

Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Schwerpunkt Arbeitsrecht

Ausgabe März 2020

Inhalt:

[Rechtsprechung.....](#) Seite 1

[Im Blickpunkt.....](#) Seite 19

[Kurzmeldungen.....](#) Seite 31

RECHTSPRECHUNG

Augen auf bei aufeinander folgenden Erkrankungen

Auch bei einer neuen Erkrankung während bestehender Arbeitsunfähigkeit muss nur für insgesamt sechs Wochen Entgeltfortzahlung geleistet werden.

Bundesarbeitsgericht vom 11. Dezember 2019 – 5 AZR 505/18

Sachverhalt

Die Arbeitnehmerin war seit 7. Februar 2017 infolge eines psychischen Leidens arbeitsunfähig. Die Hausärzte attestierten eine bis einschließlich 18. Mai 2017 fortbestehende Arbeitsunfähigkeit. Die Mitarbeiterin erhielt Entgeltfortzahlung für die ersten sechs Kalenderwochen und bezog anschließend Krankengeld. Am 19. Mai 2017 unterzog sie sich einer seit längerem geplanten Operation wegen eines gynäkologischen Leidens. Ihre Frauenärztin bescheinigte ihr am 18. Mai 2017 eine Arbeitsunfähigkeit vom 19. Mai bis 16. Juni 2017 im Rahmen einer „Erstbescheinigung“ und durch Folgebescheinigungen eine fortbestehende Arbeitsunfähigkeit bis 30. Juni 2017. Für den Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit vom 19. Mai bis 29. Juni 2017 erhielt die Arbeitnehmerin weder Entgeltfortzahlung noch Krankengeld und klagte nun auf Entgeltfortzahlung für diesen Zeitraum. Sie sei seit 19. Mai 2017 wegen eines neuen Leidens arbeitsunfähig gewesen, die Arbeitsunfähigkeit wegen ihrer psychischen Erkrankung habe am 18. Mai 2017 geendet.

Entscheidung

Die Klägerin hatte vor dem BAG keinen Erfolg. Ausweislich der bislang vorliegenden Pressemitteilung hat ein Arbeitnehmer nach Auffassung des Gerichts im Streitfall darzulegen und zu beweisen, dass eine vorangegangene Arbeitsunfähigkeit im Zeitpunkt des Eintritts einer weiteren Arbeitsverhinderung bereits geendet hatte, wenn der Arbeitnehmer krankheitsbedingt arbeitsunfähig ist und sich daran in engem zeitlichem Zusammenhang eine im Wege der „Erstbescheinigung“ attestierte, weitere Arbeitsunfähigkeit anschließt. Trotz umfassender Beweiserhebung mittels Vernehmung der behandelnden Ärzte sei dies der Arbeitnehmerin nicht gelungen.

Konsequenzen für die Praxis

Das BAG hat mit dieser Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung zum Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls bestätigt. Der Arbeitnehmer ist nicht nur für den Beginn der Arbeitsunfähigkeit beweispflichtig, ihn trifft auch die Beweislast für deren Ende. Er kann sich hierfür zunächst auf die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung stützen. Trägt der Arbeitgeber jedoch Indizien dafür vor, dass eine vorangegangene Arbeitsunfähigkeit nicht vor Eintritt einer erneuten Arbeitsverhinderung aufgrund eines neuen Leidens geendet hat, muss der Arbeitnehmer das Ende beweisen. Hierfür reicht die Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung dann nicht mehr aus. Gelingt es dem Arbeitnehmer nicht zu beweisen, dass seine „erste Arbeitsunfähigkeit“ beendet war, als die weitere Arbeitsverhinderung wegen eines neuen Leidens aufgetreten ist, so geht das zu Lasten seines Anspruchs auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Denn nur dann, wenn der Arbeitnehmer zwischen zwei verschiedenen Erkrankungen arbeitsfähig geworden ist oder tatsächlich gearbeitet hat, entsteht ein „neuer“ sechswöchiger Entgeltfortzahlungszeitraum.

Praxistipp

Dieser vom BAG in ständiger Rechtsprechung anerkannte Grundsatz bietet dem Arbeitgeber ein probates Mittel für den Fall, dass Arbeitnehmer nach Ausschöpfen des sechswöchigen Entgeltfortzahlungszeitraums in zeitlich engem Zusammenhang eine neue „Erstbescheinigung“ vorlegen. Denn beruft sich der Arbeitgeber auf den Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls und trägt Indizien dafür vor, dass die vorangegangene Arbeitsunfähigkeit nicht zuvor geendet habe, muss der Arbeitnehmer den Beweis dafür erbringen, dass die vorangegangene Erkrankung ausgeheilt und die Arbeitsfähigkeit vor der neuen Erkrankung wiederhergestellt war.

Sonja Müller, Rechtsanwältin BEITEN BURKHARDT, Rechtsanwalts-gesellschaft mbH München

Schon wieder Neues zum Urlaubsrecht – Kann Urlaub noch verfallen?

Bundesarbeitsgericht vom 25. Juni 2019 – 9 AZR 546/17

Das Urlaubsrecht befindet sich nach wie vor im Wandel. Neuerdings verfällt Urlaub nur noch, wenn der Arbeitgeber dafür Sorge getragen hat, dass der Arbeitnehmer seinen Jahresurlaub auch wirklich nehmen kann. Dieser Grundsatz gilt sowohl für den gesetzlichen Mindesturlaub als auch für den vertraglichen Mehrurlaub, wenn nicht etwas anderes vereinbart ist. Entscheidung macht einmal mehr deutlich: Sorgfalt bei der Gestaltung von Arbeitsverträgen lohnt sich!

Sachverhalt

Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbarten im Arbeitsvertrag, dass der Arbeitnehmer 30 Werk-tage Urlaub erhalten solle. Kurz vor seinem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis wies der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in einer E-Mail darauf hin, dass etwaiger Resturlaub bis zum 31. März des Folgejahres genommen werden müsse. Nach Beendigung seines Arbeitsvertrags klagte der Arbeitnehmer auf Abgeltung von Resturlaubstagen aus den letzten vier Jahren vor seinem Ausscheiden.

Entscheidung

Während das Arbeitsgericht der Klage des Arbeitnehmers stattgab, wies das Landesarbeitsgericht sie im Rahmen der Berufung des Arbeitgebers ab. Der Arbeitnehmer hatte nun vor dem BAG Erfolg. Das Gericht bestätigt mit der Entscheidung seine jüngste Rechtsprechung zu den Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers bei der Verwirklichung des Urlaubsanspruchs. Danach erlischt der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub nur dann am Ende eines Kalenderjahres oder, bei einer zulässigen Übertragung auf das Folgejahr, am Ende des Übertragungszeitraums, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor in die Lage versetzt hat, seinen Urlaubsanspruch tatsächlich zu nehmen und der Arbeitnehmer seinen Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat. Dem Arbeitgeber wird dabei die Pflicht auferlegt, bei der Verwirklichung des Urlaubsanspruchs von sich aus initiativ zu werden. Welches Mittel der Arbeitgeber nutzt, um seine Mitwirkungsobliegenheit zu erfüllen, stellt das BAG den Arbeitgebern grundsätzlich frei. Es betont aber, dass der Arbeitnehmer in die Lage versetzt werden muss, in Kenntnis aller relevanten Umstände frei darüber zu entscheiden, ob er seinen Urlaub in Anspruch nimmt oder nicht. Dazu gehört nach Auffassung des BAG, dass das Unternehmen seinen Mitarbeiter erforderlichenfalls förmlich auffordert, seinen Urlaub zu nehmen und ihm rechtzeitig mitteilt, dass der Urlaub anderenfalls mit Ablauf des Kalenderjahres oder des Übertragungszeitraums verfällt.

Diese Grundsätze wendete das BAG im Streitfall sowohl auf den gesetzlichen Mindesturlaub als auch auf den arbeitsvertraglichen Mehrurlaub an. Es bejahte den Gleichlauf von gesetzlichem und vertraglichem Urlaub, weil der Arbeitsvertrag keine deutlichen Anhaltspunkte dafür enthielt, dass der vertragliche Mehrurlaub unabhängig davon verfallen soll, ob der Arbeitgeber seine Mitwirkungs-pflichten erfüllt hat.

Konsequenzen für die Praxis

Das BAG führt seine jüngste Rechtsprechung zu den Mitwirkungs-obliegenheiten des Arbeitgebers bei Urlaubsansprüchen konsequent fort. Dabei wird das Aufklärungserfordernis ausdrücklich auch auf den vertraglichen Mehrurlaub erstreckt, wenn der Arbeitsvertrag keinen abweichenden Regelungswillen erkennen lässt. Eine unkontrollierte Anhäufung von Urlaubsansprüchen aus mehreren Urlaubsjahren kann die unerwünschte Folge der aktuellen Rechtsprechung sein. Erfüllt der Arbeitgeber seine Mitwirkungs-obliegenheit nicht, tritt der am Ende des Kalenderjahres oder des Übertragungszeitraums nicht verfallene Urlaub zum Urlaubsanspruch, der im Folgejahr entsteht, hinzu und kann wieder nur unter Beachtung der gesetzlichen und richterlichen Vorgaben verfallen.

Praxistipp

Arbeitgeber sollten regelmäßig prüfen, ob Urlaub wirklich vollständig genommen oder verfallen ist. Verfallsfristen in Arbeitsverträgen helfen oft nicht weiter, da der Urlaubsabgeltungsanspruch erst mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig wird und den Arbeitnehmern häufig genug Zeit bleibt, ihre Ansprüche geltend zu machen. Um einen Verfall von Urlaubsansprüchen zu erreichen, müssen Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer von sich aus rechtzeitig und unmissverständlich auffordern, ihren Urlaub vollständig zu nehmen und auf den sonst drohenden Verfall hinweisen. Damit im Streitfall auch bewiesen werden kann, dass der Arbeitgeber seine Mitwirkungs-obliegenheit erfüllt hat, sollte die Aufforderung immer schriftlich oder in Textform erfolgen. Bei neuen Arbeitsverträgen und bei Vertragsänderungen muss auf eine deutliche Unterscheidung zwischen dem gesetzlichen Mindesturlaub und dem vertraglichen Mehrurlaub geachtet werden. Dass der vertragliche Mehrurlaub verfällt, auch wenn der Arbeitgeber seine Mitwirkungs-obliegenheit nicht erfüllt hat, sollte dabei ausdrücklich geregelt werden.

*Doreen Methfessel, Rechtsanwältin | Fachanwältin für Arbeitsrecht BEITEN BURKHARDT,
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH Düsseldorf*

Haftung des Arbeitgebers bei Arbeitsunfällen – hohe Darlegungslast für Arbeitnehmer

Bundesarbeitsgericht vom 28. November 2019 – 8 AZR 35/19

Verletzen sich Arbeitnehmer bei einem Arbeitsunfall, wird der Arbeitgeber nur selten für die Verletzungsfolgen haftbar gemacht werden können. Grund hierfür ist das Haftungsprivileg zu Gunsten des Arbeitgebers bei Arbeitsunfällen mit Personenschaden gemäß § 104 Abs. 1 des siebten Buches Sozialgesetzbuch (SGB VII). Danach haftet der Arbeitgeber nur dann, wenn er den Arbeitsunfall vorsätzlich herbeigeführt hat, bezogen sowohl auf die Verletzungshandlung als auch auf den „Verletzungserfolg“. Diesen „doppelten Vorsatz“ hat der Arbeitnehmer vor Gericht darzulegen und ggf. zu beweisen.

Sachverhalt

Der Arbeitgeber betreibt ein Seniorenpflegeheim, dessen Gebäude über einen Haupt- und über einen Nebeneingang betreten werden kann. Der Weg vom Parkplatz zum Hauptgang wird im Winter bereits ab ca. 5.30 Uhr geräumt und gestreut, zum Nebeneingang hingegen erst gegen 8 Uhr. Im Dezember 2016 rutschte eine Pflegefachkraft kurz vor Arbeitsbeginn um ca. 7.30 Uhr auf dem Weg zum Nebeneingang aus, der sich auf dem Betriebsgelände befindet und weder geräumt noch gestreut war. Dabei erlitt sie eine Außenknöchelfraktur, die operativ behandelt werden musste und aufgrund einer Wundheilungsstörung letztlich zu einer Beweglichkeitseinschränkung führte. Die Mitarbeiterin forderte Schmerzensgeld in Höhe von mindestens EUR 10.000 und Ersatz materieller Schäden.

Entscheidung

Nach Auffassung des BAG kann sich der Arbeitgeber mit Erfolg auf das Haftungsprivileg gemäß § 104 Abs. 1 SGB VII berufen. Arbeitgeber sind danach nur dann zum Ersatz von Personenschäden verpflichtet, wenn sie den Arbeitsunfall vorsätzlich oder auf einem von der Unfallversicherung abgedeckten Weg herbeigeführt haben. Ein solcher sog. Wegeunfall liegt grundsätzlich nur außerhalb des Betriebsgeländes vor, wenn sich der Arbeitnehmer auf direktem Wege entweder von zu Hause zum Arbeitsort oder in umgekehrter Richtung befindet. Da sich der Sturz hier auf dem Betriebsgelände ereignete, ist kein Wegeunfall gegeben. Auch kann dem Arbeitgeber kein „doppelter Vorsatz“ hinsichtlich des Arbeitsunfalls zu Last gelegt werden. Selbst wenn der Arbeitgeber Verkehrssicherungspflichten missachtet habe, indem er den Nebeneingang erst zu recht später Stunde räumte und streute, bedeutet dies allenfalls eine grob fahrlässige, nicht aber eine vorsätzliche Herbeiführung des Unfalls. Erst

recht sei ihm kein vorsätzliches Handeln hinsichtlich des konkreten Verletzungserfolges vorzuwerfen. Gegenteiliges vermochte die Arbeitnehmerin nicht darzulegen.

Konsequenzen für die Praxis

Wieder einmal mehr zeigt sich, wie hoch nach der Rechtsprechung die Messlatte für die Bejahung einer Haftung des Arbeitgebers bei Arbeitsunfällen liegt. Zweck des Haftungsprivilegs gemäß § 104 Abs. 1 SGB VII ist, betriebliche Konfliktsituationen zu vermeiden, indem anstelle der privatrechtlichen Haftung des Arbeitgebers die Gesamthaftung der in der Berufsgenossenschaft zusammengeschlossenen Unternehmer tritt. Die privatrechtliche Haftung soll daher nur bei qualifizierten Pflichtverletzungen des Arbeitgebers als „Ausnahme von der Regel“ greifen. Daher reicht auch der bloße Verstoß gegen bestehende Verkehrssicherungs- bzw. Schutzpflichten nicht aus, selbst wenn dem Arbeitgeber dahingehend Vorsatz vorzuwerfen ist. Denn er müsste auch vorsätzlich hinsichtlich des konkreten „Verletzungserfolgs“ gehandelt haben, was jedoch von den Gerichten nur äußerst selten bejaht wird. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass der vom Arbeitsunfall betroffene Arbeitnehmer diesen „doppelten Vorsatz“ im gerichtlichen Verfahren darzulegen und ggf. zu beweisen hat. Zaubert der Mitarbeiter nicht gerade beispielsweise E-Mail-Verläufe hervor, aus denen hervorgeht, dass der Arbeitgeber von bestimmten Gefahren im Betrieb Kenntnis hatte und eine Verletzung seiner Arbeitnehmer zumindest billigend in Kauf nahm, wird die Darlegungs- und Beweislast zum Problem.

Praxistipp

Angesichts der hohen Anforderungen des BAG können Arbeitgeber in aller Regel darauf vertrauen, nicht selbst für einen Arbeitsunfall haftbar gemacht zu werden. Dennoch empfiehlt es sich, Verkehrssicherungs- bzw. Schutzpflichten ernst zu nehmen und bei Kenntnis etwaiger Gefahren unverzüglich Gegenschritte einzuleiten. Auch sind regelmäßige Sicherheits-Schulungen auf allen Mitarbeitererebenen anzuraten. Dies gilt insbesondere für Betriebe, in denen Arbeitnehmer Umgang mit Gefahrenstoffen oder schweren Arbeitsgeräten haben. Arbeitgeber können so nicht nur das Risiko von Arbeitsunfällen im Vorfeld minimieren. Vielmehr stellen sie sich dadurch auch für ein mögliches Schadensersatzverfahren gut auf. Denn der Arbeitnehmer wird seiner ohnehin schon hohen Darlegungs- und Beweislast noch schwerer nachkommen können, wenn der Arbeitgeber ein vorbildliches Verhalten im Umgang mit Gefahrenmanagement aufweist.

*Elisabeth Miesen, Rechtsanwältin BEITEN BURKHARDT,
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH München*

Das Geschlecht als zulässige Anforderung bei der Stellenausschreibung

Bundesarbeitsgericht vom 19. Dezember 2019 – 8 AZR 2/19

Eine unmittelbare Benachteiligung aufgrund des Geschlechts kann in unionskonformer Auslegung zulässig sein, wenn es um den Zugang zur Beschäftigung einschließlich der zu diesem Zweck erfolgenden Berufsbildung geht. Dabei muss das geschlechtsbezogene Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingung ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen.

Sachverhalt

Der Betreiber einer Privatschule in Bayern suchte für den Sportunterricht der Schülerinnen explizit nach einer „Fachlehrerin Sport (w)“ und hatte die Stelle mit eben dieser Bezeichnung ausgeschrieben. Der Kläger bewarb sich auf die ausgeschriebene Stelle, wurde von der Privatschule jedoch unter dem Hinweis abgelehnt, es werde eine weibliche Sportlehrkraft gesucht. Der Bewerber berief sich auf die Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) und verlangte eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. Er war der Ansicht, die Tätigkeit einer Fachkraft für den Bereich Sport sei geschlechtsneutral. Die Privatschule wiederum erklärte, die Benachteiligung sei gem. § 8 Abs. 1 AGG zulässig. Gerade im Sportunterricht könne das Schamgefühl der Schülerinnen beeinträchtigt werden, wenn es bei einem nach Geschlechtern getrennten Sportunterricht bei erforderlichen Hilfestellungen zu Berührungen zwischen den Schülerinnen und der Lehrkraft komme, oder eine männliche Lehrkraft die Umkleieräume betreten müsse, um für Ordnung zu sorgen. Das Arbeitsgericht Nürnberg hatte die Entschädigungsklage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht (LAG) Nürnberg die Berufung zurückgewiesen.

Entscheidung

Das BAG hat das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das LAG zurückverwiesen. Der Bewerber habe einen Anspruch auf Entschädigung. Der Beklagte habe nicht hinreichend dargelegt, dass das Geschlecht der Sportlehrkraft für die ausgeschriebene Stelle eine wesentliche und entscheidende sowie angemessene berufliche Anforderung nach § 8 Abs. 1 AGG sei. Hierbei seien auch die unionsrechtlichen Anforderungen zu berücksichtigen. Das LAG habe über die Höhe der Entschädigung zu entscheiden und hierfür noch weitere Feststellungen zu treffen.

Konsequenzen für die Praxis

Eine unmittelbare Benachteiligung des Geschlechts ist gemäß § 8 Abs. 1 AGG nur zulässig, wenn es sich bei dem Geschlecht aufgrund der Art der Tätigkeit oder der Bedingung ihrer Ausübung um eine wesentliche und entscheidende sowie angemessene berufliche Anforderung handelt. Mit diesem Urteil hat das BAG verdeutlicht, dass das Geschlecht nur im Ausnahmefall eine solche berufliche Anforderung darstellen kann. Geschlechterspezifische Stellenausschreibungen sind daher nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich. Bei fehlerhaften Stellenausschreibungen drohen Entschädigungsansprüche. Die Entschädigung kann bis zu drei Monatsgehälter umfassen.

Praxistipp

Arbeitgeber sollten daher – soweit möglich – auf eine geschlechterspezifische Stellenausschreibung verzichten. Da das Personenstandsgesetz seit Ende 2018 eine Geschlechtseintragung als „divers“ ermöglicht, bietet sich bei Stellenausschreibungen grundsätzlich der Zusatz (m/w/d) an, der männliche, weibliche und Bewerber diversen Geschlechts umfasst.

Hinweis: Eine abschließende Stellungnahme zur Argumentation des Betreibers der Privatschule ist aus der bislang lediglich vorliegenden Pressemitteilung nicht ersichtlich. Es bleibt bis zum Erscheinen des Volltextes der Entscheidung abzuwarten, welche Position das BAG hier eingenommen hat.

*Dr. Thomas Lambrich, Rechtsanwalt BEITEN BURKHARDT,
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH Hamburg*

Berechnung einer Sozialplanabfindung – Benachteiligung wegen Alters und/oder Behinderung

Bundesarbeitsgericht vom 16. Juli 2019 – 1 AZR 842/16

Eine Sozialplanregelung, die zur Berechnung einer Abfindung auf den „frühestmöglichen“ Bezug einer gesetzlichen Rente abstellt, benachteiligt schwerbehinderte Menschen. Der einem solchen Sozialplan unterfallende schwerbehinderte Arbeitnehmer hat in diesem Fall Anspruch auf Zahlung einer Abfindung in der Höhe, wie sie ihm ohne Schwerbehinderung

zustehen würde. Eine mit einem „Systemwechsel“ verbundene unterschiedliche Berechnung der Sozialplanabfindung in Abhängigkeit des Alters kann nach § 10 AGG gerechtfertigt sein.

Sachverhalt

Wegen einer geplanten Betriebsstilllegung schlossen die Arbeitgeberin und der Betriebsrat einen Interessenausgleich und Sozialplan. Darin war geregelt, dass Arbeitnehmer der Jahrgänge 1955 bis 1959 ein individuelles Angebot zum Ausscheiden erhielten, dass unter Anrechnung von ALG I sowie Bezügen aus der Altersversorgung ab dem 60. Lebensjahr eine Nettoabsicherung in Höhe von 80% bis zum frühestmöglichen Wechsel in die gesetzliche Rente sicherstellen sollte. Für Arbeitnehmer der Jahrgänge 1960 und jünger war eine Abfindung vorgesehen, die sich auf Grundlage des Entgelts und der Betriebszugehörigkeit errechnete. Der im Jahr 1956 geborene und schwerbehinderte Kläger schloss mit der Arbeitgeberin einen Aufhebungsvertrag mit einer Abfindung, für deren Berechnung die Arbeitgeberin als Renteneintrittsdatum den Zeitpunkt zugrunde legte, zu dem der Kläger erstmals eine vorzeitige Altersrente für schwerbehinderte Menschen beziehen konnte. Der Kläger begehrte die Zahlung einer höheren Abfindung, die sich auf Grundlage des Entgelts und der Betriebszugehörigkeit errechnete. Er sah sich aufgrund seines Alters und seiner Behinderung benachteiligt.

Entscheidung

Das BAG entschied, dass eine Sozialplanregelung, die zur Berechnung der Höhe einer Abfindung auf den „frühestmöglichen“ Bezug einer gesetzlichen Rente abstellt, eine mittelbare Benachteiligung schwerbehinderter Menschen bewirke. Eine Benachteiligung liege darin, dass der Arbeitnehmer aufgrund der Schwerbehinderung frühzeitig in die gesetzliche Rente wechsle, wohingegen der Wechsel bei einem nicht behinderten Arbeitnehmer drei Jahre später erfolge, wodurch er eine höhere Abfindung erhält. Zwar verfolge die Regelung ein legitimes Ziel in Gestalt eines pauschalierten Ausgleichs für das bis zum frühestmöglichen Renteneintritt entfallenden Arbeitsentgelts. Es geht aber über das Erforderliche hinaus, weil das Abstellen auf das neutrale Kriterium „frühestmöglicher Wechsel“ nicht durch objektive Faktoren, die nichts mit der Behinderung zu tun haben, gerechtfertigt wird. Die vorgenannte Benachteiligung führe allerdings nicht dazu, dass der Kläger unter die Formel für nicht lebensältere Arbeitnehmer falle. Bei der Berechnung der Abfindung sei „nur“ die Möglichkeit des vorgezogenen Rentenbezugs nicht zu berücksichtigen. Damit könne der Kläger lediglich vorenthaltene Leistungen beanspruchen, die einem Arbeitnehmer zukäme, der nicht schwerbehindert ist.

Konsequenzen für die Praxis

Das BAG bestätigt, dass eine mit einem „Systemwechsel“ bei der Berechnung einer Sozialplanabfindung einhergehende unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer wegen Alters nach § 10 S. 1 und S. 2 AGG gerechtfertigt sein kann. Die Differenzierung nach dem frühestmöglichen Renteneintritt hingegen ist es nicht, wenn diesbezüglich zwischen Menschen mit und ohne Schwerbehinderung unterschieden wird.

Praxistipp

Im Rahmen einer Abfindung sollte arbeitgeberseitig – sofern auf den Zeitpunkt abgestellt wird, in dem ein frühestmöglicher Eintritt in die gesetzliche Rente erfolgt – keine Differenzierung nach der Schwerbehinderung vorgenommen werden. Eine exakt formulierte Regelung ist unabdingbar, um Diskriminierungen oder andere Gesetzesverstöße zu vermeiden und ungeahnte Folgekosten zu vermeiden.

*Dr. Feyzan Ünsal, Rechtsanwältin BEITEN BURKHARDT,
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH Hamburg*

Vergütung von Überstunden trotz Freistellung im gerichtlichen Vergleich

Bundesarbeitsgericht vom 20. November 2019 – 5 AZR 578/18

Wird in einem gerichtlichen Vergleich die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses unter gleichzeitiger Freistellung des Arbeitnehmers vereinbart, muss hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen, dass bestehende Überstunden bzw. Plusstunden in einem Arbeitszeitkonto bei der Freistellung berücksichtigt sind. Ist lediglich von einer unwiderruflichen Freistellung die Rede, sind die Überstunden nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zusätzlich zu vergüten.

Sachverhalt

Die Arbeitnehmerin war als Sekretärin tätig und erhielt eine außerordentliche fristlose Kündigung. Im Kündigungsschutzprozess schlossen die Parteien einen gerichtlichen Vergleich. Dieser sah vor, dass das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten, über die gesetzliche Kündigungsfrist hinausgehenden Zeitpunkt enden sollte. Dabei sollte die Arbeitnehmerin unwiderruflich von ihrer Pflicht zur Erbringung ihrer Tätigkeit freigestellt werden. Zugleich stellte

der Vergleich klar, dass Urlaubsansprüche nicht mehr bestanden. Eine allgemeine Abgeltungs- bzw. Ausgleichsklausel wurde nicht vereinbart, sondern nur festgehalten, dass mit Abschluss des Vergleichs der Rechtsstreit erledigt sei. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses machte die Arbeitnehmerin noch Abgeltung von Überstunden geltend. Die Arbeitgeberin hatte die Vergütung noch ausstehender Plusstunden im Arbeitszeitkonto zuvor verweigert, da sie die Auffassung vertrat, diese seien von der Freistellung bereits erfasst.

Entscheidung

Grundsätzlich sind Überstunden bzw. Plusstunden in einem Arbeitszeitkonto vom Arbeitgeber zu vergüten, wenn das Arbeitsverhältnis endet und diese nicht mehr durch Freizeit ausgeglichen werden können. Soll jedoch ein gerichtlicher Vergleich den Abbau von Überstunden im Rahmen einer vereinbarten Freistellung beinhalten, so müsse dies hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen, so das BAG. Sei lediglich festgehalten, dass eine unwiderprüfliche Freistellung erfolgen solle, sei nicht klar erkennbar, dass zugleich der Abbau von Überstunden umfasst sei.

Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung zeigt wieder einmal, dass trotz eines gerichtlichen Vergleichs immer noch Streitpunkte offen sein können, die die Parteien bei Vergleichsschluss nicht bedacht hatten. Die umfassende allgemeine Abgeltungs- bzw. Ausgleichsklausel erfährt so einmal mehr Bedeutung. Sie sieht nicht nur vor, dass der Rechtsstreit erledigt ist, sondern, dass mit Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Vergleich alle Ansprüche aus dem Rechtsstreit und dem beendeten Arbeitsverhältnis erledigt sind. Sinn und Zweck ist es, alle Streitigkeiten möglichst schnell zu beenden und klare Verhältnisse zu schaffen.

Praxistipp

Wollen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Rahmen eines gerichtlichen Prozesses über alle Streitpunkte gütlich einigen, muss jeder Streitige Punkt in einem Vergleich Berücksichtigung finden. Da dies oftmals nicht möglich ist, ist stets zu empfehlen, eine allgemeine Abgeltungs- bzw. Ausgleichsklausel aufzunehmen und nicht nur den Rechtsstreit mit Abschluss des Vergleichs für erledigt zu erklären.

*Ines Neumann, Rechtsanwältin BEITEN BURKHARDT,
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH Berlin*

Der „Crowdworker“ ist kein Arbeitnehmer

Landesarbeitsgericht München vom 4. Dezember 2019 – 8 Sa 146/19

Bei zahlreichen Berufen wie Krankenpfleger, Musikschullehrer, Rundfunkmitarbeiter, Orchestermusiker oder jetzt „Crowdworker“ stellt sich die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Für die Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung als Arbeitnehmer und selbständiger Tätigkeit wird auf die Weisungsgebundenheit und die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation abgestellt.

Sachverhalt

Das Unternehmen betreibt eine Internetplattform und führt für Hersteller Kontrollen der Warenpräsentation im Handel durch. Diese Kontrollen werden im Rahmen von Crowdfunding vergeben. Beim Crowdfunding werden Einzeltätigkeiten häufig online über Plattformen an eine Vielzahl potentieller Interessenten (Crowdworker) angeboten. Personen, die mit dem Unternehmen eine Basisvereinbarung abgeschlossen haben, können diese Einzelaufträge über eine App annehmen. Sie müssen die Aufträge innerhalb von zwei Stunden abarbeiten. Die Basisvereinbarung verpflichtet weder die Personen, einen Auftrag anzunehmen noch das Unternehmen, einen Auftrag zu erteilen. Das Unternehmen kündigte die Basisvereinbarung mit E-Mail gegenüber einer Person, die einen erheblichen Teil ihrer Einkünfte durch die Aufträge erzielte.

Entscheidung

Das LAG München hat entschieden, dass zwischen dem Crowdworker und dem Unternehmen kein Arbeitsverhältnis bestehe. Die Basisvereinbarung enthalte keine Verpflichtung zur Arbeitsleistung und es bestehe keine persönliche Abhängigkeit hinsichtlich Zeit, Ort und Inhalt eines Arbeitsverhältnisses. Daran ändere auch der Umfang der mit der Crowdwork erzielten Vergütung nichts. Die Basisvereinbarung habe wirksam per E-Mail – und nicht mit Schriftform wie in einem Arbeitsverhältnis erforderlich – gekündigt werden können.

Konsequenzen für die Praxis

Die selbständige wird von der unselbständigen Tätigkeit immer nach den allgemeinen Regelungen abgegrenzt. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um ganz spezielle Berufe oder scheinbar „andersartige“ Beschäftigungsverhältnisse, wie Crowdfunding oder Mobile-Office

handelt. Ist streitig, ob ein über eine Internetplattform vermittelter Auftragnehmer in Wirklichkeit ein Arbeitnehmer war, sind die allgemeinen Abgrenzungskriterien heranzuziehen (vgl. LAG Hessen vom 14. Februar 2019 – 10 Ta 350/18).

Dabei werden zwar alle Indizien gewichtet, wie der Einsatz von Erfüllungsgehilfen, die wirtschaftliche Abhängigkeit, Nutzung von Betriebsmitteln, dienstliche E-Mail-Adresse, Urlaub, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Rechnungsstellung oder die Teilnahme an betrieblichen Veranstaltungen. Das wichtigste Abgrenzungskriterium ist jedoch die persönliche Abhängigkeit (Weisungsabhängigkeit hinsichtlich Zeit, Ort und Inhalt des Arbeitsverhältnisses sowie Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation).

Praxistipp

Das LAG München hat mangels Relevanz nicht entschieden, ob jeweils durch das Anklicken eines Auftrags ein befristetes Arbeitsverhältnis begründet wurde. Es ist deshalb zu empfehlen, solche Basisvereinbarungen zu befristen, die Schriftform zu verwenden und die erste Befristung nicht länger als zwei Jahre andauern zu lassen. Für den Fall, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handeln sollte, endet es jedenfalls mit Ablauf der Befristung. Andernfalls könnte ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vorliegen.

*Dr. Erik Schmid, Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht BEITEN BURKHARDT,
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH München*

Kurzzeitiges Aushelfen an der Kasse als mitbestimmungspflichtige Versetzung

Landesarbeitsgericht Niedersachsen vom 29. April 2019 – 12 TaBV 51/18

Weist der Arbeitgeber Beschäftigten nur für wenige Stunden einen anderen Arbeitsbereich zu, kann dies eine mitbestimmungspflichtige Versetzung im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) darstellen, wenn sich hierdurch die Arbeitsumstände erheblich ändern.

Sachverhalt

Die Arbeitgeberin betreibt eines von bundesweit über 40 Möbelhäusern. An Tagen mit hoher Kundenfrequenz kommt es zeitweise zu personellen Engpässen in den Bereichen Kasse und Logistik. In diesem Fall werden Beschäftigte aus anderen Abteilungen zur Unterstüt-

zung in den überlasteten Bereichen herangezogen. Die Einsatzdauer beträgt oft nur ein bis zwei Stunden. Die Tätigkeit an der Kasse zeichnet sich durch hohe Lärmbelastung aus und ist zudem fremdbestimmt, weil schematisch Kunde für Kunde abkassiert werden muss. Im Logistikbereich sind die Beschäftigten Temperaturschwankungen ausgesetzt. Es besteht auch hier kein Spielraum für eine eigenständige Gestaltung des Arbeitsablaufs, weil die Mitarbeiter entsprechend der Kundenanforderung arbeiten müssen. Der Betriebsrat war daher der Auffassung, es handle sich bei der kurzzeitigen Heranziehung in den Bereichen Kasse und Logistik um der Mitbestimmung unterliegende Versetzungen.

Entscheidung

Anders als die Vorinstanz stellte sich das LAG Niedersachsen auf die Seite des Betriebsrats. Es bejahte das Vorliegen einer mitbestimmungspflichtigen Versetzung. Versetzung sei nach der maßgeblichen Definition des § 95 Abs. 3 S. 1 BetrVG die *„Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs, die voraussichtlich die Dauer von einem Monat überschreitet oder die mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist.“* Arbeitgeber und Betriebsrat waren sich einig, dass die Bereiche Kasse und Logistik einen „anderen Arbeitsbereich“ darstellten. Das Gericht führte aus, dass die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs für sich allein den Versetzungsbegriff jedoch nur erfülle, wenn sie für längere Zeit als einen Monat geplant sei. Ansonsten liege selbst bei Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs eine Versetzung nur vor, wenn hiermit zugleich eine erhebliche Änderung der Arbeitsumstände verbunden sei. Einzelne Umstände müssen sich also nicht nur überhaupt geändert haben, sondern ihre Änderung müsse erheblich sein. Arbeitsumstände seien die äußeren Umstände, unter denen der Arbeitnehmer seine – ohnehin andere – Tätigkeit zu verrichten habe. Hierzu zählen die vom BAG entwickelten Kriterien, wie z. B. die zeitliche Lage der Arbeit, Faktoren wie Lärm, Schmutz, Hitze, Kälte oder Nässe.

Das LAG nahm an, dass mit dem kurzen Einsatz in den Bereichen Kasse und Logistik eine erhebliche Änderung der Arbeitsumstände verbunden sei. Dies ergebe eine wertende Gesamtschau aller konkreten Arbeitsumstände. Eine atomisierende Betrachtungsweise dürfe nicht vorgenommen werden. Der Umstand, ob die Arbeit z. B. überwiegend mit oder ohne Kundenkontakt zu leisten sei, wirke sich – neben den vom BAG bestimmten Kriterien – auf die Arbeitsumstände erheblich aus, da die Bedürfnisse und Anforderungen des Kunden weder gänzlich zurückgewiesen, noch für längere Zeit zurückgestellt werden könnten. Dies stünde einer freien Disposition der zu erledigenden Aufgaben diametral entgegen. Ob eine freie Disposition der übertragenen Tätigkeit stattfände oder ob mechanisch einzelne Schritte abgearbeitet werden müssen, sei ebenfalls ein „Umstand“ unter dem die Arbeit zu leisten sei.

Der zeitlichen Komponente maß das Gericht dagegen keine entscheidende Bedeutung zu. Sofern einem Beschäftigten für die Dauer von weniger als einem Monat ein anderer Arbeitsbereich zugewiesen werde, ginge es bei der Versetzung immer um kurzzeitig zugewiesene Arbeitsbereiche.

Praxistipp

Gegen die Entscheidung wurde unter dem Aktenzeichen 1 ABR 21/19 Rechtsbeschwerde zum BAG eingereicht. Es bleibt also abzuwarten, wie das höchste deutsche Arbeitsgericht entscheiden wird. Da es in vielen Betrieben nicht unüblich sein dürfte, dass Mitarbeiter einander kurzzeitig aushelfen, sollten Arbeitgeber die Entscheidung kennen. Insbesondere ist damit zu rechnen, dass Betriebsräte verstärkt ihre Mitbestimmungsrechte einfordern und z. B. auch auf ihr Vorschlagsrecht im Rahmen der Personalplanung beharren, um Personalengpässen generell vorzubeugen.

Dr. Sarah Reinhardt-Kasperek, Rechtsanwältin | Fachanwältin für Arbeitsrecht BEITEN BURKHARDT, Rechtsanwalts-gesellschaft mbH München

Jasmin Onderscheka, Rechtsanwältin BEITEN BURKHARDT, Rechtsanwalts-gesellschaft mbH München

Weniger allein reicht doch nicht aus! Entgeltgleichheit nur in der Theorie?

Landesarbeitsgericht Niedersachsen vom 1. August 2019 – 5 Sa 196/19

Bereits unmittelbar nach Inkrafttreten des Entgelttransparenzgesetzes (EntgTranspG) stellte sich die Frage, was ein Arbeitnehmer überhaupt vortragen muss, um eine Diskriminierung zu rechtfertigen und eine Vergütungsanpassung nach oben zu erhalten. Diese Frage war in der arbeitsrechtlichen Literatur umstritten und bislang nicht entschieden. Das LAG Niedersachsen vertritt die Auffassung, dass allein eine geringere Vergütung nicht ausreicht, um eine Diskriminierung und damit eine Entgeltanpassung nach oben zu rechtfertigen.

Sachverhalt

Eine Abteilungsleiterin (zwölf Jahre im Unternehmen) bezog für ihre Tätigkeit eine Vergütung in Höhe von EUR 5.685,90 brutto sowie eine sog. übertarifliche Zulage in Höhe von EUR 550,00 brutto. Mit ihrem Auskunftsbegehren wollte die Arbeitnehmerin erfahren, was

ihre männlichen Kollegen verdienen. Das Unternehmen informierte die Mitarbeiterin über den „Median“ (d.h. nicht der Durchschnittswert, sondern der mittlere Wert) der dort beschäftigten männlichen Abteilungsleiter seit 2012. In einer dann nachgebesserten Auskunft erfuhr die Arbeitnehmerin, dass der Median des Grundgehalts sämtlicher männlichen Abteilungsleiter EUR 6.292,00 brutto beträgt, in der Vergleichsgruppe aber auch ein Abteilungsleiter aufgenommen war, der bereits seit 1999, also 13 Jahre länger als die Arbeitnehmerin als Abteilungsleiter mit Führungsaufgaben tätig war. Der Median für die Zulagen liege – so die Auskunft des Arbeitgebers – bei EUR 600,00 brutto monatlich.

Neben der Tatsache, dass die AT-Vergütung entsprechend der tariflichen Vergütung im Unternehmen angepasst wurde, wiesen sämtliche Abteilungsleiter unterschiedliche Betriebszugehörigkeiten auf. Darüber hinaus waren auch mehrere Quereinsteiger beschäftigt. Es war unstrittig, dass damit das Durchschnittsgehalt der vergleichbar beschäftigten männlichen Abteilungsleiter um 8 % höher als das der beschäftigten weiblichen Abteilungsleiter war. Ebenfalls unstrittig war aber auch, dass unter den Abteilungsleiter/innen die bestbezahlte Person eine Frau war. Die Arbeitnehmerin verlangte eine Zahlung aufgrund der Vergütungsdifferenz und die Feststellung, dass ihr eine monatliche Zulage in Höhe von EUR 600,00 brutto zustehe.

Entscheidung

Das LAG wies die Klage vollständig ab. Es begründete dies damit, dass der Anspruch bereits daran scheitere, dass es der Arbeitnehmerin nicht gelungen sei, eine Entgeltbenachteiligung darzulegen. In Rechtsprechung und Literatur ist die Anspruchsgrundlage für die Anpassung der Vergütung umstritten. Das LAG führte aus, dass es unabhängig davon, welche Anspruchsgrundlage der Differenzvergütung zugrunde liege, nach den Voraussetzungen des § 22 AGG eines Vortrags bedürfe, der mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf eine Benachteiligung bei der Vergütung aufgrund des Geschlechts schließen lasse. Diesen sah das Gericht nicht, da das Gehalt der Arbeitnehmerin zwar unter dem Median lag, diese Auskunft an sich allerdings nicht ausreichend sei, um allein eine Diskriminierung zu rechtfertigen. Aus dieser Auskunft ergebe sich nicht, wie sich die Vergütung des eigenen – hier weiblichen – Geschlechts zusammensetzt. Es gebe auch keine Beweiserleichterung basierend auf der bloßen Auskunft, selbst wenn die Vergütungsdifferenz einen erheblichen Umfang darstellen würde. Allein die Tatsache, dass Kollegen 8 % mehr verdienen, reiche daher nicht aus. Das Unternehmen habe darüber hinaus auch nachvollziehbare Gründe für die abweichende Gehaltsstruktur dargelegt, wie unterschiedlich lange Betriebszugehörigkeiten bzw. die Einstellung von Quereinsteigern. Die Arbeitnehmerin hat Revision eingelegt (8 AZR 488/19).

Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung befasst sich mit dem maßgeblichen Problem des EntgTranspG. Es hat den Arbeitnehmern ein Mittel an die Hand gegeben, letztlich aber nicht dafür gesorgt, dass dieses auch durchsetzbar ist. Seit der Einführung des Gesetzes ist umstritten, wie ein genauer Vortrag für eine Entgeltdiskriminierung aussehen könnte. Der Arbeitnehmer kann sich daher im Revisionsverfahren nicht auf die indizielle Wirkung des Median verlassen und muss weiter vortragen. Arbeitgeber, die nach der Einführung des EntgTranspG Befürchtungen hatten, können sich erst einmal auf diese Entscheidung berufen.

Praxistipp:

Das Urteil entbindet Unternehmen gleichwohl nicht, eine Entgeltfindung und -gewährung zu etablieren, die dazu führt, dass es sich um ein auf objektive Kriterien gestütztes System handelt. Die Rechtsprechung billigt die Ablösung eines unvollständigen bzw. diskriminierenden Systems insoweit, dass dann keine Verpflichtung zur Anpassung nach oben droht (BAG vom 8. Dezember 2011 – 6 AZR 319/09).

*Dr. Kathrin Bürger, Rechtsanwältin | Fachanwältin für Arbeitsrecht LL.M.,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH München*

Einsatz eines Zeiterfassungssystems mittels Fingerprint

Arbeitsgericht Berlin vom 16. Oktober 2019 – 29 Ca 5451/19

Die Arbeitszeiterfassung durch ein Zeiterfassungssystem mittels „Fingerprint“ ist im Sinne von § 26 Abs. 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) nicht erforderlich und damit ohne Einwilligung der Arbeitnehmer grundsätzlich unzulässig.

Sachverhalt

Ein Arbeitnehmer weigerte sich, ein neues Zeiterfassungssystem (Fingerprintsystem) zu benutzen. Bei der Zeiterfassung mittels Fingerprint meldet sich der Arbeitnehmer durch Abgleich seines Fingerabdrucks mit den im Zeiterfassungsterminal gespeicherten Daten an und ab. Da sich der Mitarbeiter weigerte, das neue Zeiterfassungssystem zu verwenden, erteilte der Arbeitgeber ihm zwei Abmahnungen. Gegen diese beiden Abmahnungen klagte der Arbeitnehmer.

Entscheidung

Das Arbeitsgericht verurteilte den Arbeitgeber dazu, die Abmahnungen aus der Personalakte zu entfernen. Das Gericht stellte fest, dass es sich beim „Fingerprint“ um sog. biometrische Daten nach Art. 9 Abs. 1 Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) handelt, die besonders schützenswert sind. Demnach gilt, dass die Verarbeitung von biometrischen Daten verboten ist, wenn kein Erlaubnistatbestand aus Art. 9 DSGVO eingreift und die Datenerhebung zulässig ist. Das Arbeitsgericht stellte fest, dass weder die Voraussetzungen von Art. 9 DSGVO oder eine Einwilligung des Arbeitnehmers vorlagen noch eine Betriebsvereinbarung die Datenerhebung in zulässiger Art und Weise regelte.

Das Arbeitsgericht prüfte § 26 Abs. 1 BDSG, also ob die Datenverarbeitung zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Im Ergebnis verneinte das Arbeitsgericht die Erforderlichkeit. Es stellte eine Interessenabwägung an. Demnach gilt: Je intensiver in das Persönlichkeitsrecht von Arbeitnehmern eingegriffen wird, umso gewichtigere Rechtspositionen muss der Arbeitgeber vortragen, um die Datenerhebung nach § 26 BDSG zu rechtfertigen. So wird beispielsweise das Interesse des Arbeitgebers an einer biometrischen Zugangskontrolle (nicht Zeiterfassung) zu Bereichen mit sensiblen Geschäfts-, Produktions- und Entwicklungsgeheimnissen eher überwiegen als bei einer Zugangssicherung zu „normalen“ Bürobereichen.

Konsequenzen für die Praxis

Im Mai 2019 hatte der Europäische Gerichtshof entschieden, dass Arbeitgeber verpflichtet sind, ein Arbeitszeiterfassungssystem einzurichten. Der deutsche Gesetzgeber wird diese Entscheidung noch umzusetzen haben. Hierbei werden die Arbeitgeber auch die datenschutzrechtlichen Anforderungen zu beachten haben. Das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin zeigt, welche Auswirkungen die datenschutzrechtlichen Vorgaben in der Praxis haben können. Hierbei spielt insbesondere der Grundsatz der Erforderlichkeit, der stets im Zusammenhang mit Datenerhebungen bei der Durchführung eines Arbeitsverhältnisses zu beachten ist, eine entscheidende Rolle. Dies heißt, dass Arbeitgeber die eigenen Rechtspositionen (ordnungsgemäße Arbeitszeiterfassung) mit den Rechtspositionen der Arbeitnehmer (Persönlichkeitsrechte) abwägen müssen. Bestehen verschiedene Möglichkeiten der Datenerhebung, die jeweils abgestufte Eingriffsintensitäten aufweisen, ist grundsätzlich die Möglichkeit mit der geringsten Eingriffsintensität zu wählen. Hierbei sind stets sämtliche Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Bestehen z. B. Anhaltspunkte, dass das Zeiterfassungssystem besonders gegen Missbrauch zu schützen ist, kann eine Interessenabwägung auch zu Gunsten des Arbeitgebers ausgehen. Hiervon ging auch das Arbeitsgericht aus, das die Ausgestaltung von Zeiterfassungssystemen unter Verwendung eines Fingerab-

drucks nicht als gänzlich unzulässig ansah. Jedoch sind an die Ausgestaltung solcher Fingerprintsysteme hohe Voraussetzungen zu stellen. Arbeitgeber haben im Rahmen der Einführung solcher Systeme einen gewissen „Gestaltungsspielraum“. Hierbei ist u. a. zu berücksichtigen, dass ein solches System dann zulässig sein kann, wenn die Arbeitnehmer eine Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Identifikationsmöglichkeiten haben (Eingabe einer persönlichen Identifikationsnummer oder Verwendung von Chipkarten).

Praxistipp

Arbeitgeber sollten vor der Einführung eines Zeiterfassungssystems die Rechtslage genau prüfen (lassen). Des Weiteren bietet es sich an, dass Arbeitgeber die vorhandenen datenschutzrechtlichen Gestaltungsspielräume nutzen. Hierfür kann insbesondere auf den Abschluss einer Betriebsvereinbarung verwiesen werden. Dazu ist der Arbeitgeber ohnehin aufgrund der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach dem Betriebsverfassungsgesetz verpflichtet. Auf eine Einwilligung sollte in diesem Zusammenhang nicht zurückgegriffen werden, da bisher ungeklärt ist, ob eine Einwilligung auch „freiwillig“ durch den Arbeitnehmer abgegeben werden kann.

Dr. Dominik Sorber, Rechtsanwalt BEITEN BURKHARDT, Rechtsanwalts-gesellschaft mbH München

IM BLICKPUNKT

Geschäftsreisen in Zeiten des Coronavirus‘

Geschäftsreisen und Entsendungen ins Ausland sind keine Seltenheit mehr und nehmen sogar stetig zu. Im Kalenderjahr 2019 hat in diesem Zusammenhang insbesondere die A1-Bescheinigung für Aufregung gesorgt. Hintergrund war, dass die Anträge auf Ausstellung einer A1-Bescheinigung für entsandte Arbeitnehmer seit dem 1. Juli 2019 ausschließlich elektronisch zu übermitteln sind. Die Umsetzung dieser Vorgabe erforderte in vielen Fällen die Anpassung unternehmensinterner Prozesse. Auch im Jahr 2020 stellen Geschäftsreisen ins Ausland und Entsendungen Unternehmen vor verschiedene Herausforderungen. Deutlich wird dies vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklungen in China und dem Ausbruch bzw. der rasanten Verbreitung des Coronavirus‘. Hierdurch rückt das grundsätzliche Thema, Fürsorgepflichten des Arbeitgebers bei Auslandseinsätzen, in den Fokus.

Zudem muss die Entsenderichtlinie, die für Geschäftsreisen ins europäische Ausland maßgeblich ist, bis zum 30. Juli 2020 in allen Mitgliedsstaaten der EU umgesetzt werden. Hier-

durch werden sich die Anforderungen an eine Geschäftsreise innerhalb der EU verschärfen. Arbeitgeber sollten die verbleibende Zeit nutzen, um sich auf die anstehenden Änderungen einzustellen oder auch die bisherige Praxis im Umgang mit grenzüberschreitenden Geschäftsreisen compliant zu gestalten.

Gefahr bei Geschäftsreisen ins Ausland

Die Tagespresse ist im Alarmzustand. Das Coronavirus beherrscht das Tagesgeschehen. Einige Jahre zuvor sorgte die Schweinegrippe für ähnliche Schlagzeilen. Es handelt sich also um eine immer wiederkehrende Thematik. Deutsche Unternehmen haben bereits reagiert. Die Verbreitung des Coronavirus' und die Zahl der Infizierten steigt so rasant an, dass mehrere deutsche Unternehmen mit Werken in der am schwersten betroffenen Region Wuhan entsandte Mitarbeiter nach Deutschland zurückholen bzw. einen Reisetopp für Geschäftsreisen dorthin verhängen. Arbeitsrechtlich stellt sich in diesen oder ähnlichen Krisensituationen die Frage, inwieweit Arbeitnehmer den Antritt einer Geschäftsreise verweigern dürfen bzw. inwieweit Arbeitgeber aufgrund der Fürsorgepflicht verpflichtet sind, aktiv zu werden.

Verweigerungsrecht des Arbeitnehmers

Ein Arbeitnehmer, der betrieblich veranlasst in ein Krisen- bzw. Gefahrengebiet reisen soll, darf die Geschäftsreise verweigern, wenn es sich insoweit um eine unbillige Weisung des Arbeitgebers handelt. Dies hängt von den konkreten Gefahren für Leib und Leben des jeweiligen Mitarbeiters ab.

Sollte eine solche Gefahr aufgrund der jeweiligen Umstände (Einsatzort, etwaige Vorerkrankungen etc.) bestehen, müssen Arbeitnehmer einer solchen Anweisung nicht Folge leisten. Typische arbeitsrechtliche Sanktionen (Vergütungseinbußen, Abmahnung, Kündigung) wären in diesem Fall nicht zu befürchten.

Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

Arbeitgeber müssen jedoch prüfen, ob sie aufgrund der Fürsorgepflicht Maßnahmen ergreifen bzw. aktiv werden müssen. Zur Fürsorgepflicht gehört insbesondere der Schutz von Leib und Leben des Arbeitnehmers. Klare Grenzen, wann die Fürsorgepflicht eingreift, gibt es nicht. Vielmehr kommt es auch insoweit jeweils auf die Umstände des Einzelfalls an. Arbeitgeber müssen letztlich eine Abwägungsentscheidung treffen. Um die jeweilige Situation richtig beurteilen zu können, müssen Arbeitgeber bewerten können, wie hoch das Risiko für

ihre Mitarbeiter ist. Relevant ist in erster Linie, wohin die Reise konkret gehen soll. Die WHO hat derzeit eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite deklariert. Die Region Wuhan steht unter Quarantäne, eine Ausreise ist derzeit nicht möglich. Viele ausländische Fluggesellschaften haben den Flugverkehr nach China (teilweise) eingestellt. Geschäftsreisende müssen befürchten, nicht mehr nach Deutschland zurückzukommen. Auch ist die all-gemeinmedizinische Versorgung durch den Virus stark eingeschränkt. Das Auswärtige Amt (Stand:17. Februar 2020) schätzt das Infektionsrisiko für deutsche Reisende in der Provinz Hubei derzeit als „hoch“ ein. Daher wird bei Geschäftsreisen nach Wuhan und den Groß-raum für Arbeitgeber die Pflicht bestehen, einen Reisetopp zu verhängen. Auch rät das Auswärtige Amt vor Reisen in andere Städte Chinas ab, so dass nach unserer Einschätzung Arbeitgeber auch hier aktuell keine Geschäftsreisen veranlassen sollten. Anders kann dies aber z. B. bei Reisen in die Sonderverwaltungs-zonen Hongkong und Macao sein, bei denen ein Risiko niedriger eingeschätzt wird.

Praxistipp

Die Bewertung der jeweiligen Situation kann schwierig sein. Derzeit scheint das Ausmaß des Coronavirus' kaum überschaubar und „in Bewegung“. Arbeitgeber müssen in solchen Fällen die aktuellen Entwicklungen in China und anderen Reiseländern täglich genau beobachten. Ob die jeweilige Reise angetreten werden kann bzw. welches Risiko hierfür besteht, kann erst kurz vor Reiseantritt entschieden werden.

Reform der Entsenderichtlinie

Die arbeitsrechtlichen Besonderheiten beim Einsatz von Arbeitnehmern innerhalb der EU gehen auf die Arbeitnehmerentsenderichtlinie 96/71/EG zurück. Diese wird derzeit durch eine Änderungsrichtlinie 2018/957/EU reformiert. Danach müssen die Mitgliedsstaaten die verabschiedeten Änderungen bis zum 30. Juli 2020 in innerstaatliches Recht umgesetzt haben. In Deutschland erfolgt die Umsetzung durch Änderung des geltenden Arbeitnehmer-entsendegesetzes (AEntG) an verschiedenen Stellen.

Ausgangslage

Das AEntG ist insbesondere für Dienstreisen/Entsendungen vom Ausland nach Deutschland relevant. Ziel des Gesetzes ist die Schaffung und Durchsetzung angemessener Mindest-arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland be-schäftigte Arbeitnehmer. Hierzu zählen bereits jetzt „Mindestentgeltsätze einschließlich der

Überstundensätze“. Für Deutschland bedeutet dies, dass ausländische Unternehmen, die auf dem deutschen Markt tätig werden wollen, ihren Arbeitnehmern für die Dauer der Tätigkeit in Deutschland den gesetzlichen Mindestlohn (derzeit: EUR 9,35 brutto) bezahlen müssen. In bestimmten Branchen (darunter z. B. Elektrohandwerk; derzeit: EUR 11,90 brutto) ist sogar der Tariflohn zu gewähren. Dies ist aber (bis jetzt) die Ausnahme.

Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort

Die Reform der Entsenderichtlinie steht unter dem Motto „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“. Ein zentrales Ziel der Reform ist es, dass bei einem grenzüberschreitenden Einsatz von Arbeitnehmern aus dem Ausland der gleiche und nicht nur der jeweilige Mindestlohn gewährt wird. Zur Schaffung fairer Wettbewerbsbedingungen sollen auch ausländische Unternehmen lokale Vergütungen bezahlen. Dies gilt künftig ebenso für zusätzliche Lohnbestandteile, wie z. B. Zulagen, Weihnachtsgeld oder Mehrarbeitsvergütung.

An diesem Beispiel wird die hohe Komplexität grenzüberschreitender Auslandseinsätze innerhalb der EU deutlich. Diese Regelungen gelten nämlich auch für deutsche Unternehmen, die ihre Arbeitnehmer auf Geschäftsreise innerhalb der EU entsenden. Um die ab dem 30. Juli 2020 geltenden Regelungen einzuhalten, müssen Arbeitgeber wissen, wie die lokalen Regelungen im jeweiligen Zielland sind. Viele Nachbarländer haben ein komplexes kollektivrechtliches System, sodass Arbeitgeber zunächst herausfinden müssen, welche tariflichen Regelungen im Zielland gelten und ob diese durch die arbeitsvertraglich vereinbarte Vergütung eingehalten werden.

Höchstdauer

Ein weiterer wesentlicher Punkt der Reform ist die Einführung einer zeitlichen Höchstdauer von Entsendungen. Bisher existiert keine arbeitsrechtliche Höchstdauer von Auslandseinsätzen. Sozialversicherungsrechtlich gibt es die 24-Monatsgrenze. Steuerrechtlich ist oft die 183-Tage-Grenze bekannt. Für das Arbeitsrecht bzw. die Vertragssituation hat es bis jetzt grundsätzlich keine Rolle gespielt, wie lange der Auslandseinsatz gedauert hat.

Dies ändert sich nun. Bei Entsendungen, die länger als zwölf Monate (in Ausnahmefällen bis zu 18 Monate) andauern, ändert sich – mit wenigen Ausnahmen – das anzuwendende Arbeitsrecht. Dies könnte dazu führen, dass Langzeitentsandte nach Überschreiten der zeitlichen Grenze Ansprüche gegen ihren deutschen Arbeitgeber nach dem ausländischen Recht geltend machen. Z. B. könnte Elternzeit oder Ähnliches nach dem ausländischen Recht beantragt werden.

Sollten Arbeitgeber die bislang weit verbreitete Praxis fortführen, bei einer Entsendung den deutschen Arbeitsvertrag lediglich um eine Entsendevereinbarung zu ergänzen, wären das deutsche und das ausländische Arbeitsrecht parallel anzuwenden. Welches Recht sich durchsetzt, hängt dann von einem Günstigkeitsvergleich ab. Denn unabhängig von der Rechtswahl gelten bei der Entsendung auch die zwingenden Schutzbestimmungen des Herkunftslandes weiter, wenn sie für den Entsandten günstiger sind als die nach Umsetzung der Entsenderichtlinie anwendbaren Regeln im Ausland. Entsprechend müssen die Unternehmen die Arbeitsrechtsordnungen beider Länder im Blick haben und diejenigen Vorschriften ermitteln, die für den entsandten Arbeitnehmer günstiger sind.

Praxistipp

Arbeitgeber sollten die Zeit bis zum 30. Juli 2020 nutzen und ihre aktuelle Entsendepraxis überprüfen. Gerade bei Auslandseinsätzen, die längerfristig sind, kann es von Vorteil sein, den deutschen Arbeitsvertrag aufzuheben oder ruhend zu stellen und einen lokalen, ausländischen Arbeitsvertrag abzuschließen. Dies hat den Vorteil, dass von Anfang an nur eine Rechtsordnung gilt. In der Praxis dürfte es sich insoweit jedoch als schwierig erweisen, die Arbeitnehmer, hiervon zu überzeugen. Dies gelingt im Zweifel durch die jeweiligen Vertragskonditionen.

Fazit

Jeder Auslandseinsatz – unabhängig davon, ob es sich um eine Geschäftsreise oder um eine Entsendung handelt – muss in vielerlei Hinsicht präzise und frühzeitig vorbereitet werden. Die vorgenannten Ausführungen stellen lediglich die aktuellen arbeitsrechtlichen Besonderheiten dar. Darüber hinaus sind jedoch auch sozialversicherungsrechtliche, steuerliche und aufenthaltsrechtliche Aspekte zu beachten. Selbst innerhalb der EU gelten zwingend einzuhaltende Meldepflichten vor jeder grenzüberschreitenden Dienstreise. Bereits jetzt stehen Arbeitgeber vor der Herausforderung, dass jedes Land verschiedene Voraussetzungen für grenzüberschreitende Dienstreisen bzw. Entsendungen aufstellt. Die Risiken bei Nichteinhaltung werden häufig unterschätzt. Dies gilt auch, wie der aktuelle Fall des Coronavirus¹ zeigt, für Auslandseinsätze zu weiter entfernten Zielen.

Dr. Michaela Felisiak, Rechtsanwältin | LL.M. BEITEN BURKHARDT, Rechtsanwalts-gesellschaft mbH München

Dr. Martina Schlamp, Rechtsanwältin BEITEN BURKHARDT, Rechtsanwalts-gesellschaft mbH München

(Fast) ein Jahr GeschGehG – Geheimnisschutz auf dem aktuellen Stand?

„Wissen ist Macht“. Wissen ist aber auch ein wesentlicher Teil des „Eigenkapitals“ von Unternehmen. Denn Know-how schafft Wettbewerbsvorteile und entscheidet letztlich mit über Erfolg und Misserfolg. Arbeitgeber müssen bereits existierendes Know-how gegenüber Dritten, insbesondere gegenüber Wettbewerbern schützen, die von diesem Wissen (noch) keine Kenntnis haben. Sie müssen Know-how gegenüber ihren eigenen „Wissensträgern“ vor einer unbefugten Weitergabe absichern und sie müssen sich das durch Arbeitnehmer noch zu erarbeitende Wissen als zukünftiges eigenes Wissen sichern. Das Geschäftsgeheimnisgesetz (GeschGehG), das am 26. April 2020 schon ein Jahr in Kraft ist, soll helfen, Geheimnisse besser zu schützen. Dennoch wird der Schutz von Know-how weiterhin eine große Herausforderung auch in rechtlicher Hinsicht darstellen.

Arbeitsrechtlicher Kontext des Geschäftsgeheimnisgesetzes

Trotz der immensen Bedeutung des Geheimnisschutzes gab es bisher nur wenige Regelungen im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Durch arbeitsvertragliche Regelungen zur Verschwiegenheit, zu den Schutzrechten und zu nachvertraglichen Wettbewerbsverboten wurde der Geheimnisschutz in der Praxis belebt. Die Europäische Richtlinie über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (Richtlinie 2016/943/EU) ist am 26. April 2019 als GeschGehG in Kraft getreten. Das Arbeitsrecht steht nicht im Mittelpunkt des Geheimnisschutzes nach dem GeschGehG. Die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis und die Rechte der Arbeitnehmervertretungen bleiben vom GeschGehG unberührt. Damit ist aber nicht gemeint, dass das Arbeitsrecht nicht vom GeschGehG erfasst ist. Arbeitgeber können sich jetzt hinsichtlich des Geheimnisschutzes sowohl der Regelungen in §§ 17 bis 19 UWG in strafrechtlicher Hinsicht als auch der Regelungen des GeschGehG in zivilrechtlicher Hinsicht bedienen.

Was ist ein Geschäftsgeheimnis?

Als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse werden in der Praxis eine Vielzahl von jeglichen relevanten Informationen bezeichnet. Insbesondere Kunden- und Preislisten, Rezepturen, Lieferanten und Lieferantenbedingungen, Kalkulationen, Analysen, Prototypen, Herstellungsverfahren, Strategien etc. Dies alles sind für Unternehmen relevante Informationen, aber nicht zwingend Geschäftsgeheimnisse im Sinne des Gesetzes. Nach der Definition des § 2 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG ist ein Geschäftsgeheimnis eine Information, die

- weder insgesamt noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne Weiteres zugänglich ist und daher von wirtschaftlichem Wert ist und
- die Gegenstand von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch ihren rechtmäßigen Inhaber ist und
- bei der ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht.

Was ist erlaubt und was verboten?

Auch wenn ein Geschäftsgeheimnis nach der Definition des § 2 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG vorliegt, ist nicht jeder Umgang damit verboten. Geschäftsgeheimnisse dürfen insbesondere von Personen erlangt werden, die durch eigenständige Entdeckung oder Schöpfung sowie Beobachten, Untersuchen, Rückbauen oder Testen eines Produkts oder Gegenstands (sog. Reverse-Engineering) selbst auf das Geheimnis stoßen. Der Umgang mit Geschäftsgeheimnissen ist auch erlaubt, wenn dies z. B. aufgrund eines Gesetzes oder eines Vertrags gestattet ist (§ 3 GeschGehG). Ein Geschäftsgeheimnis darf hingegen insbesondere nicht durch unbefugten Zugang, unbefugte Aneignung, unbefugtes Kopieren oder jedes sonstige Verhalten, das gegen Treu und Glauben verstößt, erlangt werden (§ 4 GeschGehG).

Ausnahmsweise können Geschäftsgeheimnisse – ohne Konsequenzen fürchten zu müssen – erlangt, genutzt oder ofengelegt werden, wenn dies zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens erfolgt und geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen (sog. „Whistleblowing“). Als weitere Ausnahme ist die Offenlegung gegenüber Arbeitnehmervertretungen, wie z. B. Betriebsräten, genannt (§ 5 GeschGehG). Diese Ausnahme basiert auf der ohnehin gesetzlich geregelten – leider in der Praxis nicht immer eingehaltenen – Geheimhaltungspflicht der Mitglieder des Betriebsrats gemäß § 79 BetrVG.

To-do's für den Geheimnisschutz

Um einen möglichst umfangreichen Schutz für Geheimnisse zu erlangen und um Angriffe auf das Know-how bestmöglich abwehren zu können, gibt es einige wichtige To-do's für Arbeitgeber. Es reicht nicht (mehr) nur aus, dass geheime Informationen vorhanden sind, um in den Schutzbereich des Geschäftsgeheimnisgesetzes zu gelangen. Arbeitgeber haben nach der Definition des Geschäftsgeheimnisses aktiv „angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“ zu ergreifen. Dies können Maßnahmen technischer, organisatorischer oder vertrag-

licher Art sein. Technisch können Passwortsicherungen, Verschlüsselung von elektronischen Informationen, Schließenanlagen mit dokumentiertem Zugang, Firewalls, Gruppenberechtigungen und Überwachung von Datenflüssen genutzt werden. Organisatorisch ist an die Benennung verantwortlicher Personen, die Kennzeichnung von Geschäftsgeheimnissen, die Beschränkungen von Zutrittsrechten oder Anweisungen zum Umgang mit geheimhaltungsbedürftigen Daten zu denken. Vertraglich kommen in erster Linie Verschwiegenheitsregelungen in Betracht, aber auch konkrete Verbote zur Nutzung oder Weitergabe von Informationen. In jedem Fall sind die Maßnahmen zu dokumentieren, um zukünftig die „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ darlegen und nachweisen zu können.

Arbeitsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten

Für einen umfassenden Schutz von Know-how sind (arbeits-)vertragliche Sicherungsinstrumente zwingend erforderlich. Dazu gehören

- maßgeschneiderte Verschwiegenheitsregelungen in Arbeitsverträgen,
- gesonderte Verschwiegenheitsvereinbarungen (NDA) und/oder
- nachvertragliche Wettbewerbsverbote.

Daneben kann es hilfreich sein, nur personalisierte Informationen herauszugeben: Beispielsweise in Papierform jeweils mit dem Namen des Informationsempfängers. Damit wird bereits die unbefugte Weitergabe erschwert und es kann der Weitergebende einfacher ermittelt werden. Zum Umgang mit Geschäftsgeheimnissen und den Sicherungsmöglichkeiten sollten die betroffenen Mitarbeiter regelmäßig geschult werden.

Fazit

Unternehmen müssen Ihre Geschäftsgeheimnisse gegenüber Dritten (Wettbewerbern, Kunden, Auftraggebern), aber auch intern gegenüber ihren eigenen Arbeitnehmern schützen. Das nun schon fast ein Jahr geltende GeschGehG bietet Anlass, die Maßnahmen zum Schutz ihres Know-hows zu überprüfen und gegebenenfalls den Schutz durch Sicherungsmechanismen anzupassen oder zu erhöhen.

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

Dr. Erik Schmid, Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht BEITEN BURKHARDT, Rechtsanwalts-gesellschaft mbH München

Arbeitsmigration 4.0

Der Fachkräftemangel ist eine Herausforderung, mit der eine Vielzahl von Unternehmen in unterschiedlichsten Branchen zu kämpfen hat. Die Politik versucht, inländische Potentiale zu aktivieren. Hierzu wurden das Qualifizierungschancengesetz sowie das „Arbeit-von-morgen-Gesetz“ entwickelt. Neben den inländischen Maßnahmen ist auch die Zuwanderung von ausländischen Fachkräften ein großes Thema. Nach derzeit geltender Rechtslage ist es für ausländische Fachkräfte je nach Herkunftsland und Qualifikation relativ schwierig, in Deutschland tätig zu werden. Die Möglichkeiten für Aufenthaltstitel zur Erwerbstätigkeit sind begrenzt und die zu erfüllenden Anforderungen hoch. Fachkräfte aus Drittstaaten hatten bislang nur mit akademischer Ausbildung unbeschränktem Arbeitsmarktzugang oder nur in bestimmten Engpassberufen. Hinzu kommt, dass der Prozess zur Erlangung eines Aufenthaltstitels einen erheblichen Zeitaufwand erfordert. Erleichterungen soll das neue Fachkräfteeinwanderungsgesetzes (FEG) bringen, das am 1. März 2020 in Kraft tritt. Nun stehen die Einzelheiten zu den Änderungen durch das neue FEG fest. In erster Linie werden diese durch Neufassungen und Neuregelungen im Aufenthaltsgesetz (AufenthG) umgesetzt.

Die wichtigsten Neuerungen auf einen Blick

Mit dem neuen FEG soll ein Rahmen für eine gezielte und gesteigerte Zuwanderung von Fachkräften aus Drittstaaten geschaffen werden. Damit sollen vor allem Fachkräfte gewonnen werden, die die Unternehmen vor dem Hintergrund des großen Personalbedarfs und leerer Bewerbermärkte dringend benötigen, d. h. in erster Linie Personen mit Hochschulabschluss sowie qualifizierter Berufsausbildung. Eine der wichtigsten Änderungen durch das FEG ist daher, dass künftig nicht mehr nur Personen mit akademischer Ausbildung, sondern auch Fachkräfte mit einer ausländischen beruflichen Qualifikation in allen Berufen ein Visum oder einen Aufenthaltstitel zur Beschäftigung erhalten können. Damit ist der deutsche Arbeitsmarkt nicht nur für Hochqualifizierte vollständig geöffnet, sondern auch für Menschen mit anerkannter Berufsausbildung.

Die zentrale Norm (§ 18 AufenthG) unterschied bislang nach Beschäftigung einer Fachkraft, d.h. die eine qualifizierte Berufsausbildung abgeschlossen hat, und sonstigen Beschäftigungen, bei denen dies nicht der Fall ist. Diese Unterscheidung gibt es künftig nicht mehr.

Zusammenfassend bringt das FEG ab dem 1. März 2020 folgende wichtige Neuerungen:

- Einheitlicher Fachkräftebegriff, unter dem nicht nur Hochschulabsolventen, sondern nun auch Beschäftigte mit qualifizierter Berufsausbildung zu verstehen sind.

- Verzicht auf Vorrangprüfung bei anerkannter Qualifikation und Arbeitsvertrag.
- Wegfall der Beschränkung auf bestimmte Mangel- bzw. Engpassberufe bei qualifizierter Berufsausbildung.
- Möglichkeit für Fachkräfte mit qualifizierter Berufsausbildung, entsprechend der bestehenden Regelung für Hochschulabsolventen für eine befristete Zeit zur Arbeitsplatzsuche nach Deutschland zu kommen (Voraussetzung: deutsche Sprachkenntnisse und Lebensunterhaltssicherung).
- Bei Vorliegen eines geprüften ausländischen Abschlusses verbesserte Möglichkeiten zum Aufenthalt für Qualifizierungsmaßnahmen im Inland mit dem Ziel der Anerkennung von beruflichen Qualifikationen, Verfahrensvereinfachungen durch eine Bündelung der Zuständigkeiten bei zentralen Ausländerbehörden und beschleunigte Verfahren für Fachkräfte.

Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer qualifizierten Beschäftigung

Für Arbeitgeber ist vor allem die Möglichkeit der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer qualifizierten Beschäftigung von Fachkräften interessant. Wenn Arbeitgeber

- eine ausländische Fachkraft mit Berufsausbildung beschäftigen möchten – dies sind solche Ausländer, die eine deutsche oder gleichwertige Berufsqualifikation besitzen –

oder

- eine ausländische Fachkraft mit akademischer Ausbildung beschäftigen möchten – dies sind solche Ausländer, die einen deutschen oder anerkannten bzw. vergleichbaren ausländischen Hochschulabschluss besitzen –

sind folgende Voraussetzungen notwendig:

- Vorliegen eines konkreten Arbeitsplatzangebots,
- Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit,
- ggfs. Vorliegen oder Zusage einer Berufsausübungserlaubnis (z. B. bei reglementierten Berufen) und
- Feststellung der Gleichwertigkeit der Qualifikation des Ausländers bzw. Vorliegen eines deutschen oder vergleichbaren ausländischen Hochschulabschlusses.

Praxistipp

Der wichtigste Schritt für ausländische Fachkräfte ist die Anerkennung der jeweiligen ausländischen Qualifikation. Dies muss geschehen, bevor ein entsprechendes Visum für Deutschland erteilt werden kann.

Damit ist die Beschäftigung von Fachkräften mit beruflicher, d. h. nicht-akademischer Ausbildung künftig auch nicht mehr auf Engpassberufe beschränkt. Mit einer in Deutschland anerkannten Berufsausbildung erlaubt der Aufenthaltstitel zur Ausübung einer qualifizierten Beschäftigung auch diesen Fachkräften den Zugang zu allen Berufen, für die sie ihre Qualifikation befähigt.

Aufenthalts-erlaubnis zur Arbeitsplatz-/Ausbildungssuche

Neu ist außerdem, dass ausländische Fachkräfte künftig die Möglichkeit haben, bereits zur Arbeitsplatzsuche nach Deutschland einzureisen. Dies soll die Stellenbesetzung erleichtern. Gleiches gilt für die Suche nach einem geeigneten Ausbildungsplatz. Arbeitgebern kann das im Hinblick auf die Suche von Fachkräften zur Besetzung offener Stellen zugutekommen. Nach den Änderungen können künftig Fachkräfte mit Berufsausbildung für bis zu sechs Monate zur Arbeitssuche einreisen, wenn diese eine anerkannte Qualifikation, die notwendigen Deutschkenntnisse und einen gesicherten Lebensunterhalt vorweisen. Möglich ist nun auch eine Probearbeit von bis zu zehn Wochenstunden im späteren Beruf. Damit können z. B. auch Praktika bei dem potentiellen Arbeitgeber absolviert werden.

Verzicht auf Vorrangprüfung/Engpassprüfung

Grundsätzlich muss bislang vor der Einstellung einer Fachkraft aus einem Drittstaat festgestellt werden, ob für die Stelle ein inländischer oder europäischer Bewerber zur Verfügung steht. Diese Vorrangprüfung wird aufgrund der guten Arbeitsmarktlage durch das FEG für qualifizierte Fachkräfte mit anerkannter Qualifikation und Arbeitsvertrag aufgehoben und der Einstieg in den deutschen Arbeitsmarkt damit erleichtert. Lediglich für den Zugang zur Berufsausbildung bleibt sie bestehen. Zugleich enthält das Gesetz jedoch eine Verordnungsermächtigung, wonach bei einer Veränderung der Arbeitsmarktsituation die Vorrangprüfung – z. B. bezogen auf bestimmte Berufe oder Regionen – wieder eingeführt werden kann.

Erleichterungen im Anerkennungs- und Visumverfahren

Ein wesentlicher Punkt bzw. die Hürde zur Erlangung eines Aufenthaltstitels zur Erwerbstätigkeit ist und wird auch in Zukunft die Anerkennung der ausländischen Berufsqualifikation

bleiben. Gerade im nichtakademischen Bereich werden ausländische Qualifikationen aber erst als gleichwertig anerkannt, wenn sich die Person in Deutschland praktisch oder theoretisch nachqualifiziert. Hierzu erweitert das Fachkräfteeinwanderungsgesetz die Möglichkeiten des Aufenthalts zur beruflichen Anerkennung bzw. zu Qualifizierungsmaßnahmen in Deutschland. Außerdem können künftig im Rahmen von Vermittlungsabsprachen der Bundesagentur für Arbeit Anerkennungsverfahren vollständig im Inland durchgeführt werden.

Zudem soll mit einem neuen beschleunigten Fachkräfteverfahren eine Möglichkeit geschaffen werden, unter Einbindung des Arbeitgebers und der örtlichen Ausländerbehörde in einem zeitlich absehbaren, planungssicheren Verfahren ein Visum zu erhalten.

Fazit

Ob das FEG zum erhofften Erfolg führt, bleibt abzuwarten. Ein Aspekt wird dabei sicherlich sein, wie die behördliche Umsetzung erfolgt. Aus der Vergangenheit sind diverse Beispiele bekannt, in denen gut gemeinte Regelungen in der Umsetzung wenig Erfolg hatten: so beispielsweise die Westbalkanregelung, mit der für Staatsangehörige verschiedener Balkanländer der Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt gelockert wurde. Aufgrund von Wartezeiten für Termine zur Beantragung der entsprechenden Aufenthaltstitel von bis zu einem Jahr hatte die Regelung nur einen geringen Anwendungsbereich und war daher nicht besonders effektiv. Zudem darf bei einer Migration von Drittstaatsangehörigen nicht übersehen werden, dass neben den rechtlichen Voraussetzungen zahlreiche andere Aspekte (Wohnraum, soziale Integration etc.) für den Erfolg entscheidend sind.

Dr. Michaela Felisiak, Rechtsanwältin | LL.M. BEITEN BURKHARDT, Rechtsanwalts-gesellschaft mbH München

Dr. Martina Schlamp, Rechtsanwältin BEITEN BURKHARDT, Rechtsanwalts-gesellschaft mbH München

KURZMELDUNGEN

EU-Meldepflicht bei Dienstreisen in die Niederlande ab dem 1. März 2020

In zahlreichen europäischen Mitgliedsstaaten gibt es Meldepflichten bei grenzüberschreitenden Dienstreisen und Entsendungen. Ab dem 1. März 2020 besteht diese Pflicht auch in den Niederlanden. Bisher galt in den Niederlanden nur eine Meldepflicht für den vorübergehenden Einsatz von Drittstaatsangehörigen. Dies ändert sich nun. Die Meldung hat elektronisch zu erfolgen (<https://meldloket.postedworkers.nl/runtime/>). Von der grundsätzlichen Meldepflicht gibt es Ausnahmen. Diese sind sorgfältig zu prüfen, da aufgrund der Einführung der Meldepflicht mit verstärkten Kontrollen zu rechnen ist.

Dr. Michaela Felisiak, Rechtsanwältin, LL.M., BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, München

BVerfG: Kein Anspruch aus dem Grundgesetz, dass Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt werden

Nach dem Tarifvertragsgesetz (TVG) können Tarifverträge durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) für allgemeinverbindlich erklärt werden. Sie gelten dann nicht nur für die Tarifvertragsparteien und ihre Mitglieder, sondern auch darüber hinaus. Jedoch ergibt sich aus der in Artikel 9 Abs. 3 Grundgesetz (GG) geschützten Tarifautonomie kein Recht darauf, dass ein Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt wird. Das hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) mit Beschluss vom 10. Januar 2020 entschieden und die Verfassungsbeschwerde einer Gewerkschaft und einer durch Tarifvertrag eingerichteten Sozialkasse nicht zur Entscheidung angenommen ([1 BvR 4/17](#)).

Im Baugewerbe sind Tarifverträge über Sozialkassen des Baugewerbes geschlossen worden. Diese Kassen sind gemeinsame Einrichtungen der Tarifparteien. Sie sollen im Bereich des Urlaubs, der Altersversorgung und der Berufsbildung Leistungen erbringen, die wegen Besonderheiten der Baubranche sonst nicht oder nur eingeschränkt zu bekommen wären. Finanziert wird dies über Beiträge der Arbeitgeber, die im Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) festgelegt sind. Grundsätzlich ist die Beitragspflicht im Grundsatz auf solche Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber beschränkt, die wegen ihrer Mitgliedschaft in einem tarifschließenden Verband an den VTV gebunden sind. Allerdings wurde der VTV in der Vergangenheit regelmäßig nach § 5 TVG vom BMAS im Einvernehmen mit dem zuständigen Ausschuss für allgemeinverbindlich erklärt. Daher wurden auch nicht tarifgebundene Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber zu Beiträgen herangezogen.

Mit Beschluss vom 21. September 2016 hatte das BAG entschieden, dass die Allgemeinverbindlicherklärungen der Jahre 2008 und 2010 unwirksam seien. Sie hätten den Voraus-

setzungen im damals geltenden TVG nicht entsprochen. So habe sich der zuständige Minister beziehungsweise die Ministerin oder der jeweilige Staatssekretär oder die Staatssekretärin nicht mit der Allgemeinverbindlicherklärung befasst. Auch habe nicht festgestellt werden können, dass die tarifgebundenen Arbeitgeber mindestens 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigt hatten. Gegen diesen Beschluss des BAG richten sich die Verfassungsbeschwerden einer Gewerkschaft, die einen solchen Tarifvertrag über die Sozialkassen geschlossen hat, und einer Sozialkasse.

(Quelle: Pressemitteilung des BVerfG vom 5. Februar 2020)

Hinweis: Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.