

sfm-arbeitsrecht

aktuell

2. Halbjahr 2020 – Dezember

NEUES vom BAG

Bewerbung Schwerbehinderter - **Entgelttransparenzgesetz** – Urlaub und Zuschläge – **SchwB u. Kündigung** – Massenentlassungsanzeige – **Tarifgeltung** – Eingruppierung „große Station“ – **Fahrtzeit als Arbeitszeit** – **Schadensersatz wegen fehlerhafter AG-Informationen** – **Beteiligung der SchwBV bei Kündigungen** – **Teilnahme an Vorstellungsgespräch**

Weitere Themen

- ▶ **Beitragsbemessungsgrenzen 2021 S. 2**
- ▶ **Neu in 2021 S. 3**
- ▶ **BR und EntgTranspG S. 5**
- ▶ **DAV rudert zurück S. 7**
- ▶ **EuGH zur AN-EntsenderL S. 8**
- ▶ **Beitragssätze 2021 S. 10**
- ▶ **Der kleine Alltagshelfer für den BR S. 11**
- ▶ **Impfung und Arbeitsrecht S. 12**
- ▶ **ArbG Stgt zur a.o. Änderungskündigung S. 14**
- ▶ **Ausblick EuGH S. 15**
- ▶ **Rausblick S. 16**
- ▶ **Frisch am Tisch S. 17**

Sondermodus allerorten

Die Covid-19-Pandemie hält nicht nur das Gesundheitswesen, sondern alle gesellschaftlichen Bereiche in Atem und natürlich auch die Arbeitswelt

Erst sollte hier was „Erbauliches“ zum Abschluss des Jahres kommen: geht partout nicht.

Dann sollte es einen intellektuellen Einschlag bekommen: Camus liegt da, passt aber irgendwie auch nicht.

Dann doch aus dem Bauch: Mensch kann das Jahr nicht schön reden. Viel schwarz, viel grau und ganz vereinzelt Funken von Hoffnung und Solidarität.

In dem ganzen Gemenge von Ängsten, Sorgen, Not, Aktivismus, aber auch Erkenntnis- und Handlungsverweigerung darf man nicht vergessen, auch zu reflektieren, ob die eigenen Befindlichkeiten wirklich das Maß der Dinge sind. So zeigt doch der Blick über den eigenen Tellerrand hinaus, dass es nicht selbstverständlich ist, ein Dach über dem Kopf zu haben, nicht dafür verhaftet zu werden, weil man offen seine Meinung kund tut und sich überlegen zu können, ob man lieber

Lebkuchen oder Zimtsterne essen will.

Andererseits ist es durchaus angebracht, Rechtsstaatlichkeit und Demokratieprinzip hoch zu halten. Was ist notwendig, was ist erforderlich, was ist verhältnismäßig und was ist Aktionismus, der an der Sache vorbei geht?

Wendet man den Blick dem Arbeitsrecht zu, müssen wir konstatieren, dass die ersten offensiven Versuche, die Pandemie zum Vorwand des Abbaus von ArbeitnehmerInnenrechten zu nehmen, nur noch auf leisen Sohlen verfolgt werden. Sie bleiben aber virulent. Im Gegensatz dazu hat der Staat durch Unterstützungsleistungen und Ausweitung der Kurzarbeiterregelungen Verantwortung übernommen und damit auch Existenzen gesichert. Auch Arbeitsschutzmaßnahmen kommen notgedrungen ins Bewusstsein der Gesellschaft. Bleibt zu hoffen, dass die Arbeitsbeding-

ungen in z. B. Schlachthöfen nachhaltig verbessert werden. Es gibt sicher Unzulänglichkeiten, aber doch die Erkenntnis, dass ein aktiver Staat wichtig ist, weil sich nur reiche Leute ein schwaches, armes Gemeinwesen leisten können.

In diesem Sinne: Vorwärts und nicht vergessen.

Michael Fleischmann, RA
Barbara Renkl, RAin

BAG vom 25.06.2020 - 8 AZR 75/19, Aufhebung von LAG Berlin-Brandenburg vom 01.11.2018 - 21 Sa 1643/17, zit. nach PM des BAG Nr. 18/20

Bei begründeten Zweifeln kann Auskunftsanspruch nach dem Entgelttransparenzgesetz auch für Freie

Auch arbeitnehmerähnliche Personen (Redakteurin in Form einer freien Mitarbeiterin) haben nach § 10 Abs. 1 Satz 1

EuGH, um die Frage zu klären, ob ein Tarifvertrag, der für die Berechnung von Mehrarbeitszuschlägen nur die tatsächlich gearbeiteten Stunden berücksichtigt und nicht auch die Stunden, in denen der Arbeitnehmer seinen bezahlten Mindestjahresurlaub in Anspruch nimmt, gegen Unionsrecht verstößt.

Hintergrund ist eine tarifliche Konstellation, in der erst ab einer bestimmten monatlichen Gesamtstundenzahl ein Zuschlag bezahlt wird. Durch Urlaubsnahme, die nicht gezahlt wird, führt

Mehrarbeit an Präsenztagen nicht oder erst später zu Zuschlägen. Die Vorinstanzen hatten die Überstundenklage abgewiesen. Über eine Nichtzulassungsbeschwerde kam der Kläger doch noch in die Revision. Der 10. Senat befragt nun den EuGH, bevor er endgültig entscheidet.

BAG vom 17.06.2020 - 10 AZR 210/19 (A), zuvor LAG Hamm vom 14.12.2018 - 13

Sa 589/18, zit. nach PM des BAG 16/20

BAG-Splitter

Berichtszeitraum: 1. Halbjahr 2020

Bitte beachten, dass Wiedergabe stark verkürzt ist und damit eine Übertragung auf ähnliche, nicht identische Fälle immer erst zu prüfen ist.

Einladung eines schwerbehinderten Bewerbers zu einem Vorstellungsgespräch bei Bewerbung auf zwei Stellen

Zwar muss der öffentliche Arbeitgeber, dem die Bewerbung einer fachlich nicht offensichtlich ungeeigneten schwerbehinderten oder dieser gleichgestellten Person zugeht, diese nach § 82 Satz 2 SGB IX aF auch bei einer (ausschließlich) internen Stellenausschreibung zu einem Vorstellungsgespräch einladen. Bei zwei identischen Stellen kann die Einladung zu nur einem Vorstellungsgespräch genügen.

Entgelttransparenzgesetz (Entg-TranspG) als "Beschäftigte" zur Überprüfung der Einhaltung des Entgeltgleichheitsgebots im Sinne dieses Gesetzes einen Auskunftsanspruch nach Maßgabe der §§ 11 bis 16.

BAG vom 25.06.2020 - 8 AZR 145/19 - LAG Berlin-Brandenburg vom 05.02.2019 - 16 Sa 983/18, zit. nach PM des BAG Nr. 17/20

Dürfen Urlaubszeiten Mehrarbeitszuschläge im Rest des Monats negativ beeinflussen

Der Zehnte Senat des BAG richtet ein Vorabentscheidungsersuchen an den

2-Wochen-Frist bei der außerordentlichen Kündigung Schwerbehinderter oder diesen Gleichgestellten

Nach § 174 II 1 SGB IX kann die erforderliche Zustimmung des Integrationsamts zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber nur innerhalb von zwei Wochen beantragt werden. § 174 Abs. 2 SGB IX ersetzt insofern § 626 Abs. 2 BGB. Nach Zustimmung zur Kündigung ist diese dann gem. § 174 Abs. 5 SGB IX unverzüglich zu erklären. Im Gegensatz zur früheren Rechtsprechung werde die Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht „ausgedehnt“, es handle sich um zwei verschiedene Fristen. Die 2-Wochen-Frist ist damit nur beim Integrationsamt und später in einer Anfechtung der Zustimmung des Integrationsamts relevant, nicht bei der Frage der rechtzeitigen Kündigungserklärung. Ein Fehler des Integrationsamts diesbezüglich kann nicht im arbeitsgerichtlichen Verfahren korrigiert werden.

BAG vom 11.06.2020 – 2 AZR 442/19, Aufhebung und Rückverweisung LAG

Sozialversicherungsrechtliche Rechengrößen ab 01.01.2021	West	Ost
Beitragsbemessungsgrenze in der GKV	58.050 Euro pro Jahr (4.837,50 Euro pro Monat)	
Versicherungspflichtgrenze in der GKV	64.350 Euro pro Jahr (5.362,50 Euro pro Monat)	
Beitragsbemessungsgrenze für die allgemeine Rentenversicherung	7.100 Euro pro Monat	6.700 Euro pro Monat
Vorläufiges Durchschnittsentgelt für 2021 in der Rentenversicherung	41.541 pro Jahr	
Bezugsgröße in der Sozialversicherung	3.290 Euro pro Monat	3.115 Euro pro Monat

Düsseldorf vom 18.06.2019 – 3 Sa 1077/18, (zulasten des Klägers)

Fehlerhafte Massenentlassungsanzeige führt zur Unwirksamkeit der Kündigung

Eine fehlerhafte Massenentlassungsanzeige, die gemäß § 17 Abs. 1, Abs. 3 KSchG iVm. § 134 BGB zur Unwirksamkeit der Kündigung führt, liegt u.a. vor, wenn sie bei der falschen Stelle abgegeben wurde (siehe bereits unten BAG vom 13.02.2020 - 6 AZR 146/19 und BAG vom 27.02.2020 - 8 AZR 215/19) aber auch wenn in der Anzeige der Stand der Beratungen der Agentur für Arbeit nicht ausreichend dargelegt wurde (§ 17 Abs. 3 S. 3 KSchG). Diese bloß formelhafte Wiedergabe des Gesetzestextes stellte keine hinreichende Darlegung des Beratungsstands dar. Ohne ausdrückliche Stellungnahme der Mitarbeitervertretung hätte der Arbeitgeber insbesondere angeben müssen, dass, wann und mit welchen Argumenten die Mitarbeitervertretung weitere Verhandlungen abgelehnt hat. Sie hätte ferner angeben müssen, dass, wann und wie sie das Konsultationsverfahren für gescheitert erklärt hat (siehe insb. Rn. 135ff).

BAG vom 14.05.2020 - 6 AZR 235/19, Aufhebung von LAG Düsseldorf vom 20.03.2019 - 12 Sa 611/18, zit. nach PM des BAG 15/20 und Volltext Anm.: Für Cockpit bereits BAG vom 13.02.2020 - 6 AZR 146/19 und BAG vom 27.02.2020 - 8 AZR 215/19

"arbeitsvertragliche Nachvollziehung" eines Tarifwerks keine taugliche Bedingung für Anspruch

Tarifvertragsparteien können im Tarifvertrag nicht wirksam vereinbaren, dass Ansprüche aus diesem trotz beiderseitiger Tarifgebundenheit nur dann bestehen sollen, wenn die Arbeitsvertragsparteien die Einführung des Tarifwerks durch eine Bezugnahmeklausel auch individualvertraglich nachvollziehen. Eine solche Bestimmung läge außerhalb der tariflichen Regelungsmacht der Tarifvertragsparteien meint der 4. Senat des BAG.

BAG vom 13.05.2020 - 4 AZR 489/19, Aufhebung von Hessisches LAG vom 17.01.2019 - 5 Sa 404/18, zit. nach PM des BAG 14/20

"Große Station" iSd. Entgeltgruppe P 13 TVöD/VKA

Um eine "große Station" iSd. Entgeltgruppe P 13 TVöD/VKA, handelt es sich regelmäßig, wenn der Stationsleitung umgerechnet mehr als 12 Vollzeitkräfte im Sinne der Vorbemerkung Nr. 9 zur Anlage 1 Entgeltordnung (VKA) zum TVöD/VKA fachlich unterstellt sind. Teilzeitbeschäftigte sind entsprechend dem Verhältnis ihrer Arbeitszeit zur regelmäßigen Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten zu berücksichtigen.

Bei Vorliegen besonderer Umstände kann im Einzelfall aber auch bei umgerechnet mehr als 12 unterstellten Vollzeitbeschäftigten das Tarifmerkmal

"große Station" verneint oder bei weniger auch bejaht werden. Beispielsweise kann sich die Station aufgrund einer hohen Anzahl unterstellter Teilzeitbeschäftigter, einer großen Anzahl von zu pflegenden Patienten oder aufgrund der räumlichen Lage und Größe als "groß" im Tarifsinn darstellen.

BAG vom 13.05.2020 - 4 AZR 173/19, Aufhebung und Zurückverweisung von LAG München vom 10.04.2019 - 11 Sa 798/18, zit. nach PM des BAG Nr. 13/20

Keine Einschränkung der tariflichen Vergütung von Fahrtzeiten durch BV

2021 – Was erwartet uns

Auch wenn Zukunftsprognosen derzeit noch schwieriger sind, als sonst schon, wird man mit der ein oder anderen Änderung in 2021 doch rechnen können. Unter Änderung fällt dabei auch die die Nichtänderung von Regelungen, die eigentlich auslaufen würden.

Teilnahmemöglichkeit an Betriebsratssitzung nach § 129 BetrVG via Video- / Telefonkonferenz verlängert bis 01.07.2021

Art. 5 des Gesetzes zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel und zur Weiterentwicklung der Ausbildungsförderung vom 20.05.2020 (BGBl. I S. 1044) hat die Möglichkeit von Beschlussfassungen mittels Video- und Telefonkonferenzen durch einen neuen § 129 BetrVG eingeführt. Nach Art. 6 i. V. m. 19 Abs. 6 sollte das ab 01.01.2021 wieder aufgehoben werden.

Am 20.11.2020 wurde nun unter dem „Dach“ des Gesetzes zur Beschäftigungssicherung infolge der COVID-19-Pandemie (Beschäftigungssicherungsgesetz – BeschSiG) Art. 19 Abs. 6 geändert und der hier relevante Teil in einen Absatz 7 verlagert. Dieser lautet ausweislich der BT-Drs. 19/24481: „Die Artikel 6, 8, 10, 12 und 14 treten am **1. Juli 2021** in Kraft.“ Damit wird § 129 BetrVG in seiner derzeitigen Form nicht ab 01.01.2021 sondern ab 01.07.2021 aufgehoben.

Kurzarbeit in Corona-Zeiten

Erleichterte Zugangsvoraussetzungen und die Erhöhung des Kurzarbeitergeldes wurden bis zum 31.12.2021 verlängert. Das erhöhte KuG soll aber nur Bestand haben, wenn der Anspruch auf Kurzarbeitergeld bis zum 31.03.2021 entstanden sein wird.

weiter auf nächster Seite

Regelt ein einschlägiger (Mantel-)tarifvertrag, dass sämtliche Tätigkeiten, die ein Arbeitnehmer in Erfüllung seiner vertraglichen Hauptleistungspflicht erbringt, in Höhe der tariflichen Grundvergütung zu vergüten sind, sind davon auch Fahrten eines Servicetechnikers im Außendienst von seiner Wohnung zum ersten Kunden und vom letzten Kunden zurück umfasst. Eine Betriebsvereinbarung kann diesen tariflich geregelten Gegenstand wegen der Tarifsperre des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nicht anders regeln. Das LAG hatte hier keinen Tarifvorrang gesehen.

BAG vom 18.03.2020 - 5 AZR 36/19, Aufhebung und Zurückverweisung von LAG Düsseldorf vom 14.12.2018 - 10

Sa 96/18 (zugunsten des Klägers), zit. nach PM des BAG 12/20

Bei der örtlich falschen Agentur für Arbeit eingereichte Massenentlassungsanzeige führt zur Unwirksamkeit der Kündigung

Stationen einer Fluggesellschaft können Betriebe iSd. § 17 Abs. 1 KSchG sein, auch wenn die Vertretung nach § 117 Abs. 2 BetrVG tariflich überregional geregelt ist. Die Anzeige einer Massenentlassungsanzeige für das der Station Köln zugeordnete Cockpit-Personal hätte damit bei der Agentur für Arbeit in Köln erfolgen müssen und nicht bei der des Sitzes der tariflichen Vertretung. Die

Anzeige bei der örtlich unzuständigen Agentur für Arbeit Berlin-Nord, die zudem nicht die erforderlichen Angaben enthielt, bewirkt die Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Kündigung nach § 17 Abs. 1 KSchG, § 134 BGB. BAG vom 27.02.2020 - 8 AZR 215/19, Aufhebung von LAG Berlin-Brandenburg vom 12.04.2019 - 6 Sa 1641/18, zit. nach PM des BAG 11/20
Anm.: Für Kabine siehe BAG vom 14.05.2020 - 6 AZR 235/19

Schadensersatz für falsche oder fehlende Informationen des Arbeitgebers

Erteilt ein Arbeitgeber Auskünfte etwa zu Möglichkeiten der Entgeltumwandlung, ohne hierzu verpflichtet zu sein, müssen diese richtig, eindeutig und vollständig sein. Andernfalls haftet der Arbeitgeber für Schäden, die der Arbeitnehmer aufgrund der fehlerhaften Auskunft erleidet. Hat er sich nicht zu zukünftigen sozialversicherungsrechtlichen Veränderungen geäußert, haftet er auch nicht. Das LAG hatte hier noch eine arbeitgeberseitige Verantwortung gesehen.

BAG vom 18.02.2020 - 3 AZR 206/18, Aufhebung von LAG Hamm vom 06.12.2017 - 4 Sa 852/17, zit. nach PM des BAG Nr. 8/20

Kündigung wegen fehlerhafter Massenentlassungsanzeige unwirksam

Nach § 17 Abs. 1 KSchG muss der Arbeitgeber der Agentur für Arbeit eine sog. Massenentlassungsanzeige erstatten, bevor er in einem Betrieb eine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmern innerhalb von 30 Kalendertagen entlässt. Erfolgt die Anzeige bei einer örtlich unzuständigen Agentur für Arbeit, weil ein falscher Betriebsbegriff zu Grunde gelegt wurde, führt das zur Unwirksamkeit der betroffenen Kündigungen.

BAG vom 13.02.2020 - 6 AZR 146/19, Aufhebung von LAG Düsseldorf vom 08.01.2019 - 3 Sa 338/18, zit. nach PM des BAG Nr. 7/20

Einladung zum Vorstellungsgespräch schwerbehinderter Bewerber im ÖD

Ein öffentlicher Arbeitgeber muss schwerbehinderte oder diesen gleichge-

... neu in 2021

Mindestloohnerhöhung

Der gesetzliche Mindestlohn wird ab 01.01.2021 auf den Beschluss der Mindestlohnkommission auf zunächst € **9,50 brutto** je Stunde angehoben, ab 01.07.2021 dann auf € **9,60 brutto**.

Siehe auch https://www.mindestlohn-kommission.de/DE/Bericht/pdf/Beschluss2020.pdf?__blob=publicationFile&v=5

Freigrenze des Soli wird erhöht

Die Freigrenze, bis zu der kein Solidaritätszuschlag zu zahlen ist, wird erhöht. Wenn die zu zahlende Lohn- oder Einkommensteuer unter € **16.956** im Jahr liegt, wird kein Solidaritätszuschlag mehr erhoben. Der volle Satz fällt ab einer Lohn- oder Einkommensteuer in Höhe von € **31.528** an. Dazwischen nähert sich der Prozentsatz Schrittweise der Grenze von **5,5 %** an.

SansInsFoG – Änderungen beim Insolvenzrecht

Kurz vor Jahresschluss wurde noch das Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts verabschiedet.

Nach cursorischer Durchsicht gibt es zwei wichtige Punkte:

Ab dem 01.10.2020 beantragte Verfahren die Dauer des Restschuldbefreiungsverfahrens von sechs auf drei Jahre verkürzt (erst mal befristet bis 30.06.2025).

Ein weiterer wichtiger Punkt ist die Einführung des "vorinsolvenzlichen Restrukturierungsverfahrens". Damit will die Bundesregierung zugleich die europäische Restrukturierungs- und Insolvenzrichtlinie umsetzen.

(fl)

stellte Bewerber, die nicht fachlich offensichtlich ungeeignet sind nach § 82 Satz 2 SGB IX aF (165 Satz 3 SGB IX nF) zu einem Vorstellungsgespräch einladen.

Das Unterlassen einer Einladung zu einem Vorstellungsgespräch führt nicht automatisch zu einer Entschädigung, sondern ist lediglich ein Indiz iSv. § 22 AGG**, das die Vermutung begründet, dass der/die Bewerber/in wegen seiner/ihrer Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung nicht eingestellt wurde. Diese Vermutung könne der Arbeitgeber nach § 22 AGG widerlegen, so der achte Senat des BAG. Im konkreten Fall hat das beklagte Land diese Vermutung nicht widerlegen können.

BAG vom 23.01.2020 - 8 AZR 484/18, Bestätigung von LAG Köln vom 23.08.2018 - 6 Sa 147/18, zit. nach PM des BAG Nr. 5/20

Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung bei Gleichgestellten erst ab Entscheidung darüber

Nach §§ 178 Abs. 2 Satz 1, 151 Abs. 1 SGB IX hat der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe und diesen gleichgestellte behinderte Menschen berühren, unverzüglich und umfassend zu unterrichten und vor einer Entscheidung anzuhören.

Auch wenn die Gleichstellung nach § 151 Abs. 2 Satz 2 SGB IX auf den Tag des Eingangs des Antrags zurückwirkt, besteht aber das Beteiligungsrecht der Schwerbehindertenvertretung bei der Umsetzung nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX erst ab dem Zeitpunkt der Entscheidung. Für den Zeitraum zwischen Antragstellung zur Gleichstellung und Entscheidung darüber müsse noch keine Beteiligung erfolgen, so das BAG. *BAG vom 22.01.2020 - 7 ABR 18/18, Bestätigung von LAG Berlin-Brandenburg vom 09.05.2018 - 23 TaBV 1699/17, zit. nach PM des BAG Nr. 4/20*
Bearbeitung: RA M. Fleischmann

Chance vertan

Warum der Betriebsrat nach der Entscheidung des BAG - 1 ABR 6/19 zum EntgTranspG mit Bleistift und Papier über die Entgeltgerechtigkeit wachen muss

Mit dem Inkrafttreten des Entgelttransparenzgesetzes (EntgTranspG) verbanden viele Arbeitnehmer Hoffnungen: Die **Entgeltbenachteiligung wegen des Geschlechts** wurde verboten (das war sie zwar schon vor Inkrafttreten des Gesetzes) und die allgegenwärtige Bevorzugung von Männern im Betrieb sollte mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zumindest sichtbar werden. Dazu erhielten Arbeitnehmer den Anspruch, unter bestimmten Voraussetzungen den auf Vollzeitäquivalente hochgerechneten statistischen Median des durchschnittlichen monatlichen Bruttoentgelts der Vergleichsgruppe des anderen Geschlechts zu erfahren. Wird die **Auskunft** erteilt und ergibt sich aus ihr, dass das Vergleichsentgelt höher ist, führt dies aber nicht automatisch zu einem Anspruch auf Erhöhung des eigenen Entgelts: Selbst wenn der Median des Vergleichsentgelts höher ist als das eigene Entgelt, stellt dies alleine keinen Beweis der Benachteiligung wegen des Geschlechts dar. Dieser Mechanismus alleine war schon enttäuschend.

In der Grundkonzeption des Gesetzgebers sollte der Betriebsrat diese Auskunft erteilen,

der Arbeitgeber ist dazu verpflichtet, sämtliche dafür erforderlichen Informationen an den Betriebsrat zu liefern (§§ 13 Abs. 1 S. 2, 14 I, 15 Abs. 2 EntgTranspG).

Aber das Gesetz gibt dem Arbeitgeber auch das Recht, die Erteilung der Auskunft an sich zu ziehen (§§ 14 Abs. 2, 15 Abs. 2 EntgTranspG), damit kann der Betriebsrat ohne weitere Begründung aus dieser Aufgabe gedrängt werden. In fast allen großen Unternehmen haben daher die Arbeitgeber aus der Ausnahme die Regel gemacht und erklärt, dass sie die Auskunft selbst erteilen.

Dennoch findet sich in § 13 Abs. 1 EntgTranspG die Wiederholung der **Aufgabe des Betriebsrats, die Durchsetzung der Entgeltgleichheit von Frauen und Männern im Betrieb zu fördern.**

Dabei nimmt der Betriebsrat „insbesondere“ die Aufgaben wahr, die Auskunft über das Vergleichsentgelt zu erteilen. § 13 Abs. 2 EntgTranspG gibt dann dem Betriebsausschuss das Recht, zur Erfüllung seiner Aufgaben nach Absatz 1 die Listen über die Bruttolöhne und -gehälter im Sinne des § 80 Absatz 2 Satz 2 BetrVG einzusehen und auszuwerten.

Auswerten kann man nur etwas, was man hat.

„Auswerten“ geht über das Recht, in die Listen über die Bruttolöhne und -gehälter Einblick zu nehmen hinaus. Auswerten - das bedeutet für den Betriebsrat, sich durch Verarbeitung der Daten über die Entgelte im Betrieb und insbesondere durch den Vergleich der Entgelte von Männern und Frauen einen Einblick zu verschaffen, ob gleiche Arbeit auch gleich bezahlt wird, unabhängig vom Geschlecht. Diese Einblick geht auch über die Auskunft, die der einzelne Arbeitnehmer verlangen kann deutlich hinaus. Die einzelne Arbeitnehmerin, die die Auskunft verlangt, erhält nur die Angaben über den auf Vollzeitäquivalente hochgerechneten statistischen Median, die Auskunft umfasst nicht, was der einzelne Arbeitnehmer mit vergleichbarer Tätigkeit tatsächlich verdient. Der Betriebsrat kann eine Erkenntnis erhalten, die dem Arbeitnehmer vorenthalten wird, denn er hat Zugang zu den Daten über die Verteilung der Vergütung, aufgeschlüsselt nach Geschlechtern. **Da-**

mit sieht der Betriebsrat, was der einzelne Arbeitnehmer mit vergleichbarer Tätigkeit tatsächlich verdient und kann daraus Schlüsse ziehen.

Das mag noch angehen in einem Betrieb mit 250 Arbeitnehmern, bei dem 20 Menschen die vergleichbare Tätigkeit ausüben, zehn davon Frauen, die anderen Männer. Hier kann der Betriebsrat notfalls mit Zettel und Papier Vergleiche ziehen und muss keine komplizierten Berechnungen oder Sortierungsroutinen durchführen. Was aber in einem Betrieb mit 5000 Menschen, in dem 1000 Menschen die im Wesentlichen gleiche Arbeit verrichten? Wie soll hier durch die bloße Einsichtnahme in die Listen ein Vergleich der Vergütungen von Männern und Frauen halbwegs seriös berechnet werden? **So verstand ein Betriebsrat eines großen Betriebes sein Recht auf Auswertung der Listen über die Bruttolöhne und -gehälter und verlangte die Überlassung dieser Daten**

in einer Form, die es ermöglicht, selbst mittels einer Tabellenkalkulation Berechnungen anzustellen. Auch hier hatte der Arbeitgeber zuvor erklärt, dass er die Auskunft selbst erteilt.

Diesem Anliegen des Betriebsrats hat nun das Bundesarbeitsgericht am 28.7.2020 (1 ABR 6/19) in letzter Instanz mit einer verblüffenden Begründung eine Absage erteilt. Ob das Recht, die Listen über die Bruttolöhne und -gehälter iSd. § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG einzusehen und auszuwerten, einen Anspruch auf deren Übergabe gewährt, lässt das Gericht offen. **Denn dort, wo der Arbeitgeber die Auskunft selbst erteilt bestünde dieses Recht auf Auswertung jedenfalls nicht.** Denn, so meinte das Bundesarbeitsgericht, das Recht auf Auswertung dieser Listen korrespondiere „mit der Aufgabe des Betriebsrats nach § 14 Abs. 1 Satz 1 bis Satz 3 EntgTranspG (bei tarifgebundenen und tarifenwendenden Arbeitgebern) bzw.

Durchsetzung der Entgeltgleichheit von Frauen und Männern im Betrieb durch den Betriebsrat?

Gerne, aber nur mit Bleistift und Papier. Willkommen in der digitalen Welt des BAG.

nach § 15 Abs. 2 iVm. § 14 Abs. 1 Satz 1 bis Satz 3 EntgTranspG (bei nicht tarifgebundenen und nicht tarifenwendenden Arbeitgebern) im Zusammenhang mit der Erfüllung einer Auskunftsverpflichtung nach § 10 Abs. 1 EntgTranspG“. Es bestehe daher nicht, wenn es der Arbeitgeber nach § 14 Abs. 2 Satz 1 bzw. § 15 Abs. 2 EntgTranspG übernommen hat, die Auskunft selbst zu erteilen.

Das Gericht versucht diese Ansicht aus dem Sinnzusammenhang und dem Wortlaut des Gesetzes zu erklären. Dabei gibt es zu, dass „der Normwortlaut mehrere inhaltliche Deutungen“ zulasse. Die Formulierung, wonach der Betriebsrat „im Rahmen seiner Aufgabe nach § 80 Absatz 1 Nummer 2a des Betriebsverfassungsgesetzes ... die Durchsetzung der Entgeltgleichheit von Frauen und Männern im Betrieb“ fördert, wobei

er „insbesondere die Aufgaben nach § 14 Absatz 1 und § 15 Absatz 2“ EntgTranspG wahrnimmt, deutet zwar darauf hin, dass das Einsichts- und Auswertungsrecht des § 13 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG unabhängig davon besteht, ob der Betriebsrat die Auskunft zu erteilen hat oder ob - etwa in Betrieben unterhalb des Schwellenwerts von in der Regel mehr als 200 Beschäftigten - ein individueller Auskunftsanspruch iSv. §§ 10 ff. EntgTranspG überhaupt geltend gemacht werden kann. Dann verwirft das Gericht diesen richtigen Gedanken und meint, man könne den Wortlaut des Gesetzes auch so verstehen, dass mit Satz 1 von § 13 Abs. 1 EntgTranspG der bereits in § 80 Abs. 1 Nr. 2a BetrVG enthaltene Aspekt der Förderung einer Durchsetzung von Entgeltgleichheit - aus Gründen der Klarstellung - angeführt sei und mit dem Adverb „insbesondere“ in Satz 2 von § 13 Abs. 1 EntgTranspG auch lediglich die in § 14 Abs. 1 und § 15 Abs. 2 EntgTranspG geregelten spezifischen Zuständigkeitsaufgaben des Betriebsrats besonders betont würden, deren Wahrnehmung das Einsichts- und Auswertungsrecht des § 13 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG diene.

Mit dieser Interpretation wird das EntgTranspG endgültig entwertet und hat nichts mehr mit dem Anliegen zu tun, mit

dem es geschaffen wurde. Arbeitnehmer, die den Auskunftsanspruch geltend machen, werden mit dem Median des Vergleichsentgelts abgespeist, der keine rechtssichere Durchsetzungsmöglichkeit einer gerechten Bezahlung gibt und durch die einfache Erklärung des Arbeitgebers, er werde anstelle des Betriebsrats die Auskunft erteilen, wird der Betriebsrat auch seiner Instrumente zur Durchsetzung der Entgeltgleichheit von Frauen und Männern im Betrieb beraubt, obwohl dies, wie das BAG selbst zugibt, aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht eindeutig zu entnehmen ist. Damit hat das BAG die Chance vertan, die mit der Formulierung des Gesetzes bestanden hat.

(Arbeits-)Rechtspolitik

Verbandsvertreter des DAV rudern zurück

In unserer letzten Ausgabe von sfm-aktuell haben wir berichtet, dass Arbeitgebervertreter über die Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV – Deutscher Anwaltverein versucht haben die Pandemie zum Anlass zu nehmen, bestimmte Forderungen mit neuer Begründung zu forcieren. Fast 500 ArbeitsrechtlerInnen haben innerhalb kürzester Zeit eine Gegenstellungnahme unterzeichnet, an deren Formulierung wir mit beteiligt waren (Abrufbar über den Link auf unserer Homepage).

Kaum drei Monate später schließlich hat die ErstunterzeichnerInnen Anfang Juli dann eine weder datierte noch auf Briefpapier abgedruckte „Erklärung des Ausschusses Arbeitsrecht im DAV“ erreicht, in der dann Fehler in der damaligen Stellungnahme 18/20 eingeräumt wurden. Man äußerte sich auch selbstkritisch zu dessen Zustandekommen. „Eine intensive ausschussinterne Diskussion der strittigen Themen hat gezeigt, dass bei Einhaltung der ansonsten üblichen und zu Recht geforderten Standards die Stellungnahme mit diesem Inhalt nicht verabschiedet worden wäre“, so der Ausschuss jetzt.

Das werten die ErstunterzeichnerInnen der Gegenposition als wichtigen „Meilenstein“, wieder zu einer gemeinsamen, von allen Seiten getragenen Arbeit im Arbeitsrechtsausschuss und im Gesetzgebenden Ausschuss des DAV zurückzukehren.

Mensch wird nun sehen, wohin die Organisation steuert.

(fl)

sfm bei twitter:
@sfmarbeitsrecht

Ein ernüchterndes Ergebnis, was aber dennoch die Frage aufwirft, ob in den Fällen, in denen der Arbeitgeber die Auskunft nicht erteilt ein Recht auf Auswertung der Listen besteht.

Was also tun?

Was kann, was muss ein Betriebsrat tun der seine Aufgabe dennoch ernst nimmt?

Die Entscheidung vom 28.07.2020 nimmt dem Betriebsrat nicht das Recht aus § 80 Abs. 2 Satz 2, 2. Hs. BetrVG, Einsicht in die Bruttolohn- und Gehaltslisten zu

nehmen. Dieses Recht besteht hinsichtlich aller Lohnbestandteile (BAG vom 14.01.2014 – 1 ABR 54/12) und unabhängig vom Willen der Betroffenen (BAG vom 20.12.1988 – 1 ABR 63/87). Dieses Einblicksrecht darf auch nicht aus datenschutzrechtlichen Gründen auf anonymisierte Bruttoentgeltlisten begrenzt werden (BAG vom 07.05.2019 – 1 ABR 53/17). Und während der Einsichtnahme dürfen keine vom Arbeitgeber entsandten Personen anwesend sein (BAG 16.08.1995 – 7 ABR 63/94). Zwar darf der Betriebsrat die Listen nicht fotografieren, aber die vom Betriebsrat beauftragten Mitglieder dürfen sich Notizen fertigen (BAG vom 15.06.1976 - 1 ABR 116/74).

Wenn das so ist, dann muss eben der Betriebsrat weiter in Handarbeit die Listen durchsehen und sich Notizen machen. Wenn das zu viele Daten sind, muss der Betriebsausschuss oder der Vorsitzende eben häufiger kommen und Einsicht nehmen, vielleicht auch durch Beschluss einen „Entgelttransparenz- Ausschuss“ nach § 28 BetrVG bilden, der mit ausreichend vielen Betriebs-

ratsmitgliedern besetzt ist, die diese umfangreiche Tätigkeit wahrnehmen und die Daten in Form von Notizen aufnehmen.

Hat sich der Betriebsrat über diesen Weg die wesentlichen Daten beschafft, ist es ihm nicht verwehrt, solche personenbezogenen Daten technisch (etwa durch MS-Excel) weiter zu verarbeiten. Betriebsverfassungsrechtlich ist und bleibt es seine Aufgabe, die Durchsetzung der Entgeltgleichheit von Frauen und Männern im Betrieb zu fördern. Datenschutzrechtlich erlaubt § 26 Abs. 1 BDSG die Verarbeitung personenbezogener Daten im Arbeitsverhältnis, sofern dies „zur Ausübung oder Erfüllung der sich aus einem Gesetz ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten erforderlich ist“.

Natürlich dauert das seine Zeit und natürlich würde das durch die Überlassung der Listen schneller gehen. Nur: wenn der Arbeitgeber diese Listen nicht überlassen will, dann muss er eben die Zeit, die dieses Verfahren in Anspruch nimmt, bezahlen. Aber dann ist das halt so.

RA Krikor Seebacher

Arbeitnehmerschutz vor Kapitalinteressen

EuGH bestätigt in zwei Urteilen vom 08.12.2020 (C-620/18; C-626/18) Reform der Arbeitnehmerentsenderichtlinie und weist Klagen von Ungarn und Polen ab

im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen sowie faire und funktionierende Wettbewerbsbedingungen geschaffen werden.

Deutschland ist Spitzenreiter in der EU, wenn es um den Einsatz von Arbeitskräften aus dem EU-Ausland geht. Über 400.000 jährlich waren es nach einer Statistik, die das EU-Parlament für das Jahr 2016 veröffentlichte. Das EU-Land, aus welchem die meisten entsandten Arbeitnehmer stammen hingegen, ist Polen (über 500.000).

Arbeitnehmerentsenderichtlinie der EU

Durch die „Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen“ (sog. Arbeitnehmerentsenderichtlinie) sollten angemessene Mindestarbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig

Nachbesserung der Richtlinie 2018

2018 wurde bei Lohn- und Sozialstandards für entsandte Arbeitnehmer*innen in der Europäischen Union nachgebessert, um diese vor Ausbeutung besser zu schützen. Ein wesentlicher Punkt der Änderungsrichtlinie 2018/957 war, dass entsandte Arbeitnehmer*innen i. d. R. in den Genuss der gleichen Vorschriften über Entlohnungs- und Arbeitsbedingungen kommen sollen, wie lokale Arbeitnehmer*innen.

Zuvor waren Arbeitgeber nur verpflichtet, Entsandten den im Aufnahmemitgliedstaat geltenden Mindestlohn zu zahlen. Diese erhielten daher für dieselbe Arbeit oftmals ein signifikant geringeres Entgelt. Auch

wurde der gängigen Praxis, den entsandten Arbeitnehmer*innen (zum Teil völlig überhöhte) Kosten für Unterkunft, Reisekosten oder Verpflegung aufzuerlegen bzw. mit deren Lohn zu verrechnen, ein Riegel vorge-schoben.

Bereits 2016 war mit einer Überarbeitung der Entsenderichtlinie begonnen worden. Die Änderungs-vorschläge waren Inhalt sehr kontroverser Diskussio-nen. Insbesondere Mitgliedstaaten mit einem geringe-ren Lohnniveau, die deutlich mehr Arbeitnehmer*innen in andere EU-Mitgliedstaaten entsenden, als empfan-gen (u.a. Bulgarien, die Tschechische Republik, die Slowakei, Estland, Ungarn, Lettland, Litauen, Polen und Rumänien) intervenierten. Sie hatten Bedenken, dass durch den Grundsatz des „gleichen Entgelts für gleiche Arbeit am gleichen Ort“ möglicherweise Hindernisse auf dem Binnenmarkt entstehen könnten, da nach ihrer Auffassung Entlohnungsunterschiede ein legitimer Wettbewerbsfaktor für Dienstleistungserbringer seien. Sie vertraten die Meinung, dass entsandte Arbeitneh-mer*innen für die Zwecke der sozialen Sicherheit weiterhin den Rechtsvorschriften des ent-sendenden Mitgliedstaats unter-liegen sollten.

Nach komplexen Verhandlungen wurde eine Änderung der Richtli-nie am 28. Juni 2018 gegen die Stimmen Polens und Ungarns und bei Enthaltung Kroatiens, Litauens, Lettlands und des Vereinigten Königreichs angenommen. Eine Frist für die Umsetzung wurde bis zum 30.07.2020 gesetzt.

Arbeitnehmer-Entsendegesetz zum 30.07.2020 ange-passt

Der deutsche Gesetzgeber hat die Änderungen der Richtlinie durch entsprechende Anpassungen im Arbeit-nehmer-Entsendegesetz (AEntG) zum 30.07.2020 (also gerade noch innerhalb der Frist) umgesetzt.

Klagen von Polen und Ungarn

Polen und Ungarn jedoch waren jedoch nicht gewillt, den auf europäischer Ebene (gegen ihre Stimmen) ge-fundenen Minimalkonsens zu akzeptieren. Beide Län-der reichten Klagen beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) ein, mit dem Ziel, die Änderungen der

Entsenderichtlinie komplett oder zumindest in Teilen für nichtig zu erklären zu lassen.

Ungarn und Polen machen u.a. geltend, die Än-derung der Richtlinie beeinträchtige die Dienstleistungs-freiheit, sie stelle einen unmittelbaren Eingriff in die Wirtschaftsbeziehungen dar und beseitige den rechtmä-ßigen Wettbewerbsvorteil von Mitgliedstaaten, in denen das Lohnniveau niedriger sei. Außerdem würden aus-ländische Dienstleistungserbringer gegenüber im Auf-nahmemitgliedstaat ansässigen Dienstleistern benach-teiligt, weil sie sowohl die Regelungen ihres Herkunfts-mitgliedstaats als auch die des Aufnahmemitgliedstaats beachten müssten. Der Unionsgesetzgeber habe damit eine Maßnahme eingeführt, die eine Verfälschung des Wettbewerbs bewirke.

Die Änderungs-RL diene auch nicht der Gleich-behandlung von lokalen und entsandten Arbeitneh-mern, weil der Mindestlohn des Einsatzlandes zwar für lokale Arbeitnehmer als ausreichend angesehen werde, nicht aber für die entsandten Arbeitnehmer. Entsandte

Andere über uns:

Das **JUVE Handbuch 2020/2021** führt uns (wieder) auf der Liste der „*Besonders empfohlenen Kanzleien für die Beratung von Be-triebsräten, Gewerkschaften und Arbeitnehmern*“

Arbeitnehmer würden daher ggf. sogar besser gestellt. Entsandte Arbeitnehmer seien auch nicht vergleichbar mit lokalen Arbeitnehmern, weil sie in Arbeitsmarkt und Gesellschaft des Aufnahmestaates nicht wirklich inte-griert seien. Die diesen Arbeitnehmern gezahlte Entloh-nung müsse es ihnen daher (nur) ermöglichen, die Le-benshaltungskosten im Wohnsitzstaat zu decken.

Außerdem müsse jeder Mitgliedstaat die von ei-nem anderen Mitgliedstaat im Einklang mit dem Unions-recht angewandten Beschäftigungsbedingungen aner-kennen, da der Schutz der Rechte der entsandten Ar-beitnehmer durch das Recht des Herkunftsmitglied-staats ausreichend gewährleistet sei.

Entscheidungen des EuGH

Der EuGH hat dieser Argumentation nun am 08.12.2020 (C-620/18; C-626/18) eine klare Absage er-teilt: Die angefochtene Richtlinie ziele sowohl darauf ab, einen „*wirklich integrierten und wettbewerbsorientierten*

Binnenmarkt“ zu schaffen als auch darauf, durch die einheitliche Anwendung von Vorschriften über Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen eine „echte soziale Konvergenz“ zu erreichen. Die Änderung führte damit nicht zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung von Dienstleistungserbringern je nach dem Mitgliedstaat ihres Sitzes.

Die Änderungen führten nicht zur Anwendung aller Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Aufnahmemitgliedstaats, sie gingen nicht über das hinaus, was zur Erreichung des Ziels der angefochtenen Richtlinie, nämlich den freien Dienstleistungsverkehr auf einer fairen Grundlage sicherzustellen und den entsandten Arbeitnehmern einen besseren Schutz zu bieten, erforderlich ist.

Sozialversicherungsbeiträge 2021	
	Beitragssatz
Krankenversicherung	
• allgemeiner Beitragssatz	14,60 %
• ermäßigter Beitragssatz	14,00 %
• durchschnittlicher Zusatzbeitrag	1,30 %
• kassenindividueller Zusatzbeitrag	je nach Kasse
Pflegeversicherung	3,05 %
- Zusatzbeitrag	0,25 %
Rentenversicherung	18,60 %
Arbeitslosenversicherung	2,40 %

Die angefochtene Richtlinie erweitert zwar den Bereich der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die für entsandte Arbeitnehmer gelten, doch bewirke sie nicht, dass jeder auf den Kosten beruhende Wettbewerb verboten ist, insbesondere nicht der, der sich aus Unterschieden in der Produktivität oder Effizienz dieser Arbeitnehmer ergibt. Die Richtlinie solle den freien Dienstleistungsverkehr auf einer fairen Grundlage wahren, indem sie den Schutz der entsandten Arbeitnehmer*innen insbesondere dadurch sicherstelle, dass auf sie alle Entlohnungsbestandteile des Einsatzlandes Anwendung finden.

Was die Situation entsandter Arbeitnehmer*innen angeht, sei diese zwar dadurch gekennzeichnet, dass ihr Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat vorübergehend ist, jedoch durfte es der Unionsgesetzgeber für erforderlich halten, dass diese während dieses Zeitraums eine nach den Vorschriften des Aufnahmemitgliedstaats festgelegte Entlohnung erhalten, um die Lebenshaltungskosten in diesem Mitgliedstaat zu decken und eben nicht eine Entlohnung, die es ihnen (nur) ermöglicht, den Lebensunterhalt im Heimatland zu bestreiten.

Entscheidungen zugunsten der Menschen

Die beiden Entscheidungen des EuGH sind ausdrücklich zu begrüßen. Sie sind zwar kein Allheilmittel gegen die Ausbeutung ausländischer Arbeitskräfte, deren Einsatz vielfach an den Regelungen der Entsenderichtlinie bzw. des AEntG „vorbei“ erfolgt (wie z.B. in der Fleischindustrie, vgl. Beitrag in sfm-aktuell 1. Halbjahr 2020). Sie setzen aber ein klares Zeichen. Zum einen verbessern sie den Schutz der entsandten Arbeitnehmer*innen vor Ausbeutung. Sie tragen aber mittelbar auch dazu bei, den Abbau und Arbeits- und Sozialstandards in den Aufnahmemitgliedsstaaten und so eine „Negativ-Spirale“ zu verhindern. Häufig wurde ja – gerade auch von deutschen Unternehmen – damit argumentiert, die Einschränkung von Arbeitnehmerrechten sei erforderlich, um im europäischen Kontext wettbewerbsfähig zu sein.

Die beiden Entscheidungen sind zudem auch ein deutliches Zeichen, dass die Mitgliedschaft in der EU daran gebunden ist, auch deren Rechtsvorschriften zu akzeptieren und dass dies für alle Mitgliedsstaaten gilt. Gerade die beiden Klägerstaaten haben ja in letzter Zeit immer wieder hinreichend Anlass zur Vermutung gegeben, dass diese Botschaft dort nicht hinreichend angekommen ist. Dieser Eindruck wird auch nochmal bestätigt durch ein weiteres ganz aktuelles Urteil des EuGH (Urteil vom 17.12.2020, Az. C-808/18) betreffend die – gegen EU-Recht verstoßenden - ungarischen Asylregelungen.

RAin Barbara Renkl

Der kleine Alltagshelfer für den Betriebsrat

– Bearbeitungshinweis für alltäglich auftretende Themen –

5. Überstunden, § 87 Abs. 1 Ziff. 3 BetrVG [update 15.12.2020]

Will der Arbeitgeber Überstunden anordnen oder auch nur wissentlich entgegennehmen ohne dass dies womöglich in einer Betriebsvereinbarung vorab genehmigt ist, so hat er den Betriebsrat zuvor um Zustimmung zu bitten. **Solange keine Zustimmung vorliegt, darf der Arbeitgeber Überstunden nicht anordnen oder entgegennehmen.** Er muss die **Einigungsstelle** anrufen

und sich dort die nicht erteilte Zustimmung ersetzen lassen.

Im Gegensatz zu § 99 BetrVG sieht § 87 BetrVG **nicht** vor, dass die Zustimmung als erteilt gilt, wenn der Betriebsrat innerhalb einer bestimmten **Frist** nicht reagiert (keine Zustimmungsfiktion) und er sieht auch **nicht** vor, dass der Betriebsrat eine spezifische **Begründung** für die

Verweigerung oder Nichterteilung der Zustimmung haben muss.

Da in aller Regel die Zeitspanne für die Durchführung des korrekten Verfahrens für den Arbeitgeber zu kurz ist, bleibt ihm Nichts anderes übrig, als entweder mit dem Betriebsrat eine Einigung zu erzielen und dabei ggf. Wünschen des Betriebsrats entgegenzukommen oder die Überstunden nicht auszuführen oder aber sehenden Auges einen Rechtsverstoß zu begehen.

Ablauf Zustimmungsverfahren zu Überstunden

Variante 1:

- (1) Arbeitgeber beantragt bei Betriebsrat
- (2) Betriebsrat stimmt zu
- (3) Arbeitgeber darf durchführen

Variante 2:

- (1) Arbeitgeber beantragt bei Betriebsrat
- (2) Betriebsrat stimmt nicht zu (schweigt oder sagt nein)
- (3) Arbeitgeber ruft die Einigungsstelle an
- (4) Betriebsrat ist mit Einigungsstelle einverstanden und beide einigen sich auf Besetzung
- (5) Einigungsstelle tagt und entscheidet
- (6) Arbeitgeber darf je nach Entscheidung der Einigungsstelle durchführen oder nicht

Variante 3:

- (1) Arbeitgeber beantragt bei Betriebsrat
- (2) Betriebsrat stimmt nicht zu (schweigt oder sagt nein)
- (3) Arbeitgeber ruft die Einigungsstelle an
- (4) Betriebsrat ist mit NICHT Einigungsstelle einverstanden oder beide einigen sich NICHT auf Besetzung
- (5) Arbeitgeber leitet ein Einsetzungsverfahren nach § 100 ArbGG ein
- (6) Gericht entscheidet über Einsetzung der Einigungsstelle
- (7) Betriebsrat geht in Beschwerde (kann)
- (8) Landesarbeitsgericht entscheidet (kann)
- (9) Einigungsstelle tagt und entscheidet
- (10) Arbeitgeber darf je nach Entscheidung der Einigungsstelle durchführen oder nicht

Verhinderung von Rechtsverstößen

Sind hier für den Betriebsrat Indizien erkennbar, dass der Arbeitgeber, obwohl keine Zustimmung vorliegt, gleichwohl die Überstunden anordnen oder entgegennehmen möchte, so kann der Betriebsrat beim Arbeitsgericht eine **einstweilige Verfügung auf Unterlassung** beantragen. Zu beachten ist, dass das BAG in einer Entscheidung dieses Jahr (Beschluss vom 28.07.2020 – 1 ABR 18/19) hinsichtlich „geduldeter“ Überstunden gnädig mit der Arbeitgeberseite war. Hier sollte man Vorwarnungen und/oder positive Kenntnis der Verantwortlichen dokumentieren.

Stellt der Betriebsrat im Nachhinein fest, dass hier in rechtswidriger Art und Weise Überstunden angeordnet oder entgegengenommen wurden, so kann er beim Arbeitsgericht ein Verfahren einleiten, mit welchem

dem **Arbeitgeber für die Zukunft aufgegeben wird, dies unter Androhung von Ordnungsgeld zu unterlassen.** Somit mag der Arbeitgeber im Einzelfall seinen Willen auch auf rechtswidrige Art und Weise durchsetzen, bei einer stringenten, mittelfristig angelegten Gegenwehr des Betriebsrats werden diese erzieherischen Maßnahmen

jedoch früher oder später Wirkung zeitigen.

Will man sich als Betriebsrat jedoch diesem „Häuserkampf“ nicht stellen, so bietet es sich an, mit dem Arbeitgeber eine **Betriebsvereinbarung** abzuschließen, in welcher Modalitäten geregelt sind, bei deren Einhaltung Überstunden ohne Beteiligung

des Betriebsrat im Einzelfall zulässig sind. Ein (völliger) Verzicht auf die diesbezüglichen Mitbestimmungsrechte (z. B. durch Übertragung der alleinigen Entscheidungsgewalt auf den Arbeitgeber ohne feste Kriterien) ist übrigens unzulässig und damit unwirksam.

Michael Fleischmann, RA

Corona-Impfung und Arbeitsrecht

Die Verfügbarkeit eines Impfstoffes gegen Corona wirft in vielen Betrieben neue arbeitsrechtliche Fragen auf. Hier eine Zusammenstellung von Fragen und Antworten:

1. Gibt es in Deutschland eine Impfpflicht? Muss ich mich impfen lassen?

Es gibt keine gesetzliche Pflicht, sich gegen Corona impfen zu lassen. Die Bundesregierung hat auch erklärt, dass es keine solche Pflicht geben wird.

Ob eine gesetzliche Impfpflicht zum gegenwärtigen Zeitpunkt verfassungskonform wäre, wird kontrovers diskutiert. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht am 11.5.2020 – 1 BvR 469/20, 1 BvR 470/20 in zwei Eilverfahren die Regelungen des Infektionsschutzgesetzes zum Nachweis einer Masernschutzimpfung nicht beanstandet. Die Lage ist jedoch mit einer allgemeinen Impfpflicht gegen das Corona-Virus nicht zu vergleichen.

2. Darf mich mein Arbeitgeber freistellen, wenn ich mich nicht impfen lasse?

Enthält der Arbeitsvertrag keine (wirksame) Freistellungsklausel, besteht grundsätzlich ein Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung.

Anders wäre dies nach h.M. nur, wenn der Arbeitgeber für eine Freistellung ein überwiegendes berechtigtes Interesse nachweisen könnte (vgl. BAG vom 27.02.1985 - GS 1/84). Das könnte der Fall sein, wenn es Anzeichen dafür gibt, dass von einem Beschäftigten eine konkrete erhöhte Ansteckungsgefahr ausgeht,

z.B. bei Auftreten von Krankheitssymptomen, oder wenn dies zur Herstellung ausreichender Abstände (z.B. in Großraumbüros) erforderlich ist. Bei (nur) fehlender Impfung wird man ein überwiegendes berechtigtes Interesse regelmäßig nicht annehmen können. Stellt der Arbeitgeber frei, gerät er in Annahmeverzug (§ 615 BGB) und muss daher den Lohn weiter bezahlen.

3. Muss mich mein Arbeitgeber für die Zeit freistellen, in der ich mich impfen lasse?

Erbringt der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht, gilt zunächst der Grundsatz „kein Lohn ohne Arbeit“. Der Arbeitnehmer behält allerdings seinen Vergütungsanspruch, wenn er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird, § 616 S. 1 BGB. Ein solcher persönlicher Hinderungsgrund des Arbeitnehmers können grds. auch Arztbesuche sein, wenn und soweit dem Arbeitnehmer der Arztbesuch außerhalb der Arbeitszeit nicht möglich und zumutbar ist (vgl. z.B. BAG 27.6.1990 – 5 AZR 365/89, BeckOK ArbR § 616 BGB Rn. 28 m.w.N.). Bei der Durchführung einer Impfung wird es auf die Umstände des Einzelfalls ankommen (Verfügbarkeit von Terminen, Arbeitszeiten etc.). Zu

beachten ist, dass § 616 BGB abdingbar ist und insbesondere Tarifverträge oftmals abweichende Regelungen beinhalten. Wenn die Impfung auf Wunsch des Arbeitgebers geschieht, wird er im Regelfall seine Mitarbeiter hierfür freistellen.

4. Kann mein Arbeitgeber verlangen, dass ich mich impfen lasse?

Nein, nach wohl ganz überwiegender Meinung dürfen Arbeitgeber das nicht. Die Anordnung von Impfungen ist nicht vom Direktionsrecht nach § 106 GewO gedeckt (so Kiesche/Kohte, Arbeits- und Gesundheitsschutz in Zeiten von Corona, 1. Auflage 2020, Kapitel 8 Ziffer 12, ebenso Tödtmann/v. Bockelmann, Arbeitsrecht in Not- und Krisenzeiten, 1. Auflage 2020, B. Rn. 98). Das Direktionsrecht des Arbeitgebers wird begrenzt durch das Recht des Beschäftigten auf körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Eine Mindermeinung hält eine *arbeitsvertragliche Nebenpflicht, sich impfen zu lassen*“ jedenfalls nicht für ausgeschlossen und will dies abhängig machen von den möglichen Nebenwirkungen/Risiken einer Impfung einerseits und der Gefährlichkeit des Coronavirus andererseits (vgl. Stück, Corona Covid-19 und Compliance, CCZ 2020, 205 m.w.N.) Rechtsprechung dazu gibt es bisher nicht.

5. Darf der Arbeitgeber Auskunft über den Impfstatus verlangen?

Ein Fragerecht hat der Arbeitgeber nur, wenn und soweit er ein berechtigtes, schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung seiner Frage für das Arbeitsverhältnis hat. Das Fragerecht ist insbesondere auch an § 9 DSGVO iVm § 26 Abs. 3 BDSG zu messen, wenn es um Gesundheitsdaten geht.

Eine Verarbeitung ist dann zulässig, wenn sie zur Erfüllung arbeitsrechtlicher Pflichten oder zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis erforderlich ist. § 23 a IfSG enthält hier eine Sonderregelung, welche § 26 BDSG weiter konkretisiert. Hiernach darf der Arbeitgeber Daten zum Impf- und Serostatus erfragen und verarbeiten, um bei Mitarbeitern von bestimmten Einrichtungen (insbesondere Krankenhäusern, Arztpraxen etc.) über die Art und Weise einer Beschäftigung zu entscheiden. Die Erhebung des Impf- bzw. Serostatus ist allerdings nur dann rechtmäßig, wenn

diese nach dem Stand der Medizin auch entsprechende aussagekräftige Ergebnisse in Bezug auf die Entscheidungsfindung liefern können. Sofern (z.B. bei neuartigen Krankheitserregern) keine Aussagen in Bezug auf eine vorhandene Immunität oder Infektiosität möglich sind, darf eine entsprechende Datenverarbeitung nicht erfolgen (vgl. Aligbe, Einstellungs- und Eignungsuntersuchungen, 2. Auflage 2021, Rn. 115 d). Letzteres wird derzeit wohl auch auf Covid-19 zutreffen.

6. Wenn ich nach dem Arbeitsvertrag verpflichtet bin, ins Ausland zu reisen und das Land, in das ich reisen will (oder die Fluglinie, mit der ich reisen muss) verlangt einen Impfnachweis: Muss ich mich dann impfen lassen?

Nein, grds. besteht keine Verpflichtung, sich impfen zu lassen (siehe oben 4.). Allerdings stellt sich die Frage nach den sich hieraus ergebenden Folgen. Wenn der Arbeitnehmer auf Dienstreise geschickt wird, bei der eine Impfung vorausgesetzt wird und er nicht geimpft, kann er diese Tätigkeit nicht ausführen. Er kommt nicht an den Einsatzort, die Erbringung der Arbeitsleistung wird aus persönlichen Gründen unmöglich. Dann könnte sich die Frage nach einer personenbedingten Kündigung stellen. Das ist vorstellbar, wenn es keine andere Möglichkeit gibt, den Arbeitnehmer auf Dauer vertragsgemäß zu beschäftigen. Hier könnten Parallelen bestehen zu Konstellationen, in welchen Mitarbeitern ein für vertraglich geschuldete Dienstreisen erforderliches Visum fehlt. Fälle aus der Rechtsprechung hierzu gibt es jedoch – soweit ersichtlich – bisher noch nicht.

7. Angenommen, die Bundesregierung empfiehlt, sich impfen zu lassen, ich entscheide mich bewusst gegen eine Impfung, erkrankte an Corona und muss deswegen in Quarantäne. Erhalte ich dann die Entschädigung nach dem Infektionsschutzgesetz?

Nach § 56 Abs. 1 S. 3 IfSG besteht kein Entschädigungsanspruch nach IfSG, wenn eine Schutzimpfung oder eine andere Maßnahme der spezifischen Prophylaxe, durch die ein Tätigkeitsverbot bzw. eine Quaran-

täne hätte vermieden werden können, vom Betroffenen trotz gesetzlicher Pflicht bzw. öffentlicher Empfehlung nicht vorgenommen wurde.

In Deutschland werden Impfungen von den obersten Gesundheitsbehörden der Länder auf Grundlage der STIKO-Empfehlungen entsprechend § 20 Abs. 3 IfSG ggf. „öffentlich empfohlen“. Nach einer entsprechenden Bekanntmachung des Bay. Gesundheitsministeriums vom 24.09.2013 (zuletzt geändert am 28.10.2020) werden in Bayern alle Impfungen, die die STIKO empfiehlt, öffentlich empfohlen.

Die STIKO hat aktuell eine Empfehlung betreffend die Impfung gegen Covid-19 beschlossen (die Empfehlung tritt in Kraft, sobald ein erster Impfstoff zum Schutz vor COVID-19 zugelassen und verfügbar ist.).

Allerdings empfiehlt sie ein stufenweises Vorgehen (Priorisierungsempfehlung, sechs Stufen). In der

1. Stufe sollen zunächst Menschen über 80 Jahren und Bewohner von Senioren- und Altenpflegeheimen sowie Personal in medizinischen Einrichtungen mit besonders hohem Expositionsrisiko bzw. mit engem Kontakt zu vulnerablen Gruppen und Pflegepersonal in der ambulanten und stationären Altenpflege geimpft werden (Mitteilung der STIKO am RKI, Beschluss für die Empfehlung der COVID-19-Impfung und die dazugehörige wissenschaftliche Begründung 2/2021, online vorab).

Der Ausschluss einer Entschädigung bei Quarantäne gem. § 56 Abs. 1 S. 3 IfSG wird (erst) in Betracht kommen, wenn auch eine tatsächliche Möglichkeit besteht, sich impfen zu lassen. Die STIKO hat bereits angekündigt, ihre Impfeempfehlung regelmäßig anzupassen.

*K. Seebacher, RA
B. Renkl, RAin*

Friss´ oder stirb?

ArbG Stuttgart (Urteil vom 22.10.2020, 11 Ca 2950/20) bejaht fälschlich außerordentliche Änderungskündigung zur Einführung von Kurzarbeit

Kurzarbeit war – jedenfalls was den Bereich des Arbeitsrechts anbelangt - eines der zentralen Themen der letzten neun Monate. Der Gesetzgeber hat die Einführung von Kurzarbeit durch neue Regelungen rückwirkend zum 01.03.2020 deutlich erleichtert. Viele Unternehmen haben aufgrund oder anlässlich der Corona-Pandemie auf dieses Instrument zugegriffen, um Kosten zu sparen. Für viele Arbeitnehmer hingegen bedeutet die Einführung von Kurzarbeit einschneidende Gehaltsverzichte. Gerade für Beschäftigte mit niedrigem Einkommen kann sie existenzbedrohend sein.

Keine einseitige Einführung ohne Betriebsrat / Gewerkschaft

Der Arbeitgeber kann jedoch Kurzarbeit nicht einfach einseitig einführen, die Einführung bedarf vielmehr einer Rechtsgrundlage. In Betracht kommen hier in erster Linie Regelungen in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen.

Ist der Arbeitgeber nicht tarifgebunden und/oder existiert kein Betriebsrat, bleibt nur eine Regelung mit den einzelnen Arbeitnehmern auf arbeitsvertraglicher Grundlage. Ist der Arbeitnehmer mit einer entsprechenden arbeitsvertraglichen Vereinbarung nicht einverstanden, war es für den Arbeitgeber bisher kaum möglich, den Arbeitnehmer in Kurzarbeit zu schicken. Verträge sind nämlich einzuhalten. Die (einzige) Möglichkeit eine Arbeitsvertragsänderung einseitig herbeizuführen, ist für den Arbeitgeber der Ausspruch einer Änderungskündigung, bei der aber Kündigungsfristen zu beachten sind. Selbst Arbeitgebervertreter räumten allerdings dieser Möglichkeit bisher in der Praxis kaum realistische Chancen ein (auch wenn zuletzt vermehrt Vorstöße in diese Richtung gab): Zu langen Kündigungsfristen, zu hohe Anforderungen an den Kündigungsgrund. Zwar hat das Bundesarbeitsgericht bereits 1994 (BAG vom 27.1.1994, 2 AZR 546/17) ausgeführt, dass eine Änderungskündigung zur Einführung von Kurzarbeit grds. in Betracht komme, sich aber zu einer fristlosen Änderungskündigung in diesem Zusammenhang nicht geäußert. Grundsätzlich hat das BAG z. B. eine Änderungskündigung zum

Zwecke der Entgeltkürzung nur in Ausnahmefällen und als letztes Mittel für zulässig erachtet, wenn ansonsten betrieblich nicht mehr auffangbare Verluste entstehen, die absehbar zu einer Reduzierung der Belegschaft oder sogar zu einer Schließung des Betriebs führen (vgl. z.B. BAG vom 20.10.2017 - 2 AZR 783/16). Bei Zugrundelegung dieser Rechtsprechung schien eine Situation, welche dazu führen kann, dass zusätzlich auch noch die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar ist, kaum vorstellbar.

Kündigungsfristen nur wenn's gefällt?

Anders hat dies allerdings nunmehr eine Kammer des Arbeitsgerichts Stuttgart gesehen. Mit Urteil vom 22.10.2020 - 11 Ca 2950/20, hat es entschieden, dass Kurzarbeit grds. auch durch eine außerordentliche Änderungskündigung nach § 626 BGB wirksam angeordnet werden kann. Im entschiedenen Fall hat es argumentiert, die Einhaltung von Kündigungsfristen sei den Arbeitgebern bei Einführung der Kurzarbeit aufgrund drohenden Zeitablaufs nicht zumutbar. Auf das Vorliegen einer den Bestand des Unternehmens gefährdenden Situation, insbesondere einer drohenden Insolvenz des Arbeitgebers, und einen Sanierungsplan hat das Arbeitsgericht bewusst verzichtet. Eine Änderungskündigung zur Durchsetzung von Kurzarbeit greife – anders als eine Änderungskündigung zur Gehaltskürzung - gerade nicht in das gegenseitige Austauschverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ein, da Gehalt und Arbeitspflicht gleichermaßen reduziert würden und die Kurzarbeit im Gegensatz zur reinen Entgeltreduzierung nicht auf Dauer angelegt sei. Den Arbeitnehmer*innen mehr zu nehmen geht also einfacher als weniger?

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung hat es das Gericht für ausreichend erachtet, dass der Arbeitgeber die Änderungskündigung nicht „fristlos“, also von einem Tag auf den anderen, ausspricht, sondern eine „gewisse Ankündigungsfrist“ einhält, die

Ausblick...

EuGH 2021 - Anstehende Entscheidungen über Vorlagen aus Deutschland

- ❖ Internationale Zuständigkeit deutscher Arbeitsgerichte, BAG vom 24.6.2020, 5 AZR 55/19 (A)
- ❖ Aufklärung Langzeiterkrankter / voll Erwerbsgeminderter über Urlaub, BAG vom 07.07.2020 – 9 AZR 245/19 (A) und 401/19 (A)
- ❖ Diskriminierung Teilzeitbeschäftigter bei Zuschlägen BAG vom 11.11.2020 – 10 AZR 185/20 (A)
- ❖ Mitbestimmung in SE (Societas Europaea), BAG vom 18.08.2020 - 1 ABR 43/18 (A)
- ❖ Sonderkündigungsschutz von Datenschutzbeauftragten, BAG vom 30.07.2020 – 2 AZR 225/20 (A)
- ❖ Verjährung von Urlaubsansprüchen nach unterlassener Mitwirkung des Arbeitgebers, BAG vom 29.09.2020 – 2 AZR 266/20 (A)
- ❖ Unterschiedlich hohe Zuschläge für regelmäßige und unregelmäßige Nachtarbeit, BAG vom 09.12.2020 - 10 AZR 332/20 (A)
- ❖ Unterschreiten von Equal Pay durch TV, BAG vom 16.12.2020 - 5 AZR 143/19 (A)

Kurzarbeit zeitlich beschränkt ist und der Arbeitgeber zuvor (vergeblich) versucht hat, die Kurzarbeit durch einvernehmliche Regelung einzuführen.

Entscheidung rechtlich nicht haltbar

Die Entscheidung des Arbeitsgerichts ist nicht nur politisch, sondern auch dogmatisch verfehlt. Eine außerordentliche Änderungskündigung soll keiner so strengen Anforderungen bedürfen, weil neben Vergütung auch noch die Arbeitspflicht reduziert wird? Man darf als Arbeitgeber vertragliche Regelungen und Kündigungsfristen durchbrechen, weil es befristet ist? Man darf das, weil der Arbeitnehmer vorher gefragt wurde und uneinsichtig einer Gehaltskürzung nicht zustimmen wollte?

Ist das vielleicht auch ein neuer Lösungsansatz bei den unsäglichen Streitigkeiten, bei welchen Arbeitnehmer*innen ihren (gesetzlichen!) Anspruch auf Teilzeit erfolglos geltend machen? Eine außerordentliche „Änderungskündigung“ gegenüber dem Arbeitgeber zur (befristeten) Kürzung der Arbeitszeit? Dürfte doch kein Problem sein, es wird schließlich auch gleichzeitig die Pflicht des Arbeitgebers zur Gehaltszahlung reduziert. Und gefragt wurde der Arbeitgeber zuvor auch, er wollte nur nicht.

... und Rausblick

oder: sfm schreibt (auch)auswärts

Krikor R. Seebacher bespricht unter dem Titel „Vertrauensarbeitszeit endgültig im Aus“ im September-Heft der „Arbeitsrecht im Betrieb“ 9/2020 die Entscheidung des EuGH vom 14.5.2019 – C-55/18 und die diesem folgende Entscheidung des Arbeitsgerichts Emden vom 20.02.2020 - 2 Ca 94/19). Im gleichen Heft befasst er sich zusammen mit unserem Kölner Kooperationspartner **Jörg Towara** mit dem „Betriebsrat in Kurzarbeit“. Schließlich setzt er sich mit der „Pflicht des Betriebsrats zur vertrauensvollen Zuarbeit“ zusammen mit Helm in ArbRAktuell 2019, 504 auseinander.

In der November-Ausgabe der „Computer und Arbeit“ beantwortet dann **Michael Fleischmann** „5 Fragen zum Verwertungsverbot“.

Angekündigt noch für Dezember ist das Erscheinen des Nomos-(Groß-)Kommentars zu Arbeits- und Sozialstrafrecht. Hier werden Beiträge von **Krikor R. Seebacher**, **Andreas Müller** (JArbSchG), **Barbara Renkl** (MuSchG, BEEG, FPfZG) und **Michael Fleischmann** (BetrAVG, AltTZG) zu finden sein. Ebenfalls angekündigt für Dezember ist „Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten – Betriebsänderung“ des Verlags Fachmedien Recht und Wirtschaft, bei der **Michael Fleischmann** ein Kapitel zum Begriff der Betriebsänderung aus Arbeitnehmersicht beisteuert.

lich relativierten und bedauerten) Vorschlag des Deutschen Anwaltvereins vom 24.3.2020, eine Regelung einzuführen, dass in Betrieben ohne betriebliche Interessenvertretung die individuelle Zustimmung zur Einführung und Durchführung von Kurzarbeit in dem beantragten Umfang als erteilt gilt, wenn mindestens 66 % der in der jeweiligen Betriebsabteilung Beschäftigten individuell der Kurzarbeit zugestimmt haben und begrüßt eine solche. (Wir haben hierzu berichtet und deutlich Stellung bezogen, vgl. sfm-aktuell 1. Halbjahr 2020 und in diesem Heft S. 7).

Arbeitgeberwünsche sind noch keine gesetzgeberische Intention

Eines allerdings verkennt insbesondere auch das Arbeitsgericht Stuttgart: Der Gesetzgeber hat trotz der unbestreitbaren Intention, Kurzarbeit zu fördern – allen diesbezüglichen

Dogmatisch daneben? Wohl in der Tat. Auch und gerade wenn es um die Einführung von Kurzarbeit geht.

Argumentative Vorlage

Die Argumentation des Arbeitsgerichts Stuttgart liest sich, als sei sie einem Aufsatz des Kollegen Dr. Jobst-Hubertus Bauer (Bauer/ Günther NZA 2020, 419) entnommen. Dort kann man neben rechtlich-dogmatischen Argumenten auch die dahinter stehende politische Intention nachlesen. Es gebe einen „klaren gesellschaftlichen Konsens“, in der Krise Kurzarbeit zu fördern, deshalb dürfe die Rechtsprechung an eine Änderungskündigung zur Durchsetzung von Kurzarbeit keine so hohen Ansprüche stellen. Eine andere Auffassung widerspräche der gesetzgeberischen Intention, durch Kurzarbeit den Bestand von Arbeitsplätzen zu sichern. Der Gesetzgeber habe bewusst Erleichterungen beim Bezug von Kurzarbeitergeld geschaffen. Der Aufsatz nimmt auch Bezug auf den (zwischenzeit-

lichen Bestrebungen aus dem Arbeitgeberlager zum Trotz- gerade keine entsprechende Regelung auf den Weg gebracht, die eine einseitige Durchsetzung von Kurzarbeit erleichtert. Der Gesetzgeber ist vielmehr dabei geblieben, die Vereinbarung von Kurzarbeit in die Hände der Tarif- bzw. Betriebsparteien zu legen, da er davon ausgegangen ist, dass (nur) hier ein Ausgleich der widerstreitenden Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen (z.B. durch Kündigungsverzicht, Aufstockungsleistungen) gewährleistet wird. Dies hat die Rechtsprechung zu akzeptieren und nicht quasi „durch die Hintertür“ – entgegen einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers- Erleichterungen für die einseitige Einführung von Kurzarbeit zu schaffen.

Kurz: Eine rechtlich falsche, politisch motivierte Entscheidung. Es bleibt insofern zu hoffen, dass die Entscheidung des ArbG Stuttgart ein „Ausreißer“ bleibt.

Barbara Renkl, RAin

Frisch am Tisch:

**LAG Hessen, Beschluss vom
14.09.2020 – 16 TaBVGa 127/20**

Kein Abbruch der Betriebsratswahl

Das LAG bestätigt grundsätzlich die Auffassung des BAG, wonach ein gerichtlich angeordneter Abbruch einer Betriebsratswahl nur in Betracht kommt, wenn die Wahl voraussichtlich nichtig wäre, also nicht lediglich anfechtbar. Es präzisiert dann: Die Verkennung des Betriebsbegriffs führt nur zur Anfechtbarkeit, außer in einem Verfahren nach § 18 II BetrVG wurde verbindlich der Betriebsbegriff geklärt. Feststellungen zum Betriebsbegriff in einem vorangegangenen Wahlanfechtungsverfahren genügen nicht.

+++

**LAG Mecklenburg-Vorpommern vom
11.08.2020 – 5 SaGa 3/20**

Keine Überprüfung von AUB durch Untersuchungen nach § 3 V 1 TV-L

Eine amtsärztliche Untersuchung nach § 3 V 1 TV-L dient nicht dazu, die Berechtigung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zu überprüfen

oder eine Prognose über künftige Arbeitsunfähigkeitszeiten einzuholen.

+++

BAG vom 28.07.2020 – 1 ABR 5/19 Verhinderung eines freigestellten BR-Mitglieds – Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung wird zur Ampflichtunfähigkeitsbescheinigung

Die Arbeitsunfähigkeit eines nicht (voll) freigestellten Betriebsratsmitglieds stellt nicht notwendigerweise eine Verhinderung dar. Es kann Fälle geben, in denen die Erkrankung den Arbeitnehmer zwar außerstande setzt, seine Arbeitspflichten zu erfüllen, nicht aber sein Betriebsratsamt wahrzunehmen, so bereits bisher die herrschende Meinung. Wenn aber ein nach § 38 Abs. 1 BetrVG freigestelltes Betriebsratsmitglied vom Arzt Arbeitsunfähigkeit attestiert bekommt, bezieht sich die Unmöglichkeit auf die Ampflichten, so das BAG. Er kann sich also gar nicht mehr amtsfähig melden, sondern ist zwingend verhindert (ob Ärzte das bei der Befundung wissen, wagen wir zu bezweifeln?).

+++

(f1)

**Kündigungsschutz +++ Abfindung +++ Gehaltsforderungen +++ Betriebsverfassungsrecht +++
Personalvertretungsrecht +++ Arbeitsrecht pur**

+++ www.sfm-arbeitsrecht.de +++



Unsere Kooperationspartner in Düsseldorf, Köln und Hamburg:

silberberger.lorenz, Düsseldorf - www.sl-arbeitsrecht.de

Gaidies Heggemann & Partner, Hamburg - www.gsp.de

TowaRA, Köln - www.towara.com

Zusammen sind wir mehr als 30 Rechtsanwält*innen im Arbeitsrecht
auf Seiten der Arbeitnehmer*innen und ihrer Vertretungen

Impressum:

sfm-arbeitsrecht *aktuell* wird herausgegeben von seebacher.fleischmann.müller - kanzlei für arbeitsrecht,
seidlstr. 30, 80335 münchen
tel.: +49 (0) 89 – 23 000 50 - fax: +49 (0) 89 – 23 000 511 - mail: kanzlei@sfm-arbeitsrecht.de

Redaktion: Michael Fleischmann (fl), (verantwortlich i.S.d.P.), Barbara Renkl (br), Krikor R. Seebacher (see);
Dank auch an die weiteren Kolleginnen und Kollegen für Anregungen und insb. IW für das Korrekturlesen.

Hinweis: Die hier wiedergegebenen Rechtsansichten und Meinungen sind subjektiv. Ob und in welchem Umfang eine Übertragung auf konkrete Einzelfälle zu den gleichen juristischen Konsequenzen führt, wie hier angenommen, muss stets im Einzelnen geprüft werden. Auch die Wiedergabe von Rechtsprechung von Gerichten erfolgt zwar nach bestem Wissen und Gewissen, Fehler bleiben jedoch vorbehalten, gerade angesichts der Verkürzung der Aussagen.

Hinweis: Unser Archiv steht derzeit leider nicht online zur Verfügung. Alte Ausgaben der sfm-aktuell können direkt bei uns angefordert werden.

Die Weitergabe an Interessierte ist ausdrücklich gestattet