

Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Schwerpunkt Arbeitsrecht

Ausgabe Juni 2020

Inhalt:

[Im Blickpunkt.....Seite 1](#)

[Rechtsprechung.....Seite 33](#)

[KurzmeldungSeite 44](#)

IM BLICKPUNKT

Corona Spezial – die arbeitsrechtlichen und praktischen Folgen von Covid19 für Unternehmen

Wegen des Corona-Virus müssen Unternehmen derzeit Lösungen für zahlreiche außergewöhnliche Probleme finden. Zu denken ist beispielsweise an die staatlich angeordnete Schließung bzw. die Einschränkungen beim Betrieb von Geschäften und Gastronomiebetrieben oder den Zusammenbruch von Lieferketten sowie den Wegfall von Absatzmöglichkeiten. Die schrittweisen Lockerungen der behördlichen Maßnahmen bringen weitere Herausforderungen mit sich. All das belastet die Unternehmen massiv und führt dazu, dass Mitarbeiter nicht oder nicht mehr im bisherigen Umfang beschäftigt werden können. Wo gearbeitet wird, sehen sich Unternehmen und Arbeitnehmer mit der Verlagerung von Tätigkeiten ins Homeoffice, Quarantäneanordnungen, geänderten Arbeitsschutzanforderungen und mit dem temporären Wegfall sämtlicher Kinderbetreuungseinrichtungen konfrontiert. Der Gesetzgeber hat auf diese Herausforderungen im Rekordtempo reagiert und ein breites Instrumentarium an arbeitsrechtlichen Reaktionsmöglichkeiten geschaffen. In diesem Beitrag erhalten Sie einen Überblick über wichtige arbeitsrechtliche Aspekte der Krise, die in den nachfolgenden Beiträgen vertieft werden.

Anwesenheit am Arbeitsplatz

Die häufigste Frage ist nach wie vor, ob die fortgeschrittene Ausbreitung des Virus etwas an der generellen Arbeitsverpflichtung am Arbeitsplatz ändert. Die Antwort ist klar und eindeutig: Nein. Die aktuelle Gefährdungslage ändert nichts an der generellen Arbeitspflicht. Zudem soll nach dem Willen der Politik der Wirtschaftsstandort Deutschland nun auch schrittweise wieder hochgefahren werden. Ein Mitarbeiter muss daher unverändert am Arbeitsplatz erscheinen, wenn der Arbeitgeber dies verlangt und keine anderslautenden behördlichen Anordnungen existieren. Die Angst vor einer möglichen Ansteckung berechtigt den Mitarbeiter nicht, eigenmächtig der Arbeit fern zu bleiben. Es gibt derzeit auch kein gesetzlich garantiertes Recht auf Homeoffice. Bundesarbeitsminister Hubertus Heil will zwar das Recht auf Arbeit von zu Hause bis Herbst gesetzlich verankern. Da dieses Thema jedoch seit längerer Zeit umstritten ist, bleibt die politische Entwicklung abzuwarten.

Praxistipp:

Abweichende individuelle Vereinbarungen sind möglich, waren aber zumindest bis zur Coronakrise nicht sehr verbreitet. Wenn Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern dieser Tage vermehrt die Möglichkeit zum Arbeiten aus dem Homeoffice einräumen, kommen sie damit freiwillig ihrer Fürsorgepflicht nach, die Gesundheit ihrer Mitarbeiter zu schützen. Gibt es jedoch Gründe, die die Anwesenheit des Mitarbeiters am Arbeitsplatz erfordern, kann der Arbeitgeber die Tätigkeit im Homeoffice verweigern. In der aktuellen Situation sollten Unternehmen und Mitarbeiter aber natürlich auch weiterhin genau abwägen, wann eine Anwesenheit am Arbeitsplatz tatsächlich notwendig ist und wann man in das Homeoffice ausweichen kann.

Gesteigerte Anforderungen an den Arbeitsschutz

Bereits vor Corona musste der Arbeitgeber geeignete Maßnahmen treffen, um die Gesundheit und körperliche Unversehrtheit seiner Mitarbeiter zu schützen. Wegen der aktuellen Pandemie werden vom Arbeitgeber nun aber weitere Maßnahmen gefordert. Mit besonderen technischen Maßnahmen kann der Arbeitgeber einen besseren Schutz seiner Beschäftigten sicherstellen. Maßgeblich sind dabei immer die betrieblichen Umstände vor Ort, es lassen sich aber einige Grundsätze festhalten: Eine sinnvolle Arbeitsplatzgestaltung kann durch die Einzelbelegung von Büros, das Einführen eines 1,5-Meter-Mindestabstands zwischen Einzelarbeitsplätzen oder gegebenenfalls die Installation von Trennwänden erreicht werden. In Gemeinschaftsräumen wie Sanitärräumen, Kantinen oder Pausenräumen muss für regelmäßige und ausreichende Reinigung und Belüftung gesorgt werden. Zudem müs-

sen Desinfektionsmittel für die Mitarbeiter bereitstehen. Die Abstandsregeln sind auch dort ebenso wie in Treppenhäusern und Fahrstühlen einzuhalten. Die wohl größte Umstellung wird das Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes und etwaiger zusätzlich nötiger persönlicher Schutzausrüstung sein.

Der Arbeitgeber hat darauf zu achten, dass Mund-Nasen-Bedeckungen von den Beschäftigten getragen werden, wenn im Kontakt zu anderen Personen die Schutzabstände nicht gewahrt werden können. Abstand halten und die Vermeidung persönlicher Kontakte werden wohl für längere Zeit wichtige Grundsätze der „neuen Normalität“ sein.

Arbeitgeber können, falls möglich, darüber hinaus besondere organisatorische Maßnahmen erwägen. Durch die Einführung von Schichtsystemen für versetzte Arbeitszeiten und Pausen kann zum Beispiel das Unternehmen eine Verringerung der Belegungsdichte von Arbeitsbereichen und Sozialeinrichtungen herbeiführen, um die Schutzabstände zu gewährleisten. Arbeitsmittel und Werkzeuge sollten nach Möglichkeit immer nur von einer Person verwendet werden. Entscheidend ist auch, konkrete Handlungsanweisungen zu implementieren, die eine rasche Aufklärung von Verdachtsfällen auf eine Covid-19-Erkrankung ermöglichen. Dabei kommt mit Blick auf die Nachverfolgbarkeit einer möglichen Infektion auch der Zutrittskontrolle von betriebsfremden Personen eine erhöhte Bedeutung zu.

Das Angebot einer individuellen Beratung, etwa mit dem Betriebsarzt, kann eine arbeitsmedizinische Vorsorge und den Schutz besonders gefährdeter Personen aufgrund einer Vorerkrankung oder einer individuellen Disposition ermöglichen. Ängste und psychische Belastungen sollten durch Gespräche mit den Beschäftigten ebenfalls thematisiert werden, um Belastungen möglichst früh erkennen und minimieren zu können.

Verdachtsfälle und Infektionen im Unternehmen

Wenn es Verdachtsfälle oder nachgewiesene Infektionen im Unternehmen gibt, sollte der Arbeitgeber dringend weitergehende Maßnahmen ergreifen. Mitarbeiter mit Krankheitssymptomen sind aufzufordern, das Betriebsgelände umgehend zu verlassen bzw. zuhause zu bleiben, bis eine ärztliche Klärung des Verdachts erfolgt ist. Bei einem konkreten Verdacht muss sich der betroffene Mitarbeiter aber auch selbst sofort isolieren und eine ärztliche Untersuchung auf das Corona-Virus veranlassen. Für die Meldung an das Gesundheitsamt ist grundsätzlich der Arzt zuständig, der die Untersuchung durchführt.

Im zweiten Schritt hat der Arbeitgeber zu ermitteln, welche anderen Personen (Kollegen/Kunden) direkten Kontakt zum betroffenen Mitarbeiter hatten. Diese müssen über die

Ansteckungsgefahr durch den Verdachtsfall informiert werden. Besteht ein akuter Verdacht, sind auch diese Mitarbeiter aufzufordern, sich auf eine Infektion testen zu lassen und bis zur ärztlichen Aufklärung ist die Möglichkeit, im Homeoffice zu arbeiten, zu nutzen oder die Mitarbeiter sind notfalls bezahlt freizustellen. Grundsätzlich ist es empfehlenswert, regelmäßig bei den zuständigen öffentlichen Behörden und Einrichtungen Informationen über die aktuellen Empfehlungen zum Vorgehen im Verdachtsfall einzuholen.

Ausfall von Arbeitnehmern

Wenn Arbeitnehmer dieser Tage nicht zur Arbeit erscheinen können, sind verschiedene Fallgruppen zu unterscheiden:

- **Krankheit**

Arbeitsunfähig erkrankte Arbeitnehmer erhalten vom Arbeitgeber für die Dauer von sechs Wochen grundsätzlich ihre Vergütung fortgezahlt. Sie müssen ihre Arbeitsunfähigkeit bei Ausfällen von mehr als drei Tagen durch ärztliches Attest nachweisen. Bei leichten Beschwerden der oberen Atemwege reicht noch bis zum 31. Mai 2020 ein Anruf beim Arzt, um eine Krankschreibung für bis zu 14 Tage zu erhalten. Ob es eine weitere Verlängerung der entsprechenden Regelung geben wird, war bei Redaktionsschluss noch nicht bekannt und bleibt abzuwarten.

- **Quarantäne**

Darf ein Arbeitnehmer wegen der behördlichen Anordnung von Quarantäne oder eines Tätigkeitsverbots nicht zur Arbeit erscheinen, ohne arbeitsunfähig erkrankt zu sein, besteht grundsätzlich ein Erstattungsanspruch des Arbeitgebers gegenüber staatlichen Stellen nach dem Infektionsschutzgesetz für das weiter bezahlte Gehalt. Derzeit wird allerdings noch uneinheitlich beurteilt, ob es den Erstattungsanspruch ausschließt, wenn der Arbeitgeber auf Grund von § 616 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) zur Gehaltsfortzahlung verpflichtet ist. Nähere Details hierzu können Sie dem Beitrag Müller-Machwirth /Pflästerer „Lockdown – Konsequenzen für die Entgeltzahlung, öffentliche Entschädigungsansprüche und Reaktionsmöglichkeiten für Arbeitgeber“ auf Seite 7 entnehmen.

- **Fehlende Kinderbetreuung**

Arbeitnehmer, die Verdienstauffälle erleiden, weil sie ihre Kinder unter 12 Jahren infolge der Schließung von Kitas und Schulen selbst betreuen müssen, können ebenfalls eine

Entschädigung nach dem Infektionsschutzgesetz erhalten. Diese beträgt 67 Prozent des Nettoverdienstaufschlags, maximal EUR 2.016 monatlich. Sie wird vom Arbeitgeber gezahlt, der seinerseits eine Erstattung durch staatliche Stellen beantragen kann. Genaueres hierzu finden Sie im Beitrag von Biebl „Stresstest für Eltern und pflegende Angehörige“ auf Seite 14.

Kurzarbeit, Kurzarbeitergeld und Aufstockungszahlungen

Kurzarbeit bedeutet, dass wegen eines erheblichen Arbeitsausfalls die Arbeitszeit und in der Konsequenz das Arbeitsentgelt vorübergehend reduziert werden. Der besondere Vorteil besteht darin, dass der Entgeltausfall zum Teil in Form von Kurzarbeitergeld von der Arbeitsagentur ausgeglichen wird. Die Rahmenbedingungen der Kurzarbeit wurden im Rahmen der Coronakrise modifiziert, um die Inanspruchnahme attraktiver zu machen. Beschlossen ist zudem eine von Dauer und Umfang der Kurzarbeit abhängige Aufstockung des Kurzarbeitergeldes auf bis zu 87 Prozent des Lohnausfalls. Wie sich diese gesetzliche Aufstockung auf bisher freiwillig von Arbeitgebern gewährte Aufstockungsleistungen zum Kurzarbeitergeld auswirkt, wird von der Auslegung der Aufstockungszusagen der Arbeitgeber abhängen. In künftig neu abzuschließenden Kurzarbeitsvereinbarungen, die Aufstockungszusagen enthalten, sollte vorsorglich eine Anrechnungsklausel vorgesehen werden.

Die Erfahrungen aus der Bankenkrise 2008/2009 lehren, dass sich mit Kurzarbeit in sehr vielen Fällen der Abbau von Arbeitsplätzen verhindern lässt. Daher lohnt ein Blick darauf, wie Kurzarbeit im Detail funktioniert. Lesen Sie hierzu den Beitrag von Müller-Machwirth/Pflästerer „Lockdown – Konsequenzen für die Entgeltzahlung, öffentliche Entschädigungsansprüche und Reaktionsmöglichkeiten für Arbeitgeber“ auf Seite 7.

Arbeitszeit

Durch die Covid-19-Arbeitszeitverordnung werden für bestimmte systemrelevante Tätigkeiten bis zum 30. Juni 2020 Ausnahmen von den Arbeitszeitvorschriften zugelassen. Erfasst werden insbesondere medizinische Berufe, Beschäftigte der Polizei und Feuerwehr sowie Beschäftigte, die in der Produktion und Distribution sogenannter existenzieller Güter tätig sind. Dies betrifft die Höchstarbeits- und die Mindestruhezeiten sowie das grundsätzliche Beschäftigungsverbot an Sonn- und Feiertagen. Die Ausnahmen müssen wegen der Covid-19-Pandemie zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, des Gesundheitswesens und der pflegerischen Versorgung, der Daseinsvorsorge oder zur Versorgung der Bevölkerung mit existenziellen Gütern notwendig sein. Wegen der negativen

Auswirkungen auf die Gesundheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer hat der Arbeitgeber im Rahmen seiner Fürsorgepflicht bei Nutzung der durch die Verordnung ermöglichten Abweichungen stets abzuwägen.

Urlaub

Auch in Bezug auf Urlaub treten zahlreiche Fragestellungen auf. Können Mitarbeiter, die eine geplante Urlaubsreise z. B. wegen etwaiger Reisebeschränkungen nicht antreten, ihren bereits beantragten und genehmigten Urlaub zurückzugeben? Darf ein Arbeitgeber, der die Mitarbeiter nicht voll auslasten kann, die Belegschaft oder einzelne Mitarbeiter in Zwangsurlaub schicken, um bei Wiederanlaufen des Geschäfts nach der Krise nicht auch noch Urlaubsansprüche erfüllen zu müssen? Mehr zum Thema Urlaub lesen Sie im Beitrag von Allmendinger, „Urlaub wider Willen?“ auf Seite 20.

Kündigungen

Wenn der Arbeitgeber davon ausgeht, dass der Arbeitsanfall infolge der Coronakrise nicht nur vorübergehend, sondern dauerhaft sinken wird, ist Kurzarbeit keine Option, denn sie dient nur zur Überbrückung temporärer Ausfälle. In diesem Fall können Unternehmen sich zum Abbau von Arbeitsplätzen entschließen und Kündigungen aussprechen. Dabei sind in Betrieben mit mehr als zehn Arbeitnehmern die Vorgaben des Kündigungsschutzgesetzes, insbesondere zur Sozialauswahl zwischen mehreren für eine Kündigung in Betracht kommenden Mitarbeitern, und zur Erstattung einer Massenentlassungsanzeige zu beachten. In Betrieben mit Betriebsrat können zudem die Verhandlung eines Interessenausgleichs und der Abschluss eines Sozialplans nötig sein. Mehr zum Thema Personalabbau lesen Sie im Beitrag von Methfessel, „Corona und kein Ende in Sicht – Was, wenn der Personalabbau unvermeidbar wird?“ auf Seite 27.

Formerleichterung für die Betriebsratsarbeit

Um die Handlungsfähigkeit der Betriebsräte auch in Zeiten der Corona-Pandemie zu sichern, wurde ein neues Gesetz verabschiedet. Hiernach können Sitzungen und Beschlussfassungen des Betriebsrats abweichend von der eigentlich erforderlichen Abhaltung unter körperlicher Anwesenheit mittels Video- oder Telefonkonferenz erfolgen. Es muss jedoch sichergestellt sein, dass Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können. Eine Aufzeichnung ist unzulässig. Die Regelung soll rückwirkend ab dem 1. März 2020 und befristet bis

zum 31. Dezember 2020 gelten. Auch hierzu finden Sie in dieser Newsletter-Ausgabe einen Beitrag (Biebl / Lee, „Digitale Betriebsratsarbeit auf der Zielgeraden“, Seite 16).

Jasmin Onderscheka

Rechtsanwältin BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH München

Dr. Corinne Klapper

Rechtsanwältin | Fachanwältin für Arbeitsrecht BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH München

Fee Clemens

Rechtsanwältin BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH München

Martin Biebl

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH München

Lockdown – Konsequenzen für die Entgeltzahlung, öffentliche Entschädigungsansprüche und Kurzarbeit als Option für Arbeitgeber

Die Bundesregierung und die Regierungen der Bundesländer haben im März gemeinsame Leitlinien zum weiteren Vorgehen gegen die Sars-Co-V2-Pandemie vereinbart. Neben Schließungen von Schulen und Kinderbetreuungsstätten, der Schließung von öffentlichen und privaten Freizeiteinrichtungen sowie Regelungen für den Einzelhandel, das Gaststätten- und Hotelgewerbe ist das generelle „Kontaktverbot“ eingeführt und Anfang Mai modifiziert worden. Die Gesundheitsbehörden können außerdem im Rahmen des Bundesinfektionsschutzgesetzes (IfSG) einzelfallbezogene Maßnahmen ergreifen, wozu insbesondere die Verhängung einer Quarantäne und das berufliche Tätigkeitsverbot gehören. Es kann auch die Schließung des Betriebs angeordnet werden. Diese grob umschriebenen Maßnahmen stellen Arbeitgeber vor erhebliche Herausforderungen. Aber auch in Betrieben, die von diesen Maßnahmen nicht unmittelbar betroffen sind, stellen sich weitere Fragen im Arbeitsverhältnis, die nach der Reaktion auf zurückgegangene Nachfrage und ausbleibende Umsätze. Schließlich sind auch Probleme der (arbeitsfähigen) Mitarbeiter bei der Betreuung Angehöriger und die erschwerte Möglichkeit, den Arbeitsplatz zu erreichen, zu thematisieren.

Orientierungshilfen und Hinweise, auch aus anderen Fachbereichen, finden Sie in unserem laufend aktualisierten Corona-Informationscenter (<https://www.beitenburkhardt.com/de/coronainformationscenter>).

Unmittelbare Betroffenheit des Arbeitnehmers – Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit

Arbeitnehmer, die sich mit Sars-Co-V2 infiziert haben, werden nicht selten auch als arbeitsunfähig erkrankt anzusehen sein. Entsprechend finden auf solche Fälle die üblichen Regelungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes (EFZG) Anwendung. Die Entgeltfortzahlung ist somit im Regelfall für bis zu sechs Wochen vom Arbeitgeber zu leisten. Fälle einer „verschuldeten“ Arbeitsunfähigkeit, die zu einem Ausschluss der Entgeltfortzahlung führen, sind im Grundsatz denkbar (z. B. bei einer Teilnahme an „Corona-Partys“ oder Verstoß gegen das Kontaktverbot), dürften regelmäßig aber nicht vorliegen.

Praxistipp:

Für kleinere Betriebe (mit nicht mehr als 30 Arbeitnehmern) kommen nach allgemeinen Grundsätzen die Erstattungsansprüche aus dem „U1“-Verfahren nach § 1 Abs. 1 Anwendungsausgleichsgesetz in Betracht, so dass 80 Prozent der für die Entgeltfortzahlung aufgewandten Beträge erstattet werden können.

Einzelmaßnahmen nach dem Ifsg: Quarantäne, Tätigkeitsverbote im Fall unmittelbarer Betroffenheit eines Arbeitnehmers

§ 28 IfSG stellt für die zuständigen Behörden die allgemeine Grundlage für das Ergreifen der im Einzelfall erforderlichen Schutzmaßnahmen dar, um die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern. Danach können insbesondere Quarantänemaßnahmen (§ 30 IfSG) eingeleitet und berufliche Tätigkeitsverbote (§ 31 IfSG) verhängt werden. In beiden Fällen kann die Arbeitsleistung nicht länger erbracht werden.

Für den Verdienstaufschlag kann ein Entschädigungsanspruch gegen die Behörden nach § 56 Abs. 1 S. 1, 2 IfSG bestehen. Für die ersten sechs Wochen wird die Entschädigung in Höhe des Verdienstaufschlags gewährt und richtet sich danach an der Höhe des Krankengeldes nach § 47 Abs. 1 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch aus (§ 56 Abs. 2 IfSG). Der Arbeitgeber hat während der ersten sechs Wochen die Entschädigung auszus zahlen und erhält dafür einen Erstattungsanspruch gegen die zuständige Behörde (§ 56 Abs. 5 IfSG). Dieser Erstattungsanspruch ist binnen drei Monaten nach Einstellung der konkreten Tätigkeit bzw. Ende der Quarantänemaßnahme („Absonderung“) zu stellen (§ 56 Abs. 11 IfSG). Die Behörde hat dem Arbeitgeber auf Antrag einen Vorschuss auf die Entschädigungszahlung zu gewähren (§ 56 Abs. 12 IfSG). Dies gilt nur für die Fälle, in denen eine entsprechende Einzelmaßnahme

verhängt worden ist. Wie mit allgemeinen Schließungsverfügungen der Bundesländer umzugehen ist, wird weiter unten erläutert.

Praxistipp:

Der Anspruch kann daran scheitern, dass im Arbeitsverhältnis § 616 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) Anwendung findet. Dies gilt es zu klären. Der Erstattungsanspruch sollte vorsorglich gestellt werden, was binnen drei Monaten nach Einstellung der konkreten Tätigkeit bzw. Ende der Quarantänemaßnahme („Absonderung“) zu erfolgen hat (§ 56 Abs. 11 IfSG).

Liegt eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit bereits vor, wenn eine behördliche Einzelmaßnahme verhängt wird, so bestehen keine Ansprüche auf Entschädigung nach § 56 IfSG.

Unmittelbare Betroffenheit des Betriebs

Betriebe sind unmittelbar von behördlichen Maßnahmen betroffen, wenn die Schließung oder Einschränkung der Geschäftstätigkeit angeordnet wird.

Covid-19-(Verdachts-)Fall im Betrieb – Pflicht zur Weiterzahlung des Lohns

Der Grundsatz „kein Lohn ohne Arbeit“ ist insbesondere durch die Grundsätze der „Betriebsrisikolehre“ durchbrochen. Danach hat der Arbeitgeber den Lohn auch ohne Gegenleistung der Arbeitnehmer fortzuzahlen, wenn der Grund für die Schließung oder Beeinträchtigung des Betriebs der Arbeitgebersphäre zuzuordnen ist und zwar unabhängig davon, ob den Arbeitgeber an dieser Beeinträchtigung ein Verschulden trifft. Ob ein Fall der behördlich angeordneten, Sars-Co-V2-bedingten Schließung als Fall des den Arbeitgeber treffenden Betriebsrisikos anzusehen ist, kann nicht allgemeingültig vorhergesagt werden. Wir gehen aktuell davon aus, dass die Risikoverteilung tendenziell zu Lasten des Unternehmens geht, d.h. es verpflichtet ist, die Vergütung fortzuzahlen. Dies bedarf aber stets der konkreten Überprüfung im Einzelfall.

Entschädigungsansprüche nach dem IfSG kommen für Unternehmen in der Form juristischer Personen nicht zum Tragen. Das IfSG sieht allein für Selbständige in § 56 Abs. 4 IfSG einen eigenständigen Entschädigungsanspruch vor. In besonderen Fällen, in denen die Schließung den Betrieb in außergewöhnlicher Weise trifft, kommt ein Anspruch aus „Aufopferung“ in Betracht, letztlich also mit dem Argument, dass der Inhaber mit der Schließung – anders als weite Teile der Betriebe – ein „Sonderopfer“ im Allgemeininteresse auf sich nehmen muss.

Sollte eine solche Lage bestehen, so ist anzuraten, vorsorglich binnen der o. g. Drei-Monats-Frist nach (§ 56 Abs. 11 IfSG) einen Anspruch geltend zu machen.

Generell empfehlen wir, die Möglichkeiten der Kurzarbeit zu prüfen, dazu unten. Davon machen derzeit sehr viele Unternehmen Gebrauch.

Vorsorgliche Schließung oder Einschränkung der Geschäftstätigkeit

In allen Bundesländern bestehen aktuelle, landesrechtliche Regelungen, welche Maßnahmen in einzelnen Wirtschaftszweigen mit Publikumsverkehr zu ergreifen sind. Die betroffenen Betriebe haben kurzfristig den Betrieb einzustellen, wobei es derzeit aktuell in ganz Deutschland zu unterschiedlichen Lockerungen kommt. Die Beeinträchtigungen für den Publikumsverkehr wirken sich aber immer noch massiv auf die Geschäftstätigkeit aus. Sobald die allgemeinen Flexibilisierungsinstrumente (insbesondere Abbau von Zeitkonten, ggf. Einsatz von Urlaubstagen) nicht mehr greifen, wird die Freistellung von der Arbeitsleistung zu erfolgen haben. Diese Freistellung aber hat bezahlt zu erfolgen. Denn das allgemeine Risiko der fehlenden Einsetzbarkeit der Arbeitskräfte trägt der Arbeitgeber (Wirtschaftsrisiko). Weder Ansprüche auf Entschädigung nach § 56 IfSG noch Ansprüche aus „Aufopferung“ kommen hier realistisch in Betracht – Letzteres aus unserer Sicht insbesondere deshalb nicht, da gerade nicht einem einzelnen Betrieb ein „Sonderopfer“ auferlegt wird, sondern die gesamte Branche betroffen ist. Letztlich wird daher auch in diesen Konstellationen die Nutzung der Kurzarbeit Mittel der Wahl sein.

Mittelbare Folgen von SARS-COV-2-Fällen

Durch die flächendeckende Schließung der Schulen und Kinderbetreuungseinrichtungen geraten viele Arbeitnehmer mit jüngeren Kindern in erhebliche Betreuungsprobleme (lesen Sie hierzu den nachfolgenden Beitrag von Biebl, „Stresstest für Eltern und pflegende Angehörige“). Es steht zu befürchten, dass Stockungen im Betriebsablauf von Kundenunternehmen mittelbar zu einer reduzierten Auftragslage im eigenen Betrieb führen.

Reduzierter Arbeitsanfall wegen zurückgehender Kundenaufträge

Einbrüche bei den Auftragseingängen sind die mittelbaren Folgen der Sars-Co-V2-Pandemie. Arbeitsrechtlich hat der Arbeitgeber ungeachtet der Auftragslage die Arbeitsverträge zu erfüllen, d.h. jedenfalls die vereinbarte Vergütung zu zahlen (Wirtschaftsrisiko). Als

Bollwerk gegen massenhafte Beendigungskündigungen steht jedoch das Mittel der Kurzarbeit zur Verfügung.

Einführung von Kurzarbeit sowie weitere öffentliche Unterstützungspakete

Abgesehen von der Nutzung der allgemeinen Flexibilisierungsinstrumente wie Nehmen von Urlaub und Einsatz etwaiger Arbeitszeitguthaben – Maßnahmen, die nur kurzfristige Entlastung geben können und angesichts der zu erwartenden Dauer der Beeinträchtigungen keine Lösung sind – stellt aktuell die Einführung von Kurzarbeit den Königsweg dar. Bereits in der Finanzkrise 2008 war Kurzarbeit ein effizientes Mittel, kurzfristig auf Arbeitsmangel zu reagieren, ohne weite Teile der Belegschaft entlassen zu müssen. Wenn die Krise beendet ist, dann kann schnell der Betrieb wieder „hochgefahren“ werden.

Bundestag und Bundesrat haben die Reform des Kurzarbeitergeldes im März verabschiedet. Die Neuerungen sehen eine erleichterte Inanspruchnahme vor (bereits bei Betroffenheit von nur zehn Prozent der Beschäftigten; der Aufbau negativer Arbeitszeitsalden ist nicht erforderlich), beinhalten einen weiteren Anwendungsbereich (auch Leiharbeitnehmer sind erfasst) und sorgen für erheblich erhöhte Entlastung der Arbeitgeber (Sozialversicherungsbeiträge werden zu 100 Prozent erstattet). Daneben sind konkrete Maßnahmenpakete zur Liquiditätsversorgung in die Wege geleitet, deren Nutzung im Einzelfall zu prüfen ist.

Einführung von Kurzarbeit

Kommt es zu einem Arbeitsausfall mit Entgeltausfall, da der Betrieb auf behördliche Anordnung hin schließen muss, so kommt Kurzarbeit und damit ein Anspruch der betroffenen Arbeitnehmer auf Kurzarbeitergeld in Betracht. Kurzarbeit bedeutet die vorübergehende Verringerung der regelmäßigen Arbeitszeit mit entsprechender Entgeltreduzierung in einem Betrieb aufgrund eines erheblichen Arbeitsausfalls. Von der Kurzarbeit können alle oder nur ein Teil der Arbeitnehmer des Betriebes betroffen sein. Die betroffenen Arbeitnehmer arbeiten bei Kurzarbeit weniger oder überhaupt nicht.

Im Folgenden geben wir einen Überblick, wie Kurzarbeit eingeführt werden kann, wie es beantragt und in welcher Höhe es ausgezahlt wird. Die Prüfung der Voraussetzungen im Einzelfall bleibt naturgemäß erforderlich.

Die Einführung der Kurzarbeit bedarf einer rechtlichen Grundlage. Diese kann ein Tarifvertrag, eine Betriebsvereinbarung oder die arbeitsvertragliche Regelung sein. Soweit Arbeitnehmer nicht bereit sind, eine arbeitsvertragliche Regelung zur Kurzarbeit zu vereinbaren, bleibt letztlich nur die (außerordentliche) Änderungskündigung.

Rückwirkend ab 1. März 2020 werden erhebliche Erleichterungen für die Gewährung von Kurzarbeit gelten: Anspruch auf Kurzarbeitergeld besteht bereits, wenn mindestens zehn Prozent der Beschäftigten (normal: mindestens 1/3 der Beschäftigten mit Entgeltausfall) einen Arbeitsentgeltausfall von mehr als zehn Prozent haben. Anfallende Sozialversicherungsbeiträge für ausgefallene Arbeitsstunden werden zu 100 Prozent erstattet (normal: keine Erstattung). Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter können ebenfalls in Kurzarbeit gehen und haben Anspruch auf Kurzarbeitergeld (normal: kein Anspruch auf Kurzarbeitergeld). Auf den Aufbau negativer Arbeitszeitsalden (wenn dies tarifvertraglich geregelt ist) kann verzichtet werden (normal: zuerst Aufbau negativer Arbeitszeitsalden und dann erst Kurzarbeitergeld).

Der Arbeitsausfall muss auf wirtschaftliche Gründe oder ein unabwendbares Ereignis zurückzuführen sein. Hierzu zählen grundsätzlich auch die Folgen von Sars-Co-V2. Dies hat die Bundesagentur für Arbeit (BA) bereits klargestellt. Ein unabwendbares Ereignis liegt auch vor, wenn der Arbeitsausfall auf behördliche Maßnahmen zurückgeht, die der Arbeitgeber nicht zu vertreten hat. Hinzukommen muss die Einhaltung der Mindestgrenze, wonach zehn Prozent der Beschäftigten einen Arbeitsentgeltausfall von mehr als zehn Prozent haben.

Die Antragstellung geschieht in zwei Schritten:

Anzeige des Arbeitsausfalls bei der BA, wobei die Erfüllung der Voraussetzungen darzulegen und glaubhaft zu machen ist. Der Zeitpunkt der Anzeige ist für den Bezugszeitraum des Kurzarbeitergeldes maßgeblich. Kurzarbeitergeld wird frühestens ab dem Kalendermonat gezahlt, ab dem die Anzeige des Arbeitsausfalls bei der BA eingegangen ist. Beruht der Arbeitsausfall auf einem unabwendbaren Ereignis, gilt die Anzeige für den entsprechenden Kalendermonat als erstattet, wenn sie unverzüglich erstattet worden ist.

In einem zweiten Schritt muss der Arbeitgeber einen Leistungsantrag für jeden einzelnen Arbeitnehmer bei der Arbeitsagentur stellen. Der Antrag ist für den jeweiligen Monat innerhalb einer Ausschlussfrist von drei Monaten zu stellen. Die Frist beginnt mit dem Ablauf des Kalendermonats, in dem die Tage der Kurzarbeit liegen. Die Auszahlung des Kurzarbeitergeldes erfolgt an den Arbeitgeber, der das Kurzarbeitergeld an den Arbeitnehmer weiterleitet. Dies geschieht entweder mit der Zahlung des um die ausgefallene Arbeit reduzierten Entgelts (soweit die Arbeit nicht vollständig ausfällt), oder der Arbeitgeber wartet die Kurzarbeitergeldleistung durch die Arbeitsagentur ab und zahlt dann erst aus. Der Vorteil besteht bei dieser Variante darin, nicht in Vorleistung treten zu müssen.

Leistungsumfang des Kurzarbeitergeldes

Kurzarbeitergeld kann für eine Dauer von bis zu zwölf Monaten bewilligt werden. Es wird in derselben Höhe wie Arbeitslosengeld bezahlt und beträgt 67 bzw. 60 Prozent der Differenz zwischen dem pauschalierten Nettoentgelt, das ohne Arbeitsausfall gezahlt worden wäre, und dem pauschalierten Nettoentgelt aus dem tatsächlich erhaltenen Arbeitsentgelt. Soweit die Arbeit nicht vollständig ausfällt, hat der Arbeitgeber also das um den Ausfall reduzierte, noch verbleibende Entgelt zu zahlen. Zwischenzeitlich ist auch eine stufenweise Erhöhung des Kurzarbeitergeldes auf bis zu 87 Prozent (mit Kind) vom Bundestag beschlossen worden.

Praxistipp

Je nach wirtschaftlicher Situation kann der Arbeitgeber zusätzliche Aufstockungsleistungen gewähren, um die Ausfälle der Beschäftigten weiter zu mindern. Insbesondere Tarifverträge, aber auch Betriebsvereinbarungen sehen solche Zusatzleistungen vor. Bei individualvertraglicher Einführung der Kurzarbeit können die Arbeitsvertragsparteien frei wählen, ob bzw. in welchem Umfang Aufstockungsleistungen erbracht werden.

Für Kurzarbeitergeld wird nur Arbeitsentgelt bis zur Beitragsbemessungsgrenze in der Arbeitslosenversicherung berücksichtigt (Westdeutschland: EUR 82.800 pro Jahr (EUR 6.900 pro Monat); Ostdeutschland: EUR 77.400 pro Jahr (EUR 6.450 pro Monat)). Für darüber hinausgehendes Entgelt besteht daher kein Anspruch auf Kurzarbeitergeld. Vor Einführung der Kurzarbeit ist daher im Einzelnen zu betrachten, welche Auswirkungen sich für die unterschiedlichen Gehaltsgruppen im Unternehmen ergeben.

Weitere Entlastungsmaßnahmen

Über die Möglichkeiten hinaus, Zuschüsse und Liquiditätsbeihilfen im Rahmen der kürzlich erweiterten Förderinstrumente (erleichterte KfW-Kredite) und Steuerstundungen zu erreichen, besteht auch die Möglichkeit, eine Stundung der Sozialversicherungsbeiträge zu beantragen. Hier gilt es, im jeweiligen Einzelfall die relevanten Entlastungsmaßnahmen zu identifizieren, die im Unternehmen zielführend eingesetzt werden können.

Fazit

Die Unternehmen stehen in diesen schweren Zeiten vor erheblichen Herausforderungen. Die im Eilverfahren ins Werk gesetzten Maßnahmen können im Bereich des Arbeitsrechts Linde-

rung verschaffen. Dabei kann auf die bereits existierenden und nun ausgeweiteten Strukturen, insbesondere in der Kurzarbeit, zurückgegriffen werden.

Dr. Gerald Müller-Machwirth

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH Frankfurt am Main

Maike Pflästerer

Rechtsanwältin | Fachanwältin für Arbeitsrecht BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH Frankfurt am Main

Stresstest für Eltern und pflegende Angehörige: Die Schließung von Schulen und Betreuungseinrichtungen in Zeiten der Pandemie

Ein geregelter Schul- und Kitabetrieb ist trotz der neu geplanten Lockerungen nicht absehbar, der weit überwiegende Teil der Betreuungs- und Pflegeeinrichtungen für Senioren ist weiterhin geschlossen. Teilweise wird von Fachleuten befürchtet, dass sich eine Normalisierung des Betriebs erst im Laufe des Jahres 2021 einstellen könnte. In allen Unternehmen sind die Auswirkungen dieser Schließungen zu spüren. Zahlreiche Beschäftigte müssen auch jetzt noch zu Hause auf die Kinder aufpassen oder ihre pflegebedürftigen Angehörigen versorgen. In den Personalabteilungen stellt sich deshalb die Frage, wie lange Mitarbeiter aus Gründen der Betreuung nicht arbeiten müssen und wie sich die Zeiten der Betreuung auf den Verdienst auswirken.

Gesetzliche Neuregelung für die Kinderbetreuung

Der Gesetzgeber hat das Problem erkannt und zumindest für den Bereich der Kitas und Schulen eine Lösung in Form einer Neuregelung von § 56 IfSG geschaffen: In das IfSG wurde ein befristeter Entschädigungsanspruch für Verdienstauffälle bei behördlicher Schließung von Schulen und Kitas aufgenommen. Dadurch sollen Entgelteinbußen, die Eltern für die Dauer der Betreuung von Kindern bis zum zwölften Lebensjahr erleiden, teilweise abgefedert werden.

Um den Entschädigungsanspruch auszulösen, dürfen keine anderweitigen Betreuungsmöglichkeiten oder Möglichkeiten der bezahlten Freistellung bestehen (z. B. durch Abbau von Arbeitszeitguthaben und wohl auch Resturlaubsguthaben). Voraussetzung ist also zunächst ein echter Entgeltausfall durch die Kinderbetreuung. Für Zeiträume, in denen die Kita oder

Schule wegen Ferien ohnehin nicht geöffnet gewesen wäre, besteht zudem kein Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung. Bezieher von Kurzarbeitergeld erhalten ebenfalls keine Entschädigung auf Basis der Neuregelung. Die Entschädigung kompensiert den Entgeltausfall nicht zu 100 Prozent, sondern orientiert sich am erhöhten Leistungssatz des Kurzarbeitergeldes: Für die maximale Dauer von sechs Wochen erhalten betroffene Arbeitnehmer 67 Prozent des Nettoeinkommens (gedeckt auf EUR 2.016 pro Monat). Die Abwicklung erfolgt, wie im IfSG üblich, in zwei Schritten: Der Arbeitgeber geht in Vorleistung und zahlt die 67 Prozent an den Arbeitnehmer aus. Im zweiten Schritt lässt er sich den Betrag von der zuständigen Behörde erstatten.

Eine Lösung für pflegende Angehörige fehlt

Nicht gelöst sind bis heute aber die Probleme von Arbeitnehmern, die z. B. ihre pflegebedürftigen Eltern selbst betreuen und sie bisher zumindest tagsüber in Tagespflegeeinrichtungen bringen konnten, oder Fälle, in denen nun die Pflegekräfte aus dem Ausland fehlen, weil sie nicht einreisen dürfen. Arbeit und Pflege der Angehörigen sind kaum miteinander in Einklang zu bringen. Die Betroffenen sind dadurch emotional und oft auch finanziell belastet. Schließlich ist bisher nicht klar, wer für finanzielle Einbußen einspringt, wenn Arbeitnehmer wegen der Pflege und Betreuung zeitweise nicht arbeiten können. Für Arbeitgeber stellt sich die Frage, wie lange Arbeitnehmer für die Betreuung überhaupt bezahlt freigestellt werden müssen.

Wegen des eindeutigen Wortlauts der Neuregelung für Kita- und Schulschließungen („Einrichtungen zur Betreuung von Kindern oder Schulen“... „Kindern, die das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet haben“) scheidet eine (entsprechende) Anwendung der Vorschrift aus. Eine Lösung über das Pflegezeitgesetz (PflegeZG) dürfte ebenfalls nur bedingt in Betracht kommen, weil die dortige Regelung zur befristeten bezahlten Freistellung (vgl. § 2 PflegeZG) eine akute Pflegesituation voraussetzt, also eine unerwartet eingetretene, nicht vorhersehbare Pflegebedürftigkeit. Ob die aktuelle Situation unter diese Vorschrift fällt, ist fraglich. Zudem ist der Anspruch auf Freistellung zeitlich auf die Dauer von zehn Tagen begrenzt und wird in der aktuellen Situation daher keine dauerhafte Lösung sein können.

Einmal mehr verlagert sich die Diskussion um die mögliche Dauer einer bezahlten Freistellung also in den Bereich des § 616 BGB mit seinen zahllosen Einzelfallentscheidungen. Dort ist schließlich geregelt, wie lange ein Arbeitnehmer unverschuldet der Arbeit fernbleiben kann und trotzdem seine Vergütung erhält. Eine Anwendung der Vorschrift kann aber in Zeiten von Corona nicht die Lösung sein: Die zu erwartende Dauer der Schul- und Kitaschließungen übersteigt genauso wie die zu erwartende Dauer der Schließung von Tagespflegeeinrichtungen bzw. des Mangels an Betreuungskräften ohne jeden Zweifel die Zeiträume,

die mit Hilfe des § 616 BGB gelöst werden können. Durch eine Anwendung der Vorschrift können schließlich nur wenige Tage überbrückt werden. Selbst wenn man großzügige Entscheidungen heranzieht, die eine Freistellung von bis zu zehn Tagen zulassen, kommt man also damit nicht lange weiter. Die Folge bei Überschreitung des zulässigen Zeitraums ist, dass rückwirkend ab dem ersten Tag kein Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung besteht.

FAZIT

Für den Bereich der Kita- und Schulschließungen hat der Gesetzgeber durch die Neuregelung vorerst Rechtssicherheit geschaffen. Bisher wurde die Frage der Fortzahlung der Vergütung für Zeiten der Kinderbetreuung durch eine kaum zu überblickende Einzelfallrechtsprechung zu § 616 BGB geregelt. Belastbare Aussagen waren kaum möglich, Arbeitgeber und Arbeitnehmer waren mit erheblicher Rechtsunsicherheit konfrontiert. Es ist positiv zu bewerten, dass eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 616 BGB erst gar nicht versucht wurde. Dieses Vorgehen hätte die Arbeitgeber in der ohnehin schon angespannten Situation finanziell nur noch weiter belastet. Die nun geschaffene Lösung regelt klare Anspruchsvoraussetzungen und führt bei den Arbeitgebern nicht zu finanziellen Mehrbelastungen. Die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen ist auf Verlangen des Arbeitgebers vom Arbeitnehmer nachzuweisen. In den Personalabteilungen ist auch zu prüfen, wie sich etwaige Regelungen im Unternehmen zur bezahlten Freistellung für die Kinderbetreuung auf den Erstattungsanspruch auswirken. Solche Regelungen könnten sich im Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder dem Arbeitsvertrag finden.

Solange der Gesetzgeber im Bereich der Angehörigenversorgung aber nicht reagiert, müssen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Zeiten der Betreuung für Angehörige über den Abbau von Überstunden, Urlaub oder unbezahlte Freistellung lösen, wenn kein Fall des § 2 PflegeZG vorliegt.

Martin Biebl

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH München

Digitale Betriebsratsarbeit auf der Zielgeraden: Bundestag verabschiedet Gesetzesentwurf

Ende April hat der Bundestag die Beschlussempfehlung und den Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales (BT Drucks. 19/18753) für ein Gesetz zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel und zur Weiterentwicklung der Ausbildungsförderung

angenommen. Dadurch soll insbesondere ein neuer § 129 ins Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) aufgenommen werden, der die langersehnte digitale Betriebsratsarbeit zumindest in Zeiten der Corona-Pandemie ermöglicht. Das Gesetz muss zwar noch abschließend im Bundesrat beraten werden, damit es in Kraft treten kann. Es ist aber davon auszugehen, dass der Bundesrat keinen Einspruch erheben wird.

Video und Telefonkonferenzen jetzt auch für den Betriebsrat

Durch die gesetzliche Neuregelung erhalten Betriebsratsgremien die Möglichkeit, Beschlüsse vorerst auch via Video und Telefonkonferenz zu fassen. Diese Möglichkeit ist bis zum 31. Dezember 2020 befristet und erfasst zudem bereits gefasste Beschlüsse, da die Neuregelung rückwirkend zum 1. März 2020 gelten soll. Nachvollziehbares Ziel ist es, die mit hohen Infektionsgefahren verbundenen Präsenzsitzungen so weit wie möglich zu vermeiden und gleichzeitig die Handlungs- und Beschlussfähigkeit der Gremien weiterhin sicherzustellen.

Bisher galt, dass Sitzungen des Betriebsrats nicht öffentlich durchgeführt werden durften und Beschlüsse auch nur gefasst werden konnten, wenn die Mehrheit der körperlich anwesenden Betriebsratsmitglieder entsprechend abstimmte. Beschlüsse im Umlaufverfahren oder auf elektronischen Kommunikationswegen konnten auf Grundlage der bisherigen gesetzlichen Regelung nicht gefasst werden. Bereits länger wurde in der Literatur die These vertreten, dass auch eine Beschlussfassung per Videokonferenz zumindest dann möglich sei, wenn kein Betriebsratsmitglied widerspricht. Eine gesetzliche Grundlage dafür gab es aber bisher nicht.

Das Erfordernis der persönlichen Anwesenheit führt jedoch in Zeiten von Corona zwangsläufig zu Problemen, wenn weite Teile der Belegschaft, darunter natürlich auch die Betriebsratsmitglieder, im Homeoffice tätig sind. Nach der bisherigen Rechtslage hätte sich der Betriebsrat für seine Sitzungen weiterhin zu Präsenzterminen treffen müssen. Abweichend davon können nun auf Grundlage des neuen § 129 BetrVG Betriebsratssitzungen und Beschlussfassungen über Telefon und Videokonferenzen durchgeführt werden. Im Einzelfall wird der Betriebsratsvorsitzende zu entscheiden haben, ob ein Präsenztermin durchgeführt werden muss oder ob eine Sitzung via Telefon und Videokonferenz möglich ist. Voraussetzung wäre dann, dass die Betriebsratsmitglieder ihre Teilnahme in Textform an den Betriebsratsvorsitzenden melden. Eine Aufzeichnung der Sitzungen ist unzulässig und es ist stets sicherzustellen, dass Dritte von den Inhalten der Sitzungen und Beschlüsse keine Kenntnis erlangen. Die Regelungen gelten entsprechend auch für die Tätigkeit des Wirtschaftsausschusses und für Verfahren im Rahmen von Einigungsstellen. Zudem sollen vorübergehend sogar Betriebsversammlungen mittels audiovisueller Einrichtungen durchge-

führt werden können. Für genügend Arbeit bei den IT-Verantwortlichen dürfte also in jedem Fall gesorgt sein.

Datenschutzkonforme Nutzung der Video- und Telefonkonferenzsysteme

Natürlich dürfen bei Anwendung der Neuregelungen die datenschutzrechtlichen Vorgaben nicht vergessen werden, insbesondere wenn es darum geht, dass Dritte keine Kenntnis von den Inhalten der Sitzungen und Beschlüsse erhalten dürfen. Bei der Nutzung der im Unternehmen bereits bestehenden Video- und Telefonkonferenzsysteme ist daher darauf zu achten, dass bestimmte Funktionalitäten entweder generell nicht zur Verfügung stehen oder vorhandene, aber datenschutzrechtlich bedenkliche Funktionalitäten standardmäßig deaktiviert sind. Dabei ist die Business-Version der Konferenzsysteme zu nutzen, da diese einen höheren Sicherheitsstandard bietet.

Damit sichergestellt ist, dass sich ausschließlich teilnahmeberechtigte Personen einwählen, hat der Betriebsrat die Zugangsbeschränkungsfunktionen durch die Verwendung eines Passworts oder der Warteraumfunktion zu nutzen. Mit der Warteraumfunktion gewährt der Administrator den einzelnen Teilnehmern manuell Zutritt zum virtuellen Sitzungsraum. Zu empfehlen ist auch, dass eine Sitzung „geschlossen“ wird, sobald sich alle Teilnehmer in der Sitzung befinden. Dadurch kann sich keine betriebsratsfremde Person einwählen, selbst wenn sie Kenntnis des Passwortes haben sollte. Von der Versendung eines Einwahl-Links, in dem das verschlüsselte Passwort bereits enthalten ist, sollte abgesehen werden, wenn nicht sichergestellt werden kann, dass der Link nicht an Unberechtigte weitergeleitet wird. Hier gilt im Hinblick auf die Betriebsratsarbeit ein strengerer Maßstab als für die Nutzung im generellen Betrieb des Unternehmens.

Darüber hinaus ist eine Aufzeichnung der Sitzungen unzulässig und darf selbst dann nicht vorgenommen werden, wenn alle Betriebsratsmitglieder in die Aufzeichnung einwilligen. § 129 BetrVG verbietet dies ausdrücklich und ist insofern nicht abdingbar, da mit dieser Bestimmung nicht nur der Persönlichkeitsschutz der Betriebsratsmitglieder, sondern vor allem die Wahrung der Nichtöffentlichkeit der Betriebsratssitzung bezweckt ist. Chatverläufe müssen außerdem nach der Sitzung aus dem Konferenzsystem gelöscht werden.

Die Trackingfunktionen müssen ebenfalls ausgeschaltet sein, um eine unzulässige Überwachung der Betriebsratsmitglieder während der Sitzung zu verhindern. Die Überwachung kann einerseits durch eine Verfolgung des Anwesenheits- und Aktivitätsstatus (aktiv/inaktiv/abwesend) des jeweiligen Betriebsratsmitglieds oder andererseits anhand eines Aufmerksamkeitstrackings während der Sitzung erfolgen. Beim Aufmerksamkeitstracking

wird dem Administrator angezeigt, ob der Teilnehmer während der Sitzung das Konferenzfenster aktiv geöffnet bzw. im Vordergrund hat.

Schließlich sind die üblichen technischen und organisatorischen Maßnahmen bei der Nutzung von Software zu implementieren, um den Schutz der personenbezogenen Daten zu gewährleisten. Dazu gehören im Hinblick auf Konferenzsysteme insbesondere technische Vorkehrungen, die verhindern, dass Dritte auf die Webcam, Login-Daten oder das System selbst zugreifen können, die Verschlüsselung der Daten (mindestens durch Transportverschlüsselung, aber im Optimalfall über eine Ende-zu-Ende Verschlüsselung) und die Nutzung von datensparsamen Voreinstellungen. Für die Datensparsamkeit ist der Funktionsumfang auf das für die Kommunikation Notwendige zu begrenzen. Als organisatorische Maßnahme kommt eine Richtlinie in Betracht, in der Vorgaben für die ordnungsgemäße Nutzung des Video- und Telefonkonferenzsystems gemacht werden und dadurch die datenschutz- sowie betriebsverfassungsrechtlich zulässige Handhabung durch die Betriebsratsmitglieder gesteuert wird. In diesem Zusammenhang kann auch die Privatnutzung untersagt werden. Die Betriebsratsmitglieder müssen darüber hinaus entsprechend zum datenschutzkonformen Umgang geschult werden.

Der digitale Betriebsrat?

Die langersehnte Neuregelung durch die Einführung des neuen § 129 BetrVG gibt dem Betriebsrat zumindest vorübergehend die zusätzliche Möglichkeit, Beschlüsse per Telefon bzw. Videokonferenz zu fassen und sichert dadurch seine Handlungs- sowie Beschlussfähigkeit in diesen schwierigen Zeiten. Hierbei sind insbesondere die datenschutzrechtlichen Vorgaben zu beachten. Aus Arbeitgebersicht ist die vorübergehende Neuregelung zu begrüßen, weil nur wirksame Betriebsratsbeschlüsse eine belastbare Rechtsgrundlage bilden, wenn es beispielsweise um den Abschluss von Betriebsvereinbarungen oder um eine Anhörung vor dem Ausspruch einer Kündigung geht.

Laureen Lee

Rechtsanwältin | LL.M. BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH München

Martin Biebl

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH München

Urlaub wider Willen? – Ein Streifzug durch das Urlaubsrecht in Zeiten der Corona-Pandemie

Auch im Urlaubsrecht wirft die Corona-Pandemie zahlreiche Rechtsfragen auf. Mitarbeiter, die eine geplante Urlaubsreise wegen der derzeit gültigen Reisebeschränkungen bzw. Empfehlungen nicht antreten können oder wollen, werden oft mit dem Wunsch an den Arbeitgeber herantreten, ihren beantragten und genehmigten Urlaub zurückzugeben. Auf der anderen Seite wird manches Unternehmen, das seine Mitarbeiter derzeit nicht mit Arbeit auslasten kann, mit dem Gedanken spielen, die Belegschaft oder zumindest einzelne Mitarbeiter in eine Art Zwangsurlaub zu schicken, um bei Wiederanlaufen des Geschäfts nach der Krise nicht auch noch Urlaubsansprüche in größerem Umfang erfüllen zu müssen. Der folgende Überblick soll einen Beitrag zur Klärung dieser verschiedenen Rechtsfragen leisten.

Keine „Rückgabe“ bereits genehmigten Urlaubs

Hat der Arbeitgeber einen konkreten Urlaubsantrag des Mitarbeiters bereits genehmigt, gibt es grundsätzlich kein Zurück. Ebenso wenig wie der Arbeitgeber in einer solchen Konstellation den Urlaub des Mitarbeiters widerrufen kann, hat dieser einen Anspruch darauf, dass der bereits genehmigte Urlaub nachträglich auf einen anderen Zeitraum verschoben wird. Etwas anderes dürfte entsprechend den ausnahmsweise bestehenden Widerrufsmöglichkeiten für Arbeitgeber, die die Rechtsprechung für extreme Notlagen anerkannt hat (z. B. drohender wirtschaftlicher Zusammenbruch des Unternehmens), nur gelten, wenn es für den Arbeitnehmer schlechthin unzumutbar wäre, an der zeitlichen Festlegung des Urlaubs festzuhalten. Letzteres ist aber auch unter Berücksichtigung der derzeitigen Ausnahmesituation nicht anzunehmen. Insbesondere macht es für die rechtliche Bewertung keinen Unterschied, ob der Arbeitnehmer den Zeitraum, für den er vom Arbeitgeber von der Arbeit urlaubsbedingt freigestellt wird, zu dem von ihm ursprünglich vorgesehenen Zweck (z. B. für eine Urlaubsreise) nutzen kann. Ein solcher Umstand fällt vollständig in die Risikosphäre des Arbeitnehmers. Hinzu kommt, dass der gesetzliche Zweck des Erholungsurlaubs, dem Mitarbeiter durch die Befreiung von der Arbeitspflicht Zeit zur Erholung zu verschaffen, nicht von einer spezifischen Verwendung der Urlaubszeit abhängt. Im Zweifel ist eine Erholung des Mitarbeiters ebenso im häuslichen Umfeld möglich.

Praxistipp

Eine einmal erfolgte zeitliche Festlegung des Urlaubs kann daher regelmäßig nur im Einvernehmen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer rückgängig gemacht werden. Eine schriftliche Vereinbarung ist hierzu nicht erforderlich, sodass der einmal festgelegte Ur-

laub auch dadurch wieder aufgehoben werden kann, dass das Unternehmen gegen die Aufnahme der Tätigkeit durch den Mitarbeiter während der ursprünglich vorgesehenen Urlaubszeit keine Einwände erhebt. Da der Arbeitgeber allerdings in seinem Vertrauen auf die Durchführung des genehmigten Urlaubs schutzwürdig ist, wird man unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben davon ausgehen müssen, dass der Mitarbeiter dem Arbeitgeber, zumal wenn er lediglich im Homeoffice tätig wird, sein Tätigwerden entgegen dem gewährten Urlaub vorher formlos anzuzeigen hat. Versäumt ein Arbeitnehmer diese Mitteilung, wird man den Verzicht des Arbeitgebers auf Einwände gegen die Tätigkeitsaufnahme nicht als Zustimmung zur Aufhebung des Urlaubs auslegen können. Der Arbeitnehmer kann dann auch nicht anschließend geltend machen, dass ihm für den maßgeblichen Zeitraum, in dem er oder sie gearbeitet hat, Urlaub an anderer Stelle zu gewähren sei.

Urlaub wider Willen?

Viele Arbeitgeber fragen sich, ob sie die aktuelle Phase mit vergleichsweise geringer Auslastung dazu nutzen können, Mitarbeiter in eine Art Zwangsurlaub zu schicken. Der Vorteil liegt auf der Hand: Urlaub könnte ohne nennenswerte Auswirkungen auf die betrieblichen Abläufe abgebaut werden; die Mitarbeiter stünden dem Unternehmen in einer späteren Phase des Jahres, in der die Wirtschaft hoffentlich insgesamt wieder an Fahrt aufnimmt, zur Verfügung.

Betriebsferien kein geeignetes Mittel

Immer wieder wird in diesem Zusammenhang die Durchführung von Betriebsferien ins Spiel gebracht, die manche Betriebe vor allem aus der Zeit zwischen Weihnachten und Neujahr kennen. Dies bedeutet, dass allen Mitarbeitern oder jedenfalls einem Großteil der Belegschaft für einen bestimmten Zeitraum, in dem der Betrieb auch meist insgesamt ruht, einheitlich Urlaub erteilt wird. Die Dauer der Betriebsferien wird dabei auf die Urlaubsansprüche der einzelnen Mitarbeiter angerechnet.

Praxistipp

Betriebsferien erweisen sich in der aktuellen Situation allerdings eher als ungeeignetes Mittel zum Abbau von Urlaubstagen. Dies hat in erster Linie damit zu tun, dass Betriebsferien nach der Rechtsprechung grundsätzlich mit einem Vorlauf von mehreren Monaten anzukündigen sind, damit sich die Mitarbeiter auf die Urlaubszeit einstellen und ihre Urlaubsplanung hiernach richten können. Existiert ein Betriebsrat, hat die Arbeitnehmerver-

setzung bei der Festlegung von Betriebsferien zudem ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht. Schließlich müsste ein Arbeitgeber noch berücksichtigen, dass jedem Mitarbeiter auch bei der Einführung von Betriebsferien ein fester Anteil an Urlaubstagen verbleiben muss, über den er oder sie frei verfügen darf.

Einseitige Urlaubserteilung zur Vermeidung von „Urlaubstau“

Insofern ist die Frage, ob ein Arbeitgeber auch außerhalb von Betriebsferien einseitig Urlaub erteilen und dadurch Urlaubsansprüche seiner Mitarbeiter abbauen kann. Ein solches Vorgehen ist grundsätzlich möglich, soweit und solange ein Mitarbeiter für die verbleibende Zeit des laufenden Urlaubsjahrs noch keinen Urlaub geltend gemacht hat. Denn nur wenn der Mitarbeiter bereits konkret an den Arbeitgeber wegen Urlaubs herangetreten ist, muss dieser bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs die Urlaubswünsche des Mitarbeiters berücksichtigen. Durch die Erklärung des Arbeitgebers, für einen bestimmten Zeitraum Urlaub zu erteilen, und die nachfolgende Freistellung des Mitarbeiters während der Urlaubszeit kann der Arbeitgeber Urlaubsansprüche seiner Mitarbeiter somit grundsätzlich erfüllen.

Sieht man von den für gekündigte Arbeitsverhältnisse geltenden Besonderheiten einmal ab, sind die Mitarbeiter aber rechtlich nicht verpflichtet, die Bestimmung des Urlaubszeitraums durch den Arbeitgeber hinzunehmen. Sie können der Urlaubserteilung jederzeit formlos widersprechen – mit der Folge, dass der Arbeitgeber den Urlaubanspruch mit einer Freistellung nicht erfüllen kann. Besondere Gründe müssen hierfür nicht dargetan werden. Es genügt, wenn der Mitarbeiter eine von den Vorstellungen des Arbeitgebers abweichende Urlaubsplanung verfolgt.

Aufruf zur zeitnahen Mitteilung der Urlaubsplanung als Königsweg

Daher sollten es Arbeitgeber – auch zur Vermeidung atmosphärischer Störungen innerhalb des Arbeitsverhältnisses – gar nicht erst auf einen Widerspruch ihrer Mitarbeiter ankommen lassen. Stattdessen empfiehlt sich folgende Herangehensweise:

Die Mitarbeiter sollten in einer Mitteilung (idealerweise schriftlich oder per E-Mail) dazu aufgerufen werden, sämtliche Urlaubsanträge für das laufende Kalenderjahr möglichst zeitnah (z. B. bis Ende Mai) zu stellen, verbunden mit dem Hinweis, dass erstens später eingehende Urlaubswünsche insbesondere aus betrieblichen Gründen zurückgewiesen werden können, etwa wenn für bestimmte Zeiträume in der zweiten Jahreshälfte bereits einer hohen Anzahl an Mitarbeitern Urlaub erteilt wurde und die Anwesenheit des Antragstellers im beantragten Urlaubszeitraum für den Arbeitgeber unabdingbar ist, und zweitens in 2020 nicht mehr ge-

nehmiger Urlaub nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften zwar in das nächste Kalenderjahr übertragen werden darf, dort aber grundsätzlich mit Ablauf des 31. März 2021 ersatzlos verfällt.

Ein Verfall von Urlaub setzt nach der neueren Rechtsprechung voraus, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer konkret in die Lage versetzt hat, seinen bezahlten Jahresurlaub auch tatsächlich zu nehmen (EuGH vom 6. November 2018 – C684/16; BAG vom 19. Februar 2019 – 9 AZR 423/16). Dafür muss er den Mitarbeiter grundsätzlich dazu auffordern, Urlaub zu beantragen, und ihm klar und rechtzeitig mitteilen, dass aus freien Stücken nicht genommener Urlaub am Ende des Urlaubsjahrs bzw. eines zulässigen Übertragungszeitraums verfällt. Die oben genannte Mitteilung hätte also den Vorteil, dass der Arbeitgeber zugleich seine Mitwirkungsobliegenheiten bei der Urlaubsgewährung erfüllt und in 2020 nicht genommener Urlaub damit tatsächlich verfällt.

Zusatzurlaub bei frühzeitiger Inanspruchnahme

Um einen zusätzlichen Anreiz dafür zu schaffen, bereits in der jetzigen Phase mit geringerer Auslastung vieler Arbeitnehmer Urlaub zu nehmen, kann es für Arbeitgeber schließlich ratsam sein, die frühzeitige Inanspruchnahme des Jahresurlaubs mit der Gewährung von Zusatzurlaub zu belohnen (z. B. ein zusätzlicher Urlaubstag bei Inanspruchnahme von mindestens der Hälfte des Jahresurlaubs vor dem 30. Juni, zwei zusätzliche Urlaubstage bei Inanspruchnahme von zwei Dritteln des Jahresurlaubs vor dem 30. Juni 2020 usw.). Wichtig wäre insoweit nur, in der Kommunikation mit den Mitarbeitern klarzustellen, dass es sich um eine coronaspezifische Sonderregelung handelt, die ab 2021, wenn das Virus und seine Auswirkungen hoffentlich beherrschbar geworden sind, nicht mehr gilt.

Dr. Johannes Allmendinger

Rechtsanwalt BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH Frankfurt am Main

Beschäftigung von ausländischen Fachkräften in Zeiten von Corona

Erst am 1. März 2020 ist das neue Fachkräfteeinwanderungsgesetz in Kraft getreten, das den Arbeitsmarktzugang in Deutschland für Fachkräfte aus Staaten außerhalb der EU erweitern und teilweise erleichtern sollte. Nur kurze Zeit später wurden wegen der zunehmenden Verbreitung des Corona-Virus weltweit Reisebeschränkungen erlassen, die Fachkräfteeinwanderung derzeit unmöglich erscheinen lassen. Seit dem 17. März 2020 gelten Einreisebeschränkungen für Reisen aus Drittstaaten nach Deutschland. Die zunächst für 30 Tage gel-

tenden Beschränkungen wurden bereits verlängert und werden auf Empfehlung der EU-Kommission zunächst bis 15. Juni 2020 weiter angewendet. Die deutschen Auslandsvertretungen sind gehalten, derzeit keine Visaanträge mehr anzunehmen, die Ausländerbehörden in Deutschland sind überwiegend für den Publikumsverkehr geschlossen, teilweise wurde auf Online-Verfahren umgestellt. Nur langsam werden vereinzelt Termine wieder zugelassen. Die mit dem Corona-Virus einhergehenden Beschränkungen haben in vielerlei Hinsicht erhebliche Auswirkungen auf die Beschäftigung ausländischer Fachkräfte. Betroffen sind dabei nicht nur Ausländer, die aktuell die Aufnahme einer Beschäftigung in Deutschland geplant hatten, sondern auch Ausländer, die sich bereits in Deutschland aufhalten bzw. hier schon beschäftigt sind. Das Bundesministerium des Innern (BMI) hat auf die Beschränkungen wegen der Covid-19-Pandemie reagiert. Aufgrund der Schließungen der Ausländerbehörden für den Publikumsverkehr und wegen des reduzierten Personalbestandes hat das BMI in zwei Rundschreiben Erleichterungen für die Ausländerbehörden vorgesehen und eine Verordnung zum Umgang mit Schengen-Visa während der Corona-Beschränkungen erlassen, die auch für Arbeitgeber, die ausländische Fachkräfte beschäftigen, interessant sind.

Einreise nur In Ausnahmefällen

Eine Einreise nach Deutschland ist für Drittstaatsangehörige, die noch kein längerfristiges Aufenthaltsrecht besitzen, ohne dringenden Grund derzeit nicht möglich. Ausnahmen gelten nur für Ausländer mit sogenannten „essential functions or needs“, insbesondere für Gesundheitspersonal und Forscher sowie für Pflegeberufe sowie für Grenzgänger, Transportpersonal im Warenverkehr und anderen notwendigen Bereichen. Nach dem BMI sollen beschleunigte Fachkräfteverfahren für die genannten Berufe prioritär behandelt werden. Für Fachkräfte anderer Berufe kommt es dagegen wegen der Reisebeschränkungen und der teilweisen Schließungen der Ausländerbehörden zu erheblichen Verzögerungen. Nach dem BMI sollen jedenfalls alle weiteren beschleunigten Fachkräfteverfahren von den Ausländerbehörden entsprechend ihrer Kapazitäten und in Absprache mit den Arbeitgebern weitergeführt werden, um nach Aufhebung der Reisebeschränkungen zügig eine Entscheidung zu ermöglichen.

Erleichterungen bei der Verlängerung bestehender Aufenthaltstitel

Für den Fall, dass ausländische Fachkräfte derzeit mit einem Aufenthaltstitel in Deutschland beschäftigt sind, dessen Gültigkeitsdauer abläuft, hat das BMI Erleichterungen vorgesehen. Insbesondere soll verstärkt die sog. Fiktionswirkung des § 81 Abs. 1 Aufenthaltsgesetz genutzt werden. Wird die Verlängerung des Aufenthaltstitels beantragt (was derzeit auch formlos, z. B. online, per E-Mail oder Telefon erfolgen kann), tritt die Fiktionswirkung kraft

Gesetzes ein. Der bisherige Aufenthaltstitel gilt damit vom Zeitpunkt seines Ablaufs bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als fortbestehend. Dadurch kann die bisher erlaubte Beschäftigung auch nach Ablauf des Aufenthaltstitels weiter ausgeübt werden. Die Fiktionsbescheinigung gilt hierfür als Nachweis. Sollte die Bescheinigung aufgrund der besonderen Umstände von der Behörde nicht ausgestellt werden können, ist eine Bestätigung des Eingangs des Verlängerungsantrages durch die Behörde, in Notfällen sogar elektronisch ohne Unterschrift und Stempel als Nachweis ausreichend. Für eine Aus- und Wiedereinreise nach Deutschland ist eine solche Fiktionsbescheinigung allerdings nicht ausreichend.

Besonderheiten für Inhaber von Schengen-Visa

Schengen-Visa werden für Aufenthalte von bis zu 90 Tagen innerhalb von 180 Tagen ausschließlich zu touristischen oder geschäftlichen Zwecken ausgestellt. Eine Erwerbstätigkeit ist auf Basis eines Schengen-Visums nicht erlaubt. Aufgrund der Einschränkungen durch das Corona-Virus, insbesondere wegen des beinahe vollständig eingestellten internationalen Flugbetriebs, ist es für zahlreiche Inhaber von Schengen-Visa derzeit jedoch nicht mehr möglich, aus Deutschland auszureisen und in ihr Heimatland zurückzukehren. Aus diesem Grund hat das BMI eine Verordnung erlassen, nach der Inhaber von Schengen-Visa bis zum 30. Juni 2020 vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels befreit werden. Für sie ist nach der Verordnung in dieser Zeit sogar ausnahmsweise die rechtmäßige Ausübung einer Erwerbstätigkeit gestattet.

Fristverlängerung für Erlöschen von Aufenthaltstiteln

In der Regel erlöschen Aufenthaltstitel, wenn ein Ausländer aus Deutschland ausreist und sich mehr als sechs Monate im Ausland aufhält. Für die Fälle, dass ausgereiste Ausländer mit einem gültigen Aufenthaltstitel derzeit aufgrund des Corona-Virus, z. B. wegen gestrichener Flugverbindungen, keine Möglichkeit haben, innerhalb der Sechsmonatsfrist nach Deutschland zurückzukehren, hat das BMI ebenfalls Erleichterungen vorgesehen. Den Ausländern soll hier eine großzügige Fristverlängerung gewährt werden, die aufgrund der besonderen Situation nicht wie üblich allein auf Antrag, sondern auch durch eine Allgemeinverfügung von Amts wegen erfolgen kann.

Kurzarbeit für ausländische Beschäftigte

Bei der Einführung von Kurzarbeit gilt für Ausländer, die mit einem gültigen Aufenthaltstitel beschäftigt sind, nichts anderes als für die anderen Mitarbeiter im Betrieb. Voraussetzung

für den Bezug von Kurzarbeitergeld ist, dass der Ausländer in Deutschland der Sozialversicherungspflicht unterliegt. Daher erfüllen aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer in der Regel nicht die für den Anspruch auf Kurzarbeitergeld erforderliche Voraussetzung eines in Deutschland versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses, sie unterliegen der Regelung ihres Herkunftslandes. Für sozialversicherungspflichtig beschäftigte Ausländer hat die Einführung von Kurzarbeit keine Auswirkungen auf den Bestand des Aufenthaltstitels. Das gilt nach dem BMI auch in den Fällen, in denen wegen Kurzarbeit die für den Aufenthaltstitel erforderliche Gehaltsgrenze (z. B. bei einer Blauen Karte EU) zeitweise unterschritten wird, wobei hier die Einführung der Kurzarbeit jedoch eine Folge des Corona-Virus sein muss.

Meldepflicht des Arbeitgebers bei vorzeitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Mit dem neuen Fachkräfteeinwanderungsgesetz wurden die Pflichten des Arbeitgebers erweitert. Nach dem neuen § 4a Abs. 5 Aufenthaltsgesetz sind Arbeitgeber bei vorzeitiger Beendigung der Beschäftigung eines Ausländers verpflichtet, der zuständigen Ausländerbehörde innerhalb von vier Wochen ab Kenntnis mitzuteilen, dass die Beschäftigung, für die der Aufenthaltstitel erteilt wurde, vorzeitig beendet wird bzw. wurde. Für die Anzeigepflicht des Arbeitgebers ist irrelevant, ob die Beendigung des Arbeitsverhältnisses freiwillig ist oder das Arbeitsverhältnis z. B. durch arbeitgeberseitige Kündigung endet. Die Frist zur Meldung durch den Arbeitgeber beginnt nach den Anwendungshinweisen des BMI zum Fachkräfteeinwanderungsgesetz mit Kenntnis der personalverantwortlichen Stelle im Unternehmen. Nimmt der Arbeitgeber die Meldung nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig vor, kann ein Bußgeld von bis zu EUR 30.000 verhängt werden.

Wegen der erschwerten Arbeitsbedingungen in vielen Unternehmen, bedingt durch die Auswirkungen des Corona-Virus, hat das BMI für die neue Arbeitgeberpflicht in seinem ersten Rundschreiben die Ausländerbehörden dazu angehalten, von der Ahndung eines Verstoßes abzusehen, wenn die Anzeige des Arbeitgebers kapazitätsbedingt erst verspätet erfolgt. Dennoch ist es für Arbeitgeber ratsam, das vorzeitige Ende der Beschäftigung des Ausländers frühzeitig innerhalb der Frist zu melden und dies entsprechend schriftlich zu dokumentieren.

Fazit/Praxistipps

Das erst vor kurzem in Kraft getretene Fachkräfteeinwanderungsgesetz scheint schon nach kurzer Zeit unerwartete Startschwierigkeiten zu bekommen. Doch das BMI hat schnell auf die Folgen des Corona-Virus reagiert und für die Ausländerbehörden wie auch für ausländi-

sche Fachkräfte effektive Maßnahmen vorgesehen, mit denen ihre Beschäftigung weiterhin ermöglicht wird, auch wenn es – wie in vielen anderen Bereichen auch – noch zu Verzögerungen bei der Bearbeitung kommen kann. Ausländisch Beschäftigte sollten sich rechtzeitig informieren, welche Erleichterungen für sie gelten und welche Schritte sie bei ihrer zuständigen Ausländerbehörde einleiten müssen, um ihr Aufenthaltsrecht und die Erlaubnis zur Erwerbstätigkeit nicht zu verlieren. Arbeitgeber sollten nicht nur bei Neueinstellungen, sondern auch bei bereits bestehenden Arbeitsverhältnissen regelmäßig überprüfen, ob die ausländischen Arbeitnehmer einen gültigen Aufenthaltstitel besitzen, der die konkrete Erwerbstätigkeit gestattet, um eine illegale Ausländerbeschäftigung zu vermeiden.

Dr. Michaela Felisiak

Rechtsanwältin | LL.M. BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH München

Dr. Martina Schlamp

Rechtsanwältin BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH München

Corona und kein Ende in Sicht – Was, wenn der Personalabbau unvermeidbar wird?

Viele Unternehmen halten sich in der aktuellen Corona-Pandemie mit Kurzarbeit und staatlichen Schutzschirm-Maßnahmen über Wasser. Andere Unternehmen sehen schon heute keine Alternative zum Personalabbau mehr. Weitere werden folgen, noch während der Krise oder auch danach über Abbaumaßnahmen nachdenken und eben solche einleiten müssen. Wegen der Aktualität werden nachfolgend einige wichtige Fragen bei einem anstehenden Personalabbau im Überblick dargestellt.

Kündigung trotz Kurzarbeit, geht das überhaupt?

Die Antwort lautet: JA. Kündigungen sind auch während der Kurzarbeit möglich und zwar nicht nur aus personen- und verhaltensbedingten, sondern auch aus betriebsbedingten Gründen. Dabei gelten besondere Grundsätze. Wird in einem Betrieb Kurzarbeit geleistet, spricht dies gegen einen dauerhaft gesunkenen Beschäftigungsbedarf. Ein nur vorübergehender Arbeitsmangel kann jedoch eine betriebsbedingte Kündigung nicht rechtfertigen. Entfällt der Beschäftigungsbedarf allerdings dauerhaft, weil später weitere Umstände hinzugetreten sind, können trotz Kurzarbeit die Voraussetzungen für eine betriebsbedingte Kündigung erfüllt sein.

Praxistipp

Ein Blick in die im Betrieb geltenden kollektivrechtlichen Regelungen ist unverzichtbar. Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen können nicht nur allgemeine Kündigungsbeschränkungen, sondern auch den Ausschluss von betriebsbedingten Kündigungen während der Kurzarbeit vorsehen.

Voraussetzungen der betriebsbedingten Kündigung

Eine betriebsbedingte Kündigung setzt voraus, dass der Bedarf für die Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers durch dringende betriebliche Erfordernisse im Betrieb dauerhaft entfallen ist oder bis spätestens zum Ablauf der Kündigungsfrist entfallen wird. Folgende Voraussetzungen müssen erfüllt sein:

- Eine **unternehmerische Entscheidung** führt zu einem voraussichtlich dauerhaften Wegfall eines Arbeitsplatzes / des Beschäftigungsbedarfs.
- Im Unternehmen gibt es **keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** für den vom Wegfall des Arbeitsplatzes betroffenen Arbeitnehmer.
- Unter vergleichbaren Arbeitnehmern wurde eine **Sozialauswahl** ordnungsgemäß durchgeführt.

Die **unternehmerische Entscheidung** kann durch außer- und innerbetriebliche Ursachen bedingt sein. Beispiele für außerbetriebliche Gründe sind:

- Absatzschwierigkeiten /-rückgang,
- Auftragsverlust / reduzierter Auftragsbestand / fehlende Anschlussaufträge,
- Umsatzverlust.

Außerbetriebliche Gründe sind von der Betriebsgestaltung und -führung unabhängige Umstände, die sich auf bestimmte Arbeitsplätze unmittelbar auswirken. Der Arbeitgeber hat bei einer Kündigung wegen außerbetrieblicher Gründe eigentlich keinen Gestaltungsspielraum.

Beispiele für innerbetriebliche Gründe, bei denen der Arbeitgeber einen Gestaltungsspielraum hat, sind:

- Stilllegung oder Teilstilllegung von Betrieben,
- Änderung oder Einführung neuer Arbeitsmethoden / Einschränkung der Produktion,
- Änderung von Arbeitsabläufen,
- Vergabe von Arbeiten an Fremdfirmen (Outsourcing).

Praxistipp

Es ist i. d. R. leichter, den Wegfall des Arbeitsplatzes aufgrund innerbetrieblicher Gründe nachzuweisen. Daher sollte immer geprüft werden, ob einer unternehmerischen Entscheidung innerbetriebliche Gründe zugrunde gelegt werden können, auch wenn Auslöser für Umstrukturierungsmaßnahmen außerbetriebliche Gründe sind.

Für den vom Wegfall des Arbeitsplatzes bedrohten Arbeitnehmer darf **keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** bestehen. Vor dem Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung ist deshalb zu prüfen, ob

- der zur kündigende Arbeitnehmer auf einem anderen freien vergleichbaren Arbeitsplatz im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann,
- die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs oder Fortbildungsmaßnahmen möglich ist oder
- die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unter geänderten, gegebenenfalls auch schlechteren Vertragsbedingungen möglich ist.

Die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ist unternehmensweit (nicht nur betriebsbezogen!) zu prüfen. In Betracht kommen nur freie Arbeitsplätze, wobei Arbeitsplätze als frei gelten, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung unbesetzt sind, oder wenn vorhersehbar ist, dass sie noch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist frei werden.

Praxistipp

Ist eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen möglich, muss sie durch eine sog. Änderungskündigung durchgesetzt werden. Die Änderungskündigung hat Vor-

rang vor der Beendigungskündigung. Ein bloßes Angebot auf einvernehmliche Änderung der Vertragsbedingungen reicht nicht aus.

Die **Sozialauswahl** führt dazu, dass nicht zwingend dem Arbeitnehmer zu kündigen ist, dessen Arbeitsplatz wegfällt, sondern dem, der unter den vergleichbaren Arbeitnehmern am wenigsten sozial schutzbedürftig ist. Verstößt die Kündigungsentscheidung gegen die Grundsätze der Sozialauswahl, ist die Kündigung trotz Vorliegens dringender betrieblicher Erfordernisse unwirksam. Folgende Grundsätze gelten:

- die Sozialauswahl ist betriebsbezogen vorzunehmen
- einzubeziehen sind alle vergleichbaren, d. h. die nach ihrer Tätigkeit und den arbeitsvertraglichen Vereinbarungen austauschbaren Arbeitnehmer des Betriebs (auch eines Gemeinschaftsbetriebs!)
- zu gewichten sind die vier gesetzliche Sozialkriterien: Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, bestehende Unterhaltspflichten, Vorliegen einer anerkannten Schwerbehinderung.

Praxistipp

Einzelne Mitarbeiter, deren Weiterbeschäftigung vor allem wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen im berechtigten betrieblichen Interesse liegt, dürfen aus der Sozialauswahl herausgenommen werden. Gleiches ist möglich, wenn die Herausnahme von Arbeitnehmern zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebs erforderlich ist.

Besonderheiten bei Bestehen eines Betriebsrats

Besteht ein Betriebsrat, sind die betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte zu wahren. Hierzu gehören insbesondere

- Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen, wenn eine sog. Betriebsänderung in Unternehmen mit mehr als 20 Arbeitnehmern vorliegt, die wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder erhebliche Teile der Belegschaft zur Folge haben kann (§§ 111 ff. BetrVG)

- Konsultationsverfahren zur Vorbereitung einer Massentlassungsanzeige (§ 17 Kündigungsschutzgesetz, KSchG)
- Anhörung des Betriebsrats zur konkreten Kündigung (§ 102 BetrVG).

Die Pflicht zur Verhandlung von Interessenausgleich und Sozialplan wird durch Maßnahmen ausgelöst, die ein gewisses Gewicht haben und entweder den gesamten Betrieb oder zumindest „wesentliche Betriebsteile“ betreffen oder „grundlegend“ sind. Als Richtschnur dienen dabei die Zahlen- und Prozentangaben in § 17 Abs. 1 KSchG zur Massentlassungsanzeige.

Während das Interessenausgleichsverfahren vollständig durchgeführt werden muss, aber ein Interessenausgleich selbst nicht vor der Einigungsstelle erzwungen werden kann, ist der Sozialplan erzwingbar. Lediglich bei einem reinen Personalabbau gelten besondere, erhöhte Schwellenwerte. Werden diese nicht erreicht, ist der Sozialplan ausnahmsweise nicht erzwingbar (§ 112a BetrVG). Das Sozialplanprivileg (keine Erzwingbarkeit) gilt auch für Betriebe eines neu gegründeten Unternehmens in den ersten vier Jahren nach der Gründung.

Praxistipp

Sorgfältig geprüft werden muss, welches Gremium für die anstehenden Verhandlungen zuständig ist. Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat oder Konzernbetriebsrat? Mit dem falschen Gremium zu verhandeln heißt, Mitbestimmungsrechte nicht ordnungsgemäß zu wahren.

Die nicht ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrats führt nicht zur Unwirksamkeit der durchgeführten Maßnahme. Wird eine Betriebsänderung durchgeführt, ohne hierüber einen Interessenausgleich versucht zu haben, löst dies individuelle Ansprüche der betroffenen Arbeitnehmer auf einen Nachteilsausgleich aus (§ 113 BetrVG), der von den Arbeitsgerichten in Form einer Abfindung zugesprochen wird. Je nach Gerichtsbezirk wird dem Betriebsrat darüber hinaus ein Unterlassungsanspruch zur Sicherung des Verhandlungsanspruchs zugestanden, den der Betriebsrat auch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen das Unternehmen durchsetzen kann.

Praxistipp

Die sorgfältige Vorbereitung eines Personalabbaus und eine realistische zeitliche Planung helfen, die Verhandlungen mit dem Betriebsrat zu lenken und zu strukturieren. Das ist

auch deshalb wichtig, weil es viele Möglichkeiten für Betriebsräte gibt, die Verhandlungen mit dem Arbeitgeber zu verzögern.

EXKURS

Eine Schwerbehindertenvertretung ist vor Ausspruch einer Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers zwingend zu beteiligen. Anderenfalls ist die Kündigung unwirksam. Für die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung gelten die gleichen Grundsätze wie für die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG.

Die Massentlassungsanzeige

Überschreitet die Anzahl der vom Personalabbau betroffenen Arbeitnehmer die Schwellenwerte des § 17 Abs. 1 KSchG, liegt eine anzeigepflichtige Massentlassung vor. Das ist der Fall, wenn

- in Betrieben mit i. d. R. mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als fünf Arbeitnehmer,
- in Betrieben mit i. d. R. mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern 10 Prozent der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder aber mehr als 25 Arbeitnehmer oder
- in Betrieben mit i. d. R. mindestens 500 Arbeitnehmern mindestens 30 Arbeitnehmer

innerhalb von 30 Kalendertagen entlassen werden. Unter Entlassung ist dabei jede Form der Beendigung von Arbeitsverhältnissen zu verstehen, die vom Arbeitgeber veranlasst ist, d. h. also auch der Aufhebungsvertrag, der im Zuge einer Betriebsänderung geschlossen wird.

Die Massentlassungsanzeige muss vor Ausspruch der Kündigung erfolgt sein. Fehler bei den sog. Muss-Angaben können nicht geheilt werden und führen zur Unwirksamkeit der Kündigung. Gleiches gilt, wenn die Massentlassungsanzeige bei der unzuständigen Agentur für Arbeit eingereicht wird oder das innerbetriebliche Konsultationsverfahren mit dem Betriebsrat nicht ordnungsgemäß durchgeführt wurde.

Wichtig

Das innerbetriebliche Konsultationsverfahren muss tatsächlich durchgeführt worden sein. Es reicht nicht aus, im Interessenausgleich lediglich eine Bestätigung aufzunehmen, wonach das Konsultationsverfahren als abgeschlossen gilt.

Fazit

Personalabbaumaßnahmen sind sorgfältig vorzubereiten. Es stellen sich viele rechtliche Fragen, die im Vorfeld geklärt werden sollten, um bei der Umsetzung die richtigen Weichen stellen zu können. Anderenfalls droht die Unwirksamkeit von ausgesprochenen Kündigungen. Viel zu häufig spielt dabei die Missachtung von formalen Erfordernissen eine Rolle, was i. d. R. teuer wird, aber in den meisten Fällen vermeidbar ist.

Doreen Methfessel

Rechtsanwältin | Fachanwältin für Arbeitsrecht BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Düsseldorf

RECHTSPRECHUNG

Auch freiwillige Auskünfte müssen richtig sein

Bundesarbeitsgericht vom 18. Februar 2020 – 3 AZR 206/18

Den Arbeitgeber trifft zwar keine allgemeine Pflicht, die Vermögensinteressen des Arbeitnehmers wahrzunehmen. Erteilt er jedoch Auskünfte, ohne hierzu verpflichtet zu sein, müssen diese richtig, eindeutig und vollständig sein. Andernfalls haftet der Arbeitgeber für den Schaden, der dem Arbeitnehmer aus der Falschinformation entsteht. Eine Haftung setzt aber voraus, dass überhaupt über einen Themenkomplex informiert wurde.

Sachverhalt

Im April 2003 nahm der Kläger an einer Betriebsversammlung teil, auf der ein Fachberater der örtlichen Sparkasse die Arbeitnehmer über Chancen und Möglichkeiten der Entgeltumwandlung als Vorsorge über die Pensionskasse informierte. Der Mitarbeiter schloss im September 2003 eine Entgeltumwandlungsvereinbarung mit Kapitalwahlrecht ab. Anfang 2015 ließ er sich seine Pensionskassenrente als Einmalkapitalbetrag auszahlen. Für diesen muss der Arbeitnehmer aufgrund einer Gesetzesänderung im Jahr 2003 Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung entrichten. Mit seiner Klage möchte er im Wege des Schadensersatzes die Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge vom Arbeitgeber (für 2015 und 2016 gezahlte Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von EUR 1.253,00) sowie die gerichtliche Feststellung künftiger Erstattung.

Die Entscheidung

Das BAG entschied, dass der Arbeitgeber keinen Schadenersatz zu leisten hat. Das Unternehmen hatte im Rahmen der Betriebsversammlung mögliche Beitragspflichten zur Sozialversicherung überhaupt nicht angesprochen. Wäre dies der Fall gewesen, hätte die Information vollständig, richtig und eindeutig sein müssen. Vom Grundsatz her ist ein Arbeitnehmer verpflichtet, sich um seine Vermögensverhältnisse und somit auch um die Auswirkungen der Entgeltumwandlung selbst zu kümmern. Sämtliche Informationen, die der Arbeitgeber durch den Fachberater der Sparkasse den Mitarbeitern hat zukommen lassen, waren jedoch richtig.

Ein Schadensersatzanspruch hätte laut BAG vorausgesetzt, dass der Arbeitgeber konkret über diejenigen Sachverhalte informiert, die sich durch die damals noch geplante Gesetzesänderung zu Lasten des Arbeitnehmers geändert haben. Dies traf aber vorliegend nicht zu, da Beitragspflichten nicht Gegenstand der Information waren. Offengelassen hat das BAG daher, ob überhaupt eine Pflicht besteht, über bis zum Abschluss der Entgeltumwandlungsvereinbarung erfolgte Gesetzesänderungen zu informieren.

Konsequenzen für die Praxis

Zu begrüßen ist, dass das Urteil klarstellt, dass der Arbeitgeber nicht der Vermögensberater des Arbeitnehmers ist, sondern der Mitarbeiter sich grundsätzlich selbst informieren und extern beraten lassen muss. Wenn der Arbeitgeber jedoch über die betriebliche Altersvorsorge informiert, muss dies sachlich richtig und vollständig sein.

Praxistipp

Auch wenn das BAG im vorliegenden Fall eine Haftung des Unternehmens verneint hat, weil die Beitragspflicht explizit nicht Thema war, dürfte die Grenze in der Praxis fließend sein. Arbeitgeber sollten daher sorgfältig abwägen, ob sie Arbeitnehmern Auskünfte erteilen, zu denen sie nicht verpflichtet sind. Werden solche Auskünfte erteilt, ist darauf zu achten, dass sie einer nachträglichen Überprüfung standhalten und ein Dritter bei Einschaltung sorgfältig ausgewählt wird.

Dr. Anja Branz

Rechtsanwältin | Fachanwältin für Arbeitsrecht BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH Berlin

Massenentlassungsanzeigeverfahren nicht tarifvertragsoffen

Bundesarbeitsgericht vom 13. Februar 2020 – 6 AZR 146/19

Nach dem Betriebsverfassungsgesetz zulässige tarifrechtliche Regelungen zur betrieblichen Struktur eines Arbeitgebers können zu unwirksamen Massenentlassungsverfahren nach § 17 Kündigungsschutzgesetz führen.

Sachverhalt

Die Parteien stritten über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung eines Piloten der insolventen Fluggesellschaft Air Berlin. Diese Kündigung war nach § 17 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) anzeigepflichtig. Air Berlin unterhielt an mehreren deutschen Flughäfen sogenannte Stationen. Diesen war Personal für die Bereiche Boden, Kabine und Cockpit zugeordnet. Der Einsatzort des Klägers war die Station Düsseldorf. Sein Arbeitsverhältnis wurde nach der am 1. November 2017 erfolgten Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung, wie das aller anderen Piloten, wegen Stilllegung des Flugbetriebes Ende November 2017 gekündigt. Der Insolvenzverwalter erstattete Massenentlassungsanzeige für den angenommenen „Betrieb Cockpit“ und damit bezogen auf das bundesweit beschäftigte Cockpit-Personal. Dieses Betriebsverständnis beruhte auf den bei Air Berlin tarifvertraglich getrennt organisierten Vertretungen für das Boden-, Kabinen- und Cockpitpersonal (vgl. § 117 Abs. 2 BetrVG). Die Anzeige erfolgte wegen der zentralen Steuerung des Flugbetriebes bei der für den Sitz der Air Berlin zuständigen Agentur für Arbeit Berlin Nord. Der Kläger war u.a. der Ansicht, dass das Massenentlassungsanzeigeverfahren fehlerhaft durchgeführt worden sei. Das BAG hatte damit zu entscheiden, inwieweit nach dem BetrVG zulässige tarifrechtliche Regelungen zur Regelung der betrieblichen Struktur eines Arbeitgebers bei einem Massenentlassungsanzeigeverfahren maßgeblich sein können.

Die Entscheidung

Das BAG teilte im Gegensatz zu den Vorinstanzen die Rechtsansicht des Klägers. Nach der vorliegenden Pressemitteilung geht das Gericht davon aus, dass der Betriebsbegriff des § 17 Abs. 1 KSchG unionsrechtlich zu bestimmen sei und die im Licht des § 117 Abs. 2 BetrVG Air Berlin intern vorgenommene Bestimmung von Betrieben für die Frage der für die Stellung der Massenentlassungsanzeige zuständigen Agentur für Arbeit nicht maßgeblich sei. Zuständig sei die Agentur für Arbeit in Düsseldorf gewesen, da dort bei typisierender Betrachtung die Auswirkungen der Massenentlassungsanzeige auftraten, denen durch eine frühzeitige Einschaltung der zuständigen Agentur für Arbeit entgegengetreten werden soll-

te. Zudem sei die Massenentlassungsanzeige auch nicht umfassend im Sinn von § 17 Abs. 3 S. 4 KSchG gewesen, da auch das den jeweiligen Stationen zugeordnete Boden- und Kabinpersonal hätte angegeben werden müssen.

Konsequenzen für die Praxis

Auch wenn diese Entscheidung nun mit einer Fluggesellschaft einen besonderen Arbeitgeber und mit § 117 Abs. 2 BetrVG eine spezielle Vorschrift betrifft, hat das Urteil doch grundsätzliche Bedeutung für das Massenentlassungsverfahren. Eine Vielzahl von Unternehmen haben von den in § 3 BetrVG vorgesehenen Möglichkeiten Gebrauch gemacht, sich eigene betriebsverfassungsrechtliche Strukturen zu geben, um so Besonderheiten berücksichtigende Betriebe mit entsprechenden Leitungsstrukturen zu etablieren. Legen Unternehmen diese betriebliche Struktur dann aber der Erstattung von Massenentlassungsanzeigen und damit der Bestimmung der zuständigen Agentur für Arbeit zugrunde, besteht die Gefahr, dass keine wirksame Massenentlassungsanzeige erstattet wurde. Maßgeblich für die Begründung der Zuständigkeit der Agentur für Arbeit ist unter Berücksichtigung des unionsrechtlichen Betriebsbegriffs nämlich nicht, wo die Leitung angesiedelt ist, die Massenentlassungen vornehmen kann. Da die EU-Massenentlassungsrichtlinie insbesondere sozioökonomische Auswirkungen betrifft, die in einem örtlichen Kontext und einer sozialen Umgebung durch Massenentlassungen hervorgerufen werden können, muss die Einheit weder notwendigerweise rechtlich noch wirtschaftlich finanzielle verwaltungsmäßige oder technologische Autonomie besitzen, um als Betrieb, der die Zuständigkeit der Bundesagentur für Arbeit begründet, qualifiziert zu werden. Ausreichend ist es, wenn ein Mindestmaß an organisatorischer Selbständigkeit und eine Leitungsperson, die arbeitstechnische Weisungsrechte ausübt, vorhanden sind.

Praxistipp

Tarifvertragliche Regelungen zur Bestimmung der betrieblichen Struktur von Unternehmen sind in der Praxis sicherlich sinnvoll und erleichtern die Zusammenarbeit mit Arbeitnehmervertretungen. Bei Betriebsänderungen sind diese Regelungen aber kritisch zu hinterfragen, weil sie bei der Stellung von Massenentlassungsanzeigen nicht zwingend zutreffend sind.

Dr. Dietmar Müller-Boruttau

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH Berlin

Hinweis: Der Beitrag ist in einer ähnlichen Fassung im Portal des „Human Resources Manager“ am 24. Februar 2020 erschienen.

Am 14. Mai 2020 hat das BAG auch zur Kündigung des Kabinenpersonals entschieden – 6 AZR 235/19.

Kein pauschalierter Anspruch des Betriebsrats auf Löschung mitbestimmungswidrig verarbeiteter E-Mails

Landesarbeitsgericht Köln vom 19. Juli 2019 – 9 TaBV 125/18

Ein Betriebsrat hat keinen pauschalen Anspruch auf Löschung gegen den Arbeitgeber, wenn dieser mitbestimmungswidrig Mitarbeiter-E-Mails im Rahmen von internen Untersuchungen verarbeitet.

Sachverhalt

Der Arbeitgeber betreibt einen Flughafen und beschäftigt ca. 1.800 Arbeitnehmer. Es besteht ein Betriebsrat, mit dem eine Rahmenbetriebsvereinbarung (Rahmen-BV) zur Einführung und Anwendung von informations- und kommunikationstechnischen Systemen abgeschlossen wurde. In der Rahmen-BV wurde u. a. vereinbart, dass Leistungs- und Verhaltenskontrollen unzulässig sind. Weiterhin regelten die Parteien, dass die für die Überwachung und Einhaltung der Rahmen-BV erforderlichen Informationen und Unterlagen dem Betriebsrat auf Verlangen jederzeit vorzulegen sind. Der Arbeitgeber prüfte Vorwürfe gegen einen ausgeschiedenen Geschäftsführer, der Vermögensdelikte zu Lasten des Arbeitgebers begangen haben soll. Um den Sachverhalt aufzuklären, wurden interne Ermittlungen von einer Rechtsanwaltskanzlei durchgeführt. Der Arbeitgeber stellte u. a. Arbeitnehmer-E-Mails zur Verfügung. Über diesen Vorgang unterrichtete der Datenschutzbeauftragte den Betriebsrat. Dieser machte daraufhin sein Mitbestimmungsrecht in Bezug auf die Auswertung der E-Mails geltend, da er dieses durch den Abschluss der Rahmen-BV nicht abschließend ausgeübt habe. Der Betriebsrat forderte Auskunft bezüglich der weitergeleiteten Daten, ihre Löschung und Vernichtung (auch von denen der Kanzlei zugeleiteten) sowie die Unterlassung des Zugriffs auf Arbeitnehmer-E-Mails.

Die Entscheidung

Das LAG Köln stellte fest, dass der Betriebsrat einen Informationsanspruch hinsichtlich der erhobenen und weitergeleiteten Arbeitnehmer-Daten hat. Dieser ergibt sich aus § 80 Be-

trVG und der Rahmen-BV. Weiterhin stellte das LAG fest, dass eine Datenverarbeitung vorliegt, wenn E-Mails systematisch ausgewertet werden. Der Betriebsrat hat darüber zu wachen, dass die datenschutzrechtlichen Vorschriften beachtet werden. Weiter entschied das LAG, dass der Arbeitgeber die an die Anwaltskanzlei weitergeleiteten Daten nicht löschen muss. Denn dann wäre der Arbeitgeber auch verpflichtet gewesen, die Daten zu löschen, die zwar (möglicherweise) rechtswidrig verarbeitet wurden, die aber der Arbeitgeber zwingend im Verfahren gegen den Geschäftsführer benötigte, um seine Ansprüche zu begründen. Eine solch weitgehende Rechtsfolge bezüglich des Lösungsanspruchs käme einem Beweisverwertungsverbot gleich. Ein solches lässt sich weder aus dem BetrVG ableiten, noch können die Betriebsparteien ein solches vereinbaren.

Konsequenzen für die Praxis

Das LAG Köln urteilte auch dazu, ob ein Verstoß gegen betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmungsrechte im datenschutzrechtlichen Kontext Auswirkungen auf das Individualrechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben kann. Welche Folge tritt ein, wenn ein Arbeitgeber die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei der Arbeitnehmer-Datenverarbeitung verletzt? Soll es dem Arbeitgeber dann im Sinne des „fruit of the poisonous tree“-Bildes noch möglich sein, die Daten zu verwerten? Oder soll es ihm gänzlich verboten sein, die rechtswidrig verarbeiteten Daten zu seinem Vorteil zu nutzen? Die Antwort des LAG auf die Frage, ob ein umfassender Lösungsanspruch und damit ein sog. Beweisverwertungsverbot besteht, war hier (noch) Nein-Aber. Denn das LAG deutete an, dass der Arbeitgeber im Zweifel auf die Kanzlei einzuwirken hat, sodass jedenfalls dort die Daten zu löschen sind. Ob die Antwort des LAG Köln Bestand haben wird, entscheidet zeitnah das BAG.

Praxistipp

Es ist zu empfehlen, nicht nur rudimentäre Rahmenbetriebsvereinbarungen zur Einführung und Nutzung von IT-System mit dem Betriebsrat abzuschließen, sondern auch Detailregelungen dazu, ob und wie Daten bei internen Aufklärungs- und Ermittlungsmaßnahmen in zulässiger Art und Weise durch den Arbeitgeber verwendet werden dürfen. Es sollte ein ausgefeiltes System erarbeitet werden, wie interne Ermittlungen gemeinsam mit dem Betriebsrat durchzuführen sind. Dies dient insbesondere auch dazu, dass Arbeitgeber sich „compliant“ verhalten. Es sichert aber auch die Handlungsfähigkeit bei strafrechtlich relevanten Verhaltensweisen, bei denen interne Ermittlungen stets erforderlich und auch die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu wahren sind. Die private Nutzung des dienstlichen E-Mail-Accounts sollte in jedem Fall und ausnahmslos ausge-

geschlossen werden. Denn wenn die private Nutzung auch nur teilweise gestattet ist, ergeben sich bei internen Ermittlungen für Arbeitgeber weitere Hürden.

Dr. Dominik Sorber, Rechtsanwalt BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH München

Kündigungsschutzklage nach „Wunschkündigung“ nicht rechtsmissbräuchlich

Landesarbeitsgericht Hessen vom 9. Dezember 2019 – 16 Sa 839/19

Äußert ein Arbeitnehmer den Wunsch, man möge ihm kündigen und kommt der Arbeitgeber diesem Wunsch nach, ist eine anschließende Kündigungsschutzklage nicht treuwidrig.

Sachverhalt

Der Arbeitnehmer beantragte Gewährung von Urlaub. Als der Arbeitgeber ihm diesen nicht bewilligte, bat er darum, der Arbeitgeber möge das Arbeitsverhältnis beenden. Am folgenden Tag erschien er nicht zum Dienst und meldete sich vorerst arbeitsunfähig krank. Der Arbeitgeber kam dem Wunsch nach Kündigung nach und beendete das Arbeitsverhältnis. Die hiergegen erhobene Kündigungsschutzklage hielt er für rechtsmissbräuchlich.

Die Entscheidung

Das LAG urteilte, die Erhebung der Kündigungsschutzklage trotz eines zuvor geäußerten Wunsches, der Arbeitgeber solle kündigen, sei nicht rechtsmissbräuchlich. Anderenfalls käme dies einem unwirksamen Vorausverzicht auf Erhebung der Kündigungsschutzklage gleich. Daneben sahen die Richter einen Wertungswiderspruch zum gesetzlichen Schriftformerfordernis bei einer Kündigung: Bei einem mündlich geäußerten Wunsch nach einer solchen sei der Arbeitnehmer ansonsten weniger geschützt, als bei einer von ihm selbst ausgesprochenen Kündigung.

Konsequenzen für die Praxis

Das Urteil bringt grundsätzlich keine Neuerungen mit sich. Die Regelung des § 623 BGB (Schriftform bei Kündigungen) sieht ohne Ausnahme vor, dass die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses schriftlich erfolgen muss. Käme nun ein mündlich geäußelter Wunsch

eines Arbeitnehmers – womöglich aus einer Affektsituation heraus – einem Klageverzicht gleich, würde dies eine Umgehung des Schriftformerfordernisses bedeuten.

Praxistipp

Äußert ein Arbeitnehmer den Wunsch, das Arbeitsverhältnis beenden zu wollen und will der Arbeitgeber eine nachfolgende Kündigungsschutzklage vermeiden, sollte er mit dem Arbeitnehmer schriftlich einen Aufhebungsvertrag abschließen. Denkbar wäre außerdem, nach Ausspruch einer Kündigung mit dem Arbeitnehmer im Rahmen eines sogenannten Abwicklungsvertrags den Verzicht auf Erhebung einer Kündigungsschutzklage zu vereinbaren. Diesen Verzicht muss sich der Arbeitgeber aber meist „erkaufen“, dem Arbeitnehmer also eine Abfindung zahlen. Voraussetzung für beides ist das Einverständnis des Arbeitnehmers.

Ines Neumann, Rechtsanwältin BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH Berlin

Keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung per WhatsApp

Landgericht Hamburg vom 3. September 2019 – 406 HKO 56/19

2020 steht im Zeichen der Corona-Pandemie. Vieles, was im Arbeitsrecht zuvor utopisch klang, wurde Realität: Arbeitnehmer können sich ihre Arbeitsunfähigkeit per Telefon vom Arzt bestätigen lassen. Schon 2019 wurde – ganz ohne Pandemie – ein noch weitergehender Vorstoß gewagt: Die Krankschreibung per WhatsApp. Dem hat das Landgericht Hamburg jedoch einen Riegel vorgeschoben.

Sachverhalt

Die „Dr. Ansay AUSchein GmbH“ bot in Kooperation mit einem Arzt auf ihrer Webseite die Ausstellung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen über WhatsApp an. Die Ausstellung der AU-Bescheinigung war für einen Zeitraum von maximal drei Tagen und für einfache Krankheiten wie Erkältungen vorgesehen. Der Anbieter beschrieb den Ablauf unter anderem wie folgt: „Und so geht's: Symptome schicken, Risiken ausschließen, Daten eingeben, einfach bezahlen, fertig. Das Besondere an einer Arzt-Behandlung per Telemedizin ist grundsätzlich, dass der Arzt keinen persönlichen Kontakt zu Ihnen hat.“ Gegen dieses Geschäftsmodell klagte ein Verein, dem auch die Ärztekammern in Hamburg und Schleswig-Holstein angehören.

Die Entscheidung

Das Landgericht Hamburg verurteilte den Anbieter, diese Art des Angebots zu unterlassen. Die Werbung sei unlauter, da die so angebotene Ausstellung von AU-Bescheinigungen im Wege der Ferndiagnose gegen die ärztliche und unternehmerische Sorgfalt verstoße. Nach Ansicht des Gerichts könne jedenfalls für den Normalfall auch bei leichteren Erkrankungen nicht auf den unmittelbaren persönlichen Kontakt mit dem Patienten verzichtet werden, weil zuverlässige Feststellungen zur Erkrankung ansonsten nicht möglich seien. Da Krankschreibungen auch Grundlage für den Anspruch auf Entgeltfortzahlung sind, müsse sich der Arzt einen unmittelbaren Eindruck von dem Gesundheitszustand des Patienten verschaffen. Selbst eine Überprüfung der Patientenangaben durch den Arzt per Telefon oder Video-Chat hielt das Gericht nicht für ausreichend.

Konsequenzen für die Praxis

Zwar bezog sich das Urteil allein auf medizin- und wettbewerbsrechtliche Verstöße. Es steht dennoch im Einklang mit den arbeitsrechtlichen Grundsätzen zum Beweiswert von AU-Bescheinigungen. Die Annahme der Richtigkeit eines Attests kann von Arbeitgebern regelmäßig kaum widerlegt werden. Beeinträchtigt wird dieser hohe Beweiswert jedoch, wenn die Ausstellung der AU-Bescheinigung ohne persönlichen Kontakt zwischen Arzt und Arbeitnehmer erfolgt. Es bleibt abzuwarten, ob das auch für telefonische Krankschreibungen gilt, die seit dem 9. März und zunächst bis zum 18. Mai 2020 für Patienten mit Atemwegserkrankungen erlaubt sind. Diese Sonderregelung ist vom Gemeinsamen Bundesausschuss im Gesundheitswesen abgesegnet, so dass den Arztpraxen, anders als dem Online-Anbieter im vorliegenden Urteil, jedenfalls keine medizinrechtlichen Konsequenzen drohen. Es wird sich zeigen, wie die Arbeitsgerichte Fälle bewerten, in denen Arbeitgeber die telefonisch erteilten AU-Bescheinigungen nicht akzeptieren. Hier fehlt es – wie auch bei der Krankschreibung per WhatsApp – am unmittelbaren persönlichen Kontakt zwischen Arzt und Patienten.

Praxistipp

Arbeitnehmer sollten auf eine AU-Bescheinigung per WhatsApp verzichten. Erfährt der Arbeitgeber von der fehlenden Untersuchung und zweifelt die Arbeitsunfähigkeit an, drohen arbeitsrechtliche Sanktionen und die Einstellung der Entgeltfortzahlung. Der Beweiswert des Attests ist ohne unmittelbaren Kontakt zum Arzt beeinträchtigt, so dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsunfähigkeit nur schwer nachweisen kann. Dasselbe trifft grundsätzlich auf eine telefonische Krankschreibung während der Corona-Pandemie zu.

Hierbei können sich Arbeitnehmer jedoch auf die befristete Ausnahmeregelung zur Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit berufen. Arbeitgeber, die Zweifel an der so bescheinigten Arbeitsunfähigkeit haben, dürften vor Gericht potentiell schlechtere Chancen haben. Gleichwohl kann bei begründetem Verdacht des Missbrauchs dieser Sonderregelung nicht zur stillschweigenden Akzeptanz geraten werden. Arbeitgebern bleibt in Zweifelsfällen weiter die Beantragung einer Untersuchung des Arbeitnehmers durch den MDK. Ferner können Arbeitgeber im gerichtlichen Verfahren die Argumentation des vorliegenden Urteils für sich nutzen. Es bleibt abzuwarten, ob die Arbeitsgerichte auch bei der ausnahmsweise erlaubten telefonischen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit einen Widerspruch zur ärztlichen Sorgfalt bejahen.

Julia Alexandra Schütte

Rechtsanwältin | Fachanwältin für Arbeitsrecht BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH Berlin

Urlaubsverfall bei langzeiterkrankten Arbeitnehmern auch ohne Hinweis des Arbeitgebers

Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 15. Januar 2020 – 7 Sa 284/19

Im Januar 2019 hatte das BAG seine bisherige Rechtsprechung zum Verfall von Urlaubsansprüchen an die Entscheidung des EuGH vom November 2018 angepasst, wonach Arbeitnehmer ihre Urlaubsansprüche nicht mehr automatisch verlieren, wenn sie keinen Urlaubsantrag stellen. Arbeitgeber müssen die Arbeitnehmer konkret auffordern, noch nicht beantragten Urlaub zu nehmen und auf den sonst drohenden Verfall hinweisen. Ein Jahr später hatte das LAG Rheinland-Pfalz zu entscheiden, ob eine solche Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitgebers auch bei langzeiterkrankten Arbeitnehmern besteht.

Sachverhalt

Der klagende Arbeitnehmer war seit dem 18. Januar 2016 arbeitsunfähig erkrankt. Währenddessen wies der Arbeitgeber nicht auf einen möglichen Verfall von Urlaubsansprüchen hin. Das Arbeitsverhältnis wurde im Februar 2019 durch Auflösungsvertrag beendet. Der Arbeitnehmer erhielt eine Urlaubsabgeltung für die Jahre 2017 bis 2019. Der Arbeitgeber war der Ansicht, dass der Urlaubsanspruch für das Jahr 2016 verfallen sei. Der Arbeitnehmer sah hierin insbesondere einen Verstoß gegen Unionsrecht und klagte auf die Abgeltung von 30 Urlaubstagen für das Jahr 2016, davon 20 Tage gesetzlicher Urlaub und zehn Tage tariflicher Mehrurlaub gemäß TVöD.

Die Entscheidung

Das LAG Rheinland-Pfalz gab – ebenso wie das Arbeitsgericht zuvor – dem Arbeitgeber Recht und sah die Resturlaubsansprüche aus dem Jahr 2016 als verfallen an. Gemäß Bundesurlaubsgesetz hätte der Arbeitnehmer den Jahresurlaub grundsätzlich spätestens bis zum 31. März 2017, nach vorrangiger Regelung im TVöD jedenfalls aber bis zum 31. Mai 2017 nehmen müssen. Da der Arbeitnehmer langzeiterkrankt war, kam die BAG-Rechtsprechung zum Tragen, die durch die Entscheidung „KHS gg. Schulte“ des EuGH geprägt wurde. Demnach verfällt der gesetzliche Urlaubsanspruch bei langer Krankheit generell 15 Monate nach Ablauf des jeweiligen Urlaubsjahrs, in dem er entstanden ist. Vorliegend war nach Ansicht des Gerichts der tarifliche Urlaub daher zum 31. Mai 2017 und der gesetzliche Urlaub zum 31. März 2018 verfallen. Daran ändere auch nichts, dass der Arbeitgeber auf diesen drohenden Verfall nicht hingewiesen habe. Denn dies hätte hier gerade nicht dazu geführt, dass der Arbeitnehmer seinen Urlaub noch rechtzeitig vor dem Verfall beantragt. Auf Grund der Arbeitsunfähigkeit habe das Unternehmen dem Mitarbeiter gar keinen Urlaub gewähren können. Eine Information über den drohenden Verfall könne bei einer Langzeiterkrankung daher nicht zu einer tatsächlichen Inanspruchnahme des Urlaubs führen.

Konsequenzen für die Praxis

Bereits im Juli 2019 hatte das LAG Hamm einen ähnlichen Fall zu entscheiden und verneinte ebenfalls eine Hinweispflicht des Arbeitgebers. Erst bei Rückkehr des Langzeiterkrankten könne eine Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitgebers einsetzen. Anders als das LAG Hamm hat das LAG Rheinland-Pfalz nun jedoch die Revision zum BAG zugelassen, so dass dessen Entscheidung zur Hinweispflicht über den Urlaubsverfall Langzeiterkrankter abzuwarten ist.

Praxistipp

Beide Landesarbeitsgerichte haben zutreffend festgestellt, dass ein Arbeitgeber während der laufenden Arbeitsunfähigkeit gar keine wahrheitsgemäße und transparente Information über den drohenden Urlaubsverfall zum Jahresende erteilen kann. Denn der Arbeitgeber kann im Zeitpunkt der Belehrung nicht wissen, ob der Urlaubsanspruch tatsächlich verfällt oder bis zu 15 Monate fortbesteht. Zudem kann der Arbeitgeber einen erkrankten Arbeitnehmer nicht in die Lage versetzen, den Urlaub in Anspruch zu nehmen. Auch wenn diese Sichtweise überzeugt, sollten Arbeitgeber bis zur Klärung durch das BAG vorsichtshalber auch Langzeiterkrankten einen Hinweis auf den möglichen Verfall erteilen, um ein möglicherweise jahrelanges Auflaufen von Abgeltungsansprüchen zu vermeiden.

Julia Wendell, Rechtsanwältin BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH Berlin

KURZMELDUNG

Elterngeldreform verabschiedet

Die Corona-Krise hat für viele Eltern Unsicherheiten beim Elterngeld mit sich gebracht. Eltern in systemrelevanten Berufen werden an ihrem Arbeitsplatz dringend benötigt und müssen mehr arbeiten als vorgesehen. Andere wiederum sind freigestellt oder in Kurzarbeit und drohen, während des Elterngeldbezugs in wirtschaftliche Schwierigkeiten zu geraten. Darauf hat das Bundesfamilienministerium reagiert und einen Gesetzesentwurf für Anpassungen des Elterngelds vorgelegt, der am 7. Mai 2020 durch den Deutschen Bundestag abschließend beraten und verabschiedet wurde.

Der Gesetzesentwurf sieht folgende drei Regelungsbereiche vor:

- Eltern, die in systemrelevanten Branchen und Berufen arbeiten, sollen ihre Elterngeldmonate aufschieben können. Sie können sie auch nach dem 14. Lebensmonat ihres Kindes nehmen, „wenn die Situation gemeistert ist“, spätestens zum Juni 2021. Die später genommenen Monate verringern bei einem weiteren Kind nicht die Höhe des Elterngeldes.
- Der Partnerschaftsbonus, der die parallele Teilzeit der Eltern fördert, soll nicht entfallen oder zurückgezahlt werden müssen,
- wenn Eltern aufgrund der Covid-19-Pandemie mehr oder weniger arbeiten als geplant.
- Während des Bezugs von Elterngeld sollen Einkommensersatzleistungen, die Eltern aufgrund der Covid-19-Pandemie erhalten, die Höhe des Elterngelds nicht reduzieren. Dazu zählt zum Beispiel das Kurzarbeitergeld. Um Nachteile bei der späteren Elterngeldberechnung auszugleichen, können werdende Eltern diese Monate auch von der Elterngeldberechnung ausnehmen.

(Quelle: Pressemitteilung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend)