

Mandantenbrief 1/2015

Themenauswahl:

1. *Strafrechtliche Untreue des Managements bei Fehlentscheidungen*
2. *Keine außerordentliche Kündigung wegen sexueller Belästigung bei ehrlicher Reue des Täters*
3. *Wer ist Adressat des Widerspruchs bei mehreren Betriebsübergängen?*
4. *Ausscheiden eines Arbeitnehmers – Müssen Fotos und Videos des Ausgeschiedenen von der Homepage entfernt werden?*
5. *Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Übernahme eines Zeitarbeiters*
6. *Was gehört zum Mindestlohn? – Der EuGH stellt einiges klar*
7. *Neues aus der AG Werkverträge und Zeitarbeit - AWZ*

1. *Strafrechtliche Untreue des Managements bei Fehlentscheidungen*

Zunächst möchten wir unsere verehrte Mandantschaft auf zwei strafgerichtliche Urteile zur Untreue verweisen, die durch die Presse gingen und für die Managementebene nachdenklich stimmen. Im HSH-Verfahren vor dem LG Hamburg wurden die Mitglieder des Vorstands der HSH Nordbank AG wegen Untreue zu Lasten der Landesbank angeklagt. Ihnen wurde vorgeworfen, im Dezember 2007 eine komplexe Transaktion genehmigt zu haben. Das Verfahren endete mit Einstellung nach § 153a StPO gegen Zahlung von Geldauflagen.

Im Bayern LB-Verfahren kam der Vorstand der Bayern LB vor Gericht, aufgrund der Fehlentscheidung, die Bank Hypo Alpe Adria gekauft zu haben. Die Bank stellte sich als marode heraus und wurde zum Milliardengrab.

In beiden Verfahren ging es zwar um die Vorstände von Landesbanken. Juristisch ist es jedoch unerheblich, ob der Vorstand einer Bank eine Fehlentscheidung getroffen hat oder der Geschäftsführer einer GmbH. Das Grundproblem liegt in der Weite des Untreuetatbestands. Dieser verlangt hauptsächlich eine Vermögensbetreuungspflicht, die bei jedem Geschäftsführer gegeben ist sowie das Merkmal eines Vermögensschadens, der bei einer unternehmerischen Fehlentscheidung regelmäßig die zwingende Folge sein wird. Das einzig streitige Merkmal von objektiver Seite wird hier die Pflichtwidrigkeit sein, also ob die Verletzung der Vermögensbetreuung pflichtwidrig erfolgte.

Die Rechtsprechung des BGH erkennt zwar hier an, dass Manager Risikoentscheidungen treffen müs-

sen und jede wirtschaftliche Entscheidung das Risiko des Scheiterns birgt. Von daher kommt bei Risikogeschäften eine Strafbarkeit nur dann in Betracht, wenn die getroffene wirtschaftliche Entscheidung nicht mehr vertretbar war. Allerdings ist dies nur die eine Seite der Medaille. Die andere Seite der Medaille besteht nämlich darin, dass für strafrechtliche Ermittlungsverfahren ein bloßer Verdacht genügt und die Staatsanwälte eine Rückschau vornehmen. Es sind somit alle Fakten und auch das Ergebnis der Fehlentscheidung bekannt. Die Ermittler können sich daher nicht in eine ungetrübte ex ante Sicht des Geschäftsführers versetzen. Da zudem ein bloßer Verdacht ausreicht können entsprechende Zwangsmaßnahmen wie Dursuchungsbeschlüsse festgesetzt werden, die regelmäßig zu einer Vorverurteilung durch die Presse führen.

Für die Manager kommt noch erschwerend die lange Verfahrensdauer hinzu. Bei den skizzierten Urteilen wurden die Entscheidungen im Jahr 2007 getroffen und erst nach ca. sieben Jahren eine gerichtliche Entscheidung herbeigeführt. Während dieser ganzen Zeit sind die Betroffenen in ihren Handlungen stark eingeschränkt. Ihnen haftet immer der Makel einer strafrechtlichen Untreue an, und künftige Fortschritte sind während dieser Zeit nicht denkbar.

Der Geschäftsleitung wird daher empfohlen, entsprechende unternehmerische Entscheidungen intensiv zu prüfen, sich gegebenenfalls Rat von Experten einzuholen und dies auch umfassend zu dokumentieren, um im Streitfall eine Pflichtwidrigkeit zu verneinen.

2. Keine außerordentliche Kündigung wegen sexueller Belästigung bei ehrlicher Reue des Täters

Mit Urteil vom 20.11.2014 hatte das BAG den Fall einer außerordentlichen Kündigung eines Arbeitnehmers wegen sexueller Belästigung zu entscheiden. Der Kläger hatte eine Mitarbeiterin eines Drittunternehmens im Waschraum während eines gemeinsamen Gesprächs auf ihren schönen Busen hingewiesen und sie dann an der Brust berührt. Die Frau wies dies zurück und der Kläger ließ sofort von ihr ab. Er zog sich um und verließ den Sozialraum. Die Frau arbeitete weiter. Später schilderte sie den Vorfall ihrem Arbeitgeber, der sich an den Arbeitgeber des Klägers wandte. Der Kläger wurde zu einem Gespräch gebeten und gestand den Vorfall ein. Er erklärte, er habe sich eine Sekunde lang vergessen und bereue seine Tat. Zugleich versicherte er, dass sich derartiges nicht mehr wiederholen würde. Mit Schreiben vom gleichen Tag wurde das Arbeitsverhältnis außerordentlich und mit sofortiger Wirkung gekündigt.

Im Nachgang entschuldigte sich der Kläger bei der Frau und zahlte im Rahmen eines Täter-Opfer-Ausgleichs ein Schmerzensgeld. Die Frau nahm dies an und erklärte die Angelegenheit für erledigt. Insbesondere habe sie kein Interesse mehr an einer Strafverfolgung. Das Ermittlungsverfahren gegen den Kläger wurde daraufhin eingestellt. Im folgenden Kündigungsprozess war die Frage zu klären, ob die Kündigung aufgrund der sexuellen Belästigung gerechtfertigt war.

Das BAG hielt im Urteil vom 20.11.2014 – 2 AZR 651/13 hierzu fest, dass sowohl die Bemerkung sexuellen Inhalts als auch die sexuell bestimmte körperliche Berührung eine sexuelle Belästigung darstellen. Hierunter kann auch eine einmalige sexuell bestimmte Verhaltensweise fallen. Das BAG hält weiter fest, dass der Arbeitgeber bezüglich der angemessenen arbeitsrechtlichen Maßnahmen ein Auswahlermessen hat. Dies ist jedoch insoweit eingeschränkt, als der Arbeitgeber die Benachteiligung zu unterbinden hat. Insoweit kommen nur Maßnahmen in Betracht, von denen der Arbeitgeber annehmen darf, dass sie Nachteile auch für die Zukunft ausschließen, also eine Wiederholung nicht erfolgen wird.

Allerdings geht das BAG dann im Folgenden davon aus, dass steuerbares Verhalten vorliegt und eine Abmahnung ausnahmsweise ausgereicht hätte. Zunächst hielt das BAG fest, dass eine Verhaltensänderung nach der Abmahnung zukünftig zu erwarten war. Der Kläger hatte im Gespräch mit seinem Arbeitgeber klargestellt, dass es ein einmaliges Augenblicksversagen war. Er teilte mit, er habe sich für seine Tat geschämt und sie ehrlich bereut. Er gab auch während der Tat zu erkennen, dass er seine Fehleinschätzung sofort erkannte und augenblicklich von der Frau abließ, als diese ihm dies zeigte. Zudem war der Kläger auch nicht unwillig, sein künftiges Verhalten zu ändern. Hinzu kam, dass der Kläger im Personalgespräch die Tat gleich einräumte und diese nicht, da

im Waschraum keine Zeugen waren, zunächst bestritt. Darauf wiesen auch das Entschuldigungsschreiben und der Täter-Opfer-Ausgleich unter Zahlung eines Schmerzensgelds für die Frau hin.

Im vorliegenden Fall reichte somit die sehr gewichtige Pflichtverletzung nicht aus. Entscheidend war die Verhältnismäßigkeits- und Interessenabwägungsprüfung. Arbeitgeber sollten daher vorher prüfen, ob es bereits eine einschlägige Abmahnung gibt und welches Nachtatverhalten der Kläger an den Tag legt.

3. Wer ist Adressat des Widerspruchs bei mehreren Betriebsübergängen?

In zwei Entscheidungen vom 24.04.2014 – 8 AZR 369/13 und 11.12.2014 – 8 AZR 943/13 hatte das BAG u.a. zum Adressaten des Widerspruchs bei mehreren Betriebsübergängen zu entscheiden. Der Arbeitnehmer verklagte jeweils seinen früheren Arbeitgeber, nachdem dessen Arbeitsverhältnis nach zwei Betriebsübergängen (vom Beklagten auf die V und von der V auf die T) übergegangen ist. In beiden Fällen erfuhren die Kläger, dass das Unterrichtsschreiben beim Betriebsübergang der Beklagten auf die V fehlerhaft war. Die Kläger vertraten daher die Ansicht, dass wegen der fehlerhaften Unterrichtung die Widerspruchsfrist nach § 613a Abs. 6 BGB nicht zu laufen begonnen habe. Sie klagten daher auf Feststellung, dass zwischen ihnen und ihrem früheren Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis bestand. Beide Klagen hatte das BAG jeweils abgewiesen.

§ 613a BGB sieht nur zwei Widerspruchsmöglichkeiten vor, nämlich gegen den bisherigen Arbeitgeber (V) und den neuen Inhaber (T), nicht jedoch gegenüber dem früheren Arbeitgeber.

Arbeitnehmer müssen daher im Fall derartiger Kettenübergänge immer dem zuletzt erfolgten Übergang des Arbeitsverhältnisses widersprechen und dann den folgenden Übergängen. Erst wenn sie dem durchgehend gefolgt sind, können sie gegen ihren früheren Arbeitgeber vorgehen. Im zweiten Schritt stellt sich dann die Frage der Verwirkung des Widerspruchsrechts. Erforderlich ist hier ein längerer Zeitraum, innerhalb dessen das Widerspruchsrecht nicht geltend gemacht wurde (Zeitmoment) sowie bestimmte Umstände im Verhalten des Arbeitnehmers, die es rechtfertigen, dass die späte Geltendmachung des Widerspruchsrechts als mit Treu und Glauben für unvereinbar zu betrachten ist (Umstandsmoment). Hierbei rechnet die Rechtsprechung zu § 613a Abs. 5 und 6 BGB die Kenntnis bestimmter Umstände dem Betriebserwerber und dem Betriebsveräußerer zu. Hier ist zu befürchten, dass sich über diese Kette auch weitere Betriebserwerber entsprechende Kenntnisse zurechnen lassen müssen.

4. Ausscheiden eines Arbeitnehmers – Müssen Fotos und Videos des Ausgeschiedenen von der Homepage entfernt werden?

Mit Urteil vom 19.02.2015 – 8 AZR 1011/13 hatte das BAG einen Fall zu entscheiden, in dem ein Arbeitnehmer zunächst gegenüber seinem Arbeitgeber sein schriftliches Einverständnis erklärt hatte, in einem Video auf der Homepage des Arbeitgebers abgebildet zu werden. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erklärte der Arbeitnehmer den Widerruf der Einwilligung und forderte den Arbeitgeber auf, das Video aus dem Netz zu nehmen. Zugleich verlangte der Arbeitnehmer Unterlassung und Schmerzensgeld.

Vor dem BAG hatte der Kläger keinen Erfolg. Soweit die Videoaufnahmen der Einwilligung des Klägers bedurften, hatte er diese erteilt. Diese war ohne Einschränkungen gegeben worden und erlosch auch nicht automatisch mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses. Ein späterer Widerruf wäre daher nur bei einem plausiblen Grund gegeben.

Arbeitgeber, die auf ihrer Homepage Fotos oder Videoaufnahmen von Arbeitnehmern zu Werbezwecken stellen, wird daher dringend empfohlen, sich eine schriftliche Einwilligung geben zu lassen. Es besteht sonst die Gefahr, dass sie auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Zudem ist zu berücksichtigen, dass entsprechend professionelle Fotos und Videoaufnahmen sodann neu erstellt werden müssen. Dieses Risiko lässt sich mit einer schriftlichen Einwilligung erheblich minimieren.

5. Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Übernahme eines Zeitarbeiters

Mit Beschluss vom 30.09.2014 – 1 ABR 79/12 hat nun auch der 1. Senat des BAG neben dem 7. Senat bestätigt, dass eine Dauerausleihe eines Zeitarbeiters ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats beim Entleiher begründet. Das BAG hat hiermit seine Rechtsprechung verfestigt. Zwar können einzelne Zeitarbeiter aus einer nicht vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung keine Rechte herleiten, entgegen der teilweisen Ansicht des LAG Baden-Württemberg. Insbesondere steht ihnen kein Anspruch auf Beschäftigung beim Entleiher zu. Allerdings kann der Betriebsrat des Entleihers hier einschreiten und seine Zustimmung verweigern.

Entleiher sollten daher bereits im Rahmen der Vertragsformulierung klar kenntlich machen, dass die Arbeitnehmerüberlassung nur vorübergehend erfolgt.

6. Was gehört zum Mindestlohn? – Der EuGH stellt einiges klar

Mit Urteil vom 12.12.2015, C-396/13 hat der EuGH auf die Vorlagefrage eines finnischen Arbeitsgerichts noch einmal präzisiert, welche Bestandteile

zum Mindestlohn angerechnet werden können und welche nicht.

Zunächst hält der EuGH fest, dass sich dies grundsätzlich nach den Vorschriften des Mitgliedstaats richtet, in den der Arbeitnehmer entsandt wird. Grundsätzlich wird das als Bestandteil des Mindestlohns definiert, was das Verhältnis zwischen der Leistung des Arbeitnehmers und der dafür erhaltenen Gegenleistung nicht nachteilig verändert. Sobald die Leistungen ein Mehr an Arbeit oder Stunden ausgleichen möchten, kann dies nicht bei der Berechnung des Mindestlohns berücksichtigt werden (z.B. Überstundenzuschläge, Leistungsprämien etc.) Im Einzelnen entschied der EuGH folgendes:

- Die Mindestlohntarifverträge können einen Stunden- oder Akkordlohn vorsehen. Zudem können sie nach Lohngruppen unterteilen.
- Bei Tagegeldern ist zu differenzieren, ob sie dem Ausgleich tatsächlich entstandener Kosten dienen, dann dürfen sie nicht angerechnet werden. Soll es dem sozialen Schutz des Arbeitnehmers dienen, indem es den Nachteil ausgleicht, der ihm durch die Entsendung und der damit einhergehenden Entfernung vom gewohnten Umfeld entsteht, ist es Bestandteil des Mindestlohns.
- Die Wegzeitenentschädigung ist ebenfalls anzurechnen, wenn sie als Ausgleich für die Pendelzeit gelten soll, nicht jedoch wenn sie als Erstattung von tatsächlich entstandenen Entsendekosten gedacht ist.
- Unterbringungskosten und Essensgutscheine sind hingegen nicht anrechenbar. Diese Kosten dienen zum Ausgleich tatsächlich entstandener Entsendekosten.

Bezüglich der Urlaubsvergütung stellt der EuGH klar, dass zumindest für Dauer des bezahlten Mindestjahresurlaubs auch der Mindestlohn gewährt werden muss.

Für Rückfragen zu diesen Themen stehen interessierten Arbeitgebern, die Mitarbeiter der Kanzlei zur Verfügung. Zudem wurde eine Informationsbroschüre für Arbeitgeber auf die Homepage www.werkvertrag-zeitarbeit.de zum Thema Mindestlohn gestellt.

7. Neues aus der AG Werkverträge und Zeitarbeit - AWZ

Schließlich möchten wir unsere Mandantschaft noch auf unsere Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit (AWZ) hinweisen. Diese informiert ihre Mitglieder regelmäßig über Themen rund um Werkverträge und Zeitarbeit. Auf der Homepage

www.werkvertrag-zeitarbeit.de finden Sie hierzu unter anderem

- die Positionspapiere der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) zu Werkverträgen und zur Zeitarbeit,
- unsere Stellungnahme zur rechtlich bedenklichen Mindestlohnjagd auf den Transitverkehr durch Deutschland,
- sowie eine Informationsbroschüre für Arbeitgeber zum Mindestlohn nach dem Mindestlohngesetz.

Diese und weitere interessante Informationen stehen Ihnen auf unserer Homepage zur freien Verfügung. Wir würden uns freuen, Sie bald als Mitglied der AWZ begrüßen zu dürfen.

Die Kanzlei Prof. Dr. Tuengerthal und Kollegen berät deutsche und ausländische Unternehmen in allen wirtschaftsrechtlichen Fragen.

Ihre Ansprechpartner:

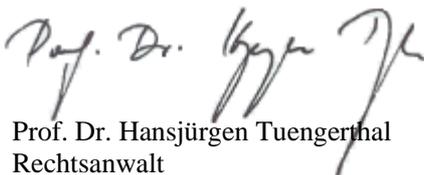
**Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal
Christian Andorfer
Michael Rothenhöfer**

Impressum:

**Kanzlei Prof. Dr. Tuengerthal und Kollegen
Verantwortlicher Redakteur
Christian Andorfer, Rechtsanwalt
M7,3 (Alte Reichsbank)
68161 Mannheim
Tel: +49/621-39180100
Fax: +49/621-3918010-20
E-Mail: hansjuergen@tuengerthal-online.de**

Mannheim den 31.03.2015

Trotz sorgfältiger Erstellung der Unterlagen wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Information stellen kein Rechtsrat dar und können eine einzelfallbezogene anwaltliche Beratung nicht ersetzen.


Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal
Rechtsanwalt


Christian Andorfer
Rechtsanwalt