



# *Arbeitsrechtliche Entscheidungen*

*Dirk Petri*

Arbeitgeberstrafrecht: Risiken, Bedeutung und (un-)kalkulierbare Rechtsfolgen

*Thomas Rohrbach*

Rechtliche Fragestellungen beim internationalen Mitarbeitereinsatz von Arbeitnehmern

Rechtsschutz-Koordinierungsstelle läuft aus!

## **Entscheidungen**

Allgemeines Vertragsrecht

Bestandsschutz

Betriebsverfassungsrecht/Personalvertretungsrecht

Tarifrecht

Prozessuales

Sonstiges

Streitwert und Gebühren

## **Rezensionen**

**Herausgeber:**  
**RA Dr. Hans-Georg Meier**



Deutscher Anwaltverein

Arbeitsgemeinschaft  
Arbeitsrecht



Deutscher **Anwalt** Verlag

## Liebe Kolleginnen und Kollegen liebe Leserinnen und Leser,

Diskriminierung lauert überall, auch unbeabsichtigt und sogar durch Gesetz! Bei Sozialplänen entspricht es dem Wunsch nach Rechtssicherheit und rationaler Bearbeitung von Abfindungspflichten, Kinderzuschläge nach Maßgabe der Steuerkennzeichnung zu gewähren. Der Gesetzgeber verwehrt jedoch den Arbeitnehmern, die die Steuerklasse V wählen, einen entsprechenden Eintrag (§ 38b Abs. 2 EStG). Betroffen von dieser Regelung sind in der Regel Frauen. Richtet sich der Sozialplananspruch nach dieser diskriminierenden gesetzlichen Eintragungsregelung, ist der Sozialplan insoweit unwirksam – quod licet jovi non licet bovi! (Entscheidung Nr. 191).

Ob die Umkleidezeit Arbeitszeit ist und damit zu vergüten, unterliegt weiterhin einer Einzelfallprüfung, soweit keine tarifvertragliche Regelung besteht. Es kommt darauf an, ob das Anlegen der Dienstkleidung bereits zu Hause zumutbar ist. Darauf weist das Landesarbeitsgericht Niedersachsen in der Entscheidung Nr. 196 hin.

Der Missbrauch der Befristungsmöglichkeit durch diverse Wiederholungen tritt besonders bei Lehrkräften jeder Art und dort im öffentlichen Dienst oder im öffentlich finanzierten Bereich auf und wird zunehmend gerichtlich beanstandet (siehe hierzu die Entscheidung Nr. 213).

Im universitären Bereich hält das Bundesarbeitsgericht dagegen die Fahne des Wissenschaftszeitgesetzes, das den Universitäten geradezu Narrenfreiheit gewährt, weiterhin hoch (Entscheidung Nr. 214). Betroffene können hier nur auf den Europäischen Gerichtshof hoffen. Dass der aber auch nicht alles kann, zeigt die Entscheidung Nr. 223, wonach für die Auslegung des § 104 BetrVG allein der nationale Arbeitnehmerbegriff maßgeblich ist.

Was ein Trendenzbetrieb und ein Tendenzträger sind, unterliegt stets der Einzelbetrachtung. Rechtsirrig ist jedoch die Annahme, eine Gewinnerzielungsabsicht würde der Tendenzeigenschaft entgegenstehen (Entscheidung Nr. 220).

Die Fusionskontrolle in Sachen Kaiser`s/Tengelmann (Entscheidung Nr. 229) zeigt, wie schwierig es ist, alle Grundrechte zu schützen, notfalls auch gegeneinander. Der Arbeitsrechtler ist geschockt, wenn er liest, Arbeitsplatzsicherheit wäre kein Gemeinwohlbelang (im Sinne des § 42 Abs. 1 GWB). Aber was nutzt es der Gesellschaft an sich, wenn die Arbeitsplatzsicherheit ein marktbeherrschendes Unternehmen erzeugt, das allen Verbrauchern die Preise erhöht (um es plakativ zu beschreiben)?

Zum Abschluss ein geldwerter Hinweis: in der Entscheidung Nr. 242 wird auf den streitwertmäßigen Unterschied zwischen einem gewöhnlichen Weiterbeschäftigungsantrag und dem nach § 102 Abs. 5 BetrVG hingewiesen.

Auch alle anderen wiedergegebenen Entscheidungen sind von praktischer Relevanz.

Mögen sie nützen!

Berlin, im Dezember 2016

Ihr

Dr. Hans-Georg Meier,  
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin



# Inhaltsverzeichnis

	Seite
<b>Aufsätze/Beiträge</b>	185
<i>Dirk Petri</i> , Arbeitgeberstrafrecht: Risiken, Bedeutung und (un-)kalkulierbare Rechtsfolgen (Teil 1)	185
<i>Thomas Rohrbach</i> , Rechtliche Fragestellungen beim internationalen Mitarbeitereinsatz von Arbeitnehmern	193
Rechtsschutz-Koordinierungsstelle läuft aus!	197
<b>Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen</b>	198
<b>Entscheidungen</b>	199
<b>Rezensionen</b>	213
Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar	213
Boecken/Joussen, Teilzeit- und Befristungsgesetz – Handkommentar	213
Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag – Handbuch für das gesamte Tarifrecht	213
Hasselblatt/Sternal (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch Zwangsvollstreckung	214
Boecken/Düwell/Diller/Hanau (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht – Kommentar	214
Thüsing, Mindestlohngesetz/Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Kommentar	214
Küttner, Personalbuch 2016	215
Maschmann/Sieg/Göpfert, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht	215
<b>Stichwortverzeichnis</b>	216
Impressum	218

## Liste der AE-Einsender

AE kann ihr Informationsziel nur erreichen, wenn möglichst viele Entscheidungen aus der Mitgliedschaft der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV kommen. Wir nennen daher hier regelmäßig mit Dank und Lob diejenigen, die sich um die AE besonders verdient gemacht haben.

### Einsender mit mehr als 40 Entscheidungen

Bauer	Bertram	Ansbach	Höser, Dr.	Jürgen	Frechen
Berrisch	Hansjörg	Gießen	Mansholt	Werner	Darmstadt
Graumann	Ingo	Iserlohn	Puhr-Westerheide	Christian	Duisburg
Gross	Roland	Leipzig	Schrader, Dr.	Peter	Hannover
Gussen, Prof. Dr.	Heinz	Rheda-Wiedenbrück	Weberling, Prof. Dr.	Johannes	Berlin

### Einsender mit mehr als 20 Entscheidungen

Banse, Dr.	Thomas	Düren	Müller-Knapp	Klaus	Hamburg
Brötzmann, Dr.	Ulrich	Mainz	Neef, Prof. Dr.	Klaus	Hannover
Faecks	Friedhelm	Marburg	Pauly, Dr.	Stephan	Bonn
Franzen	Klaus-Dieter	Bremen	Peter	Michael	Bad Honnef
Heinemann	Bernd	Sankt Augustin	Rütte	Klemens	Hamm
Hilligus	Kurt-Jörg	Neustadt i. Holst.	Schaefer	Rolf	Hannover
Kelber, Dr.	Markus	Berlin	Schmitt	Jürgen	Stuttgart
Koch, Dr.	Friedemann	Berlin	Seidemann, Dr.	Gisbert	Berlin
Link	Jochen	Villingen	Tschöpe, Dr.	Ulrich	Gütersloh
Lodzick	Michael	Darmstadt	Zeißig, Dr.	Rolf	Berlin
Müller	Steffen	Iserlohn			

### Einsender mit mehr als 10 Entscheidungen

Bauer	Dietmar	Wiehl	Kistner	Heinz	Hannover
Behrens	Walter	Hamburg	Krügermeyer-		
Chaudry	Ijaz	Frankfurt/M.	Kalthoff	Rolf	Köln
Clausen	Dirk	Nürnberg	Krutzki	Gottfried	Frankfurt a.M.
Clemenz Dr.	Susanne	Gütersloh	Lampe, Dr.	Christian	Berlin
Cornelius	Astrid	Darmstadt	Matyssek	Rüdiger	Ratingen
Dribusch	Bernhard	Detmold	Müller-Wiechards	Wolfram	Lübeck
Geus	Franz	Schweinfurth	Schäder Dr.	Gerhard	München
Goergens	Dorothea	Hamburg	Schmalenberg, Dr.	Werner	Bremen
Gosda	Ralf	Ahlen	Schramm	Joachim	Lübbecke
Gravenhorst, Dr.	Wulf	Düsseldorf	Schulz, Dr.	Georg R.	München
Greinert	Jaqueline	Kassel	Sparla	Franz	Aachen
Hertwig, Dr.	Volker	Bremen	Straub, Dr.	Dieter	München
Hesse, Dr.	Walter	Berlin	Thiele	Volker	Düren
Hjort	Jens	Hamburg	Weber	Axel	Frankfurt/M.
Jung	Nikolaus	Oberursel	Zahn	Thomas	Berlin
Keller	Thomas	München			

### Einsender mit 5 – 9 Entscheidungen

Beckmann	Paul-Werner	Herford	Matissek	Reinhard	Kaiserslautern
Böse	Rainer	Essen	Pouyadou, Dr.	Richard M.	Augsburg
Brammertz, Dr.	Dieter	Aachen	Preßer	Wolfgang	Neunkirchen
Crämer	Eckart	Dortmund	Pütter, Dr.	Albrecht	Flensburg
Daniels	Wolfgang	Berlin	Richter	Klaus	Bremen
Eckert, Dr.	Helmut	Offenbach	Richter, Dr.	Hanns-Uwe	Heidelberg
Fischer	Ulrich	Frankfurt/Main	Schäfer	Dieter	Essen
Fromlowitz	Horst	Essen	Schipp, Dr.	Johannes	Gütersloh
Gehrman	Dietrich	Aachen	Schneider-Bodien	Marcus	Düsseldorf
Goergens	Dorothea	Hamburg	Schönfeld	Julia	Bremen
Grimm, Dr.	Detlev	Köln	Striegel	Bernhard	Kassel
Heimann	Marko	Cham	Struckhoff	Michael H.	München
Herbert, Dr.	Ulrich	Coburg	Sturm	Joachim	Botrop
Howald, Dr.	Bert	Stuttgart	Theissen-Graf Schwe-		
Karle	Gerd	Balingen	initz	Ingo	Hagen
Kern	Jan H.	Hamburg	Thieme	Hans	Frankfurt/M.
Keunecke	Carsten	Frechen	Thon	Horst	Offenbach
Krafft	Alexander	Öhringen	Vrana-Zentgraf	Silke	Darmstadt
Kroll	Matthias W.	Hamburg	Wolf	Dr. Thomas	Büdingen
Kühn	Stefan	Karlsruhe	Zirnbauer	Ulrich	Nürnberg
Kunzmann, Dr.	Walter	Euskirchen			

# Arbeitgeberstrafrecht: Risiken, Bedeutung und (un)kalkulierbare Rechtsfolgen (Teil 1)

Rechtsanwalt Dirk Petri, Fachanwalt für Strafrecht und Steuerrecht, Köln

## I. Einleitung<sup>1</sup>

Das Arbeitsstrafrecht ist ein Teilgebiet des Wirtschaftsstrafrechts, das alle spezifischen arbeitsmarktbezogenen Straf- und Bußgeldbestimmungen erfasst. Das Arbeitsstrafrecht bezieht sich im Wesentlichen auf Pflichten, die an den Arbeitgeber-Status anknüpfen; Arbeitsstrafrecht ist daher in erster Linie Arbeitgeberstrafrecht.<sup>2</sup> In dieser Konzentration auf die soziale Rolle als zentrales Begriffsmoment erweisen sich die hier gemeinten Delikte auch als Wirtschaftsstrafrecht, das in einem wesentlichen Segment als Sonderstrafrecht der wirtschaftlich Tätigen verstanden werden kann.<sup>3</sup>



Zusammengefasst erstreckt sich der Begriff des Arbeitsstrafrechts mithin auf die Summe der Vorschriften, die im Bereich der Personalverantwortung des Arbeitgebers ein Strafrisiko bzw. das Risiko der Heranziehung zu einem Bußgeld statuieren; bei den arbeitsstrafrechtlichen Delikten handelt es sich insoweit um Sonderdelikte der Arbeitgeberschaft.<sup>4</sup>

Arbeitgeberstrafrecht ist im wesentlichen Nebenstrafrecht; das bedeutet, dass sich die Normen des materiellen Arbeitsstrafrechts, bis auf die zentrale Norm des Arbeitsstrafrechts im StGB, dem Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt nach § 266a StGB und dem in der Praxis weniger bedeutsamen Menschenhandel zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft § 233 StGB bzw. dem Lohnwucher nach § 291 StGB, alle weiteren Tatbestände außerhalb des StGB in sogenannten Nebengesetzen geregelt sind.

Das Nebenstrafrecht umfasst dabei aus historischer Sicht sämtliche „Strafnormen“, die außerhalb des Strafgesetzbuches („neben“ ihm) in anderen Gesetzen vorhanden sind. Zu den „Strafnormen“ sind alle Normen zu rechnen, welche die staatliche Verhängung von Strafen und die Festsetzung anderer Unrechtsfolgen wegen eines tatbestandsmäßig bestimmten, rechtswidrigen Verhaltens im Interesse des

Rechtsgüterschutzes regeln, also auch die Vorschriften des Ordnungswidrigkeitenrechts. In diesem umfassenden Sinne wird auch der Begriff „Strafrecht“ in Art. 74 Nr. 1 GG verstanden.<sup>5</sup>

Die Normen des Arbeitgeberstrafrechts sind im Wesentlichen Deliktstatbestände, die dem Schutz des Arbeitnehmers dienen. Über die Normen des StGB hinaus sind dies im Nebenstrafrecht bspw. im Hinblick

- auf die Schwarzarbeit §§ 10, 10a, 11 SchwarzArbG,
- auf illegale Ausländerbeschäftigung der § 404 SGB III,
- auf die illegale Arbeitnehmerüberlassung die §§ 15, 15a, 16 AÜG, wegen illegaler Arbeitnehmerentsendung der § 23 AEntG, sowie bei
- bei Verstößen gegen den Mindestlohn der § 21 MiLoG,
- bei Verstößen gegen die Arbeitszeit die §§ 22, 23 ArbZG,
- bei Verstößen gegen den Arbeitsschutz die §§ 25, 26 ArbSchG,

um nur die wesentlichen Gesetze und Normen zu nennen. Hinzukommen die beschäftigungsspezifischen Tatbestände des MuSchG, des JArbSchG, des AltersteilzeitG und des HAG. Weiterhin die Straftaten gegen die Betriebsverfassungsgesetze entgegen §§ 119 ff. BetrVG oder aber der strafbewährte Arbeitnehmerdatenschutz<sup>6</sup> bspw. bei sog. Mitarbeiterscreenings, bei denen nach bestimmten Kriterien (z.B. nach Zeiträumen, Suchbegriffen etc.) der E-Mail-Verkehr bzw. die Internetnutzung der Mitarbeiter überprüft wird, um Straftaten im Unternehmen aufzudecken.

Darüber hinaus ist Teil des materiellen Arbeitgeberstrafrechts auch der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

<sup>1</sup> Grundlage des Beitrags war das Referat des Verfassers für den Workshop „Arbeitgeberstrafrecht: Gefahrgeneigte Rolle in der freien Wirtschaft!“ auf der 72. Tagung der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht in Leipzig v. 9.10.9.2016; der Beitrag wird mit einem Teil 2 fortgesetzt.

<sup>2</sup> Brüssow/Petri, Arbeitsstrafrecht, Kap. A. Rn 5 m.w.N.

<sup>3</sup> Brüssow/Petri, Arbeitsstrafrecht, Kap. A. Rn 5 m.w.N.

<sup>4</sup> BeckOK StGB/Heintschel-Heinegg, LdS, Arbeitsstrafrecht, Rn 1.1.

<sup>5</sup> Buddendiek/Rutkowski, Lexikon des Nebenstrafrechts, Einführung in das Nebenstrafrecht Rn 1.

<sup>6</sup> Vgl. umfassend zu den einzelnen Deliktstatbeständen: Brüssow/Petri, Arbeitsstrafrecht, Kap. C. Rn 1 ff.; Kap. D. Rn 1 ff.

(vgl. § 17 UWG) insbesondere wenn es sich um den Sozialdatenschutz bei Sozialdaten handelt (vgl. §§ 85, 85a SGB X und §§ 155, 156 SGB IX).<sup>7</sup>

Auch mangelhafte Leistungen oder aber Schlechtleistungen können spezifische arbeitsstrafrechtliche Folgen haben, deren strafrechtlichen Konsequenzen regelmäßig in die Prüfung einer fahrlässigen Körperverletzung oder gar fahrlässigen Tötung (§§ 222, 229 StGB), bspw. wegen einer fehlenden Gefährdungsbeurteilung am Bau, führen können; ebenso wird aber auch wegen Baugeschädigung bestraft, wer in Ausübung eines Berufs oder Gewerbes gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik verstößt und dadurch das Leben eines anderen Menschen gefährdet (§ 319 StGB).<sup>8</sup>

Das materielle Arbeitgeberstrafrecht umfasst darüber hinaus aber auch das Steuerstrafrecht in Form der Lohnsteuerhinterziehung (§ 370 AO i.V.m. § 41a EStG), da der Arbeitgeber auch hierfür bspw. als Entleiher (vgl. § 42d Abs. 6 – 9 EStG) haftet; ebenso wie die besondere Steuerpflicht im Bauwesen für den Einbehalt von 15 % des Auftragsentgelts für den unternehmerischen Empfänger der Bauleistung (§ 48 EStG).<sup>9</sup>

Arbeitsstrafrecht ist also Arbeitgeberstrafrecht und umgekehrt, weil hier speziell der Arbeitgeber Adressat von Pflichten gegenüber seinen Arbeitnehmern und dem Sozialstaat ist. Hinter Verstößen gegen das Arbeitsstrafrecht steht daher nicht selten ein betriebswirtschaftliches Kalkül, wenn beispielsweise der Kosten- und Konkurrenzdruck zu hoch wird. Namentlich in der Baubranche und der Gastronomie ist dies häufig der Fall. Wenn ein Unternehmen Steuern zahlt, die erforderlichen Maßnahmen zum Arbeitsschutz trifft, auf die Einhaltung der zulässigen Arbeitszeit achtet und die daher zusätzlich erforderlichen Arbeitskräfte einstellt, dann kostet das Geld. Denn die Vorschriften, um die es geht, verteuern letztendlich den Personaleinsatz, der in Deutschland im Vergleich zu den Mitbewerbern in der übrigen Welt ohnehin vergleichsweise hoch ist. Die Durchsetzung arbeitsstrafrechtlicher Normen und der Steuer- und Abgabenverpflichtungen dient also nicht zuletzt auch dem Schutz der Mitbewerber. Häufig mögen Verstöße aber auch darin begründet liegen, dass Arbeitgeber – gerade im Mittelstand – nicht ausreichend rechtlich beraten sind und ihnen so die notwendige Sensibilität für die Vielzahl von drohenden Haftungsrisiken fehlt.<sup>10</sup>

## II. Entwicklung und Bedeutung

Das Arbeitgeberstrafrecht nimmt am Ende des ausgehenden 19. Jahrhunderts Fahrt auf. Es ist die Zeit der Industrialisierung. Nicht zuletzt auch die sozialphilosophischen Ansichten von Marx haben das Arbeitgeberstrafrecht mit begründet. Die Entwicklung ging untrennbar mit den Bedürfnissen nach Schutz der Arbeiterschaft aufgrund der Industrialisierung einher. So wurde etwa am 6.7.1884 (Marx selbst war 1883 verstorben) das Unfallversicherungsgesetz<sup>11</sup> verabschiedet. Das Gesetz ermächtigte die Berufsgenossenschaften erstmals ver-

bindliche Unfallverhütungsvorschriften zu erlassen. Darüber hinaus trat das erste Arbeitsschutzgesetz<sup>12</sup> am 1.7.1891 in Kraft.

In der Weimarer Republik wurde eine Vielzahl weiterer Gesetze zum Schutz der Arbeitnehmer erlassen; z.B. das Betriebsrätegesetz (4.2.1920)<sup>13</sup> oder die Verordnung über die Arbeitszeit (21.12.1923).<sup>14</sup> Bereits 1931 forderte der bekannteste Strafverteidiger der Weimarer Republik, *Max Alsberg*, dass die Verletzung von Arbeitsschutzbestimmungen nicht nur als bloße Ordnungswidrigkeit, sondern als echte Straftatbestände gegenüber dem Arbeitgeber geahndet werden sollen.<sup>15</sup> Die NS-Zeit und die Jahre bis zur Wiedervereinigung sollen an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden. Vielmehr kam es dann in den letzten 15 Jahren zur Verabschiedung und Implementierung einer Vielzahl von Straf- und Bußgeldvorschriften auf dem Gebiet des Arbeitslebens. Zu nennen sind hier etwa das ArbSchG, das AEntG, das ArbZG, das Schwarz-ArbG, jüngst das MiLoG und der Tatbestand des § 266a StGB.<sup>16</sup> Im Hinblick auf die aktuelle Bedeutung des Arbeitgeberstrafrechts ist zu konzedieren, dass Aufgrund der hohen Dunkelziffer von Gesetzesübertretungen über Umfang und Entwicklung der sogenannten Schattenwirtschaft erhebliche Unsicherheit besteht.<sup>17</sup>

Die Schattenwirtschaft erreichte im Verhältnis zum offiziellen BIP im Jahr 2003 mit 17,2 % ein Maximum. Infolge wirtschaftlicher Reformen – beispielsweise der Reform der Minijobs im Zuge der Hartz-Reformen – und der verbesserten wirtschaftlichen Entwicklung verminderte sich die Schattenwirtschaft relativ gesehen im nachfolgenden Zeitraum. Eine Ausnahme war das Krisenjahr 2009. Der Rückgang der Schattenwirtschaft wird sich jedoch der Prognose zufolge im Jahr 2015 nicht fortsetzen; sie wird bei etwa 339 Mrd. EUR liegen, was etwa 1/5 der deutschen Wirtschaftsleistung entsprechen dürfte.<sup>18</sup>

Allein aufgrund der prognostizierten konjunkturellen Entwicklung und der Situation auf dem Arbeitsmarkt würde die Schattenwirtschaft um ca. 1,3 Mrd. EUR zurückgehen. Aller-

<sup>7</sup> Vgl. hierzu: Brüssow/Petri, Kap. F. Rn 1 ff. u. 19 ff.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu: Brüssow/Petri, Kap. A. Rn 6; Kap. D Rn 86 ff.

<sup>9</sup> Vgl. hierzu: Schmidt/Drenseck, EStG, § 41a, Rn 1 ff. u. § 48 Rn 1 ff.; § 4a Rn 1 ff.

<sup>10</sup> Vgl. zur Motivation im Einzelnen: Schönfelder, Schwarzarbeit und Schattenwirtschaft im Baugewerbe, 1999; Enste, Sozialer Fortschritt 2004, 29 ff.

<sup>11</sup> Dt. RGBI Bd. 1884, Nr. 19, S. 69-111.

<sup>12</sup> Dt. RGBI Bd. 1891, Nr. 18, S. 261-290.

<sup>13</sup> RGBI I 1920, Nr. 26, S. 147-174.

<sup>14</sup> RGBI I 1923, S. 1249-1251.

<sup>15</sup> Alsberg, Arbeits- und Finanzstrafrecht (1931), S. 3.

<sup>16</sup> Vgl. hierzu auch: Petri, WiJ, 2016, 93 ff.

<sup>17</sup> Möhrenschrager, wistra 2010, Reg XXVI.

<sup>18</sup> Vgl. „Schattenwirtschaftsprognose“ des IAW S. 21 unter: [http://www.iaw.edu/tl\\_files/dokumente/JKU\\_IAW\\_Schattenwirtschaft\\_Studie\\_2015.pdf](http://www.iaw.edu/tl_files/dokumente/JKU_IAW_Schattenwirtschaft_Studie_2015.pdf).

dings wirken leicht steigende Sozialbeiträge und die Einführung des allgemeinen Mindestlohns tendenziell verstärkend auf die Schattenwirtschaft. Die Schattenwirtschaft stieg im Jahr 2015 aufgrund höherer Beiträge zur Pflegeversicherung. Dämpfend wirkt dagegen die Senkung der Rentenbeiträge von 18,9 % auf 18,7 %. Die Senkung des allgemeinen Beitragssatzes zur gesetzlichen Krankenversicherung um einen Prozentpunkt wird nicht berücksichtigt, da davon auszugehen ist, dass die meisten Kassen Zusatzbeiträge erheben werden. Ob der Beitragssatz steigt oder sinkt, ist derzeit nicht abzusehen. Per Saldo ergibt sich eine geringfügige errechnete Steigerung der Schattenwirtschaft von 200 Mio. EUR. Der am 1.1.2015 eingeführte Mindestlohn in Höhe von 8,50 EUR wird die Schattenwirtschaft danach um 1,5 Mrd. EUR erhöhen.<sup>19</sup>

Im Jahr 2014 wurden 785.248 meldepflichtige Arbeitsunfälle bei den Unfallversicherungen der gewerblichen Wirtschaft und weitere 84.569 bei den Unfallversicherungen der öffentlichen Hand registriert.<sup>20</sup>

Für das Jahr 2012 wurden 164.785 Verdachtsfälle durch die Deutsche Rentenversicherung im Hinblick auf etwaige Verstöße gegen sozialversicherungsrechtliche Meldepflichten registriert und zwar u.a. im Hinblick auf Scheinentsendungen aus dem Europäischen Ausland und die Scheinselbstständigkeit als solche.<sup>21</sup>

Entsprechend sind die Normen des Arbeitsstrafrechts in den vergangenen Jahren verstärkt in den Fokus der Ermittlungs- und Bußgeldbehörden gerückt, und die Intensität der Strafverfolgung hat – nicht zuletzt oder gerade wegen der Einbindung der Zollbehörden – stark zugenommen. Durch eine behördenübergreifende Kooperation – und die über die gesamte Rechtsordnung verteilten Regelungen zu gegenseitigen Mitteilungen von Verdachtsmomenten – ist ein dichtes Netz von und für ermittelnde Behörden geknüpft worden, dies gilt insbesondere durch die Einbindung der Behörden der Zollverwaltung unter Nutzung des speziellen Verfahrensrechts des SchwarzArbG (formelles Arbeitsstrafrecht), wodurch das Risiko einer Entdeckung und Sanktion von Gesetzesübertretungen erheblich gestiegen ist.<sup>22</sup>

Die Finanzkontrolle Schwarzarbeit, welche seit 2004 als Schwerpunktbehörde bei Zoll angesiedelt ist, hat jedenfalls im Jahr 2014 von den Zollbehörden 512.763 Personenüberprüfungen an Arbeitsstellen vornehmen lassen und 63.014 Arbeitgeber überprüft; es wurden 100.763 Ermittlungsverfahren wegen Straftaten und 53.007 Ermittlungsverfahren wegen Ordnungswidrigkeiten abgeschlossen. Die festgestellte Schadenssumme für das Jahr 2014 betrug 795,4 Millionen EUR.<sup>23</sup>

Die lange Zeit verbreitete These, die im Bereich des Arbeitsstrafrechts erfolgende Ahndung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten fallen regelmäßig sehr milde aus,<sup>24</sup> können jedenfalls heute zutage nicht mehr aufrechterhalten werden. Hiermit zeigt sich ein Trend zur empfindlichen Sanktionierung, die – auch unter dem Gesichtspunkt der Abschreckung – eine Gesetzesübertretung für den Arbeitgeber zu ei-

nem schlechten Geschäft machen soll. Die Summe der erwirkten Freiheitsstrafen in den von der Finanzkontrolle Schwarzarbeit abgeschlossenen Verfahren beliefen sich im Jahr 2014 auf 1917 Jahre.<sup>25</sup>

### III. Grundlagen des Arbeitgeberstrafrechts und aktuelle Rechtsprechung

1. Einen eigenständigen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbegriff kennt das Straf- und Bußgeldrecht nicht. Den Arbeitsrechtlern wiederum dürfte es wenig überraschen, dass für den Bereich des Arbeitgeberstrafrechts der Arbeitgeberbegriff nicht legal definiert wurde. Denn seit jeher stellt der Gesetzgeber für den Bereich des Individual- und Kollektivarbeitsrechts weder eine Legaldefinition des Arbeitgeber- noch des Arbeitnehmerbegriffs zur Verfügung. Eine Ausnahme dürfte hier nur § 6 Abs. 2 AGG sein. Die Ermittlungsbehörden – insbesondere der Zoll – nutzen daher in der Praxis regelmäßig die für sie günstigsten und für den Arbeitgeber nachteiligen Merkmale aus den einzelnen Rechtsbereichen, um eine Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmereigenschaft gerade bei Fragen der Scheinselbstständigkeit begründen zu können und greifen hierzu auf das Arbeits-, Sozial- und Steuerrecht und die hier durch die Gerichtsbarkeiten entschiedenen Fälle zurück.

2. Die herrschende Meinung<sup>26</sup> bestimmt den Arbeitgeberbegriff im Strafrecht hingegen nach dem Sozialversicherungsrecht in Kombination mit der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung des BAG. Dies ist deswegen im Strafrecht von essentieller Bedeutung, da die bußgeldrechtlichen oder aber tatrichterlichen Feststellungen konkrete Ausführungen zur Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft nach §§ 200 Abs. 1 S. 1, 267 Abs. 1 S. 1 StPO bzw. § 66 Abs. 3 Nr. OWiG enthalten müssen – andernfalls sind sie anfechtbar. Die Frage, bin ich als Unternehmer Arbeitgeber, ist damit Dreh- und Angelpunkt und betrifft ein Kernproblem des Arbeitgeberstrafrechts.<sup>27</sup>

a) Mit Beschl. v. 24.6.2015 hat der 1. Strafsenat des BGH,<sup>28</sup> der für seine progressive Rechtsprechung nicht unbedingt be-

19 Vgl. „Schattenwirtschaftsprognose“ des IAW S. 25 unter: [http://www.iaw.edu/tl\\_files/dokumente/JKU\\_IAW\\_Schattenwirtschaft\\_Studie\\_2015.pdf](http://www.iaw.edu/tl_files/dokumente/JKU_IAW_Schattenwirtschaft_Studie_2015.pdf).

20 Vgl. *Geschäfts- und Rechnungsergebnisse der gewerblichen Berufsgenossenschaften und Unfallversicherungsträger der öffentlichen Hand 2013*, S. 17.

21 *BT-Drucks 17/14800*, S. 6 f.

22 Vgl. hierzu: *Brüssow/Petri, Arbeitsstrafrecht, Kap. D. Rn 278 ff.*

23 *Jahresstatistik der Bundeszollverwaltung, 2014*, S. 18.

24 Vgl. hierzu: *Hahn, Arbeitsstrafrecht, 1992*, S. 297 ff.

25 *Jahresstatistik der Bundeszollverwaltung, 2014*, S. 18.

26 Vgl. nur: *Fischer, StGB, § 266a Rn 4 f. m.w.N.*

27 Vgl. *Brüssow/Petri, Arbeitsstrafrecht, Kap. A. Rn 22; Petri, WiJ 2016, 96.*

28 *BGH, wistra 2015, 393.*

kannt ist, erfreulicherweise erneut dieses Kernproblem des Arbeitgeberstrafrechts, nämlich die Abgrenzung zwischen selbstständiger- und unselbstständiger Arbeit, aufgearbeitet. Die herausgehobene Bedeutung des Beschlusses ist für die Praxis nicht hoch genug anzusetzen. Denn in jüngerer Zeit ist zu konstatieren, dass die Rentenversicherungsträger vornehmlich auf eine unselbstständige Tätigkeit – sprich Scheinselbstständigkeit – fokussieren. Die DRV unterlässt nämlich immer häufiger die vom BGH geforderte abwägende Gesamtbetrachtung und lässt einzelne Indizien zur Bewertung einer abhängigen Beschäftigung ausreichen. Die fehlende Gesamtbetrachtung setzt sich dann regelmäßig in einer identischen Rechtsauffassung des Zolls, der Steuerfahndung und nicht zuletzt der Staatsanwaltschaft fort. Der BGH hat in dem Beschluss hingegen besonderes Gewicht auf die Einhaltung der wertenden Gesamtbetrachtung und konkret u.a. auch darauf gelegt, dass es der Wille der Arbeiter war, als Selbstständige tätig zu werden; die Arbeiter waren frei, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen; die Arbeiter hatten einen Gewerbeschein ebenso wie eine eigene Betriebs- bzw. Steuernummern; sie schlossen Verträge auch mit anderen Auftraggebern; Weisungen wurden im Einzelfall vor Ort nicht erteilt und auch das Gewerbeamt respektive das Finanzamt hatte das Geschäftsmodell nicht beanstandet. Aufgrund dieser Tatsache hatte der 1. Strafsenat große Zweifel an einer Arbeitgeberbereitschaft des Angeklagten und hat die Sache an ein anderes Landgericht zurückverwiesen und dabei auch darauf hingewiesen, dass die Zurückverweisung an eine Wirtschaftsstrafkammer angezeigt sei, da zur Beurteilung des Falles besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens erforderlich wären. Dies ist auch deswegen von Bedeutung, da wegen den Überlastungen der Wirtschaftsstrafkammern in allen Landgerichtsbezirken deutschlandweit solche Sachverhalte in jüngerer Zeit zum Schöffengericht angeklagt werden.

b) Einer weiteren Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH,<sup>29</sup> welche weniger progressiv war, aber nochmals die strafrechtliche Definition des Arbeitgebers verdeutlicht, lag zugrunde, dass die Angeklagte es mehreren Baukolonnenführern ermöglicht hatte, ihre Bauleistungen „schwarz“ zu erbringen, indem sie ihnen eine nur zum Schein als Baufirma auftretende GmbH zur Verfügung stellte. Die Angeklagte erstellte unter dem Namen der GmbH Rechnungen an die jeweiligen Auftraggeber und reichte die eingegangenen Zahlungen nach Abzug einer Provision an die Kolonnenführer weiter. Diese verwendeten die Gelder teilweise zur Auszahlung von Schwarzlöhnen und behielten den Überschuss als Gewinn ein. Die Angeklagten Baukolonnenführer wurden durch das Landgericht Frankfurt wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung tat einheitlich mit Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt verurteilt. Nach Auffassung des BGH seien die Baukolonnenführer aber tatsächlich als Arbeitgeber und damit als Haupttäter zu betrachten. Denn die Kolonnenführer hätten im vorliegenden Fall die Planungen und Durchführungen der Bauarbeiten von den Auftraggebern übernommen und die

für die jeweilige Baustelle erforderlichen Arbeiter gestellt, angewiesen und überwacht.

In dieser Entscheidung macht der BGH nochmals deutlich, dass sich die Bestimmung des Arbeitgeberbegriffs nach dem Sozialrecht, das seinerseits auf das Arbeitsrecht verweise, richtet. Der BGH legt insoweit die folgende Definition zugrunde: *„Arbeitgeber ist danach derjenige, dem der Arbeitnehmer nicht selbstständige Dienste gegen Entgelt leistet und zu dem er in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit steht, das sich vornehmlich in seiner regelmäßig mit einem Weisungsrecht des Arbeitgebers verbundenen Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers äußert.“* Für die Beurteilung, ob ein sozialversicherungs- und lohnsteuerpflichtiges Arbeitsverhältnis vorliege, seien danach allein die tatsächlichen Gegebenheiten maßgeblich seien.

c) Das OLG Celle<sup>30</sup> hat jüngst im Hinblick auf medizinische Fachkräfte festgestellt, dass die Angeschuldigten als Geschäftsführer einer GmbH die Sozialabgaben für als Rettungsfahrer beschäftigte Personen im Bereich des mobilen Krankentransportdienstes sowie die für diese Personen entstehenden Lohnsteuer und Solidaritätsbeiträge nicht abgeführt hätten. Sie hätten die Fahrer als Honorarkräfte behandelt, obwohl es sich bei diesen Personen, um abhängig beschäftigte Arbeitnehmer gehandelt habe. Den Angeschuldigten wurde durch die Anklage ein Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt nach § 266a StGB und eine Lohnsteuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 AO vorgeworfen. Das LG Hannover hatte das Hauptverfahren aus, wie ich meine, zutreffenden Gründen, insbesondere wegen formaler Bedenken gegen die Anklageschrift nicht eröffnet. Das OLG Celle hat diese Nichteröffnungsentscheidung des Landgerichts allerdings korrigiert. Das OLG Celle wies im Hinblick auf den subjektiven Tatbestand darauf hin, dass es nur darum gehe, ob die Angeklagten die Umstände erkannt hätten, aus denen sich die Eigenschaft der eingesetzten Kräfte als abhängig Beschäftigte ergebe. Ein Tatbestandsirrtum über das Merkmal Arbeitgeberstellung käme dann nicht (mehr) in Betracht.

Letztlich wird es also in der Praxis bei umfassender Tatsachenkenntnis kaum möglich sein, das Tatgericht vom Fehlen einer zumindest laienhaften Kenntnis bezüglich der Stellung des Arbeitgebers zu überzeugen. Dies entspricht auch der herrschenden Meinung in der Rechtsprechung des BGH.<sup>31</sup> Hono-

<sup>29</sup> BGH, NStZ 2013, 587.

<sup>30</sup> OLG Celle 1 Ws 123/13; vgl. hierzu auch LSG Hessen zum vergleichbaren Fall von medizinischen Pflegepersonal („Krankenschwester“) als Honorarkraft: LSG Hessen, Urt. v. 7.7.2016 – L 8 KR 110/15.

<sup>31</sup> BGH, wistra 2010, 29 m.w.N.: Kennt derjenige, der andere Personen beschäftigt, alle objektiven Umstände, welche seine Eigenschaft als Arbeitgeber begründen, geht er aber irrig davon aus, gleichwohl kein solcher zu sein, so liegt ein bloßer Verbotsirrtum infolge fehlerhafter Subsumtion vor, der wegen der Einleitung eines Statusverfahrens nach

rarkräfte dürften damit zwar im Zweifel immer als abhängig Beschäftigte anzusehen sein, so dass eine Exkulpation auf Tatbestandsebene regelmäßig ausgeschlossen sein dürfte. Hilfreich kann an dieser Stelle aber dennoch die argumentative Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BFH<sup>32</sup> sein, der in jüngst erst in einem vergleichbaren Fall von Honorarkräften eine selbstständige Unternehmereigenschaft akzeptierte.

#### IV. Haftung von Unternehmen und Unternehmensverantwortlichen

1. In Deutschland gibt es bisher kein Unternehmens- bzw. Verbandsstrafrecht, d.h. juristische Personen als solche können nicht strafrechtlich – anders als in den USA – angeklagt werden, da das deutsche Strafrecht keine Strafbarkeit juristischer Personen kennt („*societas delinquere non potest*“). Das Land Nordrhein-Westfalen hat zwischenzeitlich einen Gesetzesentwurf der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Verbänden vorgestellt. Dieser befindet sich im Gesetzgebungsverfahren. Ob es in Zukunft eine unmittelbare Strafbarkeit von juristischen Personen (Verbandsstrafbarkeit) in Deutschland geben wird, bleibt abzuwarten.<sup>33</sup>

2. Allerdings kennt bereits das Ordnungswidrigkeiten- bzw. Bußgeldrecht die Möglichkeit empfindliche vergleichbare „Strafen“ mithilfe des Ordnungswidrigkeitengesetz gegenüber Unternehmen zu verhängen.<sup>34</sup>

a) So hat das OLG Stuttgart<sup>35</sup> es grundsätzlich für zulässig erachtet, dass bei einer Vielzahl von Lenkzeitüberschreitungen es jede einzelne Lenkzeitüberschreitung rechtfertigen könne, den wirtschaftlichen Vorteil aus dem zugrundeliegenden Frachtvertrag nach § 29a Abs. 2 OWiG für verfallen zu erklären und beim Unternehmen abzuschöpfen. Im zugrundeliegenden Fall hatte der erklärte Verfall des wirtschaftlichen Vorteils zwar keinen Beistand, weil die zugrundeliegenden einzelnen Taten nicht ausreichend unter Benennung des Fahrers, des Fahrzeugs, Beginn und Ende der Fahrt, sowie des örtlichen Bereichs der Fahrt konkretisiert waren; dies ändert aber nichts daran, dass die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils bei Lenkzeitüberschreitungen gängige Praxis ist.

b) Weniger Erfolg hatte hingegen der Unternehmer mit seiner Rechtsbeschwerde in dem durch das OLG Hamburg<sup>36</sup> entschiedenen Fall. Das OLG Hamburg hatte dort ausgeführt, dass für die Bestimmung des Erlangten im Sinne des Verfalls nach § 29a Abs. 2 OWiG das volle für die Fahrt erlangte Transportentgelt zugrunde zu legen ist, wenn bei der Durchführung einer Transportfahrt mit einem Lkw das zulässige Höchstgewicht nach § 34 StVZO überschritten wurde. Es gilt dabei das sogenannte Bruttoprinzip abzgl. der Mehrwertsteuer. Danach ist die Bestimmung des Erlangten im Sinne von § 29a Abs. 2 OWiG nicht allein auf den durch die Überschreitung des zulässigen Höchstgewichts erlangten wirtschaftlichen Vorteils etwa in Gestalt der ersparten Aufwendungen abzustellen,

sondern bezieht sich vielmehr auf das insgesamt geschuldete Transportentgelt nach dem Frachtvertrag.

3. Regelmäßig stellt sich weiterhin die Frage, wann von einer ausdrücklichen Beauftragung im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB (vgl. hierzu auch die identische Vorschrift des § 9 Abs. 2 Nr. 2 OWiG) ausgegangen werden kann, so dass der Beauftragte wie der Arbeitgeber – neben der straf- und bußgeldrechtlichen Verantwortlichkeit – auch zivilrechtlich haftbar ist. Instruktiv zur Bewertung in der Praxis ist hier der nachfolgend durch den BGH<sup>37</sup> judizierte Sachverhalt. Dort war der Ehemann der Angeklagten Geschäftsführer der A-GmbH, die die Reinigung von Toilettenanlagen in Kaufhäusern betrieb. Die Arbeitnehmer der A – GmbH wurden unterhalb des tariflichen Mindestlohns bezahlt. Das Landgericht war davon ausgegangen, dass der Ehemann der Angeklagten als Geschäftsführer Arbeitgeber gewesen sei; die Angeklagte habe diese Pflicht nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB getroffen, weil sie von ihrem Ehemann beauftragt worden sei, den Personalsektor eigenverantwortlich allein abzuwickeln. Daher war die Angeklagte wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt nach § 266a StGB verurteilt worden, weil sie von ihrem Ehemann beauftragt worden sei, den Personalsektor eigenverantwortlich allein abzuwickeln. Der BGH führte hingegen aus, dass an die Zurechnung einer Arbeitgeberstellung durch ausdrückliche Beauftragung hohe Anforderungen zu stellen sind. Fehlt es beispielsweise an einer ausreichenden Entscheidungsfreiheit des Beauftragten, dann handelt er nicht wie ein organchaftlicher Vertreter, sondern kann allenfalls dessen Gehilfe sein. Daher hob der BGH hier auch die Ausgangsentscheidung auf und kam zu einer Beihilfe des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt. Die Entscheidung ist deswegen von Bedeutung, weil in der arbeitsstrafrechtlichen Praxis häufig vergleichbare Sachverhalte im Hinblick auf § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB bzw. § 9 Abs. 2 Nr. 2 OWiG zum Tragen kommen und die Ermittlungsbehörden häufig vorschnell eine solche Beauftragung bejahen. Erst jüngst hat der BGH<sup>38</sup> diese Rechtsprechung nachhaltig bestätigt und weitergehend konkrete-

§ 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV auch vermeidbar wäre; vgl. auch BGHZ 133, 381 und Fischer, StGB, § 266a Rn 23.

32 BFH, MwStR, 2016, 496 zur Unternehmereigenschaft von durch eine Agentur vermittelten Pflegekräften nach § 2 Abs. 1 UStG.

33 Vgl. Brüssow/Petri, Arbeitsstrafrecht, Kap. A. Rn 28, 31 ff., 36 m.w.N.

34 Vgl. umfassend: Brüssow/Petri, Arbeitsstrafrecht, Kap. B. Rn 54 ff. (§ 30 OWiG), Rn 130 ff. (§ 130 OWiG), Rn 120 ff. (§ 29a OWiG).

35 OLG Stuttgart, Beschl. v. 26.2.2014 – 2 Ss 616/13 = BeckRS 2014, 06777.

36 OLG Hamburg, NStZ 2014, 340 (m. Anm. Madauß) = NZWiSt 2014, 146 (m. Anm. Molkentin).

37 BGH, NStZ 2013, 408.

38 BGH, NStZ 2016, 460 m.w.N.

siert. Denn an die Beauftragung im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB sind strenge Anforderungen zu stellen, da hierdurch eine persönliche Normadressatenstellung des Beauftragten begründet wird, die ihm (strafbewehrt) die Erfüllung betriebsbezogener Pflichten überbürdet. Die Beauftragung muss daher zweifelsfrei erfolgen und ausreichend konkret sein, damit für den Beauftragten das Ausmaß der von ihm zu erfüllenden Pflichten (das Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen) eindeutig erkennbar ist. Darüber hinaus rügte der BGH in dieser Entscheidung mit deutlichen Worten die Beweiswürdigung der Vorinstanz als lückenhaft in Bezug auf die Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums. Denn die pflichtwidrige Nichteinholung von Auskünften führe nicht an sich schon zu einer Vermeidbarkeit. Erforderlich sei, dass die Erkundigung zu einer Auskunft geführt hätte, die das Verhalten auch als verboten eingestuft hätte. In der wirtschaftsstrafrechtlichen Praxis nimmt die Beratungs- und Verteidigungsarbeit zu § 266a StGB immer breiteren Raum ein; Gleiches gilt selbstverständlich für die spiegelbildliche zivilrechtliche Relevanz bei der Beratung von Arbeitgebern, so dass die Kenntnis des aktuellen Urteils des 5. Strafsenats des BGH für die Beratungspraxis von Arbeitgeber unerlässlich sein dürfte.

**4.** Ein weiteres Urteil des BGH<sup>39</sup> befasst sich mit der jüngst im Strafrecht wieder intensiv diskutierten Frage der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung des Arbeitgebers oder aber vergleichbarer Personen im Unternehmen. Der Entscheidung des BGH lag der Fall eines Vorstandsmitgliedes in den Berliner Stadtreinigungsbetriebe (BSR) zugrunde. Dieser hat zugunsten seines Unternehmens, einer Anstalt des öffentlichen Rechts, die Aufdeckung eines zunächst versehentlich vorgenommenen Kalkulationsfehlers verhindert. Dies kostete die Grundstückseigentümer, die durch Anschluss- und Benutzerzwang die Gebühren der BSR zu zahlen haben, mehr als 23 Millionen EUR. Das Vorstandmitglied wurde deshalb rechtskräftig wegen Betruges in mittelbarer Täterschaft an den Straßenanliegern zu einer zweijährigen Bewährungsstrafe verurteilt. Der Leiter der Rechtsabteilung, zugleich Leiter der Innenrevision des Unternehmens der BSR, wurde darüber hinaus der Beihilfe durch Unterlassen zu diesem Betrug schuldig gesprochen und zu einer Geldstrafe verurteilt. Ohne dass es für die Entscheidung sodann darauf angekommen oder sonst notwendig gewesen wäre, machte der 5. Senat des BGH in einem *obiter dictum* sodann geltend, dass auch den Compliance Officer grundsätzlich eine originäre Garantenpflicht treffe, wenn die Unternehmensführung oder aber sonstige leitende Mitarbeiter bußgeld- oder strafrechtlich relevantes Fehlverhalten an den Tag legen. Ob diese Auffassung des BGH zur Garantenstellung des Compliance Officer tatsächlich zutreffend ist, soll an dieser Stelle dahingestellt bleiben und ist Gegenstand von einer Vielzahl von dogmatischen Auseinandersetzungen.<sup>40</sup> Nach dem Verständnis des BGH bedingt jedenfalls die Geschäftsherrenhaftung, dass betriebsbezogene Straftaten von Betriebsangehörigen durch die Arbeitgeberseite zu unterbinden sind.

**5.** Die vorstehende Rechtsprechung hat der BGH<sup>41</sup> sodann bezüglich der betrieblichen Organisationsmacht der Arbeitgeberseite im Hinblick auf die Garantenstellung zur Verhinderung betriebsbezogener Straftaten weiter konkretisiert. In diesem Fall war ein Vorarbeiter eines städtischen Bauhofs angeklagt, wiederholt Beihilfe durch Unterlassen begangen zu haben, in dem er die mitangeklagten Arbeiter nicht hinderte, den geschädigten Mitarbeiter schikanierend mehrfach vorsätzlich an Körper und Gesundheit zu verletzen. Der Vorarbeiter habe aber, so der BGH, insofern mangels besonderer Pflichtenstellung keine Garantenstellung inne gehabt, die über die für jedermann geltenden Handlungspflichten hinausgegangen wären. Zwar könne sich aus der Stellung als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzten je nach den Umständen des einzelnen Falles eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter ergeben. Dies beschränkt sich indes aber nur auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten und umfasst nicht solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit im Betrieb begeht. Ausdrücklich verweist der BGH sodann aber auf den Tatbestand der unterlassenen Hilfeleistung nach § 323c StGB, der dann jedenfalls einschlägig sei. Die strafrechtlichen Auswirkungen solcher Mobbingsachverhalte<sup>42</sup> sind daher grundsätzlich anhand der einzelnen Tatbestände des StGB, in Abgrenzung zur arbeitsrechtlichen Betrachtungsweise, zu prüfen. Dem BGH dürfte aber im Hinblick auf die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arbeitgebers bzw. von sonstigen Angestellten in Leitungsfunktion insoweit beizupflichten sein, als das Merkmal der Betriebsbezogenheit nicht überdehnt werden sollte und zwar auch für den Fall, dass die Taten wiederholt begangen wurden.<sup>43</sup>

**6.** Anlässlich vorstehender Entscheidung hat der BGH<sup>44</sup> auch grundsätzlich hervorgehoben, dass den Arbeitgeber oder aber sonstige leitende Verantwortliche eine Schutzpflicht aus § 618 BGB gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer treffen könne. Weiterhin hat der BGH dort unter Bezugnahme auf die BSR-Entscheidung ergänzend dargelegt, dass auch eine arbeitsvertragliche Übertragung einer Schutzpflicht aus § 618 BGB als Überwachungsgarant im Interesse nachgeordneter Mitarbeiter in Betracht kommen könne. Jedenfalls dürfte eine Beschützergarantenstellung des Arbeitgebers bzw. leitender Angestellter, abgeleitet aus § 618 BGB, wohl fernliegend sein. Die bisher hierzu ergangene Rechtsprechung<sup>45</sup> spricht viel-

39 BGHSt 54, 49.

40 Vgl. Brüssow/Petri, *Arbeitsstrafrecht*, Kap. B. Rn 32 u. Kap. D. Rn 101 m.w.N.

41 BGHSt 57, 42.

42 Vgl. hierzu: Petri, *StraFo* 2007, 221 ff.

43 Vgl. hierzu: Brüssow/Petri, *Arbeitsstrafrecht*, Kap. D. Rn 96 ff.

44 Vgl. BGHSt 57, 42.

45 Vgl. BGH, Urt. v. 25.6.2009 – 4 StR 610/08 = BeckRS 2009, 20066; OLG Naumburg, NStZ-RR 1996, 229; OLG Rostock,

mehr dafür, dass in der Regel nur eine Überwachungs-garantenstellung aus § 618 BGB abgeleitet werden kann. Damit hat der Arbeitgeber bzw. bestimmte exponierte Vertreter des Unternehmens im Einzelfall die Pflicht, nach ihren Möglichkeiten und tatsächlich übernommenen Verpflichtungen betriebsbezogene Straftaten Unternehmensangehöriger zu verhüten; andernfalls droht ihnen eine strafrechtliche Verfolgung. Klassiker für eine betriebsbezogene Straftat wäre beispielsweise die Einrichtung oder Unterhaltung einer schwarzen Kasse zwecks Bestechung, der Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, die Duldung von Schwarzarbeit, die Verantwortung für Betriebsunfälle wegen mangelhafter Gefährdungsbeurteilung aber möglicherweise auch die Duldung von Mobbing, wenn es sich jedenfalls um Auszubildende handelt, da hier ein unmittelbarer Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Auszubildenden in der Regel wohl gegeben wäre.<sup>46</sup>

7. Durch § 14 Abs. 3 StGB bzw. § 9 Abs. 3 OWiG wird klargestellt, dass Abs. 1 und Abs. 2 auch dann anzuwenden sind, wenn die Organbestellung oder aber Beauftragung fehlerhaft und damit unwirksam ist. Darüber hinaus ist auch die Rechtsfigur des faktischen Organs anerkannt und wurde ursprünglich im Zivilrecht entwickelt.<sup>47</sup> In der Rechtsprechung des BGH sind folgende acht Kriterien Anhaltspunkte für die Annahme einer faktischen Organstellung, wenn der Betreffende

- a) die Unternehmenspolitik bestimmt,
- b) die Unternehmensorganisation sicherstellt;
- c) über die Entscheidung der Einstellung von Mitarbeitern entscheidet und die entsprechenden Auswahlgespräche führt nebst Festlegung der Einstellungskriterien;
- d) die Gestaltung der Geschäftsbeziehungen zu Vertragspartnern vorgibt und definiert und diese im Zweifel führt oder aber führen lässt;
- e) die Verhandlungen mit Kreditgebern führt oder diese jedenfalls über die Strohgeschäftsführerin steuert;
- f) sich als der faktische Geschäftsführer selbst oder als einfacher Mitarbeiter oder aber leitender Mitarbeiter Gehalt zukommen lässt – entscheidend ist die Gehaltshöhe – oder aber über seine Frau gemeinsam vereinnahmt, wobei hier etwaige Pfändungsfreigrenzen eine Rolle spielen können;
- g) Entscheidungen in Steuerangelegenheiten in Absprache mit den Steuerberatern trifft, d.h. beispielsweise welche Abschreibungen in welchen Jahren vorzunehmen sind, wie Betriebsausgaben anzusetzen sind etc. und
- h) die Steuerung der Buchhaltung maßgeblich leitet, führt und inhaltlich mit verantwortet.

Dass BayObLG<sup>48</sup> geht dabei davon aus, dass eine faktische Organstellung nur dann angenommen werden könne, wenn von den genannten acht Kriterien mindestens sechs erfüllt sind. Allerdings wird demgegenüber wohl zu Recht vielfach auf eine Gesamtschau abgestellt, da eine zu formalisierte Betrachtungsweise bedenklich ist und dem Einzelfall nicht ausreichend gerecht werden kann.<sup>49</sup> Je nach Sachverhalt kann al-

lerdings die Entscheidung des BayObLG durchaus argumentativ verhaften und hilfreich sein.

8. Der Auffangtatbestand für die Haftung des Inhabers eines Betriebs bzw. Unternehmens ist aber § 130 OWiG als eigentliche Muttervorschrift der Compliance. § 130 OWiG ist zwar recht unscheinbar im Besonderen Teil des OWiG geregelt. § 130 OWiG schafft aber für den Unternehmensalltag eine Generalverantwortung für die Rechtmäßigkeit des Handelns. Verletzt danach der Inhaber des Betriebs seine Aufsichtspflicht vorsätzlich oder fahrlässig und kommt es zu einer Zuwiderhandlung oder überwacht der Inhaber nicht sorgfältig die Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen, so kann er mit einer Geldbuße belangt werden. Allerdings nur dann, wenn dem Betriebsinhaber keine konkrete Zuwiderhandlung zugerechnet werden kann und ihn nur eine Aufsichtspflichtverletzung zur Last zu legen ist, kommt eine Ahndung aus § 130 OWiG in Betracht; andernfalls wäre § 30 OWiG einschlägig.<sup>50</sup>

Wegen der schwierigen Differenzierung zwischen konkreter Zuwiderhandlung und bloßer Aufsichtspflichtverletzung erfolgt ein häufiger Rückgriff in der Praxis auf die Norm, so dass ein Rekurs auf § 130 OWiG nicht zuletzt im Hinblick auf § 30 OWiG erfolgt. Denn § 130 OWiG kommt als Auffangtatbestand nur dann subsidiär zur Anwendung, wenn ein bestimmter Bezug des Inhabers zu einer betriebsbezogenen Straftat oder Ordnungswidrigkeit nicht nachzuweisen ist. Umgekehrt ist die Feststellung eines Täters nicht notwendig, so dass die Aufsichtspflichtverletzung auch nur in einem Organisationsmangel liegen kann.<sup>51</sup>

So besteht aber beispielsweise für den Generalunternehmer keine Aufsichtspflicht, welche er verletzen könnte, wenn er einen Subunternehmer im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrages einsetzt.<sup>52</sup> Darüber hinaus können den Inhaber nicht nur Pflichten aus Sonderdelikten, sondern auch sich aus Allgemeindelikten ergebende Pflichten treffen, wenn diese im Zusammenhang mit der Führung des Betriebes oder Unternehmens stehen (Theorie des betrieblichen Zusammenhangs).<sup>53</sup>

Urt. v. 10.9.2004 – 1 Ss 80-04 I 72, 101/04 = BeckRS 2010, 26358.

46 Vgl. Jäger, JA 2012, 394 der zu Recht darauf hinweist, dass die offene Grenzziehung des BGH auch kritisch zu sehen ist.

47 Vgl. hierzu: Brüssow/Petri, Arbeitsstrafrecht, Kap. B. Rn 49 ff. m.w.N.

48 BayObLG, NJW 1997, 1936.

49 Müller-Gugenberger-Schmidt/Friedrich, § 30 Rn 58; BGH, wistra 2013, 272.

50 Vgl. hierzu: Brüssow/Petri, Arbeitsstrafrecht, Kap. B. Rn 68 ff.

51 Brüssow/Petri, Arbeitsstrafrecht, Kap. B. Rn 78 m.w.N.

52 Wiese, Hdb. des Bußgeldverfahrens, S. 140.

53 Vgl. hier die entsprechende Problemstellung bei KK-OWiG/Rogall, § 130, Rn 86.

Auf diese Weise wurden in der jüngeren Vergangenheit bereits im Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaften Bußgeldbescheide in dreistelliger Millionenhöhe erlassen, wie der Fall Siemens bzw. gegen weitere namhafte Unternehmen, wie MAN Nutzfahrzeug AG und die MAN Turbo AG oder aber gegen die Ferrostaal AG, anschaulich verdeutlichen.

Auch wenn es Extremfälle von Aufsichtspflichtverletzungen sein dürften, so liegt jedenfalls im Hinblick auf die Zukunft die Überwachungspflichten des Arbeitgebers in der Wechselwirkung zwischen notwendiger Compliance einerseits und dem Datenschutzrecht andererseits offen. Denn die bspw. IT-gestützte Überwachung von Mitarbeitern wegen der erforderlichen Aufsicht durch den Betriebsinhaber führt zwangsläufig zu Eingriffen in das Datenschutzrecht des Mitarbeiters. Bestes Beispiel ist hier z.B. die (unzulässige) Internet- bzw. Emailüberwachung der Mitarbeiter.<sup>54</sup>

Andererseits kann die fehlende oder aber nicht ausreichende Einrichtung eines Compliance-Systems aber auch ganz gravierender schadensersatzrechtliche Folgen für den jeweiligen Vorstand persönlich haben wie die Entscheidung des LG München I<sup>55</sup> in Sachen des ehem. Vorstands der Siemens AG *Neubürger* anschaulich verdeutlicht. Dort hatte das Landgericht festgestellt, dass der Vorstand *Neubürger* für das Fehlen von Aufsichtsmaßnahmen anlässlich eines erforderlichen Compliance-Systems seitens des Konzerns auf Schadensersatz in Millionenhöhe haftbar gemacht werden kann, da andernfalls, bei Einrichtung eines solchen Compliance-Systems, das Unternehmen wesentlich früher die Einrichtung der durch Mitarbeiter der Siemens AG geführten schwarzen Kasse hätte erkennen können bzw. es andererseits nicht zu Bestechungszahlungen gekommen wäre. Dass es sich vorliegend um eine zivilrechtliche Entscheidung handelt, darf keinesfalls über die Bedeutung für das Arbeitgeber- bzw. Wirtschaftsstrafrecht hinwegtäuschen. Anders noch als in der sogenannten ARAG/GARMENBECK-Rechtsprechung des BGH,<sup>56</sup> dort musste es sich um eine unverantwortliche Organisationsstruktur handeln, reicht es hier offenbar dem Landgericht München I in starken Parallelen zu § 130 OWiG aus, dass eine erhöhte Aufsichtspflichtverletzung im Hinblick auf bloß mögliche Missstände durch den Vorstand gegeben war. Die erhöhten Aufsichtspflichten knüpfte das Gericht hier bereits daran, dass der Konzern in Ländern Aktivitäten entfaltete, die ohne jeden Zweifel besonders korruptionsanfällig waren, wie z.B. Nigeria. Das Gericht spricht i.E. aus, was schon jetzt Realität sein dürfte, nämlich die faktische Verpflichtung jeder Aktiengesellschaft (§ 91 Abs. 2 AktG), GmbH (§ 43 Abs. 1 GmbHG) oder aber Genossenschaft (§ 34 Abs. 1 S. 1 GenG) eine kriminalpräventive Compliance zu implementieren.

Denn nach dem Willen des Gesetzgebers wird die Geschäftsleiterpflicht durch § 91 Abs. 2 AktG dahingehend konkretisiert, dass ein Überwachungssystem installiert wird, das geeignet ist, bestandsgefährdende Entwicklungen frühzeitig zu erkennen, wovon auch Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften umfasst sind.<sup>57</sup>

Gerade vor diesem Hintergrund gewinnt die Klarstellung des LG München I, dass das Compliance-System zur Gesamtverantwortung des Vorstands zähle (siehe 2. Leitzatz) und sich Vorstände demgemäß weder auf eine Delegation dieser zentralen Aufgabe an nachgeordnete Mitarbeiter noch auf die Zuständigkeit von Vorstandskollegen berufen können, besondere Bedeutung. Bis auf weiteres dürfte damit im Ergebnis erreicht sein, die Compliance zur „Chefsache“ eines jeden Vorstandsmitglieds zu machen.

9. Die zu fordernden wesentlichen Aufsichtsmaßnahmen bei § 130 OWiG, denen die Leitungsebene nachzukommen hat, sind daher:

- a) Die sorgfältige Auswahl geeigneter und zuverlässiger Mitarbeiter;
- b) je nach Betriebsgröße die sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen („Compliance Officer“) nebst Einrichtung einer Internen Revision bzw. Compliance Abteilung;
- c) bei Pflichtdelegation die Überwachung der zur Aufsicht eingesetzten Person Aufsichtsperson – als Extrembeispiel könnte hier der Fall des Germanwings-Piloten herangezogen werden und das Versagen der Überwachung betreffend der medizinisch/psychologisch/psychiatrischen Gesundheit des Piloten durch die Geschäftsleitung.
- d) Die Aufklärung über rechtlich gebotenes Verhalten, also was kann und darf ich und was nicht. Dem Mitarbeiter muss verdeutlicht werden, dass die Unternehmensleitung entschlossen zur Durchsetzung entsprechender Gebote ist.
- e) Stichprobenartige Kontrolle bzw. Geschäftsprüfung der Mitarbeiter bzw. Abteilungen, dabei muss bei größeren Betrieben garantiert sein, dass die einzelnen Niederlassungen und Abteilungen unangemeldet überprüft werden können.
- f) Die Sicherstellung des ordnungsgemäßen Zustandes der Betriebsmittel beispielsweise gerade im Baubereich oder aber bei Transportunternehmen dürfte ebenso selbstverständlich sein, wie
- g) die erforderlichen konkreten Reaktionen bei festgestellten Verstößen, sodass hier als Folge eine Steigerung der Aufsichtsmaßnahmen erforderlich ist und ggf. auch arbeitsrechtliche Sanktionen bis hin zur Kündigung zu verhängen sind. Denn duldet der Arbeitgeber derartige Verstöße, ohne sie zu ahnden, so kann dies im Ergebnis zu einer strafrechtlich zu bewertenden Unterlassungstäterschaft führen.

Jedenfalls muss, dies dürfte einhellige Auffassung sein, aus dem Bußgeldbescheid bzw. Urteil vollständig, klar und unzweifelhaft hervorgehen, welche konkret erforderlichen Compliance-Maßnahmen im Rahmen gehöriger Aufsicht hätten

<sup>54</sup> Vgl. hierzu: Brüssow/Petri, *Arbeitsstrafrecht*, Kap. C. Rn 64 ff.

<sup>55</sup> LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570 = NZG 2014, 345.

<sup>56</sup> BGHZ 135, 244.

<sup>57</sup> RegE KonTraG, BT-Drucks 13/9712, 15.

ergriffen werden müssen. Fehlt es daran, leidet der Bußgeldbescheid bzw. die gerichtliche Entscheidung an einer tragfähigen Grundlage, mit anderen Worten an einem Darstellungsmangel, der zur Aufhebung führen muss.<sup>58</sup> Das bedeutet bspw., dass bei Unterstellung von fehlender bzw. nicht ausreichender Instruktion oder aber Kontrolle von Mitarbeitern, im Hinblick auf welche tatsächlichen Anforderungen, etwa die Pflichten des Arbeitgebers konstituierenden Normen, sich tatsächlich eine nicht hinreichende Einweisung oder aber Überwachung der Mitarbeiter feststellen lassen muss.<sup>59</sup> Die erforderlichen Feststellungen bei § 130 OWiG bedingen daher

zwangsläufig Angaben zu Betriebsaufbau und -organisation, zur Aufgabenverteilung innerhalb des Betriebs sowie zu Art und Umfang der vom Betroffenen durchgeführten (Kontroll-) Maßnahmen.<sup>60</sup>

58 Vgl. OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1999, 151; OLG Hamm, GewArch, 1999, 246.

59 OLG Jena, NStZ 2006, 533.

60 OLG Jena, NStZ 2006, 553.

## Rechtliche Fragestellungen beim internationalen Mitarbeiterereinsatz von Arbeitnehmern

Rechtsanwalt Thomas Rohrbach, Fachanwalt für Arbeits- und Steuerrecht, Wirtschaftsmediator, Frankfurt a.M.

### I. Allgemeines

Aufgrund der Internationalisierung und Globalisierung der Märkte werden Arbeitnehmer von Unternehmen im In- und Ausland eingesetzt. Dieser internationale Mitarbeiterereinsatz führt dazu, dass der Mitarbeiter, wie auch die Verantwortlichen des Arbeitgebers, Rechtskenntnisse in vier verschiedenen Rechtsgebieten beachten und überprüfen muss.

Mit dem Grenzübertritt wird jeder Arbeitnehmer zum Ausländer. Wird ein deutscher Staatsbürger und Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber gebeten, in einem anderen Staat seine Arbeitsleistung zu erbringen und übertritt der deutsche Staatsbürger die Staatsgrenze, ist er in dem anderen Land ein

Ausländer. Aus dieser Ausländerstellung ergeben sich die verschiedenen Fragestellungen zum Ausländerrecht, (Visa, Aufenthaltserlaubnis, Arbeitserlaubnis, etc.) zum Arbeitsrecht, zum Steuerrecht und zum Sozialversicherungsrecht. Um zu gewährleisten, dass der Arbeitnehmer für seinen Arbeitgeber im Ausland unter Beachtung der dort bestehenden Rechtsordnung eine Arbeit aufnehmen darf, sind daher die rechtlichen Regelungen und Voraussetzungen des Staates der Beschäftigung zu prüfen und zu beachten. Ob deutsches Recht daneben auch noch Anwendung finden kann, ist an dieser Stelle unbeachtlich, da geprüft werden muss, welche rechtlichen Voraussetzungen in dem Staat der Beschäftigungsaufnahme eingehalten werden müssen.



In der Regel ist zu beobachten, dass weder die Unternehmen, noch der Mitarbeiter in der Lage, teilweise aber auch nicht willens sind, diese vier Rechtsgebiete vor dem Auslandseinsatz rechtlich zu überprüfen, möglicherweise Anpassungen vorzunehmen oder aber Genehmigungen vor der Einreise zu beantragen. Dies ist häufig dem heutigen Umstand geschuldet, dass aus deutscher Sicht betrachtet, deutsche Staatsbürger für die Einreise in andere Länder die notwendigen Visa im Flugzeug beantragen können und daher der vorzunehmende Ortswechsel vereinfacht möglich ist.

Häufig wird erst nach dem Ortswechsel des Arbeitnehmers darüber nachgedacht, ob er auch die tatsächlichen Voraussetzungen und Genehmigungen besitzt, im Ausland der gewünschten Tätigkeit nachzugehen.<sup>1</sup>

Daneben ist festzustellen, dass die notwendigen rechtlichen Voraussetzungen oft nicht ordnungsgemäß abgeprüft werden, da von den zuständigen Sachbearbeitern verlangt wird, sich Kenntnisse in vier Rechtsgebieten zu verschaffen, zu prüfen und nach Feststellung des jeweils rechtlich richtigen Ergebnisses die geeigneten Maßnahmen einzuleiten.

Zur Verdeutlichung sei hier ein Beispiel benannt:

Im Steuer-, Arbeits-, und Sozialversicherungsrecht ist zur Prüfung bestimmter Rechtsfragen Wissensvoraussetzung, wo sich der Wohnsitz des Arbeitnehmers, befindet.

Definiert sich im Steuerrecht der Wohnsitz über die Begrifflichkeit „Ansässigkeit“ gemäß § 8 AO, sucht man im Sozialversicherungsrecht den sozialen Lebensmittelpunkt des Arbeitnehmers – dieser bestimmt sich in der Regel nach dem Ort, an dem der Lebensmittelpunkt der Familie liegt – wird im Arbeitsrecht der melderechtliche Wohnsitz durch Meldung beim Einwohnermeldeamt begründet.

Der melderechtliche Wohnsitz im Arbeitsrecht (notwendige Prüfungsvoraussetzung für die Einreichung der Klage gegen den Arbeitnehmer) hat für die steuerrechtliche Begründung eines Wohnsitzes lediglich Indizwirkung. Der steuerrechtliche Wohnsitz kann nach Steuerregelungen auch dann begründet werden, wenn der Arbeitnehmer einwohnerrechtlich eine Meldung nicht vorgenommen hat, hierzu ist es lediglich notwendig, dass die Person eine Wohnung innehaben muss und die Umstände darauf schließen lassen, dass diese Person die Wohnung auch benutzt. Mithin kann die Verfügungsmacht über einen Wohnungsschlüssel und die Möglichkeit diese Wohnung jederzeit ungehindert nach Belieben nutzen zu können, für einen ausländischen Arbeitnehmer in Deutschland zu einem Wohnsitz führen, obwohl er sich hier zu keinem Zeitpunkt melderechtlich angemeldet hat.

In diesem Dickicht muss sich der Mitarbeiter eines Unternehmens bewegen, um die richtigen Rückschlüsse aus den ihm vorliegenden Informationen zu ziehen. Ein richtiges Ergebnis lässt sich nur dann erzielen, wenn man die anhand der jeweiligen geprüften Rechtsgebiete gefundenen Informationen zusammenführt und dann mit ihrer Hilfe die rechtlich notwendigen und richtigen Entscheidungen trifft. Dies wird meist ohne

Beraterleistung für Sachbearbeiter nicht möglich sein, da sich die Ergebnisse auch widersprechen können oder nicht in Einklang bringen lassen.

## II. Ausländerrechtliche Grundlagen

Für den Aufenthalt und die Arbeitsaufnahme im Ausland ist es notwendig, die ausländerrechtlichen Bestimmungen des jeweiligen Staates zu kennen, in dem die Beschäftigung des Arbeitnehmers ausgeübt werden soll.

Innerhalb der Europäischen Union ist es Unionsbürgern erlaubt, sich in den jeweils anderen Europäischen Staat zu begeben, um dort Aufenthalt zu nehmen und oder einer Arbeit nachzugehen. Innerhalb der EU genießen daher deutsche Staatsangehörige, die eine Beschäftigung als Arbeitnehmer im Europäischen Ausland aufnehmen wollen, samt ihrer Familienangehörigen Freizügigkeit. Art. 29 EU-Vertrag bestimmt, dass innerhalb der Europäischen Union für EU-Bürger Freizügigkeit bestehen soll.

Für Arbeitnehmer, die bei deutschen Arbeitgebern beschäftigt sind, aber keine EU-Nationalität besitzen, gilt dieses Freizügigkeitsrecht nicht in vollem Umfang wie für EU-Bürger. Aufgrund des Schengener Abkommen können diese Arbeitnehmer sich zwar frei innerhalb der europäischen Grenzen bewegen, bedürfen jedoch bezüglich der Arbeitsaufnahme in einem anderen EU-Staat einer Arbeitsgenehmigung, die in dem jeweiligen Staat beantragt werden muss. Diese wird unter erleichterten Voraussetzungen erteilt, da die Tätigkeit im Ausland nicht dauerhaft im Ausland ausgeübt werden soll, sondern der Mitarbeiter sich in einem deutschen Beschäftigungsverhältnis befindet und nach Ausübung der zeitlich befristeten Tätigkeit in der Regel dorthin wieder zurückkehren soll.<sup>2</sup>

Wird der Arbeitnehmer zu einem Auslandseinsatz in einen Staat außerhalb der Europäischen Union transferiert, sollte der deutsche Arbeitgeber darauf achten, dass sein Arbeitnehmer mit den richtigen ausländerrechtlichen Genehmigungen die Reise antritt. Üblicherweise wird neben der Aufenthaltsgenehmigung eine entsprechende Arbeitserlaubnis für das jeweilige Land notwendig sein.

In der Praxis hat sich eingebürgert, dass deutsche Arbeitgeber die Arbeitnehmer mit sogenannten Geschäfts-/Business-Visa in die jeweiligen Länder ausreisen lassen. Diese Visa werden in der Praxis häufig dazu missbraucht, den Mitarbeiter unter den erleichterten Bedingungen im Ausland einreisen zu lassen und ihn dort der vorgesehenen (nicht erlaubten!) Tätigkeit nachgehen zu lassen. Geschäftsreise-Visa sind Visa, die dem deutschen Arbeitgeber die Möglichkeit geben, einen Arbeitnehmer ins Ausland zu transferieren, damit er dort Ge-

<sup>1</sup> Ausführlich dazu siehe Hofmann/Rohrbach, *Internationaler Mitarbeiterereinsatz*, 4. Aufl. 2016, § 2 Rn 4 ff.

<sup>2</sup> Die Einzelheiten dazu können unter dem Begriff „Vander Elst-Visa“ im Internet nachgelesen werden.

schäfte anbahnt, Verträge abschließt und/oder den Verkauf von Produkten, Dienstleistungen oder Maschinen durchführen kann. In diesen Fällen wird der Arbeitnehmer keinem ausländischen Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz wegnehmen können und wollen, da er lediglich Geschäfte vorbereitet und hierzu das spezielle Wissen aus Deutschland benötigt. Für solche Tätigkeiten wird keine Arbeitserlaubnis notwendig sein. Nimmt er jedoch vor Ort tatsächlich eine Beschäftigung auf, ist in der Regel eine Arbeitsgenehmigung des jeweiligen Landes notwendige Voraussetzung. Durch Missachtung wird der deutsche Arbeitnehmer im Fall der Entdeckung der Gefahr ausgesetzt, ausländerrechtliche Sanktionen des Staates, gegen dessen Regeln er verstoßen hat, über sich ergehen zu lassen. Diese ausländerrechtlichen Sanktionen reichen von Bußgeldern bis hin zum Ausspruch von Einreiseverboten für mehrere Jahre.<sup>3</sup>

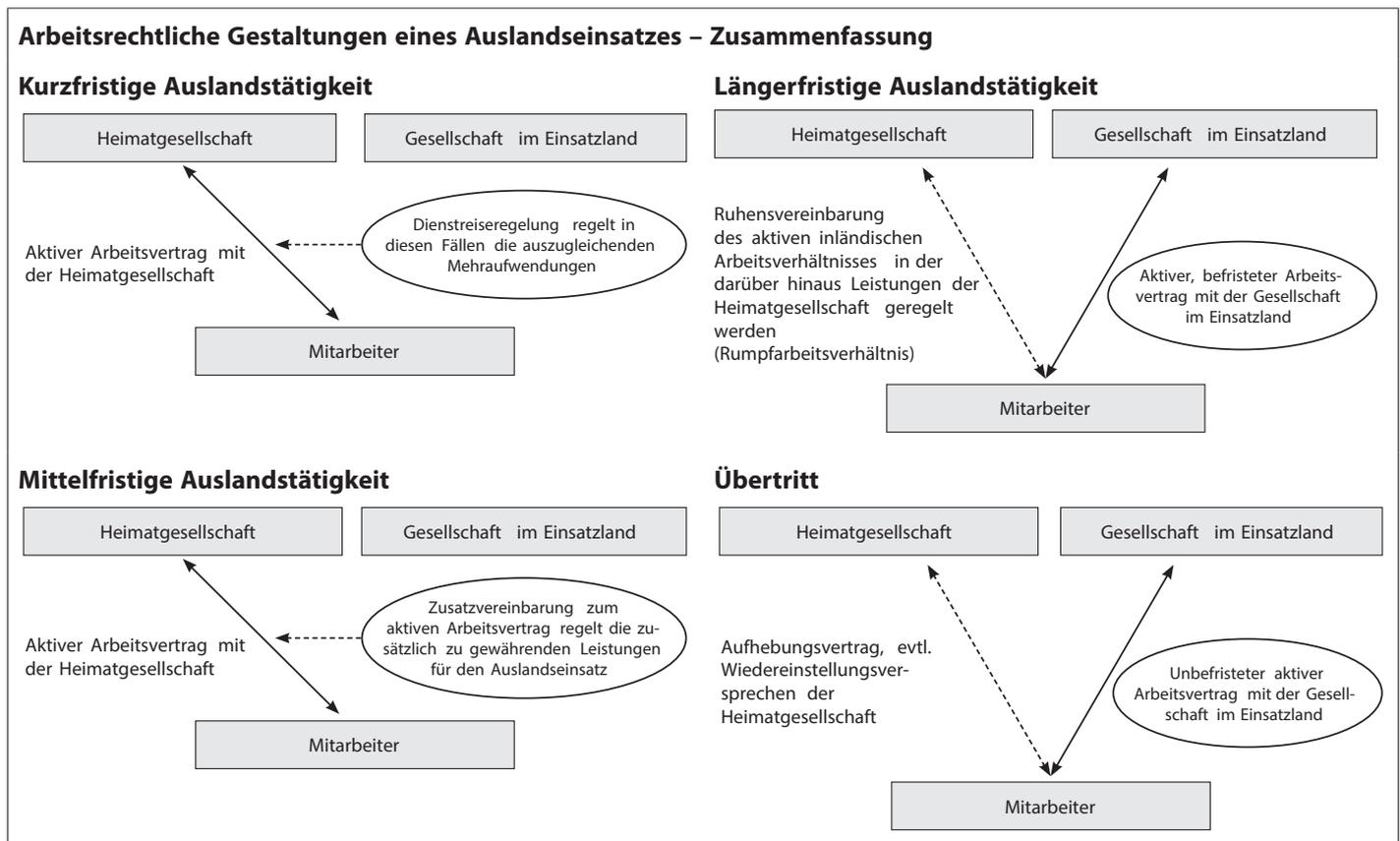
Auf die Idee unter erleichterten Bedingungen in das jeweilige Ausland einzureisen und auf die entsprechenden tatsächlich

notwendigen Genehmigungen zu verzichten, wird man nur in den Fällen kommen, in denen das jeweilige Ausland diese erleichterten Einreisemöglichkeiten bietet. Bei Ländern, die von vornherein eine strenge Visa-Prüfung haben, zeigt die Praxis, dass in der Regel darauf geachtet wird, dass die entsprechenden Genehmigungen vorliegen.

### III. Arbeitsvertragliche Aspekte beim Auslandseinsatz

Die Praxis zeigt, dass der Einsatz von Mitarbeitern im Ausland auf Grundlage verschiedener arbeitsrechtlicher Vertragsgrundlagen erbracht wird. Die am häufigsten genutzten arbeitsvertraglichen Gestaltungen werden in der nachfolgenden Grafik dargestellt.

3 Vgl. Hofmann/Rohrbach, Internationaler Mitarbeitervertrag, § 3 Rn 71 ff.



Die übliche Form der Beschäftigung von Mitarbeitern im Ausland ist der Einsatz aufgrund eines bestehenden deutschen Arbeitsvertrages, der möglicherweise durch Dienstreiseregulierungen ergänzt wird. Teilweise wird zum bestehenden deutschen Arbeitsvertrag auch ein Ergänzungs-/Zusatzvertrag für die Tätigkeit im Ausland geschlossen.

Häufig wird aber auch das Arbeitsverhältnis in Deutschland für die Tätigkeit im Ausland ruhend gestellt und der Arbeitnehmer schließt einen Arbeitsvertrag mit dem Unternehmen im Ausland.

Die Ruhendstellung des Arbeitsverhältnisses ist von der Ruhendstellung des Arbeitsvertrages zu unterscheiden:

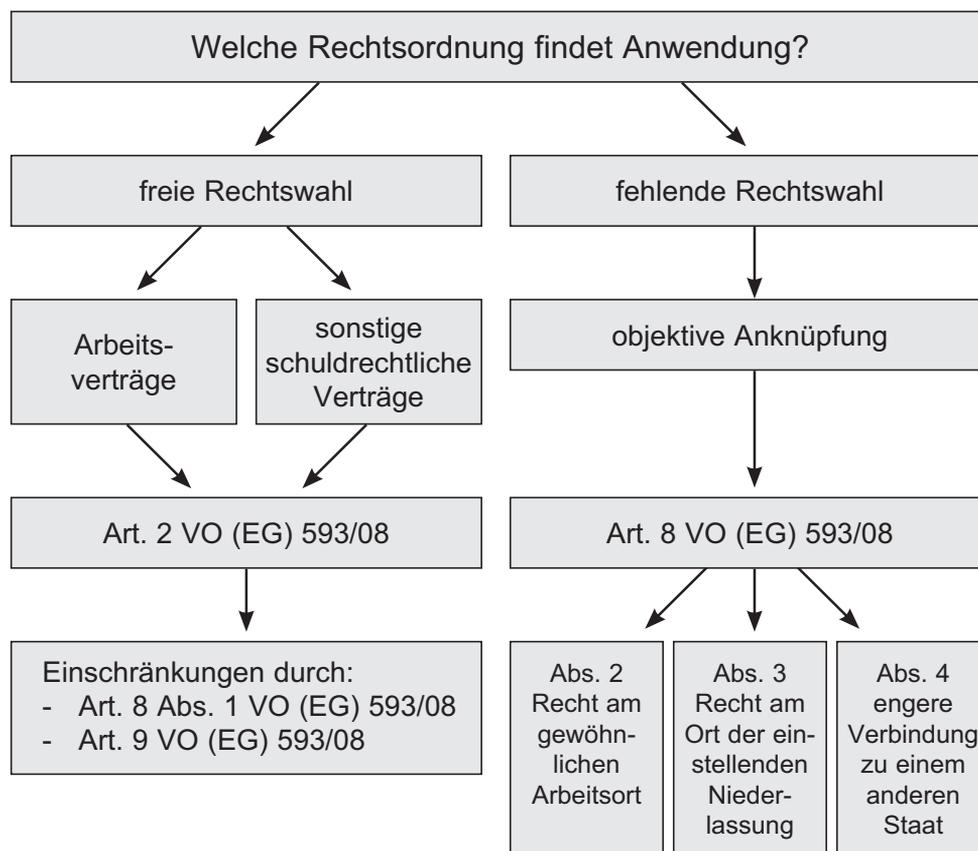
- Bei der Ruhendstellung des Arbeitsverhältnisses werden die Hauptleistungspflichten „Arbeitgeber zahlt Lohn / Arbeitnehmer erbringt Arbeitsleistung“ ruhend gestellt.
- Bei der Ruhendstellung des Arbeitsvertrages bleibt das Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bestehen, lediglich der Arbeitsvertrag wird für die Dauer des Auslandseinsatzes durch einen nur für das Ausland geltenden Arbeitsvertrag ersetzt. Bei Rückkehr aus

dem Ausland wird dann der alte Arbeitsvertrag wieder in Kraft gesetzt. Zusätzlich zu zahlender Lohn, Dauer des Aufenthalts, Rückruf, Rückkehrregelungen müssen aber vorab geregelt werden.<sup>4</sup>

Das Arbeitsvertragsstatut ist seit Inkrafttreten der Verordnung VO (EG) 593/08 europaweit geregelt. Die Verordnung regelt die Zuordnung des anzuwendenden Rechtes auf das vertrag-

liche Schuldverhältnis. Für das Arbeitsrecht wurden die bis 2009 im BGB stehenden Regelungen abgelöst und nunmehr von der Verordnung voll umfasst. Die VO (EG) 593/08 soll im Fall der Kollision von ausländischem und deutschem Recht regeln, welches Recht zur Anwendung kommt.

<sup>4</sup> Vgl. Hofmann/Rohrbach, *Internationaler Mitarbeitervertrag*, § 3 Rn 78 ff.



Grundsätzlich ist festzuhalten, dass auch nach dieser Verordnung gemäß Art. 3 den Arbeitsvertragsparteien das Recht belassen wird, dass anzuwendende Recht frei zu wählen.

Allerdings ist unabhängig von der Frage, ob die Arbeitsvertragsparteien ausdrücklich eine Rechtswahl getroffen haben oder ob durch Auslegung des Art. 8 Abs. 8 VO (EG) 593/08 das Recht anhand der Kriterien bestimmt werden muss, für den Auslandseinsatz festzuhalten, dass bestimmte Rechtsnormen des Staates, in dem die Beschäftigung ausgeübt wird, dann für anwendbar erklärt werden, wenn diese zwingend auf das Beschäftigungsverhältnis angewendet werden müssen. Durch Prüfung des Kollisionsrechtes wird daher festgestellt, welche Rechtsnorm am ausländischen Erfüllungsort möglicherweise das von den Parteien gewählte deutsche Recht verdrängt und die ausländische Regelung zur Anwendung bringt, wenn der Beschäftigungsstaat diese Regelung mit international zwingender Wirkung ausgestattet hat. Dies sind Normen, die sozialwirtschaftspolitischen Wertvorstellungen des ausländischen Staates dienen oder aber sonstige ordnungspolitische Wirkung haben sollen. Selbstverständlich kann z.B. die deutsche

Feiertagsregelung nur bedingt im Ausland zur Anwendung kommen. Darüber hinaus können als ausländische Eingriffsnormen Normen angesehen werden, die ähnlich ausgestaltet sind, wie die deutschen Normen zur Höchstarbeitszeit, Ladenöffnungszeiten, Arbeitnehmerschutzbestimmungen, Arbeitsschutzbestimmungen oder Schutz von besonderen Personengruppen. Diese Aufzählung ist nicht abschließend, sondern muss mit dem jeweiligen Landesrecht abgeglichen werden. Liegt eine zwingende Norm des ausländischen Staates vor, verdrängt diese in jedem Fall das gewählte deutsche Arbeitsvertragsstatut. Insoweit ist dann durch Auslegung zu ermitteln, wie der Arbeitsvertrag unter Anwendung dieser ausländischen Regelung gelebt werden muss.

Innerhalb der europäischen Union ist darüber hinaus zu beachten, dass das gewählte Arbeitsvertragsstatut Einschränkungen durch die Entsenderichtlinie erfährt. Durch die Entsenderichtlinie soll sichergestellt werden, dass für Arbeitnehmer bei einer Entsendedauer von mehr als einem Monat die Mindestbedingungen des Staates gelten, in den der Arbeitnehmer entsandt wurde. Für diesen Arbeitnehmer gelten die

Höchstleistungszeiten, bezahlter Mindestjahresurlaub, Mindestlohnsätze, Schutznorm für Schwangere, Kinder, Jugendliche, die Sicherheit und Gesundheitsmaßnahmen am Arbeitsplatz und weitere. Durch die Entsenderichtlinie soll erreicht werden, dass bei dem Transfer von Arbeitnehmern innerhalb der Europäischen Union der Mindeststandard des jeweiligen Staates nicht durch Vereinbarungen eines ausländischen Arbeitsvertragsstatuts, mit dem Mindeststandard unterschritten werden könnte, verletzt wird. In Deutschland ist die Richtlinie durch das Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) in deutsches Recht umgesetzt worden.<sup>5</sup>

## IV. Gerichtsstandsvereinbarungen

### 1. Deutsche Regelungen

Durch die Aufnahme von Gerichtsstandsklauseln wird in der Praxis versucht, eine Gerichtsstandsvereinbarung zu schließen, mit der der Gerichtsstand abschließend einem Ort zugewiesen wird. Gerichtsstandsvereinbarungen mit Arbeitnehmern sind in Arbeitsverträgen allerdings nur unter sehr engen Voraussetzungen zulässig. Wie schon oben zur Bestimmung des Wohnsitzes ausgeführt, wird häufig versucht, mit der Gerichtsstandsklausel die örtliche Zuständigkeit eines Gerichtsstandes gemäß § 12 ZPO zu verändern. § 12 ZPO bestimmt, dass eine natürliche oder juristische Person an dem Ort zu verklagen ist, an dem sie ihren allgemeinen Gerichtsstand hat. Dies wäre bei natürlichen Personen gemäß § 13 ZPO der Wohnsitz und bei juristischen Personen der Sitz der Gesellschaft gem. § 17 ZPO.

### 2. Internationale Zuständigkeit

Bezüglich der internationalen Zuständigkeit d.h., wenn eine Partei ihren Gerichtsstand außerhalb des Gebietes der BRD verlagert, ist zu unterscheiden, ob die Person sich in ein Gebiet außerhalb der europäischen Union oder aber innerhalb der Grenzen der europäischen Union, begibt. Bei Arbeitsverhältnissen, die außerhalb des Grenzgebietes der europäischen Union durchgeführt werden, wird üblicherweise eine sogenannte vorsorgliche Gerichtsstandsvereinbarung gemäß § 38 Abs. 3 Nr. 2 ZPO vereinbart. In der Regel vereinbaren die Parteien, dass am Sitz des in Deutschland verbleibenden Geschäftspartners der Gerichtsstand liegen soll und Klagen dort eingereicht werden sollen. Bei Gerichtsstandsvereinbarungen mit Arbeitnehmern wird dies nur dann durchgreifen, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich dieser Gerichtsstandsklausel folgt. In Einzelfällen, in denen das ausländische Recht für den Arbeitnehmer günstigere Regelungen vorsieht und diese Regelungen möglicherweise bei einer Klage in Deutschland nicht angewandt werden können, kann es passieren, dass der Arbeitnehmer seine Klage im Ausland einreicht.

### 3. VO (EU) 2015/12

In den Grenzgebieten der europäischen Union sind die Paragraphen der ZPO nicht anzuwenden. Hier greift die Verordnung (EU) 1251/12 für Zivil- und Handelssachen. Diese Verordnung regelt auch, wie Arbeitnehmer und Arbeitgeber sich gegenseitig verklagen können und wo der Gerichtsstand liegt. Für Arbeitsverhältnisse gelten gemäß dieser Verordnung die Art. 21 ff. VO (EU) und sind anzuwenden.

<sup>5</sup> Vgl. *Gerauer/Gnann, Arbeitsvertrag bei Auslandsentsendung*.

## Rechtsschutz-Koordinierungsstelle läuft aus!

Der Vorstand der Arbeitsgemeinschaft hatte den Mitgliedern als Service-Leistung die Rechtsschutz-Koordinierungsstelle zur Verfügung gestellt mit der Zielsetzung, insgesamt eine der Anwaltschaft günstigere Rechtsprechung zu bewirken. Der Weg dorthin war die Unterstützung einzelner Mitglieder in ihren Auseinandersetzungen mit den Rechtsschutzversicherungen. Die Mitglieder der Koordinierungsstelle, in erster Linie der Kollege Dr. Gisbert Seidemann, mussten jedoch zunehmend feststellen, dass das Wirken der Rechtsschutz-Koordinierungsstelle überwiegend nicht über die reine Serviceleistung für Einzelmitglieder hinaus kam. Im Vordergrund stand die reine Sachbearbeitung, d.h. die Aufbereitung der Akte und die sonstige Vorbereitung von Rechtsstreitigkeiten. Die Rechtsprechung konnte im Wesentlichen nicht grundsätzlich in Frage gestellt werden.

Der Vorstand hat sich deshalb entschieden, den finanziellen Aufwand der Rechtsschutz-Koordinierungsstelle über den 31.12.2016 hinaus nicht mehr zu tragen, weil nicht mehr erkennbar war, dass dadurch ein allgemeines Ziel erreicht werden kann.

Das ändert aber nichts daran, dass dann, wenn Kollegen Grundsatzrechtsstreitigkeiten in die höheren Instanzen führen, der Vorstand auf Anfrage eine Beteiligung im Einzelfall prüfen wird.

## Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen

	Seite		Seite
<b>Allgemeines Vertragsrecht</b>			
190. Arbeitnehmerstatus, FAV-Mitarbeiter	199	210. Verdachtskündigung, Eingrenzung der Verdachtsgruppe, Organisationsverschulden des Arbeitgebers	203
191. AGG, mittelbare Diskriminierung von Frauen, Kinderzuschlag in Sozialplan	199	211. Verhaltensbedingte Wiederholungskündigung	204
192. AGB-Kontrolle, Vereinbarung zur Rückzahlung von Fortbildungskosten, Transparenzkontrolle	199	212. Außerordentliche Eigenkündigung des Arbeitnehmers, Zahlungsverzug des Arbeitgebers	204
193. AGB-Kontrolle, Treuebonus, Stichtagsklausel	200	213. Befristung, Lehrkraft zur Abwesenheitsvertretung, Missbrauchskontrolle	204
194. Direktionsrecht, Festlegung der Arbeitszeit unter Berücksichtigung von Kinderbetreuungspflichten	200	214. Befristung, WissZeitVG, Lehrtätigkeit als wissenschaftliche Tätigkeit, Rechtsmissbrauch	204
195. Direktionsrecht, Einsatzort, Konzernversetzungsklausel	200		
196. Vergütung, Umkleidezeiten	201	<b>Betriebsverfassungsrecht / Personalvertretungsrecht</b>	
197. Vergütung, Sonderzahlung, Aufrechnung von Sachleistungen gegen Geldforderung	201	215. Betriebsratswahl, Anfechtung, Gemeinschaftsbetrieb	205
198. Vergütung, Mindestlohn, Qualifizierungspraktikum gem. § 38a SGB IX	201	216. Betriebsratswahl, (Teil-) Anfechtung, Ermittlung des Wahlergebnisses	205
199. Vergütung, Mindestlohn, Zeitungszusteller	201	217. Betriebsrat, vorläufige Amtsenthebung, einstweilige Verfügung	205
200. Vergütung, Sittenwidrigkeit, übliche Vergütung im einschlägigen Wirtschaftszweig	202	218. Betriebsrat, Kostenerstattung, LED-Bildschirme zu Informationszwecken	205
201. Vergütung, Sittenwidrigkeit, Hungerlohn, Schätzung auf übliche Vergütung	202	219. Betriebsrat, personelle Mitbestimmung, Eingruppierung in tarifliches Vergütungssystem	205
202. Vergütung, Überzahlung, Einwand der Entreichnung bei Zahlung des Bruttobetrag	202	220. Betriebsrat, personelle Mitbestimmung, Tendenzträgereigenschaft von Erziehern und Sozialpädagogen	205
203. Vergütung, Teilzeitarbeit im Blockmodell	202	221. Betriebsrat, Mitbestimmung, Beschäftigung von Lokführern keine Einstellung	206
204. Urlaubsanspruch, Verfall des Urlaubs bei fehlender Geltendmachung, Bedeutung ausgewiesenen Urlaubsanspruchs in Lohnabrechnung	202	222. Betriebsrat, Mitbestimmung, einstweilige Unterlassungsverfügung gegen personelle Einzelmaßnahme, Verfügungsgrund	206
205. Betriebsübergang, „Kettenwiderspruch“, Klage gegen Zwischenerwerber	203	223. Betriebsrat, Verlangen, Geschäftsführer als betriebsstörende Arbeitnehmer zu entfernen	207
206. Aufklärungspflicht des Arbeitgebers, nachteilige Auswirkungen von Teilzeitarbeit	203	224. Mitarbeitervertretung, Teilzeitkraft, Vergütung von Schulungstagen	207
207. Nachvertragliche Fürsorgepflicht des Arbeitgebers für weitere Berufstätigkeit des Arbeitnehmers	203		
		<b>Tarifrecht</b>	
<b>Bestandsschutz</b>		225. TV-L, Stufenzuordnung unter Berücksichtigung vorangegangener Beschäftigungszeiten	207
208. Verhaltensbedingte Kündigung, Verweigerung der Arbeitsleistung nach erfolgreichem Kündigungsschutzprozess	203	226. TV-L, Eingruppierungserlass Lehrer, Transparenzkontrolle	207
209. Verhaltensbedingte Kündigung, Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, Abendstudium im Krankheitszeitraum	203	227. Entgeltordnung Bund, Auslegung Beschäftigung in Ausbildungswerkstatt	207

	Seite		Seite
<b>Sonstiges</b>			
228. Gewerkschaftsmitglied, Verpflichtung zur Abführung von Sonderbeiträgen	207	238. Zwangsvollstreckung, Einstellung der Vollstreckung aus Weiterbeschäftigungstitel wegen Auflösungsantrag	210
229. Wettbewerbsschädliche Unternehmensfusion, Absicherung kollektiver Arbeitnehmerrechte kein Gemeinwohlbelang („Kaiser´s -Tengelman“)	208	239. Nichtzulassungsbeschwerde, absoluter Revisionsgrund, nicht vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts, beanstandete Selbstablehnung eines Richters wegen Befangenheit	210
		240. PKH, Berücksichtigung von Elterngeld	211
<b>Prozessuales</b>		<b>Streitwert und Gebühren</b>	
230. Sachliche Zuständigkeit, arbeitnehmerähnliche Person	208	241. Streitwert, allgemeiner Weiterbeschäftigungsantrag	211
231. Sachliche Zuständigkeit, Organvertreter nach Beendigung der Organstellung	208	242. Streitwert, besonderer Weiterbeschäftigungsantrag gemäß § 102 Abs. 5 BetrVG	211
232. Ausschlussfristen, Wahrung durch Klagezustellung gem. § 167 ZPO	209	243. Streitwert, Betriebsübergang, Kündigungsschutzklage gegen Veräußerer und Feststellungsklage gegen Erwerber	211
233. Klagefrist, Angabe des falschen gesetzlichen Vertreters, Zustellung „demnächst“	209	244. Streitwert, Anspruch auf Arbeitszeitverlängerung	212
234. Zahlungsklage, Verzugslohn, Aktivlegitimation bei ALG-Leistungsbezug	209	245. Streitwert, Revision	212
235. Auflösungsantrag, Erfordernis einheitlicher Entscheidung im Kündigungsschutzverfahren	209	246. Vergleichsmehrwert, Arbeitszeugnis, Freistellung	212
236. Verwertungsverbot, Verstoß gegen § 32 BDSG, keine Sachverhaltsaufklärung zur Verfolgung schwerer Vertragspflichtverletzung	209	247. Vergleichsmehrwert, Arbeitszeugnis, Festlegung der Zeugnisnote	212
237. Einstweilige Verfügung, Teilzeitantrag, Anforderungen an Verfügungsgrund	210	248. Vergleichsmehrwert, Begriff der „Ungewissheit“	212
		249. Vergleichsmehrwert, Weiterbeschäftigungsantrag	212
		250. Gebühren, Erstattungsfähigkeit der Verfahrensgebühr bei Antrag auf Zurückweisung der Berufung vor Stellung des Berufungsantrages,	213

## Allgemeines Vertragsrecht

### 190. Arbeitnehmerstatus, FAV-Mitarbeiter

Arbeitnehmer, die als Langzeitarbeitslose mit Vermittlungshemmnissen durch Zuschüsse zum Arbeitsentgelt und einem Arbeitgeberanteil an der Sozialversicherung gemäß § 16e SGB II gefördert werden („FAV-Mitarbeiter“), stehen in einem Arbeitsverhältnis und genießen vorbehaltlich der kündigungsrechtlichen Sonderregelung in § 16e Abs. 4 SGB II regulären Kündigungsschutz.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 10.6.2016, 2 Sa 333/16 eingereicht von Rechtsanwalt Friedemann Koch Marburger Straße 16, 10789 Berlin Tel.: 030/21248990, Fax: 030/212489920 www.friedemann-koch.de

### 191. AGG, mittelbare Diskriminierung von Frauen, Kinderzuschlag in Sozialplan

Die Regelung in einem Sozialplan, die einen Zuschlag für unterhaltsberechtigter Kinder nur dann vorsieht, wenn diese in die Lohnsteuerkarte eingetragen sind, stellt eine mittelbare Diskriminierung von Frauen dar, wenn diese die Lohnsteuerklasse V haben und deshalb ein Kind bei ihnen steuerlich nicht berücksichtigt werden kann (§ 38b Abs. 2 EStG).

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg vom 3.11.2015, 7 Saa 655/14

### 192. AGB-Kontrolle, Vereinbarung zur Rückzahlung von Fortbildungskosten, Transparenzkontrolle

#### Aus den Entscheidungsgründen:

1. Nach einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 21.8.2012 (3 AZR 698/10) ist dem Transparenzgebot nur genügt, wenn die ggf. zu erstattenden Kosten dem Grunde und

## Allgemeines Vertragsrecht

der Höhe nach im Rahmen des Möglichen angegeben sind. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Anforderungen, die an die Transparenz einer Rückzahlungsvereinbarung zu stellen sind, nicht überzogen sein dürfen. Der Verwender der Klausel ist nicht verpflichtet, die Kosten der Ausbildung bei Abschluss der Rückzahlungsvereinbarung exakt der Höhe nach zu beziffern. Im Sinne eines Ausgleichs der widerstrebenden Interessen von Klauselverwender und Vertragspartner müssen die Angaben jedoch so beschaffen sein, dass der Vertragspartner sein Rückzahlungsrisiko abschätzen kann. Dazu sind zumindest Art und Berechnungsgrundlagen der ggf. zu erstattenden Kosten anzugeben. Ohne die genaue und abschließende Bezeichnung der einzelnen Positionen (z.B. Lehrgangsgebühren, Fahrt-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten), aus denen sich die Gesamtforderung zusammensetzen soll, und der Angabe, nach welchen Parametern die einzelnen Positionen berechnet werden (z.B. Kilometerpauschale für Fahrtkosten, Tagessätze für Übernachtungs- und Verpflegungskosten), bleibt für den Vertragspartner unklar, in welcher Größenordnung eine Rückzahlungsverpflichtung auf ihn zukommen kann, wenn er seine Ausbildung abbricht. Ohne diese Angaben kann der Vertragspartner sein Zahlungsrisiko nicht abschätzen und bei Vertragsschluss in seine Überlegungen einbeziehen. Zudem eröffnet das Fehlen solcher Angaben dem Verwender der Klausel vermeidbare Spielräume.

2. Danach genügen die Angaben in § 5 des Fortbildungsvertrags der Parteien dem Transparenzgebot nicht. Die verwendete Bezeichnung „Kosten und Gebühren (Lehrgangs- und Prüfungsgebühren)“ lassen offen, um welche konkreten „Kosten“ es sich hierbei im Einzelnen handeln soll und nach welchen Parametern die einzelnen Kostenpositionen berechnet werden. Sie schaffen für den Kläger einen ungerechtfertigten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum. Es fehlt an der Angabe, welche genauen Kosten damit gemeint sind und in welcher Höhe diese anfallen können. Gleiches gilt für die Bezeichnung der „eventuell anfallenden Stornierungsgebühren“, welche die Beklagte unter den dort genannten Voraussetzungen „in voller Höhe zu erstatten“ hat. Auch hier fehlt jegliche Angabe dazu, in welcher Höhe diese anfallen können. Die genaue Bezeichnung dieser Kosten war dem Kläger möglich und zumutbar. Dies ergibt sich bereits aus den Berechnungen des Klägers im vorliegenden Rechtsstreit.

■ Arbeitsgericht Köln

vom 8.4.2016, 1 Ca 1486/15

eingereicht von Rechtsanwalt Bernd M. Heinemann

Bonner Straße 158-160, 53757 St. Augustin

Tel.: 02241/21012, Fax: 02241/21568

www.hc-rae.de

### 193. AGB-Kontrolle, Treuebonus, Stichtagsklausel

Die Auszahlung eines Treuebonus, der jährlich auf ein Kapitalkonto eingezahlt und verzinst wird, kann nicht davon abhängig gemacht werden, dass das Arbeitsverhältnis 12 Jahre be-

standen hat. Da eine solche Zahlung zumindest auch Entgeltcharakter besitzt, benachteiligt eine entsprechende Stichtagsklausel den Arbeitnehmer unangemessen i.S.v. § 307 Abs. 1 BGB.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 6.4.2016, 4 Sa 427/15

### 194. Direktionsrecht, Festlegung der Arbeitszeit unter Berücksichtigung von Kinderbetreuungspflichten

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Die Notwendigkeit, ein Kind zu betreuen, begründet grundsätzlich eine starke Rechtsposition. Die betreuungspflichtige Person kann sich für ihre Interessen auf Art. 6 GG in Verbindung mit § 242 BGB berufen. Diese Rechtsposition muss im Rahmen des nach § 106 GewO auszuübenden pflichtgemäßen Ermessens gesehen und berücksichtigt werden. Wenn es aber für die Arbeitgeberin keine Handlungsalternative gibt, als im Rahmen der vereinbarten wöchentlichen Arbeitszeit die Arbeitnehmerin genau zu dem Kunden zu schicken, für den sie eingestellt worden ist, dann hilft der Klägerin auch die Stärke dieser Rechtsposition im Rahmen des vertraglichen Pflichtenprogramms nicht. Dann hat sie sich im Rahmen des Arbeitsvertrages zu einer Arbeitsleistung verpflichtet, die sie aus privaten Gründen nicht zu erfüllen vermag. Verträge sind aber nach dem alten Rechtsgrundsatz, der das gesamte Zivilrecht beherrscht, „einzuhaltende“.

■ Arbeitsgericht Köln

vom 15.8.2016, 15 Ga 63/16

eingereicht durch Rechtsanwalt Rolf Krügemeyer-Kalthoff

Hauptstraße 331, 51143 Köln

Tel.: 02203/955670, Fax: 02203/9556713

www.osterhues.de

### 195. Direktionsrecht, Einsatzort, Konzernversetzungsklausel

#### Leitsätze des Einsenders:

Die Festlegung eines bestimmten Ortes in Kombination mit einer im Arbeitsvertrag geregelten Einsatzmöglichkeit im gesamten Unternehmen verhindert die Beschränkung auf einen bestimmten Ort. Es wird klargestellt, dass weiter § 106 S. 1 GewO und damit die Versetzungsbefugnis an andere Arbeitsorte gilt.

1. Die Versetzungsklausel unterliegt als kontrollfreie Hauptabrede (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB) sowohl der Unklarheitsregelung des § 305 Abs. 2 BGB als auch der Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Verpflichtung zur transparenten Vertragsgestaltung gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB setzt nicht voraus, dass die Klausel Hinweise auf den Anlass der Ausübung des Weisungsrechts oder einer Ankündigungsfrist enthält.

2. Ob eine Konzernversetzungsklausel der Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB standhielte, bleibt unentschieden, da die davon abtrennbare Befugnis, den Arbeitnehmer innerhalb

des Unternehmens zu versetzen, wirksam ist. Eine Unwirksamkeit der Konzernversetzungsklausel würde nicht zur Gesamtwirksamkeit der Versetzungsklausel führen. § 306 Abs. 1 BGB enthält eine kodifizierte Abweichung von der Auslegungsregel des § 139 BGB und bestimmt, dass bei Teilnichtigkeit grundsätzlich der Vertrag im Übrigen aufrechterhalten bleibt

■ Hessisches Landesarbeitsgericht  
vom 24.6.2014, 8 Sa 1216/16  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Ulrich Brötzmann  
Bonifaziusplatz 1b, 55118 Mainz  
Tel.: 06131/618156, Fax: 06131/618157  
www.kanzlei-broetzmann.de

### 196. Vergütung, Umkleidezeiten

Das An- und Ablegen einer durch Dienstvereinbarung vorgeschriebenen weißen Dienstkleidung eines Krankenpflegers im Krankenhaus stellt nicht notwendig vergütungspflichtige Arbeitszeit dar.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 3.5.2016, 11 Sa 1007/15

### 197. Vergütung, Sonderzahlung, Aufrechnung von Sachleistungen gegen Geldforderung

#### Leitsatz der Redaktion:

Unterzeichnet der Arbeitnehmer eine Vereinbarung über den Verzicht auf Urlaubs- und Weihnachtsgeld gegen Gewährung von Tankgutscheinen nicht, konsumiert aber dennoch die in der Folgezeit erhaltenen Tankgutscheine, so stellt dies keine stillschweigende Verzichtserklärung auf die Sonderzahlungen dar. Eine Aufrechnung mit dem Wert der Tankgutscheine ist wegen der unterschiedlichen Rechtsqualität unzulässig; obgleich es sich in beiden Fällen um Geldschulden handelt, stellen Brutto- und Nettoforderungen keine gleichartigen Forderungen im Sinn von § 387 BGB dar.

■ Arbeitsgericht Würzburg  
vom 4.11.2015, 9 Ca 426/15  
eingereicht von Rechtsanwalt Franz Geus  
Rückertstraße 30, 97421 Schweinfurt  
Tel: 09721 47666-21, Fax: 09721 47666-10  
www.geus-richter.de

### 198. Vergütung, Mindestlohn, Qualifizierungspraktikum gem. § 38a SGB IX

#### Aus den Entscheidungsgründen:

1. Gemäß § 38a SGB IX können behinderte Menschen im Rahmen der sogenannten unterstützten Beschäftigung Leistungen zur individuellen betrieblichen Qualifizierung erhalten, um sie für geeignete betriebliche Tätigkeiten zu erproben, auf ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorzubereiten und bei der Einarbeitung und Qualifizierung auf einem betrieblichen Arbeitsplatz zu unterstützen.

2. § 26 BBiG findet auf Maßnahmen der unterstützten Beschäftigung gemäß § 38a SGB IX keine Anwendung, da Vertragsverhältnisse im Rahmen des § 26 BBiG zu einem anderen Zweck abgeschlossen werden als dem, den die unterstützte Beschäftigung nach § 38a SGB IX verfolgt. Die Anwendbarkeit spezifischer Vorschriften des Berufsbildungsgesetzes gemäß § 26 BBiG setzt voraus, dass ein Vertragsverhältnis besteht, das einerseits kein Arbeitsverhältnis ist, die Personen aber eingestellt werden, um berufliche Fertigkeiten, Kenntnisse, Fähigkeiten oder berufliche Erfahrungen zu erwerben. § 38a Abs. 2 SGB IX hingegen dient nach seinem klaren Wortlaut dazu, geeignete betriebliche Tätigkeiten für behinderte Menschen zu erproben, sie auf ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorzubereiten und bei der Einarbeitung und Qualifizierung auf einem betrieblichen Arbeitsplatz zu unterstützen und hierbei auch berufsübergreifende Lerninhalte und Schlüsselqualifikationen zu vermitteln sowie die Persönlichkeit behinderter Menschen weiterzuentwickeln. Wenngleich es gewisse Überschneidungen zwischen beiden Zwecksetzungen gibt, ist wesentliches Ziel der unterstützten Beschäftigung aber nicht die Vermittlung beruflicher Fertigkeiten, Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen, sondern vielmehr der Rehabilitationszweck, also insbesondere die Verbesserung, Herstellung bzw. Wiederherstellung der Leistungsfähigkeit behinderter Menschen, um ihre Teilhabe am Arbeitsleben möglichst auf Dauer zu sichern.

3. Ein Praktikum im Rahmen einer unterstützten Beschäftigung gemäß § 38a SGB IX unterliegt nicht dem Anwendungsbereich des § 22 Abs. 1 MiLoG.

■ Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven  
vom 16.6.2016, 3 Ca 3119/15  
eingereicht von Rechtsanwältin Julia Schönfeld  
Wachstraße 17-24, 28195 Bremen  
Tel.: 0421/339530, Fax: 0421/326485  
www.goehmann.de

### 199. Vergütung, Mindestlohn, Zeitungszusteller

1. Der gemäß § 24 Abs. 2 MiLoG übergangsweise abweichend von § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG geregelte Mindestlohn für Zeitungszustellerinnen und Zeitungszusteller ist mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar.

2. Der Begriff zustellen im Sinne des § 24 Abs. 2 S. 3 MiLoG umfasst auch ein in unregelmäßigen Abständen anfallendes Einlegen einzelner Werbebeilagen in das zuzustellende Trägerprodukt.

3. Soweit ein Anspruch auf gesetzlichen Mindestlohn besteht, ist ein vertraglich vereinbarter Nachzuschlag auf der Basis des gesetzlichen Mindestlohnes zu berechnen (Anschluss an LAG Berlin Brandenburg v. 12.1.2016 – 19 Sa 1851/15).

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 27.4.2016, 13 Sa 848/15

## Allgemeines Vertragsrecht

### 200. Vergütung, Sittenwidrigkeit, übliche Vergütung im einschlägigen Wirtschaftszweig

1. Zur Ermittlung eines auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung i.S.d. § 138 BGB ist auf die verkehrsübliche Vergütung abzustellen. Bei Fehlen eines üblichen Tarifentgelts ist auf das allgemeine Entgeltniveau im einschlägigen Wirtschaftszweig des maßgeblichen Wirtschaftsgebietes für den jeweiligen streitgegenständlichen Zeitraum abzustellen (vgl. BAG v. 23.5.2001 – 5 AZR 527/99).

2. Welchem Wirtschaftszweig das Unternehmen des Arbeitgebers zuzuordnen ist, richtet sich nach der unionsrechtlich vorgegebenen Klassifikation der Wirtschaftszweige durch das Statistische Bundesamt (BAG v. 16.5.2012 – 5 AZR 331/11).

3. Eine berufsbezogene – und nicht wirtschaftszweigbezogene – Verdiensterhebung des Statistischen Bundesamtes ist im Normalfall zur Ermittlung des allgemeinen Entgeltniveaus im einschlägigen Wirtschaftszweig ungeeignet (Abgrenzung zu LAG Berlin-Brandenburg v. 9.2.2011 – 20 Sa 1430/10 und zu LAG Berlin-Brandenburg v. 11.4.2013 – 14 Sa 1919/12).

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 4.3.2016 – 6 Sa 1476/15

### 201. Vergütung, Sittenwidrigkeit, Hungerlohn, Schätzung auf übliche Vergütung

1. Die Vereinbarung eines Hungerlohns ist sittenwidrig gemäß § 138 Abs. 1 BGB.

2. Ein vereinbarter Stundenlohn von 3,40 EUR brutto ist 2011 – 2014 ein Hungerlohn und damit sittenwidrig.

3. Die übliche Vergütung kann auf Basis der Angaben des Statistischen Bundesamtes und/oder des jeweiligen Statistischen Landesamtes zu den jeweiligen Wirtschaftszweigen bestimmt werden. Fehlen entsprechende Zahlen, sind auch Schätzungen möglich, § 287 Abs. 2 ZPO.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 20.4.2016 – 15 Sa 2258/15

### 202. Vergütung, Überzahlung, Einwand der Enreicherung bei Zahlung des Bruttobetrages

Ein Arbeitnehmer, der einen Bruttobetrag eintreibt und weiß, dass er darauf entfallene Steuern und Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung abzuführen hat und lediglich den danach verbleibenden Nettobetrag nach Belieben verwenden und ausgeben darf, kann sich gegenüber dem Rückforderungsanspruch nicht auf Enreicherung berufen. Wenn er den gesamten Bruttobetrag ausgibt, kann er dies nur in bösem Glauben tun.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg vom 13.11.2015 – 3 Sa 126/15

### 203. Vergütung, Teilzeitarbeit im Blockmodell

Hat ein Arbeitnehmer im Rahmen eines „8/12-Teilzeitmodells“ im Jahr vier Freimonate, bedeutet die Vereinbarung, dass die

anteilige Vergütung verteilt auf alle zwölf Monate gezahlt wird, in aller Regel nur eine von § 614 BGB abweichende Voroder Nachschusspflicht, nicht jedoch die Verpflichtung des Arbeitgebers, Arbeitsvergütung unabhängig von der Jahresarbeitsleistung des Arbeitnehmers bezahlen zu müssen.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 13.5.2016 – 6 Sa 174/16

### 204. Urlaubsanspruch, Verfall des Urlaubs bei fehlender Geltendmachung, Bedeutung ausgewiesenen Urlaubsanspruchs in Lohnabrechnung

#### Leitsätze der Redaktion:

1. Der Urlaubsanspruch geht mit Ablauf des Übertragungszeitraumes unter.

2. Ein Ersatzanspruch für untergegangene Urlaubsansprüche setzt Verzug des Arbeitgebers voraus. Erforderlich ist deshalb ein vorhergehendes Urlaubsverlangen des Arbeitnehmers, weil dem Arbeitgeber nicht die Pflicht obliegt, dem Arbeitnehmer ohne dessen vorheriges Verlangen Urlaub zu erteilen. Dies ergibt sich aus der gesetzlichen Konstruktion des Urlaubs als Anspruch, § 194 BGB (Anlehnung an BAG v. 20.4.2012 – 9 AZR 504/10).

3. Europarechtliche Vorgaben gebieten keine andere Bewertung (offengelassen von BAG v. 15.10.2013 – 9 AZR 374/12). Allein aus der Zuordnung des Urlaubs auch zum Gesundheitsschutz folgt nicht, dass der Arbeitgeber der Pflicht zur Urlaubsgewährung ohne Verlangen nachzukommen habe. Auch Ansprüche die aus dem Pflichtenkreis „Arbeitsschutzrecht“ oder Gesundheitsschutz resultieren, müssen vom Arbeitnehmer im Falle der Nichteinhaltung durch den Arbeitgeber geltend gemacht werden. Auch der Rechtsprechung des EuGH zum Verfall von Urlaubsansprüchen ist zu entnehmen, dass diese nur den Arbeitnehmer schützt, der gehindert ist, seine Ansprüche zu realisieren, nicht den Arbeitnehmer, der untätig bleibt.

4. Einer Lohnabrechnung kommt hinsichtlich der in ihnen ausgewiesenen Urlaubsansprüche keine konstitutive Bedeutung zu. Mit der Lohnabrechnung teilt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ersichtlich nur die Höhe des Entgelts einschließlich seiner Zusammensetzung sowie sonstiger Ansprüche wie etwa des Urlaubsanspruchs mit. Die Lohnabrechnung hat aber nicht den Zweck, streitig gewordene Ansprüche endgültig festzulegen; für einen solchen Willen müssten weitergehende Anhaltspunkte vorliegen.

#### Anmerkung:

Die Revision wurde wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen. In der Instanzgerichtsbarkeit ist die Frage derzeit umstritten (wie hier z.B. LAG Schleswig-Holstein v. 9.2.2016 – 1 Sa 321/15; a.A. z.B. LAG Berlin-Brandenburg v. 12.6.2014 – 21 Sa 221/14), LAG München v. 6.5.2015 – 8 Sa 982/14 und LAG Köln v. 22.4.2016 – 4 Sa 1095/15). (ob)

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf vom 25.7.2016 – 9 Sa 31/16

### 205. Betriebsübergang, „Kettenwiderspruch“, Klage gegen Zwischenerwerber

1. Ein Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB kann nur gegenüber dem „bisherigen“ Inhaber oder „dem neuen Inhaber“, den letzten Übergang des Arbeitsverhältnisses betreffend, erklärt werden, nicht jedoch gegenüber vormaligen Arbeitgebern oder alten Inhabern wegen früherer Betriebsübergänge (vgl. BAG vom 11.12.2014, 8 AZR 943/13 m.w.N.).

2. Für jeden Widerspruch ist zu prüfen, ob er einem Übergang des Arbeitsverhältnisses entgegenstand und das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber fortbesteht. Nur dann kann beim Kettenwiderspruch festgestellt werden, ob der jeweils frühere Arbeitgeber aufgrund des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses mit dem Zwischenerwerber „bisheriger Inhaber“ geworden ist. Dazu ist wiederum die gerichtliche Inanspruchnahme des Zwischenerwerbers erforderlich, weil nur dieser Gründe vortragen kann, die einem wirksamen Widerspruch entgegenstehen können.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 5.5.2016, 9 Sa 166/14

### 206. Aufklärungspflicht des Arbeitgebers, nachteilige Auswirkungen von Teilzeitarbeit

Der Arbeitgeber ist aufgrund seiner Fürsorgepflicht grundsätzlich nicht verpflichtet, einen Arbeitnehmer über die nachteiligen Folgen einer von diesem beantragten Teilzeit für die betriebliche Altersversorgung aufzuklären. Der Arbeitgeber ist auch nicht berechtigt, einem Arbeitnehmer die Teilzeit auszureden bzw. ist nicht verpflichtet, über mögliche Folgen einer Beschäftigung in Teilzeit aufzuklären.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 21.12.2015 – 3 Sa 249/15

### 207. Nachvertragliche Fürsorgepflicht des Arbeitgebers für weitere Berufstätigkeit des Arbeitnehmers

#### Leitsätze der Redaktion:

Ein Arbeitgeber verletzt seine nachvertragliche Fürsorgepflicht, wenn er ohne ausreichenden sachlichen Grund darauf hinwirkt, dass sein ehemaliger Arbeitnehmer von seinem neuen Arbeitgeber, einem Verleihunternehmen, von einem Auftrag abgezogen wird. Er ist gehalten, alles Zumutbare zu vermeiden, was sich für den ehemaligen Arbeitnehmer auf dem neuen Arbeitsplatz als nachhaltig auswirken kann. Ein Verstoß hiergegen kann Schadenersatzansprüche des Arbeitnehmers gegen den ehemaligen Arbeitgeber begründen.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 14.4.2016, 7 Sa 340/15

## Bestandsschutz

### 208. Verhaltensbedingte Kündigung, Verweigerung der Arbeitsleistung nach erfolgreichem Kündigungsschutzprozess

1. Erhebt der Arbeitnehmer eines Kleinbetriebes mit nicht mehr als 10 Mitarbeitern Kündigungsschutzklage wegen fehlender Unterschrift des Arbeitgebers, kann hierin die antizipierte Zustimmung zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses jedenfalls dann liegen, wenn der Arbeitnehmer gleichzeitig ausdrücklich seine Arbeitskraft anbietet. Erklärt der Arbeitgeber in der Güteverhandlung, es liege keine Kündigung vor, kann darin die Annahme des Angebotes auf ungekündigte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses liegen (Abgrenzung zu BAG v. 19.8.1982 – 2 AZR 230/80), so dass der Arbeitnehmer wieder zur Arbeitsleistung verpflichtet ist.

2. Weist der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer sodann einen Arbeitsplatz zu und erscheint der Arbeitnehmer ohne Grund nicht zur Arbeit, so kann dies jedenfalls nach Abmahnung eine außerordentliche Kündigung wegen hartnäckiger Arbeitsverweigerung rechtfertigen.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 11.4.2016, 2 Sa 502/15

### 209. Verhaltensbedingte Kündigung, Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, Abendstudium im Krankheitszeitraum

1. Ist eine Mitarbeiterin im Außendienst, die mit Kenntnis und Billigung des Arbeitgebers nebenberuflich einem Abendstudium nachgeht (2-3 Mal pro Woche abendliche Vorlesungen) wegen Hüftbeschwerden arbeitsunfähig erkrankt, so ist der „Beweiswert“ entsprechender ärztlicher Bescheinigung nicht schon dadurch im Rechtssinne „erschüttert“, dass die Betroffene im sechswöchigen Erkrankungszeitraum an (zwei oder) drei Abenden von einem Kollegen im Seminar gesehen wird.

2. Das gilt auch dann, wenn der betreffende Kollege sich daran zu erinnern glaubt, dass die fragliche Mitarbeiterin ihm für einen der Abende telefonisch berichtet habe, einen Termin beim Physiotherapeuten zu haben, und zwar erst Recht, wenn die Beteiligten zuvor miteinander außerdienstlich befreundet waren. Gerade hiernach können die Inhalte entsprechender Antworten gegenüber dem Kollegen ganz unabhängig von seiner betrieblichen Funktion von zahllosen Gründen bestimmt sein, die mit Vertragsbereich der Beteiligten nichts zu tun haben

■ Arbeitsgericht Berlin  
vom 15.4.2016, 28 Ca 1714/16

### 210. Verdachtkündigung, Eingrenzung der Verdachtsgruppe, Organisationsverschulden des Arbeitgebers

1. Herrschen in einem Betrieb (hier: Apotheke) derartige betriebsorganisatorische Defizite im Umgang mit den Bargeld-

## Bestandsschutz

einnahmen, dass sich – unbekannt gebliebene – Insider diese Verhältnisse im Laufe zweier Jahre zur Abzweigung erheblicher Geldbeträge (hier: 40.000,- EUR) zunutze machen können, so trifft eine (von mehreren) als „Täter/in“ in Betracht kommende Beschäftigte nicht deshalb ein prinzipiell erhöhter Tatverdacht (§ 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO), weil die übrigen möglichen „Täter/innen“ jede Tatbeteiligung in Abrede stellen.

2. Das ist auch dann nicht zwangsläufig anders, wenn es dem Geschäftsinhaber unter Auswertung des kraft seiner Anzeige entstandenen Ermittlungsvorgangs gelingt, den Leumund der Zielperson wegen einer Vorstrafe zu erschüttern.

■ Arbeitsgericht Berlin  
vom 24.6.2016, 28 Ca 3004/16

### 211. Verhaltensbedingte Wiederholungskündigung

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Eine Kündigung kann nicht erfolgreich auf Gründe gestützt werden, die der Arbeitgeber schon zur Begründung einer vorhergehenden Kündigung vorgebracht hat und die in dem über diese geführten Prozess mit dem Ergebnis materiell geprüft worden sind, dass sie eine solche Kündigung nicht tragen. Eine Wiederholung der früheren Kündigung durch den Arbeitgeber ist in diesem Fall ausgeschlossen. Eine Präklusionswirkung entfaltet die Entscheidung über die frühere Kündigung allerdings nur bei identischem Sachverhalt. Hat sich dieser wesentlich geändert, darf der Arbeitgeber ein weiteres Mal kündigen.

■ Arbeitsgericht Köln  
vom 30.8.2016, 12 Ca 2078/16  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Jürgen Höser  
Kölner Straße 2, 50226 Frechen  
Tel.: 02234/18200, Fax: 02234/182010  
www.hdup.de

### 212. Außerordentliche Eigenkündigung des Arbeitnehmers, Zahlungsverzug des Arbeitgebers

1. Hat der Arbeitnehmer, der einen Anspruch aus § 628 Abs. 2 BGB geltend macht, gekündigt, muss diese Kündigung berechtigt und wirksam sein und ihren Grund in einem vertragswidrigen Verhalten des anderen Vertragsteils haben, also in dessen Auflösungsver schulden. Dabei genügt nicht jede geringfügige schuldhaftige Vertragsverletzung, vielmehr muss ihr das Gewicht eines wichtigen Grundes zukommen und zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB berechtigen.

2. Es kann für einen Arbeitnehmer einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung seines Arbeitsverhältnisses an sich darstellen, wenn der Arbeitgeber mit seiner Lohnzahlung in nicht unerheblicher Höhe oder über einen erheblichen Zeitraum in Verzug ist und der Arbeitnehmer diesen Fehler abgemahnt hat.

3. Bei einem abgeschlossenen Kündigungssachverhalt mit Fortwirkung (Arbeitnehmer kann aus bestimmten Vorgängen

den Vorwurf herleiten, die Vertrauensgrundlage sei nachhaltig zerstört oder es bestünde nach wie vor Zweifel an der Zahlungswilligkeit des Arbeitgebers) kommt es für die Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist darauf an, wann der Kündigende von den Tatsachen Kenntnis erhielt, aus denen sich die Zahlungswilligkeit des Arbeitgebers ergab.

4. Das Kündigungsrecht erlischt durch Verzicht insgesamt, wenn der Kündigungsberechtigte wegen des ihm bekannten Kündigungssachverhaltes eine Ermahnung oder Abmahnung ausspricht, sofern sich die für die Kündigung maßgebenden Umstände später nicht noch ändern.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 2.2.2016, 7 Sa 239/15

### 213. Befristung, Lehrkraft zur Abwesenheitsvertretung, Missbrauchskontrolle

#### Leitsätze der Redaktion:

1. Der Arbeitgeber hat die Vertretungskette schlüssig darzulegen. Er ist gehalten, vorzutragen, welche Aufgaben der beurlaubten Lehrkräfte von welchen Beschäftigten übernommen wurden und von welchen Beschäftigten in der Vertretungskette die Vertretungskraft welche Aufgaben übernommen hat. Der Einsatz in Lehrfächern, die der vertretene Arbeitnehmer nicht gehalten hat, spricht gegen eine Vertretungskette.

2. Insgesamt 9 aufeinanderfolgende befristete Verträge über einen Zeitraum von 9 Jahren überschreiten die in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG bezeichneten Grenzen kumulativ um ein Vielfaches. Dies indiziert die missbräuchliche Verwendung des Instituts der Befristungsvereinbarung.

■ Arbeitsgericht Bamberg  
vom 16.3.2016, 2 Ca 627/15  
eingereicht von Rechtsanwalt Franz Geus  
Rückertstraße 30, 97421 Schweinfurt  
Tel: 09721 47666-21, Fax: 09721 47666-10  
www.geus-richter.de

### 214. Befristung, WissZeitVG, Lehrtätigkeit als wissenschaftliche Tätigkeit, Rechtsmissbrauch

1. Eine Lehrkraft für besondere Aufgaben (Lehrtätigkeit am Institut für Romanistik in der Abteilung französische Literatur- und Kulturwissenschaften) gehört zum wissenschaftlichen Personal im Sinne des § 1 Abs. 1 S 1 WissZeitVG, wenn neben der Vermittlung von Fachwissen und praktischen Fertigkeiten überwiegend auch die Unterweisung in der Anwendung wissenschaftlicher Methoden gehört, die eine eigene wissenschaftliche Tätigkeit des Arbeitnehmers voraussetzt.

2. Die Grundsätze zum institutionellen Rechtsmissbrauch finden bei Befristungen nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG grundsätzlich keine Anwendung, weil sich die zeitlichen Grenzen für den Abschluss befristeter Arbeitsverträge in diesen Fällen aus den Sonderregelungen des § 2 Abs. 1 WissZeitVG ergeben, die

ihrerseits durch die Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre gerechtfertigt sind.

■ Bundesarbeitsgericht  
vom 20.4.2016, 7 AZR 657/14  
eingereicht von Rechtsanwalt Hansjörg Berrisch  
Röderring 32a, 35396 Gießen  
Tel.: 0641/948480, Fax: 0641/9484820  
www.arbeitsrecht.giessen.de

## Betriebsverfassungsrecht / Personalvertretungsrecht

### 215. Betriebsratswahl, Anfechtung, Gemeinschaftsbetrieb

In Gemeinschaftsbetrieben kann die Betriebsratswahl nur durch alle beteiligten Arbeitgeber gemeinsam angefochten werden.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 12.1.2016, 10 TaBV 88/14

### 216. Betriebsratswahl, (Teil-) Anfechtung, Ermittlung des Wahlergebnisses

Im Wege einer Teilanfechtung kann gerichtlich geltend gemacht werden, dass das Wahlergebnis falsch ermittelt worden ist. Eine solche Anfechtung unterliegt der Anfechtungsfrist des § 19 Abs. 2 BetrVG (im Anschluss an Bundesarbeitsgericht – Beschl. v. 16.3.2005 – 7 ABR 40/04). Die fehlerhafte Ermittlung des Wahlergebnisses führt nicht zur Nichtigkeit der Wahl.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 16.2.2016 – 7 TaBV 34/15

### 217. Betriebsrat, vorläufige Amtsenthebung, einstweilige Verfügung

Ein Betriebsratsmitglied ist erst aus dem Amt ausgeschlossen, wenn seine Amtsenthebung aufgrund einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung feststeht. Die vorläufige Amtsenthebung eines Betriebsratsmitglieds im Wege einer einstweiligen Verfügung ist daher grundsätzlich ausgeschlossen. Sie kann nicht allein darauf gestützt werden, dass ein grober Verstoß gegen betriebsverfassungsrechtliche Pflichten vorliegt, sondern kommt erst in Betracht, wenn Umstände vorliegen, die ein Belassen im Amt als unzumutbar für das Betriebsratsgremium, den Arbeitgeber und/oder die Belegschaft erscheinen lassen.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 25.2.2016 – 7 TaBVGa 4/15

### 218. Betriebsrat, Kostenerstattung, LED-Bildschirme zu Informationszwecken

Der Betriebsrat hat keinen Anspruch auf die Bereitstellung von LED-Bildschirmen, wenn die erforderliche Information der

Belegschaft durch Aushänge am Schwarzen Brett gewährleistet ist. Dies gilt auch dann, wenn die Arbeitgeberin selbst LED-Bildschirme nutzt, sofern diese anderen Informationszwecken, auch der Information Dritter, dienen.

■ Arbeitsgericht Frankfurt / Main  
vom 13.4.2016, 23 BV 671/15  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Thomas Wolf  
Seemenbachstraße 3, 63654 Büdingen  
Tel.: 06042/96220, Fax: 06042/962223  
www.wolf-scherer.de

### 219. Betriebsrat, personelle Mitbestimmung, Eingruppierung in tarifliches Vergütungssystem

1. Ist der Arbeitgeber tarifgebunden und wendet die Entgeltordnungen der kraft Tarifbindung für ihn geltenden Tarifverträge an, kann der Betriebsrat der beantragten Zustimmung zur Eingruppierung nicht mit der Begründung widersprechen, der Arbeitgeber habe sein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht beachtet.

2. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ist nicht gegeben. Für das Eingreifen des Tarifvorbehaltes gemäß § 87 Abs. 1 Eingangshalbsatz BetrVG ist die Tarifbindung des Arbeitgebers ausreichend. Das gilt auch dann, wenn ein anderer Tarifvertrag, der eine andere Entgeltordnung enthält, gemäß § 4 Abs. 5 TVG kraft Nachwirkung auf Arbeitsverhältnisse des Betriebes Anwendung findet

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 7.12.2015, 8 TaBV 36/15

### 220. Betriebsrat, personelle Mitbestimmung, Tendenzträgergemeinschaft von Erziehern und Sozialpädagogen

#### Aus den Entscheidungsgründen:

1. Ein Unternehmen, das als privater Träger der Kinder- und Jugendhilfe unter anderen sozialtherapeutische Tagesgruppen, Kinder- und Jugendwohnprojekte, Familienwohngruppen, betreutes Einzelwohnen und ambulante Dienste als Hilfen zur Erziehung erbringt, unterhält auch dann einen Betrieb mit unmittelbar und überwiegend erzieherischen Bestimmung i.S.v. § 118 BetrVG, wenn als Nebenzweck auch die Absicht der Gewinnerzielung besteht.

2. Die Tendenzträgerschaft der Beschäftigten eines solchen Unternehmens, das keinem besonderen Grundrechtsschutz unterliegt, setzt voraus, dass diese bei den tendenzbezogenen Tätigkeitsinhalten im Wesentlichen frei über die Aufgabenerledigung entscheiden können. Die Möglichkeit zur unmittelbaren Einflussnahme auf die karitative oder erzieherische Tendenz fehlt hingegen, wenn sie bei diesen Aufgaben über keinen oder nur einen geringfügigen Gestaltungsfreiraum verfügen, etwa weil sie einem umfassenden Weisungsrecht oder Sachzwängen ausgesetzt sind (BAG v. 12.11.2002 – 1 ABR 60/01). Andererseits setzt die Tendenzträgereigenschaft nicht notwendig die alleinige Entscheidungsbefugnis des Ar-

## Betriebsverfassungsrecht

beitnehmers voraus. Ein inhaltlich prägender Einfluss auf die karitative oder erzieherische Tendenzverwirklichung kann auch dann anzunehmen sein, wenn der Arbeitnehmer in bedeutende planerische, konzeptionelle oder administrative Entscheidungen in dem tendenzgeschützten Bereich einbezogen ist und sein Beitrag vom Arbeitgeber aufgrund seiner besonderen Fachkunde nicht übergangen werden kann.

Eine Vorgesetztenstellung allein vermag die Tendenzträgereigenschaft hingegen nicht zu begründen. Der Arbeitnehmer muss vielmehr durch seine Weisungen gerade auf die unmittelbar von dem Arbeitgeber verwirklichte Tendenz Einfluss nehmen. In zeitlicher Hinsicht reicht ein unbedeutender Teil der tendenzbezogenen Aufgaben nicht aus. Für die Annahme einer Tendenzträgereigenschaft ist regelmäßig ein bedeutender Anteil an seiner Gesamtarbeitszeit erforderlich (BAG v. 14.9.2010 – 1 ABR 29/09).

3. Erzieher/innen und Sozialpädagogen/innen, die die erzieherische Tätigkeit der Arbeitgeberin, die Heimerziehung von untergebrachten Kindern und Jugendlichen, eigenverantwortlich und maßgeblich bestimmen, sind Tendenzträger: Sie bestimmen ihr konkretes pädagogisches und erzieherisches Konzept in den jeweiligen Kinderwohngruppen selbst.

Die erzieherischen Konzepte werden eigenverantwortlich von den einzelnen Arbeitnehmern oder unter seiner Beteiligung gleichberechtigt im Team erarbeitet. Auch die grundlegenden erzieherischen Konzepte der Arbeitgeberin werden nicht „von oben“ oktroyiert, sondern werden unter Einbeziehung der Erzieher und Sozialpädagogen erarbeitet.

Die Erzieher und Sozialpädagogen übernehmen gegenüber den Kindern und Jugendlichen die Erziehungsaufgaben, die ansonsten den mit den Kindern zusammenlebenden Eltern zu Teil werden würden. Die Erziehung und Sozialpädagogen entscheiden u.a. selbstständig und eigenverantwortlich, wie die Freizeit der Kinder und Jugendlichen gestaltet wird, welche konkreten Sportangebote oder kulturelle Angebote den einzelnen Kindern und Jugendlichen angeboten werden, wann die Kinder und Jugendlichen ins Bett gebracht werden, welche Sanktionen gegenüber Kindern und Jugendlichen bei deren Fehlverhalten ausgesprochen werden. Die entsprechenden Aufgaben nehmen auch den ganz überwiegenden Anteil an der Arbeitszeit in Anspruch.

4. Bei der Einstellung von Tendenzträgern i.d.S. ist der Betriebsrat gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG zu informieren; der Zustimmung des Betriebsrats bedarf die Einstellung demgegenüber nicht.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 23.3.2016, 4 TaBV 1378/15

eingereicht von Rechtsanwältin Prof. Dr. Andreas Borsutzky  
Brahmsallee 9, 20144 Hamburg  
Tel.: 040/41461448, Fax: 040/443072  
www.dornheim-partner.de

### 221. Betriebsrat, Mitbestimmung, Beschäftigung von Lokführern keine Einstellung

1. Der Einsatz von Lokführern eines Personaldienstleisters auf Güterzügen des Arbeitgebers unterliegt nicht dem Mitbestimmungsrecht des dortigen Betriebsrats, wenn diese Lokführer nicht in den Betrieb eingegliedert sind.

2. An der Eingliederung in den Betrieb fehlt es, wenn die typischen Entscheidungen über den Arbeitseinsatz nicht der Arbeitgeber, sondern der Personaldienstleister trifft.

Zu diesen Entscheidungen gehören insbesondere die Einteilung der einzelnen Lokführer auf ihre Schichten, die Urlaubsgewährung, die Ablösung für Pausen oder im Krankheitsfall sowie die Erteilung etwaiger Einzelweisungen während der Fahrt.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen vom 25.1.2016, 12 TaBV 81/15

### 222. Betriebsrat, Mitbestimmung, einstweilige Unterlassungsverfügung gegen personelle Einzelmaßnahme, Verfügungsgrund

#### Leitsätze der Redaktion:

1. Das ArbG verneint in Übereinstimmung mit dem BAG einen eigenständigen und von den Voraussetzungen des § 23 Abs. 3 BetrVG unabhängigen Unterlassungsanspruch im Zusammenhang mit einer gegen § 99 Abs. 1 BetrVG verstoßenden personellen Einzelmaßnahme. Die Entscheidung des Gesetzgebers für den Aufhebungsanspruch nach § 101 Satz 1 BetrVG schließt einen solchen allgemeinen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats zur Verhinderung betriebsverfassungswidrig durchgeführter personeller Einzelmaßnahmen aus. Solange kein grober Verstoß im Sinne des § 23 BetrVG zu erkennen ist, hat der Betriebsrat die Möglichkeit, das betriebsverfassungswidrige Verhalten des Arbeitgebers in einem Hauptsacheverfahren feststellen zu lassen und solcher Art zur Grundlage für weiteres Vorgehen in der Zukunft zu machen.

2. Das Mitbestimmungsrecht aus § 87 BetrVG ist kein absolutes, subjektives Recht des Betriebsrats, sondern eine Berechtigung, zum Schutz der Arbeitnehmer durch Ausübung des jeweiligen Beteiligungsrechtes mitgestaltend tätig zu werden. Im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens kommt es deshalb zur Feststellung eines Verfügungsgrundes nicht darauf an, ob dem Betriebsrat die Ausübung seiner Beteiligungsrechte ganz oder jedenfalls für die Vergangenheit unmöglich gemacht wird, sondern darauf, ob für die Zeit bis zum Inkrafttreten einer mitbestimmten Regelung der damit bezweckte notwendige Schutz der Arbeitnehmer unwiederbringlich vereitelt wird. Dies ist nicht der Fall, da die Arbeit-

nehmer einer mitbestimmungswidrigen Maßnahme nicht Folge leisten müssten.

■ Arbeitsgericht Würzburg  
vom 9.6.2016, 4 BVGa 2/16  
eingereicht von Rechtsanwalt Franz Geus  
Rückertstraße 30, 97421 Schweinfurt  
Tel: 09721 47666-21, Fax: 09721 47666-10  
www.geus-richter.de

### 223. Betriebsrat, Verlangen, Geschäftsführer als betriebsstörende Arbeitnehmer zu entfernen

1. Der Betriebsrat kann die „Entfernung“ des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH der Arbeitgeberin nicht gem. § 104 BetrVG verlangen.

2. Für die Anwendung des § 104 BetrVG ist allein der nationale Arbeitnehmerbegriff maßgeblich.

■ Landesarbeitsgericht Hamm  
vom 2.8.2016, 7 TaBV 11/16

### 224. Mitarbeitervertretung, Teilzeitkraft, Vergütung von Schulungstagen

1. Ein teilzeitbeschäftigtes Mitglied der Mitarbeitervertretung, das durch die Teilnahme an einer Schulung im Sinne von § 19 Abs. 3 des Kirchengesetzes der Konföderation Evangelischer Kirchen in Niedersachsen über Mitarbeitervertretungen (Mitarbeitervertretungsgesetz MVG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 6.3.1996 (MVG K), über seine regelmäßige Arbeitszeit hinaus beansprucht wird, hat einen Anspruch auf Freizeitausgleich.

2. Der entsprechende Freizeitausgleichsanspruch folgt aus § 611 BGB i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 1 TzBfG, dessen Anwendungsbereich unbeschadet der Verfassungsgarantie des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV aufgrund der getroffenen Rechtswahl des privatrechtlich gestalteten Arbeitsverhältnisses eröffnet ist; die Ungleichbehandlung gegenüber Vollzeitbeschäftigten ist nicht Konsequenz der Ausgestaltung des Amtes eines Mitarbeitervertreters als unentgeltliches Ehrenamt. Sie entspricht nicht einem echten Bedarf und ist zur Erreichung des verfolgten Ziels nicht erforderlich.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 4.7.2016 – 8 Sa 364/16

## Tarifrecht

### 225. TV-L, Stufenzuordnung unter Berücksichtigung vorangegangener Beschäftigungszeiten

Die unterschiedliche Berücksichtigung von einschlägiger Berufserfahrung bei demselben Arbeitgeber nach § 16 Abs. 2 Satz 2 TV-L und bei einem fremden Arbeitgeber nach § 16 Abs. 2 Satz 3 TV-L verstößt weder gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 GG noch gegen Art. 45 Abs. 2 AEUV und Art. 7 der Verordnung (EU) No. 492/

2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.4.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 11.2.2016, 6 Sa 421/15 E

### 226. TV-L, Eingruppierungserlass Lehrer, Transparenzkontrolle

1. Der für Niedersachsen geltende Lehrereingruppierungserlass vom 15.1.1996 ist teilweise intransparent und unwirksam.

2. Nr. 2.3, Abs. 3 des Lehrereingruppierungserlasses Niedersachsen (Erlass v. 15.1.1996), demzufolge ein Studienabschluss für ein Unterrichtsfach geeignet ist, wenn der Inhalt mit den wesentlichen Inhalten der Prüfung im vergleichbaren Fach einer ersten Staatsprüfung übereinstimmt, ist gem. § 307 Abs. 1 BGB intransparent und somit unwirksam.

3. Nr. 2.3, Abs. 3 des Lehrereingruppierungserlasses, wonach für das zweite Unterrichtsfach vom Bildungsstand nach einer Vor- und Zwischenprüfung ausgegangen werden kann, ist gem. § 307 Abs. 1 BGB intransparent und damit unwirksam.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 9.9.2015, 2 Sa 918/14 E

### 227. Entgeltordnung Bund, Auslegung Beschäftigung in Ausbildungswerkstatt

Eine Ausbildungswerkstatt i.S.d. EG 9a Entgeltordnung Bund liegt nur vor, wenn sie ihrer Zweckbestimmung nach nur der Ausbildung dient (Anschluss an BAG v. 15.5.1988 – 4 AZR 782/87).

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 6.4.2016, 17 Sa 951/15 E

## Sonstiges

### 228. Gewerkschaftsmitglied, Verpflichtung zur Abführung von Sonderbeiträgen

Gewerkschaftsmitglieder können durch Satzungsregelungen verpflichtet werden, aus Einnahmen, die aus der Wahrnehmung von Mandaten in externen Gremien stammen, Sonderbeiträge zu entrichten. Einer zusätzlichen Verpflichtungserklärung bedarf es nicht.

■ Landgericht Frankfurt / Main  
vom 3.8.2016, 2-16 S 23/16  
eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross  
Neumarkt 16-18, 04109 Leipzig  
Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224  
www.advo-gross.de

## Prozessuales

### 229. Wettbewerbsschädliche Unternehmensfusion, Absicherung kollektiver Arbeitnehmerrechte kein Gemeinwohlbelang („Kaiser´s -Tengelmann“)

#### Leitsätze des Einsenders:

1. Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG gewährleistet schrankenlos das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Dieses Grundrecht schützt für jedermann und für alle Berufe das Recht, sich zu Koalitionen zusammenzuschließen und außerdem die Koalition als solche sowie ihr Recht, durch spezifische koalitionsmäßige Betätigung die in der Vorschrift genannten Zwecke zu verfolgen.

2. Die Koalitionsfreiheit als individuelles Freiheitsrecht umfasst ebenso das Recht des Einzelnen, einer Koalition fernzubleiben.

3. Verfassungsrechtlich garantiert ist damit sowohl die positive als auch die negative Koalitionsfreiheit. Diese verfassungsrechtliche Grundentscheidung ist bei der Auslegung von § 42 Abs. 1 GWB zu beachten. Sie zwingt zu der Erkenntnis, dass der Erhalt und die Absicherung bestehender kollektiver Arbeitnehmerrechte aus Rechtsgründen kein Gemeinwohlbelang sein kann, der die ministerielle Erlaubnis einer wettbewerbsschädlichen Unternehmensfusion rechtfertigt.

4. Anderenfalls würde nämlich der positiven Koalitionsfreiheit im Ergebnis eine größere Bedeutung beigemessen als der negativen Koalitionsfreiheit. Dies widerspricht Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG, der beide Grundfreiheiten gleichermaßen und unterschiedslos gewährleistet.

■ Oberlandesgericht Düsseldorf

vom 12.7.2016, VI-Kart 3/13 (V)

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Ulrich Brötzmann

Bonifaziusplatz 1b, 55118 Mainz

Tel.: 06131/618156, Fax: 06131/618157

www.kanzlei-broetzmann.de

## Prozessuales

### 230. Sachliche Zuständigkeit, arbeitnehmerähnliche Person

Die von § 12a Abs. 3 TVG erfassten Medienmitarbeiter unterliegen als arbeitnehmerähnliche Personen gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 ArbGG der Zuständigkeit der Gerichte für Arbeits-sachen (in Anlehnung an BAG v. 17.10.1990 – 5 AZR 639/89).

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 28.7.2016 – 5 Ta 113/16

### 231. Sachliche Zuständigkeit, Organvertreter nach Beendigung der Organstellung

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Der Kläger ist nicht als Arbeitnehmer im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG anzusehen. Es greifen die Voraussetzungen des Satzes 3 der Norm.

Der Kläger war bis zum 30.6.2015 Vorstandsmitglied der Beklagten und damit als Mitglied dessen Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen Person berufen, § 78 Abs. 1 Satz 1 AktG.

Die hier streitgegenständliche Forderung beruht auf § 2 Abs. 2 des Vertrages vom 9.6.2015 und ist nach dessen Abs. 4 vor dem 30.6.2015 entstanden und am 30.6.2015 zur Zahlung fällig geworden. Der Klagegegenstand resultiert mithin aus einer Zeit, zu der der Kläger noch Organ der Beklagten war und die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG ihre Wirkung entfaltete.

Unabhängig hiervon gilt die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG auch über den 30.6.2015 hinaus fort.

Der Verlust der Organstellung führt nicht notwendig dazu, dass das der Organstellung zugrundeliegende Anstellungsverhältnis zu einem Arbeitsverhältnis wird. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzutreten, aus denen folgt, dass die Vertragsparteien den auf die Anstellung zum Organvertreter gerichteten Vertragsinhalt aufgehoben und ein Arbeitsverhältnis begründet haben (BAG, Beschl. v. 25.6.1997 – 5 AZB 41/96; OLG Schleswig, Beschl. v. 15.2.2010 – 16 W 8/10).

Bei der Beendigung der Organstellung durch Zeitablauf, Abberufung, Widerruf, Formwechsel oder Amtsniederlegung besteht das Dienstverhältnis bis zu seinem Ablauf fort. Betroffen ist das Verhältnis zwischen den Gesellschaftsorganen, dagegen ändert sich die schuldrechtliche Grundlage des Tätigwerdens nicht (LAG Hamm, Beschl. v. 12.1.2007 – 2 Ta 286/06; Beschl. v. 30.7.2007 – 2 Ta 354/06). Wird das Anstellungsverhältnis – z.B. aufgrund eines Abwicklungsvertrages – noch einige Monate fortgesetzt, handelt es sich lediglich um die Abwicklung des Dienstvertrages, in diesen Fällen der Fortsetzung der Tätigkeit nach Beendigung der Organstellung greift die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG noch. Unabhängig vom Rechtscharakter des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses sind nicht die Arbeitsgerichte, sondern die ordentlichen Gerichte für Streitigkeiten aus diesem Vertragsverhältnis zuständig (LAG Köln, Beschl. v. 1.12.2003 – 4 Ta 283/03; *Kliemt*, in: *Schwab/Weth*, ArbGG, 4. Aufl. (2015), Rn 285 m.w.N.). Etwas anderes gilt nur, wenn das Dienstverhältnis nach Beendigung der Organstellung auf eine neue Grundlage gestellt und als Arbeitsverhältnis fortgesetzt wird und es sich auf diese Weise als Arbeitsverhältnis umwandelt. Ob eine solche Umwandlung erfolgt ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere dem Willen der Parteien ab. Fehlt es an Anhaltspunkten ist im Zweifel nicht von einer Umwandlung und Fortsetzung als Arbeitsverhältnis, sondern lediglich von einer Abwicklung des Dienstverhältnisses auszugehen (*Kliemt*, a.a.O., Rn 286 m.w.N.). (...)

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 28.7.2016 – 5 Ta 113/16

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Gunnar Becker

Tauentzienstraße 11, 10789 Berlin

Tel.: 030/25459155, Fax: 030/ 25459166

www.advocati.de

### 232. Ausschlussfristen, Wahrung durch Klagezustellung gem. § 167 ZPO

§ 167 ZPO ist auch dann anwendbar, wenn es um die Wahrung einer vertraglichen Ausschlussfrist zur außergerichtlichen Geltendmachung geht.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 7.12.2015 – 17 Sa 174/15

### 233. Klagefrist, Angabe des falschen gesetzlichen Vertreters, Zustellung „demnächst“

1. Ist die Bezeichnung der Vertretungsbehörde in einer Kündigungsschutzklage gegen das Land Rheinland-Pfalz unrichtig, kann eine Zustellung an diese Behörde nicht zu einer wirksamen Klagezustellung führen.

2. Ein Prozessbevollmächtigter muss sich bei sorgfältiger Prozessführung selbstständig über die nach Landesrecht richtige Vertretungsbehörde für den Fall eines Kündigungsschutzverfahrens gegen das Land informieren.

3. Eine Zustellung demnächst nach § 167 ZPO ist nach den Umständen des Einzelfalls erfolgt, wenn im Hinblick auf die Weihnachtsfeiertage die dem Kläger zurechenbare Verzögerung drei Wochen beträgt.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 2.6.2016 – 5 Sa 354/15

### 234. Zahlungsklage, Verzugslohn, Aktivlegitimation bei ALG-Leistungsbezug

#### Leitsatz der Redaktion:

Trägt der Arbeitnehmer zur Begründung seines Verzugslohnanspruchs vor, dass er im fraglichen Zeitraum ALG I bezogen hat, ohne den Leistungsumfang konkret zu beziffern, ist die Klage insgesamt unzulässig, da der Umfang der Aktivlegitimation aufgrund des gesetzlichen Forderungsübergangs nicht feststellbar ist.

■ Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven  
vom 30.6.2016 – 9 Ca 9150/15  
eingereicht von Rechtsanwalt Klaus-Dieter Franzen  
Altenwall 6, 28195 Bremen  
Tel.: 0421/3378413, Fax: 0421/3378416  
www.franzen-legal.de

### 235. Auflösungsantrag, Erfordernis einheitlicher Entscheidung im Kündigungsschutzverfahren

1. Über einen Kündigungsschutzantrag und einen Auflösungsantrag kann nur einheitlich durch dasselbe Urteil entschieden werden.

2. Wird einem Kündigungsschutzantrag versehentlich ohne Berücksichtigung des Auflösungsantrages stattgegeben, ist das Urteil mit der Berufung angreifbar. Eine nachträgliche Entscheidung über den Auflösungsantrag durch Ergänzungsurteil kommt nicht in Betracht. § 321 ZPO ist nicht anwendbar.

3. Auf die Berufung ist das Urteil über den Kündigungsschutzantrag aufzuheben. Das Landesarbeitsgericht kann die Sache zur einheitlichen Entscheidung an das Arbeitsgericht zurückverweisen. Es kann aber auch den in der ersten Instanz verbliebenen Auflösungsantrag an sich ziehen und selbst einheitlich über den Kündigungsschutzantrag und den Auflösungsantrag entscheiden

4. Dies gilt auch dann, wenn vor dem Erlass eines Anerkenntnisurteils über die Kündigung ein Auflösungsantrag zwar angekündigt, aber noch nicht begründet wurde.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg  
vom 14.4.2016 – 21 Sa 139/16

### 236. Verwertungsverbot, Verstoß gegen § 32 BDSG, keine Sachverhaltsaufklärung zur Verfolgung schwerer Vertragspflichtverletzung

#### Leitsätze der Redaktion:

1. Eine konkrete und zielgerichtete Datenerhebung durch einen Detektiv wegen des Verdachts einer konkreten Vertragspflichtverletzung unterfällt nicht § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG. Zwar können „zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses“ Daten erhoben werden, die der Arbeitgeber zur Erfüllung seiner Pflichten, aber auch zur Wahrnehmung seiner Rechte gegenüber dem Arbeitnehmer vernünftigerweise benötigt. Gestattet sind demnach auch Maßnahmen zur Kontrolle, ob der Arbeitnehmer den geschuldeten Pflichten nachkommt. Unter § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG fallen aber nur solche Maßnahmen, die nicht auf die Entdeckung konkret Verdächtiger gerichtet sind. Soll einem konkreten Verdacht zielgerichtet nachgegangen werden, muss diese Maßnahme den Anforderungen des § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG genügen.

2. Der Verdacht eines Wettbewerbsverstoßes stellt in der Regel keinen Verdacht einer Straftat dar und kann deshalb eine Datenerhebung gem. § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG nicht rechtfertigen. Diese Vorschrift greift nicht ein in den Fällen, in denen zwar keine Strafbarkeit, wohl aber eine schwere Vertragspflichtverletzung vorliegt. Diese Frage wurde von der Rechtsprechung zwar noch offen gelassen (BGH v. 26.9.2013 – VII ZR 227/12), ist jedoch angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG zu verneinen. Das mag für den Arbeitgeber zwar unbefriedigend sein. Es ist jedoch ausschließlich dem Gesetzgeber vorbehalten, Gesetze zu ändern und korrigierend einzugreifen.

3. Unter Verstoß gegen § 32 BDSG rechtswidrig erlangte Informationen dürfen im Prozess nicht verwertet werden. In gerichtlichen Verfahren tritt der Richter den Verfahrensbeteiligten in Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt gegenüber. Er ist daher nach Art. 1 Abs. 3 GG bei der Urteilsfindung an die insoweit maßgeblichen Grundrechte gebunden und zu einer rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung verpflichtet. Die gesetzlichen Anforderungen an eine zulässige Datenverarbeitung im BDSG konkretisieren und aktualisieren den Schutz auf informationelle Selbstbestimmung und regeln, in welchem

## Prozessuales

Umfang im Anwendungsbereich des Gesetzes Eingriffe in dieses zulässig sind.

### Anmerkung:

Das LAG Niedersachsen (Urt. v. 7.12.2015 – 17 Sa 174/15) hat demgegenüber keine datenschutzrechtlichen Bedenken gegen die Verwertung von Erkenntnissen geäußert, die durch den anlasslosen Einsatz von Detektiven als Testkäufern erlangt wurden. (ob)

■ Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg vom 20.7.2016 – 4 Sa 61/15 (Revision zugelassen)

### 237. Einstweilige Verfügung, Teilzeitantrag, Anforderungen an Verfügungsgrund

#### Leitsätze der Redaktion:

Sofern der Verfügungskläger geltend macht, die einstweilige Verfügung zur Arbeitszeitreduzierung sei aus gesundheitlichen Gründen dringend erforderlich, muss glaubhaft gemacht werden, aus welchen konkreten medizinischen Gründen durch die einstweilige Verfügung welche konkreten Nachteile verhindert werden können. Ein pauschal gehaltenes ärztliches Attest genügt dazu nicht.

■ Arbeitsgericht Köln vom 19.7.2016, 2 Ga 55/16 eingereicht von Rechtsanwalt Jürgen Helser Seehofstraße 76, 53721 Siegburg Tel.: 02241/975994, Fax: 02241/975996 www.kanzlei-helser.de

### 238. Zwangsvollstreckung, Einstellung der Vollstreckung aus Weiterbeschäftigungstitel wegen Auflösungsantrag

Ein in der Berufungsschrift gestellter Auflösungsantrag des Arbeitgebers rechtfertigt es nicht allein, die Zwangsvollstreckung aus einem Weiterbeschäftigungstitel einzustellen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 18.7.2016, 5 Sa 271/16

### 239. Nichtzulassungsbeschwerde, absoluter Revisionsgrund, nicht vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts, beanstandete Selbstablehnung eines Richters wegen Befangenheit

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Die vom Kläger erhobene Rüge des absoluten Revisionsgrundes der nicht vorschriftsmäßigen Besetzung des Gerichts (§ 72 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 1, § 72a Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 Alt. 1 ArbGG i.V.m. § 547 Nr. 1 ZPO) ist nicht statthaft.

a) Nach § 72 Abs. 5 ArbGG i.V.m. § 557 Abs. 2 ZPO unterliegen dem Endurteil vorausgegangene unanfechtbare Entscheidungen nicht der Beurteilung des Revisionsgerichts. Deshalb ist eine inzidente Überprüfung der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts über ein Ablehnungsgesuch im Rahmen eines Rechtsmittels gegen die unter Mitwirkung der erfolglos abgelehnten Richter getroffene Sachentscheidung grundsätzlich

ausgeschlossen. Die Partei, deren Befangenheitsantrag abgelehnt worden ist, ist vielmehr auf die beim Ausgangsgericht zu erhebende Anhörungsrüge gemäß § 78a ArbGG zu verweisen (BAG v. 17.3.2016 – 6AZN 1087/15 – Rn 6; v. 23.9.2008 – 6AZN 84/08 Rn 5, BAGE 128, 13). Diese Grundsätze gelten auch für den umgekehrten Fall, dass ein (Selbst-)Ablehnungsgesuch für begründet erklärt worden ist und der abgelehnte Richter an der Sachentscheidung daher nicht mitgewirkt hat.

b) Der absolute Revisionsgrund der nicht vorschriftsmäßigen Besetzung des Gerichts kann ausnahmsweise mit der Nichtzulassungsbeschwerde geltend gemacht werden, wenn das Ablehnungsgesuch nicht nur fehlerhaft behandelt worden ist, sondern das Landesarbeitsgericht bei der Bescheidung des Ablehnungsgesuchs Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkannt hat. Dann stellt die in nicht vorschriftsmäßiger Besetzung ergangene, die Instanz abschließende Entscheidung einen eigenständigen Verstoß gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters dar. In einem solchen Fall ist auch die dem Ablehnungsgesuch folgende Sachentscheidung mit dem „Makel des Verstoßes gegen den gesetzlichen Richter behaftet“ (BVerfG v. 11.3.2013 – 1 BVR 2853/11, Rn 40; BAG v. 17.3.2016 – 6 AZN 1087/15, Rn 7). Der Verstoß gegen das Gebot des gesetzlichen Richters wirkt insoweit fort. Aufgrund der Ausstrahlungswirkung der Verfassungsgarantie des gesetzlichen Richters muss das Beschwerdegericht in dieser Konstellation die im Ablehnungsverfahren vor dem Landesarbeitsgericht erfolgten Verfassungsverstöße im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren beheben und die in fehlerhafter Besetzung ergangene Entscheidung aufheben (vgl. BAG v. 17.3.2016 – 6 AZN 1087/15, Rn 7 m.w.N.).

c) Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistet dem Einzelnen das Recht auf den gesetzlichen Richter. Nach ständiger Rechtsprechung hat dieses grundrechtsgleiche Recht über die Abwehr einer sachwidrigen Einflussnahme auf die rechtsprechende Tätigkeit von innen und von außen auch einen materiellen Gewährleistungsgehalt. Der Anspruch auf den gesetzlichen Richter garantiert, dass der Rechtsuchende im Einzelfall vor einem Richter steht, der unabhängig und unparteilich ist und der die Gewähr für Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten bietet. Die Verfahrensordnungen müssen darum Regelungen vorsehen, die es ermöglichen, einen Richter, bei dem diese Gewähr nicht (mehr) gegeben ist, von der Ausübung seines Amtes abzulösen (BVerfG v. 15.6.2015 – 1 BvR 1288/14, Rn 13 f.).

d) Gemessen an diesen Grundsätzen hat der Kläger nicht die Voraussetzungen dafür dargelegt, dass vorliegend eine auf die inzidente Überprüfung der Ablehnungsentscheidung gerichtete Rüge ausnahmsweise statthaft ist. Er zeigt in seiner Beschwerdebegründung nicht auf, dass das Landesarbeitsgericht bei der Bescheidung des Selbstablehnungsgesuchs Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkannt hat. Er beanstandet nicht die Einhaltung der verfahrensrechtlichen Bestimmun-

gen und die Besetzung des Gerichts bei der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch, sondern rügt das Nichtvorliegen eines Ausschlussgrundes und damit „nur“ die fehlerhafte Behandlung des Ablehnungsgesuchs. Die Voraussetzungen des § 41 Nr. 4 ZPO für einen Ausschluss des Vizepräsidenten des Landesarbeitsgerichts von der Ausübung des Richteramts hätten nicht vorgelegen, weil nur der Präsident, nicht aber auch der Vizepräsident des Landesarbeitsgerichts als Behördenleiter das beklagte Land repräsentiere. Aus diesen Ausführungen ergibt sich nicht, dass über die Selbstablehnung des geschäftsverteilungsplanmäßigen weiteren Vertreters des Kammervorsitzenden unter Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG entschieden worden ist. Dabei bedarf es keiner Entscheidung darüber, ob die Entscheidung über das Selbstablehnungsgesuch in der Begründung oder zumindest im Ergebnis zutreffend ist. Der Kläger konnte trotz der beanstandeten Entscheidung über das Ablehnungsgesuch nach wie vor davon ausgehen, dass er im weiteren Verlauf des Verfahrens unabhängigen Richtern gegenübersteht. Dementsprechend hat der Kläger auch keine Hinweise aufgezeigt, die befürchten lassen, dass die Entscheidung über das Selbstablehnungsgesuch maßgeblich von Richtern beeinflusst war, die der Sache nicht mit der notwendigen Distanz und Neutralität gegenüberstehen, und dass sich diese Voreingenommenheit auch in der anschließend zu treffenden Sachentscheidung fortgesetzt hat. Das Gegenteil ist der Fall. Die Entscheidung über das Selbstablehnungsgesuch erging infolge der Anzeige des geschäftsverteilungsplanmäßigen weiteren Vertreters des Kammervorsitzenden, dass gerade dieser bei einer Befassung mit dem Rechtsstreit der Sache womöglich nicht mit der notwendigen Distanz und Neutralität gegenüberstehen könne, weil er sich „im Lager“ des beklagten Landes sehe. Der Kläger legt auch nicht dar, dass die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch auf willkürlichen oder manipulativen Erwägungen beruhte (vgl. BVerfG v. 31.7.2008 – 1 BvR 416/08 – Rn 29, BVerfGK 14, 122; BAG v. 11.10.2010 – I AZN 41 8/10 – Rn 23).

■ Bundesarbeitsgericht  
vom 29.8.2016, 9 AZN 533/16  
eingereicht durch Rechtsanwalt Dr. Martin Riemer  
Pingsdorfer Straße 89, 50321 Brühl  
Tel.: 02232/504660, Fax: 02232/5046619  
www.dr-riemer.de

#### 240. PKH, Berücksichtigung von Elterngeld

Bei der Berechnung des einzusetzenden Einkommens bleibt ein steuerfreier Verpflegungsmehraufwand unberücksichtigt. Bezieht der Antragsteller oder sein Ehepartner Erziehungsgeld, ist dieses bis zu einem Betrag von 300,00 EUR monatlich nicht anzurechnen.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 30.6.2016, 7 Ta 75/16

## Streitwert und Gebühren

### 241. Streitwert, allgemeiner Weiterbeschäftigungsantrag

Ein vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses abhängiger Anspruch auf Weiterbeschäftigung kann auch ohne ausdrückliche Bezeichnung als uneigentlicher Hilfsantrag ausgelegt werden.

Er bleibt bei der Bemessung des Verfahrens- und Vergleichswertes unberücksichtigt, wenn in dem Bestandsstreit kein über den angegriffenen Beendigungszeitpunkt hinausgehender Fortbestand des Arbeitsverhältnisses gerichtlich festgestellt oder im Wege des Vergleiches von den Parteien vereinbart wird.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 8.7.2016, 4 Ta 78/16

### 242. Streitwert, besonderer Weiterbeschäftigungsantrag gemäß § 102 Abs. 5 BetrVG

1. Der besondere Weiterbeschäftigungsantrag gemäß § 102 Abs. 5 BetrVG ist als unbedingter Antrag neben dem Kündigungsschutzantrag eigenständig zu bewerten.

2. Der Weiterbeschäftigungsantrag ist mit einer durchschnittlichen Bruttomonatsvergütung zu bewerten (in Übereinstimmung mit dem Streitwertkatalog). Dabei geht es um das Interesse an aktiver Beschäftigung zur Verwirklichung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Vergütungs- und Bestandschutzgesichtspunkte spielen im Rahmen des Weiterbeschäftigungsantrags gerade keine Rolle. Der Ansatz der während der von der Klägerin prognostizierten Weiterbeschäftigungsdauer zu erzielenden Vergütung ist deshalb kein bewertungsrelevanter Faktor.

■ Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg  
vom 13.7.2016, 5 Ta 86/16  
eingereicht von Rechtsanwalt Frank Fabian  
Lindenstraße 25, 71229 Leonberg  
Tel.: 07152/9394633, Fax: 07152/9394630  
www.hotz-partner.de

### 243. Streitwert, Betriebsübergang, Kündigungsschutzklage gegen Veräußerer und Feststellungsklage gegen Erwerber

Bei der streitwertmäßigen Bewertung einer Bestandsschutzklage gegen den Betriebsveräußerer und einer Feststellungsbzw. Bestandsschutzklage gegen den Erwerber findet keine Erhöhung wegen der subjektiven Klagehäufung statt. Es sind für beide Anträge insgesamt nur drei Gehälter als Streitwert anzusetzen. Dieses gilt jedenfalls für die typischen Fälle, in denen eine betriebsbedingte Kündigung angegriffen wird.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 6.6.2016, 4 Ta 99/16

## Streitwert und Gebühren

### 244. Streitwert, Anspruch auf Arbeitszeitverlängerung

Für eine Klage auf Abgabe einer Willenserklärung zur Erhöhung der vertraglichen Arbeitszeit kann ein Streitwert zwischen einer Monatsvergütung und einem Vierteljahresentgelt festgesetzt werden.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 4.4.2016, 4 Ta 50/16

### 245. Streitwert, Revision

1. Der Streitwertbeschluss eines obersten Gerichtshofes des Bundes ist nicht mit der Beschwerde angreifbar; eine dennoch eingelegte Beschwerde ist als Gegenvorstellung auszulegen.

2. Der Streitwert des Revisionsverfahrens richtet sich nach dem Umfang der gestellten Revisionsanträge, auch wenn diese die zunächst unbeschränkt eingelegte Revision beschränken.

■ Bundesarbeitsgericht  
vom 9.8.2016, 6 AZR 631/14  
eingereicht von Rechtsanwalt Klaus Klimaschewski  
Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt  
Tel.: 06151/26264, Fax: 06151/25461  
ww.mansholt-lodzick.de

### 246. Vergleichsmehrwert, Arbeitszeugnis, Freistellung

#### Aus den Entscheidungsgründen

2. Die Beschwerde ist aber nicht begründet. Das Arbeitsgericht hat bei der Festsetzung des Mehrwerts des Vergleichs das ihm zustehende Ermessen bei der Wertfestsetzung nicht überschritten.

Das gilt zunächst, soweit das Arbeitsgericht den Mehrwert des Vergleichs im Hinblick auf die Freistellungsregelung mit 25 % der auf den Freistellungszeitraum entfallenden Vergütung festgesetzt hat. Die Festsetzung entspricht der ständigen Rechtsprechung des Landesarbeitsgerichts (u.a. Beschl. v. 11.9.2014 – 3 Ta 119/14; v. 11.12.2013 – 3 Ta 197/13; v. 18.6.2007 – 2 Ta 180/07 oder v. 25.6.2004 – 1 Ta 149/03). Gegen diese Festsetzung wendete sich die Beschwerdeführerin auch ersichtlich nicht.

Die Festsetzung des Mehrwerts des Vergleichs auf ein Bruttomonatsgehalt ist ebenfalls nicht zu beanstanden.

aa) Bereits das Arbeitsgericht hat in seiner Nichtabhilfeentscheidung, auf die ausdrücklich Bezug genommen wird, darauf hingewiesen, dass für die Verpflichtung zur Erteilung des Zeugnisses im Vergleich ein Mehrwert anzusetzen ist. Es handelt sich um eine eigenständige Verpflichtung der Beklagten, die unabhängig von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht.

Nach der Rechtsprechung des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein gelten insoweit folgende Grundsätze: Hat die Frage des Zeugnisinhalts keine oder nur eine ganz untergeordnete Rolle gespielt, darf dieses berücksichtigt werden. Steht hinter dem Antrag vorrangig lediglich ein Titulierungsinteresse, ist nach der Rechtsprechung des Landesarbeitsge-

richts Schleswig-Holstein die Bewertung dieses Streitgegenstands mit 200 bis 300 EUR vorzunehmen. Wird eine Führungs- und Leistungsbeurteilung festgelegt, über den weiteren Zeugnisinhalt aber nicht gestritten und dieser auch nicht geregelt, ist die Festsetzung eines Betrags von ca. einem halben Bruttomonatsgehalt ausreichend angemessen. Die Festsetzung eines Bruttomonatsgehalts für einen Zeugnisstreit kommt regelmäßig in Betracht, wenn die Parteien qualifiziert über den Inhalt des Zeugnisses streiten (Beschl. v. 20.7.2014 – 3 Ta 104/14). (...)

■ Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein  
vom 5.9.2016, 1 Ta 89/16  
eingereicht durch Rechtsanwalt Christoph Riedel  
Gewerbepark-Cité 22, 76532 Baden-Baden  
Tel.: 07221-992900, Fax: 07221-9929029  
www.kanzlei-riedel.de

### 247. Vergleichsmehrwert, Arbeitszeugnis, Festlegung der Zeugnisnote

Wird in einem Vergleich in einem Kündigungsrechtsstreit eine inhaltliche Regelung für das zu erteilende Arbeitszeugnis getroffen, in der mindestens die „Benotung“ des Führungs- und Leistungsverhaltens festgelegt ist, so führt das regelmäßig zu einem Mehrwert in Höhe eines Monatsgehaltes.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 6.5.2016, 4 Ta 85/16

### 248. Vergleichsmehrwert, Begriff der „Ungewissheit“

Bei dem Begriff der „Ungewissheit“ im Sinne von II. 22.1 des Streitwertkatalogs ist darauf abzustellen, mit welcher Wahrscheinlichkeit noch künftige Forderungen auftreten können und mit welcher Wahrscheinlichkeit sie strittig sein werden. Nicht mit einer solchen Ungewissheit zu verwechseln ist das bloße „Titulierungsinteresse“ für eine unstrittige Forderung.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 18.3.2016, 4 Ta 49/16

### 249. Vergleichsmehrwert, Weiterbeschäftigungsantrag

Auf einen als unechten Hilfsantrag gestellten Weiterbeschäftigungsantrag findet § 45 GKG Anwendung, sodass er im Falle eines gerichtlichen Vergleichs entsprechend § 45 Abs. 4 GKG nicht streitwertmäßig erhöhend berücksichtigt wird, wenn der Vergleich nur die Beendigung des Arbeitsverhältnisses regelt, nicht aber eine Weiterbeschäftigung vorsieht (Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung der Kammer und Anschluss an BAG v. 3.8.2011 – 2 AZR 668/10 –; v. 13.8.2014 – 2 AZR 871/12).

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 9.3.2016, 4 Ta 33/16

### 250. Gebühren, Erstattungs-fähigkeit der Verfahrensgebühr bei Antrag auf Zurückweisung der Berufung vor Stellung des Berufungsantrages,

1. Bei Stellung eines Antrages auf Zurückweisung der Berufung vor Stellung eines konkreten Berufungsantrages und vor entsprechender Berufungsbegründung ist lediglich eine 1,1 Verfahrensgebühr erstattungsfähig.
2. Bestellt sich der Prozessbevollmächtigte nach Übersendung der Berufungsschrift, steht der Erstattungs-fähigkeit der Ver-

fahrensgebühr insgesamt nicht entgegen, dass die Berufung in einem Parallelverfahren zurückgenommen wurde.

■ Arbeitsgericht Köln  
vom 26.8.2016, 3 Ca 303/15

eingereicht durch Rechtsanwalt Rolf Krügemeyer-Kalthoff  
Hauptstraße 331, 51143 Köln  
Tel.: 02203/955670, Fax: 02203/9556713  
www.osterhues.de

## Rezensionen

### Hinweis der Redaktion:

Alle Rezensionen in dieser Ausgabe wurden verfasst von:  
Rechtsanwalt Dr. Hans-Georg Meier, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin.

Henssler /Willemsen/Kalb (Hrsg.)

### Arbeitsrecht Kommentar

Verlag Dr. Otto Schmidt, 7. neu bearb. Aufl. 2016, geb.,  
3370 S., 159,00 EUR  
ISBN 978-3-504-42691-0

Auch dieses ist wieder ein Kommentar, der eine Gesamtdarstellung diverser Gesetze anbietet. Alphabetisch abgehandelt vom Gesetz über den Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung bis zum Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz sind 46 Einzelgesetze erfasst und auf gut 3.000 Seiten dünnstem Papier ausgebreitet. Dass es sich mittlerweile um die 7. Auflage handelt, die Voraufgaben also wohl alle verkauft wurden, ist ein Beleg für die Beliebtheit dieses Gesamtkommentars. Von den vielen Professorentiteln bei den Autoren sollte man nicht auf eine Verwissenschaftlichung schließen. Viele davon wurden neben einer anwaltlichen Tätigkeit errungen. Insgesamt stellt die Autorenschaft damit einen ausgewogenen Mix aus Rechtsanwälten, Richtern und Universitätsprofessoren dar, so dass das Werk uneingeschränkt als eine große Hilfe bei der Beratungs- wie bei der Prozesspraxis eingestuft werden kann, zumal die Einzelkommentierungen nicht ausufernd und übersichtlich geordnet sind, so dass der Zugriff auf die jeweilige Problemstellung erleichtert wird. Ein berechtigterweise beliebter Kommentar!

Boecken/Joussen

### Teilzeit- und Befristungsgesetz – Handkommentar

Nomos Verlag, 4. Aufl. 2016, geb., 627 S., 79,00 EUR  
ISBN 978-3-8487-2757-5

Zutreffender Weise waren die Autoren der Auffassung, dass es vier Jahre nach dem Erscheinen der 3. Auflage des Kommentars an der Zeit sei, das Werk zu aktualisieren, insbesondere nachdem der Gesetzgeber sowohl im Teilzeit- wie auch im Befristungsbereich tätig war, aber auch die Rechtsprechung un-

ter Führung des EuGH und ihm folgend das BAG die Rechtslage erheblich weiterentwickelt haben. Als Stichworte seien zum Teilzeitbereich die Elternzeit genannt, bei der Befristung das Wissenschaftszeitvertragsgesetz und die Einführung der Regelung zur Altersvereinbarung in § 41 Satz 3 SGB VI. Aus der Rechtsprechung des EuGH galt es insbesondere, die Auswirkungen in Literatur und Rechtsprechung zu den Rechtssachen Valenza und Kücük zu erörtern. Diskriminierung und Missbrauchskontrolle sind die weiteren Stichworte.

Zu allem bietet dieses Werk mit einem riesigen Fundstellenapparat umfassende Information und ist daher sehr empfehlenswert.

Henssler/Moll/Bepler

### Der Tarifvertrag – Handbuch für das gesamte Tarifrecht

Verlag Dr. Otto Schmidt, 2. neu bearb. Aufl. 2016, geb.,  
1367 S., 159,00 EUR  
ISBN 978-3-504-42062-8

Auch dieses Werk umfasst mehr als 1300 Seiten, zum Glück nicht auf absolutem Dünnpapier, so dass man etwas kräftiger blättern darf. Da es sich um die 2. Auflage handelt, sei vorangestellt, dass sich die Veränderungen gegenüber der Voraufgabe insbesondere aus dem Tarifautonomiestärkungsgesetz und dem Tarifeinheitsgesetz ergeben. Aber natürlich haben auch die nationale und die europäische Rechtsprechung Anlass für eine Bearbeitung gegeben. Ergänzt wurden die Muster zu Tarifklauseln und Tarifverträgen.

In Teil 1 werden die Grundlagen des Tarifvertragsrechts erläutert, in Teil 2 die Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Gestaltung der Tarifvertragsparteien, ihre Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit und in Teil 3 das Zustandekommen, die Inhaltsbestimmung und die Beendigung von Tarifverträgen.

Teil 4 befasst sich mit dem Inhalt des Tarifvertrages in struktureller Hinsicht, Teil 5 mit der Gestaltung typischer Tarifnormen und ihrer rechtlichen Zulässigkeit und Auslegung von Altersgrenzen bis Zuschlagsregelungen.

Die weiteren Teile erörtern die Tarifgebundenheit kraft Mitgliedschaft bzw. staatlicher Anordnung, den Geltungsbereich und die Wirkung der Tarifnormen und die wichtige Frage der

Tarifgebundenheit durch Inbezugnahme. Teil 11, 12 und 13 stellen ausführlich die Möglichkeiten und Probleme besonderer Tarifvertragsformen dar, nämlich den Haustarif, den Sanierungstarif und die betrieblichen Beschäftigungsbündnisse. Teil 14 und 15 erläutern den gewillkürten Tarifverlust und die Auswirkungen von Unternehmensumstrukturierungen und Tarifwechsel. Gerade die letztgenannten Vorgänge führen zu schwerwiegenden gerichtlichen Auseinandersetzungen, weshalb sich Teil 16 mit der gerichtlichen Durchsetzung tariflicher Ansprüche, d.h. Rechtsstreite unter Beteiligung der Tarifvertragsparteien, tariflichen und gesetzlichen Verfahrensbestimmungen und Rechtsmitteln und auch den Informationspflichten der Gerichte für Arbeitsachen bei Rechtsstreitigkeiten mit Tarifbezug befasst. Das Werk schließt ab mit einer Darstellung des internationalen Tarifvertragsrechts, so dass man es in bestem Sinne als umfassend bezeichnen kann.

Hasselblatt/Sternal (Hrsg.)

### **Beck'sches Formularbuch Zwangsvollstreckung**

Verlag C.H.Beck, 3. neu bearb. Aufl. 2016, geb., 2061 S., in Leinen, 159,00 EUR, mit Freischaltcode zum Download der Formulare (ohne Anmerkungen)  
ISBN 978-3-406-67978-0

Ich gebe es zu: Die meisten Gläubiger meiner Mandanten zahlen spätestens auf die Zwangsvollstreckungsandrohung hin. Kommt es doch mal anders, überlasse ich die notwendigen Maßnahmen feige meiner Fachangestellten. Aber das ist natürlich kein ordentlicher Zustand und wäre es erst recht nicht, hätten wir Auszubildende (Wo sind sie hin?). Also habe ich mich mit dem hier zu besprechenden Formularbuch Zwangsvollstreckung befasst, dessen purer Umfang einen schon demütig werden lässt. Wer hätte gedacht, dass es über ein solches „Nebengebiet“ so viel zu schreiben gibt? Aber: Mit weniger geht es nicht, wenn man bedenkt, dass auch die Verordnung zur Änderung der Zwangsvollstreckungsformularverordnung, das Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und die soeben in Kraft getretene Gerichtsvollzieher-Formularverordnung zu erörtern sind.

Sie glauben, das brauche man alles nicht? Wenn Sie einmal ernsthaft vollstrecken müssen, werden Sie sich wundern! Aber natürlich ist der Umfang dadurch bedingt, dass das Formularbuch sämtliche Vollstreckungsarten – ohne Insolvenzrecht –, d.h. Mobiliar- und Immobiliarvollstreckung gleichermaßen darstellt und es dazu erforderlich ist, weit mehr als 700 Muster und Checklisten aufzuführen. Es gibt also die erforderlichen Mustertexte und ausführliche praxisorientierte Anmerkungen zu den wesentlichen Bereichen der Einzelzwangsvollstreckung, wie z.B. zur Forderungspfändung, Lohnpfändung, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, aber auch für den Schuldnervertreter kommentierte Verteidigungsmuster für vielfältige Rechtsbehelfe und Hinweise zur Vollstreckbarkeit von Vergleichen und Vereinbarungen im Gütestellen- und Mediationsverfahren.

Im Arbeitsrecht wird die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen und zur Abgabe einer Willenserklärung häufiger vorkommen, aber im Zuge der Europäisierung von Betrieben wird auch das Vollstreckungsverfahren mit Auslandsbezug immer wichtiger werden. Vermutlich brauchen Sie dabei Kenntnisse zur vorläufigen Kontopfändung nach der Verordnung (EU) Nr. 655/2014 EuKoPFVO, von der Sie sicher noch nie etwas gehört haben. Hilfreich sind auch die Muster zur Mandatsabrechnung nach erfolgreicher oder erfolgloser Zwangsvollstreckung, diverse Schreiben zu verschiedenen Vollstreckungsmaßnahmen an die Rechtsschutzversicherung und unter Umständen auch die Pfändung des Anspruchs des Versicherungsnehmers einer Rechtsschutzversicherung auf Kostenerstattung, auf Beitrags- bzw. Prämienrückerstattung. Dieses Buch wird Ihnen helfen, damit Sie nach einem grandios gewonnenen Prozess Ihrem Mandanten nicht sagen müssen, dass für ihn materiell dabei leider nichts herausgekommen ist (außer vielleicht Kosten).

Boecken/Düwell/Diller/Hanau (Hrsg.)

### **Gesamtes Arbeitsrecht – Kommentar**

Nomos Verlag, 2016, geb., 7634 S., 798,00 EUR  
ISBN 978-3-8487-0530-6

Dieses Werk ist in jeder Hinsicht gewichtig. Wenn Sie nicht gerade gut trainiert sind, sollten Sie nur stets einen der drei Bände tragen. 7634 Seiten sind ebenfalls so gewaltig wie der Preis. Dafür bekommt man die Kommentierung zu 91 arbeitsrechtsrelevanten Gesetzen, Richtlinien und Verordnungen. Berücksichtigt ist natürlich das Europäische Recht bei der Auslegung der Normen und dabei handelt es sich nicht nur um das eigentliche Arbeitsrecht, sondern auch um steuer- und sozialversicherungsrechtliche Bestimmungen. Abweichende oder ergänzende Regelungen aus dem Kirchenarbeitsrecht sowie dem Dienst- und Personalrecht werden ebenfalls erläutert.

Für Praxistauglichkeit und wissenschaftliche Fundierung sorgen eine große Zahl von Autoren aus den drei relevanten Richtungen Rechtsprechung, Anwaltschaft und natürlich Wissenschaft, allen voran *Prof. Dr. Boecken, Prof. Düwell, Kollege Dr. Diller und Prof. Hanau als Herausgeber.*

Besondere Praxisnähe vermitteln Hinweise zu Verfahrensfragen, Darlegungs- und Beweislastregeln sowie Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes. Ein überzeugendes editorisches Gesamtkonzept!

Thüsing

### **Mindestlohngesetz/Arbeitnehmer-Entsendegesetz – Kommentar**

C.H.Beck, 2. Aufl. 2016, geb., 520 S., in Leinen, 79,00 EUR  
ISBN 978-3-406-67681-9

Erst am 1.1.2015 ist das Mindestlohngesetz in Kraft getreten und nun in 2016 erscheint bereits die 2. Auflage eines Kom-

mentars dazu? Das Rätsel löst sich auf in der Erkenntnis, dass es von diesen Autoren einen Kommentar zum Arbeitnehmer-Entsendegesetz gab und dieser Kommentarteil in die nunmehr vorliegende 2. Auflage integriert worden ist. Das war eine gute Entscheidung, denn das Mindestlohngesetz wirft noch viele Fragen auf, bei denen der Praktiker fundierter Unterstützung bedarf, die er in diesen Kommentar durchaus findet. Die Kompetenz sei nur beispielhaft belegt anhand der Darlegung zum Geltungsbereich des Mindestlohngesetzes, hier bei den Praktika. Dort wird einiges richtiggestellt, was in anscheinend voreiligen Lehrgängen für Personalleiter fehlerhaft dargestellt wurde.

Aber auch das Arbeitnehmer-Entsendegesetz konnte eine Neukommentierung vertragen aufgrund der Auswirkungen des Tarifautonomiestärkungsgesetzes.

Die Autoren sind vornehmlich ordentliche Professoren, werden jedoch durch drei praxiserfahrene Anwälte unterstützt, so dass gegen die Praxisnähe des Werkes keinerlei Bedenken bestehen. Machen Sie davon regen Gebrauch!

Küttner

#### **Personalbuch 2016**

C.H.Beck, 23. Neubearb. Aufl. 2016, geb., 2971 S., in Leinen, inkl. Online-Nutzung, 129,00 EUR  
ISBN 978-3-406-68383-1

Das Jahr 2016 ist schon fast vorbei und dennoch wollen wir nicht versäumen, auf dieses Werk von hohem praktischen Wert hinzuweisen, sozusagen als Appetitanreger auf das Personalbuch 2017, das zum 31.5.2017 erscheint. Bis dahin leistet das Personalbuch 2016 (mit dem erstmals kommentierten Stichwort „Asylbewerber“) weiterhin gute Dienste.

Durch den Zugriff auf die Online-Version (der Freischaltcode befindet sich in jedem Personalbuch auf dem Vorblatt) sind Sie stets in der aktuellsten Fassung, die dann eben am 31.5.2017 auch als Druckversion vorliegt. Damit endet aber auch der Freischaltcode und Ihr Wissen fällt auf den Stand 31.5.2016 zurück, der Anreiz für den Erwerb der 2017er Version ist also hoch.

In der Onlineversion finden Sie auch diverse Vertragsmuster. Die Verstimmung über diese etwas aufdringliche Form des Marketings hält sich indessen in Grenzen, weil das Werk in seiner Vielfältigkeit, in seiner präzisen, d.h. auch in effektiver

Kürze gehaltenen Erläuterung und mit der bekannten Dreiteilung in Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht und Sozialversicherungsrecht immer noch ein Muster an Alltagstauglichkeit ist. Den größten Teil der alltäglichen Praxisfragen werden Sie weiterhin mit diesem Werk bearbeiten können: von Abfindung bis Auslandsreise, von Befreiung von der Versicherungspflicht bis Betriebsratsfreistellung, von Compliance und Crowdsourcing und doppelte Haushaltsführung bis Praktikant, Whistleblowing und Zurückbehaltungsrecht, um nur einige ganz wenige der bearbeiteten Stichworte zu nennen.

Ich wünsche dem Personalbuch noch viele zweckdienliche Auflagen.

Maschmann/Sieg/Göpfert

#### **Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht**

Verlag C.H.Beck, 2. Aufl. 2016, geb., 1239 S., in Leinen, 139,00 EUR, mit Freischaltcode zum Download der Vertragsmuster, (ohne Anmerkungen)  
ISBN 978-3-406-68221-6

Das Werk bietet eine enorme Erleichterung bei der Vertragsgestaltung. Immer wiederkehrende aber auch außergewöhnlichere Konstellationen werden beleuchtet und Lösungsvorschläge unterbreitet. Zugleich wird eine Überprüfung bestehender Verträge erleichtert. Behandelt werden auch die Grundlagen der Vertragsverhandlung und -gestaltung. Die Aufbereitung der Verträge umfasst sowohl vollständige Muster gängiger Verträge als auch 80 kommentierte Klauselbereiche mit zahlreichen Alternativvorschlägen. Dabei werden zur Warnung auch nicht geeignete Formulierungen einbezogen und jeweils anhand der aktuellen Rechtslage und Rechtsprechung analysiert.

Die Klauselerwägungen werden in der Regel systematisch aufgeteilt nach den Themen wirtschaftliches Interesse, rechtliche Vorgaben, Klausel und Erläuterung, taktische Hinweise, alternative Klausel, steuerrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen sowie weiterführende Literatur.

Betont sei noch einmal, dass es sich bei der den Schwerpunkt bildenden Klauselerörterung nicht um 80 Klauseln, sondern um 80 Klauselbereiche handelt. Es dürfte also wirklich für jeden etwas geben. Gehen Sie auf Nummer sicher und verlassen sich nicht nur auf Ihr eigenes Judiz bei der Vertragsgestaltung. Ich bin mir sicher, dass dieses Werk Ihnen bei der Vertragsgestaltung oder auch Vertragsüberprüfung helfen wird.

## Stichwortverzeichnis

(Zahlenangaben sind lfd. Nummern der Entscheidungen)

### AGB-Kontrolle

- Fortbildungskosten – 192
- geltungserhaltende Reduktion – 195
- Konzernversetzungsklausel – 195
- Inhaltskontrolle – 195
- Stichtagsklausel – 193
- Transparenzgebot – 192
- unangemessene Benachteiligung – 193, 195

### AGG

- Geschlechtsdiskriminierung – 191
- Sozialplan – 191

### Aktivlegitimation

- ALG-Leistungsbezug – 234

### Arbeitnehmerähnliche Person

- Medienmitarbeiter – 230

### Arbeitnehmerstatus

- FAV-Mitarbeiter – 190
- Geschäftsführer – 231

### Arbeitsaufforderung

- Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses – 208

### Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

- Beweiserschütterung – 209

### Arbeitszeitreduzierung

- einstweilige Verfügung – 237

### Auflösungsantrag

- Weiterbeschäftigungsantrag – 238

### Auflösungsurteil

- einheitliche Entscheidung – 235

### Ausschlussfrist

- Geltendmachung – 232

### Außerordentliche Kündigung

- Arbeitsverweigerung – 208

### Befristung des Arbeitsverhältnisses

- Europarecht – 213
- Hochschulrecht – 214
- Missbrauchskontrolle – 213

### Berufung

- Zurückverweisung – 235

### Berufungsinstanz

- Verfahrensgebühr – 250

### Beschlussverfahren

- einstweilige Verfügung – 217, 222

### Betriebsrat

- Unterlassungsanspruch – 222

### Betriebsratskosten

- LED-Bildschirme – 218

### Betriebsratsmitglied

- Ausschluss – 217

### Betriebsratswahl

- Anfechtung – 215
- gemeinsamer Betrieb – 215
- Teilanfechtung – 216

### Betriebsstörender Arbeitnehmer § 104 BetrVG

- Geschäftsführer – 223

### Betriebsübergang

- Kettenwiderspruch – 205
- Widerspruch – 205
- Zwischenerwerb – 205

### Beweisverwertungsverbot

- Detektiveinsatz – 236

### Datenschutz

- Detektiveinsatz – 236
- Verwertungsverbot – 236

### Direktionsrecht

- Arbeitsort – 195
- Arbeitszeit – 194
- Kinderbetreuungspflichten – 194
- Konzernversetzungsklausel – 195

### Eigenkündigung des Arbeitnehmers

- Zahlungsverzug des Arbeitgebers – 212

### Eingruppierung

- Ausbildungswerkstatt – 227
- Gleichbehandlungsgrundsatz – 225
- Lehrer, Eingruppierungserlass Nds. – 226
- Stufenzuordnung TV-L – 225
- Verdienstzeiten – 225

### Einstweilige Verfügung

- Arbeitszeitreduzierung – 237
- Beschlussverfahren – 217

### Entreicherung

- missbräuchlicher Einwand – 202

### Fürsorgepflicht

- Aufklärungspflicht bei Teilzeit – 206
- nachvertragliche – 207

**Gemeinwohlbelang**

Arbeitsplatzsicherung – 229

**Geschäftsführer**

betriebsstörender Arbeitnehmer – 223

**Gewerkschaftsmitglied**

Abführung von Mandatseinnahmen – 228

**Klage**

Zustellung demnächst – 233

**Kostenerstattung im Arbeitsgerichtsverfahren**

Berufung – 250

**Kündigung**

*siehe auch unter betriebsbedingte-, krankheitsbedingte-, verhaltensbedingte, außerordentliche und personenbedingte –*

Trotzkündigung – 211

**Lohnabrechnung**

Anerkenntnis – 204

**Mindestlohn**

Qualifizierungspraktikum – 198

Zeitungszusteller – 199

**Mitarbeitervertretung Kirche**

Teilzeitkraft – 224

**Mitbestimmung des Betriebsrates in personellen Angelegenheiten**

betriebliche Arbeitnehmer – 223

Eingliederung in den Betrieb – 221

Eingruppierungspflicht – 219

Tendenzbetrieb – 220

Tendenzträger – 220

**Nichtzulassungsbeschwerde**

Besetzungsrüge – 239

**Prozesskostenhilfe**

Elterngeld – 240

**Rubrum**

falsche Vertretungsangaben – 233

**Sachbezug**

Verrechnung von Geldforderungen – 197

**Schadenersatzanspruch**

Arbeitnehmer § 628 Abs. 2 BGB

**Schwerbehinderte**

Qualifizierungspraktikum – 198

**Selbstablehnung eines Richters**

Besetzungsrüge – 239

**Sozialplan**

Geschlechtsdiskriminierung – 191

Kinderzuschlag – 191

**Streitwert**

Arbeitszeitverlängerung – 244

Freistellung – 246

Kündigungsschutzverfahren – *siehe dort*

Revision – 245

**Streitwerte im Kündigungsschutzverfahren**

Betriebsübergang – 243

Freistellungsvereinbarung – 246

Ungewissheit – 248

Weiterbeschäftigungsanspruch – 241, 242, 249

Zeugnisvereinbarung – 246, 247

**Tarifvertrag**

Gleichbehandlung TV-L – 224

**Teilzeitarbeitnehmer**

Blockarbeitszeit – 203

Vergütungsberechnung – 203

**Teilzeitverlangen**

Aufklärungspflicht des Arbeitgebers – 206

**Tendenzbetrieb**

Gewinnerzielungsabsicht – 220

**Tendenzträger**

Erzieherin – 220

**Umkleidezeiten**

Vergütung – 196

**Unterlassungsanspruch**

Betriebsrat – 222

**Urlaubsanspruch**

Lohnabrechnung – 204

Verfall – 204

**Urlaubsgeld**

Verrechnung mit anderen Leistungen – 197

**Verdachtskündigung**

Anforderungen – 210

**Verfahrensgebühr**

Berufung – 250

**Vergütungsanspruch**

Umkleidezeiten – 196

**Vergütungshöhe**

sittenwidrige – 200, 201

**Vergütungsleistung**

Überzahlung – 202

**Verhaltensbedingte Kündigung**

Wiederholungskündigung – 211

**Verzugslohn**

ALG-Leistungsbezug – 234

## Weihnachtsgeld

Verrechnung mit anderen Leistungen- 197

## Zurückverweisung

an das Arbeitsgericht – 235

## Zustellung

demnächst – 233

### Impressum

AE-Arbeitsrechtliche Entscheidungen

#### Herausgeber:

Rechtsanwalt Dr. Hans-Georg Meier und die  
Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV

#### Chefredakteur:

Rechtsanwalt Dr. Hans-Georg Meier  
Tautenzienstraße 11  
10789 Berlin  
Telefon (030) 25 45 91 55  
Telefax (030) 25 45 91 66  
E-Mail: m.bendel@advocati.de

#### Redaktion:

Rechtsanwältin Dr. Nathalie Oberthür  
Kanzlei RPO Rechtsanwälte  
Im Mediapark 6  
50670 Köln  
Telefon (0221) 355051-50  
Fax (0221) 355051-35  
E-Mail: oberthuer@rpo-rechtsanwaelte.de  
www.rpo-rechtsanwaelte.de

Rechtsanwältin Regina Steiner  
Kanzlei Steiner, Mittländer, Fischer  
Berliner Str. 44  
60311 Frankfurt  
Telefon (069) 21 93 99-0  
Fax (069) 21 93 99-21  
E-Mail: info@steiner-mittlaender.de  
www.steiner-mittlaender.de

für die Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deut-  
schenAnwaltverein (Adresse s. unten)

#### Geschäftsführender Ausschuss:

Geschäftsstelle:  
Rechtsanwalt Dr. Johannes Schipp (Vors.)  
Münsterstraße 21  
33330 Gütersloh  
Telefon (0 52 41) 90 33-0  
Telefax (0 52 41) 1 48 59

### Deutscher Anwaltverein Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht

Geschäftsstelle  
Thomas Marx  
Littenstraße 11  
10179 Berlin  
Telefon (030) 72 61 52-0, Sekr. 171  
Telefax (030) 72 61 52-195

#### Verlag:

Deutscher AnwaltVerlag  
Rochusstr. 2-4  
53125 Bonn  
Telefon: (0228) 9 19 11-0  
Telefax: (0228) 9 19 11-23  
E-Mail: kontakt@anwaltverlag.de

#### Anzeigen

Deutscher Anwaltverlag  
Miriam Goetz  
Adresse: s.o.  
Telefon: (0228) 9 19 11-40  
Telefax: (0228) 9 19 11-23  
E-Mail: goetz@anwaltverlag.de

#### Lektorat

Anne Krauss  
Telefon: (0228) 9 19 11-52  
E-Mail: krauss@anwaltverlag.de

#### Satz

Cicero Computer GmbH, 53225 Bonn

#### Druck

Hans Soldan Druck GmbH, 45356 Essen

#### Erscheinungsweise

Die AE erscheint vierteljährlich.

### Bezugspreise 2016

Inland € 103,- (zzgl. MwSt und Versand)  
Einzelheft € 33,80 (zzgl. Versand)

Der Abonnementpreis wird im Voraus in Rechnung gestellt.

Das Abonnement verlängert sich zu den jeweils gültigen Bedingungen um ein Jahr, wenn es nicht 6 Wochen vor Ablauf des Bezugsjahres gekündigt wird.

Die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft für Arbeitsrecht erhalten die AE im Rahmen ihrer Mitgliedschaft.

### Urheber- und Verlagsrecht

Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge – auch die bearbeiteten Gerichtsentscheidungen und Leitsätze – sind urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urhebergesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache, übertragen werden. Namentlich gezeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Redaktion wiedergeben. Manuskripte und Einsendungen sind bitte an die Redaktionsanschrift zu senden.

### Manuskripte

Die AE beinhaltet aktuelle arbeitsrechtliche Entscheidungen sowie Beiträge für die Anwaltspraxis. Manuskripte sind an die Redaktionsanschrift zu richten. Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten übernommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnenstellenden redaktionellen Bearbeitung durch den Herausgeber einverstanden. Mit der Annahme eines Manuskriptes erwirbt der Verlag vom Verfasser das ausschließliche Recht zur Veröffentlichung und Verwertung. Eingeschlossen ist insbesondere auch das Recht zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zur weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege eines fotomechanischen oder eines anderen Verfahrens.

### Haftungsausschluss:

Verlag und Autoren übernehmen keinerlei Gewähr für die Richtigkeit oder Vollständigkeit der abgedruckten Inhalte. Insbesondere stellen (Formulierungs-)Hinweise, Muster und Anmerkungen lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Die Verantwortung für die Verwendung trägt der Leser.