

C/M/S/

Law.Tax

update

Arbeitsrecht

März 2020

Inhalt

3 | Editorial

Schwerpunkt

4 | HR-Lösungen aus der Wolke

Aus aktuellem Anlass

7 | Pandemien – Wissenswertes für Arbeitgeber

Arbeitsvertragsrecht

9 | Crowdworker – grundsätzlich kein Arbeitsverhältnis mit dem Plattformbetreiber

Beendigung des Arbeitsverhältnisses

- 11 | Gerichtlicher Vergleich: Freistellung bedeutet nicht automatisch Überstundenabbau
- 12 | Kündigungen der Piloten von Air Berlin wegen fehlerhafter Massenentlassungsanzeige unwirksam

Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

- 14 | Neue Krankheit während bestehender Krankheit: höchstens sechs Wochen Entgeltfortzahlung

Zeitarbeit

- 16 | BAG entscheidet zu Equal Pay – (erhebliche) Auswirkungen auf die Arbeitsvertragsgestaltung!

Unser Blog

- 17 | Weitere interessante News, Entwicklungen und Entscheidungen

Aktuell

- 19 | Veröffentlichungen
- 19 | Vorträge

Editorial

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

in unserer digitalisierten Arbeitswelt ist Cloud-Computing nicht mehr wegzudenken. Inzwischen investieren viele Unternehmen zunehmend in die Digitalisierung ihrer Personalabteilungen und setzen dabei auch in diesem Bereich auf cloudbasierte Applikationen. In unserem Schwerpunktbeitrag lesen Sie, was genau unter einer HR-Cloud zu verstehen ist, welche Vorteile sie bietet und was aus arbeitsrechtlicher Sicht bei ihrer Einführung zu beachten ist.

Aus aktuellem Anlass informieren wir Sie zu arbeitsrechtlichen Fragestellungen rund um das Coronavirus.

Unsere Rechtsprechungsübersicht beschäftigt sich unter anderem mit neuen Arbeitsformen. So informieren wir über eine Entscheidung des LAG München, wonach eine Vereinbarung des Betreibers einer Internetplattform mit einem sog. Crowdworker, die keine Verpflichtung zur Übernahme von Aufträgen enthält, kein Arbeitsverhältnis ist.

Weiter erfahren Sie, dass laut BAG eine Freistellung in einem gerichtlichen Vergleich den Anspruch des Mitarbeiters auf Zeitausgleich aus einem Arbeitszeitkonto nur dann erfüllt, wenn der Vergleich dies auch ausdrücklich regelt. Wir geben Tipps, wie Sie einen solchen Vergleich rechtssicher gestalten.

Ein aktuelles BAG-Urteil zeigt eindrücklich, dass bei der Erstattung einer Massenentlassungsanzeige besondere Vorsicht geboten ist. Das Gericht hat unlängst die Kündigung der Piloten von Air Berlin wegen einer fehlerhaften Anzeige für unwirksam erachtet.

Unmittelbar aufeinander folgende Erkrankungen eines Beschäftigten lösen nicht jedes Mal einen erneuten Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Dauer von sechs Wochen aus. Lesen Sie in unserem Beitrag, bei welchen Fallkonstellationen die Entgeltfortzahlung für Sie als Arbeitgeber entfällt.

Zuletzt informieren wir über eine wichtige Entscheidung des BAG zum sog. Equal Pay: Das Gericht geht davon aus, dass es zur Abbedingung des Gleichstellungsgrundsatzes zwingend erforderlich ist, dass ein Tarifwerk der Zeitarbeit aufgrund einer beidseitigen Tarifbindung von Personaldienstleister und Zeitarbeitnehmer oder aufgrund einer arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel grundsätzlich uneingeschränkt und in Gänze angewendet wird.

Viel Spaß beim Lesen wünschen Ihnen

Martina Hidalgo und Dr. Daniel Ludwig

Impressum

Das Update Arbeitsrecht wird verlegt von CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB.

Verantwortlich für die fachliche Koordination:

Dr. Alexander Bissels

Dr. Nina Hartmann

Dr. Stefanie Klein-Jahns

Dr. Franziska Reiß

CMS Hasche Sigle | Kranhaus 1 | Im Zollhafen 18 | 50678 Köln

CMS Hasche Sigle | Nymphenburger Straße 12 | 80335 München

CMS Hasche Sigle | Kranhaus 1 | Im Zollhafen 18 | 50678 Köln

CMS Hasche Sigle | Breite Straße 3 | 40213 Düsseldorf

HR-Lösungen aus der Wolke

Potential und Risiko cloudbasierter HR-Applikationen

Cloud-Computing ist heute aus dem immer weiter digitalisierten Alltag nicht mehr wegzudenken. Wo nahezu jedes Smartphone seine Daten automatisch auf externen Servern speichert, haben auch die Personalabteilungen nicht nur großer Konzerne das Potential dieser Technologie für sich entdeckt: Cloudbasierte Applikationen sind laut Roland Berger der Wachstumsfaktor auf dem HR-Software-Markt.¹ Die Nachfrage kommt dabei verstärkt auch von kleinen und mittelständischen Unternehmen, die zunehmend in die Digitalisierung ihrer Personalabteilungen investieren. Doch was genau ist die vielbeschworene HR-Cloud, welche Vorteile bietet sie und was gilt es bei ihrer Einführung gerade aus arbeitsrechtlicher Perspektive zu beachten?

1. Was sind HR-Cloud-Anwendungen?

Der Oberbegriff „Cloud-Computing“ bezeichnet sämtliche externe Datenverarbeitung. Im HR-Bereich wird diese Technologie genutzt, um Mitarbeiterdaten zu speichern und zu verwalten.

Statt auf den hierzu eigens angeschafften und unterhaltenen Servern eine eingekaufte Software zu installieren und diese durch immer weitere kostenpflichtige Updates auf dem neuesten Stand zu halten („On-Premise-Lösung“), werden die Daten beim Cloud-Computing auf extern betriebene Server ausgelagert, wo sie mithilfe externer Software verarbeitet werden. Serverbau und -instandhaltung sind dabei genauso Sache des beauftragten externen Dienstleisters wie auch die Softwareinnovation und -pflege („Software as a Service“ [SaaS]/ „Infrastructure as a Service“ [IaaS]). Der externe Dienstleister stellt dabei ein vollständig einsatzbereites System zur Verfügung – der Nutzer ist nur noch für die Dateneingabe und -pflege verantwortlich und kann ohne weitere Implementierung direkt durchstarten.

Dabei wird unterschieden zwischen sog. „All-in-one-Lösungen“, die ganze Programmsuiten von der digitalen Personalakte bis zum Urlaubsmanagement beinhalten, und sog. „Best-of-Breed-Lösungen“, bei denen für jeden Aspekt des HR-Bereichs eine eigene Applikation genutzt wird. Bei Letzteren können sich freilich Probleme in der Kompatibilität der genutzten Programme ergeben, während die All-in-one-Lösungen oftmals deutlich kostspieliger sind.

2. Spannende neue Möglichkeiten von HR-Cloud-Applikationen

Das Potential solcher HR-Cloud-Applikationen umfasst das komplette auf Daten basierende Personalmanagement.

Zunächst beherrschen die Systeme natürlich die „Basics“ des HR-Spektrums. Digitale Urlaubsplanung und Lohnabrechnungen gehören zur Grundausstattung genauso wie agile Funktionen in den Bereichen Recruiting, Talent Management, People Analytics und Weiterbildung.

a) Bewerbungsprozess

Das Potential von cloudbasierten HR-Anwendungen beginnt bereits im Bewerbungsprozess. Hier kann das Programm Jobangebote gleichzeitig auf einer Vielzahl von Karriereplattformen schalten, wobei die Bewerbung direkt online erfolgt. Das System kann die Bewerber anhand der in den Lebensläufen angegebenen Daten vorsortieren, teils sogar per Sprachstilanalyse Aussagen über deren Charakter treffen, wenn neben der Einreichung eines Lebenslaufs zudem ein Video eingereicht oder ein vollautomatisches Telefoninterview mit einem Computer geführt wurde. Die dafür zum Einsatz kommenden Algorithmen sind sog. künstliche Intelligenzen (KI), die sich durch jeden Einsatz verbessern, indem sie ihre „Erfahrungsbasis“ durch die neu dazugewonnenen Daten vergrößern. Durch die Cloud kommt dabei einer künstlichen Intelligenz nicht nur die Erfahrung aus Einsätzen innerhalb eines Unternehmens zugute, sondern diejenige aller Nutzer weltweit, was das Innovationstempo der Algorithmen natürlich enorm potenziert; sie werden selbstständig immer und immer besser.

Hier ergeben sich jedoch bereits nicht unerhebliche rechtliche Risiken. Es ist strengstens darauf zu achten, dass der KI keine diskriminierenden Korrelationen „antrainiert“ werden. So gibt es beispielsweise diskriminierende Algorithmen, die weibliche Bewerber aussortieren, weil diese eine höhere Wahrscheinlichkeit aufweisen, in Mutterschutz und Elternzeit zu gehen, und somit, rein rechnerisch wirtschaftlich, risikoreicher zu beschäftigen sind. Hier drohen Schadenersatzansprüche insbesondere gemäß § 15 AGG. Beim Einsatz solcher diskriminierenden Algorithmen ist zudem mit dem Widerstand von Betriebsräten zu rechnen. Da KI-Tools als Auswahlrichtlinien i. S. d. § 95 I BetrVG auszulegen sind, können sie nicht unilateral eingeführt werden: Eine Beteiligung des Betriebsrates ist

¹ Roland Berger, HR Trends Survey 2017, S. 16: 86% des für 2020 prognostizierten Umsatzes im HR-Software-Bereich entfallen auf cloudbasierte Applikationen.

daher erforderlich (s. u.). Ist dem Betriebsrat aber bekannt, dass (mittelbar) diskriminierende Faktoren angewandt werden, kann er bereits dem Konzept der Aufstellung der KI-Tools an sich eine Absage erteilen. Sollte der Arbeitgeber ohne Zustimmung des Betriebsrates trotzdem KI-Tools für Bewerbungsprozesse anwenden, läuft er Gefahr, dass die Zustimmung gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG zur Einstellung eines so ausgewählten Arbeitnehmers verweigert wird.

Auch ist auf die Einhaltung der einschlägigen Datenschutzvorschriften aus DSGVO und BDSG zu achten. Es bedarf der Einwilligung der Bewerber zur Erhebung und Verarbeitung der benötigten Daten, um ggf. kostspielige Sanktionen und mögliche medial aufgeheizte Rufschädigungen zu vermeiden.

b) Weiterbildung

Auch innerhalb der Mitarbeiterweiterbildung, die klassischerweise im Aufgabenfeld der Personalabteilung liegt, bieten cloudbasierte Applikationen interessante Möglichkeiten: Dem einzelnen Mitarbeiter können passgenaue multimediale Weiterbildungsmodule angeboten werden, an denen direkt innerhalb der HR-Plattform teilgenommen wird. Während solche „Micro-Degrees“ den Teilnehmer belohnen, erhält die Personalabteilung einen genauen Überblick über absolvierte Module und erworbene Fähigkeiten.

c) Prozessoptimierung, Flexibilität und Nutzerfreundlichkeit

Gleiches gilt für die Strukturierung und das Monitoring von Betriebsabläufen. Über die HR-Cloud können Mitarbeitern beispielsweise Ablaufpläne von Betriebsprozessen zugänglich gemacht werden. In Echtzeit kann darin verfolgt werden, welche Schritte bereits erledigt wurden bzw. in welcher Phase der Erledigung sie sich befinden. Während der Mitarbeiter so erkennt, was noch zu tun ist und wo Unterstützung notwendig sein wird, kann der für die Organisation Verantwortliche nachvollziehen, an welchen Schnittstellen Verbesserungspotential liegt.

Dabei ist das Design der Applikationen häufig an das von sozialen Netzwerken angelehnt, um so ein vergleichbar selbsterklärendes Nutzererlebnis zu erreichen. Zudem können Arbeitsabläufe und die Kommunikation der Mitarbeiter miteinander verzahnt werden: Besondere Erfolge werden geteilt und von Kollegen „gelikt“. Diese angenehme „Usability“ dient nicht nur dem Betriebsklima und der Motivation, sondern kann auch die Zusammenarbeit innerhalb von Betriebsabläufen und über Teamgrenzen hinweg verbessern.

Gerade All-in-one-Lösungen bieten den Vorteil, dass sich die Mitarbeiter nicht in verschiedene Systeme für unterschiedliche Funktionen einarbeiten müssen. Wenn

das System einmal verstanden ist, können die unterschiedlichsten Tätigkeiten nach einmaliger Einarbeitung ausgeführt werden.

Ebenso bedingt der cloudbasierte Ansatz der Applikationen, dass sie von überall genutzt werden können. So haben die Mitarbeiter an jedem Ort und zu jeder Zeit Zugriff auf ihre jobspezifischen Daten mit ihren mobilen Endgeräten. Das erleichtert das Arbeiten von zu Hause oder auf Geschäftsreisen.

Insgesamt bringt dies zudem einen nicht zu unterschätzenden Vorteil hinsichtlich des „Employer-Brandings“ mit sich: In einer Zeit, in der es an Fachkräften mangelt und der Wettbewerb um gut ausgebildete Arbeitnehmer härter wird, hat es ein modern aufgestelltes Unternehmen leichter, sich gerade bei den Millennials als attraktiver Arbeitgeber darzustellen. Insofern kann der Einsatz moderner HR-Cloud-Lösungen zur innovativen Positionierung des Unternehmens beitragen.

3. Rechtliche Need-to-knows

So groß das Potential dieser digitalisierten und optimierten neuen HR-Welt ist, gilt es bei ihrer Implementierung gewisse rechtliche Aspekte zu beachten. Neben den schon oben angerissenen Problemen bei der KI-unterstützten Bewerberauswahl soll hier der Fokus auf mitbestimmungsrechtliche Bestimmungen sowie datenschutzrechtliche Fragestellungen gelegt werden.

a) HR-Cloud-Applikationen und Mitbestimmung

Zum einen ergibt sich gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG immer dann ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, wenn technische Einrichtungen eingeführt werden sollen, die die Überwachung des Verhaltens der Mitarbeiter ermöglichen. Hierbei zählt über den Wortlaut der Norm hinaus („bestimmt sind“) nicht der subjektive Wille des Arbeitgebers, die technischen Einrichtungen tatsächlich zur Überwachung einzusetzen, sondern die objektiv zu beurteilende abstrakte Möglichkeit zu einem Überwachungseinsatz. Bei den oben beschriebenen HR-Cloud-Applikationen handelt es sich um eben solche: Wenn die KI die Arbeitsergebnisse der Mitarbeiter analysiert, um bestmögliche Fortbildungsmöglichkeiten zu finden, oder wenn der Personalmanager die Teilnahme an eben solchen per App nachvollziehen kann, liegt hierin eine zumindest potentielle Leistungsüberprüfung vor.

Ein Mitbestimmungsrecht ergibt sich dabei nicht nur bei der erstmaligen Einführung der neuen Applikationen, sondern bei jedem Update, das technische Neuerungen bringt. Empfehlenswert ist also, den Betriebsrat schon frühzeitig in den Planungsprozess hinsichtlich der Einführung einzubeziehen, ihm größtmögliche Transparenz zu bieten und durch den Abschluss von Rahmenbetriebsvereinbarungen Rechtssicherheit für beide Betriebsparteien

zu schaffen: Der Betriebsrat legt seine Einwilligung zur Einführung der Cloud-Funktionen und deren Update nieder, der Arbeitgeber fixiert derweil Art und Intensität eventueller Leistungskontrollen. Hier kann auch ein sog. Ampelsystem angedacht werden: ein abgestuftes System der Mitbestimmung zu Updates bereits eingeführter Software-Systeme. Änderungen, die nur die Systemarchitektur betreffen, sind in diesem Sinne „grün“, bedürfen nur der Information des Arbeitgebers an den Betriebsrat. Kleinere Änderungen der Funktionen sind „gelb“, bedürfen der Information und einer Begründung durch den Arbeitgeber, während die Neueinführung oder tiefgreifende Änderung von Funktionen „rot“ sind, also den üblichen Mitbestimmungsprozess erfordern. Ein solches ausdifferenziertes System kann per Betriebsvereinbarung eingeführt werden und erleichtert die Handhabung von Updates sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Betriebsrat erheblich.

Diese Vorgehensweise bietet zudem den Vorteil, mögliches Misstrauen auf Seiten der Belegschaft von vornherein zu vermeiden und transparent die Möglichkeiten und rechtlichen Rahmenbedingungen mit ihr zu teilen.

Auch im Bereich des Recruitings ist der Einsatz von cloudbasierten KI-Tools mit dem Betriebsrat abzustimmen. Im Bewerbungsprozess eingesetzte Algorithmen bergen ansonsten die Gefahr der erheblichen Verzögerung und Verteuerung des Einstellungsprozesses (s. o.).

Zunächst sind die durch den potentiellen Bewerber innerhalb der Bewerbung einzugebenden Daten in Hinblick auf § 94 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungsrelevant. Es handelt sich bei der Eingabemaske um einen Personalfragebogen im Sinne dieser Norm, der der Zustimmung des Betriebsrats bedarf. Die Verarbeitung von Daten, die ohne Zustimmung des Betriebsrats oder ersetzenden Einigungsstellenspruch erstellte Eingabemasken erhoben wurden, ist datenschutzrechtlich unzulässig und setzt den Arbeitgeber den Sanktionen des BDSG aus.

Weiterhin wird man ein KI-Tool, das die (Vor-)Sortierung von Bewerbungen anhand von festgelegten Kriterien durchführt, als Auswahlrichtlinie im Sinne des § 95 Abs. 1 BetrVG qualifizieren müssen. Die Aufstellung solcher Richtlinien bedarf der Zustimmung des Betriebsrats oder eines ersetzenden Spruchs der Einigungsstelle. Erfolgt die Einführung des Tools unilateral durch den Arbeitgeber, so ist die Auswahlrichtlinie nicht wirksam aufgestellt worden. Dies ist einem Richtlinienverstoß des Arbeitgebers gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG gleichzustellen. Somit kann der Betriebsrat bei Neueinstellungen von Bewerbern, die durch die KI ausgewählt oder auch

nur vorsortiert wurden, die nach § 99 Abs. 1 BetrVG erforderliche Zustimmung verweigern.

b) Datenschutz

Ein weiterer Punkt, der Konfliktpotential birgt, ist der Datenschutz. Viele Arbeitnehmer werden zu Recht Sorgen um die Weitergabe ihrer persönlichen Daten an externe Dienstleister anmelden. Problematisch ist hier insbesondere, dass einige Anbieter von Cloud-Lösungen ihre Server in Ländern außerhalb der EU haben und somit außereuropäischem Datenschutzrecht unterliegen, das häufig nicht den sehr strengen Standard europäischen oder gar deutschen Rechts wahrt.

Abhilfe kann hier die Gestaltung der Verträge mit dem Dienstanbieter schaffen. So kann fixiert werden, dass nur inländische bzw. europäische Serverstandorte für die Speicherung der Arbeitnehmerdaten zu wählen sind. In der Praxis ist dies eine verbreitete Lösung: Schon 2016 gaben mehr als 75 % der Anbieter an, eigens Server in Deutschland zu betreiben.²

Des Weiteren kommt auch datenschutzrechtlich Betriebsvereinbarungen eine große Wichtigkeit zu. Während sie einerseits die datenschutzrechtliche Grundlage für die DSGVO-konforme Speicherung der Arbeitnehmerdaten auf externen Servern darstellen, können sie andererseits ebenso vertrauensbildend wirken. Es empfiehlt sich hierzu, genauestens die Art der gespeicherten Daten, Zugriffsrechte und Löschfristen zu regeln, den Datenschutzbeauftragten zu benennen und auch festzulegen, inwiefern die gespeicherten Daten disziplinarrechtlich Verwendung finden können. Diese Transparenz kommt der Akzeptanz von cloudbasierten HR-Applikationen erfahrungsgemäß zugute.

4. Fazit

Der Umzug der HR-Applikationen in die Cloud bietet vielfältige Möglichkeiten und enormes Potential sowohl für große als auch für kleinere und mittelständische Unternehmen. Um die Einführung jedoch möglichst reibungslos und so rechtssicher wie möglich zu gestalten, ist es ratsam, unter frühzeitiger Beteiligung der Arbeitnehmervertretungen transparent vorzugehen und entsprechende rechtliche Grundlagen zu schaffen.

Weiterhin darf erwartet werden, dass die hochinnovative Softwarebranche schon bald mit neuen Entwicklungen auch auf dem HR-Software-Markt aufwartet. Es bleibt also spannend.

² Haufe HCM-Branchenmonitor 2016: https://www.haufe.de/personal/hr-management/hr-software-wandert-in-die-cloud_80_380284.html.

Pandemien – Wissenswertes für Arbeitgeber

Das Coronavirus beschäftigt seit Wochen die Öffentlichkeit. Auch in Deutschland gibt es inzwischen mehrere Fälle der hochansteckenden Lungenkrankheit. Gesundheitsexperten sprechen derzeit noch von einer Epidemie, also einer örtlich beschränkten Infektionskrankheit, die aber schnell zu einer Pandemie, also einer länder- und kontinentübergreifenden Krankheit werden könnte. In unserem Mandantennewsletter informieren wir Sie darüber, welche Folgen der Ausbruch einer Pandemie für Ihre Rechte und Pflichten als Arbeitgeber hat.

Kann der Mitarbeiter aus Angst vor Ansteckung die Arbeit verweigern?

In Zeiten kursierender schwerer Infektionserkrankungen ist es denkbar, dass Arbeitnehmer vorsorglich zu Hause bleiben wollen, um das Risiko einer Ansteckung zu minimieren. Allerdings haben Mitarbeiter nur dann ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn die Ausübung ihrer Tätigkeit mit einer objektiv erheblichen persönlichen Gefahr für Gesundheit und Leben verbunden ist und über das allgemeine Ansteckungsrisiko hinausgeht. Die Rechtsprechung erkennt ein Leistungsverweigerungsrecht zum Beispiel bei einem asbestbelasteten Arbeitsplatz an (vgl. BAG vom 19. Februar 1997 – 5AZR 982/94). Bleibt ein erkrankter Kollege zu Hause oder wird vom Arbeitgeber nach Hause geschickt, wird davon ausgegangen, dass der Arbeitnehmer auf dem Weg zum oder am Arbeitsplatz keinem höheren Risiko ausgesetzt ist als sonst auch durch den Kontakt zu seiner Umwelt. Daher wäre ein prophylaktisches Fernbleiben vom Arbeitsplatz rechtlich als (unzulässige) Arbeitsverweigerung zu qualifizieren.

Kann ein Arbeitnehmer darauf bestehen, im Homeoffice zu arbeiten?

Arbeitnehmer haben grundsätzlich nicht das Recht, aus Sorge vor Ansteckung von zu Hause aus zu arbeiten. Etwas anderes gilt nur, wenn Homeoffice vertraglich vereinbart wurde oder der Arbeitgeber dies aufgrund einer Sonder-situation, also etwa einer Pandemie, ausdrücklich für zulässig erklärt.

Was passiert, wenn ein Großteil der Mitarbeiter erkrankt?

Erkrankt eine Vielzahl von Mitarbeitern im Unternehmen, muss im schlimmsten Fall aus Infektionsschutzgründen der Betrieb eingestellt werden. Das Risiko trägt in diesem Fall der Arbeitgeber. Er muss dann an erkrankte Mitarbeiter Entgeltfortzahlung leisten und auch gesunde Mitarbeiter, die er nicht beschäftigen kann, vergüten.

Es besteht aber die Möglichkeit, die gesunden Arbeitnehmer anzuhalten, Überstunden abzubauen oder Urlaub zu nehmen. Auch die Anordnung von Kurzarbeit ist denkbar. Diese müsste dann aber einzelvertraglich oder kollektivrechtlich vereinbart beziehungsweise zulässig sein.

Wenn ein Großteil der Arbeitnehmer erkrankt ist und daher eine Betriebsunterbrechung droht, handelt es sich um einen „außergewöhnlichen Fall“ im Sinne des Arbeitszeitgesetzes, sodass Überstunden angeordnet werden können. So kann mit den verbliebenen gesunden Mitarbeitern der Betrieb aufrechterhalten werden. Arbeitnehmer müssen dieser Anordnung aufgrund ihrer allgemeinen Treuepflicht Folge leisten.

Der Arbeitgeber kann außerdem prüfen, ob er gesunden Arbeitnehmern auch eine andere als die vertraglich vereinbarte Tätigkeit für einen längeren Zeitraum zuweisen darf. Dies hängt von den arbeitsvertraglichen Regelungen und der Reichweite des Direktionsrechts ab. Auch im Fall einer Pandemie muss dies in jedem Einzelfall untersucht werden.

Wie ist die Rechtslage, wenn Kindergärten und Schulen schließen?

Schließen Kindergärten und Schulen wegen einer ansteckenden Infektionskrankheit, ist es für Arbeitnehmer oftmals schwierig oder gar unmöglich, zur Arbeit zu kommen, weil Kinder zu Hause betreut werden müssen. Grundsätzlich darf der Mitarbeiter für eine „nicht erhebliche Zeit“ bezahlt der Arbeit fernbleiben, soweit er nicht auf anderweitige Betreuungsmöglichkeiten bzw. Urlaub, Überstunden oder ggf. auch Homeoffice verwiesen werden kann. Die Darlegungs- und Beweislast für das Fehlen anderweitiger Betreuungsmöglichkeiten trägt der Arbeitnehmer. Was eine „nicht erhebliche Zeit“ ist, ist allerdings umstritten. Die Literatur geht von fünf bis zehn Tagen aus, aktuelle Rechtsprechung existiert nicht. Es bleibt also eine gewisse Rechtsunsicherheit.

Wenn § 616 BGB, der den Fall der „vorübergehenden Dienstverhinderung“ regelt, arbeits- oder tarifvertraglich konkretisiert oder abbedungen wurde, kann etwas anderes gelten. Der Mitarbeiter wird dann im Zweifel allenfalls einen Anspruch auf unbezahlte Freistellung zur Versorgung seiner Kinder haben, soweit diese nicht anderweitig betreut werden können und er nicht auf Urlaub oder Überstundenabbau verwiesen werden kann. Ein Blick in Arbeits- und Tarifverträge kann also hilfreich sein.

Im Ergebnis sollte man sich mit seinen Mitarbeitern zusammensetzen und gemeinsam versuchen, für alle akzeptable Lösungen zu erarbeiten.

Können Mitarbeiter Dienstreisen oder Entsendungen verweigern?

Arbeitnehmer können eine Reise oder Entsendung in betroffene Gebiete grundsätzlich nicht verweigern. Erst wenn eine Reisewarnung des Auswärtigen Amtes, eine entsprechende Empfehlung der WHO oder des Robert Koch-Instituts vorliegen, haben sie dazu das Recht. Das Auswärtige Amt spricht solche Reisewarnungen allerdings nur in Ausnahmefällen aus. Geschieht dies, so werden die dortigen Deutschen auch aufgefordert, das Land zu verlassen. Liegt eine entsprechende Reisewarnung vor, behält der betroffene Arbeitnehmer seinen Vergütungsanspruch. Er kann aber zu einer anderen als der – be-rechtigt – verweigerten Tätigkeit angewiesen werden.

Wie geht man am besten mit Rückkehrern aus Risikogebieten um?

Unternehmen sollten Mitarbeiter, die aus Risikogebieten zurückkehren, vorsorglich von der Arbeitsleistung freistellen und dafür Sorge tragen, dass sie nicht an ihren Arbeitsplatz im Büro kommen. Dies gebietet die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber der restlichen Belegschaft. Stellt der Arbeitgeber Rückkehrer frei, behalten diese ihren Vergütungsanspruch.

Vor der Rückkehr in den Betrieb können Arbeitgeber vom betroffenen Mitarbeiter auch eine formlose ärztliche Bestätigung verlangen, die bestätigt, dass keine Infektionskrankheit vorliegt.

Benötigt der Arbeitgeber die Arbeitsleistung der zurückgekehrten Arbeitnehmer, die er in „häusliche Quarantäne“ geschickt hat, ist eine vorübergehende Tätigkeit im Homeoffice denkbar. Dazu muss der Arbeitgeber die notwendige technische Ausstattung, beispielsweise einen Laptop, zur Verfügung stellen.

Wird ein Mitarbeiter durch öffentliche Stellen in Quarantäne geschickt, so hat der Arbeitgeber den Verdienstausfall für die Dauer von maximal sechs Wochen zu zahlen (§ 56 Infektionsschutzgesetz, IfSG). Unter den Voraussetzungen der §§ 56 f IfSG kann er sich diese Aufwendungen aber erstatten lassen.

Wie geht man mit erkrankten Mitarbeitern um, die trotz einschlägiger Symptome arbeiten kommen?

Der Arbeitgeber hat das Recht, Arbeitnehmer, die bekannte Symptome einer Pandemie-Infektionserkrankung

zeigen, (bezahlt) freizustellen. Der Beschäftigungsanspruch des Erkrankten bleibt hinter dem Interesse des Arbeitgebers zurück, die übrige Belegschaft zu schützen und den Betriebsablauf sicherzustellen.

Hat der Arbeitgeber bei akuten Pandemien ein Fragerecht im Hinblick auf den letzten Aufenthaltsort des Mitarbeiters?

Während entsprechender Risikozeiten hat der Arbeitgeber das Recht, einen kranken Arbeitnehmer mit bekannten Symptomen zu fragen, ob er sich – etwa während seines Urlaubs – in einem Pandemie-Risikogebiet aufgehalten hat. Der Arbeitnehmer muss Auskunft darüber geben, ob er in einem Risikogebiet war oder nicht. Seinen genauen letzten Aufenthaltsort muss er aber nicht angeben.

Ist ein „Pandemieplan“ im Unternehmen sinnvoll?

Ein betrieblicher Notfallplan für Pandemien erscheint sinnvoll. Ein solcher „Pandemieplan“ definiert das Procedere, wenn es in der Belegschaft zu infektiösen Erkrankungen kommt. Festgelegt werden sollte, welche kritischen Funktionen besetzt sein müssen, um den Betrieb aufrechtzuerhalten. Der Arbeitgeber sollte möglichst verschiedene Stellen – von der Belegschaft über den Betriebsrat und Betriebsarzt bis zur Arbeitssicherheit – bei der Erstellung beteiligen.

Muss der Betriebsrat bei der Erstellung eines „Pandemieplans“ beteiligt werden?

Der Betriebsrat hat kein Mitbestimmungsrecht bei der Erstellung eines „Pandemieplans“ als solchen. Jedoch sind sehr viele der im Pandemiefall zweckmäßigen Maßnahmen mitbestimmungspflichtig. Man denke etwa an (Hygiene-) Verhaltensregelungen, Überstundenanordnungen oder die Zuweisung anderer als vertraglich vereinbarter Tätigkeiten. Hinzu kommt, dass einzelne dieser Maßnahmen schon in bereits bestehenden Betriebsvereinbarungen geregelt sein können. Überdies besteht die Gefahr, dass widersprechende einzelvertragliche Vereinbarungen existieren. Daher stellt sich der Abschluss eines „Pandemieplans“ als Betriebsvereinbarung als nahezu alternativlos dar.

Fazit

Sofern Sie in Ihrem Unternehmen Handlungsbedarf sehen oder sich mit Fragestellungen im Zusammenhang mit Pandemien beschäftigen, stehen Ihnen unsere Anwältinnen und Anwälte aus dem Geschäftsbereich Arbeitsrecht gerne zur Verfügung!

Crowdworker – grundsätzlich kein Arbeitsverhältnis mit dem Plattformbetreiber

Die fortschreitende Digitalisierung führt zu einer Veränderung der Arbeitswelt und damit auch zur Entstehung gänzlich neuer Tätigkeitsmodelle. Bei der Anwendung der bestehenden Gesetze auf moderne Beschäftigungsmodelle kann es zu Unklarheiten darüber kommen, wie diese sich in die bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen einfügen und welche Regelungen überhaupt Anwendung finden.

Diese Fragen stellen sich insbesondere auch beim sog. Crowdfunding. Das LAG München hat am 4. Dezember 2019 (Az. 8 Sa 146/19) entschieden, dass eine Vereinbarung des Betreibers einer Internetplattform mit einem sog. Crowdfunder, die keine Verpflichtung zur Übernahme von Aufträgen enthält, kein Arbeitsverhältnis begründet.

Crowdfunding bezeichnet den Prozess der Auslagerung bestimmter Arbeitsschritte über digitale Plattformen. Im Rahmen des hier relevanten externen Crowdfundings werden Aufträge über öffentlich zugängliche Internetseiten veröffentlicht. In der Regel nutzen die Unternehmen und Crowdfunder hierzu entsprechende Apps, über die die Crowdfunder Aufträge annehmen oder ablehnen können.

Diese moderne Art der Auftragsvergabe erfreut sich, nicht zuletzt aufgrund der Flexibilität, die das Modell für Unternehmen und Crowdfunder bietet, großer Beliebtheit. So nutzen etwa Essenslieferanten oder Fahrradkurier diese Form der Auftragsvergabe.

Aus arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher Sicht stellt sich dabei die Frage, ob diejenigen, die die Aufträge erfüllen, als Arbeitnehmer (der Kunden oder der Vermittlungsplattform) oder aber als freie Mitarbeiter tätig werden. Für die Beurteilung dieser Frage kommt es dabei nicht auf die Bezeichnung der Beschäftigungsform durch die Vertragsparteien an. Entscheidend ist, ob die betreffende Person nach § 611 a Abs. 1 BGB zu weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Nur soweit dies der Fall ist, kann die Arbeitnehmereigenschaft bejaht werden. Dabei hat die Rechtsprechung zahlreiche Kriterien entwickelt, anhand derer eine Abgrenzung der beiden Beschäftigungsformen für jeden Einzelfall erforderlich ist. Die Beantwortung der Statusfrage hat erhebliche Konsequenzen (so z. B. im Hinblick auf die Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen und Steuern durch den Auftraggeber, die Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzgesetze, Ansprüche auf Urlaub und Mindestlohn).

Zur arbeitsrechtlichen Qualifikation des Crowdfundings und der beteiligten Personen gibt es bisher nur wenig Rechtsprechung. Das LAG Hessen (Beschluss vom 14. Februar 2019 – 10 Ta 350/18) hat sich der bisher überwiegenden Ansicht in der Literatur angeschlossen und zuletzt angenommen, dass ein Crowdfunder kein Arbeitnehmer sei. Gleichsam hat das Gericht jedoch betont, dass es – wie immer bei der Abgrenzung von freier und sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung – jeweils einer Einzelfallentscheidung bedürfe.

Ein weiteres Urteil hat nun das LAG München erlassen. Es hatte darüber zu entscheiden, ob der Kläger Arbeitnehmer oder aber freier Mitarbeiter bei dem beklagten Plattformbetreiber war. Der Kläger hatte die App des Plattformbetreibers auf seinem Mobiltelefon installiert, über die die Vermittlung der Aufträge erfolgte. Er nutzte die App seit dem Jahr 2017 und hat in dieser Zeit eine Vielzahl von Aufträgen (ca. 3.000) über die Plattform angenommen und erledigt. Die Parteien beendeten die Zusammenarbeit aufgrund von Unstimmigkeiten, daraufhin ging der Crowdfunder gerichtlich gegen den Plattformbetreiber vor. Sein Ziel war es dabei, durch die Gerichte feststellen zu lassen, dass er Arbeitnehmer des Plattformbetreibers (und nicht freier Mitarbeiter) gewesen sei.

Er hatte regelmäßig 15 bis 20 Stunden pro Woche Aufträge für den beklagten Plattformbetreiber bzw. dessen Kunden ausgeführt und so 60 % seiner Einkünfte erzielt. Seine Aufträge bestanden unter anderem darin, Fotos von Tankstellen und Märkten zu machen, um so zur Überprüfbarkeit der Warenpräsentation beizutragen. Bei Übernahme eines Auftrags war dieser regelmäßig innerhalb von zwei Stunden abzuarbeiten. Es bestand aber für den Crowdfunder keine Verpflichtung zur Annahme eines durch den Plattformbetreiber eingestellten Auftrags. Umgekehrt bestand für den Plattformbetreiber keine Verpflichtung, Aufträge anzubieten.

Der Pressemitteilung vom 4. Dezember 2019 ist zu entnehmen, dass das LAG München für die Beurteilung der Frage, ob ein Arbeitsverhältnis besteht, keine modifizierte, sondern die gesetzliche Definition des § 611 a Abs. 1 BGB zugrunde legte und damit die Verpflichtung zu weisungsabhängiger, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit voraussetzte.

Die Vereinbarung zwischen den beiden Beteiligten erfüllte diese Voraussetzungen nicht, weil gerade keine Verpflichtung zur Leistung von Arbeit (d. h. zur Übernahme von



Aufträgen) bestanden habe. Daran ändere auch die Tatsache, dass der Crowdworker einen großen Teil seines Lebensunterhaltes durch die ausgeführten Aufträge verdient habe, nichts.

Ausdrücklich offengelassen hat das LAG München die Frage, ob durch das Anklicken, d. h. die Übernahme

eines Auftrages, ein befristetes Arbeitsverhältnis entsteht. Mit dieser Thematik musste sich das Gericht nicht befassen, da die Unwirksamkeit einer Befristung jeweils nur binnen drei Wochen gerichtlich geltend gemacht werden kann und die entsprechenden Fristen vom Crowdworker nicht gewahrt wurden (LAG München, Urteil vom 4. Dezember 2019 – 8 Sa 146/19).

Tipp für die Praxis:

Um das Risiko einer Einstufung als Arbeitnehmer einzudämmen, sollte die zwischen Crowdworker und Unternehmen getroffene Vereinbarung mit Blick auf die Pressemitteilung des LAG München ausdrücklich keine Verpflichtung zur Annahme oder zur Vermittlung von Aufträgen vorsehen – dies muss selbstverständlich auch entsprechend gelebt werden. Ferner müssen die Betreiber der Vermittlungsplattformen und auch deren Kunden zwingend sicherstellen, dass Crowdworker keinen Weisungen hinsichtlich der Durchführung des Auftrags unterliegen.

Auch die dauerhafte Beauftragung eines bestimmten Crowdworkers sowie dessen Eingliederung in die Betriebsorganisation müssen in jedem Fall vermieden werden.

Die Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft von Crowdworkern hat auch das LAG München zwar nicht abschließend beantwortet, jedoch erkannt, dass diese Frage grundsätzliche Bedeutung hat. Daher wurde die Revision zum Bundesarbeitsgericht zugelassen.

Gerichtlicher Vergleich: Freistellung bedeutet nicht automatisch Überstundenabbau

Ein Vergleich vor Gericht soll den Streit der Parteien beilegen und das Verhältnis insgesamt befrieden. Umso ärgerlicher ist es, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass doch nicht alle Ansprüche bedacht wurden.

So geschehen in einem Fall vor dem Bundesarbeitsgericht. Eine Arbeitnehmerin hatte trotz monatelanger, bezahlter und unwiderruflicher Freistellung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch die Abgeltung von Überstunden geltend gemacht.

Folgendes war dem vorausgegangen: Der Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis mit einer Sekretärin außerordentlich. Im folgenden Kündigungsschutzprozess einigten sich die Parteien Mitte November auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. Januar des folgenden Jahres. Der Vergleich beinhaltete zudem die sofortige unwiderrufliche Freistellung der Arbeitnehmerin unter Anrechnung des noch ausstehenden Urlaubs bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Eine allgemeine Erledigungsklausel (auch Abgeltungsklausel oder Ausgleichsquittung genannt) enthielt der Vergleich nicht.

Im Februar des nächsten Jahres, also nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, verlangte die ehemalige Sekretärin von ihrem Arbeitgeber die Abgeltung von rund 67 Überstunden. Der Arbeitgeber verweigerte die Zahlung mit Verweis auf den geschlossenen Vergleich im vorangegangenen Kündigungsschutzverfahren. Die ehemalige Arbeitnehmerin hingegen argumentierte, die Überstunden seien von dem damals geschlossenen Vergleich nicht umfasst.

Das Bundesarbeitsgericht gab der ehemaligen Arbeitnehmerin Recht. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses könnten die Überstunden nicht mehr durch Freizeit abgegolten werden, daher seien sie in Geld auszugleichen. Die Überstunden seien auch nicht durch die vorangegangene Freistellung in natura abgegolten worden. Denn die Arbeitnehmerin habe nicht erkennen können, dass mit der Freistellung neben dem Urlaub auch die Überstunden abgegolten werden sollten. Dem Vergleich sei eine solche Überstundenabgeltung durch Freistellung nicht zu entnehmen (BAG, Urteil vom 20. November 2019 – 5 AZR 578/18).

Tipp für die Praxis:

Die Vorinstanzen kamen teilweise zu anderen Ergebnissen. Interessant ist, dass alle Instanzen ihre (unterschiedlichen) Auffassungen jeweils auf die Auslegung des Prozessvergleichs stützten. Dies zeigt besonders eindrücklich die Wichtigkeit, Vergleiche eindeutig zu formulieren und keinen Raum für Interpretation zu lassen.

Den Parteien bieten sich gleich zwei Möglichkeiten: Zum einen können sie die jeweiligen Ansprüche einzeln (und damit beispielsweise auch die Überstunden) im Vergleich regeln. Zum anderen können sie stattdessen oder zusätzlich eine umfassende Abgeltungsklausel vereinbaren.

Beide Möglichkeiten haben ihre Vor- und Nachteile. Vereinbaren die Parteien ausdrücklich, was mit einer bestimmten Position, also beispielsweise den Überstunden, geschehen soll, so ist diese Position ohne Zweifel vom Vergleich erfasst. Der Nachteil besteht jedoch darin, dass den Parteien zum Zeitpunkt des

Vergleichsschlusses manche Positionen gar nicht bekannt sind oder die Parteien nicht daran denken. Es besteht also die Gefahr, dass einzelne Positionen nicht im Vergleich geregelt werden, die nach Vergleichsschluss zu weiteren Streitereien führen. Das ist besonders ärgerlich, da ein weiterer Disput Zeit und Geld kostet.

Daher bietet sich eine umfassende Abgeltungsklausel an. Diese erfasst alle (verzichtbaren) Ansprüche der Parteien aus dem Arbeitsverhältnis. Dieser Vorteil der Abgeltungsklausel ist jedoch zugleich auch ihr Nachteil. Denn eine Abgeltungsklausel gilt immer beiderseits. Das bedeutet, dass auch etwaige Ansprüche des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer ausgeschlossen sind. Daher ist es besonders wichtig, dass der Arbeitgeber genau prüft, welche Positionen oder Ansprüche gegenüber dem Arbeitnehmer noch offen sein könnten. Es empfiehlt sich beispielsweise, vorher die Richtigkeit der Entgeltabrechnungen zu prüfen.

Kündigungen der Piloten von Air Berlin wegen fehlerhafter Massenentlassungsanzeige unwirksam

Mit Urteil vom 13. Februar 2020 hat das BAG entschieden, dass die Kündigungen von insgesamt acht in Düsseldorf stationierten Piloten unwirksam sind. Die Massenentlassungsanzeige sei wegen Verkenntung des Betriebsbegriffs bei der unzuständigen Agentur für Arbeit in Berlin-Nord eingereicht worden. Dies habe die Unwirksamkeit der Kündigungen zufolge. Besonders bedeutsam dürften jedoch die weiteren Ausführungen des BAG sein, wonach sich die Massenentlassungsanzeige zudem nicht auf Angaben zum Cockpit-Personal hätte beschränken dürfen. Die nach § 17 Abs. 3 Satz 4 KSchG zwingend erforderlichen Angaben hätten vielmehr auch das der Station zugeordnete Boden- und Kabinenpersonal erfassen müssen. Dies würde dazu führen, dass die in Berlin-Nord eingereichten Massenentlassungsanzeigen gänzlich formfehlerhaft wären und sämtliche Kündigungen gegenüber Flugbegleitern, Piloten und Bodenpersonal unwirksam wären.

Der Fall: Die klagenden Piloten waren bei der insolventen Air Berlin beschäftigt. Das Unternehmen unterhielt an mehreren Flughäfen sog. Stationen, unter anderem auch in Düsseldorf, von wo aus die Piloten ihren Dienst antraten und beendeten. Diesen Stationen waren jeweils Personal für die Bereiche Boden, Kabine und Cockpit sowie auch eine bestimmte Anzahl an Flugzeugen und Parkplätzen zugeordnet.

Nachdem im August 2017 das Insolvenzverfahren über das Vermögen von Air Berlin eröffnet wurde und eine Fortführung des Geschäftsbetriebs scheiterte, kündigte Ende November 2017 der Insolvenzverwalter das Arbeitsverhältnis zu den klagenden Piloten sowie das aller anderen Piloten wegen Stilllegung des Flugbetriebs.

Zuvor erstattete Air Berlin die 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 Cockpit-Personal. Die Anzeige erfolgte wegen der zentralen Steuerung des

Flugbetriebs bei der für den Sitz der Air Berlin zuständigen Agentur für Arbeit Berlin-Nord.

Ein Teil der Piloten wehrte sich gegen die Kündigungen und war unter anderem der Auffassung, dass die Massenentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit in Düsseldorf hätte eingereicht werden müssen. Dies sah auch das BAG nun so.

In seinem Urteil kommt das BAG zu dem Ergebnis, dass die Düsseldorfer Station als eigenständiger Betrieb anzusehen sei. Grundlage für das Begriffsverständnis sei nämlich der unionsrechtliche Betriebsbegriff, da § 17 KSchG auf der Massenentlassungsrichtlinie (RL 98/59/EG) basiere. In Düsseldorf traten bei typisierender Betrachtung die Auswirkungen der Massenentlassung auf, denen durch eine frühzeitige Einschaltung der zuständigen Agentur für Arbeit entgegengetreten werden soll.

Zudem hätte sich die Anzeige nicht auf Angaben zum Cockpit-Personal beschränken dürfen. Die nach § 17 Abs. 3 Satz 4 KSchG zwingend erforderlichen Angaben hätten vielmehr auch das der Station zugeordnete Boden- und Kabinenpersonal erfassen müssen. Für den Betriebsbegriff der Massenentlassungsrichtlinie sei ohne Belang, dass diese Beschäftigtengruppen kollektivrechtlich in andere Vertretungsstrukturen eingebettet waren.

Bislang liegt lediglich die Pressemitteilung vor. Aus dieser geht jedoch hervor, dass das BAG wohl alle eingereichten Massenentlassungsanzeigen von Air Berlin als fehlerhaft ansieht, da diese jedenfalls Angaben zu Cockpit-, Kabinen-, und Bodenpersonal hätten enthalten müssen. Wäre dies zutreffend, wären nicht nur die Kündigungen gegenüber den außerhalb Berlins stationierten Beschäftigten unwirksam, sondern alle entsprechenden Kündigungen. Hier bleiben aber zunächst die ausführlichen Urteilsgründe abzuwarten (BAG, Urteil vom 13. Februar 2020 – 6 AZR 146/19 u. a.).

Tipp für die Praxis:

Das Urteil zeigt eindrücklich, dass bei der Erstattung einer Massentlassungsanzeige besondere Vorsicht geboten ist.

Da § 17 KSchG auf der Massentlassungsrichtlinie beruht, sind die entsprechenden unionsrechtlichen Begriffsbestimmungen maßgeblich. Dies gilt sowohl für den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff als auch für den unionsrechtlichen Betriebsbegriff.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der Betrieb im Rahmen von § 17 KSchG die Einheit, der die von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer zur Erfüllung ihrer Aufgabe angehören. Ein Betrieb kann demnach bereits dann vorliegen, wenn eine unterscheidbare Einheit von einer gewissen Dauerhaftigkeit und Stabilität besteht, „die zur Erledigung einer oder mehrerer bestimmter Aufgaben bestimmt ist und über eine Gesamtheit von Arbeitnehmern sowie über technische Mittel und eine organisatorische Struktur zur Erfüllung dieser Aufgaben verfügt“. Eine rechtliche, wirtschaftliche, finanzielle, verwaltungsmäßige oder technologische Autonomie der

Einheit ist gerade nicht erforderlich. Dem EuGH genügte in der Rechtssache „Athinäiki Chartopoiia“ (EuGH, Urteil vom 15. Februar 2007 – C-270/05) etwa, dass die Einheit über eigene Ausstattung sowie eigenes Fachpersonal verfügte und einen Produktionsleiter hatte.

Nach dem unionsrechtlichen Betriebsbegriff können daher z. B. auch nach § 4 BetrVG unselbstständige Betriebsteile im Rahmen der Massentlassungsanzeige getrennt zu berücksichtigen sein.

In der Praxis ist daher dringend zu empfehlen, jeweils (ggf. auch) eine eigene Massentlassungsanzeige für solche Einheiten bei der jeweils zuständigen Agentur für Arbeit einzureichen. Daneben – insbesondere, wenn die Schwellenwerte in solchen Einheiten nicht erreicht werden – empfiehlt es sich, die Entlassungen bei der Massentlassungsanzeige am Hauptsitz vorsorglich mit anzuzeigen. Einzelheiten sollten insoweit in einem Begleitschreiben an die Agentur für Arbeit erläutert werden.

Neue Krankheit während bestehender Krankheit: höchstens sechs Wochen Entgeltfortzahlung

Unmittelbar aufeinander folgende Erkrankungen eines Beschäftigten lösen nicht jedes Mal einen erneuten Anspruch auf Entgeltfortzahlung gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG für die Dauer von sechs Wochen aus. Maßgeblich ist, wann die erste Erkrankung geendet hat. Überschneiden sich die Erkrankungen, so ist der Anspruch auf Entgeltfortzahlung insgesamt auf die Dauer von sechs Wochen seit Beginn der ersten Erkrankung beschränkt. Dies gilt selbst dann, wenn aneinandergereihte medizinische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen auch unterschiedlicher Fachärzte vorgelegt werden.

Ein erneuter Anspruch von weiteren sechs Wochen auf Entgeltfortzahlung entsteht nur dann, wenn die erste Arbeitsunfähigkeit bereits beendet war, bevor die zweite Arbeitsunfähigkeit eintrat. Das ist der Fall, wenn der Arbeitnehmer zwischen zwei Krankheiten tatsächlich gearbeitet hat oder jedenfalls arbeitsfähig war. Ausreichend hierfür ist, dass der Arbeitnehmer für wenige außerhalb der Arbeitszeit liegende Stunden arbeitsfähig gewesen ist. Der Arbeitnehmer trägt die Beweislast für Beginn und Ende seiner Arbeitsunfähigkeit.

Diese Grundsätze zur sog. „Einheit des Verhinderungsfalls“ hat das BAG mit Urteil vom 11. Dezember 2019 bestätigt.

Der Fall: Eine Fachkraft für Altenpflege war seit dem 7. Februar 2017 infolge eines psychischen Leidens arbeitsunfähig erkrankt. Ihre Arbeitgeberin leistete Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für die Dauer von sechs Wochen bis einschließlich 20. März 2017. Wegen fortbestehender Arbeitsunfähigkeit bezog die Mitarbeiterin bis zum 18. Mai 2017 Krankengeld von ihrer Krankenkasse. Anschließend war die Arbeitnehmerin wegen einer

gynäkologischen Operation vom 19. Mai 2017 bis Ende Juni 2017 krankgeschrieben. Die Arbeitgeberin verweigerte die Entgeltfortzahlung für diesen Zeitraum.

Daraufhin klagte die Frau auf Zahlung ihres Gehalts für den Zeitraum vom 19. Mai 2017 bis Ende Juni 2017 in Höhe von EUR 3.364,90 brutto nebst Zinsen. Zur Begründung trug sie vor, sie sei ab dem 19. Mai 2017 wegen einer neuen Erkrankung arbeitsunfähig erkrankt gewesen. Die psychische Erkrankung habe am 18. Mai 2017 geendet, sodass der Anspruch gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG am 19. Mai 2017 erneut entstanden sei. Die Arbeitgeberin hingegen vertrat die Auffassung, nach den Umständen sei ein einheitlicher Verhinderungsfall gegeben. Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung entstehe daher nur einmalig für die Dauer von sechs Wochen, also nur bis zum 20. März 2017.

Das BAG gab der Arbeitgeberin Recht und bestätigte damit seine bisherige Rechtsprechung (BAG, Urteil vom 25. Mai 2016 – 5 AZR 318/15): Ist der Arbeitnehmer krankheitsbedingt arbeitsunfähig und schließt sich daran in engem zeitlichem Zusammenhang eine weitere Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer anderen Erkrankung an, trage der Arbeitnehmer die Beweislast für das Ende der zeitlich früheren Arbeitsunfähigkeit. Im zu entscheidenden Fall habe die Arbeitnehmerin also darzulegen und zu beweisen, dass die vorangegangene Arbeitsunfähigkeit zum Zeitpunkt des Eintritts der weiteren Arbeitsverhinderung geendet hatte. Dieser Beweis sei der Mitarbeiterin aber trotz Vernehmung des behandelnden Arztes nicht gelungen. Der Arzt gab selbst an, die Mitarbeiterin zuletzt Anfang April 2017 untersucht zu haben (BAG vom 11. Dezember 2019 – 5 AZR 505/18).



Tipp für die Praxis:

Ein Indiz für das Ende der Erkrankung stellt die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung dar. Diese bescheinigt Arbeitsunfähigkeit grundsätzlich bis zum Ablauf des Kalendertages (24.00 Uhr), für den sie ausgestellt worden ist (BAG, Urteil vom 25. Mai 2016 – 5 AZR 318/15). Sich zeitlich überschneidende Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen indizieren, dass die erste Erkrankung noch nicht geendet hatte, als die zweite auftrat. Aber auch bei unmittelbar aneinandergrenzenden Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen kann – wie im vom BAG zu entscheidenden Fall – eine fortdauernde Erkrankung angenommen werden. Das LAG Köln hat das Vorliegen eines einheitlichen Verhinderungsfalls sogar in einem Fall bejaht, in dem das Ende der alten und der Beginn der neuen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht unmittelbar aufeinander folgten, sondern zwischen ihnen ein Wochenende lag. Im Fall des LAG Köln war die Besonderheit gegeben, dass die Arbeitsfähigkeit des Mitarbeiters im vergangenen Jahr die absolute Ausnahme dargestellt hatte,

seine Arbeitsunfähigkeit hingegen war die Regel (Urteil vom 15. November 2016 – 12 Sa 453/16).

Maßgeblich sind mithin also stets die Umstände des Einzelfalls. Gewichtige Indizien, auf die sich der Arbeitgeber berufen kann, sind z. B. Dauer und Anzahl der Erkrankungen des Arbeitnehmers in der Vergangenheit. Auch können Begleitumstände eine Rolle spielen, wie etwa der Umstand, dass sich ein Mitarbeiter per E-Mail arbeitsunfähig meldet und schreibt, er sei „weiterhin“ krank, um dann eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung von einem Arzt einer anderen Fachrichtung einzureichen.

Um das Ende seiner ersten Erkrankung zu beweisen, stehen dem Arbeitnehmer in einem Prozess insbesondere auch die Zeugenaussagen seiner behandelnden Ärzte zur Verfügung. Hat ein Arbeitgeber ernsthafte Zweifel an einer erneuten Arbeitsunfähigkeit, sollte er es hierauf durchaus einmal ankommen lassen.

BAG entscheidet zu Equal Pay – (erhebliche) Auswirkungen auf die Arbeitsvertragsgestaltung!

Das BAG hat im Oktober 2019 über einen Equal-Pay-Fall entschieden, der erhebliche Auswirkungen auf die Arbeitsvertragsgestaltung mit Zeitarbeitnehmern haben kann.

Der 4. Senat des BAG geht davon aus, dass es zur Abbedingung des Gleichstellungsgrundsatzes zwingend erforderlich ist, dass ein Tarifwerk der Zeitarbeit aufgrund einer beidseitigen Tarifbindung von Personaldienstleister und Zeitarbeitnehmer (in der Praxis die Ausnahme) oder aufgrund einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme Klausel (in der Praxis die Regel) grundsätzlich uneingeschränkt und in Gänze angewendet wird. Dies gilt auch für im Tarifvertrag geregelte Arbeitsbedingungen, die an sich nicht zwingend vom Gleichstellungsgrundsatz erfasst wären, insbesondere für die in den Tarifverträgen vorgesehenen Ausschlussfristen.

Die Richter erkennen jedoch an, dass ausnahmsweise von dem auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifwerk der Zeitarbeit abgewichen werden kann, wenn arbeitsvertraglich Regelungen vereinbart werden, die entweder Gegenstände betreffen, die tariflich nicht geregelt sind, oder die zu Gunsten des Zeitarbeitnehmers von den tariflichen Bestimmungen abweichen. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, gilt bei arbeitsvertraglichen „Modifikationen“ der tariflichen Regelungen (seien diese auch noch so gering) ab dem ersten Tag der Überlassung zwingend der gesetzliche Gleichstellungsgrundsatz und damit insbesondere Equal Pay.

Ein Beispiel: Sollte in dem mit dem Zeitarbeitnehmer abgeschlossenen Arbeitsvertrag eine Ausschlussfrist vorgesehen worden sein, die unabhängig von der tariflichen Bestimmung dazu gelten soll, mag dies nach der Entscheidung des BAG weiterhin zulässig sein,

- solange und soweit die arbeitsvertragliche Verfallfrist den tariflichen Vorgaben 1:1 entspricht (diese Voraussetzung dürfte aus AGB-rechtlichen Gründen in der Regel nicht erfüllt sein, wenn – wie oftmals im Arbeitsvertrag – eine konstitutiv wirkende Ausschlussfrist vereinbart werden soll) oder
- diese Abweichungen enthält, die ausschließlich zu Gunsten des Zeitarbeitnehmers wirken (BAG vom 16. Oktober 2019 – 4 AZR 66/18).

Tipp für die Praxis:

Im Ergebnis sollte zumindest das von dem Personaldienstleister verwendete Arbeitsvertragsmuster bzgl. der Ausschlussfrist einer entsprechenden Überprüfung unterzogen und selbige ggf. überarbeitet werden, um immerhin für die Zukunft die Beachtung der vom BAG aufgestellten Grundsätze sicherzustellen und die (wirksame) Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz gewährleisten zu können.

Dies gilt im Übrigen auch mit Blick auf weitere Abreden in dem verwendeten Arbeitsvertragsmuster, insbesondere wenn der in Bezug genommene Tarifvertrag bereits (Teil-)Regelungen vorsieht und arbeitsvertraglich darüber hinausgehende Bestimmungen vereinbart werden – wie in der Praxis häufig in Zusammenhang mit der Urlaubsgewährung oder mit dem altersbedingten Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis.

Sollten in diesem Zusammenhang Fehler gemacht werden bzw. gemacht worden sein, besteht die Gefahr, dass der Equal-Pay-/Equal-Treatment-Grundsatz nicht wirksam abbedungen worden ist. Stattdessen wäre dieser ab dem ersten Tag des Einsatzes – mit sämtlichen damit verbundenen Konsequenzen (u. a. Nachzahlungsansprüchen der Zeitarbeitnehmer, Verwirklichung einer Ordnungswidrigkeit, Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen) – zu beachten gewesen.

Weitere interessante News, Entwicklungen und Entscheidungen



Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall



Online Krankschreibung ohne Untersuchung: Beweiskraft der AU-Bescheinigung beeinträchtigt

AU-Bescheinigung ohne Arztbesuch ist kein rechtssicherer Nachweis der Arbeitsunfähigkeit.

Unternehmensmitbestimmung



Mitbestimmung: Aktuelles zur Zusammensetzung des Aufsichtsrats der SE (Vorher-Nachher-Prinzip)

BGH klärt Teilaspekte des Streits um das sog. „Vorher-Nachher“-Prinzip bei der Umwandlung einer Aktiengesellschaft (AG) in eine SE.

Arbeitnehmerüberlassung



Erteilung einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis im einstweiligen Rechtsschutz

Die erstmalige Erteilung einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis kommt im einstweiligen Rechtsschutz grundsätzlich nicht in Betracht.



Zeitarbeit: Verhandlungsergebnis zwischen VGZ und DGB-Tarifgemeinschaft erzielt!

Die VGZ und die DGB-Tarifgemeinschaft haben ihre Tarifvertragsverhandlungen für die Zeitarbeitsbranche abgeschlossen. Wir fassen das Ergebnis für Sie zusammen!



AÜG-Reform 2017: Der Gleichstellungsgrundsatz (Teil 2 von 3)

Das AÜG wurde 2017 erneut reformiert. Im zweiten von drei Blogbeiträgen wird die Möglichkeit von Abweichungen vom Gleichstellungsgrundsatz des AÜG vorgestellt.



AÜG-Reform 2017: Der Gleichstellungsgrundsatz (Teil 3 von 3)

Das AÜG wurde 2017 erneut reformiert. Im letzten Beitrag der Serie informieren wir u. a. über die Darlegungs- und Beweislast sowie Kündigungsmöglichkeiten.



Personenbezogene Bestimmung der Überlassungshöchstdauer

Wie wird die mit Wirkung zum 1. April 2017 neu in das AÜG eingefügte Überlassungshöchstdauer bestimmt? Das LAG Köln folgt dabei einem arbeitnehmerbezogenen Ansatz.



Arbeitnehmerüberlassung



„CGZP II“: Die erste zweitinstanzliche Entscheidung liegt vor!

Die CGZP beschäftigt weiterhin die Gerichte – inzwischen liegt die erste zweitinstanzliche Entscheidung über die Nachforderung von SV-Beiträgen ab dem 1. Januar 2010 vor.



AÜG-Reform 2017: Die Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht in der Praxis – Teil 1

Im Rahmen der AÜG-Reform 2017 wurde eine Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht geschaffen. Die rechtlichen Grundlagen werden in einer dreiteiligen Blogreihe dargestellt.



AÜG-Reform 2017: Die Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht in der Praxis – Teil 2

AÜG-Reform 2017: Im zweiten Teil unserer Reihe wird die erforderliche Konkretisierung im Detail dargestellt werden.



AÜG-Reform 2017: Die Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht in der Praxis – Teil 3

Im abschließenden Beitrag legen wir das Augenmerk auf die Wirkung für Altverträge sowie mögliche Sanktionen bei Verstößen.

Tarifvertragsrecht



Auftakt Air Berlin und Erfurt – Kein Nachteilsausgleich für Kabinenpersonal

Vormaliges Kabinenpersonal der insolventen Air Berlin scheitert mit Klagen auf Nachteilsausgleich auch vor dem BAG.



Der (hohe) tarifliche Zinssatz auf offene Forderungen der SOKA-Bau ist rechtmäßig

Der Gesetzgeber hat rückwirkend die Pflicht zur Beitragszahlung zur SOKA-Bau (wieder) begründet. Das BAG entschied nun über Zinsen wegen der damit (rückwirkend) verspäteten Zahlung.

Veröffentlichungen

Dr. Boris Alles / Laura Matarrelli / Lisa-Marie Niklas / Jan Peter Schiller / Dr. Anja Schöder, LL.M. (University of Edinburgh) / Johanna Weise, Mitautoren in dem Praxishandbuch „Arbeiten 4.0 in der Unternehmenspraxis“, Herausgeber Bundesverband der Arbeitsrechtler in Unternehmen (BVAU), Redaktion Arbeit und Arbeitsrecht (AuA), 2020

Prof. Dr. Marion Bernhardt / Dr. Martina Jentsch, „Flexibilisierung von Arbeitszeit in der Praxis“, Aufsatz in der Zeitschrift Schnellinformation für Personalmanagement und Arbeitsrecht (SPA) 2020, Heft 1, S. 1

Dr. Alexander Bissels / Frederik Mehnert / Manuela Weidner, „Ausschluss des Gleichstellungsgrundsatzes durch die ‚freiwillige‘ Anwendung eines nicht einschlägigen Branchenzuschlagstarifvertrages“, Aufsatz in der Zeitschrift Betriebs-Berater (BB) 2019, S. 2996 ff.

Dr. Alexander Bissels / Kira Falter, „Rückforderung von Vergütung bei ‚Scheinselbständigkeit‘: Es kann teuer werden – nicht nur für den vermeintlichen Besteller“, Aufsatz im Aktuellen Informationsdienst für Personaldienstleister (AIP) 2020, Heft 1, S. 13 f.

Dr. Alexander Bissels / Kira Falter, „Keine Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates bei einem Einsatz von Zeitarbeitnehmern auf Dauerarbeitsplätzen“, Anmerkung zu LAG Köln vom 6. September 2019 – 9 TaBV 23/19 in jurisPraxisreport Arbeitsrecht (jurisPR-ArbR) 2/2020, Anmerkung 5

Dr. Christopher Jordan / Hannah Heitfeld / Dr. Christine Löw, „Büropersonal für den Betriebsrat in der Arbeitswelt 4.0?“, Aufsatz in der Zeitschrift Der Betrieb (DB) 2019, S. 2690

Dr. Daniel Ludwig, „Betriebsänderung und Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung“, Aufsatz in der Neuen Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2019, S. 1547

Dr. Tobias Polloczek, „Keine Einschränkung der unternehmerischen Organisationsfreiheit durch § 164 IV SGB IX“, Urteilsbesprechung in der Neuen Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht (NZI) 2019, S. 927

Dr. Elin Reiter, „Arbeitnehmerstatus eines Übersetzers“, Urteilsbesprechung in der Zeitschrift Der Betrieb (DB) 2019, S. 2693

Vorträge

Dr. Alexander Bissels, „Arbeitsrecht in Matrixstrukturen“, Vortrag für die Deutsche Gesellschaft für Personalführung (DGFP) am 12. März 2020 in Hamburg

Dr. Alexander Bissels, „Aktuelle Entwicklungen und Trends beim Fremdpersonaleinsatz“, Vortrag für den Bundesverband der Arbeitsrechtler in Unternehmen e.V. (BVAU) am 20. März 2020 in Düsseldorf

Dr. Alexander Bissels, „Aktuelles zur AÜG-Reform, aus Rechtsprechung und Gesetzgebung“, Vortrag für die LANDWEHR akademie am 14. Mai 2020 in Wietmarschen-Lohne

Dr. Andreas Hofelich, „Update Betriebsrentenrecht“, Vortrag für die Arbeitsgemeinschaft betriebliche Altersversorgung/Datakontext am 20. März 2020 in Bremen und am 27. März 2020 in Berlin

Dr. Daniel Ludwig, „Arbeitsrecht 4.0: New Work – Agile Transformation“, Vortrag für den Verband der Immobilienverwalter (VDIV) am 25. März 2020 in Weimar

Dr. Daniel Ludwig, „Agiles Arbeiten und Matrixstrukturen im arbeitsrechtlichen Kontext“, Vortrag für den Management Circle am 20. April 2020 in Köln, am 26. Mai 2020 in München und am 29. Juni 2020 in Frankfurt am Main

Dr. Werner Walk / Dr. Markus Meißner, „Dos and Don'ts bei der arbeitsrechtlichen Restrukturierung“, Vortrag im Rahmen des CMS-Wirtschaftsfrühstücks am 18. März 2020 in Stuttgart



Law . Tax

Ihr kostenloser juristischer Online-Informationsdienst.

E-Mail-Abodienst für Fachartikel zu vielfältigen juristischen Themen.

cms-lawnow.com

Dieses Dokument stellt keine Rechtsberatung dar und verfolgt ausschließlich den Zweck, bestimmte Themen anzusprechen. Es erhebt keinen Anspruch auf Richtigkeit oder Vollständigkeit und die in ihm enthaltenen Informationen können eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Sollten Sie weitere Fragen bezüglich der hier angesprochenen oder hinsichtlich anderer rechtlicher Themen haben, so wenden Sie sich bitte an Ihren Ansprechpartner bei CMS Hasche Sigle.

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozialitäten. Mehr als 600 Anwälte sind in acht wichtigen Wirtschaftszentren Deutschlands sowie in Brüssel, Hongkong, Moskau, Peking und Shanghai für unsere Mandanten tätig. CMS Hasche Sigle ist Mitglied der CMS Legal Services EEIG, einer europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung zur Koordinierung von unabhängigen Anwaltssozialitäten. CMS EEIG ist nicht für Mandanten tätig. Derartige Leistungen werden ausschließlich von den Mitgliedssozialitäten in den jeweiligen Ländern erbracht. CMS EEIG und deren Mitgliedssozialitäten sind rechtlich eigenständige und unabhängige Einheiten. Keine dieser Einheiten ist dazu berechtigt, im Namen einer anderen Verpflichtungen einzugehen. CMS EEIG und die einzelnen Mitgliedssozialitäten haften jeweils ausschließlich für eigene Handlungen und Unterlassungen. Der Markenname „CMS“ und die Bezeichnung „Sozialität“ können sich auf einzelne oder alle Mitgliedssozialitäten oder deren Büros beziehen.

CMS-Standorte:

Aberdeen, Algier, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Belgrad, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brüssel, Budapest, Bukarest, Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt/Main, Funchal, Genf, Glasgow, Hamburg, Hongkong, Istanbul, Johannesburg, Kiew, Köln, Leipzig, Lima, Lissabon, Ljubljana, London, Luanda, Luxemburg, Lyon, Madrid, Mailand, Manchester, Maskat, Mexiko-Stadt, Mombasa, Monaco, Moskau, München, Nairobi, Paris, Peking, Podgorica, Posen, Prag, Reading, Riad, Rio de Janeiro, Rom, Santiago de Chile, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sheffield, Singapur, Skopje, Sofia, Straßburg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Warschau, Wien, Zagreb und Zürich.

CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB, Sitz: Berlin, (AG Charlottenburg, PR 316 B), Liste der Partner: s. Website.

cms.law