



ARBEITSRECHT

Liebe Leserinnen und Leser,

nach dem Corona-Schock im Frühjahr ist im Sommer eine Anpassungsphase eingetreten, in der sich die Unternehmen langsam an die erschwerten Umstände gewöhnt haben. Ob uns im Herbst mit einem neuen Lockdown ein weiterer Schock bevorsteht, ist noch unklar, allerdings ist bereits jetzt vielerorts ein Übergang von Kurzarbeit zu Personalabbau zu beobachten. Welche nicht zu unterschätzenden Probleme das arbeitsrechtlich aufwirft und die dazugehörigen Lösungsmöglichkeiten, zeigt der nebenstehende Beitrag. Außerdem finden Sie in unserer Blickpunkt-Rubrik Beiträge zum Thema Corona und Urlaubsrückkehrer sowie dazu, wie man – das gibt es trotz COVID-19 tatsächlich noch – Mitarbeiter unter Zuhilfenahme von gesetzlichen Instrumenten binden kann.

In der Rechtsprechung hat zuletzt eine Entscheidung des Arbeitsgerichts Emden für Aufsehen gesorgt. Das Gericht hatte geurteilt, dass die Verpflichtung von Unternehmen, ein Zeiterfassungssystem einzurichten, schon jetzt gelten soll, also ohne eine gesetzliche Umsetzung der bekannten einschlägigen EuGH-Rechtsprechung. Zwar handelt es sich um ein erstinstanzliches Urteil, aber im Arbeitsrecht ist man bekanntlich nie vor Überraschungen sicher. Eine Durchsicht des Beitrags auf Seite 6 dürfte sich also lohnen. Außerdem finden Sie in unserem Rechtsprechungsteil unter anderem einige Besprechungen zu vergütungsrechtlichen Entscheidungen und auch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz war wieder einmal Thema. Skurril ist ein Beschluss des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf, in dem es darum ging, dass der Betriebsrat die Zusammenarbeit mit dem Personalleiter dauerhaft verweigerte, woraufhin der Arbeitgeber das Gremium kurzerhand auflöste.

Wir wünschen Ihnen eine informative Lektüre und eine möglichst glimpfliche Herbstzeit. Alles Gute und bleiben Sie gesund.

Mit den besten Grüßen



Dr. Wolfgang Lipinski
für die Praxisgruppe Arbeitsrecht

INHALT

IM BLICKPUNKT	Seite 1
RECHTSPRECHUNG	Seite 6
KURZMELDUNGEN	Seite 12
IMPRESSUM	Seite 15

IM BLICKPUNKT

Corona und der Übergang von Kurzarbeit zu betriebsbedingten Kündigungen

Mit Kurzarbeit konnten Unternehmen adäquat auf den temporären Einbruch der Beschäftigung in der Corona-Krise reagieren. Verlässliche Prognosen über den Fortgang der wirtschaftlichen Entwicklung sind jedoch schwierig. Im Idealfall gelingt eine Rückkehr zum alten Beschäftigungsniveau. Oft dürfte der Personalbedarf aber sinken. Unternehmen sollten daher frühzeitig überlegen, wie sie sich nach der Krise aufstellen wollen und gegebenenfalls schon jetzt geeignete Maßnahmen einleiten.

KURZARBEIT ERFORDERT DIE PROGNOSE EINES NUR VORÜBERGEHENDEN ARBEITSAUSFALLS

Ausgehend von einem nur vorübergehenden Arbeitsausfall entschied sich der verständige Unternehmer in der ersten Phase der Krise für die Einführung von Kurzarbeit, obwohl es auch hierfür zahlreiche Hürden zu überwinden gilt. Ändert sich aber die Prognose von vorübergehend zu dauerhaft für den Betrieb oder einen Teil des Betriebs, muss die Erstentscheidung revidiert werden,

die auf der ursprünglichen Einschätzung des Arbeitsentfalls als nur vorübergehend beruhte. Im Rahmen des Antragsprozesses musste der Bundesagentur für Arbeit sogar glaubhaft versichert werden, dass der Arbeitsausfall nur vorübergehend ist.

GRUNDSÄTZLICHE VORAUSSETZUNGEN DER BETRIEBSBEDINGTEN KÜNDIGUNG

Abweichend von den Erfordernissen für die Einführung von Kurzarbeit ist für den Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen ein dauerhaftes Entfallen von Arbeitsvolumen erforderlich. Zugrundeliegende Entscheidung muss in jedem Fall die Reduzierung der Anzahl der Arbeitsplätze sein. Ausweislich der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung fehlt es an einem betrieblichen Erfordernis zur wirksamen Beendigung von Arbeitsverhältnissen, wenn außer- oder innerbetriebliche Gründe nicht zu einer dauerhaften Reduzierung eines betrieblich erforderlichen Arbeitskräftebedarfs führen. In der momentan vorherrschenden Situation können (theoretisch) beide Varianten zur Anwendung kommen.

ERFORDERNIS: GEÄNDERTE UNTERNEHMERISCHE ENTSCHEIDUNG

Ist nach den Umständen des Einzelfalls nicht mehr absehbar, dass binnen einer gewissen Zeitspanne eine Rückkehr zur Vollarbeit erfolgt, kann ein Arbeitsausfall nicht mehr als vorübergehend eingeordnet werden. Im Umkehrschluss ist eine betriebsbedingte Kündigung nicht mit dem zeitweisen Wegfall des Arbeitsplatzes zu rechtfertigen. Kurzarbeit und betriebsbedingte Kündigungen erweisen sich damit – zumindest auf den ersten Blick – als widersprüchlich und schließen sich gegenseitig aus.

■ **Inner- und außerbetriebliche Ereignisse**

Erforderlich sind zusätzliche innerbetriebliche Umstände oder außerbetriebliche Ereignisse. Die sogenannte selbstbindende Unternehmerentscheidung, die der Arbeitgeber abhängig von der Anzahl der benötigten Arbeitnehmer im Betrieb in unmittelbarer Korrelation zum Arbeitsaufkommen trifft und die damit auf außerbetrieblichen Gründen beruht, ist abzugrenzen von der gestaltenden Unternehmerentscheidung. Der wunde Punkt ist dabei, dass Kurzarbeit anlässlich COVID-19 aufgrund von außerbetrieblichen Ursachen eingeführt wurde. Dies ist – kommt man zurück auf die Voraussetzungen zur Einführung von Kurzarbeit – auch nicht verwunderlich, da ein unabwendbares Ereignis i. S. v. § 96 Abs. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch (SGB III) bereits als von außen kommend definiert wird. Insofern ist die Voraussetzung in dieser Variante erst erfüllt, wenn ein externes Ereignis bejaht werden kann. Wird aber nun die unternehmerische Entscheidung zur Einführung von Kurzarbeit getroffen, legt der Arbeitgeber sich hiermit – selbstbindend – als Reaktion auf außerbetriebliche Ereignisse fest. In diesem Fall muss er vortragen, welche äußeren Umstände sich inwieweit verändert haben, sodass eine neue unternehmerische Entscheidung erforderlich wurde. In der Praxis erhöht sich die Komplexität oft noch, da der verständige Unternehmer exogene Faktoren berücksichtigt, also der Anlass für gesunkenes Arbeitsvolumen von außen kommt, der Arbeitgeber aber mit einer gestaltenden Entscheidung reagiert.

■ **Überprüfung der unternehmerischen Entscheidung**

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) ist eine unternehmerische Entscheidung nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen, sondern einzig darauf, ob diese offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist. Gleichwohl ist ausgehend von der ursprünglich getroffenen Entscheidung – Einführung von Kurzarbeit – nachvollziehbar darzustellen, welche Änderungen eingetreten sind, die eine Korrektur erforderlich machten bzw. veranlasst haben. Dabei müssen aber die allgemeinen Regeln greifen und eine Überprüfung darf nur anhand des vorgenannten Grundsatzes erfolgen. Das BAG schließt den Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen während geleisteter Kurzarbeit grundsätzlich nicht aus, sieht aber die Durchführung von Kurzarbeit als Indiz für die Annahme eines nur vorübergehenden Entfallens von Arbeitsvolumen an. Gleichzeitig führt das BAG aber aus, dass der Arbeitgeber durch konkreten Sachvortrag die indizielle Wirkung selbst widerlegen kann. Es muss damit dargestellt werden, warum der Arbeitgeber anhand seiner Auftrags- und Personalplanung nun nicht (mehr nur) von einer kurzfristigen Auftragschwankung ausgeht, sondern von einem dauerhaften Auftragsrückgang.

AUSSPRUCH VON BETRIEBSBEDINGTEN KÜNDIGUNGEN WÄHREND LAUFENDER KURZARBEIT IM BETRIEB / UNTERNEHMEN

Kommt es zum Abbau von Arbeitsplätzen und damit einer Betriebsänderung i. S. v. § 111 Betriebsverfassungsgesetz, müssen die Auswirkungen auf die bereits bestehende, beantragte und geförderte Kurzarbeit geklärt werden. Einfach zu beantworten ist dies für den Arbeitnehmer, der vom Abbau des Arbeitsplatzes betroffen ist. Spätestens in dem Moment, in dem der Arbeitnehmer eine Kündigung erhalten hat, fehlt es an den persönlichen Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld gem. § 98 Abs. 1 Nr. 2 SGB III, dem vorübergehenden Arbeitsausfall. Denkwürdig schließen sich für den betroffenen Arbeitnehmer Kurzarbeit und betriebsbedingte Kündigung aus.

Aus den Anweisungen der Bundesagentur für Arbeit ist ersichtlich, dass dies spätestens ab dem Zeitpunkt der Fall sein soll, ab dem sich der Kündigungsentschluss insoweit konkretisiert hat. Was passiert jedoch mit Arbeitnehmern, die weiterhin in Kurzarbeit tätig sein sollen und nicht von der Personalabbaumaßnahme betroffen sind?

MEINUNGSSTAND UND LINIE DER BUNDESAGENTUR FÜR ARBEIT

In diesem Zusammenhang wird teilweise argumentiert, dass ein Gleichlauf von Kurzarbeit und betriebsbedingter Kündigung für unterschiedliche Arbeitnehmergruppen nicht möglich sein soll, da das Ziel, die Arbeitsplätze zu erhalten, in dem Moment nicht mehr erreicht werden könne. Aus den fachlichen Weisungen der Bundesagentur für Arbeit ergibt sich, dass nach einer unternehmerischen Entscheidung, eine Betriebsänderung durchzuführen, die die Schwellenwerte des § 17 Kündigungsschutzgesetz überschreitet, die Voraussetzungen für Kurzarbeit für den gesamten Betrieb nicht mehr gegeben sind. Damit kommt zwar der unter-

nehmerischen Überlegung und Planung noch keine gesonderte Bedeutung zu, aber ab der Wahrnehmung von Umsetzungsmaßnahmen soll für den gesamten Betrieb die Voraussetzung für die Kurzarbeit entfallen.

KRITIK UND BEWERTUNG

Der vorgenannten Argumentation ist ausdrücklich zu widersprechen. Wenn die betrieblichen Voraussetzungen auch nach der Durchführung eines Personalabbaus noch bejaht werden können, ist nicht ersichtlich, warum Unternehmen nicht berechtigt sein sollten, auch neben einem Personalabbau noch Kurzarbeit zu leisten. Alleine die Betrachtung der betrieblichen Situation nach Ausspruch der Kündigungen muss dazu führen, dass die Voraussetzungen in arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht für die Beantragung von Kurzarbeit und damit einhergehendem Kurzarbeitergeld weiterhin vorliegen. Ist dies nicht mehr der Fall, etwa weil die Quote der Arbeitnehmer gem. § 96 Abs. 1 SGB III nicht mehr erfüllt ist, stellt sich diese Frage nicht. Liegen die Voraussetzungen aber weiter vor, widerspricht die Verneinung der weiteren Inanspruchnahme von Kurzarbeit bereits deren Sinn und Zweck – dem Erhalt von Arbeitsplätzen. Nur weil ein Teil der Arbeitsplätze ersatzlos entfällt bzw. entfallen wird, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass der Rest der Arbeitsplätze damit gesichert ist.

Soweit allein einem dauerhaft gesunkenen Arbeitsvolumen mittels Restrukturierung Rechnung getragen wird, muss das Kriterium des vorübergehenden Arbeitsausfalls trotzdem bejaht werden. Auch die Einschränkung der Funktionsfähigkeit des Betriebs, konkreter die Forderung, dass eine überwiegende Zahl von Arbeitsplätzen erhalten bleiben muss, erscheint deutlich zu eng. Ob ein Restbetrieb operativ arbeitsfähig ist oder nicht, obliegt nicht der Prüfung durch die Bundesagentur für Arbeit. Für die Beantragung der Kurzarbeit ist das auch keine Voraussetzung, zumindest findet dies keinen gesetzlichen Niederschlag und wird auch im Antragsformular nicht erwähnt. Hält man daher am Antrag auf Kurzarbeit fest bzw. korrigiert ihn in der Argumentationslinie, ist das weder über die normalen Anforderungen hinaus zu überprüfen noch zu beanstanden. Würde man nun auch noch verlangen, dass ein erforderlicher Personalabbau neben den Voraussetzungen, die § 96 ff. SGB III vorgibt, den Erhalt der wesentlichen Arbeitsplätze darstellt, wird eine Voraussetzung eingeführt, die das Gesetz nicht kennt. Bei Vorliegen der Voraussetzungen zur Beantragung von Kurzarbeit kann ein Unternehmen also durchaus zweigleisig fahren.

FAZIT / PRAXISTIPP

Kurzarbeit und betriebsbedingte Kündigungen erscheinen kongruent, sind es aber nicht. Eine teilweise Änderung der Prognose von „vorübergehend“ zu „dauerhaft“ ist nicht nur möglich, sondern in vielen Branchen Wirklichkeit. Sieht sich ein Unternehmen zum Ausspruch von betriebsbedingten Kündigungen gezwungen, ist die Prognoseänderung gut zu dokumentieren und zu begründen, da der Arbeitgeber sich mit einer gegebenenfalls erhöhten Darlegungs- und Beweislast in einem späteren Gerichtsverfahren konfrontiert sieht.



Dr. Kathrin Bürger

Rechtsanwältin | Fachanwältin für Arbeitsrecht
LL.M.
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
München



Sonja Müller

Rechtsanwältin
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
München

Hinweis: Der Beitrag ist in einer ausführlicheren Fassung in der Zeitschrift DER BETRIEB (DB) erschienen (Fundstelle: DB 2020, S. 271 ff.).

Kein Gehalt nach Urlaubsreisen in Risikoländer

Im August 2020, mitten in den Sommerferien und der Hauptreisezeit, haben die Behörden die Liste der internationalen Risikogebiete wieder ausgeweitet. Was bedeutet das aus arbeitsrechtlicher Sicht? Ist jeweils zwingend eine Quarantäne bei Reiserückkehrern erforderlich und wer trägt die Kosten? Gibt es einen Unterschied zwischen dienstlich notwendigen Reisen und privatem Reisevergnügen? Welche Möglichkeiten haben Arbeitgeber, bereits im Vorfeld einer Reise aktiv zu werden?

FRAGE NACH URLAUBSZIEL AUSNAHMSWEISE ZULÄSSIG

In normalen Zeiten darf der Arbeitgeber seine Beschäftigten nicht nach ihren Reiseplänen für den Urlaub fragen. Während der Coronapandemie gilt etwas anderes: Nun ist diese Frage zulässig. Denn der Arbeitgeber hat eine Fürsorgepflicht, welche auch die Gesundheit der Kollegen und Kunden betrifft. Diese Pflicht ist in der aktuellen Lage höher zu bewerten als die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer. Denn im Zweifel müssen Arbeitgeber bei einer Quarantäne-Situation von Arbeitnehmern organisatorische Maßnahmen treffen, um beispielsweise den Betriebsablauf aufrecht zu erhalten und Aufgaben neu zu verteilen. Damit kann die Frage bereits im Vorfeld des Reiseantritts (gegebenenfalls verbunden mit dem Hinweis auf die entsprechenden Konsequenzen für den Entgeltanspruch) gestellt werden. Die Beschäftigten müssen dem Arbeitgeber wahrheitsgemäß ihr Reiseziel benennen. Die Reise verbieten kann der Arbeitgeber allerdings nicht.

KEIN BEZAHLTER URLAUB FÜR QUARANTÄNE BEI RÜCKKEHR AUS RISIKOGEBIET

Reisende in Risikogebiete müssen bereits am Zielort oder spätestens bei der Einreise nach Deutschland einen Corona-Test durchführen lassen. Soweit kein negatives Testergebnis vorliegt, haben sie sich – auf Grundlage der jeweils auf Länderebene erlassenen Verordnung zu Quarantänemaßnahmen – in eine 14-tägige häusliche Quarantäne zu begeben. Können Arbeitnehmer während dieser Quarantäne nicht arbeiten, weil zum Beispiel die Ausübung der Tätigkeit im Homeoffice nicht möglich ist, erhalten die Reiserückkehrer während des Quarantänezeitraums grundsätzlich keine Vergütung vom Arbeitgeber, soweit es sich bei der Reise um eine private Urlaubsreise handelt. Insoweit gilt der Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“. Ausnahmen können nach der Regelung der so genannten vorübergehenden Verhinderung zur Erbringung der Arbeitsleistung nach § 616 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) oder dem Anspruch auf Entschädigung nach § 56 Infektionsschutzgesetz (IfSG) bestehen. Dafür darf die Anwendbarkeit des § 616 BGB arbeitsvertraglich nicht ausgeschlossen sein. Zudem darf der Arbeitnehmer die Arbeitsverhinderung nicht schuldhaft verursacht haben. Maßstab hierfür sind die Regelungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes (EFZG).

VERSCHULDEN GEGEN SICH SELBST

Daraus folgt: Ist vor Reiseantritt bekannt, dass es sich bei dem Reiseziel um ein vom Robert-Koch-Institut (RKI) eingestuftes Risikogebiet handelt, besteht kein Vergütungsanspruch nach § 616 BGB. Gleiches gilt nach dem IfSG, da auch § 56 IfSG darauf abstellt, ob der Arbeitnehmer die Quarantäne-Situation bewusst verursacht hat bzw. selbst hätte vermeiden können. Selbst nach dem EFZG entfällt im Fall einer Erkrankung an dem Corona-Virus während des Urlaubs der Anspruch auf Lohnfortzahlung für die Zeit nach der Rückkehr. Der Reiseantritt in ein bekanntes Risikogebiet wird als „Verschulden gegen sich selbst“ gewertet.

Etwas anderes gilt, wenn das RKI das Reiseziel erst während der Reise zum Risikogebiet erklärt. Soweit § 616 BGB anwendbar ist, besteht der Vergütungsanspruch fort, wenn innerhalb von wenigen Tagen ein negatives Corona-Testergebnis vorliegt. Inwieweit in diesen Fällen eine staatliche Entschädigung nach § 56 IfSG in Betracht kommt, ist nicht abschließend geklärt. Erkrankten Arbeitnehmer in einer solchen Situation, gilt das EFZG und Arbeitnehmer haben grundsätzlich Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.

Eine Besonderheit gilt bei Reisebeschränkungen: Sitzen Arbeitnehmer im Ausland fest und können deswegen ihre Tätigkeit nicht rechtzeitig aufnehmen, entfällt der Vergütungsanspruch ebenfalls. Auf ein Verschulden kommt es insoweit nicht an. Das „Wegerisiko“ trägt grundsätzlich der Arbeitnehmer.

AKTUELLE ENTWICKLUNGEN – IRRITIERENDE STELLUNGNAHME DES BUNDESMINISTERIUMS FÜR GESUNDHEIT (BMG)

Am 26. August 2020 veröffentlichte das BMG eine fragwürdige Einschätzung hinsichtlich der Reiserückkehrer. Das BMG wies darauf hin, dass Arbeitnehmer, die aufgrund einer behördlichen Anordnung in Quarantäne verbleiben, keinen Verdienstausschlag zu befürchten hätten und auch keinen Urlaub für die Zeit der Quaran-

täne einbringen müssen. Vielmehr stellte das BMG darauf ab, dass Arbeitnehmer ausnahmslos Anspruch auf Verdienstausschlag hätten. Ein Anspruch soll sich aus § 56 IfSG ergeben.

Diese pauschale Einschätzung ist unzutreffend. Denn nicht das BMG entscheidet über das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen, sondern die Umsetzung und Anwendung des IfSG fällt in die Zuständigkeit der Länder, sodass die jeweils zuständigen Landesbehörden über Anträge auf Entschädigungsleistungen entscheiden. Zudem berücksichtigt diese pauschale Aussage nicht die Regelung des § 56 Abs. 1 S. 3 IfSG. Hier ist geregelt, dass bei selbstverschuldeten Verhinderungsfällen Ansprüche auf Entschädigung ausscheiden.

Haben Arbeitnehmer ihre Quarantäne selbst verursacht, indem sie wissentlich in ein ausgewiesenes Risikogebiet reisten, scheidet ein Vergütungsanspruch nach derzeitiger Rechtslage aus. Arbeitgeber sollten insoweit vorsichtig sein, mit Blick auf die Pressemeldung Vergütungen auszubezahlen. Unseres Erachtens gilt auch hier, wie ausgeführt, der Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“. Um das Risiko zu vermeiden, dass Arbeitgeber für die Quarantänezeit die Vergütung fortzahlen und am Ende keine Entschädigung erhalten, sollten Auszahlungen vermieden bzw. ausschließlich unter Vorbehalt erfolgen.

ZWINGENDE DIENSTREISEN INS AUSLAND

Bei einer Dienstreise in ein Risikogebiet gelten vor Reiseantritt und nach Rückkehr einige Besonderheiten. Es ist empfehlenswert, sich auf den Internetseiten des Auswärtigen Amtes über die Risikolage im Zielland zu informieren. Schon vor Reiseantritt treffen den Arbeitgeber erhöhte Fürsorgepflichten bezüglich der zu treffenden Abwägungsentscheidung zwischen der Notwendigkeit der Reise und dem Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers. Ist die Dienstreise zwingend erforderlich, muss der Arbeitgeber besondere Schutzmaßnahmen ergreifen, z.B. Unterweisung bzgl. Hygiene- und Sicherheitsregelungen; Zurverfügungstellung von Desinfektionsmittel, Handschuhen und Mundschutz. Nach der Rückkehr aus dem Risikogebiet und der sich anschließenden 14-tägigen häuslichen Quarantäne besteht der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers – anders als bei der Urlaubsreise – fort, sollte der Arbeitnehmer seine Arbeit nicht aus dem Homeoffice erledigen können. Den Arbeitnehmer trifft in diesem Fall kein Verschulden, weder nach § 616 BGB noch nach § 56 IfSG.

AKTIV WERDEN, UM VERGÜTUNGSLOSE QUARANTÄNEZEIT ZU VERMEIDEN

Soweit die häusliche Quarantäne aufgrund der Rückkehr aus dem Urlaub in einem Risikogebiet notwendig ist, sollten Arbeitgeber und Arbeitnehmer für diese Zeit Regelungen zu flexiblen Arbeitsmethoden wie zum Beispiel Homeoffice oder mobiles Arbeiten treffen. Beschäftigte sollten bereits am letzten Arbeitstag vor dem Urlaubsantritt das technische Equipment mit nach Hause nehmen, um ggf. nach der Reise im Homeoffice arbeiten zu können. Der Arbeitgeber sollte den Mitarbeiter zudem im Vorfeld der Reise darauf hinweisen, dass bei einer Urlaubsreise in ein Risikogebiet mit anschließender Quarantäne kein Vergütungsanspruch besteht. Dies ist insbesondere wichtig, wenn Arbeitnehmer ihre Tätigkeit nicht im Homeoffice ausüben können.

Arbeitgeber sollten ihre Beschäftigten zudem ausdrücklich darauf hinweisen, dass eine Rückkehr an den Arbeitsplatz ohne einen negativen Corona-Test verboten ist. Zurückkehren an den Arbeitsplatz sollten die Mitarbeiter erst, wenn nach sieben bis zehn Tagen ein weiterer Test mit negativem Ergebnis durchgeführt und dieses dem Arbeitgeber mitgeteilt wird – oder die Quarantänezeit abgelaufen ist. Den Arbeitgeber treffen bezüglich der Durchführung des Corona-Tests grundsätzlich keinerlei Pflichten.

BETRIEBSRAT BERÜCKSICHTIGEN

Besteht ein Betriebsrat, ist dieser an Reise-Rückkehr-Regelungen zu beteiligen. Denn sowohl die Gefährdungsbeurteilung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) als auch die zu ergreifenden Arbeits- und Gesundheitsschutzmaßnahmen unterliegen der Mitbestimmung des Betriebsrats. In Betriebsvereinbarungen können die Parteien verschiedene Grundsatzregelungen etwa zu mobilem Arbeiten, Rückkehrkonzept und weiteren Schutzmaßnahmen treffen. Welche Maßnahmen der Arbeitgeber auch ohne den Betriebsrat kurzfristig durchsetzen und anordnen kann, hängt von den betrieblichen Besonderheiten ab. Insbesondere bei systemrelevanten Betrieben dürften einseitige Anordnungen zumindest zeitweise zum Schutz der Gesundheit auch ohne eine Mitwirkung des Betriebsrats möglich sein. Anerkannt ist etwa, dass Arbeitgeber auf Grundlage des Direktionsrechts gem. § 106 Gewerbeordnung Gesundheitsuntersuchungen anordnen können (BAG vom 12. August 1999 – 2 AZR 55/99). Dennoch sollte der Arbeitgeber aktiv auf den Betriebsrat zugehen und entsprechende Regelungen in Form einer Betriebsvereinbarung mit entsprechendem Hygienekonzept abschließen.



Dr. Michaela Felisiak
Rechtsanwältin | LL.M.
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
München



Dr. Dominik Sorber
Rechtsanwalt
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
München

Hinweis: Der Beitrag ist in ähnlicher Form am 17. August 2020 bei Legal Tribune Online (LTO) erschienen.

Bitte bleibt! Wie Unternehmen trotz Kurzarbeit ihre Mitarbeiterbindung stärken können

Corona-Krise und Kurzarbeit gehen in manchen Unternehmen bereits in den siebten Monat. Selbst wenn viele betroffene Arbeitnehmer bislang Verständnis für die mit der Kurzarbeit verbundenen finanziellen Einschränkungen gezeigt haben, nähern sich Geduld und Solidarität bei vielen allmählich ihren Grenzen. Wegen der Perspektivlosigkeit und des Einkommensverlusts ist die Abwanderung insbesondere von gesuchten Fachkräften und Leistungsträgern zu befürchten, wenn nicht gar schon jetzt zu beobachten. Für den Arbeitgeber gibt es durchaus Mittel und Wege, um der Fluktuation gegenzusteuern und Mitarbeiter bei der Stange zu halten. Umsonst sind diese allerdings überwiegend nicht zu haben. Mögliche Optionen zur Stärkung der Mitarbeiterbindung trotz Kurzarbeit soll der nachfolgende Beitrag zeigen.

GESETZLICHE AUFSTOCKUNG DES KURZARBEITERGELDES

Die günstigste – da für den Arbeitgeber kostenlose – Alternative zur Mitarbeiterbindung stellt die Nutzung der gesetzlichen Neuregelung zur stufenweisen Erhöhung des Kurzarbeitergeldes (KUG) dar: Der von der Bundesagentur für Arbeit erstattete Leistungsbeitrag steigt ab dem vierten Bezugsmonat auf 70 bzw. 77 Prozent und ab dem siebten KUG-Bezugsmonat auf 80 bzw. 87 Prozent. Voraussetzung ist, dass der Entgeltausfall des Arbeitnehmers mindestens 50 Prozent beträgt. Dabei muss der Entgeltausfall nicht dauerhaft so hoch gewesen sein: Es genügt, wenn dies im vierten bzw. siebten Monat der Fall ist. Nach Vollendung des dritten bzw. sechsten Bezugsmonats wird also monatlich betrachtet, ob ein mindestens 50-prozentiger Entgeltausfall vorliegt. Maßgeblich bei der Betrachtung der Bezugsdauer sind die individuellen Bezugsmonate. Es kommt dabei nicht auf ununterbrochenen KUG-Bezug an. Bei Unterbrechungen können die KUG-Bezugsmonate ab März 2020 zusammengerechnet werden. Die Aufstockungsregelung soll bis zum 31. Dezember 2021 beibehalten werden.

Arbeitgebern bietet dies die Gestaltungsmöglichkeit, den Kurzarbeitsgrad so zu steuern, dass der Entgeltausfall bei mindestens 50 Prozent liegt, damit die Mitarbeiter die Voraussetzung für die Aufstockung erfüllen. Voraussetzung hierfür ist selbstverständlich das Vorliegen eines entsprechenden Arbeitsausfalls und die Wahrung der Mitbestimmungsrechte eines bestehenden Betriebsrats.

FREIWILLIGE AUFSTOCKUNG DES KUG DURCH DEN ARBEITGEBER

Neben der staatlichen Aufstockung können Arbeitgeber auch auf eigene Kosten das Kurzarbeitergeld aufstocken. Diese Aufstockungszahlungen sind sozialversicherungs- und steuerfrei bis zur Höhe von 80 Prozent der Nettoentgeltdifferenz und werden nicht auf das KUG angerechnet. Interessant sind arbeitgeberseitige Aufstockungen gerade für Unternehmen, die nicht von der gesetzlichen Aufstockung profitieren, weil der Arbeitszeitgrad zu hoch ist oder die Kurzarbeit noch nicht lange genug andauert.

Die Aufstockungszahlung muss nicht dauerhaft geleistet werden, sondern kann auch nur für einzelne Monate zugesagt werden. Überdies hat die Zahlung keine Auswirkung auf die für den KUG-Bezug erforderlichen Schwellenwerte (mindestens zehn Prozent Entgeltausfall bei mindestens zehn Prozent der Beschäftigten).

Neben dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ist bei der Einführung und Änderung von freiwilligen Aufstockungszahlungen das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zu beachten. Es beschränkt sich allerdings auf die Verteilungsgrundsätze; die Entscheidung darüber, ob überhaupt Aufstockungszahlungen geleistet werden, in welchem Umfang der Arbeitgeber hierfür finanzielle Mittel zur Verfügung stellen will, zu welchem Zweck und an welchen Personenkreis er die Leistung erbringen will, bleibt beim Arbeitgeber.

CORONA-PRÄMIE

Im Rahmen der coronabedingten Sonderregelungen wurde für Arbeitgeber weiter die Möglichkeit geschaffen, ihren Arbeitnehmern zur Abmilderung der zusätzlichen Belastungen aufgrund der Corona-Krise Beihilfen und Unterstützungen in Form einer „Corona-Prämie“ bis zu einem Betrag von 1.500 EUR steuer- und sozialversicherungsfrei zu gewähren. Eine Beschränkung auf bestimmte Branchen und Tätigkeiten besteht nicht. Die steuerfreie Zahlung ist auch bei Bezug von Kurzarbeitergeld möglich. Überdies wird der Corona-Bonus nicht auf das Kurzarbeitergeld angerechnet.

Wie die Aufstockungszahlung hat auch die Corona-Prämie keine Auswirkung auf die für den kurzarbeitenden Betrieb erforderlichen Schwellenwerte. Interessant dürfte die Gewährung einer Corona-Prämie daher gerade für Unternehmen sein, deren Arbeitsausfall sich nur dicht an zehn Prozent bewegt und die dennoch einen schnellen und deutlichen positiven Impuls gegenüber ihren Arbeitnehmern setzen wollen.

Auch bei der Corona-Prämie ist der Gleichbehandlungsgrundsatz zu berücksichtigen, Differenzierungen zwischen Arbeitnehmern bedürfen daher der Rechtfertigung. Zudem besteht bei der Gewährung von freiwilligen Einmalzahlungen wie der Corona-Prämie das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in gleichem Rahmen wie bei der Gewährung von Aufstockungszahlungen.

VORSICHT HINGEGEN BEI UMWIDMUNG UND VORZIEHUNG VON URLAUBS- BZW. WEIHNACHTS-GELD

Nicht selten dürften Arbeitgeber, die ihre Mitarbeiter kurzfristig motivieren und finanziell entlasten wollen, auf die Idee kommen, eine ohnehin geschuldete Zahlung von Urlaubs- oder Weihnachtsgeld zeitlich vorzuziehen. Dies ist für den Arbeitgeber finanziell weniger einschneidend, als die Zahlung einer zusätzlichen Aufstockung oder einer Corona-Prämie.

Derartige zeitlich vorgezogenen Einmalzahlungen sind jedoch ein zweischneidiges Schwert: Zwar können sie bei der Berechnung der KUG-Höhe unberücksichtigt bleiben, schmälern dieses also nicht, allerdings wirken sie sich auf die für die KUG-Gewährung zu beachtenden, betriebsbezogenen Schwellenwerte (mehr als zehn Prozent Entgeltausfall bei mindestens zehn Prozent der Arbeitnehmer) aus. Im worst-case kann die gut gemeinte Vor-

ziehung der Einmalzahlung dadurch im Monat der Zahlung den KUG-Anspruch für die gesamte betriebliche Einheit, für die der Arbeitsausfall gegenüber der AfA angezeigt wurde, zum Wegfall bringen.

Sollten Arbeitgeber derartige Schritte in Erwägung ziehen, ist es zur Vermeidung derartig ungewollter, fataler Folgen empfehlenswert, für den jeweiligen Einzelfall rechtliche Beratung einzuholen.



Dr. Corinne Klapper

Rechtsanwältin | Fachanwältin für Arbeitsrecht
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
München



Jasmin Onderscheka

Rechtsanwältin
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
München

Hinweis: Der Beitrag ist in ähnlicher Form im Newsletter der Industrie- und Handelskammer (IHK) Schwaben vom 2. Juli 2020 erschienen.

RECHTSPRECHUNG

Pflicht der Erfassung von Arbeitszeit schon jetzt?

Arbeitsgericht Emden vom 20. Februar 2020 – 2 Ca 94/19

Das Arbeitsgericht Emden sieht schon jetzt Arbeitgeber in der Pflicht, die tägliche Arbeitszeit ihrer Arbeitnehmer zu erfassen und beruft sich dabei auf eine unmittelbare Anwendung von unionsrechtlichen Vorschriften sowie der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zur Arbeitszeiterfassung vom 14. Mai 2019 (C 55/18), vgl. dazu [BEITEN BURKHARDT Newsletter Arbeitsrecht, Ausgabe August 2019, Seite 1 ff.](#)

SACHVERHALT

Der Arbeitnehmer war als Bauhelfer beschäftigt. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangte er vom Arbeitgeber Vergütung von Mehrarbeit. Letzterer verweigerte dies, da aus seiner Sicht die tatsächlich geleistete Arbeit vergütet worden sei. Dies bestätigte ein Bautagebuch, in dem die tägliche Arbeitszeit gemeinsam mit dem Arbeitnehmer festgehalten worden sei.

DIE ENTSCHEIDUNG

Das Arbeitsgericht Emden gab dem Arbeitnehmer Recht. Der Arbeitgeber habe nicht hinreichend dargelegt, dass der Mitarbeiter nicht die von ihm behauptete Mehrarbeit geleistet habe. Den Arbeitgeber träfe die Verpflichtung, zur Erfassung der Arbeitszeit ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzurichten. Diesen Anforderungen genüge das vorgelegte Bautagebuch nicht. Die Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung leitete das Gericht unmittelbar aus unionsrechtlichen Vorschriften ab, insbesondere aus Art. 31 Abs. 2 der EU-Grundrechte-Charta (GRCh). Hiernach hat jeder Arbeitnehmer das Recht auf Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf Jahresurlaub. Dieses Recht werde nach der Rechtsprechung des EuGH durch die Regelungen der europäischen Arbeitszeitrichtlinie konkretisiert.

Die vollständige Erfassung der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit sei – so das Arbeitsgericht Emden – unabdingbar, um die Einhaltung der Arbeitszeitregelungen zu gewährleisten. Dabei bedürfe es weder einer richtlinienkonformen Auslegung des deutschen Arbeitszeitrechts noch einer konkreten Umsetzung des Urteils des EuGH vom 5. Mai 2019 durch den deutschen Gesetzgeber. Das Arbeitsgericht zieht dabei einen Vergleich zu einem Urteil des EuGH, in dem die europäischen Richter zur Auffassung kamen, dass sich ein Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub direkt aus Art. 31 Abs. 2 GRCh ergebe (C-569/16 und C-570/16).

KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Ob und welche Konsequenzen das Urteil des Arbeitsgerichts Emden haben wird, ist derzeit nicht eindeutig zu beurteilen. Die Botschaft aus Emden ist klar: Arbeitgeber müssen schon jetzt objektive, verlässliche und zugängliche Zeiterfassungssysteme in ihren Unternehmen einrichten. Unklar ist dabei, wie so ein den Anforderungen des Urteils genügendes System genau auszusehen hat. Vergleichbare Urteile von anderen Gerichten gibt es bisher nicht.

Jetzt ein System zur Erfassung der Arbeitszeit der Arbeitnehmer einzuführen, könnte jedoch vorschnell sein. Der EuGH hielt in seinem Urteil fest, dass er die Umsetzungspflicht bei den Mitgliedsstaaten sehe. Der deutsche Gesetzgeber kündigte an, hierauf zu reagieren und das Arbeitszeitgesetz anzupassen. Wie diese Regelung genau aussehen wird, ist offen. Führt der Arbeitgeber schon jetzt ein System bei sich ein, besteht die Gefahr, dass dieses dann nicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht und anzupassen wäre. Da bei Systemen zur Erfassung von Arbeitszeit gegebenenfalls Mitbestimmungsrechte von Arbeitnehmervertretungen zu berücksichtigen sind, könnte dies einen umständlichen und langwierigen Prozess mit sich bringen.

PRAXISTIPP

Letztendlich gilt es abzuwägen und die Lage im eigenen Betrieb zu betrachten: Besteht die Gefahr, dass Arbeitnehmer die Vergütung von Mehrarbeit gerichtlich geltend machen? Das Urteil des Arbeitsgerichts Emden hat keine allgemeingültige Wirkung, sondern gilt zwischen den Parteien des Rechtsstreits. Wollen Arbeitnehmer nun für sich aus diesem Urteil Rechte ableiten, müssten sie diese selbst bei dem für sie zuständigen Arbeitsgericht geltend machen. Ob das Arbeitsgericht die Auffassung des Emdener Gerichts teilen wird, ist fraglich. Das Emdener Urteil ist aus begründeten rechtlichen Erwägungen umstritten. Es könnte daher ratsam sein, auch aus Kostengründen die Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber abzuwarten und dann zu prüfen, welche Vorgaben er macht.



Ines Neumann

Rechtsanwältin
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Berlin

Entgelttransparenz für freie Mitarbeiter?

Bundesarbeitsgericht vom 25. Juni 2020 – 8 AZR 145/19

Freie Mitarbeiter können Arbeitnehmer im Sinne des Entgelttransparenzgesetzes (EntgTranspG) sein und einen Auskunftsanspruch hinsichtlich der Kriterien und des Verfahrens zur Entgeltfindung haben.

SACHVERHALT

Die freie Mitarbeiterin ist aufgrund eines unbefristeten Vertrags bei einer Fernsehanstalt des öffentlichen Rechts als Redakteurin tätig. Im Jahr 2018 verlangte sie vom Personalrat der Fernsehanstalt Auskunft nach dem EntgTranspG, nachdem sie erfahren hatte, dass ihre männlichen Kollegen, sowohl Angestellte als auch freie Mitarbeiter, eine höhere Vergütung erhielten. Der Personalrat lehnte die Auskunft mit der Begründung ab, dass die Mitarbeiterin keine Arbeitnehmerin sei und das EntgTranspG daher keine Anwendung finde. Die freie Mitarbeiterin erhob daraufhin Klage.

DIE ENTSCHEIDUNG

Nachdem die Vorinstanzen die Klage abgewiesen hatten, sprach das BAG der freien Mitarbeiterin einen Auskunftsanspruch zu. Sie sei zwar keine Arbeitnehmerin nach innerstaatlichem Recht. Im Rahmen des EntgTranspG müsse jedoch der Begriff „Arbeitnehmer“ im Lichte der Richtlinie 2006/54/EG unionsrechtskonform weit ausgelegt werden, sodass im Einzelfall auch arbeitnehmerähnliche Personen erfasst seien. Die freie Mitarbeiterin

sei aufgrund ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit von der Fernseh-anstalt eine arbeitnehmerähnliche Person und falle als solche unter den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff und damit unter den Anwendungsbereich des EntgTranspG.

KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Nach dem EntgTranspG haben Arbeitnehmer in Betrieben mit in der Regel mehr als 200 Beschäftigten einen Auskunftsanspruch zur Überprüfung des Entgeltgleichheitsgebots. Sie können verlangen, über Kriterien und Verfahren zur Entgeltfindung sowie über die Höhe des Entgelts einer vergleichbaren Tätigkeit informiert zu werden. Hiermit sollen Arbeitnehmer überprüfen können, ob sie aufgrund ihres Geschlechts bei der Vergütung benachteiligt werden. Das BAG stellt nun klar, dass diesem Gesetz der weite unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff zugrunde gelegt werden muss. Dadurch können auch arbeitnehmerähnliche Personen unter den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, also insbesondere Selbstständige, die zwar nicht weisungsabhängig, aber wirtschaftlich von ihrem Auftraggeber abhängig sind.

PRAXISTIPP

Grundsätzlich gilt: Die Höhe der Vergütung ist Verhandlungssache. Es besteht keine Verpflichtung des Arbeitgebers, freie Mitarbeiter und Angestellte für gleichwertige Tätigkeiten gleich zu vergüten. Der Arbeitgeber ist auch grundsätzlich frei in der Gestaltung von Vergütungsmodellen. Führt ein Vergütungsmodell jedoch dazu, dass Mitarbeiter eines Geschlechts im Durchschnitt geringer vergütet werden, so kann dies ein Indiz für eine Benachteiligung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) darstellen und Schadensersatzansprüche auslösen. Das EntgTranspG ermöglicht es Arbeitnehmern (und im Einzelfall auch freien Mitarbeitern), in größeren Betrieben Entgeltunterschiede zwischen den Geschlechtern zu prüfen und Ansprüche nach dem AGG durchzusetzen. Auch mittelbare Benachteiligungen können zu Schadensersatzansprüchen nach dem AGG führen. So kann z. B. ein Vergütungsmodell, das einen geringeren Stundenlohn für Teilzeitbeschäftigte vorsieht, die hiervon vermehrt betroffenen Frauen mittelbar benachteiligen. Arbeitgeber sollten daher bei der Gestaltung von Vergütungsmodellen genau darauf achten, kein Geschlecht zu benachteiligen – auch nicht mittelbar.



Martina Dierks

Rechtsanwältin
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Hamburg

Berücksichtigung von Urlaubszeiten für Mehrarbeitszuschläge? – BAG-Vorlage mit Sprengkraft

Bundesarbeitsgericht vom 17. Juni 2020 – 10 AZR 210/19

Das BAG hat den EuGH mit folgender Frage angerufen: Hält die Anknüpfung von (Mehrarbeits-)zuschlägen an tatsächlich geleistete Stunden den Arbeitnehmer von der Urlaubsnahme ab? Führt dies zur Europarechtswidrigkeit entsprechender Tarifregelungen?

SACHVERHALT

Hintergrund für den Vorlagebeschluss war die bisherige Praxis, wonach bei tariflichen Regelungen, die bezüglich der Zuschläge für Mehrarbeit an „tatsächlich gearbeitete“ oder „geleistete“ Stunden anknüpfen, Urlaubszeiten als nicht „geleistet“ unberücksichtigt gelassen werden. Auch im vorliegenden Fall hatte der Arbeitgeber dies aufgrund der Vorgaben im Tarifvertrag der Zeitarbeit so gehandhabt. Der Arbeitnehmer fordert mit der Klage die Berücksichtigung auch der für die Urlaubszeit gutgeschriebenen Stunden.

DIE ENTSCHEIDUNG

Die Idee, dass die Nichtberücksichtigung von Urlaubszeiten bei der Berechnung von Zuschlägen Arbeitnehmer von der Urlaubsnahme abhält, scheint zunächst abwegig, da mit der Zulage ja gerade die Erschwernis durch die Arbeit vergütet werden soll und eine solche Regelung bislang wohl auch kaum einen Arbeitnehmer von der Urlaubsnahme abgehalten hat. Allerdings wäre das nicht die erste EuGH-Entscheidung in Bezug auf Urlaub, die nach der deutschen Systematik nur schwer nachzuvollziehen ist.

KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Die Entscheidung tarnt sich zunächst recht harmlos als bloße EuGH-Vorlage bezüglich der Berechnung der Mehrarbeitszuschläge aus dem Zeitarbeitstarifvertrag. Bei näherer Betrachtung hat die Vorlage jedoch erhebliche Sprengkraft für die gesamte tarifliche Zuschlagssystematik. Sie betrifft nicht nur die Tarifverträge der Zeitarbeit, sondern fast die gesamte Tariflandschaft über alle Branchen hinweg. Unterstellt, der EuGH käme zum Ergebnis, dass eine solche Regelung unionsrechtswidrig ist, stehen damit die Mehrarbeitszuschläge sämtlicher betroffener Tarifverträge auf dem Prüfstand. Denkt man die Logik des Vorlagebeschlusses weiter, stünden nicht nur Mehrarbeitszuschläge, sondern alle Zuschläge und Zulagen auf dem Prüfstand, die an die tatsächliche Arbeitsleistung anknüpfen (Nacht-, Erschwernis-, Schmutzzulagen etc.). Auch alle diese Zulagen und Zuschläge könnten den in Geldnöten befindlichen Arbeitnehmer – zumindest theoretisch – zur Aufbesserung des Gehalts zur „Weiterarbeit mit Zuschlägen“ statt Urlaub veranlassen. In diesem Fall wäre jedoch die gesamte Tariflandschaft auf den Kopf gestellt. Entweder müssten Zulagen und Zuschläge so angepasst werden, dass sie auch im Urlaub entstehen – was erhebliche Mehrkosten bedeuten würde – oder die Zuschläge nach der bisherigen Tarifsystematik werden zum Auslaufmodell.

PRAXISTIPP

Vorsorge ist für die einzelnen Arbeitgeber zumindest bei Bindung an Flächentarifverträge kaum möglich. Sie sollten jedoch über ihre Arbeitgeberverbände auf eine Anpassung der Tarifverträge hinwirken. Zumindest sollte dort eine saubere Trennung und abweichende Regelung in Bezug auf den vertraglichen Mehrurlaub aufgenommen werden. Dies reduziert das Risiko in Bezug auf die anstehende EuGH-Entscheidung. Arbeitgeber mit Haustarifverträgen haben direkten Einfluss auf die entsprechende Tarifregelung und sollten bei der nächsten Tarifrunde diese Entscheidung unbedingt mit in die Verhandlungen einbringen.

**Dr. Anne Dziuba**

Rechtsanwältin | Fachanwältin für Arbeitsrecht
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
München

Vergütung von Fahrtzeiten – Außendienstmitarbeiter

Bundesarbeitsgericht vom 18. März 2020 – 5 AZR 36/19

Fahrtzeiten eines Außendienstmitarbeiters, dessen Gesamttätigkeit darauf ausgerichtet ist, verschiedene Kunden zu besuchen, gehören **insgesamt** zu den vertraglichen Hauptleistungspflichten und sind deshalb vergütungspflichtige Arbeitszeit. Das gilt unabhängig davon, ob die Fahrten vom Betriebssitz oder von der Wohnung des Arbeitnehmers aus angetreten werden. Allerdings kann eine andere arbeits- oder tarifvertragliche Vergütungsregelung für die Fahrtzeit als für die „eigentliche“ Tätigkeit getroffen werden, sofern hierbei die Grenzen des Mindestlohns eingehalten werden.

SACHVERHALT

Die Beteiligten streiten um die Gutschrift von Arbeitszeit, die der Arbeitnehmer (Servicetechniker im Außendienst) für Fahrtzeit aufgewandt hat. Hintergrund ist, dass die Arbeitgeberin an die Tarifverträge des Groß- und Außenhandels Niedersachsen gebunden ist. In dem Tarifvertrag findet sich eine Regelung, nach der sämtliche Tätigkeiten, die ein Arbeitnehmer in Erfüllung seiner vertraglichen Hauptleistungspflicht erbringt, uneingeschränkt der entgeltpflichtigen Arbeitszeit zuzurechnen und mit der tariflichen Grundvergütung abzugelten sind. Neben der tariflichen Regelung gilt im Betrieb der Arbeitgeberin auch eine Betriebsvereinbarung, die regelt, dass Anfahrtszeiten zum ersten und Abfahrtszeiten vom letzten Kunden nicht zur Arbeitszeit zählen, wenn sie 20 Minuten nicht überschreiten. D.h. nur wenn An- und Abreise länger als

jeweils 20 Minuten dauern, zählt die Zeit, die der Arbeitnehmer mehr als 20 Minuten hierfür benötigt, zur Arbeitszeit. Auf diese Regelung beruft sich der Beklagte, weshalb die Gutschrift auf dem Arbeitszeitkonto abgelehnt wurde.

DIE ENTSCHEIDUNG

Das BAG gab dem Arbeitnehmer Recht und verwies den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung an das Landesarbeitsgericht (LAG) Düsseldorf zurück. Entgegen der Rechtsauffassung der Vorinstanzen erklärt das BAG die betriebliche Regelung zur Pauschalierung von Fahrtzeiten für unwirksam und stellt damit klar, dass die tarifvertraglich bestehende Vergütungspflicht von Fahrtzeiten durch Betriebsvereinbarungen nicht eingeschränkt werden kann. Als Begründung führt das BAG an, dass die Betriebsvereinbarung gegen die Tarifsperre des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG verstößt und daher unwirksam ist. Maßgeblich ist hierfür, dass die betreffenden Zeiten nach den Bestimmungen des einschlägigen Tarifvertrags uneingeschränkt der entgeltpflichtigen Arbeitszeit zuzurechnen und mit der tariflichen Grundvergütung abzugelten sind.

Das LAG Düsseldorf hatte die Auffassung vertreten, dass eine ausdrückliche tarifliche Bestimmung fehle, sodass eine solche Betriebsvereinbarung nicht dem Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG widersprechen würde und daher zulässig sei.

Das BAG sieht das anders. Nach Ansicht des Gerichts ergibt sich aus dem einschlägigen Manteltarifvertrag (MTV), dass sämtliche Tätigkeiten, die ein Arbeitnehmer in Erfüllung seiner vertraglichen Hauptleistungspflicht erbringt, mit der tariflichen Grundvergütung abzugelten sind. Dazu gehört bei Außendienstmitarbeitern die gesamte für An- und Abfahrten zum Kunden aufgewendete Fahrtzeit. Da der MTV keine Öffnungsklausel zugunsten abweichender Betriebsvereinbarungen enthält, ist die betreffende Regelung der Betriebsvereinbarung wegen Verstoßes gegen die Tarifsperre des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG unwirksam.

KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Die Entscheidung des BAG kann weitreichende Konsequenzen für die Praxis haben. Viele Unternehmen haben ähnliche Regelungen in Betriebsvereinbarungen. Hintergrund ist, dass reguläre Arbeitnehmer, die im Büro arbeiten, die tägliche Fahrzeit von ihrem Wohnort zum Büro ebenfalls nicht vergütet bekommen. Daher wird die vergütungsrechtliche Behandlung der Fahrzeiten von Arbeitnehmern im Außendienst oft zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat diskutiert. Ein Kompromiss, wie im vorliegenden Fall, nach dem ein Teil der Fahrtzeit vergütet wird, ein anderer Teil hingegen nicht, ist typisch. Tarifgebundenen Arbeitgebern ist nach der neusten BAG-Rechtsprechung jedoch zur Vorsicht zu raten.

PRAXISTIPP

Tarifgebundene Arbeitgeber sollten ihre betrieblichen Regelungen daraufhin überprüfen, ob sie ähnliche Einschränkungen wie die vom BAG geprüfte Klausel enthalten bzw. ob die tarifliche Situation vergleichbar ist. Sollte dies der Fall sein, könnte geprüft werden, ob diese

Zusatzkosten an die Kunden (z.B. durch die Einführung von Anfahrtspauschalen) weitergegeben werden können.



Dr. Michaela Felisiak
Rechtsanwältin | LL.M.
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
München

Zwei Bewerbungen, ein Vorstellungsgespräch? Benachteiligung Schwerbehinderter bei internen Stellenausschreibungen

Bundesarbeitsgericht vom 25. Juni 2020 – 8 AZR 75/19

Unterlässt es ein öffentlicher Arbeitgeber, einen schwerbehinderten oder gleichgestellten Bewerber zum Vorstellungsgespräch einzuladen, liegt damit ein Indiz für eine Benachteiligung auf Grund der Behinderung vor, das der Arbeitgeber kaum entkräften kann. Das BAG hat jetzt klargestellt, dass diese Einladungspflicht auch bei internen Stellenausschreibungen gilt. Allerdings kann es bei zwei identischen, intern ausgeschriebenen Stellen ausreichen, wenn der schwerbehinderte Bewerber nur zu einem Auswahlgespräch eingeladen wird.

SACHVERHALT

Die Bundesagentur für Arbeit ließ durch ihre Regionaldirektion Berlin-Brandenburg intern zwei Stellen als Personalberater in Cottbus und Berlin-Mitte ausschreiben. Die Anforderungsprofile der beiden Stellen waren identisch. Ein schwerbehinderter, schon langjährig bei der Bundesagentur Beschäftigter bewarb sich auf beide Stellen. Er wurde zum ersten Auswahlgespräch in Berlin eingeladen, nicht aber zu dem späteren Gespräch in Cottbus. Beide Auswahlgespräche erfolgten als strukturelle Interviews und unter Zugrundelegung gleicher Auswahlkriterien. Die Auswahlkommission war jeweils nicht identisch besetzt; eine Vertreterin der Regionaldirektion nahm jedoch an beiden Orten jeweils an den Gesprächen teil. Der abgelehnte schwerbehinderte Bewerber verlangte eine Entschädigung wegen Diskriminierung auf Grund seiner Schwerbehinderung nach dem AGG, weil er nur zu einem der beiden Gespräche eingeladen worden war.

DIE ENTSCHEIDUNG

Das BAG hat die Klage abgewiesen. Eine Benachteiligung im Sinne des AGG habe nicht stattgefunden, so dass auch keine Entschädigung geschuldet war. Die Bundesagentur als öffentliche Arbeitgeberin sei ihrer Verpflichtung zur Einladung eines schwerbehinderten, nicht offensichtlich fachlich ungeeigneten Bewerbers

gemäß § 165 Satz 3 SGB IX bereits durch die Einladung für das erste Gespräch in Berlin ausreichend nachgekommen. Eine zweite Einladung sei entbehrlich gewesen, da beide Stellen ein identisches Anforderungsprofil hatten, das Auswahlverfahren nach identischen Kriterien ablief und die beiden Auswahlkommissionen durch Anwesenheit der Vertreterin der Regionaldirektion zumindest teilweise identisch besetzt waren.

Das LAG Berlin-Brandenburg war zuvor noch zum gegenteiligen Ergebnis gekommen und hatte dem Bewerber eine Entschädigung in Höhe eines Bruttomonatsgehalts zugesprochen. Es hatte als wesentlichen Grund angeführt, dass die Auswahlkommission im zweiten Auswahlgespräch in Cottbus nicht komplett identisch besetzt war und sich daher nicht alle entscheidungsberechtigten Personen ein unmittelbares Bild von dem Bewerber machen konnten. Zudem dürften nach dem LAG nur wenige Wochen zwischen den jeweiligen Auswahlentscheidungen liegen, damit die Einladung zu nur einem Gespräch ausreichend ist.

KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Indem das BAG nicht ganz so strenge Kriterien wie die Vorinstanz angelegt hat, wurde ausufernden AGG-Klagen bei internen Stellenbewerbungsverfahren zumindest teilweise ein Riegel vorge-schoben. Bei identischen internen Ausschreibungen an mehreren Dienststätten könnte das Urteil einen Anreiz setzen, die Auswahlverfahren dadurch zu beschleunigen, dass auf mehrfache Auswahlgespräche mit den gleichen schwerbehinderten Bewerbern verzichtet wird. Öffentliche Arbeitgeber sollten sich dabei allerdings bewusst sein, dass schon kleine Fehler im Umgang mit Bewerbungen von schwerbehinderten Personen zu umfangreichen Auseinandersetzungen führen können. Externe Ausschreibungen werden von dem Urteil nicht berührt. Dort besteht in jedem Fall die Verpflichtung zur Einladung schwerbehinderter Bewerber.

PRAXISTIPP

Auch wenn ein öffentlicher Arbeitgeber einen bei sich beschäftigten schwerbehinderten Bewerber und dessen Qualifikationen möglicherweise schon gut kennt, hat das BAG klargestellt, dass eine Einladung zu Auswahlgesprächen auch bei internen Ausschreibungen zu erfolgen hat. Hieran sollten sich Arbeitgeber in jedem Fall halten, um Entschädigungsforderungen nach dem AGG vorzubeugen. Bei mehreren intern ausgeschriebenen Stellen sollte im Fall mehrerer Bewerbungen eines schwerbehinderten oder gleichgestellten Beschäftigten grundsätzlich eine Einladung zu jedem Auswahlgespräch erfolgen, um aufwändige Gerichtsverfahren zu vermeiden. Nur wenn der öffentliche Arbeitgeber sichergehen kann, dass die Stellenprofile identisch sind, die jeweiligen Auswahlverfahren nach nachweisbaren, übereinstimmenden Kriterien ablaufen und zumindest eine teilweise Übereinstimmung bei der Besetzung der Auswahlkommission besteht, kann eine Entschädigungsforderung erfolgreich abgewehrt werden. Aber auch das verursacht Zeitaufwand und Kosten.



Julia Wendel
Rechtsanwältin
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Berlin

Betriebsrat darf nach verweigerter Zusammenarbeit mit Personalleiter aufgelöst werden

Landesarbeitsgericht Düsseldorf vom 23. Juni 2020 – 14 TaBV 75/19

Der Betriebsrat darf wegen einer groben Pflichtverletzung nach § 23 Abs. 1 BetrVG aufgelöst werden, wenn er sich über einen längeren Zeitraum hinweg weigert, mit dem vom Arbeitgeber benannten Personalleiter zusammenzuarbeiten.

SACHVERHALT

In einem Betrieb zur Herstellung von Leichtmetallfelgen wurde im Jahr 2018 ein 13-köpfiger Betriebsrat gebildet. Dieser beschloss im September 2018 förmlich, ab sofort nicht mehr mit dem von der Arbeitgeberin als zuständigen Ansprechpartner benannten Personalleiter zusammenzuarbeiten und forderte das Unternehmen auf, einen neuen Ansprechpartner zu benennen. Diese Weigerungshaltung wurde über einen längeren Zeitraum tatsächlich umgesetzt und mehrfach durch Beschlüsse und Schreiben bestätigt. Interventionsversuche durch das Unternehmen und eine betriebsverfassungsrechtliche Ermahnung scheiterten zunächst. Das Unternehmen beantragte daraufhin erstinstanzlich die Auflösung des Betriebsrats.

DIE ENTSCHEIDUNG

Das LAG bestätigte die Entscheidung des Arbeitsgerichts Solingen, das den Betriebsrat wegen Verletzung der Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 2 Abs. 1 BetrVG als groben Pflichtenverstoß nach § 23 Abs. 1 BetrVG antragsgemäß aufgelöst hatte. Ein grober Verstoß des Betriebsrats gegen seine gesetzlichen Pflichten ist dann gegeben, wenn die Verletzung objektiv erheblich und offensichtlich schwerwiegend ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Auflösung des Betriebsrats eine besonders einschneidende Sanktion ist. Das LAG sah dennoch einen groben Verstoß darin, dass der Betriebsrat sich weigerte, mit dem zum Ansprechpartner bestimmten Personalleiter zusammenzuarbeiten. Der Betriebsrat hatte diese Weigerungshaltung förmlich beschlossen und nachhaltig umgesetzt. Es obliegt jedoch der Arbeitgeberin kraft ihrer Organisationshoheit, einen Ansprechpartner für den Betriebsrat zu benennen. Selbst wenn sich der Personalleiter nicht in jeder Hinsicht betriebsverfassungskonform verhalten hat, ist es dem Betriebsrat nicht möglich, Maßnahmen im Wege der Selbsthilfe zu ergreifen und durch die Versagung

der Zusammenarbeit Fakten zu schaffen. Der Betriebsrat hätte sich vielmehr unter Zuhilfenahme der rechtlichen Mittel des BetrVG wehren müssen. Durch seine Blockadehaltung hat er die Kompetenz- und Zuständigkeitsordnung des Betriebs missachtet.

KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Der für den Arbeitgeber erfreuliche Beschluss macht deutlich, dass das Unternehmen frei darin ist, einen Ansprech- und Verhandlungspartner von seiner Seite für den Betriebsrat zu bestimmen. Dies folgt aus seinem Organisationsrecht, das der Betriebsrat zu akzeptieren hat. Das LAG führt zudem die Rechtsprechung des BAG fort, dass eine faktische Blockadehaltung seitens des Betriebsrats, die eine Zusammenarbeit nicht mehr möglich macht, zu rechtlichen Konsequenzen führt.

PRAXISTIPP

Grundsätzlich unterliegt die Auflösung des Betriebsrats ebenso wie der Ausschluss eines Betriebsratsmitglieds strengen Voraussetzungen. Der Beschluss zeigt jedoch, dass eine Betriebsratsauflösung in manchen Fällen gelingen kann. Diese Sanktion ist daher auch bei anderen ähnlich schwerwiegenden Pflichtverletzungen durchaus als erfolgsversprechend in Betracht zu ziehen.



Regina Holzer
Rechtsanwältin
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
München

„Zu früh gefreut“ – nachträgliche Zulassung einer Kündigungsschutzklage

Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 7. November 2019 – 5 Sa 134/19

Breibt ein Arbeitsgericht das Verfahren bei verspäteten Kündigungsschutzklagen über die Sechs-Monats-Ausschlussfrist hinaus und erweckt den Eindruck, es wolle in der Sache entscheiden, steht diese Frist der nachträglichen Zulassung nicht entgegen.

SACHVERHALT

Ein Rechtsanwalt erhob für eine Arbeitnehmerin Kündigungsschutzklage. Die Klage ging als elektronisches Dokument über das sogenannte „besondere elektronische Anwaltspostfach“ 15 Tage vor Ablauf der dreiwöchigen Klagefrist beim Arbeitsgericht ein, war jedoch nicht ordnungsgemäß signiert. Lediglich der Nachrichtencontainer, der noch weitere Dateien enthielt, war mit

einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen. Vergleichbar ist dies damit, dass ein nicht unterzeichneter Schriftsatz mit Anlagen in einen Briefumschlag gesteckt wird und statt auf dem Schriftsatz nur auf dem Briefumschlag unterschrieben wird. Das Arbeitsgericht hielt die Klage für fristgerecht und gab ihr statt. Der beklagte Arbeitgeber legte gegen das Urteil Berufung ein. Ein gerichtlicher Hinweis auf die versäumte Klagefrist erfolgte erstmals in der mündlichen Berufungsverhandlung. Die Klägerin stellte daraufhin vor dem LAG einen Antrag auf nachträgliche Zulassung, verbunden mit einer neuen, formgerecht eingereichten Kündigungsschutzklage. Zu diesem Zeitpunkt waren bereits mehr als sechs Monate seit Ablauf der ursprünglichen Klagefrist verstrichen. Der Arbeitgeber hielt die nachträgliche Klagezulassung deshalb für ausgeschlossen.

DIE ENTSCHEIDUNG

Das LAG Berlin-Brandenburg beurteilte dies anders und gab dem Antrag auf nachträgliche Zulassung statt. Zwar war die dreiwöchige Klagefrist auf Grund der unzulässigen Signierung nicht gewahrt. Das LAG ging insoweit mit anderen höchstrichterlichen Entscheidungen davon aus, dass die sogenannte Container-Signatur unzulässig ist. Anders als der Arbeitgeber hielt es jedoch die Sechs-Monats-Frist für den Antrag auf nachträgliche Zulassung nicht für anwendbar. Zur Begründung zog es die Grundsätze des BAG zur Jahresfrist bei Wiedereinsetzungsanträgen heran. Demnach ist eine solche Ausschlussfrist nicht anzuwenden, wenn das Gericht allein aus in seiner Sphäre liegenden Gründen nicht auf den Mangel hinweist, sondern dem Verfahren inhaltlich Fortgang gibt, obwohl ein Hinweis so rechtzeitig möglich gewesen wäre, dass der Fehler noch zu heilen war. Im vorliegenden Fall widerspreche es nach Ansicht des LAG dem Grundsatz fairen Verfahrens, der Klägerin die Sechs-Monats-Frist entgegenzuhalten. Dem stehe auch nicht entgegen, dass die Klägerin selbst den Formmangel verschuldet hat. Ursächlich für das Versäumnis der Sechs-Monats-Frist sei gewesen, dass das Gericht das Verfahren über den Fristablauf hinaus ohne Hinweis weiterbetrieben habe und zu erkennen gab, in der Sache entscheiden zu wollen.

KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Gegen das Urteil des LAG ist Revision anhängig. Dennoch wird die Verantwortung der Gerichte hervorgehoben, im Rahmen ihrer prozessualen Fürsorgepflicht auf Formmängel rechtzeitig hinzuweisen. Tun sie dies nicht, kann Rechtsanwältin trotz der selbstverschuldeten Nichteinhaltung von Fristen ein Haftungsfall erspart bleiben. Gleichzeitig hat das LAG den Vertrauensschutz der gegnerischen Partei hinten angestellt. Ein beklagter Arbeitgeber darf selbst bei offenkundigen Formmängeln nicht auf die Unzulässigkeit einer Kündigungsschutzklage durch abgelaufene Klage- und Wiedereinsetzungsfristen vertrauen, solange sich der Arbeitnehmer weiter inhaltlich zu Wehr setzt und das Gericht das Fristversäumnis nicht rügt.

PRAXISTIPP

Arbeitnehmer, die eine Kündigung erhalten haben, werden durch das Urteil darin bestätigt, stets so früh wie möglich einen Rechtsanwalt aufzusuchen und mit der Kündigungsschutzklage nicht bis zum Ende der dreiwöchigen Frist zu warten. Denn wenn dem Rechtsanwalt ein Formfehler

unterläuft, der so kurz vor Fristablauf auch durch einen Hinweis des Gerichts nicht mehr geheilt werden kann, muss der Mandant sich dies zurechnen lassen und kann das Verfahren verlieren. Arbeitgeber müssen sich darauf einstellen, dass trotz eindeutiger Verfristung einer Kündigungsschutzklage keine abschließende Sicherheit für ein erfolgreiches Verfahren besteht. Das gilt selbst dann, wenn es sich um einen schwerwiegenden und offensichtlichen Fehler des gegnerischen Rechtsanwalts handelt, der normalerweise zur Unzulässigkeit der Kündigungsschutzklage führen würde.



Julia Wendel

Rechtsanwältin
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Berlin

KURZMELDUNGEN

Verlängerung der Kurzarbeit beschlossen

Das Erfolgsmodell Kurzarbeit geht in die nächste Runde. Nach Medienberichten einigten sich die Koalitionsspitzen auf folgende Regelungen, die durch den Bundestag verabschiedet werden sollen:

Die erleichterten Zugangsvoraussetzungen zum Kurzarbeitergeld – u.a. die Absenkung der Schwelle kurzarbeitender Arbeitnehmer im Betrieb auf mindestens zehn Prozent der Belegschaft und der Verzicht auf negative Arbeitszeitkonten – werden für Betriebe, die Kurzarbeit erstmals oder erneut einführen, bis Ende 2021 verlängert. Die Höchstbezugsdauer des Kurzarbeitergeldes soll für Betriebe, die sich bereits in Kurzarbeit befinden oder diese bis zum Jahresende 2020 beginnen, von derzeit zwölf auf bis zu 24 Monate steigen, maximal allerdings bis zum 31. Dezember 2021. Nach allem, was bislang bekannt ist, wird es daher keinen Gleichlauf der Bezugsdauer für alle kurzarbeitenden Betriebe geben, sondern es kommt auf den Starttermin der Kurzarbeit im jeweiligen Betrieb an.

Die gesetzliche Aufstockung des Kurzarbeitergeldes von regulär 60 beziehungsweise 67 Prozent auf 70 beziehungsweise 77 Prozent ab dem vierten Monat und auf 80 beziehungsweise 87 Prozent ab dem siebten Monat wird bis zum 31. Dezember 2021 verlängert. Voraussetzung ist, dass der Anspruch auf Kurzarbeitergeld bis zum 31. März 2021 entstanden ist. Arbeitgeber profitieren bis zum 30. Juni 2021 weiter von der vollständigen Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge für den Kurzarbeitsanteil der Vergütung. Danach sinkt die Erstattung bis zum 31. Dezember 2021 auf 50 Prozent. Ausnahme: Wird die Kurzarbeit für die Qualifikation der Mitarbeiter genutzt, übernimmt die Arbeitsagentur weiterhin auch die verbleibenden 50 Prozent.

Ebenfalls bis zum Jahresende 2021 fortgeschrieben werden die Anrechnungsfreiheit von Minijobs bis 450 EUR, die Steuer- und Sozialversicherungsfreiheit von Arbeitgeberzuschüssen zum Kurzarbeitergeld sowie die Möglichkeit, Kurzarbeitergeld auch für Leiharbeiter zu erhalten.



Dr. Corinne Klapper
Rechtsanwältin | Fachanwältin für Arbeitsrecht
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
München

Hinweis: Zur gesetzlichen Aufstockung des Kurzarbeitergeldes und zu Arbeitgeberzuschüssen vgl. auch den Beitrag von Klapper/ Onderscheka „Bitte bleibt! Wie Unternehmen trotz Kurzarbeit ihre Mitarbeiterbindung stärken können“, Seite 5 f.

BVerfG: Einsatz von Streikbrechern

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat mit einem am 6. August 2020 veröffentlichtem Beschluss eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, die sich unmittelbar gegen § 11 Abs. 5 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) richtete. Die Vorschrift enthält das bußgeldbewehrte Verbot, Leiharbeitskräfte auf bestreikten Arbeitsplätzen einzusetzen, wenn der Entleiherbetrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist, also den Einsatz als Streikbrecher. Die Kammer entschied, dass die Regelung die Beschwerdeführerin nicht in ihren Grundrechten verletzt (Beschluss vom 19. Juni 2020 – 1 BvR 842/17). Die Beschwerdeführerin hatte sich als Arbeitgeberin in der Unterhaltungsindustrie gegen das 2017 eingeführte Streikbrecherverbot in § 11 Abs. 5 AÜG gewandt. Hiernach darf der Entleiher Leiharbeitskräfte nicht auf bestreikten Arbeitsplätzen tätig werden lassen, wenn sein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist. Das Verbot schränke sie insbesondere in der Wahl der Mittel eines Arbeitskampfes ein und verletze

dadurch ihre Rechte aus Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz. Das BVerfG sah dies jedoch anders. Die ausführliche Begründung ist auf der Website des Gerichts zu finden.

Quelle: Pressemitteilung des BVerfG

BVerfG: Streikmaßnahmen auf dem Betriebsgelände des Arbeitgebers

Das BVerfG hat mit einem am 5. August 2020 veröffentlichtem Beschluss zwei Verfassungsbeschwerden abgelehnt, die sich gegen Entscheidungen der Arbeitsgerichte zur Zulässigkeit von Streikmaßnahmen auf dem Betriebsparkplatz direkt vor dem Haupteingang zum Betrieb richteten (vom 9. Juli 2020 – 1 BvR 719/19, 1 BvR 720/19). Das Gericht entschied, dass die nicht tarifgebundenen Beschwerdeführerinnen durch Streikmaßnahmen auf dem betriebseigenen Parkplatz vor dem Eingang zum Betrieb nicht in ihren Grundrechten auf Eigentum und unternehmerische Handlungsfreiheit verletzt werden, da die Gewerkschaft auf die Möglichkeit angewiesen sei, Beschäftigte ansprechen zu können, um ihre Rechte aus Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz auszuüben. Diese Abwägung der betroffenen Grundrechte verkennt die grundgesetzlichen Wertungen nicht. Daher waren die fachgerichtlichen Entscheidungen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Seit 2014/2015 kommt es bei den beiden beschwerdeführenden großen, nicht tarifgebundenen Handelsunternehmen zu gewerkschaftlich initiierten Streiks. Die Gewerkschaft zielt auf Anerkennungstarifverträge dieser Arbeitgeber für die einschlägigen Tarifverträge des Einzel- und Versandhandels. An einzelnen Streiktagen versammelten sich daher Vertreterinnen und Vertreter der Gewerkschaft mit den streikenden Beschäftigten kurz vor Schichtbeginn auf dem jeweiligen Betriebsparkplatz. Dieser ist sehr groß und durch Schilder als Privatgrundstück gekennzeichnet. Er befindet sich direkt vor dem Haupteingang des Betriebs, der nur über den Parkplatz erreicht werden kann, und wird aufgrund der außerörtlichen Lage auch von fast allen Beschäftigten genutzt. Die Beschwerdeführerinnen haben sich gegen diese Streikmaßnahmen auf ihr Hausrecht auf dem Parkplatz berufen. Das BAG hatte nach Abwägung der widerstreitenden Grundrechtspositionen entschieden, dass die Streikmaßnahmen dort hinzunehmen seien. Dem schloss sich das BVerfG an.

Quelle: Pressemitteilung des BVerfG

BAG: Entgelttransparenzgesetz – Anspruch des Betriebsrats im Hinblick auf Bruttoentgeltlisten

Nach den Vorgaben im EntgTranspG ist der Betriebsrat in das individuelle Verfahren zur Überprüfung von Entgeltgleichheit durch die Beantwortung von Auskunftsverlangen der Beschäftigten eingebunden. Zu diesem Zweck ist ein von ihm gebildeter Betriebsausschuss berechtigt, Bruttoentgeltlisten des Arbeitgebers einzusehen und auszuwerten. Dieses Einsichts- und Auswertungsrecht besteht nicht, wenn der Arbeitgeber die Erfüllung der Auskunftsverpflichtung berechtigterweise an sich gezogen hat. Das hat das BAG am 28. Juli 2020 entschieden (1 ABR 6/19).

Die Arbeitgeberin ist ein Telekommunikationsunternehmen mit mehr als 200 Beschäftigten. Nach Inkrafttreten des EntgTranspG machte sie von der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch, die Verpflichtung zur Erfüllung von Auskunftsverlangen der Beschäftigten generell zu übernehmen. Über die in der ersten Jahreshälfte 2018 geltend gemachten Auskunftsverlangen informierte sie den Betriebsrat und gewährte ihm Einblick in spezifisch aufbereitete Bruttoentgeltlisten. Diese waren nach Geschlecht aufgeschlüsselt und wiesen sämtliche Entgeltbestandteile auf. Der Betriebsrat hat unter Hinweis auf § 13 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG verlangt, die Listen dem Betriebsausschuss in bestimmten elektronischen Dateiformaten zur Auswertung zu überlassen.

Die Vorinstanzen haben die Forderung zurückgewiesen. Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats hatte vor dem BAG keinen Erfolg. Das Einsichts- und Auswertungsrecht in § 13 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG korrespondiert mit der nach der Grundkonzeption des EntgTranspG dem Betriebsrat zugewiesenen Aufgabe, individuelle Auskunftsansprüche von Beschäftigten zu beantworten. Es besteht daher nicht, wenn – wie im vorliegenden Fall – der Arbeitgeber diese Aufgabe selbst erfüllt.

Quelle: Pressemitteilung des BAG

LAG Berlin-Brandenburg: Zeiterfassung per Fingerabdruck?

Das LAG Berlin-Brandenburg hat am 4. Juni 2020 entschieden, dass ein Arbeitnehmer nicht zu einer Zeiterfassung per Fingerabdruck-Scanner verpflichtet ist (10 Sa 2130/19). Der Arbeitnehmer ist in einer radiologischen Praxis als medizinisch-technischer Assistent tätig. Der Arbeitgeber führte ein Zeiterfassungssystem ein, das mit einem Fingerabdruck-Scanner bedient wird. Das eingeführte System verarbeitet nicht den Fingerabdruck als Ganzes, sondern die Fingerlinienverzweigungen (Minutien). Der Mitarbeiter lehnte eine Benutzung dieses Systems ab. Das Unternehmen er-

teilte ihm deshalb eine Abmahnung, gegen die der Arbeitnehmer klagte.

Das LAG entschied, dass der Arbeitnehmer dieses Zeiterfassungssystem nicht nutzen muss. Auch wenn das System nur Minuten verarbeite, handle es sich um biometrische Daten. Eine Verarbeitung solcher Daten sei nach Art. 9 Abs. 2 Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) nur ausnahmsweise möglich. Für den vorliegenden Fall könne auch ausgehend von der Bedeutung der Arbeitszeiterfassung nicht festgestellt werden, dass eine solche Erfassung unter Einsatz biometrischer Daten im Sinne dieser Bestimmungen erforderlich sei. Entsprechend sei eine Erfassung ohne Einwilligung des Arbeitnehmers nicht zulässig. Die Weigerung der Nutzung stelle deshalb keine Pflichtverletzung dar, der Mitarbeiter kann die Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte verlangen. Die Revision zum BAG wurde nicht zugelassen.

Quelle: Pressemitteilung des LAG Berlin-Brandenburg

LAG Berlin-Brandenburg: Mindestlohn für Einsatz in der umfassenden häuslichen Betreuung

Das LAG Berlin-Brandenburg hat der Klage einer im Rahmen einer „24-Stunden-Pflege zu Hause“ eingesetzten Arbeitnehmerin auf Zahlung zusätzlicher Vergütung im Wesentlichen stattgegeben (Urteil vom 17. August 2020 – 21 Sa 1900/19). Eine bulgarische Staatsangehörige wurde auf Vermittlung einer deutschen Agentur, die mit dem Angebot „24-Stunden-Pflege zu Hause“ wirbt, von ihrem in Bulgarien ansässigen Arbeitgeber nach Deutschland entsandt, um eine hilfsbedürftige 96-jährige Dame zu betreuen. Im Arbeitsvertrag war eine Arbeitszeit von 30 Stunden wöchentlich vereinbart. Im Betreuungsvertrag mit der zu Versorgenden war eine umfassende Betreuung mit Körperpflege, Hilfe beim Essen, Führung des Haushalts, Gesellschaftleisten und ein Betreuungsentgelt für 30 Stunden wöchentlich vereinbart. Die Arbeitnehmerin war gehalten, in der Wohnung der zu betreuenden Dame zu wohnen und zu übernachten. Mit ihrer Klage hat die Pflegeperson Vergütung von 24 Stunden täglich für mehrere Monate gefordert und zur Begründung ausgeführt, sie sei in dieser Zeit von 6:00 Uhr morgens bis etwa 22:00/23:00 Uhr im Einsatz gewesen. Außerdem habe sie sich auch nachts bereithalten müssen, falls sie benötigt werde. Sie habe deshalb für die gesamte Zeit einen Anspruch auf den Mindestlohn. Der Arbeitgeber hat die behaupteten Arbeitszeiten bestritten und sich auf die arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeitszeit berufen.

Das LAG hat der Pflegerin den geforderten Mindestlohn ausgehend von einer täglichen Arbeitszeit von 21 Stunden zugesprochen. Zur Begründung hat das Gericht ausgeführt, die Berufung des

Arbeitgebers auf die vereinbarte Begrenzung der Arbeitszeit auf 30 Stunden sei treuwidrig, wenn eine umfassende Betreuung zugesagt sei und die Verantwortung sowohl für die Betreuung als auch die Einhaltung der Arbeitszeit der Pflegerin übertragen werde. Es sei Aufgabe des Arbeitgebers, die Einhaltung von Arbeitszeiten zu organisieren, was hier nicht geschehen sei. Die angesetzte Zeit von 30 Stunden wöchentlich sei für das zugesagte Leistungsspektrum im vorliegenden Fall unrealistisch. Die zuerkannte vergütungspflichtige Zeit ergebe sich daraus, dass

neben der geleisteten Arbeitszeit für die Nacht von vergütungspflichtigem Bereitschaftsdienst auszugehen sei. Da es der Pflegerin jedoch zumutbar gewesen sei, sich in einem begrenzten Umfang von geschätzt drei Stunden täglich den Anforderungen zu entziehen, sei eine vergütungspflichtige Arbeitszeit von täglich 21 Stunden anzunehmen. Das LAG hat die Revision zum BAG zugelassen.

Quelle: Pressemitteilung des LAG Berlin-Brandenburg

Impressum

BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)
Ganghoferstraße 33 | D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/impressum>

REDAKTION (VERANTWORTLICH)

Markus Bauer | Rechtsanwalt
Juliane Ilgert | Juristin für Marketing und Knowledge Management
Redaktionsschluss dieser Ausgabe ist der 28. August 2020.

Nicht gekennzeichnete Beiträge stammen aus der Redaktion.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten.

HINWEIS

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an Markus.Bauer@bblaw.com) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

IHRE ANSPRECHPARTNER

BERLIN

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin
Dr. Dietmar Müller-Boruttau | Rechtsanwalt
Tel.: +49 30 26471-319 | Dietmar.Mueller-Boruttau@bblaw.com

DÜSSELDORF

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf
Christian von Buddenbrock | Rechtsanwalt
Tel.: +49 211 518989-190 | Christian.vonBuddenbrock@bblaw.com

FRANKFURT AM MAIN

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main
Dr. Thomas Drosdeck | Rechtsanwalt
Tel.: +49 69 756095-115 | Thomas.Drosdeck@bblaw.com

HAMBURG

Neuer Wall 72 | 20354 Hamburg
Dr. Thomas Lambrich | Rechtsanwalt
Tel.: +49 40 688745-144 | Thomas.Lambrich@bblaw.com

MÜNCHEN

Ganghoferstraße 33 | 80339 München
Dr. Wolfgang Lipinski | Rechtsanwalt
Tel.: +49 89 35065-1133 | Wolfgang.Lipinski@bblaw.com



Exclusive German member of the Employment Law Alliance, the leading global network.

BEIJING | BERLIN | BRÜSSEL | DÜSSELDORF | FRANKFURT AM MAIN
HAMBURG | MOSKAU | MÜNCHEN | ST. PETERSBURG

WWW.BEITENBURKHARDT.COM



7. Deutsche Arbeitsrechtskonferenz

12. November 2020, Sofitel Munich Bayerpost

Miteinander – Gegeneinander: Brennpunkte im betrieblichen Alltag

Fachliche Leitung: RA/FAArbR Dr. Wolfgang Lipinski und RA/FAArbR
Dr. Christopher Melms, Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

- Einführung und Hot Legal Topics
- Arbeitszeiterfassung im Umbruch? – Neues nach dem EuGH-Urteil aus der deutschen Gesetzgebung
- Auslandseinsatz: Best Practice und wichtige Neuerungen der Entsenderichtlinie
- Facebook, Twitter und Co. – Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer und Mitbestimmung des Betriebsrats – neueste Rechtsprechung des BAG
- Allzweckwaffe Gesundheitsschutz? – Reichweite der Mitbestimmung bei Personalbemessung und Personalbestand



Key Note:

Miteinander – Gegeneinander:
Ist die Demokratie noch zu retten?

Sahra Wagenknecht,
MdB Fraktion DIE LINKE

Diese Konferenz ist mit einem Siegel der InfraCert GmbH – Institut für Nachhaltige Entwicklung zertifiziert, da bei der Planung und Durchführung alle Sicherheits- und Hygienestandards eingehalten werden.



**Kamingespräch am 11. November ab 18:30
auf Einladung von BEITEN BURKHARDT**

Freuen Sie sich auf ein exklusives Kamingespräch mit Journalist, Schauspieler, Medienunternehmer und Politiker Helmut Markwort. Er setzt sich, passend zur Konferenz, kritisch mit dem wichtigen Thema „Die Macht der Medien“ auseinander.