

Arbeit und Recht

ISSN 0003-7648

02/2020

Februar 2020, 68. Jahrgang

Herausgeber

Deutscher Gewerkschaftsbund

Geschäftsführender Herausgeber

RA Wolfgang Apitzsch

Redaktion

Frank Siebens (Verantwortlicher Redakteur)

Marco Veeck (Redakteur)

Prof. Dr. Thorsten Keiser (Redakteur für Rechtsgeschichte)

Andrea Baczyk (Assistenz)

Leslie Schilling (Koordination im Verlag)

Anschrift der Redaktion

c/o DGB Rechtsschutz GmbH

Wilhelm-Leuschner-Str. 81, 60329 Frankfurt/Main

Tel. 0 69/35 35 17 15 8, Fax 0 69/35 35 17 17 1

E-Mail: arbeitundrecht@bund-verlag.de

Verleger

Bund-Verlag GmbH

Geschäftsführer

Rainer Jöde

Geschäftsbereich Zeitschriften

Bettina Frowein

Anschrift des Verlages

Bund-Verlag GmbH

Hedderheimer Landstraße 144

60439 Frankfurt/Main

(ladungsfähige Anschrift)

Tel.: 0 69/79 50 10-0, Fax 0 69/79 50 10-18

Leser- und Aboservice, Helpdesk AuR-Online

Bund-Verlag GmbH, 60424 Frankfurt/Main

Tel. 0 69/79 50 10-96, Fax 0 69/79 50 10-12

E-Mail: abodienste@bund-verlag.de

Anzeigen

Peter Beuther (verantwortlich)

Thorsten Kauf

Tel. 0 69/79 50 10-602

Fax 0 69/79 50 10-12

thorsten.kauf@bund-verlag.de

Es gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 21, gültig ab 01.01.2020

Arbeit und Recht erscheint 11 x im Jahr einschließlich Online-Version, Online-Archiv und 6 x jährlich Zeitschrift für Soziales Recht Jahresbezug einschließlich Mehrwertsteuer 210,00 €. Einzelheft 18,60 €

Ausland 210,00 € zzgl. Versandkosten;

Vorzugspreis für Studenten und Referendare 98,40 €

Institutionspreis (inkl. IP-Adresse für Online-Nutzung)

274,80 €

zzgl. Versandkosten

Abbestellungen mit einer Frist von 6 Wochen zum Jahresende.

Die zur Abwicklung des Abonnements erforderlichen Daten werden nach den Bestimmungen der DSGVO und des BDSG verwaltet.

Namentlich gekennzeichnete Beiträge geben nicht unbedingt die Meinung der Herausgeber, des Verlegers oder der Redaktion wieder.

Urheber- und Verlagsrechte

Alle in dieser Fachzeitschrift veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages.

Umschlag und Layout

Ute Weber, Geretsried

Druckvorstufe und Druck

Druckvorstufe: Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

Druck: Druckerei Marquart GmbH, Aulendorf

Arbeit und Recht ist deutsches Mitglied der

International Association of Labour Law Journals
Publications Around the World

www.labourlawjournals.com

AuR AuR 2 ■ 2020

100 Jahre Betriebsrätegesetz – Vorwärts, und nicht vergessen

Am 4.2.1920 trat das Betriebsrätegesetz (BRG) in Kraft. Ein wichtiger Schritt in Richtung der heutigen betrieblichen Mitbestimmung. Dieses 100-jährige Jubiläum ist ein Grund zu feiern! Denn wir blicken zurück auf eine Geschichte der Demokratisierung der Wirtschaft zu Gunsten der Würde der arbeitenden Menschen.

Ein Editorial kann es nicht leisten, diese 100-jährige Geschichte aufzuarbeiten. Das haben andere für uns getan – umfassend und hochinteressant (*Däubler/Kittner*, Geschichte der Betriebsverfassung, Bund-Verlag, im Erscheinen). Der Zweck des BRG ist so aktuell wie vor 100 Jahren: Ziel war es, eine demokratische Beteiligung der Bürgerinnen und Bürger nicht nur in der Politik, sondern auch in Wirtschaftsräumen sicherzustellen. Aktuelle Debatten um Demokratieverdrossenheit zeigen: Es bedarf der betrieblichen Mitbestimmung heute wie gestern. Mit ihr einher gehen – das gilt für ganz Europa – Innovationen, hohe Produktivität und geringere Ungleichheit (s. ETUI: Benchmarking Working Europe 2019, März 2019 sowie www.boeckler.de).

Der Blick zurück lehrt auch, dass Freiheitsrechte und Demokratie immer wieder neu erstritten und verteidigt werden müssen. Rechtspopulistische Kräfte – menschen- und demokratiefeindlich – sind ebenso wenig ein Ding der Vergangenheit, wie es ein Automatismus ist, dass sich eine einmal geschaffene rechtliche Ordnung nur noch weiter entwickeln kann. Nach der brutalen Unterbrechung durch den Nationalsozialismus hat die betriebliche Mitbestimmung allerdings viel Weiterentwicklung erlebt. Durch gesetzliche Reformen, aber auch in der Rechtsanwendung durch Gerichte sowie durch Wissenschaft.

Das heutige BetrVG wurde auf diese Weise im Laufe der Jahrzehnte an viele Veränderungen von Wirtschaft und Gesellschaft sowie betriebliche Realitäten angepasst. Dieser Prozess ist nicht beendet. Ganz im Gegenteil! Nicht nur, weil in der Vergangenheit Streitfragen ungelöst blieben und die letzte große Reform 2001 erfolgte. Auch wegen der faktischen Wucht der Transformation der Wirtschaft anno 2020, in der Globalisierung, Dekarbonisierung und Digitali-

Dr. Johanna
Wenkebach,
Wissenschaftliche
Direktorin, HSI,
Frankfurt/M.



sierung zeitgleich bewältigt werden müssen: Die Globalisierung schreitet weiter voran. Wo Konzerne grenzüberschreitend geleitet und immer weiter aufgespalten werden, stellen sich Fragen nicht nur in Bezug auf das Territorialitätsprinzip. Schon seit einigen Jahren diskutieren wir – auch in dieser Zeitschrift – wie »Mitbestimmung 4.0« in einer digitalisierten Arbeitswelt aussehen kann und muss. Die Realität dessen, was als Betrieb zu verstehen ist, hat sich verändert und muss erfasst werden. Insbesondere die Plattformökonomie stellt ganz praktische Fragen an die Mitbestimmung.

Zuletzt hinzugekommen ist die Frage, ob das BetrVG ausreichend gewappnet ist, um sicherzustellen, dass die Interessen der Beschäftigten vertreten werden, wenn Systeme künstlicher Intelligenz in den Betrieben eingeführt und angewendet werden. Wirtschaftliche Transformation macht Qualifizierung zu einer Schlüsselfrage für die Beschäftigungssicherung. Hier besteht Handlungsbedarf – nicht nur beim BetrVG. Aber auch wegen der anhaltenden Bekämpfungen von Betriebsratsgründungen ist aktuell eine Reform des BetrVG in der politischen Debatte. Immer noch (oder wieder?) profitieren noch viel zu wenig Beschäftigte von betrieblicher Mitbestimmung. Die abnehmende Tendenz ist erschreckend.

Es muss also ständig weiter vorwärts gehen in Sachen betrieblicher Mitbestimmung. Um die neuen Fragen der Zeit beantworten zu können und die digitalisierte Arbeitswelt auch im nächsten Jahrhundert demokratisch zu gestalten, werden wir den Blick zurück immer wieder brauchen.

Aufsätze

Rudolf Buschmann , Abbildung relevanter arbeitsrechtlicher Entwicklungen in der International Association of Labour Law Journals	52
› Kampf um die Erhaltung kollektiver Vertretungsstrukturen	52
› Mitbestimmung des Betriebsrats	54
› Arbeitsrechtsgeschichte	54
Oliver Brüchert , Hochqualifiziert und prekär – Honorarlehrkräfte in der Weiterbildung	57
› Wie »frei« sind Honorarlehrkräfte?	57
› Das ungelöste Problem der Scheinselbständigkeit	59
› Der Gesetzgeber muss handeln	63
Rüdiger Helm , Folgt Kratzer vs. R+V II?	64
› Ein Strafverfahren um § 15 Abs. 2 AGG	64
› Der deutsche Ansatz zum effet utile	67
› Kann (unions-)rechtlich gewolltes Verhalten strafbar sein?	68

Arbeit und Rechtspolitik

Bericht aus Berlin	71
Aktuelles aus Brüssel und Straßburg	73

Arbeit und Sozialrecht

Nakielski/Winkel , Leichter Zugang zum Arbeitslosengeld ab Januar 2020	75
---	-----------

Arbeit und Steuerrecht

Gamp , Neue Entfernungspauschalen und eine Mobilitätsprämie ab 2021	77
--	-----------

Personalien | Info | Termine | Gelesen

77

Rechtsprechung

Entscheidungen mit Anmerkung

BAG	1 ABR 48/17	Unterrichtung des Betriebsrats über Arbeitsunfälle von Fremdpersonal (<i>Schubert</i>)	81
EGMR	40942/14	EMRK und Mobbing (<i>Lörcher</i>)	83

Kurzmitteilungen und Pressemitteilungen

BVerfG	1 BvR 3087/14	Ungleichbehandlung eingetragener Lebenspartnerschaften bei der Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst	85
BAG	3 AZR 122/18	Betriebsrentenanpassungsprüfung – Ausschluss bei Pensionskassenrente mit Überschussbeteiligung	86
BAG	5 AZR 505/18	Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall – Einheit des Verhinderungsfalls	87
BAG	4 AZR 310/16	Gesetzlicher Übergang eines Arbeitsverhältnisses auf eine Optionskommune – arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel	87
BAG	8 AZR 511/18	Rechtskraft eines gegen die EMRK verstoßenden abweisenden Kündigungsurteils – Schadensersatz wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (<i>Buschmann</i>)	88
BAG	8 AZR 2/19	Geschlecht der Lehrkraft als zulässige berufliche Anforderung im Sportunterricht?	88
BVerwG	8 C 8.19	Kein Grundrechtsschutz für überwiegend von öffentlicher Hand getragenen Arbeitgeberverband	88
OVG Nds.	3 LD 3/19	»Dschungelcamp«: Berufung einer Lehrerin gegen ihre Entfernung aus dem Beamtenverhältnis erfolglos	89
LSG Erfurt	L 1 U 1590/18	Besuch der Cannstatter Wasen bei betrieblicher Fortbildung nicht unfallversichert	89

Leitsätze der Redaktion

Individuelles Arbeitsrecht

Beginn des Arbeitsverhältnisses

LAG Köln	5 Sa 221/19	Arbeitsaufnahme	90
BAG	7 AZR 563/17	Befristung, Hochschule	90



AuR im Netz: Auf www.arbeitundrecht.eu finden Sie alle Ausgaben der AuR seit 2005, außerdem eine Rechtsprechungsdatenbank mit Entscheidungen europäischer und nationaler Gerichte aus allen Instanzen sowie Hintergrundinformationen.

Inhalt des Arbeitsverhältnisses		
ArbG Berlin	29 CA 5451/19	Arbeitszeit, Zeiterfassungssystem, biometrische Daten
EuGH	C-168/18	Schutz der AN bei Insolvenz des AG, Zusatzversorgungseinrichtungen
ArbG Berlin	42 Ca 3229/19	Urlaub, Obliegenheit Arbeitgeber*in
Beendigung des Arbeitsverhältnisses		
LAG Düsseldorf	11 Sa 986/18	Betriebsbedingte Kündigung, Elternzeit, Betriebsstilllegung oder Betriebsübergang
LAG Düsseldorf	12 Sa 63/18	Betriebsbedingte Kündigung, Flugbetrieb, Betriebsübergang
LAG Düsseldorf	8 Sa 99/19	Druckkündigung
LAG Düsseldorf	4 Sa 134/19	Kündigung mehrere Jahre nach Beendigung einer Betriebsänderung
Kollektives Arbeitsrecht		
LAG Ba-Wü	4 Sa 40/18	Arbeitskampfrecht, Suspendierung der Friedenspflicht
BAG	10 AZR 549/18	Bauwirtschaft, Sozialkassen, Verzug
BAG	10 AZR 562/18	Bauwirtschaft, Sozialkassen, Beitragsrückzahlung
LAG Berlin-Brandenb.	17 Sa 2297/18	Ehrenamtsprinzip, Verletzung des Begünstigungsverbots
BAG	5 AZR 335/18	Ergänzungstarifvertrag, Auslegung einzelner Tarifbestimmungen
BAG	1 ABR 13/18	Gesamtbetriebsrat, Zustimmung, Einstellung
BAG	1 AZR 213/18	Tarifvorrang, Öffnungsklausel
Verfahrensrecht		
EGMR	24845/13 u.a.	Anwaltliche Meinungsfreiheit
BAG	3 AZR 251/17	Gebührenstreitwert
LAG Düsseldorf	2 Ta 242/19	Gerichtskosten, Beschwerdegebühr
LAG Düsseldorf	3 Ta 377/19	Rechtsweg, Geschäftsführer; Antragsauslegung und sic-non-Fall
BAG	10 AZR 549/18	Tatsachenvortrag, Freie Beweiswürdigung
BAG	9 AZB 19/19	Verfahrensart, Schadensersatz wegen Behinderung der BR-Arbeit
LAG Düsseldorf	4 TA 412/19	Verfahrensart, Abmahnung, Betriebsratsmitglied
Sozialrecht		
EuGH	C-450/18	Gleichbehandlung
EuGH	C-398/18 u.a.	Vorzeitige Altersrente
Arbeitsstrafrecht		
BGH	1 StR 346/18	Nicht-Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen
Steuerrecht		
BFH	VI R 32/18	Pauschalisierung, zusätzliche Leistungen
Zusammenfassungen/Abstracts		

Abbildung relevanter arbeitsrechtlicher Entwicklungen in der International Association of Labour Law Journals

Rudolf Buschmann, Kassel*

I. Kampf um die Erhaltung kollektiver Vertretungsstrukturen

Wie in allen Jahren nimmt das Kollektive Arbeitsrecht in den Zeitschriften der International Association of Labour Law Journals (IALLJ) 2017 einen ganz besonderen Schwerpunkt ein. Ungeachtet der unterschiedlichen Ausgangslagen finden sich weltweit ganz ähnliche Fragestellungen und Herausforderungen. Häufig geht es um strukturelle Änderungen in der Vertretung von AN, damit verbunden auch um neue gewerkschaftliche Strategien in einer veränderten politischen und Arbeitsumwelt. Gewisse regionale Schwerpunkte lassen sich ausmachen. Zahlreiche Abhandlungen, v. a. in südeur. Fachzeitschriften, ranken sich eher um Strukturfragen des kollektiven Verhandeln, um sich verändernde Formen und Inhalte von TV. Darin drücken sich einerseits die Folgen legislativer Eingriffe aus, andererseits veränderte gesellschaftliche Rahmenbedingungen und Produktionsformen. Weltweit geht es um Erscheinungsformen des Arbeitskampfes und die Garantie des Streikrechts. Während Tarifautonomie und Streikrecht einerseits unter erheblichem politischem Druck stehen, eröffnen sich andererseits neue Perspektiven v. a. durch die verstärkte Berufung auf internat. Menschenrechtskataloge und Rechtsvergleichung. Bei allem Aktualitätsbezug wird auch rechtstheoretischen Grundsatzüberlegungen, Verfahrensfragen und der Arbeitsrechtsgeschichte Raum gegeben.

1. Arbeitnehmer- und Gewerkschaftsvertretung – Workers and union representation

Recht grds. Reflexionen betreffen die Anwendungsbereiche des Kollektivrechts (*Freedland & Kountouris; Levannier-Gouël; Supurna Banerjee & Zaad Mahmood*), die Beziehung Individualismus-Kollektivismus (gegen das Bild einer Dichotomie *Bogg*) und schließlich *New Perspectives on Collective Labour Law, Trade Union Recognition and Collective Bargaining (Ewing & Hendy, ILJ)*. Wie das Individualarbeitsrecht sucht auch das Kollektivarbeitsrecht neue Lösungen für prekäre (*Rolland*) und non-standard Beschäftigte, denen kollektive Menschenrechte weitgehend verwehrt werden (*de Stefano*). Unterschiedliche Auffassungen bestehen über die Frage, ob dafür Gesetzgeber neue Formen kollektiven Handelns außerhalb der gewerkschaftlichen Kontextes eröffnen sollten (*Rogers & Archer; Taras*, jeweils zu Kanada). In manchen Ländern ist eine Tendenz der Verlagerung von nat. zu sektoralen, von Branchen- zu Firmentarifverträgen zu verzeichnen. Überwiegend liegen dem allerdings nicht die vor Jahren erörterten Konzepte einer betriebsnahen Tarifpolitik zugrunde. Vielmehr geht es heute überwiegend um staatlich induzierte Dezentralisierungen mit der Folge von Concession Bargaining und sich ausbreitenden tariflosen Sektoren. Die schon in der Vergangenheit bekannten Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit Gewerkschaftspluralismus führen dazu, dass der Repräsentativität einer Gewerkschaft als

jur. Kategorie verstärkt Beachtung gewidmet wird (*Pérez Infante, de Val Tena*). Die damit verbundenen offenen Fragen und Konsequenzen werden auch 2017 in unterschiedlichen Konstellationen behandelt.

2. »Reformen« des kollektiven Arbeitsrechts – Reforms of collective labour law

Das kollektive Arbeitsrecht hat gegenwärtig einen schweren Stand. Neoliberale »Reformen« versuchen mit Vehemenz, die Struktur und Ergebnisse kollektiven Verhandeln zu beeinflussen, oft iSe. tendenziellen Downsizing. Grundlegende Arbeitsrechtsreformen werden vorgestellt und analysiert bzgl. Frankreich (*Jeammaud*), Brasilien (*Cavalcanti Boucinhas Filho*), Spanien (*Bodas Martín; Carrizosa Prieto; García Jiménez*) und Italien (*Romagnoli, LD 2/17; Marco Lai, DRI*). In Spanien wurde die normative Geltung von TV durch die Novellierung in Art. 82 des Estatuto de los Trabajadores geschwächt, indem unter bestimmten Umständen Abweichungen erlaubt sind (dazu *Sáez Lara*). IdR. werden gesetzliche Strukturreformen mit einer arbeitsmarktpolitischen Zielsetzung begründet. Oft aber haben Gesetzesnovellierungen ihre angegebenen Ziele nur in beschränktem Maße erreicht. Statt dessen wurden neue Probleme aufgeworfen, so in Deutschland. Hier hat die umstrittene Novellierung zur sog. Tarifeinheit (TV einer Minderheitsgewerkschaft kommen im Betrieb nicht zur Anwendung) inzwischen eine Entscheidung des *BVerfG* (dazu *Bepler*, »Ein Zwischenurteil? – Bemerkungen zum Tarifeinheitsurteil des Bundesverfassungsgerichts«) und eine zulässige Beschwerde vor dem *EGMR* provoziert, deren Ergebnis mit Spannung erwartet wird.

3. Gewerkschaftsstrategien in einem sich verändernden Umfeld – Trade union strategies in a changing environment

Eine ganze Reihe von Artikeln werfen die Frage auf, ob die traditionellen Formen und Inhalte der kollektiven Organisation fortgeführt oder überdacht (*Sateriale*) bzw. neu definiert werden müssen. Gleichheitspostulate setzen den Gewerkschaften Bedingungen bei der Ausgestaltung der Sozialpolitik, eröffnen ihnen aber zugleich neue Aufgabefelder (*Gagne & Dupuis*). Angesichts der wirtschaftlichen Krise v. a. in südeur. Ländern wenden sich mehrere Autoren (*Valente; Baylos Grau*) der Frage zu, ob und welche Beiträge die Gewerkschaften zu deren

* Diese Zusammenstellung bezieht sich nur auf das kollektive Arbeitsrecht. Es handelt sich um den ins Deutsche übersetzten Auszug aus dem umfassenden, zusammen mit *Mariapaola Aimo* und *Daniela Izzi* in Engl. bzw. Franz. erstellten Beitrag: *Labour Law beyond national Borders: Major Debates in 2017*, *Lavoro e Diritto*, 2019, 343 ff.; *Littérature du droit Social comparé: Aperçu Rétrospective de 2017*, *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, 2/2019, 123 ff. Bzgl. des individuellen Arbeitsrechts wird auf diese von *Mariapaola Aimo* und *Daniela Izzi* erstellten Beiträge verwiesen.

Bewältigung liefern können. Schließlich eröffnen sich auch den Gewerkschaften neue Möglichkeiten der Information und Konsultation sowie innerbetrieblicher Präsenz durch die Nutzung der im Betrieb vorhandenen neuen elektronischen Medien (*Navarro Nieto*). Wenige Erfolge zeichnete in den letzten Jahren der soziale Dialog auf eur. Ebene. Dabei eröffnet der AEUV ein besonderes Verfahren der Sozialpartnerverhandlungen und -vereinbarungen. Hier hat es in den letzten Jahren wenig Fortschritte gegeben. Insbesondere hat die eur. Kommission ausgehandelte Sozialpartnervereinbarungen in mehreren Sektoren nicht an den Ministerrat weiter gegeben. Sog. autonome Sozialpartnervereinbarungen auf eur. Ebene haben keinen unmittelbaren Geltungsanspruch in den einzelnen Mitgliedstaaten. Um den sozialen Dialog zu fördern, bedarf es deshalb mehr Verbindlichkeit der gefundenen Ergebnisse (*Franca*).

4. Tarifverhandlungen – Collective Bargaining

Die Tariflandschaft ist vielfältig und weist in den einzelnen Nationalstaaten ganz unterschiedliche Facetten auf. Einige Autoren behandeln unterschiedliche Strukturen von Tarifverhandlungen, etwa auf verschiedenen Ebenen (*Milan & Ferkane*), zentral oder dezentral (*Bavaro*), Übergang von nat. zu sektoralen Tarifvereinbarungen (*Carrizosa Prieto*). Neue wirtschaftliche Strukturen führen zu neuen Verhandlungsstrukturen, etwa auf Konzernebene, deren Ergebnisse ambivalent bewertet werden können (*Milan & Ferkane*). Aufgeworfen werden Abgrenzungsfragen zwischen TV und staatlichem Gesetzesrecht (*Magnani, Lai*). Besondere Probleme stellen sich bei Tarifverhandlungen und -vereinbarungen für civil servants (*Pérez Guerrero*) – ein Problem, das uns beim Streikrecht von Beamten erneut und in verschärfter Form begegnen wird. Nicht überall bestehen feste Regulierungen über den Abschluss und die Wirkungsweise von TV. Auch informelle Verhandlungen und Vereinbarungen genießen den Schutz der Vereinigungsfreiheit (*Biedma*, TL 140). *Mingwei Liu* schließlich umschreibt die besondere Beziehung zwischen The State, The Unions, and Collective Bargaining in China mit *Sergio Leones* bekannten Filmtitel »The Good, the Bad and the Ugly«.

5. Inhalte von Tarifregelungen – Contents of Collective Agreements

Wie nicht anders zu erwarten, haben gesetzliche Weichenstellungen auch erheblichen Einfluss auf die Inhalte von Tarifregelungen. So spricht vieles dafür, dass eine ökonomisch und staatlich propagierte Flexibilisierung der Arbeitszeit erhöhten kollektivvertraglichen Regelungsbedarf nach sich zieht (*De La Flor Fernández*). Die gleichen Effekte treten auf bei der Regelung der Leiharbeit. Angesichts des besonderen Gefährdungspotentials der Leiharbeit, mit der in vielen Ländern versucht wird, gewachsene Kollektivstrukturen zu zerstören, kommt der Tarifpolitik auch eine Korrekturfunktion zu (*Vila Tierno*). Besonders problematisch gestaltet sich in vielen Ländern das sog. tarifdispositive Arbeitsrecht. Es beinhaltet die Möglichkeit, durch TV gesetzliche Schutzstandards nicht zu verbessern, sondern herabzusetzen. Man mag sich die Frage stellen, ob es überhaupt Aufgabe der Gewerkschaften sein kann, soziale Standard herabzusetzen. Aber in Zeiten gewerkschaftlicher Schwäche sind diese auch zu Konzessionen bereit, die sie vor Jahren nicht akzeptiert hätten. In dieser Hinsicht könnten die Kategorien der Angemessenheit und des Verhältnismäßigkeitsprinzips

eine nützliche Funktion einnehmen, um eine überschüssige Gestaltungsmacht von TV zu begrenzen (*Santagata de Castro*). Nicht weniger problematisch erscheinen sog. »orphelin«-Klauseln, die Ungleichheiten bei der Bezahlung an Stichtage bei der Einstellung in das Arbeitsverhältnis knüpfen (*Gagne & Dupuis*). *Tiraboschi* erkennt eher Defizite der Gesetzgebung und Tarifpolitik in Bezug auf die von ihm beschriebene »agile work«. *Thomas Klein* beschreibt den Schutz der Sozialkassenverfahren in der Bauindustrie, eine spezifische dt. Regelung, die – basierend auf für allgemeinverbindlich erklärten TV – den Beschäftigten des Baugewerbes die Effektivierung des Urlaubsanspruchs und eine betriebliche Altersversorgung garantiert. Dieses System ist erst jüngst durch Grundsatzentscheidungen des EGMR und der BAG bestätigt worden. Auch die Rechtsfigur einer »negativen Vereinigungsfreiheit« steht dem nicht entgegen.

6. Das Streikrecht generell – Right to strike general

Weltweit steht das Streikrecht unter Druck. Diskussionen darüber finden in internat. Organisationen genauso wie auf nat. Ebene statt. Zahlreiche Autoren zeichnen deskriptiv Eingriffe in das Streikrecht durch nat. Gesetzgeber oder Gerichte nach. Andere erörtern eher die nat. Defizite bei der Umsetzung weltweiter oder auch nur eur. Standards bzw. die Anforderungen, die sich daraus für die nat. Garantien der Vereinigungsfreiheit ergeben. Schließlich beschäftigen sich zahlreiche Autoren mit Einzelfragen bei der Ausübung des Streikrechts.

In Deutschland wurde das Recht der Leiharbeit geringfügig reformiert. In den vergangenen Jahren hatte sich der Einsatz von Leiharbeitern als Streikbrecher als immer wirksamere Waffe der Arbeitgeberseite zur Abwehr gewerkschaftlicher Arbeitskämpfmaßnahmen erwiesen. Dies wurde nun beschränkt, wenn auch immer noch Lücken hierzu offen geblieben sind (*Klein*). Eingriffe in das Streikrecht beschäftigen in besonderem Maße span. Autoren. Eine gefährliche Tendenz der Schwächung gewerkschaftlicher Verhandlungsstärke, z. B. durch Kriminalisierung von Streikposten, vermerkt *Lopez Lopez*, basierend auf der dortigen Arbeitsmarktreform 2012. Technologischen Streikbruch nach einer Entscheidung des span. Verfassungsgerichts behandelt *Pérez Rey*, während sich *Sánchez*, ebenfalls nach einer entspr. höchstrichterlichen Entscheidung, mit der Meinungsfreiheit im Zusammenhang mit gewerkschaftlichen Aktionen befasst.

7. Supranationale Garantien des Streikrechts – Supranational Guarantees of the Right to Strike

Supranat. Garantien des Streikrechts ergeben sich v.a. aus dem Recht der ILO, dem internat. Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, der (revidierten) ESC und der EMRK. Dieser Zusammenhang im »Mehrebenensystem« verschiedener Menschenrechtskataloge hat an Relevanz gewonnen, seitdem der EGMR bei seiner Rspr. zur Menschenrechtskonvention seit dem Grundsatzurt. der Großen Kammer in Sachen *Demir* und *Baykara* zu Art. 11 EMRK einen sog. comprehensive approach verfolgt, d. h. die Spruchpraxis der für die Auslegung der anderen supranat. Normen zuständigen Spruchkörper verstärkt berücksichtigt. Die Konvention und die Rspr. des Gerichtshofs wiederum haben einen erheblich größeren Beachtungsanspruch als die anderen völkerrechtlichen Instrumente und die dazu bestehenden Ausschüsse. Damit könnte auch ein Gegengewicht gegen den »Traumatismus der EuGH-Urt. *Viking* und *Lavel*« (*Marguénaud, Mouly*,

Nivard) begründet werden. Ausgetragen wird dieser tatsächliche und rechtliche Konflikt u. a. aus Anlass von Streiks in ehemals öff.-rechtlich organisierten Sektoren wie Eisenbahnen und Flugverkehr sowie bei Streiks im ö.D., namentlich von Beamten. Einige eur. Länder wie Deutschland haben die klare Rspr. des *EGMR*, nach der Einschränkungen nur in wenigen Bereichen der hoheitlichen Staatsverwaltung zulässig sind, noch nicht vollständig internalisiert. Die gegen das Streikrecht in diesen Bereichen angeführten Argumente argumentieren häufig mit Begriffen wie »Daseinsvorsorge« bzw. »essential services« sowie mit spezifischen Treuepflichten im ö.D. Damit setzen sich zahlreiche Autoren in den Zeitschriften der IALLJ auseinander. Ein Anlass war auch die mehrtägige Konferenz »Zur Fundierung des Streikrechts im ILO-Normensystem« in Berlin am 1. u. 2. 4. 2016 mit zahlreichen wiss. Vorträgen, die später in mehreren Zeitschriften veröffentlicht wurden.

Sehr grds. behandelt *Tonia Novitz* im *CLL&PJ* »The restricted freedom to strike - Far-Reaching« ILO Jurisprudence on the Public Sector and Essential Services« bzw. in *AuR* »Streik in der Daseinsvorsorge und das Recht auf politischen Streik = Public servants« right to strike, strike in the provision of basic requirements and the right to political strike.« Mit Streiks in der Daseinsvorsorge aus völkerrechtlicher Sicht = Strikes in the provision of basic requirements in terms of internat. law befassen sich auch *Schlachter* in Bezug auf Deutschland sowie *Baylos-Grau* zu *Castilla-La Mancha*, wobei der Rspr. des ILO-Sachverständigenausschusses zu essential services ein hoher Stellenwert zukommt. Weiter behandelt wurden »The Right to Take Industrial Action and the ILO Supervisory Mechanism Future« (*Servais*) und »International Developments Regarding the Implementation of the Right to Strike« (*Smit*). Im Hintergrund der neu aufgeflamten Auseinandersetzungen steht der seit einigen Jahren ausgebrochene Streit in der ILO um die Garantie des Streikrechts nach der ILO-Konvention 87. Eine definitive Klärung müsste nach Art. 37 der ILO-Verfassung durch den *IGH* in Den Haag erfolgen, der bisher indes nicht angerufen wurde (zu Verfahrensmöglichkeiten in diesem Zusammenhang *La Hovary*).

8. Einzelfragen des Streikrechts

Streiks in der Zivilluftfahrt sowie auf Flughäfen haben v.a. in Deutschland zu zahlreichen gerichtlichen Entscheidungen geführt, die aus wiss. oder praktischer Warte heraus jeweils kritisch begleitet wurden. Hintergrund ist, dass zahlreiche zuvor einheitlich geführte ö.D. privatisiert und gleichzeitig dezentralisiert wurden. Die Folge sind neue Organisationsformen und Auseinandersetzungen, etwa Streiks nur von Piloten, Stewardessen oder Fluglotsen. Dadurch entstehen völlig neue, auch gerichtliche Konfrontationen. Die Themen sind: »Schadensersatz drittbetroffener UN bei Streiks = Compensation for third party companies« damages caused by strikes« (*Wendeling-Schröder*), »Haftung der Gewerkschaft für Millionenschäden = Trade union liability for damage amounting to millions?« (*Däubler*), »Aktuelle prozessrechtliche Fragen im einstw. Rechtsschutz von Arbeitskampfmaßnahmen = Current aspects of procedural law concerning industrial action's interim legal protection« (*Bram*), »Richterliche Erkenntnisse über wahre Streikziele und die Rühreitheorie = Judicial findings concerning the genuine objectives of a strike and the scrambled eggs theory« (*Bücker*). Die Rühreitheorie (scrambled eggs-Theorie) zeichnet das Bild, dass ein verdorbenes Ei ein ganzes Rührei verdirbt. Darauf baut die Vorstellung auf, dass eine rechtswid-

rige, d.h. aus Rechtsgründen nicht durchsetzungsfähige gewerkschaftliche Tarifforderung einen ganzen Arbeitskampf illegalisiert, auch wenn die Gewerkschaft daneben ein Bündel anderer absolut legaler Forderungen vorgebracht hat. So sah es jedenfalls das *BAG* und stellte sich damit in einen klaren Gegensatz zum *EGMR* in seiner *HLS*-Entscheidung. Dieser hatte einen Arbeitskampf für rechtmäßig bestätigt, in dem die Gewerkschaft neben 2 rechtlich problematischen Forderungen eine normale Forderung nach Gehaltserhöhung vorgebracht hatte.

II. Mitbestimmung des Betriebsrats

Es liegt auf der Hand, dass dieses Thema einen spezifischen dt. Bezug hat, da nur wenige Länder eine Betriebsverfassung wie in Deutschland, verbunden mit Mitbestimmungsrechten des BR kennen. Die landläufige Vorstellung, dass sich hier eine herzliche Sozialpartnerschaft verwirklichte, wird schon durch die vielen Gerichtsverfahren widerlegt, die zwischen BR und AG um die Ausübung und Rechtsweite von Mitbestimmungsrechten geführt werden. Zahlreiche Artikel zeichnen diese nach und begleiten v.a. die Rspr. kritisch. Dazu nur einige Bsp.: »Der Stellenwert der allg. Aufgaben des BR gem. § 80 Abs. 1 BetrVG« (*Zimmermann*); »Mitbestimmung des BR bei der Arbeitszeit im Spiegel der aktuellen Rspr.« (*Eylert*); »Betriebsvereinbarungen zur Arbeitszeit – Die Rolle von Macht in Verhandlungsprozessen« (*Halgmann*); »20 Jahre EBRG – Status quo und Weiterentwicklung« (zu *Dohna-Jaege*); Ausführungen zur EBR-RL, Änderung des EBRG für Seeleute – »Sitzungsteilnahme per Videokonferenz« (*Hayen*). Thannisch schließlich gibt einen Überblick über die Unternehmensmitbestimmung: »Aktuelle Herausforderungen und Reformoptionen«.

III. Arbeitsrechtsgeschichte

Eine Gemeinsamkeit der in der IALLJ verbundenen Fachzeitschriften besteht darin, aktuelle jur. Auseinandersetzungen nicht nur aus zeitgenössischer Perspektive zu analysieren, sondern die historische Perspektive einzublenden. Diese rechtsgeschichtlichen Darstellungen gehen teilweise sehr weit zurück wie *Early academic research in Australian labour law: 1920-60* (*Naughton*). *AuR* hat sogar eine spezielle Rubrik Arbeit und Rechtsgeschichte im 2-monatigen Rhythmus eingerichtet mit Beiträgen zu »Die großen Streiks im öffentlichen Dienst – Verlauf und Erklärungen = Large strikes in public service« (*Keller*); »Arbeit-Nordwest und METALL NRW, Kontinuität oder Diskontinuität ? = Arbeit-Nordwest (employers associations) and METALL NRW continuity or discontinuity?« (*Mallmann*); »Der Wagner Act = The (US) Wagner Act« (*Kohler*); »Der Mössinger Generalstreik vom 31. 1. 1933 – praktiziertes Widerstandsrecht? = »The general strike in Mössingen of 31 January 1933 – practice of the right to resist?« (*Däubler*). Zahlreiche Aufsätze beleuchten wichtige Urte. oder Entwicklungen der letzten 20 Jahre wie: »The Strasbourg Court judgment Svenska Transportarbetareförbundet and Seko v Sweden« (*Ewing & Hendy*); »Lessons from the 2009-2010 USW Local 6500 Strike in Sudbury, Ontario« (*King*); »Impact of the Law on Industrial Disputes Revisited: A Perspective on Developments over the Last Two Decades« (*Elgar & Simpson*); »Establishing the Right to Bargain Collectively in Australia and the UK« (*Forsyth, Howe, Gahan & Landau*); »Reform of Greek Labour Law by Memoranda I, II and III« (*Sideris & Triadafilidis*).

IV. Gerichtsverfahren

Angesichts der Unterschiedlichkeit des Verfahrensrecht und der Gerichtswege in den einzelnen Staaten fällt auf, wie zahlreiche Beiträge Untersuchungen anstellen, die auch außerhalb des Verbreitungsbereichs der jeweiligen Fachzeitschrift Interesse finden können. Das Zusatzprotokoll zur Europäischen Sozialcharta über Kollektivbeschwerden datiert vom 9.11.1995 und wurde von zahlreichen (nicht allen) eur. Staaten ratifiziert. Den darin angelegten Kollektivbeschwerdemechanismus beschreibt *Lukas* (vgl. auch *Buschmann*, Rezension zur Kommentierung Bruun u. a. zur ESC). Weitere neben den üblichen Gerichtsverfahren stehende und in Beiträgen behandelte Verfahrenswege sind grievance arbitration (*Shilton*) oder auch alternative labour dispute resolutions (*Maggio*). Judicial Intervention and Industrial Relations in West Bengal werden vorgestellt von *Supurna Banerjee & Zaad Mahmood* und *Primož Rataj* zieht einen Vergleich über Selected Best Practices of EU Member States' Supreme Courts and Possibilities of Their Use in Labour and Social Disputes. Ein weites Feld: einerseits fast unüberschaubar, andererseits beeindruckend, wie die in der IALLJ zusammengeschlossenen Fachzeitschriften mit Fachkenntnis und Sachverstand die relevanten arbeitsrechtlichen Entwicklungen abbilden.

Anhang: Bibliographie 2017: Kollektives Arbeitsrecht

Alan Bogg: »Individualism« and »Collectivism« in Collective Labour Law, ILJ 46-1, 72

Mark Freedland & Nicola Kountouris: Some Reflections on the »Personal Scope« of Collective Labour Law, ILJ 46-1, 52-71

Keith Ewing & John Hendy: New Perspectives on Collective Labour Law: Trade Union Recognition and Collective Bargaining, ILJ 46-1, 23-51

Arbeitnehmer- und Gewerkschaftsvertretung

Allgemein

Diane Gagne & Marie-Josée Dupuis: Constitutionnalisation du droit du travail et transformation du devoir de représentation syndicale: quelques questionnements concernant les clauses »orphelin«, CLELJ 20-1, 1-42:

Valerio de Stefano: Non Standard Work and Limits on Freedom of Association: A Human rights-Based Approachers, ILJ 46-2-185-207

Odile Levannier-Gouël: L'intégration étroite et permanente à la communauté de travail, Condition d'accès et de maintien des salariés dans leurs fonctions représentatives, RDT 1, 19-28

– Nicht gewerkschaftliche Vertretung

Brishen Rogers & Simon Archer: Protecting Concerted Action Outside the Union Context, CLEU 20-1, 141-175

Daphne Taras: Nonunion Representation in Law and Practice, CLELJ 20-1, 175-200

– Gewerkschaftliche Strategien in einer sich ändernden Umwelt

Supurna Banerjee & Zaad Mahmood: Judicial Intervention and Industrial Relations: Exploring Industrial Disputes Cases in West Bengal, ILJ 46-3, 366-396

Gaetano Sateriale: Rethinking collective bargaining, DRI 3, 710-728

Lucia Valente: The roles of the union and the institutions for solving the employment crisis, DRI 3, 729-770

Federico Navarro Nieto: El ejercicio de la actividad sindical a través de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, TL 138, 49-84

Anne-Julie Rolland: Recent Developments in Unionizing the Precarious Workforce: The Exemption Regimes of Care Workers and Farm Workers in Quebec, CLELJ 20-1, 107-140

Antonio Baylos Grau, »Trade Unions and crisis: connections and correspondences«, Derecho de las Relaciones Laborales 3, 119-130

– Gewerkschaftspluralismus

Umberto Romagnoli, Lavoro e Diritto (LD) 2/17

Esther Carrizo: Il impacto de las normas de concurrencia tras las reformas legales, TL 140, 75-120

Klaus Bepler: Ein Zwischenurteil? – Bemerkungen zum Tarifeinheitsurteil des Bundesverfassungsgerichts, AuR 10, 380-387

– Kollektivverhandeln

– Allgemein

Mariella Magnani: The relationship between law and collective bargaining, DRI 1, 1-12

Vizenzo Bavaro: Practices and trends of decentralized industrial relations in Italy (about a territorial investigation), DRI 1, 1-13

Marco Lai: A »systematic regulation« for collective bargaining and representation, DRI 1, 1-45

José Ignacio Pérez Infante: La estadística de convenios colectivos y la medición de la cobertura de la negociación colectiva, TL 136, 159-188

Eduardo González Biedma: La negociación collective informal, TL 140, 121-147

Juan Escribano Gutiérrez: Contenidos de la negociación colectiva en el nuevo contexto laboral : la retribución del trabajo, TL 140, 149-197

Carmen Sáez Lara: Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio, TL 140, 311-368

María Luisa Pérez Guerrero: Los medios de solución extrajudicial de conflictos laborales en el sector público : problemática, TL 140, 399-444

Mingwei Liu & Sarosh Kuruvilla: The State, The Unions, and Collective Bargaining in China: The Good, the Bad and the Ugly, CLLPJ 38-2, 187-210

Michele Tiraboschi: »Agile work« in the law and the collective agreements: the windig road towards the modernization of Italian labour law, DRI 4, 921-977

– Arbeitsrechtsreformen

Antoine Jeammaud: La »Reforma Macron« del Código del Trabajo Francés, TL 139, 13-54

Ricardo Bodas Martín: Cuestiones jurisprudenciales sobre la Negociación colectiva, TL 139, 55-158

Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho: La reforma laboral de 2017 y la negociación colectiva en Brasil /The labour reform of 2017 and collective bargaining in Brazil, TL 139, 159-180

Florence Milan: Faut-il désormais craindre la négociation de groupe ?, RDT 2, 76-82

– Inhalte von Tarifverträgen

Diane Gagne & Marie-Josée Dupuis: a.a.O.

Raffaele Santagata de Castro: The »Non-availability of the Contract Type«, Reasonableness and Collective bargaining. Some reflections on Par. 2, Article 2 of Legislative Decree no. 81/2015, DRI 2, 397-431

Manuel García Jiménez: Ámbitos de la negociación colectiva, TL 140, 17-74

María Luisa De La Flor Fernández: Contenidos de la Negociación en el nuevo Contexto laboral : El Tiempo de Trabajo y la Distribución irregular de la Jornada, TL 140, 267-310

Francisco Vila Tierno: Modalidades de contratación y empleo, TL 140, 199-265

Thomas Klein: Die Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe, AuR 2, 48-52

Luis de Val Tena, Ángel, »Collective agreements at company level: legitimation to bargain and principle of correspondence between the bargaining unit and the representativeness of the bargaining parties«, *Revista de derecho social* 79, 205-230

– **Streikrecht**

– **Allgemein**

Julia Lopez Lopez: Spain, Diminishing Unions« Agency: Weakening Collective Bargaining and Criminalizing Picketing in the Spanish Case, *CLLPJ* 38-2, 169-186

– **public sector and essential services,**

Thomas Klein, Dominik Leist: Kein Einsatz von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher – Die Neuregelung in § 11 Abs. 5 AÜG n.F. im Hinblick auf Auslegung, Schutzlücken, Rechtsfolgen und Durchsetzung, *AuR* 3, 100-105

Joaquín Pérez Rey: »The Constitutional Court and technological strikebreaking (or strike will not prevent watching football)«, *Revista de derecho social* 77, 151-168

Iago Romero Sánchez: »Union's action and conflict of rights. The impact on the right to honor as limit to the freedom of expression (a commentary to the Supreme Court Judgment of 20 June 2016)«, *Derecho de las Relaciones Laborales* 4, 361-367

– **EU-Europa**

Valentina Franca: Bodo od evropskega socialnega dialoga ostali samo še nezavezujoči dogovori? Pregled in analiza obstoječih praks (Will Unbinding Agreements be All that's Left of the European Social Dialogue? An Overview and Analysis of Existing Practices), *Employees & Employers (Delavci in delodajalci)* 4, 475-493.

– **Internationales/EGMR/ESC/ILO**

Tonia Novitz: The Restricted Freedom to Strike: »Far-Reaching« ILO Jurisprudence on the Public Sector and Essential Services, *CLL&PJ* 38-3, 353-374.

Tonia Novitz: Beamtenstreikrecht, Streik in der Daseinsvorsorge und das Recht auf politischen Streik – Teil 1, *AuR* 8/9, 324-327; Teil 2, *AuR* 10, 376-379.

Monika Schlachter: Streiks in der Daseinsvorsorge aus völkerrechtlicher Sicht, *AuR* 1, 10-12.

Antonio Baylos Grau, »Notes on the regulation of the right to strike in essential services in Castilla-La Mancha. Perspectives for contrast«, *Revista de derecho social* 78, 195-202

– **Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte**

Keith D. Ewing & John Henty: The Strasbourg Court Treats Trade Unionists with Contempt: Svenska Transportarbetareförbundet and Seko v Sweden, *ILJ* 46-3, 435-443

Jean-Pierre Marguénaud, Jean Mouly, Carole Nivard: Que faut-il attendre de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits sociaux ?, *RDT* 1, 12-18

– **Internationale Arbeitsorganisation**

Claire La Hovary: Article 37 of the ILO Constitution: An Unattainable Solution to the Issue of Interpretation?, *CLL&PJ* 38-3, 337-352

Tonia Novitz: The Restricted Freedom to Strike: »Far-Reaching« ILO Jurisprudence on the Public Sector and Essential Services, *CLL&PJ* 38-3, 353-374

Tonia Novitz: Beamtenstreikrecht, Streik in der Daseinsvorsorge und das Recht auf politischen Streik – Teil 1, *AuR* 8/9, 324-327; Teil 2, *AuR* 10, 376-379

Jean-Michael Servais: The Right to Take Industrial Action and the ILO Supervisory Mechanism Future, *CLL&PJ* 38-3, 375-393

Nicola Smit: International Developments Regarding the Implementation of the Right to Strike, *CLL&PJ* 38-3, 395-414

– **Einzelfragen**

Karin Lukas: Der Kollektivbeschwerdemechanismus der Europäischen Sozialcharta – aktuelle Entwicklungen (The mechanism of collective complaints of the European Social Charter – current developments), *ZIAS* 31-1, 113-126

– **Besondere Arbeitskampfformen**

Ulrike Wendeling-Schröder: Schadensersatz drittbetroffener Unternehmen bei Streiks?, *AuR* 3, 96-99

Wolfgang Däubler: Haftung der Gewerkschaft für Millionenschäden? = Trade unions liable for damage amounting to millions?, *AuR* 6, 232-237

Rainer Bram: Aktuelle prozessrechtliche Fragen im einstweiligen Rechtsschutz von Arbeitskämpfmaßnahmen, *AuR* 6, 242-246

Andreas Bücken: Richterliche Erkenntnisse über wahre Streikziele und die Rühreitheorie, *AuR* 8/9, 328-332

– **Mitbestimmung**

– **Allgemein**

Verena zu Dohna-Jaeger: 20 Jahre EBRG – Status quo und Weiterentwicklung, *AuR* 5, 194, 195

– **Einzelfragen**

Mario Eylert: Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Arbeitszeit im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung, *AuR* 1, 4-10

Marcel Halgmann: Betriebsvereinbarungen zur Arbeitszeit – Die Rolle von Macht in Verhandlungsprozessen, *AuR* 3, 106-109

Helmut Zimmermann: Zum Stellenwert der allgemeinen Aufgaben des Betriebsrats gemäß § 80 Abs. 1 BetrVG und seinen sich daraus ergebenden Handlungspflichten, *AuR* 5, 192, 193

Ralf-Peter Hayen: Änderung des EBRG für Seeleute – Sitzungsteilnahme per Videokonferenz möglich!, *AuR* 10, 394-397

Rainald Thannisch: Unternehmensmitbestimmung: Aktuelle Herausforderungen und Reformoptionen, *AuR* 11, 480-485

– **Arbeitsrechtsgeschichte**

Adam D.K. King: Memory, Mobilization and the social Basis of Intra-Union Division: Some Lessons from the 2009-2010 USW Local 6500 Strike in Sudbury, Ontario, *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, no. 3, 1

Dimitrios SIDERIS; Christos TRIADAFILLIDIS: Die Reform des griechischen Arbeitsrechts durch Memoranda I, II und III, *ZIAS* 31-1, 66-76

Jane Elgar & Bob Simpson: The Impact of the Law on Industrial Disputes Revisited: A Perspective on Developments over the Last Two Decades, *ILJ* 46-1-6-22

Anthony Forsyth, John Howe, Peter Gahan & Ingrid Landau: Establishing the Right to Bargain Collectively in Australia and the UK: Are Majority Support Determinations under Australia's Fair Work Act a More Effective Form of Union Recognition?, *ILJ* 46-3-335-365

Richard Naughton: Early academic research in Australian labour law: 1920-60, *AJLL* 30-1, 58-78

Berndt Keller: Arbeit und Rechtsgeschichte, Die großen Streiks im öffentlichen Dienst, Verlauf und Erklärung = The Large strikes in public service, *AuR* 1, G1-G4, Arbeitsrechtsgeschichte

Luitwin Mallmann: Arbeit-Nordwest und METALL NRW, Kontinuität oder Diskontinuität?, *AuR* 3 G5-G8, Arbeitsrechtsgeschichte

Thomas C. Kohler: Der Wagner Act, *AuR* 5, G9-G12, Arbeitsrechtsgeschichte

Wolfgang Däubler: Der Mössinger Generalstreik vom 31. 1. 1933 – praktiziertes Widerstandsrecht?, *AuR* 11, G 21-G24, Arbeitsrechtsgeschichte

– Verfahren

Elizabeth Shilton: Public Rights and Private Remedies: Reflections on Enforcing Employment Standards through Grievance Arbitration, CLEU 20-1, 201-228

Karin Lukas: Der Kollektivbeschwerdemechanismus der Europäischen Sozialcharta – aktuelle Entwicklungen, ZIAS 31-1, 113-126

Ida Carla Maggio: The alternative labour dispute resolutions: present outcomes, DRJ 1, 98-126

Primož Rataj: Izbrane dobre prakse vrhovnih sodišč držav članic EU in možnosti njihove uporabe v delovnih in socialnih sporih (Selected Best Practices of EU Member States« Supreme Courts and Possibilities of Their Use in Labour and Social Disputes), Employees & Employers (Delavci in delodajalci 2-3, 299-315).

– Abkürzungen

AJLL: Australian Journal of Labour Law (Australia);

AuR: Arbeit und Recht;

BCLR: Bulletin of Comparative Labour Relations (Belgium);

CLELJ: Canadian Labour & Employment Law Journal (Canada);

CLLPJ: Comparative Labor Law & Policy Journal (US);

DRI: Diritto delle Relazioni Industriali;

ILJ: Industrial Law Journal (UK); Industrial Law Journal (South Africa);

ILR: International Labour Review (ILO);

JLR: Japan Labor Review (Japan);

LD: Lavoro e Diritto;

RDCTSS: Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale;

RDT: Revue de Droit du Travail;

TL: Temas Laborales.

Hochqualifiziert und prekär – Honorarlehrkräfte in der Weiterbildung

Dr. Oliver Brüchert, GEW, Frankfurt/IM.

Seit Jahrzehnten beschäftigen sich Politik, Wissenschaft und Medien mit der sozialen Lage von »Solo-Selbständigen«. Unter Expert*innen besteht weitgehend Einigkeit, dass es sich in vielen Fällen um eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Sozialversicherungspflicht durch Auftraggeber*innen handelt, die dadurch billige Arbeitskräfte rekrutieren. Bis heute fehlt der politische Wille, diesen sozialpolitischen Skandal durch eine klare gesetzliche Regelung zu beenden. Zu Lasten der Sozialversicherungen und zu Lasten der Beschäftigten¹, die dauerhaft in prekären Erwerbssituationen ihr Dasein fristen.

Mit etwa 380.000 Personen sind Honorarlehrkräfte die größte Beschäftigtengruppe in der Weiterbildung.² Von den insg. ca. 2,3 Mio. Solo-Selbständigen ist etwa jede*r sechste als Honorarlehrkraft tätig. Im Verhältnis zu ihrer großen Anzahl findet diese Gruppe in der Debatte um Solo-Selbständigkeit bislang wenig Beachtung.³ Die meisten Honorarlehrkräfte haben diesen Status nicht freiwillig gewählt. Ihre »Freiheit« beruht auf der Tatsache, dass Weiterbildungsträger nur wenige bis keine Lehrkräfte als AN beschäftigen. Honorarlehrkräfte sind typischerweise über viele Jahre für einen einzigen Auftraggeber tätig, von dem sie wirtschaftlich abhängig und in dessen Arbeitsorganisation sie eingebunden sind.⁴

Trotz ihrer wirtschaftlichen und persönlichen Abhängigkeit wird Honorarlehrkräften die mit dem Arbeitnehmerstatus einhergehende soziale Sicherheit verwehrt. Ihr Einkommen reicht absehbar nicht aus, um eine Rente oberhalb des Grundsicherungsniveaus zu erreichen. Immer wieder versuchen Honorarlehrkräfte, sich in ein Arbeitsverhältnis einzuklagen. Obwohl Rentenversicherung und SG häufig von Scheinselbständigkeit ausgehen, sind Klagen vor den ArbG fast durchweg erfolglos. Statt sie vor sozialer Ausbeutung zu schützen, verschärft die gängige Rechtsanwendung die Lage der Honorarlehrkräfte.

I. Wie »frei« sind Honorarlehrkräfte?

Formal sind Honorarlehrkräfte frei: Sie können sich aussuchen, für welche Auftraggeber*innen sie tätig werden, und ihre Vertragsbedingungen selbst aushandeln. In der Praxis sind sie häufig abhängig von

einem oder wenigen Auftraggeber*innen, die ihnen die Vertragsbedingungen einseitig diktieren können. Die Weiterbildungsbranche ist geprägt von einer großen Zahl (teil-)privater Träger, die untereinander im Wettbewerb stehen. Auf der Kostenseite wird dieser Wettbewerb nahezu ausschließlich über möglichst geringe Personalkosten ausgetragen. Daher setzen die Träger überwiegend Honorarlehrkräfte ein, denen sie Formularverträge vorlegen, deren Inhalt nicht verhandelbar ist. Als Solo-Selbständige sind sie gegenüber den Auftraggeber*innen strukturell in der schwächeren Position. Neben Kursformaten, die es zeitlich gar nicht erlauben, parallel für mehrere Auftraggeber*innen tätig zu werden (Intensivkurse mit 4 oder 5 Unterrichtsstunden täglich), wird ihre Flexibilität durch die Erwartung begrenzt, kontinuierlich

¹ Da nach Auffassung des Autors Honorarlehrkräfte typischerweise wie AN abhängig beschäftigt sind und entspr. sozial abgesichert werden sollten, wird der Begriff »Beschäftigte« im Folgenden bewusst unabhängig vom sozial- und arbeitsrechtlichen Status auch für Solo-Selbständige verwendet. Der Begriff »AN« wird für Beschäftigte verwendet, die nach herrschender arbeitsrechtlicher Bewertung in einem Arbeitsverhältnis stehen.

² Wegen der Komplexität des Themas, konzentriert sich dieser Beitrag auf Honorarlehrkräfte. Die Befunde lassen sich in vieler Hinsicht auf die Situation der rd. 100.000 Lehrbeauftragten an Hochschulen übertragen (s. dazu u.a.: <https://sprachlehrbeauftragte.wordpress.com/> und <https://prekaereswissen.wordpress.com/>). Lehraufträge werden als »öff.-rechtliches Rechtsverhältnis eigener Art« durchgeführt; vgl. Würmann, Würmann, Lehrbeauftragte. Rechtlicher Rahmen und Hintergrundinformationen. GEW-Broschüre, Juli 2015.

³ Akt. Bsp. ist die WSI-Studie »Interessenvertretung von Solo-Selbständigen«. Befragt wurden Solo-Selbständige in den Handwerk, Architektur, Journalismus, Pflege und IT-Dienste (https://www.boeckler.de/wsi-mitteilungen_115204_115220.htm).

⁴ Vgl. Martin et. al., Das Personal in der Weiterbildung: Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, Qualifikationen, Einstellungen zu Arbeit und Beruf. Bielefeld 2017, wbv. Im Internet: www.die-bonn.de/id/34459/about/html/ (Stand 05.06.2019). Nach der Erhebung sind 46% der hauptberuflich tätigen Honorarlehrkräfte in der Weiterbildung für nur einen einzige*n Auftraggeber*in tätig. Wie viele darüber hinaus überwiegend für eine*n Auftraggeber*in tätig und von diesem/r wirtschaftlich abhängig sind, wurde statistisch nicht ermittelt. Nach Angaben von Betroffenenengruppen ist dies jedoch der Normalfall (vgl. diverse Beiträge auf www.dafidaz-lehrkraefte.de und kreidefresser.org).

lich zur Verfügung zu stehen, ohne dass sich der Auftraggeber*innen zu einer Weiterbeschäftigung verpflichtet.

Sofern einzelne Träger*innen Vertragslehrkräfte beschäftigen, unterscheiden sich Aufgaben und Tätigkeiten von Vertrags- und Honorarlehrkräften allenfalls geringfügig. Vertragslehrkräfte übernehmen neben dem Unterricht und den damit verbundenen Zusammenhangstätigkeiten (Vor- und Nachbereitung, Betreuung und Beratung, Führen von Listen und Klassenbüchern) gelegentlich noch weitere Aufgaben, z. B. in der Kursplanung oder in Prüfungen. Doch sie erteilen denselben Unterricht vor denselben Klassen nach denselben – vom Auftraggeber*innen bzw. AG gesetzten – Standards und mit denselben Unterrichtsmaterialien. IdR. wissen die Kursteilnehmer*innen nicht, ob sie von einer Honorar- oder einer Vertragslehrkraft unterrichtet werden. Der Statusunterschied hat weitreichende Folgen:

- AN sind sozialversicherungspflichtig. AG zahlen Beiträge zur Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung. Selbständige Lehrkräfte und »arbeitnehmerähnliche« Solo-Selbständige sind gem. § 2 Nr. 1 SGB VI rentenversicherungspflichtig. Als Selbständige müssen sie die Beiträge zur Rentenversicherung wie zur Krankenversicherung vollständig selbst erbringen. Sie können kein Arbeitslosengeld beziehen.
- AN bei tarifgebundenen AG haben Anspruch auf tarifliches Entgelt und weitere Leistungen. Obwohl das TVG in § 12a die Möglichkeit vorsieht, TV für arbeitnehmerähnliche Selbständige zu vereinbaren, gibt es solche TV bisher nur für Journalist*innen.⁵ Alle Versuche, einen solchen TV für Honorarlehrkräfte im Bereich der Weiterbildung abzuschließen, stießen auf erbitterten Widerstand der Arbeitgeberseite.⁶
- AN unterliegen den gesetzlichen und tariflichen Regelungen zum Kündigungsschutz. Selbständige haben keinen Kündigungsschutz und keinen Anspruch auf weitere Aufträge. Der/Die Auftraggeber*in muss nicht einmal begründen, warum er ihnen keinen weiteren Auftrag erteilt. Da Honorarlehrkräfte häufig nur für die Dauer des jeweiligen Kurses beauftragt werden, müssen sie jederzeit damit rechnen, ohne Auftrag und damit ohne Einkommen dazustehen.
- AN haben Anspruch auf gesetzlichen oder tariflichen Erholungsurlaub. Gem. BUrlG haben arbeitnehmerähnliche Personen ebenfalls Anspruch auf (bezahlten) Erholungsurlaub. In der Praxis läuft diese Regelung jedoch häufig ins Leere, weil sich nicht bestimmen lässt, ob der Erholungsurlaub mit dem Honorar abgegolten ist oder nicht.⁷
- AN haben Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Solo-Selbständige erhalten für Ausfallzeiten kein Honorar. Je nach Vertragsgestaltung sind sie verpflichtet, ausgefallene Stunden nachzuholen oder sich selbst um eine Vertretung zu kümmern. Längere Krankheit lässt Solo-Selbständige, sofern sie sich nicht kostspielig gegen dieses Risiko versichert haben (Berufsunfähigkeitsversicherung für Selbständige), komplett ohne Einkommen dastehen.
- AN dürfen betriebliche Interessenvertretungen bilden und für die Verbesserung ihrer Arbeitsbedingungen streiken. Für freie Mitarbeiter*innen haben BR nur sehr eingeschränkte Informations- und Mitbestimmungsrechte.⁸ Insbes. können sie nicht mitbestimmen, wer beauftragt wird und wem ggf. die Aufträge entzogen werden. Selbständige dürfen zwar einer Gewerkschaft beitreten, haben aber gegenüber der/dem Auftraggeber*in kein Streikrecht. Ob arbeitnehmerähnliche Personen bei BR-Wahlen wahlberechtigt sind, ist umstritten.
- Für AN können Gewerkschaften TV aushandeln, die faire Arbeitsbedingungen garantieren. TV legen u. a. Gehalt, Arbeitszeiten und Urlaubsanspruch fest. Sie enthalten verbindliche Rechtsnormen,

die auch der AG einzuhalten hat. Honorarlehrkräfte sind bei der Aushandlung ihrer Vertragsbedingungen auf sich alleine gestellt. Die Auftraggeber*innen verwenden i.a.R. Muster-Honorarverträge und legen die Höhe des Honorars einseitig fest.

Nach GEW-Berechnungen müsste eine Honorarlehrkraft ein Honorar von 42 – 70,- € (je nach Berufserfahrung) / Unterrichtsstunde erhalten, um dasselbe monatliche Nettoeinkommen zu erzielen wie eine Vertragslehrkraft entspr. Entgeltgruppe 11 TVöD. So werden Vertragslehrkräfte an einigen Volkshochschulen und beim Goethe-Institut bezahlt. Da es für Honorare keine Erfahrungsstufen wie in den Entgelttabellen des TVöD gibt, fordert die GEW ein Mindesthonorar von 55,- € / Unterrichtsstunde in Integrationskursen.⁹ Für diese Berechnung wurden Urlaubstage sowie Kranken- und Sozialversicherungsbeiträge berücksichtigt. Damit eine Honorarlehrkraft sich gegen das Risiko von Auftragsverlust oder die wirtschaftlichen Folgen einer längeren Krankheit absichern kann, müsste das Honorar deutlich mehr als 70,- € / Unterrichtsstunde betragen.

Tatsächlich zahlen viele Träger weniger als 35,- € / Unterrichtsstunde. Dieser Betrag wurde 2016 als Mindesthonorar für Integrationskurslehrkräfte eingeführt und ist bindend für durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) refinanzierte Maßnahmen. Darüber hinaus wirken 35,- € faktisch als Obergrenze, der sich viele Träger nur langsam annähern. So wurden die Honorare der Kursleitenden mit wissenschaftlichem Hochschulabschluss an den Berliner Volkshochschulen ab 1. 8. 2018 von 27,41 auf 31,69 € / Unterrichtsstunde angehoben. Damit liegen sie im Vergleich zu anderen Volkshochschulen im oberen Bereich. Die Kolleg*innen an den Berliner Volkshochschulen sind gewerkschaftlich gut organisiert und haben in

5 Eine Übersicht über TV für arbeitnehmerähnliche Honorarkräfte im Bereich Medien findet sich auf den Seiten des djv: <https://www.djv.de/startseite/info/beruf-betrieb/uebersicht-tarife-honorare.html>.

6 Der Versuch der GEW, beim Goethe-Institut einen TV für arbeitnehmerähnliche Honorarlehrkräfte zu erstreiten, scheiterte nicht zuletzt daran, dass das Institut befürchtete, damit die Chancen der Honorarlehrkräfte zu erhöhen, sich in ein Arbeitsverhältnis einzuklagen. Auch die Initiative der Berliner VHS-Dozent*innen, ihre Beschäftigungsbedingungen in einem TV zu regeln, blieb erfolglos. Dennoch haben sie einige Verbesserungen, wie bezahlten Urlaub und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, erreicht (http://www.vhs-tarifvertrag.de/wordpress/?page_id=200). Die Lehrkräfte an der Bremer Volkshochschule konnten mit Unterstützung der GEW im Januar 2019 eine Rahmenvereinbarung zu Honorarsteigerungen und Sozialversicherungszuschüssen abschließen. Das Mindesthonorar startet mit einem Betrag von 23,- € / Unterrichtsstunde und soll bis 2023 auf 31,- € gesteigert werden. Darüber hinaus erhalten arbeitnehmerähnlich beschäftigte VHS-Lehrkräfte Zuschüsse zur Renten- und Krankenversicherung sowie Urlaubs- und Bildungszeitentgelt. Damit werden die Beschäftigungsbedingungen der Honorarlehrkräfte spürbar verbessert. Tariflichen Schutz bieten diese Vereinbarungen gleichwohl nicht.

7 Vereinzelt konnte im Bereich der Volkshochschulen ein Urlaubsentgelt für Honorarlehrkräfte vereinbart werden (u. a. an den VHS Berlin, Hamburg, Gütersloh und an der Berg. Volkshochschule in Wuppertal und Solingen kann mit dem Nachweis der wirtschaftlichen Abhängigkeit/Arbeitnehmerähnlichkeit durch den Einkommensteuerbescheid ein entspr. Aufschlag auf das Honorar beantragt werden). Die Sprachlehrkräfte an der VHS Stuttgart sind hingegen kürzlich erneut mit der Forderung nach Urlaubsentgelt gescheitert. Sie wollen nun gegen die Volkshochschule klagen (siehe: Stuttgarter Nachrichten v. 4. 3. 2019, S. 16), vgl. Brüchert, EuW, 2018, 12.

8 BR haben u. a. einen Informationsanspruch hinsichtlich des Einsatzes freier Mitarbeiter*innen. Sie sollen ferner darüber wachen, dass Gesetze eingehalten werden. So umfasst das Diskriminierungsverbot gem. § 75 Abs. 1 BetrVG »alle im Betrieb tätigen Personen«. Honorarlehrkräfte haben wie AN das Recht auf Gleichbehandlung gem. § 3 Abs. 1 AGG und auf Schutz vor »Institutionellem Rechtsmissbrauch« nach § 242 BGB (vgl. Jambon, *Richtig selbstständig? Ratgeber für freie Lehrkräfte*. GEW 2015).

9 Beschl. des Geschäftsführenden Vorstands der GEW v. 7. 12. 2017. Der Wert orientiert sich am Durchschnitt der Erfahrungsstufen der EG 11 TVöD Std. 2017.

den vergangenen Jahren einige Verbesserungen erreicht.¹⁰ Viele Volkshochschulen zahlen weiterhin Honorare von unter 20-25,- € / Unterrichtsstunde.¹¹ Der Schulausschuss Düsseldorf beschloss 2017, die Honorare an der VHS schrittweise bis 2020 auf 25,- € / Unterrichtsstunde zu erhöhen. Nach Angaben des Bündnisses DaF/DaZ-Lehrkräfte zahlen Träger außerhalb der BAMF-Kurse durchschnittlich 23,- € für den Sprachunterricht. Das entspricht einem Nettoeinkommen von 1.006,- € / Monat, ohne Berücksichtigung der Betriebskosten.¹² Honorarlehrkräfte verdienen damit netto weniger als halb so viel wie eine Vertragslehrkraft mit gleicher Tätigkeit.¹³

Unter diesen Voraussetzungen ist nachvollziehbar, dass die überwiegende Zahl der Honorarlehrkräfte den Status als Selbständige nicht freiwillig gewählt hat. Hätten sie die Wahl, würden viele sofort in ein Arbeitsverhältnis wechseln.¹⁴ Arbeit- bzw. Auftraggeber bevorzugen hingegen »Freie«, denn sie sind für sie billiger und flexibler. Vor diesem Hintergrund geradezu zynisch liest sich folgende Passage in einer Ausfertigung des Wiss. Dienstes des BT:

» Zunehmend lässt sich im Wirtschafts- und Erwerbsleben die Tendenz beobachten, zur Vermeidung der Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher und sozialversicherungsrechtlicher Vorschriften abhängige Beschäftigung durch selbständige Tätigkeit zu ersetzen. Dieses Vorgehen bringt beiden Seiten Vorteile. Der/die Auftraggeber*in spart die ihm/ihr im Falle einer Beschäftigung anfallenden Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung und arbeitsrechtliche Personalzusatzkosten wie Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Urlaubsgewährung. Zudem muss er/sie nicht die Bestimmungen des Kündigungsschutzrechts beachten. Der/die »freie Mitarbeiter*in« seiner-/ihrerseits genießt aufgrund der ersparten Sozialversicherungsbeiträge den Vorteil einer höheren Nettovergütung.¹⁵

Weil die Weiterbildungsträger untereinander im Wettbewerb stehen, wollen sie die Kosten drücken, indem sie möglichst viele Honorarlehrkräfte beschäftigen. Solange das rechtlich möglich ist, solange wird die Mehrheit der Lehrkräfte in der Branche prekär beschäftigt bleiben. Doch warum ist das rechtlich möglich?

II. Das ungelöste Problem der Scheinselbständigkeit

Die Deregulierung des Arbeitsmarktes seit den 80er-Jahren führte in vielen Branchen zu einer wachsenden Anzahl von Beschäftigten, die formal selbständig dieselben Tätigkeiten verrichten wie AN. Oft wurden dieselben Beschäftigten durch Werkverträge »outgesourced«, ohne dass sich an ihren Arbeitsumständen etwas geändert hätte. Diese Situation wurde und wird von Sozialpolitiker*innen verschiedener Parteien als Problem gesehen, weil durch Scheinselbständigkeit den Sozialversicherungssystemen Beiträge in erheblichem Umfang verloren gehen. Doch gesetzliche Regulierungsversuche blieben aufgrund der vorherrschenden neoliberalen Doktrin zögerlich und wirkungslos.

Mit dem 1. Gesetz gegen Scheinselbständigkeit v. 23.3.1999 wurde ein neuer § 7 Abs. 4 in das SGB IV eingefügt. Erfüllten die Beschäftigten 2 von zunächst 4 Kriterien, wurde vermutet, dass sie gegen Arbeitsentgelt (also sozialversicherungspflichtig) beschäftigt sind. Der Katalog wurde wenig später auf 5 Kriterien erweitert, von denen 3 erfüllt sein mussten, damit ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vermutet wurde. Vor Inkrafttreten des Gesetzes wurde kritisiert, dass die Kriterien zur Abgrenzung von selbständiger zu abhängiger Beschäftigung zu wenig konkret und praktisch wirkungslos seien. Empirisch konnte Scheinselbständigkeit trotz intensiver Prüfungen

durch die Dt. Rentenversicherung (DRV) nicht nennenswert zurückgedrängt werden.¹⁶ Durch das 2. Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23. 12. 2002 wurde § 7 Abs. 4 SGB IV mit Wirkung zum 1. 1. 2003 neu gefasst und geradezu ins Gegenteil gewendet: Personen, die einen »Existenzgründerzuschuss« erhalten, sollten fortan als Selbständige gelten. Statt Scheinselbständigkeit zu bekämpfen, wollte man Selbständigkeit in Form einer »Ich-AG« fördern.

Auch diese Regelung wurde wenige Jahre später wieder abgeschafft.¹⁷ Seither entscheidet die DRV Bund gem. § 7a Abs. 2 SGB IV im sog. Anfrageverfahren »auf Grund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles, ob eine Beschäftigung vorliegt«. Dabei legt die DRV neben den früheren Kriterienkatalogen weitere durch die Rspr. entwickelte Maßstäbe zugrunde.

Im Jahr 2015 legte das BMAS einen Referentenentwurf zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vor, in dem es auch darum gehen sollte, dem Missbrauch von Werkverträgen und freien Dienstverträgen vorzubeugen. Der Entwurf sah die Einführung eines neuen § 611a BGB mit einem Kriterienkatalog zur Abgrenzung von selbständiger und abhängiger Beschäftigung vor. Der Katalog nahm jedoch nur die von der Rspr. entwickelten Maßstäbe auf, die im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung des Einzelfalles zu beachten wären. In den Vorbemerkungen zum Erfüllungsaufwand hieß es entspr. :

» Mit der Einfügung eines neuen § 611a BGB werden die von der Rspr. entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt. Dabei entsteht für die Wirtschaft kein Erfüllungsaufwand, da die 1:1-Kodifizierung einer gefestigten höchstrichterlichen Rspr. die Rechtslage in Deutschland unverändert lässt.¹⁸

Entgegen dieser ernüchternden Einsicht wäre nach § 611a Abs. 3 BGB dieses Entwurfs das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses (widerleglich)

¹⁰ Siehe: <http://www.vhs-tarifvertrag.de/>.

¹¹ Vgl. *Hook*, Wer 35 € bekommt, ist ein Topverdiener. In: Die Zeit, 23. 3. 2017. Im Internet: www.zeit.de/karriere/beruf/2017-02/honorarleaefte-lehrer-dozenten-deutschkurse-stundenlohn-bezahlung (Stand 05. 06. 2019).

¹² Vgl. *Sieg*, Einkommen der DaFZ-Lehrkräfte (Arbeitspapier 2018). Aktionsbündnis DAF Hannover. Im Internet: www.dropbox.com/s/8pxtv08szuhyrhl/Einkommen%20der%20DaFZ-Lehrkr%C3%A4fte.rtf?dl=0 (Stand 05. 06. 2019).

¹³ In der Praxis werden auch viele Vertragslehrkräfte in der Weiterbildung unter dem Niveau des TVöD EG 11 bezahlt. Dieses Niveau müsste angesichts der geforderten Qualifikation und Tätigkeit aber mindestens erreicht werden. Laut *wb-personalmonitor* lag das mittlere Bruttoeinkommen von Vollzeitbeschäftigten in der Weiterbildung 2016 bei 3.040,- € (*Martin et al.*, Fn. 4, S. 86). Im Vergleich dazu lag das mittlere Einkommen aller Vollzeitbeschäftigten mit akad. Abschluss 2013 bei 4.836,- € (ebd.).

¹⁴ Es gibt keine Zahlen darüber, wie hoch der Anteil der Honorarlehrkräfte ist, die den Arbeitnehmerstatus bevorzugen würden. Unbestritten gibt es auch Honorarlehrkräfte, die diesen Status frei gewählt haben, weil sie nicht abhängig beschäftigt sein wollen. Viele Kolleg*innen lehnen Selbständigkeit zwar nicht prinzipiell ab, sehen aber unter den gegebenen Umständen erhebliche Nachteile. Sie beklagen neben dem geringen Einkommen und mangelnder sozialer Absicherung insbes., dass es für sie keine TV gibt und sie als »Beschäftigte 2. Klasse« behandelt werden. Dies ist auch der Tenor der gewerkschaftlichen und selbstorganisierten Zusammenschlüsse (www.vhs-tarifvertrag.de, www.dafdz-lehrkraefte.de und kreidefresser.org).

¹⁵ Wiss. Dienst des BT (2007): Die Scheinselbständigkeit im Sozialversicherungsrecht. Ausarbeitung WD 6 – 3000-166/07, S. 5.

¹⁶ Dazu stellte der Wiss. Dienst des BT fest: »Diese Vermutungsregelung hat in der Praxis aufgrund des zu beachtenden Amtsermittlungsgrundsatzes keine weitere Bedeutung erlangt« (Wiss. Dienste des BT 2007, S. 7).

¹⁷ Quellen: wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/scheinselbststaendigkeit-45487 und www.scheinselbststaendigkeit.de/lexikon/kriterienkatalog.

¹⁸ Referentenentwurf v. 16. 11. 2015 für das Gesetz zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze; zum beschlossenen Gesetz ausführlich *Wank*, AuR 2017, 140.

vermutet worden, »wenn die DRV Bund nach § 7a des SGB IV insoweit das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses festgestellt hat«. Diese Vermutungsregel hätte die Beweislast umgekehrt, den Beschäftigten mehr Rechtssicherheit gegeben und helfen können, Doppelprüfungen durch die Arbeits- und SG zu vermeiden. Doch der Vorschlag wurde im Gesetzgebungsprozess wieder fallengelassen. Schlussendlich wurde § 611a BGB am 21. 2. 2017 in folgender Form beschlossen:

§ 611a Arbeitsvertrag

- (1) ¹Durch den Arbeitsvertrag wird der AN im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. ²Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. ³Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. ⁴Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. ⁵Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. ⁶Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.
- (2) Der AG ist zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

Damit nimmt das Gesetz wörtlich die in der Rspr. entwickelten Grundsätze auf und ändert nichts an der Rechtslage. Es ist daher nicht zu erwarten, dass hierdurch Scheinselbständigkeit eingedämmt werden kann bzw. die Rechtssicherheit für die Betroffenen erhöht wird. Im Gegenteil: Die Geschichte der gesetzlichen Versuche, Kriterien zur Abgrenzung von selbständiger und abhängiger Beschäftigung zu entwickeln, zeigt, dass es am politischen Willen fehlt, dem Rechtsmissbrauch wirksam zu begegnen, weil dies dem Ziel einer weiteren Regulierung des Arbeitsmarktes entgegenliefe.

III. Rentenversicherungspflicht kein Schutz gegen Altersarmut

Honorarlehrkräfte sind schon seit Ende des 19. Jhdts. rentenversicherungspflichtig. Für die übrigen arbeitnehmerähnlichen Solo-Selbständigen wurde mit § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI im Jahr 1999 ebenfalls eine Rentenversicherungspflicht eingeführt. Das Gesetz wurde mit der sozialen Schutzbedürftigkeit der »Arbeitnehmerähnlichen« begründet. Faktisch hat es für viele Betroffene den gegenteiligen Effekt.

Ein Rechenbsp.: Eine ledige Honorarlehrkraft erwartet bei einem Stundenhonorar von 25,- € und einer Unterrichtsverpflichtung von 25 Unterrichtseinheiten (UE) / Woche nach 35 Jahren Erwerbstätigkeit eine monatliche Rente von ca. 800,- €. ¹⁹ Um den eigenen Lebensunterhalt im Alter bestreiten zu können, wird eine Aufstockung der Rente durch das Sozialamt nötig sein. Die Honorarlehrkraft zahlt aus ihrem Bruttohonorar von 2.300,- € ²⁰ monatlich rd. 430,- € in die Rentenversicherung ein. Netto bleiben ihr kaum mehr als 1.100,- €. Damit steuert sie trotz Rentenversicherungspflicht auf Altersarmut zu. Ursache dafür ist zunächst das viel zu niedrige Honorar. Bei einem Mindesthonorar von 55,- €, wie es die GEW aktuell fordert, läge die Rentenerwartung immerhin bei 1.600 – 1.700,- € / Monat. Das wäre deutlich über dem Grundsicherungsniveau. Entscheidend für die prekäre Lage der Solo-Selbständigen ist auch, dass die Auftraggeber*innen keinen Cent zur Sozialversicherung beitragen. Weil Solo-Selbständige ihre Beiträge komplett selbst zahlen, ist ihre monatliche Belastung

im Verhältnis zur erreichbaren Rente etwa doppelt so hoch wie bei sozialversicherungspflichtig Beschäftigten.

Honorarlehrkräfte haben überwiegend einen wissenschaftlichen Hochschulabschluss. Rentenpolitisch gereicht ihnen diese hohe Qualifikation zum Nachteil. Wegen des langen Ausbildungswegs sind 45 Beitragsjahre zur Rentenversicherung für Beschäftigte mit einem wissenschaftlichen Hochschulabschluss praktisch nicht erreichbar. Die Rentenpolitik geht gleichwohl davon aus, dass Akademiker*innen hohe Renten erzielen, die es ihnen ermöglichen, ihren Lebensstandard zu halten. Denn, so das Argument, die Einkommen von Beschäftigten mit akad. Ausbildung steigen im Laufe des Erwerbslebens überdurchschnittlich an. Das trifft auf viele akad. ausgebildete Fachkräfte in einem Arbeitsverhältnis zu. Sie haben berufliche Aufstiegschancen, und ihre Tariflöhne steigen mit zunehmender Beschäftigungsdauer an. Honorare steigen hingegen nicht oder allenfalls geringfügig mit wachsender Berufserfahrung. ²¹ Auch dieser wenig beachtete Umstand trägt dazu bei, dass Honorarlehrkräfte kaum Aussicht auf eine Rente haben, von der sie ohne Aufstockung durch das Sozialamt leben können.

Honorarlehrkräfte sind gesetzlich verpflichtet, einen erheblichen Teil ihres Einkommens für die RV aufzubringen. Weil sie aus dem niedrigen Honorar schon während des Erwerbslebens kaum ihren Lebensunterhalt bestreiten können, kommen viele dieser Pflicht nicht nach. Aus der Not nehmen sie Risiken einer erheblichen Nachzahlung in Kauf. Solo-Selbständige können durch Anfrage bei der DRV ihren sozialversicherungsrechtlichen Status zwar klären lassen, mit dem Ziel, dass der Auftraggeber seinen Anteil an den Sozialversicherungsbeiträgen zahlen müsste. Dabei prüft die DRV aber auch, ob die Honorarlehrkraft ihrer Beitragspflicht nachgekommen ist. Wer nicht gezahlt hat, sitzt sprichwörtlich in der Falle und wird kein Anfrageverfahren einleiten, um den eigenen Status klären zu lassen. I. E. werden der RV erhebliche Beiträge vorenthalten, während Honorarlehrkräfte ohne Alterssicherung dastehen. Dabei gäbe es Lösungen, die sowohl den Honorarlehrkräften als auch einem solidarischen Rentenversicherungssystem zugutekämen:

1. Der DGB setzt sich für die Einbeziehung aller Solo-Selbständigen in die gesetzliche RV ein, fordert aber »einkommensadäquate Beiträge«. Die Auftraggeber*innen sollen analog der AG-Beiträge an den Kosten der Sozialversicherung beteiligt werden, z. B. durch verpflichtende Zuschläge zum Honorar (DGB 2018). ²²
2. Für Selbständige mit geringen Einkommen schlägt der DGB vor, die Rente nach Mindestentgeltpunkten fortzuführen. Um auskömmliche Renten zu gewährleisten, ohne die Kosten auf die Sozialversicherungen abzuwälzen, seien steuerliche Entlastungen sachgerecht.
3. Hinsichtlich der gesetzlichen Krankenversicherung (KV) hat der Gesetzgeber erste Maßnahmen ergriffen. Mit Wirkung zum 1. 1. 2019 wurde die Mindestbeitragsbemessungsgrenze für Selbständige von

¹⁹ Zum Vergleich: Eine ledige Vertragslehrkraft, die nach TVöD EG 11 vergütet wird, erreicht nach 35 Beitragsjahren eine monatliche gesetzliche Rente von ca. 1700 € + 350 € aus der betrieblichen Zusatzversicherung.

²⁰ Berechnungsweise: 25 UE / Woche entsprechen unter Berücksichtigung von Urlaub und Feiertagen 1.105 UE / Jahr bzw. 92,08 UE / Monat. Daraus ergibt sich ein Bruttohonorar von 2.302,08 €.

²¹ Es gibt wenige Bsp., in denen Honorare gestaffelt sind, allerdings nur minimal. So erhalten Honorarlehrkräfte beim Goethe-Institut ein Honorar von 35,- € / Unterrichtsstunde, ab 451 Einsatztagen steigt es auf 37,- €.

²² DGB: Zur sozialen Absicherung und sozialen Lage von Soloselbständigen: Großer Handlungsbedarf, kleine Konzepte?, 2018: www.dgb.de/-/IFM (Stand 5.6.2019). Die derzeit von der BReg. beabsichtigte Einführung einer obligatorischen Altersvorsorge für alle Selbständigen geht an der Problematik der Honorarlehrkräfte vorbei, weil diese schon seit jeher rentenversicherungspflichtig sind.

2.283,75 auf 1.038,33 € abgesenkt, was einem monatlichen Beitrag von 160,- € entspricht. Dadurch reduziert sich die Beitragslast für viele Solo-Selbständige erheblich. Außerdem müssen Solo-Selbständige seit 2018 nur noch auf das tatsächlich erzielte Einkommen KV-Beiträge zahlen. Die Beiträge werden zunächst vorläufig festgesetzt und nach Vorlage des Einkommenssteuerbescheides rückwirkend angepasst.

4. In der Diskussion befindet sich die Möglichkeit einer »Amnestieregelung« für Selbständige, die bisher ihrer Versicherungspflicht nicht nachgekommen sind.²³ Eine solche Regelung würde es Honorarlehrkräften erlauben, künftig ins Solidarsystem einzuzahlen und für ihre Alterssicherung vorzusorgen, ohne mit hohen Nachzahlungen konfrontiert zu sein, die sie nicht aufbringen können. Voraussetzung dafür wäre, dass die Beiträge leistbar sind und eine angemessene Rente erreicht werden kann. Die Amnestielösung wäre daher eine sinnvolle Ergänzung, wenn die zuvor genannten Maßnahmen umgesetzt würden. Sie würde allen Solo-Selbständigen den Weg eröffnen, ihren Status im Antragsverfahren klären zu lassen.

IV. Unterschiedliche Bewertung durch DRV sowie Arbeits- und Sozialgerichte

Viele Solo-Selbständige versuchen sich in ein Arbeitsverhältnis einzuklagen. Bei Honorarlehrkräften kommen die ArbG jedoch nahezu durchgängig zu dem Ergebnis, dass sie selbständig sind. Dabei folgen die Gerichte der vom BAG entwickelten »typisierenden Betrachtung«. Demnach sind Lehrkräfte nur dann typischerweise AN, wenn ihre Lehrtätigkeit auf die Vermittlung eines förmlichen Schulabschlusses zielt:

- » Wer an einer allgemeinbildenden Schule unterrichtet, ist idR. AN, auch wenn er seinen Beruf nebenberuflich ausübt. Dagegen können etwa Volkshochschuldozenten, die außerhalb schulischer Lehrgänge unterrichten, auch als freie Mitarbeiter beschäftigt werden, und zwar selbst dann, wenn es sich bei ihrem Unterricht um aufeinander abgestimmte Kurse mit vorher festgelegtem Programm handelt. Wird die Lehrtätigkeit nicht durch das Ziel der Vermittlung eines förmlichen schulischen Abschlusses geprägt, liegt der Vergleich mit Lehrkräften an einer Volkshochschule außerhalb schulischer Lehrgänge nahe.²⁴

Für alle anderen Lehrtätigkeiten stehe es den Vertragsparteien grundsätzlich frei, ob diese in einem Arbeitsverhältnis oder auf Grundlage eines freien Dienstvertrages (= Honorarvertrag) ausgeübt werden. Allerdings komme es nicht auf die Bezeichnung im Vertrag an, sondern auf die tatsächliche Durchführung. Wenn sich aus der Gesamtbetrachtung des Einzelfalls ergäbe, dass der für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses erforderliche Grad der persönlichen Abhängigkeit und der Eingliederung in die betrieblichen Abläufe des Auftraggebers gegeben sei, spräche dies für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses:

- » Als AN sind Musikschullehrer*innen deshalb nur dann anzusehen, wenn die Vertragsparteien dies vereinbart haben oder im Einzelfall festzustellende Umstände hinzutreten, die auf den für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses erforderlichen Grad persönlicher Abhängigkeit schließen lassen. Als solche Umstände kommen das Recht des Schulträgers, die zeitliche Lage der Unterrichtsstunden einseitig zu bestimmen, den Unterrichtsgegenstand oder Art und Ausmaß der Nebenarbeiten einseitig festzulegen, eine intensivere Kontrolle nicht nur des jeweiligen Leistungsstands der Schüler*in, sondern auch des Unterrichts selbst oder die Inanspruchnahme sonstiger Weisungsrechte in Betracht.²⁵

In zahlreichen Urten hat sich gezeigt, dass die ArbG die Messlatte für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses hoch ansetzen. Besonders deutlich wird das in einem Urten des LAG Schleswig-Holstein aus 2011. Die Kl. hatte geltend gemacht, dass sie als Integrationskurslehrkraft an einer Volkshochschule nicht frei über die Lage ihrer Arbeitszeit bestimmen könne und den Unterricht auf Grundlage der vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) festgelegten Vorgaben für Integrationskurse nach einem vorgegebenen Lehrwerk durchzuführen habe. Die Teilnahme an Fachkonferenzen sei zwar nicht verpflichtend, sondern lt. Vertrag lediglich »erwünscht«. In der Praxis ergebe sie sich aber notwendig daraus, dass auf den Fachkonferenzen Beschl. zur Umsetzung der Vorgaben des BAMF gefasst würden, die die Dozent*innen in ihren Kursen umsetzen müssten. Schon aufgrund ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit müsse sie sich den Vorgaben der Volkshochschule zur Vertragsgestaltung und zur zeitlichen Lage der Kurse unterordnen. In der Urteilsbegründung stellt das Gericht u. a. fest:

- » Wenngleich nicht verkannt wird, dass aufgrund der organisatorischen Zwänge und Abläufe sicherlich die Bekl. ein Interesse daran hat, ihre Planung durchzuführen, so bleibt es dennoch dabei, dass sie – Bekl. – gegenüber der Kl. keine – und darauf kommt es allein an – rechtliche Handhabe hat, ihr einseitig Unterrichtszeiten zuzuweisen. (...) Wenn die Kl. behauptet ..., dass diese Einzelverträge jedenfalls teilweise zu einem Zeitpunkt abgeschlossen wurden, zu dem die genaue Lage der Unterrichtszeiten für die Kl. noch nicht bekannt war, so führt dieses nicht dazu, dass damit ein einseitiges Weisungsrecht der Bekl. zur Lage der Arbeitszeiten anzunehmen ist. (...) Die Kl. ... behauptet lediglich, aufgrund der organisatorischen Zwänge und ihrer wirtschaftlichen Lage habe sie mehr oder weniger die Vorstellungen der Bekl. akzeptieren müssen. Dies ist aber unerheblich im Hinblick auf die Frage, ob die Bekl. insoweit ein einseitiges Weisungsrecht hatte. Rechtlich hatte sie es nicht.

Das Gericht hält es zwar für »gewichtig«, dass die Kl. sich über den bloßen Unterricht hinaus mit den dafür zust. Leitungskräften beim Träger über fachliche und pädagogische Fragen austauschen muss, dabei sei jedoch zu beachten, »dass die Abarbeitung des ihr erteilten Auftrages – Unterrichtung der Teilnehmer mit dem Ziel der Absolvierung der Abschlussprüfung – gerade auch diese Abstimmungen mit der Programmbereichsleitung und der pädagogischen Koordinatorin« erfordere. Sie sei »insoweit lediglich derart in den Betriebsablauf integriert, wie es gerade die Abarbeitung dieses (vertraglich bestimmten) Auftrags« erfordere. Dass die Kl. selbst mündliche und schriftliche Zwischen- und Modelltests durchführe, sei »nur Ausdruck des Umfangs ihrer pädagogischen Verantwortung im Rahmen der übernommenen unterrichtenden Tätigkeit«. Weiter: »Dass i. Ü. der Unterricht vor- und nachzubereiten ist, liegt in der Natur der Sache und ist für jede Unterrichtstätigkeit typisch.« Und: »Die Kl. mag zwar wirtschaftlich abhängig von der Bekl. sein. Dies ist aber unerheblich für den angeblischen Status als AN.«²⁶ Das Argumentationsmuster aus der BAG-Rspr. lässt sich so zusammenfassen:

1. Es kommt nicht auf die Bezeichnung im Vertrag an, sondern auf die tatsächliche Durchführung. Der Vertrag muss auch »gelebt« werden.
2. Die zahlreichen Indizien, dass die Honorarlehrkraft aufgrund ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit faktisch auch persönlich abhängig und

²³ Konkrete Vorschläge bei <https://www.rentenrechtler.de/?p=10513>.

²⁴ BAG 9. 3. 2005, 5 AZR 493/04.

²⁵ BAG 27. 6. 2017, 9 AZR 851/16.

²⁶ Alle Zitate: LAG Schleswig-Holstein 3. 2. 2011, 4 Sa 234/10.

weisungsgebunden ist, werden mit Hinweis auf die Vertragsgestaltung abgetan, wonach der/die Auftraggeber*in rechtlich kein Weisungsrecht habe. Es kommt also doch auf den Vertrag an.²⁷

3. Alle Tatsachen, die für eine Einbindung in die betrieblichen Abläufe sprechen, werden als für die Tätigkeit typisch und zur Durchführung des übernommenen Auftrags notwendig charakterisiert. Somit seien sie unerheblich für die Statusfrage. Insofern folgerichtig stellt das BAG in einem akt. Urt. auf die Vertragsfreiheit ab:

› Soweit die Kl. geltend macht, für die Musikschüler*innen habe es keinen Unterschied gemacht, ob sie den Unterricht auf der Grundlage des Arbeitsvertrags oder auf der Grundlage des Honorarvertrags erbracht habe, verkennt sie, dass es für die Abgrenzung verschiedener Vertragstypen nicht auf die Außenwirkung gegenüber Dritten, sondern allein auf die rechtlichen Befugnisse der Vertragsparteien im Innenverhältnis ankommt. Die Befugnisse, die der Honorarvertrag der Musikschule einräumt, sind nicht die eines AG, sondern solche eines/r Dienstberechtigten. (...) Wollte man anders entscheiden, beschneite dies in unzulässiger Weise die verfassungsrechtlich verbürgte Vertragsfreiheit der Parteien (Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG). Denn es stände nicht länger in ihrer Rechtsmacht, neben einem bereits bestehenden Arbeitsverhältnis ein Dienstverhältnis zu begründen. Für eine derartige Einschränkung der Vertragsfreiheit, die sich in der Praxis nicht nur zulasten des bekl. Landes, sondern auch zulasten der Kl. auswirkte, fehlt es an der erforderlichen Rechtsgrundlage.

So wird der Beschäftigten, die bis zum BAG geklagt hat, um ihren Arbeitnehmerstatus feststellen zu lassen, dieser mit Hinweis auf den Schutz ihrer eigenen Vertragsfreiheit verwehrt. Die DRV kommt – unter Anwendung derselben, vom BAG entwickelten Maßstäbe – nicht selten zum gegenteiligen Ergebnis. Von 21.624 Statusfeststellungsverfahren nach § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV im Jahr 2015 stellte sie in 9.371 Fällen Scheinselbständigkeit fest, d. h. 43,3%.²⁸ Ein akt. Urt. des BSG zur Klage eines Gitarrenlehrers an einer kommunalen Musikschule kann das illustrieren. Er hatte 2011 ein Anfrageverfahren nach § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV initiiert und von der DRV den Bescheid erhalten, dass er versicherungspflichtig beschäftigt sei. Die gegen diesen Bescheid gerichtete Klage der Kommune wurde in 1. Instanz vom SG Münster 2014 und in 2. Instanz vom LSG NRW mit Urt. v. 6. 7. 2016 zurückgewiesen mit der Begründung, dass der Gitarrenlehrer Weisungen durch die Musikschule unterlegen habe. Er sei auf ein bestimmtes Lehrplanwerk verpflichtet gewesen und hätte nicht frei bestimmen können, wann und wo er seinen Unterricht durchführt. Auch darüber hinaus sei er in die betriebliche Organisation der Musikschule eingegliedert gewesen. Die Rev. der Kommune beim BSG war hingegen erfolgreich. Das BSG führt u. a. aus:

› Ansprüche auf bezahlten Erholungsurlaub oder Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, wie sie für ein Arbeitsverhältnis typisch sind, standen dem Beigeladenen zu 1. nicht zu. Vielmehr war er verpflichtet, Rechnungen zu stellen und für seine soziale Absicherung selbst Sorge zu tragen.

Dem Beschäftigten, der Feststellung begehrt, dass er als AN beschäftigt war, damit die AG für ihn Sozialversicherungsbeiträge zahlen muss, wird entgegengehalten, dass es sich schon deshalb nicht um ein Arbeitsverhältnis gehandelt haben könne, weil ihm genau diese Leistungen vorenthalten wurden. Auch das Argument, dass sich die Tätigkeit des Honorarlehrers nicht von der einer festangestellten Lehrkraft unterscheidet, lässt das Gericht nicht gelten:

› Der Beigeladene zu 1. war zwar verpflichtet, die Unterrichtszeiten genau einzuhalten und ausgefallene Stunden in Absprache mit der Musikschule nachzuholen. Weitere Weisungen hinsichtlich Zeit und Ort der Durchführung der Tätigkeit gab es dagegen nur als Rahmenvorgaben. So wur-

den den Lehrern bei der Festlegung der Unterrichtszeiten Rahmenzeiten und Unterrichtsräume zugewiesen. Den Lehrkräften standen konkrete Räume innerhalb eines bestimmten Zeitfensters zur Verfügung. Innerhalb dieses Zeitfensters konnten festangestellte Kräfte und Honorarkräfte die Verteilung der Schüler frei bestimmen bzw. mit den Eltern vereinbaren.

Obwohl festangestellte Lehrkräfte dieselben Freiheiten haben wie Honorarlehrkräfte, werden diese Freiheiten als Indizien herangezogen, die gegen eine Weisungsgebundenheit sprechen:

› Nach allem musste der Beigeladene zu 1. seine Dienstleistung zwar in den Räumen der Kl. erbringen und sich zeitlich an deren Unterrichtsplanung und -konzept orientieren; dies sind Gesichtspunkte, die isoliert betrachtet für abhängige Beschäftigung sprechen könnten. Darüber hinaus hatte er sich in den mit der Kl. jeweils für bestimmte Zeiträume geschlossenen Verträgen jedoch keinem strikten einseitigen Weisungsrecht der Kl. Art, Zeit und Ort der Tätigkeit unterworfen und hatte sich die Kl. ein solches nicht ausbedingen wollen.

So kommt das BSG entgegen der Wertung der DRV und der vorangehenden Instanzen »im Rahmen der Gesamtwürdigung aller Umstände« zum Ergebnis, dass der Musikschullehrer nicht sozialversicherungspflichtig beschäftigt, sondern selbstständig tätig war.

V. Folgen von Scheinselbständigkeit für die Beschäftigten

Wird ein Bescheid der DRV, der Scheinselbständigkeit attestiert, rkr., ist für die Honorarlehrkraft noch nichts gewonnen. Denn die Statusfeststellung der DRV gilt zwar auch für die anderen Sozialversicherungsträger (gesetzliche KV, Pflegeversicherung, Arbeitslosenversicherung), aber nicht rückwirkend, sondern nur für die Zukunft ab Zeitpunkt der Feststellung. Der Lehrkraft werden keine Versicherungsbeiträge erstattet; sie erwirbt keine Ansprüche aus der Vergangenheit. Um nach erfolgter (sozialrechtlicher) Statusfeststellung als AN mit allen daraus resultierenden Rechten zu gelten, müsste die Honorarlehrkraft außerdem vor einem ArbG erfolgreich auf das Bestehen eines unbefr. Arbeitsverhältnisses klagen. Die sozialversicherungsrechtliche Feststellung spielt dafür keine Rolle:

› Die sozialversicherungsrechtliche Abwicklung des Dienstverhältnisses ist für die Frage seiner Rechtsnatur ohne Belang, weil das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis und das Arbeitsverhältnis nicht identisch sind.²⁹ Ebenso wenig ist entscheidend, dass das Dienstverhältnis hinsichtlich der materiellen Bedingungen wie ein Arbeitsverhältnis abgewickelt wurde.³⁰

Wie gezeigt, stehen die Chancen für Honorarlehrkräfte vor den ArbG schlecht. So kann es passieren, dass sie sozialrechtlich als scheinselbständig gelten, arbeitsrechtlich als selbständig. Ohne Arbeitnehmerstatus bleibt die Honorarlehrkraft ohne Kündigungsschutz und die/der zuvor verklagte Auftraggeber*in kann ihr ohne Angabe von Gründen die Auf-

²⁷ Zu dem Befund, dass die Rspr. »der Bezeichnung des Rechtsverhältnisses der Parteien im Vertrag zu große Bedeutung be(i)misst«, kommt auch der ehem. BAG-Senatsvors. Gerhard Reinecke in einem sehr lesenswerten Beitrag, Reinecke, AuR 2019, 56.

²⁸ BT-Drs. 18/10762.

²⁹ Vgl. BAG 14. 9.2011, 10 AZR 466/10, Rn. 13; BAG 18. 7. 2007, 5 AZR 854/06, Rn. 16 mwN.

³⁰ BAG 14. 9.2011, 10 AZR 466/10, aaO., BAG 8. 5. 2018, 9 AZR 531/17, AuR 2018, 533.

träge entziehen. Er wird das idR. auch tun, um die sozialversicherungsrechtlichen Kosten zu minimieren. Die Leidtragenden sind in jedem Fall die Honorarlehrkräfte.

Noch ungünstiger wirkt sich für sie eine Betriebsprüfung aus. Neben dem erwähnten Antragsverfahren zur Statusfeststellung durch die DRV Bund führen die Regionalträger der DRV selbsttätig Betriebsprüfungen durch. Bei diesen Prüfungen geht es darum, ob der AG seiner Sozialversicherungspflicht nachkommt. Eine solche Betriebsprüfung fand 2016 beim Goethe-Institut statt. Die DRV Bayern Süd schrieb rd. 400 Honorarlehrkräfte an, die als Sprachlehrer*innen an den Goethe-Instituten im Inland tätig waren. I. E. teilte sie dem Institut Ende Januar 2017 mit, dass diese alle scheinselfständig seien, und forderte eine erhebliche Nachzahlung der Rentenbeiträge durch das Goethe-Institut. Als erste Reaktion setzte das Goethe-Institut alle Honorarlehrkräfte im Inland vor die Tür. Um nicht den Betrieb einstellen zu müssen, denn 70 – 80 % des Unterrichts wurde zuvor von Honorarlehrkräften geleistet, wurden etwa 70 Lehrkräfte (zunächst befr.) eingestellt. Darunter auch Personen, die zuvor als Honorarlehrkraft für das Goethe-Institut tätig waren. Die Mehrheit von ihnen ging leer aus. Obwohl sie viele Jahre ausschließlich für diesen Auftraggeber gearbeitet hatten und die DRV sie als Scheinselbstständige (also AN) betrachtete, wurden hunderte Honorarlehrkräfte von einem Tag auf den anderen entlassen. Ohne Anspruch auf ALG und auf die vom AG vorenthaltenen Beiträge zur Sozialversicherung. Die Verhandlungen des Goethe-Instituts mit der DRV über eine pauschale Nachzahlung dauern bis ins Jahr 2019 an. Sollte es zu einer Einigung kommen, bekommen die betr. Honorarkräfte weder Beiträge erstattet noch Rentenpunkte gutgeschrieben.

Derweil darf das Goethe-Institut wieder Honorarlehrkräfte beschäftigen. Im Sommer 2017 einigte es sich mit der DRV Bund auf eine Neufassung der Honorarverträge, die u. a. vorschreiben, dass Honorarlehrkräfte keine Prüfungen mehr durchführen und keine Betriebsmittel des Goethe-Instituts nutzen dürfen. Zu diesen Betriebsmitteln gehören auch der Zugang zum Lehrzimmer und die Nutzung der institutseigenen Mediathek. Um künftigen Ärger vorzubeugen, wurde ein umfassendes Kontrollsystem (neudeutsch: Compliance Management) etabliert, das die 2-Klassen-Gesellschaft in den Kollegien zementiert.³¹ Sofern sie unter diesen Umständen weiter für diesen Auftraggeber tätig sind, haben sich die Beschäftigungsbedingungen der Honorarlehrkräfte infolge der Prüfung durch die DRV also verschlechtert.

VI. Der Gesetzgeber muss handeln

Obwohl Scheinselbständigkeit seit mehr als 20 Jahren politisch thematisiert wird, ist es nicht ansatzweise gelungen, dieser Praxis einen Riegel vorzuschieben. Während es bei Werkverträgen und Leiharbeit zumindest kleine Schritte gibt, den »Missbrauch«³² einzudämmen, hat sich die rechtliche Lage von Honorarbeschäftigten praktisch nicht verbessert. Wie die folgende Antwort auf eine Kl. Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen verdeutlicht, sieht die BReg. die unterschiedliche Bewertung der Statusfrage durch ArbG und SG nicht als Problem, das es zu beseitigen gälte:

Frage: Inwiefern anerkennt die BReg, dass sich die vorherrschende sozialrechtliche Abgrenzung zwischen selbständiger und abhängiger Beschäftigung teils markant von der arbeitsrechtlichen Abgrenzung³³ unterscheidet mithin zu Unwägbarkeiten in der Praxis führt, und welche Konsequenzen zieht die BReg aus ihrer Bewertung?

Antwort der BReg: In den beiden Rechtsgebieten gibt es im Detail abweichende Begriffsverständnisse und Verfahren. Diese sind Ausdruck ihrer jeweils unterschiedlichen Funktionen und Regelungszusammenhänge. Das Arbeitsrecht ist als Teil des Zivilrechts stärker von der Dispositionsbefugnis der Parteien geprägt als das dem öff. Recht zugehörige Sozialversicherungsrecht. Der sozialversicherungsrechtliche Beschäftigtenbegriff ist zudem weiter als der Begriff des AN. Dies steht – trotz vieler Parallelen – einer rechtsgebietsübergreifenden einheitlichen Abgrenzung der Selbständigen von AN bzw. abhängig Beschäftigten entgegen. Sich daraus ableitende Unwägbarkeiten in der Praxis sind nicht ersichtlich.³⁴

Da für die BReg. keine Unwägbarkeiten ersichtlich sind, erübrigt sich die Antwort auf den 2. Teil der Frage, welche Konsequenzen sie aus ihrer Bewertung ziehe.

Dabei gibt es angesichts der dargestellten Problemlage für den Gesetzgeber durchaus Anlass tätig zu werden. Und es gibt einfache gesetzgeberische Möglichkeiten. Die Vorlage liefert § 12a TVG, der an der sozialen Schutzbedürftigkeit »arbeitnehmerähnlicher« Personen ansetzt. Wer dauerhaft und überwiegend für eine/n Auftraggeber*in tätig ist und keine eigenen Mitarbeiter*innen beschäftigt, muss als AN sozialversicherungspflichtig beschäftigt werden. Denn wer vergleichbar einer/eines AN wirtschaftlich abhängig und sozial schutzbedürftig ist, kann nur geschützt werden, indem sämtliche Gesetze und Schutzrechte Anwendung finden, die mit dem Arbeitnehmerstatus einhergehen, sprich: indem sie oder er AN ist. Eine solche Regel ließe sich problemlos in § 611a BGB verankern.³⁵

Da eine solche Regelung auch auf Werkvertragsbeschäftigte anwendbar wäre, würde zugleich ein Ausweichen von einer prekären Beschäftigungsform in eine andere unterbunden. Die Sozialversicherungsproblematik wäre zugunsten der Solidargemeinschaft und der Betroffenen gelöst. Die AG müssten ihrer sozialen Verantwortung für alle Beschäftigten nachkommen. Beschäftigte hingegen, die aus freien Stücken selbständig sind, entscheiden sich dafür idR., weil sie unabhängig von einer/m bestimmten Auftraggeber*in sein wollen. Indem sie für mehrere Auftraggeber*innen tätig sind, könnten sie auch nach Inkrafttreten einer solchen gesetzlichen Regelung ihren Status als Selbständige aufrechterhalten. Die Vertragsfreiheit bliebe gewahrt.

Der ausgearbeitete Vorschlag des Hugo Sinzheimer Instituts (HSI) zu einem Gesetz über Mindestentgelte für Solo-Selbständige sieht eine analoge Anwendung des Mindestlohns in Form eines Mindestentgelts inklusive Sozialversicherungszuschlag von 25 % vor.³⁶ Das wäre ein wichtiger Schritt, um Lohndumping durch freie Dienst- und Werkverträge vorzubeugen. Für akad. ausgebildete Fachkräfte, deren Einkom-

³¹ Zu den neuen Arbeitsbedingungen von Honorarlehrkräften am Goethe-Institut s. GEW-Info Nr. 2/2018: <https://www.gew.de/goethe-institut/publikationen/publikationen/list/>.

³² In der politischen Debatte wird viel von »Missbrauch« und »Schlupflöchern« gesprochen. So wird die Tatsache verdeckt, dass prekäre Beschäftigungsverhältnisse eine intendierte Folge der politischen Deregulierung des Arbeitsmarktes sind.

³³ Siehe Prof. Dr. Stefan Greiner, 2016 (bitte Fundstelle ergänzen).

³⁴ BT Drs. 18/11982, Frage 14.

³⁵ Da § 12a TVG bislang nicht zu tarifvertraglichen Regelungen außerhalb der Medienbranche (öff.-rechtlicher Rundfunk und einzelne Zeitungsverlage) geführt hat, würde man mit einer solchen gesetzlichen Regelung auch nicht in die Tarifautonomie eingreifen. § 12a TVG könnte iSd. bisherigen Abs. 3 fortgeführt werden. Dort ist geregelt, dass das TVG für Medienschaffende bereits dann anwendbar ist, wenn sie mindestens 1/3 ihres Einkommens von einem Auftraggeber beziehen.

³⁶ Vgl. Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, HSI (2018): Entwurf eines Gesetzes über Mindestentgeltbedingungen für Selbstständige ohne Arbeitnehmer (Solo-Selbständige). HSI-Working Paper Nr. 12, 2. Aufl., Dezember 2018.

men deutlich über dem Mindestlohn liegen sollte, müssen zusätzliche, darüber hinausgehende Regelungen angestrebt werden, weil eine Honorarkraft beim akt. Mindestlohn von 9,19,- € inkl. Sozialversicherungszuschlag auf umgerechnet etwa 17,- € / Unterrichtsstunde käme. Das ist rd. die Hälfte des seit 2016 geltenden Mindesthonorars für Integrationskurslehrkräfte. Die 35,- € orientieren sich am allgemeinverbindlichen Mindestlohn für SGB-geförderte Weiterbildungsmaßnahmen. Allerdings wurde der Betrag seit seiner Einführung im Jahr 2016 nicht erhöht, während der Mindestlohn durch die Tarifparteien mehrfach angehoben und durch das BMAS 2019 erneut für allgemeinverbindlich erklärt wurde. Um Schritt zu halten, müsste das Mindesthonorar seit April 2019 über 38,- € betragen.

Die Lösung prekäre Beschäftigung auch im Weiterbildungsbereich effektiv einzudämmen, bestünde darin, dass der Gesetzgeber eine waserdichte Definition des Arbeitnehmerstatus vornimmt, die an der wirtschaftlichen Abhängigkeit und sozialen Schutzbedürftigkeit der Beschäftigten ansetzt.

Zusammengefasst sind die akt. Bemühungen um bessere und bezahlbare Sozial- und Krankenversicherung für die betr. Solo-Selbstständige erfreulich und ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung, um Lohndumping durch freie Dienst- und Werkverträge einzudämmen. Für die sachgerechte Klärung der Statusfrage ist der Gesetzgeber gefordert, die Initiative aufzugreifen und zu ergänzen um Regelungen, die auch für die o.a. akad. ausgebildeten Fachkräfte zur Verbesserung der derzeitigen Situation führen.

Folgt Kratzer vs. R+V II?

RA Dr. Rüdiger Helm, Kapstadt/München

Buschmann untersucht in der FS für Ostendorf das Verhältnis des Arbeitsrechts zum Strafrecht.¹ Die wiederholte Kriminalisierung des Streikrechts führt bis heute bei arbeitnehmerorientierten Arbeitsrechtlern zu einem distanzierten Verhältnis zum Strafrecht. Heussen stellt in der Buchbesprechung zu Wächtlers Widerspruch² fest: »Die ständigen Versuche der Justiz, Anklagen mit politischem Hintergrund der »normalen Kriminalität« zuzurechnen, sind erst langsam gescheitert.«³ Noch scheinen diese Versuche nicht zu enden. Dies lässt sich im Streik- und Versammlungsrecht⁴ und aktuell im Umgang mit AGG-Entschädigungskl. beobachten. Die Ummutzung des Strafrechts in gesellschaftspolitischen Aushandlungsprozessen lenkt nicht nur von dem Potential ab, das in dem Optimierungszusammenhang⁵ liegt, der beiden Teil-Rechtsgebieten inneohnt. Sie zeigt auch Arbeitsrechtsferne unter Strafrechtlern.

I. Ein Strafverfahren um § 15 Abs. 2 AGG

»Ich verstehe nicht, was daran strafbar sein soll,« fragt Alenfelder⁶ das LG München I. Der RA und Wissenschaftler war am 34. Verhandlungstag im Strafprozess gegen 2 vorgebliche »AGG-Hopper« als Zeuge gehört worden. Die Kammer erlebte einen Experten, der Einblick in die hierzulande schwierige Durchsetzung des Gleichstellungsrechts erlaubte. Die Frage, warum die Geltendmachung einer Entschädigung nach dem AGG strafbar sein soll, blieb unbeantwortet. Das LG München I lehnte so 2015 die Eröffnung des Hauptsacheverfahrens aus Rechtsgründen nach § 204 StPO ab.⁷ Aus der Anklage war nach Überzeugung des LG nicht ersichtlich, worin die betrugsrelevante Täuschung liegt. Das OLG München ließ die Ankl. für einen Teil der Tatbestände mit der Begründung zu, der Vorwurf stünde im Raum, dass die Angekl. über die »subj. Ernsthaftigkeit ihrer Bewerbungen täuschten.«⁸ Das sei dann vorstellbar, wenn Angekl. »**konkulent ernsthaftes Interesse**« an Stellen vortäuschten, obwohl sie »zu keinem Zeitpunkt die Absicht hatten, die ausgeschriebenen Stellen auch anzutreten, sondern dass es ihnen lediglich darauf ankam, potentiell **AGG-widrige Stellenausschreibungen auszunutzen**, um im Falle einer erwarteten Absage einen Anspruch nach § 15 AGG geltend zu machen.«⁹

Das LG München I folgte dagegen 2015 der vom BAG¹⁰ vertretenen Überzeugung, dass als »unzutreffende Tatsachenbasis ... lediglich fehlende subj. Ernsthaftigkeit der jeweiligen Bewerbung in Betracht« kommt. »Eine solche lässt sich dem Gesetzeswortlaut jedoch nicht als Voraussetzung für das Entstehen eines Anspruchs aus § 15 AGG entnehmen.«¹¹ Metz wirbt dafür, die Strafbarkeit von Entschädigungskl. durch Annahme einer »konkludente Täuschung« zu retten.¹² Unabhängig davon, dass dieser Ansatz nicht überzeugt, weil umgesetztes Unionsrecht dem Grundsatz des »effet utile« dient und die Funktion der §§ 15 Abs. 2, 17 Abs. 1 AGG für das Effizienzgebot nicht übergangen werden kann, ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass Sachverhalte aus 2011 – 2013 angeklagt wurden. Das LG meinte 2015, zunächst müsse die Fachgerichtsbarkeit die notwendigen Klärungen über Inhalt und Umfang des von den Normen abgedeckten Verhaltens herbeiführen, bevor für zukünftige Sachverhalte über eine Strafbarkeit nachgedacht werden könne. Es bezog sich auf den Vorlagebeschl. des BAG v. 18. 6. 2015.¹³ »Aus der Vorlage auch dieser Frage ergibt sich weiterhin, dass aufgrund der Vorgaben der RL möglicherweise auch diese Handhabung der dt. Rspr. nicht RL-konform sein könnte, was in der Lit. bereits diskutiert wird. Hiernach (red) ist der Rechtsordnung ein Aus-

¹ Buschmann: Perspektivenwechsel im Arbeitsstrafrecht in: FS Ostendorf, 15, 143 - 161.

² Wächter: Widerspruch - Als Strafverteidiger in politischen Prozessen, Transit Verlag, 2019.

³ Heussen: Buchbesprechung zu Hartmut Wächter - Widerspruch, als Strafverteidiger in politischen Prozessen, Biografie, MAV-Mitteilungen 4/2019, S. 26.

⁴ AG München 26.1.2009, 845 Cs 113 Js 11159/08, AuR 2009, 178 m. Anm. Wächter.

⁵ Buschmann, Fn. 1, S. 143.

⁶ Ahlenfelder ist Leiter der Forschungsstelle für Arbeits- und Antidiskriminierungsrecht an der FH Nordhessen.

⁷ LG München I 23.11.15, 12 KLS 231 Js 139171/12.

⁸ OLG München 25.1.2016, 2 Ws 1/16, 2 Ws 2/16.

⁹ OLG München 25.1.2016, 2 Ws 1/16, 2 Ws 2/16, II.1.

¹⁰ BAG 19.5.2016, 8 AZR 470/14, Rn. 62.

¹¹ LG München I 23.11.15, 12 KLS 231 Js 139171/12, I.2 a) bb).

¹² Metz, NZA 2019, 876.

¹³ BAG 18.6.15, 8 AZR 848/13 (A), AuR 15, 338, 373; Helm, AuR 2019, 11.

schluss wegen Rechtsmissbrauchs fremd, so dass im Falle einer diskriminierenden Auswahl bei RL-konformer Auslegung des § 15 AGG bei nicht ernsthaften Bewerbern dies lediglich zu einer Beschränkung der Entschädigungshöhe auf 3 Monatsgehälter führe und nicht zum Ausschluss des Entschädigungsanspruchs. Gerade die Möglichkeit von Entschädigungsansprüchen nicht ernsthafter Bewerber trage maßgeblich zu der abschreckenden Wirkung bei, die nach der Vorgabe der RL von der Entschädigungszahlung ausgehen solle (*Ebert* in *Schulze* u. a. BGB, AGG § 15 Rn. 7).¹⁴

Ein Strafverfahren, das nach 7 Jahren Ermittlung mit mehr als 40 Verhandlungstagen und 37 Bd. Fallakten, einer rechtlich kaum nachvollziehbaren Kanzleidurchsuchung durch einen das LG *München I* aufhebenden Beschl. des OLG *München* teilweise zugelassen wird? Im Verfahren geht es um eur. Gleichstellungsrecht. Formal angeklagt sind ein Jurist und dessen Bruder, die der Aufforderung des Gesetzgebers in § 17 AGG folgten und in möglichen Diskriminierungsfällen Entschädigungsklagen erhoben haben. Beide hatten während ihrer Arbeitslosigkeit eine Vielzahl von Bewerbungen geschrieben und bei Indizien auch Entschädigungen geltend gemacht, aber nach Einlassung des jeweiligen AG nur aus der Bewerberperspektive nicht nachvollziehbare Fälle weiter verfolgt.

Dieser Angekl. hat »eigentlich die gesamte Rspr. zum AGG revolutioniert. Erst die Abkehr vom Kriterium der »obj. Eignung«, dann das faktische Aus für den »Rechtsmissbrauch« und nun die hohen Hürden für die Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung. Die Wende kam anscheinend mit der *EuGH*-Vorlage, denn vorher eierte das *BAG* von einem Widerspruch zum nächsten.«¹⁵ Die Vorlage brachte eine Zäsur. Die Wende scheint aber nicht von Dauer zu sein. Dass ein Angekl. nach 3 erfolgreichen NZB vom *EuGH* darlegen ließ, dass für Entschädigungsklagen kein abgesenkter Maßstab für Rechtsmissbrauch gilt und damit die Konstruktion des »AGG-Hopping« rechtsfern, aber akquisenah ist, machte ihn im jur. Dorf zum Boten einer unerwünschten Nachricht.¹⁶

Metz meint 2019, dass »das Schadensersatzverlangen ... eine **konkludente Täuschung** über jene Tatsachen, welche den Einwand des Rechtsmissbrauchs ... begründen,« ausmachen könne. Die *StA München I* nahm sogar eine Garantenstellung von Entschädigungskl. gegenüber Prozessgegnern an. Das LG *München I* griff dies 2015 auf. »Eine Täuschung durch Unterlassen kommt ebenfalls nicht in Betracht, da es an der erforderlichen Garantenstellung iS. Aufklärungspflicht fehlt. Die nicht ernst gemeinte Bewerbung stellt kein pflichtwidriges Verhalten dar, welches zu einer Garantenstellung aus Ingerenz führen würde. Da ... aufgrund der derzeitigen Rspr. zunächst von der Entstehung des Anspruchs aus § 15 AGG auszugehen ist, besteht auch keine Verpfl. des Kl. zur Aufklärung darüber, dass seine Bewerbung nicht ernst gemeint war. Insofern muss der AG Indizien vortragen, die auf eine solche subj. Einstellung des Kl. schließen lassen. Eine Aufklärungspflicht auch solcher Tatsachen ist dem dt. Recht fremd. Das LG führte 2015 aus: »Die Gefahr, sich auch solcher Entschädigungsansprüche ausgesetzt zu sehen, die an der ausgeschriebenen Stelle gerade kein Interesse haben, ergibt sich aus der Beweislastverteilung des § 22 AGG, der dem AG einen weiten Verantwortungs- und Risikobereich zuweist.«¹⁷ Diese Entscheidung des Normgebers wird man hinnehmen müssen.

1. Vom »Portoparagraphen« zum »AGG-Hopper«-Konstrukt

Am 9.2.76 trat die Gleichstellungs-RL 76/207/EWG in Kraft. Mitgliedstaaten (MS) haben die RL durch ein wirksames, effektives, in sich

schlüssiges und kohärentes¹⁸ System umzusetzen. Das umfasst wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen, die den RL-Inhalten Geltung verleihen. Regelungen, die nur symbolische Entschädigungen¹⁹ vorsehen, sind unionsrechtswidrig wie bspw. der als »Portoparagraph«²⁰ bezeichnete § 611a BGB v. 1980.²¹ Systemfremde Einschränkungen des Unionsrechts in § 611a BGB idFv. 1980–1994 wie der Verschuldensnachweis²² oder die Höchstgrenze für den Schadensersatz für Bewerber, die die Stelle bei Nicht-Diskriminierung erhalten hätten,²³ dürfen die MS nicht vornehmen. Deutlich rügte der *EuGH* am 22.4.97 die mangelhafte dt. Umsetzung der Gleichstellungs-RL.²⁴

2016 hatte er entschieden, dass für Gleichstellungsrecht kein abgesenkter Rechtsmissbrauchsmaßstab gilt.²⁵ *Rolfs* stellte fest, dass diese Klarstellung häufig als Bestätigung der Kampagne gegen Entschädigungskl. missverstanden wurde.²⁶ Es scheint, dass sich an *Rolfs* Feststellung wenig geändert hat. Während das *BAG* am 26.1.17²⁷ die vom *EuGH* geforderte Prüfung eines obj. und subj. Tatbestandsmerkmals für den Ausnahmefall missbräuchlichen Berufens auf das Unionsrecht hervorhebt, scheint dieser Maßstab in einer der Entscheidungen des *BAG* v. 25.10.18²⁸ nicht zu gelten. Die unterschiedliche Zusammensetzung des Senats bei den Entscheidungen vermittelt den Eindruck andauernden Meinungsstreits. Den Diskurs dominiert das von der (akquisefokussierten) Kampagne gegen Entschädigungskl. entwickelte »AGG-Hopper«-Konstrukt und nicht das generalpräventive Ziel des § 15 Abs. 2 AGG.

Zweistufige Rechtsmissbrauchsprüfung nach EuGH:

A. Erfordernis eines objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmals

»Die Feststellung eines missbräuchlichen Verhaltens verlangt das Vorliegen eines obj. und eines subj. Tatbestandsmerkmals ...«
(*EuGH* 28.7.2016, C-423/15, Rn 38).

I. Objektives Tatbestandsmerkmal

»Was zum einen das obj. Tatbestandsmerkmal betrifft, muss sich aus einer Gesamtwürdigung der obj. Umstände ergeben, dass trotz formaler Einhaltung der von der Unionsregelung vorgesehenen Bedingungen das Ziel dieser Regelung nicht erreicht wurde ...«
(*EuGH* 28.7.2016, C-423/15, Rn 39).

¹⁴ LG *München I* 23.11.15, 12 KLS 231 Js 139171/12, I.2 a) bb).

¹⁵ Blogg-Kommentar auf *Rolfs*, AGG: Nils Kratzer geht in die nächste Runde, 21.6.2017, 19:14.

¹⁶ *Helm*, AuR 2019, 11.

¹⁷ LG *München I*, 23.11.15, 12 KLS 231 Js 139171/12, I.2 b).

¹⁸ *EuGH* 12.1.2010, C-341/08, Rn. 53, (*Petersen / Berufungsausschuss*), Rn. 53.

¹⁹ *EuGH* 10.4.1984, C-14/83 (*von Colson / NRW*), Rn. 24, AuR 1984, 217.

²⁰ *EuGH* 10.4.1984, C-79/83 (*Harz / Tradax*); *Bertelsmann*, Keine Angst vorm *EuGH*, 2014, www.bertelsmann-gaebert.de.

²¹ *EuGH* 10.4.1984, C-14/83 (*von Colson / NRW*), AuR 1984, 217.

²² *EuGH* 22.4.1997, C-180/95 (*Draehmpaehl / Urania*) Ls. 1, AuR 1997, 210, 253 m. Anm. *Dieball, Kocher*, AuR 1998, 221.

²³ *EuGH* 22.4.1997, C-180/95 (*Draehmpaehl / Urania*) Ls. 2, AuR 1997, 210, 253 m. Anm. *Dieball, Kocher*, AuR 1998, 221.

²⁴ *EuGH* 22.4.1997, C-180/95 (*Draehmpaehl / Urania*), AuR 1997, 210, 253 m. Anm. *Dieball, Kocher*, AuR 1998, 221.

²⁵ *EuGH* 28.7.2016, C-423/15 (*Kratzer / R+V*), Rn 37 – 40, AuR 2016, 430, *Kappler*, AuR 2017, 33, *Helm*, AuR 2019, 11

²⁶ *Rolfs*, *EuGH* zum AGG-Hopping auf www.beck-online.de.

²⁷ *BAG* 26.1.2017, 8 AZR 848/13, Rn. 130, *Helm*, AuR 2019, 11.

²⁸ *BAG* 25.10.18, 8 AZR 562/16, AuR 2019, 239.

II. Subjektives Tatbestandsmerkmal

»Zum anderen erfordert eine solche Feststellung ein subj. Tatbestandsmerkmal: Es muss aus einer Reihe obj. Anhaltspunkte ersichtlich sein, dass wesentlicher Zweck der fraglichen Handlungen die Erlangung eines ungerechtfertigten Vorteils ist. Denn das Missbrauchsverbot greift nicht, wenn die fraglichen Handlungen eine andere Erklärung haben können als nur die Erlangung eines Vorteils«

(EuGH 28.7.2016, C-423/15, Rn 40).

B. Keine Beeinträchtigung der Wirksamkeit des Unionsrechts

»Es ist Sache des nat. Gerichts, gemäß den Beweisregeln des nat. Rechts – soweit dadurch die **Wirksamkeit des Unionsrechts** nicht beeinträchtigt wird – festzustellen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen eines missbräuchlichen Verhaltens im Ausgangsverfahren erfüllt sind«

(EuGH 28.7.2016, C-423/15, Rn 42).

2. EuGH v. 28.7.16 wirkt kaum

In einer Entscheidung v. 25.10.18 geht das BAG zunächst auf die EuGH-Rspr.²⁹ ein, schließt dann aber entgegen dessen zweistufigem Prüfansatz isoliert von der Auslegung des Bewerbungsschreibens auf Rechtsmissbrauch. Liest man das zitierte Bewerbungsschreiben, ist das Auslegungsergebnis nicht zwingend. Arbeitssuchenden wird eine Outplacement-Beratung empfohlen, um Bewerbungsschreiben nicht ungeschickt zu formulieren. Ungeschickte Bewerbungsschreiben sind für sich betrachtet aber kein Indiz für Rechtsmissbrauch. Von Tiling meint, ein Hinweis auf einen Kirchenaustritt aus finanziellen Gründen umfasse zwingend die Provokation einer Ablehnung.³⁰ Der EuGH verlangt dagegen ein subj. und ein obj. Tatbestandsmerkmal, eine Gesamtbetrachtung und durch die Annahme des Rechtsmissbrauchs keine Beeinträchtigung des Unionsrechts. Der Bewerber wies darauf hin, dass er die Werte der Kirche achte und teile. Eine Gesamtwürdigung iSd. EuGH verlangt schon auf Ebene des obj. Tatbestandes mehr als eine allein auf ein Bewerbungsschreiben gestützte Prüfung.

Nach BAG v. 25.10.18 soll es dagegen ausreichen, dass es dafür, »dass das Verhalten des Kl. eine andere Erklärung haben könnte als die Erlangung einer Entschädigung, ... weder im Bewerbungsschreiben noch sonst hinreichende Anhaltspunkte«³¹ gebe. Nach EuGH gilt auf der 1. Stufe des obj. Tatbestands ein weitergehender Maßstab. »Was zum einen das obj. Tatbestandsmerkmal betrifft, muss sich aus einer Gesamtwürdigung der obj. Umstände ergeben, dass trotz formaler Einhaltung der von der Unionsregelung vorgesehenen Bedingungen **das Ziel dieser Regelung** nicht erreicht wurde.«³² Ziel der Regelung ist »Dritte von ähnlichen Verstößen abzuhalten«.³³

Wenn nach BAG v. 25.10.18 neben dem Bewerbungsschreiben kein weiteres Indiz für Rechtsmissbrauch vorlag, hätte es anders entscheiden müssen. Denn es fehlten weitere, möglichen Missbrauch stützende Indizien. Für solche Indizien hätte die Bekl. die Beweislast, wie das BAG am 12.12.18 – in anderer Besetzung – hervorhebt: »Da die Frage, ob »das Kl.-Verhalten eine andere Erklärung hat als nur die Erlangung einer Entschädigung«, zu den Voraussetzungen gehört, die den – rechtshindernden – Einwand des Rechtsmissbrauchs begründen können, trägt folglich derjenige die Darlegungs- und Beweislast, der den Einwand geltend macht, hier die Bekl. Erst bei insoweit hinreichendem Vorbringen der Bekl., das im Bestreitensfall zu beweisen ist, wäre es Sache des Kl., hiergegen Einwendungen vorzubringen oder darzutun, dass sein Verhalten eine andere Erklärung hat, als nur die Erlangung einer Entschädigung.«³⁴

»Es gibt nur ein perspektivisches Sehen, nur ein perspektivisches „Erkennen“ und je mehr Affekte wir über eine Sache zu Worte kommen lassen, je mehr Augen, verschiedene Augen wir uns für dieselbe Sache einzusetzen wissen, um so vollständiger wird unser „Begriff“ dieser Sache, unsere „Objektivität“ sein“ (Friedrich Nietzsche, 1844-1900).(https://de.wikipedia.org/wiki/Friedrich_Nietzsche)

Als der EuGH seine Prüfkriterien darstellte, mag er an Nietzsche gedacht und überlegt haben, wie es gelingen kann, in Deutschland die Debatte zu verobjektivieren. Die nach EuGH notwendige Prüfung eines subj. und obj. Tatbestandsmerkmals bei Gesamtwürdigung der obj. Umstände hätte im Fall des BAG v. 25.10.18 eine Zurückverweisung oder stattgebende Entscheidung nahegelegt. Die Vorinstanz stützte ihre Entscheidung am 5.11.15 auf den vom EuGH am 17.4.18³⁵ verworfenen Rechtfertigungsgrund³⁶ und erging vor EuGH v. 28.7.16.³⁷

3. Personenbezogener abgesenkter Rechtsmissbrauchsmaßstab?

In Anschluss an Egenberger hat das BAG am 25.10.18³⁸ den Rechtfertigungsgrund des § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG verworfen. In der Lit. wird vertreten, das BAG habe nach der Entscheidung Egenberger³⁹ am gleichen Tag »im Gegenzug« die Anforderungen an den Rechtsmissbrauch abgesenkt. »Das Gericht hat dem Rechtfertigungsgrund des § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG eine klare Absage erteilt. Dafür hat es im Gegenzug die Anforderungen an einen Rechtsmissbrauch nicht mehr allzu hoch gehängt.«⁴⁰ »Gerade in den Kratzer-Fällen liegt es nahe, die Anforderungen an die Annahme von Rechtsmissbrauch nicht allzu hoch zu schrauben,« sekundiert Bauer.⁴¹ Soll der Maßstab für Rechtsmissbrauch in Ansehung der Person bestimmt werden?

Ohne Fokussierung auf eine Einzelperson, dessen rechtliche Überzeugungen sich nach langem Streit mit der Kampagne gegen Entschädigungskl. als zutreffend erwiesen, wäre das Strafverfahren gegen diese mit gewaltigem Kostenaufwand, langen Ermittlungen und vielen Sitzungstagen kaum vorstellbar. Die beobachtete Senkung der »Anforderungen an den Rechtsmissbrauch« überrascht zudem, weil dem EuGH schon der strengere Maßstab des Vorlagebeschl. des BAG v. 18.6.15⁴² nicht reichte.

²⁹ BAG 25.10.18, 8 AZR 562/16, Rn. 55, AuR 2019, 239.

³⁰ von Tiling, öAT 2019, 74 (76).

³¹ BAG 25.10.18, 8 AZR 562/16, Rn. 62.

³² EuGH 28.7.2016, C-423/15, Rn. 39.

³³ BAG 18.6.15, 8 AZR 848/13 (A), Rn. 23, AuR 15, 338, 373; Helm, AuR 2019, 11.

³⁴ BAG 12.12.18, 8 AZN 507/18 nv., Rn 5.

³⁵ EuGH 17.4.18, C-414/16 (Egenberger / Ev. Diakonie); Heuschmid, AuR 18, 265, AuR 18, 310, 586 m. Anm. Heuschmid/Höller, Stein, AuR 18, 545; ders., AuR 2019, 157; Helm, AuR 2019, 11.

³⁶ LAG Sachsen-Anhalt 5.11.15, 3 Sa 405/13, Rn. 64.

³⁷ EuGH 28.7.2016 C-423/15 (Kratzer / R+V), AuR 2016, 430; Kappeler, AuR 2017, 33; Helm, AuR 2019, 11.

³⁸ BAG 25.10.18, 8 AZR 501/14.

³⁹ BAG 25.10.18, 8 AZR 562/16.

⁴⁰ NJW-Spezial 2019, 244, beck-online.

⁴¹ Bauer, ArbRAktuell 2019, 202.

⁴² BAG 18.6.15, 8 AZR 848/13 (A), AuR 15, 338, 373, Helm, AuR 2019, 11.

4. EuGH lehnt abgesenkten Rechtsmissbrauchsmaßstab ab

Der *EuGH* lehnt einen abgesenkten Maßstab für die Annahme von Rechtsmissbrauch bei Entschädigungskl. ab. Auch im strafrechtlichen Zusammenhang verweist er auf den für das AGG am 28.7.16 referierten am Ziel der Regelung orientierten allgemeingültigen unionsrechtlichen Maßstab als »st. Rspr. des GH«. ⁴³ Dies zeigt, dass die erhofften »nicht allzu hoch aufgehängten« Anforderungen an den Rechtsmissbrauch unionsrechtlich nicht darstellbar sind. Der Maßstab ist ein allg. Grundsatz des Unionsrechts ⁴⁴ und darf dessen Wirksamkeit nicht beeinträchtigen. ⁴⁵

5. Kriminalisierung von Entschädigungsklägern

Im Strafverfahren lehnte das LG *München I* am 4.7.19 den Antrag auf Einvernahme eines Arbeitsrichters in Bezug auf dessen Vergleichsvorschlag ab. Es sollte bewiesen werden, dass es dem Beschuldigten nicht primär um Durchsetzung von Geldbeträgen ging. Der Angekl. hatte auch Vergleiche ohne Geldzahlung geschlossen. Das Gericht lehnte den Beweisantrag ab, weil die »Klage explizit auf die Zahlung einer Entschädigung« gerichtet war. »Andere Zielsetzungen lassen sich weder dem Antrag noch dem Inhalt der Klageschrift entnehmen.« »I. Ü. käme der arbeitsgerichtlichen Rechtsauffassung für die strafrechtliche Beurteilung des Sachverhalts keine Relevanz zu.« ⁴⁶ Wenn aber der fachgerichtlichen Auffassung keine Relevanz zukommt, ist der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung nicht gewährleistet.

Ein Belastungszeuge widersprach am 29.1.2019 dem Ansatz des Strafverfahrens. Er zog vor dem LG die Parallele zum Kündigungsschutzrecht: Aus Arbeitgebervertretungsperspektive würden 98% ⁴⁷ der Kündigungsschutzklagen eingereicht, obwohl die Kl. beim AG nicht weiter arbeiten möchte. Täuschen Kl. so über ihre eigentlichen Ziele? Wenn man eine Abfindung bei Kündigung erreichen möchte, müsse man auf Wiedereinstellung klagen. Aber das könne man nicht als Rechtsmissbrauch einordnen, so der Arbeitgebervertreter.

II. Free to be yourself – Frei, Du selbst zu sein ⁴⁸

Der Leitgedanke »free to be yourself,« den die ILO ⁴⁹ ihrem 100-jährigen Einsatz für Gleichstellung und Diskriminierungsfreiheit voranstellt, lässt sich mit »frei, du selbst zu sein« übersetzen. Gleichstellung ist ein Grund- und Menschenrecht. Daran erinnerte *Schmidt* auf dem Campus Arbeitsrecht 2018 in ihrem Beitrag »Frauen und die Welt der Arbeit.« ⁵⁰ Die Studie »Diskriminierung und Stellenanzeigen« stellt 2018 fest, dass 2,2% der untersuchten Stellenanzeigen eindeutig diskriminierend sind und 21,2% »bei einer rechtlichen Überprüfung ... eine Diskriminierung nach dem AGG« ⁵¹ offen legen können.

Noch 2006 meinte *Jahn*, das AGG sei »überflüssig und zugleich schädlich wie kaum ein anderes Regelwerk.« ⁵² 2016 erkennt er nach einem Meinungswandel, dass »vermutlich ... das AGG tatsächlich dazu beigetragen (hat), dass manch Stellenbewerber und AN ... nicht aus verwerflichen Gründen benachteiligt wird.« ⁵³ Er führt weiter aus, dass »Hautfarbe und Herkunft, Geschlecht oder Religion ... im Alltag keine Rolle spielen (dürfen), ebenso wenig wie Weltanschauung und Behinderung, sexuelle Orientierung oder das Alter.« ⁵⁴ Erst wenn dieses Ziel gewährleistet ist, sind Betroffene iSd. Leitgedankens der ILO frei, sie selbst zu sein. Es ist wichtig, dass Nicht-Betroffene dies verstehen.

III. Geldstrafe für diskriminierende Stellenausschreibungen in Österreich

Unionsweit wurden eur. Gleichstellungs-RL in innerstaatliches Recht umgesetzt. Jeder MS muss das Effizienzgebot wahlweise durch Entschädigungsansprüche und/oder Ordnungswidrigkeiten- und Strafnormen sicherstellen. Stellenausschreibungen, die nicht geschlechtsneutral und diskriminierungsfrei sind, sind nach dem österr. GIBG (Gleichbehandlungsgesetz) strafgeldbewehrt. ⁵⁵ In Österreich wird der Grundsatz des »effet utile« durch Geldstrafe sichergestellt, in Deutschland soll dies § 15 Abs. 2 AGG leisten.

IV. Der deutsche Ansatz zum »effet utile«

Entschädigungsklagen dienen nach *BAG* einem »doppelten Sanktionszweck«. Klagen nach § 15 Abs. 2 AGG haben sowohl »spezialpräventive« (den AG künftig zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Pflichten nach dem AGG anzuhalten) als auch »generalpräventive Funktion« (Dritte von ähnlichen Verstößen abzuhalten). ⁵⁶ Das AGG kennt keine Strafnorm. Um die Sicherstellung des »effet utile« durch § 15 Abs. 2 AGG zu erreichen, sind Bewerber ausweislich § 17 Abs. 1 AGG »aufgefordert, ... an der Verwirklichung des in § 1 (AGG) genannten Ziels mitzuwirken.« Nach *EuGH* darf daneben die Wirksamkeit des Unionsrechts durch die Annahme von Missbrauch nicht beeinträchtigt werden. ⁵⁷ Die Wirksamkeit des Unionsrechts wird beeinträchtigt, wenn zivilrechtlich erfolglose Entschädigungsklagen kriminalisiert werden.

1. Das Geschäft mit der Abwehr von Entschädigungsklägern

Aus Arbeitnehmerperspektive sind Entschädigungsklagen unattraktiv. Bei AG mag dagegen die »prophezeite« Klagewelle Ängste ausgelöst haben. »Anwälte und Berater hätten am Gesetz verdienen wollen: »Wenn die Anwälte uns nicht so vollgemüllt hätten, hätten wir gar nicht gemerkt, dass das Gesetz eingeführt wurde!« Auch in anderen Interviews klang häufiger direkte Kritik an der Panikmache von Pres-

⁴³ *EuGH* 6.2.18, C-359/16 (*Altun / Sozialaufsichtsbehörde*), Rn. 48, AuR 18, 151.

⁴⁴ *EuGH* 6.2.18, C-359/16), Rn 50, aaO.

⁴⁵ *EuGH* 28.7.2016, C-423/15, Rn 42.

⁴⁶ LG *München I* 12 KLS 231 Js 139171/12.

⁴⁷ Arbeitnehmervertreter wissen, dass der Prozentsatz nicht stimmen kann, der Zeuge verwies auf seine nur einseitige Erfahrung als Arbeitgebervertreter.

⁴⁸ <https://www.ilo.org/100/en/story/equality>.

⁴⁹ Internationale Arbeitsorganisation bzw. International Labour Organisation (ILO).

⁵⁰ *Schmidt, I.*, Campus Arbeitsrecht 18: Frauen und die Welt der Arbeit, AuR 18, 320.

⁵¹ Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Stellenanzeigen 18, www.antidiskriminierungsstelle.de.

⁵² *Jahn*, Das Ende der Vertragsfreiheit, FAZ 15.6.2006.

⁵³ *Jahn*, Happy birthday, AGG!, NJW-aktuell 37/2016.

⁵⁴ *Jahn*, Happy birthday, AGG!, NJW-aktuell 37/2016.

⁵⁵ §§ 49, 58 GIBG – Gleichbehandlungsgesetz (Österreich).

⁵⁶ *BAG* 18.6.15, 8 AZR 848/13 (A), Rn. 23, AuR 15, 338, 373; *Helm*, AuR 2019, 11.

⁵⁷ *EuGH* 28.7.2016, C-423/15, Rn 42.

se und Anwälten an,⁵⁸ stellen *Raasch* und *Rastetter* in der Studie zur »Anwendung des AGG in der betrieblichen Praxis« fest. »Probleme mit dem AGG dürften eher die Befürchtungen und Ängste der UN gewesen sein als dessen realen Auswirkungen. ... Konkret genannt wurden v.a. »allg. Unsicherheit, AGG-Hopping ..., die Klagewelle ... und der höhere Administrations- und Kostenaufwand« Personalabteilungen machten »für diese Ängste und Befürchtungen ausdrückliche externe Einflüsse verantwortlich: Presse, RA und Personalberater. »Wenn man den einen oder anderen Artikel wirklich ernst genommen hätte, dann wäre man verrückt geworden.«⁵⁹ Mit »they want to change the legal system from a profession to a business,« erklärte mir ein Richter des *Indischen Supreme Court* 2000 Gründe für den damaligen ind. Justizstreik. Profession und Business prägen den anwaltlichen Beruf. Anwälte kommen nicht darum herum, wirtschaftlich zu denken, wenn auch die Profession im Vordergrund steht. Nur wem die Kostenstruktur der anwaltlichen Tätigkeit fremd ist, kann ernsthaft annehmen, dass Entschädigungsklagen in eigener Sache ein wirtschaftlich tragfähiges »Geschäftsmodell« sein können. »Wenn man für ein 4 Jahre dauerndes Verfahren ein paar tausend € bekommt, ist das eher abschreckender für den Kl. als für die AG.«⁶⁰ Anders mag sich dies für die Abwehr von Entschädigungskl. darstellen.

Wegen der Grund- und Menschenrechtsrelevanz der Gleichstellung und Diskriminierungsfreiheit sollte in einer Rechtsordnung die Durchsetzung des eigentlich Selbstverständlichen nicht vom Engagement einiger Weniger abhängen. Besonders problematisch ist dies unter dem Gesichtspunkt des unionsrechtsfreundlichen Verhaltens, wenn – wie hierzulande –, die wenigen Kl. mit Strafverfahren bedroht werden.

2. Schon der »§ 611a BGB Hopper« beruhte auf einer Verkennung des Unionsrechts

In der als Referenz für das von der Kampagne gegen Entschädigungskl. entwickelte Konstrukt des »AGG-Hoppers« herangezogenen Entscheidung des ArbG *Potsdam*⁶¹ wurde der dortige Kl. als »§ 611a BGB Hopper« gescholten. Das ArbG *Potsdam* entschied damals unionsrechtswidrig. Das Inserat lautete: »Wir suchen Sie! Rechtsanwältin«

3. Beim Dt. Juristinnenbund handele es sich um »Lobbyisten«

In der Begleitliteratur zur Kampagne gegen Entschädigungskl. wird die Stellungnahme des Dt. Juristinnenbund eV. (djb) als Äußerung von »Lobbyisten«⁶² abgetan. Der djb hatte auf die Rechtswidrigkeit des »AGG-Archivs« aufmerksam gemacht. Im Anschluss an die Einordnung des djb als »Lobbyisten« verweist die Publikation im Folgesatz darauf, dass »Stimmen aus der Fachpresse ... das AGG-Archiv für rechtmäßig« halten. »Fachpresse« ist in dem Zusammenhang ein Artikel des »Initiators des AGG-Archivs«.⁶³ Dieser habe nach der Publikation die angeblich zu befürchtende Klagewelle »prophezeit.«⁶⁴ Es ist in Ordnung, eignes Handeln fachlich zu verteidigen. Dennoch ist es kühn, einen jur. Think Tank in eine Lobbyorganisation umzudeuten und den sein Handeln rechtfertigenden Initiator des BDSG-widrigen »AGG-Archivs« zur maßgeblichen Fachpresse hochzustilisieren.

V. Kann (unions-)rechtlich gewolltes Verhalten strafbar sein?

1. Wer immer dasselbe sagt, hat Recht (?)

Mit »Wer immer dasselbe sagt hat Recht,«⁶⁵ beschreibt *Max Uthoff* in »Gegendarstellung« die Wirkmächtigkeit st. wiederholter jur. Phrasen. Hierzu gehört die Behauptung der Bedrohung der AG durch »AGG-Hopping,« die Behauptung, dass nur diejenigen Bewerber iSd. AGG seien, die die Stelle sicher nehmen wollen und die Behauptung, dass sich nicht ernsthafte Bewerber wegen Betrugs strafbar machten. Haben sich die Kritiker des Gleichstellungsrechts mit den Grundsätzen der Einheit der Rechtsordnung und des »effet utile« befasst?

2. Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung

Der Begriff der Einheit der Rechtsordnung wird in unterschiedlichem Kontext verwendet. Unterschieden wird zwischen formaler und materieller Einheit der Rechtsordnung.⁶⁶ Formale Einheit der Rechtsordnung beschreibt, welcher Normbestand einer Rechtsordnung angehört. In den Bundesländern bestehen jeweils formal einheitliche Rechtsordnungen.⁶⁷ Materielle Einheit der Rechtsordnung betrifft »die inhaltliche Widerspruchsfreiheit der gültigen Normen und die Auflösung möglicher Normwidersprüche.«⁶⁸

a) Einheit der Rechtsordnung im materiellen Sinne

Materielle Einheit der Rechtsordnung will sicherstellen, dass innerhalb einer Rechtsordnung die einzelnen Teilrechtsordnungen widerspruchsfrei angewendet werden. Was zivilrechtlich erlaubt ist, kann strafrechtlich nicht verboten sein. Um strafrechtlich beurteilen zu können, ob Diebstahl iSd. § 242 StGB vorliegt, muss zivilrechtlich beurteilt werden, was eine fremde Sache ist. Strafprozessrechtlich erlaubte Verhaltensweisen dürfen dienstrechtlich nicht nachteilig gewertet werden. So darf erlaubtes strafprozessuales Bestreiten bei einer Beurteilung nicht negativ gegen einen Beamten gewertet werden.⁶⁹ Denn es »dient ... der Wahrung der Einheit der Rechtsordnung, an die Wahrnehmung des Rechts auf Verteidigung auch außerhalb des Strafverfahrens keine staatlichen Sanktionen zu knüpfen.«⁷⁰

⁵⁸ *Raasch/Rastetter*, Die Anwendung des AGG in der betrieblichen Praxis, 2009, 32.

⁵⁹ *Raasch/Rastetter*, 32f.

⁶⁰ *Hipp*, DER SPIEGEL 5/2013, S. 45.

⁶¹ ArbG *Potsdam* 13.7.2005, 8 Ca 1150/05.

⁶² *Kern*, 195; *Helm*, AuR 2019, 11.

⁶³ *Kern*, 195, Fn. 757.

⁶⁴ *Kern*, 25, Fn. 3.

⁶⁵ <https://www.br.de/radio/bayern2/sendungen/radiospitzen/max-uthoff-portraet-100.html>.

⁶⁶ *Bauerschmidt*: Die Rechtsperson der EU im Wandel: Auswirkungen differenzierter Integration durch Völkerrecht auf die EU (Verfassungsentwicklung in Europa, Band 16), S. 216 ff.

⁶⁷ *Badus*: Die Einheit der Rechtsordnung: Bedeutungen einer jur. Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jhdts. (Schriften zur Rechtstheorie Ausg. 168), Duncker & Humblot, 1995, Teil 2, S. 148.

⁶⁸ *Bauerschmidt*, S. 216.

⁶⁹ BVerwG 20.11.2012, 2 B 56.12.

⁷⁰ BVerwG 20.11.2012, 2 B 56.12, Rn. 8.

Im Umweltstrafrecht ist die materielle Verwaltungsrechtslage für das Strafgericht bindend. Entscheidungen der Verwaltung binden Strafrichter bspw. bei der für die Anwendung von § 327 StGB erforderliche Genehmigungsbedürftigkeit einer Anlage. Die Einschätzung des Normgebers über die Gefährlichkeit von Anlagen binden den Strafrichter, wie auch die Ausübung einer der Verwaltungsbehörde eingeräumten Ermessensentscheidung. Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung verlangt, dass an deren Stelle keine abweichende strafrichterliche Beurteilung tritt.⁷¹ Bei Vorliegen einer behördlichen Erlaubnis für ein gewisses Maß der Verunreinigung eines Gewässers fehlt es an dem Tatbestandsmerkmal »unbefugt« iSd. § 324 StGB.⁷² Wenn auch im Detail str., ist im Umweltstrafrecht das Prinzip der Verwaltungsakzessorietät anerkannt.⁷³ Grundgedanke ist, dass verwaltungsrechtlich erlaubtes Verhalten nicht strafbar sein kann.

Für das Verhältnis des Strafrecht zum Arbeitsrecht kann dies nicht anders beantwortet werden. Arbeitsrechtliche Begriffe wie der Arbeitnehmerbegriff binden in ihrer arbeitsrechtlichen Prägung den Strafrichter genauso wie bspw. Beweislastregeln und der Bewerberbegriff des AGG. Handelt es sich – wie beim Bewerberbegriff – um einen unionsrechtlichen Begriff, ist dieser einheitlich iSd. Unionsrechts anzuwenden.

b) Unionsweit gleiche Anwendungsergebnisse

Die Einheit der Rechtsordnung ist für innerstaatlich umgesetztes Unionsrecht, wie dem AGG, unionsweit sicherzustellen. »Denn es würde eine Gefahr für die Verwirklichung der ... Ziele des Vertrages bedeuten ..., wenn das Gemeinschaftsrecht je nach der nachträglichen innerstaatlichen Gesetzgebung von einem Staat zum ändern verschiedene Geltung haben könnte,«⁷⁴ betont der *EuGH*. Die »Vertragsvorschriften (bilden) ein Ganzes; sie vervollständigen und ergänzen einander.«⁷⁵ Das »Gemeinschaftsrecht (beansprucht) in allen MS gleiche Geltungskraft ...«⁷⁶ Innerstaatlich ist durch das mitgliedstaatliche Recht für gleiche Anwendungsergebnisse zu sorgen.⁷⁷

c) Ein verfassungsrechtliches Gebot

Die Einheit der Rechtsordnung ist verfassungsrechtlich geboten. Es besteht ein verfassungsrechtlicher Bezug zum Gleichbehandlungsgrundsatz und zum Rechtsstaatsprinzip. Nach dem *BVerfG* muss die Rechtsordnung auch dann eindeutige Aussagen gegenüber den Rechtsunterworfenen machen, wenn mehrere Teilrechtsgebiete betroffen sind. Dies gilt insbes. für das Strafrecht.⁷⁸ Das *BVerfG* betont 2016: »Es ist mit dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung nicht zu vereinbaren, wenn ... erwartetes und ... gefordertes Verhalten ... rechtlich gegen den Betroffenen gewertet wird.«⁷⁹ § 17 Abs. 1 AGG fordert Bewerber zum Handeln auf.

d) »Konkludente Täuschung« vs. Einheit der Rechtspflege

Metz fordert, »die Frage nach der Strafbarkeit des AGG-Hoppers unter einem neuen Blickwinkel zu betrachten: Wie wirkt es sich aus, wenn die Ernsthaftigkeit der Bewerbung nicht mehr Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG ist?«⁸⁰ Schon die Wertung der subj. Ernsthaftigkeit als Tatsache iSd. 263 StGB überzeugt nicht. Denn subj. Ernsthaftigkeit setzt sich nach *BAG* und *EuGH* »aus einer Reihe objektiver Anhaltspunkten«⁸¹ zusammen und ist nach *EuGH* zweistufig zu ermitteln.

Metz legt seinen Überlegungen unreflektiert das »AGG-Hopper«-Konstrukt zu Grunde. Ein »Hopper« habe »als innere Tatsache

den Willen ..., die Stelle gar nicht antreten zu wollen. Ihm gehe es nur um Ansprüche aus § 15 Abs. 2 AGG. Dabei handelt es sich nicht um eine Zukunftsprognose, sondern vielmehr eine bestehende Absicht, die bei Abgabe der Scheinbewerbung bereits vorliegt.«⁸² *Metz* meint, die angenommene fehlende subj. Ernsthaftigkeit sei eine Täuschung über die Vornahme einer Handlung und daher eine **konkludente Täuschung** über eine innere **Tatsache**. Das geht u. a. aus 3 Gründen fehl.

- (1) Die subj. Ernsthaftigkeit ist nach *BAG* keine innere Tatsache sondern eine Rechtsfrage. »Innere Tatsachen« sind »Gegenstand der tatrichterlichen Würdigung iSv. § 286 ZPO. Das Revisionsger. kann die Feststellung innerer Tatsachen ... nur daraufhin prüfen, ob das Tatsachengericht von den richtigen Beurteilungsmaßstäben ausgegangen ist, die wesentlichen Umstände berücksichtigt und keine Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt hat.«⁸³ Das *BAG* prüft die subj. Ernsthaftigkeit unter Verweis auf § 563 Abs. 3 ZPO⁸⁴ und leitet sie aus dem von der Tatsacheninstanz ermittelten feststehenden Sachverhalt ab.⁸⁵ Es qualifiziert die subj. Ernsthaftigkeit mithin als Rechts- und nicht als Tatsachenfrage. Es geht um eine Auslegung entlang des Normzwecks, wie der *EuGH* aufzeigt.⁸⁶ *Metz* betont, die Strafbarkeit wegen Betrugs setzt eine Täuschung über Tatsachen voraus.⁸⁷ Die Einheit der Rechtsordnung ist nicht gewahrt, wenn die subj. Ernsthaftigkeit vom *BAG* mit Verweis auf *EuGH* als Rechtsfrage und Strafrichtern als Tatsache gewertet würde.
- (2) Eine konkludente Täuschung liegt vor, wenn nach der Verkehrsan-schauung einem Handeln die »Miterklärung« von Tatsachen inne-wohnt. *Metz* legt § 138 Abs. 1 ZPO dahingehend aus, dass der Entschädigungskl. die Verpflichtung habe, der Gegenseite die für den Prozessrerfolg notwendige innere Tatsache des fehlenden Inter-esses an der Stelle offen zu legen.⁸⁸ Er begibt sich damit in Wider-spruch zu den vom *BAG* in st. Rspr. betonten Beweislastregeln des AGG.⁸⁹ Es besteht keine Verkehrssitte, nach der Entschädigungskl. das offenzulegen haben, was nach Beweislast dem AG obliegt.
- (3) *Metz* übersieht, dass der Entschädigungsanspruch den effet uti-le-Grundsatz sicherstellen soll,⁹⁰ und argumentiert gegen *EuGH* am Normzweck vorbei.

71 *Felix*, Einheit der Rechtsordnung – zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer Argumentationsfigur, 27 ff.

72 *Felix*, 29.

73 *Felix*, 30.

74 *EuGH* 15. 7.1964, C-6/64 (*Costa / E.N.E.L.*).

75 *EuGH* 12. 7.1962, C-9/61 (*Niederlande / EGKS*).

76 *EuGH* 3. 4. 1968, C-28/67 (*Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe / Hauptzollamt*).

77 *EuGH* 6. 12. 2005, C-453/03, C-11/04, C-12/04, C-194/04 (*ABNA / Secretary of State*), Rn 104.

78 *Felix*, S. 9.

79 *BVerfG* 19. 10. 2016, 2 BvR 1943/16, Rn 22.

80 *Metz*, aaO. 2019, 876.

81 *BAG*, 11. 8. 2016, 8 AZR 4/15, Rn. 52; *EuGH* 13. 3. 2014, C-155/13 (*SICES ua.*), Rn. 33.

82 *Metz*, aaO. 877.

83 *BAG*, 31. 7. 2014, 2 AZR 434/13, Rn. 33.

84 *BAG*, 25. 10. 2018, 8 AZR 562/16, Rn. 55.

85 *BAG* 25.10.18, 8 AZR 562/16, Rn. 55.

86 *EuGH* 28. 7. 2016, C-423/15, Rn 38 – 42.

87 *Metz*, aaO. 877.

88 *Metz*, aaO. 880.

89 *BAG* 12.12.18, 8 AZN 507/18, Rn 5; *BAG*, 19. 5. 2016, 8 AZR 470/14, Rn. 35; *BAG* 11. 8. 2016, 8 AZR 4/15, Rn. 45; *ErfK/Schlachter*, AGG § 15 Rn. 13..

90 *EuGH* 28. 7. 2016, C-423/15, Rn. 5.

3. Entschädigungsklagen als erwartetes Verhalten, § 17 Abs. 1 AGG

Der Gesetzgeber fordert in § 17 Abs. 1 AGG dazu auf, dass Beschäftigte – dies sind auch Bewerber – an der Durchsetzung des AGG mitwirken. Die Mitwirkungsmöglichkeit, die abgewiesene Bewerber haben, sind Entschädigungsklagen. Beschäftigung können sie nicht verlangen. Der Gesetzgeber erwartet von Bewerbern, sich gegen mögliche Diskriminierungen zu wehren. § 17 Abs. 1 AGG ist ein Merkmal für die Ermittlung des Normzwecks von § 15 Abs. 2 AGG.

a) Eigener strafrechtlicher Bewerberbegriff

Das OLG München stützte die teilweise Zulassung der Hauptverhandlung darauf, dass die »Entscheidung des EuGH bzw. BAG im arbeitsrechtlichen Verfahren ... den Senat in der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts in strafrechtlicher Hinsicht nicht« bindet. Das LG München I nahm 2015 an, dass, solange ergebnisoffen ist, was arbeitsrechtlich gilt, Strafbarkeit und Zulassung der Hauptverhandlung bereits aus diesem Grund ausscheiden. Die Einheit der Rechtsordnung wird nicht gewahrt, wenn zur Beurteilung, wer Anspruchssteller nach § 15 Abs. 2 AGG sein kann oder wer was im arbeitsrechtlichen Rechtsstreit vorzutragen hat, eine eigenständige ggf. vom BAG oder EuGH abweichende Beurteilung der Straferichte hinzu kommt.⁹¹

b) Bewerberbegriff iSd. AGG

Ein Inserat erlaubt keinen echten Einblick in eine Stelle. IdR. lassen sich diesem keine Gehalts- und sonstige vertiefte Informationen entnehmen. Warum sollten Beamte, die nach Sichtung eines Inserats erfahren möchten, ob es um eine Stelle geht, die einen Wechsel rechtfertigt, keine Bewerber iSd. AGG sein? Nur weil diese ihre Bewerbung in Erwartung auf vertiefte Informationen einreichen, rechtfertigt dies keinen engen Bewerberbegriff. Kern meint, Bewerber sei, wer sich um eine Stelle ernsthaft bemüht.⁹² Er behauptet einen angeblich allg. Sprachgebrauch. Ein »ernsthafte Bemühen« zu verlangen, um Bewerber zu sein, ist aber mit dem Aufbau des AGG nicht zu vereinbaren. Das AGG versteht unter Bewerbern Personen, die auf ein Inserat reagieren. Inserate enthalten idR. knapp gehaltene Informationen, die es nicht erlauben, sich ein vollständiges Bild von einer Stelle zu machen. AG sind rechtlich nicht gehalten, Inserate informativ zu gestalten.

Personen, die sich aus einer gesicherten Stelle bewerben, ist anzuraten, sich nur dann um die Stelle »ernsthafte zu bemühen,« wenn sich herausstellt, dass die Stelle den Erwartungen entspricht. Ein solches Urte. ist erst nach Einholung näherer Informationen möglich. Das AGG geht nicht vom informierten Bewerber aus, sondern von der Person, die auf ein Inserat reagiert. Das erfasst denknötwendig Personen, die sich »ernsthafte« um eine Stelle bemühen und solche, die mehr erfahren möchten. Die Angekl. waren während ihrer Bewerbungen arbeitslos. Sie erfüllten Kerns engeren Bewerberbegriff. Der Bewerberbegriff muss aber allgemeingültig und nicht einzelfallbezogen bestimmt werden. Da ist u. a. maßgeblich, dass viele Informationen idR. im Vorstellungsgespräch offen gelegt werden.

Kern stellt fest, dass Bewerber vor »vorzeitigem Aussortieren aus dem Bewerbungsprozess«⁹³ geschützt werden sollen. Das ist ein Leitgedanke des AGG. Innerhalb der Rechtsordnung muss der Bürger sich auf die einheitliche Auslegung eines Begriffes verlassen können. In gleicher Weise müssen sich die Unionsbürger darauf verlassen, dass die Begriffe einer Unions-RL unionseinheitlich ausgelegt werden. Uni-

onsrecht schützt den diskriminierungsfreien »Zugang zur Beschäftigung.« Da dieser Zugang zum Bewerbungsgespräch nach der RL sichergestellt werden muss, ist die dt. Praxis der Stelleninserate für einen unionsrechtskonformen Begriff zu berücksichtigen. Das Unionsrecht ist so anzuwenden, »dass die Wirksamkeit des Unionsrechts nicht beeinträchtigt wird.«⁹⁴ Die Gleichstellungs-RL verlangt einen Bewerberbegriff, der bei der innerstaatlichen Praxis der Stelleninserate vor »vorzeitigem Aussortieren aus dem Bewerbungsprozess« schützt. Kerns enger Bewerberbegriff leistet dies nicht.

4. Gleichstell-RL nicht effizient umgesetzt.

Friemel erkannte schon 2006 den Schaden für das Recht durch die Kampagne gegen die Entschädigungskl. »Ein AN über 50 bekommt heute auf 100e von Bewerbungen oft nur Absagen. Das müssen auch wir AG-Vertreter als Tatsache anerkennen. Macht ein AN von seinem Recht Gebrauch und verklagt potentielle AG, die ihn wegen seines Alters benachteiligt haben, wird er schon in die »schwarze Liste« aufgenommen, in der er öff. als Querulant und Abzocker dargestellt wird. Vor Gericht wird ihm dann entgegengehalten, er verklage AG offensichtlich nur zum Spaß, schließlich sei er schon in der »schwarzen Liste« aufgeführt.«⁹⁵ Wie von Friemel befürchtet, findet sich der Kampagnenslogan »AGG-Hopper« in Gerichtsentscheidungen⁹⁶ und der Anklageschrift.⁹⁷

Das LG München I scheint die hier aufgeworfenen Rechtsfragen bisher nicht aufzugreifen. Es vermittelt m. E. den Eindruck, in den (Fehl-)Annahmen der Kampagne gegen Entschädigungskl. zu denken. Ein Angekl. ist wegen einer Stelle, die er letztendlich nicht bekommen hatte, zu Vorstellungsgesprächen nach Nürnberg, Troisdorf und Köln gefahren. Dort stand keine diskriminierende Stellenausschreibung im Raum. Das LG lehnte eine Beweisaufnahme zu diesem Vorgang ab, weil es sich um »Alibi-Vortragsgespräche« gehandelt habe. Solche Wertungen wären m. E. in der Arbeitsgerichtsbarkeit kaum vorstellbar. Das Besuchen von 3 Vorstellungsgesprächen wäre dort m. E. als ernsthaftes Interesse gewertet worden.

Ist bei offener Rechtslage ein Strafverfahren möglich, stellt § 15 Abs. 2 AGG den Grundsatz des »effet utile« nicht sicher. Die Zahl der Sitzungstage in dem Strafverfahren vermittelt m. E. den Eindruck, dass die Einheit der Rechtsordnung und die unionsrechtliche (im konkreten Fall fernliegende) Schwelle zum Rechtsmissbrauch erst in den Folgeinstanzen eine Rolle spielen werden. Der Schaden, der durch die wirkmächtige These vom »AGG-Hopping« für das Gleichstellungsrecht und den Grundsatz des effet utile angerichtet wurde, scheint auch im Strafrecht zu wirken.

VI. Fazit

Die bei Bewerbungen übergangenen potentiellen Diskriminierungsopfern mit § 17 Abs. 1 AGG übertragene Aufgabe ist zur Sicherstellung des »effet utile« unzureichend. Die Kriminalisierung entwertet die generalpräventive Funktion des Entschädigungsanspruchs.

⁹¹ BVerfG 19. 10. 2016, 2 BvR 1943/16, Rn 22.

⁹² Kern, 138ff.

⁹³ Kern, S. 37.

⁹⁴ EuGH 28. 7. 2016, C-423/15, Rn. 42.

⁹⁵ Friemel, <https://www.xing.com/communities/posts/schwarze-agg-liste-im-internet-agg-hopping-punkt-de-1007244972>.

⁹⁶ BAG 18.6.15, 8 AZR 848/13 (A), AuR 15, 338, 373; Helm, AuR 2019, 11.

⁹⁷ StA München 10. 12. 2014, 231 Js 1391717/12.

Nicht jedes Verhalten, das man nicht richtig findet, kann strafbar sein. Das Strafverfahren richtet sich gegen einen in diesem Bereich engagierten Anwalt. Dieser wurde in der (Fach-)Presse vorverurteilt. Jetzt scheint nicht aufzufallen, dass die auf ihn bezogene Forderung, »die Annahme von Rechtsmissbrauch nicht allzu hoch zu schrauben«⁹⁸ mit den Anforderungen des *EuGH* an Missbrauch des Unionsrechts⁹⁹ und den vom *BAG* festgestellten Beweislastregeln¹⁰⁰ unvereinbar ist.

Auch bei Vorliegen der Voraussetzungen des *EuGH* für Rechtsmissbrauch kommt man nicht zur Strafbarkeit. Das *OLG München*¹⁰¹ und *Metz*¹⁰² meinen, dass dies durch Rückgriff auf »konkludente Täuschung« möglich sei. Täuschung durch aktives Tun scheidet aus. Täuschung durch Unterlassen würde eine Garantstellung verlangen, die nicht vorliegt. Letzter Rettungsanker wäre die konkludente Täuschung. Diese liegt aber nur vor, wenn nach der »Verkehrssitte« einem Handeln die »Miterklärung« von Tatsachen innewohnt. Bei der »Verkehrssitte« geht es um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Diesem Begriff kann man nicht abverlangen, was die Rechtsordnung dem Gegner auferlegt. Weil für die Entschädigungsklage Darlegungs- und Beweislastregelungen gelten, kann nicht angenommen werden, dass das, was der AG

darlegen und beweisen muss, vom Bewerber als »miterklärt« zu werten ist. Das widerspricht dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung.

Fischer ist zuzustimmen, dass »durch extensive Auslegung unbestimmter Generalklauseln ganze Rechtssysteme zum Einsturz«¹⁰³ gebracht werden können. Eine gute Nachricht bleibt. Nach vielen Bewerbungen, Stigmatisierung, Diskriminierungserfahrung und dem, vom *HessLAG* festgestellten »Litigation-PR-Programm«¹⁰⁴ gelang es dem angeblichen »AGG-Hopper«, die Beschäftigungslosigkeit zu überwinden und sich auf eine Stelle als Jurist einzuklagen.

⁹⁸ *Bauer*, ArbRAktuell 2019, 202.

⁹⁹ *EuGH* 28.7.2016, C-423/15, Rn 38ff.

¹⁰⁰ *BAG* 12.12.18, 8 AZN 507/18 nV, Rn 5.

¹⁰¹ *OLG München* 25.1.2016, 2 Ws 1/16, 2 Ws 2/16, II.1.

¹⁰² *Metz*, NZA 2019, 876.

¹⁰³ *Fischer-jurisPR-ArBR* 30/2019 Anm. 1.

¹⁰⁴ *HessLAG* 18.6.18, 7 Sa 851/17, Rn. 80, juris; *Helm*, AuR 2019, 11.

Bericht aus Berlin

(Berichtszeitraum Dezember 2019)

I. Bundestag entlastet Betriebsrentner

Betriebsrentner werden ab Jahresbeginn 2020 teils bei ihren Krankenkassenbeiträgen entlastet. Dazu beschloss der BT am 12. 12. das »Gesetz zur Einführung eines Freibetrages in der gesetzlichen Krankenversicherung zur Förderung der betrieblichen Altersvorsorge«. Es sieht einen monatlichen Freibetrag von 159,25 € vor. Erst Betriebsrenten über dieser Freibetragsgrenze werden anteilig mit dem bei der jeweiligen Krankenkasse geltenden Beitragssatz verarbeitet. Der Freibetrag kommt damit allen Betriebsrentnern zugute.

Rd. 60 % der Betriebsrentner erhalten nach Angaben des Gesundheitsministeriums weniger als 318,- € / Monat. Sie zahlen künftig nur noch max. den halben Beitrag. Auch wer darüber liegt, wird entlastet. Die Freibetragsregelung ersetzt die bisher geltende Freigrenze in Höhe von 155,75 € bei den Krankenkassenbeiträgen auf Betriebsrenten. Bis zu dieser Summe blieben diese beitragsfrei. Wer aber einen darüber hinaus gehenden Betrag erhielt, musste auf die komplette Summe den jeweiligen Krankenkassenbeitrag bezahlen. Das Gesundheitsministerium geht davon aus, dass pflichtversicherte Betriebsrentner mit diesem Gesetz um rd. 1,2 Mrd. € jährlich entlastet werden. Rd. 4 Mio. Betriebsrentner würden von der Entlastung profitieren. Von dem Freibetrag sollen auch Betriebsrentner profitieren, die ihre Rente bereits beziehen oder deren Kapitalauszahlung weniger als 10 Jahre zurückliegt. Der Freibetrag ist an die sozialversicherungsrechtliche Bezugsgröße gekoppelt und verändert sich jährlich in etwa wie die durchschnittliche Lohnentwicklung.

Der Novelle war jahrelanger Protest der betr. Betriebsrentner gegen eine »Doppelverbeitragung« vorangegangen, weil seit 2004 viele Betriebsrenten sowohl in der Anspar- als auch in der Auszahlungsphase mit Sozialabgaben belegt waren. Dies summiert sich bei vielen zu erheblichen Beträgen. Dies wird mit der Neuregelung nur teilweise korrigiert. Entspr. kritisierte der Fachverband aba: »Der vorliegen-

de Gesetzentwurf stellt zwar einen weiteren Schritt auf dem Weg zur notwendigen Beitragsentlastung der Betriebsrentnerinnen und Betriebsrentner dar. Dennoch wird es auch in Zukunft viele Fälle einer zweimaligen Vollverbeitragung geben.« Darüber hinaus bleibe es für alle Betriebsrentner bei der zweimaligen, vollen Belastung mit Beiträgen zur gesetzlichen Pflegeversicherung.

Die Mindereinnahmen der gesetzlichen Krankenversicherung werden 2020 in vollem Umfang aus der Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds finanziert. Um die Mindereinnahmen von 1,2 Mrd. € auch in den Folgejahren stufenweise zu kompensieren, werden in den Jahren 2021 – 2023 abnehmende Beträge aus der Liquiditätsreserve entnommen. Im Jahr 2021 werden 900 Mio. €, in 2022 600 Mio. € und in 2023 300 Mio. € entnommen. Insg. wird damit im Zeitraum 2020 – 2023 aus der Liquiditätsreserve ein Entlastungsvolumen von 3 Mrd. € zur Verfügung gestellt. Erst ab dem Jahr 2024 müssen die Krankenkassen die Beitragsausfälle in voller Höhe tragen.

Zusätzlicher Insolvenzschutz mit Verbesserungspotenzial

Zugleich wird im Bundessozialministerium an der Verbesserung des Insolvenzschutzes für Pensionskassen-Betriebsrenten gearbeitet. Dazu liegt ein Referentenentwurf vor. Die aba begrüßte dessen Ziel, das Vertrauen in die betriebliche Altersversorgung zu stärken. Die vorliegenden Pläne griffen aber intensiv in die geltende Rechtslage ein, ohne dass die damit verbundenen fachlichen und wirtschaftlichen Fragestellungen ausreichend geprüft werden könnten. Der Gesetzgebungsprozess müsse daher entschleunigt werden (Vgl. zum Thema Insolvenzschutz für AN, Zusatzversorgungseinrichtungen auch *EuGH* v. 19.12.2019, C-168/18, *Pensions-Sicherungs-Verein VVaG / Günther Bauer*, in diesem Heft, S. 90; ein weiteres, vom gewerkschaftlichen Rechtsschutz vertretendes Verfahren ist vor dem *EuGH* unter C-674/18 anhängig, mündliche Verhandlung war am 12. 12. 2019).

II. Sozialstandards für globale Lieferketten

Dt. UN sollen künftig stärker auf Einhaltung von Sozial- und Umweltstandards auch bei ihren ausländischen Zulieferfirmen verpflichtet werden. Dazu kündigten Arbeitsminister *Hubertus Heil* (SPD) und Entwicklungshilfeminister *Gerd Müller* (CSU) am 11.12. gemeinsam Eckpunkte für ein Gesetz an. Dabei gehe es gegen Kinderarbeit, Dumpinglöhne und Ausbeutung; denn was in Deutschland von den Verbrauchern gekauft wird, stammt häufig von Produzenten oder Zulieferern aus aller Welt – und wird unter teils kritischen Arbeitsbedingungen produziert. Dabei waren u. a. die Produktion von Textilien und Kaffee in die Kritik geraten.

Es geht nach *Heils* Worten um Regelungen mit Augenmaß. »Wenn Menschen durch Ausbeutung an Leib und Leben gefährdet sind und andere davon wirtschaftlich profitieren, können wir dagegen mit klaren Haftungsregeln etwas erreichen.« Es wäre ein Fehler, das Thema soziale Gerechtigkeit nur national zu betrachten; denn diese sei eine Grundlage für Frieden. »Wir tragen Verantwortung dafür.«

Die BReg habe in einem internat. Monitoring-Prozess untersuchen lassen, in welchem Ausmaß sich internat. tätige Firmen bereits um sozial und ökologisch nachhaltige Lieferketten bemühten, sagte *Heil* weiter. Erste Ergebnisse seien ernüchternd. Mit Blick auf Kritik aus der Wirtschaft sagte der Minister, es gehe dabei vor allem um große UN, nicht um kleine Handwerksbetriebe. Es gehe um Fairness im Handel; denn die Einhaltung von Sozial- und Umweltstandards dürfe kein Wettbewerbsnachteil sein. 42 UN hätten die BReg zum Handeln aufgefordert. Nun würden die abschließenden Ergebnisse der Befragung erwartet. Das Thema werde darüber hinaus im Rahmen der dt. EU-Ratspräsidentschaft im 2. Halbjahr 2020 einen Schwerpunkt bilden. Im Koalitionsvertrag hatten Union und SPD vereinbart, »gesetzlich tätig zu werden«, wenn bis 2020 nicht mindestens die Hälfte der großen UN freiwillig auf die Einhaltung von Menschenrechten achtet.

Arbeitgeberpräsident *Ingo Kramer* forderte die Bundesregierung umgehend auf, auf Pläne für eine stärkere Haftung der UN für ihre Lieferketten zu verzichten. »Wenn ich Lieferungen beziehe, die ihren Ursprung im Ausland haben, wo ich selbst nicht tätig bin, kann ich gar nicht immer detailliert wissen, unter welchen Bedingungen die einzelnen Bestandteile hergestellt wurden«, erklärte *Kramer*.

III. Rückkehr zur Meisterpflicht

BT und Bundesrat haben die Rückkehr zur Meisterpflicht in mehreren Berufen gebilligt. Die Änderungen sollten Anfang 2020 in Kraft treten. Die Meisterpflicht wird damit für 14 Handwerksberufe wieder eingeführt. Darunter sind Fliesen- und Parkettleger, Rollladentechniker, Orgelbauer, Drechsler, Holzspielzeugmacher, Böttcher und Raumausstatter.

Bestehende Betriebe, die derzeit nicht der Meisterpflicht unterliegen, dürfen auch weiterhin ihr Handwerk selbstständig ausüben und erhalten Bestandsschutz. Im Jahr 2004 war in mehr als 50 Berufen die Meisterpflicht weggefallen. Mit der Reform der Handwerksordnung hatte die BReg damals einfachere Tätigkeiten für Selbstständige geöffnet. Bis dahin durften diese Betriebe nur von ausgebildeten Handwerksmeistern geführt werden. »Seit der Novelle 2004 haben sich das Berufsbild und auch der Schwerpunkt der praktischen Berufsausübung einzelner zulassungsfreier Handwerke weiterentwickelt und grundlegend verändert. Diese Veränderungen sind so wesentlich, dass

sie eine Reglementierung der Ausübung der betroffenen Handwerke zum Schutz von Leben und Gesundheit sowie zur Wahrung des materiellen und immateriellen Kulturerbes im Sinne eines Wissenstransfers erforderlich machen«, heißt es im Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD zur Begründung.

Wirtschaftsminister *Peter Altmaier* (CDU) bezeichnete die Rückkehr zur Meisterpflicht als gute Nachricht für das Handwerk und die Kunden. Die Branche leiste zudem einen wichtigen Beitrag zur Ausbildung. Kritik äußerte dagegen die FDP. Ihr Abg. *Manfred Todtenhausen* sprach in diesem Zusammenhang von »Folklore«. Handwerkspräsident *Hans Peter Wollseifer* sieht die Entscheidung als »starkes Zeichen für mehr Qualität und Qualifizierung im Handwerk«. Es würden gezielt Anreize gesetzt, um die Potenziale für die Innovations- und Leistungsfähigkeit im Handwerk auszubauen. Sein Verband hatte seit langem für die Änderung geworben. Der Präsident des Dt. Instituts für Wirtschaftsforschung (DIW), *Marcel Fratzscher*, lehnte den Schritt dagegen als »fehlgeleitet und falsch« ab. Die Wiedereinführung der Meisterpflicht werde zu weniger Wettbewerb und höheren Preisen für die Verbraucher führen. Das werde den betr. Branchen schaden und dort Investitionen und Arbeitsplätze reduzieren.

IV. 60 % nehmen Grundsicherung im Alter nicht in Anspruch

Die Mehrheit der anspruchsberechtigten Rentner und Pensionäre nimmt die Grundsicherung im Alter nicht in Anspruch. Zu diesem Ergebnis kommt eine Studie des Dt. Instituts für Wirtschaftsforschung (DIW). Danach realisieren rd. 60 % der Personen in Privathaushalten ihren Grundsicherungsanspruch nicht. Das entspreche etwa 625.000 Haushalten.

Die Studie auf Basis des Sozio-ökonomischen Panels und eines Mikrosimulationsmodells zeigt, dass die verdeckte Altersarmut auch nach der Reform der Grundsicherung im Jahr 2003 noch erheblich ist. Dabei habe sich die Zahl der Betroffenen in den letzten Jahren stark erhöht. Besonders hoch sei die Nichtinanspruchnahme bei Haushalten mit geringen Ansprüchen an die Grundsicherung, bei Menschen ab 77 Jahren und bei Wohneigentümern, heißt es weiter. Häufiger werde die Grundsicherung in Anspruch genommen, wenn die Ansprüche relativ hoch (mehr als 600 €) oder nur niedrige sonstige Einkommen vorhanden seien. Die Haushalte, die ihren Anspruch nicht wahrnahmen, könnten ihr Einkommen durchschnittlich um fast 30 % steigern.

Peter Haan, Leiter der Studie: »4 Gründe vermuten wir hinter der Nichtinanspruchnahme der Grundsicherung: Unwissenheit, geringe Ansprüche, Stigmatisierung und Komplexität. Viele Menschen wissen nicht, dass sie anspruchsberechtigt sind. Andere trauen sich nicht zuzugeben, dass sie bedürftig sind, und wieder anderen ist das Verfahren zu bürokratisch und aufwendig.« Als Konsequenz fordern die Forscher, Antragsverfahren einfacher zu gestalten und die jeweilige Bewilligungsdauer zu verlängern. »Zudem wäre zu prüfen, ob man nicht auf eine Vermögensprüfung verzichten kann, wenn man eine sehr ausführliche Einkommensprüfung macht«, führte *Haan* aus. Vermögen sei im unteren Einkommensbereich wenig verbreitet und werde über die Kapitaleinkünfte hinreichend genau erfasst. »Besonders wichtig wäre es, häufiger klar zu machen, dass die Grundsicherungsleistung ein Recht ist und nicht mit Almosen verwechselt werden sollte. Wenn man die Grundsicherung eher als gesellschaftliche Errungenschaft präsentiert, könnte dies das Stigma des Grundsicherungsbezugs relativieren.«

Die staatlichen Einsparungen durch diesen Verzicht auf Leistungen berechnen die Wissenschaftler mit einem Wert von jährlich etwa 2 Mrd. €. Diese Kosten fielen stark für die Einkommen in den untersten beiden Dezilen an. Dieses Geld fehle aktuell also den einkommensschwächsten Haushalten in der Einkommensverteilung. Die Themen Altersarmut und Vermögensprüfung spielen derzeit in der Diskussion um eine Grundrente eine entscheidende Rolle. Für Januar wurde eine Kabinettsmeinung über den Gesetzentwurf zur Grundrente erwartet, nachdem die Koalitionspartner CDU/CSU und SPD sich im Dezember nach langem Streit auf dessen Grundzüge verständigt hatten. Danach sollen bis zu 1,5 Mio. Menschen mit sehr kleinen Renten und mind. 35 Beitragsjahren ab 2021 einen Zuschlag erhalten. Berechtigung und Höhe stellen Rentenversicherung und Finanzamt fest.

V. Grüne fordern bessere Beratung in Jobcentern

Die Grünen setzen auf die Beteiligung der Arbeitsuchenden bei Qualifizierung und Jobsuche. Künftig soll demzufolge Freiwilligkeit zum Ausgangspunkt der Unterstützungsleistungen im SGB II werden. Bei einzelnen Maßnahmen und Integrationsschritten soll ein Wahlrecht gelten, und Sanktionen sollen abgeschafft werden. Den Vorrang von Vermittlung in Arbeit vor allen anderen Leistungen der Arbeitsförderung will die BT-Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen abschaffen. Über den entspr. Antrag »Arbeitsförderung und Beratungsqualität in den Jobcentern« debattierte der BT erstmals am 18. 12. Die Debatte stand schon im Zeichen der für das Jahr 2020 erwarteten SGB-II-Novelle zur Umsetzung des *BVerfG*-Urteils über die Zulässigkeit von SGB II-Sanktionen (Vgl. AuR 2019, 533 und Campus Arbeitsrecht 2020, Forum 5: Qualifizieren und sanktionieren? – Aktuelle Entwicklungen im SGB II / SGB III, Termine S. 78 in diesem Heft).

Vorgesehen ist darin ferner ein Rechtsanspruch auf Qualifizierung. Um Aus- und Weiterbildung zu stärken, sollten die Arbeitslosen ein Weiterbildungsgeld bekommen, das ihren Anspruch auf ALG II übersteigt. Um diese Änderungen umzusetzen, wird die BReg aufgefordert, eine Novelle des SGB II auf den Weg zu bringen.

Grünen-Arbeitsmarktexpertin *Beate Müller-Gemmeke* sagte dazu: »Wir brauchen einen Perspektivwechsel bei der Arbeitsförderung, damit sich Langzeitarbeitslosigkeit nicht weiter verfestigt.« Es müsse Schluss sein mit der Annahme, dass langzeitarbeitslose Menschen ständig aktiviert werden müssten. »Sie brauchen vielmehr gute Angebote, die individuell passen und eine Beratung auf Augenhöhe.« Dafür seien gesetzliche Änderungen dringend notwendig.

VI. Ausländische Fachkräfte künftig umworben

Bund und Länder wollen gemeinsam mit UN und Gewerkschaften künftig die Zuwanderung von Fachkräften aus dem Ausland erleichtern. Die Teilnehmer eines Spitzentreffens im Kanzleramt verständigten sich am 16.12. auf eine Absichtserklärung zur Umsetzung des Fachkräfteeinwanderungsgesetzes, wonach u. a. Visums- und Anerkennungsverfahren beschleunigt werden sollen. Fachkräfte und ihre Angehörigen sollen zudem bei Wohnungssuche und Behördengängen Unterstützung erhalten. Daneben geht es um die Anerkennung von Berufsabschlüssen und bessere Möglichkeiten zum Deutschlernen. Das Fachkräfteeinwanderungsgesetz tritt zum 1. 3. 2020 in Kraft und soll

qualifizierten AN aus Nicht-EU-Staaten unter bestimmten Bedingungen den Weg nach Deutschland erleichtern. BDA-Präsident *Ingo Kramer* betonte, dass die Wirtschaft das neue Gesetz dringend brauche.

Unterdessen bescheinigte die OECD Deutschland, für zugewanderte Akademiker nur mäßig attraktiv zu sein. Im OECD-weiten Vergleich erreichte Deutschland dabei nur Rang 12. Spitzenreiter sind Australien, Schweden und die Schweiz. Das größte Defizit in der Attraktivität für Hochqualifizierte hat Deutschland bei den beruflichen Chancen. Auch bei den um Steuern und Preisniveau bereinigten Löhnen liegt Deutschland lediglich auf Rang 25.

Bärbel Schubert, Berlin (Berichtszeitraum Dezember 2019)

Aktuelles aus Brüssel und Straßburg

48. KW – 50. KW (25. 11. 2019 – 13. 12. 2019)

EUROPÄISCHE RÄTE

Gipfelgespräche des Europäischen Rates

Vom 12.-13.12. fand das Gipfeltreffen der Staats- und Regierungschefs der MS statt. Zentrales Thema war die eur. Antwort zum Klimawandel. Der Rat einigte sich mit Ausnahme Polens darauf, Europa zur Klimaneutralität bis 2050 zu führen. Der Kommissionsvorschlag eines Eur. Green Deals wird grds. von den MS unterstützt. Weiterhin besprochen wurden der mehrjährige Finanzrahmen der EU (MFR), die Konferenz über die Zukunft Europas, sowie die Beziehungen der EU zu Afrika, WTO, Türkei und Albanien. Am 13.12. fanden zudem Sondersitzungen zum Brexit und die Sitzung der Eurogruppe statt.

Die Vorsitzende der Sozialdemokratischen EP-Fraktion *Iratxe García* kommentiert den Beschl. zur Klimaneutralität: »Es freut mich, dass der Rat sich auf das Ziel geeinigt hat, bis zum Jahr 2050 die Klimaneutralität zu erreichen – gegen den Widerstand eines MS. Das zeigt, warum wir die Einstimmigkeitsregeln ändern müssen. Wenn die EU rasch handeln und ihre zahlreichen Herausforderungen bewältigen soll, müssen wir flexibler sein. Das ist ein Thema, das wir behandeln müssen, wenn wir über die Zukunft der EU diskutieren – ebenso wie die Frage, wie wir den EU-Entscheidungsprozess dynamischer und integrierender machen können.«

Cornelia Ernst (GUE/NGL) kritisiert: »Was soll das nun heißen? Haben sich die Regierungschefs und -Chefinnen geeinigt oder nicht? Denn solche Entscheidungen werden einstimmig beschlossen, und wenn Polen nicht mitmacht, ist eigentlich nichts beschlossen worden. Die Regierungsspitzen versuchen nun aber trotzdem, dieses Ergebnis als Erfolg zu verkaufen. Genaues weiß man nicht. Aber so geht es natürlich nicht. Der Green Deal, den die Kommission am Mittwoch vorgestellt hat, muss ja in den MS umgesetzt und mit Investitionen unterfüttert werden. Gut ist, dass auf eur. Ebene 100 Mrd. € in den nächsten 7 Jahren für den sog. ‚Just-Transition-Mechanismus‘ (Mechanismus für den gerechten Übergang) aktiviert werden soll – mit öff. und priv. Geldern.«

EUROPÄISCHES PARLAMENT

Parlament ruft Klimanotstand aus

Im Vorfeld der UN-Klimakonferenz COP25 verabschiedete das EP am 28.11.19 eine Resolution zum Klimanotstand. Die Entschließung sieht im Wesentlichen vor, dass alle Gesetzes- und Haushaltsvorschläge auf ihre Klimarelevanz zu prüfen sind. Sicherzustellen ist, dass sie das Ziel der Begrenzung der globalen Erderwärmung auf unter 1,5 Grad erfüllen sowie Klimaneutralität bis spätestens 2040 erreicht und die Artenvielfalt geschützt wird. Außerdem fordern die Abg. die Kommission auf, ein umfassendes Klimagesetz vorzulegen mit dem Ziel, die Treibhausgasemissionen auf mind. 65 % bis 2030 zu begrenzen. In der Konsequenz sollen aus dem Mehrjährigen Finanzrahmen keine Projekte mehr finanziert werden, die den Pariser Klimazielen und dem Schutz der Artenvielfalt im Weg stehen.

Cornelia Ernst (GUE/NGL) kommentiert: »Ich begrüße, dass das EP den Klimanotstand ausgerufen hat und sich damit zu viel mehr Klimaschutzmaßnahmen für die Zukunft bekennt. Die Kommission wird damit offiziell aufgefordert, alle einschlägigen Gesetzes- und Haushaltsvorschläge auf ihre Klimawirkung zu prüfen. Und sie muss sicherstellen, dass alle diese Gesetzesvorschläge mit dem 1,5-Grad-Ziel vereinbar sind. Das setzt die neue Kommission unter Druck, sowohl beim Green Deal, den *Timmermans* wohl am 11.12. vorlegen wird, als auch bei der eur. industriepolitischen Strategie.«

Peter Liese (EVP) behauptet: »Der Begriff löst in erster Linie Angst aus und weckt zudem Erwartungen an Sofortmaßnahmen, die Europa nicht liefern kann. Mit effektheischender Symbolpolitik werden wir der Hausforderung des Klimaschutzes nicht gerecht.(...) Wir sind für die Erhöhung des Klimaziels auf 50 % und sogar auf 55 %, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt sind, nämlich eine Folgenabschätzung sowie eine Zusammenarbeit mit anderen größeren Industrienationen.«

Jytte Guteland (S&D) kommentiert die Unterstützung ihrer Fraktion: »Diese Resolution gibt der Delegation des EP bei COP25 ein starkes Mandat, die Staatsoberhäupter in Madrid zu konkreten Maßnahmen zu drängen. Für die Sozialdemokratische Fraktion müssen zügige Maßnahmen zur Senkung der Emissionen Hand in Hand gehen mit Innovation und sozialer Gerechtigkeit. Unsere Bemühungen um den Klimaschutz werden nur dann erfolgreich sein, wenn sie auf sozial nachhaltige Weise gemacht werden. Hier kann und muss die EU vorangehen.«

Michael Bloss (Grüne/EFA-Mitglied) fordert sofortiges Handeln: »Klima-Kommissar *Frans Timmermans* muss ein umfassendes Klimagesetz vorstellen und sich darauf festlegen, die Treibhausgasemissionen um mind. 65 % bis zum Jahr 2030 zu reduzieren. Für den EU-Haushalt brauchen wir einen Investitionsstopp in fossile Energien. Der Aufschrei der Wissenschaft und der Fridays for Future-Bewegung darf nicht länger ungehört bleiben.«

European Green Deal: Kommission strebt nach Klimaneutralität bis 2050

Auf einer Sondersitzung des EP am 11.12. stellte Kommissionspräsidentin *Ursula von der Leyen* den umfassenden Plan des Eur. Green Deals vor. Kernpunkt ist das Erreichen der Klimaneutralität Europas bis 2050. Der Eur. Green Deal umfasst die Reduktion von klimaschädlichen Emission aus allen Wirtschaftssektoren. Im Mittelpunkt stehen eine klimaverträgliche Mobilität, saubere Energie, nachhaltige Landwirtschaft, klimafreundliche Gebäude und Nachhaltigkeit der Industrien wie Stahl,

Zement, ITK, Textil und Chemie. Darüber hinaus befasst sich der Green Deal mit dem dramatischen Verlust der Biodiversität. Um die Regelungen sozial verträglich zu gestalten, plant die Kommission einen Mechanismus für einen gerechten Übergang. In der Debatte mit dem EP ging es v. a. um die Frage, wie die Maßnahmen des geplanten Eur. Klimagesetzes finanziert werden können. Wie viel Geld hier zur Verfügung steht, hängt vom neuen mehrjährigen EU-Finanzrahmen (MFR) für 2021-2027 ab. Die Kommission wird Anfang Januar 2020 beginnen, die im Fahrplan des Eur. Grünen Pakets angekündigten Maßnahmen vorzulegen. Den Anfang wird ein Vorschlag für einen Just Transition Mechanismus machen. Für Februar 2020 ist die Veröffentlichung des Gesetzesentwurfs für ein Eur. Klimagesetz geplant.

EGB-Generalsekretär *Luca Visentini* befürwortet das Vorhaben und gibt zu bedenken: »Die Klimaschutzmaßnahmen müssen in ihrem Anspruch durch Maßnahmen ergänzt werden, die sicherstellen, dass es für alle AN und Gemeinschaften einen sozial gerechten Übergang zu einer grünen Wirtschaft gibt. Der heute veröffentlichte Eur. Green Deal legt nahe, dass die Kommission dies berücksichtigt hat, aber wir müssen im Januar eine umfassende gerechte Übergangstrategie sehen, bevor wir wissen, ob sie das Vertrauen der AN gewinnen wird. Es wird erforderlich sein, dass der EU-Haushalt neue Mittel vorsieht – nicht aus den bestehenden Sozial- und Regionalfonds –, um grüne Arbeitsplätze zu schaffen und diejenigen umzuschulen, die einen echten Sozialschutz für diejenigen bieten können und können, die dies nicht können.«

Die Fraktionsvorsitzende der Grünen/EFA im EP, *Ska Keller*, kommentiert den Kommissionsvorschlag verhalten: »Wir begrüßen den Vorstoß der Kommission für einen Grünen Deal. Aber jetzt kommt es auf die Umsetzung an. Wir brauchen jetzt schnelles Handeln, um die globale Erderwärmung auf 1,5 Grad Celsius zu begrenzen. Die EU muss bis zum Jahr 2040 klimaneutral werden und den Ausstoß von Treibhausgasen bis 2030 um 65 % verringern. 55 % weniger Treibhausgase werden nicht reichen. Tiefgreifende Änderungen in der Landwirtschaftspolitik und Handelspolitik müssen Teil der Klimapolitik sein, sonst bleibt sie halbherzig. Es ist an der Zeit, dass die eur. Steuerzahler nicht weiter für klimaschädliche Projekte aufkommen müssen. Die Regierungen sollten den EU-Gipfel nutzen, um den Startschuss zu geben für einen EU-Klimahaushalt. Als Sofortmaßnahme für das Klima fordern wir, den EU-Haushalt an die Pariser Klimaziele zu binden und die Hälfte des Mehrjährigen Finanzrahmens in Klimaschutzmaßnahmen zu investieren.«

Angelika Niebler (EVP) unterstützt das Kommissionsvorhaben: »Klimaschutz und Wettbewerbsfähigkeit sind 2 Seiten derselben Medaille. Ich halte es für richtig, dass die Kommission das Emissionshandelssystem ausweiten will. Wir müssen auf marktbasierende Instrumente setzen. Zu prüfen wird sein, ob neben dem Seeverkehr – wie im Vorschlag der Kommission vorgesehen – auch der Verkehrs- und Bausektor in dieses System einbezogen werden. Europa muss bei allen Klimamaßnahmen auf globale Partnerschaften drängen, oder unsere Anstrengungen werden verpuffen.«

Cornelia Ernst (GUE/NGL) erwartet sich einiges von verbindlichen Regelungen: »(...) Gut ist, dass die Kommission bis März 2020 ein Klimagesetz vorlegen wird, um die Klimaneutralität bis 2050 in den Rechtsvorschriften zu verankern. (...) Dann soll ein Plan für die Reduktion der Treibhausgase folgen – leider mit einer geplanten Ausweitung des Emissionshandelssystems. Dieses System darf aber nicht ausgeweitet werden, sondern muss abgeschafft oder mit einem wirksamen CO₂-Preis von mindestens 40 € pro Tonne CO₂ ausgestattet werden. Denn sonst ist dies alles Augenwischerei.«

Delara Burkhardt (S&D) kommentiert: »Es geht in die richtige Richtung, dass die neue Kommission das mittelfristige eur. Klimaziel für die

Verringerung des Ausstoßes von Treibhausgasen bis 2030 zunächst auf 50 % und dann möglichst auf 55 % im Vergleich zu 1990 anheben will. Derzeit liegt das Ziel bei 40 %. Wir Sozialdemokraten werden weiter Druck machen, damit das Klimaziel direkt auf 55 % erhöht wird, so wie es die SPD auf ihrem Bundesparteitag beschlossen hat. Die größten Blockierer in der EU sind fast immer die Regierungen der MS. Es liegt an ihnen, ob der Green Deal mit ausreichend frischen Investitionsmitteln und einer ausreichend starken Regulierung ausgestattet wird, damit er genug Wirkung entfaltet, um das Pariser Abkommen zu erfüllen. Für einen fairen, sozial-ökologischen Wandel zu einer klimaneutralen EU muss auch der finanzielle dt. Beitrag steigen – wie im Koalitionsvertrag festgeschrieben. Ungarn, Tschechien und Polen zögern noch immer, sich zur Klimaneutralität bis 2050 zu bekennen. Aber auch Deutschland zaudert in der eur. Klimapolitik: CDU und CSU hindern die BReg daran, sich im Rat der Staats- und Regierungschefs und im Kreise der EU-Umweltminister klar für eine deutliche Steigerung des mittelfristigen Klimaziels der EU für 2030 zu positionieren.«

Dacian Cioloş (Renew) betont: »Die Vorstellung des Green Deal ist der Beginn eines Prozesses, um Europa auf die richtigen Wege zu bringen, um den Klimawandel zu bekämpfen und diese Herausforderung zu einer Chance für unsere Bürger und unsere Wirtschaft zu machen (...) Die Kommission muss nicht nur Ziele festlegen, sondern auch einen klaren politischen Weg zur Umsetzung dieser Ziele finden und die finanzielle Leistungsfähigkeit sicherstellen, um wirtschaftliche, soziale und ökologische Übergänge mit konkreten und neuen Finanzmitteln zu unterstützen.«

EUROPÄISCHE KOMMISSION

EU-Parlament stimmt mehrheitlich für neue Kommission von Ursula von der Leyen

Am 27.11. billigte das Plenum des EP die neue Kommission mit 461 Stimmen bei 157 Gegenstimmen und 89 Enthaltungen, nachdem zuvor die designierten Kommissare in Ausschussanhörungen des EP auf ihre Eignung überprüft worden waren. Das mit 12 Frauen und 15 Männern fast paritätisch besetzte Kollegium trat am 1.12. mit *Ursula von der Leyen* erstmals mit einer Frau als Kommissionspräsidentin an der Spitze ins Amt. Hoher Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik wird *Josep Borrell*, der auch einer der Vizepräsidenten der Kommission ist. Der Eur. Rat ernannte am 28.11. die neue Kommission für den Zeitraum v. 1. 12. 2019 – 31. 10. 2024.

EGB-Generalsekretär *Luca Visentini* will die neue Kommission in die Pflicht nehmen für faire Mindestlöhne in Europa, verbindliche Vergütungstransparenz und einen sozialverträglichen Green Deal: »Die Gewerkschaften sind bereit, mit der Kommission zusammenzuarbeiten, um diese und andere Politiken umzusetzen, die ein gerechteres Europa schaffen.«

Ska Keller (Grüne/EFA) kommentiert die Enthaltung ihrer Fraktion: »Wir haben klare Vorbehalte gegenüber einigen gewählten Kommissaren, Kommissarinnen und Zuständigkeiten. Während es gute Kommissarinnen und Kommissare gibt, haben wir große Sorgen bei anderen. So soll ein ausgewiesener Orban-Loyalist Beitrittsländer zur Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit und eur. Werte anhalten. Das ist mehr als zynisch. Der Chef einer der größten Digitalfirmen Europas soll zukünftig u. a. für den EU-Digitalmarkt zuständig sein, was einen massiven Interessenkonflikt erzeugt. Wir sind bereit, eine Brücke zu bauen und konstruktiv mit der neuen EU-Kommission zusammenzuarbeiten, wann immer sie Initiativen für den Erhalt der natürlichen

Lebensgrundlagen, den sozialen Zusammenhalt und die Demokratie in der EU ergreift. Wir haben die Ankündigung der Kommissionspräsidentin für mehr Klimaschutz gehört und fordern, dass *Ursula von der Leyen* die Kommission zur Klima-Kommission macht. In der Agrarpolitik darf es kein Weiter-so geben, wir brauchen die Agrarwende jetzt.«

Martin Schirdewan (GUE/NGL) erklärt die Ablehnung der eur. Linke: »In den letzten Wochen und Monaten hat die Kommission von *Ursula von der Leyen* alle möglichen Zusagen gemacht. Aber es gibt viele Widersprüche. Sie reden über mehr Investitionen, aber sie bewahren die alte, zerstörerische Sparpolitik. Wie sollen die MS investieren, wenn sie an ihrer Sparagenda festhalten?«

Daniel Caspary (EVP) erklärt volle Unterstützung der konservativen Fraktion: »Die EU muss eine starke Außen- und Sicherheitspolitik gestalten und auch eigenständig in der Lage sein, in unserer Nachbarschaft für Sicherheit und Ordnung zu sorgen. Die Herkulesaufgabe Klimaschutz müssen wir nachhaltig angehen, dabei Chancen ambitioniert ergreifen und gleichzeitig auch an diejenigen denken, die Angst vor dem Strukturwandel haben.«

Jens Geier (S&D) kommentiert: »Die Aufgaben sind riesig und grenzüberschreitend – als die Institutionen, die wirklich eur. ausgerichtet sind, sollten EP und Kommission ambitioniert vorangehen. Die Präsidentin hat bei ihren Auftritten vor dem EP weitreichende Ankündigungen gemacht und dabei viele Forderungen aus dem sozialdemokratischen Wahlprogramm übernommen. Auf der progressiven Seite des EP freuen wir uns darauf, dass sie diese auch umsetzt. Die ersten 100 Tage im Amt und der Weg zu dem versprochenen »Green New Deal« werden die erste Teststecke des neuen Teams im Berlaymont. Die EU muss in den nächsten 5 Jahren eine sozial-ökologischen Wende einleiten. Auch die Zusage *Von der Leyens* zu einem eur. Mindestlohnsystem nehmen wir sehr ernst – die soziale Dimension von eur. Politik zu stärken muss zur gemeinsamen Anstrengung in den nächsten 5 Jahren werden. Die EU-Verträge halten das Ziel einer »immer engeren Union« fest – als Hüterin derselben muss sich die Kommission auch daran messen lassen und ihren Zuspruch bei der angekündigten Konferenz zur Zukunft der EU unter Beweis stellen. Ich erwarte von der gewählten *Von-der-Leyen*-Kommission, dass sie nicht allein den Status Quo verteidigt, sondern die Union basierend auf Rechtsstaatlichkeit und Demokratie für globale Herausforderungen stärkt.«

*Stefan Gran, Andreas Brieger, Silke Brehm,
DGB Verbindungsstelle Europa*

Arbeit und Sozialrecht

I. Leichter Zugang zum Arbeitslosengeld ab Januar 2020

Die Versicherungsleistung Arbeitslosengeld (ALG) erhalten auch künftig im Regelfall nur Arbeitslose, die mind. 12 Monate versicherungspflichtige Beschäftigung nachweisen können. Diese Bedingung kann ab 2020 allerdings leichter erfüllt werden. Die erforderlichen 12 Monate können nun nach § 143 Abs. 1 SGB III innerhalb einer Rahmenfrist von 30 Mon. vor dem Tag des Antrags auf ALG nachgewiesen werden. Bis Ende 2019 galt eine kürzere Rahmenfrist von 24 Monaten. Damit können nun etliche Arbeitslose mit zuvor nur kurzen Beschäftigungszeiten, die ansonsten direkt ins Hartz-IV-System durchgereicht worden wären, einen Anspruch

aufie ALG erwerben. Die Neuregelung gilt allerdings nicht für diejenigen, die bereits Ende 2019 ihren Arbeitsplatz verloren haben. Voraussetzung ist, dass jemand nach dem 31. 12. 2019 noch mindestens einen Tag versicherungspflichtig (beschäftigt) war. Dies regelt § 447 Abs. 1 SGB III.

Auch die Sonderregelungen beim ALG nach § 142 Abs. 2 SGB III für überwiegend Kurzzeit-Beschäftigte sind ab 2020 verbessert – und bis Ende 2022 verlängert worden. Zu den Betroffenen zählen insbes. Beschäftigte aus der Theater-, Film-, Fernseh- und IT-Branche. Sie können ab 2020 einen Anspruch auf ALG dann geltend machen, wenn sie innerhalb der letzten 30 Mon. Verträge vorweisen, die in der Summe über mind. 6 Monate laufen. Die einzelnen kurzzeitigen Beschäftigungsverhältnisse dürfen ab 2020 auch etwas länger als bisher dauern: Bis Ende 2019 mussten die Anspruchszeiten überwiegend auf Verträgen mit mehr als 10 Wochen beruhen. Nun wurde diese Zeitgrenze auf 14 Wochen angehoben. Auch die Verdienstgrenze für einen Anspruch auf ALG wird für die Betroffenen dieser Sonderregel angehoben – um 50 % auf dann das 1,5-fache der maßgeblichen Bezugsgröße. Das wären in diesem Jahr 57.330 €. So viel dürfen die Betroffenen verdienen, wenn für sie die Sonderregeln der Arbeitslosenversicherung für kurzzeitig Beschäftigte gelten sollen. Besonders für die etwa 30.000 Film- und Fernsehschaffenden bestehen mit dieser Gesetzesänderung nach den berufstypischen Drehzeit-Verträgen realistische Chancen auf einen ALG-Anspruch in den Phasen zwischen 2 Projekten.

Die oben beschriebenen Neuregelungen wurden zwar bereits Ende 2018 im Rahmen des Qualifizierungschancengesetzes vom 18. 12. 2018 beschlossen. Sie sind jedoch erst Anfang 2020 in Kraft getreten.

II. Eingliederungszuschüsse für Ältere bis 2023 verlängert

Ältere Arbeitslose können von der Bundesagentur für Arbeit (BA) einen Eingliederungsgutschein erhalten. Darin kann einem AG, der die oder den Betroffene(n) einstellt, ein Zuschuss in Höhe von bis zu 50 % des Arbeitsentgelts zugesagt werden. Generell gibt es den Zuschuss für max. 12 Monate. Bei Arbeitslosen ab 50 Jahren war bislang eine Förderung über 36 Mon. möglich. Die entspr. Regelung, die eigentlich Ende 2019 auslief, wurde durch das Pflegehöhneverbesserungsgesetz v. 22. 11. 2019 bis Ende 2023 verlängert. Sie findet sich in § 89 Satz 3 SGB III.

III. Höheres Wohngeld ab 2020

Vielen AN winkt in diesem Jahr mehr Wohngeld. Hunderttausende werden diese Leistung zum ersten Mal erhalten. Dafür sorgt das Wohngeldstärkungsgesetz, das Anfang 2020 in Kraft getreten ist. Zudem wurde nun gesetzlich verankert, dass der staatliche Mietzuschuss künftig im 2-jährigen Turnus an die Entwicklung der Wohnkosten angepasst wird. Insg. sollen rd. 660.000 Haushalte von den erhöhten Zuwendungen profitieren. Für einen durchschnittlichen anspruchsberechtigten 2-Personen-Haushalt soll das Wohngeld lt. Bundesbauministerium von 145 auf 190 € im Monat steigen.

Für (manche) Schwerbehinderte und Pflegebedürftige gibt es 2020 Verbesserungen durch verbesserte Freibetragsregelungen beim Wohngeld. So können Schwerbehinderte mit einem Grad der Behinderung (GdB) von 100 und Personen mit einem GdB von mind. 50, die gleichzeitig mind. in Pflegegrad 2 eingruppiert sind, jährlich nun 1.800 € (bisher: 1.500 €) von ihrem Einkommen absetzen. Damit haben sie Anspruch auf höheres Wohngeld.

Die Miete ist jeweils nur bis zu bestimmten Höchstbeträgen zuschussfähig. Diese unterscheiden sich je nach Wohnort. Die Miethöchstbeträge werden Anfang 2020 deutlich erhöht – je nach Mietstufe allerdings unterschiedlich. Zur Erläuterung: In einer Anlage zur Wohngeld-VO ist jeder Ort einer bestimmten Mietstufe zugeordnet. Bislang gab es nur 6 Mietstufen. Durch die Einführung der neuen Mietstufe VII sollen Haushalte mit besonders hohen Mietenniveaus gezielter bei den Wohnkosten entlastet werden. Der neuen Stufe VII wird – als einzige der 40 größeren Städte – München zugeordnet. Die kleineren Orte, die ebenfalls in Stufe VII eingruppiert wurden, liegen überwiegend im Umfeld (»Speckgürtel«) von München, so dass man durchaus von einer »Lex München« sprechen kann. Für die Orte, die von Mietstufe VI in die neue Mietstufe VII »hochgestuft« wurden, ergibt sich eine Erhöhung des anerkannten Miethöchstbetrags um 21,2 %. Die Höchstbeträge unterscheiden sich je nach der Zahl der Haushaltsmitglieder.

Bis zu welchem verfügbaren Einkommen noch Anspruch auf Wohngeld bestehen kann, hängt von verschiedenen Faktoren ab. Für den »einfachen Fall«, dass in einem Haushalt ein AN sozialversicherungspflichtige Einkünfte erzielt, Lohnsteuer entrichtet und keine weiteren absetzbaren Ausgaben oder Freibeträge hat, gibt unten stehende Tabelle Orientierungswerte. Die »Einkommengrenzen« unterscheiden sich erheblich – je nach der Mietstufe, in die der Wohnort eingestuft ist. Für einen Alleinstehenden in einer Gemeinde, die in Mietstufe I (die niedrigsten Mieten) eingruppiert ist, besteht z. B. mit einem Bruttoeinkommen von 1.433 € monatlich u. U. noch ein minimaler Anspruch auf Wohngeld (10 €). Das gilt dann, wenn er die vor Ort berücksichtigte Maximalmiete zahlt. In Orten mit Mietstufe VII (die höchsten Mieten) liegt die Einkommengrenze in diesem Fall bei 1.728 € br. Bei den anderen Mietstufen liegen die entspr. Werte jeweils dazwischen.

Chance auf Wohngeld für AN* je nach Personenzahl im Haushalt bei einem Brutto-Monatseinkommen (€, ohne Kindergeld) bis

Personenzahl	Mietstufe VII	Mietstufe I
1	1728	1433
2	2340	1926
3	2807	2339
4	3568	3090
5	4046	3522

* sozialversicherungspflichtig, mit Lohnsteuerabzug

Für diejenigen, die außergewöhnlich hohe Werbungs- oder höhere Kinderbetreuungskosten haben, liegen die entsprechenden Einkommengrenzen deutlich höher.

Lastenzuschuss für Eigentümer

Das Wohngeldgesetz sieht neben dem »klassischen« Wohngeld für Mieter auch für Eigentümer eine Unterstützung vor, sofern diese ihre Wohnung oder ihr Haus selbst bewohnen und in finanzielle Nöte geraten: Auf den Lastenzuschuss für sie besteht bei Bedürftigkeit ein Rechtsanspruch. Die Leistung funktioniert ganz ähnlich wie das Wohngeld. Als Belastung werden dabei u. a. Zins- und Tilgungsraten berücksichtigt. Die Leistung wird beim Wohngeldamt beantragt.

Rolf Winkel / Hans Nakielski
Red. Soziale Sicherheit, Köln

Arbeit und Steuerrecht

I. Neue Entfernungspauschalen und eine Mobilitätsprämie ab 2021

Im Anschluss an die Darstellung in Heft 1/2020, S. 21 wurden kurz vor Jahresende 2019 noch folgende gesetzliche Neuerungen beschlossen (lt. BT-Drucks. 19/14338; Bundesrats-Zustimmung am 20.12.19):

1. Gestaffelte höhere Entfernungspauschalen ab dem 21. km für Fernpendler

Ab 1. 1. 2021 sind für Fahrten zur 1.Arbeitsstätte und für Familienheimfahrten bei doppelter Haushaltsführung folgende Pauschalen als Werbungskosten bis max. . 4.500,- € / Jahr ansetzbar:

- (1) Zeitraum 1. 1. 21 – 31. 12. 23 = 35 Cent und
- (1) Zeitraum 1. 1. 24 – 31. 12. 26 = 38 Cent jeweils pro Entfernungskm.

Mit dieser Erweiterung sollen die durch die CO₂-Bepreisung erhöhten Aufwendungen teilweise ausgeglichen werden, die besonders AN im ländlichen Raum treffen (Fernpendler). Die Pendlerpauschalen gelten unabhängig vom Verkehrsmittel. Höhere tatsächliche Aufwendungen für öff. Verkehrsmittel können auch weiterhin als Werbungskosten angesetzt werden, wenn sie den Höchstbetrag von 4.500,- € übersteigen (z. B. für Besitzer der BahnCard 100 (1. Klasse) zum Preis von 6.400,- €).

2. Zusätzliche Mobilitätsprämie für Geringverdiener möglich

Gering verdienende Fernpendler, deren Einkommen den aktuellen Grundfreibetrag von 9.408,- € unterschreitet (bei zusammen veranlagten Eheleuten doppelter Betrag), können neben den neuen Entfernungspauschalen von 35 bzw. 38 Cent pro Entfernungskm eine (steuerfreie) Mobilitätsprämie von 14% der Bemessungsgrundlage in Anspruch nehmen. Bemessungsgrundlage sind die vollen 35 bzw. 38 Cent ab dem 21. km. Voraussetzung für die Prämie ist weiter, dass sich

die Entfernungspauschalen wegen Unterschreitens des AN-Freibetrages von 1000 € auch ausgewirkt hätten.

Die Vergünstigung gilt im Zeitraum 1.1.2021–31.12.2026. Der Antrag auf die Prämie muss beim FA bis zum Ablauf des 4. Kalenderjahres gestellt werden, das auf das Kalenderjahr folgt, in dem die Mobilitätsprämie entstanden ist (am besten geltend machen zusammen mit dem Steuerbescheid).

II. Häusliches Arbeitszimmer: Vorsicht beim Wohnungsverkauf!

Bei einer Lehrerin war in deren Wohnung ein häusliches Arbeitszimmer eingerichtet worden, in dem sie unstr. nahezu ausschließlich Unterrichtsstunden vor und nachbearbeitete und Klassenarbeiten korrigierte. Die private Mitbenutzung war untergeordnet und betrug weniger als 10%. Sie konnte deshalb die anteiligen Kosten für Abschreibung, Schuldzinsen, Wasser und Energie, Reinigung, Grundsteuer, Müllabfuhr, Schornsteinfeger, Versicherung und Ausstattung (z. B. Tapeten, Teppiche, Gardinen und Lampen) als Werbungskosten bis zum Höchstbetrag von 1.250,-€ geltend machen. Für das normale Wohnbedürfnis stand auch hinreichender anderer Raum zur Verfügung und es handelte sich auch nicht um ein Durchgangszimmer, um ständig andere Privaträume zu erreichen.

Als die Eigentumswohnung innerhalb der Jahresfrist seit der Anschaffung verkauft worden war, meinte das zuständige FA, dass der auf das Arbeitszimmer entfallende Anteil am Veräußerungsgewinn als privates Veräußerungsgeschäft nach § 23 EStG zu versteuern sei. Dagegen klagte die Lehrerin und erhielt vom FG *Baden-Württemberg* Recht (23. 7. 19, 5 K 338/19). Das FG verwies auf ein früheres Urt. des FG *Köln*, wonach ein häusliches Arbeitszimmer kein eigenständiges Wirtschaftsgut sei, weil es nicht unabhängig von den anderen Teilen der Wohnung veräußert werden kann. Somit komme eine separate Besteuerung des Arbeitszimmers im Rahmen des Verkaufs nicht in Betracht.

Da es auch anderslautende Gerichtsurteil und Stimmen im Fachschrifttum im Verkaufsfall gebe, wurde die Rev. zum *BFH* zur Sicherung einer einheitlichen Rspr. zugelassen. Um allen Schwierigkeiten aus dem Weg zu gehen, sollte man also stets die Haltefrist beim Immobilienverkauf abwarten.

Assessor Wolfgang Gamp,
www.Lohnsteuerhilfe-Herdecke.de

Personalien

■ Prof. Dr. Anja Seibert-Fohr, Professorin an der Uni Heidelberg, hat ihr Amt als neue dt. Richterin am EGMR am 1. 1. 2020 angetreten. Die Amtszeit beträgt 9 Jahre. Anja Seibert-Fohr folgt auf Prof. Dr. Angelika Nußberger, Autorin für diese Zeitschrift, deren Amtszeit am EGMR nach 9 Jahren am 31. 12. 2019 geendet hat.

■ Der bisherige Vizepräsident des Hessischen LAG, Frank Woitaschek, wurde am 26.11.2019 zum neuen Präsidenten des Gerichts ernannt. Woitaschek ist seit 13. 11. 1995 Richter in der hessischen Arbeits-

gerichtsbarkeit. Er war vor seiner aktuellen Ernennung bereits Präsident des ArbG Frankfurt/M und seit 8. 7. 2013 Vizepräsident des HessLAG. Woitaschek folgt auf Gabriele Jörchel die mit Ablauf des Monats April 2019 in den Ruhestand getreten ist. Von 2007 bis 2008 war Jörchel Vorsitzende Richterin des LAG Hessen, von 2007 bis 2008 erfolgte eine Abordnung an das Hessische Ministerium der Justiz. Seit Mai 2010 war sie Vize- und seit 6/2013 Präsidentin des Hessischen Landesarbeitsgerichts.

■ Prof. Dr. Hellmut Wißmann wird am 15. 2. 2020 80 Jahre alt. Wißmann war bis zum 28. 2. 2005 Präsident des BAG. 1992 wur-

de er zum Richter am BAG ernannt. Dort war er im 4. Senat und danach im 1. Senat sowie als Pressesprecher des BAG tätig. 1999 übernahm er den Vorsitz des 1. Senats und wurde zum Präsidenten des BAG berufen. Seine erste Aufgabe war die Bewältigung des Umzugs des BAG von Kassel nach Erfurt. Seit 2001 ist Wißmann Honorarprofessor an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Er ist Autor dieser Zeitschrift.

■ Die stv. Vorsitzenden Barbara Stockinger und Joachim Lüblinghoff übernehmen als Führungsduo kommissarisch den Vorsitz des Deutschen Richterbundes (DRB) ab 1. 1. 2020. Stockinger ist Richterin am OLG München.

Sie ist seit 2016 Mitglied des DRB-Präsidiums und seit 2019 Stellvertreterin des Vorsitzenden. *Lüblinghoff* ist Vorsitzender Richter am OLG Hamm, er ist seit 2016 stv. Vorsitzender des DRB und seit 2013 im Präsidium. Der bisherige Vorsitzende **Jens Gnisa** wird für die CDU als Landrat im Kreis Lippe kandidieren.

■ **Didier Lombard**, ehemaliger Vorsitzender und CEO von France Telecom, **Louis-Pierre Wenès**, Ex-Nr. 2, und **Olivier Barberot**, Ex-Personaldirektor – wurden am 20. 12. 2019 vom Pariser Strafgericht (tribunal correctionnel de Paris) ebenso wie das UN 10 Jahre nach einer Welle von Selbstmorden von Mitarbeitern der »institutionellen moralischen Belästigung« (harcelement moral) für schuldig befunden. Die 3 Angekl. wurden zu jeweils 1 Jahr Gefängnis, davon 8 Monate auf Bewährung, und einer Geldstrafe von 15.000 € verurteilt, weil sie im Zeitraum 2007-2008 eine Politik des Personalabbaus »bis ins letzte Detail« betrieben haben. France Telecom, die 2013 zu Orange wurde, wurde mit einer Geldstrafe von 75.000 €, der Höchststrafe, belegt. Die anderen Angekl. wurden der Mittäterschaft beim Mobbing für schuldig befunden. Das Gericht brachte den Begriff der »institutionellen, systemischen« moralischen Belästigung in die Rspr. ein, d. h. als Ergebnis einer Unternehmensstrategie, »die darauf abzielt, die Beschäftigten zu destabilisieren, ein Angst erzeugendes Klima zu schaffen und eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen zu bezwecken und zu bewirken.«

■ **Anke Rehlinger**, stv. SPD-Vorsitzende und saarländische Wirtschaftsministerin, hat sich der Gewerkschaftsforderung angeschlossen, öff. Aufträge nur noch an Unternehmen in Tarifbindung zu vergeben. Gegenüber den Zeitungen des »Redaktionsnetzwerk Deutschland« erklärte sie: »Tarifbindung ist eine zentrale Voraussetzung der sozialen Marktwirtschaft. Wer einen Tarifvertrag und einen Betriebsrat hat, dem geht es besser in Deutschland. Deshalb muss die tarifliche Ordnung gestärkt, die Allgemeinverbindlicherklärung erleichtert und die öff. Vergabe als Marktmacht eingesetzt werden«. Mit dem geplanten »Fairer-Lohn-Gesetz« werde das Saarland zum Vorreiter für gute Arbeit und faire Löhne.

■ Die Juristin und Leiterin des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht (HSI), **Dr. Johanna Wenckebach** (37), wurde von der Wirtschaftszeitschrift Capital (Verlag Gruner

+ Jahr) ausgezeichnet. *Wenckebach* wurde unter die »Top 40 unter 40 – Junge Elite 2019 – Wissenschaft und Gesellschaft« gewählt. Capital zeichnet jährlich 40 Talente unter 40 Jahren in den 4 Bereichen »Unternehmer«, »Politik und Staat«, »Manager« und »Wissenschaft und Gesellschaft« aus. *Johanna Wenckebach* fühlt sich nicht nur persönlich geehrt, sondern sieht die Wahl auch als eine Auszeichnung für das HSI der Hans-Böckler-Stiftung und seinen wissenschaftlichen und rechtspolitischen Einfluss. Ebenfalls ausgezeichnet wurden u. a. *Luisa Neubauer* (23) von Fridays for Future und *Verena Bentele* (37), Präsidentin Sozialverband VdK.

Termine

■ **06.-07.02.2020 Kassel: 22. Hans-Böckler-Colloquium für den wissenschaftlichen Nachwuchs im Arbeits- und Sozialrecht**; Veranstaltungsort: BSG

■ **11.3.2020 Mannheim: Arbeitsrechtstag 2020 Dt. und Eur. Arbeitsrecht im Dialog**, Programmauszug: »Der Begriff des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers im Unionsrecht« Prof. *Dr. Adam Sagan*, MJur (Oxon) (Uni Bayreuth); »Urlabsrecht im eur. Mehrebenensystem« *Inken Gallner* (VorsRiBAG, Erfurt); »Zurück zur Stechuhr? Arbeitszeitrecht vor eur. Herausforderungen« Prof. *Dr. Rüdiger Krause* (Uni Göttingen); »Viel Lärm um nichts oder tickende Zeitbomben? Aktuelle Tendenzen im Datenschutzrecht« *Dr. Stefan Brink* (Landesbeauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg); »Befristungsrecht zwischen BAG, BVerfG und EuGH« Prof. *Dr. Monika Schlachter* (Uni Trier); »Fördert die EU Denunziations? Die EU-Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden« RA *Dr. Hans-Joachim Fritz* (Mitglied des Europaausschusses der BRAK); Veranstaltungsort: Dorint-Kongresshotel Mannheim, Friedrichsring 6; Anmeldung: www.mannheimer-arbeitsrechtstag.de. Info: *Gisela Schober*, Tel. 0941 / 943-2647, E-Mail: info@mannheimer-arbeitsrechtstag.de

■ **26.3.2020 Frankfurt/M.: 4. Campus Arbeitsrecht** Programmauszug: 09:30 Uhr »Eröffnung der Veranstaltung, Begrüßung und Programmvorstellung« *Annelie Buntenschulze* (Mitglied des GBV des DGB) u. *Judith Schulze-Loh* (Journalistin WDR); 09:45 Uhr

»Grußwort des Schirmherren« Prof. *Dr. Bernd Waas* (Goethe-Uni Frankfurt a.M.); 10:00 Uhr: »2 Jahre Große Koalition – Die wichtigsten arbeitsrechtlichen Projekte« *Dr. Nadine Absenger* (DGB Bundesvorstand, Lt. Abt. Recht); 10:45-13:00 Uhr: 5 parallelllaufende Diskussionsforen: Forum 1: »Arbeitszeit (mit besonderem Blick auf Europa)« Referenten: PD *Dr. Elisabeth Brameshuber* (Universitätsdozentin Wirtschaftsuniversität Wien) »Arbeitszeitflexibilisierung – Fluch oder Segen? – Die österreichische Rechtslage im Lichte des Unionsrechts« und Prof. *Dr. Frank Bayreuther* (Uni Passau) »Aktuelle Entwicklungen im Arbeitszeitrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH«, Moderation: PD *Dr. Alexander Stöhr* (Eur. Akademie der Arbeit, Frankfurt a.M.) und *Rudolf Buschmann* (Lehrbeauftragter Uni Kassel, Gewerkschaftliches Centrum für Revision und Europäisches Recht der DGB Rechtsschutz GmbH); Forum 2 »Baustelle Datenschutz: Herausforderungen für die betriebliche Praxis« Referenten: *Arnim Eglauer* (BR-Vorsitzender, Mitglied im EBR des Airbus-Konzerns), Prof. *Dr. Marlene Schmidt* (Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, Goethe-Uni Frankfurt a.M., APITZSCH SCHMIDT KLEBE Rechtsanwälte), *Isabel Eder* (Lt. Abt. Mitbestimmung/ Betriebsverfassung bei der IG BCE), Moderation: *Ernesto Klengel* (HSI, Hugo Sinzheimer Institut der Hans-Böckler-Stiftung, Frankfurt/M); Forum 3: »(Gewillkürte) Normenvielfalt zu Lasten der Beschäftigten« Referenten: Prof. *Dr. Jens M. Schubert* (Lt. Rechtsabteilung ver.di-Bundesverwaltung, Berlin), *Dr. Barbara Reinhard* (RA KLIEMT.Arbeitsrecht), Moderation: *Gert Groppe* (RA, DGB Rechtsschutz GmbH, Kontaktbüro beim ver.di-Bundesvorstand); Forum 4: »Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung« Referenten: Prof. *Dr. Wolfgang Däubler* (Uni Bremen) und Prof. *Dr. Michael Kittner* (Uni Kassel); Moderation: *Dr. Werner Bünnagel* (DGB Rechtsschutz GmbH); Forum 5: »Qualifizieren und sanktionieren? – Aktuelle Entwicklungen im SGB II/SGB III« Referenten: Prof. *Dr. Katja Nebe* (Uni Halle-Wittenberg) und Prof. *Dr. Dorothee Frings* (Hochschule Niederrhein), Moderation: *Dr. Daniel Hlava*, LL.M (HSI, Frankfurt/M) und *Frank Siebens* (DGB Bundesvorstand, Verantwortlicher Redakteur »Arbeit und Recht«); »Vorschläge zur Stärkung der Tarifautonomie« Prof. *Dr. Olaf Deinert* (Uni Göttingen) und *Sybillie Wankel* (IG Metall Vorstandsverwaltung Lt. Justitiariat); »Plenumsdiskussion« *Dr. Wolfgang Kozak* (Arbeiterkammer Wien, Wirt-

schaftsuni Wien); Veranstaltungsort: Johann-Wolfgang Goethe Uni, Campus Westend, Nina-Rubinstein Weg 1; Anmeldung + Info: www.campusarbeitsrecht.de

■ **1.-3.4.2020** Zell am See (Österreich): **55. Tagung der Österreichischen Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht**; Programmauszug: **Mi, 1.4.** 16:00 Uhr–17:30 Uhr »Nachwuchsforum« **Do, 2.4.** 8:45 Uhr »Begrüßung« Univprof. *Dr. Rudolf Mosler* (Präsident der Gesellschaft); »Tendenzschutz« RAin MMag.a *Dr.in Andrea Potz*; »Einsatz von Algorithmen im Personalmanagement« Associate Prof. *Jeremias Adams-Prassl* (Magdalen College, Oxford); »Kollektivvertragsautonomie« RA o. Univprof. *Dr. Franz Marhold* (Wirtschaftsuniversität Wien); 17:30–19:30 Uhr Seminar »Urlaubsrecht« Mag. a *Dr.in Marta J. Glowacka*, LL.M. (Wirtschaftsuniversität Wien); **Fr, 3.4.** »Neuregelung der Mindestsicherung: Sozialhilfe und Ausgleichszulage« Univ-Prof. *Dr. Walter J. Pfeil* (Uni Salzburg) »Die Entsendung im Sozialversicherungsrecht« MMag. a *Dr.in Diana Niksova*, Bakk. (Uni Wien); Info + Anmeldung: *Astrid Bönisch-Weilguny*, Tel.: 0043/732/2468-7470, E-Mail: astrid.boenisch@jku.at, <http://www.arbeitsrechtundsozialrecht.com>; Veranstaltungsort: Ferry Porsche Congress Center, Brucker Bundesstraße 1a, 5700 Zell am See

■ **2. 4. 2020** Beginn 10:15 Uhr Frankfurt/M.: **Betriebspolitische HSI-Tagung** Programmauszug: 10:15 Uhr »Begrüßung« *Dr. Johanna Wenckebach*, Leitung des Hugo Sinzheimer Instituts; Moderation der Tagung: *Vereina zu Dohna-Jaeger*, Leiterin des Ressorts Betriebsverfassung und Mitbestimmungspolitik, IG Metall und *Dr. Daniel Hlava*, wiss. Referent am Hugo Sinzheimer Institut 10:30 Uhr: »Aktuelle Rechtsprechung zu den Beteiligungsrechten des Betriebsrats« *Kristina Schmidt*, RiBAG, Erfurt; 11:00 Uhr »Diskussion«; 11:30 Uhr »Dienstreisen als Rechtsproblem«, *Prof. Dr. Ulrich Preis*, Uni zu Köln; 12:00 Uhr »Diskussion«; 13:30 Uhr »Die Beteiligung des Betriebsrats bei der Arbeitszeiterfassung«, *Kerstin Jerchel*, Lt. Bereich Mitbestimmung, ver.di-Bundesverwaltung, Berlin 14:00 Uhr »Diskussion«; 14:30 Uhr »Transformation und Weiterbildung als Handlungsfeld von Betriebsräten und Gewerkschaften«, *Dr. Johanna Wenckebach*, Direktorin des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht, Frankfurt /M.; 15:00 Uhr »Diskussion«; 15:30 Uhr Ende der Veranstaltung; Veranstalter: HSI,

www.hugo-sinzheimer-institut.de; Veranstaltungsort: IG Metall Hauptverwaltung (Main Forum), Wilhelm-Leuschner-Straße 79, Raum: K2 (Konferenzebene), PLZ: 60329

■ **23.4.2020** 10:00-17:00 Uhr, Bremen: **Dt. Arbeitsgerichtsverband, 27. Verbandsversammlung in Bremen – aktuelle Entwicklungen im Arbeitszeitrecht**; Programmauszug: Festvortrag der 27. Verbandsversammlung, Prof. *Dr. Koen Lenaerts* (Präsident EuGH); weitere Referenten ua.: Prof. *Dr. Sebastian Kolbe* (Uni Bremen); Prof. *Dr. Katja Nebe* (Martin-Luther-Uni Halle-Wittenberg); *Frank Brenscheidt* (Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin); Veranstaltungsort: Rathaus; Anmeldung: nur Online

■ **28.4.2020** 9:30-12:45 Uhr Frankfurt/M.: **Sinzheimer-Vorlesung und Verleihung des Hugo Sinzheimer Preises**; Veranstaltungsort: Johann-Wolfgang-Goethe Universität; Programm: 09:30 Uhr »Empfang«; 10:00 Uhr »Begrüßung« *Dr. Johanna Wenckebach* (Hugo Sinzheimer Institut), Prof. *Dr. Bernd Waas* (Goethe-Universität Frankfurt am Main) 10:15 Uhr »Vorlesung: Arbeitsrecht in Großbritannien – quo vadis?«, Prof. *Jeremias Adams-Prassl* (University of Oxford, England); 11:00 Uhr »Diskussion«; Moderation: Prof. *Dr. Dr. h. c. mult. Manfred Weiss* (Johann-Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt/Main und Vors. des HSI-Beirats); 11:30 Uhr »Verleihung des Hugo Sinzheimer Preises 2019« »Laudatio«: Prof. *Dr. Martin Risak* (Universität Wien); Preisträgerin: *Dr. Sonja Mangold*

■ **15.-18.9.2020** Hamburg: **73. Dt. Juristentag**

Info

Call for Papers for the 2020 Marco Biagi Award

Info To stimulate scholarly activity and broaden academic interest in comparative labour and employment law, the *International Association of Labour Law Journals* [German Member: *Arbeit und Recht*] announces a Call for Papers for the 2020 Marco Biagi Award. The award is named in honor of the late *Marco Biagi*, a distinguished labour lawyer, victim of terrorism because of his commitment to civil rights, and one of the founders of the Association. The Call is addressed to doctoral students, advanced professional students, and

academic researchers in the early stage of their careers (that is, with no more than 3 years of post-doctoral or teaching experience).

1. The Call requests papers concerning *comparative and/or international* labour or employment law and employment relations, broadly conceived. Research of an empirical nature within the Call's purview is most welcome.
2. Submissions will be evaluated by an academic jury to be appointed by the Association. Submitted papers should include an abstract.
3. The paper chosen as the winner of the award will be assured publication in a member journal, subject to any revisions requested by that journal.
4. Papers may be submitted preferably in English, but papers in French or Spanish will also be accepted. The maximum length is in the range of 12,500 words, including footnotes and appendices. Substantially longer papers will not be considered.
5. The author or authors of the paper chosen as the winner of the award will be invited to present the work at the Association's 2020 meeting which is to be announced soon on the website of the Association. Efforts are being undertaken to provide an honorarium and travel expenses for the presentation of the paper. Until that effort bears fruit, however, the Association hopes that home institutional funds would be available to support the researcher's presentation.
6. The deadline for submission is 31.3.2020 (final date of submission). Submissions [and a short bio of the author] should be sent electronically in Microsoft Word both to *Lavoro e diritto* at lavoroediritto@unife.it and to *Frank Hendrickx*, the President of the Association, at frank.hendrickx@kuleuven.be and his secretariat: iar@kuleuven.be

Tagungsbericht

15. Symposium Insolvenz- und Arbeitsrecht

»Krise als Chance?!« war im Jahr 2019 der Titel des **jährlich** in Ingolstadt stattfindenden Symposium. Traditionell war das Neue Schloss der Atmosphäre stiftende Veranstaltungsort. Das Symposium zum Insolvenz- und Arbeitsrecht war wie gewohnt von Prof. *Dr. Christian Heinrich* mit seinem Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht und Insolvenzrecht der KU-Eichstätt Ingolstadt,

hervorragend organisiert. Bei den hochkarätigen Referenten bzw. Referentinnen suchte man jedoch gewerkschaftliche Vertreter*innen vergeblich. Mit etwa 250 Teilnehmerinnen und Teilnehmern war die Veranstaltung auch bei großer Hitze wieder gut besucht. Es wurde gar ein Teilnehmer in kurzer Hose gesichtet. Der Verfasser setzt den Schwerpunkt des Tagungsberichtes, dem Namen der Zeitschrift entsprechend, wie schon bei den Berichten vom 6., 7., 8., 9., 10. und 11., 12 sowie 13. und 14. Symposium (AuR 2011, 217; AuR 2012, 215; AuR 2013, 218; AuR 2014, 198 f.; AuR 2015, 321; AuR 2017, 169 f.; AuR 2018, 36 f.; AuR 2019, 124) im Arbeitsrecht.

Nach der Begrüßung (u. a. durch Gastgeber und Oberbürgermeister) und einer neuen Vertreterin der ortansässigen Automobilmarke) begann Prof. Dr. Björn Gaul aus Köln in gewohnt unterhaltsamer Weise mit seinem Vortrag »Restrukturierung und Arbeitsrecht: Wege aus der Krise«. Er stellte dabei, wie nicht anders zu erwarten, nicht die gewerkschaftlichen Beiträge und Leistungen bei Restrukturierungen in den Mittelpunkt seiner Ausführungen. Vielmehr wies er auf die frühzeitige Beratungsnotwendigkeit aus Unternehmenssicht hin. Mit frühzeitiger arbeitsrechtlicher Beratung können Wege aus der Krise gefunden werden. Im Anschluss referierte Prof. Dr. Ulrich Haas (Uni Zürich) zu »Rangrücktrittsvereinbarungen – ein Leitfadens für die Praxis«.

Den nächsten (arbeitsrechtlichen) Themenschwerpunkt setzte Richter Markus Krumbiegel vom 6. Senat des BAG mit »Arbeitsrecht in der Insolvenz: Neues aus Erfurt«. Trotz der Hitze hielt der Referent seinen interessanten Vortrag im Jackett. Er ging in dem Vortrag auf Aufhebungsverträge (BAG 7.2.2019, 6 AZR 75/18, AuR 2019, 192) sowie das Kündigungsrecht aus § 113 InsO ein. Weiter wurde das Arbeitsentgelt in der Insolvenz thematisiert. Hierbei wurde auch auf die Insolvenzanfechtung eingegangen (hierzu vgl. auch: Insolvenzanfechtungsreform und Arbeitsentgelt, *Wroblewski*, AuR 2018, 168-172).

Wie schon im vergangenen Jahr war der letzte Referent des 1. Tages RA Jan Gerrit Kehbel aus Köln. Mit »Wie Phönix aus der Asche: vorinsolvenzliche Sanierung« informierte er, den Temperaturen geschuldet ohne Jackett, über die Restrukturierungsrichtlinie, die vom dt. Gesetzgeber bis Mitte 2021 umgesetzt werden muss. Er wies u. a. darauf hin, dass Arbeitnehmerrechte insgesamt derzeit im Insolvenzrecht eher unterrepräsentiert sind.

Der 2. Tag begann mit einem »Update Arbeitsrecht« von Prof. Dr. Martina Benecke von der Uni Augsburg. Das Update lies keine Wünsche offen. Es behandelte die Rspr. des BAG aus den Jahren 2018 und 2019. Die Leserinnen und Leser dieser Zeitschrift sind jedoch durch die Rubrik Leitsätze und Kurzmitteilungen ohnehin immer »up to date« im Arbeitsrecht. »Aktuelle Rspr. zur Unternehmensinsolvenz« vorgetragen vom Richter am IX. Zivilsenat des BGH (Karlsruhe) Dr. Markus Gehrlein war der nächste Programmpunkt. Den letzten arbeitsrechtlichen Schwerpunkt setzte nach »Erfolgsfaktoren der Eigenverwaltung« von RA Volker Böhm aus Nürnberg, RA Dr. Burkard Göpfert aus München mit »Alea iacta est: Beendigung von Arbeitsverhältnissen«.

Fazit der inhaltsreichen kurzweiligen Veranstaltung: Aus gewerkschaftlicher Sicht bleibt festzuhalten, dass Arbeitsrecht in der Insolvenz kein eigenständiges Rechtsgebiet ist. Das Arbeitsrecht, insbes. das BetrVG und das KSchG gelten fort, auch in der Insolvenz, und das muss natürlich auch für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren gelten.

Der Lehrstuhl von Prof. Dr. Christian Heinrich organisiert seit 2015 einen Ergänzungstermin zu dem Symposium Insolvenz- und Arbeitsrecht Ingolstadt am Tegernsee. Dieser fand zum Bedauern des Verfassers dieses Berichtes in den niedersächsischen Herbstferien am 10. 10. 2019 statt. Das nächste Symposium Insolvenz- und Arbeitsrecht in Ingolstadt findet am 25. und 26. 6. 2020 statt und das 6. Symposium Insolvenz- und Arbeitsrecht Tegernsee am 8. 10. 2020.

RA (Syndikus-RA) Peter Voigt, IG BCE, Abt. Justizariat/Recht/Compliance, Hannover

Gelesen

Neuerscheinungen

- *Britschgi*: **BEM – Betriebliches Eingliederungsmanagement**; aktiv im Betriebsrat. – Frankfurt/M.: Bund-Verlag, 5. Aufl. 2020. – 176 S. – 19,90 €
- *Günther / Michaelis / Brüser*: **Das Dienstunfallrecht für Bundes- und Landesbeamte**. – München: C.H. Beck Verlag, 2019. – XXV + 286 S. – 59 €
- *Kittner*: **50 Urteile**. – Frankfurt/M.: Bund-Verlag, 2. Aufl. 2020. – 346 S. – 38 €

- *Kubusch / Maisch / Müller-Török / Pautsch / Roggenkamp*: **Handbuch Datenschutz für die kommunale Praxis**. – Wiesbaden: Kommunal- und Schulverlag, 1. Aufl. (2019) 242 S. – 49 €

- *Marx*: **Das neue Fachkräfteeinwanderungsgesetz**. – Baden-Baden: Nomos Verlag. – 1. Aufl. 2019. – 288 S. – 44 €

- **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**: BGB, Band 5: Schuldrecht – Besonderer Teil II – München: C.H. Beck Verlag, 8. Aufl. 2020. – LII + 2962 S. – 299 €

- *Nix / Hegemann / Schneider (Hrsg.)*: **Normalvertrag Bühne**. – Baden-Baden: Nomos Verlag, 3. Aufl. 2020. – 487 S. – 59 €

- *Pieper*: **Gefahrstoffverordnung**; Basis-Kommentar – Frankfurt/M.: Bund-Verlag, 2. Aufl. 2020. – 302 S. – 29,90 €

- *Richardl / Dörner / Weber*: **Personalvertretungsrecht**; Bundespersonalvertretungsgesetz mit Erläuterungen zu den Personalvertretungsgesetzen der Länder, Kommentar. – München: C.H. Beck Verlag, 5. Aufl. 2020. – 1653 S. – 179 €

- *Richardl*: **Arbeitsrecht in der Kirche**. – München: C.H. Beck Verlag, 8. Aufl. 2020. – XXXIII + 320 S. – 69 €

- *Rupp / Laßmann / Mengay*: **Handbuch Wirtschaftsausschuss**; Der erfolgreiche Betriebsrat. – Frankfurt/M.: Bund-Verlag, 11. Aufl. 2020. – 515 S. – 39,90 €

- *Schröder (Hrsg.)*: **Gute Arbeit – Reader 2020 – Arbeitsschutz und Digitalisierung – Impulse für eine moderne Arbeitsgestaltung**. – Frankfurt/M.: Bund-Verlag, 1. Aufl. 2020. – 220 S. – 29 €

Aus anderen Zeitschriften

- *Däubler*: **Der Betriebsrat – Sprecher auch der Randbelegschaften?** – NZA, Jg. 36 (2019) H. 23. – S. 1601
- *Müller*: **Fehlende Personenidentität zwischen beA-Postfachinhaber, einfacher und qualifizierter Signatur**. – NZA, Jg. 36 (2019) H. 24. – S. 1682
- *Rinckhoff*: **Das Paketboten-Schutz-Gesetz**. – NZA, Jg. 36 (2019) H. 24. – S. 1667

■ **Schifferdecker: Sanktionsurteil des BVerfG: Befriedung eines erbitterten Konflikts?** – NZS, Jg. 29 (2020) H. 1. – S. 1

■ **Schorkopf: Die normative Behauptung des »European way of life«.** – NJW, Jg. 72 (2019) H. 47. – S. 3418

■ **Seidel: Für eine lebendige Demokratie: Der Kampf um die Gemeinnützigkeit.** – Blätter für deutsche und internationale Politik, Jg. 65 (2020) H. 1. – S. 13

■ **Spitzlei: (Teilweise) Verfassungswidrigkeit der Ernennung von Professoren zu Beamten auf Zeit.** – ZBR, Jg. 68 (2020) H. 1/2. – S. 19

■ **Vom Stein: 15 Jahre Betriebliches Eingliederungsmanagement.** – VSSAR, Jg. 37 (2019) H. 4. – S. 355

■ **Wedde: Datenschutz im Betriebsratsbüro muss sein!** – Computer und Arbeit, Jg. 28 (2019) H. 12. – S. 8

■ **Welti: Gesundheitsförderung und Prävention im System der Sozialversicherung seit Inkrafttreten des Präventionsgesetzes.** – VSSAR, Jg. 37 (2019) H. 4. – S. 313

■ **Wybitul: Immaterieller Schadensersatz wegen Datenschutzverstößen.** – NJW, Jg. 72 (2019) H. 45. – S. 3265

Entscheidungen mit Anmerkung

Unterrichtung des Betriebsrats über Arbeitsunfälle von Fremdpersonal

Der BR kann vom AG verlangen, über Arbeitsunfälle unterrichtet zu werden, welche Beschäftigte eines anderen UN im Zusammenhang mit der Nutzung der betrieblichen Infrastruktur des AG erleiden.

Die Verpflichtung des § 89 Abs. 6 BetrVG bezieht sich auf erstattete Unfallanzeigen; sie ist nicht auf die Durchsetzung der – ausschließlich unfallversicherungsrechtlich festgelegten – Pflicht zur Anzeigenerstattung gerichtet.

Umfasst sind vom Unterrichtungsanspruch aus § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG sachbezogene Daten (Datum, Uhrzeit des Unfalls, Unfallstelle, Unfallhergang sowie erlittene Verletzungen). Er erstreckt sich nicht auf die vom BR geforderten personenbezogenen Daten (Name des betr. AN und der Servicepartnerfirma, bei der er beschäftigt ist, sowie deren Anschrift; Eintritt von Arbeitsunfähigkeit und Namen von Unfallzeugen).

Die Hinzuziehungsberechtigung nach § 89 Abs. 2 S. 1 BetrVG begründet – ebenso wenig wie § 80 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 9 und § 89 Abs. 1 S. 1 BetrVG – keine autarke und separierte Ermittlungsobliegenheit des BR.

» BAG v. 12. 3. 2019, 1 ABR 48/17

I. Der Beschluss

Mit vorst. Beschluss hat der 1. Senat des BAG auf die Rechtsbeschwerde des für mehrere Standorte (»Stationen«) in Südwestdeutschland zuständigen »Area«-BR eines großen dt. Logistikunternehmens (Auslieferung von Expresssendungen) unter teilweiser Aufhebung des Beschlusses der Vorinstanz (LAG Baden-Württemberg 19. 7. 2017, 21 TaBV 15/16) der AG aufgegeben, den BR unverzüglich über jeden Arbeitsunfall eines AN einer Servicepartnerfirma der AG (Kurierfahrer u. Hallendienst) im Betriebsgebäude und auf dem Betriebsgelände des Standorts H. der AG zu unterrichten unter Angabe des Datums, der Uhrzeit des Unfalls, der Unfallstelle, des Unfallhergangs sowie über erlittene Verletzungen. Damit hat er im Kern dem vom BR geltend gemachten detaillierten Unterrichtsanspruch entsprochen. Mit der Formulierung im Leitsatz »Der BR kann verlangen« kommt die tenorierte von Vornherein (ohne Verlangen des BR, der ja evtl. vom betreffenden Unfall gar nichts weiß) bestehende unverzügliche Unter-

richtungspflicht des Arbeitgebers nicht hinreichend zum Ausdruck. Der Senat hat die weitergehenden Anträge des BR zurückgewiesen.

In den Vorinstanzen konnte der BR lediglich – bereits in dem von ihm eingeleiteten Beschlussverfahren beim ArbG Stuttgart, 7 BV 206/16 – erreichen, dass der AG (rkr.) aufgegeben wurde, den BR zu sämtlichen Ortsterminen mit der Fachkraft für Arbeitssicherheit (auch bei Unfalluntersuchungen betr. Fremdpersonal) hinzuzuziehen. Auch das hatte die AG verweigert. Alle weiteren Anträge wurden vom ArbG und dann auch im Beschwerdeverfahren vom LAG Baden-Württemberg zurückgewiesen maßgeblich mit der Begründung, der BR sei für die AN der Servicepartnerfirmen gem. §§ 1 Abs. 1, 5 Abs. 1 S. 1 BetrVG nicht zuständig und habe deshalb bzgl. solcher AN auch keinen Unterrichtsanspruch – auch nicht gem. § 80 Abs. 2 S. 1, 2. HS BetrVG (danach erstreckt sich die Unterrichtung »auch auf die Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum AG stehen«). Das LAG ließ aber die Rechtsbeschwerde zum BAG wegen grds. Bedeutung zu. Aus dem vom BAG titulierten detaillierten Unterrichtsanspruch des BR und seiner Begründung folgt,

- (1) – dass der AG, der im Rahmen seiner betrieblichen Infrastruktur Fremdfirmenarbeiter beschäftigt, entsprechend § 8 ArbSchG – insbesondere auch durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen mit Fremdfirmen –, sicher stellen muss, dass er sofort von entsprechenden Arbeitsunfällen erfährt. Er kann sich gegenüber dem BR nicht darauf berufen, er selbst habe die Unfälle nicht bemerkt;
- (2) – dass der AG von sich aus – d. h. nicht erst auf Anfrage des BR – unverzüglich – d. h. ohne schuldhaftes Zögern nach Lage des Einzelfalls, max. binnen 2 Wochen, ggf. auch kürzer¹ – dem BR die aus dem Tenor des BAG-Beschlusses ersichtlichen detaillierten Unfallinformationen zukommen lässt;
- (3) – dass der Unterrichtsanspruch des BR sich nicht nur auf Arbeitsunfälle von ständig im Betrieb eingesetztem Fremdpersonal bezieht, sondern auch auf solche von nur gelegentlich (z. B. für Reparaturarbeiten) im Betrieb beschäftigten AN von Fremdfirmen und sogar Selbständigen.

Das BAG begründet seine Entscheidung nämlich maßgeblich mit dem im Bereich des Arbeitsschutzes und der Unfallverhütung umfassend ausgestalteten Unterrichts- und Hinzuziehungsrecht des BR gem. § 80 Abs. 1 Nr. 9 (Förderung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes durch den BR) und § 89 Abs. 1 und 2 BetrVG (Einsatz des BR für

¹ Vgl. Palandt-Ellenberger, BGB-Kommentar, 78. Aufl. 2019, § 121 BGB Rn. 3 mwN.

Arbeitsschutz und Unfallverhütung, Pflicht des AG zu seiner diesbezüglichen Hinzuziehung). Es geht davon aus, dass die Unterrichtung über Arbeitsunfälle von Fremdpersonal »unerlässlich« für o.a. BR-Aufgaben ist (Rn. 33). Denn daraus können unfallverhütungsrelevante Erkenntnisse für die betriebszugehörigen AN gewonnen werden.

Aus dieser Argumentation folgt, dass es für den – gerade nicht auf Arbeitsunfälle der gem. § 5 Abs. 1 BetrVG vom BR vertretenen AN beschränkten – Unterrichtsanspruch des BR nicht darauf ankommt, ob die betr. Arbeitsunfälle bei ständig im Rahmen von Werk- oder Dienstverträgen im Betrieb eingesetzten AN eingetreten sind. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Unfälle im Rahmen einer Zusammenarbeit i.S. § 8 Abs. 1 ArbSchG erfolgt sind. Auch bei Arbeitsunfällen von nur gelegentlich im Betrieb beschäftigten AN von Fremdfirmen (z. B. zeitlich begrenzte Reparatur- oder Renovierungsarbeiten) oder sogar im Betrieb gelegentlich beschäftigten Selbständigen besteht vielmehr der Unterrichtsanspruch.² Soweit des BAG den vom BR geltend gemachten weitergehenden Unterrichtsanspruch zu personenbezogenen und Fremdfirmendaten ablehnt, begründet es dies – entgegen dem aus OS 2 vermittelten Eindruck – nicht damit, dass generell solche Daten nicht verlangt werden können. Vielmehr verweist das BAG auf seine ständige Rechtsprechung zur – hier aus seiner Sicht nicht erfüllten – Darlegungspflicht des BR zu weitergehenden Unfallinformationen im Einzelfall (Rn. 23), z. B. bei nach erfolglosem Verlangen gegenüber dem AG im Hinblick auf die Klärung des Unfallgeschehens notwendigen weiteren Informationen. Insoweit verweist das BAG auch ausdrücklich auf die umfassende Gewährleistung der Beteiligungsrechte des BR gerade bei Unfalluntersuchungen gem. § 89 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 BetrVG (Rn. 32).

II. Praktische Bedeutung der Entscheidung:

Die Entscheidung hat erhebliche praktische Bedeutung. Denn nicht nur Leiharbeit hat seit Anfang der 2000er Jahre in vielen Betrieben erheblich zugenommen. Vielmehr werden – angesichts der Verschärfungen des AÜG³ – immer mehr bisherige Aufgaben von UN – insbes. im Wege von Werk- und Dienstverträgen – »ausgelagert«, häufig auf kleine UN ohne BR und hinreichenden Arbeits- und Sozialschutz. Diese Gestaltungen befinden sich häufig in der Grauzone zu Scheinwerkverträgen und illegaler Leiharbeit.⁴ Die BR der auslagernden UN haben häufig große Schwierigkeiten, ihre unmittelbare Zuständigkeit gem. §§ 1 Abs. 1, 5 Abs. 1 S. 1 BetrVG für die AN der Subunternehmerfirmen – ggf. im Rahmen von Beschlussverfahren – nachzuweisen, also die tatsächliche Beschäftigung dieser AN (weiterhin) eingegliedert in die betriebliche Arbeitsorganisation unter dem Weisungsrecht des auslagernden AG. Nur dann würde es sich um Scheinwerk- oder -dienstverträge handeln, mithin tatsächlich um Arbeitnehmerüberlassung,⁵ als Grundlage für jedenfalls weitgehende Beteiligungsrechte des BR, insbes. auch im Rahmen des Mitbestimmungsrechts gem. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG (Verhütung von Arbeitsunfällen, Gesundheitsschutz).⁶

Zumindest im Bereich des Arbeitsunfallsschutzes eröffnet Ihnen das BAG nun jedenfalls den Zugang zu wichtigen Informationen auch bei (angeblichem) Fremdpersonaleinsatz. Dies ist allerdings unzureichend (vgl. noch nachfolgend). Insbesondere im Bereich der wegen des Onlinehandels boomenden Logistik-/Paketzustellerbranche⁷ grassieren bei den (zumeist outgesourcten) Subunternehmen Lohndumping, Schwarzarbeit, extreme Arbeitszeiten und gefährliche Arbeitsbedingungen.⁸

Dringend erforderlich wären hier gesetzliche Neuregelungen, durch die die auslagernden UN selbst in die Pflicht genommen wer-

den. Die bislang schon für einzelne Branchen durch den Gesetzgeber in Angriff genommene Nachunternehmerhaftung genügt bei Weitem nicht. Insbes. der betriebsverfassungsrechtliche Schutz der betr. AN bedarf der gesetzlichen Neuregelung.

III. Probleme der Entscheidung:

Das BAG hat sich nicht dazu bereitgefunden, sich für die vom BR geltend gemachten Ansprüche auf einen im Rahmen des Gesundheits- und Unfallschutzes bei unionsrechtskonformer Auslegung erweiterten funktionalen Beschäftigtenbegriff iSv. Art. 12 Abs. 2 der Rahmen-RL 89/391/EWG zu stützen. Danach ist als AG von im Betrieb ständig im Rahmen von Dienst- oder Werkverträgen eingesetzten AN eben der AG dieses Betriebes anzusehen. Dieser ist deshalb nach richtiger Auffassung auch diesen AN gegenüber für den Arbeitsschutz verantwortlich.⁹ Ohne dieses unionsrechtliche Verständnis auch nur in Frage zu stellen und sich sodann mit einer entsprechenden unionsrechtskonformen Auslegung der Beteiligungspflichten gegenüber dem BR iSd. RL 2002/14/EG (dort insbes. Art. 1 u. 2) zu befassen, beruft sich das BAG lediglich darauf, die »spezifischen Unfallverhütungsaufgaben« des BR seien »auf den Betrieb und die von ihm repräsentierten Beschäftigten begrenzt« (Beschluss Rn. 30). Damit nimmt es eine erhebliche Schutzlücke für Fremdpersonal hin.

– Aufgrund seiner restriktiven Auslegung der unfallschutzrechtlichen Zuständigkeit des BR geht das BAG auch davon aus, dass – anders als für Leiharbeiter – für AN, die im Rahmen von Dienst- oder Werkverträgen ständig im Betrieb eingesetzt werden, kein Mitbestimmungsrecht des BR des Einsatzbetriebes gem. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG bestehe (Beschluss Rn. 29). Diese Frage war zwar nicht streitgegenständlich. Aus der Aussage des BAG ergibt sich jedoch eine wesentliche Beschränkung der Handlungsmöglichkeit des BR im Bereich des Arbeitsschutzes von Fremdpersonal.

– Auch die Erweiterung des Unterrichtsanspruchs des BR gem. § 80 Abs. 2 S. 1. 2. HS BetrVG auf im Betrieb eingesetztes Fremdpersonal lehnt das BAG – keineswegs zwingend – als Grundlage für eine insoweit erweiterte Zuständigkeit des BR ab und verweist lediglich ohne Auseinandersetzung mit gegenläufiger Rspr. auf seine eigene frühere Rspr.¹⁰ – Für die Ablehnung des weitergehend vom BR geltend gemachten Anspruchs auf Aushändigung von Unfallanzeigen der Unfälle mit

2 IdS. auch: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde-Buschmann, BetrVG-Komm., 16. Aufl. 2018, § 89 BetrVG Rn. 3; ErfK-Kania, 19. Aufl. 2019, § 89 BetrVG, Rn. 2 und 7; Fitting, BetrVG-Komm., 29. Aufl. 2018, § 89 Rn. 30;

3 Zuletzt geändert durch Gesetz v. 21. 2. 2017, BGBl I, 258.

4 Vgl. zu solchen Ausweichstrategien: Kittner, Arbeits- und Sozialordnung, 44. Aufl. 2019, AÜG – Einleitung, S. 153.

5 Vgl. DKKW-Trümmer, a.a.O., § 5 BetrVG Rn. 104, zur Maßgeblichkeit der tatsächlichen Eingliederung in den Betrieb, nicht mehr auch des Arbeitsvertrags/Aufgabe der 2-Komponenten-Lehre auch in der BAG-Rspr., aaO., § 5. Rn. 13 f. mwN.

6 Zur Geltung des Mitbestimmungsrechts des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG auch für Leiharbeiter vgl. BAG Beschluss Rn. 29 mwN.

7 Die Zahl der Paketzustellungen stieg von 1,7 Mrd. bundesweit im Jahr 2000 auf 3,5 Mrd. 2018, vgl. »Ausgeliefert – Paketdienste, in der Zustellerbranche grassieren Lohndumping und Schwarzarbeit«, in: DER SPIEGEL, Nr. 10/2019 v. 2. 3. 2019.

8 Vgl. DER SPIEGEL, a.a.O.

9 Vgl. idS. Kollmer/Klindt/Schucht-Kohte, Arbeitsschutzgesetz-Komm., 3. Aufl. 2016, § 2 Nr. 34 ff, 42, 47 ff. mwN. insbes. unter Verweis auf Art. 153 AEUV iVm. Rahmen-RL 89/391/EWG, insbes. Art. 12 Abs. 2.

10 Vgl. BAG 15. 12. 1998, 1 ABR 9/98, AuR 1999, 242; für ein erweitertes Verständnis des LAG Baden-Württemberg 14. 7. 2006, 5 TaBV 6/05; LAG Hamburg 21. 11. 2002, 1 TaBV 3/02; HessLAG 5. 7. 2007, 9 TaBV 216/06; ArbG Karlsruhe 17. 4. 2013, 7 BV 2/12.

Fremdpersonal bzw. Kopien hiervon gem. §§ 89 Abs. 5 u. 6 BetrVG i. V. § 193 Abs. 1 und 5 SGB VII beruft sich das BAG nicht etwa – wie die Vorinstanzen und die AG – darauf, nur die Subunternehmerfirmen seien anzeigepflichtig iSv. § 193 SGB VII. Mit überzeugender Begründung wird demgegenüber denn auch vertreten, dass nach Wortlaut und Sinn und Zweck des § 193 Abs. 1 SGB VII die Anzeigepflicht der UN sich auf alle »Unfälle von Versicherten in ihrem UN« erstreckt unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zum UN und/oder Eingliederung in dessen Arbeitsorganisation.¹¹ Das BAG beruft sich demgegenüber darauf, dass die Verpflichtungen gegenüber dem BR gem. § 89 Abs. 5 und 6 BetrVG sich lediglich auf tatsächlich erstattete Anzeigen bezögen. Bei Verletzung der ausschließlich unfallversicherungsrechtlich festgelegten Anzeigepflicht gem. § 193 Abs. 1 SGB VII griffe bloß § 209 Abs. 1 Nr. 9 SGB VII, d. h. der Unfallversicherungsträger könne Anzeige wegen Ordnungswidrigkeit erstatten (Beschluss Rn. 14).

Das ist nicht überzeugend. Denn § 89 Abs. 5 und 6 BetrVG begründen eigenständige Verpflichtungen des AG gegenüber dem BR. Die Erfüllung dieser Verpflichtungen soll gewährleisten, dass der BR seinerseits seinen Verpflichtungen gem. §§ 80 Abs. 1 Nr. 1 u. 9, 89 Abs. 1 BetrVG nachkommen kann und z. B. im Rahmen des Unfallanzeigeverfahrens auch seine abweichende Sicht des Unfallgeschehens darlegen kann.¹² Dem kann sich der AG nicht einfach dadurch entziehen, dass er seine gesetzliche Anzeigepflicht gem. § 193 Abs. 1 SGB VII nicht erfüllt.

Noch weniger verständlich ist, dass das BAG sogar den zukunftsbezogenen Antrag des BR auf Vorlage der Anzeigen von gegenüber der zust. Berufsgenossenschaft gem. § 193 SGB VII meldepflichtigen Arbeitsunfällen mit Beteiligung eines AN einer Servicepartnerfirma der AG im Betriebsgebäude oder auf dem Betriebsgelände (Antrag Ziff. 3.) zurückgewiesen hat. Auch dies geschieht nicht mit der Begründung, die AG sei insoweit gar nicht anzeigepflichtig. Vielmehr beschränkt sich das BAG auf die lapidare Behauptung, die AG zeige derartige Umfälle nicht an (implizit: werde das auch zukünftig nicht

tun – was übrigens die AG noch nicht einmal vorgetragen hat). Bei Verkennerung der unfallversicherungsrechtlichen Pflichtenlage handle sie ggf. ordnungswidrig (Beschluss, Rn. 43). Das läuft darauf hinaus, dass die AG sich auch in Zukunft ihren Verpflichtungen gem. § 89 Abs. 5 und 6 BetrVG dadurch entziehen kann, dass sie ggf. trotz rechtlicher Verpflichtung anzeigepflichtige Unfälle nicht anzeigt.

IV. Fazit

Unabhängig davon, ob die insoweit restriktiven Auslegungen im BAG-Beschl. zutreffen oder nicht, ist jedenfalls deutlich, dass dringender gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, um die offensichtliche – gerade auch betriebsverfassungsrechtliche – Schutzlücke für ständig im Rahmen von Dienst- oder Werkverträgen im Betrieb beschäftigte AN zu schließen. Vorrangig käme auch eine explizite Erweiterung des Arbeitnehmerbegriffs in § 5 BetrVG in Betracht.¹³ Schon jetzt sollten BR aber, gestützt auf den Beschluss des BAG v. 12.3.2019 den AG auf seine entsprechenden unverzüglichen und detaillierten Unterrichtungspflichten hinweisen und auf den Abschluss einer freiwilligen BV gem. § 88 Nr. 1 BetrVG mit Einzelregelungen hierzu hinwirken.

FA Michael Schubert, Freiburg i. Br.,
www.arbeitnehmeranwalte.de

¹¹ IdS. Becker/Franke/Molkentin – Köhler, SGB VII-Kommentar, 4. Aufl. 2014, § 193 SGB VII, Rn. 2,4.

¹² Vgl. Fitting, aaO., § 89 BetrVG Rn. 16, 30, 31.

¹³ Vgl. z. B. den neuen erweiterten Beschäftigtenbegriff in § 4 LPVG Baden-Württemberg idF. seit 12.3.2015, GBl. S. 221; vgl. hierzu näher Altvater/Coulin/Klimpe-Auerbach/Bartl/Binder/Burr/Wirlitsch-Burr/Klimpe-Auerbach, LPVG-BaWü-Komm., 3. Aufl. 2016, zu § 4 LPVG.

EMRK und Mobbing

Auch der Schutz gegen Mobbing am Arbeitsplatz kann von Art. 8 EMRK (Recht auf Schutz des Privatlebens) umfasst sein. (LS des Bearbeiters)

» (EGMR v. 17.9.2019, 40942/14, *Iovcev u. a. / Republik Moldawien u. Russland*)^{*}

I. Sachverhalt

Im Ausgangsfall geht es um Mobbing am Arbeitsplatz wegen ethnischer Herkunft (Verwendung einer nicht erwünschten Sprache). Die entsprechende Menschenrechtsbeschwerden richten sich gegen die Republik Moldawien und die Russische Föderation in Bezug auf die (internat. nicht anerkannte) »Moldawische Republik Transnistrien« (MRT), die formal zur Republik Moldawien gehört, aber faktisch von Russland abhängt. Konkret ging es um den Druck, den die MRT-Behörden in den Jahren 2013/14 auf 4 rum.-mold.-sprachige Schulen in der betr. Region ausgeübt hatten. Die Beschwerdeführer (BF) waren 5 Schüler, 3 Eltern und 10 Beschäftigte dieser Schulen (vom Verwaltungspersonal über Lehrkräfte bis zu Schulleitungen). Sie haben v. a.

die Verletzung des Rechts auf Bildung (Art. 2 Prot. Nr. 1 zur EMRK) gerügt. Für den hier interessierenden arbeitsrechtlichen Zusammenhang hatten die Beschäftigten unter Berufung auf Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privatlebens) gerügt, dass sie wegen Verwendung der rum.-mold. Sprache und des lat. Alphabets v. a. durch verwaltungs- und strafrechtliche Maßnahmen belästigt worden seien. Dadurch sei ihre kulturelle Identität verletzt worden.

II. Entscheidung

Zwar liegt der Schwerpunkt des Urts. auf der Überprüfung des Rechts auf Bildung (Art. 2 Prot. Nr. 1 zur EMRK). Dennoch konzentriert sich die Besprechung auf den arbeitsrechtlichen Aspekt des Schutzes der Beschäftigten vor Belästigung im Rahmen von Art. 8 EMRK. Im Hinblick auf den entsprechenden Schutzbereich und den vorl. Eingriff prüft der EGMR zunächst, inwieweit »ethnische Herkunft« von Art. 8 EMRK umfasst ist (Rn. 72). Dazu weist er darauf hin, dass »der Begriff »Privatleben« iSv. Art. 8 EMRK ein weit gefasster Begriff ist, der nicht erschöp-

* Der Beitrag basiert auf dem HSI-Newsletter 3/2019, Anm. unter III.

fend definiert werden kann.« Er könne mehrere Aspekte der physischen und sozialen Identität eines Individuums umfassen. So müsse die ethnische Identität eines Einzelnen als ein wichtiges Element seines Privatlebens angesehen werden. Ebenso basiere ethnische Zugehörigkeit auf der Idee, dass gesellschaftliche Gruppen, die durch gemeinsame Nationalität, religiösen Glauben, Sprache, kulturelle und traditionelle Herkunft und Lebensumfeld, insbesondere gekennzeichnet würden.

Im 2. Schritt (Rn. 73) bekräftigt der *EGMR* seine bisherige Rspr. zur Einbeziehung des Arbeitsverhältnisses in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK. Dazu weist er zunächst darauf hin, dass der Begriff »Privatleben« auch berufliche Tätigkeiten umfassen könne, da die (Mehrheit der) Menschen im Laufe ihrer Arbeit viele Möglichkeiten hätten, ihre Beziehungen zur Außenwelt zu festigen. Wenn eine Maßnahme getroffen werde, die sich auf das Berufsleben einer Person auswirke, könne sich eine Frage im Hinblick auf den Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK stellen, insbesondere wenn diese Maßnahme schwerwiegende negative Auswirkungen auf ihr Privatleben hätten oder haben könnten.

Bei Anwendung dieser Grundsätze auf den konkreten Fall (Rn. 74 f.) stehen die Belästigungsmaßnahmen der »RMT« gegen die Schulen im Vordergrund, bei denen die BF beschäftigt waren: Letztere hätten ein begründetes Gefühl der Angst und Demütigung gehabt. Die Maßnahmen seien Teil einer breiteren Einschüchterungskampagne gegen die rum.-mold. sprechenden Schulen in der Region Transnistrien gewesen und hätten notwendigerweise das Selbstwertgefühl und das Selbstvertrauen der Beschäftigten beeinträchtigt. Insoweit nimmt der Gerichtshof Bezug auf seine Feststellungen zu Art. 2 Prot. Nr. 1 (Rn. 60), die ihrerseits wieder auf das Ur. *Catan u. a. / Moldawien u. Russland*¹ verweisen. Darin hatte sich der *Gerichtshof* ausführlich mit der Situation im Bildungsbereich befasst. Wieder unter Verweis auf seine Feststellungen zu Art. 2 Prot. Nr. 1 (Rn. 61 f.) kommt der *Gerichtshof* zum Ergebnis, dass die Sprachenpolitik, die auf Russifizierung abzielt, kein legitimes Ziel verfolgt habe. Deshalb sei der Eingriff nicht gerechtfertigt und es liege ein Verstoß gegen Art. 8 EMRK vor (Rn. 77).

Zur Frage, welcher der beiden Staaten verantwortlich sei, stellt der *EGMR* fest, dass die Russische Föderation im fraglichen Zeitraum eine wirksame Kontrolle über die »MRT« ausgeübt habe und dass Russland angesichts seiner anhaltenden militärischen, wirtschaftlichen und politischen Unterstützung für die MRT, ohne die diese nicht hätte auskommen und überleben können, für die Beeinträchtigung der Konventions-Rechte der BF verantwortlich sei. Dagegen habe die Republik Moldawien hinsichtlich der vorgebrachten Beschwerden nicht gegen ihre positiven Verpflichtungen verstoßen.

Insgesamt kommt der Gerichtshof zum Ergebnis, dass ein Verstoß Russlands gegen Art. 8 (Recht auf Achtung des Privatlebens) in Bezug auf 10 BF wegen Belästigung durch die MRT-Behörden vorliegt. Da das Ur. von einem Ausschuss entschieden wurde, ist es rkr. (Art. 28 Abs. 2 EMRK) und kann nicht vor der Gr. Kammer des *EGMR* angefochten werden.

III. Kommentar

1. Kontext

Das Problem der Diskriminierung wegen ethnischer Herkunft ist immer noch virulent. Dies veranschaulicht dieses Ur. in Bezug auf die »Republik Moldawien – Transnistrien« besonders gut, weil die rum.-mold. gegenüber der russischen Sprache erheblich unter Druck steht. Jedoch steht dieses Ur. nicht allein. Im bereits erwähnten Urteil *Catan u. a.* hatte der *EGMR* Russland nach ausführlicher Prüfung für syste-

matische Belästigungen von Eltern und Schülern verantwortlich gemacht und darin einen Verstoß gegen Art. 2 Prot. Nr. 1 gesehen.

Dieses Ur. ist der Hintergrund dafür, dass im vorl. Fall nicht wie normalerweise eine Kammer (besetzt mit 7 Richter*innen), sondern »nur« ein »Ausschuss« bestehend aus 3 Richter*innen entschieden hat. Bemerkenswert ist, dass jetzt – im Unterschied zum Fall *Catan u. a.* – ein neuer Gegenstand zu prüfen war: die Belästigung von Beschäftigten, die sich in ihren Schulen für die rum.-mold. Sprache eingesetzt hatten. Und dies ist der hier besonders interessierende Aspekt. Denn – soweit ersichtlich – wurde zum ersten Mal »Mobbing« am Arbeitsplatz unter den Schutz von Art. 8 EMRK gestellt.

2. Schutzbereich von Art. 8 EMRK

Der Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK in Bezug auf das Arbeitsverhältnis ist v.a. für das individuelle Arbeitsrecht von zunehmender Bedeutung.² Wegen seines grds. weiten Anwendungsbereichs³ kann er auch für neue Bereiche des individuellen Arbeitsrechts eine Rolle spielen.⁴ Vorl. Fall bietet dafür ein weiteres Bsp., auch wenn er sich auf das Recht auf Bildung (Art. 2 Prot. Nr. 1) konzentriert und demnach die Prüfung von Art. 8 EMRK im Gesamtkontext des Ur. zunächst eher sekundär erscheint. Dies drückt sich z. B. darin aus, dass keine internat. Normen berücksichtigt werden (im Gegensatz zum Ur. *Catan*, s. dortige Rn. 77 – 81 zum Recht auf Bildung).

Wäre der *EGMR* entsprechend der im Ur. *Demir und Baykara*⁵ entwickelten Methode der Berücksichtigung internat. Normen vorgegangen, hätte sich ein überzeugender Begründungsweg ergeben. Denn jetzt stehen die 3 entscheidenden Elemente (Bereich Arbeitsverhältnis, Diskriminierungsgrund ethnische Herkunft, Diskriminierungsform Belästigung) – eher additiv – nebeneinander. Zunächst fällt auf, dass der *EGMR* jede Bezugnahme auf die Diskriminierung vermeidet, obwohl es näher läge, Art. 8 EMRK im Licht des Diskriminierungsverbots von Art. 14 EMRK zu interpretieren. Dass ein solcher Ansatz möglich gewesen wäre, ergibt sich aus dem vom *EGMR* anerkannten Prinzip, dass er nicht an die rechtliche Beurteilung des jeweiligen BF gebunden ist.⁶

Unabhängig davon scheint der alternative Begründungsweg näherliegend. Er wurde durch die Gr. Kammer in der Sache *Demir und Baykara / Türkei*⁷ vorgezeichnet und fordert die Berücksichtigung internat. und eur. Standards sowie entsprechende Rspr. und Spruchpraxis. Dazu wäre zunächst zu berücksichtigen, dass der UN-Sozialpakt-Ausschuss in seinem General comment No. 23⁸ ausdrücklich auch Belästigungen in den Schutzbereich von Art. 7 UN-Sozialpakt einbezogen hat. Weiter wird im Rahmen der Europarat-Standards durch Art. 26 Abs. 2 ESC der Schutz von Beschäftigten vor verwerflichen oder ausgesprochen feindseligen und beleidigenden Handlungen verlangt.⁹

¹ *EGMR* (GK) 19. 10. 2012, Nr. 43370/04, 8252/05 u. 18454/06, NVwZ 2014, 203.

² Vgl. D. Ulber, EMRK, in: Schlachter/Heuschmid/Ulber (Hrsg.), Arbeitsvölkerrecht, 2019, Rn. 226 ff., 275 ff.

³ Vgl. z. B. EU/ArbR/Schubert EMRK, Art. 8, Rn. 1.

⁴ Lörcher, AuR 2011, 88 ff.

⁵ *EGMR* 12. 11. 2008, Nr. 34503/97, AuR 2009, 269, Anm. Lörcher.

⁶ S. Rspr.-Hinweise auf das »iura novit curia«-Prinzip in *Radomilja u. a. / Kroatien*, 20. 3. 2018, Nr. 37685/10, 22768/12, Rn. 115(b).

⁷ *EGMR* 12. 11. 2008, Nr. 34503/97, Fn. 5, Rn. 85.

⁸ 27. 4. 2016, E/C.12/GC/23, Rn. 6.

⁹ S. dazu näher *Kollonay-Lehoczky*, Article 26 – The Right to Dignity, in Bruun/Lörcher/Schömann/Clauwaert, The European Social Charter and the Employment Relation, Oxford 2017, S. 450 ff.

V.a. aber wäre dabei die Entwicklung im Unionsrecht zu berücksichtigen. Dies gilt insbes. für die 3 Anti-Diskriminierungs-RL 2000/43/EG (»Rasse«, ethnische Herkunft), 2000/78/EG (Alter, Behinderung, sexuelle Orientierung, Religion u. Weltanschauung) und 2006/54 (Geschlecht), die alle die Belästigung als Form der Diskriminierung ansehen.¹⁰

Insoweit lässt sich zusammenfassen, dass – auch wenn beide Interpretationswege (im konkreten Fall) zum gleichen Ergebnis (Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 8 EMRK) führen – der hier vorgeschlagene alternative Interpretationsweg vorzugswürdig scheint und zwar wegen seiner besseren methodischen Begründung, seiner nachvollziehbareren Transparenz und seiner Zukunftstauglichkeit zur besseren Bewältigung der im Zusammenhang mit Diskriminierung entstehenden Probleme. Dennoch wird man bei allen Prüfungen des Schutzbereichs von Art. 8 EMRK die inzwischen generell eher einschränkende Rspr. im Hinblick auf den erforderlichen Grad der Schwere des Eingriffs berücksichtigen müssen.¹¹

3. Der Eingriff

Dass die systematischen und langanhaltenden Belästigungen hier den Anforderungen an die Schwere des Eingriffs genügen, bedarf keiner näheren Ausführungen. Problematisch erscheint, dass der *EGMR* es nicht für nötig befunden hat, die konkret von den einzelnen BF geltend gemachten Belästigungen im Einzelnen zu prüfen (Rn. 165). Soweit er auf eine Unmöglichkeit verweist, erscheint das nicht wirklich überzeugend. Normalerweise geht er davon aus, dass – zumindest durch Unterlagen nachgewiesene – Tatsachenbehauptungen zutreffen, soweit sie nicht von der entsprechenden Regierung bestritten werden,¹² was sich zumindest den Wiedergaben des Parteienvortrags im Ur. nicht entnehmen lässt.

4. Die (fehlende) Rechtfertigung

Im konkreten Fall verneint der Gerichtshof schon deshalb das Vorliegen einer Rechtfertigung, weil es mit der angestrebten »Russifizierung« an einem zulässigen Ziel mangle. In Zukunft dürften aber hier die haupt-

sächlichen Auseinandersetzungen zur Abwägung der verschiedenen involvierten Interessen (»pressing social need«) stattfinden.

5. Zusammenfassung

Mit diesem Ur. hat der Gerichtshof einen weiteren Mosaikstein zur Komplettierung des Anwendungsbereichs von Art. 8 EMRK im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis eingefügt. Allerdings dürften die konkreten Anforderungen ziemlich hoch sein.

IV. Bedeutung für das deutsche Recht

Der Schutz von Beschäftigten (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG) vor einer Belästigung (§ 3 Abs. 3 AGG) aufgrund der »ethnischen Herkunft« (§ 1 AGG)¹³ ist durch das AGG verboten. Dies gilt auch im Bereich Bildung (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 AGG). Damit scheint das vorl. Ur. auf einen ersten Blick keine unmittelbare Bedeutung zu haben. Bei einem näheren Blick zeigt sich jedoch, dass die Auslegung des AGG nunmehr Art. 8 EMRK und die entsprechende EGMR-Rspr. auch in Bezug auf den Begriff »Belästigung« wird berücksichtigen müssen.

Außerdem – und für die Praxis wohl wichtiger – kann sich die Begründung des *EGMR* letztlich auf alle Diskriminierungsgründe beziehen, also nicht nur auf die 8 im AGG (abschließend) genannten Gründe. Dies wird untermauert dadurch, dass das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK keine abschließend aufgezählten (verbotenen) Diskriminierungsgründe kennt (»insbesondere«). Somit wird eine Belästigung aufgrund eines nicht im AGG genannten Diskriminierungsgrundes nunmehr – insbesondere bei der Auslegung von Art. 3 GG – (auch) im Hinblick auf Art. 8 EMRK zu prüfen sein.

Klaus Lörcher, Frankfurt/M

¹⁰ Vgl. z. B. *Grünberger* in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, § 3.

¹¹ *S. Denisov / Ukraine* 25. 9. 2018, Nr. 76639/11, Rn. 114 »threshold of severity«.

¹² Vgl. z. B. *Abdi Mahamud / Malta*, 3. 5. 2016, Nr. 56796/13, Rn. 132.

¹³ Vgl. dazu *Däubler/Bertzbach-Däubler AGG*, § 1 Rn. 26 ff.

Kurzmitteilungen und Pressemitteilungen

Ungleichbehandlung eingetragener Lebenspartnerschaften bei der Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst

» Der VB eines ehemaligen Beschäftigten des öD, der in eingetragener Lebenspartnerschaft lebt, für den aber eine Zusatzrente der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) wie für ledige Versicherte berechnet worden war, war stattzugeben. Zwar seien die Fachgerichte zutreffend davon ausgegangen, dass verpartnerte Versicherte bei der Berechnung der Zusatzrente so zu behandeln sind wie Verheiratete. Doch habe dies nicht von einem Antrag abhängig gemacht werden dürfen, da verpartnerte Versicherte damals nicht erkennen konnten, dass sie diesen Antrag hätten stellen müssen. Weder bezog sich die Antragsregel auf sie noch hielt die damals h.A. in Rspr. und Fachlit. eine Gleichstellung für geboten. Die formal gleiche Anforderung, einen Antrag auf eine günstigere Berechnung der Zusatzrente zu stellen, füh-

re in diesem Fall zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung. Sie ist rückwirkend zu beseitigen.

AN des öD erhalten nach Renteneintritt regelmäßig eine Zusatzversorgung über die VBL. Diese wurde bei Eheleuten nach deren günstigeren Steuerklasse berechnet, wenn sie nach § 56 Abs. 1 S. 4 der Satzung der VBL i.d. damals geltenden Fassung (VBLS a. F.) einen entsprechenden Antrag stellten. Der BF bezieht seit 1998 eine solche Zusatzrente, der die für Unverheiratete geltende Steuerklasse I/0 zugrunde gelegt worden war. Er begründete im Jahr 2001 eine eingetragene Lebenspartnerschaft, worüber er die VBL im Oktober 2006 unterrichtetete, und beantragte 2011 Neuberechnung seiner Rente ab dem Zeitpunkt der Verpartnerung wie für Eheleute. Die VBL leistete daraufhin eine Nachzahlung nur für den Zeitraum ab Mitteilung über die Verpartnerung, da für die Zeit zuvor ein Antrag fehle. Die Kl. auf eine höhere Zusatzrente für die Zeit davor blieb in allen Instanzen ohne Erfolg.

Die angegriffenen Ur. verletzten den BF in seinem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG, soweit sie für die Zeit vor November 2006 einen Anspruch auf Neuberechnung der Rente unter Verweis auf den fehlenden Antrag verneinen. Art. 3 Abs. 1 GG gebiete allg. Gleichbehandlung.

Dabei verschärfen sich die Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung umso mehr, je weniger die Merkmale, an die sie anknüpft, für die Betroffenen verfügbar seien und je mehr sich diese Merkmale den in dem besonderen Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 3 GG ausdrücklich benannten Merkmalen annäherten. Das sei bei der Ungleichbehandlung von Menschen in einer Ehe und in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft der Fall, denn sie knüpfe an das personenbezogene Merkmal der sexuellen Orientierung an. Daher gelte für die Prüfung, ob eine Ungleichbehandlung zwischen verheirateten und verpartnerten Personen zu rechtfertigen ist, ein strenger Maßstab.

Wendeten die Gerichte § 56 Abs. 1 S.4 VBLS a.F., wonach nur auf Antrag für die Zusatzrente die für Ehepaare geltende günstigere Steuerklasse zugrunde gelegt werde, uneingeschränkt auf verpartnerte Versicherte an, benachteilige das den BF in nicht gerechtfertigter Weise. Die Gerichte hätten hier verkannt, dass die formal gleiche Anwendung einer Bestimmung auf Lebenssachverhalte, die in diskriminierender Weise ungleich geregelt waren, eine Diskriminierung fortschreiben könne. Formale Gleichbehandlung hinsichtlich des erforderlichen Antrags auf Neuberechnung der Zusatzrente bewirke hier eine verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung. Zwar scheine es formal gleich, sowohl verheiratete als auch verpartnerte Anspruchsberechtigte an einen Antrag zu binden. Tatsächlich sei die Situation der Betroffenen jedoch in dem hier str. Zeitraum in einer Weise unterschiedlich gewesen, dass formale Gleichbehandlung tatsächlich Ungleichbehandlung in der Sache bewirke. Im Unterschied zu Eheleuten hätten verpartnerte Versicherte nach damals geltendem Recht nicht erkennen können, dass sie ebenso wie Eheleute einen Antrag hätten stellen müssen. Die Regelung zum Antragsfordernis hätte für sie schon nach dem Wortlaut nicht gegolten, denn eine Rentenberechnung auf Grundlage der günstigeren Steuerklasse war nur für Verheiratete vorgesehen. Zudem waren Rspr. und Fachlit. damals mehrheitlich der Auffassung, eine Gleichstellung zugunsten des BF mit der Ehe sei nicht geboten. Geändert habe sich dies erst mit dem Beschluss des 1. Senats des *BVerfG* v. 7.7.2009 (1 BvR 1164/07, *BVerfGE* 124, 199). Erst dann war für verpartnerte Versicherte erkennbar, dass eine Regelung, die sich auf Eheleute bezog, auch auf sie Anwendung finden würde, und auch sie einen Antrag stellen müssen, um die daran gebundenen positiven Wirkungen zu erreichen.

Der VBL sei hier nicht vorzuwerfen, sie habe sich treuwidrig verhalten oder es pflichtwidrig unterlassen, verpartnerte Versicherte über die Möglichkeit einer Antragstellung umfassend informiert zu haben. Sie hätte ebenso wie der BF damals davon ausgehen dürfen, dass verpartnerte Versicherte keine Zusatzrenten erhalten würden. Das bedeute jedoch nicht, dass ein aus der damaligen Ungleichbehandlung zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft entstandener Nachteil für die Betroffenen fortgeschrieben werden dürfte. Werde ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot festgestellt, folge daraus vielmehr grds. die Verpflichtung, die Rechtslage rückwirkend verfassungsgemäß zu gestalten. Eine auf den Zeitpunkt der Einführung des Instituts der eingetragenen Lebenspartnerschaft zurückwirkende Gleichbehandlung verpartnerner und verheirateter Personen lasse sich nur erreichen, indem auf einen entspr. kurz danach gestellten Antrag hin die Rente auch rückwirkend angepasst wird. Daher könne der BF hier verlangen, dass seine Versorgungsrente unter Zugrundelegung der Lohnsteuerklasse III/0 rückwirkend auf den Zeitpunkt der Begründung seiner eingetragenen Lebenspartnerschaft neu berechnet wird.

(*BVerfG* v. 11. 12. 2019, 1 BvR 3087/14)

Betriebsrentenanpassungsprüfung – Ausschluss bei Pensionskassenrente mit Überschussbeteiligung

» Die Kl. stand seit April 1983 in einem Arbeitsverhältnis zur Bekl. Im November 1983 erteilte die Bekl. eine Versorgungszusage, die über den Bankenversicherungsverein (BVV), eine Pensionskasse, durchgeführt wurde. Die Kl. bezieht seit Oktober 2011 vom BVV eine Betriebsrente iHv. 920,07 € br. monatlich. Mit ihrer am 12. 2. 2016 eingegangenen Klage hat sie deren Anpassung zum 1. 10. 2014 begehrt. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Rev. war teilweise erfolglos, weil die Kl. ihre Forderung falsch berechnet hatte. I. Ü. führte sie zur Zurückverweisung an das LAG.

Das Betriebsrentengesetz (BetrAVG) sieht in § 16 Abs. 3 Nr. 2 vor, dass die grundsätzliche Pflicht des AG, im Abstand von 3 Jahren zu prüfen, ob die Betriebsrente anzupassen ist, entfällt, wenn die Versorgung über eine Pensionskasse durchgeführt wird und ab Rentenbeginn sämtliche auf den Rentenbestand entfallenden Überschussanteile zur Erhöhung der laufenden Leistungen verwendet werden. Die in dieser Ausnahmenvorschrift genannten Voraussetzungen müssen aufgrund einer unabdingbaren vertraglichen Regelung bei Beginn der Betriebsrentenleistung rechtlich feststehen. Diese Voraussetzung ist erfüllt, da es sich bei der Vereinbarung zwischen AG und Pensionskasse um einen Vertrag zugunsten Dritter handelt, der nicht ohne Zustimmung der Betriebsrentner geändert werden darf.

Des Weiteren muss bei Eintritt des Versorgungsfalls durch die vertraglichen Regelungen sichergestellt sein, dass die Überschussanteile – falls solche anfallen – weder dem AG noch der Pensionskasse zustehen. Ob die Überschussanteile jeweils entsprechend den versicherungsrechtlichen Vorgaben angemessen und auch sonst richtig berechnet sind, betrifft nicht die Anwendung der betriebsrentenrechtlichen Ausnahmebestimmung, sondern das Verhältnis zwischen Betriebsrentner und Pensionskasse. Zudem muss bei Eintritt des Versorgungsfalls sichergestellt sein, dass die für die Überschussbeteiligung notwendige Abgrenzung der Versicherungsbestände verursachungsorientiert iSd. Versicherungsrechts erfolgt und auch bleibt. Änderungsklauseln in Versorgungsverträgen stehen o.g. Erfordernissen nicht entgegen, da sie strukturelle Veränderungen nicht decken. Dazu gehören auch Neuabgrenzungen des Versicherungsbestandes, die dem Gesichtspunkt der Verursachungsorientierung nicht hinreichend gerecht werden.

Ferner muss bei Rentenbeginn gewährleistet sein, dass die Überschussanteile zur Erhöhung der laufenden Leistungen verwendet werden. Hierfür ist erforderlich, dass dauernde und ggf. vorübergehende Rentenerhöhungen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Der Anteil der nur befristeten Erhöhung der Betriebsrente darf nicht unangemessen hoch sein; diese Grenze ist bei einem Anteil von 25 v.H. eingehalten. Die den Betriebsrentnern aus den Überschussanteilen gewährten Leistungen müssen zudem betriebliche Altersversorgung iSd. BetrAVG darstellen; Sterbegeld gehört nicht dazu.

Aufgrund der Feststellungen des LAG steht noch nicht fest, ob o.g. Voraussetzungen erfüllt sind. Im Rechtsstreit wurde die Vereinbarkeit der zu § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG erlassenen Übergangsregelung in § 30c Abs. 1a BetrAVG mit Verfassungs- und Unionsrecht problematisiert. Dazu musste der Senat beim gegenwärtigen Stand des Verfahrens keine Stellung nehmen.

(PM Nr. 44/19 des BAG v. 10. 12. 2019 zur Entscheidung v. 10. 12. 2019, 3 AZR 122/18, red. bearbeitet)

Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall – Einheit des Verhinderungsfalls

» Der gesetzliche Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ist auch dann auf 6 Wochen beschränkt, wenn während bestehender Arbeitsunfähigkeit eine neue, auf einem anderen Grundleidenden beruhende Krankheit auftritt, die ebenfalls Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls). Ein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch entsteht nur, wenn die erste krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung bereits zu dem Zeitpunkt beendet war, zu dem die weitere Erkrankung zur Arbeitsunfähigkeit führte.

Die Kl. war bei der Bkl. bis 31. 7. 2017 als Fachkraft in der Altenpflege beschäftigt. Seit dem 7. 2. 2017 war sie infolge eines psychischen Leidens arbeitsunfähig. Die Bkl. leistete Entgeltfortzahlung bis einschließlich 20. 3. 2017. Im Anschluss bezog die Kl. auf Grundlage von Folgebescheinigungen ihrer Hausärzte, die zuletzt am 5. 5. 2017 eine bis einschließlich 18. 5. 2017 fortbestehende Arbeitsunfähigkeit attestierten, Krankengeld. Am 19. 5. 2017 unterzog sich die Kl. wegen eines gynäkologischen Leidens einer seit längerem geplanten Operation. Ihre niedergelassene Frauenärztin bescheinigte am 18. 5. 2017 als »Erstbescheinigung« eine Arbeitsunfähigkeit v. 19. 5. 2017 – 16. 6. 2017 und durch Folgebescheinigung eine fortbestehende Arbeitsverhinderung bis einschl. 30. 6. 2017. Im Juli 2017 erbrachte die Kl. im Hinblick auf Urlaub und Überstundenausgleich keine Arbeitsleistungen mehr und begann eine Psychotherapie.

Die Kl. erhielt v. 19. 5. – 29. 6. 2017 weder von der Bkl. Entgeltfortzahlung noch von ihrer Krankenkasse Krankengeld. Für diesen Zeitraum verlangt sie von der Bkl. Zahlung von 3.364,90 € br. nebst Zinsen. Sie hat geltend gemacht, sie sei ab dem 19. 5. 2017 wegen eines neuen Leidens arbeitsunfähig gewesen. Die Arbeitsunfähigkeit wegen psychischer Erkrankung habe am 18. 5. 2017 geendet. Die Bkl. hat Klageabweisung beantragt und die Auffassung vertreten, den Umständen nach sei von einem einheitlichen Verhinderungsfall auszugehen. Das ArbG hat der Klage stattgegeben, das LAG hat die Klage – nach Beweisaufnahme durch Vernehmung von 3 Ärzten – abgewiesen.

Die Rev. der Kl. hatte keinen Erfolg. Ist der AN krankheitsbedingt arbeitsunfähig und schließt sich daran in engem zeitlichen Zusammenhang eine im Wege der »Erstbescheinigung« attestierte weitere Arbeitsunfähigkeit an, hat der AN im Streitfall darzulegen und zu beweisen, dass die vorangegangene Arbeitsunfähigkeit im Zeitpunkt des Eintritts der weiteren Arbeitsverhinderung geendet hatte. Dies ist der Kl. nicht gelungen. Auch durch Beweisaufnahme im konnte nicht festgestellt werden, dass ein einheitlicher Verhinderungsfall nicht vorlag. Das gilt umso mehr als nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme eine Untersuchung der Kl. durch den behandelnden Arzt bei der Feststellung der bis einschließlich 18. 5. 2017 attestierten Arbeitsunfähigkeit nicht erfolgte. (PM Nr. 45/19 des BAG v. 11. 12. 2019 zur Entscheidung v. 11. 12. 2019, 5 AZR 505/18, red. bearbeitet)

Gesetzlicher Übergang eines Arbeitsverhältnisses auf eine Optionskommune – arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel

» Geht ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes von der Bundesagentur für Arbeit (BA) auf eine Optionskommune über, finden nach § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II ausschließlich die bei dem übernehmenden Rechtsträger geltenden TV Anwendung. Diese gesetzliche Geltungsanordnung verdrängt arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln auf TV der BA.

Der Kl. war bei der BfA beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis bestimmte sich aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme ua. nach dem TV für die AN der BfA (TV-BA) in der jeweils geltenden Fassung. Der bekl.

Landkreis, der Mitglied der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) ist, wurde mit Wirkung zum 1. 1. 2012 als kommunaler Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende zugelassen (sog. Optionskommune). Dieser informierte den Kl., dass sein Arbeitsverhältnis ab diesem Zeitpunkt auf den Landkreis übergehe und künftig u. a. der TVöD für den Bereich Verwaltung i. d. für den Bereich der VKA geltenden Fassung (TVöD/VKA) auf sein Arbeitsverhältnis anzuwenden sei. Seither wird der Kl. bei dem bekl. Landkreis – wie zuvor – als Teamleiter im Bereich der Leistungsgewährung beschäftigt. Er erhält Vergütung nach dem TVöD/VKA, anfänglich zzgl. einer Ausgleichszahlung. Der Kl. begehrt Feststellung, dass ua. der TV-BA aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklausel weiterhin auf sein Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Das ArbG hat die Klage abgewiesen, das LAG hat ihr stattgegeben.

Die Rev. des bekl. Landkreises hatte Erfolg. Das Arbeitsverhältnis des Kl. ist zum 1. 1. 2012 nach § 6c Abs. 1 SGB II kraft Gesetzes auf den bekl. Landkreis als kommunaler Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende übergegangen. Seit diesem Zeitpunkt fanden nach der gesetzlichen Regelung ausschließlich die beim Landkreis geltenden TV auf das Arbeitsverhältnis Anwendung. Diese gesetzliche Geltungsanordnung verdrängt die arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel auf den TV-BA. In 6 weiteren, dieselbe Rechtsfrage betr. Verfahren blieben die auf Anwendung des TV-BA bzw. Gewährung entsprechender Arbeitsbedingungen gerichteten Klagen ebenfalls erfolglos.

(PM Nr. 46/19 des BAG v. 11. 12. 2019 zur Entscheidung v. 11. 12. 2019, 4 AZR 310/16, red. bearbeitet)

Rechtskraft eines gegen die EMRK verstoßenden abweisenden Kündigungsurteils – Schadensersatz wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung

» Die Rechtskraft einer Entscheidung, mit der eine Kündigungsschutzklage abgewiesen wurde, schließt grds. Ansprüche des AN auf Ersatz entgangenen Verdienstes sowie entgangener Rentenansprüche aus. Etwas anderes kann ausnahmsweise bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung iSv. § 826 BGB durch den Kündigenden in Betracht kommen.

Der kath. Kl. (*Schüth*) war langjährig bei der bekl. Kirchengemeinde als Organist, Chorleiter und Dekanatskantor beschäftigt. Im Jahr 1994 trennte er sich von seiner Ehefrau und ging eine neue Partnerschaft ein, aus der ein Kind hervorging. Nachdem die Bkl. hiervon erfahren hatte, kündigte sie das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 31. 3. 1998 mit der Begründung, der Kl. habe gegen den Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe verstoßen und Loyalitätsobliegenheiten ihr gegenüber grob verletzt. Das Kündigungsschutzverfahren endete im Jahr 2000 mit Klageabweisung. Die Verfassungsbeschwerde (VB) des Kl. nahm das *BVerfG* nicht zur Entscheidung an.

Aufgrund der beim *EGMR* eingelegten Menschenrechtsbeschwerde des Kl. stellte der *EGMR* mit Urte. v. 23. 9. 2010 den Verstoß gegen Art. 8 EMRK fest und sprach dem Kl. mit Urte. v. 28. 6. 2012 gem. Art. 41 EMRK Entschädigung iHv. 40.000,00 € zu. Dessen Restitutionsklage gegen die Kündigungsschutzentscheidung blieb vor LAG und BAG erfolglos. Die VB des Kl. nahm das *BVerfG* wiederum nicht zur Entscheidung an. Die vom Kl. 2013 erhobene Klage auf Wiedereinstellung blieb ebenfalls in allen Instanzen erfolglos.

Im vorl. Verfahren begehrt der Kl. von den Bkl. Zahlung der Vergütung, die ihm aufgrund der Kündigung zum 31. 3. 1998 entgangen ist, sowie Ausgleich entgangener Rentenansprüche als Schadensersatz. Zur Begründung hat er im Wesentlichen geltend gemacht, im Kündigungsschutzprozess sei ein klares Fehlurteil gefällt worden. Die Bkl. hätten durch ihr Verhalten und Vorbringen im Kündigungsschutzprozess in

sittenwidriger Weise bewirkt, dass die Kündigungsschutzklage abgewiesen worden sei. ArbG und LAG haben die Klage abgewiesen. Die Rev. des Kl. hatte vor dem 8. Senat des BAG keinen Erfolg. Steht eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses rkr. fest, können Schadensersatzansprüche auf Ersatz entgangenen Entgelts sowie entgangener Rentenansprüche allenfalls bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung iSv. § 826 BGB durch den Kündigenden in Betracht kommen. Die Annahme des LAG, dass die Voraussetzungen des § 826 BGB nicht vorliegen, war revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

(PM Nr. 47/19 des BAG v. 19. 12. 2019 zur Entscheidung v. 19. 12. 2019, 8 AZR 511/18, red. bearbeitet)

Anmerkung:

Die unendliche Geschichte des Herrn *Schüth* geht weiter. AuR hat seine Leserinnen und Leser jeweils über den Fortgang der vorstehend auch vom BAG benannten Verfahren informiert: zuletzt AuR 2017, 496; 2017, 351; 2016, 524; 2016, 246 (dort ausführliche Darstellung der bisherigen Prozessgeschichte und der damit verbundenen Implikationen, worauf verwiesen werden kann). Man mag ergänzen, dass die damalige Scheidungsklage von der früheren Ehefrau, nicht dem Kl. erhoben wurde und dass es sich bei der vom BAG bezeichneten neuen »Partnerschaft« um eine zivilrechtlich wirksame Eheschließung und in der Beziehung zu dem daraus hervorgegangenen Kind um eine Familie handelt. Über die der Scheidung damals zugrunde liegenden Gründe soll hier nicht sinniert werden. Nach der Reform des Scheidungsrechts 1976 vom Verschuldens- zum Zerrüttungsprinzip wird es darauf auch nicht ankommen. Dies gilt erst Recht im Lichte der Rspr. des EGMR v. 23. 9. 2010, Nr. 1620/03, AuR 2011, 307 mit Besprechungsaufsatz *Hammer*, AuR 2011, 278, mit der der Gerichtshof in der von der kath. Kirche ausgesprochenen Kündigung wegen neuer Eheschließung und deren Bestätigung durch die dt. Gerichte eine Verletzung des Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) erkannt hatte. Wie das BAG richtig referiert, hat der Kl. seine Verfahren vor dem EGMR gewonnen, vor den dt. Gerichten aber sämtlich verloren. Wer diese Auffassung, dass die Begründung einer neuen Familie eine Kündigung rechtfertigt, billigt, würde auch von einem mit verkündungsfernen Tätigkeiten (Organist) beschäftigten AN einer kath. Institution als Vertragspflicht verlangen, nach einer Scheidung, gleichgültig von welchem Ehepartner diese ausgegangen ist, so zu tun als habe es diese nicht gegeben, mithin ein verbindliches Gerichtsurteil zu ignorieren und auch keine neue Familie einzugehen.

Diese Erwartung verstößt in mehrfacher Hinsicht gegen Europarecht: Den Verstoß gegen Art. 8 EMRK (Familie) hat der EGMR bereits festgestellt. Da es sich um einen sog. Altfall (vor 2006) handelt, wurde die auf § 580 Nr. 8 ZPO gestützte Restitutionsklage vor dt. Gerichten ebenso abgewiesen wie die Klage auf Wiedereinstellung. In diesem Fall hielt das BAG den Gedanken der Rechtskraft besonders hoch. Es bleibt also abzuwarten, ob dieses Verfahren erneut vor dem EGMR seine Fortsetzung findet (zur europarechtlichen Zwangsvollstreckung vgl. AuR 2016, 249). Ähnliche Erwägungen wie die des EGMR führen aber dazu, dass der *EuGH* (11. 9. 2018, C-68/17, AuR 2018, 494) und nun auch das BAG (20. 2. 2019, 2 AZR 746/14, AuR 2019, 193 m. Anm. *Siebens*) im sog. Chefarztfall, an dessen Anfang wiederum eine auf eine 2. Eheschließung gestützte Kündigung eines mit verkündungsfernen Tätigkeiten beschäftigten AN (Chefarzt in einem kath. Krankenhaus) stand, in eben dieser Kündigung einen Verstoß gegen EU-europäisches und dt. Gleichbehandlungsrecht erkannt haben (zu dem Verfahren ausführlich *Stein*, AuR 2020, 7ff.). Dies spricht dafür, dass sich dt. Gerichte unter dem Druck ausländischer, insbesondere eur. Nachhilfestunden von ihrer bis-

herigen menschenrechtswidrigen Rspr. verabschieden müssen. Dem Rezensenten passiert es nicht selten, dass er von ausländischen Kolleginnen und Kollegen, die diese bisherige dt. Rechtsprechung nur mit Stauen verfolgen, um Erläuterung ersucht wird, was so gut wie unmöglich ist. Hier kann nur auf Heraklit verwiesen werden: Alles fließt!

Rudolf Buschmann

Geschlecht der Lehrkraft als zulässige berufliche Anforderung im Sportunterricht?

» Eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts kann nach § 8 Abs. 1 AGG in unionsrechtskonformer Auslegung nur zulässig sein, wenn es um den Zugang zur Beschäftigung einschließlich der zu diesem Zweck erfolgenden Berufsbildung geht und ein geschlechtsbezogenes Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt. Der Kl. hatte sich 2017 ohne Erfolg bei dem Bekl., einer genehmigten Privatschule in Bayern, auf die für eine »Fachlehrerin Sport (w)« ausgeschriebene Stelle beworben. Von dem Bekl. verlangt er Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG mit der Begründung, der Bekl. habe ihn wegen seines Geschlechts benachteiligt. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Die Rev. hatte Erfolg. Der Kl. hat dem Grunde nach Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. Entgegen der Annahme des LAG hat der Bekl. nicht den Vorgaben des AGG und des Unionsrechts entsprechend dargetan, dass für die streitgegenständliche Stelle ein geschlechtsbezogenes Merkmal eine wesentliche und entscheidende sowie angemessene berufliche Anforderung iSv. § 8 Abs. 1 AGG ist. Über die Höhe der Entschädigung konnte der Senat noch nicht selbst entscheiden. Dies führte zur Zurückverweisung an das LAG.

(PM Nr. 48/19 des BAG v. 19. 12. 2019 zur Entscheidung v. 19. 12. 2019, 8 AZR 2/19, red. bearbeitet)

Kein Grundrechtsschutz für überwiegend von öffentlicher Hand getragenen Arbeitgeberverband

» Ein mehrheitlich von der öff. Hand getragener Arbeitgeberverband kann sich nicht auf das Grundrecht der Koalitionsfreiheit berufen. Der kl. Arbeitgeberverband wendet sich gegen die Tariffreuregelung des bekl. Landes NRW für die Vergabe öff. Aufträge. Danach müssen AG, die Mitglied des Kl. sind, bei der Ausführung öff. Aufträge im Bereich des ÖPNV wenigstens das Entgelt zahlen, das in NRW für diese Leistung in einem durch VO für repräsentativ erklärten TV vorgesehen ist. Die TV des Kl. sind durch die Repräsentative TV-VO des Landes NRW v. 2016 nicht für repräsentativ erklärt worden. Die Klage auf Feststellung, dass diese VO das Grundrecht des Kl. auf Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG verletzt, haben die beiden Vorinstanzen als unzulässig abgewiesen. Die Rev. vor dem *BVerwG* blieb ohne Erfolg. Der Kl. ist nicht klagebefugt. Als jur. Person des Privatrechts, deren Mitglieder mehrheitlich Körperschaften oder Anstalten des öff. Rechts seien, ist er staatlich beherrscht und kann deshalb nicht Träger von Grundrechten sein. Der Staat hat die Grundrechte der Bürger zu gewährleisten und kann sich nicht selbst auf sie berufen. Das gilt unabhängig von der Wahl öff.-rechtlicher oder privatrechtlicher Organisationsformen für alle staatlich beherrschten Zusammenschlüsse. Der kl. Arbeitgeberverband kann sich auf keine der höchstrichterlich anerkannten Ausnahmen berufen, nach denen ein staatlicher Rechtsträger grundrechtsberechtigt sein könne. Er dient weder der Verwirklichung von Grundrechten privater Individuen, noch geriete er ohne Grund-

rechtsschutz in eine Rechtsschutzlücke. Für die Koalitionsfreiheit gelten keine Besonderheiten, die den Grundrechtsschutz auf öff. beherrschte Arbeitgebervereinigungen erweiterten.
(BVerwG v. 12. 12. 2019, 8 C 8.19)

»Dschungelcamp«: Berufung einer Lehrerin gegen ihre Entfernung aus dem Beamtenverhältnis erfolglos

» Die Berufung einer Lehrerin gegen ein 2019 ergangenes Urt. des VG *Lüneburg* (10 A 6/17) war zurückzuweisen. Mit dem von der Lehrerin angegriffenen Urt. hatte das VG der auf die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis gerichteten Kl. der Niedersächsischen Landesschulbehörde stattgegeben. Das OVG bestätigt dieses Urt., so dass es bei der Entfernung der Lehrerin aus dem Beamtenverhältnis bleibt.

Die Landesschulbehörde hatte einen Antrag der Lehrerin abgelehnt, ihr für die Zeit v. 11. – 27.1. 2016 Sonderurlaub zu gewähren, um ihre Tochter nach Australien begleiten zu können. Nach den Weihnachtsferien reichte die Lehrerin am 7.1. 2016 eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für die Zeit v. 7. – 29.1. 2016 ein und begleitete im Januar 2016 ihre Tochter nach Australien. Die Tochter nahm dort an der Fernsehshow »Ich bin ein Star – Holt mich hier ›raus!« (sog. »Dschungelcamp«) des Fernsehsenders RTL teil. Nachdem der Landesschulbehörde eine in RTL ausgestrahlte gemeinsame Videobotschaft der Lehrerin und ihrer Tochter aus Australien bekannt geworden war, leitete sie ein Disziplinarverfahren gegen die Lehrerin ein. Im Januar 2017 entthob sie die Lehrerin vorläufig des Dienstes und ordnete Einbehaltung der Hälfte ihrer Dienstbezüge an. Dagegen suchte die Lehrerin letztlich erfolglos um vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutz nach.

Parallel zum Disziplinarverfahren wurde gegen sie ein Strafverfahren geführt. Das AG *Soltau* verurteilte sie mit Urt. v. 30. 3. 2017 wegen des Gebrauchs eines unrichtigen Gesundheitszeugnisses zu einer Geldstrafe (140 Tagessätze zu je 70 €). Das LG *Lüneburg* verhängte eine geringere Geldstrafe (90 Tagessätze zu je 60 €), verwarf i. Ü. die Berufung. Hiergegen legte die Lehrerin erfolglos Rev. vor dem OLG *Celle* ein. Nach rkr. Abschluss des strafgerichtlichen Verfahrens entschied das VG über die Disziplinaranzeige der Landesschulbehörde und verhängte gegen die Lehrerin die disziplinarische Höchstmaßnahme der Entfernung aus dem Beamtenverhältnis.

Das OVG hat die Berufung der Lehrerin zurückgewiesen. Die Lehrerin habe ein sehr schwerwiegendes Dienstvergehen begangen. Sie sei v. 7. – 29.1. 2016 dem Dienst schuldhaft ferngeblieben. Sie sei während dieses Zeitraums nicht wegen Krankheit an der Erfüllung ihrer Dienstpflichten gehindert gewesen. Eine Erkrankung iSe. depressiven Erschöpfung und die von ihr am 4.1. 2016 gegenüber 2 Ärzten diesbzgl. geschilderten Symptome hätten nicht vorgelegen. Die Lehrerin habe vielmehr gegenüber beiden Ärzten das Vorliegen dieser Symptome sowie eines depressiven Krankheitsbildes vorgetäuscht.

Das schwerwiegende Dienstvergehen rechtfertige den Ausspruch der disziplinarrechtlichen Höchstmaßnahme der Entfernung aus dem Beamtenverhältnis. Ein Beamter, der ohne triftigen Grund nicht zum vorgeschriebenen Dienst komme, verletze das Vertrauen seines Dienstherrn in gravierender Weise. Die Lehrerin sei planvoll und berechnend vorgegangen, um eine unrichtige mehrwöchige Krankschreibung zu erlangen und sodann ihre Tochter nach Australien begleiten zu können. Das Dienstvergehen habe schwerwiegende Folgen für den dienstlichen Bereich gehabt, weil die Abwesenheit der Lehrerin im Zeitraum unmittelbar vor Vergabe der Halbjahreszeugnisse und der damit einhergehenden Zeugniskonferenzen habe kompensiert werden müssen. Zu ihren Lasten sei zu werten, dass sie während ihres Fernbleibens vom Dienst in Fernsehübertragungen aus Australien mitge-

wirkt habe. Zu dieser Mitwirkung habe sie sich gegenüber der Produktionsfirma des Dschungelcamps als Begleitperson ihrer Tochter vertraglich verpflichtet und dafür neben der Übernahme der Reise- und Hotelkosten durch die Produktionsfirma von dieser u. a. eine pauschale Entschädigung in vierstelliger Höhe erhalten. Da die Tätigkeit der Lehrerin in Australien gerade auch darin bestanden habe, an Fernsehinterviews mitzuwirken, liege es nahe, dass nicht nur Kollegen, ihre Schüler und deren Eltern, sondern auch außerhalb der Schule stehende Personen erfahren hätten, dass sie sich zwar außerstande gesehen habe, ihren Dienst zu verrichten, gleichzeitig aber in der Lage gewesen sei, eine mit etlichen Flugstunden verbundene Fernreise nach Australien anzutreten und von Australien aus öffentlichkeitswirksam Fernsehinterviews zu geben. Ein solches Verhalten sei obj. geeignet, den Dienstfrieden zu stören und dem öff. Ansehen der Schule, der Lehrerschaft sowie dem gesamten öD erheblichen Schaden zuzufügen.

Entlastende Gesichtspunkte, die es rechtfertigten, von der disziplinarischen Höchstmaßnahme abzusehen, bestünden nicht. Das Vorbringen der Lehrerin im Berufungsverfahren zeige vielmehr, dass sie auch mehr als 3 Jahre nach dem in Rede stehenden Dienstvergehen ihr Verhalten immer noch nicht hinreichend reflektiert habe. Die Gesamtwürdigung aller Umstände ergebe deshalb, dass sie sich im Hinblick auf die Erfüllung ihrer Dienstpflichten in so hohem Maße als unzuverlässig erwiesen habe, dass das Vertrauen des Dienstherrn und der Allgemeinheit in sie endgültig verloren sei. Es sei deshalb nicht gerechtfertigt, von der disziplinarischen Höchstmaßnahme der Entfernung aus dem Beamtenverhältnis abzusehen.

» (OVG Nds. v. 10.12.19, 3 LD 3/19, rkr.)

Besuch der Cannstatter Wasen bei betrieblicher Fortbildung nicht unfallversichert

» Die Teilnahme an einer Abendveranstaltung auf dem Volksfest Cannstatter Wasen in Stuttgart gehört nicht mehr zum versicherten Teil einer Fortbildungsveranstaltung und ist damit nicht gesetzlich unfallversichert.

Nach dem Ende des fachlichen Teils des 1. Tages einer von seinem AG organisierten Fortbildung in der Nähe von Stuttgart nahm der Kl. nach 17.00 Uhr am gemeinsamen Besuch der Cannstatter Wasen teil. Die Kosten wurden vom AG getragen. Der Kl. stürzte nach dem Verlassen des Volksfestes auf dem Weg zum Taxi. Laut Diagnose zog er sich eine Fraktur des linken und des rechten Fußes zu.

Das Vorliegen eines Arbeitsunfalles wurde seitens der BG verneint und das SG wies das dagegen gerichtete Rechtsmittel ab. Die hiergegen gerichtete Berufung wurde vom LSG *Erfurt* zurückgewiesen.

Der Kl. habe beim Besuch der Cannstatter Wasen nicht unter dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung gestanden. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII sei ein AN bei allen Tätigkeiten grds. gesetzlich unfallversichert, die im Rahmen der Erfüllung seiner ihm als Beschäftigter des UN obliegenden Pflichten aus dem jeweiligen Arbeitsverhältnis vorgenommen werden. Ein derartiger betriebsbezogener Zweck sei nicht auf der Erbringung der Hauptleistung beschränkt. Er könne im Einzelfall auch für sonstige Tätigkeiten angenommen werden, die dem Unternehmensinteresse dienen. Die Teilnahme an einer betrieblich veranlassten Fortbildung und auch die damit im Zusammenhang stehende Dienstreise stehe damit grds. unter dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung. Allerdings bestehe nach st. Rspr kein Versicherungsschutz »rund um die Uhr« während der Teilnahme an einer Fortbildung. Wie bei Tätigkeiten am Arbeitsplatz auch, sei vielmehr zu unterscheiden zwischen Betätigungen, die mit dem Beschäftigungsverhältnis rechtlich wesentlich

zusammen hängen und solchen Verrichtungen, die der Privatsphäre des AN zuzurechnen seien.

Entsprechend diesen Grundsätzen gehöre die Teilnahme an der Abendveranstaltung auf dem Cannstatter Wasen nicht mehr zum versicherten Teil der Fortbildungsveranstaltung. Aus dem Gesamtverlauf des Workshops ergebe sich, dass der Besuch der Cannstatter Wasen nur als Begleitprogramm zur Fortbildungsveranstaltung zu werten sei und selbst keinen Bezug zu den betrieblichen Angelegenheiten des Kl. aufweise. Alleiniger Zweck sei das gesellige Zusammensein gewesen. Unerheblich sei in diesem Zusammenhang, dass der AG die Kosten für den Besuch der Cannstatter Wasen vollständig übernommen habe und in der Einladung zu der Fortbildung auf den vorgesehenen Besuch der Cannstatter Wasen hingewiesen worden sei. Denn der AG habe es nicht in der Hand, den gesetzlichen Versicherungsschutz durch eine eigene Entscheidung auf beliebige Sachverhalte mit eigenwirtschaftlichem Charakter auszudehnen.

Es reiche ebenso nicht aus den Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung zu begründen, dass die Teilnahme am Besuch der Cannstatter Wasen auch einer Intensivierung der Kontakte der Mitarbeiter untereinander diene. Allein mögliche Erwartungshaltungen des AG bzw. der Kollegen seien nicht der Lage, den im Vordergrund stehenden eigenwirtschaftlichen Aspekt von Freizeit und Unterhaltung in den Hintergrund zu drängen. Sonstige besondere betriebliche Ziele durch den Besuch der Cannstatter Wasen seien nicht feststellbar. Es handle sich beim Besuch der Cannstatter Wasen ebenfalls nicht um eine grds. versicherte betriebliche Gemeinschaftsveranstaltung wie zum Beispiel ein Betriebsfest oder eine Weihnachtsfeier.

(LSG Erfurt v. 21. 11. 2019, L 1 U 1590/18, nicht rkr.)

Leitsätze der Redaktion

1. Individuelles Arbeitsrecht

Beginn des Arbeitsverhältnisses

Arbeitsaufnahme

» Nimmt ein AN mit Wissen und Willen des AG die Arbeit auf, obwohl eine im Arbeitsvertrag vorgesehene aufschiebende Bedingung nicht eingetreten ist, beginnt das Arbeitsverhältnis regelmäßig mit dem Antritt der Arbeit. Auf die Wirksamkeit der aufschiebenden Bedingung kommt es hierfür nicht an. Maßgeblich ist die tatsächliche Durchführung des Vertrages.

Die eigenmächtige Änderung der Notenvergabe durch den Direktor einer Schule ohne den hierfür notwendigen Beschluss der Zeugniskonferenz ist »an sich« geeignet, eine außerordentliche Kündigung auch ohne vorherige Abmahnung zu rechtfertigen.

§ 626 Abs. 2 BGB findet keine Anwendung, wenn nachträglich bekannt gewordene Gründe für eine außerordentliche Kündigung nachgeschoben werden. Dies gilt auch dann, wenn die Kündigung als solche nicht rechtzeitig erklärt worden ist (insoweit Abweichung von BAG 23. 5. 2013, 2 AZR 102/12). Daher ist ein Nachschieben nachträglich bekannt gewordener Gründe auch dann zulässig, wenn die (nicht durchgreifenden) Gründe, die den AG ursprünglich zum Ausspruch der Kündigung motiviert haben, verfristet waren.

(LAG Köln v. 16. 10. 2019, 5 Sa 221/19; Revision zugelassen)

Befristung, Hochschule

» Nach abgeschlossener Promotion ist gem. § 2 Abs. 1 S. 2 WissZeitVG eine Befristung bis zu einer Dauer von 6 Jahren – im Bereich der Medizin bis zu 9 Jahren – zulässig. Nach § 2 Abs. 1 S. 2 Halbs. 2 WissZeitVG verlängert sich die zulässige Befristungsdauer für die Postdoc-Phase in dem Umfang, in dem Zeiten der Promotion mit und ohne Beschäftigung nach § 2 Abs. 1 S. 1 WissZeitVG weniger als 6 Jahre gedauert haben. Bei der Ermittlung des die Postdoc-Phase verlängernden Zeitraums ist die gesamte Promotionszeit zu berücksichtigen. Hierzu gehört auch die Zeit einer abgebrochenen Promotion. Bei einem Wechsel des Promotionsthemas sind die Promotionszeiten für das nicht beendete und das neue Promotionsvorhaben zusammenzurechnen.

Nach § 66 Abs. 1 S. 1, § 72 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 LPVG NW bedarf die Befristung von Arbeitsverträgen zu ihrer Wirksamkeit der vorherigen Zustimmung des Personalrats. Der AG kann die Befristung auch im Anwendungsbereich des WissZeitVG nur auf solche Befristungsgründe stützen, die er dem Personalrat mitgeteilt hat.

Nach § 17 S. 2 TzBfG iVm. § 6 S. 1 KSchG ist der AN an der Einführung weiterer möglicher Unwirksamkeitsgründe für die Befristung in der Berufungsinstanz nur dann gehindert, wenn ihn das ArbG darauf hingewiesen hat, dass er sich nach § 17 S. 2 TzBfG, § 6 S. 1 KSchG (nur) bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz zur Begründung der Unwirksamkeit der Befristung auch auf innerhalb der Klagefrist nicht geltend gemachte Gründe berufen kann. Der bloße Hinweis auf § 6 KSchG und die Wiedergabe des Wortlauts dieser Vorschrift genügen nicht.

(BAG v. 21. 8. 2019, 7 AZR 563/17)

Inhalt des Arbeitsverhältnisses

Arbeitszeit, Zeiterfassungssystem, biometrische Daten

» Die Arbeitszeiterfassung durch ein Zeiterfassungssystem mittels Fingerprint ist nicht erforderlich iSv. § 26 Abs. 1 BDSG und damit ohne Einwilligung der betr. Person nicht zulässig.

(ArbG Berlin v. 16. 10. 2019, 29 CA 5451/19, n. rkr.)

Schutz der AN bei Insolvenz des AG, Zusatzversorgungseinrichtungen

» Art. 8 der (Insolvenzschutz)-RL 2008/94/EG ist dahin auszulegen, dass er auf eine Situation anwendbar ist, in der ein AG, der Leistungen der betrieblichen Altersversorgung über eine überbetriebliche Einrichtung gewährt, wegen seiner Zahlungsunfähigkeit nicht für den Ausgleich der Verluste einstehen kann, die sich aus der Kürzung der von dieser überbetrieblichen Einrichtung erbrachten Leistungen ergeben, wobei diese Kürzung von der diese Einrichtung überwachenden staatlichen Finanzdienstleistungsaufsicht genehmigt wurde.

Art. 8 der RL 2008/94 ist dahin auszulegen, dass eine wegen Zahlungsunfähigkeit seiner ehemaligen AG erfolgte Kürzung der von einem ehemaligen AN gezahlten Leistungen der betr. Altersversorgung als offensichtlich unverhältnismäßig angesehen wird, obwohl der Betroffene mind. die Hälfte der sich aus seinen erworbenen Rechten ergebenden Leistungen erhält, wenn dieser ehemalige AN wegen dieser Kürzung bereits unterhalb der von Eurostat für betr. Mitgliedstaat ermittelten Armutgefährdungsschwelle lebt oder künftig leben müsste.

Der eine Mindestschutzpflicht vorsehende Art. 8 der RL 2008/94 kann unmittelbare Wirkung entfalten, so dass er gegenüber einer privatrechtlichen Einrichtung geltend gemacht werden kann, die vom Staat als Trä-

ger der Arbeitgeberinsolvenzversicherung im Bereich der betr. Altersversorgung bestimmt worden ist, wenn diese Einrichtung in Anbetracht der Aufgabe, mit der sie betraut ist, und der Bedingungen, unter denen sie erfüllt, dem Staat gleichgestellt werden kann, sofern sich die Aufgabe der Sicherung, mit der sie betraut ist, tatsächlich auf die Arten von Leistungen bei Alter erstreckt, für die der in Art. 8 dieser RL vorgesehene Mindestschutz verlangt wird.

(EuGH v.19.12.2019, C-168/18, Pensions-Sicherungs-Verein VVaG / Günther Bauer)

Urlaub, Obliegenheit Arbeitgeber

» Die Obliegenheit des/der AG, auf einen möglichen Verfall eines Urlaubsanspruchs hinzuweisen (BAG 19.2.2019, 9 AZR 423/16) besteht auch während einer (ggf. durchgehenden) Arbeitsunfähigkeit und greift nicht erst mit Wiedergenesung ein. Zwar kann in dieser Zeit eine Urlaubsgewährung nicht verwirklicht werden, jedoch handelt es sich hinsichtlich einer etwaigen Dauerhaftigkeit einer Arbeitsunfähigkeit idR. um eine ex post – Betrachtung. Dass den Parteien – nachträglich – bekannt ist, dass eine Arbeitsunfähigkeit durchgehend bestand, entlastet den/die AG nicht, im laufenden Arbeitsverhältnis der Initiativlast gerecht zu werden und den/die AN konkret und rechtzeitig darauf hinzuweisen, wie es sich mit dem Urlaubsanspruch – auch ggf. unter Berücksichtigung etwaiger weiterer Arbeitsunfähigkeit – verhält. (ArbG Berlin v. 13.06.2019, 42 Ca 3229/19, rkr.)

Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Betriebsbedingte Kündigung während Elternzeit, Betriebsstilllegung oder Betriebsübergang

» Flugzeuge sind als sächliche Betriebsmittel für ein Luftfahrtunternehmen unerlässlich und sie gehören deshalb zu den wesentlichen identitätsprägenden Betriebsmitteln. Der Einsatz der Flugzeuge macht aber bei wertender Betrachtungsweise trotz des enorm hohen finanziellen Wertes dieser Betriebsmittel nicht allein den Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs aus. Um die Maschinen einsetzen zu können, bedarf es deshalb auch des Einsatzes speziell ausgebildeter Piloten. Insofern sind für den Betrieb auch die Anzahl und die Befähigung der eingesetzten Piloten von erheblicher und identitätsstiftender Bedeutung.

Flugzeuge, Langstrecken, Mittel- und Kurzstrecken sind ebenso wenig wie Start- und Landerechte für sich selbständig abgrenzbare wirtschaftliche und organisatorische Betriebsteile. Ist der gesamte Flugbetrieb im Wesentlichen zentral organisiert, ohne dass vor Ort eine Leitung existiert, die wesentliche Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt, so handelt es sich bei den Abflugstationen auch nicht um Betriebsteile. Selbiges gilt für das in die Gesamtorganisation eingebundene so genannte wet-lease (Bereitstellung von Flugzeugen samt Crew, Wartung und Versicherung an Vertragspartner).

Für die Frage, ob die Konsultation des BR »rechtzeitig« iSv. Art. 2 Abs. 1 der (Massenentlassungs-)RL 98/59/EG v. 20.07.1998 (MERL) und § 17 Abs. 2 KSchG erfolgt, ist allein entscheidend, dass der AG nicht durch den Ausspruch von Kündigungen unumkehrbare Fakten schafft.

Die Erklärung der Zulässigkeit einer Kündigung während der Elternzeit hat gem. § 18 Abs. 1 Sätze 4 und 6 BEEG iVm. den »Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum Kündigungsschutz bei Elternzeit« durch die für den Sitz des Betriebs oder der Dienststelle zuständige Behörde zu erfolgen.

(LAG Düsseldorf v. 12.9.2019, 11 Sa 986/18)

Betriebsbedingte Kündigung, Flugbetrieb, Betriebsübergang

» Für einen Teilbetriebsübergang fehlt es an der erforderlichen identifizierbaren wirtschaftlichen und organisatorischen Teileinheit innerhalb des Flugbetriebs der Schuldnerin. Diese Anforderungen waren weder bezogen auf das einzelne Flugzeug, die Lang-, Mittel- oder Kurzstrecke, die Abflugstationen oder das wet-lease gegeben. Es ist deshalb eine Betriebsstilllegung gegeben. Es liegt weder ein Betriebsübergang im Ganzen noch ein Teilbetriebsübergang vor.

Auslegung der Bestimmung eines tariflichen Pakts für Wachstum und Beschäftigung, welche den Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen erst nach Abschluss eines Sozial-TV vorsieht. Die Vorschrift erfasst nicht den Fall der vollständigen Betriebsschließung.

Bezugspunkt der Konsultationspflicht ist die beabsichtigte Kündigung und nicht die Betriebsänderung. Wenn das dt. Recht über § 117 BetrVG im Bereich des Luftverkehrs für das Cockpit- und Kabinenpersonal unterschiedliche Arbeitnehmervertretungen vorsieht, dann kann die Konsultation von beiden in zulässiger Weise unterschiedlich wahrgenommen werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Personalvertretung Kabine rechtzeitig zur Konsultation aufgefordert wurde, dieser Prozess aber einen längeren Zeitraum als beim Cockpitpersonal in Anspruch nahm.

(LAG Düsseldorf v. 13.3.2019, 12 Sa 63/18)

Druckkündigung

» Eine Druckkündigung liegt vor, wenn Dritte unter Androhung von Nachteilen für den AG von diesem die Entlassung eines bestimmten AN verlangen. Dabei sind 2 Fallgestaltungen zu unterscheiden: Das Verlangen des Dritten kann gegenüber dem AG durch ein Verhalten des AN oder einen personenbedingten Grund objektiv gerechtfertigt sein. In diesem Fall liegt es im Ermessen des AG, ob er eine personen- oder verhaltensbedingte Kündigung erklärt. Die Kündigung wird nicht primär wegen des durch den Dritten erzeugten Drucks erklärt, sondern wegen des personen- oder verhaltensbedingten Kündigungsgrundes. Der auf den AG ausgeübte Druck ist im Rahmen der anzustellenden Interessenabwägung zu Lasten des AN zu berücksichtigen. Fehlt es an einer solchen objektiven Rechtfertigung der Drohung, so kommt eine Kündigung aus betriebsbedingten Gründen in Betracht. An die Zulässigkeit einer sogenannten »echten Druckkündigung« sind strenge Anforderungen zu stellen. Nur wenn auf diese Weise die Drohung nicht abgewendet werden kann und bei Verwirklichung der Drohung schwere wirtschaftliche Schäden für den AG drohen, kann die Kündigung sozial gerechtfertigt sein. Voraussetzung ist, dass die Kündigung das einzig in Betracht kommende Mittel ist, um die Schäden abzuwenden. Zu berücksichtigen ist auch, inwieweit der AG die Drucksituation selbst in vorwerfbarer Weise herbeigeführt hat. Typische Fälle einer echten Druckkündigung sind Drohungen der Belegschaft mit Streik oder Massenkündigungen oder die Androhung des Abbruchs von Geschäftsbeziehungen für den Fall der Weiterbeschäftigung eines bestimmten AN. (LAG Düsseldorf v. 20.8.2019, 8 Sa 99/19, LS red.)

Kündigung mehrere Jahre nach Beendigung einer Betriebsänderung

» Eine mehrere Jahre nach Durchführung einer Betriebsschließung ausgesprochene Kündigung beendet das Arbeitsverhältnis auch dann gemäß dem Sozialplan »in Folge« der Betriebsänderung, wenn sie weiterhin deren unmittelbare Folge ist. Das ist nicht der Fall, wenn die Kausalverbindung durch eine andere Kausalkette in der Weise überlagert worden ist, dass – bei wertender Betrachtung – ein den Abfin-

dungsanspruch tragender ausreichender Zusammenhang zwischen Schließung und Kündigung nicht mehr besteht.

Allein die stets gebotene Prüfung, dass bei Ausspruch der Kündigung keine unternehmensweite Weiterbeschäftigung möglich ist, bildet keine neue Ursache für die Kündigung und ist daher nicht geeignet, den vom Sozialplan geforderten Zusammenhang entfallen zu lassen.

(LAG Düsseldorf v. 9. 10. 2019, 4 Sa 134/19)

II. Kollektives Arbeitsrecht

Arbeitskampfrecht, Suspendierung der Friedenspflicht

» Hat die Gewerkschaft dem bestreikten AG den Streikbeschl. ihres zust. Bundesvorstands sowie die Streikziele nicht unmittelbar mitgeteilt, können die Streikziele nur aus den sonstigen offiziellen Verlautbarungen der Gewerkschaft (Streikaufrufflugblätter, offizielle Pressemitteilungen) entnommen werden.

Die Friedenspflicht kann im Einzelfall trotz normativer Fortgeltung eines TV wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage suspendiert sein, wenn sich die TV-Parteien im TV darauf verständigt haben, bei einem solchen Wegfall der Geschäftsgrundlage über Verhandlungen eine ablösende Regelung finden zu wollen. Es ist der Gewerkschaft nicht zuzumuten, zu Verhandlungen verpflichtet zu sein, ohne die Mittel des Arbeitskampfes nutzen zu können.

Es kann im Einzelfall ein zulässiges und tariflich regelbares Ziel sein, vom AG eine zeitlich befristete Betriebsfortführung über den beabsichtigten Stilllegungszeitpunkt hinaus zu verlangen, nebst Beschäftigung der Mitarbeiter bis dahin. Solange die unternehmerische Stilllegungsentscheidung selbst nicht in Frage gestellt wird, ist der tariffreie Kern der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit noch nicht berührt.

Grundsätzlich ist eine Tarifforderung, die darauf gerichtet ist, dass ein Dritter, der nicht AG iSd. § 2 Abs. 1 TVG ist, Leistungen erbringen soll, rechtswidrig. Dies stellt sich anders dar, wenn es sich bei dem Dritten um den Hauptgesellschafter des AG handelt, der begleitend zum erstrebten TV mit dem AG einen sog. sonstigen Kollektivvertrag mit der Gewerkschaft abschließen soll, der auf eine Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gerichtet ist und geeignet ist, einen Interessenkonflikt zwischen AG und AN zu befrieden. Dies ergibt sich u. a. aus den Wertungen des Art. 6 Nr. 4 ESC, die in völkerrechtsfreundlicher Auslegung zu berücksichtigen sind.

(LAG Baden-Württemberg v. 20. 2. 2019, 4 Sa 40/18)

Bauwirtschaft, Sozialkassen, Verzug

» Nicht tarifgebundene AG geraten mit der Zahlung von Beiträgen zu den Sozialkassen der Bauwirtschaft auch dann in Verzug, wenn die Geltungsanordnung der maßgeblichen Verfahrenstarifverträge rückwirkend durch eine Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) oder das SokaSiG angeordnet wird. Die zu § 184 BGB vertretene Auffassung, dass Verzug des Schuldners mangels klagbaren Anspruchs bis zum Zugang der Genehmigungserklärung ausscheidet, ist weder auf die Konstellation einer rückwirkenden AVE noch auf die einer unwirksamen AVE, deren Wirkung durch ein Gesetz wiederhergestellt wird, übertragbar. Der Verzug des AG mit der Zahlung von Sozialkassenbeiträgen ist auch dann schuldhaft iSv. § 286 Abs. 4 BGB, wenn eine AVE rückwirkend in Kraft tritt und die Bekanntmachung nach § 4 Abs. 1 S. 1 DVO TVG einen entspr. Hinweis enthält. Gleiches gilt, wenn die maßgebliche AVE für unwirksam erklärt wurde. Die Voraussetzungen für einen entschuldigenden, das Verschulden ausschließenden Rechtsirrtum sind in beiden Fällen

nicht gegeben. Im Fall der Rückwirkung muss aufgrund des Hinweises in der Bekanntmachung mit einer Rückbeziehung gerechnet werden. Im Fall einer für unwirksam erklärten AVE steht einem Rechtsirrtum grundsätzlich die Rechtmäßigkeitsvermutung zugunsten von AVE entgegen.

Die Tarifvertragsparteien können eine Vereinbarung über die Verzugsverzinsung treffen. Die gesetzlichen Regelungen des Verzugszinses nach § 288 Abs. 1 und Abs. 2 BGB stehen einem höheren tarifvertraglichen Zinssatz nicht entgegen.

Der tarifliche Zinssatz in Höhe von 1 % der Beitragsforderung für jeden angefangenen Monat des Verzugs verletzt weder Grundrechte noch § 138 BGB. Die monatsweise Staffelung ist als typisierende Regelung mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar. Die Höhe der Zinsen verstößt nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die tarifliche Regelung ist insbesondere erforderlich, weil nicht eindeutig ersichtlich ist, dass einem niedrigeren Zinssatz die gleiche Wirksamkeit zukäme wie dem gewählten.

§ 7 SokaSiG ist mit dem GG, v. a. mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar. Die Geltungserstreckung von TV ist nicht auf die AVE nach § 5 TVG beschränkt. Da der Gesetzgeber dazu befugt ist, die Funktionsfähigkeit des Systems der Tarifautonomie durch gesetzliche Regelungen herzustellen und zu sichern, ist es ihm unbenommen, sich für eine andere Rechtsform zu entscheiden.

(BAG v. 28. 10. 2019, 10 AZR 549/18)

Bauwirtschaft, Sozialkassen, Beitragsrückzahlung

» Nicht verbandsgebundene AG haben keinen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Rückzahlung von Beiträgen zu den Sozialkassen der Bauwirtschaft, die sie aufgrund unwirksamer AVE des TV über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) in der jeweils maßgeblichen Fassung geleistet haben. Der rechtliche Grund für die Beitragszahlungen iSv. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ergibt sich aus dem rückwirkend in Kraft getretenen SokaSiG.

Es begegnet keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken, dass § 7 SokaSiG die TV über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe rückwirkend auf nicht verbandsgebundene AG erstreckt.

(BAG v. 24. 9. 2019, 10 AZR 562/18)

Ehrenamtsprinzip, Verletzung des Begünstigungsverbot

» Die unzutreffende Nachreichung des beruflichen Werdegangs, die eine zu hohe Eingruppierung des freigestellten Personalratsmitglieds (hier: von Entgeltgruppe 6 in die Entgeltgruppe 14 TVöD) zur Folge hat, verstößt gegen das Bereicherungsverbot des § 107 BPersVG. Gleiches gilt für Gewährung pauschaler Stundengutschriften im Hinblick auf Personalratstätigkeiten, die zugleich das Ehrenamtsprinzip verletzt.

(LAG Berlin-Brandenburg v. 23. 10. 2019, 17 Sa 2297/18)

Ergänzungstarifvertrag, Ausschluss der Nachwirkung, Auslegung einzelner Tarifbestimmungen

» Aus einem zeitlich befristeten Ergänzungs-TV, der mit dem Ziel einer Standortsicherung zugleich als »Firmen-TV« und »firmenbezogener Verbands-TV« abgeschlossen und in dem eine Nachwirkung ausdrücklich ausgeschlossen worden ist, können – vorbehaltlich abweichender Regelungen im Ergänzungs-TV selbst – nach dem Ende der Laufzeit des TV keine neuen tariflichen Ansprüche entstehen. Als Rechtsgrundlage kommen insoweit nur die vorübergehend im zeitlichen und sachlichen Geltungsbereich verdrängten flächentarifvertraglichen Regelungen in Betracht.

(BAG v. 18. 9. 2019, 5 AZR 335/18, gewerkschaftlicher Rechtsschutz)

Gesamtbetriebsrat, Zustimmung, Einstellung

» An einem Verfahren, das auf die Aufhebung der Einstellung eines AN nach § 101 S. 1 BetrVG gerichtet ist, ist der GBR auch dann nicht zu beteiligen, wenn der AN aufgrund der ihm übertragenen Personalverantwortung gleichzeitig noch in weitere Betriebe des UN eingegliedert wird. (BAG v. 22. 10. 2019, 1 ABR 13/18)

Tarifvorrang, Öffnungsklausel

» Einer vertraglichen Regelung über die Geltung von BV für das Arbeitsverhältnis kommt regelmäßig keine weitergehende Bedeutung zu als der eines deklaratorischen Verweises auf die gesetzlich angeordnete unmittelbare und zwingende Geltung von BV.

Nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB gehen die im Zeitpunkt des Betriebsübergangs beim Veräußerer in einem normativ geltenden TV oder in einer BV geregelten Rechte und Pflichten der AN bei einem Betriebsübergang – vorbehaltlich ihrer Ablösung nach § 613a Abs. 1 S. 3 BGB – als sog. transformierte Normen (statisch) in das Arbeitsverhältnis zwischen AN und Erwerber ein.

Eine dem Tarifvorrang nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG unterliegende BV kann nach § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG (auch nachträglich) von den Tarifvertragsparteien zugelassen werden. Die Zulassung kann ihrerseits mit bestimmten Maßgaben versehen und spezifisch gestaltet sein. Ein ergänzender firmenbezogener Verbandstarifvertrag als Öffnungsklausel iSv. § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG beseitigt die Sperrwirkung des Flächenverbandstarifvertrags.

Nach dem Schutzzweck des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG können die Tarifvertragsparteien die Billigung einer der Regelungssperre unterliegenden BV durch Zustimmungserklärungen verabreden.

Dem in einem Verbands-TV vorgesehenen Zustimmungsvorbehalt zur Änderung einer durch Öffnungsklausel zugelassenen BV kann nicht durch Abschluss eines Firmen-TV genügt werden.

(BAG v. 13. 8. 2019, 1 AZR 213/18)

III. Verfahrensrecht

Anwaltliche Meinungsfreiheit

» Eine gegen einen Prozessvertreter verhängte Geldbuße /-strafe wegen des im Gerichtsverfahren von diesem geäußerten Vorwurfs, es bestehe eine Atmosphäre großer Vertrautheit zwischen Richter und Verteidiger, bzw. wegen einer anwaltlich vertretenen gegen eine Richterin gerichteten, später als offensichtlich unbegründet zurückgewiesenen Privatklage wegen Verleumdung verstößt gegen Art. 10 EMRK (Freiheit der Meinungsäußerung).

(EGMR v. 8. 10. 2019, 24845/13 u. 49103/15)

Gebührenstreitwert

» Macht der Versorgungsberechtigte im Wege der Feststellungsklage die Anwendbarkeit einer bestimmten Versorgungsordnung geltend, so ist der wirtschaftliche Wert des geltend gemachten Anspruchs nach der 36-fachen monatlichen Rentendifferenz zwischen der Rente, die aufgrund der vom AG angewandten Versorgungsordnung zu zahlen ist, und der aufgrund der begehrten Versorgungsordnung zu zahlenden Rente zu berechnen. Im Anwartschaftsstadium ist ein Abschlag von 30 v.H. vorzunehmen.

(BAG v. 29. 10. 2019, 3 AZR 251/17 (A))

Gerichtskosten, Beschwerdegebühr

» Das Verfahren der sofortigen Beschwerde gegen Prozesskostenhilfeentscheidungen ist nicht gebührenfrei.

(LAG Düsseldorf v. 9. 7. 2019, 2 Ta 242/19)

Rechtsweg, Geschäftsführer; Antragsauslegung und sic-non-Fall

» Ein gegen eine außerordentliche Kündigung des Vertragsverhältnisses eines Geschäftsführers gerichteter Kündigungsschutzantrag, mit dem u. a. die Unwirksamkeit der Kündigung nach § 626 BGB gerügt wird, begründet für sich genommen noch keinen sog. sic-non-Fall, bei dem allein die Rechtsansicht des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses bereits wegen Doppelrelevanz die Rechtswegzuständigkeit der ArbG nach §§ 2 Abs. 1 Nr. 3 a/b, 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG begründet. Denn diese Norm gilt für Arbeitsverhältnisse nach § 611a BGB und freie Dienstverhältnisse nach § 611 BGB gleichermaßen.

Wird mit einem gegen eine Kündigung gerichteten Feststellungsantrag allerdings erkennbar bewusst und gewollt eigenständig die weiter beantragte Feststellung verknüpft, dass es sich bei dem gekündigten Vertragsverhältnis um ein Arbeitsverhältnis gehandelt hat, ist die Statusfrage unabhängig davon, ob der Kl. Unwirksamkeitsgründe geltend macht, die allein Arbeitsverhältnisse betreffen, doppelrelevant und begründet einen sic-non-Fall. Denn dann enthält der Antrag 2 Feststellungen, über die das Gericht mit entsprechender Rechtskraftwirkung zu befinden hat: Zum einen die, dass bei Zugang der Kündigung ein Arbeitsverhältnis – und nicht ein anderes Vertragsverhältnis – zwischen den Parteien vorgelegen hat und zum anderen, dass dieses durch die Kündigung nicht aufgelöst worden ist. Kehrseite dieser – den Rechtsweg zu den ArbG allein mit der Rechtsansicht des Kl., es habe ein Arbeitsverhältnis bestanden, eröffnenden – Antragstellung ist allerdings, dass die Klage bereits dann insgesamt als unbegründet abzuweisen ist, wenn das Gericht kein Arbeitsverhältnis der Parteien, sondern ein anderes Vertragsverhältnis annimmt; eine inhaltliche Prüfung der Kündigung findet in diesem Fall nicht mehr statt. Gerade wegen dieser – oftmals selbst anwaltlich vertretenen Kl. nicht hinreichend bewussten – Auswirkungen einer Antragstellung, in der die beantragte Feststellung der Nichtbeendigung durch eine Kündigung mit der Feststellung des Vertragsverhältnisses ausdrücklich als »Arbeitsverhältnis« verknüpft wird, sowohl auf die Rechtswegprüfung als auch auf die materielle nachfolgende gerichtliche Prüfung und Entscheidung, ist selbst bei vermeintlich eindeutiger Antragstellung regelmäßig im Wege der Auslegung unter Hinzuziehung der begleitenden Umstände wie der Klagebegründung zu ermitteln, ob der Kl. damit wirklich im Kündigungsschutzantrag selbständig die zusätzliche Feststellung wünscht, dass das Vertragsverhältnis ein Arbeitsverhältnis ist. Soweit Antragswortlaut und -begründung nicht in jeder Hinsicht zweifelsfrei den Schluss zulassen, es werde wirklich eine doppelte Feststellung (Feststellung eines Arbeits- statt generell eines Vertragsverhältnisses und Feststellung der Nichtbeendigung desselben durch eine bestimmte Kündigung) mit entsprechender Rechtskraftwirkung durch das Gericht erstrebt, wird das Gericht nach § 139 Abs. 1 S. 2 ZPO im Rahmen seiner Verpflichtung zum Hinwirken auf eine sachdienliche Antragstellung auf die Zweifel hinsichtlich der Auslegung der gestellten Anträge und auf die mögliche Folge einer Antragstellung im Sinne einer doppelten und damit dann auch doppelrelevanten Feststellung hinzuweisen haben.

(LAG Düsseldorf v. 12. 11. 2019, 3 Ta 377/19)

Tatsachenvortrag, Freie Beweiswürdigung

» Der Tatsachenvortrag einer Partei, der kein Geständnis auf eine Behauptung der darlegungsbelasteten Partei darstellt, kann im Weg der freien Überzeugungsbildung nach § 286 ZPO auch dann berücksichtigt werden, wenn sich der Vortrag nachteilig für die sich äußernde Partei auswirkt.

(BAG v. 28. 10. 2019, 10 AZR 549/18)

Verfahrensart, Schadensersatz wegen Behinderung der BR-Arbeit

» Macht ein BR-Mitglied im Wege des Schadensersatzes wegen Behinderung der BR-Arbeit (§ 78 BetrVG) durch Verweigerung der bezahlten Freistellung für ein BR-Seminar gem. § 37 Abs. 6 BetrVG nebst Fahrtkosten auch entgangene Vergütung geltend, ist hierfür das Beschlussverfahren die zulässige Verfahrensart. (BAG v. 22. 10. 2019, 9 AZB 19/19, gewerkschaftlicher Rechtsschutz)

Verfahrensart, Entfernung Abmahnung, Betriebsratsmitglied

» Will ein Betriebsratsmitglied den Anspruch auf Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte im Beschlussverfahren verfolgen, hat es schlüssig darzulegen, dass der Anspruch seine Rechtsgrundlage – auch – in einem betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsverhältnis hat. Die bloße Rechtsbehauptung genügt für die gewählte Verfahrensart nicht (sog. et-et-Fall). (LAG Düsseldorf v. 8. 11. 2019, 4 Ta 412/19)

IV. Sozialrecht

Gleichbehandlung

» Die RL 79/7/EWG v. 19. 12. 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit ist dahin auszulegen, dass sie einer nat. Regelung entgegensteht, die für Frauen, die 2 oder mehr leibliche oder adoptierte Kinder hatten und von einer Untergliederung des Systems der nat. sozialen Sicherheit eine beitragsbezogene Rente wegen dauernder Invalidität erhalten, einen Anspruch auf eine Rentenzulage vorsieht, während Männer, die sich in der gleichen Situation befinden, keinen solchen Anspruch haben. (EuGH v. 12. 12. 2019, C-450/18, WA / Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS))

Vorzeitige Altersrente

» Art. 5 Buchst. a der VO (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit ist dahin auszulegen, dass er der Regelung eines Mitgliedstaats (MS) entgegensteht, nach der als Voraussetzung für den Anspruch eines AN auf vorzeitige Altersrente der Betrag der zu

beziehenden Rente die Mindestrente übersteigen muss, die der AN nach dieser Regelung bei Erreichen des gesetzlichen Rentenalters erhalten würde, wobei unter der »zu beziehenden Rente« nur die von diesem MS zu zahlende Rente zu verstehen ist, nicht aber eine Rente, die dieser AN aufgrund einer gleichartigen Leistung möglicherweise von einem oder mehreren anderen MS bezieht.

(EUGH v. 5. 12. 2019, C 398/18 u. C 428/18, Torrico u. Bode / Instituto Nacional de la Seguridad Social u. Tesorería General de la Seguridad Social)

V. Arbeitsstrafrecht

Nicht-Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen

» Vorsätzliches Handeln ist bei pflichtwidrig unterlassenem Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a Abs. 1 und 2 StGB) nur dann anzunehmen, wenn der Täter auch die außerstrafrechtlichen Wertungen des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts – zumindest als Parallelwertung in der Laiensphäre – nachvollzogen hat, er also seine Stellung als AG und die daraus resultierende sozialversicherungsrechtliche Abführungspflicht zumindest für möglich gehalten und deren Verletzung billigend in Kauf genommen hat. Irrt der Täter über seine Arbeitgeberstellung oder die daraus resultierende Pflicht zum Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen, liegt ein Tatbestandsirrtum vor; an seiner entgegenstehenden, von einem Verbotsirrtum ausgehenden Rspr. hält der Senat nicht fest (BGH v. 24. 9. 2019, 1 StR 346/18)


VI. Steuerrecht

Pauschalierung, zusätzliche Leistungen


» Ohnehin geschuldeter Arbeitslohn iSd. entsprechenden Vorschriften – bspw. § 40 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 oder § 40 Abs. 2 S. 2 EStG – ist derjenige Lohn, den der AG verwendungsfrei und ohne eine bestimmte Zweckbindung (ohnehin) erbringt. Zusätzlicher Arbeitslohn liegt vor, wenn dieser verwendungs- bzw. zweckgebunden neben dem ohnehin geschuldeten Arbeitslohn geleistet wird. Es kommt nicht darauf an, ob der AN auf den zusätzlichen Arbeitslohn einen arbeitsrechtlichen Anspruch hat (Änderung der Rspr.). (BFH v. 1. 8. 2019, VI R 32/18)

Zusammenfassungen/Abstracts

Rudolf Buschmann: Abbildung relevanter kollektivarbeitsrechtlicher Entwicklungen in der IALLJ

 AuR 2/2020, S. 52
Kollektives Arbeitsrecht nimmt in den Zeitschriften der IALLJ (International Association of Labour Law Journals) einen ganz besonderen Schwerpunkt ein. Ungeachtet der unterschiedlichen Ausgangslagen finden sich weltweit ganz ähnliche Fragestellungen und Herausforderungen. Häufig geht es um strukturelle Änderungen in der Vertretung von Arbeitnehmern, damit verbunden auch um neue gewerkschaftliche Strategien in einer veränderten politischen und Arbeitsumwelt. Gewisse regionale Schwerpunkte lassen sich ausmachen. Zahlreiche Abhandlungen, vor allem in südeuropäischen Fachzeitschriften, ranken sich um Strukturfragen des kollektiven Verhandeln, um sich verändernde Formen und Inhalte von Tarifverträgen. Darin drücken sich einerseits die Folgen legislativer Eingriffe aus, andererseits veränderte gesellschaftliche Rahmenbedingungen und Produktionsformen. Weltweit geht es um Erscheinungsformen des Arbeitskampfes und die Garantie des Streikrechts. Stehen

Rudolf Buschmann: Illustration of relevant Collective Labour Law Trends in the IALLJ

 AuR 2/2020, p. 52
Collective labour law has a very special focus in IALLJ (International Association of Labour Law Journals). Irrespective of the different starting points, similar questions and challenges can be found worldwide. It often involves structural changes in workers' representation, including new trade union strategies in a changing political and working environment. Certain regional priorities can be defined. Numerous essays, especially in southern European qualified journals, tend to focus on structural issues of collective bargaining, changing forms and contents of collective bargaining agreements. On the one hand, this expresses the consequences of legislative intervention, and on the other, changes in the social framework and forms of production. A global discussion is ongoing about forms of industrial action and guarantees of the right to strike. On the one hand, while collective bargaining autonomy and strike law are under considerable political pressure

Tarifaufonomie und Streikrecht einerseits unter erheblichem politischem Druck, eröffnen sich andererseits neue Perspektiven vor allem durch die verstärkte Berufung auf internationale Menschenrechtskataloge und Rechtsvergleichung. Bei allem Aktualitätsbezug wird auch rechtstheoretischen Grundsatzüberlegungen, Verfahrensfragen und der Arbeitsrechtsgeschichte Raum gegeben.

Oliver Brüchert »Hochqualifiziert und prekär – Honorarlehrkräfte in der Weiterbildung«

AuR AuR 2/2020, S. 57

In der privaten Weiterbildung und an Volkshochschulen arbeiten bundesweit hunderttausende Honorarlehrkräfte. Trotz hoher Qualifikation und vergleichbarer Tätigkeit erzielen sie überwiegend ein Einkommen weit unterhalb dem vergleichbarer AN. Zudem müssen sie Beiträge zur Kranken- und Rentenversicherung alleine tragen. Der Status als Solo-Selbständige ist idR. nicht frei gewählt. Viele Honorarlehrkräfte streben daher die Feststellung ihres AN-Status an, scheitern damit aber regelmäßig vor den ArbG. Gleichzeitig stellt die DRV in vielen Fällen Scheinselbständigkeit fest. Solange mit der Feststellung der DRV nicht Weiterbeschäftigung als AN einhergeht, wirkt sich das für die Betroffenen nachteilig aus. Die bisherigen legislativen Versuche, Scheinselbständigkeit einzudämmen, waren weitgehend wirkungslos. Dazu bräuchte es eine gesetzliche Regelung, die zugleich die Beschäftigten wirksam schützt und die SV-Systeme stärkt. Hierzu könnte sich der Gesetzgeber an der sozialen Schutzbedürftigkeit »arbeitnehmerähnlicher« Personen orientieren, wie sie in § 12a TVG verankert ist. Wer dauerhaft und überwiegend für eine/n Auftraggeber*in tätig ist und keine eigenen Mitarbeiter*innen beschäftigt, muss als AN sozialversicherungsspflichtig beschäftigt werden.

Rüdiger Helm: Folgt Kratzer vs. R+V Zwei?

AuR AuR 2/2020, S. 64

Der Autor erörtert die Kriminalisierung von Entschädigungsansprüchen nach dem AGG durch die Staatsanwaltschaft München I. Deutschland wehrt sich seit 1976 gegen die effektive Umsetzung des europäischen Gleichstellungsrechts. Mit *Kratzer vs. R+V* (C-423) hat der *EuGH* aufgezeigt, dass bei Berufen auf Gleichstellungsrecht keine abgesenkte Schwelle für die Annahme von Rechtsmissbrauch gilt. Gegner des Gleichstellungsrechts hatten eine abgesenkte Schwelle für die Annahme missbräuchlicher Entschädigungsklagen gefordert. In der Praxis hat das wenig an der Abwehrhaltung gegen Entschädigungskläger wenig geändert.

Den dem *EuGH* konsequent folgenden *BAG*-Entscheidungen steht zuletzt eine Entscheidung in anderer Besetzung entgegen, die entgegen *EuGH* eine abgesenkte Schwelle für die Annahme des Missbrauchs annimmt und auf nur ein Indiz abstellt. Das deutsche Gleichstellungsrecht hat als Durchsetzungsmittel keine Bußgeld- und Strafanordnung. Der Entschädigungsanspruch ist das einzige Mittel, um effizient sicherzustellen. Am LG München I zeichnet sich im Strafverfahren ab, dass dort vorbei an *BAG* und *EuGH* eine eigene Dogmatik entwickelt wird, um die Kriminalisierung von Entschädigungsklägern zu rechtfertigen. Der Autor zeigt auf, dass dies dem unionsrechtlichen und innerstaatlichen Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung widerspricht. Eine Korrektur des deutschen Weges gegen die effektive Umsetzung des europäischen Gleichstellungsrechts durch den *EuGH* ist notwendig.

re, new perspectives are opening up, above all, through an increased reliance on international catalogs on human rights and comparative law. Besides all daily business, there is also room for theoretical legal considerations, procedural questions and history of labour law.

Oliver Brüchert »Highly Qualified and Precarious – Free-Lance Teachers in Further Education«

AuR AuR 2/2020, p. 57

In private vocational training systems and at adult education centres hundreds of thousands of free-lance teachers work nationwide. Despite their high qualification and similar job activities, they are paid salaries far below those of comparable employees. Furthermore, they are also to pay health insurance and pension insurance contributions by themselves. The situation of one-person free-lancers is usually not freely chosen. Consequently, many free-lance teachers aspire to achieve determination of their status as employees; however, they regularly fail in labour courts. At the same time the German Pension Insurance (DRV) determines disguised employment in many cases. As long as this finding of DRV is not accompanied by regular employment, this has negative consequences for the persons affected. Any previous attempts of legislation to check and stem bogus self-employment have remained largely ineffective. It would take a statutory regulation which is able to do both: effectively protect employees, and enhance social security systems. To this end, the legislator could orient to »employee-like« persons in need of social protection as already stipulated in § 12a TVG [= German Collective Bargaining Agreement Act]. Anyone who permanently and mainly works for one contractor/principal, and has no own employees, must be employed as an employee subject to social security contribution.

Rüdiger Helm: Follows Kratzer vs. R+V Two?

AuR AuR 2/2020, p. 64

The author explores the criminalization of compensation claims under the German Equal Treatment Act (AGG) by the State Prosecutor's Office Munich I. Germany has been resisting the effective implementation of European equality law since 1976. With *Kratzer vs. R+V* (Case C-423) the *ECJ* has shown that with regard to equality law there is no lowered threshold for the assumption of an abuse of rights on behalf of the plaintiffs. Opponents of equality law had required a lowered threshold for the acceptance of abusive compensation actions. In practice, this has made little difference to the defensive attitude against claimants for compensation.

Consistently the judgments of the German *Federal Labour Court* (*BAG*) which follow the *ECJ* are most recently opposed by a ruling in a different formation which, contrary to the *ECJ*, assumes a lowered threshold for the assumption of abuse and bases on only one indication. German equality law has no penalty and sanction regulations as means of enforcement. The claim for compensation is the only means to ensure effect utile. In the criminal proceedings at the LG Munich I, it is becoming apparent that *BAG* and *ECJ* will be bypassed by a separate dogmatism to justify the criminalization of compensation claimants. The author points out that this contradicts the European and national principle of the unity of the administration of justice. An correction of the German position against the effective implementation of European equality law effected by the *ECJ* is required.

Die Ausgabe 3/2020 erscheint am 02.03.2020 und ist dann zeitnah auch online verfügbar.

NEU

DÄUBLER / KITTNER



Geschichte der Betriebsverfassung



Däubler / Kittner

Geschichte der Betriebsverfassung

2020. 621 Seiten, gebunden

€ 48,-

ISBN 978-3-7663-6934-5

www.bund-verlag.de/6934

100 Jahre Mitbestimmung

Vor 100 Jahren wurde das Betriebsrätegesetz (1920) verabschiedet. Seit diesem Zeitpunkt gibt es in Deutschland Betriebsräte. Zusammen mit den Tarifverträgen bilden Sie die Grundlage der modernen deutschen Arbeitsverfassung. Die verdienten Arbeitsrechtler Wolfgang Däubler und Michael Kittner zeichnen die Geschichte dieses weltweit einzigartigen und erfolgreichen Modells nach – bis in die heutige Zeit.

Die Darstellung beschränkt sich nicht auf die Errungenschaften des letzten Jahrhunderts. Die Autoren zeigen auch die aktuellen Gefährdungen auf: Globalisierung, Digitalisierung, das faktische Ausklammern der prekär Beschäftigten sowie die Erosion des Arbeitnehmer- aber auch des Arbeitgeberbegriffs drohen, die Mitbestimmung auf ihre Anfänge zurückzuwerfen. Umso wichtiger ist es, aus der Erfahrung zu lernen. Rechtshistorische und politische Dimension machen das Buch zum Muss für jeden, dem das Arbeitsrecht wichtig ist – ob Profi oder Laie.

Vorteile auf einen Blick

- > Entstehung und Entwicklung eines weltweit einzigartigen Modells
- > Bestandene und anstehende Herausforderungen für die betriebliche Mitbestimmung

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf www.bund-verlag.de/6934 2. Daten eingeben 3. Absenden oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	6934-5	Däubler / Kittner Geschichte der Betriebsverfassung	48,-

Absender: Frau Herr

Name / Vorname:

Firma / Funktion:

Straße / Nr.:

PLZ / Ort:

Telefon:

E-Mail:

Datum / Unterschrift:

Postfach
60424 Frankfurt am MainInfotelefon:
069 / 79 50 10-20Fax:
069 / 79 50 10-11E-Mail:
kontakt@bund-verlag.de

www.bund-verlag.de

Immer topaktuell informiert sein

- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Betriebsräte** nutzen.
 Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Personalräte** nutzen.
 Den Newsletter kann ich jederzeit wieder abbestellen.