



Arbeitsrechtliche Entscheidungen

03/2021, 31. Jahrgang



Aufsätze/Beiträge

Dr. Alexander Lentz

81. (Online-)Tagung der
Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht

Ein Thema:

Spezial: 40 Jahre AG Arbeitsrecht

Vier Arbeitsrechtler:

Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer

Wolfgang Manske

Barbara Pommer

Reinhard Schütte

Vier Meinungen?

Dr. Sebastian Klaus

Mitarbeitermobilität nach dem BREXIT:

Was (fast) bleibt, wie es war

und was nicht

Dr. Henning Müller

Beweisführung mit elektronischen

Dokumenten

Entscheidungen

Allgemeines Vertragsrecht, Bestands-

schutz, Betriebsverfassungsrecht/

Personalvertretungsrecht, Tarifrecht,

Prozessuales, Streitwert und Gebühren

Rezensionen



Liebe Kolleginnen und Kollegen, liebe Leserinnen und Leser,

dass die Pandemie einen großen Anteil daran hatte, digitale Formate stärker voranzutreiben, lässt sich auch dem aktuellen Titelbild der AE nur unschwer entnehmen. Gleichzeitig wirft dies in der Praxis aber auch viele rechtliche Fragen auf. Wie erfolgt beispielweise in einem Arbeitsgerichtsprozess die Beweisführung mit elektronischen Dokumenten? Mit *Dr. Henning Müller* konnten wir im Rahmen von „Spezialwissen Kompakt“ einen der renommiertesten Autoren zum Thema „eJustice“ gewinnen, der die damit verbundenen Fallstricke genauso kompetent wie praxisbezogen erläutert. Sein Blog www.ervjustiz.de bietet zudem ein kontinuierliches Update zu diesem Artikel.

Nachdem das Dauer-Thema BREXIT zu Beginn des Jahres seinen Abschluss gefunden hat, werden auch die damit verbundenen rechtlichen Änderungen für Beschäftigungsverhältnisse nach und nach etwas transparenter. In einem weiteren Beitrag für „Spezialwissen Kompakt“ teilt der Kollege *Dr. Sebastian Klaus* mit uns dankenswerterweise seine Erkenntnisse aus seiner aktuellen Beratungspraxis.

Daneben steht die Ausgabe ganz im Zeichen des 40-jährigen Geburtstags unserer AG. Neben dem Tagungsbericht und einigen Übersichten mit Daten und Fakten ziehen im Rahmen von „Ein Thema“ diesmal vier „Labour Law Legends“ beider Lager ihr ganz persönliches Resümee über diesen Zeitraum.

Schließlich hat *Dr. Julia Schweitzer* für diese Ausgabe wieder eine Vielzahl spannender Entscheidungen zusammengestellt. Trotz sinkender Inzidenzzahlen beschäftigt die Corona-Pandemie auch weiterhin die Rechtsprechung. So setzte sich das LAG Niedersachsen (Nr. 38) mit der Frage auseinander, ob ein Arbeitnehmer seinen Vergütungsanspruch verliert, wenn die Filiale, in der er arbeitet, aufgrund behördlicher Anordnung geschlossen wird. Hervorzuheben ist ebenfalls das Urteil des LAG Hessen (Nr. 46), das ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Einführung von „mobile working“ verneinte. Verfahrensrechtlich relevant ist schließlich auch die Entscheidung des LAG Bremen (Nr. 50), das über die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts bei einem Streit um die Berechnung der Corona-Prämie nach § 150a SGB XI entschied.

Abseits der Fragen, die Covid-19 betreffen, haben wir als Entscheidungen des Quartals für die Fortbildung im FAO Campus zwei weitere interessante Entscheidungen ausgewählt. Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg befasste sich mit der Zulässigkeit einer Befristung unter gleichzeitiger Änderung der Arbeitsbedingungen (Nr. 41, 3 Sa 98/19) und das Arbeitsgericht Aachen hatte über die Darlegungslast des Arbeitnehmers hinsichtlich der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes, der Vergütung von Überstunden sowie einem Schmerzensgeld aufgrund einer Videoüberwachung zu entscheiden (Nr. 44, 2 Ca 3982/19).

Insoweit sollten Sie für die aktuellen arbeitsrechtlichen Herausforderungen, sei es durch die Pandemie oder die voranschreitende Digitalisierung des Arbeitsgerichtsprozesses, hoffentlich gut gerüstet sein!

Hamburg im August 2021

Ihr

Dr. Alexander Lentz

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht



Inhaltsverzeichnis

Aufsätze/Beiträge	103
Tagungsbericht	103
81. (Online-)Tagung der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht am 11./12.06.2021 in Hamburg RA FA ArbR Dr. Alexander Lentz	
Ein Thema: Zwei Arbeitsrechtler – Zwei Meinungen?	110
Spezial: 40 Jahre AG Arbeitsrecht Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Wolfgang Manske, Barbara Pommer, Reinhard Schütte	
Aus den Annalen der AG	116
40 Jahre AG Arbeitsrecht: Zahlen – Daten – Fakten	
Spezialwissen kompakt	
Mitarbeitermobilität nach dem BREXIT: Was (fast) bleibt, wie es war und was nicht Dr. Sebastian Klaus, Frankfurt am Main	120
Beweisführung mit elektronischen Dokumenten Dr. Henning Müller, Darmstadt	125
Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen	132
Entscheidungen	133
zusammengestellt von Dr. Julia Schweitzer, Frankfurt	
Rezensionen	165
Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht – Strafrechtliche Risiken und Risikomanagement (Prof. Dr. Michael Fuhlrott, Hamburg)	
Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen (Dr. Alexander Lentz, Hamburg)	
Lenz, Sozialversicherungspflicht von Organmitgliedern, Eine rechtsdogmatische Untersuchung am Beispiel von Vereinsvorständen (Prof. Dr. Alexander Eufinger, Wiesbaden)	
Tschöpe, Arbeitsrecht Handbuch (Daniela Hangarter, LL. M. (Christchurch), Frankfurt am Main)	
Impressum	168

Tagungsbericht

81. (Online-)Tagung der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht am 11./12.06.2021 in Hamburg

RA FA ArbR Dr. Alexander Lentz¹

Nicht selten wartet Hamburg auch im März und September mit einem für Besucher oft etwas gewöhnungsbedürftigen „6 Grad, Nieselregen“-Charme auf. Die pandemiebedingte Verlegung der Frühjahrstagung in den Juni hätte sich daher als echter Glückfall erweisen können. Leider machte das Virus den Organisatoren erneut einen Strich durch die Rechnung. So fanden sich die Tagungsteilnehmer – wie bereits zuvor bei der Tagung in Berlin im Dezember – nur vor dem Bildschirm im eigenen (Home-) Office wieder. Das übergeordnete Motto „40 Jahre AG Arbeitsrecht“ bot jedoch eine Reihe zusätzlicher inhaltlicher Programmpunkte, die dieses Manko zumindest zum Teil kompensieren konnten.



Die Tagung begann gleichwohl „klassisch“ mit einem Fachvortrag, den diesmal **RA FA ArbR Dr. Ulrich Sittard**² aus Düsseldorf bestritt. Das Thema „**Arbeitsort: Direktionsrecht und Mitbestimmung**“ führte recht lange ein eher stiefmütterlicheres Dasein. Es wäre daher vor einigen Jahren kaum als eines der Zukunftsthemen eingeordnet worden. Angesichts des pandemiebedingten Digitalisierungsschubs und der überaus intensiv geführten „Home-Office“-Debatte der letzten Monate hat sich dies jedoch radikal geändert, worauf der Referent zu Recht zu Beginn des Vortrags hinwies.

Aus aktuellem Anlass skizzierte er daher zunächst die kündigungsrechtliche Entscheidung des ArbG Berlin vom 10.8.2020 (Az. 19 Ca 13189/19), die mittlerweile durch die Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg vom 24.3.2021 (Az. 4 Sa 1243/20) aufgehoben wurde. Die 1. Instanz hatte dort zunächst im Rahmen einer Standortschließung die Berücksichtigung einer alternativen Tätigkeit im Home-Office als zwingend angesehen und die Kündigung daher für unwirksam erklärt. Unter Einbeziehung der Begründung des LAG machte der Referent sodann deutlich, warum dieser Ansatz *de lege lata* nicht überzeugt.

Im Anschluss stellte *Dr. Sittard* die arbeitgeberseitigen Gestaltungsmöglichkeiten bei der Bestimmung des Arbeitsorts dar. Einen Schwerpunkt bildete die Tätigkeit im Homeoffice. Unter Einbeziehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung erhielten die Zuhörer so einen guten Einblick, welche Gestaltungsmöglichkeiten das allgemeine Direktionsrecht und etwaige arbeitsvertragliche Konkretisierungen bieten. Die praktischen Folgen einer (möglichen) Überschreitung in Form einer Weisung und dem damit stets verknüpften Prognoserisiko rundeten diesen Themenblock ab.

Einen weiteren Schwerpunkt bildete zudem das Thema „Arbeiten von überall“, das in Folge der Pandemie mehr und mehr in den Fokus gerät. Insbesondere Tätigkeiten mit Auslandsbezug werfen eine Vielzahl kollisions- und steuerrechtlicher Themen auf, bei denen sich aus Sicht des Referenten aktuell noch vieles im Fluss befindet.

Ein Blick auf die mit den vorbezeichneten Themen verbundenen kollektivrechtlichen Fragestellungen – einschließlich der aktuellen Gesetzgebungsvorhaben – rundeten den rundum gelungenen Vortrag ab.

¹ www.labourlawlentz.de.

² www.freshfields.de.



Mit **RAin Dr. Clarissa Freundorfer**³ aus Berlin und **RAin FAin ArbR Magdalena Wagner**⁴ aus Nürnberg folgte ein Tandem, das sich dem Thema „**Geschlechtergerechtigkeit im Arbeits- und Gesellschaftsrecht**“ widmete. Die zwischen beiden Referentinnen vorgenommene Rollenverteilung bot nicht nur einen Blick auf ein jeweils eigenständiges Rechtsgebiet. Vielmehr wurde auch deutlich, welche unterschiedlichen Herausforderungen dieses Thema für die interne Rolle einer Unternehmensjuristin wie auch die externe Rolle einer anwaltlichen Beraterin mit sich bringt.

Ausgangspunkt der Darstellung zum Gesellschaftsrecht bildeten zunächst der Corporate Governance Codex und das Gesetz über die gleichberechtigte Teilhabe an Führungspositionen vom 25.4.2015 („FüPo I“), insbesondere die dortigen Vorgaben für den Aufsichtsrat gemäß § 96 Abs. 2 und § 111 Abs. 5 AktG. *Dr. Freundorfer* hob insoweit hervor, dass sich im Nachgang zwar der Frauenanteil in Aufsichtsräten auf über 30 % erhöht habe. Jedoch handele es sich beim Aufsichtsrat bekanntermaßen nicht um das Leitungsgremium einer AG. Wirkliche Gleichberechtigung bestünde nur, wenn diese auch dort hergestellt würde.

Für den Vorstand hätten sich aber 70 % der Unternehmen weiterhin die Zielgröße 0 gegeben. Daher betrüge der Frauenanteil in Vorständen börsennotierter und mitbestimmten Unternehmen nach wie vor nur 12 %. Insoweit knüpft der aktuelle Entwurf für das Ergänzungsgesetz („FüPo II“) – insbesondere mit den Neuregelungen in § 76 Abs. 3a, 4 AktG-E und § 111 Abs. 5 AktG-E – nach Einschätzung von *Dr. Freundorfer* konsequenterweise genau an dieser Stelle an.

Weiterhin erhielten die Teilnehmer einen detaillierten Einblick in die unter Gesellschaftsrechtlern zum Teil durchaus kontrovers geführten Diskussionen über „stay on board“ Initiative. Diese Initiative für eine temporäre Mandatspausierung, oft auch als „Familienzeit für Vorstände“ bezeichnet, hat der Gesetzgeber mittlerweile ebenfalls umgesetzt. Offen auf Vorstandsebene bleibt aus Sicht der Referentin aber weiter das Thema geschlechterspezifische Entgelttransparenz, auch weil das Entgelttransparenzgesetz nur für Arbeitnehmer gilt.

Insoweit war mit diesem Hinweis der Boden für den zweiten Teilvortrag durch *RAin Wagner* bereitet, der

den arbeitsrechtlichen Fragestellungen galt. Erwartungsgemäß bildete das Thema Gender Pay Gap hier einen Schwerpunkt. Die Referentin bereitete das Thema zunächst mit einer empirischen Bestandsaufnahme auf. In diesem Rahmen wurden über einen Zeitraum von knapp 15 Jahren seit 2006 die voneinander abweichenden durchschnittlichen Stundenverdienstwerte von Männern und Frauen gegenübergestellt. Auf der Grundlage dieser Bestandsaufnahme erfolgte sodann eine Evaluierung der bislang vom Gesetzgeber ergriffenen Maßnahmen, insbesondere des Entgelttransparenzgesetzes. Anhand der bislang ergangenen Entscheidungen des BAG und des ersten Evaluationsberichts zu den dortigen Regelungen arbeitete die Referentin sodann heraus, wo Optimierungen erforderlich sein könnten. Letztere könnten zudem im Rahmen des weiteren Prozesses zum EU-Richtlinienvorschlag vom 4. März 2021 Berücksichtigung finden, der ebenfalls kurz dargestellt wurde.

Schließlich fanden auch die angrenzenden Themen Gender Pension Gap, Gender Care Gap und Gender Time Gap umfassend Berücksichtigung. Die Referentin wies darauf hin, dass sich Lösungsansätze hierfür insbesondere auch im Wege einer orts- und zeitflexibleren Erwerbsarbeit ergeben könnten. Insoweit habe die aktuelle Diskussion über die konkrete Ausgestaltung mobiler Arbeit auch eine geschlechtsbezogene Komponente.

Abschließend stellte *RAin Wagner* dar, wie der Betriebsrat auf kollektivrechtlicher Ebene diese Themen als „Akteur der Geschlechtergerechtigkeit“ proaktiv begleiten kann. In diesem Rahmen zeigte die Referentin zudem äußerst praxisnah unter Bezug auf ihre eigene Beratungspraxis auf, wo nach ihrer Einschätzung dem Betriebsrat aktuell die praktischen Hebel fehlen, um einer solchen Rolle gerecht zu werden.



Im Anschluss präsentierte **RAin FAin ArbR Dr. Nathalie Oberthür**⁵ aus Köln „**Neue Entwicklungen im Arbeitsrecht**“.

³ www.deutschebahn.com

⁴ www.manske-partner.de.

⁵ www.rpo-rechtsanwaelte.de.

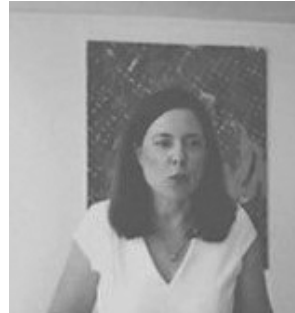
Wie bereits bei der letzten Tagung lag ein wesentlicher Schwerpunkt dieses Formats erneut auf den pandemiebezogenen Entscheidungen der Arbeitsgerichte wie auch entsprechender Maßnahmen des Gesetzgebers.

Neben der Entscheidung des 8. Senats des BAG vom 26.11.2020 (8 AZR 58/20) zur transparenten Formulierung von Ausschlussfristen ergingen im Berichtszeitraum allerdings auch eine Vielzahl weiterer Entscheidungen, die hierzu keinen Bezug aufwiesen. Hervorzuheben waren aus Sicht der Referentin insbesondere die ebenfalls durch den 8. Senat ergangene Entscheidung vom 21. Januar 2021 (8 AZR 488/19) hinsichtlich einer möglichen geschlechterbezogenen Entgeltbenachteiligung. Praktische Relevanz dürfte hier insbesondere die (widerlegbare) Vermutung haben, dass eine Entgeltbenachteiligung „wegen des Geschlechts“ vorliege, wenn das nach dem EntgTranspG als Median-Entgelt mitgeteilte Vergleichsentgelt unter dem der die Auskunft verlangenden Person liegt.

Auch der Entscheidung des 8. Senats vom 29. April 2021 (8 AZR 276/20) über den Umfang der Kostentragung einer Compliance-Ermittlung durch den Arbeitnehmer dürfte eine große Praxisrelevanz zukommen. Dies gilt im Zuge der immer noch nicht abgeschlossenen Gesetzgebungsdebatte über die Umsetzung der CCOO Entscheidung des EuGH auch für die Entscheidung des LAG Niedersachsen vom 6. Mai 2021 (5 Sa 1292/20). Dieses hatte die Folgen dieser Entscheidung auf aktuelle Überstundenprozesse klargestellt. Es hatte damit die bisherige Rechtslage zur Darlegungs- und Beweislast bestätigt und eine anderslautende Entscheidung des Arbeitsgerichts Emden aufgehoben.

Einen größeren Raum nahm zudem das mittlerweile vom Gesetzgeber umgesetzte Betriebsrätemodernisierungsgesetz ein. Das Augenmerk der Referentin richtete sich dabei vor allem auf die dort vorgesehene Vereinfachung des Wahlverfahrens, die Digitalisierung der Betriebsratsarbeit, insbesondere der datenschutzrechtlichen Stellung des Betriebsrats, und der Erweiterung des Kündigungsschutzes.

Schließlich stellte *Dr. Oberthür* neben der ins Auge gefassten Ausweitung des Unfallversicherungsschutzes bei mobilem Arbeiten kurz den aktuellen Referentenentwurf zur Reform des Befristungsrechts vor. Ob dessen Umsetzung allerdings noch in der aktuellen Legislaturperiode erfolgt, erschien aus Sicht der Referentin auch angesichts der nicht unerheblichen wirtschaftspolitischen Brisanz fraglich.



„Corona – Nachbetrachtung im Arbeitsrecht: Was ist geblieben?“ fragten schließlich **RAin FAin ArbR Dr. Andrea Panzer-Heemeier**⁶, zugeschaltet aus Düsseldorf, und **RA FA ArbR Tim Richter**⁷ aus Nürnberg.

Auch zu diesem Thema ging ein Referenten-Tandem an den Start, welches die eingangs formulierte Fragestellung jeweils aus Beschäftigten- und Unternehmenssicht zu beantworten versuchte.

Nach kurzer Analyse der im Rahmen der Pandemie ergangenen Rechtsnormen zog *RA FA ArbR Richter* aus Beschäftigtensicht zunächst das Fazit, dass die Pandemie vor allem als „Katalysator“ für die Digitalisierung im gesamten Arbeits- und Wirtschaftsleben gedient habe. Dementsprechend sei zur Beantwortung der Ausgangsfrage das Hauptaugenmerk auf die damit verbundenen (Neu-)Regelungen zu richten. Dies sind insbesondere solche, die mobiles Arbeiten wie auch virtuelle Versammlungen, Besprechungen und Verhandlungen konkretisieren.

Für das Thema „Virtuelle Betriebsratssitzungen“ stellte der Referent dazu den befristet bis Ende Juni 2021 geltenden § 129 BetrVG dem nunmehr geltenden § 30 BetrVG n.F. gegenüber. Bei der anschließenden Bewertung maß er künftig der Ausgestaltung der Geschäftsordnung deutlich größere Bedeutung als bisher zu. Zudem böte die Neuregelung grundsätzlich die Möglichkeit, die BR-Arbeit flexibler und eventuell auch effektiver zu gestalten. Allerdings sei sicherzustellen, dass die Vertraulichkeit und der Datenschutz gesichert ist. Vor allem sei zu gewährleisten, dass der BR nicht ggf. faktisch unter Kostenaspekten vom Arbeitgeber missbräuchlich auf virtuelle Sitzungen verwiesen werden könne. Lässt sich dies ausschließen, sei auch die virtuelle Sitzung durchaus eine sinnvolle Option, von der jedoch zurückhaltend Gebrauch gemacht werden sollte.

Nach weiteren Ausführungen zu den deutlich eingeschränkteren Nutzungsmöglichkeiten im Rahmen einer Einigungsstelle folgte abschließend noch ein kurzer Schwenk auf virtuelle Gerichtsverhandlungen. Hier sei die Praxisrelevanz deutlich geringer ausgeprägt. Dies

6 www.arqis.com.

7 www.hr-anwalt.de.

sei sowohl der zum Teil noch unzureichenden Ausstattung der Gerichte als auch der Zurückhaltung der Beteiligten geschuldet.

Im Anschluss stellte *Dr. Panzer-Heemeier* aus Unternehmenssicht vor allem die exponentiell gewachsene Bedeutung von „Homeoffice“ und „mobilem Arbeiten“ in den Vordergrund. Dabei ergebe sich durchaus ein heterogenes Bild. Zum Teil würden Bewerbern explizit zwei Modelle („mobil“ oder „klassisch“) zur Auswahl gestellt. Zum Teil sei aber auch eine Rückkehr ins Büro zu beobachten. Geschuldet sei dies auch den zum Teil sehr unterschiedlichen Interessen der Mitarbeiter, die sich nicht verallgemeinern ließen. Insgesamt sei im Rahmen dieser Entwicklung jedoch zu beobachten, dass der Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung bei den vorzunehmenden Bewertungen etwas mehr in den Hintergrund zu treten scheint.

Auswirkungen hat die Verlagerung der Tätigkeit zudem auf die Bedeutung des Dienstwagens und die in diesem Rahmen getroffenen Vereinbarungen.

Konkrete Herausforderungen bei der Umsetzung mobiler Arbeitsmodelle stellen sich für Unternehmen dabei in ganz unterschiedlichen Rechtsgebieten. Zu nennen seien hier insbesondere das Arbeitszeit-, das Arbeitsschutz- und das Datenschutzrecht sowie das Sozialversicherungs- und Steuerrecht. Dies gilt insbesondere bei einer Beschäftigung aus dem Ausland heraus, die insbesondere bei im internationalen Wettbewerb stehenden Unternehmen zunimmt.

Soweit darüber hinaus kollektivrechtliche Verhandlungen während der Pandemie notgedrungen auf die virtuelle Ebene verlagert wurden, habe dies aus Sicht von *Dr. Panzer-Heemeier* regelmäßig gut funktioniert und sei daher auch künftig eine mehr als gangbare Alternative. Im Rahmen gerichtlicher Auseinandersetzungen stelle die Verhandlung per Video bundesweit betrachtet aus ihrer Sicht ebenfalls weiterhin den Ausnahmefall dar. Zum Teil wohl auch, weil dies durch einzelne Gerichte eher restriktiv gehandhabt würde.



Unter dem Motto „40 Jahre Arbeitsrecht im Spiegel der ARGE-Tagungen – Ein Streifzug durch das Arbeitsrecht zwischen Aufschwung, Rezession, Eu-

ropäisierung und Pandemie“ boten sodann **RA FA ArbR Prof. Dr. Stefan Lunk** und **RA FA ArbR Jürgen Markowski**⁸ einen bunten Streifzug durch die Historie der Arbeitsgemeinschaft.

Auf die Gründungsversammlung der AG am 30. Januar 1981 in Dortmund folgten mittlerweile 81 Tagungen an 23 inländischen und 13 ausländischen Orten mit 446 Referentinnen und Referenten. Insoweit bot sich den beiden Referenten eine Fülle an Material. Dies hatten beide einer akribischen Auswertung unterzogen und auf mehreren Power Point Slides zusammengefasst. Um diese statistische Kärnerarbeit auch für die Nachwelt zu erhalten, haben wir diese im Nachgang zu diesem Bericht nochmals abgedruckt (siehe Seite # bis #).

Ergänzt wurde diese eher „Big Data“-getriebene Auswertung durch eine subjektive Auswahl inhaltlicher Highlights der beiden Referenten. So erfuhren die Tagungsteilnehmer bspw., dass bereits im Oktober 1985 mit *Ulrich Everling* ein EuGH Richter zur „Bedeutung des Rechts der EG für das deutsche Arbeitsrecht“ Vortrag oder Tagungen an so ungewöhnlichen Orten wie einer zwischen Kiel und Oslo pendelnden Fähre stattfanden.

Charakteristisch für die inhaltliche Planung der Tagungen waren demnach die gerade im Arbeitsrecht wichtigen schnellen Reaktionszeiten auf Rechtsänderungen. So folgte bereits in den 80er Jahren im unmittelbaren Anschluss an die Entscheidung des Großen Senats des BAG zur ablösenden Betriebsvereinbarung nur wenige Wochen später auf der nächsten Tagung eine anwaltliche Analyse der daraus abzuleitenden Folgen für die Praxis von *Prof. Dr. Wilhelm Moll*. Zudem ließen sich viele Themen im Zuge steten Wandels erneut aufgreifen, wie eine Vielzahl an Vorträgen zu Leiharbeit, Datenschutz oder dem Unionsrecht mit jeweils unterschiedlichem Fokus dokumentierte.

Mit Recht stellten die Referenten daher die Frage, ob die Teilnehmer der 1. Tagung mit den Themen der letzten Tagung (bspw. Datenschutz, Online AUB, #Metoo, Re-Skill) etwas anzufangen gewusst hätten. Und fügten mit einem kleinen Augenzwinkern einige potentielle Themen der „160. Tagung“ hinzu. Ob es dann tatsächlich „Grundfälle des vererbten Arbeitsverhältnisses“ geben wird, bleibt abzuwarten. Allerdings auch, ob zumindest die „Anpassung des BUrlG und des § 17 KSchG durch den Gesetzgeber an die Rechtsprechung des EuGH“ ein ggf. realistischeres Szenario skizzierte.

Die Referenten beendeten ihren Vortrag mit verschiedenen offenen Fragen, deren zeitnahe Beantwortung

⁸ www.manske-partner.de.

für die Zukunft der AG und des Tagungsformat ohne Zweifel von essentieller Bedeutung ist:

Inwieweit und wie ist das Tagungs-Format anzupassen, um die vorerwähnten Standards auch im Zeitalter der Digitalisierung aufrechtzuerhalten?

Wie definiert sich die AG in Abgrenzung zu anderen Fortbildungsanbietern und im Rahmen Ihrer wechselseitig nutzbringenden Einbindung in den DAV, um insbesondere das ehrenamtliche Engagement einer großen Anzahl an Mitgliedern weiter zu erhalten?

Nach diesem Blick in die Zukunft schloss sich mit der **Podiumsdiskussion zum Thema: „40 Jahre Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht – Meilensteine des Diskurses“** unter der Diskussionsleitung von **RA FA ArbR Dr. Johannes Schipp**⁹ noch einmal ein umfangreicher Blick in die Vergangenheit an. Mit **RA FA ArbR Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer, RA FA ArbR Wolfgang Manske, FA ArbR RAin Barbara Pommer** und **RA FA ArbR Reinhard Schütte** hatten die Veranstalter dazu vier langjährige Mitglieder der AG eingeladen. Als Gründungsmitglieder oder langjährige Mitglieder des geschäftsführenden Ausschusses boten sie somit einen reichhaltigen Erfahrungsschatz, auf den *Dr. Schipp* mit seinen Fragen zurückgreifen konnte.



Dies gilt insbesondere für eine Vielzahl rechtlicher Entwicklungen, die vom überwiegenden Teil der heutigen Mitglieder als schlichte Selbstverständlichkeit nicht mehr im Ansatz in Frage gestellt werden dürften. Dies im Einzelnen hier angemessen abzubilden hätte jedoch den Rahmen des vorliegenden Berichts gesprengt. Daher findet sich in diesem Heft ein Sonderformat der Rubrik „Ein Thema – Zwei Arbeitsrechtler“, in dessen Rahmen die Teilnehmer insoweit nochmals gesondert Stellung genommen haben. Vorab nur eins: Grundsätzlich schien die Vergleichsbereitschaft damals deutlich ausgeprägter gewesen zu sein als heute. „Leitz-Ordner“ als Verfahrensakten in Kündigungsschutzprozessen waren nach einvernehmlicher Auffassung der Diskussionsteilnehmer eher der absolute Ausnahmefall.

Darüber hinaus erfuhren die Tagungsteilnehmer, dass die Debatten zu Beginn der Tagungen ab und an durchaus auch mit scharfer Zunge geführt wurden. Wohl auch weil der diesbezügliche Zeitgeist – ausweis-

lich der damaligen politischen Wortgefechte zwischen *Herbert Wehner* und *Franz-Josef Strauß* – ein anderer war. Und auch mit einem vorübergehenden Veranstaltungsbann für die AG, den der Bayrische Hof wohl zwischenzeitlich einmal ausgesprochen hatte, dürfte heute nicht mehr zu rechnen sein. Erstaunlich war zudem die Erkenntnis, das weibliche Teilnehmer zu Beginn der Tagungen in der Regel vom Vorsitzenden namentlich begrüßt wurden, da Ihre Anzahl an einer Hand abzuzählen war.

Auch wenn im Rahmen der Diskussion sodann vereinzelt anklang, wie emotional die Teilnehmer bspw. noch immer über das Für und Wider eines betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruchs diskutieren können, herrschte gleichwohl am Ende über einen Punkt Einigkeit: Der wechselseitige Respekt und der gelebte Diskurs beider Lager dürfte auch für die Zukunft der wesentliche Faktor für den Erfolg der AG sein.



Den Auftaktvortrag am 2. Veranstaltungstag mit dem Titel „**Arbeitsrecht in Europa – Aktuelle Entwicklungen im europäischen Arbeitsrecht**“ bestritt **VRi BAG Inken Gallner**¹⁰ aus Erfurt.

Die Zahl der Rechtsgebiete, die mittlerweile durch das Unionsrecht maßgeblich geprägt werden, ist seit den Anfängen im Recht der Entgeltgleichheit von Männern und Frauen stark angewachsen. Diese „Prägung“ erfolgt zum Teil mit großer Dynamik und mit starken Abweichungen vom bisherigen „nationalen Recht“. Urlaubsrecht, Arbeitszeitrecht, Befristungsrecht, Betriebsübergangsrecht, Antidiskriminierungsrecht und das Entsenderecht sind nur einige Beispiele, die *VRi BAG Gallner* eingangs als aktuelle „Labore des Unionsrechts“ bezeichnete. Die Gefahr, sich angesichts des sehr weitgefassen Vortragsthemas daher entweder für eine zu große oder eine unvollständige Anzahl von materiell-rechtlichen Einzelproblemen zu entscheiden, war daher eigentlich unausweichlich.

⁹ www.t-s-c.eu.

¹⁰ www.bundesarbeitsgericht.de.

Mit dem stattdessen von der Referentin gewählte Ansatz, sich den aktuellen Spannungsfeldern nicht nach Rechtsgebieten, sondern allein methodisch zu nähern, wurde diese Gefahr jedoch bereits zu Beginn gebannt. Der Fokus des Vortrags richtete sich allein auf eine methodische Frage: die unmittelbare Wirkung von primärem Unionsrecht auch zwischen Privaten. Zu ebendiesem primären Unionsrecht zählt neben den Verträgen im engeren Sinne insbesondere auch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Auf diese nahm bekanntermaßen auch jüngst die CCOO Entscheidung des EuGH zur Arbeitszeitdokumentation ausdrücklich Bezug.

Aus Sicht der Referentin liegt in den insoweit zu beobachtenden Rechtsprechungsentwicklungen des EuGH die größte Sprengkraft im rechtlichen Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten und der Europäischen Union. Sie verwies in diesem Rahmen auch auf den aktuellen Konflikt zwischen dem EuGH und dem BVerfG angesichts der PSPP Entscheidung vom 5.5.2020. In diesem Kontext wies sie zudem auf den historischen Umstand hin, dass die (vor allem deutsche) Forderung nach einem gesonderten Kompetenzgericht zur Klärung von Zuständigkeitskonflikten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten bislang (vor allem im Sinne Frankreichs) ungehört blieb.

Den methodischen Ansatz einer unmittelbaren Wirkung von primärem Unionsrecht auch zwischen Privaten im Arbeitsrecht erläuterte *VRi BAG Gallner* sodann im Detail anhand der Rechtsprechung des EuGH über einen Zeitraum von nicht weniger als 15 Jahren, beginnend mit der Entscheidung Mangold bis hin zur CCOO Entscheidung. Dass ein solcher Ansatz dem EuGH insbesondere erhebliche Gestaltungsspielräume bei der Auslegung von primärrechtsgestützten Richtlinien eröffnet, wenn das jeweilige Auslegungsergebnis aus seiner Sicht primär(grund)rechtlich geboten ist, liegt auf der Hand.

Es verwunderte daher kaum, dass sich angesichts dessen sowohl über den Chat in Person von *Prof. Dr. Willemsen* als auch vor Ort durch *Prof. Dr. Lunk* umgehend Widerspruch erhob. Im Anschluss daran entwickelte sich eine durchaus lebhafteste Diskussion über unterschiedliche Verfassungstraditionen. In diesem Rahmen wies die Referentin darauf hin, dass es – entgegen deutscher Dogmatik – durchaus französischer Rechts-tradition entspricht, eben nicht alles aufzuschreiben.

Angesichts all dessen bleibt die weitere Rechtsprechungsentwicklung mit Spannung abzuwarten.



Mit der „**Digitalisierung in der Arbeitsgerichtsbarkeit Schleswig- Holstein – Vom Echtbetrieb mit der e-Akte und den Auswirkungen der ERV-Nutzungspflicht**“ folgte ein nicht minder spannenderes Thema, zu dem **Marlies Heimann, PräsLAG Schleswig- Holstein**¹¹ vortrug.

Die bundesweite Pflicht, Dokumente nur noch elektronisch bei den Gerichten einzureichen, gilt erst ab dem 1.1.2022. Die schleswig-holsteinische Arbeitsgerichtsbarkeit hatte dies nach entsprechender Vorgabe des dortigen Landesjustizministerium jedoch bereits zum 1.1.2020 vorgezogen. Tagungsteilnehmer, die üblicherweise nicht in Schleswig-Holstein forensisch tätig werden und noch nicht „beA-firm“ sind, bekamen somit von der Referentin eine kurze Einführung, mit welchen möglichen Fallstricken und neuen Rechtsfragen sie sich spätestens bis zum Beginn des nächsten Jahres auseinanderzusetzen haben.

Ihren „Bericht aus dem Echtbetrieb“ begann die Referentin zunächst mit einer recht detaillierten Ausstattungsbeschreibung der Einzelarbeitsplätze, die einschließlich höhenverstellbarem Schreibtisch, Doppelbildschirm, Headset, WLAN und VPN-Tunnel der Ausstattung eines modernen Anwaltsarbeitsplatzes in nichts nachzustehen schienen. Ein Aspekt, der nach Einschätzung der Referentin für das zeitnahe Gelingen der Umstellung unter verschiedenen Aspekten kaum hoch genug einzuschätzen ist.

Unter Bezugnahme auf die Vorgaben des ArbGG erfolgte sodann eine kurze Erläuterung der maßgeblichen formalen Vorgaben wie bspw. der einfachen und qualifizierten Signatur. Damit einher ging eine Erläuterung der gerichtlichen Hinweispflichten, sollte ein elektronisches Dokument bspw. für die Bearbeitung nicht geeignet und daher nachzureichen sein. Zudem erläuterte die Referentin die Vorgaben für das dann nachzureichende Dokument.

11 www.schleswig-holstein.de/DE/Justiz/LAG/Landesarbeitsgericht/_documents/AllgInfos_Fachinhalt.html.

Dass *PräsLAG Heimann* zudem im Zuge der vorliegenden Veränderungen von einem erheblichen Mehraufwand berichtete, mag insoweit wenig überraschen. Über einen Zeitraum von drei Monaten kam es zu 3175 Hinweisen und Telefonaten auf Seiten der Geschäftsstellen (55 Personen) sowie 3278 Hinweisen und Telefonaten von Richterinnen und Richtern (26 Personen).

Kaum zu unterschätzen ist auch die Vielzahl neuer verfahrensrechtlicher Rechtsfragen. Die insoweit bereits ergangenen Entscheidungen hatte die Referentin dankenswerter Weise auf mehreren slides aufbereitet. Hierzu zählte insbesondere die Entscheidung des LAG Schleswig-Holstein vom 8. April 2021 (Az. 1 Sa 358/20) zur Glaubhaftmachung des „Spontanversagens“ des beA bei der Ermittlung des Sendungsempfängers und dem (Miss-)Erfolg eines damit begründeten Wiedereinsetzungsantrags.



Zum Abschluss der Veranstaltung richtete schließlich **Prof. Dr. Gregor Thüsing LL.M**¹² aus Bonn unter dem Motto „**Zukunft des Arbeitsrechts – Arbeitsrecht der Zukunft Digitalisierung als Katalysator**“ seinen Blick auf verschiedene aktuelle Entwicklungen.

In Ergänzung des Titels seines Vortrags wies *Prof. Thüsing* zunächst darauf hin, dass die Digitalisierung nur eine unter mehreren, nicht minder wichtigen Herausforderungen für das Arbeitsrecht ist. Hierzu zählen nach seiner Einschätzung auch die demographische Entwicklung, sowie die zunehmende Individualisierung, Migration und Internationalisierung.

Unter Bezug auf eine Vielzahl unterschiedlicher Quellen – von Alfred Hueck über die erste Sozialenzyklika Johannes Paul II. bis zum Bundesverfassungsgericht – legte *Prof. Thüsing* sodann dar, dass das Arbeitsrecht als notwendiger Rahmen gerechten Leistungsaustausches weiter benötigt wird und daher angesichts der vorbezeichneten Herausforderungen nicht etwa abzuschaffen, sondern anzupassen ist.

Im Hinblick auf den Arbeitnehmerbegriff mag dies neben der weiter notwendigen Einzelfallbetrachtung

durchaus auch zu inhaltlich neuen Ansätzen führen. So enthielte die „Crowdworker“-Entscheidung durchaus Hinweise darauf, dass künftig dem Aspekt der „Weisung“ auch der Aspekt „Lenkung durch Anreiz“ gleichzustellen sein könnte. Unter Hinweis auf die – immerhin mit einem Nobelpreis gewürdigte – „Nudging“-Theorie Richard Thalers legte der Referent zudem dar, dass diesem Ansatz insoweit auch weithin wissenschaftlich anerkannte Erkenntnisse zugrunde liegen. Welcher Grad an „Anreiz“ jedoch für eine solche Gleichstellung erforderlich ist, dürfte gleichwohl zunächst mit einigen Abgrenzungsschwierigkeiten verbunden sein.

Weiterhin stünde die Flexibilisierung von Zeit und Ort im Zentrum der allgemein für notwendig erachteten Anpassungen. In der Diskussion um ein „Recht auf Homeoffice“ gäbe es in den Niederlanden bereits Erfahrungswerte mit differenzierten Ansätzen, die sich für die hiesige Debatte durchaus nutzbar machen ließen. Unklar bliebe hingegen weiter die genaue Reichweite der CCOO Entscheidung. Diese lasse aus Sicht des Referenten ausweislich seines Beitrags für die ZfA durchaus weitere Spielräume zu, als sie die bisherigen von BMAS und BMWi in Auftrag gegebenen Gutachten aufzeigten.

Angesichts der Dynamik der Digitalisierung nimmt auch der Datenschutz an Bedeutung zu. Mit dem Beirat für Beschäftigtendatenschutz existiert mittlerweile ein Gremium, von dem einigermaßen zeitnah konkrete Empfehlungen erwartet werden können.

Abschließend erfolgte im Hinblick auf die eingangs erwähnte demographische Herausforderung für den Arbeitsmarkt noch der kurze Hinweis, dass es letztlich für die Sozialpartner unabdingbar sein wird, intelligente Rahmenbedingungen zu entwickeln, die zu lebenslangem Lernen anspornen.

Bevor die wenigen Teilnehmer vor Ort und an den Bildschirmen aufbrachen, verabschiedeten sich *Dr. Johannes Schipp* und *Prof. Dr. Lunk* nach zwei Jahrzehnten – und einem kaum messbaren Umfang an ehrenamtlichem Engagement für die Arbeitsgemeinschaft – aus dem geschäftsführenden Ausschuss. Stellvertretend für alle Mitglieder soll dafür auch an dieser Stelle nochmals ein herzliches Dankeschön erfolgen.

Daneben gilt der Dank auch der DAA, die erneut für einen durchgängig reibungslosen technischen Ablauf der Veranstaltung sorgte.

Die 82. Tagung findet nach derzeitigen Planungen als Hybrid-Veranstaltung am 17./18. September 2021 in Brüssel statt.

¹² www.uni-bonn.de.

Ein Thema: Zwei Arbeitsrechtler Zwei Meinungen?



RA FA ArbR Dr. Alexander Lentz greift mit diesem Format regelmäßig ein aktuelles Thema auf. Die damit verbundenen Fragen richten sich an zwei Arbeitsrechtler, die diese aus Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmer-sicht beantworten.

Spezial: 40 Jahre AG Arbeitsrecht

Das vorliegende Format ist vor einigen Jahren aus der Idee heraus entstanden, den seit langem auf den Tagungen gelebten „Diskurs zwischen den Lagern“ ein Stück weit auch in die AE zu tragen. Anlässlich des 40-jährigen Geburtstags der AG lag es daher nahe, diesmal einige der Mitglieder zu Wort kommen zu lassen, die diesen Ansatz in den letzten vier Jahrzehnten in der AG maßgeblich mit auf den Weg gebracht haben.

An die Stelle von „Zwei Arbeitsrechtler“ und „Ein Thema“ tritt daher diesmal ein arbeitsrechtliches Quartett, das hier zwar gemeinsam – aber mit durchaus voneinander abweichender Bewertung – auf einen ganzen Strauß arbeitsrechtlicher Themen zurückblickt. Auch diesmal stehen sich insoweit jeweils ein/e Arbeitgebervertreter/in- und ein Arbeitnehmervertreter gegenüber.

Die Nennung der zahlreichen Verdienste des Quartetts für die AG und das Arbeitsrecht, sei es durch die langjährige ehrenamtliche Tätigkeit im Geschäftsführenden Ausschuss oder das eine oder andere rechtsgestaltende Grundsatzerfahren vor dem BAG, hätte schnell den vorliegenden Rahmen gesprengt. Über 150 Jahre ausgewiesene Mitgliedschaft in der AG Arbeitsrecht mögen daher an dieser Stelle genügen.

Die Fragen stellte RA FA ArbR Dr. Alexander Lentz



Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer
40 Jahre AG Mitgliedschaft



Wolfgang Manske
34 Jahre AG Mitgliedschaft



Barbara Pommer
39 Jahre AG Mitgliedschaft



Reinhard Schütte
39 Jahre AG Mitgliedschaft

1. Welche Entscheidung des BAG aus den letzten 40 Jahren hatte die weitreichendsten Folgen für Ihre Praxis und warum?

Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer: Um freie Rechtschöpfung zum unerfreulichen Nachteil der Arbeitgeber handelt es sich beim allgemeinen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats zur Sicherung seiner Beteiligungsrechte nach § 87 BetrVG, den der 1. Senat unter Vorsitz des damals neuen Präsidenten *Thomas Diete-*

Wolfgang Manske: Es fällt mir schwer, aus der Fülle der z.T. sehr weitreichenden Entscheidungen eine Auswahl zu treffen. Individualrechtlich wäre aber auf jeden Fall die Entscheidung des Großen Senats vom 27.2.1985 zur Gewährung des Weiterbeschäftigungsanspruchs nach erstinstanzlich gewonnenem Kündi-

rich am 3.5.1994 (1 ABR 24/93) ins Leben gerufen hat. In der Entscheidung liest man: „Bei Verstößen gegen das Mitbestimmungsrecht des § 87 BetrVG muss dem Betriebsrat ein Unterlassungsanspruch zur Verfügung stehen.“ Deutlicher kann man den rechtsschöpferischen Impetus nicht verraten. Also nicht, weil das Gesetz, sondern weil der Senat das will. Mit anderen Worten: Das gewünschte Ergebnis stand am Anfang der Überlegungen.

Barbara Pommer: Die Entscheidung zum Weiterbeschäftigungsanspruch. In den Kündigungsschutzverfahren muss seither auch berücksichtigt werden, dass der Mitarbeiter im Fall des Unterliegens in den Betrieb zurückkehren könnte. Dadurch wurde den Arbeitnehmeranwälten ein weiteres, starkes Druckmittel zur Durchsetzung höherer Abfindungen – ohne Rechtsgrundlage – an die Hand gegeben.

gungsschutzprozess zu nennen, da hierdurch das „Austrocknen“ des gekündigten Arbeitnehmers durch Ausnutzen des Instanzenweges zumindest stark erschwert wurde. Kollektivrechtlich muss aber auf jeden Fall der Beschl. v. 3.5.1994 zum allgemeinen Unterlassungsantrag genannt werden, da nun für den Betriebsrat auch die drohende Verletzung zwingenden Mitbestimmungsrechts durch Beantragung einer einstweiligen Verfügung gestoppt werden kann.

Reinhard Schütte: Die Entscheidung des Großen Senates des Bundesarbeitsgerichtes zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch hatte die erfreuliche Konsequenz, dass die weit verbreitete Tendenz, aus einem Kündigungsschutzverfahren einen Abfindungsprozess entstehen zu lassen, etwas eingeschränkt werden konnte. Das Grundrecht auf Beschäftigung konnte leichter durchgesetzt werden.

2. Welche Entscheidung des EuGH aus den letzten 40 Jahren hatte die weitreichendsten Folgen für Ihre Praxis und warum?

Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer: Das war die Christel-Schmidt-Entscheidung vom 14.4.1994 (C-392/92). Ein Betriebsübergang nach § 613a BGB unter Berücksichtigung der EG-Richtlinie 77/187 sollte selbst dann vorliegen, wenn nur ein Arbeitnehmer eine betriebliche Funktion erfüllt, die an einen anderen Anbieter ohne Übergang sächlicher Betriebsmittel abgegeben wird. Das hat das bis dahin vorherrschende Verständnis von § 613a BGB auf den Kopf gestellt.

Wolfgang Manske: Aus der Fülle der EuGH-Entscheidungen eine Auswahl zu treffen, ist fast noch schwerer. Ich möchte mich hier aber eindeutig für die Junk-Entscheidung von Januar 2005 aussprechen, weil damit klargestellt wurde, dass jede Kündigung im Rahmen eines interessenausgleichspflichtigen Personalabbaus ohne vorangegangenes Konsultationsverfahren mit dem Betriebsrat nichtig ist. Dies hat den quer durch die LAG Landschaft reichenden Streit über die Zulässigkeit des betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsantrags im Zusammenhang mit § 111 BetrVG obsolet gemacht, da nun kein Arbeitgeber mehr riskieren kann, eine Betriebsänderung mit Personalabbau ohne Versuch eines Interessenausgleichs umzusetzen.

Barbara Pommer: Das waren die diversen Entscheidungen zum Betriebsübergang, weil eigentlich immer die Unsicherheit besteht, ob ein Betrieb oder Betriebsrat übergeht oder nicht. Die Beratung ist sowohl auf Arbeitgeberseite, als auch auf Arbeitnehmerseite mit erheblichen Risiken verbunden.

Reinhard Schütte: Die Entscheidung des EuGH zum Recht des Betriebsübergangs (z.B. Christel Schmidt) führte zu einer Präzisierung des Betriebsübergangsrechtes. Hierdurch konnte es immer wieder gelingen, die Betriebskontinuität festzustellen.

3. Welche Maßnahme des arbeitsrechtlichen Gesetzgebers wünschen Sie sich bereits seit 40 Jahren, ohne dass sie bislang erfüllt wurde?

Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer: Fast alle Streitigkeiten um den Bestand von Arbeitsverhältnissen enden mit Abfindungsvereinbarungen. Der Bestandsschutz,

Wolfgang Manske: Von unserem arbeitsrechtlichen Gesetzgeber wünsche ich mir schon seit langem nichts mehr, weil ich es nur frustrierend finde, dauernd ent-

der an sich die Regel sein soll, wird so zur Ausnahme, der Abfindungsschutz dagegen von der Ausnahme zur Regel. Dem sollte der Gesetzgeber endlich durch eine Reform des Kündigungsschutzes Rechnung tragen. Dabei könnte für wirksame betriebsbedingte Kündigungen ein gesetzlicher Abfindungsanspruch normiert werden.

Barbara Pommer: Eine Regelung, die die Mitbestimmung bezüglich Überstunden aus § 87 BetrVG herausnimmt. Kurzfristig notwendige Mehrarbeit wird zum Schaden des Unternehmens häufig auf lange Zeit von Betriebsräten blockiert, da notwendige Instrumente fehlen, um die Zustimmung des Betriebsrats kurzfristig zu erwirken.

täuscht zu werden. Wenn ich jedoch einen Wunsch frei hätte, würde ich mir eine Stärkung des Kündigungsschutzes wünschen, etwa in Form einer Überprüfung der „dringenden betrieblichen Erfordernisse“ gem. § 1 Abs. 2 KSchG.

Reinhard Schütte: Der Gesetzgeber sollte eine Präzisierung des § 1 Abs. 2 KSchG vornehmen, weil nicht abzusehen ist, ob die Rechtsprechung sich ändert, aus den Gesetzesformulierungen "dringende betriebliche Erfordernisse" eine freie, nur auf Willkür überprüfbare Unternehmerentscheidung zum Wegfall des Arbeitsplatzes zu machen.

4. Welche Entscheidung des BAG aus den letzten 40 Jahren hat Sie am meisten überrascht und warum?

Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer: Das war das Urteil des BAG vom 22.09. 2009 (1 AZR/992/08), mit dem Flashmob-Aktionen in wesentlichen Teilen für zulässig erklärt und dadurch der Kreis möglicher Arbeitskämpfungsmittel der Gewerkschaften erheblich erweitert wurde. Beim klassischen Streik verweigern Arbeitnehmer passiv ihre vertragliche Leistungspflicht. Der Flashmob hat hingegen eine aktive Betriebsstörung zum Ziel, an der auch unbeteiligte Dritte teilnehmen können. Das ist aus meiner Sicht ein Unding! Dass so ein Urteil ergehen könnte, habe ich nicht für möglich gehalten.

Barbara Pommer: Im Hinblick auf die ansonsten regelmäßig sehr arbeitnehmerfreundlichen Auslegungen der gesetzlichen Regelungen, war ich erstaunt, dass das Bundesarbeitsgericht bspw. in der Entscheidung vom 18.7.2012 (7 AZR 443/09) tatsächlich auch längere Kettenbefristungen zugelassen hat.

Wolfgang Manske: Überrascht haben mich viele Entscheidungen des BAG, in der Regel die, die eine radikale Änderung der Rechtsprechung zum Inhalt hatten, wobei ich es immer bemerkenswert, ja geradezu mutig fand und finde, mit welcher Selbstverständlichkeit auch 180 Grad Wendungen vorgenommen werden. Es sollte aber in diesem Zusammenhang auch eine negative Überraschung genannt werden und zwar die Entscheidung des 7. Senats vom 6.4.2011, wonach eine mehr als drei Jahre zurückliegende Vorbeschäftigung kein Hindernis für den Abschluss eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags darstellen sollte. Dieser mehr als gewagten Gesetzesinterpretation ist das BVerfG ja zum Glück entgegengetreten.

Reinhard Schütte: Die Entscheidungen des BAG zu der Kündigungsmöglichkeit wegen eines Erwerberkonzeptes im Zusammenhang mit Betriebsübergängen zu ermöglichen. Hierdurch wurde die positive Tendenz des § 613a BGB grob missachtet.

5. Welcher Vortrag auf einer Tagung der AG Arbeitsrecht hat Sie am meisten beeindruckt und warum?

Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer: Das war der Vortrag des damaligen Richters am BAG Christoph Schmitz-Scholemann auf der 63. Tagung am 10. März 2012 in Dresden zum Thema „Vom Flashmob zum Pfandbon – Glanz und Elend im deutschen Arbeitsrecht“. Seine Ausführungen waren nicht nur tiefgründig, sondern ge-

Wolfgang Manske: Da fällt mir spontan auf jeden Fall der Vortrag meines geschätzten Kollegen Reinhard Schütte ein, der 1990 auf einer Tagung in Nürnberg eindringlich dargelegt hat, dass und warum das Rechtsinstitut der Verdachtskündigung seiner Meinung nach verfassungswidrig ist. Soweit ich die diesbezüglich eher

spickt mit sehr viel Humor. Eine rhetorische Meisterleistung!

spärliche Diskussion überblicke, erschöpft sich die Gegenposition im Kern in dem Statement, dass ein entsprechender praktischer Bedarf für die Verdachtskündigung bestehe und sie somit gerechtfertigt sei.

Barbara Pommer: Immer noch der Vortrag zum Aufhebungsvertrag von Jobst Hubertus Bauer, aus 1982. Ich war begeistert von der klaren analytischen Art des Vortrages und sein Inhalt hat den größten Mehrwert für die praktische Arbeit gebracht.

Reinhard Schütte: Der Vortrag zur Tarifpluralität statt Tarifeinheit von Prof. Matthias Jacobs anlässlich der 53. Tagung der Arbeitsgemeinschaft am 10.3.2007 hat durch seine mutige Stringenz und Auslegung des Grundgesetzes beeindruckt und führte dann ja auch zur Rechtsprechungsänderung.

6. Mit Blick auf die zahlreichen ausländischen Rechtsordnungen, die im Rahmen der Auslandstagungen der AG Arbeitsrecht vorgestellt wurden: Was ist Ihnen so nachhaltig in Erinnerung geblieben, dass es das deutsche Arbeitsrecht ggf. "importieren" sollte?

Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer: Nachhaltig in Erinnerung geblieben ist mir die Tagung am 14./15. März 2003 in Zürich. Zwei Schweizer Anwälte stellten uns das Schweizer Arbeitsrecht vor. Dabei interessierte die teilnehmenden Mitglieder der AG Arbeitsrecht vor allem, ob und inwieweit Arbeitnehmer in der Schweiz Kündigungsschutz genießen. Teilweise mit Erstaunen musste zur Kenntnis genommen werden, dass in der Schweiz grundsätzlich nur die missbräuchliche Kündigung verboten ist, also weitgehend Kündigungsfreiheit besteht. Der Schweizer Arbeitsmarkt leidet darunter dennoch nicht. Im Gegenteil: Arbeitslosigkeit kennt auch die Schweiz; aber sie ist durchweg geringer als in Deutschland.

Wolfgang Manske: Dazu fällt mir beim besten Willen nichts ein. Ich weiß natürlich, dass viele Kolleginnen und Kollegen auf Arbeitgeberseite beispielsweise mit dem französischen Abfindungsmodell liebäugeln, wonach mehr oder weniger feste Abfindungs-, bzw. Entschädigungssätze für den Verlust des Arbeitsplatzes etabliert sind. Das würde aber aus meiner Sicht die Rechtsposition des gekündigten Arbeitnehmers derart schwächen, dass von einem Kündigungsschutz überhaupt nicht mehr gesprochen werden kann.

Barbara Pommer: Das war der dänische Kündigungsschutz. Im Gegensatz zum deutschen Recht, das entgegen der Tatsachen auf Bestandsschutz gerichtet ist, gibt der dänische Gesetzgeber den Arbeitnehmern einen Anspruch auf Abfindung, was ehrlicher ist, da die weitaus meisten Arbeitnehmer nach einer Kündigung gar nicht mehr an den Arbeitsplatz zurückwollen.

Reinhard Schütte: Die ausländischen Rechtsordnungen haben mich eher abgeschreckt, wenn ich z.B. an das Arbeitsrecht in Dänemark oder der Schweiz denke oder auch an die Veränderungen durch die letzte spanische Regierung. Derartiges sollte nicht importiert werden.

7. Welches war die originellste Prozesstaktik einer Gegenpartei bzw. ihres Anwalts, der Sie sich in den vergangenen 40 Jahren ausgesetzt sahen?

Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer: In einem Verfahren zur außerordentlichen Kündigung eines Betriebsratsvorsitzenden nach § 103 BetrVG hatte ich ein Unternehmen vertreten. Der Betriebsrat stimmte der beabsichtigten Kündigung nicht zu, obwohl es um erheblichen Betrug ging. Im Güetermin ließ der Arbeitsrichter

Wolfgang Manske: Auch zu dieser Frage muss ich leider passen. Meistens entpuppt sich das, was als originell daher kommen soll, als schlichte Trickserei. Nach meiner Erfahrung kommt es bei der Erarbeitung einer Prozesstaktik auch weniger auf Originalität an, als auf die gründliche Aufarbeitung und Darstellung des

keinen Zweifel daran, dass seine Kammer die Zustimmung ersetzen werde. Eine Einigung kam jedoch nicht zustande. Monate später sollte dann die Verhandlung vor der Kammer stattfinden. Einen Tag zuvor rief mich der Gegenanwalt an und sagte: „Lieber Herr Bauer, den Termin morgen können Sie sich ersparen. Sie verlieren auf jeden Fall.“ Warum, fragte ich. Antwort: „Mein Mandant hat sein Betriebsratsamt vor zwei Wochen niedergelegt.“ Darüber hatte mich meine Mandantin nicht informiert. Also war versäumt worden, die fristlose Kündigung nach der Amtsniederlegung unverzüglich auszusprechen. Peinlich, eine ordentliche Kündigung kam nicht mehr in Betracht, da sich der frühere Betriebsratsvorsitzende auf tarifliche Alterssicherung berufen konnte. Hätte ich die Mandantin von vorn herein auf eine solche vielleicht nicht originelle, aber sehr clevere Taktik der Gegenseite hinweisen müssen? Der Haftpflichtversicherung habe ich den Fall vorsorglich gemeldet. Allerdings hat die Mandantin verzichtet, mich in Regress zu nehmen.

Barbara Pommer: Nach mehr als 40 Jahren Tätigkeit im Arbeitsrecht überrascht mich eigentlich nichts mehr. Ich erinnere mich auch nicht an irgendwelche Verfahren, in denen ein Gegner tatsächlich einen nicht vorhersehbaren Schritt unternommen hätte.

Sachverhalts, wobei aus meiner Sicht hier die meisten Fehler gemacht werden, weil hierbei schlicht und einfach zu sehr „geschlurt“ wird.

Das zweite wichtige und häufig vernachlässigte Element der Prozessführung ist das sorgfältig mit der Mandantschaft zu erarbeitende und an die jeweilige Prozessentwicklung anzupassende Prozessziel.

Reinhard Schütte: Alles war vorhersehbar.

8. Worüber haben Sie sich in einem Arbeitsgerichtsprozess einmal so nachhaltig geärgert, dass Sie es heute noch erinnern?

Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer: In dem berühmten Burda-Verfahren, (dem ein Bündnis für Arbeit zugrunde lag), fand am 20. April 1999 die Anhörung beim BAG vor dem 1. Senat (1 ABR 72/98) statt. Den Vorsitz hatte der Präsident des BAG, Thomas Dieterich inne. Der Termin wurde rechtzeitig orchestriert von einem NZA-Beitrag zu Kollektiverfahren im Arbeitsrecht von Heide Pfarr, der Frau des Präsidenten. Für die IG Medien erschien ihr Vorsitzender Detlef Hensche, der die als Zuhörerinnen anwesende Gattin des Präsidenten herzlich lachend und mit Küsschen rechts und links begrüßte. Kein gutes Omen für den Ausgang des Verfahrens! Später habe ich gegenüber Dieterich angemerkt, meine Frau hätte sich anders verhalten. Da musste ich mich belehren lassen, dass der große Vorsitzende seiner Frau eben nicht verbieten könne, sich publizistisch zu einem bei ihm anhängigen Rechtsproblem zu äußern, in dem dazugehörigen öffentlichen Termin unter seinem Vorsitz als Zuhörerinnen zu erscheinen und dabei liebevoll den Vorsitzenden der klagenden Gewerkschaft in den Arm zu nehmen.

Wolfgang Manske: Da fällt mir spontan nur eines meiner ersten BAG-Verfahren aus dem Jahr 1987 ein, bei dem es um die Frage ging, ob § 101 BetrVG in einem Spezialitätsverhältnis zu § 23 Abs. 3 BetrVG steht oder nicht. Ich musste mich in zweifacher Weise über mich selbst ärgern: Zum einen habe ich auf Anregung des LAG meinen Antrag so umgestellt, dass ihn das BAG als unzulässig klassifiziert hat. Zum anderen war ich auf entsprechende Anfrage des BAG damit einverstanden, dass ohne mündliche Verhandlung entschieden wurde. Zum Glück hat das BAG aber nicht nur formal entschieden, sondern auch Ausführungen zur Sache gemacht, die mir in vollem Umfang recht gaben.

Barbara Pommer: Das war ein Verfahren, in dem der Vorsitzende Richter, der Direktor eines Arbeitsgerichts, nach einer Beweisaufnahme erklärte, hier würde sich ein Auflösungsantrag empfehlen. Der gegnerische Anwalt griff diesen Vorschlag natürlich auf, ohne überhaupt zu wissen, was er da beantragte. Die dann vom Gericht festgesetzte Abfindung hat die kleine Bäckerei, die ich vertrat, nahezu in die Insolvenz getrieben. Die Vollstreckung wurde kurzfristig vom LAG ausgesetzt und das Urteil in zweiter Instanz aufgehoben.

Reinhard Schütte: Nichts.

9. Beschreiben Sie in jeweils einem Satz, was -mit Blick auf die letzten 40 Jahre- das Arbeitsrecht im Allgemeinen und die AG Arbeitsrecht im Besonderen aus Ihrer Sicht ausmacht und prägt.

Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer: Das Arbeitsrecht der letzten 40 Jahre zeichnet sich durch eine gewisse Linkslastigkeit aus. Dabei kommt noch zunehmende Bürokratisierung hinzu, die auf das Konto des Gesetzgebers geht.

Die Veranstaltungen der AG Arbeitsrecht schätze ich dagegen sehr, weil nicht nur Wissen vermittelt wird, sondern trotz aller Interessengegensätze ein durchweg konstruktiver, kollegialer und auch humorvoll-geselliger Umgang gepflegt wird. Deshalb habe ich mit großer Begeisterung von Anfang an fast allen Tagungen teilgenommen.

Barbara Pommer: Rechtsprechung und Gesetzgebung zum Arbeitsrecht werden leider in manchen Fällen doch von Personen gemacht, die keinerlei Praxiserfahrung haben.

Die Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im deutschen Anwaltsverein trägt ganz wesentlich dazu bei, die Kenntnisse der Arbeitsrechtler zu intensivieren, aber auch das gegenseitige Verständnis der beiden Seiten zu verbessern.

Wolfgang Manske: Das lässt sich relativ kurz beantworten: Die Attraktivität des Arbeitsrechts bestimmt sich aus der engen und aktuellen Verknüpfung mit dem realen Wirtschaftsleben in unserer Gesellschaft. Bedeutsam ist darüber hinaus, dass auch Einzelfallentscheidungen der Gerichte in vielen Fällen auf eine ungeheure Vielzahl von parallelen Lebenssachverhalten ausstrahlen. Das prägt die Lebendigkeit des Arbeitsrechts.

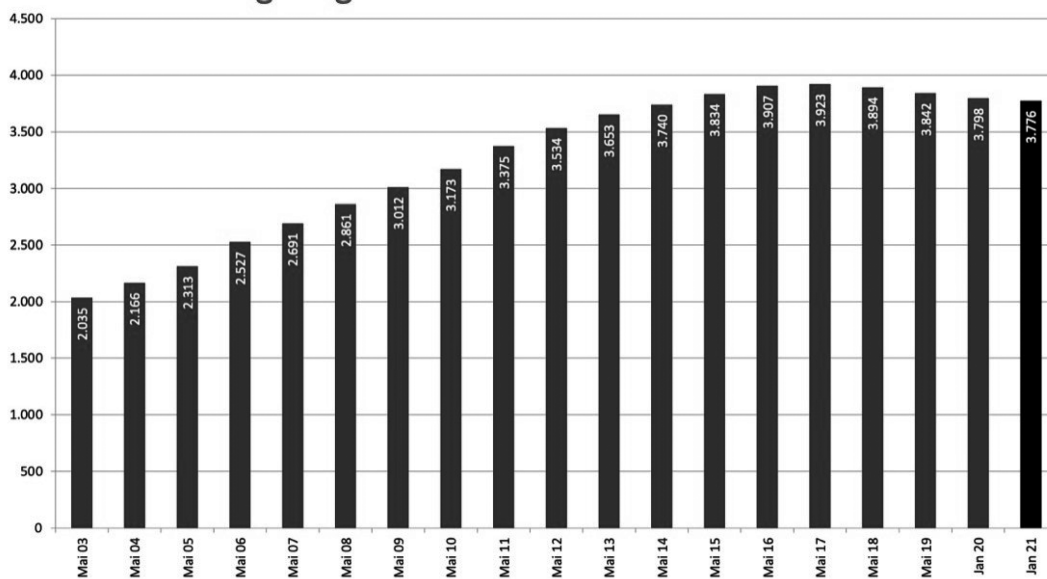
Und unsere AG Arbeitsrecht, die lebt von der gemeinsamen Diskussion der beiden arbeitsrechtlichen Pole, nämlich der Arbeitnehmer- und der Arbeitgeberpositionen; und nur so lange, wie diese paritätische Diskussion aufrecht erhalten bleibt, wird auch die AG Arbeitsrecht ihre herausragende Bedeutung erhalten.

Reinhard Schütte: Die seit vielen Jahren faire Auseinandersetzung über die jeweiligen, dem Interessensstandpunkt entsprechenden, juristischen Meinungen. Seit vielen Jahren werden die Diskussionen so geführt, dass sich im Anschluss auch noch ein freundliches, respektvolles Wort wechseln lässt.

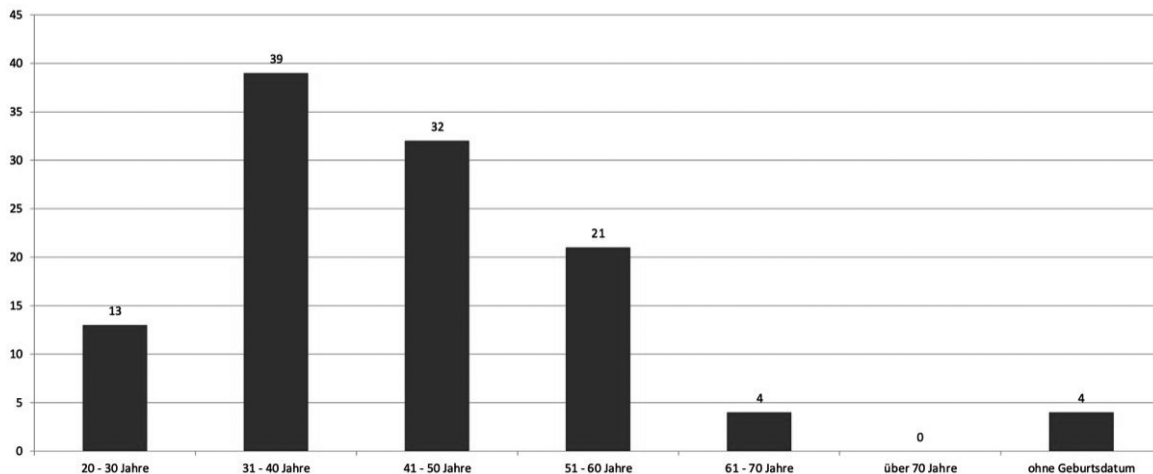
Aus den Annalen der AG

40 Jahre AG Arbeitsrecht: Zahlen – Daten – Fakten

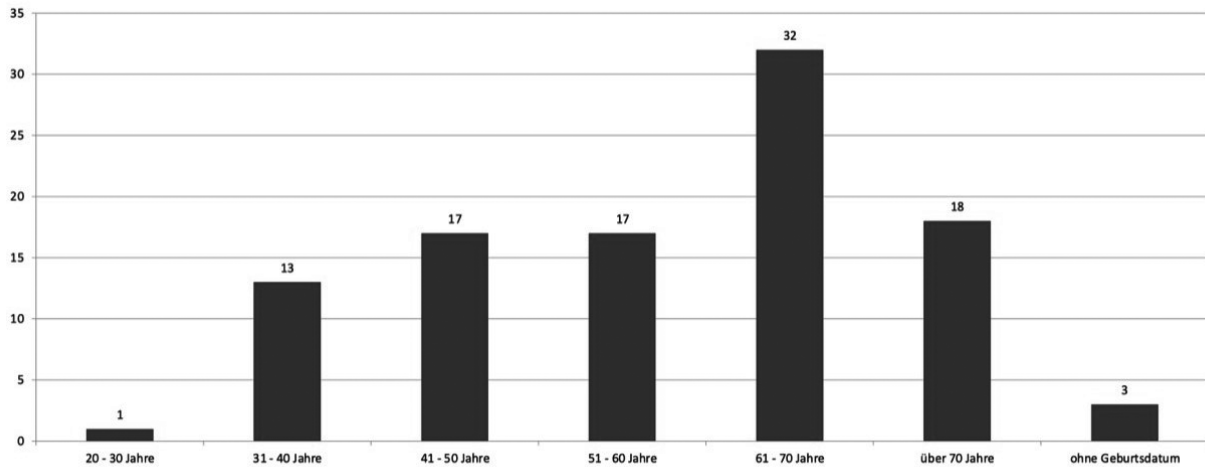
81. Tagung der ARGE Arbeitsrecht im DAV / Hamburg, 11. / 12. Juni 2021
Entwicklung Mitgliederzahlen der ARGE Arbeitsrecht – Daten des DAV



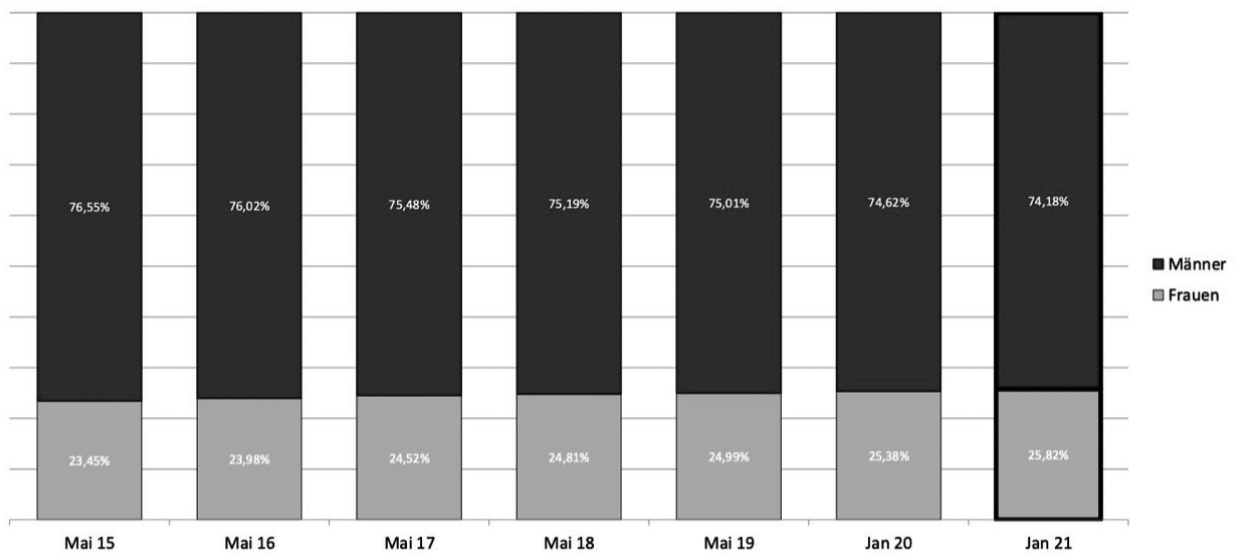
81. Tagung der ARGE Arbeitsrecht im DAV / Hamburg, 11. / 12. Juni 2021
Altersstruktur ARGE Arbeitsrecht / Alter bei Eintritt (zwischen Januar 2020 und Januar 2021)
Daten des DAV



81. Tagung der ARGE Arbeitsrecht im DAV / Hamburg, 11. / 12. Juni 2021
 Altersstruktur ARGE Arbeitsrecht / Alter bei Austritt / Daten des DAV

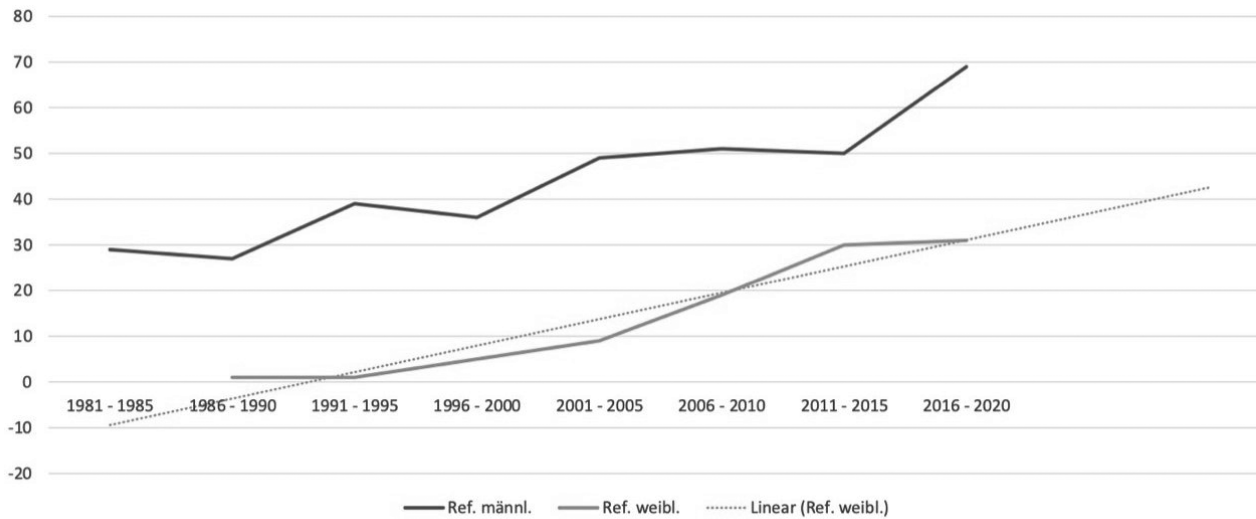


81. Tagung der ARGE Arbeitsrecht im DAV / Hamburg, 11. / 12. Juni 2021
 ARGE Arbeitsrecht: Mitglieder / Frauen und Männer / Daten des DAV



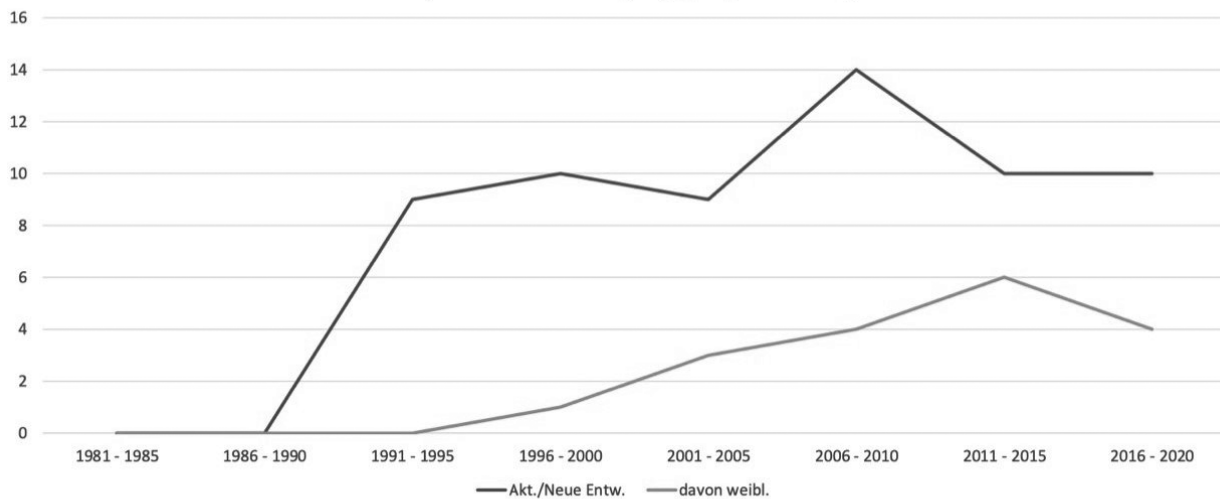
81. Tagung der ARGE Arbeitsrecht im DAV / Hamburg, 11. / 12. Juni 2021 Vortragende 1981 – 2020 nach Geschlecht

Absolute Zahlen (mehr Frauen tragen vor, als es deren %-Satz in der ARGE entspricht)

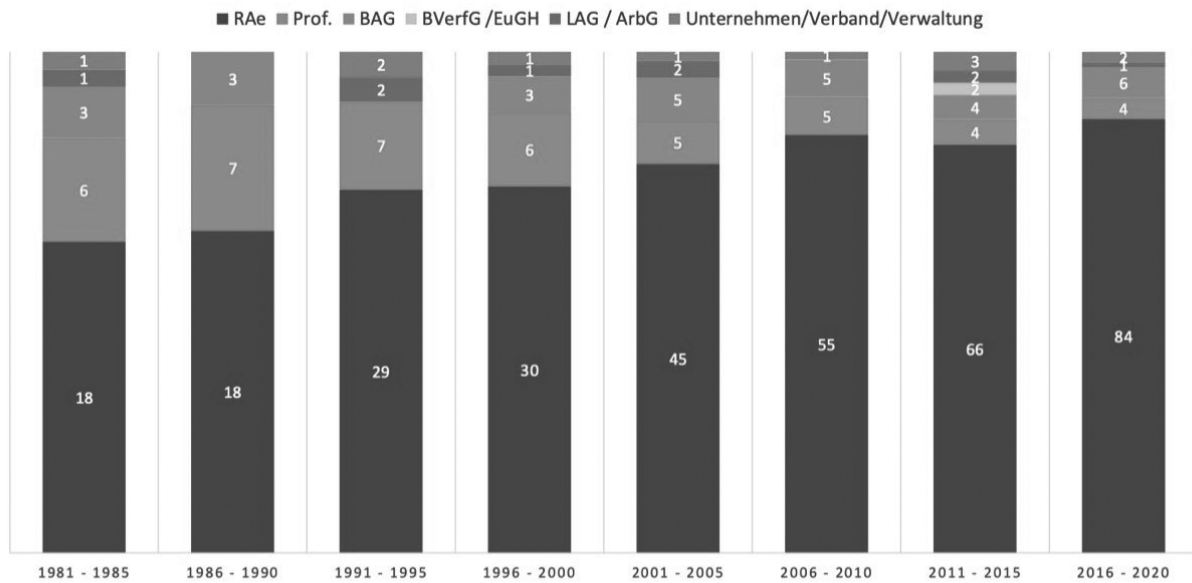


81. Tagung der ARGE Arbeitsrecht im DAV, Hamburg, 11. / 12. Juni 2021 Vortragende 1981 – 2020 in der Rubrik „Aktuelles“ nach Geschlecht

Erstmals im April 1991 in das Tagungsprogramm aufgenommen



81. Tagung der ARGE Arbeitsrecht im DAV / Hamburg, 11. / 12. Juni 2021
Vortragende 1981 – 2020 nach Berufsgruppen



81. Tagung der ARGE Arbeitsrecht im DAV / Hamburg, 11. / 12. Juni 2021
Vortragsthemen 1981 – 2020 (> 10 mal, inkl. „Doppel-Berücksichtigungen“)

	1981 - 1985	1986 - 1990	1991 - 1995	1996 - 2000	2001 - 2005	2006 - 2010	2011 - 2015	2016 - 2020	Gesamt
BetrVG	5	4	3	4	6	9	6	11	48
KSchG / Abmahnung	1	5	3	3	2	4	7	5	30
Prozessrecht /BEA	3	3	3	1	2	2	2	2	18
Entgelt / MiLoG	0	2	3	1	1	3	4	4	18
Datenschutz / Compliance	0	0	1	0	2	4	4	6	17
§ 613a BGB	0	2	2	1	4	2	3	2	15
Neue Gesetze / „Politik“	0	1	1	2	4	1	3	2	14
Unionsrecht	4	0	1	2	1	1	4	0	13
Tarifrecht	1	1	1	1	2	4	2	0	12
Organe	1	1	1	1	1	2	2	2	11
AGG/MeToo	0	0	0	0	3	5	2	1	11

Spezialwissen kompakt

Mitarbeitermobilität nach dem BREXIT: Was (fast) bleibt, wie es war und was nicht

RA Dr. Sebastian Klaus, Frankfurt am Main

Selbststudium § 15 FAO

Dieser Beitrag ist zur Pflichtfortbildung für Fachanwälte für Arbeitsrecht im Selbststudium mit Lernerfolgskontrolle (§ 15 Abs. 4 FAO) geeignet. Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft können hierzu online unter www.faocampus.de Multiple-Choice-Fragen beantworten und erhalten bei Erfolg eine Bescheinigung über 1,5 Stunden (90 Min) Fortbildung.

1. Einleitung

Mitarbeitermobilität ist ein Thema, welches verschiedene Rechtsgebiete streift. Meist können vier bis fünf Rechtsgebiete von Relevanz sein: (1) das internationale Arbeitsrecht, (2) das internationale Sozialversicherungsrecht, (3) das Aufenthaltsrecht, (4) das Steuerrecht und (5) besondere Verwaltungsrechtsregime wie etwa mit Meldepflichten bei grenzüberschreitenden Mitarbeitersendungen. Vieles davon ist in den letzten Jahrzehnten innerhalb der EU angeglichen worden. Der Vollzug des BREXIT stellt die Praxis insoweit aktuell vor neue Herausforderungen.

Maßgebliche Rechtsgrundlagen auf europäischer Ebene in diesem Kontext sind das Austrittsabkommen vom 30.1.2020¹ und das weiterhin abgeschlossene Handels- und Kooperationsabkommen vom 30.12.2020.² Nachfolgend sollen die damit einhergehenden Änderungen des internationalen Arbeitsrechts, des internationalen Sozialversicherungsrechts und des Aufenthaltsrechts kurz skizziert werden. Dabei wird die bislang geltende Rechtslage jeweils kurz vorangestellt.

2. Internationales Arbeitsrecht

2.1 Bisherige Rechtslage nach der Rom I-VO auf europäischer Ebene

Übt ein Mitarbeiter seine Tätigkeit in einem anderen Staat aus, stellt sich die Frage, welcher arbeitsrechtli-

che Rahmen gilt. Wird beispielsweise ein in Deutschland lebender britischer Staatsangehöriger von einem deutschen Unternehmen angestellt, wird oft ein Arbeitsvertrag zur Anwendung kommen, der keine ausdrückliche Rechtswahlklausel enthält. Meist würden die Parteien des Arbeitsvertrages nicht auf die Idee kommen, in einem solchem Fall beispielsweise australisches Arbeitsrecht als anwendbar zu erklären. Die Möglichkeit dazu hätten sie nach Art. 8 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 der sog. Rom-I VO.

Jedoch schränkt Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom-I VO die Möglichkeiten der Rechtswahl ein. Hintergrund ist der Schutz der Arbeitnehmer vor der Vereinbarung geringerer Arbeitsrechtsstandards als derjenigen, die üblicherweise vor Ort gelten. Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom-I VO beschränkt nur Abweichungen zu Lasten des Arbeitnehmers. Eine Verbesserung durch die getroffene Rechtswahl ist unerheblich und wird nicht beschränkt.

Praktische Relevanz haben dabei vor allem die Ausnahmen des Art. 8 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 2 und 4 Rom-I VO. Ändert sich der Tätigkeitsort eines Arbeitnehmers nur *vorübergehend*, beispielsweise infolge einer *Entsendung*, müsste unabhängig von der Rechtswahl das Recht zur Anwendung kommen, welches in dem Land gilt, in dem der Arbeitnehmer *gewöhnlich* seine Tätigkeit verrichtet.³

Bei einem etwa für zwei Jahre in das Vereinigte Königreich befristet entsandten belgischen Mitarbeiter eines deutschen Unternehmens mit vertraglich vereinbartem Tätigkeitsort in Köln wäre dies daher deutsches Arbeitsrecht.

1 ABI EU v. 31.1.2020, Nr. L 29, 7.

2 Dieses ist mittlerweile endgültig in Kraft getreten, siehe ABI EU v. 30.4.2021 Nr. L 149, 10.

3 Vgl. insoweit einschränkend aber auch Art. 9 Rom I-VO -wie auch insbesondere im Mindestlohnkontext- die EU-RL 96/71 bzw. deren Ergänzung durch die EU-RL 18/957 vom 28. Juni 2018.

Eine Vereinbarung der Anwendung des australischen Arbeitsrechts müsste sich an Art.8 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 4 Rom-I VO messen lassen; danach ist auf der Grundlage der gesamten Umstände zu beurteilen, ob der Arbeitsvertrag eine engere Verbindung zu einem anderen Staat hat als demjenigen, dessen Recht nach der Rechtswahlklausel angewendet werden soll.

2.2 Veränderungen durch den BREXIT

Was bedeutet dies nun für Fälle im Kontext „BREXIT“?

Das Vereinigte Königreich hatte zwar ausweislich des 45. Erwägungsgrunds der Rom-I VO gegen die Annahme der Verordnung optieren können, hat später indes eine „Opt In“-Entscheidung getroffen.⁴ Daher galt bislang auch dort der unter a. dargestellte Rechtsrahmen. Seit Ablauf des 31.1.2020 ist das Vereinigte Königreich aber kein Mitgliedstaat der EU mehr und somit – unabhängig vom früheren „Opt In“ – nicht mehr zur Beachtung der Rom-I VO verpflichtet.

Jedoch regelt das Austrittsabkommen mit Art. 66 Buchst. a, dass im Vereinigten Königreich die Rom-I VO auf Verträge weiterhin Anwendung findet, die **vor dem Ablauf der Übergangszeit** abgeschlossen worden waren.⁵

Das Handels- und Kooperationsabkommen enthält **für die Zeit nach dem 31.12.2020** keine mit Art. 66 Buchst. a des Austrittsabkommens vergleichbare Regelung, so dass sich die Anwendbarkeit des maßgeblichen Rechts aus britischer Perspektive nach dem britischen internationalen Privatrecht bestimmen würde.

Aus deutscher Perspektive gilt nach wie vor die Rom-I VO. Die Rom-I VO gilt nicht nur bei grenzüberschreitenden Bezügen zwischen zwei Mitgliedstaaten, sondern bereits dann, wenn sich ein solcher Bezug hinsichtlich eines Mitgliedstaates ergibt.

In der Praxis sollte in den meisten Fällen der Status Quo dadurch erhalten bleiben, dass sich das britische internationale Privatrecht zunächst weiterhin an der Rom-I VO ausrichtet.⁶ Denn das Vereinigte Königreich ist nicht daran gehindert, die Grundsätze der Rom-I VO weiterhin auf nationaler Grundlage anzuwenden. Diese sind: Grundsätzliche Rechtswahl auch für Arbeitsverträge, aber eingeschränkt durch tatsächlich stärkere Anknüpfungspunkte i.S.d. Art. 8 Abs. 2 bis 4 Rom-I VO und die Eingriffsnormen i.S.d. § 9 Rom-I VO, wenn jeweils das vereinbarte Recht ungünstiger wäre. Die weiteren Entwicklungen sind abzuwarten, aktuell scheint es insoweit aber keine Anzeichen für ein mögliches "Forum-" bzw. "Law-Shopping" zu geben.

3. Internationales Sozialversicherungsrecht

3.1 Bisherige Rechtslage

Die bisherige gemeinsame Regulierung auf europäischer Ebene dient in erster Linie dazu, die Anwendbarkeit der unterschiedlichen nationalen Systeme zu koordinieren.

3.1.1 Nationales Recht

Für das Sozialversicherungsrecht ist auf nationaler Ebene zunächst – wie im Aufenthaltsrecht – das Territorialitätsprinzip der maßgebliche Anknüpfungspunkt.

So regelt der § 3 Nr. 1 SGB IV für alle Versicherungszweige, dass für alle Normen, die für die Begründung der Versicherungspflicht bzw. -berechtigung auf eine Beschäftigung abstellen, maßgeblich ist, ob eine Person im räumlichen Geltungsbereich des SGB IV beschäftigt wird. Gemeint ist nach § 9 Abs. 1 SGB IV der tatsächliche Beschäftigungsort, so dass bereits ein auf dreiwöchiger Geschäftsreise in Deutschland weilender britischer Arbeitnehmer mit arbeitsvertraglich vereinbartem Tätigkeitsort in Edinburgh in Deutschland beschäftigt wäre.

§ 6 SGB IV verweist jedoch darauf, dass die Regelungen des SGB IV nur vorbehaltlich abweichender Regelungen des über- und zwischenstaatlichen Rechts gelten.

3.1.2 Europäisches Recht

Dazu zählen insbesondere die beiden EU-Verordnungen Nr. 883/2004 (sog. Koordinierungsverordnung) und Nr. 987/2009 (sog. Durchführungsverordnung). Funktion der Koordinierungsverordnung ist es festzulegen, welches Sozialversicherungsrecht dem Grunde nach gilt. Diese Festlegung wird von dem Grundsatz des Art. 11 Abs. 1 S. 1 der Koordinierungsverordnung geprägt, wonach nur die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gelten sollen.

Gemäß Art. 11 Abs. 3 Buchst. a der Koordinierungsverordnung gilt ebenfalls der Grundsatz, dass der Ort

4 Vgl. dazu die Entscheidung der Kommission vom 22.12.2008 (ABI EU v. 15.1.2009 Nr. L 10, 22); nach Art. 2 der Entscheidung ist die Rom-I VO größtenteils ab dem 17.12.2009 vom Vereinigten Königreich anzuwenden gewesen; näher zum Ganzen MüKoBGB/*Martiny*, 8. Aufl. 2021, Rom I-VO Art. 1 Rn 83.

5 Ende des Übergangszeitraums war nach Art. 126 der 31.12.2020; bis dahin galt die Rom-I VO nach Art. 127 Abs. 1 des Austrittsabkommens weiterhin im Vereinigten Königreich direkt fort.

6 Vgl. dazu die Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der FDP-Bundestagsfraktion, BT-Drucks 19/27550, S. 5.

der Ausübung der Beschäftigung maßgeblich sein soll; der europarechtliche Grundsatz ist ebenfalls das Territorialitätsprinzip. Die Formulierung von Art. 11 Abs. 3 der Koordinierungsverordnung („Vorbehaltlich der Artikel 12 bis 16“) macht bereits deutlich, dass es sich nur

um einen Grundsatz mit entsprechenden Ausnahmen handelt.

Die beiden in der Praxis wichtigsten Ausnahmen sind Art. 12 und Art. 13:

Regelung	Art. 12 Koordinierungsverordnung	Art. 13 Koordinierungsverordnung
Szenario	Entsendung, d.h. Einsatz als unselbstständig beschäftigter Arbeitnehmer für einen Arbeitgeber auf Geheiß des Letzgenannten in einem zweiten Mitgliedstaat	Beschäftigung in mehr als einem Mitgliedstaat, auch für unterschiedliche Arbeitgeber möglich
Zeitliche Höchstgrenze	Grundsätzlich 24 Monate ⁷	Ausdrücklich keine, nach Rspr. des EuGH nicht weiter gehend als Ausnahme für Entsendungen ⁸
Weitere Voraussetzungen	Arbeitgeber muss im ersten Mitgliedstaat gewöhnlich tätig sein; keine Ablösung eines anderen entsandten Arbeitnehmers	Ausübung eines wesentlichen Teils ⁹ der Beschäftigung im eigenen Wohnmitgliedstaat
Rechtsfolge	Person unterliegt weiterhin dem Sozialversicherungsrecht des ersten Mitgliedstaates (Art. 12 Abs. 1)	Person unterliegt dem Sozialversicherungsrecht des Wohnmitgliedstaates (Art. 13 Abs. 1 Buchst. a) 1. Alt.) ¹⁰
Dokumentation durch	A1-Bescheinigung (Entsendung)	A1-Bescheinigung („Mehrstaater“)

3.2 Veränderungen durch den BREXIT

Im Zuge des BREXIT haben beide Abkommen inhaltliche Bedeutung, soweit die grenzüberschreitende Beschäftigung betroffen ist.

Für Entsendungen und Tätigkeiten als Mehrstaater, **die spätestens am 31.12.2020 begonnen haben**, finden nach Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Art 30 Abs. 1 und 2 des Austrittsabkommens die Koordinierungsverordnung und die Durchführungsverordnung weiterhin Anwendung.

Weil die völkervertragliche Bezugnahme auf die Koordinierungsverordnung in Art. 31 Abs. 1 des Austrittsabkommens pauschal ist, findet auch Art. 16 Koordinierungsverordnung Anwendung, womit über eine Ausnahmevereinbarung die Anwendung des Sozialversicherungsrechts des ersten Mitgliedstaates bzw. des Vereinigten Königreichs selbst bei Entsendungen mit einer voraussichtlichen Dauer von mehr 24 Monaten möglich ist.

Da das Austrittsabkommen als speziellere Regelung für „Alt-Fälle“ vorgeht, beschränkt sich der Anwendungsbereich des **Handels- und Kooperationsabkommens auf Fälle, in denen sich die Koordinierungsnotwendigkeit ab dem 1.1.2021 ergibt**.

Es existiert ein zusätzliches Protokoll zum Handels- und Kooperationsabkommen, welches integraler Bestandteil des Abkommens selbst ist und normenhierarchisch auf gleicher Ebene steht. Anwendungsvoraus-

setzung ist nach Art. 490 Abs. 1 jedoch ein grenzüberschreitender Bezug. Der Anwendungsbereich des Protokolls umfasst mit Blick auf Art. 489 Abs. 1 nicht nur britische Staatsangehörige und Unionsbürger, sondern auch Drittstaatsangehörige mit Wohnsitz im Vereinigten Königreich oder einem Mitgliedstaat der EU.

Mit Art. KSS.11 des Protokolls besteht die Möglichkeit, dass die in Kategorie A des Anhangs KSS-8 aufgeführten Mitgliedstaaten jeweils **bilateral** im Verhältnis zum Vereinigten Königreich Regeln anwenden können, die

7 Verlängerbar jedoch auf der Grundlage einer sog. Ausnahmevereinbarung nach Art. 16 der Koordinierungsverordnung.

8 Dazu jüngst EuGH, Ur. v. 3.6.2021, Rs. C-784/19 – Team Power Europe, abrufbar unter: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=242031&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=9236079>.

9 Vgl. dazu Art. 14 Abs. 8 VO (EG) Nr. 987/2009; bei der Feststellung, ob überhaupt eine Tätigkeit in mehr als einem Mitgliedstaat ausgeübt wird, bleiben Tätigkeiten von marginalem Umfang unberücksichtigt nach Art. 14 Abs. 5b VO (EG) Nr. 987/2009; vgl. dazu KassKomm/Schreiber, 113. EL März 2021, VO (EG) 883/2004 Art. 13 Rn 8.

10 Übt die Person im eigenen Wohnmitgliedstaat keine wesentliche Tätigkeit aus, wird aber in zwei Mitgliedstaaten tätig für zwei unterschiedliche Arbeitgeber, ist ebenfalls das Recht des Wohnmitgliedstaates nach Art. 13 Abs. 1 Buchst. a) 2. Alt. maßgeblich. Nur dann, wenn die Tätigkeit für einen Arbeitgeber in verschiedenen Mitgliedstaaten ausgeübt wird, ist der Sitz des Arbeitgebers maßgeblich, vgl. Art. 13 Abs. 1 Buchst. b.

Art. 12 der VO (EG) Nr. 883/2004 entsprechen.¹¹ Insofern haben alle Mitgliedstaaten der EU notifiziert, dass sie von dieser Regelung Gebrauch machen wollen.¹² Eine entsprechende Regelung zu Art. 13 der VO (EG) Nr. 883/2004 für Mehrstaater findet sich in Art. KSS.12 des Protokolls.

Der strukturelle Unterschied zu Art. 13 der VO (EG) Nr. 883/2004 liegt darin, dass Art. KSS.12 Abs. 1 bis 4 zunächst die Situation regelt, in der das Vereinigte Königreich zugleich ein Staat ist, wo die Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit ausgeübt wird. Nach Art. KSS.12 Abs. 5 und 6 kann sich eine Zuordnung zum Sozialversicherungsrecht des Vereinigten Königreichs ergeben, wenn die Beschäftigung bzw. selbstständige Tätigkeit gewöhnlich nur in zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausgeübt wird. Für Arbeitnehmer kann diese Situation auftreten, wenn die Arbeitsverhältnisse ausschließlich mit einem Arbeitgeber oder mehreren Arbeitgebern bestehen, der seinen bzw. die ihren Sitz oder Niederlassung im Vereinigten Königreich hat bzw. haben.¹³

Grundsätzlich führt das Handels- und Kooperationsabkommen die sozialversicherungsrechtlichen Grundsätze also für mehrfach Beschäftigte weiter, jedoch mit der Modifikation, dass eine sozialversicherungsrechtliche Anbindung nach Art. KSS.12 Abs. 5 im Vereinigten Königreich selbst dann möglich ist, wenn dort keine Beschäftigung ausgeübt wird.

Die zuvor beschriebene Möglichkeit der Ausnahmevereinbarung nach Art. 16 besteht nach dem Handels- und Kooperationsabkommen nicht.

4. Aufenthaltsrecht

4.1 Bisherige Rechtslage

Im deutschen Aufenthaltsrecht kommen der Dauer des Aufenthalts, den geplanten Tätigkeiten und – insbesondere – der Staatsangehörigkeit wichtige Bedeutung zu. Angesichts einer Tätigkeit von EU-Bürgern in EU-Mitgliedsstaaten war dieser Aspekt daher im Verhältnis Deutschland/UK bislang regelmäßig unproblematisch.

4.2 Veränderungen durch den BREXIT

Für die Beurteilung von Fällen internationaler Mitarbeitermobilität im Zusammenhang mit dem BREXIT gilt dies im Grundsatz ebenfalls. Die erste wichtige Weichenstellung bildet aber das Austrittsabkommen.

4.2.1 „Altfälle“

Dieses gewährt über die allgemeine Regelung des Art. 126 Abs. 1 bis zum 31.12.2020 einen Schutz von Rechtspositionen – auch aufenthaltsrechtlicher – und

führt damit ebenfalls zu einem Bestandsschutz für "Altfälle". Dieser Bestandsschutz hat seine Grundlage in einer völkervertraglichen Sonderregelung, die Bestandteil des EU-Rechts ist. Diese Sonderregelung geht den nationalen aufenthaltsrechtlichen Regelungen nach § 4 Abs. 1 AufenthG für die Einreise und den Aufenthalt vor.¹⁴

Durch eine komplexe Verweisungstechnik in Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 Abs. 1 Buchst. b und d des Austrittsabkommens wird sichergestellt, **dass britische Staatsangehörige, die spätestens am 31.12.2020 als Arbeitnehmer in Deutschland (oder anderen Mitgliedstaaten) tätig waren**, (dort) einen Bestandsschutz erhalten. Bleiben sie weiterhin Arbeitnehmer und wären sie ohne den BREXIT von der Arbeitnehmerfreizügigkeit geschützt, sollen sie weiterhin davon Gebrauch machen können. Korrespondierende Verpflichtungen regelt Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 Abs. 1 Buchst. a und c des Austrittsabkommens für Unionsbürger in Bezug auf ihre Tätigkeiten im Vereinigten Königreich.

Erfasst sind sowohl reguläre Arbeitnehmer als auch Grenzgänger-Arbeitnehmer. Nach Art. 9 Buchst. b des Austrittsabkommens sind Grenzgänger Personen, die in einem oder mehreren Staaten, in denen sie nicht wohnen, eine wirtschaftliche Tätigkeit nach Art. 45 AEUV ausüben.

Für selbstständig Tätige gilt in Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV Vergleichbares. Der Begriff des Wohnens ist nicht melderechtlich zu verstehen, sondern bezieht sich vielmehr darauf, ob ein starkes Geflecht aus wirtschaftlichen und sozialen Bindungen besteht. Die Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat (BMI) geben

¹¹ In Deutschland ist die Notifikation, da sie bis zum 15.1.2021 erfolgen musste, zunächst ohne Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG erfolgt; das entsprechende Gesetz ist mit Wirkung zum 31.3.2021 in Kraft getreten (BGBl II 2021, S. 259, dort Art. 2).

¹² Deshalb wird im Anhang KSS-8 auch schlicht ein Verweis auf „Mitgliedstaaten“ geführt.

¹³ Art. KSS.12 Abs. 5 Buchst. a; zu weiteren Fällen bei einer Beschäftigung, s. Art. 12 Abs. 5 Buchst. b bis d; bei der Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit, s. Art. 12 Abs. 6 des Protokolls.

¹⁴ Da allerdings § 16 FreizügG/EU den administrativen Rahmen zur Umsetzung des Austrittsabkommens in Deutschland enthält, ist die Anwendung des AufenthG als regulärer aufenthaltsrechtlicher Rahmen in einer Trias mit der AufenthV und der BeschV für drittstaatsangehörige Ausländer vollumfänglich gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG gesperrt, soweit nicht § 11 FreizügG/EU wiederum Rückverweisungen vornimmt.

gute Anhaltspunkte für die Interpretation dieses Rechtsbegriffs.¹⁵

Nicht umfasst vom Austrittsabkommen sind Entsendungsfälle, in denen ein britischer¹⁶ Arbeitnehmer für seinen bzw. von seinem britischen Arbeitgeber anlässlich der Erbringung einer Dienstleistung i.S.d. Art. 56 AEUV nach Deutschland entsandt wird. Die Dienstleistungsfreiheit ist keine EU-Grundfreiheit, für die mit Art. 13 Abs. 1 des Austrittsabkommens ein Bestandsschutz eingeräumt wird.

Unternehmensinterne Entsendungen innerhalb eines Konzerns bzw. einer Unternehmensgruppe sollen jedoch mit der Maßgabe in den Anwendungsbereich der Bestandsschutzrechte fallen, als dass Art. 13 Abs. 1 des Austrittsabkommens auch die allgemeine Personenfreizügigkeit (Art. 21 AEUV) anspricht. Haben die Personen bereits vor dem 1.1.2021 in Deutschland gewohnt, verfügen sie über ausreichende Existenzmittel und einen Krankenversicherungsschutz, genießen auch sie die Bestandsschutzrechte.¹⁷

Für reguläre Arbeitnehmer ist von Amts wegen eine Erteilung eines Aufenthaltsdokuments-GB vorgesehen (§ 16 Abs. 2 S. 1 FreizügG/EU), Grenzgänger erhalten auf Antrag ein besonderes Dokument „Aufenthaltsdokument für Grenzgänger-GB“ (§ 16 Abs. 3 FreizügG). In beiden Fällen handelt es sich um deklaratorische Dokumente, da die Rechtspositionen direkt aus dem Austrittsabkommen folgen. Deutschland hat insoweit von Art. 18 Abs. 4 des Austrittsabkommens Gebrauch gemacht und verzichtet auf die Beantragung der Verleihung eines rechtlichen Status.

Da die Dokumente nach dem Muster für Aufenthaltstitel mit elektronischem Speicher- und Verarbeitungsmedium (sog. eAT-Format) ausgestellt werden müssen,¹⁸ ist während der Produktionsdauer der Dokumente auf entsprechenden Antrag hin die Ausgabe einer Fiktionsbescheinigung nach § 11 Abs. 4 S. 1 FreizügG/EU i.V.m. § 81 Abs. 5 AufenthG möglich, mit der die bestehende Rechtsposition dokumentiert wird. Insbesondere können (potenzielle) Arbeitgeber dadurch Gewissheit erlangen, ob eine Beschäftigung des britischen Staatsangehörigen aufgrund seiner Bestandsschutzrechte möglich ist. Zudem erlaubt eine solche Fiktionsbescheinigung wie das finale Aufenthaltsdokument kurzfristige Reisen im Schengen-Raum, da die Fiktionsbescheinigung nach Art. 39 i.V.m. Art. 2 Nr. 16 Schengener Grenzkodex als Aufenthaltstitel im europarechtlichen Sinne¹⁹ notifiziert worden ist.²⁰

Im Vereinigten Königreich sind die neuen Regelungen für Unionsbürger (und ihren Familienangehörigen) mit Bestandsschutzrechten unter der Begrifflichkeit des sog. Settlement Scheme bekannt.²¹ Im Vergleich zu den Regelungen in Deutschland ist zu konstatieren,

dass seitens des Vereinigten Königreichs von Art. 18 Abs. 1 des Austrittsabkommens Gebrauch gemacht worden und ein Antrag auf die Verleihung von Rechten nach dem Austrittsabkommen notwendig ist. Dieser war bis zum 30.6.2021 zu stellen.²²

4.2.2 Personen ohne Bestandsschutz

Für britische Staatsangehörige ohne Bestandsschutzrechte verbleibt es beim Grundsatz der Anwendung des AufenthG und der AufenthV für verfahrensrechtliche Regelungen sowie der BeschV, dort insbesondere § 26 Abs. 1 und § 29 Abs. 5, für die Reichweite der Möglichkeiten der Ausländerbeschäftigung von britischen Staatsangehörigen.²³

Umgekehrt gilt für Unionsbürger, die ab dem 1.1.2021 ins Vereinigte Königreich migrieren wollen, der allgemeine aufenthaltsrechtliche Rahmen. Hier können sich Fragen dahingehend stellen, auf welche Personengruppen der aufenthaltsrechtliche Rahmen zugeschnitten ist (z.B. nur Personen mit bestimmten Qualifikationen) oder aber weitere Voraussetzungen in Bezug auf die Person und ihre Fähigkeiten zu erfüllen sind. Die entsprechenden Verfahrensarten zum Erhalt der Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis sind zu identifizieren, ebenso die behördlichen Bearbeitungszeiten.²⁴

15 Siehe insbesondere dort Ziff. 3.3.3; die Bedeutung des Meldewesens nach BMG ist in Ziff. 3.3.7. näher thematisiert worden; abrufbar sind die Anwendungshinweise unter folgendem Link: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/verfassung/anwendungshinweise-brexit.html> (Stand: 29.4.2021); zum Ganzen *Klaus*, ZAR 2020, 395 (401).

16 Diese Ausführungen gelten sinngemäß für drittstaatsangehörige Arbeitnehmer eines britischen Arbeitgebers, vgl. BeckOK AuslR/*Klaus*, BeschV § 21 Rn 62 ff.

17 Dazu ausf. *Klaus*, ZAR 2020, 395 (401 f.).

18 § 59 Abs. 2 S. 1 AufenthV.

19 Zu dieser Differenzierung von Aufenthaltstiteln im europarechtlichen Sinne und im Sinne von § 4 Abs. 1 S. 2 AufenthG, *Klaus*, InfAuslR 2019, 261 (263).

20 Siehe dazu Aktualisierung der Liste von Aufenthaltstiteln gemäß Artikel 2 Nr. 16 der Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Unionskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex; ABI EU v. 12.4.2021, Nr. C 126, 1).

21 Dazu unter: <https://www.gov.uk/settled-status-eu-citizens-families>.

22 Die EU-Kommission hat dazu ein besonderes Memo zur Verfügung gestellt: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/qa-eu-cit-in-uk_en.pdf.

23 Dargestellt für Fälle des Profisports von *Klaus/Müller*, SpuRt 2021, 129 ff., frei verfügbar unter folgendem Link: https://www.janforth.de/wordpress/wp-content/uploads/2021/05/spurt_3_2021_leseprobe.pdf.

24 Siehe dazu etwa: <https://www.tk.de/firmenkunden/service/fachthemen/ausland/brexit-das-neue-einwanderungssystem-2105380>.

5. Vertiefungshinweise

- Mauer, Personaleinsatz im Ausland, 3. Aufl. 2019.
- Timmermann/Uznanski/Mävers/Klaus, Beschäftigung ausländischer Mitarbeiter, 2021, S. 63 ff.
- Klaus, Änderungen des deutschen Freizügigkeitsrechts: Neues für „Alt-Briten“, ZAR 2020, S. 395 bis 407.
- Tewocht, Neuerungen im Freizügigkeitsgesetz/EU 2020 – ein systematisierender Überblick, ZAR 2021, S. 43 bis 52.

- von Steinau-Steinrück/Jöris, Arbeitsrechtliche Fragen des Brexit – „a closer look“, NZA 2021, S. 897 bis 901.

Dr. Sebastian Klaus ist Rechtsanwalt bei BLUEDEX Labour Law. Er ist jüngst vom Handelsblatt als Anwalt des Jahres (2021) in der Kategorie „Einwanderungsrecht“ ausgezeichnet worden.
www.bluedex.de



Beweisführung mit elektronischen Dokumenten

Direktor des Sozialgerichts Dr. Henning Müller, Darmstadt

Selbststudium § 15 FAO

Dieser Beitrag ist zur Pflichtfortbildung für Fachanwälte für Arbeitsrecht im Selbststudium mit Lernerfolgskontrolle (§ 15 Abs. 4 FAO) geeignet. Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft können hierzu online unter www.faocampus.de Multiple-Choice-Fragen beantworten und erhalten bei Erfolg eine Bescheinigung über 1,5 Stunden (90 Min) Fortbildung.

1. Einleitung

Die Beweisführung mit elektronischen Dokumenten hat eine zunehmende Bedeutung in Gerichtsverfahren. Trotz des modernen Beweisgegenstands kommt das Prozessrecht mit den klassischen Beweismitteln aus. Unterschiede in der Beweisführung bestehen dennoch. Einleitend sei auf einige Unterschiede ausgehend vom Urkundsbeweis hingewiesen:

1.1 Urkunden und „Papierwelt“

Der Urkundsbeweis gem. § 415 ff. ZPO¹ bindet die Gerichte in ihrer freien Beweiswürdigung gem. § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO und stärkt damit die Beweissicherheit, letztlich also die Vorhersehbarkeit des Ausgangs des Gerichtsverfahrens. In der „Papierwelt“ wird der Urkundsbeweis durch Vorlage des Originals der privaten oder öffentlichen Urkunde angetreten und erbringt für private Urkunden den Vollbeweis für die in der Urkunde enthaltene Erklärung, für die öffentliche Urkunde den Vollbeweis für den beurkundeten Vorgang, die Anordnung, Verfügung oder Entscheidung.

1.2 Elektronische Dateien

Elektronische Dateien sind aber keine Urkunde. Ihnen fehlt die Körperlichkeit.² Deshalb sieht das Gesetz in § 371 Abs. 1 Satz 2 ZPO eine Sonderregel für den Beweis antritt mit elektronischen Dokumenten vor. Die Norm dürfte auch über Dokumente hinaus auf sämtliche elektronische Dateien anwendbar sein, sofern sie nicht nur einem Sachverständigenbeweis zugänglich sind. Aus der Sondervorschrift ergibt sich letztlich, dass der Beweis durch elektronische Dateien grundsätzlich durch Inaugenscheinnahme erbracht wird.³

Als elektronische Dateien kommen also neben elektronischen Dokumenten insbesondere in Betracht: Bilddateien, Videos, auch sog. Dashcam-Aufzeichnungen, Audiodateien, Protokolldateien, GPS-Daten,⁴ Fahrzeugdaten, die nur vom Kfz-Hersteller auslesbar sind,⁵ Internetinhalte,⁶ E-Mails,⁷ Messenger-Nachrichten⁸ etc.⁹

1 Die §§ 415 ff. ZPO sind gem. § 46 Abs. 2 ArbGG auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren anwendbar.

2 Wagner, JuS 2016, 29, 30.

3 Müller, eJustice-Praxishandbuch, 5. Aufl. 2020 S. 261.

4 OLG Celle v. 24.9.2018 – 8 U 73/18 Rn 42.

5 Balzer/Nugel, NJW 2016, 193, 198 f.; Greger, in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 371 ZPO, Rn 4b.

6 OLG Koblenz v. 2.10.2014 – 6 U 1127/13; OLG Thüringen v. 28.11.2018 – 2 U 524/17.

7 Ausführlich Ernst, MDR 2003, 1091; Sander, CR 2014, 292, 294.

8 Brand/Skowronek, RD 2021, 178.

9 Mit weiteren (teilweise freilich veralteten) Beispielen: Bergmann/Streitz, CR 1994, 77.

1.3 Grundsätzliche strukturelle Unterschiede im Rahmen der Beweisführung

Beides birgt im Rahmen der Beweisführung – im Vergleich zum Urkundsbeweis – insbesondere folgende zusätzliche Herausforderungen:

Im Unterschied zur "Papierwelt" der Urkunde besteht eine weitaus größere Vielfalt an potentiellen Beweisobjekten, die -wie bereits erwähnt- bspw. von Audiodateien bis zu GPS Daten reichen können. Zwangsläufig erfolgt die Inaugenscheinnahme daher technisch auf zum Teil ganz unterschiedliche Art und Weise und unterliegt damit ggf. – je nach Beweisobjekt – auch jeweils unterschiedlichen Anforderungen und Bewertungen.

Weiterhin führt die fehlende Körperlichkeit dazu, dass – anders als beim Urkundsbeweis – regelmäßig ein Transformationsprozess vor der Inaugenscheinnahme erforderlich ist. Erfolgt dieser Transformationsprozess (wie bspw. bei der Vorlage eines bereits zuvor erfolgten Ausdrucks einer Email) nicht erst in der Verhandlung, erhöht dies die Anfälligkeit für etwaige Manipulationen. Wird dann über den vermeintlichen Original-Inhalt einer solchen E-Mail gestritten, kann dann die Beweisführung schnell recht komplex werden. Bspw. indem zusätzlich in einem weiteren Schritt über ein Sachverständigengutachten die inhaltliche Richtigkeit der per Ausdruck zuvor "transformierten" Email-Datei nachzuweisen ist.

Der folgende Beitrag soll daher durch Klärung einiger Grundbegriffe (**dazu unter 2.**) und verfahrensrechtlicher Grundlagen (**dazu unter 3.**) eine kleine Hilfestellung bieten, um dem insoweit spezifischeren und ggf. auch komplexeren Beweisführungsprozess mit elektronischen Dateien gerecht werden zu können. Zudem erläutert er im Anschluss die vom Gesetzgeber vorgenommene Unterscheidung zwischen privaten elektronischen Dokumenten (**dazu unter 4.**), öffentlichen elektronischen Dokumenten (**dazu unter 5.**) und digitalisierten Papierdokumenten (**dazu unter 6.**) und die damit jeweils einhergehenden unterschiedlichen Beweiswirkungen.

2. Begriff der „elektronischen Dateien“ im verfahrensrechtlichen Sinn

Eine elektronische Datei ist eine strukturierte Ansammlung von Daten und damit ein Objekt, das sowohl als Ganzes angesprochen, be- oder verarbeitet werden kann, als auch in seinen Teilen, also in seinem Inneren.¹⁰ Eine Datei befindet sich aus technischer Sicht zunächst im Arbeitsspeicher eines Computers, auf ei-

nem Datenträger oder in einem physikalischen (meist elektromagnetischen) Signal im Rahmen einer Datenübertragung.¹¹

Zu der elektronischen Datei gehören auch möglicherweise umgebende Daten oder Metadaten, sowie evtl. erforderliche Passwörter oder andere Schlüssel zur Zugänglichmachung ihres Inhalts.¹² Die Nichtmitteilung von Zugangsschlüsseln kann als Beweisvereitelung nach § 371 Abs. 3 ZPO behandelt werden. Voraussetzung hierfür ist, dass die Partei den Schlüssel auch kennt bzw. sich ohne Weiteres Kenntnis verschaffen kann, bspw. durch Einblick in entsprechende Aufzeichnungen.¹³

2.1 Original und Surrogat

Ein „Original“ sind bei elektronischer Aktenführung stets elektronische Dokumente in ihrem ursprünglichen und unveränderten Dateiformat. Der Begriff des „Originals“ ist dabei freilich anachronistisch, weil eine elektronische Datei in ihrem originalen Zustand grundsätzlich beliebig vervielfältigbar ist und deshalb die Grenzen der Begriffe „Original“ und „Kopie“ verschwimmen.¹⁴

Jede Wandlung des Dateiformats oder Veränderung ihres Codes führt allerdings dazu, dass aus einer dem Augenschein zugänglichen elektronischen Datei im „Original“ ein Augenscheinsurrogat wird. Augenscheinsurrogate sind freilich ebenfalls als Beweismittel denkbar. Liegt das Augenscheinsurrogat elektronisch vor, ist deshalb auch § 371 Abs. 1 Satz 2 ZPO einschlägig. Manifestiert sich die Datei bspw. in einem Ausdruck, handelt es sich um ein Augenscheinobjekt i.S.d. § 371 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

Der Beweiswert des Augenscheinsurrogats ist allerdings gem. § 286 ZPO unter Berücksichtigung der vorgenommenen Veränderungen zu würdigen. Die freie richterliche Beweiswürdigung bedeutet, die umfassende Würdigung der vorgetragenen Tatsachen, der vorgelegten und erhobenen Beweise und des gesamten Prozessstoffes.¹⁵

2.2 Der Medienbruch und die Veränderung des Beweisthemas

Kann das elektronische Dokument also nicht selbst Gegenstand des Augenscheinbeweises werden und wird daher ein Medienbruch notwendig, wird auch das Beweisthema komplexer. Es wird erforderlich nicht mehr nur alleine den Inhalt eines Dokuments und seine

10 Müller, in: jurisPK-ERV § 371 Rn 19.

11 MüKoZPO/Zimmermann, 5. Aufl. 2016, ZPO § 371 Rn 9.

12 Musielak/Voit/Huber, 16. Aufl. 2019, ZPO § 371 Rn 13.

13 Berger, NJW 2005, 1016, 1020.

14 Müller, KrV 2019, 99, 105 f.; Sander, CR 2014, 292, 293.

15 OLG Thüringen v. 28.11.2018 – 2 U 524/17.

Aussage zu betrachten, sondern auch zu hinterfragen, ob dieser Inhalt (noch) authentisch ist. Während hierfür bei einem elektronischen Dokument bspw. elektronische Signatur oder Siegel bürgen können oder der Zustand des Dokuments in einem Dokumentenmanagementsystem gesichert sein könnte, ist sein Ausdruck möglicherweise nicht nur im übertragenen Sinne das Papier nicht wert, auf dem es sich befindet. Sicher können (ebenfalls ausgedruckte) Transfervermerke oder Prüfprotokolle Auskunft über den Medienbruch geben – aber wer kann feststellen, ob nicht diese Hilfsdokumente selbst manipuliert wurden?

Die Echtheit und Unverfälschtheit der Datei sind also Hilfsstatsachen. Die Beweislast hierfür trägt der Beweisführer. Ihre Feststellung dürfte nicht selten nur durch Sachverständigenbeweis oder durch Indizien möglich sein. Im Streit darum verändert sich das Beweisthema also. Es bezieht sich dann auf den (ursprünglichen) Datenträger selbst, dessen Vorlage evtl. den Nachweis einer späteren Manipulation ermöglicht.¹⁶

2.3 Der Sachverständige als Augenscheinmittel und Augenscheingehilfe

Inaugenscheinnahme und Sachverständigenbeweis treffen dann bei der Beweiserhebung zusammen. Der Sachverständige wird hierdurch Augenscheinmittler oder Augenscheingehilfe des Gerichts, § 372 Abs. 1 ZPO.¹⁷ Es handelt sich hierbei um eine Einschränkung des Unmittelbarkeitsprinzips gem. § 355 Abs. 1 Satz 2 ZPO. Augenscheinmittler oder Augenscheingehilfen werden durch das Prozessgericht, den beauftragten oder ersuchten Richter zur Einnahme des Augenscheins eingesetzt, wenn dem Richter die eigene sinnliche Wahrnehmung des Augenscheinobjekts tatsächlich oder rechtlich unmöglich ist. Der Augenscheinmittler kann dann anstelle des Richters das Augenscheinobjekt sinnlich wahrnehmen und wird sodann durch das Gericht über das Wahrgenommene vernommen. Ferner kann der Augenscheingehilfe nur ergänzend tätig werden, um dem Gericht durch Veränderung des Augenscheinobjekts (bspw. Entschlüsselung eines Datenträgers) erst die eigene Einnahme des Augenscheins durch das Gericht zu ermöglichen.

In Abgrenzung dazu liegt ein Sachverständigenbeweis, dann vor, wenn die Unmöglichkeit der Einnahme des eigenen Augenscheins durch den Richter in dessen fehlender Sachkunde besteht. Letztlich verschwimmen die Grenzen aber im Einzelfall zu einem „gemischten Augenscheinsbeweis“,¹⁸ wenn der Augenschein außer von dem Gericht zugleich durch eine sachverständige Hilfsperson genommen wird. Ein Beispiel hierfür ist die Erläuterung eines Augenscheinobjekts, wie z.B. eines (möglicherweise gefälschten) digitalen Fotos.

2.4 Manipulationsverdacht *prima facie*?

Bereits auf den ersten Blick unterliegen bestimmte (elektronische) Beweismittel einem größeren Manipulationsverdacht als andere: Eine einfache E-Mail zu „fälschen“ ist selbst für den technischen Laien kein Problem, weil eine solche regelmäßig nicht verschlüsselt ist und das Vorgaukeln eines unrichtigen Absenders leicht zu bewerkstelligen ist. Im Gegensatz hierzu ist die absenderauthentifizierte De-Mail oder die Kommunikation über das beA hochsicher, weil die Identität des Absenders durch elektronische Zertifikate und ihr Inhalt durch eine Transportverschlüsselung weitgehend abgesichert sind.¹⁹ Gleiches gilt für Bilddokumentationen: Digitale Fotos sind in jedem Smartphone leicht veränderbar, ein digitales Video dagegen galt lange Zeit als kaum unmerklich fälschbar. Die letztere Annahme ist aber mittlerweile technisch auch schon wieder überholt. Schließlich gibt es auch im Jahr 2021 immer noch viele, die glauben, eine PDF sei nicht mehr veränderbar, obwohl auch handelsübliche Office-Pakete schon seit Jahren die Weiterverarbeitung praktisch genauso wie bei einer .doc-Datei erlauben.

Einen Manipulationsverdacht aufgrund der Art des elektronischen Dokuments auf einen Blick gibt es deshalb nicht, sondern nur Dateiformate mit erhöhter Anfälligkeit. Letztlich dürfte es eine Frage des Einzelfalls (Verlässlichkeit der Person, die das Augenscheinobjekt in Händen hatte oder vorlegt), von Indizien (bspw. inhaltlicher oder zeitlicher Widersprüchlichkeit), von weiteren Tatsachen (bspw. dem Vergleich mit Datensicherungen oder Protokolldateien) und notfalls von sachverständiger Begutachtung bleiben, ob ein elektronisches Dokument als authentisch und damit überzeugend angesehen werden kann.

2.5 Ausdruck elektronischer Dateien

Der Ausdruck einer elektronischen Datei auf Papier ist kein elektronisches Dokument und grundsätzlich auch keine Urkunde,²⁰ sondern ein Augenscheinobjekt i.S.d. § 371 Abs. 1 Satz 1 ZPO, das in Form eines Augenscheinsurrogats als Beweismittel dienen kann.²¹ Die Urkundeneigenschaft ist deshalb nicht gegeben, weil der Ausdruck regelmäßig nicht selbst dazu dient, die in dem elektronischen Dokument verkörperte Gedankenklärung in den Rechtsverkehr zu bringen, sondern nur eine Information über die elektronische Gedankenklärung zu erlangen.²²

16 *Berger*, NJW 2005, 1016, 1020.

17 *Müller* in: jurisPK-ERV § 371 ZPO Rn 40.

18 Zum Begriff: *Leopold*, in: BeckOGK-SGG § 118 SGG Rn 25.

19 Im Einzelnen: *Müller*, NZA 2019, 11.

20 So auch *Feskorn*, in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, Vorbemerkungen zu §§ 415-444, Rn 5; a.A. *Sander*, CR 2014, 292, 294.

21 OLG Thüringen v. 28.11.2018 – 2 U 524/17.

22 *MüKoZPO/Schreiber*, 5. Aufl. 2016, ZPO § 415 Rn 9.

3. Verfahrensrechtliche Grundlagen

Aufgrund der bereits eingangs erwähnten Flüchtigkeit elektronischer Dokumente, insbesondere von Internetinhalten, ist die gemeinsame Einnahme des Augenscheins durch das Prozessgericht und die Beteiligten regelmäßig zweckmäßig.²³ Das Ergebnis des Augenscheins ist grundsätzlich im Protokoll festzuhalten, § 160 Abs. 3 Nr. 5 ZPO.²⁴

§ 371 Abs. 1 Satz 2 ZPO sieht für den Beweisantritt zwei Varianten vor: Der Beweisführer, der Prozessgegner oder der vorlagepflichtige Dritte haben die Möglichkeit, die Datei nach ihrer Wahl entweder vorzulegen oder zu übermitteln. In beiden Varianten muss die Datei dem Gericht in der Weise zur Verfügung gestellt werden, dass es die beweishebliche Datei mit der üblichen technischen Ausstattung wahrnehmen kann. Die Voraussetzungen der ERVV, insbesondere die Begrenzung auf bestimmte Dateiformate, gilt freilich für das Beweisrecht nicht, weil der Beweiswert einer Datei höher ist, wenn sie in ihrem elektronischen „Originalzustand“ in Augenschein genommen werden kann.

3.1 Vorlage elektronischer Dateien

Die Vorlage erfolgt durch Vorlage des ursprünglichen Datenträgers selbst oder durch Vorlage eines anderen Datenträgers, auf den die Datei kopiert wurde. Letzteres ist insbesondere dann notwendig und auch ohne Weiteres zulässig, wenn der ursprüngliche Datenträger nicht oder jedenfalls nicht mit verhältnismäßigen Mitteln beweglich ist. Dass das Kopieren auf einen anderen Datenträger zulässig ist, lässt sich daran erkennen, dass alternativ auch ein Übermitteln wählbar ist.²⁵ Datenträger sind neben der vorerwähnten Festplatte, z.B. Diskette, CD, DVD oder USB-Sticks.²⁶ In der gerichtlichen Praxis führt die Vorlage von Datenträgern allerdings zu tatsächlichen Problemen im Bereich der IT-Sicherheit; die sehr abgeschotteten Justiznetze können auf externe Datenträger regelmäßig nur über sog. Datenscheulen zugreifen, wodurch der zeitliche und personelle Aufwand bei der Vorlage eines Datenträgers erheblich höher ist, als bei der elektronischen Übermittlungen. Auch nach Eintritt der aktiven Nutzungspflicht des elektronischen Rechtsverkehrs gem. § 130d ZPO am 1. Januar 2022 ist die (physische) Vorlage von Datenträger weiterhin zulässig – freilich nicht erstes Mittel der Wahl –, weil Beweismittel keiner bestimmten prozessualen Form unterliegen.

3.2 Übermittlung elektronischer Dateien

Eine Übermittlung ist abstrakt definiert als das Zurverfügungstellen der Datei auf technischem Wege als physikalisches, meist elektronmagnetisches Signal in einem Übermittlungskanal unter Zugrundelegung eines

für den Absender und Empfänger identischen Übermittlungsprotokolls.²⁷

Als Übermittlungswege sind ohne Weiteres die Übermittlungswege gem. § 4 Abs. 1 ERVV zugelassen (EGVP, De-Mail, beA, beN, beBPO). Da die ERVV direkt nur für Schriftsätze und nicht für das Beweisrecht gilt, sind auch andere Übermittlungswege denkbar, insbesondere – sofern dies unter Abwägung mit datenschutzrechtlichen Aspekten und der IT-Sicherheit vertretbar ist – auch die Übermittlung mittels E-Mail. Bei der Abwägung mit dem Datenschutz und der IT-Sicherheit ist insbesondere einzustellen, dass die Justiz regelmäßig nicht in der Lage ist, marktgängige E-Mail-Verschlüsselungstechniken anzubieten und, dass die IT-Sicherheitsvorkehrungen der Justiz zumeist nur die Übermittlungswege des § 4 Abs. 1 ERVV betrachten. Eine E-Mail-Übermittlung wäre daher vor allem bei nicht datenschutzrelevanten Beweismitteln und in eingespielten Kommunikationsbeziehungen mit besonders vertrauenswürdigen Kommunikationspartner in Betracht zu ziehen und nur dann, wenn ein Übermittlungsweg gem. § 4 Abs. 1 ERVV ausscheidet, bspw. weil die dortigen Größen- und Mengenbeschränkungen die Nutzung nicht zulassen.

3.3 Netzinhalte als Beweismittel

Ist Augenscheinsobjekt ein Inhalt des Internets erfolgt der Beweisantritt durch Angabe der URL bzw. weiterer Angaben, die ein Auffinden des Objekts ermöglicht.²⁸ Zweckmäßig ist ferner ein Hinweis auf den beweisgegenständlichen Stand des Inhalts („*zuletzt aufgerufen am... um...*“), denn die Inhalte des Internets sind zwar flüchtig, in speziellen Suchmaschinen werden aber für Teile des Internets Inhalte der Vergangenheit abgespeichert und damit konserviert.²⁹ Die dortigen Inhalte sind dann jedenfalls Augenscheinsurrogate und damit der freien Beweiswürdigung zugänglich.

Ein Screenshot eines Internetinhalts ist ebenfalls bereits ein Augenscheinsurrogat, allerdings seinerseits ein elektronisches Dokument i.S.d. § 371 Abs. 1 Satz 2 ZPO.³⁰ Dessen Ausdruck auf Papier ist kein elektronisches Dokument und auch keine Urkunde,³¹ sondern

23 Greger, in: Zöller, Zivilprozessordnung, 33. Aufl. 2020, § 372 ZPO, Rn 1.

24 BVerwG v. 24.8.2018 – 4 B 33/18.

25 Berger, NJW 2005, 1016, 1020.

26 MüKoZPO/Zimmermann, 5. Aufl. 2016, ZPO § 371 Rn 10.

27 MüKoZPO/Zimmermann, 5. Aufl. 2016, ZPO § 371 Rn 11.

28 BeckOK ZPO/Bach, 35. Ed. 1.1.2020, ZPO § 371 Rn 7a.

29 Bspw. Wayback-Machine unter <https://archive.org/web/>.

30 Nicht differenzierend OLG Koblenz v. 2.10.2014 – 6 U 1127/13 Rn 21.

31 So auch Feskorn, in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, Vorbemerkungen zu §§ 415-444, Rn 5; MüKoZPO/Schreiber, 5. Aufl. 2016, ZPO § 415 Rn 9; a.A. Sander, CR 2014, 292, 294.

ein Augenscheinobjekt i.S.d. § 371 Abs. 1 Satz 1 ZPO, das in Form eines Augenscheinsurrogats als Beweismittel dienen kann.³²

4. Private elektronische Dokumente, § 371a Abs. 1, 2 ZPO

Gem. § 371a Abs. 1 Satz 1 ZPO können private elektronische Dokumente den Beweiswert privater Urkunden erreichen. Hierzu müssen sie vom Aussteller des Dokuments mit seiner qualifizierten elektronischen Signatur versehen werden. Dies ist beim Scan eines eingehenden Papier-Schriftstücks (bspw. eines Bürgers) in der Behörde nicht der Fall, denn dort könnte ja maximal eine qualifizierte elektronische Signatur der Behörde aufgebracht werden. Die Signatur wäre daher ungeeignet den Beweiswert des § 371a Abs. 1 Satz 1 ZPO zu erbringen, sie könnte lediglich den Nachweis bieten, dass das Dokument nach dem Scanvorgang nicht mehr verändert wurde – sie ist also nur ein Sicherungsmittel. Es bleibt dabei, dass das gescannte Dokument nur als Augenscheinobjekt im Rahmen der freien Beweiswürdigung in Betracht kommt.

§ 371a ZPO bezieht elektronische Dokumente unabhängig vom Dateiformat in den Anwendungsbereich ein. Erfasst sind damit insbesondere sämtliche Kommunikationsformate (E-Mails, Messengerdienste, Nachrichten in sozialen Medien etc.) und Speicherformate für Dokumente (Office-Software Dateitypen, reine Textdateien etc.).

§ 371a ZPO ist ferner auf Dokumente mit Erklärungen jeglichen Inhalts anwendbar, d.h. sowohl Willens- als auch Wissenserklärungen.³³

§ 371a Abs. 2 ZPO enthält eine Beweiserleichterung gegenüber § 371a Abs. 1 ZPO bei Verwendung eines De-Mail-Dienstes, sofern der Absender der De-Mail sicher angemeldet war und die De-Mail absenderbestätigt versandt wurde. Die Nutzung des De-Mail-Dienstes entspricht daher dem Anscheinsbeweis, der in § 371a Abs. 1 ZPO durch die qualifizierte elektronische Signatur erzeugt wird und ersetzt damit das am Dokument selbst angebrachte Sicherungsmittel der qualifizierten elektronischen Signatur durch einen speziell gesicherten Übermittlungsweg, vor dem Hintergrund, dass nur der zuvor gegenüber dem De-Mail-Dienstanbieter authentifizierte Berechtigte Zugang zu diesem Übermittlungsweg hat.³⁴

5. Öffentliche elektronische Dokumente, § 371a Abs. 3 ZPO

§ 371a Abs. 3 ZPO bestimmt, dass auf öffentliche elektronische Dokumente die Vorschriften über die Be-

weiskraft öffentlicher Urkunden entsprechende Anwendung finden. Wesentlicher Unterschied zwischen § 371a Abs. 1 ZPO und Abs. 3 ist, dass die entsprechende Anwendung der Beweisregeln von Urkunden keine qualifizierte elektronische Signatur voraussetzt; lediglich die Vermutung der Echtheit gem. § 437 ZPO tritt nur bei qualifiziert elektronisch signierten Dokumenten ein.

Entsprechend anwendbare Vorschriften sind insbesondere die §§ 415 Abs. 1, 417, 418 Abs. 1 ZPO und für gerichtliche Dokumente § 165 ZPO und § 314 ZPO.

Öffentliche elektronische Dokumente sind nach der Definition des § 371a Abs. 3 Satz 1 ZPO alle elektronischen Dokumente, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form erstellt worden sind.³⁵ Dies entspricht der Definition des § 415 Abs. 1 ZPO. Insbesondere sind dies gem. §§ 3a, 33, 37 VwVfG bzw. § 36a SGB I, §§ 29, 33 SGB X errichtete elektronische Verwaltungsakte oder elektronische Beglaubigungen. Ferner sind gerichtliche Dokumente öffentliche elektronische Dokumente, bspw. Urteile, Beschlüsse und Protokolle.³⁶

Öffentliche Behörde ist die in den Organismus der Staatsverwaltung eingeordnete, organisatorische Einheit von Personen und sächlichen Mitteln, die mit einer gewissen Selbstständigkeit ausgestattet und dazu berufen ist, unter öffentlicher Autorität für die Erreichung der Zwecke des Staates oder von ihm geförderter Zwecke tätig zu sein.³⁷

Während grundsätzlich die Beweiswirkung öffentlicher Urkunden für öffentliche elektronische Dokumente auch ohne qualifizierte elektronische Signatur besteht, setzt jedoch der Eintritt der Echtheitsvermutung des § 437 ZPO eine qualifizierte elektronische Signatur als zusätzliches Sicherungsmittel gegen die nachträgliche Veränderung (Integritätsschutz) und zur Feststellung der Identität des Urhebers (Authentizität) voraus.

Anders als im elektronischen Rechtsverkehr gem. § 130a Abs. 3 ZPO gilt für das Beweisrecht nicht die ERV. Daher sind sämtliche technischen Varianten der qualifizierten elektronischen Signatur, einschließlich der

32 OLG Thüringen v. 28.11.2018 – 2 U 524/17.

33 Musielak/Voit/Huber, 16. Aufl. 2019, ZPO § 371a Rn 2.

34 OLG Düsseldorf v. 10.3.2020 – 2 RVs 15/20.

35 BeckTMG/Roßnagel, 1. Aufl. 2013, ZPO § 371a Rn 18.

36 BT-Drucks 15/4067, 34.

37 BVerwG v. 24.1.1991 – 2 C 16/88; vgl. auch Feskorn in: Zöller, Zivilprozessordnung, 33. Aufl. 2020, § 415 ZPO, Rn 3; Musielak/Voit/Huber, 16. Aufl. 2019, ZPO § 415 Rn 8.

sog. Containersignatur, zulässig. Im Gegensatz zu § 37 Abs. 3 Satz 2 VwVfG, § 36a Abs. 3 Satz 2 SGB X ist es nicht erforderlich, andererseits aber anzuraten, dass das der Signatur zugrundeliegende qualifizierte Zertifikat oder ein zugehöriges qualifiziertes Attributzertifikat die erlassende Behörde erkennen lassen.

Gem. § 371a Abs. 3 Satz 3 ZPO gilt auch für öffentliche elektronische Dokumente eine Beweiserleichterung, wenn das Dokument mittels De-Mail als Übermittlungsweg versandt wurde. Die Nutzung der De-Mail als Übermittlungsweg macht die Verwendung einer qualifizierten elektronischen Signatur obsolet und erzeugt dieselbe Rechtsfolge. Für Nachrichten, die von einem De-Mail-Konto des Absenders versandt wurden gilt danach der Anscheinsbeweis der Echtheit. Zur Herbeiführung der Rechtsfolge müssen folgende Anforderungen erfüllt sein: (1). Der Absender muss eine natürliche Person sein, weil sich bei einem Unternehmen nicht feststellen lässt, welcher Mitarbeiter die Nachricht versandt hat. (2). Das De-Mail-Konto muss allein dem Absender zugeordnet sein (kein Gemeinschaftskonto). (3). Der Absender muss sich sicher angemeldet haben. (4). Die De-Mail muss in Form der absenderbestätigten De-Mail versandt werden.³⁸

6. Digitalisierte Papierdokumente, § 371b ZPO

Mit der Digitalisierung papiergebundener Dokumente beschäftigen sich zahlreiche Vorschriften des Prozessrechts und des materiellen Rechts. Dabei wird teilweise auf die „inhaltliche und bildliche Übereinstimmung“ des Ursprungsdokuments mit dem elektronischen Dokument abgestellt (bspw. § 257 Abs. 3 HGB, § 147 Abs. 2 AO, § 110a Abs. 2 SGB IV), teilweise auf einen Scanvorgang „nach dem Stand der Technik“ (bspw. in § 7 Abs. 1 EGovG, § 298a Abs. 2 ZPO). Den Stand der Technik gibt nach allgemeiner Auffassung insbesondere die Technische Richtlinie „Ersetzendes Scannen“ (TR RESISCAN) des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnologie (BSI) wieder. § 371b ZPO führt gegenüber § 371 Abs. 1 Satz 2 ZPO spezielle Beweisregeln für digitalisierte, d.h. eingescannte, ursprüngliche Papierdokumente unter bestimmten Voraussetzungen ein. Die vom Anwendungsbereich erfassten Dokumente werden ähnlich wie in den Fällen des § 371a ZPO weitgehend Urkunden gleichgestellt. Der Urkundsbeweis gem. §§ 415 ff. ZPO bindet die Gerichte in ihrer freien Beweiswürdigung gem. § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO und stärkt damit die Beweissicherheit, letztlich also die Vorhersehbarkeit des Ausgangs des Gerichtsverfahrens. § 371b ZPO ergänzt also § 371a ZPO. für eingescannte, ursprüngliche Papierdokumente.³⁹

Sachlich bezieht sich der Anwendungsbereich des § 371b ZPO ausschließlich auf öffentliche Urkunden. Der Grund für die Beschränkung liegt darin, dass die Vorlage von Privaturkunden gem. § 425 ZPO nur im Original vorgesehen ist, während öffentliche Urkunden gem. § 435 ZPO grundsätzlich auch in beglaubigter Abschrift vorgelegt werden können. Die öffentliche Urkunde ist in § 415 Abs. 1 ZPO legaldefiniert. Öffentliche Urkunden sind danach Urkunden, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind. Auch ausländische öffentliche Urkunden sind von § 371b Satz 1 ZPO umfasst. Die Echtheitsvermutung der §§ 371b Satz 2, 437 ZPO gilt für ausländische Urkunden jedoch nicht.

Eine praktisch bedeutsame Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 371b ZPO ist, dass die Digitalisierung durch eine öffentliche Behörde oder eine mit öffentlichem Glauben versehene Person durchgeführt werden muss. Der Scan einer Privatperson genügt nicht. Dementsprechend ist auch nicht ausreichend, dass ein Papieroriginal durch einen Rechtsanwalt oder einen privaten Scandienstleister gescannt und im Rahmen des Elektronischen Rechtsverkehrs eingereicht wird.

Die Bestätigung der bildlichen und inhaltlichen Übereinstimmung erfolgt in einem sog. Transfervermerk. Im Falle eines Rechtsstreits soll der Transfervermerk ermöglichen, den Ablauf des Medienbruchs sowie der weiteren Prozessschritte entlang des Scanprozesses bis zur beweiswertsichernden Aufbewahrung nachzuvollziehen, um hieraus eine Schlussfolgerung zum Beweiswert des elektronischen Abbilds eines Papierdokuments zu ziehen. Die inhaltliche und technische Ausgestaltung ist vom Gesetz nicht weiter vorgeschrieben. Einen Anhalt für den Mindestinhalt gibt die TR RESISCAN (Ziff. 4.2.7.4).

Gem. § 371b Satz 2 ZPO gilt die Vermutung der Echtheit gem. § 437 ZPO, wenn sowohl das erzeugte elektronische Dokument als auch der Transfervermerk („Bestätigung“) mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind. Die qualifizierte elektronische Signatur wird hier als Sicherungsmittel gegen eine nachträgliche Manipulation des Scanprodukts und des Transfervermerks eingesetzt (Integritätsschutz). Die Signatur ist daher im Rahmen des Kontrollvorgangs durch den Mitarbeiter der Scanstelle vorzunehmen, der den Kontrollvorgang durchgeführt hat. Zwingend ist im Rahmen dieses Arbeitsschritts, dass sowohl das ur-

³⁸ OLG Düsseldorf v. 10.3.2020 – 2 RVs 15/20.

³⁹ Müller in: jurisPK-ERV Band 2, 1. Aufl., § 371b ZPO Rn 5.

sprüngliche Papierdokument als auch das Scanprodukt für den signierenden Mitarbeiter vollständig einsehbar sind. Ggf. kann der Mitarbeiter hierzu im Nachgang als Zeuge vernommen werden, wozu die Identifizierungsfunktion der qualifizierten elektronischen Signatur dient.

7. Zusammenfassung und künftige Entwicklung

Das Verfahrensrecht bietet in den §§ 371 ff. ZPO schon heute ausreichende rechtliche Grundlagen für den Beweis mit elektronischen Dokumenten. Diese sind idealerweise unverändert – insbesondere ohne Formatwandlung – im elektronischen Rechtsverkehr vorzulegen; die Einschränkungen der ERVV (also vor allem die Verpflichtung im Dateiformat PDF einzureichen) gilt nicht für Beweismittel. Je unveränderter die Datei ist, desto höher ist ihr Beweiswert.

Die Beweisregeln der §§ 371a, 371b ZPO sind dagegen lückenhaft. Elektronische Dokumente sind keine Urkunden, da es ihnen an der Körperlichkeit fehlt. Dem Beweiswert einer Urkunde sind sie nicht immer gleichgestellt. Zumeist stellt der Beweis mit elektronischen Dokumenten deshalb einen Augenscheinbeweis dar, weshalb es auf den Beweiswert des elektronischen Dokuments – seine Überzeugungskraft – in der Praxis durchaus häufig ankommt. Wie oben gezeigt dürfte es daher im Zweifel darauf ankommen, insbesondere die Authentizität des Dokuments – seine Unverfälschtheit – näher zu beleuchten; durch kritische Betrachtung, Hinzuziehung von Hilfstatsachen wie elektronischen Signaturen und Indizien, notfalls durch sachverständige Hilfe.

Wie auch hinsichtlich des elektronischen Rechtsverkehrs im Allgemeinen gilt deshalb auch für den Beweis mit elektronischen Dateien, dass es im Jahr 2021 endlich Zeit ist, im 21. Jahrhundert anzukommen. Ausdrücke auf Papier sind hier nicht mehr das Mittel der Wahl, sondern die Würdigung des Beweiswerts der elektronischen Datei selbst.

8. Vertiefungshinweise

- <https://www.ervjustiz.de>: Blog zum Elektronischen Rechtsverkehr.
- *Bieresborn*, Surfen als Amtsermittlung – Welche Grenzen bestehen bei der Internetrecherche für Sozialleistungsträger?, NZS 2016, 531.
- *Brand/Skowronek*, Die Herausforderungen der Digitalisierung für das zivilprozessuale Beweisverfahren, RD i 2021, 178.
- *Heinz/Ojea*, Der Beweis mit privaten elektronischen Dokumenten nach ZPO und eIDAS-VO, CR 2018, 37.
- *Mantz*, Der digitale Antrag und das Verletzungsprodukt – Vom Umgang mit einem Medienbruch, RD i 2021, 284.
- *Müller*, eJustice-Praxishandbuch, 5. Aufl. 2020.
- *Müller*, eAktten vor Gericht: Der Umgang mit elektronischen Behördenakten bei den Sozialgerichten, ZFSH/SGB 2019, 73.
- *Robnagel/Nebel*, Beweisführung mittels ersetzend gescannter Dokumente, NJW 2014, 886.
- *Sander*, E-Mails und die Beweisführung im Prozess, CR 2014, 292.
- LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.11.2020 – L 9 KR 204/19 (m. Anm. *Engin*, RD i 2021, 264 und *Müller*, NZS 2021, 445): Zum Beweiswert eines elektronischen Eingangsvermerks bei Organisationsmängeln im Scanverfahren.
- OVG Bremen, Beschl. v. 27.4.2021 – 1 LA 149/21: Zur Beweiskraft elektronischer Empfangsbekanntnisse.
- LAG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 8.4.2021 – 1 Sa 358/20: Screenshot als elektronisches Mittel der Glaubhaftmachung im Rahmen eines Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.
- SG Darmstadt, Urt. v. 17.8.2020 – S 13 KR 524/16 (m. Anm. *Hofmann*, RD i 2021, 106): Der Ausdruck einer E-Mail als Augenscheinsobjekt.

Dr. Henning Müller ist Direktor des Sozialgerichts Darmstadt. Er war zuvor als Präsidialrichter für die IT in der hessischen Sozialgerichtsbarkeit und der hessischen Arbeitsgerichtsbarkeit zuständig. Unter www.ervjustiz.de betreibt er einen Blog zum elektronischen Rechtsverkehr. Zudem ist er Autor des mittlerweile in 5. Auflage erschienenen eJustice-Praxishandbuchs.



Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen



RAIN FAin ArbR Dr. Julia Schweitzer
hat in dieser AE-Ausgabe die Rechtsprechung redaktionell bearbeitet.
www.bclplaw.com

	Seite		Seite
Allgemeines Vertragsrecht		Betriebsverfassungsrecht / Personalvertretungsrecht	
38. Kein Verlust des Vergütungsanspruchs bei Filialschließung infolge behördlicher Anordnung während der COVID 19-Pandemie	133	46. Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Einführung von „mobile working“	151
39. Maskenpflicht für Rathausmitarbeiter	134	47. Arbeitgeber müssen Sachmittel für Video-Betriebsratssitzungen zur Verfügung stellen	154
40. Differenzierung bei der Höhe tariflicher Nachtarbeitszuschläge	136	48. Recht auf Betriebsratssitzungen per Videokonferenz während der Corona-Pandemie	155
41. Zulässige Befristung unter gleichzeitiger Änderung der Arbeitsbedingungen	140	Prozessuales	
42. Entfristung und Entschädigung nach dem AGG für das Veröffentlichen von Fotos ohne Einverständniserklärung	143	49. Rechtswegzuständigkeit bei Tätigkeit als Geschäftsführerin	158
Bestandsschutz		50. Zuständigkeit des Arbeitsgerichts bei Streit um Berechnung der Corona-Prämie nach § 150a SGB XI	159
43. Betriebsbedingte Kündigung – Auskunftspflicht hinsichtlich der Vergleichsgruppenbildung bei der Sozialauswahl	145	Streitwert und Gebühren	
44. Darlegungslast des Arbeitnehmers zur Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes, Vergütung von Überstunden und Schmerzensgeld aus Videoüberwachung	146	51. Gegenstandswert beim Streit über die Wirksamkeit einer Gesamtbetriebsvereinbarung	161
45. Kündigung wegen Corona-Quarantäne auch außerhalb der Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes unwirksam	149	52. Anforderungen an Beweis und Inhalt des Tätigwerdens im Rechtsmittelverfahren	162

Allgemeines Vertragsrecht

38. Kein Verlust des Vergütungsanspruchs bei Filialschließung infolge behördlicher Anordnung während der COVID 19-Pandemie

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Entgeltzahlung für den Monat April 2020, während dessen die Filiale, in der die Klägerin tätig ist, aufgrund behördlicher Anordnung wegen der Corona-Pandemie geschlossen war.

Das Arbeitsgericht führte aus, die Beklagte schulde der Klägerin die Zahlung des im Rahmen des Minijobs vereinbarten Monatslohns gemäß §§ 611, 615 S. 3 BGB. Durch die behördlich angeordnete Schließung der Zweigfiliale habe sich das Betriebsrisiko zu Lasten der Beklagten realisiert. Wann den Arbeitgeber das Betriebsrisiko treffe, regle § 615 S. 3 BGB nicht. Das Bundesarbeitsgericht vertrete in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass grundsätzlich und in erster Linie den Arbeitgeber das volle Betriebsrisiko treffe, da er den Betrieb und die betriebliche Gestaltung organisiere, die Verantwortung trage und die Erträge beziehe. Ob die Betriebsstörung auf ein Versagen sachlicher oder persönlicher Mittel des Betriebes oder auf sonstigen Einwirkungen auf das Unternehmen, etwa Naturkatastrophen, extreme Witterungsverhältnisse usw. beruhe, sei nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unerheblich. (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Berufung ist zulässig aber unbegründet. Die Klägerin kann Zahlung des vereinbarten Entgeltes für den Monat April 2020 wegen Annahmeverzuges gemäß § 615 S. 1 und S. 3 BGB verlangen. Das Arbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass Satz 3 selbst nicht die Frage regelt, wann der Arbeitgeber das Betriebsrisiko trägt.

Die vorliegende Sachverhaltskonstellation macht erneut deutlich, dass die vom Gesetzgeber verwendete Terminologie des Annahmeverzuges in § 615 BGB in der Abgrenzung zum Recht der Unmöglichkeit problematisch ist. Ist die Erbringung der Arbeitsleistung kalendarisch festgelegt, wie hier der Fall, ist die Leistung nicht mehr nachholbar bzw. eine nachgeholte Leistung wäre eine andere. Es wäre daher eher von der Annahmearbeitsleistung zu sprechen. Wenn der Arbeitgeber den Betrieb schließt, ist ein weiteres tatsächliches Angebot der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer entbehrlich (§ 296 BGB). Scheitert der Leistungsvollzug am fehlenden Arbeitssubstrat (Begriff bereits in RAG vom 20.6.28, ARS 3, 116) – hier wegen Schließung

des Geschäfts für Kunden –, trägt der Dienstberechtigte das Betriebsrisiko. § 615 BGB ist danach eine spezielle Gefahrtragungsregel. Sie gilt unabhängig davon, ob der Arbeitgeber nicht willens oder nicht fähig ist, die Leistung anzunehmen. Sie verdrängt auch den Anwendungsbereich des § 326 Abs. 2 S. 1, 1. Alt. BGB. § 615 S. 3 BGB betrifft damit alle Fälle, in denen der Arbeitgeber, sei es aus tatsächlichen, sei es aus rechtlichen Gründen notwendige Arbeitsmittel nicht zur Verfügung stellen kann. Die Frage der Eigenart des Betriebes kann hier dahinstehen. Im Übrigen war laut Allgemeinverfügung der Freien Hansestadt Bremen nur die Öffnung von Einzelhandelsgeschäften für den Publikumsverkehr verboten. Damit wäre es durchaus möglich gewesen, die Klägerin mit den ohnehin nur wenigen Stunden mit anderen zumutbaren Aufgaben im Geschäft zu beschäftigen.

Diese Situation kommt dem allgemeinen Wirtschaftsrisiko nahe, das der Arbeitgeber trägt. Zwar ist richtig, dass in der Entwicklung der Rechtsprechung zum Betriebsrisiko verschiedene Fallgruppen zu unterscheiden sind. Eine Sonderrolle spielt dabei die Fallgruppe von arbeitskampfbedingten Störungen. Gesundheitspolizeilich angeordnete Betriebsschließungen betreffen üblicherweise nur einen einzelnen Betrieb und haben auch regelmäßig dort eine konkrete Ursache. Bei witterungsbedingten Betriebsstörungen, etwa bei Zusammenbruch des Straßenverkehrs, kann auch den Arbeitnehmer das Wegerisiko treffen, wie das Arbeitsgericht zutreffend angeführt hat. Die während der Corona-Pandemie eingetretene Situation, dass behördliche Schließungen einerseits großflächig, nämlich landes- und bundesweit angeordnet und andererseits auch für längere Zeiträume aufrechterhalten worden sind, ist soweit ersichtlich bisher in der Rechtsprechung nicht behandelt. Dass eine Vielzahl von Unternehmen und damit eine Vielzahl von Arbeitgebern betroffen sind, ändert aber auf der Ebene der arbeitsvertraglichen Risikoanweisung nichts Entscheidendes. Etwa die Rechtsprechung zu den Fällen witterungsbedingter Störungen (Eisgang bereits RAG ARS 5, 110; Frost ARS 10, 150, Winterwetter BAG 17.11.98, 9 AZR 507/97) zeigt, dass es auf ein „Vertretenmüssen“ des Arbeitgebers gerade nicht ankommt. Soweit sich die Beklagte auf eine Entscheidung des LG Paderborn vom 25.9.2020 bezieht, ist diese nicht einschlägig. Dort ging es um die Anwendung einer Vertragsklausel und den Begriff der höheren Gewalt. Wie oben dargelegt, sind etwa Witterungseinflüsse, die in anderem Zusammenhang durchaus höhere Gewalt darstellen können, im Rahmen des § 615 BGB häufig dem Betriebsrisiko des Arbeitgebers zuzuordnen. Die vom Arbeitsgericht angesprochene

ältere Rechtsprechung (etwa BAG 28.9.72, 2 AZR 506/71, BAGE 24, 446) zu einer Anspruchsbegrenzung bei einer drohenden Bestandsgefährdung des Betriebes ist rechtlich problematisch.

Das Arbeitsgericht hat ferner zutreffend darauf hingewiesen, dass die Beklagte eine Bestandsgefährdung auch nicht geltend macht. Im Übrigen realisiert sich in dem wirtschaftlichen Risiko, die Arbeitskraft der Klägerin nicht verwerten zu können, zugleich eine Konsequenz der Vertragsgestaltung durch die Beklagte. Bei sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnissen kann eine derartige Situation durch die Anordnung von Kurzarbeit unter Inanspruchnahme von Leistungen der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung gemildert werden. Die wirksame Anordnung von Kurzarbeit schließt einen Annahmeverzug aus (BAG 22.4.09, 5 AZR 310/08, BAGE 130,31). Diese sozialversicherungsrechtliche Lösung ist bei geringfügig Beschäftigten infolge fehlender Beitragspflicht in der Arbeitslosenversicherung nicht gegeben. Das Betriebsrisiko spiegelt insoweit den betriebswirtschaftlichen Vorteil, den das Unternehmen durch den Einsatz von geringfügig Beschäftigten Arbeitnehmern erzielt. (...)

• Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 23.3.2021 – 11 Sa 1062/20

39. Maskenpflicht für Rathausmitarbeiter

Tatbestand:

Die Parteien streiten über den Beschäftigungsanspruch des Klägers im Rathaus der Beklagten, ohne eine Verpflichtung, ein Gesichtsvisier oder eine Mund-Nase-Bedeckung zu tragen. Der Kläger ist als Mitarbeiter der Verwaltung tätig und arbeitet zu etwa 70–80 % im Büro, die restliche Zeit im Außendienst. Die Beklagte ordnete mit Wirkung zum 11.5.2020 in den Räumlichkeiten des Rathauses das Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung für Besucher und Beschäftigte an. Der Kläger legte ein ärztliches Attest vom 8.5.2020 vor, in dem es heißt: „Herr X ist heute von mir untersucht worden. Aufgrund einer Erkrankung ist er vom Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes befreit“. Auf Bitte der Beklagten ließ er sich am 7.10.2020 arbeitsmedizinisch vom Werksarztzentrum untersuchen und legte ein Attest des Werksarztes vom 8.10.2020 vor, in dem es wie folgt heißt: „Herr X stellte sich am 7.10.2020 bei mir in der Sprechstunde zur Beratung und Beurteilung seiner Einsatzfähigkeit vor. Anlass war ein hausärztliches Attest vom 8.5.2020, nachdem Herr X vom Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes zu befreien ist. Das vorgelegte Attest ist aus arbeitsmedizinischer Sicht nach den Darstellungen des Mitarbeiters nachvollziehbar.“

Mit Schreiben vom 15.10.2020 forderte die Beklagte den Kläger auf, in Gemeinschaftsräumen, bei Betreten der Flure oder des WC sowie der Teeküche und des

Pausen- und Druckerraums ein Gesichtsvisier zu tragen. Mit Schreiben vom 4.11.2020 erteilte die Beklagte dem Kläger die ausdrückliche Anweisung, die Räumlichkeiten des Rathauses ab sofort ausschließlich mit einem Gesichtsvisier zu betreten. Der Kläger legte daraufhin ein Attest vom 11.11.2020 vor, in dem es wie folgt heißt: „Herr X ist heute von mir untersucht worden. Aufgrund einer Erkrankung ist er vom Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes oder alternativen Gesichtsvisieren jeglicher Art befreit.“ Die Beklagte teilte dem Kläger mit Schreiben vom 13.11.2020 mit, sie halte an der Dienstanweisung fest; er müsse ein Gesichtsvisier tragen. (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

(...) Es überwiegt der Gesundheits- und Infektionsschutz aller Mitarbeiter und Besucher des Rathauses das Interesse des Klägers an einer Beschäftigung ohne Gesichtsvisier oder Mund-Nase-Abdeckung. Zudem bestehen insbesondere im Hinblick auf das zuletzt vorgelegte ärztliche Attest erhebliche Zweifel daran, dass es dem Kläger tatsächlich unzumutbar ist, zumindest ein Gesichtsvisier in den Räumlichkeiten außerhalb seines eigenen Büros zu tragen. Eine Beschäftigung des Klägers ohne Gesichtsvisier ist der Beklagten jedenfalls in der derzeit bestehenden Pandemiesituation nicht zumutbar. Zwar hat der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis grundsätzlich bei Arbeitsfähigkeit einen Anspruch auf eine tatsächliche Beschäftigung nach dem Arbeitsvertrag. Der Anspruch beruht unmittelbar auf der sich für den Arbeitgeber aus § 242 BGB unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Werteentscheidung der Art. 1 und 2 GG über den Persönlichkeitsschutz ergebenden arbeitsvertraglichen Pflicht zur Förderung der Beschäftigungsinteressen des Arbeitnehmers. Dieser Beschäftigungsanspruch muss bei Vorliegen entsprechender Besonderheiten im Einzelfall nur dann zurücktreten, wenn entweder eine vertragliche Freistellungsregelung besteht oder ein Fall objektiver Unmöglichkeit besteht, oder auch dann, wenn dem Beschäftigungsanspruch im konkreten Fall überwiegende, schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen und der Arbeitnehmer demgegenüber kein besonderes, vorrangig berechtigtes Interesse an der tatsächlichen Beschäftigung geltend machen kann.

Einem Beschäftigungsanspruch des Klägers steht hier das ordnungsgemäß ausgeübte Direktionsrecht des Arbeitgebers gem. § 106 Abs. 1 GewO entgegen sowie der Gesundheits- und Infektionsschutz und die daraus resultierende Pflicht des Arbeitgebers, aufgrund der derzeitigen Pandemielage, seine Arbeitnehmer zum Tragen einer Maske anzuhalten. Die maßgebliche Rechtspflicht für den Arbeitgeber zur Einführung einer solchen Maskenpflicht im Betrieb ergibt sich aus seiner Fürsorgepflicht gem. § 618 BGB. Bei § 618 BGB han-

delt es sich um eine Teilausprägung der allgemeinen arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht, die ihrerseits wiederum Ausprägung der allgemeinen Pflicht jedes Vertragspartners zur Rücksichtnahme aus § 241 Abs. 2 BGB ist. Im Rahmen dieser Fürsorgepflicht ist der Arbeitgeber zu Schutzmaßnahmen gegenüber seinen Arbeitnehmern verpflichtet. Die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften konkretisieren diese Schutzmaßnahmen (§ 3 Abs. 1 ArbSchG). Der Arbeitgeber ist demnach verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes zu treffen, um die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit zu gewährleisten. In der gegenwärtigen Pandemielage bedeutet dies, dass der Arbeitgeber sicherzustellen hat, dass die Arbeitnehmer an ihren Arbeitsplätzen einem nur geringen bis gar keinem Infektionsrisiko ausgesetzt werden. Die Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vom 30.11.2020 ordnet in § 3 Abs. 2 Nr. 1 eine Maskenpflicht in geschlossenen Räumen, also auch in Büroräumen an. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers erstreckt sich nach § 106 S. 2 GewO auch auf die Ordnung des Verhaltens des Arbeitnehmers im Betrieb. Das Weisungsrecht erstreckt sich daher auch auf die nach öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften notwendigen Schutzmaßnahmen. Der Arbeitgeber kann und muss die Pflicht zum Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung im Betrieb daher mittels seines Direktionsrechts umsetzen.

Die Beklagte hat als Behörde mit öffentlichem Publikumsverkehr, aber auch im Hinblick auf die in ihrem Haus beschäftigten Mitarbeiter, ein erhebliches Interesse daran, dass niemand sich in den Räumlichkeiten des Rathauses ohne eine Mund-Nase-Bedeckung bzw. ein Gesichtsvisier bewegt. Sie hat den Kläger zu Recht angewiesen, zumindest ein Gesichtsvisier außerhalb seines eigenen Büros zu tragen. (...) Dem vom Kläger vorgelegten ärztlichen Attest vom 11.11.2020 kommt ein überaus geringer Beweiswert zu, da ohne jegliche weiteren Ausführungen, eine Befreiung von der Tragepflicht „Gesichtsvisiere jeglicher Art“ attestiert wird. Dabei ist die rechtliche Situation nicht vergleichbar mit der Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung gegenüber dem Arbeitgeber, der ein hoher Beweiswert zukommt. (...) Es bestehen ohne weitere substantiierte Angaben des Klägers erhebliche Zweifel daran, dass es ihm für die, wie er selbst vorträgt, wenigen Minuten, die er sich im Flur, im Pausen-, Drucker- oder auf der Toilette aufhält, nicht möglich sein soll, ein Gesichtsvisier zu tragen. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, überlagert der berechnete Infektionsschutz der übrigen Mitarbeiter und Besucher der Behörde hier bei einer summarischen Prüfung das Beschäftigungsinteresse des Klägers.

Auch der Hilfsantrag ist unbegründet. (...) Eine Anspruchsgrundlage auf eine Beschäftigung im Homeoffice ergibt sich weder aus dem Arbeitsvertrag noch aus gesetzlichen oder tariflichen Vorschriften. Auch aus dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ergibt sich kein Anspruch des Klägers auf Beschäftigung im Homeoffice. Voraussetzung für die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist, dass der Arbeitgeber durch ein eigenes gestaltendes Verhalten ein eigenes Regelwerk oder eine eigene Ordnung geschaffen hat. Danach knüpft die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gleichbehandlung seiner Arbeitnehmer nicht unmittelbar an die Leistung selbst an, sondern vielmehr an das von ihm zugrunde gelegte, selbstbestimmte generalisierende Prinzip. Es handelt sich dabei um eine privatautonome Verteilungsentscheidung, die ihren Ausdruck in einer vom Arbeitgeber freiwillig gesetzten Anspruchsgrundlage für die jeweilige Leistung findet. Der Leistung selbst geht jeweils die „Schaffung eines eigenen Regelwerks durch eigenes gestaltendes Verhalten“ voraus, in der das generalisierende Prinzip festgelegt wird. Der Kläger hat nicht dargetan, dass tatsächlich eine Ungleichbehandlung stattfindet, die zu einem Beschäftigungsanspruch im Homeoffice führen würde. Ein Regelwerk, nach welchem grundsätzlich jedem Arbeitnehmer der Beklagten die Möglichkeit im Homeoffice zu arbeiten, eingeräumt wird, ist weder ersichtlich noch vorgetragen. Nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten, wird ausschließlich Mitarbeitern, die aufgrund bestehender Vorerkrankungen zur Hochrisikogruppe gehören, die Möglichkeit einer Beschäftigung zeitweise im Homeoffice zugestanden. Der Kläger hat nicht dargelegt, dass er zu dieser Vergleichsgruppe gehören könnte. (...)

Die Berufung des Klägers ist nicht begründet. Dem Kläger steht kein Anspruch darauf zu, dass die Beklagte seine Arbeitsleistung im Rathaus ohne das Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung duldet. Zunächst einmal ergibt sich aus § 3 Abs. 1d der zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung geltenden Coronaschutzverordnung des Landes Nordrhein-Westfalen (ab 7.4.2021), dass im Rathaus der Beklagten eine Maskenpflicht besteht. Auch aus § 2 Abs. 5 Nr. 3 der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung ergibt sich die Verpflichtung von Arbeitgebern, zum größtmöglichen Schutz der Beschäftigten die Maskenpflicht anzuordnen. Selbst ohne diese Verordnungen wäre die Anordnung zum Tragen der Maske nach § 106 Abs. 1 GewO grundsätzlich vom Direktionsrecht umfasst und im Einzelfall auch angemessen. Das Tragen einer FFP2-Maske dient dem Infektionsschutz in beide Richtungen. Sowohl andere Mitarbeiter und Besucher des Rathauses mit Termin sollen vor Aerosolen geschützt werden, die der Kläger ausstoßen könnte und die po-

tentiell tödlich sein könnten, wenn er sich ohne Maske im Rathaus bewegen dürfte. Die Maske verringert die Anzahl der abgegebenen Aerosole und verändert deren Ausbreitungsverhalten. Die Beklagte muss aber auch den Gesundheitsschutz des Klägers im Auge behalten. Auch hier hilft das Tragen der Maske, Infektionen durch das Einatmen von krankmachenden oder potenziell tödlichen Aerosolen zu vermeiden, die selbst bei aller Sorgfalt und Hygiene vorhanden sein könnten. Die Anordnung ist auch verhältnismäßig unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Kläger an einer psychischen Erkrankung leidet, die es ihm unmöglich macht, der Maskenpflicht nachzukommen. Denn das Interesse der Beklagten, den Ausstoß von Aerosolen im Rathaus auf dem geringstmöglichen Niveau zu halten, geht in der Abwägung dem Interesse des Klägers, ohne Maske arbeiten zu können, vor. Dabei durfte die Beklagte auch berücksichtigen, dass der Kläger aufgrund einer psychischen Erkrankung die Maske nicht tragen kann und deshalb Anspruch auf Entgeltfortzahlung und Krankengeld hat, der in der Regel ausreichend ist, um eine Heilung zu ermöglichen. (...)

Ein Anspruch des Klägers auf eine vollständige Arbeitsleistung im Homeoffice ergibt sich zunächst nicht aus der Dienstvereinbarung über Telearbeit der Beklagten. Denn danach ist, unabhängig davon, dass die Tätigkeit des Klägers ungeeignet ist, weil sie im Sinne des § 4 den Rückgriff auf umfangreiche schriftliche Unterlagen und zentrale Dokumentationsbestände erfordert, nur alternierende Telearbeit möglich. Dies ist aber nicht das Klageziel, da hierdurch die Arbeitsunfähigkeit nicht beseitigt werden kann. Ein Anspruch ergibt sich auch nicht aus § 2 Abs. 4 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung. Der Einrichtung eines mobilen Arbeitsplatzes stehen zwingende betriebsbedingte Gründe entgegen. Da das mobile Arbeiten nur die Bürotätigkeiten erfassen würde, die ohne Austausch von Bauakten und Plänen und ohne Besuch des Rathauses möglich sind, bliebe es für die restlichen Arbeiten bei einer Arbeitsunfähigkeit des Klägers. Da das deutsche Entgeltfortzahlungsgesetz keine Teilarbeitsunfähigkeit kennt, wäre die Investition in den mobilen Arbeitsplatz unnütz, da sie die Arbeitsfähigkeit des Klägers nicht wiederherstellen kann. Die dem Kläger zugeordnete Tätigkeit ist nicht vollständig durch technische und organisatorische Maßnahmen so zu ändern, dass dieser seine vollständige Arbeitsleistung von zu Hause aus erbringen könnte. Da es bei der Beklagten an der Einrichtung der elektronischen Bauakten bislang fehlt, können die erforderlichen Arbeitsmittel nicht mit zumutbarem Aufwand für die Arbeit zu Hause zur Verfügung gestellt werden. Insbesondere das Einscannen großer Karten ist bei der Beklagten noch nicht erfolgt. Das Abholen von Bauakten mit Plänen setzt zudem den Besuch des Rathauses und damit den möglichen Kontakt mit an-

deren Arbeitnehmern voraus. Da die Pläne in der Zeit, in der sie der Kläger zu Hause bearbeitet, anderen Mitarbeitern nicht zugänglich sind, müssten Kopien angefertigt werden. Auch ist zu berücksichtigen, dass das nächtliche Abholen der Akten nicht mit § 5 ArbZG zu vereinbaren ist, da es Arbeitszeit darstellt und regelmäßig in der elfstündigen Ruhezeit liegen dürfte. Ebenso ist es nicht zumutbar, die Bürgerberatungen auf offener Straße durchführen zu lassen.

Letztlich ist auch das durchgeführte BEM nicht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Arbeit des Klägers so umorganisiert werden kann, dass eine der Beklagten zumutbare Umorganisation der Arbeit die Arbeitsfähigkeit des Klägers wiederherstellen könnte. Sollte der Kläger vollständig arbeitsfähig werden, also auch Teiltätigkeiten mit Maske erbringen können, ist die Abwägung der Zumutbarkeit der Einrichtung eines häuslichen Telearbeitsplatzes neu vorzunehmen. Auf die Frage, ob die persönliche Eignung des Klägers eine enge persönliche Führung durch den Vorgesetzten erforderlich macht und digitale Konferenzen nicht in gleicher Weise zu einer brauchbaren Arbeitsleistung führen, wie die direkte Anweisung im Büro, kommt es deshalb derzeit nicht an. (...)

- Arbeitsgericht Siegburg vom 16.12.2020 – 4 Ga 18/20 bestätigt durch Landesarbeitsgericht Köln vom 12.4.2021 – 2 SaGa 1/21

40. Differenzierung bei der Höhe tariflicher Nachtarbeitszuschläge

Tatbestand:

Die Parteien streiten über tarifliche Nachtarbeitszuschläge für im Rahmen von Wechselschichtarbeit geleisteten Arbeitsstunden nachts. Der Kläger macht für die von ihm geleisteten Nachtschichtstunden in den Monaten Januar bis April sowie August bis Dezember 2019 einen tariflichen Zuschlag i.H.v. 50 % unter Abzug bereits erfolgter Zahlungen geltend. Der Kläger ist bei der Beklagten als Produktionsmitarbeiter beschäftigt. Er ist Mitglied der Gewerkschaft NGG. Die Beklagte beschäftigt am Standort B ca. 320 Mitarbeiter, davon regelmäßig ca. 100 Mitarbeiter in Wechselschicht. Auch der Kläger ist in Wechselschicht tätig und leistet im Rahmen der Wechselschicht Nachtarbeit, für die er neben seinem Bruttolohn Nachtzuschläge in Höhe von 25 % pro Stunde erhalten hat. Zur Regelung der betrieblichen Arbeitszeit haben die Betriebsparteien eine Rahmenbetriebsvereinbarung über eine flexible Arbeitszeit vom 12.12.2014 sowie eine Betriebsvereinbarung über die Lage und Verteilung der Arbeitszeit vom 12.12.2014 abgeschlossen. Bei der Beklagten werden die Arbeitsbedingungen seit 2014 durch Tarifverträge geregelt. Der Manteltarifvertrag enthält unter anderem folgende Bestimmungen:

5. Arbeitszeitregelungen:

5.1.1 Die tarifliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit, ausschließlich der Pausen beträgt 40 Stunden. Ab dem 1.2.2015 beträgt die tarifliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit, ausschließlich der Pausen 39 Stunden. Ab dem 1.8.2015 beträgt die tarifliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit, ausschließlich der Pausen 38 Stunden.

5.1.2 Die tarifliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit verteilt sich auf die Werktage Montag bis Freitag.

5.1.4 Durch Betriebsvereinbarung werden unter anderem festgelegt: a) die Verteilung der Arbeitszeit, b) Beginn und Ende der regelmäßigen täglichen Arbeitszeit und der Pausen, c) Schichtpläne, d) Ankündigungsfristen für Änderung der Arbeitszeit bzw. Freizeitnahme.

5.8 Beschäftigte, die im Zwei-Schichtsystem in der Spätschicht oder Drei- bzw. Vier-Schichtsystem arbeiten, und die aus betrieblichen Gründen wegen ununterbrochenen Fortgangs der Arbeit ihren Arbeitsplatz nicht verlassen können, ist eine bezahlte Essenspause von 30 Minuten innerhalb der Arbeitszeit zu gewähren.

6. Mehrarbeit, Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit:

6.1 Zuschlagspflichtige Mehrarbeit: Zuschlagspflichtige Mehrarbeit ist die über die regelmäßige werktägliche tarifliche Arbeitszeit gemäß 5.1.1 hinausgehende Arbeitszeit, mit Ausnahme der Stunden, die aufgrund einer Betriebsvereinbarung zur flexiblen Arbeitszeit die regelmäßige tarifliche wöchentliche Arbeitszeit überschreiten. Für diesen Fall gilt die zuschlagspflichtige Mehrarbeit ab der 49. Wochenstunde.

6.2 Wechselschichtarbeit: Wechselschichtarbeit liegt vor, wenn ein regelmäßiger Wechsel des Schichtbeginns und damit der zeitlichen Lage der Schicht erfolgt. Hierfür stehen alle Wochentage zur Verfügung.

6.3 Nachtarbeit: Nachtarbeit ist die in der Zeit von 22:00 Uhr bis 6:00 Uhr geleistete Arbeit. Hierbei handelt es sich nicht um Wechselschichtarbeit.

6.4 Sonntags- und Feiertagsarbeit: Sonntags- und Feiertagsarbeit ist die an den Sonntagen und gesetzlichen Feiertagen in der Zeit von 0-24 Uhr geleistete Arbeit. Eine andere zeitliche Festlegung bleibt den Betriebsparteien vorbehalten. Dies gilt nicht bei ungleichmäßig verteilter Arbeitszeit gemäß 5.1.3.

6.5 Zuschläge: Folgende Zuschläge werden in Prozent von der Stundengrundvergütung für angeordnete Arbeitsleistung gezahlt: Für Mehrarbeit 25 %, für Nachtarbeit 50 %, für Wechselschichtarbeit nachts in der Zeit von 22:00 bis 6:00 Uhr 25 %, für Wechselschichtarbeit an entgeltzahlungspflichtigen Feiertagen sowie am

Ostersonntag, Pfingstsonntag, an beiden Weihnachtsfeiertagen, am Neujahrstag und am 1. Mai 60 %, für Arbeit an Sonntagen 50 %, für Arbeit an entgeltzahlungspflichtigen Feiertagen sowie am Ostersonntag, Pfingstsonntag, an beiden Weihnachtsfeiertagen, am Neujahrstag und am 1. Mai 100 %. Beim Zusammentreffen von mehreren Zuschlägen ist der jeweils höhere zu zahlen. Hiervon ausgenommen ist der Zuschlag für Wechselschichtarbeit im Zusammenhang mit Mehrarbeit. In diesem Fall wird der Zuschlag immer zusätzlich gezahlt.

6.6 Mehrarbeit ist nach Möglichkeit zu vermeiden. Sie soll nur vorübergehend in Fällen betrieblicher Notwendigkeit im Einvernehmen mit dem Betriebsrat angeordnet werden, soweit es sich nicht um einzelne Beschäftigte und nicht vorhersehbare Fälle handelt. (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

(...) Ein Anspruch des Klägers ergibt sich weder aus dem auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Manteltarifvertrag 2014, auch nicht in Verbindung mit dem Gleichheitssatz, noch aus § 6 Abs. 5 ArbZG. Der Anspruch des Klägers folgt nicht aus der Zuschlagsregelung in 6.5 des Manteltarifvertrages für die Beschäftigten von in Berlin 2014. Danach sind Zuschläge in Höhe von 50 % für die „Nachtarbeit“ vorgesehen. Als Nachtarbeit gilt indes nach 6.3 Manteltarifvertrag nicht die Wechselschichtarbeit in der Nacht. Für letztere macht der Kläger unstreitig die Zahlung höherer Zuschläge geltend. Für die vom Kläger geleistete Wechselschichtarbeit in der Nacht sieht der Tarifvertrag jedoch nur einen Zuschlag in Höhe von 25 % vor, den die Beklagte unstreitig durch Zahlung erfüllt hat.

Der Anspruch ergibt sich auch nicht aus dem Tarifvertrag in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG. Die Tarifvertragsparteien als Normgeber sind nach der Rechtsprechung des BAG bei der tariflichen Normsetzung nicht unmittelbar grundrechtsgebunden. Sie sind allerdings mittelbar grundrechtsgebunden, weil der Schutzauftrag des Art. 1 Abs. 3 GG die staatlichen Arbeitsgerichte dazu verpflichtet, gleichheitswidrige Differenzierungen in Tarifnormen zu unterbinden. Der Gleichheitssatz bildet als fundamentale Gerechtigkeitsnorm eine ungeschriebene Grenze der Tarifautonomie. Auf dieser Grundlage haben die Gerichte bei der Erfüllung ihres verfassungsrechtlichen Schutzauftrags in den Blick zu nehmen, dass eine besondere Form der Grundrechtskollision bewältigt und die durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete kollektive Koalitionsfreiheit mit den betroffenen Individualgrundrechten in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden muss. Bei der Prüfung, ob Tarifnormen Grundrechte oder andere Rechte der Arbeitnehmer mit Verfassungsrang verletzen, müssen die Gerichte nicht nur die besondere Sachnähe der Tarifvertragsparteien, sondern außerdem beachten, dass

sich die Arbeitnehmer im Regelfall durch den Beitritt zu ihrer Koalition oder durch die vertragliche Bezugnahme auf einen Tarifvertrag, die die Tarifnormen zum Vertragsinhalt macht, bewusst und freiwillig der Regelungsmacht der Tarifvertragsparteien auch für die Zukunft unterworfen haben. Tarifvertragsparteien steht bei ihrer Normsetzung deshalb ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Ihnen kommt eine Einschätzungsprärogative zu, soweit die tatsächlichen Gegebenheiten, die betroffenen Interessen und die Regelungsfolgen zu beurteilen sind. Darüber hinaus verfügen sie über einen Beurteilungs- und Ermessensspielraum hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung der Regelung. Die Gerichte dürfen nicht eigene Gerechtigkeitsvorstellungen an die Stelle von Bewertungen der zuständigen Koalitionen setzen. Die Tarifvertragsparteien sind nicht verpflichtet, die jeweils zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung zu wählen. Es genügt, wenn für die getroffene Regelung ein sachlich vertretbarer Grund vorliegt. Dies bedingt im Ergebnis eine deutlich zurückgenommene Prüfungsdichte durch die Gerichte. Diesem Prüfungsmaßstab hält die hier zwischen den Parteien im Streit stehende Zuschlagsregelung stand.

Für die vom Tarifvertrag gewählte Gruppenbildung liegt ein sachlich vertretbarer Grund vor, ebenso wie die differenzierende Ausgestaltung der Zuschlagsregelung. Die Tarifvertragsparteien haben bei den Nachzuschlägen zwei Gruppen gebildet, nämlich einmal die Gruppe der Wechselschichtarbeiter, die Nachtarbeit innerhalb eines Schichtsystems erbringen, also regelmäßig nachts arbeiten und zum anderen die Gruppe der „sonstigen Arbeitnehmer“, also der Mitarbeiter, die Nachtarbeit außerhalb eines solchen Schichtsystems erbringen, die also „normalerweise“ nicht nachts arbeiten, also nur gelegentlich, zu einer Arbeitsleistung in der Nacht herangezogen werden. Dies ergibt eine anhand des Tarifwortlauts und der Tarifsystematik vorzunehmende Tarifauflegung. Nach dem Wortlaut differenziert der Tarifvertrag zwischen der „Nachtarbeit“, also der Arbeit, die in der Zeit von 22 Uhr bis 6 Uhr geleistet wird und der „Wechselschichtarbeit nachts“. Mit „Nachtarbeit“ meint der Tarifvertrag die Nachtarbeit außerhalb von (Wechsel)Schichtarbeit, nicht aber Nachtarbeit in einem nicht wechselnden Schichtsystem. Die Tarifvertragsparteien hatten als Schichtmodell, in dem Nachtarbeit anfällt, das Wechselschichtsystem vor Augen. So stellen sie unter 6.3 die Begrifflichkeiten „Nachtarbeit“ und „Wechselschichtarbeit nachts“ gegenüber. In 6.2 ist zur Schichtarbeit ausschließlich die Wechselschichtarbeit definiert. Nur in Wechselschichtarbeit kann voll kontinuierlich gearbeitet werden, wozu Nachtschichten dienen, weil der Tarifvertrag die Ausdehnung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit auf alle 7 Kalendertage auf die Wechselschichtarbeit begrenzt hat. Reine Nachtschichtmodelle, an denen

Arbeitnehmer gleichbleibend nachts arbeiten würden, finden im Tarifvertrag keinen Niederschlag. Auch die sonstigen Zuschlagsregelungen, in denen einerseits nach Wechselschichtarbeit an Sonn- und Feiertagen, andererseits nach der „Arbeit“ an Sonn- und Feiertagen differenziert wird, spricht für die hier vorgenommene Gruppenbildung Wechselschichtarbeit einerseits, sonstige Arbeit außerhalb von Schichtarbeit andererseits. Diese Tarifauflegung wird durch die betriebliche Praxis bestätigt. (...)

Bei der Beklagten werden Nachtschichten aber regelmäßig in Wechselschicht erbracht. Dies wird zum einen durch die Aufstellung der Beklagten über die Nachtarbeit für 2018 verdeutlicht, zum anderen auch durch die Betriebsvereinbarung über die Lage und Verteilung der Arbeitszeit 2014. Dieser Annahme, der Tarifvertrag differenziere zwischen den Arbeitnehmern, die regelmäßig Nachtschichten arbeiten und denjenigen, die dies nicht tun, steht nicht entgegen, dass die Beklagte vertretungsweise einen Mitarbeiter zur Krankheitsvertretung eines Wechselschichtarbeitnehmers eingesetzt hat. Denn auch dieser Arbeitnehmer wechselte vertretungsweise in eine Nachtschicht, die im Rahmen des Wechselschichtmodells geplant war, erbrachte die Nachtarbeit aber nicht im Rahmen eines Schichtmodells, in dem Nachtschichten ohne Wechsel geleistet wurden. Bei beiden Gruppen wahrt der zuschlagspflichtige Zeitraum gleichermaßen von 22:00 Uhr bis 6:00 Uhr und erweitert damit den zeitlichen Rahmen der gesetzlichen Regelung in § 6 Abs. 5 ArbZG, aber auch den Kreis der begünstigten Personen. Bei den Wechselschichtarbeitnehmern wird die „Wechselschichtarbeit nachts“ in der Zeit von 22:00 Uhr bis 6:00 Uhr mit 25 % zusätzlich vergütet. Dieser Zuschlag wird auch dann gezahlt, wenn der Wechselschichtarbeiter in diesen Zeiten Mehrarbeit leistet. Der Zuschlag für Mehrarbeit wird bei Wechselschichtarbeit immer gezahlt. Demgegenüber erhalten die „sonstigen Arbeitnehmer“, also diejenigen, die nicht in Wechselschicht arbeiten, für Arbeit in der Zeit von 22:00 Uhr bis 6:00 Uhr einen „Zuschlag für Nachtarbeit“ in Höhe von 50 %. Leisten diese Arbeitnehmer zugleich Mehrarbeit, wird der Mehrarbeitszuschlag von 25 % auf den Nachzuschlag angerechnet. Denn beim Zusammentreffen von mehreren Zuschlägen ist bei den „sonstigen Arbeitnehmern“ nur der jeweils höhere Zuschlag zu zahlen, hier also der Nachtarbeitszuschlag. (...)

Bezogen auf das gemeinsame Merkmal der „Nachtarbeit“ liegt zudem für die unterschiedliche Ausgestaltung der Nachzuschläge ein sachlich vertretbarer Grund vor. Nach der Rechtsprechung des BAG (Urt. v. 21. März 2018, 10 AZR 34/17; Urt. v. 9. Dezember 2015, 10 AZR 423/14; Beschl. v. 26. August 1997 – 1 ABR 16/97) verfolgen die in § 6 Abs. 5 ArbZG vorgesehenen Nachtarbeitszuschläge im Wesentlichen zwei

Zwecke: Zum einen sollen sie Nachtarbeit verteuern und dadurch dazu beitragen, sie auf die Fälle zu beschränken, in denen sie aus unternehmerischen oder betrieblichen Gründen erforderlich erscheint, ansonsten soll Nachtarbeit „vermieden“ werden. Damit dienen die Nachtschichtzuschläge mittelbar auch dem Gesundheitsschutz der betroffenen Arbeitnehmer. Außerdem soll der Nachtarbeitszuschlag in einem gewissen Umfang den Arbeitnehmer für die erschwerte Teilhabe am sozialen Leben entschädigen. Hingegen dienen die Ausgleichszahlungen nicht der Beseitigung der durch die Nachtarbeit entstehenden spezifischen Gesundheitsgefährdungen. Dazu sind Geldleistungen in Form von Zuschlägen naturgemäß nicht geeignet. Von diesen Zwecken kann auch bei den hier im Streit stehenden Zuschlägen ausgegangen werden. Die Auflistung der Nachtarbeitszuschläge außerhalb von Schichtarbeit und im Rahmen von Wechselschichtarbeit im Zusammenhang mit anderen Zuschlägen, die für die Erschwernisse von Arbeit zu unüblichen Arbeitszeiten bzw. für Mehrarbeit gezahlt werden sollen, zeigt, dass die Nachtarbeitszuschläge allgemein die für die Beschäftigten mit Nachtarbeit verbundenen Erschwernisse, z.B. bei der kontinuierlichen Freizeitplanung und die Desynchronisation, die mit jeder Arbeit außerhalb der üblichen Arbeitszeiten der Mehrheit der Beschäftigten einhergeht, ausgleichen sollen. Dabei haben die Tarifvertragsparteien in zulässiger Weise die für die sonstigen Arbeitnehmer durch die Nachtarbeit entstehenden Belastungen höher bewertet.

Im Rahmen ihres Beurteilungs- und Ermessensspielraums steht es den Tarifvertragsparteien frei, die tatsächlichen Gegebenheiten und betroffenen Interessen, die eine differenzierende Regelung sachlich rechtfertigen können, zu bewerten. Dabei ist ein sachlicher hinreichender Grund an den Umstand anzuknüpfen, dass für diejenigen Arbeitnehmer, die in Wechselschicht arbeiten, die Nachtarbeit zur „Normalleistung“ zählt, sie sich also auf diese Art der Arbeitsleistung in gewisser Weise eingestellt haben, für die sonstigen Arbeitnehmer die Nachtarbeit aber eher eine Ausnahme darstellt. Dass Nachtarbeit für beide Arbeitnehmergruppen gleichermaßen schädlich ist, ist für die Beurteilung der sachlichen Rechtfertigung nicht entscheidend. Zum einen kann die gesundheitliche Schädlichkeit durch die Zuschläge nicht ausgeglichen werden, zum anderen sind die durch Nachtarbeit als solche nach § 6 Abs. 5 ArbZG auszugleichenden Belastungen mit den jedenfalls zu zahlenden 25 % hinreichend erfasst. (...) Die Differenz zwischen den Nachtarbeitszuschlägen für Wechselschichtarbeit und den Nachtarbeitszuschlägen für die sonstigen Arbeitnehmer ist aber auch nicht derart bedeutend, dass die Tarifvertragsparteien den ihnen nach Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich garantierten Beurteilungs- und Ermessensspielraum bei

der Ausgestaltung der tariflichen Regelungen überschritten hätten. Denn bei einem Vergleich der Regelungen kann nicht außer Betracht bleiben, dass zwar der Nachtarbeitszuschlag für die Wechselschichtarbeiter halb so hoch ist, wie der Nachtschichtzuschlag für die sonstigen Arbeitnehmer, der Unterschied aber nur dann zum Tragen kommt, wenn bei den sonstigen Arbeitnehmern nicht zugleich auch Mehrarbeit entstand. Denn dann wäre der Mehrarbeitszuschlag auf den Nachtarbeitszuschlag anzurechnen. Der „Mehrarbeitszuschlag“ ist in diesen Fällen bereits in den „Nachtarbeitszuschlag“ eingepreist. (...) Mit einer im Ergebnis so geringfügigen Differenzierung haben die Tarifvertragsparteien ihren von Verfassungswegen garantierten Beurteilungs- und Ermessensspielraum bei der Ausgestaltung der tariflichen Regelung nicht verlassen. Insofern unterscheidet sich der hier zu beurteilende Tarifvertrag von dem Tarifvertrag, der der vom Kläger herangezogenen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 21. März 2018 (10 AZR 34/17) zugrunde lag. (...)

Aus dem erstinstanzlich noch angesprochenen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz kann der Kläger ebenfalls keine Ansprüche herleiten. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz findet vorliegend schon deshalb keine Anwendung, weil die Beklagte die unterschiedlichen Zuschläge in Anwendung des Manteltarifvertrags zahlt. Bei Leistungen, die allein aufgrund Normenvollzugs erfolgen, kommt der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zum Tragen. Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf Zahlung eines höheren Nachtschichtzuschlags aus § 6 Abs. 5 ArbZG. Danach hat der Arbeitgeber dem Nachtarbeiter für die während der gesetzlichen Nachtzeit von 23:00 Uhr bis 6:00 Uhr geleisteten Arbeitsstunden eine angemessene Anzahl freier Tage oder einen angemessenen Zuschlag auf das ihm hierfür zustehende Bruttoarbeitsentgelt zu gewähren. Allerdings steht § 6 Abs. 5 ArbZG unter einem Tarifvorbehalt. Tarifliche Ausgleichsmechanismen gehen den gesetzlichen Belastungsausgleichsregeln vor. Die tarifliche Regelung muss, um den gesetzlichen Anspruch nach § 6 Abs. 5 ArbZG zu ersetzen, eine gewisse Kompensation für die mit der Nachtarbeit verbundenen Belastungen vorsehen. Eine solche Kompensation sieht der auf das Arbeitsverhältnis kraft beiderseitiger Tarifbindung anwendbare Manteltarifvertrag für die Beschäftigten vom 14.11.2014 vor. Danach wird für die Wechselschichtarbeiter nachts in der Zeit von 22:00 Uhr bis 6:00 Uhr ein Zuschlag i.H.v. 25 % gezahlt. Ein solcher Zuschlag gilt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aber auch im Rahmen von § 6 Abs. 5 ArbZG als angemessen (BAG 9. Dezember 2015, 10 AZR 423/14 – Rn 23). Soweit der Kläger die Höhe dieses Zuschlags vor dem Hintergrund der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/

EG rügt, ist festzustellen, dass die Arbeitszeitrichtlinie weder Nachtarbeit verbietet, noch Vorgaben für einen Ausgleich für geleistete Nachtarbeit vorsieht. (...)

• Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg
vom 9.2.2021 – 7 Sa 255/20

eingereicht von RA und FA für ArbR Prof. Dr. Paul Melot de Beauregard, JONES DAY – One Firm Worldwide

Breite Straße 69, 40213 Düsseldorf

Tel.: 0211/54065516, Fax: 0211/54065501

E-Mail: pbeauregard@jonesday.com, www.jonesday.com

LAG Entscheidung des Quartals (FAO-Campus)

41. Zulässige Befristung unter gleichzeitiger Änderung der Arbeitsbedingungen

Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, ob ihr Arbeitsverhältnis aufgrund Befristung am 31.3.2019 geendet hat. Der Kläger war bei der Beklagten, die insgesamt ca. 140 Arbeitnehmer und im Geschäftsbereich K 55 Arbeitnehmer beschäftigt, seit dem 1.1.2002 zunächst als Außendienstmitarbeiter/Key-Account für den Geschäftsbereich K und zuletzt als Verlagsleiter tätig. Der Anstellungsvertrag vom 11.11.2001 lautet auszugsweise wie folgt: „§ 5. Kündigung (...) (3) Das Arbeitsverhältnis endet spätestens mit dem Ablauf des Monats, in dem das 65. Lebensjahr vollendet wird, oder vorher mit dem Ende des Kalendermonats, in dem Erwerbs- oder Berufsunfähigkeitsrente oder vorgezogenes Altersruhegeld bezogen wird, ohne dass es einer Kündigung bedarf.“ Unter dem Datum 6.11.2015 schlossen die Parteien folgende Vereinbarung: „Herr X wird am 31.3.2016 die Regelaltersgrenze erreichen. Das Arbeitsverhältnis endet entgegen § 5 (3) des Arbeitsvertrags nicht mit Erreichen der Regelaltersgrenze, sondern wird darüber hinaus um zwei Jahre verlängert. Das Arbeitsverhältnis endet mit Ablauf dieser Zeit am 31.3.2018, ohne dass es einer Kündigung bedarf. Die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses beruht auf § 41 S. 3 SGB VI. Im Übrigen verbleibt es bei den bisherigen Bedingungen des Arbeitsverhältnisses.“ Der Kläger bezieht seit 1.4.2016 Altersrente, sein Bruttojahresgehalt betrug von April 2017 bis März 2018 175.730,35 EUR. Unter dem Datum 15.1./25.1.2018 schlossen die Parteien eine Vereinbarung folgenden Inhalts: „Zwischen den Parteien besteht seit 1.7.2002 ein Arbeitsverhältnis auf Grundlage des schriftlichen Arbeitsvertrags vom 11.11.2001. Der Arbeitnehmer hatte die in § 5 (3) des Arbeitsvertrags festgelegte Altersgrenze am 31.3.2016 erreicht. Mit Vereinbarung vom 6.11.2015 hatten die Parteien in Anwendung von § 41

S. 3 SGB VI die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf den 31.3.2018 hinausgeschoben.“ Dies vorausgeschickt vereinbaren die Parteien folgendes:

„1. Die Parteien stimmen darin überein, dass in Anwendung von § 41 S. 3 SGB VI die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vom 31.3.2018 auf den 31.3.2019 hinausgeschoben wird.

2. Das Arbeitsverhältnis der Parteien endet deswegen mit Ablauf des 31.3.2019 ohne dass es einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch eine der Parteien bedarf.

3. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des schriftlichen Arbeitsvertrags vom 11.11.2001 und des Dienstwagenüberlassungsvertrags mit folgenden Maßgaben: Der Arbeitnehmer erbringt seine bürogebundene Arbeitsleistung für den Arbeitgeber ab dem 1.4.2018 ausschließlich im Homeoffice. Die wöchentliche Arbeitszeit des Arbeitnehmers beträgt zehn Stunden bei einer Fünftagewoche. Vom Arbeitnehmer geleistete Überstunden werden nur dann vergütet, wenn diese vom Arbeitgeber entweder zuvor angeordnet oder nachträglich genehmigt wurden. Für den Zeitraum 1.4.2018 bis 31.3.2019 beträgt das monatliche Gehalt des Arbeitnehmers 3.000 EUR brutto. Der Anspruch des Arbeitnehmers auf die dienstliche und private Nutzung des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Pkw endet am 31.3.2019. Für die Berücksichtigung des in der privaten Nutzung des Pkw liegenden vermögenswerten Vorteils bleibt es auch weiterhin bei der Anwendung der Ein-Prozent-Regelung. Der Arbeitnehmer möchte den Pkw zum 1.4.2019 vom Arbeitgeber erwerben. Dazu werden die Parteien im ersten Quartal 2019 einen Kaufvertrag abschließen. Der Arbeitgeber stellt dem Arbeitnehmer zur ausschließlich dienstlichen Nutzung ein Mobiltelefon zur Verfügung. Die Parteien haben in einer von diesem Vertrag getrennten schriftlichen Vereinbarung eine Regelung über ein für die Dauer von zwölf Monaten vom Arbeitnehmer zu beachtendes nachvertragliches Wettbewerbsverbot getroffen. Mündliche Nebenabreden außerhalb dieser Vereinbarung haben die Parteien nicht getroffen. Änderungen oder Ergänzungen dieser Vereinbarung bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Sollte eine Regelung dieser Vereinbarung unwirksam sein oder werden, so soll die Vereinbarung im Übrigen nach dem Willen der Parteien trotzdem wirksam sein. In diesem Falle werden die Parteien unverzüglich Verhandlungen aufnehmen, um die unwirksame Regelung durch eine wirksame zu ersetzen, welche geeignet ist das von den Parteien mit dieser Vereinbarung verfolgte wirtschaftliche Ziel bestmöglich zu erreichen.“

Aus den Entscheidungsgründen:

Das ArbG hat die Befristungskontrollklage zu Recht abgewiesen. Das Arbeitsverhältnis der Parteien hat

aufgrund der in der Vereinbarung 2018 niedergelegten Befristung am 31.3.2019 geendet. (...) Für die Wirksamkeit einer Befristung ist grundsätzlich die im Zeitpunkt ihrer Vereinbarung geltende Rechtslage maßgeblich. § 41 S. 3 SGB VI war sowohl bei Abschluss der Vereinbarung 2018, mit der die Parteien die Befristung zum 31.3.2019 geregelt haben, als auch beim Abschluss der Vereinbarung 2015 bereits in Kraft. Die Vorschrift ist durch das Gesetz über Leistungsverbesserungen in der gesetzlichen Rentenversicherung (BGBl 2014 Abs. 1, 787) mit Wirkung zum 1.7.2014 in das Gesetz eingefügt worden. Die in der Vereinbarung 2018 niedergelegte Befristung des Arbeitsverhältnisses der Parteien zum 31.3.2019 erfüllt die Voraussetzungen des § 41 S. 3 SGB VI. Nach dieser Norm können die Arbeitsvertragsparteien dann, wenn eine Vereinbarung die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze vorsieht, den Beendigungszeitpunkt durch Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses gegebenenfalls auch mehrfach hinausschieben. Die Parteien hatten im Arbeitsvertrag vom 11.11.2001 vereinbart, dass ihr Arbeitsverhältnis, ohne dass es einer Kündigung bedarf, spätestens mit dem Ablauf des Monats endet, in dem das 65. Lebensjahr vollendet wird, oder vorher mit dem Ende des Kalendermonats, in dem Erwerbs- oder Berufsunfähigkeitsrente oder vorgezogenes Altersruhegeld bezogen wird. Es kann dahingestellt bleiben, ob § 5 (3) des Arbeitsvertrags wirksam ist, soweit dort eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Vollendung des 65. Lebensjahres des Arbeitnehmers in den Fällen des Bezugs von Berufs- oder Erwerbsunfähigkeitsrente oder vorgezogenem Altersruhegeld vorgesehen ist. Dabei kann zugunsten des Klägers unterstellt werden, dass es sich bei § 5 (3) des Arbeitsvertrags um eine Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB handelt, wofür angesichts des äußeren Erscheinungsbildes des Arbeitsvertrags, in dem der Kläger immer als „Angestellter“ bezeichnet wird, viel spricht, und dass die Bestimmungen des im Jahr 2001 abgeschlossenen Arbeitsvertrags gem. Art. 229 § 5 EGBGB seit 1.1.2003 einer Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB zu unterziehen sind. Denn selbst wenn § 5 (3) des Arbeitsvertrags, soweit er in den dort genannten Fällen eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Vollendung des 65. Lebensjahres des Arbeitnehmers vorsieht, ganz oder teilweise einer AGB-Kontrolle nicht standhalten und eine solche vorzeitige Beendigung nicht wirksam regeln sollte, würde dies die Regelung des § 5 (3) des Arbeitsvertrags, wonach das Arbeitsverhältnis mit Vollendung des 65. Lebensjahres des Klägers enden soll, unberührt lassen. Denn dieser Teil der Vertragsklausel könnte unter Anwendung des so genannten Blue-Pencil-Tests aufrechterhalten werden.

Bei einer teilbaren Klausel ist die Kontrolle anhand von §§ 305 ff. BGB jeweils getrennt für die verschiedenen,

nur formal in einer Allgemeinen Geschäftsbedingung verbundenen Bestimmungen vorzunehmen. Die Regelungen müssen allerdings nicht nur sprachlich, sondern auch inhaltlich zu trennen sein. Die Teilbarkeit einer Klausel ist durch Streichung des unwirksamen Teils (sog Blue-Pencil-Test) zu ermitteln. Eine teilbare Formulklausel kann mit ihrem zulässigen Teil aufrechterhalten werden. Darin liegt keine geltungserhaltende Reduktion, denn die Trennung ist in den vom Verwender gestellten Vertragsbedingungen bereits vorgegeben. § 5 (3) des Arbeitsvertrags ist sprachlich und inhaltlich teilbar. Das Arbeitsverhältnis soll ohne Kündigung enden, wenn der Kläger Erwerbs-, Berufsunfähigkeitsrente oder vorgezogenes Altersruhegeld bezieht, spätestens aber mit Ablauf des Monats, in dem das 65. Lebensjahr vollendet wird. Damit sind sprachlich und inhaltlich zwei Fallgruppen von Beendigungstatbeständen ohne Ausspruch einer Kündigung geregelt. (...) Eine Vereinbarung i.S.d. § 41 S. 3 SGB VI kann sowohl wie hier einzel- als auch kollektivvertraglich getroffen werden. Die Parteien haben somit gem. § 5 (3) Alt. 1 des Arbeitsvertrags den Beendigungszeitpunkt ihres Arbeitsverhältnisses auf den 31.3.2016 als den Zeitpunkt des Erreichens der Regelaltersgrenze festgelegt, was Voraussetzung für ein wirksames Hinausschieben des Beendigungszeitpunktes gem. § 41 S. 3 SGB VI ist. Dieser Beendigungszeitpunkt wurde durch die am 6.11.2015 abgeschlossene Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses erstmals i.S.d. § 41 S. 3 SGB VI hinausgeschoben, und zwar bis zum 31.3.2018. Sodann haben die Parteien durch die im Januar 2018 und damit während des nunmehr bis 31.3.2018 laufenden Arbeitsverhältnisses geschlossene Vereinbarung den Beendigungszeitpunkt erneut, diesmal bis 31.3.2019, hinausgeschoben.

Unschädlich ist, dass die Parteien in der Vereinbarung 2018 nicht nur den Beendigungszeitpunkt ihres Arbeitsverhältnisses hinausgeschoben, sondern auch andere Vertragsinhalte verändert, insbesondere das wöchentliche Arbeitszeitvolumen reduziert und die Vergütung angepasst haben, denn das Tatbestandsmerkmal des Hinausschiebens des Beendigungszeitpunktes setzt nicht voraus, dass nur der Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses geändert wird und der Vertragsinhalt ansonsten unverändert bleibt, wie die Auslegung der Norm ergibt. Maßgeblich für die Gesetzesauslegung ist der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierter Wille des Gesetzgebers. Zu dessen Ermittlung sind der Wortlaut der Norm, die Systematik, Sinn und Zweck sowie die Gesetzesmaterialien und die Entstehungsgeschichte heranzuziehen. Unter diesen anerkannten Methoden hat keine unbedingten Vorrang. Welche Regelungskonzeption der Gesetzgeber mit dem von ihm gefundenen Wortlaut tatsächlich verfolgt, ergibt sich unter Umständen erst aus den an-

deren Auslegungsgesichtspunkten. Wird daraus der Wille des Gesetzgebers genau erkennbar, ist dieser zu achten. Unter Anwendung dieser Grundsätze ist davon auszugehen, dass § 41 S. 3 SGB VI im Falle des Hinausschiebens des Beendigungszeitpunkts eine gleichzeitige Änderung des Arbeitsvertragsinhalts zulässt. In § 41 S. 3 SGB VI wird nicht wie in § 14 Abs. 2 1 TzBfG der Begriff des Arbeitsvertrags, sondern der weitere Begriff des Arbeitsverhältnisses verwendet. Das Arbeitsverhältnis bleibt bestehen, selbst wenn sich seine Inhalte im Laufe der Zeit ändern. Schon dies spricht dafür, dass über den Inhalt des Arbeitsvertrags in § 41 S. 3 SGB VI gar nichts gesagt werden soll und dieser somit auch geändert werden kann. Es kann nicht unterstellt werden, dass dem Gesetzgeber die unterschiedliche Bedeutung der Begriffe „Arbeitsvertrag“ und „Arbeitsverhältnis“ nicht bekannt sei. Überdies spricht § 41 S. 3 SGB VI anders als § 14 Abs. 2 1 TzBfG von einem „Hinausschieben“ des Beendigungszeitpunkts und nicht von einer „Verlängerung“. Das BAG definiert die Vertragsverlängerung als Änderung der Laufzeit eines Vertrags ohne Anpassung sonstiger Arbeitsbedingungen. Diese enge Auslegung kann nicht auf den Begriff des Hinausschiebens übertragen werden, da nicht auf den gesamten Arbeitsvertrag, sondern nur punktuell auf den Beendigungszeitpunkt Bezug genommen wird. Dies gilt umso mehr als im Anschluss an die Rechtsprechung des BAG, wonach eine Verlängerung i.S.d. § 14 Abs. 2 1 TzBfG nicht vorliegt, wenn neben dem Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts des befristeten Arbeitsverhältnisses gleichzeitig der Vertragsinhalt geändert wird, in der Literatur die Forderung erhoben wurde, der Gesetzgeber möge die Rechtsprechung des 7. Senats des BAG dadurch korrigieren, dass er den Begriff des „Arbeitsvertrag“ in § 14 Abs. 2 1 TzBfG durch „Arbeitsverhältnis“ ersetzen möge.

Entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung (*Bader*, NZA 2014, 749 [751]; *Boecken/Joussen*, TzBfG, 6. Aufl., SGB VI § 41 Rn 4; *Gürtner*, Kass-Komm-SGB, SGB VI § 41 Rn 21; *Kramer*, ArbRAktuell 2015, 144 [145 f.]; *Bayreuther*, NZA-Beil. 2015, 84 [88]) ergibt sich aus der Gesetzesbegründung nicht, dass im Zeitpunkt der Verlängerung der Vertragslaufzeit nach § 41 S. 3 SGB VI die sonstigen Arbeitsvertragsbedingungen unverändert bleiben müssten (*Kaufmann*, ZESAR 2018, 497 [504]). Auf S. 25 des Berichts des Ausschusses für Arbeit und Soziales (BT-Drucks 18/1489) wird in diesem Zusammenhang folgendes ausgeführt: „Der neue Satz 3 regelt allein das Hinausschieben des bereits vereinbarten Beendigungszeitpunktes über das Erreichen der Regelaltersgrenze hinaus. ... Die sonstigen im jeweiligen Arbeitsverhältnis geltenden Arbeitsbedingungen bleiben von der Neuregelung unberührt“. Die Gesetzesbegründung befasst

sich somit gar nicht mit der Frage, ob mit einer Verlängerung des Arbeitsverhältnisses einhergehende sonstige Änderungen der Arbeitsbedingungen wirksam vereinbart werden können, sondern beschränkt sich auf den Hinweis, dass die bisherigen Bedingungen weiter gelten, wenn nicht etwas anderes vereinbart wird (so auch ArbG Karlsruhe v. 27.4.2016 – 3 Ca 22/16; *Bauer*, NZA 2014, 889 [890]).

Für die hier vertretene Auffassung sprechen schließlich auch Sinn und Zweck des § 41 S. 3 SGB VI: Mit dieser Regelung will es der Gesetzgeber den Arbeitsvertragsparteien ermöglichen, das Arbeitsverhältnis nach Erreichen der Regelaltersgrenze einvernehmlich für einen von vornherein bestimmten Zeitraum fortsetzen zu können. Gerade bei der Beschäftigung von Arbeitnehmern im Übergang zum Rentenalter haben in der Regel beide Arbeitsvertragsparteien ein Interesse daran, den Vertragsinhalt an die neue Situation anzupassen. Die Neuregelung sollte eine flexible und rechtssichere Grundlage für die Weiterarbeit schaffen (*Chandna-Hoppe*, Die Weiterbeschäftigung nach Erreichen des Rentenalters, S. 63). Die Gegenansicht würde aber zur Schaffung einer (weiteren) „befristungsrechtlichen Falle“ vor allem für kleine und mittlere Arbeitgeber führen. § 41 S. 3 SGB VI geht schließlich im Unterschied zu § 14 Abs. 2 1 TzBfG, der den erstmaligen Abschluss eines Arbeitsvertrags regelt und damit den Beginn des Vertragsverhältnisses, häufig den Beginn des Berufslebens überhaupt, markiert, von einer völlig anderen Sachlage aus, nämlich dem durch das Erreichen der Regelaltersgrenze typisierten Ende des Berufslebens (ArbG Karlsruhe v. 27.4.2016 – 3 Ca 22/16, BeckRS 2016, 118163). Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis ansonsten zulässigerweise enden würde, sind weniger schutzbedürftig. Eine Befristung nach § 41 S. 3 SGB VI setzt nicht das Bestehen eines Sachgrunds i.S.v. § 14 Abs. 1 TzBfG voraus. Im Gesetzeswortlaut finden sich keine Anhaltspunkte für ein Sachgrunderfordernis. Ein solches Erfordernis widerspräche auch dem Regelungszweck und machte die Vorschrift überflüssig.

Durch die Entscheidung des EuGH vom 28.2.2018 (C-46/17, ECLI:EU:C:2018:131 = NZA 2018, 355) ist geklärt, dass § 41 S. 3 SGB VI jedenfalls insoweit unionsrechtskonform ist, als die Vorschrift das Hinausschieben des Beendigungstermins ohne Änderung der sonstigen Arbeitsvertragsbedingungen ermöglicht. Der EuGH hat entschieden, dass die Regelung mit der RL 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vereinbar ist. § 41 S. 3 SGB VI könne nicht als Benachteiligung von Personen, die das Rentenalter erreicht haben, gegenüber Personen, die dieses Alter noch nicht erreicht haben, i.S.v. Art. 2 Abs. 2 der RL 2000/78/EG angesehen werden, da ein Arbeitnehmer,

der die Regelaltersgrenze erreicht hat, anders als jüngere Arbeitnehmer zwischen der Verlängerung des Arbeitsverhältnisses und dem völligen Ausscheiden aus dem Berufsleben wählen könne. Dem stehe nicht entgegen, dass die Arbeitsvertragsparteien das Ende des Arbeitsverhältnisses mehrfach und zeitlich unbegrenzt hinausschieben können. Diese Aspekte seien geeignet, den günstigen oder vorteilhaften Charakter der Regelung in § 41 S. 3 SGB VI zu bestätigen, da sie Modalitäten für die Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses darstellten, zu der es jedenfalls nur mit Zustimmung beider Vertragsparteien kommen könne, die erfolgen müsse, solange das Arbeitsverhältnis noch bestehe. Nach der Entscheidung ist die Regelung auch mit der Rahmenvereinbarung vereinbar. Der EuGH hat ausgeführt, es sei bereits zweifelhaft, ob eine Vereinbarung nach § 41 S. 3 SGB VI in den Anwendungsbereich der Rahmenvereinbarung falle. Sei dies der Fall, bestehe für eine Befristung nach § 41 S. 3 SGB VI jedenfalls ein sachlicher Grund i.S.v. § 5 Nr. 1 Buchst. a der Rahmenvereinbarung. Ein Arbeitnehmer, der das Regelalter für den Bezug der gesetzlichen Altersrente erreicht habe, unterscheide sich nicht nur hinsichtlich seiner sozialen Absicherung von anderen Arbeitnehmern, sondern auch dadurch, dass er sich regelmäßig am Ende seines Berufslebens befinde und deshalb im Hinblick auf die Befristung seines Vertrags nicht vor der Alternative stehe, in den Genuss eines unbefristeten Vertrags zu kommen. Zudem könne § 41 S. 3 SGB VI als zulässige Ausnahme von dem Grundsatz der automatischen Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen der Regelaltersgrenze angesehen werden (BAG v. 19.12.2018 – 7 AZR 70/17). Der EuGH hat weiterhin die Verantwortung der nationalen Gerichte betont, zu prüfen, inwieweit die Regelungen des nationalen Rechts „unter Berücksichtigung ihrer Anwendungsbedingungen und ihrer tatsächlichen Anwendung“ geeignet sind, Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge zu verhindern. Allerdings ist der EuGH ausweislich der Rn 56 seiner Entscheidung vom 28.2.2018 davon ausgegangen, dass im Rahmen einer Vereinbarung nach § 41 S. 3 SGB VI die übrigen Vertragsbedingungen in keiner Weise geändert werden können. Die Erwägungen des EuGH, mit denen er die Vereinbarkeit von § 41 S. 3 SGB VI mit dem Unionsrecht begründet, lassen sich jedoch gleichermaßen für ein Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts mit geänderten Arbeitsbedingungen fruchtbar machen (Kaufmann, ZESAR 2018, 502 [504]). Denn dass das Hinausschieben nach § 41 S. 3 SGB VI nur zu gänzlich unveränderten Arbeitsbedingungen zulässig sein soll, wovon der EuGH im Hinblick auf die ihm im Vorabentscheidungsverfahren mitgeteilte Auslegung der nationalen Norm ausgegangen ist, ist Teil der autonomen mitgliedstaatlichen Ausgestaltung. Auch beim Entfall des Erfordernisses des „unveränderten“ Hinausschie-

ben, das hier befürwortet wird, bleiben die tragenden Erwägungen des EuGH unberührt und die unionsrechtliche Bewertung unverändert.

Es ist auch nicht erkennbar, dass eine einvernehmliche Anpassung der Arbeitsbedingungen beim Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts das Risiko eines Missbrauchs befristeter Verträge begründen oder erhöhen würde (Kaufmann, ZESAR 2018, 502). Soweit im Einzelfall die durch § 41 S. 3 SGB VI eröffnete Möglichkeit, den Beendigungszeitpunkt mehrfach hinauszuschieben, durch beispielsweise zahlreiche und jeweils nur kurzfristige Fortsetzungsvereinbarungen überspannt werden sollte, wäre dem im Rahmen der unionsrechtlich ohnehin gebotenen Prüfung nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs zu begegnen (ArbG Karlsruhe v. 27.4.2016 – 3 Ca 22/16). (...)

• Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg vom 30.4.2020 – 3 Sa 98/19

**eingereicht von Rechtsanwältin Maria Dimartino
Im Faltergraben 4, 69509 Mörlenbach
Tel.: 0179/1081769
E-Mail: mail@jurvita.de, www.jurvita.de**

42. Entfristung und Entschädigung nach dem AGG für das Veröffentlichen von Fotos ohne Einverständniserklärung

Sachverhalt:

Die Klägerin begehrt Entfristung und Entschädigung wegen einer Diskriminierung nach dem AGG. Die Klägerin ist aufgrund eines schriftlichen Arbeitsvertrages seit dem 16.5.2016 bei der Beklagten zu einem Bruttomonatsgehalt von 5.009,04 EUR beschäftigt. Der Arbeitsvertrag ist nach § 14 Abs. 1 TzBfG für die Dauer der Ausarbeitung und Durchführung eines Förderprogramms für exzellente Nachwuchswissenschaftler/-innen in der Post Doc-phase befristet, längstens bis zum 15.5.2021. Die Klägerin arbeitet im H-Center der Beklagten als Post Doc-Koordinatorin. Die Klägerin koordiniert und konzipiert verschiedene Maßnahmen im neuen Post Doc-Programm der X, baut Strukturen zur Erfassung von Postdocs an der X auf, koordiniert und gestaltet Workshops und Kurse zur Einschätzung des Potenzials und zur Unterstützung der wissenschaftlichen Karriere von Postdocs und führt Individualberatung und Einzelcoachings durch. Weiterhin baut sie ein Netzwerk für spezifische Belange von Postdocs einschließlich dessen Pflege auf. Ob es sich dabei um eine Daueraufgabe handelt, ist streitig.

Anfang Januar 2018 fertigte die Beklagte auf Initiative des Bereichs Marketing Fotos an, auch von der Klägerin. Vor der Anfertigung wurde der Klägerin eine Einwilligungserklärung vorgelegt, die diese nicht unterzeichnete, sondern vielmehr an den Rand schrieb „nicht für

mein Aussehen“. Ob die Klägerin bei Aufnahme der Fotos erklärte, dass sie sich vorstellen könnte, Fotos für ihren Aufgabenbereich zur Verfügung zu stellen aber nicht zur Darstellung bezogen auf ihre ethnische Herkunft, ist streitig. Weiterhin ist streitig, ob bereits zu diesem Zeitpunkt darüber gesprochen wurde, dass die Klägerin nicht für eine Veröffentlichung in „bunte Gesellschaft“ abgelichtet werden wollte. Unter dem 23.2.2018 fand ein E-Mail-Verkehr mit Frau U statt, in dessen Rahmen der Klägerin die Bilder gezeigt wurden. Die Klägerin überließ die Auswahl Frau U. Im August 2019 wurde eine Broschüre veröffentlicht, mit einem Bild der Klägerin, das sie beim Unterrichten zeigt. Das Bild ist mit „internationalisation“ unterschrieben mit einem auf Englisch abgefassten Werbetext, der auf 550 Partnerschaften mit Universitäten weltweit verweist und auf 3600 ausländische Studenten, die derzeit an der X studierten. Auf dem Bild ist auch eine zuhörende Studentin mit Kopftuch abgebildet. Ob die Klägerin erst am 10.10.2019 im Aufenthaltsraum von der Broschüre Kenntnis nahm, ist streitig.

Unter dem 14. Oktober 2019 schrieb die Klägerin eine E-Mail an Frau M. und teilte mit, sie sei mit der Nutzung der Bilder nicht einverstanden. Unter dem 23. Oktober 2019 teilte Herr S. der Klägerin mit, die Fotos seien gelöscht worden und würden nicht mehr verwendet, die Druckmaterialien, in denen die Fotos verwendet wurden, könnten nicht mehr zurückgezogen werden. Unter dem 10. Dezember 2019 schrieb die Klägervertreterin an den Rektor der X und machte Ansprüche nach AGG gelten. Unter dem 24.1.2020 antwortete die X und teilte mit, die Broschüre sei zurückgerufen worden. Ansprüche wurden zurückgewiesen. Im Gütetermin war zwischen den Parteien unstreitig, dass das Arbeitsverhältnis entfristet worden wäre, wenn sie die behauptete Diskriminierung nicht zum Thema gemacht und Klage erhoben hätte.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Beklagte hat die Klägerin weiter zu beschäftigen, denn die Befristung ist unwirksam. Bei der Aufgabe, die der Klägerin übertragen ist, handelt es sich nach Auffassung des Gerichts um eine Daueraufgabe. Insbesondere ist die Befristung nicht nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz gerechtfertigt. Nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG liegt ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrags vor, wenn der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht. Ein vorübergehender Beschäftigungsbedarf in dem Betrieb oder der Dienststelle kann sowohl durch einen vorübergehenden Anstieg des Arbeitsvolumens im Bereich der Daueraufgaben des Arbeitgebers entstehen als auch durch die Übernahme eines Projekts oder einer Zusatzaufgabe, für deren Erledigung das vorhandene Stammpersonal

nicht ausreicht, oder daraus, dass sich der Arbeitskräftebedarf künftig verringern wird. Der Sachgrund setzt voraus, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist, dass nach dem vorgesehenen Vertragsende für die Beschäftigung des befristet eingestellten Arbeitnehmers in dem Betrieb oder der Dienststelle kein dauerhafter Bedarf mehr besteht. Hierüber hat der Arbeitgeber bei Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags eine Prognose zu erstellen, der konkrete Anhaltspunkte zugrunde liegen müssen. Die Prognose ist Teil des Sachgrunds für die Befristung. Die tatsächlichen Grundlagen für die Prognose hat der Arbeitgeber im Prozess darzulegen.

Die allgemeine Unsicherheit über die zukünftig bestehende Beschäftigungsmöglichkeit rechtfertigt die Befristung nicht. Eine solche Unsicherheit gehört zum unternehmerischen Risiko des Arbeitgebers, das er nicht durch Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags auf den Arbeitnehmer abwälzen darf. Der Arbeitgeber kann sich zur sachlichen Rechtfertigung eines befristeten Arbeitsvertrags auf eine Tätigkeit in einem zeitlich begrenzten Projekt nur dann berufen, wenn es sich bei den im Rahmen des Projekts zu bewältigenden Aufgaben um eine auf vorübergehende Dauer angelegte und gegenüber den Daueraufgaben des Arbeitgebers abgrenzbare Zusatzaufgabe handelt. Daueraufgaben des Arbeitgebers sind Tätigkeiten, die im Rahmen seiner unternehmerischen Ausrichtung ständig und im Wesentlichen unverändert anfallen. Davon abzugrenzen sind Zusatzaufgaben, die nur für eine begrenzte Zeit durchzuführen sind und keinen auf längere Zeit planbaren Personalbedarf mit sich bringen. Dies ist nicht der Fall bei Tätigkeiten, die der Arbeitgeber im Rahmen des von ihm verfolgten Betriebszwecks dauerhaft wahrnimmt oder zu deren Durchführung er verpflichtet ist. Für das Vorliegen einer Zusatzaufgabe bzw. eines Projekts spricht es regelmäßig, wenn dem Arbeitgeber für die Durchführung der in dem Projekt verfolgten Tätigkeiten von einem Dritten finanzielle Mittel oder Sachleistungen zur Verfügung gestellt werden. Allerdings kann auch die Durchführung zeitlich begrenzter Vorhaben zu den Daueraufgaben des Arbeitgebers gehören. Das kann der Fall sein, wenn die in diesen Vorhaben zu verrichtenden Tätigkeiten im Rahmen des von dem Arbeitgeber verfolgten Betriebszwecks ihrer Art nach im Wesentlichen unverändert und kontinuierlich anfallen und einen planbaren Beschäftigungsbedarf verursachen. Werden die Tätigkeiten hingegen entweder nur unregelmäßig ausgeführt oder sind sie mit unvorhersehbaren besonderen Anforderungen in Bezug auf die Qualifikation des benötigten Personals verbunden und verursachen sie deshalb keinen vorhersehbaren Personalbedarf sowohl in quantitativer Hinsicht als auch in Bezug auf die Qualifikation des benötigten Personals, handelt es sich um Zusatzaufgaben. Im Bereich der

Daueraufgaben kann sich der Arbeitgeber nicht dadurch Befristungsmöglichkeiten schaffen, dass er diese Aufgaben künstlich in „Projekte“ zergliedert. Kann der Arbeitgeber im Rahmen seines Betriebszwecks einen im Wesentlichen unveränderten Personalbedarf prognostizieren und einschätzen, ist es ihm regelmäßig verwehrt, den entsprechenden Arbeitsanfall unter Berufung auf die Grundsätze der Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG mit befristet beschäftigten Arbeitnehmern zu bewältigen. Wird ein Arbeitnehmer für die Mitwirkung an einem Projekt befristet eingestellt, muss im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu erwarten sein, dass die im Rahmen des Projekts durchgeführten Aufgaben nicht dauerhaft anfallen. Für eine solche Prognose des Arbeitgebers bedarf es ausreichend konkreter Anhaltspunkte. Die Prognose muss sich auf den durch die Beendigung des konkreten Projekts vorhersehbaren Wegfall des zusätzlichen Beschäftigungsbedarfs für den befristet eingestellten Arbeitnehmer beziehen. Es ist unerheblich, ob der befristet beschäftigte Arbeitnehmer nach Fristablauf aufgrund seiner Qualifikation auf einem freien Arbeitsplatz außerhalb des Projekts befristet oder unbefristet beschäftigt werden könnte.

Die Beklagte hat nicht dargelegt, welche Teile der Aufgabe der Klägerin in Zukunft wegfallen sollen. Es ist nicht einmal ersichtlich, zu welchem Anteil ihrer Tätigkeit die Klägerin mit der Konzeption des Projektes für exzellente Postdocs beschäftigt war. Es ist nicht vorgebracht, dass die Beklagte beabsichtigt, die Betreuungsleistung bezüglich der Postdocs etwa zu Beratung und Workshops einzuschränken oder dass dies jemals geplant war. Aus dem Internetauftritt der Beklagten und den vorgelegten Unterlagen ergibt sich vielmehr, dass die Beklagte auch weiterhin im Bereich der Postdoc-Förderung tätig sein wird. In welchem Umfang Aufgaben wegfallen, ist nicht ersichtlich. (...)

Die Klägerin hat Anspruch auf Zahlung von 5000 EUR. Der Anspruch ergibt sich als Entschädigung nach § 15 AGG oder als Schmerzensgeld nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO, § 823 BGB i.V.m. § 22 KUG. Dabei kann dahinstehen, ob die Frist des § 15 Abs. 4 AGG eingehalten ist. Geschieht die Diskriminierung im Arbeitsverhältnis, wird die Frist des § 15 Abs. 4 AGG ersetzt durch die Sechsmonatsfrist des § 37 TVL. (...) Die Beklagte hat unter Verstoß gegen die Datenschutzgrundverordnung und das Kunst- Urhebergesetz ein Bild der Klägerin in einem auf ihre Hautfarbe bezogenen Zusammenhang verwendet, ohne eine schriftliche Einverständniserklärung der Klägerin. Die Ethnie der Klägerin ist auf dem Bild die zentrale Aussage, denn es wird geworben für die Internationalität der Universität. Nach Auffassung der Kammer ist die Aussage des Bildes: Bei uns unterrichten und lernen Menschen aus aller Herren Länder. Für dieses Bild wäre eine Person mit weißer Hautfarbe nicht herangezogen worden. Das Bild der Klägerin wurde vielmehr gerade wegen ihrer Hautfarbe verwendet. Die Beklagte hätte die Klägerin nach § 26 Abs. 2 S. 3 DSGVO eine schriftliche Einwilligung abgeben lassen müssen und zuvor in Textform über den Zweck der Datenverarbeitung und ihr Widerspruchsrecht aufklären müssen. Im Arbeitsverhältnis ist § 22 KUG verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass die Einwilligung der Schriftform bedarf (BAG 8 AZR 1010/13). Die Klägerin ist auch nicht derartig untergeordnet auf dem Bild zu sehen, dass nach § 23 KUG eine schriftliche Einwilligung nicht erforderlich ist. (...)

• Arbeitsgericht Münster
vom 25.3.2021 – 3 Ca 391/20

**eingereicht von Prof. Dr. Thomas Hoeren, Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM) Universität Münster
Leonardo-Campus 9, 48149 Münster
Tel.: 0251/8338600
E-Mail: hoeren@uni-muenster.de, www.itm.nrw**

Bestandsschutz

43. Betriebsbedingte Kündigung – Auskunftspflicht hinsichtlich der Vergleichsgruppenbildung bei der Sozialauswahl

Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung sowie die Erteilung eines Zwischenzeugnisses. Der Kläger ist bei der Beklagten seit dem 28.6.2012 beschäftigt, zuletzt als Maschinenbediener/Maschineneinrichter in der Abteilung Vorschleiftechnik an einer sog. Agathon-Maschine zu einer durchschnittlichen Bruttomonatsvergütung i.H.v.

3.320,00 EUR. Die Beklagte produziert medizinische Instrumente und vertreibt diese weltweit. Sie beschäftigt in ihrem Betrieb in der Regel 344 Arbeitnehmer. In ihrem Betrieb ist ein neunköpfiger Betriebsrat eingerichtet. In der Abteilung Vorschleiftechnik werden in einem Raum in verschiedenen Gängen an verschiedenen Maschinen mindestens 15 Arbeitnehmer mit dem Schleifen von Stahl-Rohlingen beschäftigt.

Infolge der Corona-Krise verzeichnete die Beklagte einen erheblichen Auftragsrückgang und meldet ab April 2020 für ihren Betrieb bei der Bundesagentur für Arbeit

Kurzarbeit an, zunächst mit 50 % und später mit 70 %. Im Juni 2020 verhandelte die Beklagte mit ihrem Betriebsrat einen Sozialplan sowie einen Interessenausgleich mit Namensliste. Interessenausgleich und Namensliste waren fest miteinander verbunden. Gemäß der Namensliste sprach die Beklagte gegenüber 27 Arbeitnehmern am 29.6.2020 betriebsbedingte Kündigungen aus. Das Schreiben ist dem Kläger am 30.6.2020 zugegangen und spricht eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 30.9.2020 aus. (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Kündigung vom 29.6.2020 ist sozial ungerechtfertigt i.S.d. § 1 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 S. 1 KSchG. Gemäß § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG kann bei Vorliegen eines Interessenausgleiches mit Namensliste die vorgenommene soziale Auswahl nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Die Kammer geht mit dem Kläger davon aus, dass die von der Beklagten vorgenommene Sozialauswahl grob fehlerhaft war. Der Kläger hat mit seiner Klageschrift vom 10.7.2020 die Beklagte gemäß § 1 Abs. 3 KSchG aufgefordert mitzuteilen, welche Gründe zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben. Die diesbezügliche Auskunftspflicht besteht auch, wenn ein Interessenausgleich mit Namensliste geschlossen wurde. Die Beklagte hat die Auskunft jedoch nicht erteilt. Die Beachtung der Mitteilungspflicht ist zwar keine Wirksamkeitsvoraussetzung der betriebsbedingten Kündigung, ihre Verletzung wirkt sich aber auf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast aus. Der Kläger war nach eigenem Vortrag nicht in der Lage substantiiert zu einer etwaigen groben Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl vorzutragen. Aus diesem Grund hat er Mitteilung von der Beklagten verlangt. Schweigt der Arbeitgeber dann völlig und ergänzt seinen Vortrag auch nicht im Prozess, ist es als unstrittig zu bewerten, dass der Arbeitgeber soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt hat.

Vorliegend hat die Beklagte sich darauf berufen, der Kläger habe die grobe Sozialwidrigkeit nicht substantiiert dargelegt, ohne die vom Kläger begehrte Auskunft konkret zu erteilen, insbesondere hat sie in keiner Weise erläutert, wie sie die Vergleichsgruppe des Klägers gebildet hat. Sie hat sich lediglich darauf beschränkt, die Vergleichsgruppe des Klägers zu benennen, sie als „Abteilung Vorschleiftechnik“ bezeichnet und damit den Eindruck erweckt, in der Abteilung Vorschleiftechnik arbeiteten nur der Kläger und die Herren S und B. Den Sachvortrag des Klägers, wonach die Abteilung Vorschleiftechnik demgegenüber aus mindestens 15 Arbeitnehmern bestehe, die im Wesentlichen dieselbe Arbeit, nämlich das Schleifen von Stahl-Rohlingen verrichten, hat sie in der Folge unbestritten gelassen. Dieser war daher von der Kammer gem. § 138 Abs. 3 ZPO als unstrittig zu bewerten. Mit einer

unstreitig aus mindestens 15 Arbeitnehmern bestehenden Abteilung Vorschleiftechnik, in der im Wesentlichen gleiche Arbeiten verrichtet werden, hätte die Beklagte zumindest Auskunft darüber erteilen müssen, nach welchen sachlichen Kriterien in diesem erheblich vergrößerten Personenkreis die Vergleichsgruppe des Klägers bestimmt wurde. Dies hat sie jedoch nicht getan. Sie hat lediglich repetiert, dass der Kläger allein mit den sozial schutzwürdigeren Herren B und S vergleichbar sei und ohne jede Substanz behauptet, dass die Arbeitnehmer an den verschiedenen Maschinen nicht miteinander austauschbar seien. Damit hat sie es dem Kläger unmöglich gemacht darzulegen, dass die Vergleichsgruppenbildung ggf. willkürlich oder auf Grundlage sachfremder Erwägungen erfolgte und die darauf fußende Sozialauswahl grob fehlerhaft war.

Da die Kündigung bereits aus den vorstehend dargestellten Gründen unwirksam ist, kommt es auf etwaige weitere Unwirksamkeitsgründe nicht an. Des Weiteren kann der Kläger von der Beklagten die Erteilung eines qualifizierten Zwischenzeugnisses verlangen, denn durch den Ausspruch der Kündigung hat das Arbeitsverhältnis eine rechtliche Veränderung erfahren, die die Erteilung eines Zwischenzeugnisses – insbesondere vor dem Hintergrund des vorliegenden Kündigungsschutzprozesses – gebietet. Ein solches hat die Beklagte trotz Aufforderung des Klägers bis zum Kammertermin nicht erteilt. (...)

• Arbeitsgericht Mönchengladbach
vom 13.1.2021 – 6 Ca 1488/20

eingereicht von RA und FA für ArbR Prof. Dr. Jürgen Höser, KUBUS.LEGAL
Augustinusstraße 9d, 50226 Frechen
Tel.: 02234/250860, Fax: 02234/2508610
E-Mail: info@kubus.legal, www.kubus.legal

AG Entscheidung des Quartals (FAO-Campus)

44. Darlegungslast des Arbeitnehmers zur Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes, Vergütung von Überstunden und Schmerzensgeld aus Videoüberwachung

Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung, einen darauf beruhenden Weiterbeschäftigungsanspruch sowie Zahlungsansprüche für Überstunden und eine Geldentschädigung für die Videoüberwachung ihres Arbeitsplatzes. Die Klägerin ist seit Oktober 2018 als zahnmedizinische Fachangestellte beschäftigt. Sie leitete den Empfang und war nicht als Stuhlassistenz tätig. Die Praxis öffnet morgens um 08:00 Uhr, ab diesem Zeitpunkt beginnt die vergü-

tungspflichtige Arbeitszeit. Die Behandlungsräume sind seit Anfang 2019 mit Videokameras ausgestattet, die für Patienten und Mitarbeiter sichtbar angebracht sind. Die Übertragung erfolgt auf Monitoren, die von den Beschäftigten eingesehen werden können. Eine Aufzeichnung der Bilder erfolgt nicht. In der Praxis sind mindestens sechs Mitarbeiter in Vollzeit tätig, so auch die Klägerin selbst. In Teilzeit auf 450 EUR-Basis tätig sind zwei weitere Mitarbeiter mit wöchentlich sieben Stunden. Ob noch weitere Mitarbeiter tätig sind, ist streitig zwischen den Parteien. Mit Schreiben vom 29.11.2019 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis fristgerecht zum 31.12.2019. (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

(...) Das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis ist durch die Kündigung vom 29.11.2019 wirksam beendet worden. (...) Entsprechend besteht kein Anspruch der Klägerin auf Weiterbeschäftigung. (...) Die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes finden auf das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin deshalb keine Anwendung, weil die betrieblichen Voraussetzungen hinsichtlich der von der Beklagten beschäftigten Arbeitnehmer/innen nach der in § 23 KSchG vorgegebenen Anzahl nicht erfüllt sind. Bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer sind teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 20 Stunden mit 0,5 und nicht mehr als 30 Stunden mit 0,75 zu berücksichtigen. Im Betrieb des Beklagten werden regelmäßig zehn oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten beschäftigt. Für das Vorliegen der in § 23 Abs. 1 KSchG geregelten betrieblichen Geltungsvoraussetzungen des KSchG trägt nach ständiger Rechtsprechung des BAG der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast. Etwaigen Beweisschwierigkeiten des Arbeitnehmers ist nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast Rechnung zu tragen. (...) Der Arbeitnehmer genügt deshalb regelmäßig seiner Darlegungslast, wenn er – entsprechend seiner Kenntnismöglichkeiten – die für eine entsprechende Arbeitnehmerzahl sprechenden Tatsachen und die ihm bekannten äußeren Umstände schlüssig darlegt. Er muss regelmäßig zumindest – gegebenenfalls durch konkrete Beschreibung der Person – angeben, welche mehr als zehn Arbeitnehmer zum Kündigungszeitpunkt beschäftigt waren. (...) Die Klägerin hat die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des KSchG nicht ausreichend dargelegt. (...) Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch ist im Hinblick auf die Feststellung der Wirksamkeit der Kündigung (...) nicht gegeben. (...)

Der Klägerin steht kein Anspruch gemäß § 612 Abs. 1 BGB auf Zahlung von Überstundenvergütung in Höhe von 2.876,80 EUR brutto für die Leistung von 145

Überstunden im streitgegenständlichen Zeitraum zu 19,84 EUR je Stunde zu. Ist im Arbeitsvertrag – wie vorliegend – die Vergütung von Überstunden weder positiv noch negativ geregelt, kommt als Anspruchsgrundlage dafür § 612 Abs. 1 BGB in Betracht. Die Vorschrift des § 612 Abs. 1 BGB ist nach der Rechtsprechung des BAG, der sich die erkennende Kammer anschließt, entsprechend anzuwenden, wenn eine in bestimmter Höhe gewährte Arbeitsvergütung nicht den vollen Gegenwert für die erbrachte Dienstleistung darstellt, also (insbesondere) Überstunden oder Mehrarbeit auf diese Weise vergütet werden sollen (BAG, Urte. v. 16.5.2012 – 5 AZR 347/11). Nach § 612 BGB gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Die – objektive – Vergütungserwartung darf vorliegend unterstellt werden. Nach der Rechtsprechung des BAG gilt eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast. Die Prüfung, ob geltend gemachte Überstunden zu vergüten sind, ist in zwei Stufen vorzunehmen (BAG Urte. v. 26.6.2019 – 5 AZR 452/18). Die Arbeitnehmerin genügt der ihr obliegenden Darlegungslast für die Leistung von Überstunden – auf der ersten Stufe – dann, wenn sie schriftsätzlich vorträgt, an welchen Tagen sie von wann bis wann Arbeit geleistet oder sich auf Weisung des Arbeitgebers zur Arbeit bereitgehalten hat (BAG, Urte. v. 21.12.2016 – 5 AZR 362/16). Bereits auf dieser Ebene bestehen erhebliche Zweifel, ob die Klägerin ihrer Darlegungslast entsprechend vorgetragen hat. Denn sie benennt Zeiträume, ohne konkrete Angabe, an welchem Tag genau sie wie lange vor 08:00 Uhr ihren Dienst begonnen haben will. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, dem Zeitraum von Oktober 2018 bis einschließlich Dezember 2019 225 Arbeitstage, 30 Urlaubstage und 35 Krankentage taggenau zuzuordnen. (...) Denn auf der zweiten Stufe ist zu prüfen, ob dem Arbeitgeber etwaige Überstunden zurechenbar sind, also von ihm veranlasst worden sind (BAG, Urte. v. 26.6.2019 – 5 AZR 452/18). Denn der Arbeitgeber muss sich Leistung und Vergütung von Überstunden nicht aufdrängen lassen, und der Arbeitnehmer kann nicht durch überobligatorische Mehrarbeit seinen Vergütungsanspruch selbst bestimmen (BAG, Urte. v. 10.4.2013 – 5 AZR 122/12). Diese arbeitgeberseitige Veranlassung und Zurechnung ist neben der Überstundenleistung weitere Voraussetzung eines Anspruchs auf Überstundenvergütung: Überstunden müssen vom Arbeitgeber angeordnet, gebilligt, geduldet oder jedenfalls zur Erledigung der geschuldeten Arbeit notwendig gewesen sein (BAG, Urte. v. 10.4.2013 – 5 AZR 122/12). Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass geleistete Überstunden angeordnet, gebilligt, geduldet oder jedenfalls zur Erledigung der geschuldeten Arbeit erforderlich waren, trägt – grundsätzlich – die Arbeitnehme-

rin als diejenige, die den Anspruch erhebt (BAG, Urt. v. 10.4.2013 – 5 AZR 122/12).

Für eine ausdrückliche Anordnung von Überstunden muss die Arbeitnehmerin vortragen, wer wann auf welche Weise wie viele Überstunden angeordnet hat. Pauschale schlagwortartige Behauptungen, der Arbeitgeber habe „Überstunden angeordnet“, sind in diesem Zusammenhang nicht ausreichend. Unter Zugrundelegung der vorstehenden Anforderung erscheint es bereits fraglich, ob ihr Vortrag, sie müsse an den Besprechungen ab 07:30 Uhr teilnehmen, diesen Anforderungen genügt. Der Arbeitsvertrag sah ursprünglich eine 36 Stunden-Woche vor, später wurde die Arbeitszeit auf 34 Stunden reduziert. Hätte der Arbeitgeber von ihr täglich 30 Minuten Arbeitszeit mehr verlangt, wäre dies nicht ohne eine klare Anordnung vonstatten gegangen. Hierzu fehlt jedoch eine präzise Wiedergabe der entsprechenden Arbeitgeberweisung. Entscheidend für die Kammer ist jedoch, dass die Klägerin kein Beweismittel angeboten hat für den Ausspruch der Arbeitsanordnung durch den Beklagten. (...)

Ebenfalls nicht begründet ist der Anspruch auf Schmerzensgeld aus Anlass der behaupteten Videoüberwachung. Der klägerische Anspruch auf eine Geldentschädigung gründet sich nicht auf § 823 Abs. 1 BGB. Nach dieser Vorschrift muss ein Schädiger Schadensersatz leisten, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, und der geltend gemachte Schadensersatz auf der schuldhaften Rechtsverletzung beruht. Durch die Installation und Nutzung der Videokameras im Praxisbereich könnte der Beklagte zwar ein sonstiges Recht i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB verletzt haben, nämlich das grundrechtlich geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht der Klägerin. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst unter anderem das Recht am eigenen Bild. Es gehört zum Selbstbestimmungsrecht eines jeden Menschen darüber zu entscheiden, ob Filmaufnahmen von ihm gemacht und möglicherweise verwendet werden dürfen. Die Bestimmungen des BDSG über die Anforderungen an eine zulässige Datenverarbeitung konkretisieren und aktualisieren den Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und am eigenen Bild. Das durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 8 Abs. 1 EMRK gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht ist auch im Privatrechtsverkehr und damit insbesondere auch im Arbeitsverhältnis zu beachten. Ein auf § 823 Abs. 1 BGB gestützter Anspruch auf Geldentschädigung wegen einer schweren Persönlichkeitsrechtsverletzung kommt jedoch nur in Betracht im Fall einer Persönlichkeitsrechtsverletzung. Ob eine so schwerwiegende Verletzung des Persönlichkeitsrechts vorliegt, dass die Zahlung einer Geldentschädigung er-

forderlich ist, kann nur aufgrund der gesamten Umstände des jeweiligen Einzelfalls beurteilt werden. Hierbei sind im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung insbesondere die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, ferner der Anlass und die Beweggründe des Handelnden sowie der Grad des Verschuldens zu berücksichtigen. Je intensiver die Verletzung der Vorgaben des BDSG ist, desto eher kann man von einer schwerwiegenden Verletzung des Persönlichkeitsrechts sprechen, die eine Entschädigungspflicht auslöst.

Vorliegend lässt sich ein derart schwerwiegender Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Klägerin anhand der mitgeteilten Fakten nicht feststellen. Zunächst ist davon auszugehen, dass die Videokameras vornehmlich in Behandlungsräumen der Praxis für alle sichtbar angebracht wurden. Nach § 4 Abs. 1 Ziff. 3 BDSG ist die Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optisch-elektronischen Einrichtungen zulässig, soweit sie zur Wahrung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke erforderlich ist und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass schutzwürdige Interessen der betroffenen Personen überwiegen. Der Beklagte trägt für die Kammer nachvollziehbar vor, dass die Installation der Videokameras dem Schutz der Patienten dienen soll. Dass dieser Fürsorgegedanke im Vordergrund steht, relativiert etwaige Beeinträchtigungen der betroffenen Mitarbeiter. Denn die Kameras werden regelmäßig auf den Behandlungsstuhl ausgerichtet sein, der Arbeitsplatz der Stuhlassistenz erstreckt sich jedoch auf ein größeres Terrain, so dass sie nicht ständig vom Bild erfasst ist. Gerade im Fall der Klägerin ist dies von Gewicht, da sie unwidersprochen im Empfang eingesetzt war. Hinzu kommt, dass die erhobenen Daten unstreitig nicht aufgezeichnet werden, sie sind mit der Übertragung auf dem Monitor bereits wieder gelöscht. Auch hat die Klägerin während der gut zwölf Monate ihrer Beschäftigung bei dem Beklagten offensichtlich keinen Anlass gehabt, gegen die Videoaufzeichnung zu opponieren. Soweit die Klägerin behauptet, durch die installierten Videokameras einer erheblichen Belastung ausgesetzt worden zu sein, ist diese Behauptung nicht konkret, um von einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ausgehen zu können. (...)

• Arbeitsgericht Aachen
vom 29.10.2020 – 2 Ca 3982/19

eingereicht von RA und FA für ArbR, VerkR und InsR Markus Jentgens, Bürogemeinschaft Pfeil, Jentgens & Kollegen
Rathausstraße 16a, 52222 Stolberg
Tel.: 0240295540, Fax: 02402955410
E-Mail: jentgens@providas.de, www.pfeil-jentgens.de

45. Kündigung wegen Corona-Quarantäne auch außerhalb der Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes unwirksam

Sachverhalt:

Der Arbeitnehmer befand sich auf telefonische Anordnung des Gesundheitsamts im Oktober 2020 als Kontaktperson des positiv auf Covid-19 getesteten Bruders seiner Freundin in häuslicher Quarantäne. Hierüber informierte der Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber, einen kleinen Dachdeckerbetrieb. Der Arbeitgeber bezweifelte diese Quarantäneanordnung und vermutete, der Arbeitnehmer wolle sich lediglich vor der Arbeitsleistung „drücken“. Er verlangte eine schriftliche Bestätigung des Gesundheitsamtes, die der Arbeitnehmer auch beim Gesundheitsamt telefonisch einforderte. Als diese schriftliche Bestätigung des Gesundheitsamtes auch nach mehreren Tagen noch nicht vorlag, kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis. Das ArbG hat der Kündigungsschutzklage stattgegeben.

Aus den Entscheidungsgründen:

Der Kündigungsschutzantrag war begründet. (...) Der Kläger war zum Zeitpunkt der Kündigung beim Beklagten noch nicht mehr als sechs Monate beschäftigt, (...). Mithin bedurfte die streitgegenständliche Kündigung für ihre Rechtswirksamkeit grundsätzlich keiner sozialen Rechtfertigung in Form der Erforderlichkeit eines Kündigungsgrundes gemäß § 1 KSchG. Aus der Nichtanwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes folgt jedoch nicht die grenzenlose Zulässigkeit von Kündigungen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts, der sich auch die hiesige erkennende Kammer anschließt, ist auch bei Nichtanwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes der Arbeitnehmer jedenfalls vor willkürlichen Kündigungen geschützt. Als Ausfluss der zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138 BGB sowie 242 BGB hat ein Arbeitgeber auch bei Nichtanwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes bei Ausspruch von Kündigungen ein Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme zu beachten. Willkürliche Kündigungen und Kündigungen, die auf sachfremden Motiven beruhen, verstoßen gegen das Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden sind damit auch außerhalb der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes in den ersten sechs Monaten eines Arbeitsverhältnisses bzw. im Kleinbetrieb unzulässig. Insofern wird der verfassungsrechtlich gebotene Mindestschutz des Arbeitnehmers vor Kündigungen außerhalb der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes durch die zivilrechtlichen Generalklauseln garantiert.

Hiervon ausgehend war die vorliegend streitige Kündigung als auf sachfremden Motiven beruhende willkürliche Kündigung rechtsunwirksam gem. §§ 138 BGB, 242 BGB. Die vorliegende Kündigung wurde im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit einer behördlich angeordneten Quarantäne im Zusammenhang mit der derzeitigen Covid19-Pandemie ausgesprochen.

Dies allein führt noch nicht zur Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung außerhalb der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes. Ein Kündigungsausschluss in Form eines „Sonderkündigungsschutzes“ oder Ähnlichem für Kündigungen während einer behördlich angeordneten Quarantäne ist gesetzlich nicht vorgesehen. Es gibt für eine behördlich angeordnete Quarantäne auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes weder einen ausdrücklichen zeitlichen gesetzlichen Sonderkündigungsschutz, etwa vergleichbar mit § 2 Abs. 1 Arbeitsplatzschutzgesetz, wonach die Kündigung eines Arbeitnehmers während des Wehrdienstes ausgeschlossen ist, noch einen etwa mit § 613 Abs. 4 BGB vergleichbaren kausalen Sonderkündigungsschutz, vergleichbar mit dem Verbot einer Kündigung, die wegen eines Betriebsübergangs ausgesprochen wurde. Unter Anwendung der zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB ergibt sich jedoch, dass eine Kündigung im unmittelbaren zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit einer behördlich angeordneten häuslichen Covid19-Quarantäne sich jedenfalls dann als Kündigung aus sachfremden Motiven und im Ergebnis als willkürliche Kündigung erweist, wenn der Arbeitgeber – wie vorliegend – aufgrund des verzögerten Eingangs einer schriftlichen behördlichen Bestätigung der Quarantäne diese bezweifelt und den Arbeitnehmer insofern der Drucksituation aussetzt, entweder gegen die behördliche Quarantäne zu verstoßen oder aber seinen Arbeitsplatz zu verlieren.

Zum Zeitpunkt des hiesigen Kündigungssachverhalts war die Corona-Quarantäneverordnung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 12.2.2021, welche die zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung die maßgeblichen Detail-Bestimmungen zur behördlichen Quarantäne auf Grundlage von § 30 des Infektionsschutzgesetzes regelt, noch nicht in Kraft. Auch nach damaliger Rechtslage im Oktober 2020 bestand jedoch bereits nach allgemeinem Polizei- und Ordnungsrecht, insbesondere den §§ 28, 30 Infektionsschutzgesetz die Möglichkeit der behördlichen Anordnung der „Absonderung“ von „Ansteckungsverdächtigen“ zur Verhinderung der Verbreitung der Übertragbarkeit ansteckender Krankheiten. Eine derartige Anordnung der örtlichen Gesundheitsbehörden bedurfte nicht zwingend einer Schriftform, sondern konnte grundsätzlich auch mündlich angeordnet werden, was hinsichtlich der telefonischen Information von „Kontaktpersonen“ eines positiv auf SARS-CoV-2 Getesteten auch der Üblichkeit entsprach. Die Nichtbeachtung einer sofort vollziehbaren behördlichen Anordnung konnte strafbewährt sein (§ 75 IfSG). Insofern bestand für den hiesigen Kläger die Situation, bereits die mündliche Anordnung der

häuslichen Quarantäne befolgen zu müssen und bei Nichtbeachtung möglicherweise eine Straftat zu begehen. Dass die schriftliche Anordnung der Quarantäne ihn erst mit mehreren Tagen Verzögerung erreichte, war nicht seinem Verantwortungsbereich zuzurechnen, sondern der pandemiebedingten Überlastungssituation der Gesundheitsämter im Oktober 2020 geschuldet. Andererseits musste der Kläger bei Beachtung der häuslichen Quarantäne ohne schriftlichen Nachweis der diesbezüglichen behördlichen Anordnung den Verlust seines Arbeitsplatzes fürchten, wie ihm der Beklagte in der zur Gerichtsakte gereichten WhatsApp-Kommunikation deutlich gemacht hat.

Eine in dieser Konstellation ausgesprochene Kündigung erweist sich auch außerhalb der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes als rechtsunwirksame willkürliche Kündigung aus sachfremden Motiven. Aus dem Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden, welches im Rahmen der Generalklauseln nach § 138 BGB i.V.m. § 242 BGB zu berücksichtigen ist, ergibt sich, dass es von der Rechtsordnung nicht hingenommen werden kann, wenn ein Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz allein deswegen verliert, weil eine behördliche Quarantäne-Anordnung aufgrund der Covid19-Pandemie, die dem Arbeitnehmer zunächst nur mündlich übermittelt wird und deren schriftliche Bestätigung aufgrund der Überlastung der Gesundheitsämter im Zusammenhang mit der Kontaktverfolgung von Covid19-Infizierten erst deutliche Zeit später erfolgt. Denn insofern handelt es sich um einen zeitlichen Ablauf, auf den der Kläger nicht den geringsten Einfluss hatte. Es handelt sich auch nicht um einen atypischen Verlauf, sondern um einen auch bei anderen Gesundheitsämtern in Anbetracht der starken Belastungssituation der Gesundheitsämter im Zusammenhang mit der Kontaktnachverfolgung im Oktober 2020 zu Beginn der sogenannten „zweiten Welle“ der Corona-Pandemie typischen Verlauf. Genauso wie es für den Kläger eine persönliche Belastung ist, aufgrund einer behördlich angeordneten Quarantäne über einen erheblichen Zeitraum seine Wohnung nicht verlassen zu können, stellt es für den Beklagten eine Belastung dar, in diesem Zeitraum nicht über die Arbeitskraft des Klägers verfügen zu können, da für die Tätigkeit des Klägers als Monteur/Dachdecker die Verlagerung der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit während der Dauer der Quarantäne ins Homeoffice ersichtlich ausschied. Insofern handelt es sich jedoch um besondere Belastungen im Zusammenhang mit der Covid19-Pandemie, welche die Rechtsordnung den Parteien bewusst zumutet. So wie einerseits dem Kläger insbesondere das Grundrecht auf Freizügigkeit durch die Quarantäneanordnung beschränkt wird, verlangt die Rechtsordnung andererseits vom Arbeitgeber, dass dieser während einer häuslichen Quarantäne seines Arbeitnehmers (jeden-

falls sofern keine Homeoffice-Möglichkeit besteht) auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verzichten muss. Insofern wird dem Arbeitgeber hier nicht mehr zugemutet als in der Konstellation, in der ein Arbeitnehmer etwa kurzfristig wegen Arbeitsunfähigkeit ausfällt. Im Gegenteil ist der Arbeitgeber bei einer behördlich angeordneten Quarantäne sogar finanziell noch wesentlich besser gestellt, da er anders als bei einer grundsätzlich vom Arbeitgeber für sechs Wochen zu leistenden Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gemäß § 56 Abs. 5 S. 3 IfSG die Möglichkeit hat, die an den Arbeitnehmer ausgezahlte Vergütung während der behördlich angeordneten Quarantäne vollständig behördlich erstattet zu bekommen. Es wäre geradezu paradox, wenn dem Arbeitnehmer in dieser Konstellation noch zusätzlich ein „Sonderopfer“ abverlangt würde, dass dieser aufgrund der Quarantäne auch noch seinen Arbeitsplatz verliert, wohingegen der Arbeitgeber privilegiert würde, dass er sich bei einer Quarantäne einfach sofort vom Arbeitnehmer trennen und diesen durch einen anderen, sofort einsatzfähigen (und insbesondere nicht unter Quarantäne stehenden) Arbeitnehmer ersetzen könnte.

Insofern stellt sich die unmittelbar aufgrund einer behördlich angeordneten Covid19-Pandemie ausgesprochene Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes bereits aus diesem Grund regelmäßig als rechtswidrig dar und verstößt gegen das Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden und ist von der Rechtsordnung nicht hinzunehmen. Dass die vorliegende Kündigung nicht unmittelbar aufgrund der behördlich angeordneten Quarantäne, sondern aus anderen Beweggründen ausgesprochen worden sei, ist im hiesigen Sachverhalt abwegig. Der Beklagte beruft sich zwar völlig pauschal darauf, er habe die Kündigung ausgesprochen, weil er mit der Arbeitsleistung des Klägers nicht zufrieden gewesen sei. Dies wird jedoch in keiner Weise näher konkretisiert und die klägerseitig vorgelegte umfangreiche WhatsApp-Kommunikation der Parteien spricht eine deutlich andere Sprache. Der Beklagte teilt hier in keiner Weise mit, dass er künftig mit dem Kläger nicht mehr zusammenarbeiten wolle, weil er mit dessen Arbeitsleistung unzufrieden sei, sondern im Gegenteil wollte er ja gerade, dass der Kläger arbeiten kommen solle. Er unterstellte dem Kläger in diesem Zusammenhang lediglich das „Vortäuschen einer behördlichen Quarantäneanordnung“.

In diesem Zusammenhang war im Rahmen der bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit einer Kündigung nach § 138 BGB vorzunehmenden Gesamtbetrachtung auch zu Lasten des Beklagten zu berücksichtigen, dass dieser den Kläger vorliegend sogar ausdrücklich aufgefordert hat, die behördlich angeordnete Quarantäne zu missachten und zu brechen, zunächst um seine Arbeitsleistung zu erbringen, später, unmittelbar

nach der Kündigung, um sein Fahrrad beim Beklagten abzuholen, das der Beklagte offenbar aus für die Kammer nicht näher nachvollziehbaren und dem Gericht auch von den Parteien nicht näher dargelegten Gründen möglichst schnell loswerden wollte. Hinsichtlich der Abholung des Fahrrades hat der Beklagte den Kläger sogar offen und ausdrücklich zum Bruch der Quarantäne und zur „sofortigen“ Abholung des Fahrrades noch vor Ablauf der Quarantäne aufgefordert. Hinsichtlich des vorherigen Wunsches des Beklagten, dass der Kläger sein häusliches Umfeld zum Zwecke der Arbeitsleistung verlassen sollte, ergibt sich dies jedenfalls aus dem Kontext der zur Gerichtsakte gereichten WhatsApp-Kommunikation. Der Beklagte führt hier ausdrücklich aus: „Es gibt Regeln, dass innerhalb 48 Stunden das vorliegt. Ich warte da nicht drauf.“ Nachdem der Beklagte zuvor seinen Unmut darüber zum Ausdruck gebracht hatte, dass der Kläger weiterhin nicht zur Arbeitsleistung erschien und auch keine Bescheinigung des Gesundheitsamts vorgelegt hat, konnte der Kläger das „Ich warte da nicht drauf“ nur so verstehen, dass der Beklagte ihm die Kündigung des Arbeitsverhältnisses androhte, wenn er weiterhin unter Berufung auf die Quarantäne-Anordnung nicht zur Arbeitsleistung erschien. Das spätere Verhalten des Beklagten, in Form des tatsächlichen Ausspruchs der Kündigung und der weiteren „Sanktionierung“ des Klägers durch die Aufforderung zur Abholung des Fahrrads auch nach Ausspruch der Kündigung im erneuten unmittelbaren Zusammenhang mit der Nichtvorlage einer Bescheinigung am 29.10.2020 („Leider liegt nix vor, bitte hole dein Fahrrad ab. (...) Es gibt keine Bescheinigung über angeordnete Quarantäne von dir. Ich war heute beim Anwalt. Hol es ab bis morgen (...) Du bist verpflichtet, es zu holen, sonst kann ich es auf deine Kosten einlagern. Und eine Bescheinigung muss vorliegen. War extra heute beim Anwalt wegen euch

Schwänzern“.) spricht ebenfalls eindeutig für einen derartigen Kausalzusammenhang. Verbunden hat der Beklagte dies mit nicht angemessenen, wüsten Beleidigungen und Beschimpfungen des Klägers und dessen Familie. Insgesamt erweckt der Beklagte in der vorgelegten WhatsApp-Kommunikation den Eindruck, den Kläger aus einem Gefühl der „Stärke und Überlegenheit“ eines Arbeitgebers gegenüber einem Arbeitnehmer im Kleinbetrieb außerhalb der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzes im Zusammenhang mit der Kündigung noch zusätzlich erniedrigen und demütigen zu wollen. Gerade dies kann im Kleinbetrieb außerhalb der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes geeignet sein, die Sittenwidrigkeit einer Kündigung zu begründen.

Auch konnte sich der Beklagte dem klägerischen Vorwurf nicht erwehren, durch sein Verhalten möglicherweise am Kläger „ein Exempel statuieren“ zu wollen. Im Zuge der Covid-19-Pandemie war aus Arbeitgebersicht zum Kündigungszeitpunkt zu befürchten, dass möglicherweise gegenüber noch weiteren Arbeitnehmern seines Betriebes behördliche Quarantäne-Maßnahmen angeordnet werden könnten. Wenn der Beklagte nun bereits am Exempel des Klägers deutlich machte, dass derjenige, der wegen einer behördlichen Quarantäne-Anordnung seine Arbeitsleistung nicht erbringt, mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu rechnen hatte, liegt nahe, dass dies den Druck auf die Arbeitnehmer ausüben würde, künftig eigene Quarantänemaßnahmen zu missachten und demgegenüber die – eigentlich behördlich verbotene – Arbeitsleistung für den Beklagten vorzuziehen. Dass ein derartiges Arbeitgeberverhalten evident gegen die Rechtsordnung und das Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden verstößt, bedarf keiner näheren Ausführung. (...)

• Arbeitsgericht Köln
vom 15.4.2021 – 8 Ca 7334/20

Betriebsverfassungsrecht / Personalvertretungsrecht

46. Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Einführung von „mobile working“

Sachverhalt:

Der Betriebsrat und der Arbeitgeber streiten im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens über die Unterlassung der Durchführung des Arbeitsmodells „mobiles Arbeiten“, welches anlässlich der gegenwärtigen Pandemielage eingeführt wurde, um Arbeitnehmer vor Infektionen am Arbeitsplatz zu schützen. (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Beschwerde des Betriebsrats hat keinen Erfolg. (...) Die gem. § 928 ZPO glaubhaft gemachten Gesamtumstände lassen es bei Abwägung der beiderseitigen Belange nicht nötig erscheinen, zur Abwendung wesentlicher Nachteile eine sofortige Regelung zu treffen. Ein Verfügungsgrund i.S.d. § 940 ZPO liegt vor, wenn die Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Da im Entscheidungsfall sowohl hinsichtlich der Unterlassungsansprüche als auch hinsichtlich des geltend gemach-

ten Auskunftsanspruchs eine Befriedigungsverfügung begehrt wird und wegen der Besonderheiten des Beschlussverfahrens, ist eine Interessenabwägung erforderlich. Dabei ist die Eindeutigkeit der Rechtslage von erheblicher Bedeutung. Die Anforderungen an den Verfügungsgrund können umso geringer sein, je schwerer und offenkundiger sich die bestehende Rechtsverletzung darstellt. Ist der geltend gemachte Verfügungsanspruch zweifelhaft, jedenfalls nicht zweifelsfrei anzunehmen und kommt deswegen im Hauptsacheverfahren eine diesen Anspruch ablehnende Entscheidung in Betracht, so ist im Rahmen der Interessenabwägung für den geltend gemachten Anspruch in der Regel ein Verfügungsgrund abzulehnen. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, inwieweit der Arbeitgeber die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats missachtet und durch sein Handeln vollendete Tatsachen schafft, so dass die Besorgnis gerechtfertigt ist, die Verwirklichung des Rechts werde ohne alsbaldige einstweilige Verfügung vereitelt oder wesentlich erschwert. Dies bedeutet aber nicht, dass ein Verfügungsgrund schon dann vorliegt, wenn bei einer auf Dauer gerichteten Maßnahme Mitbestimmungsrechte für die verstrichene Zeit nicht mehr ausgeübt werden können.

Das durch eine Unterlassungsverfügung zu sichernde Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ist kein subjektives absolutes Recht, welches um seiner selbst willen gegeben ist. Zwar ist dem Betriebsrat die Ausübung des Mitbestimmungsrechts aus eigenem Recht und im eigenen Namen zugewiesen. Es handelt sich aber um eine Berechtigung, deren Ausübung dazu dient, zum Schutz der Arbeitnehmer mitgestaltend tätig zu werden. Als gewähltes Kollektivorgan hat der Betriebsrat die Aufgabe, die Interessen der Belegschaft eines Betriebs wahrzunehmen. Für die Feststellung eines Verfügungsgrundes kommt es mithin auch, aber nicht in erster Linie, darauf an, ob dem Betriebsrat die Ausübung seiner Mitbestimmungsrechte ganz oder jedenfalls für die Vergangenheit unmöglich gemacht wird. Ausschlaggebend ist letztlich, ob für die Zeit bis zum Inkrafttreten einer mitbestimmten Regelung, der bezweckte notwendige Schutz der Arbeitnehmer gefährdet oder vereitelt wird. Die gebotene Abwägung führt zu dem Ergebnis, dass die Interessen des Betriebsrats bzw. der Arbeitnehmerschaft die Interessen der Arbeitgeberinnen nicht überwiegen. Dem Betriebsrat stehen weder die geltend gemachten Unterlassungsansprüche noch der Auskunftsanspruch zweifelsfrei zu.

Eine die Ansprüche ablehnende Entscheidung in einem etwaigen Hauptsacheverfahren kommt ernsthaft in Betracht. Die Rechtslage betreffend die geltend gemachten Unterlassungsansprüche ist nicht eindeutig. Bei der Entscheidung der Arbeitgeberinnen, „mobile working“ einzuführen, dürfte das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nicht eingreifen. Die Ein-

führung des Arbeitsmodells ist untrennbar mit der Erbringung der Arbeitsleistung verknüpft und gehört damit zum mitbestimmungsfreien Arbeitsverhalten. Dieses ist berührt, wenn der Arbeitgeber näher bestimmt, welche Arbeiten auszuführen sind und in welcher Weise das geschehen soll. Weisungen, mit denen die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisiert wird, unterliegen nicht der Mitbestimmung. Die im Vorfeld der Einführung des Arbeitsmodells in Erwägung zu ziehenden Beteiligungsrechte des Betriebsrats rechtfertigen keinen Unterlassungsanspruch. Unterlassungsansprüche ergeben sich auch nicht aufgrund der personellen Umsetzung des „mobile working“. Dem Betriebsrat steht kein allgemeiner, von den Voraussetzungen des § 23 Abs. 3 BetrVG unabhängiger Unterlassungsanspruch zur Seite, um zukünftig gegen §§ 99 Abs. 1 oder 100 Abs. 2 BetrVG verstoßende personelle Einzelmaßnahmen zu verhindern und die Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs nach § 23 Abs. 3 BetrVG sind jedenfalls nicht zweifelsfrei gegeben.

Von einer groben Pflichtverletzung kann entgegen der Auffassung des Betriebsrats nicht ohne Weiteres ausgegangen werden. Ob das bei den Arbeitgeberinnen praktizierte „mobile working“ eine mitbestimmungspflichtige Versetzung i.S.v. §§ 99 Abs. 1, 95 Abs. 3 BetrVG darstellt, ist bislang gerichtlich nicht festgestellt und es liegt auch nicht auf der Hand. Um eine „Zuweisung“ eines „anderen Arbeitsbereichs“ gem. § 95 BetrVG handelt es sich, wenn sich das Gesamtbild der bisherigen Tätigkeit des Arbeitnehmers so verändert hat, dass die neue Tätigkeit vom Standpunkt eines mit den betrieblichen Verhältnissen vertrauten Beobachters als eine „andere“ anzusehen ist. Die derzeit erkennbare konkrete Ausgestaltung des „mobile working“ lässt daran Zweifel aufkommen. Nach der E-Mail der Personalleiterin vom 30.3.2020 und dem Entwurf einer „Betriebsvereinbarung zur vorübergehenden Einführung von mobilem Arbeiten“ wird unter Ziffer II, III Nr. 3, 4 den Mitarbeitern die Wahlmöglichkeit eingeräumt, darüber zu entscheiden, ob sie mobil oder in der Betriebsstätte arbeiten möchten. Zudem soll der Schwerpunkt der Leistungserbringung weiterhin in der Betriebsstätte liegen, denn das mobile Arbeiten soll in der Regel für eine Woche vereinbart werden und nur im Bedarfsfall verlängert werden können. (...)

Aus den Regelungen der „Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit“ betreffend die Erfassung der Arbeitszeit folgt entgegen der Auffassung des Betriebsrats kein Unterlassungsanspruch, der sich gegen die Durchführung des Arbeitsmodells „mobile working“ schlechthin richtet. Der Betriebsrat hat einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Durchführung der getroffenen Vereinbarung und auf Unterlassung vereinbarungswidriger Maßnahmen. Eine Regelung über die Zulässigkeit der Einführung des Arbeitsmodells enthält die Betriebsver-

einbarung indessen nicht und sie kann auch nicht etwa aus der Regelung in § 16 der Betriebsvereinbarung hergeleitet werden, wonach „Buchungen am Terminal mit dem Mitarbeiterausweis erfolgen“. Diese Art der Arbeitszeiterfassung gilt erkennbar nur für den Regelfall, dass die Arbeitnehmer die Arbeitsleistung in der Betriebsstätte erbringen. Für eine Absprache der Arbeitszeiterfassung während der Phase des „mobile working“ gab es seinerzeit keine Veranlassung, da das Arbeitsmodell noch nicht praktiziert wurde. Da § 16 der Betriebsvereinbarung keine ausdrückliche Regelung über die Art und Weise der Arbeitszeiterfassung betreffend das Arbeitsmodell „mobile working“ enthält, ist es eine Frage der Auslegung der Betriebsvereinbarung wie in diesen Fällen zu verfahren ist. Ob das Auslegungsergebnis die von den Arbeitgeberinnen vorgeschriebene Handhabung der Zeiterfassung (Mitteilung der Arbeitszeit an den zuständigen Sachbearbeiter) deckt, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Jedenfalls spricht die Rechtslage nicht eindeutig für ein betriebsvereinbarungswidriges Verhalten der Arbeitgeberinnen. Das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG bleibt auf jeden Fall unberührt, da die in der Betriebsvereinbarung getroffenen Absprachen betreffend Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage während des „mobile working“ unverändert gelten. Dementsprechend haben die Arbeitgeberinnen die Arbeitnehmer auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Regelungen der Betriebsvereinbarung und des Arbeitszeitgesetzes zu beachten sind.

Die vom Betriebsrat schlagwortartig genannten Mitbestimmungsrechte aus § 87 Nr. 6 u. 7 BetrVG könnten zwar bei der Ausgestaltung des „mobile working“ relevant werden. Es gibt aber keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, dass sie der Durchführung des Arbeitsmodells „mobile working“ entgegenstehen. Insbesondere verwenden die Arbeitnehmer dieselbe technische Ausstattung, die sie in der Betriebsstätte auch genutzt haben. Neue technische Einrichtungen wurden nicht eingeführt. Soweit der Betriebsrat die gerichtliche Untersagung begehrt, dass die Arbeitgeberinnen von den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern verlangen, vor Betreten des Betriebs während der betriebsüblichen Arbeitszeit hierzu die Erlaubnis des jeweiligen Vorgesetzten einzuholen und ohne Vorliegen dieser Erlaubnis den Zugang zum Betrieb zu verwehren, handelt es sich um einen Globalantrag, der auch Fälle erfasst, in denen dem Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht zusteht. Es ist den Arbeitgeberinnen nicht verwehrt, ohne Beteiligung des Betriebsrats aufgrund ihres Hausrechts gegenüber Arbeitnehmern ein „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ auszusprechen, wenn sie in ihrer

Freizeit das Betriebsgelände betreten möchten, ohne damit einen dienstlichen Zweck zu verfolgen.

Gegenstand des Mitbestimmungsrechts gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ist das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer, das der Arbeitgeber kraft seines Direktionsrechts oder seiner Organisationsbefugnis durch das Aufstellen von Verhaltensregeln oder sonstigen Maßnahmen koordinieren kann. Im Übrigen haben die Arbeitgeberinnen entgegen der Annahme des Betriebsrats eine derart weitreichende Anordnung zu keiner Zeit getroffen. Soweit die Arbeitnehmer ihre Arbeitsleistung in der Betriebsstätte erbringen, müssen sie keineswegs eine Erlaubnis für den Zugang zum Betrieb erwirken. Vielmehr gilt das „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ nur in der Phase des „mobile working“. Hinsichtlich des Auskunftsbegehrens des Betriebsrats ist die Rechtslage ebenfalls nicht eindeutig. Letztlich will der Betriebsrat auf diese Weise etwaige Ansprüche aus § 101 BetrVG vorbereiten, die aber ihrerseits zweifelhaft sind. Inwieweit die Arbeitgeberinnen personelle Maßnahmen in Form von Versetzungen durchgeführt haben, ist aus den genannten Gründen unklar. Da ein mitbestimmungswidriges Verhalten der Arbeitgeberinnen nicht zweifelsfrei feststellbar ist, ist ihnen angesichts der gegenwärtigen Pandemielage und der damit verbundenen gravierenden Gefahren für die Gesundheit von Mitarbeitern sowie die Gefahr großer wirtschaftlicher Auswirkungen auf den Betrieb ein Abwarten bis zur Entscheidung einer Einigungsstelle nicht zuzumuten.

Die Arbeitgeberinnen haben eine Gesundheitsschutzmaßnahme ergriffen, die den gravierenden Gefahren für die Gesundheit der Arbeitnehmerschaft durch die Corona-Pandemie entgegenwirken soll. Die Beschwerdekammer hat keine Zweifel daran, dass die Maßnahme geeignet ist, hierzu einen Beitrag zu leisten. Sie setzt Nrn. 1 und 6 des „SARS-CoV-2-Arbeitschutzstandard“ des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales um, wonach bei der Arbeitsplatzgestaltung für ausreichende Schutzabstände gesorgt werden soll und Büroarbeiten nach Möglichkeit im Homeoffice auszuführen sind, insbesondere wenn Büroräume von mehreren Personen mit zu geringen Schutzabständen benutzt werden müssten. Die mit der Durchführung einhergehenden Nachteile sind marginal, insbesondere haben die Arbeitgeberinnen keine Maßnahmen gewählt, die massiv in Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer eingreifen. Nachteile bei der Arbeitszeitaufzeichnung sind praktisch nicht erkennbar und die erforderliche Einholung einer Erlaubnis für das Betreten des Betriebs ist nicht nennenswert, da sie nur in Einzelfällen relevant wird und auch nur während der Phase des „mobile working“ gilt. Zudem ist der „Erlaubnisvorbehalt“ notwendig, damit der bezweckte Schutz der Arbeitnehmer vor der Verbreitung des Co-

rona-Virus im Betrieb, durch das erforderliche Abstandhalten der Arbeitnehmer im Betrieb möglichst effektiv gesteuert werden kann. Der für die Zeit bis zum Inkrafttreten einer mitbestimmten Regelung betreffend „mobile working“ erforderliche Schutz der Arbeitnehmer wird weder gefährdet noch gar vereitelt. Die Arbeitnehmer können nicht gegen ihren Willen gezwungen werden die Arbeitsform des „mobile working“ zu praktizieren, da es hierfür einer Vereinbarung bedarf. Gemessen daran tritt das Interesse des Betriebsrats an der Wahrung etwaiger Mitbestimmungsrechte in den Hintergrund, zumal sie nicht leer zu laufen drohen.

Für eine Einstellung des Angebots der Arbeitsform gibt es keine Anhaltspunkte. Bei der Gewichtung des Interesses ist auch nicht außer Acht zu lassen, dass die Arbeitgeberinnen an den Betriebsrat mit einem Entwurf einer Betriebsvereinbarung herangetreten sind. Verhandlungen hat der Betriebsrat aber strikt abgelehnt. (...)

- Landesarbeitsgericht Hessen vom 18.6.2020 – 5 TaBVGa 74/20

47. Arbeitgeber müssen Sachmittel für Video-Betriebsratssitzungen zur Verfügung stellen

Sachverhalt:

Die Beteiligten streiten im einstweiligen Verfügungsverfahren darüber, ob der Betriebsrat einen Kostenvorschuss, hilfsweise bestimmte Sachmittel zu erhalten hat, um Betriebsratssitzungen im Wege von Videokonferenzen durchführen zu können. Der Betrieb führt Dienstleistungen aus dem Bereich des technischen Facility-Managements, der Hotelreinigung, der Unterhaltsreinigung, der Grünflächenpflege und weitere Dienstleistungen aus. Derzeit werden ca. 610 Arbeitnehmer am Betriebssitz in Berlin beschäftigt. Der elfköpfige Betriebsrat tagt regelmäßig alle zwei Wochen. Für seine Sitzungen wird temporär bei einem Dritten ein Konferenzraum angemietet. Bei Einhaltung der Abstandsregeln während der Pandemie können dort nur maximal neun Personen zusammenkommen. Im Betriebsrat sind auch Personen Mitglieder, bei denen ein erhöhtes Risiko für schwere Krankheitsverläufe bei einer Infektion mit Covid-19 besteht. (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

(...) Gem. § 40 Abs. 2 BetrVG hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat unter anderem für die Sitzungen und die laufende Geschäftsführung in erforderlichem Umfang sachliche Mittel, Informations- und Kommunikationstechnik zur Verfügung zu stellen. Nach § 129 Abs. 1 BetrVG, der zurzeit befristet bis zum 30.6.2021 in Kraft ist, kann die Teilnahme an Sitzungen des Betriebsrats sowie die Beschlussfassung mittels Video- und Telefonkonferenz erfolgen, wenn sichergestellt ist, dass

Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können. Gleiches gilt für die vom Betriebsrat gebildeten Ausschüsse. Bei der Ansetzung von Betriebsratssitzungen hat der Betriebsrat gemäß § 30 S. 2 BetrVG auf die betrieblichen Notwendigkeiten Rücksicht zu nehmen. Bei Anwendung der §§ 129 Abs. 1, 40 Abs. 2 BetrVG kann der elfköpfige Betriebsrat verlangen, dass ihm die beantragten Hilfsmittel (2 Lizenzen zur Durchführung von Videokonferenzen, 2 Headsets, 2 Webcams, 11 Smartphones) zur Verfügung gestellt werden. Es liegt im Ermessen des Betriebsrats darüber zu befinden, ob er angesichts der weiterhin bestehenden Pandemiesituation Betriebsratssitzungen in Präsenzform durchführen will, oder ob er auf die Möglichkeit von Videokonferenzen zurückgreifen möchte.

Es sind keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass sich das Ermessen des Betriebsrats dahingehend beschränkt haben könnte, dass ausschließlich Präsenz-sitzungen stattzufinden haben (offengelassen LAG Berlin-Brandenburg 24.8.2020 – 12 TaBVGa 1015/20). Soweit ersichtlich nimmt die Rechtsprechung bisher nur an, dass der Betriebsrat umgekehrt nicht gezwungen ist, von Präsenzsitzungen abzusehen (LAG Berlin-Brandenburg 13.10.2020 – 26 TaBVGa 1281/20 – juris Rn 53). Unabhängig davon kommt vorliegend noch hinzu, dass der für die Sitzungen jeweils von einem externen Dritten angemietete Raum unstreitig nicht über die notwendige Größe verfügt, um für elf Personen die notwendigen Abstände zu gewährleisten. Die Einhaltung eines hinreichenden physischen Abstands ist als technische Maßnahme aber vorrangig im Rahmen des Arbeitsschutzes zu gewährleisten. Die Zurverfügungstellung einer persönlichen Schutzausrüstung ist demgegenüber nachrangig (*Kohte*, jurisPR 18/2020 Anm. 1). Weiterhin kommt hinzu, dass einzelne Betriebsratsmitglieder wegen ihres Alters oder Vorerkrankungen einem erhöhten Gesundheitsrisiko ausgesetzt sind, was gemäß § 4 Nr. 6 ArbSchG besonders zu berücksichtigen ist. Es ist nicht ersichtlich, wie dem bei Präsenzsitzungen Rechnung getragen wird. Jedenfalls bei Berücksichtigung dieser zusätzlichen Aspekte kann die Durchführung von Betriebsratssitzungen im Wege von Videokonferenzen nicht ermessensfehlerhaft sein.

Letztlich kann offenbleiben, ob nicht unabhängig von der konkreten Pandemiesituation allen Betriebsratsmitgliedern wegen der Besonderheiten des Einzelfalles mobile Telefongeräte zur Verfügung zu stellen sind, was auch nachvollziehbar angenommen wird (Hess. LAG 28.11.2011, 16 TaBV 129/11). Die vom Betriebsrat beantragten Mittel sind auch „erforderlich“. Da die Möglichkeit zur Einladung zu Videokonferenzen accountgebunden ist, sind dem Betriebsrat 2 Lizenzen zur Verfügung zu stellen, um auch im Falle der Erkrankung oder Verhinderung des Vorsitzenden auch kurzfristig Einladungen durchführen zu können. Daher be-

nötigt der Betriebsrat auch 2 Headsets und 2 Webcams. Weiterhin sind ihm 11 und nicht nur 9 Smartphones zur Verfügung zu stellen. Da es offenbar häufiger zu einer Verhinderungssituation bei den regulären Betriebsratsmitgliedern kommt, benötigen auch Ersatzmitglieder entsprechende Kommunikationseinrichtungen. Die beantragten Datenübertragungsraten halten sich im Rahmen des Üblichen und werden durch Discounter für 7,99 EUR im Monat derart preiswert angeboten, dass nicht zu erwarten ist, dass ein verringertes Datenvolumen zu einer relevanten Einsparung führen könnte. (...)

- Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 14.4.2021 – 15 TaBVGa 401/21

48. Recht auf Betriebsratssitzungen per Videokonferenz während der Corona-Pandemie

Sachverhalt:

Der siebenköpfige Betriebsrat der Kölner Filiale eines bundesweit tätigen Textilunternehmens hatte gegen seinen Arbeitgeber geklagt, weil dieser den Betriebsrat im November 2020 aufforderte, die Betriebsratssitzungen in den Betriebsräumen abzuhalten. Als der Betriebsrat die Sitzungen gleichwohl per Videokonferenz durchführte, wurden die Mitglieder deshalb abgemahnt und die hierfür aufgewendeten Zeiten nicht bezahlt. Hiergegen wandte sich der Betriebsrat mit einem Antrag auf Unterlassung. Das Arbeitsgericht entschied zugunsten des Betriebsrats. Gegen diesen Beschluss ist Beschwerde beim LAG eingelegt worden.

Aus den Entscheidungsgründen:

Nach § 78 S. 1 BetrVG dürfen die Mitglieder des Betriebsrats in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht gestört oder behindert werden. Die Bestimmung ist als Anspruchsnorm zu verstehen, auf die im Behinderungsfall Unterlassungsansprüche gestützt werden können. Durch § 78 S. 1 BetrVG geschützt ist die rechtmäßige Betätigung der Betriebsratsmitglieder. Der Schutz erstreckt sich auch auf amtierende Ersatzmitglieder der Arbeitnehmervertretung. Der Begriff der Behinderung in § 78 S. 1 BetrVG ist umfassend zu verstehen. Er betrifft jede unzulässige Erschwerung, Störung oder gar Verhinderung der Betriebsratsarbeit. Ein Verschulden oder eine Behinderungsabsicht des Störers ist – anders als im Rahmen von § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG – nicht erforderlich.

Dadurch, dass die Arbeitgeberin das Gehalt von drei Betriebsratsmitgliedern wegen der Teilnahme an Betriebsratssitzungen Ende 2020 von zu Hause aus gekürzt und insgesamt fünf Betriebsräten gegenüber Abmahnungen wegen der Teilnahme an der Betriebsratssitzung vom 11.3.2021 per Videokonferenz ausgesprochen hat, hat sie die Mitglieder des Betriebsrats bei der Ausübung ihrer Mandatstätigkeit behindert.

Sämtliche – nicht nur die bislang konkret sanktionierten – Mitglieder mussten nach der in die Tat umgesetzten Androhung der Arbeitgeberin, die Teilnahme an einer Betriebsratssitzung von zu Hause aus als unentschuldigtes Fehlen zu werten, die entsprechenden Tage nicht zu vergüten und darauf gestützte Abmahnungen auszusprechen, auch in der Folge entsprechendes Verhalten der Arbeitgeberin bzw. darüber hinaus aufgrund der entsprechenden Androhung auch Kündigungen besorgen. Die Sorge, derartige Nachteile zu erleiden, ist geeignet, die Art und Weise der Mandatsausübung negativ zu beeinflussen und die Betriebsratsmitglieder zu dem von der Arbeitgeberin geforderten Erscheinen am Betriebssitz oder – aus Gründen des Infektionsschutzes – zu einer Nichtteilnahme an Betriebsratssitzungen zu nötigen. Die Behinderung besteht, obwohl die Betriebsratsmitglieder im Klageweg ihre Rechte im Individualverhältnis gegenüber dem Arbeitgeber hätten durchsetzen können. Die drohenden zunächst jedenfalls faktisch eintretenden Nachteile sind desungeachtet geeignet, die Wahrnehmung des Mandats zu beeinträchtigen. Das Verhalten der Arbeitgeberin stellt sich deswegen als verbotene Behinderung der Tätigkeit der Betriebsratsmitglieder und der herangezogenen Ersatzmitglieder dar, weil die Betriebsratsmitglieder nach § 129 Abs. 1 BetrVG berechtigt waren und bis zum 30.6.2021 sein werden, an Betriebsratssitzungen von zu Hause aus teilzunehmen.

Gehaltskürzungen für die Zeiten der Sitzungsteilnahme von zu Hause aus waren und sind ebenso widerrechtlich wie der Ausspruch von Abmahnungen aus diesem Grunde. Nach der befristeten, zuletzt im Geltungszeitraum bis zum 30.6.2021 verlängerten Regelung des § 129 Abs. 1 BetrVG können die Teilnahme an Betriebsratssitzungen sowie die Beschlussfassung mittels Video- und Telefonkonferenz erfolgen, wenn sichergestellt ist, dass Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können. Nach der Gesetzesbegründung soll die Sonderregelung den durch die COVID-19-Pandemie bedingten Schwierigkeiten bei Präsenzsitzungen Rechnung tragen und Rechtssicherheit für diese Ausnahmesituation schaffen. Die Nutzung von Video- und Telefonkonferenzen trete als zusätzliche Option neben die hergebrachte Durchführung von Sitzungen unter physischer Anwesenheit der Teilnehmer vor Ort als Regelfall. Das Recht der einzelnen Betriebsratsmitglieder zur Teilnahme an Sitzungen des Betriebsrats per Videokonferenz ist an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft. Insbesondere sieht das Gesetz keinen Vorrang für Präsenzsitzungen im Sinne der gleichzeitigen Anwesenheit aller Mitglieder an einem Ort vor. Ungeachtet der rechtlichen und praktischen Bedenken gegenüber online durchgeführten Betriebsratssitzungen, lassen sich dem Gesetzeswortlaut keine

Einschränkungen in Bezug auf die digitale Sitzungsteilnahme entnehmen. Auch der Bezeichnung der Präsenzsitzung als „Regelfall“ in der Gesetzesbegründung lässt sich keine hinreichend eindeutige Vorgabe dahingehend entnehmen. Das zentrale gesetzgeberische Ziel, bezüglich der in § 129 Abs. 1 BetrVG eröffneten Durchführungswege Rechtssicherheit herzustellen, würde dagegen konterkariert, wenn man die Zulässigkeit der Sitzungsteilnahme und Beschlussfassung per Video- und Telefonkonferenz von weiteren – ungeschriebenen und unbestimmbaren – Voraussetzungen abhängig machen würde, deren Vorliegen durch eine gegebenenfalls aufwändige – auch nachfolgende gerichtliche – Prüfung ermittelt werden müsste, welche zudem möglicherweise eine weitreichende Offenlegung persönlicher Daten der Betriebsratsmitglieder erfordern würde.

Eine Einschränkung des Ermessens des Betriebsrats bzw. seiner Mitglieder bei der Wahl der Teilnahmeform kann nur ausnahmsweise aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit folgen. Der in § 2 Abs. 1 BetrVG normierte Grundsatz ist Maßstab dafür, wie die Betriebsparteien ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten wahrzunehmen und auszuüben haben. Sie müssen dabei auch auf die Interessen der anderen Betriebspartei Rücksicht nehmen. Damit geht es letztlich um die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben auch im Rahmen der Betriebsverfassung. Nach den dargestellten Grundsätzen sind die Mitglieder des Betriebsrats berechtigt, gemäß § 129 Abs. 1 BetrVG per Videokonferenz an Betriebsratssitzungen teilzunehmen. Die Vertraulichkeit der solcherart durchgeführten Sitzungen steht nicht in Frage. Weder für die in der Vergangenheit liegenden Sitzungen des Betriebsrats noch für die bis zum 30.6.2021 zu erwartenden Sitzungen ist erkennbar, dass die Durchführung im Wege einer Videokonferenz gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit verstoßen hat bzw. würde. Die damit einhergehende Reduzierung des Infektionsrisikos für die Sitzungsteilnehmer ist auch aus Sicht der Arbeitgeberin zu begrüßen. (...)

Die Gehaltsabzüge und Abmahnungen zu Lasten der Betriebsratsmitglieder sind auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil die Betriebsratsmitglieder zwar per Videokonferenz an Betriebsratssitzungen teilnehmen, sich hierfür aber nicht zu Hause aufhalten durften (sondern zum Betriebssitz kommen mussten). Abgesehen davon, dass die Bestimmung der sich aus § 129 Abs. 1 BetrVG ergebenden zulässigen Handlungsmöglichkeiten eine schwierige und ungeklärte Rechtsfrage darstellt und die Verkennung der objektiven Rechtslage daher keine nachteiligen Auswirkungen für die Betriebsratsmitglieder haben darf, ist aus Sicht der Kammer die Wahl des Ortes, von dem aus die Betriebsrats- bzw. Ersatzmitglieder an den Betriebsratssitzungen

teilgenommen haben, nicht zu beanstanden. Dies gilt auch für eine entsprechende Handhabung in der Zeit bis zum 30.6.2021. Die Teilnahme an Betriebsratssitzungen ist betriebsverfassungsrechtliche Pflicht der Betriebsratsmitglieder. Der Arbeitgeber hat sie hierfür von ihrer beruflichen Tätigkeit zu befreien, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Dem Weisungsrecht des Arbeitgebers sind die Betriebsratsmitglieder während der Zeit der Arbeitsbefreiung nicht unterworfen, da es während dessen gerade zu keiner Arbeitsleistung kommt. Zwar hat das Bundesarbeitsgericht verschiedentlich Anlass gehabt zu betonen, dass die Freistellung nach § 37 Abs. 2 BetrVG die sachgerechte Wahrnehmung der Betriebsratsaufgaben sicherstellen soll und daher an die Stelle der Arbeitspflicht die Verpflichtung des Betriebsratsmitglieds trete, sich im Betrieb am Sitz des Betriebsrats für anfallende Betriebsratsarbeit bereitzuhalten. Doch wird auch diese Verpflichtung eingeschränkt durch den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit. Die grundsätzliche Verpflichtung zur Anwesenheit im Betrieb kann daher dann nicht bestehen, wenn die Betriebsratsaufgaben am Betriebssitz nicht in zumutbarer Weise wahrgenommen werden können und/oder der Arbeitgeber rechtlich verpflichtet ist, ein Tätigwerden vom Wohnsitz aus anzubieten.

Den Mitgliedern des Betriebsrats war und ist es während der Zeit der COVID19-Pandemie nicht zumutbar, am Betriebssitz an den Betriebsratssitzungen teilzunehmen. Die Arbeitgeberin war und ist zudem öffentlich-rechtlich verpflichtet, ein Tätigwerden im Homeoffice zu ermöglichen. Nach derzeitigem Erkenntnisstand werden die Viren in geschlossenen Räumen sehr effizient durch Tröpfchen und Aerosole von Mensch zu Mensch übertragen. Die Einhaltung eines Mindestabstands von 1,5 m vermindert lediglich das Risiko einer Infektion, schließt sie aber nicht aus. Nach § 2 Abs. 2 der auf Basis von § 18 Abs. 3 ArbSchG erlassenen SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung vom 21. Januar 2021, die durch Artikel 1 der Verordnung vom 11. März 2021 geändert worden ist, hat der Arbeitgeber alle geeigneten technischen und organisatorischen Maßnahmen zu treffen, um betriebsbedingte Personenkontakte zu reduzieren. Die gleichzeitige Nutzung von Räumen durch mehrere Personen ist auf das betriebsnotwendige Minimum zu reduzieren. Nach § 2 Abs. 5 Corona-ArbSchV darf eine Mindestfläche von 10 qm für jede in einem Raum befindliche Person nicht unterschritten werden, wenn die gleichzeitige Nutzung von Räumen durch mehrere Personen erforderlich ist. Nur wenn zwingende betriebsbedingte Gründe, insbesondere die auszuführenden Tätigkeiten oder die baulichen Verhältnisse, die Einhaltung dieser Mindestfläche nicht zulassen, kann der Schutz der Beschäftigten

durch andere geeignete Schutzmaßnahmen sichergestellt werden. Nach § 3 Abs. 1 S. 1 Corona-ArbSchV hat der Arbeitgeber auf der Grundlage der Gefährdungsbeurteilung nach § 2 Abs. 1 und unter Berücksichtigung der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel in einem Hygienekonzept die erforderlichen Maßnahmen zum betrieblichen Infektionsschutz festzulegen und umzusetzen. Er hat nach Ziff. 4.1 (2) S. 1 Arbeitsschutzregel Maßnahmen zu ergreifen, welche ungeschützte Kontakte zwischen Personen sowie die Konzentration an luftgetragenen Viren in der Arbeitsumgebung soweit wie möglich verringern. Geeignete Maßnahmen hierfür sind beispielsweise die Nutzung von Fernkontakten. Schließlich ist nach § 2 Abs. 4 Corona-ArbSchV den mit Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten betrauten Beschäftigten anzubieten, diese Tätigkeiten in ihrer Wohnung auszuführen (Homeoffice), wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen.

Der Arbeitgeber ist dem Betriebsrat gegenüber zur Einhaltung der arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften zugunsten der mit Betriebsratsarbeit beschäftigten Arbeitnehmer nach dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit verpflichtet. Dieser verpflichtet die Betriebsparteien zur Rücksichtnahme auf die wechselseitigen berechtigten Interessen. (...) Die Betriebsratsmitglieder selbst sind nach § 15 Abs. 1 S. 1 ArbSchG gehalten, nach ihren Möglichkeiten für ihre Gesundheit bei der Arbeit Sorge zu tragen. Ein ausreichend großer Raum für die Durchführung einer Betriebsratssitzung in Präsenz aller Mitglieder unter Einhaltung der Vorgaben des § 2 Abs. 5 S. 2 Corona-ArbSchV ist in der Filiale nicht vorhanden. Selbst bei zusätzlicher Nutzung auch des Commercial-Büros und Teilung der Gruppe zur Durchführung einer Videokonferenz vor Ort ist diese Vorgabe nicht zu erfüllen, da beide Räume zusammen auch nach dem Vortrag der Arbeitgeberin weniger als 10 qm pro Teilnehmer aufweisen. Zwingende betriebliche Gründe für eine Abweichung von der Vorgabe des § 2 Abs. 5 S. 1 Corona-ArbSchV und einen Zwang zum Aufenthalt während der Betriebsratssitzung in der Filiale sind nicht ersichtlich. (...)

Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin ist der Unterlassungsantrag auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Globalantrags unbegründet. Ein Globalantrag, der eine Vielzahl von Fallgestaltungen erfasst, hat insgesamt keinen Erfolg, wenn er auch Konstellationen enthält, in denen sich der Antrag als unbegründet erweist. Das Gericht darf nicht dahin erkennen, dass der geltend gemachte Anspruch unter einschränkenden Voraussetzungen gegeben ist, die nicht zum Inhalt des Anspruchs erhoben worden sind. Eine solche Tenorierung hielte sich nicht mehr im Rahmen des Antrags, da nicht weniger, sondern etwas anderes als beantragt zugesprochen werden würde (BAG, Beschl. v.

29.9.2020 – 1 ABR 21/19). Etwas anderes gilt nur, wenn sich der Antrag auf voneinander zu trennende und gegeneinander klar abzugrenzende Sachverhalte bezieht und der begründete Teil schon dem Antrag selbst als Teilziel des Verfahrens zu entnehmen ist. Sofern sich dem Begehren des Antragstellers nicht zuverlässig entnehmen lässt, dass dieser – hilfsweise – ein genau bestimmtes Teilziel verfolgt, darf das Gericht auch nicht dahin erkennen, dass der geltend gemachte Anspruch unter einschränkenden Voraussetzungen gegeben ist. Der Antragsteller hat seinen Antrag durch die Spiegelstrichaufzählung klar erkennbar aufgegliedert in verschiedene Unterlassungsforderungen, namentlich Gehaltsabzüge, Abmahnungen und Kündigungen sowie Ankündigungen und Androhungen – jeweils als Reaktion auf Sitzungsteilnahmen und Ausübung von Betriebsratstätigkeit von zu Hause aus. Es ist ausreichend klar erkennbar, dass er diese Unterlassungsforderungen auch unabhängig voneinander verfolgt und nicht etwa einstweiligen Rechtsschutz nur für den Fall begehrt, dass das Gericht den Antrag in allen Einzelforderungen für zulässig und begründet hält. In der Sache handelt es sich bei den Spiegelstrichaufzählungen mithin um eigenständige Unterlassungsanträge.

Aufgrund der freien Ermessensentscheidung der Betriebsratsmitglieder über die Art der Sitzungsteilnahme sind keine Fälle erkennbar, in denen es ihnen verwehrt wäre, von der Möglichkeit der Teilnahme per Videokonferenz gemäß § 129 Abs. 1 BetrVG – und dies von zu Hause aus – Gebrauch zu machen. Bei einer Änderung der Sachlage – etwa in Bezug auf die zur Verfügung gestellten Räumlichkeiten im Betrieb – ist es Sache der Arbeitgeberin, die dann gegebenenfalls eröffneten prozessualen Mittel zu nutzen. (...) Der Betriebsrat macht keine Vergütungsansprüche oder höchstpersönliche Ansprüche seiner Mitglieder, sondern den Schutz vor Behinderungen seiner Arbeit durch bestimmte Arbeitgeber-Maßnahmen geltend. Dieser Anspruch besteht neben etwaigen individualrechtlichen Ansprüchen der Betriebsratsmitglieder auf Vergütungszahlung oder auf Entfernung von Abmahnungen aus ihrer Personalakte. Die für einen Anspruch auf Unterlassung zu fordernde Wiederholungs- bzw. Erstbegehungsgefahr ist durch die Androhung von Gehaltskürzungen und Abmahnungen sowie die tatsächlich rechtswidrig erfolgten entsprechenden Maßnahmen indiziert. (...) Der Anspruch besteht für die Geltungsdauer der Regelung in § 129 Abs. 1 BetrVG bis zum 30.6.2021. Angesichts des derzeitigen Infektionsrisikos ist nicht zu erwarten, dass bis dahin eine COVID19-Infektion bei Sitzungsteilnahme im Betrieb mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen wäre. (...)

• Arbeitsgericht Köln
vom 24.3.2021 – 18 BVGa 11/20

Prozessuales

49. Rechtswegzuständigkeit bei Tätigkeit als Geschäftsführerin

Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer Kündigung des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses, über die Erteilung eines Zwischenzeugnisses sowie über die vorläufige Weiterbeschäftigung der Klägerin und vorab über die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs. Die Klägerin wurde zunächst ab dem 1.10.1997 eingestellt. Mit Beendigung dieses Arbeitsverhältnisses zum 30.6.1999 begründete die Klägerin ab dem 1.7.1999 ein Arbeitsverhältnis durch einen dreiseitigen Änderungsvertrag. Mit Änderungsvertrag vom 3.8.2011 begründete die Klägerin sodann ab dem 8.8.2011 ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten, bei der sie vor ihrer Bestellung zur Geschäftsführerin am 15.6.2015 tätig war.

Die Beklagte beschäftigt regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer. Mit Schreiben vom 25.2.2021 kündigte sie das mit der Klägerin „bestehende Vertragsverhältnis sowie (...) alle sonstigen Vereinbarungen ordentlich fristgemäß zum 30.9.2021“. Die Klägerin richtet sich mit ihrer Klage allein gegen die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, nicht gegen eine Kündigung des daneben möglicherweise bestehenden Dienstverhältnisses. (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a und b ArbGG sind die Gerichte für Arbeitsachen ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis und über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses. Wer Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsgerichtsgesetzes ist, bestimmt § 5 ArbGG. Nach § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG sind Arbeitnehmer Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG gelten jedoch in Betrieben einer juristischen Person oder einer Personengesamtheit Personen nicht als Arbeitnehmer, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrag allein oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen Person oder der Personengesamtheit berufen sind. Für einen Rechtsstreit zwischen dem Vertretungsorgan und der juristischen Person sind nach dieser gesetzlichen Fiktion die Gerichte für Arbeitsachen nicht berufen. Die Fiktion der Norm gilt auch für das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis. Sie greift unabhängig davon ein, ob das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis materiell-rechtlich als freies Dienstverhältnis oder als Arbeitsverhältnis ausgestaltet ist. Auch wenn

ein Anstellungsverhältnis zwischen der juristischen Person und dem Mitglied des Vertretungsorgans wegen dessen starker interner Weisungsabhängigkeit als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist und deshalb materielles Arbeitsrecht zur Anwendung kommt, sind zur Entscheidung eines Rechtsstreits aus dieser Rechtsbeziehung die ordentlichen Gerichte berufen.

An der Unzuständigkeit der Arbeitsgerichte ändert es nichts, wenn zwischen den Prozessparteien streitig ist, wie das Anstellungsverhältnis zu qualifizieren ist. § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG greift sogar ein, wenn objektiv feststeht, dass das Anstellungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis ist. Die Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG soll sicherstellen, dass die Mitglieder der Vertretungsorgane mit der juristischen Person selbst dann keinen Rechtsstreit im „Arbeitgeberlager“ vor dem Arbeitsgericht führen, wenn die der Organstellung zugrunde liegende Beziehung als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist. Für Ansprüche der Klagepartei aus dem der Geschäftsführertätigkeit zugrunde liegenden Vertrag sind deshalb die ordentlichen Gerichte ohne Weiteres zuständig. Anders kann es jedoch dann liegen, wenn und soweit der Rechtsstreit nicht das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis betrifft, sondern eine weitere Rechtsbeziehung besteht. Insoweit greift die Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nicht ein. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Organvertreter Rechte auch mit der Begründung geltend macht, nach der Abberufung als Geschäftsführer habe sich das nicht gekündigte Anstellungsverhältnis – wieder – in ein Arbeitsverhältnis umgewandelt.

Eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte kann ferner dann gegeben sein, wenn die Klagepartei Ansprüche aus einem auch während der Zeit als Geschäftsführer nicht aufgehobenen Arbeitsverhältnis nach Abberufung als Organmitglied geltend macht. Zwar liegt der Berufung eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer einer GmbH eine vertragliche Abrede zugrunde, die regelmäßig als ein Geschäftsführerdienstvertrag zu qualifizieren ist und mit der das Arbeitsverhältnis grundsätzlich aufgehoben wird. Zwingend ist dies aber nicht. Zum einen kann die Bestellung zum Geschäftsführer einer GmbH auch auf einem Arbeitsvertrag beruhen. Zum anderen bleibt der Arbeitsvertrag bestehen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund einer formlosen Abrede zum Geschäftsführer der GmbH bestellt wird, da eine wirksame Aufhebung des früheren Arbeitsverhältnisses die Einhaltung der Schriftform des § 623 BGB voraussetzt. Ansprüche aus diesem Arbeitsvertrag können dann nach Abberufung aus der Organschaft und damit nach dem Wegfall der Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3

ArbGG vor den Gerichten für Arbeitssachen geltend gemacht werden. Dies gilt auch für die während der Zeit der Geschäftsführerbestellung auf dieser arbeitsvertraglichen Basis entstandenen Ansprüche.

Gemessen an diesen Grundsätzen ist der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen nicht eröffnet. Die Klägerin ist mit der Beklagten nur durch ein einziges Rechtsverhältnis verbunden. Der 1997 geschlossene, in den Jahren 1999 und 2011 geänderte oder übertragene Arbeitsvertrag ist nie aufgelöst worden. Bei der Bestellung der Klägerin zur Geschäftsführerin der Beklagten im Jahr 2015 wurde der Arbeitsvertrag der Parteien nicht wirksam beendet. Davon gehen auch die Parteien aus. Eine gem. § 623 BGB formwirksame Aufhebung des Arbeitsverhältnisses ist nicht erfolgt. Die Parteien haben insbesondere keinen gesonderten, schriftlichen Geschäftsführerdienstvertrag abgeschlossen, dem man eine (formwirksame) Auflösung des Arbeitsvertrags durch Auslegung entnehmen könnte. Die Parteien haben vielmehr lediglich, einvernehmlich und formlos, die von der Klägerin geschuldete Tätigkeit geändert. Der Klägerin wurde die Geschäftsführung anvertraut. Außerdem wurde im Hinblick auf die „Übernahme der GF-Funktion“, nicht etwa wegen der Begründung eines neuen Vertragsverhältnisses, das Gehalt angepasst. Ob die mündliche oder konkludente Änderung des Arbeitsvertrags den Anforderungen der im Arbeitsvertrag aus dem Jahr 1997 enthaltenen Schriftformklausel entsprach, kann dahin gestellt bleiben. Mit dem Abschluss des Geschäftsführerdienstvertrags wird zwar regelmäßig das bisherige Arbeitsverhältnis des angestellten Mitarbeiters aufgehoben. Nach dem Willen der vertragschließenden Parteien soll neben dem neu abgeschlossenen Dienstverhältnis grundsätzlich kein „ruhendes“ Arbeitsverhältnis fortbestehen, das nach der Abberufung als Geschäftsführer ggf. wieder auflebt.

Im Streitfall haben die Parteien jedoch gerade keinen Geschäftsführerdienstvertrag abgeschlossen, sondern die schuldrechtliche Grundlage ihrer Vertragsbeziehung nur in Teilen stillschweigend angepasst und im Übrigen unangetastet gelassen. Der ursprüngliche Vertrag bildete damit die Grundlage der Geschäftsführertätigkeit der Klägerin. (...) Es trifft zwar zu, dass der Geschäftsführerbestellung eine irgendwie geartete Abrede der Parteien zugrunde lag. Die wesentlichen Vertragsbedingungen sollten sich aber offenbar unverändert nach dem weiter bestehenden Arbeitsvertrag richten. Der Rechtsstreit betrifft folglich keine „weitere“ Rechtsbeziehung. (...) Wie ausgeführt, greift § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG auch dann ein, wenn objektiv feststeht, dass das Anstellungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis ist. Das gilt uneingeschränkt so lange, wie die Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG gilt, also bis zur Eintragung der Abberufung als Geschäftsführer. Andere Schlüsse las-

sen sich auch nicht dem Beschluss des BAG vom 15.3.2011 (10 AZB 31/10) entnehmen, da dort tatsächliche Feststellungen zum Abschluss eines Dienstvertrages zugrunde lagen. Gemäß § 48 Abs. 1 ArbGG i.V.m. § 17a Abs. 1 und 2 GVG ist der Rechtsstreit an das gemäß § 13 GVG im Rechtsweg und gem. § 23 GVG sachlich zuständige Landgericht und gem. §§ 94, 95 Abs. 1 GVG an die funktional zuständige Kammer für Handelssachen zu verweisen. (...)

• Landesarbeitsgericht Bonn
vom 27.5.2021 – 1 Ca 456/21

**eingereicht von RA und FA für ArbR Dr. Stephan Pauly, Pauly & Partner
Kurt-Schumacher-Straße 22, 53113 Bonn
Tel.: 0228/6209010, Fax: 0228/6209091
E-Mail: pauly@paulypartner.de, www.paulypartner.de**

50. Zuständigkeit des Arbeitsgerichts bei Streit um Berechnung der Corona-Prämie nach § 150a SGB XI

Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die zutreffende Berechnung der Corona-Prämie nach § 150a SGB XI. Die Klägerin ist seit 1.8.2014 mit einer monatlichen Arbeitszeit von 130 Stunden als Pflegehilfe bei der Beklagten beschäftigt. Ihre Tätigkeit besteht in der direkten Pflege und in der Betreuung von Pflegebedürftigen. Die Beklagte zahlte an die Klägerin eine Corona-Prämie nach § 150a SGB XI i.H.v. 960,00 EUR. Bei der Berechnung wurden die Arbeitszeit der Klägerin sowie die Aufstockung durch das Land Bremen gem. § 150a Abs. 9 SGB XI berücksichtigt. Die Beklagte teilte die Tätigkeit der Klägerin im Rahmen der Prämienberechnung zudem in „Leistungen für den Pflegedienst“ und in „Leistungen aufgrund privatrechtlicher Vereinbarung mit den Kunden“ auf, wobei sie die Corona-Prämie nur für erstgenannte Leistungen zahlte, welche nach ihrer Berechnung 75 % der Gesamtarbeitsleistung ausmachen. Mit ihrer Klage macht die Klägerin die restlichen 25 % der Corona-Prämie (325,68 EUR) geltend.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die sofortige Beschwerde der Klägerin ist zulässig und begründet. Für die Zulässigkeit des Rechtswegs, über die gemäß § 17a Abs. 3 S. 2 GVG vorab entschieden werden muss, ist der jeweilige Streitgegenstand maßgebend, der für jeden prozessualen Anspruch gesondert zu prüfen ist und der gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO alleine von der Klägerin bestimmt wird. Dieser wird durch den geltend gemachten prozessualen Anspruch, d.h. den Klageantrag und den Klagegrund im Sinne eines bestimmten Lebenssachverhaltes definiert. Ziel ist es, das Streitverhältnis von derjenigen Ge-

richtbarkeit klären zu lassen, die durch ihre Sachkunde und Sachnähe zur Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch besonders geeignet ist.

Vorliegend streiten die Parteien über die Höhe der Corona-Prämie nach § 150a SGB XI. Die sachliche Zuständigkeit für Rechtsstreitigkeiten, die sich aufgrund von § 150a SGB XI zur Berechnung, Zahlung, Finanzierung und Refinanzierung der Corona-Prämie ergeben, ist soweit für die Beschwerdekammer ersichtlich bisher (höchst-)richterlich nicht entschieden und in der Literatur umstritten. Das VG Saarland hat in seiner Entscheidung vom 12.8.2020 (3 K 769/20, juris) über einen zusätzlichen Bonus für Pflegekräfte im Saarland entschieden. Dieser Fall ist mit der vorliegenden Fallkonstellation nicht vergleichbar, denn im Gegensatz zur bundesrechtlichen Vorschrift des § 150a SGB XI erfolgt die Auszahlung dieses zusätzlichen Landesbonus nicht durch den Arbeitgeber. Gleiches gilt für die Entscheidung des VG Würzburg mit Beschl. v. 7.1.2021 (W 8 K 20.1387 Rn 11, juris). In dieser Entscheidung war Grundlage für die Auszahlung des streitgegenständlichen Pflegebonus die Richtlinie über die Gewährung eines Bonus für Pflege- und Rettungskräfte in Bayern. Auch in dieser Entscheidung ging es somit nicht um den originären Leistungsanspruch aus § 150a SGB XI. Für *Schlegel* (NJW 2020, 1911 ff.) handelt es sich insgesamt um eine Angelegenheit der sozialen Pflegeversicherung i.S.v. § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG. Dies gelte auch insoweit, als zwischen der Pflegeeinrichtung als in Dienst genommener Zahlstelle für die Auszahlung der Corona-Prämie und Arbeitnehmern Streit über die Höhe der Prämie oder den Zahlungszeitpunkt entsteht. Die Situation sei mit derjenigen bei der Berechnung und Auszahlung des Kurzarbeitergeldes vergleichbar. Dieser Ansicht widersprechen *Bruns/Weber* (NZA 2021, 107 ff.). Die Sozialgerichte entschieden grundsätzlich nur in Versicherungsfragen. Auch bei der Sonderzuständigkeit nach § 51 Abs. 1, 2 SGG sei erforderlich, dass die vertragliche Grundlage für den Rechtsstreit ausschließlich auf Vorschriften der Pflegeversicherung beruhe. Auch für das Kurzarbeitergeld gelte keine umfassende Zuständigkeit der Sozialgerichte; Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer über z.B. restliches Kurzarbeitergeld unterfielen der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte.

Für die vorliegende Fallkonstellation ist die sachliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 a) ArbGG gegeben. Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3a) ArbGG sind die Gerichte für Arbeitssachen ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis. Demgegenüber entscheiden die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit nach Maßgabe des § 51 Abs. 1 SGG über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten und ausnahmsweise gemäß § 51 Abs. 2 S. 1 SGG auch über

privatrechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung. Ob eine Streitigkeit als öffentlich- oder bürgerlich-rechtlich zu beurteilen ist, richtet sich nach dem Charakter des Rechtsverhältnisses, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird. Der Charakter des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses bemisst sich nach dem erkennbaren Ziel des Rechtsschutzantrags und des zu seiner Begründung vorgetragenen Sachverhalts. Maßgeblich für die Rechtswegfrage ist also, ob die gerichtliche Entscheidung über den Klageanspruch, d.h. über den geltend gemachten materiell-rechtlichen Anspruch, nach öffentlichem Recht oder aber nach bürgerlichem Recht zu treffen ist. Steht fest, welche Rechtssätze für den geltend gemachten Anspruch streitentscheidend sind, bestimmt sich der Charakter der Streitigkeit danach, ob die Rechtssätze dem öffentlichen oder dem privaten Recht angehören. Öffentlich-rechtlich sind Normen, die nicht für jedermann gelten, sondern Sonderrecht des Staates oder sonstiger Träger öffentlicher Aufgaben sind, das sich zumindest auf einer Seite nur an Hoheitsträger wendet.

Bei Beachtung dieser Grundsätze sprechen für die vorliegende Fallkonstellation die überzeugenderen Argumente für eine Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen. Nach dem Wortlaut des § 150a Abs. 1 SGB XI ist die Zahlungsgrundlage als Anspruch des Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber ausgestaltet. Die jeweilige Pflegeeinrichtung als Arbeitgeber zahlt die Prämie an ihre Beschäftigten aus. Zwar muss der Arbeitgeber erst zahlen, wenn die Pflegekasse die dazu erforderlichen Mittel zur Verfügung gestellt hat (*Schlegel*, NJW 2020, 1911 Rn 6, 7, beck-online). Die Zahlungspflicht ist jedoch als Gegenleistungspflicht untrennbar mit diesem Rechtsverhältnis verbunden. Die privatrechtliche Natur dieses Anspruchs ändert sich nicht dadurch, dass der Anspruch im SGB XI geregelt ist. Davon zu unterscheiden ist das öffentlich-rechtliche Verhältnis von Arbeitgeber zum Pflegeversicherer. Der zwischen ihnen geschlossene Versorgungsvertrag (vgl. § 72 SGB XI) ist als öffentlich-rechtlicher Vertrag i.S.d. § 53 SGB X zu qualifizieren (vgl. *Bruns/Weber*). Vorliegend streiten jedoch nicht Arbeitgeber und Pflegeversicherer über den Versorgungsvertrag, sondern Arbeitnehmerin und Arbeitgeber über die Höhe eines privatrechtlichen Anspruchs. Daher handelt es sich auch nicht um eine Angelegenheit der gesetzlichen Krankenversicherung nach § 51 Abs. 2 S. 1 SGG. Dies zeigt auch der Gesetzeszweck, wonach mit der Prämie die besondere Wertschätzung für die Leistungen der Beschäftigten ausgedrückt und den besonderen – mit der Arbeitsleistung verbundenen – physischen und psychischen Belastungen sowie dem erhöhten Risiko, selbst an Covid-19 zu erkranken, Rechnung getragen werden soll (BT-Drucks 19/18967, S. 75). Auch eine höhere

Sachnähe der Sozialgerichte für eine solche Streitigkeit ist für die Beschwerdekammer nicht ersichtlich. (...)

- Landesarbeitsgericht Bremen
vom 23.4.2021 – 3 Ta 10/20

eingereicht von RAin und FAin für ArbR und SozialR Julia Schönfeld

Baumwollbörse / Wachtstraße 17–24, 28195 Bremen

Tel.: 0421/339530, Fax: 0421/326485

E-Mail: julia.schoenfeld@goehmann.de, www.goehmann.de

Streitwert und Gebühren

51. Gegenstandswert beim Streit über die Wirksamkeit einer Gesamtbetriebsvereinbarung

Sachverhalt:

Der antragstellende Gesamtbetriebsrat hat begehrt, die Unwirksamkeit eines Einigungsstellenspruchs über die unternehmensweite Einführung eines Kassensystems in allen Betrieben der Arbeitgeberin festzustellen, darunter auch Betriebe ohne Betriebsrat. Die Arbeitgeberin beschäftigt nach ihren eigenen Angaben insgesamt 3.661 Arbeitnehmer/innen. In 54 Filialen der Arbeitgeberin sind örtliche Betriebsräte gebildet, die insgesamt 2.910 Arbeitnehmer/innen repräsentieren.

Aus den Entscheidungsgründen:

Auf den Antrag des Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrats ist der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren durch gesonderten Beschluss festzusetzen (§ 33 Abs. 1 RVG, § 2 Abs. 2 GKG). Da sich der Gegenstandswert aus besonderen Vorschriften nicht ergibt, ist er nach billigem Ermessen zu bestimmen. Bei nicht vermögensrechtlichen Gegenständen ist der Gegenstandswert mit 5.000 EUR (Hilfswert), nach Lage des Falles niedriger oder höher, jedoch nicht über 500.000 EUR anzunehmen (§ 23 Abs. 3 S. 2 RVG).

Der vorliegende Regelungsstreit hat einen nicht vermögensrechtlichen Gegenstand, dessen Wert nach billigem Ermessen auf den 13fachen Hilfswert festzusetzen ist, mithin auf 65.000,00 EUR. Der Streit über die Wirksamkeit eines Einigungsstellenspruchs und damit über die Wirksamkeit einer Betriebsvereinbarung ist hinsichtlich der Bemessung des Gegenstandswerts nach den Grundsätzen über den Streit um das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts oder die Einhaltung einer Betriebsvereinbarung zu behandeln (LAG Hamburg, Beschl. v. 10.2.2012 – H 6 Ta 1/12, juris). Bei der Bemessung der wertmäßigen Bedeutung, den eine Auseinandersetzung um das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts hat, ist von der Anzahl der betroffenen Beschäftigten auszugehen und sich dabei an der Staffel des § 9 BetrVG zu orientieren; das Gleiche gilt, soweit es um die Einhaltung einer Betriebsvereinbarung geht. Dabei ist regelmäßig der Grundfall von bis zu

20 Beschäftigten mit dem einfachen Auffangwert des § 23 Abs. 3 S. 2 RVG i.H.v. 5.000 EUR in Ansatz zu bringen; für die weiteren in § 9 BetrVG vorgesehenen Staffeln sind jeweils zusätzlich 5.000 EUR zu berücksichtigen (LAG Hamburg, Beschl. v. 30.11.2009 – 4 Ta 12/09, juris).

Die Orientierung an der Staffel des § 9 BetrVG zur Bemessung der wertmäßigen Bedeutung des Streitgegenstandes gilt auch für den Streit über die Wirksamkeit einer Gesamtbetriebsvereinbarung. Erstreckt sich der persönliche Geltungsbereich der Gesamtbetriebsvereinbarung aufgrund originärer Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats auch auf Beschäftigte in Betrieben ohne Betriebsrat, sind bei der Orientierung an der Staffel des § 9 BetrVG alle Arbeitnehmer des Unternehmens zu berücksichtigen, soweit sie auch im Übrigen dem Geltungsbereich der Gesamtbetriebsvereinbarung unterfallen. Soweit die erkennende Kammer in einer früheren Entscheidung ausgeführt hat, im Interesse einer möglichst einheitlichen Gestaltung der Streitwertbemessung für bestimmte, typische Fallkonstellationen ihre Rechtsprechung am sogenannten „Streitwertkatalog für die Arbeitsgerichtsbarkeit“ (vgl. zuletzt: NZA 2018, S. 498) zu orientieren (LAG Hamburg, Beschl. v. 20.5.2016 – 5 Ta 7/16, Rn 10, juris), hält sie daran nach einem Wechsel im Kammervorsitz nicht weiter fest. Die Empfehlungen der mandatslos errichteten sogenannten „Streitwertkommission“ sind nicht bindend. Sie sind weder Rechtssätze noch Rechtsprechung. Die Beteiligten haben über die Wirksamkeit einer durch Einigungsstellenspruch zustande gekommenen Gesamtbetriebsvereinbarung gestritten, für die der Gesamtbetriebsrat seine originäre Zuständigkeit hinsichtlich seines Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG in Anspruch nimmt, was zwischen den Beteiligten unstrittig ist.

Nach den obigen Grundsätzen sind alle Arbeitnehmer des Unternehmens der Arbeitgeberin bei der Streitwertbemessung zu berücksichtigen, auch die Beschäftigten in betriebsratslosen Betrieben. Eine Einschränkung des sachlichen Geltungsbereichs der Gesamtbetriebsvereinbarung auf bestimmte Arbeitnehmergruppen ist nicht ersichtlich. Damit ist von 3.661

betroffenen Arbeitnehmer/innen auszugehen, sodass die 13. Staffel des § 9 BetrVG erreicht wird, woraus sich ein Gegenstandswert von (13 x 5.000 EUR =) 65.000 EUR ergibt. (...)

- Landesarbeitsgericht Hamburg vom 31.3.2021 – 5 TaBV 12/19

52. Anforderungen an Beweis und Inhalt des Tätigwerdens im Rechtsmittelverfahren

Sachverhalt:

Die Klägerin wendet sich gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluss des Arbeitsgerichts. Sie beehrte vom Beklagten die Zahlung von Sonderbeiträgen in Höhe bestimmter Prozentsätze der Vergütungen aus der Wahrnehmung von Aufsichtsrats- und ähnlichen Tätigkeiten. Das Arbeitsgericht hat den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das Landgericht verwiesen. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde zugelassen. Das Bundesarbeitsgericht wies die Rechtsbeschwerde auf Kosten der Klägerin zurück.

Die Klägerin nahm am 20. Januar 2020 die Klage zurück. Mit Kostenfestsetzungsantrag vom 23. Dezember 2019 beehrte der Beklagte u.a. die Festsetzung der Kosten für die Hinzuziehung des Prozessbevollmächtigten für das Rechtsbeschwerdeverfahren gegen die Klägerin. Das Arbeitsgericht hat die von der Klägerin dem Beklagten zu erstattenden Kosten für die Hinzuziehung des Prozessbevollmächtigten für das Rechtsbeschwerdeverfahren in rechnerisch unstreitiger Höhe von 600,71 EUR mit Beschl. v. 6.4.2020 antragsgemäß festgesetzt. Der Rechtspfleger hat den Beschluss am 6.4.2020 in den Geschäftsgang gegeben, er ist aber erst am 8. Juni 2020 zur Post gegeben und dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin am 15. Juni 2020 zugestellt worden. Zwischenzeitlich hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 2. Juni 2020 geltend gemacht, dass im Rechtsbeschwerdeverfahren weder eine Vertretungsanzeige des Prozessbevollmächtigten des Beklagten noch eine sonstige Tätigkeit erfolgt seien. Diesen Schriftsatz hat das Arbeitsgericht als sofortige Beschwerde gewertet und dem Beklagten Gelegenheit zur Stellungnahme und Begründung des Anspruchs gegeben. Daraufhin hat der Beklagte mit Schriftsatz vom 22. Juni 2020 mitgeteilt, dass ihm sämtliche Schriftsätze im Rechtsbeschwerdeverfahren über seinen Prozessbevollmächtigten zugestellt und telefonisch erörtert worden seien, von einer schriftlichen Stellungnahme zur Rechtsbeschwerde abzusehen, da das Vorbringen der Klägerin in der Rechtsbeschwerde dem Vorbringen in den Vorinstanzen entsprochen habe. Die Klägerin hat mit dem am 24. Juni

2020 beim Arbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz vom selben Tage sofortige Beschwerde eingelegt und dazu unter Bezugnahme auf den Schriftsatz vom 2. Juni 2020 geltend gemacht, dass im Rechtsbeschwerdeverfahren eine anwaltliche Vertretung nicht erfolgt sei. (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

(...) Die sofortige Beschwerde vom 24. Juni 2020 hat keinen Erfolg. Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 2. Juni 2020 entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts keine sofortige Beschwerde eingelegt. Gemäß § 104 Abs. 3 i.V.m. § 569 Abs. 2 S. 2 ZPO muss die Beschwerdeschrift die Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung sowie die Erklärung enthalten, dass Beschwerde gegen diese Entscheidung eingelegt werde. Daran fehlt es. Auch wenn an die Formalien keine strengen Anforderungen zu stellen sind, muss das Schreiben zumindest den Willen hinreichend klar erkennen lassen, die Entscheidung möge durch die höhere Instanz sachlich geprüft werden. Diesen Anforderungen wird der Schriftsatz vom 2. Juni 2020 nicht gerecht. Maßgeblich für die Auslegung von Prozessklärungen sind die für Willenserklärungen des bürgerlichen Rechts entwickelten Grundsätze. Entsprechend § 133 BGB ist nicht am buchstäblichen Sinn des in der Prozessklärung gewählten Ausdrucks zu haften, sondern der in der Erklärung verkörperte Wille zu ermitteln. Im Zweifel sind Prozessklärungen dahin ausulegen, dass das gewollt ist, was aus der Sicht des Erklärenden nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der wohlverstandenen Interessenlage entspricht. Dabei sind die schutzwürdigen Belange des Erklärungsadressaten zu berücksichtigen. Wegen der geringeren Formstrenge des Beschwerdeverfahrens reicht es dabei aus, wenn die Schrift bei großzügiger Auslegung den Beschwerdeführer, die angefochtene Entscheidung und das Anliegen der Überprüfung derselben durch die höhere Instanz hinreichend klar erkennen lässt, auch wenn es die Bezeichnung als Beschwerde nicht ausdrücklich enthält. Selbst bei großzügiger Auslegung scheidet die Bewertung des Schriftsatzes als Beschwerde schon daran, dass die Klägerin zu diesem Zeitpunkt im vorliegenden Verfahren noch keine Kenntnis von dem Kostenfestsetzungsbeschluss vom 6. April 2020 hatte, der ihr erst am 15. Juni 2020 zugestellt worden ist. (...)

Die sofortige Beschwerde der Klägerin mit Schriftsatz vom 24. Juni 2020 ist (...) zulässig. Soweit das Arbeitsgericht gemeint hat, die sofortige Beschwerde sei nicht rechtzeitig erhoben, trifft dies nicht zu. Aufgrund der Zustellung der angefochtenen Entscheidung am 15. Juni 2020 war die Zweiwochenfrist unzweifelhaft bei Eingang der sofortigen Beschwerde am 24. Juni 2020 noch nicht abgelaufen. Die sofortige Beschwerde ist je-

doch unbegründet. Dem Beklagten steht der der Höhe nach unstreitige Kostenerstattungsanspruch zu. Der Prozessbevollmächtigte des Beklagten ist für ihn im Rechtsbeschwerdeverfahren tätig geworden. Die hierdurch entstandenen Gebühren und Auslagen des Prozessbevollmächtigten sind deshalb zu erstatten. Zur Glaubhaftmachung genügte im Streitfall die anwaltliche Versicherung. Bei der Frage, welche Kosten „durch“ das Rechtsmittel „entstanden“ sind, ist auf die allgemeinen Grundsätze zurückzugreifen. Danach gilt die Regel des § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO, wonach die unterliegende Partei die Kosten, insbesondere die dem Gegner erwachsenden Kosten zu erstatten hat, „soweit dies zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung objektiv notwendig war“. (...) Die Beauftragung eines Rechtsanwaltes in der Rechtsmittelinstanz ist dann notwendig in diesem Sinne, wenn eine verständige, wirtschaftlich vernünftig denkende Partei die kostenauslösende Maßnahme zum Zeitpunkt der Veranlassung als sachdienlich ansehen durfte. Das ist dann der Fall, wenn sie als Rechtsmittelgegner anwaltlichen Rat in einer als risikobehaftet empfundenen Situation für erforderlich halten darf. Im Normalfall bedeutet dies, dass der Rechtsmittelgegner einen Prozessbevollmächtigten bereits dann einschalten darf, wenn ein Rechtsmittel eingelegt ist. Nach diesen Grundsätzen stellt die Beschwerde zu Recht nicht in Abrede, dass der Beklagte zur Rechtsverteidigung einen Prozessbevollmächtigten mit der Wahrnehmung seiner Rechte auch im Rechtsbeschwerdeverfahren beauftragen durfte. (...) Der Prozessbevollmächtigte des Beklagten ist auch für diesen im Rechtsbeschwerdeverfahren tätig geworden. Entgegen der Auffassung der Beschwerde ist es unerheblich, dass der Beklagte im Rechtsbeschwerdeverfahren beim Bundesarbeitsgericht weder einen Antrag gestellt noch eine Beschwerdeerwidderung vorgelegt hat. Eines nach außen erkennbaren Tätigwerdens bedarf es nicht. Es genügt das Betreiben des Geschäfts einschließlich der Information des Mandanten. Der Rechtsanwalt hat die Gebühr verdient, wenn er Informationen entgegennimmt oder mit seinem Mandanten bespricht, wie er auf das von der Gegenseite eingelegte Rechtsmittel reagieren soll. Auch die interne Prüfung, ob ein Mandant sich gegen das eingelegte Rechtsmittel wehren soll, lässt die Verfahrensgebühr entstehen.

Nicht ausreichend ist demgegenüber jedoch die Erledigung von Neben- und Abwicklungstätigkeiten der Beschwerdeinstanz. Nach § 15 Abs. 1 RVG entgelten die Gebühren die gesamte Tätigkeit des Rechtsanwalts vom Anfang bis zur Erledigung der Angelegenheit. Das Beschwerdeverfahren und das Rechtsbeschwerdeverfahren bilden dabei jeweils eine eigene Angelegenheit. Zum jeweiligen Rechtszug gehören dabei auch Neben- und Abwicklungstätigkeiten. In § 19 Abs. 1 S. 2 RVG

hat der Gesetzgeber anhand von Regelbeispielen – „insbesondere“ – Tätigkeiten aufgeführt, die er als zum Rechtszug gehörig ansieht. Nach Nr. 9 dieser Bestimmung gehört dazu auch die Inempfangnahme von Rechtsmittelschriften – hier also der Rechtsbeschwerde der Klägerin – und ihre Mitteilung an den Auftraggeber. Nach diesen Grundsätzen hat der Beklagte ein Tätigwerden seines Prozessbevollmächtigten ausreichend dargelegt. Vorliegend macht der Beklagte mit dem Schriftsatz vom 22. Juni 2020 geltend, dass sämtliche Schriftsätze der Klägerin in der Rechtsbeschwerdeinstanz nicht nur an den Beklagten weitergeleitet worden seien, sondern dass auch erörtert worden sei, ob eine Äußerung im Rechtsbeschwerdeverfahren erforderlich sei. Im Streitfall sei entschieden worden, aus prozessökonomischen Gründen auf den lediglich wiederholenden Vortrag der Klägerin ebenfalls unter Wiederholung der bereits vorgetragenen Argumente zu verzichten. Mit Schriftsatz vom 4. März 2021 hat er noch einmal ausdrücklich den zeitlichen Ablauf geschildert und dazu vorgetragen, dass die „Beschwerdeschrift“ vom 8. Juli 2019 mit Schreiben des „Beschwerdegerichts“ vom 12. Juli 2019 am 17. Juli 2019 bei dem Prozessbevollmächtigten eingegangen und dieser die „Beschwerdeschrift“ am 19. Juli 2019 elektronisch an ihn weitergeleitet habe. Noch am selben Tage sei dann telefonisch erörtert worden, sich im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht zu äußern, da das Vorbringen in der Rechtsbeschwerde dem Vortrag in den Vorinstanzen entsprochen habe.

Dieses Vorbringen ist ausreichend. Das Tätigwerden des Prozessbevollmächtigten hat sich nicht auf eine Entgegennahme und Weiterleitung der Rechtsmittelschrift und der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts beschränkt. Vielmehr hat der Prozessbevollmächtigte die Sache nach diesem Vorbringen mit dem Beklagten erörtert. Dazu genügte die telefonische, sachbezogene Besprechung. Dieser Sachvortrag des Beklagten konnte trotz des ausdrücklichen Bestreitens durch die Klägerin der Entscheidung zugrunde gelegt werden. Es genügte vorliegend die Glaubhaftmachung durch anwaltliche Versicherung. Im Verfahren nach den §§ 103 ff. ZPO ist es nicht erforderlich, dass sich die für die Festsetzung der Gebühren maßgeblichen Tatsachen ohne weitere Erhebungen aus der Gerichtsakte ergeben oder unstreitig sind. (...) Zur Glaubhaftmachung können gemäß § 294 Abs. 1 ZPO alle Beweismittel unter Einschluss der eidesstattlichen Versicherung verwendet und vom Rechtspfleger verlangt werden. (...) Die Entscheidung darüber, ob eine Tatsache glaubhaft gemacht ist oder nicht, ist ein Akt wertender richterlicher Erkenntnis. Die anwaltliche Versicherung ist grundsätzlich ein zulässiges Mittel der Glaubhaftmachung und auch im Streitfall ausreichend. Im Rahmen der Kostenfestsetzung wird zwar im Umkehrschluss

aus § 104 Abs. 2 S. 2 angenommen, dass die bloße anwaltliche Versicherung nicht zwangsläufig ausreicht. Insbesondere wenn das Vorhandensein objektiver Mittel der Glaubhaftmachung für den Fall der Richtigkeit der behaupteten Tatsachen zu erwarten wäre, solche aber nicht vorgelegt werden, soll die anwaltliche Versicherung von allenfalls geringem Wert sein. Grundlage der Entscheidung sei ein an die konkreten Umstände angepasstes Maß an Glaubhaftigkeit. Das gelte insbesondere dann umso mehr, wenn die Festsetzung von Gebühren in beträchtlicher Höhe verlangt werde, da das Maß an Glaubhaftigkeit auch die Folgen der betreffenden Entscheidung berücksichtigen müsse. Gegebenenfalls könne und müsse der zuständige Rechtspfleger und im Beschwerdeverfahren die erkennende Kammer zum Zwecke der Aufklärung trotz anwaltlicher Versicherung zusätzlich schriftliche Erklärungen von Richtern, Parteien, Verfahrensbevollmächtigten und Zeugen einholen, Akten beziehen, die Vorlage von Akten oder sonstigen Urkunden anordnen.

Im Streitfall bedurfte es keiner Entscheidung, ob die anwaltliche Versicherung nur nach diesem eingeschränkten Maßstab ausreichend ist. (...) Für die Richtigkeit der anwaltlichen Versicherung spricht zunächst die zeitliche Abfolge. Danach ist dem Prozessbevollmächtigten des Beklagten die Rechtsbeschwerdeschrift am 17. Juli 2019 zugegangen. Unerheblich ist insoweit, dass diese in der anwaltlichen Versicherung versehentlich als Beschwerdeschrift bezeichnet worden ist. Tatsächlich gemeint ist nach dem Kontext die Rechtsbeschwerde, wie die Benennung des Rechtsbeschwerdeverfahrens im weiteren Text der anwaltlichen Versicherung zeigt. Plausibel ist insoweit auch, dass die Prüfung der Rechtsbeschwerdeschrift bis zur Weiterleitung an den Beklagten und der telefonischen Erörterung des weiteren Vorgehens mit ihm lediglich zwei Tage in Anspruch genommen hat. Der erkennenden Kammer liegt zwar die Rechtsbeschwerdeschrift nicht vor. Dennoch bedurfte es weder der Beziehung der

Akte des Bundesarbeitsgerichts noch der Auflage an den Prozessbevollmächtigten des Beklagten, die Rechtsbeschwerdeschrift vorzulegen. Aus der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 20. November 2019 folgt unzweifelhaft, dass die hier vorgelegene Einschätzung des Prozessbevollmächtigten des Beklagten, die Rechtsbeschwerde enthalte keine neuen Argumente gegenüber dem Vorbringen in den Vorinstanzen, auf das eingegangen werden musste, zumindest im Ergebnis zutreffend ist. Dem Beschluss des Bundesarbeitsgerichts lassen sich weder im Tatbestand noch in der Begründung neue Argumente entnehmen, die nicht schon Gegenstand der Erörterung in den Vorinstanzen waren. Danach durften der Beklagte und sein Prozessbevollmächtigter zu dem Ergebnis gelangen, dass eine Erwiderung auf die Rechtsbeschwerde der Klägerin nicht erforderlich ist. Die Dokumentation der Entscheidung, sich nicht wiederholend zur Sache zu äußern, durch eine entsprechende schriftsätzliche Erklärung gegenüber dem Bundesarbeitsgericht mag im Hinblick auf den Nachweis des Tätigwerdens sinnvoll sein, zwingend erforderlich war sie aber nicht. Gerade unter dem Gesichtspunkt, dass grundsätzlich von der Richtigkeit des anwaltlich versicherten Vorbringens ausgegangen werden darf, es hier nicht um sehr hohe Gebühren geht, der Prozessbevollmächtigte auch gerade kein umfangreiches Tätigwerden behauptet und sein Vorbringen deshalb in hohem Maße plausibel ist, bedurfte es keiner über die anwaltliche Versicherung hinausgehende Glaubhaftmachung mehr. (...)

• Landesarbeitsgericht Sachsen-Anhalt vom 20.4.2021 – 5 Ta 6/21

eingereicht von RA, FA für ArbR und Mediator Roland Gross, gross::rechtsanwaelte
An der Milchinsel 2, 04103 Leipzig
Tel: 0341/984620, Fax: 0341/9846224
E-Mail: leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de

Rezensionen

Gercke/Kraft/Richter

Arbeitsstrafrecht – Strafrechtliche Risiken und Risikomanagement

C.F. Müller, Heidelberg, 3. Auflage 2021, 554 Seiten, Hardcover, 79,00 EUR
ISBN 978-3-8114-0664-3

Fragen des Arbeitsstrafrechts gewinnen für den Arbeitsrechtler zunehmend an Bedeutung. Dies ist mit Blick auf etwaige Fragen unzutreffender Antragsstellungen bei der Beantragung von Kurzarbeitergeld zum einen aktuellen Entwicklungen geschuldet. Zum anderen gilt dies darüber hinaus hinsichtlich einer verstärkten Pönalisierung bestimmter arbeitsrechtlicher Verstöße und einer anwachsenden Bedeutung von Compliance-Vorgaben, nicht zuletzt auch in Bereichen des Arbeitnehmerdatenschutzes oder dem „Klassiker“ der Vorenthaltung von Sozialversicherungsabgaben bei der Beschäftigung vermeintlich freier Mitarbeiter.

Profunde und vertiefte Antworten auf nahezu sämtliche sich stellenden Fragen im Bereich des Arbeitsstrafrechts gibt das Ende April 2021 in dritter Auflage erschienene Werk der Kollegen *Prof. Dr. Gercke, Dr. Kraft* und *Dr. Richter*, wobei die beiden Erstgenannten als renommierte Strafrechtsanwälte in Kombination mit dem Arbeitsrechtsexperten *Richter* es schaffen, kein reines „Strafrechtshandbuch“ vorzulegen, sondern die sich stellenden arbeitsrechtlichen Fragestellungen einschließlich zugrunde liegender nationaler und supranationaler Vorgaben zunächst aufzubereiten, arbeitsrechtlich zu bewerten und sodann mit Blick auf strafrechtliche Risiken und Konsequenzen darzustellen. Deutlich wird dies etwa exemplarisch im Kapitel „Sanktionsbewehrte Überwachung und Kontrolle von Arbeitnehmern (Arbeitnehmerdatenschutz)“, bei dem auf rund 40 Seiten ausgehend von dem Regelungsregime der DS-GVO und des BDSG die Zulässigkeit der Datenverarbeitung im Arbeitsverhältnis dargestellt und so der notwendige Hintergrund für die Einordnung von Verstößen in den strafrechtlichen (§ 42 BDSG, §§ 201a, 206 StGB) und bußgeldbewehrten Rahmen (Art. 83 DS-GVO) geschaffen wird.

Die darüber stehende „Grobstruktur“ des Handbuchs besteht aus vier Kapiteln: Zunächst erfolgt eine wichtige Begrifflichkeiten darstellende und als „Grundlagen“ (S. 1–64) bezeichnete Einleitung, dem sodann das Schwerpunktkapitel „Materielles Arbeitsstrafrecht“ (S. 65–400) mit einer Darstellung der jeweiligen nach „Bereichen“ geordneten einzelnen Straf- und Bußgeldvorschriften folgt. Daran anschließend werden die „Rechtsfolgen im arbeitsstrafrechtlichen Verfahren“

(S. 401–478) erläutert, bevor das Werk mit dem prozesstaktischen Kapitel „Die Vertretung von Arbeitgebern in (Arbeits-) Strafverfahren“ (S. 479–542) abschließt. Ein nahezu 30 Seiten (!!) umfassendes Literaturverzeichnis und ein Fußnotenapparat von mehr als 4.000 Einzelnachweisen belegen zudem eindrucksvoll, wie sorgfältig und vertieft hier gearbeitet wurde.

Wer erwägt, das Werk zu erwerben, möge zudem bedenken: Verhaltensbedingte Kündigungen gleiten oftmals auch in den strafrechtlich relevanten Bereich ab und ein strafprozessualer Anfangsverdacht ist schnell bejaht. Der Preis von 79,00 EUR für ein über 500 Seiten umfassendes „Kompendium“ ist zweifelsohne äußerst attraktiv und mit Blick auf „Wettbewerber“ konkurrenzlos. Insoweit ist selbst für die/den rein auf Arbeitnehmerseite beratende/n Kollegin/Kollegen eine Anschaffung sicherlich sinnvoll. Nahezu alternativlos ist die Anschaffung einer derartig vertieften Darstellung zudem für Arbeitsrechtler/innen, die im Bereich der Unternehmensvertretung oder zu Compliance-Fragen beraten: Die Grenze „nur“ rechtswidrigen hin zu „bereits“ strafrechtlich relevanten Verhalten kann in der Praxis bei nur graduellen Änderungen des Sachverhalts verschwimmen. Damit ist es zwingend, auch als Arbeitsrechtler/in hier ein ausreichendes Problembewusstsein zu besitzen und in Zweifelsfällen mit dem *Gercke/Kraft/Richter* hier ein äußerst hilfreiches Hilfsmittel zur Hand zu haben, um sich stellende Rechtsfragen nicht nur zu erkennen, sondern zielsicher bewältigen zu können.

Prof. Dr. Michael Fuhlrott,
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg

Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen

C.H.Beck, München, 6. Auflage 2021, 1739 Seiten, Hardcover (In Leinen), 249,00 EUR
ISBN 978-3-406-75850-8

Der Erfolg komplexer Handbücher mit einer vierstelligen Seitenzahl hängt fast immer davon ab, ob es sich um eine eher lose Zusammenstellung von Einzelbeiträgen oder um eine inhaltlich verknüpfte Darstellung „aus einem Guss“ handelt. Eben dies war von Beginn an eines der Qualitätsmerkmale des vorliegenden, nunmehr bereits in 6. Auflage erschienen Handbuchs.

Angesichts eines über Jahre unveränderten Autorenteam bleibt die Verdopplung der Bearbeiterzahl von fünf auf zehn gegenüber der Voraufgabe daher natürlich nicht unbemerkt. Der Qualität des Handbuchs tut dies

gleichwohl keinen Abbruch. Zum einen, weil mit *Klaus-Stefan Hohenstatt* erstmalig jemand aus der Gruppe der Erstautoren die Gesamtreaktion verantwortet. Zum anderen, weil die Erweiterung des Bearbeiterteams um so gestandene Anwälte wie *Thomas Müller-Bonanni* bewusst als behutsamer Generationenwechsel vollzogen wird. So wurden neben ihm auch *Rene Döring*, *Ulrich Sittard* und *Thomas Granetzny* erstmalig in die Bearbeitung von Teilen einbezogen, die bislang den Erstautoren vorbehalten waren.

Hinzu kommt, dass das Werk von den neu hinzugetretenen Autoren *Thomas Granetzny* und *Nils Derksen* um ein knapp hundertseitiges Kapitel „Arbeitsrecht und Restrukturierung in der Insolvenz“ erweitert wurde. Angesichts der durchaus ergebnisoffenen wirtschaftlichen Entwicklungen einiger Branchen im Zuge der Digitalisierung ist dies sicher eine mehr als sinnvolle Ergänzung. Das Kapitel besteht zum einen aus einer etwas über vierzigseitigen Darstellung insolvenzrechtlicher Grundlagen, in die auch bereits das größtenteils zum 1.1.2021 in Kraft getretene StaRUG eingeflossen ist. Darüber hinaus enthält es weitere Abschnitte zu den arbeitsrechtlichen Besonderheiten der Restrukturierung in der Insolvenz, zur übertragenden Sanierung und zum Insolvenzplanverfahren.

Einer der ganz wesentlichen Mehrwerte des Werks besteht weiterhin darin, sich nicht nur auf die Darstellung der Rechtslage zu beschränken. Vielmehr greift das Werk immer wieder auch die verhandlungspsychologischen Aspekte einer Restrukturierung in eigens dazu verfassten Abschnitten auf. Auf der Basis langjähriger Praxiserfahrung finden sich dort – wie im von *Willemssen* verfassten Abschnitt über „Strategische Aspekte aus Betriebsrats- und Arbeitnehmersicht“ – Ratschläge, die sich allein aus der Rechtslage nicht unbedingt hätten ableiten lassen. Dieser enge Praxisbezug findet sich darüber hinaus auch in der Kommentierung der zahlreichen rechtlichen „Großbaustellen“ wie bspw. der Massenentlassungsanzeige. Wie diese im Spannungsfeld eines nationalen und europarechtlichen Betriebsbegriffs ggf. an mehre potentiell zuständige Agenturen für Arbeit zu adressieren ist, zeigt bspw. *Schweibert* relativ detailliert auf.

Insoweit gilt daher – wenig überraschend – auch weiterhin die folgende zusammenfassende Feststellung: Das vorliegende Werk ist und bleibt „die Referenz“ für sämtliche arbeitsrechtliche Fragestellungen im Kontext einer Umstrukturierung.

Dr. Alexander Lentz,
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg

Lenz Sozialversicherungspflicht von Organmitgliedern. Eine rechtsdogmatische Untersuchung am Beispiel von Vereinsvorständen

Nomos, Baden-Baden, 2021, 275 Seiten, broschiert, 72,00 EUR
ISBN 978-3-8487-8094-5

Aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht ist die Frage des Vorliegens einer Beschäftigung nach § 7 Abs. 1 SGB IV von grundlegender Bedeutung. Von dieser Statusfeststellung hängt ab, ob Rechte und Pflichten aus dem Sozialversicherungsrecht begründet werden. Unter Beschäftigung wird die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis, verstanden. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Soweit die normative Vorgabe. Allerdings ist die Abgrenzung zwischen einer selbstständigen und einer nichtselbstständigen Beschäftigung in der Praxis mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, dies gilt auch für die Tätigkeit von Organmitgliedern. Zumindest wenn es um den Arbeitnehmerstatus dieser Personengruppe geht, hat sich eine Vielzahl von Abhandlungen mit dieser Problematik beschäftigt. Der sozialversicherungsrechtliche Status des Organs stand dabei – bedauerlicherweise – jedoch weniger im Fokus.

Vor diesem Hintergrund ist die Dissertation von *Thomas Lenz* zur Sozialversicherungspflicht von Organmitgliedern sehr zu begrüßen. Gegliedert ist das 275 Seiten umfassende Werk in vier Teile. Herzstück der Arbeit ist das dritte Kapitel, welches sich mit der Sozialversicherungspflicht von Organmitgliedern *de lege lata* und *de lege ferenda* beschäftigt. Hauptaugenmerk liegt hierbei auf Vereinsvorständen. Zunächst stellt der Autor überblicksartig die gängige Spruchpraxis zum sozialversicherungsrechtlichen Status von Organmitgliedern dar. Kritisch setzt sich *Lenz* mit der gängigen Abgrenzungsformel des BSG auseinander. Nach dieser Formel hängt die Sozialversicherungspflicht maßgeblich davon ab, ob der Vereinsvorstand neben seiner Organstellung auch in wesentlichem Umfang dem allgemeinen Erwerbsleben zugängliche Verwaltungsaufgaben verrichtet. Das Organmitglied kann also zu seinem Verein in die besondere Beziehung eines Beschäftigten treten, wenn es sich zur Leistung von über die Mitgliedschaft hinausgehenden Arbeiten (überobligatorisches Engagement) verpflichtet und das so begründete Vertragsverhältnis alle Merkmale eines Beschäftigungsverhältnisses aufweist.

Zu Recht kritisiert der Verfasser die mangelnde Rechtssicherheit dieser Abgrenzungsformel. Eine Statusfeststellung kommt gelegentlich einem Lotteriespiel näher

als einer sauberen juristischen Herleitung. Daher werden von *Lenz* verschiedene alternative Lösungsansätze entwickelt, welche er als Denkanstöße zur Lösung dieses Dilemmas versteht. Hierbei rekurriert der Autor vornehmlich auf die Spruchpraxis zur Arbeitnehmerereignis von Organmitgliedern. Nach dieser Rechtsprechung wird eine Tätigkeit, die auf gesellschaftsrechtlicher oder körperschaftlicher Verpflichtung beruht, wegen des Fehlens eines Abhängigkeitsverhältnisses nicht auf der Grundlage eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt. Zwischen ihnen und der juristischen Person bestehe kein Arbeits- sondern ein freies Dienstverhältnis. Diese vorgeschlagene – und in der Arbeit zutreffend dogmatisch untermauerte – Annäherung an die arbeitsrechtliche Abhängigkeitsprüfung ist zu begrüßen.

Lenz hat mit seiner Dissertation einen wertvollen Beitrag geleistet, das kaum noch zu durchblickende Dickicht einer Bestimmung der Beschäftigung nach § 7 Abs. 1 SGB IV zu lichten. Wünschenswert wäre es gewesen, wenn der Verfasser sich noch intensiver mit der *Balkaya*-Entscheidung des EuGH auseinandergesetzt hätte. Das Gericht hatte hier im Bereich des § 17 KSchG einen unionsrechtlich geprägten Arbeitnehmerbegriff zugrunde gelegt, der auch Fremdgeschäftsführer umfasst. Im Nachgang zu diesem Judikat wurde befürchtet, dass der nationale Arbeitnehmerbegriff verstärkt an ein europarechtliches Verständnis angeglichen würde. Dieser Hinweis soll jedoch keinesfalls den wissenschaftlichen Wert der – sehr kurzweilig zu lesen – Dissertation schmälern. Die Diskussion zur Sozialversicherungspflicht von Organmitgliedern wird durch diese Arbeit sicherlich intensiviert – was *Lenz* nicht hoch genug angerechnet werden kann.

Prof. Dr. Alexander Eufinger,
Wiesbaden Business School, Wiesbaden

Tschöpe Arbeitsrecht Handbuch

Otto Schmidt Verlag, Köln, 12. Auflage 2021, 3223 Seiten, gebunden, 169,00 EUR
ISBN 978-3-504-42073-4

Das Arbeitsrecht Handbuch von *Tschöpe* ist ein Klassiker, der Rechtsanwälte, Arbeitsrichter, Personalverantwortliche und Verbandsvertreter seit über zwanzig Jahren in der arbeitsrechtlichen Praxis begleitet. Die Autoren sind allesamt erfahrene und auf das Arbeitsrecht spezialisierte Praktiker (Rechtsanwälte und Richter), wobei das Autorenteam seit der letzten Auflage mit Na-

dine Hesser, Stephan Karlsfeld, Annette Krahorst, Moritz Kunz und *Jens Tiedemann* einige Neuzugänge zu verzeichnen hat. Der Aufbau folgt der aus den Voraufgaben bekannten und bewährten Struktur und führt den Leser von der Begründung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch das gesamte Individual- und Kollektivarbeitsrecht, einschließlich praktisch relevanter Nebengebiete (Arbeitsförderung und Rentenrecht). Auch das arbeitsgerichtliche Verfahren wird ausführlich dargestellt.

In der Neuauflage wurden neben aktueller Rechtsprechung und Gesetzgebung (z.B. Geschäftsgeheimnisgesetz, Auswirkungen des Brexit, Änderungen des Fachkräfteeinwanderungsgesetzes, EuGH-Urteil zur Arbeitszeiterfassung, Rechtsprechung zum Auskunftsanspruch nach der DS-GVO, Änderungen des Arbeitnehmerentendegesetzes) auch die zahlreichen Übergangsregelungen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie eingearbeitet. Letztere werden dabei jeweils im passenden thematischen Kontext besprochen (z.B. die Frage nach der Pflicht zur Anwendung der Corona-Warn-App im Arbeitsverhältnis im Datenschutzkapitel), darüber hinaus fehlt „Corona-Pandemie“ selbstverständlich auch nicht im Stichwortverzeichnis.

Das Werk beinhaltet auch aktuelle Themen wie z.B. Home Office und Gesundheitsschutz (auch hier mit besonderem Blick auf Arbeitsschutz in Zeiten der Corona-Pandemie), Beschäftigtendatenschutz, Crowdworking, Bring your own Device, Social Media, Internal Investigations, Whistleblowing, digitale Überwachung und neue Arbeitszeitmodelle.

Abgesehen von der Aktualität besticht das Arbeitsrecht Handbuch durch seine Praxistauglichkeit. Das Werk eignet sich sowohl zum schnellen Überblick als auch zum vertieften Einstieg in ein Thema und vereinfacht die tägliche Arbeit durch eine Vielzahl von Prüfungsschemata, Übersichten, Checklisten, optisch hervorgehobenen Hinweisen und Formulierungsbeispielen.

Fazit: Der *Tschöpe* ist und bleibt ein hervorragendes und umfassendes Werk „von Praktikern für Praktiker“. Er ist alltagstauglich, ohne dass es an wissenschaftlichem Tiefgang fehlt. Die Investition in die Neuauflage lohnt sich aufgrund der hohen Aktualität und nicht zuletzt der Darstellung der im Zusammenhang mit der Pandemie entstandenen Fragen, die uns sicher noch eine Zeitlang begleiten werden.

Daniela Hangarter, LL. M. (Christchurch),
Fachanwältin für Arbeitsrecht, Frankfurt a.M.

Impressum

AE-Arbeitsrechtliche Entscheidungen

Gründungsherausgeber:

Dr. Hans-Georg Meier, Berlin
www.dbm.legal

Herausgeber:

Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV

Chefredaktion:

Dr. Peter Meyer
Weimann & Meyer
Kurfürstenstr. 56
10785 Berlin
Tel.: 030/254 200 0
E-Mail: dr.meyer@weimann-meyer.de

Redaktion (Textbeiträge):

Dr. Alexander Lentz
Kanzlei für Arbeitsrecht
Scheffelstr. 7
22301 Hamburg
Tel. 040/540 904 117
E-Mail: info@labourlawlentz.de

Redaktion (Rechtsprechung):

Dr. Julia Schweitzer
BRYAN CAVE LEIGHTON PAISNER LLP
An der Welle 3
60322 Frankfurt
Tel. 069/970 861 252
E-Mail: julia.schweitzer@bclplaw.com

Dr. Heiko Kaiser
KLEHR RECHTSANWÄLTE Partnerschaft
Oranienburger Str. 4
510178 Berlin
E-Mail: info@klehr-rechtsanwaelte.de

für die Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im
Deutschen Anwaltverein (Adresse s. unten)

Geschäftsführender Ausschuss:

Geschäftsstelle:
Rechtsanwalt Dr. Johannes Schipp (Vors.)
Münsterstraße 21
33330 Gütersloh
Telefon (0 52 41) 90 33-0
Telefax (0 52 41) 1 48 59

**Deutscher Anwaltverein
Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht**

Geschäftsstelle
Max Grönig
Littenstraße 11
10179 Berlin
Telefon (030) 72 61 52-0, Sekr. 171
Telefax (030) 72 61 52-195

Verlag:

Deutscher AnwaltVerlag
Rochusstr. 2-4
53125 Bonn
Telefon: (0228) 9 19 11-0
Telefax: (0228) 9 19 11-23
E-Mail: kontakt@anwaltverlag.de

Anzeigen

Deutscher Anwaltverlag
Adresse: s.o.
E-Mail: anzeigen@anwaltverlag.de

Lektorat

Anne Krauss
Telefon: (0228) 9 19 11-52
E-Mail: krauss@anwaltverlag.de

Satz

Cicero Computer GmbH, 53225 Bonn

Druck

Hans Soldan Druck GmbH, 45356 Essen

Erscheinungsweise

Die AE erscheint vierteljährlich.

Bezugspreise 2021

Inland € 133,71 (inkl. MwSt. und zzgl. Versand)
Einzelheft € 36,59 (inkl. MwSt. und zzgl. Versand)

Der Abonnementpreis wird im Voraus in Rechnung gestellt.

Das Abonnement verlängert sich zu den jeweils gültigen Bedingungen um ein Jahr, wenn es nicht 6 Wochen vor Ablauf des Bezugsjahres gekündigt wird.

Die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft für Arbeitsrecht erhalten die AE im Rahmen ihrer Mitgliedschaft.

Urheber- und Verlagsrecht

Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge und Bilder – auch die bearbeiteten Gerichtsentscheidungen und Leitsätze – sind urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urhebergesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache, übertragen werden. Namentlich gezeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Redaktion wiedergeben. Manuskripte und Einsendungen sind bitte an die Redaktionsanschrift zu senden.

Manuskripte

Die AE beinhaltet aktuelle arbeitsrechtliche Entscheidungen sowie Beiträge für die Anwaltspraxis. Manuskripte sind an die Redaktionsanschrift zu richten. Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten übernommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnentstellenden redaktionellen Bearbeitung durch den Herausgeber einverstanden. Mit der Annahme eines Manuskriptes erwirbt der Verlag vom Verfasser das ausschließliche Recht zur Veröffentlichung und Verwertung. Eingeschlossen ist insbesondere auch das Recht zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zur weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege eines fotomechanischen oder eines anderen Verfahrens.

Haftungsausschluss:

Verlag und Autoren übernehmen keinerlei Gewähr für die Richtigkeit oder Vollständigkeit der abgedruckten Inhalte. Insbesondere stellen (Formulierungs-)Hinweise, Muster und Anmerkungen lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Die Verantwortung für die Verwendung trägt der Leser.

Bildnachweis

Titelseite: Paolo Faussone
S. 101 und 110 Dr. Alexander Lentz, Kanzlei für Arbeitsrecht Dr. Alexander Lentz
S. 107 und 110 Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Wolfgang Manske, Barbara Pommer, Reinhard Schütte
S. 103 Dr. Ulrich Sittard
S. 104 Dr. Clarissa Freundorfer, Magdalena Wagner, Dr. Nathalie Oberthür
S. 105 Dr. Andrea Panzer-Heemeier, Tim Richter
S. 106 Prof. Dr. Stefan Lunk, Jürgen Markowski
S. 107 und 109 Dr. Johannes Schipp
S. 107 Inken Gallner
S. 108 Marlies Heimann
S. 109 Prof. Dr. Gregor Thüsing
S. 125 Dr. Sebastian Klaus
S. 131 Dr. Henning Müller
S. 132 Dr. Julia Schweitzer, BRYAN CAVE LEIGHTON PAISNER LLP