

# DAS ENTSCHEIDENDE

Informationen aus dem Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht



Februar 2018

## Inhaltsverzeichnis

1. Das neue Entgelttransparenzgesetz
2. Keine Erweiterung der Räum- und Streupflicht durch Gemeindegatzung
3. Markenrechtsverletzung – Verkauf über „Amazon-Marketplace“
4. Rücktritt vom Wettbewerbsverbot wegen Zahlungsverzug
5. Produktivitätskontrolle – Persönlichkeitsrecht
6. Zeitpunkt der Mindestruhezeit für einen Arbeitnehmer
7. XING-Profil – Beschäftigungsverbot während Schwangerschaft
8. Provisionen können Elterngeld erhöhen
9. Studienplatzvergabe für das Fach Humanmedizin teilweise nicht mit dem Grundgesetz vereinbar

**1. Das neue Entgelttransparenzgesetz** Das Entgelttransparenzgesetz gilt seit dem 6.7.2017 und soll für mehr Lohn-gerechtigkeit zwischen Frauen und Männern sorgen. Ab dem 6.1.2018 ist das zentrale Instrument des Gesetzes, der Auskunftsanspruch, in Kraft getreten.

Damit erhalten Frauen und Männer in Betrieben mit mehr als 200 Beschäftigten ein individuelles Auskunftsrecht, um ihre Entlohnung mit der von Kollegen beziehungsweise Kolleginnen mit gleicher Tätigkeit vergleichen zu können. Dieser Auskunftsanspruch bezieht sich aber nicht auf das konkrete Entgelt einzelner Mitarbeiter, sondern auf ein durchschnittliches monatliches Bruttoentgelt von fünf Mitarbeitern des anderen Geschlechts mit gleichen oder vergleichbaren Tätigkeiten.

In der Regel soll der Auskunftsanspruch in tarifgebundenen Unternehmen über die Betriebsräte wahrgenommen werden. In Betrieben ohne Betriebsrat und ohne Tarifvertrag können sich die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer direkt an den Arbeitgeber wenden. Das Gehalt eines bestimmten Mitarbeiters zu erfahren ist nicht möglich.

**2. Keine Erweiterung der Räum- und Streupflicht durch Gemeindegatzung** Die winterliche Räum- und Streupflicht setzt eine konkrete Gefahrenlage, d. h. eine Gefährdung durch Glättebildung bzw. Schneeelag, voraus. Grundvoraussetzung für die Räum- und Streupflicht auf Straßen oder Wegen ist das Vorliegen einer „allgemeinen Glätte“ und nicht nur das Vorhandensein einzelner Glättstellen.

Eine Gemeindegatzung über den Straßenreinigungs- und Winterdienst muss nach gesetzeskonformer Auslegung regelmäßig so verstanden werden, dass keine Leistungspflichten bestehen, die über die Grenze der Zumutbarkeit und Verhältnismäßigkeit hinausgehen. In diesem Zusammenhang kann eine Gemeinde auch keine Räum- und Streupflichten für Anlieger begründen, die über die Anforderungen der sie selbst tref-fenden (allgemeinen) Verkehrssicherungspflicht hinausgehen.

Gibt es in diesem Punkt Unklarheiten in der Gemeindefassung, ist davon auszugehen, dass die Gemeinde mit der Regelung die Anforderungen an die Verkehrssicherungspflichten der Anlieger bei Schnee- und Eisglätte auf Grundlage der bestehenden Gesetzes- und Rechtslage lediglich konkretisieren, jedoch nicht erweitern wollte.

### **3. Markenrechtsverletzung – Verkauf über „Amazon-Marketplace“**

Amazon bietet zum einen direkt Waren an und zum anderen stellt das Unternehmen den sog. „Amazon-Marketplace“ zur Verfügung. Die Artikel im Amazon-Marketplace werden nicht direkt mit Amazon gehandelt, sondern hier wird ein „Marktplatz“ zur Verfügung gestellt, bei dem Drittanbieter ihre Waren anbieten können.

In diesem Zusammenhang hatte das Oberlandesgericht München (OLG) zu entscheiden, ob Amazon bei Markenrechtsverletzungen von geschützten Waren durch Dritte im Bereich des Amazon-Marketplaces haftet.

Das OLG kam zu dem Entschluss, dass Amazon nicht als Täterin, Teilnehmerin oder als Störerin haftet, wenn Dritte über den Marketplace markenrechtlich geschützte Waren vertreiben und dieses eine Markenrechtsverletzung darstellt.

Die Richter führten dazu aus, dass es einem Unternehmen, das eine Vielzahl von Waren für eine Vielzahl von Kunden für den Vertrieb durch diese einlagert, grundsätzlich nicht zuzumuten ist, anlasslos jede von ihm in Besitz genommene Ware auf eine mögliche Rechtsverletzung hin zu untersuchen.

Wird das Unternehmen allerdings auf eine klare Verletzung von Markenrechten hingewiesen, muss es nicht nur den Vertrieb der konkreten Ware verhindern, sondern auch Vorsorge treffen, dass es möglichst nicht zu weiteren derartigen Markenrechtsverletzungen kommt.

### **4. Rücktritt vom Wettbewerbsverbot wegen Zahlungsverzug**

Erklärt der Arbeitnehmer bei Zahlungsverzug des Arbeitgebers – hinsichtlich der vereinbarten Karenzentschädigung – und ergebnisloser Nachfristsetzung, sich künftig nicht mehr an das nachvertragliche Wettbewerbsverbot gebunden zu fühlen, kann hierin eine rechtsgeschäftlich relevante Rücktrittserklärung gesehen werden.

Die Regeln über Leistungsstörungen im gegenseitigen Vertrag finden auf nachvertragliche Wettbewerbsverbote grundsätzlich Anwendung. Damit ist auch eine Rücktrittserklärung für den Fall möglich, dass sich die Gegenseite mit einer Hauptleistung aus dem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot in Verzug befindet.

Die Rücktrittserklärung beseitigt den Anspruch auf die Karenzentschädigung zu dem Zeitpunkt, als diese dem ehemaligen Arbeitgeber zugegangen ist.

### **5. Produktivitätskontrolle – Persönlichkeitsrecht**

Nach dem Betriebsverfassungsgesetz haben Arbeitgeber und Betriebsrat die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer und die Selbstständigkeit und Eigeninitiative der Arbeitnehmer und Arbeitsgruppen zu schützen und zu fördern.

Den Schutz des Persönlichkeitsrechts gebietet weiterhin der Normzweck des Mitbestimmungsrechts bei der Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Er ist darauf gerichtet, Arbeitnehmer vor solchen Beeinträchtigungen ihres Persönlichkeitsrechts durch den Einsatz technischer Überwachungseinrichtungen zu bewahren, die nicht durch schützenswerte Belange des Arbeitgebers zu rechtfertigen oder unverhältnismäßig sind.

Die auf technischem Wege erfolgende Ermittlung und Aufzeichnung von Informationen über Arbeitnehmer bei der Erbringung ihrer Arbeitsleistung bergen die Gefahr in sich, dass sie zum Objekt einer Überwachungstechnik gemacht werden, die anonym personen- oder leistungsbezogene Informationen erhebt, speichert, verknüpft und sichtbar



macht. Die Möglichkeiten, Einzelangaben über eine Person zu erheben, sie zu speichern sowie jederzeit abzurufen, sind geeignet, bei den Betroffenen einen psychischen Anpassungsdruck zu erzeugen, durch den sie in ihrer Freiheit, ihr Handeln aus eigener Selbstbestimmung zu planen und zu gestalten, wesentlich gehemmt werden.

So haben die Richter des Bundesarbeitsgerichts zu einer solchen Sachlage entschieden, dass eine Betriebsvereinbarung über eine „Belastungsstatistik“, die durch eine technische Überwachungseinrichtung dauerhaft die Erfassung, Speicherung und Auswertung einzelner Arbeitsschritte und damit des wesentlichen Arbeitsverhaltens der Arbeitnehmer anhand quantitativer Kriterien während ihrer gesamten Arbeitszeit vorsieht, einen schwerwiegenden Eingriff in deren Persönlichkeitsrecht darstellt. Ein solcher Eingriff ist nicht durch überwiegend schutzwürdige Belange des Arbeitgebers gedeckt.

**6. Zeitpunkt der Mindestruhezeit für einen Arbeitnehmer** Nach der Arbeitszeitrichtlinie der Europäischen Union hat jeder Arbeitnehmer pro Siebentageszeitraum Anspruch auf eine kontinuierliche Mindestruhezeit von 24 Stunden zuzüglich der täglichen Ruhezeit von elf Stunden. In dieser Richtlinie ist jedoch nur die Mindestruhezeit festgelegt, aber nicht zu welchem Zeitpunkt diese Mindestruhezeit zu gewähren ist.

Was den Zusammenhang betrifft, in dem die Wendung „pro Siebentageszeitraum“ verwendet wird, ist der Europäische Gerichtshof (EuGH) der Ansicht, dass dieser Zeitraum als Bezugszeitraum angesehen werden kann, d. h. als ein fester Zeitraum, innerhalb dessen eine bestimmte Anzahl aufeinanderfolgender Ruhestunden zu gewähren ist, unabhängig vom Zeitpunkt, zu dem diese Ruhestunden gewährt werden. Daher entschieden die Richter des EuGH, dass die wöchentliche Ruhezeit für Arbeitnehmer nicht notwendigerweise an dem auf sechs aufeinanderfolgende Arbeitstage folgenden Tag gewährt werden muss, sondern an jedem beliebigen Tag innerhalb jedes Siebentageszeitraums.

Im Hinblick auf das Ziel der Richtlinie erinnerten die EuGH-Richter daran, dass diese den Zweck verfolgt, die Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer wirksam zu schützen. Jedem Arbeitnehmer müssen also angemessene Ruhezeiten zur Verfügung stehen. Allerdings lässt die Richtlinie für ihre Umsetzung eine gewisse Flexibilität zu und räumt in Bezug auf die Festsetzung des Zeitpunkts, zu dem diese Mindestruhezeit zu gewähren ist, ein Ermessen ein. Danach können Arbeitnehmer zur Arbeit an bis zu 12 Tagen am Stück verpflichtet werden.

**7. XING-Profil – Beschäftigungsverbot während Schwangerschaft** Das Vorhalten eines Nutzerprofils bei XING stellt kein Indiz für eine Nebentätigkeit dar. Daher kann die Kündigung einer Schwangeren Entschädigungsansprüche nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz auslösen. Das entschieden die Richter des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg in ihrem Urteil v. 13.7.2017.

Im entschiedenen Fall sprach die Frauenärztin einer Schwangeren ein Beschäftigungsverbot bis zum Mutterschutz aus. Der Arbeitgeber verweigerte jedoch die Weiterzahlung mit der Begründung, dass die Schwangere ein Nutzerprofil bei XING führt und deshalb nicht davon auszugehen ist, dass die Arbeitnehmerin nicht arbeiten kann.

Der Anspruch auf Mutterschutzlohn nach dem Mutterschutzgesetz (MuSchG) besteht grundsätzlich, wenn allein das mutterschutzrechtliche Beschäftigungsverbot dazu führt, dass die Schwangere mit der Arbeit aussetzt. Sie genügt ihrer Darlegungslast zur Suspendierung der Arbeitspflicht und zur Begründung eines Anspruchs nach dem MuSchG durch Vorlage der ärztlichen Bescheinigung über das Beschäftigungsverbot.

Das MuSchG hindert aber den Arbeitgeber nicht, Umstände darzulegen, die den Schluss zulassen, dass ein Beschäftigungsverbot auf unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen beruht. Das Vorhandensein eines Profils im Internet-Portal XING stellt nach Auffassung des LAG aber keinen solchen Umstand dar. Einer schwangeren Arbeitnehmerin ist es nicht untersagt, sich während eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots für eine andere Arbeit zu interessieren. Erst die tatsächliche Aufnahme einer Tätigkeit spricht für die Unrichtigkeit des Beschäftigungsverbots.



**8. Provisionen können Elterngeld erhöhen** Provisionen, die der Arbeitgeber im Bemessungszeitraum vor der Geburt des Kindes zahlt, können das Elterngeld erhöhen, **wenn sie als laufender Arbeitslohn gezahlt werden. Werden Provisionen hingegen als sonstige Bezüge gezahlt, erhöhen sie das Elterngeld nicht.** Dies hat das Bundessozialgericht am 14.12.2017 entschieden.

In dem zu beurteilenden Fall erzielte ein Arbeitnehmer im Jahr vor der Geburt seines Kindes aus seiner Beschäftigung als Berater neben einem monatlich gleichbleibenden Gehalt auch quartalsweise gezahlte Prämien („Quartalsprovisionen“). Seine Gehaltsmitteilungen wiesen die Prämien als sonstige Bezüge im lohnsteuerrechtlichen Sinne aus. Das Elterngeld wurde bewilligt, ohne die quartalsweise gezahlten Prämien zu berücksichtigen. Der Vater verlangte jedoch die Berücksichtigung der Prämien.

Das Bundessozialgericht sah das jedoch anders und stellte fest, dass die quartalsweise gezahlten Provisionen bei der Berechnung des Elterngeldes nicht zu berücksichtigen sind, weil sie nicht laufend, sondern nur quartalsweise gezahlt wurden.

**9. Studienplatzvergabe für das Fach Humanmedizin teilweise nicht mit dem Grundgesetz vereinbar** Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) entschied mit seinen Urteilen vom 19.12.2017, dass die bundes- und landesgesetzlichen Vorschriften über das Verfahren zur Vergabe von Studienplätzen an staatlichen Hochschulen, soweit sie die Zulassung zum Studium der Humanmedizin betreffen, teilweise mit dem Grundgesetz unvereinbar sind. Der Gesetzgeber muss nunmehr eine Neuregelung bis zum 31.12.2019 treffen.

In seiner Begründung führte das BVerfG aus, dass das Abstellen auf die Durchschnittsnote der Hochschulzugangsberechtigung für einen Anteil von 20 % der in den Hauptquoten zu vergebenden Studienplätze (Abiturbestenquote) keinen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt. Demgegenüber ist im Rahmen der Abiturbestenquote die vorrangige Berücksichtigung von obligatorisch anzugebenden Ortswünschen mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die gleiche Teilhabe nicht vereinbar. Denn das Kriterium der Abiturdurchschnittsnote wird als Maßstab für die Eignung durch den Rang des Ortswunsches überlagert und entwertet. Die Chancen der Abiturienten auf einen Studienplatz hängen danach in erster Linie davon ab, welchen Ortswunsch sie angegeben haben und nur in zweiter Linie von ihrer Eignung für das Studium. Dies ist verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.

Der Gesetzgeber sieht für weitere 60 % der in den Hauptquoten zu vergebenden Studienplätze ein Auswahlverfahren der Hochschulen vor. Die Regelung dieses Verfahrens wird den Anforderungen des Vorbehalts des Gesetzes nicht gerecht.

Schließlich sieht der Gesetzgeber für einen Anteil von 20 % der in den Hauptquoten zu vergebenden Studienplätze die Vergabe nach Wartezeit vor (Wartezeitquote). Die Bildung einer solchen Wartezeitquote ist verfassungsrechtlich nicht unzulässig. Als verfassungswidrig erweist es sich, dass der Gesetzgeber die Wartezeit in ihrer Dauer nicht angemessen begrenzt hat.



**Basiszinssatz:**  
(§ 247 Abs. 1 BGB)

seit 1.7.2016 = -0,88 %; 1.1.2015 – 30.6.2016 = -0,83 %; 1.7.2014 – 31.12.2014 = -0,73 %  
Ältere Basiszinssätze finden Sie im Internet unter: <http://www.bundesbank.de> und dort unter „Basiszinssatz“.

**Verzugszinssatz:**  
(§ 288 BGB seit 1.1.2002)

Rechtsgeschäfte mit Verbrauchern:	Basiszinssatz + 5-%-Punkte
Rechtsgeschäfte mit Nichtverbrauchern (abgeschlossen bis 28.7.2014):	Basiszinssatz + 8-%-Punkte
(abgeschlossen ab 29.7.2014):	Basiszinssatz + 9-%-Punkte zzgl. 40 € Pauschale

**Verbraucherpreisindex: 2010 = 100**

2017: November = 109,9; Oktober = 109,6; September = 109,6; August = 109,5; Juli = 109,4; Juni = 109,0; Mai = 108,8; April = 109,0; März = 109,0; Februar = 108,8; Januar = 108,1

Ältere Verbraucherpreisindizes finden Sie im Internet unter: <http://www.destatis.de> – Zahlen und Fakten – Konjunkturindikatoren

Bitte beachten Sie, dass dieses Informationsschreiben eine individuelle Beratung nicht ersetzen kann!  
Eventuelle Änderungen, die nach Ausarbeitung dieses Schreibens erfolgen, werden erst in der nächsten Ausgabe berücksichtigt.  
Trotz sorgfältiger und gewissenhafter Bearbeitung aller Beiträge übernehmen wir keine Haftung für den Inhalt.