

den Anspruch des A auf Weiterbeschäftigung und einen Auflösungsantrag der P-GmbH.

Entscheidung: Nach Ansicht des BAG ist das Arbeitsverhältnis des A nicht vom Geltungsbereich des KSchG erfasst, denn A war nicht in einem Betrieb i.S.d. KSchG beschäftigt. Entscheidend für die Beurteilung ist dabei, wo – schwerpunktmäßig – über Arbeitsbedingungen und Organisationsfragen entschieden wird und in welcher Weise Einstellungen, Entlassungen und Versetzungen vorgenommen werden. Die P-GmbH hatte in Frankfurt lediglich einen Briefkasten. Die gesamte Organisation blieb jedoch in Händen der englischen Muttergesellschaft. Die Briefkastenfirma in Deutschland wies keinerlei betriebliche Struktur auf. Zudem war A allein bei der englischen Mutterfirma beschäftigt und in die englische Mutterfirma integriert. Von dort erhielt er seine Weisungen.

» Hinweis

Zum Geltungsbereich des KSchG vgl. auch Bericht zu: LAG Schleswig-Holstein, Urteil v. 18.2.2004 – 3 Sa 483/03 (sj 0503 0027) und Überblick zum Kündigungsschutz-Schwellenwert: Welche Beschäftigte sind ein-zubeziehen? (sj 0503 1001)

Minderleistung

Selbst unter der Annahme der Anwendbarkeit des KSchG ist die Kündigung nicht sozialwidrig, denn das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung in dem Arbeitsverhältnis war nachhaltig gestört. Nach der BAG-Rspr. (Urteil v. 11.12.2003 – 2 AZR 667/02, sj 0401 9723) kann die Kündigung gegenüber einem Arbeitnehmer wegen Minderleistung (§ 1 Abs. 2 KSchG) als verhaltens- oder personenbedingte Kündigung gerechtfertigt sein. Eine **verhaltensbedingte Kündigung** setzt voraus, dass dem Arbeitnehmer eine Pflichtverletzung vorzuwerfen ist. Eine längerfristige deutliche Unterschreitung der durchschnittlichen Arbeitsleistung kann ein Anhaltspunkt dafür sein, dass der Arbeitnehmer weniger arbeitet, als er könnte. Eine **personenbedingte Kündigung** kommt in Betracht, wenn bei einem über längere Zeit erheblich leistungsschwachen Arbeitnehmer auch für die Zukunft mit einer schweren Störung des Vertragsgleichgewichts zu rechnen ist. Hierbei vollzieht sich der Vortrag der Parteien zur Minderleistung im Zuge der abgestuften Darlegungslast (vgl. zur abgestuften Darlegungslast im Prozess Bericht zu: BAG, Urteil v. 11.12.2003 – 2 AZR 667/02, sj 0416 0023). Im vorliegenden Fall hat A nicht nur erheblich weniger Aufträge akquiriert als vergleichbare andere Arbeitnehmer, sein Erfolg ist vielmehr gleich null gewesen. Jedoch schon die Provisionsvereinbarung in erheblicher Höhe und die Vereinbarung einer Garantiprovision für eine gewisse Anlaufzeit lassen erkennen, dass die Parteien bei Vertragsschluss vom Erfolg des A, nicht von seiner Erfolglosigkeit

ausgegangen sind, so dass die Kündigung, nach erfolgter Abmahnung, nach § 1 Abs. 2 KSchG aus personenbedingten Gründen sozial gerechtfertigt war.

» Beratungskonsequenzen:

1. Hinsichtlich der Frage, ob ein Betrieb dem KSchG unterfällt, ist entscheidend, wo über Arbeitsbedingungen und Organisationsfragen entschieden wird und in welcher Weise Personalentscheidungen vorgenommen werden.
2. Minderleistungen können Kündigungsgrund nach § 1 Abs. 2 KSchG sein. Bei einer verhaltensbedingten Kündigung ist eine Pflichtverletzung des Arbeitnehmers erforderlich, die darin liegen kann, dass der Arbeitnehmer weniger arbeitet, als er könnte. Eine personenbedingte Kündigung ist möglich, wenn mit einer schwerwiegenden Störung des Vertragsgleichgewichts für die Zukunft zu rechnen ist.
3. Es ist dabei Sache des Arbeitgebers, die Minderleistung zu beweisen, was nicht immer einfach ist.
4. Bedeutung erlangt das Urteil, weil es Arbeitgebern die Möglichkeit gibt, flexibel und rasch auf Probleme im Außendienst zu reagieren. Dennoch ist Vorsicht geboten: Um einem evt. Arbeitsprozess standzuhalten, sollte eine Kündigung auf einer fundierten und beweisbaren Grundlage (Dokumentation) beruhen.

RA Edith Linnartz, Koblenz

» Sonstige Rechtsgebiete

Reichweite des Aufrechnungsverbotes gegen insolvente Mieter

Die Aufrechnung von Mietforderungen eines Vermieters mit einem Erstattungsanspruch des insolventen Mieters aus den Betriebskostenvorauszahlungen gem. § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO unterfällt i.d.R. nicht den Aufrechnungsverboten aus § 96 Abs. 1 Nr. 1 und 3 InsO. (BGH, Urteil v. 11.11.2004 – IX ZR 237/03)

Problematik: A wurde am 1.2.2002 Insolvenzverwalter über das Vermögen der Schuldnerin L-GmbH. Die GmbH hatte vom Vermieter B im Juni 2000 Gewerberäume angemietet. A begehrt von B die Erstattung eines Guthabens aus den Betriebskostenvorauszahlungen für das Jahr 2000, nachdem B mit Schreiben vom 21.6.2002 für das Jahr 2000 die Betriebskosten abgerechnet hatte, wovon sich ein Guthaben zugunsten der GmbH

steuer-journal Nr.

sj 0506 0028

Mehr zum Thema:

► BGH, Urteil v. 11.11.2004 – IX ZR 237/03

► BGH, Urteil v. 29.6.2004 – IX ZR 147/03

(bzw. Insolvenzmasse) ergab. Die GmbH hatte jedoch für September 2001 die Miete nicht beglichen. Am 1.7.2002 erklärte daher der Vermieter die Aufrechnung mit der Mietforderung für September 2001. Diese Aufrechnung war nach Auffassung des Insolvenzverwalters aufgrund § 96 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 InsO unzulässig.

Entscheidung: Nach Auffassung des IX. Zivilsenats des BGH ist eine Aufrechnung gem. § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO i.V.m. § 398 BGB hier zulässig.

Aufrechnungsverbot nach § 96 InsO

Grds. ist die Aufrechnung von Forderungen unzulässig, wenn der Insolvenzgläubiger erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens etwas zur Insolvenzmasse schuldig geworden ist (§ 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO) oder der Gläubiger die Forderung erst nach Eröffnung des Verfahrens von einem anderen Gläubiger erworben hat (§ 96 Abs. 1 Nr. 2 InsO), ein Insolvenzgläubiger die Möglichkeit der Aufrechnung durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt hat (§ 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO) oder ein Gläubiger, dessen Forderung aus dem freien Vermögen des Schuldners zu erfüllen ist, etwas zur Insolvenzmasse schuldet (§ 96 Abs. 1 Nr. 4 InsO). Dies gilt nicht, wenn die aufzurechnenden Forderungen (bzw. eine davon) im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung aufschiebend bedingt, noch nicht fällig oder die Forderungen noch nicht auf gleichartige Leistungen gerichtet sind. Dann kann die Aufrechnung erst erfolgen, wenn ihre Voraussetzungen eingetreten sind (§ 95 Abs. 1 Satz 1).

Fälligkeit

Die **Mietzinsforderung** des B war bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens (3.9.2001) fällig geworden. Die Forderung der GmbH war demgegenüber zum maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht fällig: Nach Mietvertrag waren vom Mieter Nebenkosten i.H.v. ... zzgl. 16% USt/Mon. im Voraus, spätestens am dritten Werktag zu zahlen. Die Nebenkosten waren jährlich abzurechnen. Nachzahlungsbeträge waren binnen zwei Wochen nach Zustellung der Abrechnung zu entrichten. Umgekehrt ergab sich aus dem Mietvertrag die dort nicht ausdrücklich geregelte Verpflichtung, ein Guthaben an den Mieter zurückzuzahlen. Der **Abrechnungszeitraum**, auf den sich die Überzahlung bezog, war bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens ebenfalls schon abgelaufen. Die für einen Rückzahlungsanspruch maßgebliche Bedingung war daher schon eingetreten. Es fehlte lediglich noch die Abrechnung, mit deren Erteilung der Rückzahlungsanspruch fällig wurde. Dieser Fall wird von § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO zweifelsfrei erfasst. Mit Abrechnung der Nebenkostenvorauszahlung war die Aufrechnungslage eingetreten.

Anfechtbare Rechtshandlung

Auch ist die Aufrechnungslage nicht in einer nach §§ 130 ff. InsO anfechtbaren Weise erlangt worden. Zwar war die Forderung der Masse erst mit Abrechnung der Nebenkosten fällig. Für die Anfechtbarkeit der Aufrechnung ist aber maßgeblich, wann das Gegenseitigkeitsverhältnis begründet wurde und nicht der Zeitpunkt, an dem die Forderung entstanden ist. Da Bedingungen und Befristungen außer Betracht bleiben, war der maßgebliche Rechtsgrund für das Gegenseitigkeitsverhältnis der Abschluss des Mietvertrags im Juni 2000. Dieser Zeitraum lag außerhalb des durch §§ 130, 131 InsO geschützten Zeitraums.

Für eine vorsätzliche Benachteiligung i.S.d. § 133 InsO gab es darüber hinaus keine Anhaltspunkte.

▶ Beratungskonsequenzen:

Die Prüfung der Aufrechnungsmöglichkeiten gegenüber insolventen Schuldern ist vielschichtig und sehr aufwändig (ggf. auch haftungsanfällig). So ist oft nicht nur die Fälligkeit der Forderungen und damit die Aufrechnungslage, sondern gerade das Grundgeschäft für die Aufrechnung maßgeblich.

RA Oliver Kraus, Köln

▶ Sonstige Rechtsgebiete

Entgeltklauseln für die Übertragung von Wertpapieren in AGB von Kreditinstituten unwirksam

Klauseln in AGB von Kreditinstituten, in denen ein Entgelt für die Übertragung von Wertpapieren in ein anderes Depot gefordert wird, sind unwirksam. Dies gilt auch für die Übertragung im Rahmen einer laufenden Geschäftsbeziehung. (BGH, Urteile v. 30.11.2004 – XI ZR 49/04 – XI ZR 200/03)

Problematik: In den Urteilsfällen ging es um Preis- und Leistungsverzeichnisse von Kreditinstituten, die vorsahen, dass Kunden bei Beendigung des Depotvertrages ein Entgelt für die Übertragung von Wertpapieren in ein anderes Depot zu entrichten

steuer-journal Nr.

 sj 0506 0029

Mehr zum Thema:

▶ BGH, Urteil v. 30.11.2004 – XI ZR 49/04

▶ BGH, Urteil v. 30.11.2004 – XI ZR 200/03

▶ Bornhofen, Anwendungsbereich der AGB-rechtlichen Bestimmungen des BGB