

Dezember 2019



Liebe Leserinnen, liebe Leser,

das Bundessozialgericht hat in der ersten Jahreshälfte 2019 nun endgültig die Büchse der Pandora geöffnet: In 17 Entscheidungen war die Frage zu klären, inwieweit ärztliches Krankenhauspersonal selbstständige Honorarkräfte sind, oder eben nicht. Die Kollegin aus der Kompetenzgruppe Medizinrecht und die Kollegen aus der Kompetenzgruppe Wirtschafts- und Steuerstrafrecht schließen mit dieser Frage direkt an die Kompetenzgruppe Arbeitsrecht an.

Aus diesem Fachbereich werden spannende Fragen u. a. zur weiteren Entwicklung des Urlaubsrechts durch den EuGH beantwortet, was es mit dem „Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen“, welches im April 2019 in Kraft getreten ist, auf sich hat und was der Grundsatz des „fairen Verhandelns“ nach den Ausführungen des BAG fordert.

Die Kolleginnen und Kollegen aus der Kompetenzgruppe Wirtschafts- und Steuerstrafrecht schauen darüber hinaus noch ins Geldwäschegegesetz und beleuchten den Hoeneß Prozess erneut.

International schauen wir u. a. nach China und in die USA und berichten aus unserem internationalen Netzwerk PANGEA.

Wir wünschen Ihnen viel Spaß bei der Lektüre, eine schöne Weihnachtszeit und alles Gute für das Jahr 2020.

Herzlichst
Ihr BRANDI Team

Die nächsten Veranstaltungen



12. Arbeitsrechtsseminar

07. Februar 2020 in Hannover von 09:00 Uhr bis 13:00 Uhr
Leonardo Hotel Hannover
Tiergartenstr. 117 | 30559 Hannover

14. Februar 2020 in Bielefeld von 09:00 Uhr bis 13:00 Uhr
LENKWERK Bielefeld
Am Stadtholz 24-26 | 33609 Bielefeld

Programm

- Aktuelle Entwicklungen im Urlaubsrecht
- Dienstreisen und Entsendungen ins Ausland
- Häufige Fehler bei der betriebsbedingten Kündigung
- Fallen im Befristungsrecht
- Haftung der Arbeitnehmer

Inhalt

Seite

Die nächsten Veranstaltungen

2

Arbeitsrecht

4

Dr. Sören Kramer

Dotierung eines Sozialplans – Inanspruchnahme der Konzernmutter

4

Das neue Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen – Handlungsempfehlungen aus Sicht des Arbeitsrechts

4

Weiterentwicklung des Urlaubsrechts durch den EuGH

5

Dr. Robert Lepsiens

Gebot fairen Verhandelns bei Aufhebungsverträgen

5

Dr. Rainer Krüger

Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung – Erleichterungen und Klarheit durch Urteil des BAG vom 13.12.2018

6

Dr. Andrea Pirscher

Oft übersehen: Beteiligung des Betriebsrats bei der Personalplanung

7

Dr. Sandra Vyas

Aktuelle Urteile zum Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst

8

Update zum Vorbeschäftigteverbot bei Befristungen

9

Björn Mai

EuGH-Urteil zur Arbeitszeiterfassung

10

Bernd Kaufhold

Abgrenzung selbstständige Tätigkeit/Arbeitnehmerstellung – Bedeutung des Rahmenvertrages

11

Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

12

Rüdiger Hitz

Das Abzugsverbot nützlicher Aufwendungen

12

Auch Umsatzsteuerhinterzieher haben Eingangsrechnung aufzubewahren!

12

Jaqueline Maria Bohrßen

Verschärfungen im Geldwäschegegesetz – bin ich betroffen?

12

Christopher Jones

Gut informiert am Stammtisch

14

Medizinrecht

16

Miriam L. Germer, M.L.E. | Rüdiger Hitz

Honorarärzte im Krankenhaus sind regelmäßig sozialversicherungspflichtig!

16

Internationales Recht

18

Dr. Nils Wigginghaus

VR China: Neues Gesetz über ausländische Investitionen tritt am 1.1.2020 in Kraft – Auswirkungen auch auf bestehende chinesische Tochtergesellschaften

18

Schadensersatz für unzulässige Klage in den USA? – Schlägt der Bundesgerichtshof ein neues Kapitel im deutsch-amerikanischen Justizkonflikt auf?

19

Dr. Birgit Jaenicke

Litigating in the civil courts ...

21

Die Autoren

22

Arbeitsrecht

Dr. Sören Kramer

Dotierung eines Sozialplans – Inanspruchnahme der Konzernmutter

Werden im Rahmen einer Betriebsänderung, also z. B. bei einer Stilllegung oder wesentlichen Einschränkung eines Betriebes, Mitarbeiter entlassen, ist die Höhe von Abfindungszahlungen an die gekündigten Arbeitnehmer in der Regel der wesentliche Streitpunkt in den Verhandlungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber. Wenn der Arbeitgeber aufgrund einer wirtschaftlichen Zwangslage für die Dotierung des Sozialplanes nur ein begrenztes Budget zur Verfügung stellen kann, fordern Betriebsräte typischerweise, die Muttergesellschaft des Arbeitgebers möge für die gewünschte höhere Dotierung des Sozialplanes einstehen. Wird dann ein solcher Sozialplan durch Spruch der Einigungsstelle verabschiedet, stellt sich im anschließenden Anfechtungsverfahren die rechtliche Frage, ob dieser sogenannte „Berechnungsdurchgriff“ auf die Konzernmutter zulässig ist.

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat mit Beschluss vom 18. Oktober 2018 klargestellt, dass ein solcher Berechnungsdurchgriff eine eng abgegrenzte Ausnahme ist. Im Regelfall kann der Betriebsrat nicht verlangen, dass die gegebenenfalls wirtschaftlich besser gestellte Muttergesellschaft Sozialplanabfindungen mitfinanziert.

Ein Berechnungsdurchgriff komme nur ausnahmsweise in Betracht, wenn Weisungen der Konzernmutter die schlechte wirtschaftliche Situation der Arbeitgebergesellschaft erst herbeigeführt haben. Auch „funktionswidrige Vermögensverschiebungen“ zulasten des Vermögens der Arbeitgebergesellschaft ließen einen Berechnungsdurchgriff zu; das LAG hat hier den Fall vor Augen, dass die Muttergesellschaft das Vermögen der Arbeitgeberin durch erhebliche Entnahmen systematisch über einen langen Zeitraum geschmälert hat mit der Folge, dass nunmehr keine finanziellen Mittel mehr für die angemessene Dotierung eines Sozialplanes zur Verfügung stehen.

Der im Verfahren vor dem Landesarbeitsgericht unterlegene Betriebsrat hat Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidung zum Bundesarbeitsgericht eingelegt. Bis zu einer die Instanzen abschließenden Entscheidung des höchsten deutschen Arbeitsgerichtes bleibt es aber dabei, dass eine Muttergesellschaft im Konzern nur ausnahmsweise für die Dotierung eines Sozialplanes mit ihrem eigenen Vermögen herangezogen werden kann.

Dr. Sören Kramer

Das neue Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen – Handlungsempfehlungen aus Sicht des Arbeitsrechts

Der Schutz des betrieblichen Know-hows ist eine zentrale unternehmerische Aufgabe. Der Streit um den Schutz betrieblicher Geheimnisse mit (ausgeschiedenen) Arbeitnehmern oder (ehemaligen) Geschäftspartnern (z. B. Lieferanten oder Kunden) hat damit für das Unternehmen häufig eine existenzielle Bedeutung.

Dieser Streit wird ab sofort unter geänderten rechtlichen Vorzeichen geführt werden: Am 26. April 2019 ist das „Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen“ in Kraft getreten. Mit diesem Gesetz setzt der deutsche Gesetzgeber – wieder einmal verspätet – eine EU-Richtlinie um. Neben verschiedenen strafrechtlichen und zivilrechtlichen Sanktionen, mit denen einer Verletzung von Geschäftsgeheimnissen begegnet werden kann, bietet das

neue Gesetz erstmals eine verbindliche Definition des Begriffes „Geschäftsgeheimnis“. Während bislang die Rechtsprechung ein Geschäftsgeheimnis immer dann annahm, wenn der Inhaber seinen Geheimhaltungswillen irgendwie – objektiv nachprüfbar – zum Ausdruck gebracht hatte, ist die neue gesetzliche Definition wesentlich enger:

Ein Geschäftsgeheimnis ist damit eine geheimhaltungsbedürftige Information, die „Gegenstand von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen [...]“ ist. Ob eine Information als Geschäftsgeheimnis durch strafrechtliche und zivilrechtliche Sanktionen geschützt ist, hängt also konstitutiv zunächst davon ab, dass der Inhaber des Geheimnisses angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen nachweisen kann. Anders gewendet: Wer sensible Informationen nicht angemessen schützt, kann sich gegenüber Dritten nicht auf den Geheimnisschutz berufen!

Als Geheimhaltungsmaßnahmen kommen selbstverständlich zunächst technische bzw. physische Maßnahmen in Betracht. Der Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses wird also typischerweise den Zugang zu den geheimhaltungsbedürftigen Informationen auf einen möglichst engen Kreis von unternehmensangehörigen bzw. externen Personen begrenzen („Need-to-know“-Prinzip) und unbefugten Zugriff auf das Geheimnis durch technische Maßnahmen (beginnend beim guten alten Tresor bis hin zu elektronischen oder biometrischen Zugangsschranken) verhindern. Welche Maßnahmen insoweit angemessen im Sinne des Gesetzes sind, hängt von der Art der Information, vom Wert des Geschäftsgeheimnisses und von dessen Bedeutung für das Unternehmen ab. Schematische Lösungen verbieten sich. Jeder Unternehmer ist aufgerufen, seine Geschäftsgeheimnisse zu definieren, eine Bestandsaufnahme hinsichtlich der vorhandenen Geheimhaltungsmaßnahmen durchzuführen und hieraus gegebenenfalls Handlungsnotwendigkeiten abzuleiten.

Da typischerweise gerade auch die Arbeitnehmer des Unternehmens (notwendigerweise) Zugriff auf Geschäftsgeheimnisse haben, sollen nachstehend arbeitsrechtliche Instrumentarien zum Geheimnisschutz beleuchtet werden:

1. Die technischen und physischen Geheimhaltungsmaßnahmen können im Regelfall durch Ausübung des arbeitgeberseitigen Weisungsrechts schnell umgesetzt werden. Da im Falle einer zivilrechtlichen Auseinandersetzung bzw. im Fall eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens der Geheimnissinhaber beweisen muss, welche Geheimhaltungsmaßnahmen er getroffen hat, sollten Weisungen insbesondere an wichtige Know-how-Träger unbedingt schriftlich (und gegen Empfangsquitte) erfolgen. Alle Mitarbeiter, die mit Geschäftsgeheimnissen in Kontakt kommen, sollten regelmäßig über die kritischen Informationen, die hieraus resultierenden Vertraulichkeitsverpflichtungen und über die technischen Sicherheitsmaßnahmen belehrt werden. Die Belehrungen sind zu dokumentieren.

2. In die Arbeitsverträge sind – jedenfalls bei Neuabschluss – Verschwiegenheitsklauseln aufzunehmen. Hierbei ist zu differenzieren: Bei Mitarbeitern, die typischerweise nicht mit sensiblen Informationen arbeiten, dürften Standardklauseln zur Verschwiegenheit im Arbeitsvertrag ausreichen. Bei besonderen Know-how-Trägern sind „maßgeschneiderte“ Verschwiegenheitsregelungen im Arbeitsvertrag vorzusehen. Dies gilt

z. B. für die Mitarbeiter der Forschungs- und Entwicklungsabteilung und für führende Mitarbeiter im Vertrieb und im Einkauf. Besonderen rechtlichen Anforderungen unterliegen weiterhin Verschwiegenheitsklauseln, die sich auch auf die Zeit nach der Vertragsbeendigung erstrecken. Da in diesen Fällen eine allgemeine Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers nicht mehr besteht, müssen die weiterhin geheimzuhaltenden Informationen im Arbeitsvertrag möglichst bestimmt beschrieben werden. Häufig zu lesende Standardklauseln, wonach die allgemeine Verschwiegenheitspflicht sich auch auf die Zeit nach Vertragsende erstreckt, sind unwirksam, da sie den Arbeitnehmer unangemessen in seinem beruflichen Fortkommen hindern.

3. Ein etwa vorhandener Betriebsrat ist zur Mitbestimmung aufgerufen, wenn die Schutzmaßnahmen das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer betreffen oder wenn es sich hierbei um technische Überwachungsmaßnahmen handelt. So unterliegen Videoüberwachungen ebenso dem Mitbestimmungsrecht wie technische Schließvorrichtungen oder die Einführung von Mitarbeiterausweisen. Da Betriebsvereinbarungen unabhängig von etwaigen vertraglichen Vereinbarungen unmittelbar und zwingend für jedes einzelne Arbeitsverhältnis gelten, sollte über die Frage nachgedacht werden, ob nicht der Geheimnisschutz insgesamt in einer umfassenden Betriebsvereinbarung geregelt werden kann. Leitende Angestellte unterliegen den Betriebsvereinbarungen nicht. Hier bedarf es in jedem Falle eingehender vertraglicher Regelungen.

Unabhängig vom Inkrafttreten des neuen Gesetzes bleiben Vertraulichkeitsverpflichtungen, die kraft Arbeitsvertrages oder kraft Gesetzes gelten, natürlich in Kraft. Die vorstehend beschriebenen Maßnahmen dienen damit nicht primär der Vorbereitung etwaiger arbeitsrechtlicher Sanktionen, sondern sind als angemessene Schutzmaßnahmen zwingende Voraussetzung dafür, dass überhaupt ein Geschäftsgeheimnis existiert, das gegenüber Dritten durch zivilrechtliche oder strafrechtliche Maßnahmen geschützt werden kann.

Dr. Sören Kramer

Weiterentwicklung des Urlaubsrechts durch den EuGH

Mit mehreren spektakulären Entscheidungen hat der Europäische Gerichtshof in Luxemburg Ende vergangenen Jahres auch das deutsche Urlaubsrecht in zwei Punkten entscheidend fortentwickelt:

1. Bislang war es Sache des Arbeitnehmers, seinen Urlaub rechtzeitig zu beantragen und auf diese Weise dafür zu sorgen, dass Urlaubsansprüche nicht verfallen. Der EuGH ist der Auffassung, dass diese bislang in Deutschland geltende Rechtspraxis mit den Regelungen der „Urlaubsrichtlinie“ der Europäischen Union nicht vereinbar ist: Urlaub dürfe nicht schon deshalb verloren gehen, weil der Arbeitnehmer entweder vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder vor Ablauf des jeweiligen Urlaubsjahres bzw. Übertragungszeitraumes den Urlaub nicht förmlich beantragt habe. Der Arbeitnehmer sei die schwächere Partei des Arbeitsverhältnisses. Der EuGH sieht den Arbeitgeber aus diesem Grunde in der Pflicht, den Arbeitnehmer in die Lage zu versetzen, den Urlaub rechtzeitig zu beantragen. Nach Auffassung des EuGH hat dies durch eine entsprechende Aufklärung des Arbeitnehmers zu geschehen. Hierzu müsse der Arbeitgeber den Arbeitnehmer rechtzeitig auf bestehenden restlichen Urlaub hinweisen und ihn auffordern, den bezahlten Jahresurlaub zu nehmen. Der Arbeitgeber hat dies mit dem Hinweis zu verbinden, dass etwaiger nicht genommener Urlaub am Ende des Urlaubsjahres bzw. Übertragungszeitraumes verfalle. Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofes muss der Arbeitgeber beweisen, dass eine entsprechende Aufklärung erfolgt ist.

Für die Personalverantwortlichen in den Unternehmen bedeutet dies, dass ab sofort rechtzeitig entsprechende Informationen an die Arbeitnehmer zu veranlassen sind und zwar

- standardmäßig zum Ablauf des jeweiligen Urlaubsjahres (Jahresende) bzw. jedenfalls zum Ablauf des Übertragungszeitraumes (in der Regel 31.03. des Folgejahres) und
 - immer dann, wenn die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses ansteht und zwar gleich ob infolge Kündigung, Aufhebungsvertrages oder Eintritts in den Ruhestand.
2. Ansprüche auf Urlaubsabgeltung sind umfassend vererblich. Bislang galt dies für Ansprüche auf Urlaubsabgeltung, die zu Lebzeiten des Arbeitnehmers entstanden waren. In diesen Fällen endete das Arbeitsverhältnis zu Lebzeiten des Arbeitnehmers. Mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstanden finanzielle Ansprüche auf Abgeltung des restlichen Urlaubs. Verstarb der Arbeitnehmer anschließend, konnten die Erben die Urlaubsabgeltungsansprüche gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen.

Der EuGH hat diese Berechtigung der Erben nunmehr auch für den Fall angenommen, dass das Arbeitsverhältnis erst durch den Tod des Arbeitnehmers endet. Ansprüche auf Urlaubsabgeltung entstehen dann erst mit dem Tod des Arbeitnehmers, sollen aber gleichwohl kraft Erbfolge auf die Erben übergehen. Zur ordnungsgemäßen Abrechnung eines Arbeitsverhältnisses im Falle des Todes des Arbeitnehmers gehört damit nicht nur die Auszahlung der restlichen Vergütung, sondern auch die finanzielle Abgeltung etwa noch existierender Urlaubsansprüche. Arbeitgeber sind allerdings gut beraten, sich die Berechtigung der Erben förmlich nachweisen zu lassen, etwa durch Vorlage eines Erbscheins.

Dr. Robert Lepsiens

Gebot fairen Verhandelns bei Aufhebungsverträgen

Der Sachverhalt ist einfach: Eine als Reinigungshilfe beschäftigte Arbeitnehmerin wurde nach ihrer Darstellung während einer Erkrankung von ihrem Arbeitgeber zu Hause aufgesucht und dazu gedrängt, einen Aufhebungsvertrag zu unterzeichnen. Mit dem Aufhebungsvertrag wurde das Arbeitsverhältnis zum Ablauf desselben Tages ohne Zahlung einer Abfindung aufgelöst. Die zu dieser Zeit bettlägerige Arbeitnehmerin habe den Vertrag unter dem Einfluss von Schmerzmitteln „im Tran“ unterschrieben und erst hinterher bemerkt, was sie da gemacht habe. Die Arbeitnehmerin ließ den Aufhebungsvertrag einige Tage später wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und Drohung anfechten und machte vor dem Arbeitsgericht dessen Unwirksamkeit geltend.

Das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht wiesen die Klage der Arbeitnehmerin ab, da diese sich bei Unterzeichnung des Vertrags nicht in einem Zustand vorübergehender Störung ihrer Geistesfähigkeit befand, welcher zur Nichtigkeit ihrer Erklärungen geführt hätte. Es lagen auch keine Anfechtungsgründe vor, denn die Klägerin hatte sich nicht über den Inhalt und die Bedeutung ihrer Erklärungen geirrt. Es war auch nicht feststell-

bar, dass sie durch eine Drohung des Arbeitgebers zu ihrer Unterschrift bewegt worden war. Ebenso stand der Arbeitnehmerin kein 14-tägiges Widerrufsrecht zu. Die Rechtsordnung kennt zwar solch ein allgemeines Widerrufsrecht bei Verbraucherträgen, die in der Wohnung des Verbrauchers geschlossen werden. Die einschlägigen Bestimmungen finden jedoch keine Anwendung auf arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge. Der formularmäßige Aufhebungsvertrag war schließlich nicht nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam. Formularmäßige Vereinbarungen, die Art und Umfang der vertraglichen Hauptleistung und die hierfür zu zahlende Vergütung unmittelbar bestimmen, unterliegen der Vertragsfreiheit der Parteien und sind einer Klausurkontrolle nicht zugänglich. In einem Aufhebungsvertrag kann die Beendigungsvereinbarung als solche daher ebenso wenig wie eine als Gegenleistung des Arbeitnehmers etwaig gezahlte Abfindung auf Angemessenheit überprüft werden.

Das Bundesarbeitsgericht hielt die Revision der Arbeitnehmerin gleichwohl für begründet und forderte vom Arbeitgeber ein Gebot fairen Verhandelns ein. Obwohl die Arbeitnehmerin den Aufhebungsvertrag weder widerrufen noch anfechten konnte, durfte diese sich vom Aufhebungsvertrag lösen, falls der Arbeitgeber es missachtete. Mit dem Gebot fairen Verhandelns erfasst das Gericht Willensmängel, die unterhalb der Schwelle der Geschäftsunfähigkeit oder eines Anfechtungstatbestandes liegen. Damit soll der Arbeitgeber bei Verhandlungen über den Abschluss eines Aufhebungsvertrages ein Mindestmaß an Fairness und Rücksichtnahme im Vorfeld des Vertragsschlusses wahren. Was das Gericht darunter versteht, führt es in den Gründen aus. Der Arbeitgeber ist weder verpflichtet, dem Arbeitnehmer vor Abschluss des Aufhebungsvertrags eine Bedenkzeit oder ein Rücktritts- oder Widerrufsrecht einzuräumen, noch muss er dem Arbeitnehmer ankündigen, ihm einen Aufhebungsvertrag anbieten zu wollen. Damit ist klar, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht bereits bei der Einladung zu einem Gespräch das beabsichtigte Auflösungsangebot ankündigen muss. Der Arbeitgeber darf jedoch keine psychische Drucksituation schaffen oder ausnutzen, die eine freie und überlegte Entscheidung erheblich erschweren oder unmöglich machen. Dazu zählen die Schaffung besonders unangenehmer Rahmenbedingungen oder die Ausnutzung einer erkennbaren körperlichen oder psychischen Schwäche oder unzureichende Sprachkenntnisse. Auch eine Überrumpelung könnte die Entscheidungsfreiheit in nicht zu billigender Weise beeinträchtigen. Im vorliegenden Fall vertrief der Arbeitgeber nach der Darstellung der Arbeitnehmerin gegen das gebotene Mindestmaß an Rücksichtnahme, indem er die psychische Beeinträchtigung der Arbeitnehmerin durch ihre Erkrankung ausnutzte und sie überdies durch seinen unangekündigten häuslichen Besuch überrumpelte.

Das vom Bundesarbeitsgericht geforderte Gebot fairen Verhandelns erinnert ein wenig an die Rechtsprechung zum Kündigungsschutz langjähriger Arbeitnehmer in Kleinbetrieben. Danach muss ein Arbeitgeber ein Mindestmaß an Rücksichtnahme bei der Auswahl eines zu kündigenden Arbeitnehmers wahren, selbst wenn das Kündigungsschutzgesetz in Kleinbetrieben nicht anwendbar ist. Wie die Instanzgerichte künftig mit dem Gebot fairen Verhandelns umgehen werden, bleibt abzuwarten. Eine ausufernde Anwendung dieses Grundsatzes dürfte nicht zu erwarten sein, vielmehr wird es sich wohl um Ausnahmefälle handeln. Gleichwohl sollten Arbeitgeber die Rechtsprechung ernst nehmen und bei Verhandlungen keine Rahmen schaffen

oder ausnutzen, die die Entscheidungsfreiheit eines Arbeitnehmers erheblich beeinflussen. Die Folgen einer Missachtung des Gebots fairen Verhandelns sind nämlich fatal. Der Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers führt in diesem Fall unmittelbar zur Unwirksamkeit des Aufhebungsvertrages und nicht lediglich – wie bei einer Verletzung von Aufklärungspflichten über die Folgen eines Aufhebungsvertrages – zu einem finanziellen Entschädigungsanspruch.

Dr. Rainer Krüger

Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung – Erleichterungen und Klarheit durch Urteil des BAG vom 13.12.2018

Bei der Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers ist neben der Arbeitnehmervertretung bei Existenz einer Schwerbehindertenvertretung diese zu unterrichten. Diese Verpflichtung ist nicht neu. Allerdings war bis zum Inkrafttreten des Bundesteilhabegesetzes am 30.12.2016 die Nichtbeachtung dieser Verpflichtung für die Wirksamkeit einer Kündigung weitestgehend sanktionslos. Mit Inkrafttreten des Bundesteilhabegesetzes ist in die maßgebende Vorschrift im § 95 Abs. 2 SGB IX (heute § 178 Abs. 2 SGB IX) ein neuer Satz 3 eingefügt worden, wonach bei der Nichtbeteiligung der Schwerbehindertenvertretung die Kündigung unwirksam ist. Durch diese Gesetzesänderung ist die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung nunmehr ernst zu nehmen, um die Unwirksamkeit der Kündigung zu vermeiden.

1. Bei der Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers ist in der Regel auch das Integrationsamt zu beteiligen, indem vor Ausspruch der Kündigung die Zustimmung zu beantragen und abzuwarten ist und daneben in der Regel auch noch eine Arbeitnehmervertretung in Form eines Betriebs- oder Personalrats oder einer Mitarbeitervertretung. Es stellte sich dabei die Frage, in welcher zeitlichen Reihenfolge die verschiedenen Beteiligungen zu erfolgen haben und welcher inhaltlichen Anforderung die ordnungsgemäße Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung unterlag.

a) Im Hinblick auf die Abfolge der Beteiligung der betrieblichen Gremien und der Beantragung der Zustimmung beim Integrationsamt wurde für erforderlich gehalten, dass in jedem Fall die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung vor Beauftragung der Zustimmung beim Integrationsamt zu erfolgen hatte. Dies wurde aus der Regelung des damaligen § 95 Abs. 2 SGB IX abgeleitet, wonach die Schwerbehindertenvertretung im Rahmen der Beteiligung noch auf die endgültige Entscheidung des Arbeitgebers hinwirken können sollte. Die Zustimmung beim Integrationsamt setzt allerdings die getroffene Entscheidung zum Ausspruch der Kündigung voraus. Eine Beeinflussung der endgültigen Entscheidung konnte somit nicht mehr erfolgen. Wurde die Schwerbehindertenvertretung nicht zeitlich vor dem Zustimmungsantrag durchgeführt, sollte das nach der überwiegenden Ansicht in der Literatur dazu führen, dass die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung nicht ordnungsgemäß und die Kündigung damit rechtsunwirksam war.

Diese für erforderlich gehaltene zeitliche Abfolge der Anhörung und des Zustimmungsantrages führte insbesondere bei einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung eines Schwerbehinderten zu einer anspruchsvollen Vorbereitung, um nicht allein aus diesen formalen Gesichtspunkten die Unwirksamkeit der Kündigung zu riskieren.

b) Im Übrigen stellte sich die Frage, wie die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung inhaltlich und insbesondere vom Fristenregime zu erfolgen hatte. Das SGB IX enthielt hierzu keine Regelungen. Man orientierte sich schnell an der Anhörung des Betriebsrates, d. h., den Regelungen des BetrVG. Die Schwerbehindertenvertretung musste in gleicher Weise umfassend unterrichtet werden und hatte dann eine Woche, bei außerordentlichen Kündigungen drei Tage, Zeit, Stellung zu nehmen. Damit herrschte Klarheit für die Fälle, in denen ein schwerbehinderter Arbeitnehmer bei Existenz eines Betriebsrates, und mithin der Anwendbarkeit des BetrVG, gekündigt werden sollte. Es verblieb aber eine Unklarheit in Fällen, in denen nicht das BetrVG Anwendung fand, sondern beispielsweise das Personalvertretungsrecht im öffentlichen Dienst oder das Mitarbeitervertretungsrecht bei kirchlichen Arbeitgebern. Die Frage stellte sich, ob die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung auch dann analog den Regelungen für den Betriebsrat oder analog den jeweiligen Regelungen für die entsprechende Vertretung, d. h. der Mitarbeitervertretung oder des Personalrats, folgte.

2. Die am 13.12.2018 ergangene Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts hat zum einen im Hinblick auf die Reihenfolge der Anhörung und der Stellung des Zustimmungsantrages, sowie auch der Frage, ob die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung in allen Fällen, auch wenn das BetrVG nicht Anwendung findet, nach den Regelungen erfolgt, Aussagen getroffen.

a) Im Hinblick auf die zeitliche Abfolge hat das BAG klargestellt, dass es einer besonderen zeitlichen Abfolge in der Beteiligung der Arbeitnehmervertretung, der Schwerbehindertenvertretung und der Stellung des Antrages beim Integrationsamt nicht bedarf. Diese können jeweils in beliebiger Reihenfolge erfolgen. Maßgebend ist nur, dass alle vor Ausspruch der Kündigung durchgeführt wurden und dass bei einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung die 2-Wochen-Frist beachtet wurde. Letzteres bleibt anspruchsvoll bei der Vorbereitung einer außerordentlichen Kündigung.

b) Zum zweiten hat das BAG klargestellt, dass die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung immer nach den für den Betriebsrat geltenden Regelungen, d. h. analog der Regelungen des BetrVG, zu erfolgen hat, unabhängig davon, ob das BetrVG im Übrigen Anwendung findet oder ob die Beteiligung des Personalrats oder einer Mitarbeitervertretung nach den jeweiligen Vorschriften erfolgt.

Fazit:

Die Vorbereitung der Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers, insbesondere bei einer außerordentlichen Kündigung, bleibt weiter anspruchsvoll und bedarf der sorgfältigen Vorbereitung. Die Entscheidung des BAG hat hierbei aber zu einer Erleichterung und weiterer Klarheit geführt.

Dr. Andrea Pirscher

Oft übersehen: Beteiligung des Betriebsrats bei der Personalplanung

In der Regel ist die tägliche Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat von den Fällen geprägt, in denen der Arbeitgeber der Zustimmung des Betriebsrats bedarf (soziale Angelegenheiten, Einstellungen, Versetzungen, Ein- und Umgruppierungen). Von

großer Relevanz ist auch die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats vor Ausspruch einer Kündigung.

Das Betriebsverfassungsgesetz kennt aber eine Vielzahl weiterer Fälle, in denen der Betriebsrat zu beteiligen ist. Oft übersehen oder in der Betriebspraxis eher unbewusst „mitverledigt“ wird die Verpflichtung des Arbeitgebers nach § 92 BetrVG, den Betriebsrat zu beteiligen.

Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat von sich aus rechtzeitig und umfassend anhand von Unterlagen über die Maßnahmen der Personalplanung zu unterrichten. Er muss mit dem Betriebsrat über Art und Umfang der Maßnahmen und über die Vermeidung von Härten beraten.

Verletzt der Arbeitgeber seine Pflichten nach § 92 BetrVG, weil er nicht oder wahrheitswidrig oder unvollständig oder ver-spätet unterrichtet, so ist das eine Ordnungswidrigkeit, die mit einer Geldbuße bis zu 10.000,00 € geahndet werden kann. Der Betriebsrat kann die Verletzung der Unterrichtungspflicht zudem im Beschlussverfahren feststellen lassen bzw. auf Erfüllung der Unterrichtungspflicht klagen.

Betriebsräte nutzen das gern, um den Arbeitgeber unter Druck zu setzen und ggf. an anderer Stelle Zugeständnisse zu erreichen.

Das BAG hatte jüngst (Urteil vom 21.03.2019 – 1 ABR 43/17) Gelegenheit, die Voraussetzungen dieses Beteiligungsrechts zu schärfen.

Was ist Personalplanung?

Unter Personalplanung fällt jede Planung, die sich auf den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf in quantitativer und qualitativer Hinsicht bezieht. Dazu gehört die Personalbedarfs-, die Personaldeckungs-, die Personalentwicklungs- und die Personaleinsatzplanung. Es geht also nicht um die konkrete Einstellung oder Kündigung einzelner Personen, sondern um die abstrakte Planung des künftigen Personalgeschehens. Wenn und solange der Arbeitgeber nur wissen will, ob überhaupt ein Handlungsbedarf für Personalplanung besteht oder er seine Handlungsspielräume ermittelt, ist das noch keine „Personalplanung“.

Ob die Personalkostenplanung auch unter die Personalplanung fällt, musste das BAG nicht entscheiden. Das ist weiterhin umstritten.

Die Unterrichtungspflicht betrifft auch die Personalplanung im Hinblick auf den Einsatz von Mitarbeitern von Werk- und Dienstleistungsunternehmen. Das wird häufig übersehen.

Welcher Betriebsrat ist zuständig?

Ob der Betriebsrat, der Gesamt- oder der Konzernbetriebsrat zu beteiligen ist, hängt davon ab, ob die Personalplanung auf der Ebene des Einzelbetriebs, des Unternehmens ohne Rücksicht auf Besonderheiten in einzelnen Betrieben oder des Konzerns erfolgt.

Auf die Größe des Betriebs kommt es indes nicht an. Auch in Kleinbetrieben mit nur 5 Arbeitnehmern besteht das Beteiligungsrecht.

Was muss vorgelegt werden?

Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat alle Unterlagen seiner Personalplanung vorlegen, egal ob in Papierform oder als Datei. Es ist unerheblich, ob der Arbeitgeber die Daten – wie häufig – auch für andere Zwecke als die Personalplanung verwendet. Wenn es sich aber um Daten handelt, die gar nicht der Personalplanung dienen, hat der Betriebsrat keinen Anspruch auf Vorlage.

Wann muss der Arbeitgeber handeln?

Der Arbeitgeber muss so rechtzeitig unterrichten, dass die Vorschläge und Bedenken des Betriebsrats und die Vermeidung von Härten für die Arbeitnehmer bei der Planung des Arbeitgebers noch berücksichtigt werden können.

Welche Rechte hat der Betriebsrat?

Der Betriebsrat hat das Recht, dass der Arbeitgeber mit ihm die geplanten Maßnahmen sowie die Vermeidung von Härten für die Arbeitnehmer berät.

Der Betriebsrat kann dem Arbeitgeber auch selbst Vorschläge für die Einführung oder die Änderung einer bestehenden Personalplanung oder deren Durchführung machen. Dazu gehört aber nicht, neben dem Arbeitgeber eine eigene „originäre“ Personalplanung durchzuführen.

Die Rechte des Betriebsrats sind keine Mitbestimmungsrechte. Er kann keine bestimmte Personalplanung über die Einigungsstelle durchsetzen oder durch einen Widerspruch verhindern. Der Arbeitgeber muss die Vorschläge und Anregungen des Betriebsrats aber ernsthaft in seine Überlegungen einbeziehen.

Dr. Sandra Vyas

Aktuelle Urteile zum Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst

1. Ausschlussfrist des TVöD ist auch von Erben zu wahren

Nachdem der EuGH im Jahr 2014 feststellte, dass sich Erben nach dem Tod eines Arbeitnehmers dessen Urlaubstage auszahlen lassen können, entschied das BAG, dass der Anspruch auf Urlaubsabgeltung ein reiner Geldanspruch ist, der der tariflichen Ausschlussfrist unterliegen kann. Im Falle des Versterbens des



Arbeitnehmers treten dessen Erben in sämtliche Rechtsverhältnisse ein, in denen sie sich zum Zeitpunkt des Todes befanden. Der Arbeitnehmer selbst hätte zur Geltendmachung des Urlaubsabgeltungsanspruchs die Ausschlussfrist beachten müssen. Nichts anderes gelte für die Erben. Dabei entsteht der Urlaubsabgeltungsanspruch mit der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses und damit mit dem Tod des Arbeitnehmers. Fällig wird der Anspruch am nächsten Werktag nach der Beendigung.

In dem vom BAG entschiedenen Fall hatte die Erbin den Anspruch zunächst nur mündlich und nicht – wie der TVöD es verlangt – schriftlich geltend gemacht. Zum Zeitpunkt der schriftlichen Geltendmachung war der Anspruch bereits lange verfallen.

2. Außerordentliche Kündigung eines ordentlich unkündbaren Mitarbeiters – Vorsätzliches falsches Ausfüllen von Überstundenformularen

Das BAG entschied im Dezember 2018, dass das wissentliche und vorsätzliches Falschausfüllen von Überstundenformularen einen schweren Vertrauensmissbrauch darstellt, der einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung eines nach TVöD ordentlich unkündbaren Mitarbeiters darstellen kann.

Die Besonderheit des Falles liegt darin, dass die Personalreferentin die falsche Dokumentation kannte und den Kläger geradezu dazu aufforderte. Das BAG entschied, dass Erklärungen einer Personalreferentin und/oder des Vorgesetzten nicht unmittelbar für den Arbeitgeber wirken. Die Entscheidung über die Auszahlung von Überstunden oblag ausschließlich dem Fachbereich Personal, sodass sich der Arbeitgeber das Handeln der Personalreferentin und des Vorgesetzten nicht zurechnen lassen musste.

Das BAG wertete erschwerend, dass das Verhalten auf Heimlichkeit angelegt war und dass der Kläger eine Vorbildfunktion als Vorgesetzter innehatte. In dem über fünf Jahre hinweg andauern den falschen Ausfüllen der Stundenzettel sah das BAG eine systematische Verletzung der Rücksichtnahmepflicht und ging für diesen Zeitraum auch nicht im Rahmen der Interessenabwägung von einem unbelasteten Arbeitsverhältnis aus.

Interessant an dem Fall ist auch, dass die mit dem Kläger kollusiv zusammenwirkenden weiteren Akteure offenbar keine Kündigung erhalten haben. Hierin liegt ein Wertungswiderspruch. Praktisch ist der Arbeitgeber in derartigen Fällen gut beraten, alle

zusammenwirkenden Mitarbeiter gleich zu behandeln und bei einer Einstufung der Pflichtverletzung als wichtigen Grund dann ggf. allen beteiligten Mitarbeitern zu kündigen. Ansonsten muss sich der Arbeitgeber im Prozess ggf. entgegenhalten lassen, dass er selbst das Verhalten uneinheitlich und damit offenbar als nicht so schwerwiegend betrachtet, was gegen einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung sprechen kann.

3. Kein Anhörungsrecht bei der Einschaltung des medizinischen Dienstes der Krankenkassen des Personalrats

Besteht der Verdacht, dass ein Mitarbeiter tatsächlich nicht arbeitsunfähig erkrankt ist, so kann der Arbeitgeber verlangen, dass die Krankenkasse eine gutachterliche Stellungnahme des medizinischen Dienstes zur Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit einholt.

Das OVG Münster hatte zum PersVG NRW zu entscheiden, ob es sich bei der Begutachtung durch den medizinischen Dienst um die Anordnung von amts- oder vertrauensärztlichen Untersuchungen zur Feststellung der Arbeits- oder Dienstfähigkeit handelt, bei der der Personalrat ein Anhörungsrecht hat. Nach ausführlicher Auslegung der Vorschrift kommt das OVG Münster zu dem Ergebnis, dass es sich hier weder um eine amts- oder vertrauensärztliche Untersuchung zur Feststellung der Arbeits- oder Dienstfähigkeit handelt, noch um eine Anordnung. Damit besteht kein Anhörungsrecht des Personalrats.

Dr. Sandra Vyas

Update zum Vorbeschäftigteverbot bei Befristungen

Die kalendermäßige Befristung von Arbeitsverhältnissen ohne Sachgrund ist in der arbeitsrechtlichen Praxis von hoher Relevanz. Vielfach entscheiden sich Arbeitgeber für die zunächst kalendermäßige Befristung eines Arbeitsverhältnisses, um eine längere Erprobungsphase zu erhalten. Nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz ist die kalendermäßige Befristung ohne Sachgrund bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Innerhalb dieses Zeitraums darf sie dreimal verlängert werden. Voraussetzung für eine sachgrundlose Befristung ist allerdings, dass nicht mit demselben Arbeitgeber „bereits zuvor“ ein Arbeitsverhältnis bestanden hat (sog. Vorbeschäftigteverbot).

Umstritten war und ist die Frage, ob es eine zeitliche Grenze gibt, ab der das Vorbeschäftigteverbot nicht eingreift.

Das 2001 in Kraft getretene TzBfG grenzt das Vorbeschäftigteverbot zeitlich nicht ein. Die Rechtsprechung ging zunächst einmal davon aus, dass das Vorbeschäftigteverbot keine zeitliche Begrenzung enthalte und im Sinne von „jemals zuvor“ zu verstehen sei. Im Jahre 2011 änderte das Bundesarbeitsgericht (BAG) seine Rechtsprechung und legte das gesetzliche Vorbeschäftigteverbot in Anlehnung an die dreijährige regelmäßige Verjährungsfrist dagegen aus, dass eine der sachgrundlosen Befristung entgegenstehende Vorbeschäftigung nicht vorliege, wenn das frühere Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliege.

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) bewertete diese Rechtsprechung des BAG im Jahr 2018 als verfassungswidrig. Das BAG habe mit seiner Rechtsprechung die gesetzgeberische Grundentscheidung durch ein eigenes Regelungsmodell ersetzt und damit die Grenze unzulässiger Rechtsfortbildung überschritten.

Gleichzeitig wies das BAG die Fachgerichte an, in bestimmten Fällen eine verfassungskonforme einschränkende Auslegung vorzunehmen. Die Anwendung der Norm sei für die Beteiligten unzumutbar, wenn offensichtlich keine Gefahr einer Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Vorbeschäftigte bestehen und das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht erforderlich sei, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigteform zu erhalten. Das Verbot der sachgrundlosen Befristung könne insbesondere dann unzumutbar sein, wenn

- die Vorbeschäftigung sehr lange zurückliegt,
- ganz anders geartet war oder
- von sehr kurzer Dauer war.

Hinzukommen muss ein legitimes Interesse des Arbeitnehmers an einer Befristung und ein Flexibilisierungsinteresse des Arbeitgebers.

a) „sehr lange zurückliegende“ Vorbeschäftigung

Zu der Frage, wann eine Vorbeschäftigung „sehr lange“ zurückliegt, äußerte sich das BAG in jüngeren Entscheidungen. Es urteilte, dass eine erneute sachgrundlose Befristung 8 Jahre nach Ende einer Vorbeschäftigung noch nicht „sehr lange“ zurückliegt. Auch ein Zeitraum von etwa 15 Jahren sei kein sehr langer Zeitraum, der dem Vorbeschäftigteverbot entgegenstehe. Im August 2019 befand das BAG, dass eine erneute sachgrundlose Befristung 22 Jahre nach erstmaliger Beschäftigung „sehr lange“ zurückliege und damit eine erneute Befristung möglich sei.

b) „ganz anders geartete“ Vorbeschäftigung

Wann diese Fallgruppe einschlägig ist, ist im Einzelfall zu bewerten. Das BAG nennt als Beispiele u. a. eine Vorbeschäftigung im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung während der Schul-, Studien- oder Familienzeit als möglichen Anwendungsfall. Es dürfte aber auf den tatsächlichen Inhalt der Vorbeschäftigung ankommen.

c) „kurze Dauer“ der Vorbeschäftigung

Wann eine Vorbeschäftigung von kurzer Dauer war, lässt sich aus der bisherigen Rechtsprechung nur vermuten. Es spricht einiges dafür, Beschäftigungszeiten von weniger als 3 Monaten als Vorbeschäftigung von kurzer Dauer einzustufen, bei denen auf Grund verfassungskonformer Auslegung das Vorbeschäftigteverbot nicht greift. Im Ergebnis wird jeder Einzelfall betrachtet und entschieden.

Was bedeutet diese Rechtsprechungsentwicklung in der Praxis?

1. Bei Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen ohne Sachgrund muss vor Abschluss des Arbeitsvertrags sorgfältig geprüft werden, ob bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestand. Es empfiehlt sich, vom Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag oder Personalfragebogen bestätigen zu lassen, dass kein Vorarbeitsverhältnis bestanden hat.

2. Gab es ein vorangegangenes Arbeitsverhältnis, so greift grundsätzlich das Vorbeschäftigungsvorbot. Es muss im Einzelfall und unter Berücksichtigung der oben beschriebenen Anhaltspunkte aus der Rechtsprechung bewertet werden, ob die Voraussetzungen für eine verfassungskonforme Einschränkung vorliegen und damit, ob die Vorbeschäftigung sehr lange zurückliegt, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer war.

Björn Mai

EuGH-Urteil zur Arbeitszeiterfassung

Der EuGH kommt mit Urteil vom 14.05.2019 (C-55/18) zu dem Ergebnis, dass die Mitgliedstaaten der EU Arbeitgeber verpflichten müssen, ein objektives, verlässliches und für die Arbeitnehmer zugängliches System einzuführen, mit dem die von jedem Arbeitnehmer täglich geleistete Arbeitszeit erfasst wird. Nationales Recht, das diese Verpflichtung nicht vorsieht, verstößt gegen die höherrangige Arbeitszeitrichtlinie. Kaum ein Urteil des EuGH hat in diesem Jahr ein derartiges mediales Interesse ausgelöst und wurde derart kontrovers und politisch diskutiert. „Zurück zur Stechuhr“ oder „Das Ende der Vertrauensarbeitszeit“ waren gängige Schlagzeilen auch außerhalb der arbeitsrechtlichen Fachpresse.

Worum geht es? Eine spanische Gewerkschaft hat gegenüber einer spanischen Tochter der Deutschen Bank, gestützt auf europarechtliche Regeln, die Einführung eines Arbeitszeiterfassungssystems geltend gemacht. Dabei galt es zu beurteilen, ob die bislang geltenden spanischen Regelungen zur Arbeitszeiterfassung, wonach lediglich Überstunden und nicht die gesamte Arbeitszeit aufzuzeichnen sind, den Anforderungen des Unionsrechts genügen. Der EuGH hat dies verneint.

Ähnlich wie das spanische Recht, sieht auch das deutsche Arbeitszeitgesetz bisher nur die Pflicht des Arbeitgebers vor, die über die Regellarbeitszeit von acht Stunden werktäglich hinausgehende Arbeitszeit aufzuzeichnen. Eine Pflicht zur Aufzeichnung auch der Regellarbeitszeit besteht bislang nur in wenigen Sonderfällen, z. B. für Beschäftigte im Straßentransport, für Personengruppen bestimmter Wirtschaftszweige (u. a. Baugewerbe, Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe, Gebäudereinigung), für geringfügig Beschäftigte oder im Anwendungsbereich spezieller Tarifverträge.



Nach Ansicht der europäischen Richter ist aber die bloße Dokumentation von Überstunden allein nicht ausreichend. Denn ohne eine verpflichtende Aufzeichnung auch der Regellarbeitszeit könnte die Zahl der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden und ihre zeitliche Lage sowie die über die gewöhnliche Arbeitszeit hinausgehende, als Überstunden geleistete Arbeitszeit gar nicht objektiv und verlässlich ermittelt werden.

Die bisherige deutsche Regelung wird sich ohne textliche Änderung nicht derart weit auslegen lassen, dass sie anschließend den Anforderungen des EuGH-Urteils und der Arbeitszeitrichtlinie entspricht. Der eindeutige Wortlaut der bisherigen Regelung lässt einen hierfür erforderlichen „Interpretationsspielraum“ schlicht nicht zu. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales will daher bis zum Ablauf des zweiten Halbjahrs 2019 einen Gesetzesentwurf vorlegen, um den nunmehr vom EuGH festgestellten europarechtlichen Anforderungen zu genügen. Ob das bis Ende des Jahres gelingt, bleibt abzuwarten.

Besteht bereits jetzt akuter Handlungsbedarf für Arbeitgeber? Nach dem Wortlaut des EuGH-Urteils richtet sich dieses in erster Linie an den nationalen Gesetzgeber. Dieser müsse die Anforderungen an das Aufzeichnungssystem, insbesondere seinen Anwendungsbereich und die Modalitäten ausgestalten. Vor einer Konkretisierung der Anforderungen im Arbeitszeitgesetz wird man von Unternehmen daher wohl keine Anpassungen verlangen können. Es lässt sich jedoch nicht ausschließen, dass Arbeitsgerichte und Behörden Arbeitgeberpflichten nach dem Arbeitszeitgesetz im Sinne des EuGH-Urteils erweiternd auslegen, schon bevor der Gesetzgeber tätig geworden ist. Hierfür spricht, dass nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die sich aus einer Richtlinie ergebende Verpflichtung der Mitgliedstaaten alle Träger öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten trifft. Damit sind im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch die Gerichte angesprochen. Dennoch dürften derartige „Alleingänge“ eher unwahrscheinlich sein, sodass Arbeitgeber gut beraten sein dürfen, die Änderungen durch den nationalen Gesetzgeber abzuwarten.

Wäre eine solche (künftige) Aufzeichnungspflicht nun das propekte Ende der Vertrauensarbeitszeit? Nach der Definition des BAG handelt es sich bei Vertrauensarbeitszeit „typischerweise um ein Arbeitszeitmodell, bei dem der Arbeitgeber auf die Festlegung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit verzichtet“

und darauf vertraut, dass die Arbeitnehmer ihre Arbeitsverpflichtung auch ohne Kontrolle erfüllen“. Eine so verstandene Vertrauensarbeitszeit wird voraussichtlich bald der Vergangenheit angehören. Zwar wird der Arbeitgeber auch weiterhin Arbeitnehmern die Freiheit einräumen können, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit frei zu wählen. Aufgrund der generellen Aufzeichnungspflicht wird er jedoch auf die Erfassung und Kontrolle der täglichen Arbeitszeit zukünftig nicht verzichten können.

Eine weitergehende Freiheit bei der Arbeitszeitgestaltung wird es zukünftig vermutlich nur noch dort geben, wo der nationale Gesetzgeber von den in der Arbeitszeitrichtlinie angelegten Ausnahmemöglichkeiten Gebrauch macht. Bereits jetzt sind z. B. leitende Angestellte vom Anwendungsbereich des Arbeitszeitgesetzes ausgenommen. Fraglich ist, ob der Gesetzgeber weitergehende Ausnahmen vorsehen wird. Die Arbeitszeitrichtlinie dürfte den Mitgliedstaaten im Hinblick auf werktägliche Höchstarbeitszeiten und die Personengruppen, auf die das Arbeitszeitgesetz keine Anwendung finden soll, noch einen gewissen Spielraum bieten.

Das Thema ist brisant: Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz werden bereits jetzt als Ordnungswidrigkeiten mit Bußgeldern bis 15.000,00 € oder im Falle beharrlicher Wiederholungen als Straftaten geahndet. Der neue Bußgeldkatalog des Länderausschusses für Arbeitsschutz und Sicherheitstechnik u. a. zum Arbeitszeitrecht, der als behördeninterne Arbeitsanweisung zu verstehen ist, sieht beispielsweise für den Verstoß gegen die Verpflichtung zur Aufzeichnung der über die Regellarbeitszeit von acht Stunden werktäglich hinausgehende Arbeitszeit ein Bußgeld in Höhe von 1.600,00 € je Fall und Arbeitnehmer vor. Absehbar dürften Verstöße gegen die künftig weitergehenden Aufzeichnungspflichten mit ähnlichen Bußgeldern belegt werden.

Bernd Kaufhold

Abgrenzung selbständige Tätigkeit/Arbeitnehmerstellung – Bedeutung des Rahmenvertrages

Kaum ein Thema nimmt in der Beratungspraxis einen so großen Raum ein, wie die Abgrenzung eines freien Dienstvertragsverhältnisses von der gebundenen Beschäftigung eines Arbeitnehmers. Eine falsche Einschätzung birgt hohe wirtschaftliche und strafrechtliche Risiken (vgl. hierzu zuletzt auch den Beitrag im Mandantenrundbrief Dezember 2018 von Dr. Mario Bergmann „Scheinselfständigkeit – auf der Gegenseite steht nicht nur der Staatsanwalt“)!

Es ist erforderlich die Risiken im Vorfeld durch entsprechende Vertragsgestaltung, Checklisten und ggf. durch eine Statusanfrage ggü. der DRV unter Kontrolle zu nehmen. In einer jüngst veröffentlichten Entscheidung hat das BAG Gelegenheit gehabt, sich zu der Bedeutung von Rahmenverträgen zu äußern.

Der Sachverhalt:

Die Parteien streiten im Wesentlichen um die Frage, ob das zwischen ihnen bestehende Vertragsverhältnis ein Arbeitsverhältnis ist. Die Beklagte beschäftigte den Kläger mehrere Jahre auf Basis von Honorarverträgen als Übersetzer. In den Honorarverträgen waren neben der Vergütung die Rahmenbedingungen der Tätigkeit des Klägers geregelt. So waren mit dem Honorar sämtliche Nebenkosten (Steuern, Beiträge, Arbeitsmittel etc.) des Klägers

abgegolten. Der Kläger verpflichtete sich werbend am Markt aufzutreten. Der Kläger durfte die Tätigkeit eigenverantwortlich unter freier Wahl des Orts und der Zeit der Leistungserbringung ausführen und sich hierbei auch Dritter bedienen. Die Beklagte konnte die Leistung des Klägers durch Einzelangaben konkretisieren – Weisungen waren ihr nicht erlaubt.

Tatsächlich erbrachte der Kläger seine Tätigkeit in einem ihm seitens der Beklagten zur Verfügung gestellten Bürourum, unter Nutzung eines Dienstrechners der Beklagten zu deren allgemeinen Bürozeiten. Die Beklagte ordnete dem Kläger einen „Betreuer“ als allgemeinen Ansprechpartner zu, der dem Kläger die Bearbeitungsreihenfolge vorgab. Der Kläger führte die Übersetzungsaufträge im Übrigen selbständig aus.

Die Beklagte kündigte schließlich das Vertragsverhältnis. Der Kläger erhob Kündigungsschutzklage und beruft sich darauf, dass er Arbeitnehmer der Beklagten sei. Das ArbG und das LAG haben der Klage stattgegeben. Das BAG hat das Urteil zugunsten der Beklagten aufgehoben und zur erneuten Entscheidung an das LAG zurückverwiesen.

Die Entscheidung:

Das BAG führt aus, dass der zwischen den Parteien bestehende Rahmenvertrag für eine selbständige Tätigkeit des Klägers spricht. Der Umstand, dass in dem Rahmenvertrag die Tätigkeit des Klägers nur umrissartig beschrieben sei, führe nicht zwingend zu der Annahme eines Arbeitsverhältnisses. Die Annahme eines Arbeitsverhältnisses sei vorliegend nur dann gerechtfertigt, wenn es aufgrund der tatsächlichen Handhabung als solches zu qualifizieren sei. In diesem Zusammenhang sei entscheidend, ob der Beklagten auch tatsächlich ein Weisungsrecht bezüglich der Einzelaufträge zustand, der Kläger diese (entgegen dem Rahmenvertrag) also gerade nicht ablehnen konnte. Diese Frage wird das LAG vor der erneuten Entscheidung ggf. durch Beweisaufnahme zu klären haben.

Bewertung:

Die Entscheidung des BAG ist zu begrüßen. Das BAG betont im Sinne der Privatautonomie, dass die Wahl des Vertragstyps grundsätzlich in der freien Entscheidung der Vertragsparteien liegt. Sei eine Tätigkeit nach der erforderlichen Gesamtabwägung nicht eindeutig als selbständig oder gebunden zu qualifizieren, so komme der Vertragswahl der Parteien entscheidendes Gewicht zu.

Die Entscheidung darf auf der anderen Seite aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass das beklagte Unternehmen in dem zugrunde liegenden Sachverhalt ein sehr großes Risiko eingegangen ist. Die Zuweisung eines festen Arbeitsplatzes im Betrieb wird seitens der DRV und der Staatsanwaltschaft stets als deutliches Indiz für eine abhängige Beschäftigung als Arbeitnehmer gewertet. Bei entsprechenden Sachverhalten würde die DRV – entgegen dem BAG – regelmäßig von einem gebundenen Arbeitsverhältnis ausgehen. Ob das Unternehmen im Rahmen eines anschließenden Verfahrens vor den Sozialgerichten ebenfalls Recht bekäme, wäre völlig offen.

Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

Rüdiger Hitz

Das Abzugsverbot nützlicher Aufwendungen

Bestechungs- und Schmiergelder, oft als „nützliche Aufwendungen“ verschleierte Provisionszahlungen, stellen Betriebsausgaben dar. Deren Abzugsfähigkeit scheitert jedoch gemäß § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 10 EStG, wenn die Zuwendung der Vorteile eine rechtswidrige Handlung darstellt, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht. Nach drei Entscheidungen des FG Niedersachsen greift dieses Abzugsverbot schon dann ein, wenn lediglich der objektive Tatbestand einer Bestechung im geschäftlichen Verkehr verwirklicht ist. Nur so sei die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen effektiv durchzusetzen. Ein vorätzliches Handeln des Täters bedürfe es für steuerliche Zwecke gerade nicht. Bei Bestand dieser Entscheidung würde der Finanzverwaltung Tor und Tür für die Versagung des Betriebsausgabenabzugs auf Basis bloßer Vermutungen und nicht bewiesener Behauptungen eröffnet.

Deshalb wird der Bundesfinanzhof unter dem Aktenzeichen BFH IV R 26/18 die umstrittene Frage klären dürfen, ob für das Abzugsverbot nicht doch die Vorsatzfrage von Bedeutung ist. Bis zu einer Entscheidung sollten Steuerpflichtige bzw. deren Berater von diesem Problem betroffene Steuerbescheide verfahrensrechtlich offenhalten.

Rüdiger Hitz

Auch Umsatzsteuerhinterzieher haben Eingangsrechnung aufzubewahren!

Bisher hat der Bundesgerichtshof in Strafsachen bei einer Umsatzsteuerhinterziehung die verkürzte Steuer unter Hinweis auf das sogenannte Kompensationsverbot ohne Berücksichtigung anrechenbarer Vorsteuern ermittelt. Diese für betroffene Steuerpflichtige fatale Verkürzungsberechnung hat die Rechtsprechung nun aufgegeben. Bisher kam es bei einer Umsatzverkürzung von 450.000 Euro und einem Umsatzsteuersatz von 19% trotz steuerlich anrechenbarer Vorsteuern von 50.000 Euro zu einer hinterzogenen Steuer von 85.500 Euro. Damit war regelmäßig eine Steuerhinterziehung im großen Ausmaß mit einer Mindestfreiheitsstrafe von 6 Monaten verwirklicht. Durch die Rechtsprechungsänderung kommt es nun endlich zu einer steuerlichen und strafrechtlichen Gleichbehandlung. Sofern zum Vorsteuerabzug berechtigende Rechnungen vorliegen, belaufen sich die steuerliche Zahllast ebenso wie die strafrechtlich relevante Steuerverkürzung im Beispielsfall auf 35.500 Euro. Strafrechtlich kann der Vorgang nun statt mit einer im Bundeszentralregister einzutragenden Freiheitsstrafe und damit einhergehender Vorbestrafung elegant mit einer Geldauflage ohne Vorbestrafung abgeschlossen werden.

Eine weitere entscheidende Verbesserung ergibt sich auch bei der Frage der Verjährung. Mit Überschreiten der 50.000 Euro-Grenze an hinterzogenen Steuern tritt die strafrechtliche Verjährung erst nach 10 Jahren ein. Dies bleibt zwar immer noch so, aber durch die Anrechnung von Vorsteuern wird diese Grenze in einer Vielzahl von Fällen nicht mehr überschritten, sodass lediglich die fünfjährige Verjährungsfrist einer einfachen Steuerhinterziehung greift.

In der Praxis ist nun in allen noch laufenden Steuerstrafverfahren die Berücksichtigung dieser Rechtsprechungsänderung einzufordern und bei bereits erlassenen Strafbefehlen

beziehungsweise ergangenen Urteilen zu prüfen, ob im Wege eines Rechtsbehelfs (Einspruch, Berufung oder Revision) eine Veränderung der erfolgten Bestrafung erreicht werden kann.

Jaqueline Maria Bohrßen

Verschärfungen im Geldwäschegegesetz – bin ich betroffen?

Zum 01. Januar 2020 hat das Bundeskabinett eine Verschärfung des Geldwäschegegesetzes (GwG) beschlossen. Dieses normiert bereits jetzt für sog. „Verpflichtete“ nach dem GwG einen umfassenden Pflichtenkatalog, welcher durch die anstehende Gesetzesänderung noch erweitert werden wird. Aber wann spricht man eigentlich von Geldwäsche?

17.06.2018 handelsblatt.com: „Der Fußball in Mexiko ist ein Paradies für Geldwäsche - Fußballkönig Rafael Márquez soll für einen Drogenbaron Geld gewaschen haben.“

19.09.2018 lkz.de: „Chef der Danske Bank tritt nach Geldwäsche-Skandal zurück“

09.08.2019 berliner-kurier.de: „Geldwäsche in Automaten-Kasinos in Berlin: Die Mafia gewinnt immer“

Solche oder ähnliche Schlagzeilen begegnen uns immer wieder. Es geht immer um das Gleiche. Aus einer Steuerhinterziehung, Drogengeschäften oder anderen kriminellen Machenschaften stammendes Geld wird auf unterschiedlichen Wegen in den Wirtschaftskreislauf gebracht. „Geldwäsche“ – die Herkunft des Geldes ist nicht mehr nachvollziehbar, ein Bezug zu einer Straftat kann nicht mehr hergestellt werden, sodass dem Täter die Tatbeute nicht mehr genommen werden kann. Ziel erreicht. So investierte etwa auch der legendäre Gangsterboss Al Capone das illegal erworbene Geld in Waschsalons, um die wahre Herkunft zu verschleiern und prägte damit entscheidend den Begriff „Geldwäsche“ (DIE ZEIT, 48/2004).

Genau dies soll mit dem Geldwäschegegesetz (und der strafrechtlichen Sanktionierung nach § 261 StGB) erschwert und bestenfalls verhindert werden.

Verpflichtete

Wenn es um Pflichten nach dem GwG geht, sollte jeder seine Ohren spitzen, der beruflich naturgemäß mit nicht unerheblichen Geldtransaktionen in Kontakt kommt. Hierzu zählen u. a. Finanzdienstleistungsinstitute, Finanzunternehmen, Versicherungsunternehmen, aber auch Rechtsdienstleister, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater sowie Treuhänder, Immobilienmakler und unter Umständen auch Güterhändler, um nur einige zu nennen.

Pflichten

Das GwG sieht eine ganze Reihe an Pflichten für die nach diesem Gesetz Verpflichteten vor. Ein Blick ins GwG wird auch bei offenen Fragen von Nicht-Juristen viele Antworten bereithalten. So bestimmt es – wie auch alles Weitere – recht ausführlich, welche Pflichten sich ergeben können. Diese sind vielfältig und reichen von Organisations-, Identitätsprüfungs-, Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten zu Überwachungs- und Meldepflichten. Macht man sich bewusst, welchen Zweck die Geldwäsche (auch) verfolgt – die Herkunftsverschleierung des Geldes – erscheinen die daraus resultierenden Pflichten für gefährdete Berufsgruppen einleuchtend.

Im Wesentlichen geht es dabei darum, das jeweilige Risiko zu analysieren und daran angepasste interne Sicherungsmaßnahmen zu installieren.

Wer ist mein Vertragspartner?

Zur Analysierung des Risikopotentials ist zunächst festzustellen, wer mein Gegenüber ist, mithin sind der Vertragspartner und ggf. der wirtschaftlich Berechtigte, wenn es sich um Gesellschaften handelt, zu identifizieren. Aber auch der Zweck und die Art der Geschäftsbeziehung sind zu ermitteln und die Geschäftsbeziehung ist kontinuierlich zu überwachen. Dabei handelt es sich nur um die grundlegenden „allgemeine Sorgfaltspflichten“.

Die Identifizierung erfolgt bei natürlichen Personen – naheliegend – anhand der Vorlage des Personalausweises. Festzustellen sind der Vor- und Nachname, die Anschrift, das Geburtsdatum und der Geburtsort. Bei juristischen Personen ist wenigstens der Firmenname, die Rechtsform und die Anschrift zu ermitteln. Angaben zu einem ggf. vorhandenen wirtschaftlich Berechtigten können zum Beispiel dem Transparenzregister entnommen werden. Dabei handelt es sich um ein gesetzlich vorgeschriebenes im GwG verankertes Register, in das seit dem 01. Oktober 2017 die wirtschaftlich Berechtigten von juristischen Personen des Privatrechts und eingetragenen Personengesellschaften einzutragen sind. Diese haben selbständig die erforderlichen Daten an das Transparenzregister zu melden, damit sie von dort abgerufen werden können.

Ergibt sich aus der Geschäftsbeziehung ein erhöhtes oder ein eher niedriges Risikopotential?

Der Umfang der Pflichten richtet sich nach dem jeweiligen Risikopotential, das für jeden Fall gesondert zu ermitteln ist, sowie dem Umfang der Transaktionen und der Regelmäßigkeit und Dauer, aber auch dem Zweck der Geschäftsbeziehung. Zur Ermittlung des Risikopotentials muss man sich eine Reihe von Fragen stellen, anhand welcher festzumachen ist, ob sich im konkreten Fall ein eher höheres oder geringeres Risikopotential ergibt. Beispiele für ein erhöhtes Risiko:

- Handelt es sich um einen Kunden, der eine „politisch exponierte Person“ oder jedenfalls eine dieser Person nahestehende Person?
- Handelt es sich bei meinem Kunden um bargeldintensive Unternehmen oder vermögende Privatkunden?
- Besteht die Geschäftsbeziehungen ohne persönliche Kontakte oder kommt es zum Zahlungseingang unbekannter Dritter?
- Hat mein Vertragspartner seine Niederlassung in einem Land, gegen das die Europäische Union oder die Vereinten Nationen Embargos oder Sanktionen verhängt haben?
- Kunstvermittler und Kunstlagerhalter bei Transaktionen im Wert von mindestens 10.000,00 € – dies ist für Kunstvermittler jedenfalls deshalb eine Neuerung, weil für diese bislang nur Bargeld-Transaktionen mit entsprechendem Wert von Relevanz waren;
- Finanzdienstleistungsinstitute, die das Kryptoverwahrgeschäft betreiben;
- ausländische Zahlungs- und E-Geld-Institute, die im Inland über Vertriebshelfer tätig werden;
- Immobilienmakler, welche Miet- oder Pachtverträge vermitteln, sofern diese mindestens 10.000,00 € betragen – bislang sind lediglich Immobilienmakler betroffen, welche Kaufverträge vermitteln;
- Kunstvermittler und Kunstlagerhalter bei Transaktionen im Wert von mindestens 10.000,00 € – dies ist für Kunstvermittler jedenfalls deshalb eine Neuerung, weil für diese bislang nur Bargeld-Transaktionen mit entsprechendem Wert von Relevanz waren;

Welche Sicherungsmaßnahmen habe ich zu treffen?

Aufbauend auf der individuellen Risikoanalyse müssen interne Sicherungsmaßnahmen ergriffen werden, welche im GwG recht umfassend beschrieben werden. Letztlich ist hiermit ein individuelles Compliance-System gemeint, welches zum Beispiel eine entsprechende Schulung der Mitarbeiter oder auch die Schaffung interner Grundsätze im Umgang mit der hier beschriebenen Problematik beinhalten sollte.

Um nachweisen zu können, dass man den entsprechenden Pflichten in angemessenem Umfang sorgsam nachgekommen ist, muss man die durchgeführten Maßnahmen des Risikomanagements (Risikoanalyse und darauf aufbauende interne Sicherungsmaßnahmen) dokumentieren und aufbewahren. Nur auf diese Weise kann man einer möglichen Sanktionierung entgehen.

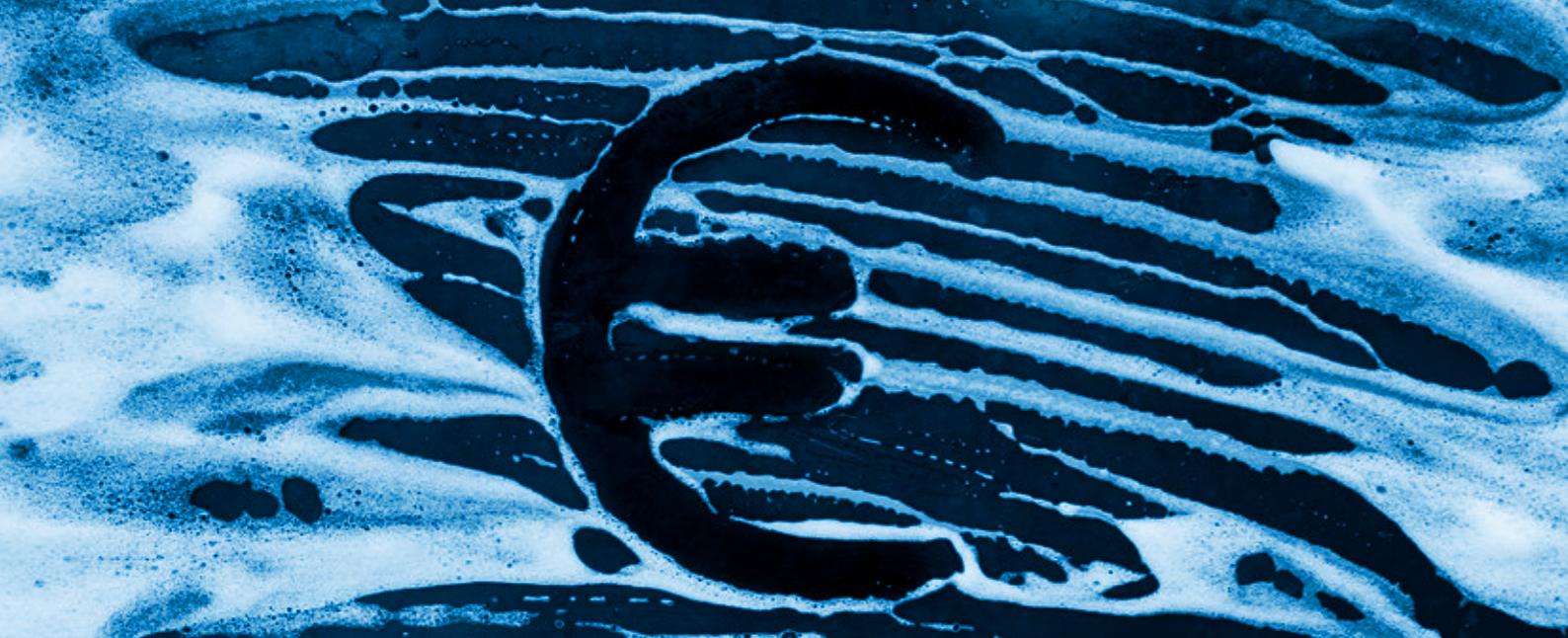
Sanktionierung bei Verstoß – bloße Ordnungswidrigkeit oder bereits Straftat?

Bei vorsätzlichen oder leichtfertigen Verstößen gegen die im GwG normierten Pflichten ist mit einem Bußgeld bis zu 100.000,00 €, bei schwerwiegenden, wiederholten oder systematischen Verstößen bis zu 1 Millionen Euro oder bis zum 2-fachen des wirtschaftlichen Vorteils zu rechnen. Demgegenüber hält das StGB eine Gefängnisstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren für denjenigen bereit, der Geschäfte abwickelt, bei denen er weiß oder mit gutem Grund ahnt, dass der Kaufpreis nicht mit legalen Einkünften beglichen wird.

Ausblick

Der 133 Seiten umfassende Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie hält weitere Verschärfungen und Erweiterungen bereit. Das entsprechende Gesetz wurde jüngst am 14.11.2019 durch den Bundestag verabschiedet, welcher den Entwurf in weiten Teilen übernommen und nur an einigen Stellen etwas überarbeitet und noch strenger gefasst hat. Wer sich daher bislang noch gar nicht mit diesen Themen auseinandergesetzt hat, sollte spätestens jetzt eine genaue Prüfung vornehmen, ob die durch das GwG aufgestellten Pflichten auch für ihn greifen bzw. gegebenenfalls greifen werden. Denn insbesondere auch der Kreis der Verpflichteten wird erweitert um:

- Finanzdienstleistungsinstitute, die das Kryptoverwahrgeschäft betreiben;
- ausländische Zahlungs- und E-Geld-Institute, die im Inland über Vertriebshelfer tätig werden;
- Kunstvermittler und Kunstlagerhalter bei Transaktionen im Wert von mindestens 10.000,00 € – dies ist für Kunstvermittler jedenfalls deshalb eine Neuerung, weil für diese bislang nur Bargeld-Transaktionen mit entsprechendem Wert von Relevanz waren;



• **Güterhändler** bei Transaktionen über Kunstgegenstände im Wert von mindestens 10.000,00 € oder Bargeld-Transaktionen hochwertiger Güter im Wert von mindestens 2.000,00 € und zuletzt – wie zuvor – bei Transaktionen sonstiger Güter verbunden mit einer Barzahlung von mindestens 10.000,00 €.

Auch Gerichte, Behörden und Anstalten des öffentlichen Rechts wird eine Identifizierungs- und Meldepflicht sowie die Pflicht zur Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden bei öffentlichen Versteigerungen mit Bargeld-Transaktionen von über 10.000,00 € treffen.

Zudem sollen Tochterunternehmen für die ihnen nachgeordneten Unternehmen eine Risikoanalyse und darauf aufbauende Sicherheitsmaßnahmen vornehmen, sofern das Mutterunternehmen kein Verpflichteter im Sinne des GwG ist.

Hierbei handelt es sich nur um einen Teil der Änderungen.

Es steht zu erwarten, dass die Behörden mit der (erneuten) Verstärkung des Geldwäschegegesetzes die Ahndung von Verstößen auch stärker verfolgen werden. Wer seine Unternehmensstruktur bislang nicht entsprechend ausgerichtet hat, wird ab 2020 einem erhöhten Bußgeldrisiko ausgesetzt sein. Daher: Jedem Betroffenen kann nur dringend geraten werden, aus eigenem Interesse ein umfassendes und individuelles Risikomanagement zu entwickeln und zu implementieren.

Christopher Jones

Gut informiert am Stammtisch

Warum das Urteil gegen Uli Hoeneß kein Justizskandal war

Vor einiger Zeit war ich auf einer Fortbildungsveranstaltung, wo der Dozent, ein ehemaliger Richter am BGH, darauf hinwies, dass es in Deutschland bei der Strafzumessung ein Nord-Süd-Gefälle gäbe. Er wollte damit zum Ausdruck bringen, dass die Strafen in Baden-Württemberg und Bayern als angemessen hoch und die Strafen in allen anderen Bundesländern, insbesondere in Berlin, als viel zu niedrig anzusehen seien. Daraufhin empörte sich einer der anwesenden Hamburger Strafverteidiger und rief lautstark: „Und was ist mit Uli Hoeneß!“. Er wollte offenbar auf das Bonbon hinweisen, wonach man insbesondere in Bayern „die Kleinen hängt und die Großen laufen lässt“ oder sie zumindest mit unverdienter Milde behandelt. An diesem Vorwurf mag sogar etwas dran sein, allerdings ist der Fall Uli Hoeneß kein geeigneter Beleg für diese These.

Wenn man sich das Urteil und die öffentlich verfügbaren Infor-

mationen näher ansieht, findet man handfeste Strafmilderungsgründe. Kaum etwas deutet darauf hin, dass die urteilenden Richter Uli Hoeneß als ehemaligen Stürmer von internationalem Format und langjährigen Vorsitzenden des FC Bayern München mit übermäßiger Milde behandelt hätten. Tatsächlich zeigt der Fall recht anschaulich, wie Strafzumessung bei Wirtschaftsstraf- taten in der deutschen Justiz aussehen kann.

Die Rahmenbedingungen des Falls sind hinlänglich bekannt. Herr Hoeneß hat, in dem Glauben eine Enthüllung seiner Spekulationsgeschäfte im Ausland stünde unmittelbar bevor, überhastet eine Selbstanzeige abgegeben. Die Selbstanzeige führt, wenn sie denn wirksam ist, zwingend zur Straffreiheit. Das heißt bei einer gelungenen Selbstanzeige wird zwar ein Ermittlungsverfahren eingeleitet, dieses muss jedoch nach Prüfung der Selbstanzeige wieder eingestellt werden, weil eine Verurteilung unmöglich ist. Der Betroffene wird vollständig von strafrechtlichen Sanktionen verschont.

Im Fall von Uli Hoeneß war die Selbstanzeige nicht wirksam, weil die steuerpflichtigen Spekulationsgewinne nicht vollständig angegeben wurden. Hierzu muss man wissen, dass die Ermittlung der steuerlichen Spekulationsgewinne ein ausgesprochen komplexer Vorgang ist, für den man detaillierte Bankbelege benötigt. Solche lagen zum Zeitpunkt der Selbstanzeige aber nicht vor. Im Nachgang zur Selbstanzeige wurden dem Finanzamt weitere Belege der ausländischen Banken vorgelegt. Aus diesen Belegen ergab sich die Unrichtigkeit der Selbstanzeige. Die Staatsanwaltschaft wertete die Selbstanzeige dementsprechend als erfolglos und brachte den Fall beim Landgericht München II zur Anklage. Während des Verfahrens wurde vom Angeklagten ein weiterer USB-Stick mit umfangreichen Bankbelegen (50.000 Einzelbelege) vorgelegt, woraus sich schließlich das gesamte Ausmaß der Steuerhinterziehung ergab. Aufgrund dieser Umstände hatte die Staatsanwaltschaft zunächst Steuerhinterziehungen in Höhe von rund 6.000.000,00 € angeklagt, ausgeurteilt wurde jedoch eine Steuerhinterziehung von über 28.000.000,00 €.

Bei einer Steuerhinterziehung dieser Größenordnung kann man bei einem Fall, der keine Besonderheiten aufweist, von der Ausurteilung einer langjährigen Haftstrafe jenseits von fünf Jahren ausgehen. Angesichts einer solchen Straferwartung erscheint die Strafe in Höhe von dreieinhalb Jahren zunächst als auffällig milde. Berücksichtigt man doch die besonderen Umstände des Falles, ist das Urteil nicht ungerechtfertigt. Die Strafgesetze geben in Deutschland immer nur einen gewissen Strafrahmen vor. Ein Standardstraframe ist beispielsweise die Bestrafung mit Geld-

Dezember 2019

strafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren, der bei einfacher Steuerhinterziehung Anwendung findet. Bei schwerer Steuerhinterziehung ist ein Strafrahmen von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe vorgesehen. Innerhalb dieses Strafrahmens ist das Gericht sehr frei unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls eine angemessene Strafhöhe festzulegen. Zwingende Vorgaben gibt es praktisch nicht, und auch von den Leiturteilen des Bundesgerichtshofes darf mit Blick auf den Einzelfall unter Umständen abgewichen werden. Bei der Strafhöhe gilt durchaus der Satz: „Vor Gericht und auf hoher See ist man in Gottes Hand“.

Das Gericht muss für jede einzelne Tat eine Strafe bemessen. Bei Hoeneß gab es sieben Taten (jede falsche Steuererklärung ist eine Tat). Die für die einzelnen Taten ausgeurteilten Strafen werden aber nicht einfach addiert. Vielmehr muss das Gericht eine sogenannte Gesamtstrafe bilden. Dies geschieht, indem die höchste ausgeurteilte Strafe unter Berücksichtigung der übrigen Taten angemessen erhöht wird. Die Gesamtstrafe darf dabei die Summe der Einzelstrafen nicht erreichen. Im Fall Hoeneß betrug die Summe der Einzelstrafen über neun Jahre. In der Gesamtstrafenbildung hat das Gericht also nur etwas mehr als 1/3 der Summe aller Einzelstrafen ausgeurteilt. Bei der finalen Strafzumessung hat das Gericht vor allem zwei Punkte maßgeblich berücksichtigt. Zum einen handelte es sich um einen Fall einer missglückten Selbstanzeige. Das heißt, der Angeklagte war bestrebt zur Steuerherrlichkeit zurückzukehren, um im Gegenzug dazu Straffreiheit zu erlangen. Möglicherweise hätte der Fall Hoeneß gar nicht aufgeklärt werden können, hätte es diese Selbstanzeige nicht gegeben. Zwar gab es einen Druck von außen, weil befürchtet wurde, die Enthüllung von Auslandskonten stehe unmittelbar bevor, die gescheiterte Selbstanzeige ist aber dennoch zu Gunsten des Betroffenen zu werten. Zum anderen hat Uli Hoeneß während des Verfahrens die maßgeblichen Bankunterlagen, soweit ersichtlich, vollständig vorgelegt. Hierzu wäre er nicht verpflichtet gewesen. Der Effekt war, dass sich der Steuerschaden vervielfacht hat. Das Gericht hat wörtlich ausgeführt, der Angeklagte habe sich selbst „ans Messer geliefert“. Man könnte auch sagen, es wurde mehr Aufklärungsarbeit geleistet als klug war. Tatsächlich wären die Schweizer Bankunterlagen wohl kaum durch ein deutsches Gericht zu erlangen gewesen. Nur durch die Mithilfe, bzw. durch die freiwillige Freigabe von Unterlagen, konnte das vollständige Ausmaß der Steuerhinterziehung ermittelt werden.

Diesen Umstand hat das Gericht ganz maßgeblich strafmildernd gewertet und daran gibt es nichts auszusetzen. Allein diese beiden genannten Umstände rechtfertigen eine Abweichung zu Gunsten des Angeklagten von den üblichen Vorgaben des BGH. Weitere Gesichtspunkte sind das bislang vorstraffenfreie Leben sowie die, durch das Verfahren verursachte, mediale Belastung. Die Medienberichterstattung wird im Urteil Hoeneß zwar nicht ausdrücklich aufgeführt, sie wäre aber ein tragender, wenn auch kein maßgeblicher, Strafmilderungsgrund.

Häufig wird auch übersehen, dass ein Teil der Taten nach einem mildernden Strafgesetz, als dem heute gültigen, abgeurteilt wurde. Bis einschließlich 2007 lag ein besonders schwerer Fall der Steuerhinterziehung (Strafrahmen sechs Monate bis zehn Jahre) nur dann vor, wenn neben dem großen Ausmaß der Steuerhinterziehung auch ein besonders grober Eigennutz des Täters festgestellt werden konnte. Nun ist es so, dass der Täter einer Steuerhinterziehung immer beabsichtigt sich selbst zu bereichern. Besonders grober Eigennutz liegt daher nur dann vor, wenn ein besonders verurteilungswürdiges, rücksichtsloses Gewinnstreben gegeben ist. Dabei kommt es auf die Höhe der hinterzogenen Steuern nicht maßgeblich an. Erst mit einer Gesetzesänderung im Jahr 2007 fiel das Merkmal des groben Eigennutes weg. Ein besonders schwerer Fall der Steuerhinterziehung konnte bereits vorliegen, wenn das sogenannte große Ausmaß (mehr als 50.000,00 €) gegeben war. Ein Großteil der Taten wurde daher nach einem günstigeren Strafgesetz abgeurteilt, der Strafrahmen hat sich für diese Taten damit effektiv halbiert.

All diese Punkte zusammengenommen ermöglichen es dem erkennenden Gericht im Rahmen einer Gesamtschau eine, im Vergleich zu den Einzelurteilen, geringe Gesamtstrafe zu bilden. Dies ist in rechtlicher Hinsicht in keiner Weise zu beanstanden. Strafurteile sollen nach Möglichkeit im Einzelfall gerecht werden. Sie dienen nicht in erster Linie dazu ein Exempel zu statuieren.

Der ehemalige BGH-Richter hatte das Urteil im Übrigen auch gelesen und auf den Einwurf des Verteidigerkollegen sehr direkt reagiert. Das Urteil sei nicht zu beanstanden und der BGH hätte es, zumindest was die Strafzumessung angeht, mit hoher Wahrscheinlichkeit gehalten.



Medizinrecht

Miriam L. Germer, M.L.E. | Rüdiger Hitz

Honorarärzte im Krankenhaus sind regelmäßig sozialversicherungspflichtig!

Der 12. Senat des Bundessozialgerichts (BSG) hat entschieden, dass Ärzte, die als Honorarärzte in einem Krankenhaus tätig sind, in dieser Tätigkeit regelmäßig nicht als Selbstständige anzusehen sind sondern als Beschäftigte des Krankenhauses der Sozialversicherungspflicht unterliegen (BSG, Ur. v. 04.06.2019, Az. B 12 R 11/18 R als Leitfall).

Bei einer Tätigkeit als Arzt ist eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung nicht von vornherein wegen der besonderen Qualität der ärztlichen Heilkunde als Dienst „höherer Art“ ausgeschlossen. Entscheidend ist, ob die Betroffenen weisungsgebunden beziehungsweise in eine Arbeitsorganisation eingegliedert sind. Letzteres ist bei Ärzten in einem Krankenhaus regelmäßig gegeben, weil dort ein hoher Grad der Organisation herrscht, auf die die Betroffenen keinen eigenen, unternehmerischen Einfluss haben. Hinzu kommt, dass Honorarärzte ganz überwiegend personelle und sachliche Ressourcen des Krankenhauses bei ihrer Tätigkeit nutzen. Hervorgehoben hat das BSG, dass ein etwaiger Fachkräftemangel im Gesundheitswesen keinen Einfluss auf die rechtliche Beurteilung des Vorliegens von Versicherungspflicht hat. Sozialrechtliche Regelungen zur Versicherungs- und Beitragspflicht können nicht außer Kraft gesetzt werden, um eine Steigerung der Attraktivität des Berufs durch eine von Sozialversicherungsbeiträgen „entlastete“ und deshalb höhere Entlohnung zu ermöglichen (so BSG, Urteil vom 04.06.2019, Az. B 12 R 11/18 R als Leitfall).

Die Rechtsprechung des BSG wird erhebliche Auswirkungen für den Einsatz von Honorarärzten im Krankenhaus haben. Krankenhäuser werden auf Arbeitnehmerüberlassungen und (Teilzeit-) Anstellungsverträge zurückgreifen. Der Abschluss von Honorararztverträgen dürfte der Vergangenheit angehören.

Die BSG-Rechtsprechung zur Sozialversicherungspflicht von Honorarärzten im Krankenhaus wird in der Regel auch für niedergelassene Ärzte gelten, die beispielsweise eigene Patienten im Krankenhaus operieren. Die Tätigkeit als niedergelassener Vertragsarzt in eigener Praxis ist unzweifelhaft als selbstständige Tätigkeit anzusehen. Die ärztliche Tätigkeit in der Praxis umfasst jedoch nicht zwangsläufig auch die operative Tätigkeit im Krankenhaus. Die Einordnung, ob eine Tätigkeit als sozialversicherungspflichtig einzustufen ist, bezieht sich immer auf den Einzelfall und bedarf der Beachtung der Gesamtumstände des Einzelfalls.

Empfehlung:

Selbstständige freiberufliche Tätigkeit oder abhängige Beschäftigung: Aufgrund der Rechtsprechung des BSG sollten bestehende Honorararztverträge mit Krankenhausärzten – nicht nur mit Ärzten, sondern bspw. auch mit Physiotherapeuten und Hebammen – auf sozialversicherungspflichtige Risiken hin im Einzelfall überprüft werden.

Aber welche Auswirkungen hat die aktuelle Rechtsprechung des Bundessozialgerichts auf Altfälle?

Die Sozialversicherungsträger werden in den zukünftig anstehenden Betriebsprüfungen die aktuelle Entwicklung zum Anlass

nehmen, um Nachzahlungsansprüche der Rentenversicherung geltend zu machen. Dabei wird in den meisten Fällen sowohl der Arbeitgeber- als auch den Arbeitnehmeranteil nachträglich abzuführen sein. Eine Rückforderung des Arbeitnehmeranteils von den Honorarkräften wird dagegen gesetzlich nur sehr eingeschränkt möglich sein. Solange von unvorsätzlichem Verhalten der Geschäftsleitung ausgegangen wird, kann die Beitragsnachforderung nur für einen Zeitraum von vier Jahren erfolgen.

Die steuerrechtlichen Folgen der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts bestehen darin, dass der Arbeitgeber für die nicht angemeldete und nicht abgeführte Lohnsteuer für die Vergütung der Honorarkräfte haftet. Nur bei einer korrekten Versteuerung durch die Honorarkräfte selbst, entfällt die Haftung.

Unterlässt die Geschäftsleitung eine Auseinandersetzung mit den Altfällen, kann es zu erheblichen strafrechtlichen Konsequenzen kommen. Erkennt die Geschäftsleitung nachträglich, dass eine von ihr abgegebene Erklärung bzw. Anmeldung unrichtig oder unvollständig ist, ist sie verpflichtet, dies unverzüglich anzugeben und die erforderliche Richtigstellung vorzunehmen. Im Steuerrecht ist diese Verpflichtung ausdrücklich in der Abgabenordnung geregelt, gilt aber inhaltlich auch im Sozialabgabenrecht. Unterlässt die Geschäftsleitung also die Berichtigung der Altfälle, verwirkt sie persönlich die Tatbestände des Vorenthalts und Veruntreuens von Arbeitsentgelten sowie der Steuerhinterziehung durch Unterlassen.

Zur Vermeidung böser Überraschungen in Form erheblicher Säumniszuschläge und Zinsen sowie zur Schaffung eines rechtlich abgesicherten Umgangs mit den Altfällen in zeitlicher aber auch in strafrechtlicher Hinsicht, bedarf es deren Aufarbeitung und einer aktiven sowie formgerechten Kommunikation gegenüber der Deutschen Rentenversicherung und dem zuständigen Finanzamt.



Internationales Recht

Dr. Nils Wigginghaus

VR China: Neues Gesetz über ausländische Investitionen tritt am 1.1.2020 in Kraft – Auswirkungen auch auf bestehende chinesische Tochtergesellschaften

Bereits am 15. März 2019 hat der 13. Nationalkongress der VR China das neue chinesische Gesetz über ausländische Direktinvestitionen in China beschlossen, das sog. Foreign Investment Law (FIL). Das Gesetz gilt als die größte Reform im chinesischen Gesellschaftsrecht seit dem Inkrafttreten des Gesellschaftsgesetzes von 2006 (Company Law, CL) und es bezieht sich, den Weg der Modernisierung des Rechts in China konsequent weiter zu gehen. Interessant ist, dass das Gesetz ebenso wie die alten Gesetze ein „Kind seiner Zeit“ ist. So überbieten sich die ersten 27 (!) Artikel, insbesondere und gerade unter der Überschrift „Förderung ausländischer Investitionen“, mit Garantien und Schutzvorschriften zugunsten ausländischer Unternehmen, stets aber bleibt das Gesetz so vage, dass man nicht so recht weiß, was man daraus machen soll.

Für uns entscheidend sind daher die bereits jetzt absehbaren Änderungen und deren konkrete Auswirkungen auf bestehende Unternehmen deutscher Investoren in China.

1. Wegfall der alten Sondergesetze für ausländische Unternehmen

Mit Inkrafttreten des FIL werden zunächst einmal die bestehenden Sonderregelungen für ausländisch investierte Unternehmen wegfallen (Art. 42 FIL). Das ist sowohl das Gesetz über die Joint Ventures mit ausländischer Beteiligung (Equity Joint Venture Law und Contractual Joint Venture Law) als auch das Gesetz über Gesellschaften mit ausschließlich ausländischer Beteiligung (WOFE Law). Diese Gesetze waren zum Teil völlig aus der Zeit gefallen, die Joint Venture Gesetze beispielsweise stammen zum Teil noch aus einer Zeit vor dem WTO-Beitritt Chinas. Sie haben in der Vergangenheit immer wieder Probleme gemacht, da die dort vorgeschriebenen Strukturen weder mit modernen Gesellschaftsformen anderer Staaten noch mit den modernisierten chinesischen Gesetzen selbst (etwa dem Company Law von 2006) in Übereinstimmung zu bringen waren. Besonders erheblich waren die Probleme, wenn Joint Ventures in entlegenen Provinzen gegründet werden sollten und die Genehmigung von Behörden verlangt wurde, die wenig Erfahrung mit ausländischen Investoren hatten. Hier ist – nach einer Umstellungsphase (s. nachfolgende Ziffer 2) – zukünftig Besserung zu erwarten.

2. Umstellungen der Entscheidungsstruktur bei Joint Ventures – Neuverhandlung von Joint Venture Verträgen notwendig

Das neue Gesetz sieht insbesondere für Joint Venture (JVs) Unternehmen eine andere Unternehmensstruktur vor. Während früher beim ausländisch investierten Unternehmen das Board of Directors das höchste Gremium war, wird auch bei JVs zukünftig die Gesellschafterversammlung entscheiden. Das hat in der Regel tiefgreifende Änderungen zur Folge, die eine komplette Revision bestehender Gesellschaftsverträge und Beteiligungsvereinbarungen erfordert. So manch betroffener deutscher Unternehmer erinnert sich schmerhaft an den Kosten- und Zeitaufwand bei der Verhandlung des ersten Joint Venture Vertrages mit seinem chinesischen Counterpart und dürfte darüber wenig erfreut sein.

Daher zunächst die gute Nachricht: Unternehmen, die heute schon Joint Ventures in China unterhalten, müssen nicht in Panik verfallen, der chinesische Gesetzgeber gibt ihnen Zeit, die neuen Vorschriften umzusetzen. Die offizielle Frist ist der 31. Dezember 2024. Was danach passiert, sagt das Gesetz nicht, wenn allerdings bis zum 31.6.2025 nicht umgesetzt wurde, haben die Behörden das Recht, die Bearbeitung von Anliegen der Gesellschaft zu verweigern – also in Untätigkeit zu verfallen. Es ist zu erwarten, dass in Kürze die Umsetzungsrichtlinien zum neuen Gesetz veröffentlicht werden und die Umsetzungen präzisieren.

Allerdings darf man bereits jetzt davon ausgehen, dass Gesellschaften, die der Pflicht innerhalb der Frist nicht nachkommen, negative Einträge in ihr Credit System bekommen (siehe Artikel 38 FIL). Besonders diejenigen Gesellschaften, in denen der deutsche Geschäftsführer auch zeitgleich Legal Representative ist, dürften das vermeiden wollen, droht doch bei wiederholtem und nachhaltigem Negativeintrag ins Credit System unter Umständen der Entzug der Befugnis, in China Legal Representative einer Gesellschaft zu sein – auch wenn dies nach heutiger herrschender Auffassung nicht die Geeignetheit nach § 6 GmbHG berührt, in Deutschland Geschäftsführer zu sein (anders könnte dies bei einer strafrechtlichen Verurteilung in China sein).

3. Geringer Anpassungsbedarf bei WOFEs

In der Regel ergibt sich bei 100%igen Tochtergesellschaften (sog. Wholly Foreign Owned Enterprises – „WOFEs“, trotz der falschen Buchstabenreihenfolge!) kaum Änderungsbedarf. Das WOFE-Law galt stets zwar vor dem Gesellschaftsgesetz, sah aber generell die gleichen Strukturen vor wie das neue Gesetz. Lediglich bei sehr alten WOFEs kann es erhebliche Probleme geben, wenn diese vor 2006 gegründet wurden. Damals war es mangels eines klaren Rechtsrahmens und vor dem Hintergrund, dass die chinesischen Provinzen und Regionen alles taten, um ausländische Direktinvestitionen anzuziehen, an der Tagesordnung, dass die Behörden jegliche Gesellschaftsverträge genehmigt haben. Zum Teil wurden sogar lediglich vom Deutschen ins Chinesische übersetzte GmbH-Satzungen eingereicht und eingetragen. Diese Verträge waren rechtlich schon immer völlig unbeherrschbar, zukünftig jedoch könnte es zu operativen Problemen kommen, wenn die Behörden diese Gesellschaften in China mit Untätigkeit strafen. Diesen Gesellschaften ist jedoch bereits aus anderem Grund dringend anzuraten, ihre Gesellschaftsverträge zu überarbeiten.

4. Die Sicherheitsprüfung nach Art. 35 FIL

Artikel 35 FIL besagt, dass die öffentliche Aufsicht darüber besteht, dass ausländisch investierte Unternehmen nicht die nationale Sicherheit beeinträchtigen dürfen. Das ist natürlich per se erst einmal nicht zu beanstanden. Gleichwohl fällt dieser Artikel auf, denn er ist ein Einfallstor – und zwar für nicht zivilrechtliche, sondern ordnungsbehördliche Maßnahmen – mit anderen Worten: chinesische Polizeibehörden, die kaum Verständnis für die Belange eines Unternehmens haben dürften. Wie sich genau diese Vorschrift auswirkt, bleibt abzuwarten.

5. Zusammenfassung:

Zusammenfassend bleibt festzuhalten:

- Anpassungsbedarf gibt es insbesondere für Joint Venture Unternehmen und „Alt-WOFEs“, d. h. vor 2006 gegründete Unternehmen. Die Anpassung muss nach heutigem Stand bis zum 31.12.2024 erfolgen.
- Gesellschaften, die jetzt gerade ein Joint Venture in China verhandeln, sollten die kommenden Regelungen auf jeden Fall schon berücksichtigen, sonst drohen ärgerliche Nachverhandlungen mit dem chinesischen Partner. Ganz zu Grunde legen können Sie die neuen Regelung der Gesellschaftsgründung jedoch vor dem 1.1.2020 noch nicht, was die Sache zusätzlich verkompliziert.
- Ferner ist – wie bei jeder grundlegenden Gesetzesreform in China – davon auszugehen, dass die Unsicherheit der Behörden nach Inkrafttreten erst so groß ist, dass diese in eine Art „Schockstarre“ verfallen und zunächst keine Genehmigungen aussprechen, bis man meint, eine sichere Entscheidungsgrundlage zu haben.
- Generell führt das FIL zu einer weiteren Modernisierung des chinesischen Gesellschaftsrechts und zu einer Vereinheitlichung der Regeln für ausländisch investierte Unternehmen, was zu begrüßen ist.
- Das FIL ist auch ein Ausdruck des politischen Zeitgeists (Handelskonflikt mit den USA, etc.), was sich insbesondere in vielen Schutzvorschriften zugunsten ausländischer Investitionen niederschlägt. Das liest sich gut, jedoch ist zu beachten, dass die Probleme deutscher Unternehmen in China selten mit der geltenden Rechtslage zu tun hatten, sondern mit der stark politisch geprägten Behördenpraxis.

Dr. Nils Wigginghaus

Schadensersatz für unzulässige Klage in den USA? – Schlägt der Bundesgerichtshof ein neues Kapitel im deutsch-amerikanischen Justizkonflikt auf?

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 17. Oktober 2019 (III ZR 42/19) bestätigt: wenn zwei Parteien eine exklusive Gerichtsstandsvereinbarung (hier zugunsten deutscher Gerichte) treffen und eine Partei verklagt die andere entgegen dieser Vereinbarung an einem von dieser Vereinbarung abweichenden Gericht (hier USA), so schuldet die dort klagende Partei der beklagten Partei Schadensersatz für die ihr durch dieses Verfahren entstandenen Kosten. Ein Durchbruch im seit Jahrzehnten schwelenden Justizkonflikt zwischen den USA und Deutschland? Wohl kaum, sondern eher eine juristische Binsenweisheit, die deutschen Unternehmen nicht wirklich hilft.

1. Rahmenbedingungen und der deutsch-amerikanische Justizkonflikt

Zunächst einmal sei klargestellt: das Urteil betraf zwar den „Klassiker“, also eine Klage in den USA, ist aber dem Grunde nach auch auf andere Konstellationen anwendbar. In Bezug auf die USA aber ist es besonders relevant, denn durch die Inanspruchnahme vor einem Gericht in den USA entstehen deutschen Unternehmen zum Teil existenzbedrohende Kosten.

Exkurs: Das Zivilverfahren in den USA ist besonders durch drei kostenauslösende Eigenheiten geprägt. Zum einen (1) ist es ein extrem parteibetriebenes Verfahren, d. h. der Richter übt lediglich die Aufsicht darüber aus, dass die Parteien die Prozessregeln einhalten. Wahr gibt es auch in Deutschland im Zivilprozess in der Regel keine Amtsaufklärungspflicht des Gerichts, in den USA ist das Gericht aber traditionell noch passiver, das Verfahren wird durch die Parteien – die Anwälte – geführt, das produziert Kosten. Selbst wenn das angerufene Gericht völlig eindeutig international unzuständig ist (trotz der sich selbst geschaffenen ausufernden internationalen Zuständigkeit von US Gerichten) – bis diese Unzuständigkeit feststeht, sind in der Regel sechsstellige Anwaltshonorare in die USA zu überweisen (im hier entschiedenen Fall knapp 200.000 USD). Ferner (2) hat der Kläger erhebliche Möglichkeiten, den Aufwand auf Seiten des Beklagten ins Unermessliche zu steigern, da der Beklagte bei der vorprozesualen Beweiserhebung („pre-trial discovery“) mitwirken muss. Da werden zum Teil Tausende von Seiten Dokumente erhoben, der Beklagte und Zeugen werden im Beisein eines ein Wortprotokoll führenden court reporters verhört. Festplattenweise müssen Daten kopiert und übergeben werden. Last but not least (3) steht der Beklagte ab dem ersten Tag aufgrund dieser Kosten unter Einigungs(Vergleichs-)druck. Er weiß: selbst wenn er gewinnt, er bekommt nichts von seinen Kosten zurück – die sog. American Rule of Costs besagt, dass jeder stets nur sein eigenes Prozessrisiko trägt, damit niemand, auch der Mittellose, nicht vom Verfolgen seiner Rechte abgehalten wird. Eine direkte Folge des Fehlens von Prozesskostenhilfe (PKH). Generell ist zu sagen, dass in kaum einem Land eine Partei eines Zivilverfahrens im Falle des Verlusts die Sorge haben muss, der anderen Seite alle Kosten zu erstatten. In den meisten Ländern gibt es entweder nur eine entweder mit den realen Kosten nicht übereinbringende oder gar keine Kostenerstattung.

Festzuhalten ist: der US-Prozess ist ein wahres Kostenungeheuer – und nicht etwa wegen Millionen Euro Strafschäden, diese werden in der Regel schon in der Berufungsinstanz kassiert und erheblich reduziert. Aber der aus dem Zusammenspiel von ausufernden Anwaltsprozessen und fehlender Kostenerstattung resultierende Justizkonflikt zwischen USA und Deutschland schon seit Jahrzehnten.

Immer wieder haben insbesondere deutsche Unternehmen versucht, die Möglichkeiten des deutschen Rechts gegen die Inanspruchnahme in den USA in Stellung zu bringen. So kann man etwa, wenn man schnell genug ist, in Deutschland eine sog. „negative Feststellungsklage“ erheben, wenn man vermutet, dass man bald in den USA verklagt wird und der Gegner Anlass zur Klageerhebung gibt. Mit Rechtskraft des Urteils zugunsten der deutschen Partei wird festgestellt, dass die US-Partei keinen (oder nur einen geringeren) Anspruch hatte. Ein Urteil von jenseits des Atlantiks wird dann in Deutschland nicht mehr vollstreckt.

Auch hat man versucht, die durch in den USA an international unzuständigen Gerichten erhobene Klagen entstandenen Kosten im Wege des Schadensersatzes vor deutschen Gerichten geltend zu machen. Bislang vergeblich: der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass die Inanspruchnahme staatlicher Gerichte selbst dann keine vorsätzliche Schädigung ist, wenn die Zuständigkeit klar nicht gegeben ist. Jeder hat das Recht, den Zugang zu Gerichten seiner Wahl zu suchen und um Rechtsschutz zu bitten.

Und nun? Nun hatten Parteien eine exklusive Gerichtsstandsvereinbarung und die Geltung deutschen Rechts in ihren Vertrag geschrieben.

2. Gerichtsstandsvereinbarung im Kontext von grenzüberschreitenden Verträgen

Im internationalen Kontext versucht in der Regel jede Partei an ihrem Heimatgerichtsstand zu klagen. Dem liegen nicht immer unbedingt juristische Überlegungen zugrunde, sondern es ist eher oftmals eine Frage der Behaglichkeit: man mag dem ausländischen Recht und dem ausländischen Gericht nicht so recht trauen.

Das Verfahren „zuhause“ hat aber natürlich auch daneben unbestreitbar viele Vorteile: die Gerichtssprache ist die Heimatssprache, man ist mit dem Verfahren vertraut, im deutschen (Zivilprozess) Recht erfahrene Anwälte sind gut verfügbar. Man hat keine Sorge vor einem gewissen „Lokalpatriotismus“ des Gerichts. Man kennt das Vollstreckungsverfahren (wenn Vermögen des Beklagten im Gerichtsstandsstaat vorhanden ist, ansonsten bedarf es einer Anerkennung des Urteils im Ausland, was zum Teil rechtlich (Russland), praktisch (China) oder wirtschaftlich (USA) unmöglich ist, innerhalb von Europa aber sehr gut funktioniert).

Aus diesem Grund kämpfen Parteien zu Recht beim Abschluss eines grenzüberschreitenden Vertrages besonders um die beiden wichtigen Klauseln: Gerichtsstand und anwendbares Recht (und sind manchmal bei der Last-Minute Änderung dieser Klauseln erstaunlich sorglos). Im dem BGH vorliegenden Fall hatte sich die deutsche Partei bei beidem durchgesetzt (was für ihre Verhandlungsstärke spricht).

Mit der Geltung deutschen Rechts wurde auch § 280 BGB vereinbart – dieser besagt: „Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen.“ Der BGH geht zurecht davon aus, dass in der exklusiven Vereinbarung der Zuständigkeit der Gerichte eines Landes die Verpflichtung beider Parteien enthalten ist, nicht an anderen Gerichten zu klagen. In dem vorliegenden Fall hätte also die amerikanische Partei nicht in den USA klagen dürfen. Dadurch, dass sie es trotzdem tat, hatte sie diese Vertragspflicht verletzt – sogar vorsätzlich. Das würde ja die Möglichkeit der Parteien, ein anderes Gericht anzu rufen nicht ausschließen und damit den Rechtsschutz gewähren, die jeweilige Partei müsste eben nur wissen, dass danach ein Schadensersatzanspruch drohte (sic!).

Können wir also vermelden: Jahrzehnte alter Justizkonflikt USA – Deutschland gelöst? Leider nein.



3. Geschäftskontakte in die USA bleiben erheblich risikobelastet

Zum einen fragt sich bereits, was geschehen wäre, wenn das US Gericht etwa der Auffassung zugesprochen hätte, die Rechtswahl zugunsten deutschen Rechts sei (zumindest was diesen Teil angeht) unwirksam, weil sie gegen den „ordre public“ verstößt – die öffentliche Ordnung, zu der fast alle Länder auch den Zugang zu effektivem Rechtsschutz zählen? Etwa hätte die Begründung lauten können, die US Partei sei dadurch den Segnungen des US-Verfahrens entgangen (s. Exkurs oben), das sei eine nicht zumutbare Einschränkung. Sie müsste ja sogar im deutschen Zivilprozess eine schlüssige Klage erheben! Deutsche Gerichte sprächen darüberhinaus nur so wenig Schadensersatz zu! Denkbar ist dies.

Ferner zeigt die Praxis, dass eine Vielzahl, vielleicht sogar die Mehrzahl, von transatlantischen Justizkonflikten aus Streitigkeiten jenseits eines Vertrages resultiert oder Verträge US-Gerichtsstände nicht wirksam ausschließen. So haben viele (ältere) Verträge überhaupt keine Gerichtsstandsklausel. Ferner hat das US Recht ein recht umfassendes Recht der gesetzlichen Schuldverhältnisse (sog. „torts“), die Ansprüche auch ohne Vertrag gewähren.

Wenn keine Rechtswahl getroffen worden wäre, so würde es vom sog. Internationalen Privatrecht des jeweils angerufenen Gerichts abhängen, welches Recht Anwendung findet. Hier wäre – je nach konkretem Anspruch – durchaus denkbar, dass US-Recht zur Anwendung käme und damit nicht der § 280 BGB, auf den der BGH hier seine Auffassung stützte.

4. Zusammenfassung und Empfehlung

Es bleibt festzuhalten, dass das Urteil vermutlich in der Praxis nicht den Segen bringt, den es auf den ersten Blick zu bringen scheint. Der BGH hatte den denkbar einfachsten Fall zu entscheiden. Dies hat er logisch und richtig getan. Aber für die Praxis ist das leider nicht der große Wurf.

Bis dieser erfolgt, ist deutschen Unternehmen anzuraten, bei Gerichtsstand und Rechtswahl mit US-Partnern höchste Vorsicht gelten zu lassen. Kündigt sich am Horizont ein Streit an, kann Eile geboten sein – unter Umständen gibt es die Möglichkeit, hier in Deutschland Abwehrmaßnahmen zu treffen.

Ebenfalls immer im Hinterkopf behalten sollten deutsche Parteien: was geschieht mit meinem Urteil gegen den US-Partner? Deutsche Urteile bedürfen in den USA der Anerkennung – ein dem Klageverfahren vergleichbares Verfahren mit erheblichen Kosten (die auch nicht erstattet werden!). Unter Umständen ist die Schiedsklausel eine Lösung, dann jedoch muss auf den Schiedsort (am besten außerhalb der USA) geachtet werden, sonst kommt das lokale Prozessrecht (s. o., Stichwort „pre-trial discovery“) wieder zum Durchbruch.

Dr. Birgit Jaenicke

Litigating in the civil courts ...

Verfahren vor den nationalen Zivilgerichten von Bulgarien bis Spanien – Erkenntnisse vom Treffen der PANGEA Arbeitsgruppe Commercial Law in Barcelona

„Bei uns in Frankreich gibt es im Gerichtsverfahren de facto keine Zeugen“ erklärt Maître Davené aus der Kanzlei Wenner/Paris, „was man nicht durch Schriftstücke beweisen kann, ist für den Richter schlachtweg uninteressant“. Manchem ausländischen Mandanten habe man schon erklären müssen, dass die wasserdichte Zeugenaussage des Vertriebsmitarbeiters Meyer vor den französischen Gerichten irrelevant und der Fall zum Scheitern verurteilt ist. „Vor den Gerichten in England und Wales kommt es manchmal zu tagelangen Zeugenvernehmungen“, berichtet dagegen der Solicitor und auf Prozessführung spezialisierte Rechtsanwalt Nick Smee von der Kanzlei Browne Jacobson. In Großbritannien gibt es mit den Barristern hochspezialisierte Anwälte, die sich ausschließlich mit der Prozessführung vor Gericht beschäftigen und – wie aus angloamerikanischen Fernsehserien bekannt – ihren ganzen Stolz darein setzen, einen Zeugen im Kreuzverhör zum Schwitzen zu bringen.

Wie sieht es in Spanien mit Zeugen aus? Und wie in Bulgarien? Und innerhalb welcher Fristen ist eine Klageerwiderung zu fertigen? Innerhalb von 14 Tagen – ohne Verlängerungsmöglichkeit – wie in Spanien? Wer sitzt einem als Richter im Verfahren überhaupt gegenüber – juristische Laien wie in den französischen Tribunaux de commerce oder den niederländischen Kantongerechten? Oder werden die Richter gewählt wie bei den Kantonalergerichten in der Schweiz? Und entsteht für den Obsieger automatisch ein Anspruch auf Erstattung der Gerichtskosten wie in Deutschland und Österreich oder liegt dies im Ermessen des Richters?

Beim alljährlichen Arbeitstreffen der europäischen Abteilung der Arbeitsgruppe Commercial Law im PANGEA Netzwerk standen dieses Mal die Besonderheiten im Zivilprozessrecht der verschiedenen Mitgliedsländer auf dem Plan. Wenngleich in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen viele Parallelen bestehen, wurde im Austausch auch deutlich, dass es – oft an unerwarteter Stelle – eine Vielzahl von nationalen Besonderheiten gibt, die sich in der Praxis durchaus streitentscheidend auswirken können.

Für die eigenen Mandanten haben die teilnehmenden Rechtsanwälte aus den verschiedenen Kanzleien des PANGEA Netzwerks vor allem Folgendes mit nach Hause genommen: Wenn tatsächlich ein Gerichtsverfahren vor den staatlichen Gerichten in einer anderen Rechtsordnung ansteht – sei es, weil der Mandant dort verklagt worden ist, sei es, weil für eine Klage nur dort ein Gerichtsstand gegeben ist – darf zwar davon ausgegangen werden, dass die vertrauten Grundsätze allgemeiner Rechtsstaatlichkeit in allen europäischen Staaten gelten. Wie sie im Einzelnen gewährleistet werden, ist aber durchaus unterschiedlich und kann auf das Ergebnis des Verfahrens große Auswirkungen haben. Gerade Aspekte wie zwingende Fristen, Professionalität der Richter oder Verfahrensdauer müssen schon im Vorfeld berücksichtigt werden. Geführt werden kann und sollte das Verfahren vor Ort jedenfalls ab einem bestimmten Streitwert nur durch einen bei den dortigen Gerichten bestellten Rechtsanwalt. Hat man die Wahl – etwa beim Vertragsschluss – bietet es sich auch an, über die Vereinbarung einer Schiedsklausel nachzudenken: Ein Schiedsverfahren kann in der Regel vom eigenen Anwalt geführt werden und bietet auch ansonsten eine Reihe von Vorteilen.

Die Autoren



Dr. Sören Kramer
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht
soeren.kramer@brandi.net



Dr. Robert Lepsiens
Rechtsanwalt und Notar
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
robert.lepsien@brandi.net



Dr. Sandra Vyas
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Arbeitsrecht
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht
sandra.vyas@brandi.net



Dr. Nils Wiggingshaus
Rechtsanwalt und Notar
Fachanwalt für internationales Wirtschaftsrecht
nils.wiggingshaus@brandi.net



Dr. Andrea Pirscher
Rechtsanwältin
Fachanwalt für Arbeitsrecht
andrea.pirscher@brandi.net



Dr. Rainer Krüger
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht
rainer.krueger@brandi.net



Björn Mai
Rechtsanwalt
bjoern.mai@brandi.net



Miriam L. Germer, M.L.E.
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Medizinrecht
Healthcare Compliance Officer (HCO)
miriam.germer@brandi.net



Bernd Kaufhold
Rechtsanwalt und Mediator
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Strafrecht
bernd.kaufmann@brandi.net



Dr. Christopher Jones
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht
christopher.jones@brandi.net



Rüdiger Hitz
Rechtsanwalt und Steuerberater
Fachanwalt für Steuerrecht
Fachanwalt für Strafrecht
ruediger.hitz@brandi.net



Jaqueline Maria Bohrßen
Rechtsanwältin
jaqueline.bohrssen@brandi.net

BRANDI

RECHTSANWÄLTE

Bielefeld

Adenauerplatz 1
33602 Bielefeld
Tel.: +49 (0) 521 / 9 65 35 - 0
Fax: +49 (0) 521 / 9 65 35 - 99
E-Mail: bielefeld@brandi.net

Detmold

Lindenweg 2
32756 Detmold
Tel.: +49 (0) 5231 / 98 57 - 0
Fax: +49 (0) 5231 / 98 57 - 50
E-Mail: detmold@brandi.net

Gütersloh

Thesings Allee 3
33332 Gütersloh
Tel.: +49 (0) 5241 / 53 58 - 0
Fax: +49 (0) 5241 / 53 58 - 40
E-Mail: guetersloh@brandi.net

Paderborn

Rathenastraße 96
33102 Paderborn
Tel.: +49 (0) 5251 / 77 35 - 0
Fax: +49 (0) 5251 / 77 35 - 99
E-Mail: paderborn@brandi.net

Minden

Königswall 47-49
32423 Minden
Tel.: +49 (0) 571 / 8 37 06 - 0
Fax: +49 (0) 571 / 8 37 06 - 66
E-Mail: minden@brandi.net

Hannover

Adenauerallee 12
30175 Hannover
Tel.: +49 (0) 511/ 89 93 79 - 0
Fax: +49 (0) 511/ 89 93 79 - 77
E-Mail: Hannover@brandi.net

Paris

70, boulevard de Courcelles
F-75017 Paris
Tel.: 0033 / 1 42 66 89 00
Fax: 0033 / 1 42 66 89 01
E-Mail: info@wenner.eu

Beijing

Grandall Law Firm
9th Floor Taikang Financial Tower
No. 38 North Road East Third Ring
Chaoyang
Beijing (Peking) 100026
Tel.: +86 10 65 89 06 99
Fax: +86 10 58 13 77 88
E-Mail: peking@brandi.net

www.brandi.net



Die in unseren Beiträgen allgemein erteilten Hinweise und Empfehlungen können und sollen eine anwaltliche Beratung nicht ersetzen. Für Anregungen und Rückfragen stehen Ihnen die jeweiligen Autoren der Beiträge oder die Redaktion (patrizia.ferrara@brandi.net) gern zur Verfügung.