

DDN - Nachrichten 1/2018 vom 14.03.2018

Robert Johns

Ebhardtstraße 3 A, 30159 Hannover

Tel. : 0511 - 3604 112

e:mail: robert.johns@diakonie-nds.de

Sehr geehrte Damen und Herren,

es geht also doch noch! Mit einem für die Dienstgeber sicherlich schmerzlichen, aber nicht aus der Zeit gefallenem Ergebnis konnten sich die Seiten der Arbeitsrechtlichen Kommission der Diakonie Deutschland (ARK DD) ganz den Regeln des Dritten Wegs der Kirchen folgend ohne Arbeitskampf einigen und dabei zugleich die missliche, weil in den Rechtsfolgen ungeklärte Situation beseitigen, in die die Entscheidung des Kirchengerichts der EKD (I-2708/5-2017) vom 23.11.2017 über die Feststellung des rechtswidrigen Zustandekommens des Schlichtungsbeschlusses vom 3. April 2017 geführt hatte. Zudem ist es gelungen, dass in diesem Jahr eine neu gewählte ARK DD die Arbeitsrechtssetzung für die Diakonie auf Bundesebene im Dritten Weg fortsetzen wird. Nun sind die Juristen bei EKD und EWDE dringend gefordert, entweder im ARRG-EKD oder in der Ordnung für die ARK DD klare Rechtsfolgenregelungen für den Fall erfolgreicher Klagen gegen Kommissions- oder Schlichtungsausschussbeschlüsse zu treffen. Andernfalls müsste der mit dem Erlass des ARRG-EKD und mit der daran anschließenden Änderung der Ordnung für die ARK DD eröffnete Rechtsweg schleunigst wieder gestrichen werden. Die durch die KGH-Entscheidung entstandene Unklarheit über die Rechtswirksamkeit des Schlichtungsbeschlusses war schlicht nicht hinnehmbar. Daran ändert der akzeptable und optimistisch stimmende Ausgang der Affäre nichts. Über folgende Themen berichtet diese Ausgabe der DDN-Nachrichten:

- 1. Weitere Einrichtungsleitungen in den DDN-Vorstand berufen**
- 2. Gehälter in den AVR Diakonie Deutschland steigen 2018 um 5,4 Prozent**
- 3. Neukonstituierung der ARK DD ist bisher für den 18./19. April 2018 geplant**
- 4. Arbeitsrecht im Koalitionsvertrag**
- 5. EuGH urteilt am 17. April zum Kirchen-Arbeitsrecht**

6. **EuGH: Befristung der Verlängerung eines Arbeitsverhältnisses über Regelaltersgrenze hinaus ist zulässig**
7. **BAG: Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer und freiem Mitarbeiter**
8. **BAG: Urlaub bei unterjähriger Änderung der Anzahl der Wochenarbeitstage**
9. **BAG: Stellenausschreibung, Bewerbung und Rechtsmissbrauch**
10. **BAG zum Betriebsübergang auf eine nicht tarifgebundene Erwerberin**
11. **BAG: Kein Schadenersatzanspruch bei Verfall von tariflichem Zusatzurlaub**
12. **BAG: Unterlassungsanspruch bei Dienstplanzuordnung ohne Betriebsratsbeteiligung**
13. **BFH: Nebentätigkeit für gemeinnützige Organisationen- Keine Nebenberuflichkeit bei Zusammenhang mit Haupttätigkeit**
14. **LAG Mecklenburg-Vorpommern: Beendigung eines Arbeitsverhältnisses aufgrund der Bestellung zum Geschäftsführer**
15. **LAG Sachsen: Im Urlaubsplan eingetragenen Urlaub kann nur binnen Monatsfrist widersprochen werden**
16. **LAG Niedersachsen: Befristungsabrede im Saisonarbeitsvertrag**
17. **LAG Niedersachsen: Bei Vorbeschäftigung besser nicht auf Sachgrund der Befristung verzichten**
18. **Arbeitgeberleitfaden zum Mutterschutz**
19. **Gefährdungsbeurteilung nach dem Mutterschutzgesetz**
20. **Fragen zum Alkohol und Trinkverhalten von Arbeitnehmern**
21. **Was ist sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, was ist noch erlaubt?**
22. **Was ist bei privaten Elektrogeräten am Arbeitsplatz zu beachten?**
23. **Fürsorgepflichten des Arbeitgebers - eine Übersicht**
24. **Anrufungsauskunft nach § 42e EStG – Neues BMF-Schreiben vom 12.12.17**
25. **Wettbewerbsrechtliche Compliance verstehen**

1. Weitere Einrichtungsleitungen in den DDN-Vorstand berufen

Gemäß § 10 Abs. 2 der DDN-Satzung besteht der DDN-Vorstand aus zehn von der Mitgliederversammlung gewählten Personen und fünf weiteren, von diesen Zehn in den Vorstand Berufenen. Die in der Mitgliederversammlung vom 4. Dezember 2017 gewählten DDN-Vorstandsmitglieder haben am 5. März 2018 Frau Anke Grewe und Herrn Friedhelm Wensing in den Vorstand berufen. Anke Grewe ist Geschäftsführerin der „Diakonie im Braunschweiger Land gemeinnützige GmbH“, eine Einrichtung, die an neun Standorten in Südostniedersachsen Sozialberatung in unterschiedlichen Lebenslagen anbietet und gemeindediakonische Projekte betreibt. Friedhelm Wensing ist kaufmännischer Vorstand der der Ev.-ref. Kirche zugeordneten Jugendhilfeeinrichtung „Eylarduswerk“ in Bad Bentheim.

2. Gehälter in den AVR Diakonie Deutschland steigen 2018 um 5,4 Prozent

Die Arbeitsrechtliche Kommission der Diakonie Deutschland (ARK.DD) hat auf Ihrer heutigen Sitzung deutliche Entgelterhöhungen für etwa 150.000 diakonische Beschäftigte beschlossen.

- Zum 1. März erhöhen sich die Entgelte um 3,0 Prozent, zum 1. Dezember 2018 um weitere 2,4 Prozent. Zum 1. April 2017 waren die Entgelte bereits um 2,7 Prozent erhöht worden.
- Ärzte erhalten ab dem 1. Mai 2018 weitere 1,6 Prozent mehr Entgelt; ihre Vergütungen wurden bereits 2017 um 5,0 Prozent erhöht. Die Schwelle, ab der die Mitarbeitenden an den Kosten der betrieblichen Altersversorgung (Zusatzversorgung) beteiligt werden, wird mit Wirkung ab dem 1. März 2018 auf Zusatzbeiträge über 4,7 Prozent erhöht. Der Höchstbeitrag für die Eigenbeteiligung für die Mitarbeitenden wird auf 1,0 Prozent begrenzt.

Die Einführung einer Eigenbeteiligung der Mitarbeitenden an den Pflichtbeiträgen zur zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung erfolgt im Grundsatz entsprechend der Regelung des § 27a AVR DD im Schlichtungsbeschluss vom 3. April 2017:

- Erhebt die Zusatzversorgungskasse Beiträge, die 4,5 v.H. des zusatzpflichtigen Entgelts übersteigen, erfolgt die Beteiligung in Höhe der Hälfte des 4,5 v.H. übersteigenden Betrages. Die Regelung tritt zum 1. Juli 2017 in Kraft. Abweichend hiervon tritt für nicht-ärztliche Mitarbeitende die Regelung zu dem Zeitpunkt in Kraft, zu dem die Entgelterhöhung im Jahr 2017 durch Dienstvereinbarung wirksam wird. Die Schwelle, ab der die Mitarbeitenden an den Kosten der betrieblichen Altersversorgung (Zusatzversorgung) beteiligt werden, wird mit Wirkung ab dem 1. März 2018 auf Zusatzbeiträge über 4,7 Prozent angehoben. Der Höchstbeitrag für die Eigenbeteiligung für die Mitarbeitenden wird auf 1,0 Prozent begrenzt.

Die Ergebnisse des Schlichtungsausschusses von 2017 wurden in das Gesamtpaket integriert. Damit konnte der langwierige Konflikt um die Tarifentwicklung, insbesondere der Rechtsstreit vor den Kirchengengerichten, einvernehmlich beigelegt werden.

Der Beschluss wurde [am 1. März 2018 per Rundschreiben](#) veröffentlicht.

3. Neukonstituierung der ARK DD ist bisher für den 18./19. April 2018 geplant

Die Amtszeit der Mitglieder der Arbeitsrechtlichen Kommission der Diakonie Deutschland (ARK DD) endete zum 31. Dezember 2017. Ende des Jahres 2017 ist daher das Verfahren zur Neubesetzung der ARK DD eingeleitet worden. Die bisherigen Mitglieder bleiben bis zur Neukonstituierung der ARK DD im Amt.

Die Mitglieder und stellvertretenden Mitglieder auf der Dienstgeberseite wurden am 21. Februar 2018 von den Delegierten der Dienstgeberverbände und der gliedkirchlichen Diakonischen Werke gewählt.

Am 2. März 2018 hat die Entsendeversammlung zur Benennung der Mitglieder und stellvertreten-den Mitglieder auf Dienstnehmerseite getagt.

Die Verteilung der Sitze auf Dienstnehmerseite erfolgt nach Regionen (Nord, Süd, West, Ost). Die gliedkirchlichen Diakonischen Werke sind jeweils einer der vier Regionen zugeordnet. Die Regionen Nord und Süd besetzen jeweils 3 Sitze, die Region West 4 Sitze und die Region Ost 2 Sitze. Gewerkschaften bzw. Mitarbeitendenverbände, die die Mitgliedschaft nicht für alle Berufsgruppen in der Diakonie geöffnet haben, können insgesamt drei Sitze in der ARK DD besetzen.

Verbände und Gewerkschaften können je Region, für die sie sich gemeldet haben, 2 Vertreter in die Entsendeversammlung entsenden. Nach Beratung in den Regionalgruppen verständigen sich die entsandten Vertreter je Region auf die Mitglieder und Stellvertretungen in der ARK DD. Die Entsendeversammlung hat sich nach diesem Verfahren auf die Mitglieder der Dienstnehmerseite in der ARK DD für die Regionen West, Ost, Nord und Süd und ihre Stellvertretungen verständigt.

Die Namen der Mitglieder beider Seiten der ARK DD für die neue Amtszeit finden Sie [hier](#). Die Neukonstituierung der ARK DD ist bisher für den 18./19. April 2018 geplant.

4. Arbeitsrecht im Koalitionsvertrag

CDU, CSU und SPD haben einen Koalitionsvertrag unterzeichnet, aufgrund dessen vor allem folgende Vorhaben die kommenden Jahre prägen werden:

Sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse

Bislang können Arbeitsverhältnisse ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes für die Dauer von maximal zwei Jahren wirksam befristet werden (§ 14 Abs. 2 TzBfG). Eine Benennung oder ein späterer Nachweis bestimmter Gründe (wie etwa die Vertretung eines Mitarbeiters in Elternzeit) ist nicht erforderlich. Innerhalb der zwei Jahre ist es möglich, das befristete Arbeitsverhältnis bis zu drei Mal zu verlängern. Zur Vermeidung von "Kettenbefristungen" darf mit dem betroffenen Arbeitnehmer nicht schon zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden haben. Dieses Ausschlusskriterium wurde durch das Bundesarbeitsgericht allerdings in einem umstrittenen "Akt der Rechtssetzung" dahin ausgeformt, dass ein Arbeitsverhältnis, welches bereits drei Jahre zurückliegt, einer wirksamen sachgrundlosen Befristung nicht im Weg steht.

Der Zeitraum für sachgrundlose Befristungen soll zukünftig von zwei Jahren auf 18 Monate verkürzt werden. Statt bislang drei ist nur noch eine Verlängerung in diesem Zeitraum möglich. Für die Praxis wäre dies allein eine nicht unwesentliche, wohl aber noch handhabbare Einschränkung.

Die sachgrundlose Befristung darf in Betrieben mit mehr als 75 Beschäftigten nur noch mit maximal 2,5 Prozent der Belegschaft vereinbart werden Beispiel: Es können bei 200

Beschäftigten nur noch mit fünf Mitarbeitern sachgrundlos befristete Verträge geschlossen werden. Für weitere befristete Einstellungen bedarf es stets des Vorliegens von rechtfertigenden Sachgründen. Bei Überschreitung der Quote sollen alle weiteren (dann unzulässig) als sachgrundlos abgeschlossenen befristeten Arbeitsverhältnisses unbefristet zustande kommen.

Begrenzung von Anzahl und Höchstdauer von Befristungen

Auch wollen die Koalitionspartner "unendlich lange Ketten von befristeten Arbeitsverhältnissen" nicht länger hinnehmen. Mit Ausnahme einer Sonderregelung für bestimmte Berufsgruppen (Künstler und Fußballer) soll für offenbar alle Arten von Befristungen eine (weitere) Befristung unzulässig sein, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein unbefristetes oder ein oder mehrere befristete Arbeitsverhältnisse mit einer Gesamtdauer von fünf oder mehr Jahren bestanden haben. Hierauf sollen Zeiträume angerechnet werden, in denen der Arbeitnehmer als Leiharbeiter im Betrieb des Arbeitgebers beschäftigt war. Erst nach Ablauf einer Karenzzeit von drei Jahren soll wieder der Abschluss eines befristeten Arbeitsverhältnisses möglich sein.

Recht auf Arbeitszeitverlängerung und befristete Teilzeit

Bisher waren Arbeitgeber lediglich verpflichtet, Verlängerungswünsche von Teilzeitbeschäftigten bei der Neubesetzung eines freien Arbeitsplatzes bevorzugt zu berücksichtigen. In Zukunft haben Teilzeitbeschäftigte dagegen einen Rechtsanspruch auf Verlängerung. Diesem Verlangen kann sich der Arbeitgeber nur entziehen, wenn er nachweisen kann, dass erstens kein entsprechender freier Arbeitsplatz vorhanden ist oder zweitens der teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer nicht mindestens gleich geeignet ist wie ein anderer Bewerber oder drittens dringende betriebliche Gründe oder viertens Arbeitszeitwünsche anderer teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer dem Begehren entgegenstehen. Allen Erfahrungen mit Teilzeitanträgen nach lässt sich vermuten, dass Arbeitgebern der Nachweis in der Praxis sehr schwer fallen wird.

Im Mittelpunkt der Ankündigungen des Koalitionsvertrages steht aber die Einführung eines zusätzlichen Rechtsanspruches auch auf befristete Herabsetzung der Arbeitszeit. Dieser neue Rechtsanspruch soll neben dem allgemeinen Anspruch auf dauerhafte Absenkung bestehen. Für die befristete Verringerung der Arbeitszeit sollen im Hinblick auf das Verfahren und die mögliche Ablehnung aus betrieblichen Gründen im Wesentlichen die bisherigen Regelungen für die bisher unbefristete Verringerung der Arbeitszeit gelten. Folgende Besonderheiten aber sind zu beachten: In Unternehmen mit bis zu 45 Mitarbeitern soll es den Anspruch auf befristete Herabsetzung nicht geben. Für Unternehmen mit 45 bis 200 Mitarbeitern soll der Anspruch auf befristete Teilzeit lediglich einem Arbeitnehmer "pro angefangenen 15 Mitarbeitern" zustehen. Bei Unternehmen mit mehr als 200 Mitarbeitern gilt diese Zumutbarkeitsgrenze gar nicht. Offen bleibt dabei unter anderem, wie die Auswahl erfolgen soll, wenn die Zahl der Anträge die Anzahl der Anspruchsberechtigten übersteigt. Denkbar wäre insoweit die Verteilung nach der Reihenfolge der Antragseingänge oder unter Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte.

Arbeitszeitgesetz

Das Arbeitszeitgesetz bleibt im Wesentlichen wie es ist. Lediglich über eine Tariföffnungsklausel sollen nun vorsichtig "Experimentierräume" geschaffen werden, dies aber nur bei tarifgebundenen Unternehmen oder auf Grundlage von diesen bereits abgeschlossener Tarifverträge.

Arbeit auf Abruf

Die Regelungen zur Arbeit auf Abruf werden generalüberholt. Ohne Vereinbarung einer bestimmten Arbeitszeit wird diese mit 20 Stunden pro Woche fingiert, was einer Verdoppelung entspricht. Andere ausdrückliche Vereinbarungen bleiben aber zulässig. Der Anteil abzurufender und zu vergütender Zusatzarbeit darf die vereinbarte Mindestarbeitszeit um höchstens 25 Prozent überschreiten. Umgekehrt ist eine Unterschreitung der Mindestarbeitszeit nur noch um 20 Prozent zulässig.

Beiträge zur Krankenkasse

Ab dem 1. Januar 2019 soll die Parität bei den Beiträgen zur gesetzlichen Krankenversicherung wieder hergestellt werden, sodass künftig die Beiträge zur Krankenkasse wieder von Arbeitnehmern und Arbeitgebern zu gleichen Teilen getragen werden.

5. EuGH urteilt am 17. April zum Kirchen-Arbeitsrecht

Luxemburg (epd). Der Europäische Gerichtshof (EuGH) verkündet am 17. April das Urteil im Fall Egenberger zum kirchlichen Arbeitsrecht. Das bestätigte ein Gerichtssprecher am 28. Februar in Luxemburg. Der Fall um die erfolglose Bewerbung einer konfessionslosen Frau bei der Diakonie hat für das kirchliche Arbeitsrecht grundsätzliche Bedeutung. Der EuGH soll in dem Verfahren die einschlägige EU-Richtlinie zur Gleichbehandlung im Beruf auslegen.

Vera Egenberger hatte sich 2012 beim Evangelischen Werk für Diakonie und Entwicklung in Berlin um eine befristete Tätigkeit beworben. Diese umfasste die Untersuchung, inwieweit Deutschland die UN-Antirassismuskonvention umsetzt. Voraussetzung war laut Ausschreibung unter anderen die Mitgliedschaft in einer christlichen Kirche. Nachdem die konfessionslose Bewerberin nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen wurde, klagte sie wegen Diskriminierung.

Egenberger machte geltend, sie sei nicht genommen worden, weil sie keiner Kirche angehöre. Die Konfession sei für die konkrete Tätigkeit aber irrelevant gewesen. Der kirchliche Arbeitgeber beruft sich dagegen auf das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften. Dieses ist im Grundgesetz garantiert.

Der Fall ging in Deutschland bis zum Bundesarbeitsgericht. Die Erfurter Richter legten ihn 2016 dem EuGH vor. Der EuGH-Generalanwalt erklärte im November 2017, die Kirchen und ihre

Organisationen könnten nicht in jedem Fall "verbindlich selbst bestimmen, ob sie eine bestimmte Religion eines Bewerbers" verlangen wollen.

Die Richter des EuGH halten sich oft an die Gutachten des Generalanwaltes, müssen ihnen jedoch nicht folgen. Im Lichte des EuGH-Urteils, das nur die EU-Gesetzgebung auslegt, muss dann die deutsche Justiz den konkreten Fall entscheiden.

6. EuGH: Befristung der Verlängerung eines Arbeitsverhältnisses über Regelaltersgrenze hinaus ist zulässig

Die Befristung der Verlängerung eines Arbeitsverhältnisses über die Regelaltersgrenze hinaus ist zulässig. Dies hat der Europäische Gerichtshof (EuGH, [Urt. v. 28.02.2018 C-46/17](#)) im Fall eines angestellten Lehrers aus Bremen entschieden. Weder verstoße eine entsprechende Regelung (hier: § 41 Satz 3 SGB VI) gegen das Altersdiskriminierungsverbot noch könne der Arbeitnehmer geltend machen, dass es sich dabei um einen Missbrauch befristeter Arbeitsverträge.

[\(Pressemitteilung des EuGH Nr. 23/2018 v. 28.02.2018\)](#)

Der Lehrer klagt gegen die Befristung einer über die Regelaltersgrenze hinaus gewährten Vertragsverlängerung. Der Kläger des Ausgangsverfahrens wurde von der Stadt Bremen als Lehrer angestellt. Kurz vor Erreichen der Regelaltersgrenze beantragte er, über diesen Zeitpunkt hinaus weiterbeschäftigt zu werden. Die Stadt Bremen erklärte sich damit einverstanden, das Arbeitsverhältnis bis zum Ende des Schuljahres 2014/2015 zu verlängern. Den vom Ausgangskläger in der Folge gestellten Antrag, das Arbeitsverhältnis bis zum Ende des ersten Schulhalbjahres 2015/2016 zu verlängern, lehnte sie jedoch ab. Mit seiner daraufhin erhobenen Klage gegen die Stadt Bremen macht der Ausgangskläger geltend, die Befristung der gewährten Verlängerung des Arbeitsverhältnisses verstoße gegen Unionsrecht.

Das Vorlagegericht, das Landesarbeitsgericht Bremen, wies darauf hin, dass § 41 Satz 3 SGB VI es den Arbeitsvertragsparteien unter bestimmten Voraussetzungen ermöglicht, den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinauszuschieben, nur weil der Arbeitnehmer durch Erreichen der Regelaltersgrenze einen Anspruch auf Altersrente hat. Das LAG wollte im Vorabentscheidungsverfahren vom EuGH wissen, ob eine solche Regelung mit dem Altersdiskriminierungsverbot in der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG und der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (zur Verhinderung von Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge) vereinbar ist.

Nach Auffassung des EuGH verstößt eine solche Regelung nicht gegen das Altersdiskriminierungsverbot. Es sei unter diesem Aspekt nicht zu beanstanden, dass bei Arbeitnehmern, die die Regelaltersgrenze erreicht haben, das Hinausschieben des Zeitpunkts der

Beendigung des Arbeitsverhältnisses von einer befristet erteilten Zustimmung des Arbeitgebers abhängig ist. Personen, die das Rentenalter erreicht haben, würden durch eine solche Regelung nicht gegenüber Personen, die dieses Alter noch nicht erreicht haben, benachteiligt. Die Regelung, nach der das Ende des Arbeitsverhältnisses mehrfach hinausgeschoben werden könne, und zwar ohne weitere Voraussetzungen und zeitlich unbegrenzt, stelle eine Ausnahme vom Grundsatz der automatischen Beendigung des Arbeitsvertrags bei Erreichen der Regelaltersgrenze dar. Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses setze in jedem Fall die Zustimmung beider Vertragsparteien voraus.

7. BAG: Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer und freiem Mitarbeiter

(22.02.2018, blog.handelsblatt.com/rechtsboard — RA/FAArbR Dr. Jannis Kamann)

Wer ist Arbeitnehmer und wer nicht. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes ist Arbeitnehmer, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Arbeitnehmer ist derjenige, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.

Hinsichtlich der Abgrenzung von Arbeitnehmern zu selbständig Tätigen differenziert das Bundesarbeitsgericht insbesondere zwischen dem Grad der persönlichen Abhängigkeit und der Eingliederung in die Arbeitsorganisation: Danach unterscheidet sich das Arbeitsverhältnis vom Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, mit welchem der zur Dienstleistung Verpflichtete jeweils zum Dienstberechtigten steht.

Arbeitnehmer ist, wer seine Dienstleistung gegenüber einem Dritten im Rahmen einer von diesem bestimmten Arbeitsorganisation erbringt.

Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation ist dabei insbesondere von dem Umstand gekennzeichnet, dass ein Arbeitnehmer hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort der Ausübung der übernommenen Dienste einem umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt (vgl. BAG, Urteil vom [13. März 2008 – 2 AZR 1037/06](#)). Bei der Frage nach der persönlichen Abhängigkeit des Mitarbeiters muss vor allem auf die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit abgestellt werden. Denn abstrakte für alle Arbeitsverhältnisse anwendbare Kriterien lassen sich nicht aufstellen. Dabei ist die Rechtsnatur des dem freien Mitarbeiters zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses nicht maßgeblich. Entscheidend für die Beurteilung der Frage, ob ein freies Mitarbeitersverhältnis oder ein Arbeitsverhältnis vorliegt, ist letztlich das „gelebte“ Beschäftigungsverhältnis. Es kommt auf den objektiven Geschäftsinhalt an, der aufgrund der ausdrücklich getroffenen Absprachen und in der praktischen Durchführung des Vertrages zu ermitteln ist. Weichen tatsächliche Durchführung und vertragliche Absprachen voneinander ab, ist auf das gelebte Beschäftigungsverhältnis abzustellen. Die Abgrenzungskriterien, anhand derer der Grad der persönlichen Abhängigkeit zu messen ist, sind vielfältig. Doch die Abgrenzung fällt

nicht immer leicht, zumal auch Sozialgerichte und Arbeitsgerichte vielfach unterschiedliche Maßstäbe ansetzen.

In diese Gemengelage stößt die Entscheidung des BAG vom 21.11.2017 ([9 AZR 117/17](#)). Das Gericht hatte darüber zu entscheiden, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis begründet worden war und dieses aufgrund Befristung am 31.07.2016 geendet hat. Die Vorinstanzen hatten die Klage jeweils abgewiesen. Die Beklagte ist Trägerin einer Musikschule. Der Kläger erteilte auf der Grundlage mehrerer, befristeter freier Arbeitsverträge Unterricht bei der Beklagten. Der Unterricht fand in den Räumlichkeiten der Musikschule statt, dem Kläger wurde ein Unterrichtsraum an drei mit ihm vereinbarten Wochentagen zwischen 09:00 Uhr und 22:00 Uhr zur Verfügung gestellt. Die tatsächlichen Unterrichtszeiten sprach der Kläger mit den Schülern ab. Die Beklagte führte hinsichtlich der Art und Weise der Unterrichtserteilung durch den Kläger keine Kontrollen durch. Neben der unterrichtenden Tätigkeit nahm der Kläger vereinzelt an Konferenzen, Veranstaltungen und Schülervorspielen teil. Hierfür zahlte die Beklagte ihm eine gesonderte Vergütung. Das BAG hielt die Klage für unbegründet und wies die Revision folgerichtig ab.

Das BAG ging davon aus, dass das Rechtsverhältnis der Parteien weder nach dem Inhalt der befristeten Honorarverträge noch durch deren tatsächliche Vertragsdurchführung als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren sei. Sowohl aus den Verträgen und Schulordnung, als auch aus der tatsächlichen Durchführung des Vertragsverhältnisses folge, dass der Kläger in dem für ein freies Dienstverhältnis erforderlichen Maße frei von Weisungen gewesen sei. Zwar könne in der Anordnung, eine Tätigkeit nur in bestimmten Räumlichkeiten zu verrichten, und einer nur zeitlich beschränkten Zurverfügungstellung dieser Räumlichkeiten eine zeitliche Weisungsgebundenheit liegen. Das sei aber nicht anzunehmen, wenn die Zeitspanne so bemessen ist, dass dem Mitarbeiter ein erheblicher Spielraum verbleibt. Für die Statusbeurteilung sei auch nicht bedeutsam, dass der Unterricht in Räumlichkeiten der Beklagten stattfand. Diese Bindung besage nichts über eine persönliche Abhängigkeit. Die Entscheidung des BAG bestätigt, dass das BAG anerkennt, dass es nicht zwangsläufig darauf ankommt, wo die geschuldete Tätigkeit ausgeübt wird und dass gewisse zeitliche Rahmenbedingungen (hier: 9:00 bis 22:00) zu beachten waren. Denn zwar sind Ort und Zeit der Tätigkeit durchaus beachtenswerte Kriterien, sie dürfen aber auch nicht überschätzt werden. Entscheidend ist und bleibt, wer dem Musiklehrer gegenüber weisungsberechtigt ist. So sieht es auch richtigerweise das BAG und fasst dies in der einfachen Formel zusammen: Der Kläger sei (hinsichtlich der zeitlichen Lage) nicht frei, aber weisungsfrei. Bemerkenswert ist allerdings die vom BAG vorgenommene Einschränkung. Die Anordnung, die vertraglich vereinbarte Tätigkeit nur in bestimmten Räumlichkeiten zu verrichten, könne bei deren nur zeitlich beschränkter Zurverfügungstellung eine Weisungsgebundenheit in zeitlicher Hinsicht begründen, soweit die Zeitspanne nicht so bemessen ist, dass dem Mitarbeiter ein erheblicher Spielraum verbleibt. Dieser Einschub dürfte aber nicht verallgemeinerungsfähig sein. Denn was ein „erheblicher

Spielraum“ ist, das lässt das BAG offen und damit viel Raum für Spekulationen. Arbeitgeber sollten aber beachten, zukünftig sowohl vertraglich als auch tatsächlich die zeitlichen Freiheit des Mitarbeiters nicht durch örtliche Vorgaben zu stark zu beschränken.

8. BAG: Urlaub bei unterjähriger Änderung der Anzahl der Wochenarbeitstage

In den DDN – Nachrichten vom 14.12.2017 hatte ich über die Entwicklung der Rechtsprechung zur Urlaubsdauer bei einer Veränderung der Arbeitszeit und einem unterjährigen Wechsel der Anzahl der Arbeitstage in der Woche informiert.

Nach Auswertung der Rechtsprechung des EuGH und des diese Rechtsprechung umsetzenden Urteils des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 2015 ([Urt. v.10.02.2015 – 9 AZR 53/14 \(F\)](#) –) wurde bisher stets empfohlen, zukünftig die Urlaubsberechnung bei einem unterjährigen Wechsel der Anzahl der Arbeits-tage in der Woche abschnittsweise vorzunehmen. Welche Schlussfolgerungen aus der Entscheidung des [Bundesarbeitsgerichts vom 14.03.2017 - 9 AZR 7/16](#) –zu ziehen sind, wird aufgrund der kurzen Entscheidungsbegründung und einer darin fehlenden Auseinandersetzung mit einer BAG-Entscheidung vom 10.02.2015 ([Urt. v.10.02.2015 – 9 AZR 53/14 \(F\)](#) –) kontrovers diskutiert. Die Entscheidung wirft zahlreiche Folgefragen auf, welche derzeit aufgrund der Aktualität der Entscheidung durch die weitere Rechtsprechung noch nicht geklärt sind. Der als **Anlage 1** übersandte Beitrag aus einem Rundschreiben des KAV erläutert die Problematik im Detail und gibt eine Empfehlung zur künftigen Verfahrensweise.

9. BAG: Stellenausschreibung, Bewerbung und Rechtsmissbrauch

Das Bundesarbeitsgericht hat mit [Urteil vom 11. August 2016 - 8 AZR 4/15](#) entschieden, dass einer Entschädigungsforderung nach § 15 Abs. 2 AGG der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenstehen kann, wenn sich eine Person ausschließlich auf Stellen bewirbt, die dem Anschein nach nicht diskriminierungsfrei ausgeschrieben wurden.

Der 1953 geborene Kläger ist promovierter Jurist und seit dem Jahr 1988 als Einzelanwalt tätig. Er bewarb sich auf eine Stellenanzeige der Beklagten, einer Anwaltssozietät, in der diese einen "Rechtsanwalt (m/w) mit erster Berufserfahrung oder auch als Berufsanfänger ...mit hervorragenden Rechtskenntnissen" suchte. Nach Erhalt der Absage machte er klageweise einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung i. H. v. mindestens drei Bruttomonatsverdiensten à 5.000,00 € wegen Altersdiskriminierung gemäß § 7 Abs. 1 AGG i.V.m. § 1 AGG geltend. Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, da der Kläger schon kein Bewerber i. S. d. AGG und für die Stelle objektiv nicht geeignet sei. Weiterhin habe er rechtsmissbräuchlich eine Ablehnung provozieren wollen, um - wie in 15 weiteren Fällen - einen Entschädigungsanspruch geltend zu machen. Das BAG hat der Revision des Klägers

stattgegeben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurückverwiesen.

Das BAG stellt fest, dass schon das Einreichen einer Bewerbung zur Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs des AGG führt. An dem Erfordernis der "subjektiven Ernsthaftigkeit der Bewerbung" für den Bewerberbegriff nach § 6 Abs. 1 S. 2 AGG hält das BAG nicht fest, da es für den formalen Bewerberbegriff unerheblich sei, dass die Person sich nur beworben habe, um eine Entschädigung geltend zu machen.

Weiterhin ist der Entschädigungsanspruch des Klägers nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil er für die zu besetzende Stelle von vornherein objektiv durch die fehlenden "her- vorragenden Rechtskenntnisse" nicht geeignet gewesen sei. Die bisherige Rechtsprechung des Senats, nach der sich eine Person nur dann tatbestandlich in einer vergleichbaren Lage nach § 3 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 AGG befand, wenn sie für die ausgeschriebene Stelle "objektiv geeignet" war, wird aufgegeben. Könnte nur ein objektiv geeigneter Bewerber eine Entschädigung beanspruchen, wäre die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung - hier die Richtlinie 2000/78/EG - verliehenen Rechte nicht gewahrt.

Der durch die fehlende Ernsthaftigkeit der Bewerbung rechtsmissbräuchlich erworbenen Bewerberposition könne aber der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenstehen, § 242 BGB. An die Annahme des Rechtsmissbrauchs seien hohe Anforderungen zu stellen. Vorliegend könne weder aus den Bewerbungsunterlagen des Klägers, aus seiner offensichtlichen Ungeeignetheit für die angestrebte Stelle, noch aus der Vielzahl anderer Bewerbungen auf Stellen, die scheinbar unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben wurden, mit anschließender identischer Geltendmachung von Ansprüchen nach dem AGG objektiv auf Rechtsmissbräuchlichkeit geschlossen werden. Diese liege nur vor, wenn sich ein systematisches und zielgerichtetes Vorgehen des Bewerbers hinsichtlich der Entschädigung feststellen lasse. Das BAG stellt allerdings fest, dass die Tatsache, dass sich eine Person allein oder fast ausschließlich auf Stellenanzeigen bewirbt, die den Anschein erwecken, die Stelle sei unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben worden, grundsätzlich bei der vorzunehmenden Gesamtwürdigung ein Indiz dafür sein kann, dass es der Person nur darauf ankam, die Erfolgsaussichten eines Entschädigungsprozesses zu erhöhen.

10. BAG zum Betriebsübergang auf eine nicht tarifgebundene Erwerberin

Macht ein tarifgebundener Arbeitgeber in einer von ihm formulierten Bezugnahmeklausel die Anwendbarkeit tariflicher Bestimmungen ausdrücklich davon abhängig, dass diese für ihn „verbindlich“ sind, bringt er damit in der Regel mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck, dass mit der Klausel nur die Gleichstellung nicht tarifgebundener Arbeitnehmer mit Gewerkschaftsmitgliedern bezweckt wird, [BAG, Urteil vom 05.07.2017 - 4 AZR 867/16](#)

Die Parteien streiten über die Anwendbarkeit von Tarifverträgen und über daraus folgende Vergütungsansprüche. Die Beklagte betreibt einen Duty-Free-Shop. Die Klägerin war bei der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgänger („Firma H“ oder „Rechtsvorgängerin der Beklagten“) in Nordrhein-Westfalen beschäftigt. Der zwischen der Klägerin und der Rechtsvorgängerin der Beklagten am 26.05.1992 geschlossene Anstellungsvertrag sah u.a. folgende Klausel vor: „Es gelten die Bestimmungen der für den Einsatzort einschlägigen Tarifverträge für die Beschäftigten im Einzelhandel – soweit sie für H verbindlich sind – [...]“. In den Jahren 2002 und 2006 schloss die Klägerin mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten Änderungsvereinbarungen. Die obige Klausel wurde durch die Änderungsvereinbarungen nicht geändert. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten trat mit Ablauf des 31.12.2011 aus dem Arbeitgeberverband aus. Im Jahr 2013 ging das Arbeitsverhältnis der Klägerin im Wege des Betriebsübergangs auf die nicht tarifgebundene Beklagte über. Ab dem Jahr 2013 wurden Tarifierhöhungen nicht an die Klägerin weitergegeben. Die Klägerin beantragt die Zahlung von 3.097 EUR und die Feststellung, dass die Tarifverträge für die Beschäftigten des Einzelhandels Nordrhein-Westfalen in ihren jeweiligen (und künftigen) Fassungen auf ihr Arbeitsverhältnis anzuwenden sind. Das ArbG gab der Klage statt. Das LAG wies die Klage ab.

Die Revision hat keinen Erfolg. Das LAG hat das Urteil des ArbG zu Recht geändert. Nach Ansicht des BAG ist die Beklagte nach den zwischen ihrer Rechtsvorgängerin und der Klägerin getroffenen vertraglichen Vereinbarung, die im Rahmen eines Betriebsübergangs unverändert übergangen, nicht verpflichtet, eine Vergütung gemäß des Gehaltstarifvertrags des Handelsverband Nordrhein-Westfalen zu zahlen. Es bedarf nach Ansicht des Senats keines Rückgriffs auf die Vermutungsregel zu Gleichstellungsabreden bei vorformulierten Altverträgen. Die Parteien haben in ihrem Anstellungsvertrag eine ausdrückliche Gleichstellungsabrede vereinbart. Im Wortlaut der Klausel komme der Gleichstellungszweck u.a. dann hinreichend zum Ausdruck, wenn die einschlägigen Gesetzesvorschriften genannt werden. Ein Zitieren der Normen des Tarifvertragsgesetzes sei für die Vereinbarung einer Gleichstellungsabrede aber nicht zwingend erforderlich. Entscheidend sei vielmehr, ob der Arbeitgeber, den Zweck und die Folgen der vorformulierten Klausel hinreichend zum Ausdruck bringe. Mit der Formulierung „soweit sie für H verbindlich sind“ hat die Rechtsvorgängerin der Beklagten ihre Tarifgebundenheit an den in Bezug genommenen Tarifvertrag erkennbar zur auflösenden Bedingung der Vereinbarung gemacht. Dies gelte auch für sog. Neuverträge, wobei offen bleiben könne, ob es sich vorliegend um einen Neuvertrag handle. Die einschlägigen Tarifverträge kommen insofern für die Beschäftigten des Einzelhandels nur dann in ihrer jeweils geltenden Fassung zur Anwendung, wenn die Arbeitgeberin ihrerseits an diese Tarifverträge i.S.d. TVG gebunden ist. Die Tarifgebundenheit der Rechtsvorgängerin der Beklagten endete aufgrund ihres Austritts aus dem Arbeitgeberverband Ende 2011. Die nach dem Austritt vereinbarten Tarifverträge galten für das Arbeitsverhältnis der Klägerin insofern nicht.

Die Entscheidung des BAG senkt die Anforderungen an eine Gleichstellungsabrede. Je nach Formulierung kann die Auslegung (insbesondere) älterer Bezugnahmeklauseln im Einzelfall ergeben, dass die Voraussetzungen einer Gleichstellungsabrede vorliegen, auch wenn im Wortlaut der Bezugnahmeklausel die einschlägigen Vorschriften des Tarifvertragsgesetzes nicht explizit aufgenommen werden. Dies gilt auch für nach dem 1.1.2002 geschlossene Neuverträge. Folge: Die Dynamik der Bezugnahme endet mit Wegfall der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers bzw. des jeweiligen Rechtsvorgängers durch den Austritt aus dem zuständigen Arbeitgeberverband oder durch den Übergang des Betriebs.

11. BAG: Kein Schadenersatzanspruch bei Verfall von tariflichem Zusatzurlaub

Folgende zu gemäß § 27 Abs. 1 TVöD zu gewährenden Zusatzurlaub für Wechselschichtarbeit ergangene Entscheidung ([BAG, Urteil vom 23.11.2017 - 6 AZR 43/16](#)) dürfte m. E. ebenso für Zusatzurlaub für Nacharbeit gemäß § 32 Abs. 10 TV DN und für Zusatzurlaub für Wechselschichtarbeit gemäß § 28 b AVR DD gelten und außerdem auch hinaus für über den gesetzlichen Urlaubsanspruch gemäß Tarifvertrag oder AVR zu gewährende zusätzliche Urlaubstage. Hinsichtlich der Frage, ob europäisches Recht hinsichtlich des gesetzlichen Urlaubsanspruchs Arbeitgeber verpflichtet, ihre Arbeitnehmer, die es bis zum Verfallsdatum versäumen, den Ihnen zustehenden Urlaub zu beantragen, per Weisung in den Urlaub zu schicken, liegt ein [Vorlagebeschluss des BAG](#) beim EuGH. Zwei Landesarbeitsgerichte waren der Auffassung, dass Arbeitgeber, die diese Pflicht versäumen, die verfallenen Urlaubstage als Schadenersatz trotzdem gewähren müssten.

Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG:

1. Der Anspruch auf Zusatzurlaub für Wechselschichtarbeit nach § 27 I TVöD-K entsteht sukzessive im laufenden Kalenderjahr, sobald seine Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind.
2. Ersatzzusatzurlaubsansprüche für den Anspruch auf Zusatzurlaub nach § 27 TVöD-K entstehen nur dann, wenn der Arbeitnehmer diesen Urlaub rechtzeitig vor seinem Untergang verlangt und dadurch den Arbeitgeber in Verzug setzt. Der Arbeitgeber muss den Zusatzurlaub nicht initiativ gewähren.
3. Die Geltendmachung als Voraussetzung für das Entstehen eines Anspruchs auf Ersatzzusatzurlaub ist nicht entbehrlich, wenn der Arbeitgeber sich vor Entstehen des Zusatzurlaubsanspruchs endgültig und ernsthaft geweigert hat, den Anspruch zu erfüllen. Schuldnerverzug setzt voraus, dass ein vollwirksamer und durchsetzbarer Anspruch besteht. § 286 II Nr. 3 BGB macht diese Voraussetzung nicht entbehrlich.

Aus den Gründen: ...

Rz.43 e) Soweit Zusatzurlaubsansprüche des Klägers nicht übertragen worden sind, sind Ersatzzusatzurlaubsansprüche als Schadenersatz nur entstanden, wenn der Kläger die Beklagte

hinsichtlich der Gewährung des Urlaubs durch das rechtzeitig vor Verfall des Urlaubs erfolgte, vergebliche Verlangen, ihm Zusatzurlaub zu gewähren, in Verzug gesetzt hat.

Rz.44 aa) Entgegen der vom Kläger in der Revision vertretenen Ansicht folgt aus dem von § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG abweichenden Wortlaut des § 26 Abs. 1 Satz 5 TVöD-K nichts anderes. Damit wird lediglich klargestellt, dass der Urlaub auch in Teilen genommen werden kann. Davon geht auch der für das Urlaubsrecht zuständige Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts in ständiger Rechtsprechung aus (vgl. BAG 13. Dezember 2016 - 9 AZR 541/15 (A) - Rn. 13; 20. März 2012 - 9 AZR 529/10 - Rn. 33 ff., BAGE 141, 73). Mit dem Verweis in § 27 Abs. 5 TVöD-K auf die urlaubsrechtlichen Bestimmungen des § 26 TVöD-K haben die Tarifvertragsparteien entgegen der Annahme der Revision des Klägers im Übrigen deutlich gemacht, dass sie an dem Fristenregime des Erholungsurlaubs und der dazu ergangenen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts jedenfalls für den Zusatzurlaub nach § 27 TVöD-K festhalten wollen. Danach besteht keine Pflicht des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer die bezahlte Freistellung aufzuzwingen, um so den Anspruchsverlust am Ende des Bezugszeitraums zu verhindern (BAG 13. Dezember 2016 - 9 AZR 541/15 (A) - Rn. 13). An unionsrechtliche Vorgaben waren die Tarifvertragsparteien dabei nicht gebunden, so dass dahinstehen kann, welche Anforderungen das Unionsrecht insoweit stellt. Tarifvertragsparteien können Urlaubsansprüche, die wie der Zusatzurlaub nach § 27 TVöD-K über den gesetzlichen Urlaubsanspruch von vier Wochen hinausgehen, frei regeln. Insbesondere können sie die Voraussetzungen für seine Inanspruchnahme und Gewährung festlegen (vgl. EuGH 20. Juli 2016 - C-341/15 - [Maschek] Rn. 38; BAG 5. August 2014 - 9 AZR 77/13 - Rn. 30). Von dieser Regelungsfreiheit haben sie in § 27 Abs. 1 Buchst. a TVöD-K Gebrauch gemacht und bestimmt, dass der Anspruch nach zwei zusammenhängenden Monaten Wechselschichtarbeit entsteht. Entstanden iSd. § 199 Abs. 1 Nr. 1, § 194 BGB ist ein Anspruch, sobald er erstmals geltend gemacht und notfalls im Wege der Klage durchgesetzt werden kann (BGH 3. August 2017 - VII ZR 32/17 - Rn. 14). Charakteristisch für den Anspruch auf Zusatzurlaub nach § 27 Abs. 1 Buchst. a TVöD-K ist wie für jeden schuldrechtlichen Anspruch damit grundsätzlich seine Geltendmachung (Bauckhage-Hoffer SAE 2017, 73, 78). Das steht der Annahme des Klägers entgegen, es bestünde eine Pflicht des Arbeitgebers, den arbeitsschutzrechtlich motivierten Zusatzurlaub initiativ zu gewähren.

12. BAG: Unterlassungsanspruch bei Dienstplanzuordnung ohne Betriebsratsbeteiligung

1. Die Zuordnung von Arbeitnehmern zu arbeitsplatzbezogenen Rahmendienstplänen unterfällt als Festlegung der konkreten Lage und Verteilung der Arbeitszeit dem Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 2 BetrVG (entspricht § 40 Nr.4 MVG-K/§ 40 d) MVG-EKD). Dies betrifft auch neu eingestellte Arbeitnehmer.
2. Die Festlegung der Arbeitszeit berührt typischerweise auch das Interesse der Stammbesellschaft und ist deshalb ein kollektiver Tatbestand i.S.d. § 87 I Nr. 2 BetrVG.

3. Verletzt der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht, ist er als Störer auf Unterlassung in Anspruch zu nehmen.

Die tarifgebundene Arbeitgeberin ist ein Dienstleistungsunternehmen für Brief- und Paketzustellung. Auf die Arbeitnehmer ohne Zustellungstätigkeit findet der Tarifvertrag Nr. 37b über Regelungen der Arbeitszeit Anwendung. Nach dessen § 3 I sind für alle Arbeitnehmer Dienstpläne aufzustellen. Die Betriebsparteien vereinbarten daher sog. arbeitsplatzbezogene Rahmendienstpläne, die für verschiedene Fallgestaltungen Regelungen über die Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit sowie Beginn und Ende vorsehen. Die Arbeitgeberin beteiligte den Betriebsrat (BR) nicht an der Zuordnung neu eingestellter und Stammarbeitnehmer zu den konkreten Rahmendienstplänen. Der BR sah darin eine Verletzung seines Mitbestimmungsrechts nach § 87 I Nr. 2 BetrVG und machte gegenüber der Arbeitgeberin arbeitsgerichtlich Unterlassungsansprüche geltend. Die Arbeitgeberin hielt das Mitbestimmungsrecht des BR durch die Rahmendienstpläne für verbraucht. Sie war der Ansicht, neu eingestellte Arbeitnehmer würden vor Aufnahme der Tätigkeit und damit vor einer Eingliederung in die Betriebsorganisation den Dienstplänen zugeordnet und wären damit noch keine Arbeitnehmer i.S.d. BetrVG. Das ArbG gab dem BR Recht. Es gab der Arbeitgeberin auf, es zu unterlassen, Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung einzusetzen, bevor eine Verteilung der Arbeitszeit sowie die Zuordnung zu Dienstplänen mit dem BR vereinbart ist. Die Beschwerde der Arbeitgeberin blieb ohne Erfolg.

Nach Ansicht des BAG ([BAG, Beschluss vom 22.08.2017 - 1 ABR 3/16](#)) unterfällt die Zuordnung von Arbeitnehmern zu Rahmendienstplänen dem Mitbestimmungsrecht des BR nach § 87 I Nr. 2 BetrVG. Der Zweck des Mitbestimmungsrechts liege darin, die Interessen der Arbeitnehmer an der Lage ihrer Arbeitszeit und damit die zur privaten Gestaltung nutzbare Zeit zu wahren. Bei Rahmendienstplänen umfasse dies die Ausgestaltung durch Beginn und Ende der Arbeitszeit, die Lage der Pausen und auch die Bestimmung des zugeordneten Personenkreises. Ein kollektiver Tatbestand sei gegeben, da die Zuordnung zu einem Dienstplan über eine einzelfallbezogene Rechtausübung hinausgehe und kollektive Interessen der Arbeitnehmer berühre. Das Mitbestimmungsrecht des BR hänge nicht von einer Aufnahme der Tätigkeit des Arbeitnehmers auf dem zugewiesenen Arbeitsplatz ab. § 5 I BetrVG erfasse alle Arbeitnehmer die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen und deshalb zur Arbeitsaufnahme in dessen Betrieb verpflichtet sind. Zudem verdränge die Beteiligung des BR nach § 99 I BetrVG bei Neueinstellungen nicht die Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 2 BetrVG, denn mit Zustimmung zur Einstellung sei noch keine Entscheidung über die Lage der Arbeitszeit getroffen.

Das Mitbestimmungsrecht sei auch nicht durch die Vereinbarung von Rahmendienstplänen verbraucht, weil die Rahmendienstpläne kein Zuweisungsverfahren enthielten, das die Arbeitgeberin lediglich vollziehen könnte.

Eine Verwirkung durch Nichtausübung des Mitbestimmungsrechts in der Vergangenheit scheide aus. Daher bestehe ein Unterlassungsanspruch gegen die Arbeitgeberin. Dieser verletze sie nicht

in Art. 12 I GG. Die unternehmerische Betätigung werde nicht schrankenlos gewährt. Die Beschränkung der Entscheidungsfreiheit durch mitbestimmte Regelungen über die Verteilung der Arbeitszeit sei im Gesetz angelegt. Durch die Mitbestimmung werde nur das „wie“ und nicht das „ob“ der Beschäftigung betroffen und verletze damit nicht den Kern der Unternehmensführung.

13. BFH: Nebentätigkeit für gemeinnützige Organisationen- Keine Nebenberuflichkeit bei Zusammenhang mit Haupttätigkeit

Wird eine begünstigte nebenberufliche Tätigkeit z.B. als Übungsleiter, Ausbilder, Erzieher, Betreuer oder eine vergleichbare Tätigkeit für eine gemeinnützige Organisation (z. B. einen eingetragenen Verein) ausgeübt, sind die Einnahmen bis zur Höhe von 2400 € jährlich steuerfrei ([BFH-Urteil vom 11.12.2017 VI B 75/17](#)).

Die für die Inanspruchnahme des steuerfreien Höchstbetrags von 2400 € erforderliche Nebentätigkeit liegt nicht vor, wenn eine weitere Beschäftigung für denselben Arbeitgeber als Teil einer nichtselbständigen Haupttätigkeit anzusehen ist, weil zwischen beiden Tätigkeiten ein unmittelbarer Zusammenhang besteht. Einen solchen Zusammenhang nimmt der Bundesfinanzhof an, wenn

- beide Tätigkeiten gleichartig sind oder (nicht und!)
- der Arbeitnehmer mit der Nebentätigkeit eine ihm aus seinem Dienstverhältnis faktisch oder rechtlich obliegende Nebenpflicht erfüllt oder (nicht und!)
- der Arbeitnehmer auch in der zusätzlichen Tätigkeit der Weisung und Kontrolle des Arbeitgebers unterliegt.

14. LAG Mecklenburg-Vorpommern: Beendigung eines Arbeitsverhältnisses aufgrund der Bestellung zum Geschäftsführer

In dem Abschluss eines Geschäftsführerdienstvertrages durch einen angestellten Mitarbeiter liegt im Zweifel die konkludente Aufhebung des bisherigen Arbeitsverhältnisses. Nicht entscheidend ist, ob der Arbeitnehmer den Geschäftsführeranstellungsvertrag mit einer anderen Gesellschaft oder unmittelbar mit seinem Arbeitgeber abschließt. Nach dem Willen der vertragsschließenden Parteien soll regelmäßig neben dem Dienstvertrag nicht noch ein Arbeitsvertrag ruhend fortbestehen. Dem Arbeitnehmer muss im Regelfall klar sein, dass er, wenn anderes nicht vereinbart wird, mit dem Abschluss eines Geschäftsführerdienstvertrages seinen Status als Arbeitnehmer aufgibt. Die vertraglichen Beziehungen werden auf eine neue Grundlage gestellt, die bisherige Grundlage verliert ihre Bedeutung. ([LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 25.10.2017 - 3 Sa 61/17](#))

15. LAG Sachsen: Im Urlaubsplan eingetragenen Urlaub kann nur binnen Monatsfrist widersprochen werden

[11 Ca 1751/17 vom 29.01.2018](#), Amtlicher Leitsatz:

1. Verlangt der Arbeitgeber von seinen Arbeitnehmern zu Beginn des Kalenderjahres die Angabe ihrer Urlaubswünsche und trägt diese in einen Urlaubsplan ein, wird von ihm verlangt werden müssen, dass er in angemessener Zeit dem Urlaubswunsch des Arbeitnehmers widerspricht, wenn er nicht beabsichtigt, dem Arbeitnehmer den Urlaub im geplanten Zeitraum zu gewähren. Erfolgt dieser Widerspruch nicht innerhalb einer angemessenen Zeitspanne, so darf der Arbeitnehmer davon ausgehen, dass sein Urlaub entsprechend seinem Urlaubswunsch als gewährt gilt. Als angemessene Zeitspanne ist in der Regel ein Zeitraum von einem Monat nach Vorlage des Urlaubswunschs oder Erstellung des Urlaubsplanes anzusehen.
2. Eine Regelung in einer einseitigen Anweisung des Arbeitgebers, dass der Arbeitnehmer den in den Urlaubsplan eingetragenen Urlaub eine Woche vor dem geplanten Termin zur Genehmigung beantragen muss, ist eine allgemeine Geschäftsbedingung, die mit dem Grundgedanken nach § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG, dass der Arbeitgeber die Urlaubswünsche der Arbeitnehmer zu berücksichtigen hat, nicht zu vereinbaren und daher nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist.

16. LAG Niedersachsen: Befristungsabrede im Saisonarbeitsvertrag

[LAG Niedersachsen, Urteil vom 05.10.2017 - 15 Sa 184/17](#), amtl. Leitsätze:

1. Eine dem Schriftformerfordernis gemäß § 14 IV TzBfG genügende Befristungsabrede liegt auch vor, wenn die Parteien schriftlich vereinbaren, dass der Arbeitnehmer „jeweils für die Saison von ... bis ... eines Kalenderjahres eingestellt“ wird. Es ist dann nicht erforderlich, dass die Parteien für jedes Kalenderjahr eine gesonderte Befristungsabrede treffen.
2. Die bei Vertragsschluss zu treffende Prognose über den Beschäftigungsbedarf kann im Fall einer Badeaufsicht im Freibad Jahre im Voraus getroffen werden.

17. LAG Niedersachsen: Bei Vorbeschäftigung besser nicht auf Sachgrund der Befristung verzichten

Nach der Rechtsprechung des BAG können Arbeitgeber Arbeitsverträge ohne Sachgrund befristen, wenn drei Jahre zuvor kein Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitnehmer bestand. Neuere LAG-Urteile gegen diese Rechtsprechung lassen jedoch aufhorchen – und das BAG erneut dazu entscheiden.

Gemäß § 14 Abs. 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) können Arbeitgeber Arbeitsverträge ohne einen Sachgrund befristen, wenn mit dem Arbeitnehmer nicht bereits zuvor ein

Arbeitsverhältnis bestanden hat (Mehr zu den Wirksamkeitserfordernissen für die sachgrundlose Befristung). Soweit der – scheinbar klare – Wortlaut des Gesetzes. Doch was genau heißt "bereits zuvor" und wann ist eine sachgrundlose Befristung dann wegen einer Vorbeschäftigung unwirksam? Das BAG hat vor Jahren bereits eine Auslegung dazu festgelegt, an der nun jedoch einige LAGs zweifeln.

Seit 2011 sieht die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) in dem Gesetzeswortlaut eine Sperrfrist von drei Jahren ([BAG-Urteil vom 6.4.2011, Az. 7 AZR 716/09](#)). Eine Vorbeschäftigung des Arbeitnehmers bei demselben Arbeitgeber steht also nach Auffassung der Erfurter Richter einer sachgrundlosen Befristung nicht entgegen, wenn das Arbeitsverhältnis länger als drei Jahre zurückliegt

Nun scheint jedoch angesichts einiger arbeitsgerichtlicher Entscheidungen eine künftige Änderung der BAG-Rechtsprechung zum Vorbeschäftigungsverbot nicht ausgeschlossen. Die vom BAG im Wege der Rechtsfortbildung vorgenommene Konkretisierung des Verbots der Vorbeschäftigung auf einen Zeitraum von drei Jahren, hat seither immer wieder Kritik erfahren. Einige Gerichte sind bislang dieser Auslegung in ihren Urteilen nicht gefolgt. Zuletzt hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen explizit gegen die vom BAG vertretene zeitliche Beschränkung des Vorbeschäftigungsverbots entschieden. Das Gericht stellte fest, dass das Arbeitsverhältnis zwischen einer Arbeitnehmerin nicht aufgrund einer Befristungsabrede geendet hatte und verurteilte die Arbeitgeberin, eine Supermarktkette, zur Weiterbeschäftigung. Die Vorbeschäftigung der Arbeitnehmerin lag in diesem Fall länger als drei Jahre zurück.

Die Kammer betonte in der aktuellen Entscheidung ([Urteil vom 20.07.2017, Az: 6 Sa 1125/16](#)), dass der Gesetzeswortlaut von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ein zeitlich unbegrenztes Vorbeschäftigungsverbot enthält. Das Adverb "zuvor" spreche ohne sprachliche Einschränkung sämtliche Fälle an, in denen irgendwann einmal ein zeitlich vorhergehendes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Das Vertrauen des Arbeitgebers auf den Fortbestand der Rechtsprechung des Siebten Senats des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 2011 zum zeitlich begrenzten Vorbeschäftigungsverbot hielt das Gericht für nicht schutzwürdig.

In Niedersachsen sollte man also bis zu einer neuen BAG-Entscheidung bei Vorbeschäftigung besser nicht auf eine Sachgrund für die Befristung verzichten.

18. Arbeitgeberleitfaden zum Mutterschutz

Im Zusammenhang mit der Reform des Mutterschutzrechts hat das BMFSFJ einen „Arbeitgeberleitfaden zum Mutterschutz“ entwickelt. Die neue Broschüre informiert gezielt Arbeitgeber ausführlich über die Rechte und Pflichten zum Thema Mutterschutz. Es werden die Regelungen des MuSchG zum betrieblichen sowie arbeitszeitlichen Gesundheitsschutz am Arbeits-, Ausbildungs- und Studienplatz, zum Kündigungsschutz und zum Leistungsrecht

während der Schwangerschaft, nach der Entbindung und in der Stillzeit erläutert. Der Arbeitgeberleitfaden ist abrufbar unter

<https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/service/publikationen/arbeitgeberleitfaden-zum-mutterschutz/121860>.

Neben dem Arbeitgeberleitfaden gibt es außerdem die Broschüre „Leitfaden zum Mutterschutz“ des BMFSFJ, welche allgemein – nicht arbeitgeberspezifisch – ausführlich über wesentliche Aspekte rund um den Mutterschutz informiert. Sie ist abrufbar unter

<https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/service/publikationen/leitfaden-zum-mutterschutz/73756>.

19. Gefährdungsbeurteilung nach dem Mutterschutzgesetz

Am 23.5.2017 wurde das „Gesetz zur Neuregelung des Mutterschutzrechts“ beschlossen. Einige wenige Regelungen traten bereits 2017 in Kraft. Der wesentlichste Teil der Mutterschutzrechtsnovelle ist allerdings erst zum 1.1.2018 in Kraft getreten. Ein für Arbeitgeber wichtiger Aspekt ist die Neuregelung zur mutterschutzspezifischen Gefährdungsbeurteilung. Diese Neuerung ist für alle Arbeitgeber von Interesse, da die mutterschutzsensiblen Aspekte der Gefährdungsbeurteilung auch dann erhoben werden müssen, wenn in dem Betrieb/Unternehmen (im Moment) nur Männer arbeiten. Als **Anlage 2** übersende ich einen Beitrag aus ArbRAktuell 2018, 62 von Patrick Aligbe, München, zu diesem Thema.

20. Fragen zum Alkohol und Trinkverhalten von Arbeitnehmern

Laut der Drogenbeauftragten der Bundesregierung trinken in Deutschland 9,5 Mio. Menschen Alkohol in gesundheitlich riskanter Form. Etwa 1,3 Mio. Menschen gelten als alkoholabhängig. Lediglich 10 % der Alkoholiker in Deutschland suchen jemals therapeutische oder medizinische Hilfe auf. Jedes Jahr sterben in Deutschland rund 20.000 Menschen an den direkten oder indirekten Folgen ihres Alkoholmissbrauchs. Das Robert Koch-Institut schätzt den durchschnittlichen Pro-Kopf-Verbrauch auf etwa zehn Liter Reinalkohol jährlich. Damit hat sich der durchschnittliche Konsum seit dem zweiten Weltkrieg fast vervierfacht. Nach einer im British Medical Journal 2015 erschienen Studie (BMJ 2015;350:g7772) zeigt sich zudem ein deutlicher Zusammenhang zwischen riskantem Trinkverhalten und langen Arbeitszeiten. So trinken Arbeitnehmer, die 48 bis 55 Stunden die Woche arbeiten, durchschnittlich 13 % mehr Alkohol als jene mit einer Arbeitszeit von 35 bis 40 Stunden/Woche. Wer diese Statistiken zur Kenntnis nimmt, den wundert es nicht, dass Fragen zum Alkohol und Trinkverhalten von Arbeitnehmern in der fachanwaltlichen Praxis kontinuierlich zunehmen. Die wichtigsten werden im Beitrag „Alkohol im Arbeitsverhältnis“ von Liebsche aus öAT 2017, 249 beantwortet, den ich als **Anlage 3** übersende.

21. Was ist sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, was ist noch erlaubt?

RA, FAStrafR, FASsteuerR Björn Krug; RA Simone Weber

Schon 2016 trat das „50. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung“ in Kraft (BGBl. I 2016, 2460). Dennoch schien das neue Sexualstrafrecht zu Beginn mehr als ein Schreckensgespenst denn als praktisch angewendetes Recht. Neuerdings offenbaren aber zahlreiche Kampagnen, erinnert sei nur an den Slogan #MeToo, eine mutmaßlich über Jahrzehnte geduldete Schattenwelt. Durchstöbert man die unter dem genannten Stichwort vielfach gelisteten Kommentare wird eins klar: Tatort ist häufig der Arbeitsplatz. Unklar ist aber, und das machen die Kommentatoren und Kommentatorinnen deutlich, wo überhaupt die Grenzen von gerade noch gesellschaftlich akzeptiert, sozial geächtet und schließlich strafbarem Verhalten verlaufen. Beginnt sexuelle Belästigung schon bei einem verschämten Blick ins offenerzige Dekolleté der Kollegin, darf man ihr wohl noch ein Kompliment machen, schadet die „zufällige“ Berührung oder begibt man sich damit schon in einen Bereich, über dem das Damoklesschwert des Strafrechts schwebt? Das subjektive Empfinden ist hier von einer Diversität geprägt, die auch den rechtlich instruierten Leser ins Grübeln geraten lässt. Im als **Anlage 4** übersandten Beitrag aus ArbRAktuell 2018, 59 von RA Björn Krug und RA Simone Weber soll daher versucht werden, die sicherlich fließenden Grenzen zur Strafbarkeit auszuloten und anhand von Beispielen zu verdeutlichen.

22. Was ist bei privaten Elektrogeräten am Arbeitsplatz zu beachten?

Aus haufe.de 21.02.2018

Ob Wasserkocher im Winter, Ventilator im Sommer oder das ganze Jahr über die Kaffeemaschine: Mitarbeiter bringen nicht selten eigene Elektrogeräte mit an den Arbeitsplatz. Doch so einfach geht das nicht! Wer sein Teewasser selbst kochen will, muss davor die Erlaubnis beim Arbeitgeber einholen. Denn sobald das Gerät im Unternehmen zum Einsatz kommt, zählt es laut Betriebssicherheitsverordnung (BetrSichV) zu den Arbeitsmitteln und für die ist der Arbeitgeber verantwortlich. Er bezahlt ja auch den Strom, mit dem die Elektrogeräte betrieben werden. Zu den typischen privaten Elektrogeräten, die gerne an den Arbeitsplatz mitgebracht werden, gehören u. a. Kaffeemaschine, Wasserkocher, Ventilator oder Radio, immer häufiger aber auch Ladegeräte für Smartphones oder E-Bikes. Auch hier sollte darauf geachtet werden, dass nur funktionstüchtige Geräte ohne technische Mängel zum Einsatz kommen. Private Elektrogeräte, wie die Kaffeemaschine sind nicht ohne. Auch an sie muss beim Brandschutz gedacht werden. Die Unfallkasse Berlin (UKB) rät zu einem generellen achtsamen Umgang. Denn Kleingeräte gehören durch Kurzschlüsse oder Schmelzbrände zu den Brandgefahren Nummer eins. Kaffeemaschine und Wasserkocher zählen wie Computer, Drucker, Staubsauger oder Verlängerungskabel zu den ortsveränderlichen elektrischen Betriebsmitteln, da sie leicht von einem Platz zu einem anderen gebracht werden können und/oder während des Betriebes

bewegt werden. Sie müssen regelmäßig vom Fachmann überprüft werden. Wer darf elektrische Geräte prüfen?

Eine Elektrofachkraft (EFK) darf elektrotechnische Betriebsmittel planen, installieren und prüfen. Durch eine Ausbildung im elektrotechnischen Bereich oder durch eine entsprechende Fortbildung nach mindestens 2-jähriger Tätigkeit kann die EFK Gefahren durch elektrotechnische Betriebsmittel einschätzen.

Eine verantwortliche Elektrofachkraft (VEFK) darf zusätzlich z. B.

- Betriebs- und Arbeitsanweisungen erstellen,
- den ordnungsgemäßen Zustands elektrischer Maschinen, Anlagen und Betriebsmittel sicherstellen sowie
- Mitarbeiter unterweisen und belehren.

VEFK kann ein Techniker, Meister, Ingenieur, Bachelor oder Master der Elektrotechnik sein.

Dieser muss nicht im Unternehmen angestellt sein. Fallen entsprechende Aufgaben an, kann die VEFK auch als externe Fachkraft für den Betrieb bestellt werden.

Elektrotechnisch unterwiesene Personen (EuP) dürfen nur Aufgaben übernehmen, für die sie geschult sind und die ihnen von einer Elektrofachkraft übertragen wurden, wie z. B. Leuchtmittel austauschen oder einfache Mess- und Prüfarbeiten durchführen.

Die Aufgaben sind von der EuP unter Leitung und Aufsicht einer Elektrofachkraft durchzuführen. Diese muss nicht die ganze Zeit anwesend sein. Sie muss die Arbeiten allerdings in angemessenen Zeitabständen kontrollieren.

In bestimmten Tätigkeitsfeldern gibt es außerdem die Elektrofachkraft für festgelegte Tätigkeiten (EFKffT oder EFT). So kann z. B. eine Fachkraft für Kucheneinbauten eine zusätzliche Qualifikation in Theorie und Praxis inklusive Abschlussprüfung absolvieren, die es ihr erlaubt, einen Elektroherd anzuschließen.

23. Fürsorgepflichten des Arbeitgebers - eine Übersicht

Baustellen ohne Gerüst oder Hantieren mit krebserregenden Gefahrstoffen ohne Atemschutzmasken sind massive Gefährdungen der Arbeitnehmer. Dabei verletzt der Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht. Welche Fürsorgepflichten gibt es und wo sind sie geregelt? Der Arbeitgeber ist im Rahmen des bestehenden Arbeitsverhältnisses zum Schutz von Leben und Gesundheit der für ihn tätigen Arbeitnehmer verpflichtet. Sowohl öffentlich-rechtliche als auch privatrechtliche Arbeitsschutzbestimmungen sind dabei zu beachten.

Öffentlich-rechtliche Fürsorgepflichten ergeben sich insbesondere aus folgenden Rechtsquellen:

- •Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG),
- •Arbeitssicherheitsgesetz (ASiG),
- •Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) und
- •dem Regelwerk der Berufsgenossenschaften.

Beispiele für öffentlich-rechtliche Fürsorgepflichten des Arbeitgebers sind:

- •den Beschäftigten ermöglichen, sich je nach den Gefahren für ihre Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit regelmäßig arbeitsmedizinisch untersuchen zu lassen (§ 11 ArbSchG),
- •Beurteilung der für die Beschäftigten mit ihrer Arbeit verbundenen Gefährdung (§ 5 Abs. 1 ArbSchG),
- •die Beschäftigten über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit ausreichend und angemessen unterweisen (§ 12 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG).

Beispiele für privatrechtliche Fürsorgepflichten des Arbeitgebers sind:

- •Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten und
- •Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, dass der Arbeitnehmer gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, wie die Natur der Dienstleistung es gestattet.

Dabei sind selbstverständlich auch die öffentlich-rechtlichen Vorgaben zu beachten. Der Arbeitgeber hat darüber hinaus grundsätzlich auch einer gesundheitsschädigenden Überanstrengung der Arbeitnehmer entgegen zu wirken.

Die Verpflichtung, die erforderlichen Schutzmaßnahmen zu ergreifen, kann nicht aufgehoben oder beschränkt werden, auch nicht im Rahmen eines Arbeitsvertrags, (§ 619 BGB).

Ist dem Arbeitgeber eine gesundheitlich bedingte Minderung der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers bekannt, muss er dies unter dem Gesichtspunkt der Fürsorgepflicht berücksichtigen.

- •Der Arbeitgeber darf dem Arbeitnehmer z. B. keine Arbeiten zuweisen, die dieser aufgrund eines vorgelegten ärztlichen Attests nicht ausüben darf.
- •Je gravierender ein möglicher Schaden für Arbeitnehmer sein kann, umso stärkere Schutzmaßnahmen muss der Arbeitgeber ergreifen, um einen etwaigen Schadenseintritt zu verhindern.

Verstößt der Arbeitgeber gegen seine Fürsorgepflichten, kommen seitens des Arbeitnehmers grundsätzlich folgende Reaktionsmöglichkeiten in Betracht:

- •Recht auf Zurückbehaltung der Arbeitsleistung
- •Klage auf Herstellung eines ordnungsgemäßen Zustands,
- •Anzeige bei der zuständigen Aufsichtsbehörde,
- •Inanspruchnahme des allgemeinen arbeitsschutzrechtlichen Entfernungsrechts bei unmittelbarer erheblicher Gefahr.

Kommt es wegen Verletzung der Fürsorgepflicht oder einer Schutzvorschrift zu einem Unfall besteht Anspruch auf Ersatz des Personenschadens, wenn die Gesundheit oder das Leben des Arbeitnehmers verletzt ist.

Selbstverständlich kann der Arbeitnehmer auf Verstöße des Arbeitgebers auch durch eine eigene Kündigung reagieren. Ob insoweit ggf. sogar eine außerordentliche fristlose Kündigung ohne voran gegangene Abmahnung durch den Arbeitnehmer in Betracht kommt, muss im Einzelfall geprüft werden. Entsprechendes gilt für die Frage, ob der Arbeitnehmer durch seine Eigenkündigung ggf. sozialversicherungsrechtliche Nachteile erleidet (z. B. Verhängung einer Sperrzeit bei dem Bezug von Arbeitslosengeld durch die Agentur für Arbeit).

Bei einem Arbeitsunfall oder einer Berufskrankheit, besteht der Anspruch auf Grund eines gesetzlichen Haftungsausschlusses (§ 104 SGB VII) regelmäßig gegenüber der zuständigen Berufsgenossenschaft. Etwas anderes gilt jedoch, wenn der Arbeitgeber den Schaden vorsätzlich herbeigeführt hat. In diesem Fall gilt der Haftungsausschluss nicht. Der Arbeitgeber haftet unmittelbar.

24. Anrufungsauskunft nach § 42e EStG – Neues BMF-Schreiben vom 12.12.17

Angesichts des eher komplizierten Lohnsteuerrechts ist es für den Arbeitgeber ratsam, sich vor unnötigen Haftungsrisiken zu schützen und sich bereits im Vorfeld einer Lohnsteueraußenprüfung gegen mögliche Steuernachforderungen und die Haftungsinanspruchnahme durch das Finanzamt abzusichern. In diesem Zusammenhang hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, eine Anrufungsauskunft nach § 42d EStG bei seinem zuständigen Betriebsstättenfinanzamt einzuholen. Mit [BMF-Schreiben vom 12.12.17](#) stellt das Bundesfinanzministerium die Rahmenbedingungen der sog. Anrufungsauskunft übersichtlich dar. Das neue BMF-Schreiben ersetzt das BMF-Schreiben vom 18.02.11 und äußert sich zu den Besonderheiten, die bei einer Anrufungsauskunft zu beachten sind. Im Einzelnen wird klargestellt, welcher Personenkreis berechtigt ist, eine Anrufungsauskunft zu stellen, welches Finanzamt zuständig ist und welche Form eine Anrufungsauskunft haben muss. Darüber hinaus äußert sich das BMF-Schreiben zu den anwendbaren Rechtsvorschriften, zur Bindungswirkung sowie der gerichtlichen Überprüfung einer Anrufungsauskunft sowie der zeitlichen Anwendung des BMF-Schreibens.

Rechtsgrundlage für eine Anrufungsauskunft ist § 42e EStG. Danach hat das Betriebsstättenfinanzamt auf Anfrage des Arbeitgebers bzw. des Steuerberaters Auskunft zu geben, ob und inwieweit im jeweiligen Einzelfall die Vorschriften über die Lohnsteuer anzuwenden sind.

Eine Anrufungsauskunft entfaltet grundsätzlich Bindungswirkung für alle Beteiligten, also nicht nur für das Betriebsstättenfinanzamt und dem Arbeitgeber, sondern darüber hinaus nach höchstrichterlicher Rechtsprechung auch für den betroffenen Arbeitnehmer.

Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn sich zu einem späteren Zeitpunkt herausstellt, dass sich das Finanzamt geirrt hat oder ein vergleichbarer Sachverhalt von der Finanzverwaltung, einem Finanzgericht oder vom Bundesfinanzhof zu einem späteren Zeitpunkt anders gewürdigt worden ist.

Die Bindungswirkung für die Vergangenheit bleibt grundsätzlich erhalten, solange die Anrufungsauskunft nicht vom Finanzamt widerrufen wird oder sich die Gesetzeslage ändert. Wenn das Finanzamt eine Anrufungsauskunft widerruft, bleibt die Bindungswirkung für die Vergangenheit erhalten; für künftige Zeiträume entfaltet die Anrufungsauskunft aufgrund des Widerrufs jedoch keine Bindungswirkung mehr. Der Streit, unter welchen Voraussetzungen Arbeitgeberleistungen als zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn geleistet gelten, geht weiter.

25. Wettbewerbsrechtliche Compliance verstehen

Es ist unerlässlich für jedes Unternehmen, die wesentlichen Prinzipien des Wettbewerbsrechts zu verstehen – und zwar bei jeder Entscheidung über Strategie, Preispolitik, Vertriebskanäle und andere unternehmerische Themen. Ein unternehmensinternes Regelwerk für rechtskonformes Verhalten – die Compliance – kann Vorgesetzten und Mitarbeitern helfen, Verstöße zu vermeiden.

Die Folge eines Wettbewerbsverstoßes besteht nicht nur in der Nichtigkeit von Verträgen und dem Ausschluss von der Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen. Vielmehr setzt sich das Unternehmen hohen Bußgeldern, Schadensersatzforderungen und in einigen Ländern auch der strafrechtlichen Verfolgung einzelner Mitarbeiter aus. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Verstoß von einem großen oder kleinen Unternehmen zu verantworten ist.

Für die betroffenen Unternehmen und ihre Mitarbeiter ist es oftmals schwer zu erkennen, dass sie wettbewerbsrechtliche Vorschriften verletzen. Ist von den Betroffenen ein wettbewerbsrechtlich relevantes Verhalten identifiziert worden, stellt sich außerdem die Frage, wie damit zu verfahren ist. Ein Compliance-Regelwerk kann Unternehmen helfen, wettbewerbsrechtlich relevantes Verhalten zu erkennen, Fehlritte zu vermeiden und mit einem Verstoß richtig umzugehen.

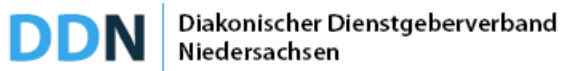
Wird ein Compliance-Regelwerk geschaffen, muss es individuell auf jedes einzelne Unternehmen angepasst werden. Es muss sichergestellt werden, dass einerseits Verstöße frühzeitig erkannt und beseitigt werden können, aber andererseits die freie wirtschaftliche Betätigung nicht über die Maßen eingeschränkt wird.

Was typische Verstöße gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften sind, zeigt ein Leitfaden von BusinessEurope ([Download hier](#)). Der europäische Dachverband des BDI beantwortet, welche wesentlichen Bestandteile ein Compliance-Regelwerk aufweisen sollte und wie ein solches Regelwerk auch in kleinen und mittleren Unternehmen implementiert werden kann.

Ich verabschiede mich mit den besten Wünschen für einen angenehmen Frühling.

Mit freundlichen Grüßen

Robert Johns
Geschäftsführer



Homepage: www.ddniedersachsen.de

- Geschäftsstelle -

Ebhardtstraße 3 A, 30159 Hannover

Tel. : 0511 - 3604 112

e:mail: robert.johns@diakonie-nds.de