

sfm-aktuell

2. Halbjahr 2021 – Dezember

NEUES vom BAG

Wahlanfechtung – **Mindestlohn bei Entsendung** – **Abmahnung** – **Personalgestaltung** – Ermittlungskosten bei Pflichtverstößen – **Diskriminierung Schwerbehinderter** – **Abberufung DSB** – **DSGVO** – **Umkleide- und Rüstzeiten** – **Eingruppierung** – **Hintergrunddienst als Bereitschaftszeit** – **Entgeltgleichheit** – **Haftung ...**

Weitere Themen

- ▶ **sfm bei JUVE und im Focus** S. 3
- ▶ **Straftaten gegen den Betriebsrat** S. 4
- ▶ **Link zur WOBetrVG** . S. 7
- ▶ **Virtuelle Betriebsversammlung und Einigungsstelle** S. 7
- ▶ **Quarantäne im Urlaub** S. 9
- ▶ **Elektronische Zeiterfassung** S. 10
- ▶ **EuGH zu Kopftuchverboten** S. 11
- ▶ **Link zur WOSprAuG** S. 12
- ▶ **EuGH zu Alarmbereitschaft** S. 13
- ▶ **Ausblick** S. 14
- ▶ **Frisch am Tisch** S. 14
- ▶ **Rausblick** S. 15
- ▶ **Rechengrößen der Sozialversicherung 2022** S. 15

Kann die Ampel Arbeitsrecht?

Wie viel Fortschritt steckt im Koalitionsvertrag?

Unter dem Titel „Mehr Fortschritt wagen“ hat die neue Regierungskoalition am 24.11.2021 ihren Koalitionsvertrag vorgestellt. Wir erinnern uns: Die Bundestagswahl hat gezeigt, dass die Union in die Opposition gehört, für rot-rot-grün hat`s nicht gereicht. Damit waren die Optionen wohl Jamaika oder Ampel, nachdem die Wiederauflage der GroKo wohl niemand mehr ernsthaft in Erwägung zog. Damit haben wir nun mal als Ausgangssituation, dass die FDP mit in der Regierung sitzt.

Das ist für Fortschritt im Sinne von arbeitnehmer:innenorientiertem Arbeitsrecht natürlich ein potentieller Hemmschuh, nicht nur bei generellen Aussagen, wie eben dem Koalitionsvertrag, sondern sicherlich auch später bei der Umsetzung.

I. Was steht da nun im Koalitionsvertrag?

Unter dem Hauptkapitel „IV. Respekt, Chancen und soziale Sicherheit in der modernen Arbeitswelt“

finden wir das Unterkapitel „Arbeit“, das dann abermals weitere Unterkapitel hat. Hieraus einige Punkte:

Ausbildung

Neben der Stärkung berufsbildender Schulen taucht hier ganz konkret eine Ausbildungsgarantie auf. Das ist ein wichtiges politisches Zeichen an Jugendliche, wobei die Frage der Umsetzung sicherlich noch Zündstoff birgt. Auch die Aussage, dass vollzeitschulische Ausbildung vergütet und frei von Schulgeld sein müsse, ist gut und richtig, die Umsetzung wird die eine oder andere Erinnerung brauchen, da der Bund das wohl nicht so einfach anordnen kann.

Weiterbildung

Hier soll u.a. eine „gezielte nationale Weiterbildungsstrategie“ greifen. Das Aufstiegs-Bafög soll ausgebaut und die Möglichkeiten der Weiterbildung in Teilzeit verbessert werden.



Neu sein wird das sog. „Lebenschancen-BAföG“ als Instrument für die selbstbestimmte Weiterbildung auch jenseits berufs- und abschlussbezogener Qualifikation. Auch hier wird die Umsetzung spannend. Für arbeitsmarktbezogene Weiterbildung soll eine Bildungs-(teil)zeit nach österreichischem Vorbild geschaffen werden, um z.B. Berufsabschlüsse nachzuholen.

Die Bundesagentur für Arbeit soll sich im Bereich der Qualifizierung stärker engagieren und erhält die Möglichkeit, Qualifizierungsgeld für Unternehmen im Strukturwandel zu zahlen, vergleichbar mit dem Kurzarbeitergeld. Schließlich soll auch das Transfer-Kurzarbeitergeld ausgeweitet werden. Hier werden auch Betriebsräte stark gefordert sein.

Arbeitszeit und Arbeitsort

Bei der Arbeitszeit hat der Koalitionsvertrag Modernisten nachgegeben und öffnet die Tür für die Aufweichung des Arbeitszeitgesetzes. Man werde „Gewerkschaften und Arbeitgeber dabei unterstützen, flexible Arbeitszeitmodelle zu ermöglichen“ heißt es da. Befristet sollen Tarifverträge ermöglichen können, „einzuhaltende Fristen (flexibler) zu gestalten“. Flexibel steht hier aber nicht für Fortschritt im Sinne des Gesundheitsschutzes sondern für die Freiheit, zulasten desselben zu handeln. Auch sollen durch Tarifverträge oder durch in TVen erlaubten Betriebsvereinbarungen sog. Experimentierräume geschaffen werden, in denen die Tageshöchst Arbeitszeit ausgeweitet werden kann. Schließlich wird noch die Vertrauensarbeitszeit (die der EuGH eigentlich schon auf die Müllhalde der Ge-

schichte geschoben hat) als erhaltenswertes Arbeitszeitmodell gepriesen. Das sind rückwärts-gewandte Konzepte. Nicht jeder Modernismus ist wirklich Fortschritt.

Beim Thema Homeoffice als Teilmenge mobiler Arbeit wird zunächst das Schreckgespenst der Arbeitsstättenverordnung erwähnt, unter die diese – im Gegensatz zur Telearbeit – nicht fallen soll, nur um dann von Arbeitsschutz und guten Arbeitsbedingungen zu fabulieren. Das ist ein politischer Kotau an die Arbeitgebervertreter, der sachlich nur bedingt nachvollziehbar ist. Auch innerhalb der Arbeitsstättenverordnung gibt es bereits Differenzierungen, die man ggf. bearbeiten könnte, ohne gleich das Kind mit dem Bade auszuschütten. Vom angekündigten Dialog kann niemand abbeißen.

Die Erwähnung von „Coworking-Spaces“ soll wohl die Trefferquote bei Internetsuchen erhöhen, klingt ansonsten etwas gezwungen, weil sie sich insbesondere auf ländliche Regionen bezieht, wo es so was eh nicht gibt.

Ein Fortschritt besteht in der Aussage, dass Arbeitgeber dem Wunsch der Beschäftigten nach mobiler Arbeit und Homeoffice nur dann widersprechen können, wenn betriebliche Belange entgegenstehen. Jenseits der aktuellen arbeitschutzrechtlichen Regelungen

Fortsetzung auf Seite 6

BAG-Splitter

Berichtszeitraum:

1. Halbjahr 2021

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

Fehlerhafte Wähler:innenliste führt nicht zur Nichtigkeit der Betriebsratswahl

Voraussetzung für die Nichtigkeit einer Betriebsratswahl ist ein so eklatanter Verstoß gegen fundamentale Wahlgrundsätze, dass auch der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl nicht mehr besteht. Nur besonders gravierende und krasse Wahlverstöße können zur Nichtigkeit führen.

Die Nichtzulassung von wahlberechtigten Arbeitnehmern berechtigt als Verstoß gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht im Sinne des § 7 BetrVG zwar grundsätzlich zur Anfechtung der Wahl, sie ist aber regelmäßig nicht geeignet, die Nichtigkeit der Betriebsratswahl zu begründen.

BAG vom 30.6.2021 – 7 ABR 24/20, Aufhebung hinsichtlich der Nichtigkeit von LAG Thüringen vom 24.6.2020 – 4 TaBV 12/19, zit. nach Volltextveröffentlichung des BAG

Mindestlohn für entsandte ausländische Betreuungskräfte

Nach Deutschland in einen Privathaushalt entsandte ausländische Betreuungskräfte haben Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn. Auch Zeiten in denen die Betreuungskraft im Haushalt der zu betreuenden Person wohnen muss und grundsätzlich verpflichtet ist, zu allen Tag- und Nachtstunden bei Bedarf Arbeit zu leisten gehört als Bereitschaftsdienst dazu. Ob das zu 21 Stunden am Tag geführt hat, wie das LAG angenommen hatte, wird dieses nach

Rückverweisung noch einmal zu prüfen haben.

BAG vom 24. Juni 2021 – 5 AZR 505/20, im Grunde Bestätigung aber gleichwohl Rückverweisung betreffend Details von LAG Berlin-Brandenburg vom 17. August 2020 – 21 Sa 1900/19, zit. nach PM des BAG Nr. 16/21

DHV nicht tariffähig

Die DHV – Die Berufsgewerkschaft e.V. (DHV) ist nicht tariffähig. Punkt.

BAG vom 22. Juni 2021 – 1 ABR 28/20, Bestätigung von LAG Hamburg vom 22. Mai 2020 – 5 TaBV 15/18, zit. nach PM des BAG Nr. 15/21

Abmahnung eines Redakteurs wegen fehlender Anzeige einer Fremdveröffentlichung

Eine tarifliche Regelung, nach der ange stellte Zeitschriftenredakteur:innen für die anderweitige Verwertung einer wäh rend seiner arbeitsvertraglichen Tätig keit bekannt gewordenen Nachricht die Einwilligung ihres Verlags einholen müs sen (§ 13 Ziffer 3 Manteltarifvertrag für Redakteurinnen/Redakteure an Zeit schriften idF vom 4. November 2011) verstoße nicht gegen die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit, das Recht auf freie Meinungsäußerung und Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG

einer erheblichen Verfehlung des Arbeitnehmers vorliegt.

Zu dem nach § 249 BGB dem Ge schädigten zu ersetzenden Schaden ge hören auch die zur Abwendung drohen der Nachteile notwendigen Aufwendun gen. Es genügt aber nicht, dass die Auf wendungen (nur) zweckmäßig sind, sie müssen auch erforderlich sein.

Die Klage des Arbeitgebers wurde letztlich abgewiesen. Er hatte nicht dar gelegt, dass die Kosten in Höhe von 209.679,68 Euro (ca. 500 Anwaltsstun den!) erforderlich waren. Welche kon kreten Tätigkeiten bzw. Ermittlungen wann und in welchem zeitlichen Umfang wegen welchen konkreten Verdachts

gegen den Kläger von der beauftragten Kanzlei ausge führt wurden, war nicht dar gelegt.

BAG vom 29. April 2021 – 8 AZR 276/20, Aufhebung von LAG Baden-Württemberg Kammern Mannheim vom 21. April 2020 – 19 Sa 46/19 (dieses hatte dem AG 66.500,00 Euro zugespro chen), zit. nach PM des BAG Nr. 11/21

Anm.: so `ne Abrechnung ei ner Großkanzlei wäre mal in teressant zu sehen;)

Andere über uns:

Das **JUVE** Handbuch Wirtschaftskanzleien 2021/2022 führt uns abermals auf der Empfehlungsliste für den Bereich „Beratung von Betriebsräten, Gewerkschaften und Arbeitnehmern“. Alle drei Namenspartner werden zwischenzeitlich als „oft empfoh len“ aufgeführt. Da geht noch was...

In der jährlich erscheinenden Liste des **Focus** „Deutschlands Top-Anwälte 2021“ waren wir in Heft 36 waren wir mit Empfehlung für Krikor R. Seebacher und Michael Fleischmann vertreten.

Das ist das Ergebnis von Teamarbeit. Ohne die weiteren anwaltlichen Kolleginnen und ohne unser Sekretariat wäre das nicht möglich. Vielen Dank.

BAG ruft EuGH zur Zulässigkeit von Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD (VKA) an

Der 6. Senat des BAG hat den EuGH angerufen, um zu klären, ob Personal gestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD zuläs sig oder illegale dauerhafte Arbeitneh merüberlassung ist.

Zu klären ist aus Sicht des BAG, ob Personalgestellung überhaupt unter die Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG fällt und wenn ja, ob die Bereichsaus nahme in § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG zuläs sig ist.

BAG vom 16. Juni 2021 – 6 AZR 390/20 (A), Vorinstanz: LAG Baden-Württem berg vom 13. Juli 2020 – 7 Sa 19/20, zit. nach PM des BAG Nr. 14/21

oder das Recht aus Art. 10 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonven tion. Ob ein Widerspruch des Verlags dann immer die Veröffentlichung aufhal ten könne war nicht zu prüfen, zumin dest eine Information war angezeigt.

BAG vom 15. Juni 2021 – 9 AZR 413/19, Bestätigung von LAG Düssel dorf vom 26. Juni 2019 – 4 Sa 970/18, zit. nach PM des BAG Nr. 13/21

Ermittlungskosten durch eine An waltskanzlei bei Vertragspflicht verletzungen eines Arbeitneh mers als Schadensersatzforde rung

§ 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG steht einer Erstattung der Kosten für externe Com pliance-Ermittlungen nicht grundsätzlich entgegen, wenn ein konkreter Verdacht

Mindestnote gilt auch für Bewer bung Schwerbehinderter, wenn diese wirklich maßgeblich ist

Geht dem öffentlichen Arbeitgeber die Bewerbung einer schwerbehinderten o der dieser gleichgestellten Person zu, muss er diese nach § 165 Satz 3 SGB IX zu einem Vorstellungsgespräch einla den. Entbehrlich ist das (nur), wenn die fachliche Eignung offensichtlich fehlt.

Dies kann anzunehmen sein, wenn eine zulässig als Mindestkriterium definierte Note nicht erreicht ist. Das gilt aber auch nur dann, wenn nicht bei anderen Bewerber:innen auf das Mindestkrite rium für eine Einladung verzichtet wird. *BAG, Urteil vom 29. April 2021 – 8 AZR 279/20, Aufhebung von LAG Berlin-Brandenburg vom 21. Februar 2020 –*

12 Sa 1671/19, zit. nach PM des BAG
Nr. 10/21

Abberufung eines Beauftragten für Datenschutz wegen Betriebsratsamt

Ausgangspunkt ist die Abberufung eines DSB, der gleichzeitig Betriebsratsvorsitzender ist.

Das nationale Recht regelt in § 38 Abs. 2 iVm. § 6 Abs. 4 Satz 1 BDSG, dass für die Abberufung eines betrieblichen DSB ein wichtiger Grund iSv. § 626 BGB vorliegen muss. Der arbeitgeberseits vorgetragene potentielle Interessenkonflikt genüge nicht, so die Vorinstanzen und auch das BAG in seiner vorläufigen Einschätzung. Da aber das nationale Recht damit die Abberufung eines DSB an strengere Voraussetzungen knüpft, als das Unionsrecht, nach dessen Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DSGVO die Abberufung lediglich dann nicht gestattet ist, wenn sie wegen der Aufgabenerfüllung des Datenschutzbeauftragten vorgenommen wird, legt der 9. Senat die Sache dem EuGH vor.

Dieser möge klären, ob die engeren nationalen Regeln zulässig sind und wenn nicht, ob nach Unionsrecht sich die Ämter des Betriebsratsvorsitzenden und des DSB gegenseitig ausschließen. *BAG vom 27. April 2021 – 9 AZR 383/19 (A), Vorinstanz: Sächsisches LAG vom 19. August 2019 – 9 Sa 268/18 (parallel: Beschluss vom 27. April 2021 – 9 AZR 621/19 (A), zit. nach PM des BAG Nr. 9/21*

Herausgabe von Kopien von E-Mails nach Art. 15 Abs. 3 DSGVO

Ob aus Art. 15 Abs. 3 DSGVO ein Recht darauf abzuleiten ist, Kopien von E-Mails zu erhalten, in denen man erwähnt ist, hatte das LAG verneint, das BAG offen gelassen. Es hat darauf abgestellt, ein solcher Klageantrag sei nicht hinreichend bestimmt.

BAG vom 27. April 2021 – 2 AZR 342/20, Bestätigung von LAG Niedersachsen vom 9. Juni 2020 – 9 Sa 608/19, zit. nach PM des BAG Nr. 8/21

Straftaten gegen den Betriebsrat

Schafft die Ampelkoalition eine Verbesserung?

§ 119 BetrVG bedroht Straftaten gegen Betriebsverfassungsorgane mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe. Die Beeinflussung der Wahl des Betriebsrats, die Behinderung der Tätigkeit des Betriebsrats oder die Benachteiligung, auch die Begünstigung eines Mitglieds des Betriebsrats wegen seiner Eigenschaft als Betriebsratsmitglied ist strafbar.

Bis jetzt wurde die Tat nach § 119 Abs. 2 BetrVG nur auf Antrag des Betriebsrats oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft verfolgt. Jetzt liest man im Koalitionsvertrag der neuen Regierung auf Seite 71 diesen Satz: **„Die Behinderung der demokratischen Mitbestimmung stufen wir künftig als Officialdelikt ein.“**

Mit dem Begriff „Officialdelikt“ ist die in § 160 Abs. 1 StPO enthaltene Pflicht zur Aufklärung eines Sachverhalts gemeint. Sobald die Staatsanwaltschaft von einer Straftat Kenntnis erhält, *„hat sie zu ihrer Entschliebung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen“*. Die Ankündigung im Koalitionsvertrag bedeutet scheinbar, dass es nach einer Änderung des Gesetzes künftig keines Strafantrags mehr für die Verfolgung von solchen Straftaten gegen Betriebsverfassungsorgane bedarf. Das wäre in der Tat ein Fortschritt.

Dabei stellt sich natürlich weiterhin die Frage, wie die Staatsanwaltschaft von solchen Straftaten Kenntnis erlangt. Bis jetzt ist sie darauf angewiesen, dass sich Helden im Betriebsrat dazu entschließen, sich oft nicht unerheblichem Druck im Betrieb nach einem Strafantrag aussetzen. Erstatet ein Betriebsrat oder eine Gewerkschaft Anzeige statt Strafantrag, wird sich das zukünftig vermutlich nicht ändern.

Allerdings gibt es einen Unterschied: Im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren werden immer wieder Sachverhalte vor Gericht erörtert, die zumindest einen Verdacht auf eine strafbare Handlung gegen Betriebsräte auszulösen geeignet sind. Das Arbeitsgericht darf selbst gemäß § 149 Abs. 1 ZPO das Beschlussverfahren aussetzen und seinerseits die Akten an die Staatsanwaltschaft weiterleiten, sofern sich *„im Laufe eines Rechtsstreits der Verdacht einer Straftat ergibt, deren Ermittlung auf die Entscheidung von Einfluss ist“*. Wird, wie es die Koalitionsparteien im Koalitionsvertrag vereinbart haben § 119 BetrVG nunmehr vom Antragsdelikt zum Officialdelikt, könnte die Staatsanwaltschaft auch ohne Hinweis aus dem Betrieb strafrechtliche Ermittlungen aufnehmen. Das wäre zumindest der Abbau einer kleinen Hürde, die bisher immer wieder Täter einer strafbaren Behinderung von Betriebsverfassungsorganen geschützt hat. Warten wir es ab, ob die neue Mehrheit des Bundestags ihre Pläne umsetzt.

K. Seebacher, Rechtsanwalt

Anm.: siehe zur Thematik auch BGH vom 15.06.2021 - VI ZR 576/19 unter „Frisch am Tisch“

Umkleide-, Rüst- und Wegezeiten eines Wachpolizisten

Das Umkleiden und Rüsten mit einer besonders auffälligen Dienstkleidung (hier Polizei), persönlicher Schutzausrüstung und Dienstwaffe ist keine zu vergütende Arbeitszeit, wenn der Arbeitnehmer dies zu Hause erledigt und damit eine dienstlich zur Verfügung ge-

seines Aufenthaltsortes nicht völlig frei. Er darf sich entsprechend dem Zweck der Rufbereitschaft nur so weit von dem Arbeitsort entfernt aufhalten, dass er die Arbeit dort alsbald aufnehmen kann.

Dass § 7 Abs. 6 Satz 2 TV-Ärzte/TdL dem AG die Anordnung von Rufbereitschaft untersagt, wenn erfahrungsgemäß nicht lediglich in Ausnahmefällen Arbeit anfällt, führt zur Unzulässigkeit der Anordnung, aber nach BAG nicht zu einer anderen Vergütung. Grund für die Unzulässigkeit der Rufbereitschaft hier:

Heranziehung in der Hälfte der Hintergrunddienste, in

einem Viertel der Dienste auch in Klinik selbst.

BAG vom 25. März 2021 – 6 AZR 264/20, Vorinstanz: LAG Köln vom 4. März 2020 – 3 Sa 218/19, zit. nach PM des BAG Nr. 6/21

www.sfm-arbeitsrecht.de

stellte Umkleide- und Aufbewahrungsmöglichkeit nicht nutzt. Auch der Weg zur Arbeit von der Wohnung zum Einsatzort und zurück zählt nicht.

Dagegen ist die für einen Umweg zum Aufsuchen des dienstlichen Waffenschließfachs erforderliche Zeit zu vergüten, da es sich um eine fremdntzige Zusammenhangstätigkeit handelt. BAG vom 31. März 2021 – 5 AZR 292/20, Vorinstanz: LAG Berlin-Brandenburg vom 7. Mai 2020 – 10 Sa 1570/19 und BAG vom 31. März 2021 – 5 AZR 148/20, Vorinstanz: LAG Berlin-Brandenburg vom 19. November 2019 – 7 Sa 620/19, zit. nach PM des BAG Nr. 7/21

Ärztlicher Hintergrunddienst kann Rufbereitschaft aber auch Bereitschaftsdienst sein

Ob ärztlicher Hintergrunddienst nach § 9 TV-Ärzte/TdL Rufbereitschaft oder Bereitschaftsdienst ist, hängt davon ab, ob AN (ausdrücklich oder) hinsichtlich der Zeit zwischen Abruf und Aufnahme der Arbeit gezwungen sind, sich an einem bestimmten Ort aufzuhalten und damit eine faktische Aufenthaltsbeschränkung gegeben ist. Eine Telefonbereitschaft ist noch keine örtliche Beschränkung. Eine Bezahlung als Bereitschaftsdienst schied damit vorliegend aus, da keine örtliche Beschränkung gegeben war.

Der Arbeitnehmer ist allerdings auch bei der Rufbereitschaft in der Wahl

Eingruppierung der Gruppenleitung - Bufdis zählen mit

Leitung einer „große Gruppe“ in der Pflege im Sinne des EGr P 11 der Anlage 1 – Entgeltordnung (VKA) zum TVöD/VKA ist grundsätzlich gegeben, wenn der Gruppen- oder Teamleitung mehr als neun Beschäftigte fachlich unterstellt sind. Mit dem Begriff „in der Regel“ haben die Tarifvertragsparteien aber zu erkennen gegeben, dass im Ausnahmefall neben der Zahl fachlich unterstellter Beschäftigter auch andere Faktoren für die Bewertung maßgeblich sein können. Auch wenn die Zahl der (formell) Beschäftigten nicht erreicht wird, kann eine große Gruppe gegeben sein, etwa, wenn aufgrund der besonderen Struktur ausnahmsweise trotzdem eine "große Gruppe" vorliegt, wie vorliegend, wo durch den Einsatz von Freiwilligen die Anforderungen an den jeweiligen Leitenden Beschäftigten in der Pflege in quantitativer Hinsicht stiegen. Diese erhöhten den Umfang ihrer Leitungstätigkeit ebenso, als wenn ihr die entsprechende Anzahl weiterer Angestellter unterstellt wäre.

BAG vom 24.02.2021 - 4 AZR 309/20, Aufhebung von LAG Hamm vom 14.5.2020 – 17 Sa 1458/19, zit. nach Volltextveröffentlichung des BAG

Eingeschränkte Haftung des Betriebserwerbers in der Insolvenz für Leistungen der betrieblichen Altersversorgung

Bei Erwerb eines Betriebs(teils) in der Insolvenz haftet der Erwerber nach § 613a Abs. 1 BGB für Ansprüche der übergegangenen Arbeitnehmer auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung nur zeitanteilig für die nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurückgelegte Dauer der Betriebszugehörigkeit. Für die Leistungen, die auf Zeiten bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens beruhen, haftet der Pensions-Sicherungs-Verein (PSV). Leistet dieser nicht vollumfänglich, haftet der Erwerber nicht für diesen Teil.

BAG vom 26. Januar 2021 – 3 AZR 139/17, Bestätigung von LAG Düsseldorf vom 20. Januar 2017 – 6 Sa 582/16 und auch BAG vom 26. Januar 2021 – 3 AZR 878/16, Bestätigung von LAG Rheinland-Pfalz vom 4. 11.2016 – 1 Sa 120/16, zit. nach PM des BAG Nr. 2/21

Entgeltgleichheitsklage - Vermutung der Benachteiligung wegen des Geschlechts bei Unterschreitung des Medians

Klagt eine Frau auf gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit, begründet der Umstand, dass ihr Entgelt geringer ist als das vom Arbeitgeber nach §§ 10 ff. EntgTranspG mitgeteilte Vergleichsentgelt (Median-Entgelt) der männlichen Vergleichsperson, regelmäßig die Vermutung, dass die Benachteiligung wegen des Geschlechts erfolgt ist. Es ist dann Sache des Arbeitgebers, dies zu widerlegen.

BAG vom 21. Januar 2021 – 8 AZR 488/19, Aufhebung und Rückverweisung von LAG Niedersachsen vom 1. August 2019 – 5 Sa 196/19, zit. nach PM des BAG Nr. 1/21

Bearbeitung: RA M. Fleischmann



... Fortsetzung von Seite 2

Kann die Ampel Arbeitsrecht?

Wie viel Fortschritt steckt im Koalitionsvertrag?

Haushaltsnahe Dienstleistungen

Hier soll ein Zulagen- und Gutscheinsystem sowie die Möglichkeit steuerfreier Arbeitgeberzuschüsse sozialversicherungspflichtige Beschäftigung im

Haushalt fördern. Ob

das wirklich positive Effekte für sozial schlechter gestellte Personen bringt, darf bezweifelt werden, ist aber zugegebenermaßen nicht ganz ausgeschlossen.

Befristungen

Da ist jemand der Mut oder die Verhandlungsmacht ausgegangen, die

(...) und mancher Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen gibt es bisher ja keinen Anspruch. Wichtig wird hier die Umsetzung werden, also die Definition, was aner kennenswerte betriebliche Belange sind. Dass Mobile Arbeit „EU-weit unproblematisch möglich sein“ soll, deutet auf Änderungspotential beim Steuerrecht und ggf. Unfallversicherungsrecht hin.

Mindestlohn

Die Erhöhung des gesetzlichen Mindestlohns auf zwölf Euro pro Stunde dürfte allgemein bekannt sein. Anschließend ist dann wieder die Mindestlohnkommission am Zug. Interessant wird sein, wie sich die Bundesregierung im Hinblick auf eine europäische Richtlinie über angemessene armutsfeste Mindestlöhne

Selbständige

Dass die Überschrift „Selbständige“ im Unterkapitel Arbeitsrecht auftaucht liegt daran, dass viele vermeintlich Selbständige gar keine solchen sind und dass insb. Soloselbständige oft in großer Abhängigkeit tätig sind. Wirklich angegangen wird das Kernproblem hier nicht, was aber auch nicht zu erwarten war. Das (sozialversicherungsrechtliche) Statusfeststellungsverfahren soll beschleunigt werden, der Zugang zur freiwilligen Arbeitslosenversicherung soll erleichtert und die Neustarthilfe im Rahmen der Überbrückungshilfe III fortgesetzt werden. Die Künstlersozialkasse soll beibehalten werden. Genaueres wird auch hier erst noch folgen müssen.

Wahlordnung zum BetrVG geändert

Im Nachgang zum Betriebsrätemodernisierungsgesetz wurde auch die WOBetrVG geändert. Eine Zusammenfassung und auch den geänderten Text mit Änderungsmarkierungen findet sich in unserer Sonderausgabe dazu:

https://sfm-arbeitsrecht.de/html/wp-content/uploads/sfm-aktuell_2021_SonderWOBetrVG.pdf

positionieren wird. Da bleibt der Koalitionsvertrag unpräzise.

Mini- und Midijobs

Die Anhebung der Verdienstgrenzen bei Mini- und Midijobs ist vermeintlicher Reflex aus der Mindestlohnerhöhung, aber wahrlich nicht zwingend. Fortschrittlich wäre, diese Armutsfallen ganz in Frage zu stellen.

sachgrundlose Befristung abzuschaffen. Beim Bund als Arbeitgeber will man die reduzieren, das war's dann auch schon damit.

Bei der Befristung mit Sachgrund soll die Haushaltsbefristung abgeschafft werden, im Übrigen eine Höchstbefristungsdauer von in der Regel 6 Jahren eingeführt werden. Immerhin.



Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitskräftemobilität

Unter dieser Zwischenüberschrift kommt erst mal nur ein „wir prüfen, wenn wir prüfen müssen“. Bei grenzüberschreitenden Entsendungen sollen die Beschäftigten besser geschützt werden, ohne dass dies spezifiziert wäre. Auch das wo und wie der versprochenen effektiveren Rechtsdurchsetzung bei Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung bleibt offen.

Konkret ist die Zusage der Ratifizierung des Übereinkommens Nr. 184 der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) über den Arbeiterschutz in der Landwirtschaft.

Schließlich hat sich noch das Thema eines eventuellen Kurzarbeitergelds für geringfügig Beschäftigte eingeschlichen.

Tarifautonomie

Zur (kleinen) Stärkung der Tarifbindung soll die öffentliche Auftragsvergabe des Bundes an eine Tarifreueerklärung gebunden werden. Vielleicht übt das genug politischen Druck aus, dass auch Länder wie Bayern nachziehen.

Interessant wird das Vorhaben, Betriebsausgliederungen bei Identität des bisherigen Eigentümers zum Zwecke der Tariffucht zu verhindern. Hier wird es wichtig werden, dass nicht durch zwischengeschaltete Gesellschaften die Spur des wahren Eigentümers verwischt werden kann.

Mit Vorsicht zu betrachten wird die Entwicklung des angekündigten Dialogs mit den Sozialpartnern hinsichtlich „weiterer Experimentierräume“ sein.

Virtuelle Betriebsversammlung und Einigungsstelle

Alles wieder digital?!- § 129 BetrVG „Sonderregelungen aus Anlass der COVID-19-Pandemie“ ist zurück

Im März 2020 preschte der alte und neue Arbeitsminister voran und verkündete -damals gegen den klaren Wortlaut des BetrVG- eine digitale Beschlussfassung müsse für Betriebsräte angesichts der aktuellen Lage möglich sein. Der Gesetzgeber beeilte sich, die Situation glattzuziehen und führte mit Gesetz vom 20.05.2020 rückwirkend zum 01.03.2020 einen neuen § 129 BetrVG ein: hiernach konnten nun Betriebs-, Gesamt- und Konzernbetriebsräte, ihre Ausschüsse und die JAV ihre Beschlüsse mittels Video- und Telefonkonferenz fassen. Entsprechendes galt für die Einigungsstelle und den Wirtschaftsausschuss. Auch Betriebsversammlungen konnten mittels audiovisueller Einrichtungen durchgeführt werden, wenn sichergestellt war, dass nur teilnahmeberechtigte Personen Kenntnis von dem Inhalt der Versammlung nehmen können. Nach Verlängerung wurden diese „Sonderregelungen aus Anlass der COVID-19-Pandemie“ zum 30.06.2021 aufgehoben.

Die Möglichkeit der digitalen Beschlussfassung für Betriebsräte wurde durch das Betriebsrätemodernisierungsgesetz als „Dauerregelung“ in § 30 BetrVG integriert.

Nach der Neuregelung finden Betriebsratssitzungen grds. als Präsenzsitzungen statt. Digitale Sitzungen/ Hybridsitzungen bzw. die digitale Teilnahme an Betriebsratssitzungen finden statt, wenn

- die vorab in einer Geschäftsordnung festgelegten Voraussetzungen für eine virtuelle Durchführung/ Teilnahme vorliegen
- kein Widerspruch von mindestens einem Viertel der Mitglieder des Betriebsrats vorliegt
- sichergestellt ist, dass Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können

Zu Einigungsstelle und Betriebsversammlungen erfolgte hingegen keine entsprechende Regelung. Nach dem insoweit klar zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers, war damit virtuellen Einigungsstellen und Betriebsversammlungen zum 01.07.2021 die Rechtsgrundlage entzogen.

Der rasante Anstieg der Infektionszahlen hat nun den Gesetzgeber veranlasst, § 129 BetrVG mit Wirkung zum 12.12.2021 in neu gefasster Form wieder einzuführen:

Betriebsversammlungen können jetzt bis zum Ablauf des 19. März 2022 auch wieder mittels audiovisueller Einrichtungen durchgeführt werden, wenn sichergestellt ist, dass nur teilnahmeberechtigte Personen Kenntnis

weiter auf nächster Seite

Mitbestimmung

Das Teilkapitel zur betrieblichen Mitbestimmung benennt zwar die sozialökologische Transformation und die Digitalisierung als Herausforderung, vermag aber (noch) keine echte mitbestimmungsrechtliche Antwort zu geben.

Angedeutet wird hingegen eine Ausweitung virtueller Betriebsratsarbeit. In einem Pilotprojekt sollen Online-Betriebsratswahlen erprobt werden, ein lang gehegter Wunsch von Arbeitgebervertretern. Angesichts oder trotz der Expertise manch einer Kommune oder Landes zur Durchführung klassischer Wahlen, meint man wohl, Betriebsräte könnten da voranschreiten. Ein wundersamer Modernismus.

Gut und richtig ist die angekündigte Kodifizierung des Rechts der Gewerkschaften auf digitalen Zugang zum Betrieb, zu dem eben auch Mobile Work gehört. Ein echter Fortschritt für den Schutz von Betriebsräten könnte schließlich darin liegen, dass die Behinderung vom Antragsdelikt zum Offizialdelikt heraufgestuft wird (siehe dazu gesonderten Text in dieser Ausgabe).

Ob der zaghafte Ansatz, das kirchliche Arbeitsrecht in die Neuzeit zu überführen Früchte tragen wird, bleibt abzuwarten. Immerhin wurde das Thema auf die Tagesordnung genommen.

Hinsichtlich der Unternehmensmitbestimmung gibt es ein paar gute Ansätze, so die Absicht, die missbräuchliche Umgehung geltenden Mitbestimmungsrechts zu unterbinden, die Mitbestimmung hinsichtlich der SE weiterzuentwickeln und die Konzernzurechnung auf das Drittelbeteiligungsgesetz zu übertragen.

... Virtuelle Betriebsversammlung und Einigungsstelle ...

von dem Inhalt der Versammlung nehmen können.

Auch die Teilnahme an Sitzungen der Einigungsstelle sowie die Beschlussfassung können bis zum Ablauf des 19. März 2022 mittels einer Video- und Telefonkonferenz erfolgen, wenn sichergestellt ist, dass Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können.

Eine „Verlängerungsoption“ wurde auch gleich eingebaut: der Bundestag kann die Regelungen über den 19.03.2022 hinaus einmalig um drei weitere Monate verlängern. Für die Möglichkeit (teil-)digitaler Betriebsratssitzungen verbleibt es bei § 30 BetrVG.

Barbara Renkl, RAin

Digitale Plattformen

Bei diesem Thema zeigt sich abermals der Spagat zwischen Modernismus einerseits und der Erkenntnis, die Betroffenen schützen zu müssen bzw. zu wollen. Da sollen Daten erhoben, Dialog geführt und schließlich gerade noch eine Initiative der EU-Kommission zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen auf Plattformen konstruktiv begleitet werden.

Hier hat sich dann auch das Thema KI (Künstliche Intelligenz) eingeschlichen, was entweder auf eine Verkennung der Tragweite von KI hindeutet oder Umsortierungen bei den Verhandlungen zum Opfer fiel. Dass die Koalition auf einen menschenzentrierten Ansatz setzt, nehmen wir da mal wohlwollend zur Kenntnis. Böswillig könnte man sagen, die Ampel sieht Digitalisierung und KI nur sehr oberflächlich und agiert (derzeit) eher für's Schaufenster.

Arbeits- und Gesundheitsschutz

Zum Thema Arbeits- und Gesundheitsschutz schließlich hat man noch ein paar warme Worte gefunden. Die psychische Gesundheit als wichtiges Thema wird erwähnt und dass man das Eingliederungsmanagement stärken will.

II. Ist das nun Fortschritt?

Der Koalitionsvertrag bleibt in vielen Bereichen bei Allgemeinplätzen, ist nicht übermäßig mutig, im Bereich Arbeitszeit auch sehr kritisch zu sehen. Bei der politischen Ausgangslage war ehrlicherweise nicht wirklich mehr zu erwarten gewesen. Oder doch?

In den nächsten Monaten wird es darauf ankommen, dass Gewerkschaften, Betriebsräte und arbeitnehmerorientierte Teile der Zivilgesellschaft bei den Einzelthemen ihre Ansprüche formulieren. Die Arbeitgebervertreter sind schon kräftig dabei.

Michael Fleischmann, RA

Urlaub und Pandemie

LAG Köln zu Quarantäne im Urlaub

Durch Corona erleben wir eine Fülle von bisher nicht bekannten und daher auch nicht entschiedenen Problemen, die jedoch langsam Eingang in die Rechtsprechung finden.

Das Landesarbeitsgerichts Köln hat sich am 13.12.2021 (AZ 2 Sa 488/21) zum Thema Quarantäneanordnung und Nachgewährung von Urlaubstagen positioniert.

Nach Auffassung der Kölner Richter:innen besteht kein Anspruch von Arbeitnehmer:innen auf Nachgewährung von Urlaubstagen bei einer Quarantäneanordnung wegen einer Infektion mit dem Coronavirus.

Der Fall

Während eines genehmigten Urlaubs verfügte die Stadtverwaltung gegenüber einer Arbeitnehmerin eine Quarantäneanordnung als Kontaktperson ersten Grades wegen ihres mit dem Corona-Virus infizierten Kindes. Auch bei ihr soll ein positives Corona-Testergebnis vorgelegen haben, Symptome waren jedoch nicht feststellbar. Eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erhielt die Klägerin nicht. Die Arbeitnehmerin machte daraufhin die Nachgewährung von fünf Urlaubstagen gegen den Arbeitgeber geltend. Zur Begründung fügte sie an, dass man

sich in häuslicher Isolation nicht erholen kann und Erholung ist ja der Zweck von Urlaub. Die Arbeitnehmerin ist ja auch an einer freien Gestaltung ihrer Urlaubszeit gehindert.

LAG Köln dazu:

Das Landesarbeitsgericht Köln hat entschieden, dass die Vorausset-

symptomlosen Verlauf bleiben Arbeitnehmende grundsätzlich arbeitsfähig. Da eine Infektion mit dem Coronavirus nicht zwingend mit einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit einhergeht, läge hier keine vergleichbare Interessenlage vor. Eine analoge Anwendung von § 9 BUrlG entfällt daher. Das Gericht hat es somit abgelehnt, Krankheit

Eine behördliche Quarantäneanordnung ist nicht gleichzusetzen mit einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

zungen von § 9 BUrlG zur Nachgewährung von Urlaubstagen nicht vorliegen.

§ 9 BUrlG besagt, dass während des Urlaubs die durch ärztliches Zeugnis nachgewiesenen Arbeitsunfähigkeitstage auf den Jahresurlaub nicht angerechnet werden dürfen. Die Arbeitnehmerin habe ihre Arbeitsunfähigkeit hier nicht durch ein ärztliches Zeugnis nachgewiesen. Eine behördliche Quarantäneanordnung stehe einem ärztlichen Zeugnis über die Arbeitsunfähigkeit nicht gleich. Denn eine Erkrankung mit dem Coronavirus bedeutet nicht zwangsläufig, dass jemand arbeitsunfähig ist. Bei einem

und Quarantäneanordnung gleichzusetzen.

Das LAG Köln hat dem Anspruch auf Nachgewährung entgangenen Urlaubs im Falle einer Quarantäneanordnung während des Urlaubs also eine Absage erteilt. Allerdings wurde die Revision zugelassen, so dass hinsichtlich der Nachgewährung von Urlaub die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts abzuwarten bleibt.

Tanja Himmelsdorfer, RAin

sfm auf Twitter: folgen!

@sfmarbeitsrecht

Initiativrecht zur Einführung elektronischer Zeiterfassung

ein Initiativrecht des Betriebsrates bei der Einführung einer technischen Kontrolleinrichtung abgelehnt. Dies könne nicht aufrecht erhalten werden, da ein Eingriff in den Persönlichkeitsbereich der Arbeitnehmer durch Verwendung anonymer technischer Kontrollein-

Lange Zeit galt das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Ziff. 6 BetrVG als reines Abwehrrecht gegen die vom Arbeitgeber gewünschte technische Überwachung von Arbeitnehmer:innen. Inzwischen verlangen Betriebsräte die Einführung der elektronischen Zeiterfassung zum Schutz der Arbeitnehmer:innen.

Das LAG Hamm bejaht jetzt im Beschluss vom 27.07.2021 - 7 TaBV 79/20 ein Initiativrecht des Betriebsrats bei der Einführung solcher Technik.

Ausgangspunkt war ein Betrieb, für den der Arbeitgeber bereits die für eine elektronische Zeiterfassung notwendige „Hardware“ angeschafft hatte, aber dann auf die Einführung einer elektronischen Zeiterfassung verzichten wollte. Der Betriebsrat rief eine Einigungsstelle an, um die Zeiterfassung durchzusetzen. Diese setzte die Verhandlungen aus, um die Zuständigkeit der Einigungsstelle im Rahmen eines gesonderten arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens zu prüfen.

Der Betriebsrat berief sich u.a. auf die Entscheidung des EuGH vom 14.05.2019 zur Arbeitszeiterfassung (C 55/18), wonach die Arbeitgeber verpflichtet sind, ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann. Dies folge allein schon aus Art. 31 II GRCh der Grundrechte der Europäischen Union.

Das LAG Hamm entschied nun, dass der Betriebsrat hinsichtlich der Einführung einer elektronischen Zeiterfassung ein Initiativrecht gem. § 87 Abs. 1 Ziff. 6 BetrVG hat. Schon aus dem Wortlaut von § 87 Abs. 1 Ziff. 6 BetrVG könne nicht geschlossen werden, dass dem Betriebsrat anders als in anderen Fällen der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten kein Initiativrecht zustünde, so das LAG. Der Gesetzgeber habe bei der Schaffung des BetrVG 1972 bei der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten bewusst nicht zwischen Mitbestimmungsrechten mit Initiativrecht und solchen ohne Initiativrecht unterschieden. Zwar habe das BAG 1989

richtungen nur unter Wahrung der Mitbestimmung des Betriebsrates gem. § 87 Abs. 1 Ziff. 6 BetrVG zulässig sei. Das Verfahren liegt nun beim BAG.

Auswirkung und Ausblick:

Wird die tatsächlich geleistete Arbeitszeit nicht aufgezeichnet, besteht immer die Gefahr, dass zusätzlich geleistete Arbeit ohne Gegenleistung bleibt. Diese simple Erkenntnis steckte schon hinter dem Konzept der sog. „Vertrauensarbeitszeit“, bei der Arbeitnehmer:innen stets mehr arbeiteten, als Ihnen bezahlt wurde. Schon mit der Entscheidung des BAG vom 06.,5.2003 - 1 ABR 13/02 wurde dem Betriebsrat ein Auskunftsanspruch über die geleisteten Zeiten gegeben, selbst wenn diese wegen „Vertrauensarbeitszeit“ nicht aufgezeichnet wurden. Viele Arbeitgeber reagierten darauf mit sogenannter „Selbstaufschreibung“. Kann der Betriebsrat nunmehr einseitig und gegen den Willen des Arbeitgebers eine elektronische Zeiterfassung durchsetzen, die den Maßgaben der Entscheidung des EuGH vom 14.05.2019 halbwegs entspricht, ist ein großer Schritt getan. Noch sind damit nicht alle Probleme gelöst, etwa bei der Zeiterfassung in mobiler Arbeit, aber die Richtung stimmt.

Auch das LAG München (Beschl. vom 10.08.2021 – 3 TaBV 31/21) hat zuletzt bestätigt, dass der Betriebsrat die Einsetzung einer Einigungsstelle mit dem Regelungsgegenstand „Einführung von elektronischer Zeiterfassung“ verlangen kann.

Krikor R Seebacher, Rechtsanwalt

Anm.: Die vollständige Entscheidungsbesprechung wird demnächst in **Computer und Arbeit** im Bund-Verlag erscheinen.

der EuGH ...

Die Entscheidungen des EuGH beeinflussen seit Jahren die bundesdeutsche Arbeitsrechtslandschaft. Daher wollen wir - wie schon in den vergangenen Ausgaben von sfm-aktuell - einen Blick auf die Rechtsprechung des EuGH werfen. Die Entscheidungen selbst sind oft kompliziert formuliert und werden auch teils nur sehr holzschnittartig wiedergegeben. Wir hoffen, hier ein bisschen Transparenz schaffen zu können.

Kopftuchverbote wegen unternehmerischer Freiheit gerechtfertigt?

EuGH vom 15.07.2021 - C-341/19 und C-804/18

Die „Kruzifix-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts, Söders „Kreuzerlass“: religiöse Symbole in der Öffentlichkeit bzw. am Arbeitsplatz erregen seit jeher die Gemüter. Insbesondere das Tragen „muslimischer Kopftücher“ am Arbeitsplatz war in den letzten Jahren immer wieder Anlass und Inhalt arbeitsgerichtlicher Auseinandersetzungen und Entscheidungen.

Der EuGH hat am 15.07.2021 auf Vorlage des Bundesarbeitsgerichts bzw. des Arbeitsgerichts Hamburg zwei viel beachtete Entscheidungen zum Thema getroffen.

Die Fälle:

1. Eine bei einer deutschen Drogeriemarktkette beschäftigte Verkäuferin erhielt eine Kündigung, da sie sich einer entsprechenden Weisung des Arbeitgebers zur Wahrung der betrieblichen Neutralität widersetze und sich weigerte, ihr Kopftuch während der Arbeitszeit abzulegen (Az. C-341/19). Die Arbeitgeberin berief sich auf ihre unternehmerische Freiheit, außerdem den Schutz der negativen Religionsfreiheit ihrer Kunden.

2. Eine Erzieherin in einer privaten Kinderbetreuungseinrichtung wurde abgemahnt, weil sie weisungswidrig während der Arbeitszeit ihr Kopftuch trug (Az. C-804/18).

Die Auffassung des EuGH:

Der EuGH geht grundsätzlich von einem weiten Diskriminierungsverbot aus: Geschützt seien gleichermaßen Religion und Weltanschauung und zwar nicht nur als Freiheit, bestimmte Überzeugungen zu haben oder nicht, sondern auch als Freiheit, diese offen zum Ausdruck zu bringen, z.B. durch das Tragen bestimmter Kleidung oder von Symbolen. Eine unmittelbare Diskriminierung liege vor, wenn jemand „wegen“ der Religion oder Weltanschauung weniger günstig behandelt werde. Ein Verbot des Tragens sichtbarer Zeichen weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen am Arbeitsplatz stelle **keine unmittelbare Diskriminierung** dar, wenn und soweit das Gebot, sich neutral zu kleiden, allgemein und undifferenziert gelte.

Der EuGH geht jedoch von einer **mittelbaren Diskriminierung** aus. (Insbesondere nimmt der EuGH auch eine Diskriminierung wegen des Geschlechts an, weil statistisch von einer Regelung, die u.a. das Tragen von Kopftüchern aus religiösen Gründen untersagt, mehrheitlich Frauen betroffen seien. Die sich hieraus ergebenden interessanten Rechtsfragen diskutiert der EuGH - insoweit konsequent - allerdings nicht, da die Frage einer mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts nicht in den Anwendungsbebereich der von den Vorlagegerichten zur Auslegung angeführten RL 2000/78 falle

Er verweist darauf, es sei **Sache der vorlegenden Gerichte**, eine Geschlechterdiskriminierung zu prüfen.)

Eine mittelbar auf der Religion beruhende Ungleichbehandlung kann aus Sicht des EuGH nicht allein mit dem allgemeinen Willen des Arbeitgebers zum neutralen Auftritt seiner Belegschaft gerechtfertigt werden. Erforderlich sei eine sachliche Rechtfertigung durch ein rechtmäßiges Ziel. Darüber hinaus müssen die Mittel zur Zielerreichung angemessen und erforderlich sein. Nach Auffassung des EuGH ist der Neutralitätswille eines Arbeitgebers grundsätzlich ein rechtmäßiges, von der unternehmerischen Freiheit gedecktes Ziel. Der EuGH macht jedoch gegenüber früheren Entscheidungen noch deutlicher, dass alleine der Wille des Arbeitgebers nicht für eine sachliche Rechtfertigung ausreicht, sondern ein „wirkliches Bedürfnis“ bestehen müsse, das der Arbeitgeber nachzuweisen habe.

Der EuGH stellt damit folgende Voraussetzungen für ein Verbot von Bekenntniszeichen auf:

1. Es muss ein sichtbares Zeichen politischer, weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen vorliegen, d.h. ein Zeichen, dass die willentliche Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zu einem religiösen, weltanschaulichen oder politischen Bekenntnis anzeigt (nicht z.B. Markensymbole, „Stones-Zunge“, Veremblem etc.).

2. Der/die Beschäftigte muss dieses Zeichen für Kunden und/oder andere Beschäftigte am Arbeitsplatz deutlich und öffentlich „präsentieren“. Diese „maßgebliche Sichtbarkeit“ kann bei nur bei genauem Hinsehen sichtbaren Zeichen, wie z.B. kleinem, unauffälligen Anhänger an Halskette, entfallen. (Zu beachten ist allerdings, dass der EuGH ausdrücklich ausführt, ein Verbot könne nur dann gerechtfertigt sein kann, wenn es jede sichtbare Ausdrucksform politischer, weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen umfasst. Ein auf das Tragen „auffälliger großflächiger Zeichen“ beschränktes Verbot könne eine nicht zu rechtfertigende unmittelbare Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung

darstellen, weil sie geeignet ist, Personen, deren Religion das Tragen eines großen Kleidungsstücks oder Zeichens, wie beispielsweise einer Kopfbedeckung, vorzieht, stärker zu beeinträchtigen.)

3. Das Verbot darf selbst nicht rechtsmissbräuchlich sein (z.B. kein Verbot bestimmter missbilligter Bekenntniszeichen. Für ein isoliertes „Kopftuchverbot“ wird es auch wenn sich die Diskussion hierauf oft verengt kaum eine Rechtfertigung geben können.)

Die Beweislast für die o.g. Punkte trägt der Arbeitgeber.

Wahlordnung zum Sprecherausschußgesetz geändert

Kurz vor knapp wurde am 21.12.2021 die WOSprAuG den Anforderungen an die Änderungen durch das Betriebsrätemodernisierungsgesetz angepasst. Der Text ergibt sich aus dem sog. Referentenentwurf im Bearbeitungsstand 21.12.2021, zu finden unter:

<https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Referentenentwuerfe/ref-verordnung-zur-aenderung-der-wahlordnung-zum-sprecherausschussgesetz.pdf?blob=publicationFile&v=1>

Die Änderungen sind noch nicht in allen im Netz zu findenden Medien umgesetzt. Wer eine Version auf Aktualität prüfen möchte, muss einfach in § 1 nachsehen ob es nur 3 Absätze gibt (alt) oder 5 (neu).

Soweit im Anschluss an die Entscheidungen z.T. in verschiedenen Medien zu lesen war, Kopftuchverbote seien nunmehr vom EuGH „abgesegnet“, ist zu konstatieren, dass genau das so nicht stimmt. Der EuGH sieht zwar eine betriebliche Neutralitätspolitik als an sich legitimes Ziel, wenn es hierfür ein „wirkliches“ Bedürfnis gibt. Der EuGH stellt aber in der Folge ausdrücklich klar, dass günstigere nationale Vorschriften zur Religionsfreiheit durch die Gerichte der Mitgliedstaaten berücksichtigt werden dürfen. Damit vermeidet er schon im Ansatz einen möglichen Konflikt zwischen Unionsrecht und deutschem Verfassungsrecht. Das BVerfG verlangt (zuletzt in den beiden Entscheidungen vom 27.1.2015 –

1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10) für das Verbot von Zeichen politischer, weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen bzw. Kopftuchverboten ganz konkrete Störungen. An diese Rechtsprechung sind die Arbeitsgerichte wegen § 31 BVerfGG (weiterhin) gebunden.

Der Fall der Drogerieverkäuferin muss vom BAG allerdings nicht mehr entschieden werden, die Parteien haben sich offenbar im November 2021 verglichen.

09.03.2021, C-580/19, Stadt Offenbach) weiter und überträgt diese nun auch auf Ruhepausen.

Danach gilt: Eine Pause ist nur dann eine Ruhepause, wenn die Arbeitnehmer:innen sie frei gestalten können und nicht damit rechnen müssen, jederzeit zur Arbeitsleistung herangezogen zu werden. Ein schneller Imbiss, bei dem jederzeit das Telefon klingeln kann, ein Kantinenbesuch mit Piepser, der die betreffenden Arbeitnehmer:innen jederzeit zurück auf die Station beordern kann, das sind keine Ruhepausen, sondern Arbeitszeit.

Dies entspricht auch der Rechtsprechung des BAG, nach welcher Pausen i. S. von § 4 ArbZG im Voraus feststehende Unterbrechungen der Arbeit sind, in denen die Arbeitnehmer:innen weder Arbeit zu leisten noch sich dafür bereitzuhalten haben und frei über die Nutzung des Zeitraums bestimmen können (vgl. z.B. BAG vom 25.02.2015 - 5 AZR 886/12). Leider sieht der Arbeitsalltag vieler Beschäftigter - insbesondere im Krankenhaus- und Pflegebereich - oft anders aus. Insofern ist die Entscheidung aus Luxemburg zumindest nochmal ein wichtiges Signal.

Anmerkung: Das Urteil des EuGH betrifft lediglich die Einordnung als Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinne. Eine Entscheidung, ob und inwieweit sich hieraus eine Vergütungspflicht (d.h. Arbeitszeit im vergütungsrechtlichen Sinne) vorliegt, war - wie regelmäßig - nicht Gegenstand der EuGH-Entscheidung.

Barbara Renkl, RAin

Arbeitsunterbrechungen in „Alarmbereitschaft“ sind keine Ruhepausen

EuGH vom 09.09.2021 - C-107/19

Müssen Arbeitnehmer:innen während „Ruhepausen“ damit rechnen, einsatzbereit zu sein, ist dies als „Arbeitszeit“ im Sinne der **Arbeitszeitrichtlinie** (d.h. als Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinne) einzustufen, wenn sich aus einer Gesamtwürdigung der relevanten Umstände ergibt, dass die den Arbeitnehmer:innen während dieser Ruhepause auferlegten Einschränkungen von solcher Art sind, dass sie objektiv gesehen ganz erheblich die Möglichkeit beschränken, die Zeit, in der die beruflichen Leistungen nicht in Anspruch genommen werden, frei zu gestalten und sie eigenen Interessen zu widmen, so der EuGH am 09.09.2021 (Az. C-107/19).

Der EuGH führt hier konsequent seine zu Bereitschaftszeiten ergangenen Ausführungen (vgl. EuGH vom 21.02.2018, C-518/15 Matzak; EuGH vom

Beschlussvorlagen für Betriebs- und Personalräte:

www.sfm-arbeitsrecht.de

<https://sfm-arbeitsrecht.de/beschlusstexte-fuer-betriebsraete/>

<https://sfm-arbeitsrecht.de/beschlusstexte-fuer-personalraete/>

Frisch am Tisch:

LAG Düsseldorf vom 24.08.2021 – 3 TaBV 29/21 – Initiativrecht des BR zur technischen Arbeitszeiterfassung

Auch die 3. Kammer des LAG Düsseldorf sieht die mehr als 30 Jahre alte Entscheidung des BAG vom 28.11.1989 – 1 ABR 97/88 nicht mehr als Hinderungsgrund an, eine Einigungsstelle einzusetzen, wenn der Betriebsrat ein Initiativrecht hinsichtlich der technischen Arbeitszeiterfassung geltend macht.

+++

BAG vom 10.11.2021 – 5 AZR 334/21 – Einigungsstelle zur Verteilung von Boni eines ausländischen Konzerns

Fahrradlieferanten (Rider) können von ihren Arbeitgebern verlangen, dass diese ihnen die für die vereinbarte Tätigkeit als „Rider“ notwendigen essentiellen Arbeitsmittel – ein geeignetes verkehrstüchtiges Fahrrad und ein geeignetes Mobiltelefon, auf das die Lieferaufträge und -adressen mit der hierfür verwendeten App übermittelt werden – bereitstellen. Die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Arbeitsverträgen) vereinbarte Nutzung des eigenen Fahrrads und Mobiltelefons benachteiligt unangemessen iSv. §

307 Abs. 2 Nr. 1 iVm Abs. 1 Satz 1 BGB und ist daher unwirksam.

+++

BGH vom 23. Juni 2021 – VII ZB 15/18 – Keine Pfändung einer möglichen Kapitalabfindung von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung

Die Möglichkeit ein arbeitgeberseitiges Angebot, Leistungen der be-

Ausblick...

Anstehende Entscheidungen

- ❖ Mindestlohn bei Praktikum, BAG 19.01.2022 - 5 AZR 217/21
- ❖ Anspruch eines Betriebsrats auf Verhandlungen über einen Sozialplan hinsichtlich einer vor Wahl des Betriebsrats beschlossenen Betriebsänderung, BAG 08.02.2022 – 1 ABR 2/21
- ❖ Wirksamkeit einer mit Anscheinsvollmacht geschlossenen Betriebsvereinbarung, BAG 08.02.2022 - 1 AZR 233/21
- ❖ Wirksamkeit Betriebsratswahl, BAG 16.03.2022 – 7 ABR 29/20 und 7 ABR 38/20

trieblichen Altersversorgung in eine Kapitalabfindung umzuwandeln, ist nicht pfändbar. Es handelt sich um eine bloße rechtsgeschäftliche Handlungsmöglichkeit.

+++

BGH vom 15.06.2021 – VI ZR 576/19 – Recht auf Kopie nach Art. 15 DSGVO

Nach Art. 15 Abs. 1 DSGVO hat die betroffene Person das Recht, von dem Verantwortlichen eine Bestätigung darüber zu verlangen, ob sie betreffende personenbezogene Daten verarbeitet; ist dies der Fall, so hat

... und Rausblick

oder: sfm schreibt (auch) auswärts

In der Dezember-Ausgabe der **CuA –Computer und Arbeit** erläutert **Michael Fleischmann** „Was gilt bei IT-Systemen Dritter?“, im neuen Jahr folgt eine Besprechung der Entscheidung des LAG Köln vom 21.05.2021 zur Mitbestimmung bei Office365, **Krikor R. Seebacher** bespricht dort im neuen Jahr die Entscheidung des LAG Hamm vom 27.07.2021 zum Initiativrecht des BR zur Arbeitszeiterfassung.

Entgegen mancher Aussagen von Aufsichtsbehörden und in der Literatur ist das in Art. 15 DSGVO als zentralem Betroffenenrecht beinhaltetete Recht auf Kopien weit auszulegen. Im vorliegenden Fall hat der BGH die Korrespondenz zwischen dem Lebensversicherer und dem

sie ein Recht auf Auskunft über diese personenbezogenen Daten und bestimmte weitere Informationen. Gemäß Art. 15 Abs. 3 Satz 1 DSGVO stellt der Verantwortliche eine Kopie der personenbezogenen Daten, die Gegenstand der Verarbeitung sind, zur Verfügung.

Versicherungsnehmer, das Prämienkonto des Versicherungsnehmers und Daten des Versicherungsscheins sowie interne Vermerke und Kommunikation des Versicherers, die Informationen über den Versicherungsnehmer enthalten, grundsätzlich als Gegenstand des Auskunftsanspruchs nach Art. 15 Abs. 1 DSGVO angesehen.(fl)

Rechengrößen der Sozialversicherung 2022

	West		Ost	
	Monat	Jahr	Monat	Jahr
Beitragsbemessungsgrenze: allgemeine Rentenversicherung	7.050 €	84.600 €	6.750 €	81.000 €
Beitragsbemessungsgrenze: knapp-schaftliche Rentenversicherung	8.650 €	103.800 €	8.350 €	100.200 €
Beitragsbemessungsgrenze: Arbeitslosenversicherung	7.050 €	84.600 €	6.750 €	81.000 €
Versicherungspflichtgrenze: Kranken- und Pflegeversicherung	5.362,50 €	64.350 €	5.362,50 €	64.350 €
Beitragsbemessungsgrenze: Kranken- und Pflegeversicherung	4.837,50 €	58.050 €	4.837,50 €	58.050 €
Bezugsgröße in der Sozialversicherung	3.290 €	39 480 €	3.150 €	37.800 €
vorläufiges Durchschnittsentgelt/Jahr in der Rentenversicherung	38.901 €			

Die Verordnung vom 30.11.2021 folgt – soweit für uns ersichtlich – dem Referentenentwurf. Dieser findet sich mit Erläuterungen unter

https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Referentenentwuerfe/ref-verordnung-rechengoessen-der-sozialversicherung-2022.pdf?__blob=publicationFile&v=2

Die VO selbst ist am 06.12.2021 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht worden:

https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl121s5044.pdf#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s5044.pdf%27%5D_1640603433738



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

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

+++ [@sfmarbeitsrecht](https://www.instagram.com/sfmarbeitsrecht) +++

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), Tanja Himmelsdorfer (tb), Andreas Müller (mü); Dank auch an die weiteren Kolleginnen und Kollegen für Anregungen und 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: Die letzten Ausgaben der sfm-aktuell können unter www.sfm-arbeitsrecht.de heruntergeladen werden.

Die Weitergabe an Interessierte ist ausdrücklich gestattet