



Werte Mandantinnen, werte Mandanten,  
geneigte Leserinnen, geneigte Leser,

seit dem 01.01.2015 ist das Mindestlohngesetz in Kraft. Es hat nicht nur dafür gesorgt, dass die Gerichte beschäftigt wurden, sondern auch, dass die Finanzkontrolle „Schwarzarbeit“ gut zu tun hatte. Im Jahr 2015 wurden insgesamt 2.847 Ermittlungsverfahren wegen Verstoßes wegen Nichtgewährung von Mindestlöhnen, davon 2.061 wegen Nichtgewährung branchenspezifischer Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz eingeleitet. 705 Verfahren wurden wegen Nichtgewährung des gesetzlichen Mindestlohnes nach dem Mindestlohngesetz initiiert und 81 Verfahren wegen Verstoßes gegen die Lohnuntergrenze nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Nach Aussage der Bundesregierung ist die Kontrolle des gesetzlichen Mindestlohnes unverändert eine der vordringlichsten und strategisch wichtigen Aufgaben und Ziele der Zollverwaltung. Für die Haushaltsjahre 2017 bis 2022 wurden bereits 1.600 zusätzliche Planstellen genehmigt und zur Erhöhung der Prüfungsdichte wurden zusätzlich im Jahr 2016 fertig ausgebildete Nachwuchskräfte, die für andere Arbeitsbereiche der Zollverwaltung vorgesehen waren, in die Finanzkontrolle „Schwarzarbeit“ (FKS) umgeleitet. Trotz der behördlichen Personalanforderungen zur Bewältigung der Flüchtlingsangelegenheiten zeigt diese Personalmaßnahme den Nachdruck, den die Verwaltung in die Überprüfung der Einhaltung der Mindestlohnvorschriften legt.

Ähnliches gilt im Bereich der Sozialversicherung. Schon seit längerer Zeit ist festzustellen, dass die Sozialversicherungsprüfungen sich nicht lediglich mit Lohnsummenabgleichen zufriedengeben, sondern sich ganz vertieft mit allen Vertragsverhältnissen beschäftigen, die Rückschlüsse auf eine Scheinselbständigkeit geben können. Im Rahmen der Finanzkontrolle „Schwarzarbeit“ gelangt aufgrund des Datenaustausches der sozialversicherungsrechtliche Status von Scheinselbständigen und arbeitnehmerähnlich Selbständigen vermehrt auf den Prüfstand, ebenso wie die Thematik des Missbrauches von Werkverträgen, insbesondere bei Leiharbeit. Zu Letzterem gibt es einen ersten Gesetzentwurf, der am 01.06.2016 verabschiedet wurde.

Es ist dringend angeraten, eine Überprüfung eventuell nicht eindeutig definierbarer Vertragsverhältnisse vorzunehmen, bzw. vornehmen zu lassen. Unterlassene Überprüfungen oder Fehler bei der Prüfung solcher Vertragsverhältnisse können zu erheblichen Nachforderungen führen, ganz abgese-



hen davon, dass es dringend zu empfehlen ist, behördliche Ermittlungsverfahren zu vermeiden.

Die Mindestlohnkommission, die zuständig ist für die Anpassung der Höhe des Mindestlohns, hat erstmals nach Einführung des Mindestlohngesetzes eine Mindestlohnüberprüfung vorgenommen. Dabei wurde die Erhöhung der Tariflohnentwicklung in den 18 Monaten seit Inkrafttreten des Gesetzes untersucht. In diesem Zeitraum haben sich die tariflichen Stundenlöhne um 3,2% erhöht. Ausgehend von diesem Parameter hat die Kommission eine Anhebung des Mindestlohns um € 0,34 empfohlen, so dass mit Wirkung ab dem 01.01.2017 der Mindestlohn voraussichtlich € 8,84 brutto je Zeitstunde betragen wird. Bei Budgetierungen und Finanzplänen ist dies gegebenenfalls zu beachten.

Hinweisen wollen wir noch auf das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten und zur Durchführung der Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten. Dieses seit 20.02.2016 geltende Gesetz hat den Zweck, außegerichtliche Streitigkeiten durch eine vom Gesetz anerkannte private Verbraucherschlichtungsstelle beizulegen. Eine solche Verbraucherschlichtungsstelle führt auf Antrag eines Verbrauchers entsprechende Verfahren durch. Voraussetzung ist aber, dass ein Verbrauchervertrag Gegenstand des Streits ist. Arbeitsrechtliche Auseinandersetzungen können über eine Verbraucherschlichtungsstelle nicht befriedet werden.

Wir wünschen Ihnen sonnige Tage und für Ihren anstehenden Sommerurlaub beste Erholung.

In gewohnter Weise finden Sie nachstehend einige aktuelle, praxisrelevante und lesenswerte Entscheidungen.

Ihr Loof-Team



## Rechtsprechung:

### **Arbeitsrecht**

1)

In einer Entscheidung vom 22.10.2015 hat sich das Bundesarbeitsgericht mit einer Änderungskündigung befasst. Eine solche hat ein Arbeitgeber gegenüber einem Arbeitnehmer ausgesprochen, weil dieser aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage gewesen sein soll, als Croupier in stehender Position am Tisch eines American Roulette zu arbeiten. Der Arbeitnehmer hatte ein ärztliches Attest vorgelegt, welches ausführte, dass er „nicht in der Lage sei, aufgrund der anerkannten Behinderung in stehender Position am American Roulette/Roulette-Tisch bis auf Weiteres zu arbeiten“. Für den Arbeitgeber war dies Veranlassung, eine Änderungskündigung auszusprechen. Gemäß dem Änderungsangebot sollte der Arbeitnehmer künftig als Croupier arbeiten und zwei Gehaltsstufen tiefer eingruppiert sein. Nach Einholung der Zustimmung des Integrationsamts aufgrund der Gleichstellung des Mitarbeiters und Anhörung des Betriebsrats wurde die Änderungskündigung mit der vorstehenden Maßgabe ausgesprochen. Der Kläger hatte hiergegen Änderungschutzklage eingereicht und darauf verwiesen, dass auch aufgrund des ärztlichen Attestes er nur vorübergehend nicht in der Lage sei, stehend zu arbeiten, im Übrigen habe seine Tätigkeit jederzeit allen Anforderungen der Gehaltsgruppe 1 entsprochen. Es hätten ferner auch Möglichkeiten bestanden, eventuelle Leistungshindernisse zu beseitigen und ein BEM sei (unstreitig) nicht durchgeführt worden. Dem ist die Arbeitgeber mit der Begründung entgegen getreten, dass der Kläger seit vielen Jahren nicht mehr uneingeschränkt eingesetzt gewesen sei und eine Besserung seines Gesundheitszustandes nicht absehbar gewesen sei. Eines Präventionsverfahrens habe es nicht bedurft.

Sowohl die erste wie die zweite Instanz haben die Änderungschutzklage des Klägers als unbegründet zurückgewiesen. Anders hat das BAG entschieden, welches befand, dass eine gravierende Störung des Äquivalenzgefüges nicht vorgelegen habe. Es hat ausgeführt, dass betriebliche Interessen durch die verstärkte Heranziehung anderer Mitarbeiter nicht zu einer konkreten Störung des Betriebsfriedens geführt habe. Der Umstand, dass die gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Klägers die Ausübung des Direktionsrechts eingeschränkt hätten, stelle keine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Belange dar. Im Übrigen habe auch die Beklagte nicht dargetan, dass eine „Low-Performance“ wegen der eingeschränkten Einsetzbarkeit zu verzeich-



nen gewesen sei. Die nachstehenden Orientierungssätze verdeutlichen noch einmal die Entscheidung des BAG, wobei möglicherweise ein anderes Ergebnis zu verzeichnen gewesen wäre, wenn es dem Arbeitgeber gelungen wäre, betriebliche Beeinträchtigungen im Einzelnen darzulegen und zu beweisen.

- „ 1. Eine ordentliche Änderungskündigung kann sozial gerechtfertigt sein, wenn die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers krankheitsbedingt gemindert ist und seine verbliebene Arbeitsleistung die berechtigten Erwartungen des Arbeitgebers von der Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen in einem Maße unterschreitet, dass diesem ein Festhalten an dem (unveränderten) Arbeitsvertrag unzumutbar ist. Dafür bedarf es einer gravierenden Störung des Äquivalenzgefüges. Eine lediglich geringfügige – qualitative oder quantitative – Minderleistung reicht nicht aus.*
- 2. Das gilt auch im Anwendungsbereich einer tarifvertraglichen Regelung, die für die Zuweisung einer „Position“, nach der sich die Höhe der Vergütung bemisst, voraussetzt, dass der Arbeitnehmer im Rahmen der Position bzw. der ihr entsprechenden Tätigkeit in bestimmtem Umfang „einsetzbar“ ist. Eine solche Regelung kann grds. nicht dahin verstanden werden, dass die „Einsetzbarkeit“ und damit die Berechtigung zum Innehaben der fraglichen Position unmittelbar vom gesundheitlichen Leistungsvermögen des Arbeitnehmers abhängen soll.“  
(BAG, Urteil vom 22.10.2015 – 2 AZR 550/14)*

2)

Es kommt nicht selten vor, dass Arbeitnehmer in Begleitung eines Betriebsratsmitgliedes beim Arbeitgeber vorsprechen und beispielsweise Anregungen oder Beschwerden einbringen. Der jeweilige Arbeitnehmer darf sich hierbei auf § 82 BetrVG berufen, der ein Anhörungs- und Erörterungsrecht dem Arbeitnehmer zubilligt. Die Berechtigung zu solchen Gesprächen ein Betriebsratsmitglied hinzuzuziehen, ergibt sich aus § 82 Abs. 2 Satz 2 BetrVG. In dem vom LAG Hessen entschiedenen Fall hatte ein Arbeitgeber, der offensichtlich aus seiner Sicht zu häufig mit solchen Gesprächen konfrontiert war, an ein Betriebsratsmitglied eine Email versandt, die folgenden Inhalt hatte:

*„Sollten Sie unangemeldet, also ohne die Gesprächspartner der Arbeitgeberseite vorab darüber zu informieren, zu Personalgesprächen im Sinne von § 82 BetrVG erscheinen, werden wir die Termine nicht mehr wahrnehmen bzw. sofort abbrechen. Für Sie bedeutet das zugleich, dass – in Kenntnis unserer Einschätzung – Anfahrt und (geplante Teilnahme) an solchen Terminen nicht erforderlich im Sinne von §§ 37, 40 BetrVG sind. Für solche Reisen entfallende Arbeitszeiten und entstehende Kosten werden wir daher nicht ersetzen.“*



Das hiervon betroffene Betriebsratsmitglied sah in diesem Hinweis eine Behinderung in der Betriebsratsarbeit und verlangte im Rahmen eines Beschlussverfahrens die Unterlassung. In zweiter Instanz hat das LAG Hessen unter Aufhebung des arbeitsgerichtlichen Urteils den nachstehenden Leitsatz festgelegt:

*„Der Arbeitgeber kann die Durchführung von Personalgesprächen im Sinne von § 82 BetrVG nicht davon abhängig machen, dass die seitens des Arbeitnehmers gewünschte Teilnahme eines Betriebsratsmitglieds durch den Beschäftigten oder das Betriebsratsmitglied vorher angekündigt wird. Ebenso darf der Arbeitgeber die Vergütung der für ein solches Personalgespräch erforderlichen Zeit als Betriebsratsstätigkeit nicht unter die Bedingung einer vorherigen Ankündigung der Teilnahme eines Betriebsratsmitglieds stellen.“*

*(LAG Hessen, Beschluss vom 07.12.2015, 16 Ta BV 140/15 DB 16 1138)*

3)

Die Turbo- oder Sprinterklausel wird häufig in gerichtlichen oder auch außergerichtlichen Vergleichen verwendet. Gemäß einer solchen Klausel wird einem Arbeitnehmer das Recht zu einem frühzeitigen Ausscheiden gegen Zahlung einer zusätzlichen Abfindung, die in der Regel in dem ersparten Betrag liegt, der vom Arbeitgeber bis zur ursprünglichen rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu zahlen gewesen wäre, zusätzlich als Abfindung gewährt. Häufig lautet eine solche Klausel wie folgt:

*„Der Arbeitnehmer ist berechtigt, das Arbeitsverhältnis mit einer Ankündigungsfrist von 2 Wochen zum Monatsende vorzeitig durch Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber zu beenden.“*

Das BAG hat in einer Entscheidung vom 17.12.2015 das Schriftformerfordernis für die abzugebende Erklärung des Arbeitnehmers postuliert und hierzu die nachstehenden Leitsätze festgehalten:

- „1. In einem Abwicklungsvertrag kann dem Arbeitnehmer das Recht zum vorzeitigen Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis eingeräumt werden. Bei einer solchen Regelung bedürfen beide Parteien des Schutzes der grds. nicht abdingbaren Mindestkündigungsfrist des § 622 Abs. 1 BGB nicht. Dies entspricht auch dem Rechtsgedanken des § 12 KSchG.*
- 2. Die Ausübung dieses vertraglichen Rechts zur vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgt durch Abgabe einer Kündigungserklärung und unterfällt dem Formzwang des § 623 BGB.*
- 3. Eine per Telefax übermittelte Kündigungserklärung genügt nicht den Anforderungen des § 126 Abs. 1 BGB. Dabei ist unbeachtlich, dass nach Regelungen des Zi-*



*vilprozessrechts die Übermittlung von Schriftstücken durch Telekopie ausreichend sein kann."*  
(BAG, Urteil vom 17.12.2015 – 6 AZR 709/14)

4)

In der täglichen Praxis wird immer wieder die Frage gestellt, ob die Verpflichtung besteht, als Arbeitnehmer während bestehender Arbeitsunfähigkeit an einem Personalgespräch, welches der Arbeitgeber anordnet, teilzunehmen bzw. ob der Arbeitgeber berechtigt ist, einen arbeitsunfähig erkrankten Arbeitnehmer zu einem Personalgespräch zu bitten. In dem zu entscheidenden Fall ging es um die Teilnahme an einem Gespräch zum Zwecke der Durchführung eines BEM. Der Arbeitnehmer hatte sich einer entsprechenden Weisung widersetzt und der Arbeitgeber hat nach mehrfachen ergebnislosen Aufforderungen und Erteilung einer Abmahnung das Arbeitsverhältnis aus verhaltensbedingten Gründen ordentlich gekündigt. Das LAG Nürnberg hat hierzu eine praxistaugliche Entscheidung gefällt, die folgende Kernthese enthält:

*„Ein Arbeitnehmer ist generell nicht verpflichtet, während seiner Arbeitsunfähigkeit an einem vom Arbeitgeber angeordneten Personalgespräch teilzunehmen. Ob der Gesundheitszustand des Arbeitnehmers eine Teilnahme an dem Gespräch zulassen würde, ist danach unerheblich.“*  
(LAG Nürnberg, Urteil vom 01.09.2015 – 7 Sa 592/14)

5)

Eine lesenswerte Entscheidung wurde vom BAG am 23.09.2015 verkündet. Die schriftlichen Urteilsgründe wurden jetzt veröffentlicht. Es ging um eine Auszahlung eines auf einem Arbeitszeitkonto eingestellten Arbeitszeitguthabens. In diesem Falle hatte eine Klägerin, die für die Geschäftsführung des Arbeitgebers Assistenz Tätigkeiten erledigte, nach ihrem Ausscheiden € 18.000,00 als nicht vergütete Mehrarbeitsstunden geltend gemacht. Die Arbeitgeberin wies die Forderung mit der Begründung zurück, es sei kurze Zeit nach Aufnahme der Tätigkeit eine Vertrauensarbeitszeit vereinbart gewesen und damit könnten keine Ansprüche geltend gemacht werden. Darüber hinaus seien aufgrund tariflicher Regelungen die Ansprüche wegen Geltung der Ausschlussfristen verfallen. Die Arbeitgeberin hatte jedoch zu einem späteren Zeitpunkt der Mitarbeiterin einen Arbeitszeitbericht ausgehändigt, aus welchem sich ein Zeitguthaben von 414 Stunden ergab. Eine Arbeitszeiterfassung war jedoch in der Folgezeit nicht mehr vorgenommen worden und es wurden auch keine Arbeitszeitberichte der Klägerin mehr ausgehändigt. Diese listete für die Folgezeit ihre eigene Arbeitszeit auf und ist schließlich zu einer Gesamtstundenzahl von 645 Gutstunden gelangt. Das Arbeitsgericht hat die Klage zurückgewiesen, dem gegenüber hat das LAG Hamm



der Klage stattgegeben. Das BAG hat mit den nachstehenden Leitsätzen entschieden:

- „ 1. Weist der Arbeitgeber in einem Arbeitszeitkonto Guthabenstunden vorbehaltlos aus, stellt er damit das Guthaben streitlos. Eine Geltendmachung zur Wahrung von Ausschlussfristen ist in diesem Fall auch dann entbehrlich, wenn sich das Guthaben in einen Zahlungsanspruch wandelt.
2. Will der Arbeitgeber im Nachhinein den auf dem Arbeitszeitkonto vorbehaltlos zugunsten des Arbeitnehmers ausgewiesenen Saldo erheblich bestreiten, obliegt es ihm im Einzelnen darzulegen, aufgrund welcher Umstände der ausgewiesene Saldo unzutreffend sei oder sich bis zur vereinbarten Schließung des Arbeitszeitkontos reduziert habe. Erst dann hat der Arbeitnehmer vorzutragen, wann er Arbeit verrichtet oder einer der Tatbestände vorgelegen haben, der eine Vergütungspflicht ohne Arbeit regelt.
3. Berufet sich der Arbeitnehmer zur Begründung eines Anspruchs auf Abgeltung eines Zeitguthabens nicht auf ein vom Arbeitgeber geführtes Arbeitszeitkonto, sondern auf selbst gefertigte Arbeitszeitaufstellungen, hat er die den behaupteten Saldo begründenden Tatsachen im Einzelnen darzulegen. Erst wenn dies geschehen ist, hat sich der Arbeitgeber hierzu zu erklären. Dies gilt grds. auch dann, wenn der Arbeitgeber die Führung eines Arbeitszeitkontos vertragswidrig unterlassen hat.
4. Behauptet der Arbeitnehmer zur Begründung eines (abzugeltenden) Zeitguthabens, von ihm geleistete Überstunden seien in ein vereinbartes Arbeitszeitkonto einzustellen, kann er sich nicht auf die Darlegung der Überstundenleistung beschränken. Er hat als weitere Voraussetzung für eine Gutschrift die arbeitgeberseitige Veranlassung und Zurechnung, d.h. die Anordnung, Billigung, Duldung oder Erforderlichkeit der behaupteten Überstunden darzulegen.
5. Steht fest, dass eine Forderung entstanden ist, kann regelmäßig nicht angenommen werden, der Gläubiger habe sein Recht einfach wieder aufgegeben. An die Feststellung eines Verzichtswillens sind hohe Anforderungen zu stellen. Ein Erlass liegt im Zweifel nicht vor.
6. Das für eine Verwirkung erforderliche Zeitmoment kann nicht ausgelöst werden, solange das geltend gemachte Recht noch nicht besteht.“  
(BAG, Urteil vom 23.09.2015 – 5 AZR 767/13)

6)

Das BAG hat sich mit einer Entscheidung vom 20.01.2016 mit der Kündigung „zum nächst zulässigen Termin“ befasst. Gegenstand dieses gerichtlichen Verfahrens war dabei der Text einer Kündigung, der wie folgt lautete:

„Für den Fall, dass die außerordentliche Kündigung unwirksam ist, kündige ich hilfsweise vorsorglich das mit Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis ordentlich zum nächst möglichen Termin auf.“



In dem Arbeitsvertrag war in einem § 2 festgehalten, dass die Kündigungsfrist nach Ablauf der Probezeit 4 Wochen/Monate zum Monatsende beträgt. Es war noch der Hinweis abgegeben worden, dass sich, falls sich die Kündigungsfrist für den Arbeitgeber aus tariflichen oder gesetzlichen Gründen verlängert, diese Verlängerung auch für den Arbeitnehmer gilt.

Der klagende Arbeitnehmer wandte sich gegen eine Kündigung vom 22.02.2013 wegen Pflichtverletzung und hat die Unwirksamkeit sowohl der außerordentlichen Kündigung wie auch der hilfsweise vorsorglich erklärten ordentlichen Kündigung zum nächst möglichen Termin eingewandt. Das erstinstanzliche hiermit befasste Arbeitsgericht (Arbeitsgericht Wesel) hat die außerordentliche Kündigung nicht für begründet erachtet, das Arbeitsverhältnis jedoch aufgrund der vorsorglich erklärten ordentlichen Kündigung zum 31.03.2013 beendet. Es meinte, es sei die gesetzliche Kündigungsfrist aufgrund dieser Regelung für den Vertrag anzuwenden gewesen, so dass die gesetzliche Monatsfrist das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 31.03.2013 beendet hat. Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf als zweitinstanzliches Gericht hat entschieden, dass weder die außerordentliche Kündigung noch die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis beendet hat. Die hiergegen von der Beklagten eingelegte Revision war erfolgreich. Folgende Leitsätze hat hierzu das BAG festgestellt:

- „ 1. Eine Kündigung muss als empfangsbedürftige Willenserklärung so bestimmt sein, dass der Empfänger Klarheit über die Absichten des Kündigenden erhält. Der Kündigungsadressat muss auch erkennen können, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis aus Sicht des Kündigenden beendet sein soll. Im Fall einer ordentlichen Kündigung genügt regelmäßig die Angabe des Kündigungstermins oder der Kündigungsfrist.
2. Eine Kündigung „zum nächst zulässigen Termin“ ist möglich, wenn dem Erklärungsempfänger die Dauer der Kündigungsfrist bekannt oder für ihn bestimmbar ist. Letzteres ist der Fall, wenn die rechtlich zutreffende Frist für den Kündigungsadressaten leicht feststellbar ist und nicht umfassende tatsächliche Ermittlungen oder die Beantwortung schwieriger Rechtsfragen erfordert. Die maßgebliche Kündigungsfrist kann sich aus Angaben im Kündigungsschreiben oder aus einer vertraglich in Bezug genommenen tariflichen Regelung ergeben.
3. Wird eine ordentliche Kündigung nicht isoliert erklärt, sondern nur hilfsweise für den Fall der Unwirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung, ist der Kündigungsempfänger nicht im Unklaren darüber, wann das Arbeitsverhältnis nach der Vorstellung des Kündigenden enden soll. Die Beendigung soll dann offensichtlich bereits mit Zugang der fristlosen Kündigung erfolgen. Unter diesen Umständen kommt es nicht darauf an, ob es dem Kündigungsempfänger ohne





*Schwierigkeiten möglich ist, die Kündigungsfrist der hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung zu ermitteln."*

*(BAG, Urteil vom 20.07.2016 – 6 AZR 782/14; LAG Düsseldorf, Urteil vom 28.08.2014 – 5 Sa 1251/13)*

7)

Bei der Erstellung von Sozialplänen ist Vorsicht geboten. Es muss insbesondere gewährleistet sein, dass keine Benachteiligungen wegen einer Behinderung unmittelbar oder mittelbar eintreten. Das BAG hat zu der nachstehenden Abfindungsklausel mit einer jetzt veröffentlichten Entscheidung vom 17.11.2015 Stellung bezogen. In dieser zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ausgehandelten Betriebsvereinbarung gab es einen § 2, der unter Bestimmung einzelner Faktoren Abfindungsansprüche berechnete. Als maximaler Abfindungsbetrag waren dabei € 65.000,00 festgelegt gewesen. Es war ferner folgende Klausel aufgenommen:

*„Mitarbeiter, die aufgrund einer Schwerbehinderung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Rente in Anspruch nehmen können, haben keinen Anspruch auf Abfindung nach der vorstehenden Faktorenberechnung. Diese erhalten eine Abfindung in Höhe von € 10.000,00 brutto.“*

Daneben gab es für Behinderte oder Gleichgestellte noch einen Zusatzbeitrag in Höhe von € 1.000,00 brutto. Im zu entscheidenden Fall hatte ein schwerbehinderter Kläger unter Hinweis auf die Regelung vom Arbeitgeber sowohl den Zusatzbetrag in Höhe von € 1.000,00, wie auch den Betrag nach § 2 der auf € 10.000,00 begrenzt gewesen war, erhalten. Mit seiner Klage begehrte der Kläger eine weitere Abfindung gem. den festgelegten Bemessungsgrundlagen in Höhe von € 53.558,00. Er hatte die Auffassung vertreten, dass die oben genannte Klausel unwirksam sei, da er wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt werde. Das BAG hat eine Benachteiligung konstatiert und dabei folgende Orientierungssätze mitgeteilt:

- „ 1. Differenzieren die Betriebsparteien in einem Sozialplan bei der Berechnung der Abfindung für die Milderung der Nachteile aus einem Arbeitsplatzverlust wegen einer Betriebsänderung zwischen unterschiedlichen Arbeitnehmergruppen, haben sie die Diskriminierungsverbote des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zu beachten. Dazu gehört das Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung.*
- 2. Eine unmittelbar an das Merkmal der Behinderung knüpfende Ungleichbehandlung liegt vor, wenn bei der Abfindung unterschieden wird zwischen einer solchen, die sich individuell nach dem Bruttomonatsentgelt, der Betriebszugehörigkeit und einem Faktor bemisst und einem Pauschalbetrag für wegen ihrer Schwerbehinderung rentenberechtigte Arbeitnehmer.*



3. *Eine solche Sozialplangestaltung bewirkt eine unmittelbare Benachteiligung von schwerbehinderten Arbeitnehmern, denen nach der für nicht schwerbehinderte Arbeitnehmer geltenden Sozialplanbestimmung eine höhere Abfindung zustehen würde. Rechtsfolge ist, dass ein schwerbehinderter Arbeitnehmer verlangen kann, wie ein nicht schwerbehinderter Arbeitnehmer behandelt zu werden.*

*Eine an die Rentenberechtigung aufgrund der Schwerbehinderung anknüpfende Pauschalierung der Sozialplanabfindung benachteiligt schwerbehinderte Arbeitnehmer unmittelbar gegenüber nicht schwerbehinderten Arbeitnehmern, welche in gleicher Weise von dem sozialplanpflichten Arbeitsplatzverlust betroffen sind und eine höhere, nach ihren individuellen Betriebs- und Sozialdaten zu ermittelnden Sozialplanabfindung verlangen können."*

*(BAG, Urteil vom 17. 11. 2015 – 1 AZR 938/13; LAG Köln, Urteil vom 19. 11. 2013 – 12 Sa 692/13)*

8)

Bei der Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements sind gewisse Prozessschritte zu beachten, die das Gesetz vorgibt. Nun hat das LAG Schleswig-Holstein auch zu den zu erhebenden Daten und der hiermit verbundenen Unterrichtungspflicht Stellung bezogen. Folgender Leitsatz wurde hierbei aufgestellt:

- „ 1. Ein vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung unterbreitetes Angebot auf Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) ist dann nicht ordnungsgemäß, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht mitteilt, welche Daten im Sinne von § 3 IX BDSG erhoben und gespeichert werden und für welche Zwecke sie dem Arbeitgeber zugänglich gemacht werden (im Anschluss an BAG, NZA 2015, 612).*
- 2. Fehlt es an einem ordnungsgemäßen Angebot des BEM, ist der Arbeitgeber zur umfassenden Darlegung verpflichtet, warum die Durchführung eines BEM nicht erfolversprechend gewesen wäre (stRspr).“*  
*(LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 22.09.2015 – 1 Sa 48 a/15; ArbG Neumünster, Urteil vom 15.01.2015 – 4 Ca 704 c/14)*

In den Entscheidungsgründen hatte ausdrücklich das LAG ausgeführt, dass dem Arbeitnehmer mitgeteilt werden muss, welche Krankheitsdaten als sensible Daten im Sinne von § 3 Abs. 9 BDSG erhoben und gespeichert werden. Nach Meinung des Gerichts könne nur bei einer entsprechenden Unterrichtung vom Versuch der ordnungsgemäßen Durchführung eines BEM die Rede sein.



9)

Eine Entscheidung kann Ihnen nicht vorenthalten bleiben. Das Arbeitsgericht Solingen hat mit einem Beschluss vom 18.02.2016, 3 BV 15/15, entschieden, dass ein Arbeitgeber gegenüber seinem Betriebsrat eine betriebsverfassungsrechtliche Abmahnung erklären kann, wenn dieser als Gesamtgremium gegen Pflichten aus dem Betriebsverfassungsgesetz verstoßen hat.

Eine Pflichtverletzung des Betriebsrats war im vorliegenden Fall angenommen worden, weil bei der Anberaumung von Abteilungsversammlungen gegen die Vorgaben des § 43 BetrVG verstoßen wurde. Der Betriebsrat hatte sich gegen die ihm erteilte Abmahnung zur Wehr gesetzt. Im Ergebnis war er unterlegen, da seine Antragstellung als Globalantrag wegen fehlender Bestimmtheit behandelt wurde. Das Gericht führt jedoch unter Darlegung entsprechender Handlungsanweisungen im Einzelnen aus, dass zum einen eine Abmahnung gegenüber einem Betriebsratsgremium bei einem Pflichtenverstoß des Gremiums insgesamt zulässig ist und zum anderen eine betriebsverfassungsrechtliche Abmahnung immer nur dann gerechtfertigt ist, wenn das gesamte Gremium betroffen ist.

## **Handelsrecht**

Der BGH hatte über eine Vertragsklausel in einem Handelsvertretervertrag zu entscheiden, bei welcher es um ein nachvertragliches Abwerbverbot ging. Eine Finanzdienstleisterin hatte gegen einen ehemaligen Handelsvertreter Ansprüche wegen Verstöße gegen ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot geltend gemacht, verlangte insbesondere Unterlassung der Abwerbung von Kunden und wollte festgestellt wissen, dass der ehemalige Handelsvertreter durch seine Abwerbversuche schadenersatzpflichtig ist. Streitpunkt dieser Entscheidung war eine vertragliche Klausel, die folgendes nachvertragliches Abwerbverbot enthielt:

„Der Vermögensberater verpflichtet sich, es für die Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses zu unterlassen, der Gesellschaft Vermögensberater, andere Mitarbeiter oder Kunden abzuwerben oder dies alles auch nur zu versuchen.“

Der ehemalige Handelsvertreter hatte während dieser zweijährigen Karenzzeit mehrfach versucht, Kunden abzuwerben und die Gesellschaft hatte daraufhin die Unterlassung solcher Handlungen begehrt. In allen Instanzen blieb das Begehren der Finanzdienstleisterin erfolglos. Insbesondere hatte



der BGH eingehend sich mit der vertraglichen Klausel auseinander gesetzt und festgestellt, dass diese gem. § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist. Mit dieser Klausel werde der (ehemalige) Handelsvertreter unangemessen benachteiligt, weil nicht klar sei, ob mit dem Begriff des „Kunden“ nur solche gemeint sind, die direkt mit der Finanzdienstleisterin Verträge abgeschlossen haben und nicht etwa auch solche, die mit Partnerunternehmen Verträge abschlossen, ferner, ob sich die genannten „Kunden“ nur auf die Kunden beziehen, die auf Vermittlung des ehemaligen Handelsvertreters zu solchen geworden sind oder ob sich das Abwerbverbot auch auf Personen erstreckt, die erst nach Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses Verträge mit der Finanzdienstleisterin bzw. ihren Partnerfirmen abgeschlossen haben. Als weiterer Unwirksamkeitsgrund wurde festgestellt, dass das Abwerbverbot nicht erkennen lasse, ob es sich nur auf das Ausspannen im Weg einer vorzeitigen Beendigung bestehender Verträge erstreckt oder auch auf die Vermittlung zusätzlicher, im Wettbewerb mit Produkten der Finanzdienstleisterin stehender Produkte. Die fehlende Transparenz führte damit zur Unwirksamkeit des nachvertraglichen Abwerbverbots, wobei sich der BGH nicht darüber ausließ, ob das nachvertragliche Verbot etwa deshalb zusätzlich unwirksam bzw. unverbindlich ist, weil eine Karenzentschädigung nicht vereinbart war.

Jeder, der von solchen Vertragsklauseln betroffen ist, sollte sein Handeln an dieser Rechtsprechung ausrichten.

### **Verkehrsrecht**

Das Oberlandesgericht Oldenburg hat eine neue Variante der Handynutzung im Straßenverkehrsrecht geliefert. Gegenstand dieser Entscheidung war die Frage, ob eine Benutzung im Sinne des § 23 Abs. 1 StVO vorliegt, wenn ein Kfz-Führer ein Mobiltelefon hält, um es mit dem Ladekabel im Fahrzeug zum Laden anzuschließen. Das Amtsgericht hatte den Verkehrsteilnehmer wegen vorsätzlich verbotener Benutzung eines Mobiltelefons zu einer Geldbuße von € 60,00 verurteilt. Die eingelegte Rechtsbeschwerde wurde vom Oberlandesgericht Oldenburg zurückgewiesen. Es meinte, dass schon das Ergreifen des Telefons einen Verstoß gegen § 23 StVO darstellt. Ein Bezug zu der bei der Fahrt verbotenen Nutzung ist schon dann anzunehmen, wenn der Verkehrsteilnehmer das Gerät nicht nur als Gegenstand weglegen will, sondern mit dem Ziel einer Nutzung in die Hand nimmt. Ob das Aufladen eines Mobiltelefons ein Nutzungsvorgang ist, wird dabei angenommen (vgl. OLG Oldenburg, Beschluss vom 07.12.2015, 2 Ss (OWi) 290/15).