zwei Ansprechpartner hatte, denen „zugearbeitet“ wurde.

■ Dr. Martin Pröpper  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## Inhalt

### Seite 1

- Neues von der Generation Praktikum: Nachzahlung bei Wucherlohn

### Seite 2

- Kündigungsschutz und Altersdiskriminierung
- Geschlechtsspezifische Diskriminierung bei der Beförderung

### Seite 3

- Sozialversicherungspflicht trotz Freistellung
- Sozialplanabfindung bei vorgezogener Altersrente

### Seite 4

- Tendenzbetrieb und Mitbestimmung

# Kündigungsschutz und Altersdiskriminierung

Das Bundesarbeitsgericht hatte in dem Urteil vom 06.11.2008 (2 AZR 701/07) erstmals Gelegenheit, sich mit dem Verhältnis des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) zum Kündigungsschutzgesetz (KSchG) auseinanderzusetzen. Hintergrund ist § 2 Abs. 4 AGG, wonach auf Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz Anwendung finden. Diese Regelung wurde seit Einführung des AGG stets kritisch betrachtet.

Gegenstand des streitigen Verfahrens war die Kündigung eines 51-jährigen Arbeitnehmers, der bei seiner Arbeitgeberin seit 1974 beschäftigt gewesen ist. Die Arbeitgeberin, ein Unternehmen der Automobilzulieferindustrie, musste seit 2004 wegen man-

gelnder Auftragslage mehrere Entlassungswellen durchführen. 2006 einigte sie sich mit dem Betriebsrat in einem Interessenausgleich auf die Entlassung von 619 namentlich benannten Arbeitnehmern, unter denen sich auch der Kläger befand. Die Auswahl erfolgte über eine Punkttabelle, die Sozialpunkte u. a. für das Lebensalter vorsah. Die Arbeitgeberin nahm die Auswahl jedoch nicht unter allen vergleichbaren Arbeitnehmern vor, sondern proportional nach Altersgruppen, die jeweils bis zu zehn Jahrgänge – bis zum 25., 35., 45. und ab dem 55. Lebensjahr – umfassten. Der Kläger berief sich zur Begründung der Kündigungsschutzklage u. a. auf das AGG und das Verbot der Altersdiskriminierung.

Die Klage hatte vor dem BAG keinen Erfolg. Der Zweite Senat stellte jedoch klar, dass die Diskriminierungsverbote

des AGG auch im Rahmen des KSchG anzuwenden seien. Eine Kündigung, die gegen ein Diskriminierungsverbot verstoße, könne daher sozialwidrig und damit nach § 1 KSchG unwirksam sein.

In dem konkreten Fall sah das BAG in der Zuteilung von Sozialpunkten nach dem Lebensalter und in den Altersgruppen zwar eine an das Alter anknüpfende unterschiedliche Behandlung, die jedoch nach § 10 AGG gerechtfertigt sei. Danach sei eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt werde. Die Zuteilung von Alterspunkten führe mit einer hinnehmbaren Unschärfe zur Berücksichtigung von Chancen auf dem Arbeitsmarkt und im Zusammenspiel mit den übrigen sozialen Gesichtspunkten nicht zu einer Überbewertung

des Lebensalters. Die Bildung von Altersgruppen wirke der Überalterung des Betriebes entgegen und relativiere damit zugleich die Bevorzugung älterer Arbeitnehmer.

## Praxistipp

Arbeitgeber sollten bei der Vorbereitung einer Kündigung zwingend die Diskriminierungsstatbestände des AGG berücksichtigen und in ihre Überlegungen einbeziehen. Dabei können sie auf die §§ 8-10 AGG zurückgreifen, die eine jeweils zulässige unterschiedliche Behandlung bei einzelnen Diskriminierungsmerkmalen unter bestimmten Gesichtspunkten erlauben.

■ Daniel Hartmann  
Rechtsanwalt

# Geschlechtsspezifische Diskriminierung bei der Beförderung

Das LAG Berlin-Brandenburg hat einer Klägerin mit dem Berufungsurteil vom 26.11.2008 (15 Sa 517/08) eine Entschädigung und Schadensersatz wegen einer geschlechtsspezifischen Diskriminierung bei der Beförderung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) zugesprochen.

Die Klägerin fühlte sich bei der Vergabe des Postens des Personaldirektors, die ohne

Ausschreibung an einen männlichen Kollegen erfolgte, übergangen und machte eine Diskriminierung nach dem AGG geltend. Sie berief sich darauf, dass sämtliche 27 Führungspositionen bei der Beklagten nur von Männern besetzt waren, obwohl 2/3 der Belegschaft Frauen waren. Mit Hilfe einer Statistik über die Geschlechterverteilung auf den einzelnen Hierarchieebenen gelang der Klägerin der Nachweis eines Anhalts-

punktes für eine AGG-Diskriminierung.

Das LAG hat diese Statistik über die Besetzung von Führungspositionen bei der Beklagten als ausreichendes Indiz gelten lassen. Da der Arbeitgeber keine Stellenausschreibung oder sonstige schriftlich dokumentierte Auswahlkriterien vorlegen konnte, habe er das Indiz nicht widerlegt. Es hat daher den Arbeitgeber dazu verurteilt, als Schadensersatz die Vergütungs-diffe-

renz zu der Führungsposition – und zwar auch unbegrenzt für die Zukunft – zu zahlen. Wegen der Verletzung des Persönlichkeitsrechts wurde der Klägerin eine Entschädigung wegen eines immateriellen Schadens in Höhe von EUR 20.000,00 zugesprochen. Die Revision wurde zugelassen, so dass eine abschließende Entscheidung durch das BAG noch aussteht.

■ Daniel Hartmann  
Rechtsanwalt

# Sozialversicherungspflicht trotz Freistellung

**Das Bundessozialgericht hat sich am 24.09.2008 (B 12 KR 22/07 R) mit der Sozialversicherungspflicht des Arbeitnehmers nach einer einvernehmlichen unwiderruflichen Freistellung befasst und diese bejaht.**

Hintergrund des Verfahrens war die Unruhe im Umgang mit Freistellungen in den vergangenen Jahren. Mitte 2005 trafen die Verbände der Sozialversicherungsträger eine Übereinkunft, dass das sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis bei einer einvernehmlichen

unwiderruflichen Freistellung des Arbeitnehmers mit dem letzten Arbeitstag endet. Konsequenz daraus war, dass der Arbeitgeber ab dem Zeitpunkt der Freistellung keine Sozialversicherungsbeiträge mehr abführen musste und diese alleine zu Lasten des freigestellten Arbeitnehmers gingen. Die arbeitsrechtliche Praxis hat versucht, diese Folgen durch umständliche Formulierungen oder durch eine nur „widerrufliche“ Freistellung zu umgehen.

Das BSG hat den Verbänden der Sozialversicherungsträger

eine Absage erteilt und den „Spuk“ beendet. Nach Auffassung des Zwölften Senats bleibe das sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis auch bei einer Freistellung des Arbeitnehmers bestehen. Voraussetzung für eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung sei, dass ein Rechtsverhältnis vorliege, welches die Erbringung von Arbeiten in persönlicher Abhängigkeit zum Ziel habe und, dass dieses Rechtsverhältnis auch vollzogen werde. Von einem „Vollzug“ sei nicht nur bei tatsächlicher Erbringung der Arbeitsleistung

auszugehen, sondern auch dann, wenn der Arbeitnehmer freigestellt sei. Das sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis endet somit nicht mit der Freistellung, sondern besteht bis zur rechtlichen Beendigung fort.

Dieses Urteil erleichtert den Umgang mit Freistellungen und minimiert die Gefahr von sozialversicherungsrechtlichen Nachteilen für den Arbeitnehmer.

■ Daniel Hartmann  
Rechtsanwalt

# Sozialplanabfindung bei vorgezogener Altersrente

**Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 11.11.2008 (1 AZR 475/07) hatte die Zulässigkeit einer Staffelung der Sozialplanabfindung bei vorgezogener Altersrente zum Gegenstand.**

Der Kläger machte eine höhere als die ihm nach dem Sozialplan zustehende Abfindung geltend. Der Sozialplan sah für Arbeitnehmer, die im unmittelbaren Anschluss an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf eine vorgezogene Altersrente haben, einen geringeren Abfindungsbetrag vor. Der Kläger, der zu dem betroffenen Personenkreis zählte, nahm die Reduzierung nicht hin und klagte. Er berief sich darauf, dass er wegen seines Lebensalters bei der Berechnung der Abfindungshöhe benachteiligt werde.

Seine Klage blieb in allen Instanzen ohne Erfolg. Nach Ansicht des BAG dürfen die Betriebsparteien in Sozialplänen für Arbeitnehmer, die einen Anspruch auf vorgezogene Altersrente haben, geringere Abfindungsansprüche vorsehen. Dies gelte selbst dann, wenn

der vorgezogene Rentenbezug für den Arbeitnehmer mit Abschlägen verbunden sei. Sozialpläne dienen dem Ausgleich oder der Milderung von wirtschaftlichen Nachteilen, die Arbeitnehmern in Folge von Betriebsänderungen entstünden. Sozialplanabfindungen komme eine zukunftsbezogene Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion zu. Folglich könnten die Betriebsparteien bei der Beurteilung des Umfangs der drohenden Nachteile Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung berücksichtigen. Dem Kläger sei zwar zuzustimmen, dass Ansprüche auf eine vorgezogene Altersrente regelmäßig an ein bestimmtes Lebensalter, das Geschlecht oder eine Schwerbehinderung anknüpften. Gleichwohl liege in deren Berücksichtigung durch die Betriebsparteien weder eine Verletzung des betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes noch ein Verstoß gegen das Verbot, Personen wegen eines dieser Merkmale zu benachteiligen.

■ Daniel Hartmann  
Rechtsanwalt



**Arbeitsrechtliche Praktiker  
SEMINARE GmbH**

in Kooperation mit den Rechtsanwälten der Ulrich Weber & Partner GbR

## Inhouse-Seminare 2008/2009

- Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz in der betrieblichen Praxis
- Die rechtssichere Gestaltung von Arbeitsverträgen
- Personalkosten senken ohne Kündigung
- Krankheit als Kündigungsgrund
- Alles um den Aufhebungs-/Abwicklungsvertrag - Neues zur Sperrzeit
- Alles von A wie Arbeitsvertrag bis Z wie Zeugnis.

Anmeldung & weitere Infos:

[www.aps-seminare.de](http://www.aps-seminare.de)

# Tendenzbetrieb und Mitbestimmung



**§ 118 I BetrVG** regelt, dass bestimmte Vorschriften des BetrVG keine Anwendung

auf Unternehmen und Betriebe finden, die unmittelbar und überwiegend politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen oder Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung, auf die Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG Anwendung findet, dienen, soweit die Eigenart des Betriebs oder des Unternehmens dem entgegensteht.

Ziel der Ausnahmeregelung ist es, verfassungsrechtliche Grundrechte des Arbeitgebers zu gewährleisten, indem bestimmte Rechte der Arbeitnehmer zurückgedrängt werden. Der eingeschränkte Anwendungsbereich dieser Ausnahmeregelung wird durch den Wortlaut des § 118 I BetrVG bereits selbst gezogen. Hiernach ist von einem Tendenzbetrieb nur dann auszugehen, wenn das Unternehmen oder der Betrieb den in der Vorschrift genannten Aufgaben "unmittelbar und überwiegend" dient. "Überwiegend" bedeutet, dass die Betriebe zu mehr als 50 % den genannten Aufgaben dienen müssen. "Unmittelbar" bedeutet, dass der Zweck in dem jeweiligen Betrieb selbst verwirklicht werden muss, eine bloße Hilfstätigkeit für ein Tendenzunternehmen macht den

Unterstützer noch nicht selbst zum Tendenzbetrieb. Beispiel: Ein Betrieb, der die Zeitung eines Presseverlags druckt, wird deshalb nicht selbst zum Tendenzbetrieb.

Politische und koalitionspolitische Unternehmen und Betriebe sind solche mit partei-, wirtschafts- und sozialpolitischer Zielsetzung sowie Vereinigungen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Karitativ ist eine Einrichtung, wenn sie ohne Gewinnerzielungsabsicht und gesetzliche Verpflichtung hilfsbedürftige Menschen unterstützt (z.B. Krankenhäuser und Altersheime). Erzieherisch tätig wird ein Betrieb, der durch Unterweisung in einer Mehrzahl allgemeinbildender oder berufsbildender Fächer die Persönlichkeit des Menschen formen will (z.B. Schulen und Internate). Wissenschaftlich bedeutet Verfolgung von Forschung und Lehre (z.B. Bibliothek, Museum, Max-Planck-Gesellschaft). Künstlerisch ist im Lichte der Kunstfreiheit nach Art. 5 GG auszulegen, weshalb Theater, Orchester und Filmhersteller unter diesen Begriff fallen können. Selbstverständlich sind die obigen Beispiele nicht als abschließende Aufzählung zu verstehen.

Der Schwerpunkt des Tendenzschutzes liegt allerdings bei den Presseunternehmen. Unternehmen und Betriebe dienen der "Berichterstattung und Meinungsäußerung", wenn sie unter den Geltungsbereich des Art. 5 I S. 2 GG fallen. Das Betriebsziel kann hierbei auf Berichterstat-

tung (Informationsweitergabe) und Meinungsäußerung (Stellungnahme) ausgerichtet sein. Geschützt sind deswegen bspw. Zeitungsverlage, private Rundfunk- und Fernsehsender und Nachrichtenagenturen, nicht aber wertneutrale Verlagstätigkeiten wie Telefonbuchverlage

oder reine Anzeigenblätter. Unterstützende Tätigkeiten für Tendenzbetriebe (Druckereien, Handel mit Presseerzeugnissen) sind regelmäßig nicht geschützt.

■ Thomas Schelp  
Rechtsanwalt

## Praxistipp

Hinsichtlich der Mitbestimmung im Tendenzunternehmen ist nach der jeweiligen Art der Mitbestimmung zu unterscheiden.

Nach § 118 I S. 2 BetrVG finden die §§ 106 - 110 BetrVG keine Anwendung, weshalb z.B. kein Wirtschaftsausschuss zu bilden ist.

Weiterhin sind die Vorschriften über die Beteiligung des Betriebsrates bei Betriebsänderungen nur sehr beschränkt anwendbar. Hiernach bestehen die Beteiligungsrechte nur dann, wenn es um den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile der Arbeitnehmer geht. Vereinfacht bedeutet dies, dass der Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Betriebsänderung an sich hat, wohl aber ein Beteiligungsrecht hinsichtlich der Folgen der Betriebsänderung (Sozialplan).

Im Übrigen richtet sich die Mitbestimmung nach der

"Relativklausel" in § 118 I S. 1 BetrVG. Es ist danach zu fragen, ob die Mitbestimmung der Eigenart des Betriebs entgegensteht. Hinsichtlich der Beteiligungsrechte in personellen Angelegenheiten kann dabei auf folgende Grundgedanken zurückgegriffen werden: Eingeschränkt sind die Mitbestimmungsrechte nur, soweit sie Tendenzträger betreffen. Dies sind solche Arbeitnehmer, die inhaltlich prägenden Einfluss auf die Tendenzverwirklichung haben können. So ist z.B. in einem Zeitungsverlag der Redakteur Tendenzträger, wohingegen dies bei einem Korrektor oder Mitarbeiter in der Buchhaltung zu verneinen ist. Weiterhin muss die jeweilige Maßnahme durch die Tendenzverwirklichung veranlasst sein, d.h. die Mitwirkung bei der Maßnahme muss die Tendenzverwirklichung ernsthaft beeinträchtigen können.

## Impressum

Gürzenichstraße 16 • 50667 Köln  
Tel. 02 21-94 36 87-0 • Fax -94 36 87-27  
buero-koeln@ra-weber-partner.de

Arndtstraße 39 • 60325 Frankfurt/M.  
Tel. 0 69-97 40 36-0 • Fax -97 40 36-66  
buero-frankfurt@ra-weber-partner.de

Urheberrechte: Der Newsletter und alle darin veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Das alleinige Nutzungsrecht liegt bei der Ulrich Weber & Partner GbR.



## ULRICH WEBER & PARTNER GbR

RECHTSANWÄLTE – FACHANWÄLTE FÜR ARBEITSRECHT

KÖLN • FRANKFURT/MAIN • BERLIN • STUTTGART

Weitere Informationen über die Sozietät Ulrich Weber & Partner GbR erhalten Sie unter [www.ra-weber-partner.de](http://www.ra-weber-partner.de)

Die rechtlichen Ausführungen in diesem Newsletter beinhalten keinen Rechtsrat im Einzelfall. Sie sollen lediglich Anhaltspunkte bieten. Die erteilten Informationen sind sorgfältig recherchiert, geben die Rechtslage, die Rechtsprechung und die Rechtsentwicklung jedoch nur auszugsweise und in verkürzter Form wieder. Sie können eine den Besonderheiten des Einzelfalles gerecht werdende, individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Eine Haftung kann daher nicht übernommen werden.

Charlottenstr. 79/80 • 10117 Berlin  
Tel. 0 30-20 62 98-0 • Fax -20 62 98-10  
buero-berlin@ra-weber-partner.de

Wilhelmsplatz 11 • 70182 Stuttgart  
Tel. 07 11-49 07 08-0 • Fax -49 07 08-10  
buero-stuttgart@ra-weber-partner.de

Verbreitungsform: Zusendung per E-mail oder als kostenloser Internetdownload als PDF-Datei unter [www.ra-weber-partner.de](http://www.ra-weber-partner.de)

Design & Layout: I-Motion Communication  
56218 Mülheim-Kärlich, Tel. 02 61-921 584-0