

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial manufacturing environment. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a hoist system. Below it, another gear is mounted on a horizontal shaft. The background is filled with various pieces of industrial machinery, including conveyor belts and structural frames, all slightly out of focus. The overall lighting is bright, typical of a factory setting.

**LOSCHELDER**

**Newsletter Arbeitsrecht  
Mai 2024**

## **Inhalt**

### **Neues vom Gesetzgeber**

**Cannabis im Betrieb?**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**„Betriebsvereinbarungsoffenheit“ arbeitsvertraglicher  
Regelungen – Ablösung einer Gesamtzusage durch  
Betriebsvereinbarung**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Zu spät – Schadensersatz bei verzögerter Zielvorgabe durch  
den Arbeitgeber**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**BSG: Freelancer Piloten sind abhängig beschäftigt**

## Neues vom Gesetzgeber

### Cannabis im Betrieb?

*Zum 1. April 2024 wurde Cannabis in Deutschland nach 95-jähriger Prohibition für den Freizeitkonsum weitgehend freigegeben. Es handelt sich um ein bereits jetzt weit verbreitetes Genussmittel, dessen Popularität durch die Legalisierung möglicherweise noch weiter ansteigen wird. Man darf zudem davon ausgehen, dass Konsumenten ihre Gewohnheiten nicht mehr im selben Maße geheim halten werden wie bisher. Wirken diese Verhaltensweisen – durch Drogenbesitz, -konsum oder -rausch – in die betriebliche Sphäre hinein, sollten Arbeitgeber reagieren.*

Eine allgemeine Disziplinargewalt über das Freizeitverhalten des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber nicht. Arbeitnehmer müssen insbesondere keine Rechenschaft darüber ablegen, ob sie in ihrer Freizeit Rauschmittel konsumieren, solange der Konsum als reines Freizeitverhalten zu werten ist. Auf den Status einer Droge als legales oder illegales Rauschmittel kommt es bei dieser arbeitsrechtlichen Betrachtung nicht an. Die arbeitsrechtlichen Probleme im Zusammenhang mit der Legalisierung von Cannabis werden vor allem darin liegen, dass das Konsumverhalten nun weniger im Verborgenen stattfinden wird.

#### **Arbeitsfähigkeit darf nicht beeinträchtigt sein**

Ein Arbeitsvertragsverstoß liegt allerdings in der Regel dann vor, wenn der Arbeitnehmer sich während der Arbeitszeit in einen Zustand versetzt, in welchem er seine Arbeitsleistung nicht mehr mit derselben Qualität erbringen kann, wie im nüchternen Zustand.

Für sicherheitsrelevante Tätigkeiten ist anerkannt, dass bereits der Genuss geringer Mengen von Drogen einen Pflichtverstoß begründet, wenn die für die Tätigkeit erforderlichen Fähigkeiten (z.B. Fahrtüchtigkeit; Bedienung von Produktionsmaschinen) gefährdet werden.

Bei anderen Arbeitnehmern – etwa Sachbearbeitern im Büro – kann es durchaus schwierig sein, festzustellen, ob und inwieweit die Arbeitsleistung durch den Einfluss von Cannabis oder anderen Drogen beeinträchtigt wird. Die Grenze zur Pflichtverletzung ist aber spätestens dann erreicht, wenn der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit Ausfallerscheinungen zeigt, die eine Beeinträchtigung der Hauptpflicht besorgen lassen.

## **Konsum außerhalb der Arbeitszeit**

Auch der Konsum von Cannabis außerhalb der Arbeitszeit kann ausnahmsweise eine Pflichtverletzung darstellen. Dies ist erstens dann der Fall, wenn der Konsum zu einem Rauschzustand führt, der zeitlich in die Arbeitszeit hinein fortwirkt. Zweitens kann außerbetrieblicher Drogenkonsum zu Konsequenzen führen, wenn ein Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis besteht, da dies beispielsweise das öffentliche Ansehen des Arbeitgebers schädigen kann.

## **Sicherheit muss gewährleistet sein**

Neben der Qualität der Arbeitsleistung ist auch die Gesundheit des Arbeitnehmers und der mit seiner Tätigkeit in Kontakt kommenden Personen gesetzlich geschützt. Aus § 15 Abs. 2 der DGUV Vorschrift 1 ergibt sich, dass Versicherte in der gesetzlichen Unfallversicherung sich nicht durch den Konsum von Alkohol, Drogen oder anderen berauschenden Mitteln in einen Zustand versetzen dürfen, durch den sie sich selbst oder andere gefährden können.

## **Absolutes Drogenverbot einführen**

Zur Schaffung einer drogenfreien Arbeitsatmosphäre, aber auch mit Blick auf die Gesundheit der Belegschaft, kann der Arbeitgeber ein Interesse daran haben, für den Betrieb ein absolutes Alkohol- und/oder Drogenverbot einzuführen.

In der Regel wird in solchen Verbotsvorschriften festgelegt, dass Arbeitnehmer bei Arbeitsantritt vollständig nüchtern sein und es während der Arbeit und in den Pausen auch bleiben müssen.

In Betrieben mit Betriebsrat hat der Arbeitgeber bei der Einführung eines Cannabisverbots dessen Mitbestimmungsrecht zu beachten. Ein solches folgt jedenfalls aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, da die Regelung das Ordnungsverhalten im Sinne des betrieblichen Miteinanders betrifft. Daneben kann je nach Ausgestaltung der Regelung das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG eingreifen.

## **Durchführung von Drogenkontrollen**

Vor allem in Betrieben mit hoher Risikoneigung oder schwieriger Belegschaftsstruktur besteht zuweilen ein Interesse des Arbeitgebers daran, Drogenkontrollen bei den Arbeitnehmern durchzuführen. Aufgrund des damit verbundenen Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers bestehen hierfür aber hohe Hürden.

Hegen Vorgesetzte den begründeten Verdacht, dass Arbeitnehmer aufgrund von Drogenkonsum nicht mehr in der Lage sind, ihre Arbeit in hinreichender Qualität oder ausreichend sicher auszuführen, dürfen sie diese grundsätzlich zur Teilnahme an einer Drogenkontrolle auffordern. Verweigert sich der Arbeitnehmer einem berechtigten Testverlangen des Arbeitgebers, so kann dies ein gewichtiges Indiz für einen Drogenmissbrauch des Arbeitnehmers darstellen. Der Arbeitnehmer sollte in diesem Fall vorübergehend von der Arbeit freigestellt und gegebenenfalls Adressat einer Abmahnung oder Kündigung werden. Arbeitsrechtliche Maßnahmen werden sich allerdings in der Regel nicht auf die Verweigerung des Tests selbst stützen, sondern auf den Konsum bzw. dessen Verdacht.

Verdachtsunabhängige Kontrollen sind unzulässig, wenn sie nicht zuvor mit dem Arbeitnehmer oder dem Betriebsrat vereinbart wurden. Dafür muss allerdings in jedem Fall ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers vorliegen. Von einem solchen wird man dann ausgehen können, wenn die von der zu testenden Personen ausgeübte Tätigkeit besonders risikoreich ist. In diesen Fällen kann auch darüber nachgedacht werden, Drogentests im Rahmen von Einstellungsuntersuchungen durchführen zu lassen.



## Neues aus der Rechtsprechung

### „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ arbeitsvertraglicher Regelungen – Ablösung einer Gesamtzusage durch Betriebsvereinbarung

*Das Bundesarbeitsgericht (BAG) geht in mittlerweile ständiger Rechtsprechung davon aus, dass arbeitsvertragliche Regelungen „betriebsvereinbarungsoffen“ gestaltet sein und somit durch Betriebsvereinbarungen abgelöst werden können. Voraussetzung dafür ist, dass sich aus der jeweiligen Regelung ein entsprechender Vorbehalt ergibt. Die Anforderungen daran sind nicht allzu hoch, reicht es doch regelmäßig aus, wenn es sich bei der Ausgangsregelung – wie bei Arbeitsverträgen nahezu immer der Fall – um AGB handelt. Der 10. Senat des BAG hatte sich jüngst mit der Ablösung einer Gesamtzusage zu beschäftigen und hat die Rechtsprechung noch einmal bestätigt (Urteil vom 24. Januar 2024, Az. 10 AZR 33/23).*

Die Geschäftsführung der Arbeitgeberin hatte im Jahr 1992 ein Rundschreiben an alle Mitarbeiter gerichtet, in dem angekündigt wurde, dass „nach Abstimmung mit dem Betriebsrat“ unter bestimmten weiteren Bedingungen ein Urlaubsgeld gezahlt werden solle. Diese Ankündigung wurde in der Folgezeit in die Tat umgesetzt. Einige Jahre später schloss die Arbeitgeberin mit ihrem Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung zum Urlaubsgeld, die viele Jahre galt und schließlich im Jahr 2021 gekündigt wurde. Der Kläger verlangte Fortzahlung des Urlaubsgelds über die Beendigung der Betriebsvereinbarung hinaus.

Das BAG hat den Anspruch auf das Urlaubsgeld verneint. Die Gesamtzusage, die in dem Rundschreiben und dessen anschließender Umsetzung zu sehen war, sei **durch die nachfolgend abgeschlossene Betriebsvereinbarung zum Urlaubsgeld abgelöst** worden und **lebe nach der Kündigung nicht wieder auf**. Die Gesamtzusage enthalte zwar keinen ausdrücklichen Vorbehalt, aus dem Regelungsgegenstand, dem Widerrufsvorbehalt und dem **ausdrücklichen Hinweis auf die Abstimmung mit dem Betriebsrat** folge jedoch, dass die Zusage einer Abänderung durch Betriebsvereinbarung zugänglich sei. Die Arbeitgeberin habe einen **kollektiven Tatbestand** geschaffen, der das **Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG** berühre. Aufgrund der Ankündigung einer Abstimmung weiterer Einzelheiten mit dem Betriebsrat sei für die Arbeitnehmer als Erklärungsempfänger „eindeutig erkennbar“ gewesen, dass die Leistungen (Urlaubsgeld) in Abstimmung mit dem

Betriebsrat aus- und umgestaltet werden könnten. Darüber hinaus habe sich die Arbeitgeberin den **jederzeitigen Widerruf der Leistung vorbehalten**. Die Arbeitnehmer hätten daher mit einer verschlechternden Regelung durch betriebliche Normen oder sogar mit einer vollständigen Einstellung der Zahlung für die Zukunft rechnen müssen.

Die Rechtsprechung des BAG bietet Arbeitgebern ein hilfreiches Gestaltungsmittel, vertragliche Ansprüche der Arbeitnehmer abzuändern oder sogar ganz zu beseitigen. Hierzu bedarf es freilich der Zustimmung des Betriebsrats.



## Neues aus der Rechtsprechung

### Zu spät – Schadensersatz bei verzögerter Zielvorgabe durch den Arbeitgeber

*Durch den Abschluss von Bonusvereinbarungen wollen Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer regelmäßig dazu motivieren, besonders gute Leistungen zu erbringen. Gleichzeitig erfordern entsprechende Vereinbarungen jedoch auch ein sorgfältiges Management durch die Personalabteilungen. Nicht selten werden – häufig entgegen anderslautender Vereinbarungen – konkrete Zielvereinbarungen und/oder -vorgaben erst im Laufe der bonusrelevanten Zielperiode verschriftlicht. In der Regel finden sich jedenfalls in Bestandsarbeitsverhältnissen dann letztlich für beide Seiten akzeptable Lösungen. Anders verhält es sich hingegen beim (vorzeitigen) Ausscheiden einzelner Arbeitnehmer. Dann wird das Fehlen von konkret vereinbarten/vorgegebenen Zielen häufig zu einer finanziellen Falle für Arbeitgeber. Was aber passiert, wenn Ziele zwar vereinbart bzw. vorgegeben werden, jedoch nicht bereits vor oder zu Beginn einer Zielperiode, sondern erst zu einem deutlich späteren Zeitpunkt? Das Landesarbeitsgericht Köln (Urteil vom 6. Februar 2024, Az. 4 Sa 390/23) hat entschieden, dass jedenfalls bei einer Zielfestlegung nach Ablauf von mehr als drei Vierteln des bonusrelevanten Geschäftsjahres ein Anspruch auf Schadensersatz besteht.*

Die Parteien stritten im vorliegenden Fall darum, ob dem Arbeitnehmer, der das Unternehmen zum 30.11.2019 verließ, ein Schadensersatzanspruch zusteht. Die den entsprechenden variablen Vergütungsbestandteil regelnde Betriebsvereinbarung sah vor, dass die Ziele für die jährliche variable Vergütung des Arbeitnehmers bis spätestens zum 01.03.2019 festgelegt werden sollten. Der Arbeitgeber kam dieser Verpflichtung jedoch erst im Oktober 2019 nach. Aus Sicht des LAG Köln begründete dieses Versäumnis einen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers in Höhe des Bonus bei 100 %iger Zielerreichung gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283, 252 BGB. Denn eine Zielvorgabe müsse dem Arbeitnehmer innerhalb des maßgeblichen Geschäftsjahres zu einem Zeitpunkt gemacht werden, zu dem die Zielvorgabe ihre Anreizfunktion noch erfüllen kann. Anderenfalls sei die Zielvorgabe so zu behandeln, als wäre sie überhaupt nicht erfolgt.

Dabei stellte das LAG zunächst fest, dass es keinen substantiellen Unterschied macht, ob der Arbeitgeber es unterlässt, eine beabsichtigte Zielvereinbarung mit dem Arbeitnehmer zu schließen oder es verpasst, einseitig Zielvorgaben zu machen. In beiden Fällen begründete

jedenfalls der Ablauf der gesamten Zielperiode eine Schadensersatzpflicht. Dies gelte – und dies ist höchstrichterlich noch nicht entschieden – jedoch auch dann, wenn die Zielperiode noch nicht gänzlich abgelaufen sei, jedoch die Zielvorgabe letztlich sinnentleert sei, da sie ihre Anreizfunktion nicht mehr erfüllen könne. An dieser Einschätzung hielt das LAG auch unter Berücksichtigung der Tatsache fest, dass vorliegend in erster Linie unternehmensbezogene Ziele vorgegeben wurden. Auch weil der Mitarbeiter jedoch auf einer hohen Hierarchieebene eingeordnet war, ließe sich nicht ausschließen, dass er auf das Erreichen der entsprechenden Unternehmensziele sehr wohl, jedenfalls indirekt, hätte Einfluss nehmen können. Jedenfalls sei die Tatsache, dass Unternehmensziele hier bonusrelevant seien, nicht gleichbedeutend damit, dass ein Schadensersatzanspruch ausscheide.

Die Entscheidung bewegt sich auf einer Linie mit den bisherigen landesarbeitsgerichtlichen Entscheidungen. Die Revision wurde zugelassen. Insofern bleibt abzuwarten, wie sich das Bundesarbeitsgericht positioniert. Wir werden Sie selbstverständlich auf dem Laufenden halten.



## Neues aus der Rechtsprechung

### **BSG: Freelancer Piloten sind abhängig beschäftigt**

*Das Bundessozialgericht hat in einem Urteil vom 23. April 2024 (Az. B 12 BA 9/22 R, bislang nur als Terminsbericht) entschieden, dass ein Freelancer Pilot, der Einzelaufträge auf Basis eines Rahmenvertrages ausführt, ein abhängig Beschäftigter ist.*

Der Pilot schloss einen Rahmendienstvertrag über „freie Mitarbeit als Flugzeugführer (Freelance)“ mit einem Unternehmen ab. Das Unternehmen verfügte über ein Flugzeug, das es unter anderem für die Beförderung von Personal zu seinem Produktionsstandort nutzte. Zeitpunkt, Dauer, Art und Umfang eines jeden Einsatzes wurden im Einzelfall zwischen den Parteien vereinbart. Der Pilot teilte seine möglichen Flugtage mit, das Unternehmen daraufhin die durchzuführenden Aufträge. Der Pilot war verpflichtet, die Aufträge persönlich durchzuführen und wurde grundsätzlich nach dem jeweiligen Einsatz mit 300,- € pro Tag vergütet. Ihm war es gestattet, auch für andere Unternehmen oder sonstige Dritte tätig zu sein. Das vollgetankte Flugzeug wurde von dem Unternehmen zur Verfügung gestellt.

Die deutsche Rentenversicherung (DRV) stellte eine abhängige Beschäftigung des Piloten fest. Hiergegen ging das Unternehmen gerichtlich vor. Mit seiner Revision blieb es vor dem BSG erfolglos.

Das BSG entschied, dass bei einer Gesamtbetrachtung der Umstände die Anhaltspunkte für eine abhängige Beschäftigung des Piloten überwiegen. Zwar stand dem Unternehmen gegenüber dem Piloten kein einseitiges Weisungsrecht zu. Nach sozialversicherungsrechtlichen Maßstäben könne sich die persönliche Abhängigkeit aber auch ohne typische Weisungsabhängigkeit allein aus der Eingliederung in den Betrieb ergeben. Wesentlich sei, ob und inwieweit im Einzelfall noch Raum für eine unternehmerische Freiheit zur Gestaltung der Tätigkeit mit entsprechenden Chancen und Risiken verbleibt. Eine solche hat das Gericht hier abgelehnt, da das Unternehmen die einzelnen Einsätze hinsichtlich Start, Ziel und zu transportierender Güter bzw. Personen entsprechend seines konkreten Bedarfs bestimmt hat und der Pilot sich an den Arbeitstagen in dieser Organisation eingefügt hat. Von wesentlicher Bedeutung sei es in diesem Zusammenhang auch, dass der Pilot keine eigenen Betriebsmittel genutzt hat. Ihm wurde das für die Dienstleistung unentbehrliche Flugzeug ohne Nutzungsentgelt oder Auswahlmöglichkeit kostenfrei bereitgestellt.

Dass der Pilot auch für andere tätig werden durfte und wurde, spreche nicht für seine Selbstständigkeit im Rahmen der Einzelaufträge. Seine Dispositionsfreiheit werde schon insoweit berücksichtigt, als die Versicherungspflicht auf den jeweiligen Einzelauftrag beschränkt wird.

Das Urteil des BSG reiht sich ein in eine Vielzahl neuerer Entscheidungen, mit denen das BSG allmählich die Soloselbstständigkeit abschafft bzw. deutlich riskanter werden lässt. Dies betrifft sogar bislang anerkannte selbstständige Berufsbilder: Noch im Jahr 2008 entschied das BSG in einer ähnlichen Konstellation, dass die Beauftragung eines Freelancer Piloten keine abhängige Beschäftigung darstellt (BSG, Urteil vom 28.05.2008, Az. B 12 KR 13/07 R). Dabei ist es nur ein schwacher Trost, dass das BSG im vorliegenden Fall die Versicherungspflicht nur auf die Einzelaufträge beschränkt hat.



## Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm  
+49 (0) 221 650 65-129  
[detlef.grimm@loschelder.de](mailto:detlef.grimm@loschelder.de)



Dr. Martin Brock  
+49 (0) 221 650 65-233  
[martin.brock@loschelder.de](mailto:martin.brock@loschelder.de)



Dr. Sebastian Pelzer  
+49 (0) 221 650 65-263  
[sebastian.pelzer@loschelder.de](mailto:sebastian.pelzer@loschelder.de)



Arne Gehrke, LL.M.  
+49 (0) 221 650 65-263  
[arne.gehrke@loschelder.de](mailto:arne.gehrke@loschelder.de)



Dr. Stefan Freh  
+49 (0) 221 650 65-129  
[stefan.freh@loschelder.de](mailto:stefan.freh@loschelder.de)



Farzan Daneshian, LL.M.  
+49 (0) 221 65065-263  
[farzan.daneshian@loschelder.de](mailto:farzan.daneshian@loschelder.de)



Dr. Sebastian Krülls, LL.M.  
Telefon: +49 221 65065-129  
[sebastian.kruells@loschelder.de](mailto:sebastian.kruells@loschelder.de)



Dr. Baris Güzcel  
Telefon: +49 221 65065-129  
[baris.guezel@loschelder.de](mailto:baris.guezel@loschelder.de)

## Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

[info@loschelder.de](mailto:info@loschelder.de)

[www.loschelder.de](http://www.loschelder.de)