

# Jahreswechsel 2020/2021: Arbeitsrechtliche Änderungen

## Zusammenfassung

### Überblick

Der Jahreswechsel bringt einige Änderungen im Arbeitsrecht. So gibt es neben der allgemeinen Erhöhung des Mindestlohns zum 1.1.2021 erstmals differenzierte Mindestlöhne für die Pflegebranche. Ende Juli 2020 wurde zudem das Arbeitnehmerentsendegesetz durch die Umsetzung der Reform der EU-Entsenderichtlinie geändert. Insbesondere wurde hierdurch die Angleichung der Lohnregelungen und Arbeitsbedingungen mit inländischen Arbeitnehmern umgesetzt. Die Corona-Pandemie wirft neue Fragen des Umgangs mit Mitarbeitern in Quarantäne und Lohnfortzahlung, Entschädigung und Urlaub auf. Außerdem hat sie zu Änderungen im Pflegezeit- und Familienpflegezeitgesetz geführt sowie zur Ermöglichung von audiovisueller Betriebsratsarbeit. Im Ausblick für 2021 soll durch das Arbeitsschutzkontrollgesetz der Einsatz von Fremdpersonal in der Fleischindustrie eingeschränkt werden, das geplante Verbandssanktionsgesetz wirft Fragen bei der Durchführung von Mitarbeiterbefragungen auf. Nicht zuletzt soll das Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz zum 1.9.2021 reformiert werden. Neben gesetzlichen Änderungen werden aktuelle und richtungweisende Urteile dargestellt, insbesondere zu Fragen des Urlaubsrechts sowie zum Vergütungs- und Kündigungsrecht.

### Gesetze, Vorschriften und Rechtsprechung

**Gesetze:** Die Dritte Mindestlohnanpassungsverordnung erhöht den gesetzlichen Mindestlohn, die Vierten Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche enthält Mindestlöhne für die Pflege. Das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.6.2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen reformiert das Arbeitnehmerentsendegesetz. Mit dem Gesetz für ein Zukunftsprogramm Krankenhäuser wurde das Pflegezeitgesetz und Familienpflegezeitgesetz angepasst. Das Dritte Bevölkerungsschutzgesetz hat zu erneuten Anpassungen des Infektionsschutzgesetzes (§ 56 f. IfSG) geführt.

**Rechtsprechung:** BAG, Beschluss v. 29.9.2020, 9 AZR 266/20 (A) zur Verjährung von Urlaubsansprüchen, BAG, Urteil v. 26.5.2020, 9 AZR 259/19 zum Verfall von tariflichen Urlaubsansprüchen, BAG, Beschluss v. 7.7.2020, 9 AZR 401/19 (A) zum Verfall des Urlaubs bei langandauernder Arbeitsunfähigkeit. BAG, Urteil v. 11.12.2019, 5 AZR 505/18 zu Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, BAG, Urteil v. 18.3.2020, 5 AZR 36/19 zur Vergütung von Fahrtzeiten, BAG, Urteil v. 27.5.2020, 5 AZR 387/19 zur Auskunftspflicht bei Anrechnung anderweitigen Erwerbs, BAG, Urteil v. 27.5.2020, 5 AZR 247/19 zur Prozessbeschäftigung und Entgeltfortzahlung. BAG, Urteil v. 19.12.2019, 8 AZR 2/19 zum AGG bei Stellenausschreibungen. BAG, Urteil v. 11.6.2020, 2 AZR 442/19 zur Anhörungsfrist bei Verdachtskündigung und Krankheit, BAG, Urteil v. 27.2.2020, 2 AZR 498/19 zum besonderen Kündigungsschutz bei Kündigung vor Arbeitsantritt, BAG, Urteil v. 7.5.2020, 2 AZR 678/19 zur Betriebsratsanhörung bei Kündigungserklärungsfrist. BAG, Beschluss vom 22.1.2020, 7 ABR 18/18 zur Beteiligung der SBV bei Gleichstellung. BAG, Urteil v. 16.10.2019, 5 AZR 241/18 zur Bürgenhaftung des Unternehmers, BAG, Urteil v. 28.11.2019, 8 AZR 125/18 zum Schadensersatz wegen unwirksamer Versetzung, BAG, Urteil vom 28.11.2019, 8 AZR 35/19 zum Haftungsprivileg bei Arbeitsunfällen.

## 1 Update Mindestlohn

### 1.1 Erhöhung des allgemeinen Mindestlohns

Das Bundeskabinett hat am 28.10.2020 die Dritte Mindestlohnanpassungsverordnung beschlossen. Damit wird der gesetzliche Mindestlohn zum

1.1.2021 zunächst auf **9,50 EUR** brutto je Zeitstunde angehoben und steigt dann in weiteren Schritten zum

1.7.2021 auf brutto 9,60 EUR,

1.1.2022 auf brutto 9,82 EUR und zum

1.7.2022 auf brutto 10,45 EUR.

### 1.2 Mindestlöhne für die Pflegebranche

Die vierte Pflegekommission hat am 28.1.2020 eine Empfehlung über neue, verbesserte Mindestarbeitsbedingungen für die Pflegebranche beschlossen, welche das BMAS mit der Vierten Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche<sup>[1]</sup> umsetzt. § 2 PflegeArbbV enthält erstmalig **differenzierte Mindestlöhne**, auch für Pflegefachkräfte und Angelernte. Es findet eine sukzessive Angleichung der Mindestentgelte in Ost- und Westdeutschland bis zum 1.4.2022 statt.

## 2 Reform des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes

Im Mai 2018 wurde die EU-Entsenderichtlinie 96/71/EG durch die Richtlinie (EU) 2018/957 überarbeitet. Ziel war die Ausweitung des Schutzes von in der Europäischen Union zur vorübergehenden Tätigkeit in einen anderen Staat entsandter Arbeitnehmer. Ziel war insbesondere die Umsetzung des Grundsatzes "Gleicher Lohn für gleiche Arbeit." Bisher hatten Arbeitnehmer, die von ihrem ausländischen Arbeitgeber vorübergehend in Deutschland eingesetzt wurden, im Rahmen der Vergütung lediglich Anspruch auf den gesetzlichen bzw. in bestimmten Branchen auf den tariflichen Mindestlohn.

Die Bundesrepublik Deutschland hat mit dem am 30.7.2020 in Kraft getretenen "Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.6.2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen" die Umsetzung vorgenommen. Hierdurch wurde das deutsche Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) geändert.

### 2.1 Gleiche allgemeine Arbeitsbedingungen

Aus dem EU-Ausland nach Deutschland entsandte Arbeitnehmer erhalten nunmehr grundsätzlich ab dem ersten Tag ihrer Tätigkeit in Deutschland nicht nur den Mindestlohn nach dem Mindestlohngesetz, sondern die Entlohnung einschließlich der Überstundensätze, die in den Rechts- oder Verwaltungsvorschriften geregelt sind. Gemäß § 2a AEntG sind Entlohnung i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 AEntG alle Bestandteile der Vergütung, die der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin vom Arbeitgeber in Geld oder als Sachleistung für die geleistete Arbeit erhält.

Zur Entlohnung zählen insbesondere die Grundvergütung, einschließlich Entgeltbestandteilen, die an die Art der Tätigkeit, Qualifikation und Berufserfahrung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und die Region anknüpfen, sowie Zulagen, Zuschläge und Gratifikationen, einschließlich Überstundensätze. Ausgenommen sind Regelungen betreffend die betriebliche Altersvorsorge.

### **Hinweis**

#### **Anrechnung Entsendezulage**

Erhält der Arbeitnehmer eine Entsendezulage, kann diese nur auf die nach dem Gesetz zu zahlende Vergütung angerechnet werden, wenn und soweit sie nicht zur Erstattung von Kosten gezahlt wird, die infolge der Entsendung entstehen. Ist nicht festgelegt, welche Bestandteile der Zulage zur Kostenerstattung bzw. welche Bestandteile Teil der Entlohnung sind, wird unwiderleglich vermutet, dass die gesamte Zulage der Kostenerstattung dient.<sup>[1]</sup>

## **2.2 Anwendung von Tarifverträgen und Rechtsverordnungen**

Nach § 3 AEntG gelten für das Arbeitsverhältnis des entsandten Arbeitnehmers die Entlohnungsregelungen aller bundesweit für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge. Insbesondere die Begrenzung auf bestimmte Branchen ist entfallen.

Die Anwendung der Entlohnungsregelungen und weiterer im Gesetz aufgelisteter Arbeitsbedingungen nach diesen Tarifverträgen ist grundsätzlich ab dem ersten Tag der Tätigkeit in Deutschland zwingend.

Wird ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin von einem im Ausland ansässigen Arbeitgeber mehr als 12 Monate im Inland beschäftigt, so finden auf dieses Arbeitsverhältnis nach 12 Monaten Beschäftigungsdauer im Inland zusätzlich alle Arbeitsbedingungen Anwendung, die am Beschäftigungsort in Rechts- und Verwaltungsvorschriften und in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen vorgeschrieben sind.<sup>[1]</sup> Anzuwenden sind hier nun nicht nur bundesweit für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge, sondern auch solche mit nur regionaler Geltung.

### **Hinweis**

#### **Keine Anwendung**

Ausgenommen hiervon sind lediglich die Verfahrens- und Formvorschriften und Bedingungen für den Abschluss oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, einschließlich nachvertraglicher Wettbewerbsverbote sowie die Regelungen über die betriebliche Altersversorgung. Das ausländische Kündigungsschutzrecht gilt hingegen weiterhin.

Es finden auf dieser Grundlage zum Beispiel Entgeltfortzahlungsansprüche an Feiertagen, Ansprüche auf Eltern- und Pflegezeit, Ansprüche auf Aufwandserstattungen nach den §§ 670, 675 BGB Anwendung, nicht jedoch Ansprüche auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.<sup>[2]</sup>

### **Achtung**

#### **Mitteilung an Behörde**

Gibt der Arbeitgeber jedoch vor Ablauf einer Beschäftigungsdauer im Inland von 12 Monaten bei der zuständigen Behörde der Zollverwaltung in Textform eine Mitteilung ab, finden die vorstehenden zusätzlichen Arbeitsbedingungen erst nach einer Beschäftigungsdauer im Inland von 18 Monaten Anwendung.

## 2.3 Ausnahmebestimmungen für bestimmte Tätigkeiten

Für bestimmte vorübergehende Tätigkeiten sind in § 24 AEntG Ausnahmeregelungen vorgesehen. Dazu zählen Einsätze zur Erstmontage- oder Einbauarbeiten, die Bestandteil eines Liefervertrags sind, für die Inbetriebnahme der gelieferten Güter unerlässlich sind und von Facharbeitern oder Facharbeiterinnen oder angeleiteten Arbeitern oder Arbeiterinnen des Lieferunternehmens ausgeführt werden. Allerdings gilt dies nur, wenn die Dauer der Beschäftigung im Inland 8 Tage im Kalenderjahr nicht überschreitet.

Diese Ausnahme gilt nicht für Bauleistungen i. S. d. § 101 Abs. 2 SGB III. Weiterhin gelten die Regelungen nicht für vorübergehende Tätigkeiten im Inland ohne Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen für den Arbeitgeber (beispielsweise Besprechungen oder Verhandlungen für den Arbeitgeber, Erstellung von Vertragsangeboten oder Vertragsabschlüsse, Besuch von Messveranstaltungen, Fachkonferenzen etc.).

### Hinweis

#### Vorübergehende Beschäftigung

Vorübergehend ist die Beschäftigung nur, wenn die Tätigkeit nicht mehr als 14 Tage ununterbrochen und nicht mehr als 30 Tage innerhalb eines Zeitraums von 12 Monaten ausgeübt wird. [\[1\]](#)

## 2.4 Praktische Bedeutung

Die Änderungen werden aus Sicht deutscher Unternehmen insbesondere Auswirkungen im Rahmen sog. Konzernentsendungen von Mitarbeitern ausländischer Konzernunternehmen nach Deutschland oder bei Beauftragung ausländischer Subunternehmer zur Ausführung des Auftrags in Deutschland haben.

### Praxis-Tipp

#### Deutsche Tochterunternehmen

Als Alternative bietet sich an, bei Langzeitentsendungen vermehrt auf den Abschluss von Arbeitsverträgen mit beispielsweise dem aufnehmenden deutschen Tochterunternehmen auszuweichen, um eine Vermischung der Rechtsordnungen zu vermeiden.

Zu beachten ist hierbei, dass das Arbeitnehmerentsendegesetz nicht nur auf Arbeitnehmer aus dem EU-Ausland, sondern auf alle Arbeitnehmer ausländischer Arbeitgeber mit Tätigkeit in Deutschland Anwendung findet.

Auch die anderen Mitgliedstaaten mussten die Änderungen der Richtlinie bis zum 30.7.2020 umsetzen. Dies ist z. B. in Frankreich bereits geschehen. Bei Entsendungen von Mitarbeitern aus Deutschland in andere Mitgliedstaaten ist daher zu berücksichtigen, dass ausländische Vorschriften nach Maßgabe der Richtlinie auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind und bei Nichtbeachtung erhebliche Bußgelder drohen können.

## 3 Entschädigungsanspruch nach dem Infektionsschutzgesetz

Arbeitnehmer, die durch eine behördliche Maßnahme in Quarantäne verwiesen werden, haben nach § 56 Abs. 1 IfSG einen Entschädigungsanspruch gegen das jeweilige Bundesland, welcher vom Arbeitgeber ausgezahlt wird und den sich dieser vom Bundesland innerhalb einer Ausschlussfrist von 12 Monaten erstatten lassen kann.

Voraussetzung für einen Anspruch nach § 56 IfSG ist zunächst, dass die Absonderung aufgrund einer **behördlichen Anordnung** erfolgt ist, die auch nachzuweisen ist. Sofern sich der Arbeitnehmer in eine "freiwillige Quarantäne" allein im Hinblick auf eine entsprechende Empfehlung der Gesundheitsbehörden begibt, entsteht kein Entschädigungsanspruch.

#### **Achtung** **Behördliche Anordnung**

Arbeitgeber wie Arbeitnehmer ist daher dringend zu raten, darauf zu achten, dass der entsprechende Verwaltungsakt der Anordnung der Absonderung auch schriftlich dokumentiert ist.

### **3.1 Verhältnis zu § 616 BGB**

Der Anspruch nach § 56 Abs. 1 Satz 2 Infektionsschutzgesetz besteht allerdings nur dann, wenn der Arbeitnehmer nicht gegenüber dem Arbeitgeber einen **anderen Vergütungsanspruch** hat, er also einen Verdienstausschlag erleidet. Kann der Arbeitnehmer während der Quarantäne im Homeoffice arbeiten, entsteht insoweit kein Verdienstausschlag. In Betracht kommt hier ein Anspruch nach **§ 616 BGB**. Er besagt, dass der Arbeitnehmer den Vergütungsanspruch nicht verliert, wenn er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird.

Wie lange diese "verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" sein darf, ist von der Rechtsprechung bisher nicht konkret festgelegt worden. Die Fachliteratur geht überwiegend davon aus, dass ein Zeitraum von **bis zu 5 Tagen** eine nicht erhebliche Zeitspanne darstellt. Dauert die Verhinderung länger, entfällt der gesamte Anspruch rückwirkend.

#### **Hinweis** **Abbedingung**

Darüber hinaus ist zu beachten, dass der Anspruch nach § 616 BGB durch Tarif- oder Arbeitsverträge abbedungen werden kann. Das ist regelmäßig dann der Fall, wenn im Tarif- oder Arbeitsvertrag die Fälle der Vergütungsfortzahlung an Tagen der Arbeitsverhinderung aus persönlichen Gründen aufgezählt sind.

Im Zweifelsfall werden sich Arbeitgeber darauf einstellen müssen, dass sie den Entschädigungsanspruch, den sie gegenüber dem Arbeitnehmer vorfinanzieren müssen, in einem Rechtsstreit vor den ordentlichen Gerichten gegen das jeweilige Bundesland erstreiten müssen.

#### **Praxis-Tipp** **Angabe Onlineformular**

Soweit in verschiedenen Bundesländern der Entschädigungsantrag durch Ausfüllen eines Onlineformulars im Internet gestellt werden kann, ist darauf zu achten, dass nicht angegeben wird, dass der Arbeitnehmer einen Anspruch nach § 616 BGB hat. Der Arbeitgeber kann sich hier mit guten Gründen auf den Standpunkt stellen, dass ein solcher Anspruch nur bis zu einer Dauer von 5 Tagen besteht und dann rückwirkend wieder entfällt, wenn die Quarantäne-Anordnung länger andauert.

### 3.1.1 Schließung von Kita und Schule

Für den Fall, dass Eltern eines Kindes, das das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet hat (Ausnahme behindertes Kind) keine anderweitige Betreuungsmöglichkeit für dieses Kind haben und auch nicht im Homeoffice arbeiten können, erhalten sie, befristet vom 30.3. bis zum 31.3.2021, für die infolge der notwendigen Kinderbetreuung ausfallende Arbeit ebenfalls eine Entschädigung nach § 56 Abs. 1a Infektionsschutzgesetz.

Auch hier ist ein Anspruch gegen den Arbeitgeber vorrangig und es kommt ein Anspruch nach § 616 BGB in Betracht. Wie lange hier der Zeitraum der "verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit" dauert, ist auch hier umstritten. In Anlehnung an § 45 SGB V wird hier teilweise angenommen, dass dieser Anspruch auf bis zu 10 Tage besteht.

### 3.1.2 Quarantäne bei Rückkehr aus einem Risikogebiet

Keht der Arbeitnehmer aus einem ausländischen Risikogebiet von einer Reise zurück, so muss er sich nach den Corona-Verordnungen der Bundesländer sodann in Quarantäne begeben. Es kommt ebenfalls ein Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG in Betracht.

Ein vorrangiger Anspruch nach § 616 BGB – unter der Voraussetzung, dass die Quarantäne nicht länger als 5 Tage andauert, denn ansonsten entfällt der Anspruch vollständig – setzt allerdings voraus, dass die Verhinderung des Arbeitnehmers ohne sein Verschulden eingetreten ist.

Daher ist im vorliegenden Fall danach zu unterscheiden, ob das Reiseziel schon bei Reiseantritt als Risikogebiet ausgewiesen worden ist oder ob es erst während der Reise als Risikogebiet eingestuft worden ist. Ein Anspruch nach § 616 BGB besteht nur dann, wenn der Arbeitnehmer ohne Verschulden gehandelt hat. Verschulden im Sinne des § 616 BGB ist nach demselben Maßstab zu beurteilen wie bei einer "selbstverschuldeten" Erkrankung. Es gilt der Maßstab des § 3 EFZG. Schuldhaft handelt der Arbeitnehmer, der erheblich gegen die von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartenden Verhaltensweisen verstößt. Die Reise in ein von vornherein als solches ausgewiesenes ausländisches Risikogebiet stellt grundsätzlich ein Verschulden in diesem Sinne dar, sodass weder ein Anspruch nach § 616 BGB besteht noch ein Anspruch nach § 3 EFZG, wenn der Arbeitnehmer aufgrund seiner Reise in das Risikogebiet anschließend an Covid-19 erkrankt.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Arbeitnehmer einen wichtigen Grund hatte, in das Risikogebiete zu reisen, beispielsweise dringende familiäre Angelegenheiten.

#### **Wichtig Risikogebiete**

Durch das 3. Bevölkerungsschutzgesetz wurde § 56 Abs. 1 IfSG dahingehend geändert, dass bei einer Reise in ein **Risikogebiet** auch kein Anspruch auf eine Entschädigung besteht, sofern der Arbeitnehmer nicht aus zwingenden und unaufschiebbaren Gründen dorthin gereist ist. Dazu zählen ausdrücklich keine Familienfeiern.

### 3.1.3 Quarantäne und Urlaub

Wenn sich der Arbeitnehmer in Erholungsurlaub befindet und dann eine Quarantäne behördlich angeordnet wird, erhält der Arbeitnehmer weiterhin das **Urlaubsentgelt** fortgezahlt und hat keinen Anspruch auf eine Entschädigung nach § 56 Infektionsschutzgesetz.

Erkrankt er an Covid-19, so kann er nach **§ 9 BUrlG** verlangen, dass die durch ärztliches Zeugnis nachgewiesenen Tage der Arbeitsunfähigkeit nicht auf den Erholungsurlaub angerechnet werden.

#### Hinweis

##### Keine Anrechnung auf Jahresurlaub

Darüber hinaus wird in der Fachliteratur teilweise vertreten, dass der Arbeitnehmer, dessen Urlaubsanspruch durch eine behördliche Anordnung einer Quarantäne "durchkreuzt" wird, in entsprechender Anwendung von § 9 BUrlG ebenfalls verlangen kann, dass diese Tage nicht auf seinen Jahresurlaub angerechnet werden mit der Konsequenz, dass er dann einen Entschädigungsanspruch nach § 56 Infektionsschutzgesetz erhält. Jedenfalls ist es Arbeitgeber und Arbeitnehmer möglich, sich jederzeit über eine "Rückbuchung" des Urlaubs einvernehmlich zu verständigen.

## 4 Änderungen des PflegeZG und des FPfZG aus Anlass der Covid-19-Pandemie

Im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie hat der Gesetzgeber verschiedene Änderungen im Pflegezeitgesetz und im Familienpflegezeitgesetz vorgenommen. Diese Regelungen waren zunächst bis zum 30.9.2020 befristet und wurden durch das Krankenhauszukunftsgesetz bis zum 31.12.2020 verlängert.

Eine weitere Verlängerung bis **31.3.2021** ist durch das am 26.11.2020 im Bundestag verabschiedeten Gesundheitsversorgungs- und Pflegeverbesserungsgesetz vorgesehen. Die Regelungen finden sich insbesondere in einem neuen § 9 PflegeZG sowie § 16 FPfZG.

### 4.1 Verlängerung nach § 9 PflegeZG

Nach der Grundregelung in § 2 Abs. 1 PflegeZG haben Beschäftigte das Recht, bis zu 10 Arbeitstage der Arbeit fern zu bleiben, wenn dies erforderlich ist, um für einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in einer akut aufgetretenen Pflegesituation eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren oder eine pflegerische Versorgung in dieser Zeit sicherzustellen. Die Neuregelung in **§ 9 PflegeZG** sieht das Recht vor, der Arbeit bis zu 20 Arbeitstage fernzubleiben. Voraussetzung ist, dass eine pandemiebedingte akute Pflegesituation besteht, die bewältigt werden muss.

#### Hinweis

##### Versorgungsverbesserungsgesetz

Nach dem Entwurf eines Versorgungsverbesserungsgesetzes ist vorgesehen, die Freistellung wegen kurzzeitiger Arbeitsverhinderung in einer akut aufgetretenen Pflegesituation (unabhängig von der derzeitigen Pandemie) **dauerhaft auf bis zu 20 Arbeitstage** zu verlängern.

## 4.2 Textform

Abweichend von dem Erfordernis der schriftlichen Geltendmachung<sup>[1]</sup> genügt für die Geltendmachung der Pflegezeit bzw. Familienpflegezeit – **befristet bis zum 31.12.2020** – die Einhaltung der **Textform**.<sup>[2]</sup> Somit kann die Freistellung vorübergehend z. B. auch per E-Mail oder Fax verlangt werden und bedarf nicht der eigenhändigen Originalunterschrift.

Ebenso genügt vorübergehend bis zum 31.12.2020 die Vereinbarung über Dauer und Lage der Teilzeit während der Pflegezeit die Textform.<sup>[3]</sup>

## 4.3 Ankündigungsfrist

Zudem wurde die Ankündigungsfrist für die Familienpflegezeit verkürzt von 8 Wochen<sup>[1]</sup> auf lediglich **10 Arbeitstage**, sofern die Familienpflegezeit spätestens am 1.12.2020 beginnt. Die Ankündigungsfrist für die Familienpflegezeit wurde damit vorübergehend der Ankündigungsfrist für die Pflegezeit gleichgestellt.

Die Ankündigungsfrist für die Familienpflegezeit bzw. Pflegezeit für **denselben nahen Angehörigen** ist vorübergehend verkürzt auf **10 Tage**.<sup>[2]</sup> Im Gegensatz zur Ankündigung von Familienpflegezeit /Pflegezeit ohne Kombination mit der Pflegezeit/Familienpflegezeit für denselben nahen Angehörigen wird an dieser Stelle im Gesetz nicht abgehoben auf "Arbeitstage", sondern auf "Tage", sodass wohl von 10 Kalendertagen auszugehen sein dürfte.

## 4.4 Anschluss

Abweichend von den Regelungen in § 3 Abs. 3 Satz 4 PflegeZG /§ 2a Abs. 1 Satz 4 FPfZG muss sich die Familienpflegezeit vorübergehend nicht unmittelbar an eine Pflegezeit für denselben nahen Angehörigen anschließen, vorausgesetzt, dass der **Arbeitgeber zustimmt**, die Gesamtdauer von 24 Monaten für die Freistellungstatbestände nicht überschritten wird und die Familienpflegezeit spätestens mit Ablauf des 31.12.2020 endet.<sup>[1]</sup>

### Hinweis

#### Erneute Inanspruchnahme

Entgegen der Rechtsprechung des BAG<sup>[2]</sup> muss die Pflegezeit bzw. Familienpflegezeit vorübergehend nicht mehr "am Stück" genommen werden. Die bis zum 31.12.2020 befristete weitere Sonderregelung erlaubt es Beschäftigte – befristet und unter engen Voraussetzungen – ein weiteres Mal **einmalig** nach einer beendeten Pflegepflegezeit zur Pflege oder Betreuung desselben pflegebedürftigen Angehörigen **Pflegezeit erneut in Anspruch nehmen**.<sup>[3]</sup> Eine entsprechende Vorschrift besteht für die erneute Inanspruchnahme von Familienpflegezeit.<sup>[4]</sup>

## 5 Audiovisuelle Betriebsratssitzungen

Beschlüsse des Betriebsrats können nur im Rahmen einer Präsenzsitzung gefasst werden. Das ergibt sich aus § 33 Abs. 1 BetrVG, wonach der Betriebsrat Beschlüsse mit der Mehrheit der anwesenden Mitglieder fasst. Im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie war es jedoch auch für viele Betriebsräte nur unter erschwerten Bedingungen und unter Inkaufnahme einer erhöhten Ansteckungsgefahr möglich, Präsenzsitzungen abzuhalten.



Daher hat der Gesetzgeber mit § 129 BetrVG eine zunächst bis zum 31.12.2020 befristete Übergangsregelung rückwirkend zum 1.3.2020 geschaffen, die es zahlreichen betriebsverfassungsrechtlichen Gremien erlaubt, Sitzungen einschließlich der Beschlussfassung auch als Telefon- oder Videokonferenz durchzuführen oder im Wege einer "Hybrid-Sitzung" einzelnen Betriebsratsmitgliedern die Teilnahme per Video- oder Audio Konferenztechnik zu ermöglichen.

Eine Wahlversammlung kann hingegen nicht auf diesem Weg durchgeführt werden. Voraussetzung ist immer, dass sichergestellt ist, dass nur teilnahmeberechtigte Personen Kenntnis von dem Inhalt der Sitzung oder Versammlung nehmen können. Eine Aufzeichnung ist unzulässig. Diese Regelung wurde nun durch das Beschäftigungssicherungsgesetz bis **30.6.2021 verlängert**.

### **Wichtig Keine Verpflichtung**

Ob der Betriebsrat oder die anderen betriebsverfassungsrechtlichen Organe hiervon Gebrauch machen, liegt in ihrem Ermessen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass § 129 BetrVG nur eine Übergangsregelung für die Dauer der Covid-19-Pandemie darstellen soll, sodass der Arbeitgeber betriebsverfassungsrechtliche Gremien insbesondere unter Kostengesichtspunkten nicht verpflichten kann, von Präsenzsitzungen abzusehen und Audio-Visuelle Sitzungen durchzuführen.

Es ist zu erwarten, dass die Regelung über den 31.12.2020 hinaus verlängert wird, da die Covid-19-Pandemie noch andauert und es ist durchaus denkbar, dass unter geänderten Voraussetzungen auch darüber hinaus die Möglichkeit bestehen bleibt, für Betriebsratssitzungen audio-visuelle Konferenztechnik zu nutzen.

## **6 Ausblick: Geplante Gesetzesänderungen**

### **6.1 Arbeitsschutzkontrollgesetz – Verbot von Werkverträgen in der Fleischindustrie**

Im Gesetzgebungsverfahren befindet sich der Gesetzesentwurf eines Arbeitsschutzkontrollgesetzes<sup>[1]</sup>, mit dem zum einen durch Änderungen des Arbeitsschutzgesetzes eine intensivere und gleichmäßigere Kontrolle der Einhaltung von Arbeitsschutzregelung erreicht werden soll. Es werden für die Bundesländer einheitliche verbindliche Kontrollquoten eingeführt und es soll Schwerpunktkontrollen durch die Arbeitsschutzbehörden in Risikobranchen geben.

Außerdem sind Änderungen des Gesetzes zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft vom 17.7.2017<sup>[2]</sup> vorgesehen. Außerhalb des Handwerkes<sup>[3]</sup> wird vor allem ein Verbot, **Fremdpersonal im Kerngeschäft der Fleischindustrie** einzusetzen, eingeführt. Der Schlachthofbetreiber ist für alle Arbeitnehmer in seinem Kerngeschäft zuständig. Dies soll für Werkverträge ab dem **1.1.2021**, für Leiharbeit ab dem **1.4.2021** gelten. Ausgenommen hiervon sind nur Unternehmen des Fleischerhandwerks mit bis zu 49 tätigen Personen.

#### **6.1.1 Einschränkung Fremdpersonaleinsatz**

Der **neue § 6a** regelt dazu Einschränkungen des Einsatzes von Fremdpersonal. Ein Unternehmer muss einen Betrieb, in dem geschlachtet wird, Schlachtkörper zerlegt werden oder Fleisch verarbeitet wird, als alleiniger Inhaber führen. Die gemeinsame Führung eines Betriebs oder einer übergreifenden Organisation durch zwei oder mehrere Unternehmer ist unzulässig. Der Inhaber darf im Bereich der Schlachtung einschließlich der Zerlegung von Schlachtkörpern sowie im Bereich der

Fleischverarbeitung Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nur im Rahmen von mit ihm bestehenden Arbeitsverhältnissen tätig werden lassen. Er darf in diesen Bereichen keine Selbstständigen tätig werden lassen. Ein Dritter darf in diesen Bereichen keine Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und keine Selbstständigen tätig werden lassen und keine Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter überlassen. Die Kontrolle obliegt nach § 6b den Behörden der Zollverwaltung; bei Verstoß drohen erhebliche Bußgelder.

### 6.1.2 Arbeitsschutz

Durch eine Änderung der **Arbeitsstättenverordnung** werden neue Regeln für die Unterbringung von Beschäftigten aufgestellt und es gelten Mindeststandards, auch außerhalb des Betriebsgeländes. Zwecks einer effizienten Kontrolle werden die Arbeitgeber verpflichtet, die zuständigen Behörden über Wohn- und Einsatzort aller Arbeitskräfte zu informieren.

Um die Einhaltung der Mindestlohnvorschriften der Beschäftigten wirksam zu überprüfen, gilt eine Pflicht zur digitalen Arbeitszeiterfassung in der Fleischindustrie.

### 6.2 Änderung des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes (BEEG)

Zum 1.9.2021 sind zahlreiche Änderungen beim Elterngeld geplant.

Darüber hinaus gibt es auch geringfügige Änderungen im arbeitsrechtlichen Teil des BEEG. Die zulässige **Höchstdauer für eine Teilzeittätigkeit** während der Elternzeit, sei es bei einem fremden oder beim eigenen Arbeitgeber, wird in Abweichung von § 15 Abs. 7 BEEG auf 32 Wochenstunden im Monatsdurchschnitt heraufgesetzt. Entsprechend wird das Recht auf Arbeitszeitverringerung in § 15 Abs. 7 BEEG angepasst. Der Anspruch auf eine Verringerung der Arbeitszeit soll zum Gegenstand haben, dass für mindestens 2 Monate die Arbeitszeit auf 15–32 Stunden pro Woche im Monatsdurchschnitt herabgesetzt wird.

Darüber hinaus soll die Elternzeit auf die Dauer einer **Berufsausbildung** angerechnet werden, wenn während der Elternzeit die Berufsausbildung in Teilzeit durchgeführt wird.

Die Regelungen sollen für Kinder gelten, die ab dem 1.9.2021 geboren sind.

### 6.3 Verbandssanktionsgesetz

Im Gesetzgebungsverfahren befindet sich weiter der Kabinettsbeschluss vom 16.6.2020 zur Schaffung eines Verbandssanktionsgesetzes. Dieses Gesetz regelt die Strafbarkeit von Unternehmen als juristischen Personen, rechtsfähigen Vereinen oder rechtsfähigen Personengesellschaften mit Sitz im Inland (hier Verbände genannt).

Einen **arbeitsrechtlichen Bezug** hat das Gesetz dadurch, dass es Regelungen enthält, wann Sanktionen gemildert werden können. Das ist dann der Fall, wenn der Verband durch eigene Ermittlungen wesentlich dazu beiträgt, eine Verbandstat aufzuklären. Wesentlich ist in arbeitsrechtlicher Sicht, dass die verbandsinternen Untersuchungen unter Beachtung der **Grundsätze eines fairen Verfahrens** durchgeführt worden sind.

Dazu gehört, dass bei **Mitarbeiterbefragungen** im Rahmen von unternehmensinternen Ermittlungen nach § 17 Abs. 1 Nr. 5 des Gesetzentwurfs bestimmte Regeln beachtet werden müssen. Zu diesen Regeln zählt, dass die Mitarbeiter vor ihrer Befragung darüber belehrt werden, dass ihre Angaben in einem Strafverfahren gegen Sie verwendet werden können, dass sie ein Recht zur Auskunftsverweigerung auf Fragen haben, bei deren Beantwortung sie sich oder einen Angehörigen der Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit aussetzen können und sie zur Befragung einen Rechtsanwalt oder ein Mitglied des Betriebsrats hinzuziehen können.

Die Frage nach der Mitwirkungspflicht von Arbeitnehmern im Rahmen von unternehmensinternen Ermittlungen ist umstritten. Überwiegend wird bisher angenommen, dass es zu den Pflichten des Arbeitnehmers gehört, auf Weisung des Arbeitgebers an unternehmensinternen Ermittlungen mitzuwirken. Nach bisherigem Verständnis soll der Arbeitnehmer dabei nicht das Recht haben, Angaben zu verweigern, mit denen es sich selbst einer Strafverfolgung aussetzen könnte.

Hier schafft das geplante Verbandssanktionsgesetz nunmehr insoweit Klarheit, dass jedenfalls für eine beabsichtigte Sanktionsmilderung für den Verband auch bei der Befragung von eigenen Arbeitnehmern die Regeln eines fairen Verfahrens, die nunmehr in § 17 des Gesetzesentwurfes beschrieben werden, einzuhalten sind.

## 7 Wichtige Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts im Jahr 2020

Im Folgenden werden wichtige Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichtes für die Personalarbeit – überwiegend zum Individualarbeitsrecht – vorgestellt, die im Jahr 2020 veröffentlicht worden sind. Ein Schwerpunkt war dabei erneut das **Urlaubsrecht**, aber auch Fragen des Vergütungs- und des Kündigungsrechts.

### 7.1 Aktuelle Rechtsprechung zum Urlaubsrecht

#### 7.1.1 Verjährung von Urlaubsansprüchen?

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat im Jahr 2019 mehrfach entschieden, dass der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers am Jahresende oder mit Ablauf des Übertragungszeitraums am 31.3. des Folgejahres nach § 7 Abs. 3 BUrlG nur unter bestimmten Voraussetzungen verfällt: nämlich nur dann, wenn der Arbeitgeber ihn zuvor konkret und mit der gebotenen Deutlichkeit darauf hingewiesen hat, welchen Urlaubsanspruch der Arbeitnehmer für das laufende Kalenderjahr hat, dass dieser Urlaub bis zum Jahresende zu nehmen ist und er andernfalls verfällt.

Dies hat eine Reihe von Folgefragen nach sich gezogen.

#### **Der Fall:**

Die Klägerin war vom 1.11.1996 bis zum 31.7.2017 bei dem Beklagten als Steuerfachangestellte und Bilanzbuchhalterin tätig und hatte Anspruch auf 24 Arbeitstage Erholungsurlaub pro Kalenderjahr. Im März 2012 bescheinigte der Beklagte, dass der Resturlaubsanspruch von 76 Tagen aus dem Kalenderjahr 2011 und den Vorjahren am 31.3.2012 nicht verfallt, weil der Urlaub des Arbeitsaufwands wegen nicht habe angetreten werden können. In den Jahren 2012 bis 2017 wurde der Klägerin Urlaub im Umfang von 95 Arbeitstagen gewährt. Die Klägerin verlangte bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses Abgeltung für 101 Urlaubstage. Der Arbeitgeber erhob die Einrede der Verjährung.

#### **Die Entscheidung**<sup>[1]</sup>:

Nachdem das BAG im Jahre 1992 noch entschieden hat, dass Urlaubsansprüche grundsätzlich nicht verjähren können, hat es dies in neueren Entscheidungen offengelassen. Für den geschilderten Fall hat das Bundesarbeitsgericht grundsätzlich angenommen, dass Urlaubsansprüche jedenfalls nach deutschem Recht verjähren können. Allerdings hat es sich veranlasst gesehen, diese Frage dem europäischen Gerichtshof vorzulegen, um zu klären, ob eine Verjährung des Urlaubsanspruchs mit europäischem Recht vereinbar ist.

Das BAG hat den Europäischen Gerichtshof gefragt, ob Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG und Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union einer nationalen Regelung wie § 194 Abs. 1 i. V. m. § 195 BGB entgegensteht. Hiernach unterliegt der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub

einer regelmäßigen Verjährungsfrist von 3 Jahren, der genau mit dem Schluss des Kalenderjahres beginnt, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht zuvor im Rahmen der Erfüllung seiner Mitwirkungsobliegenheit unter Hinweis auf den möglichen Verfall zur Urlaubsnahme aufgefordert hat.

Wie der Europäische Gerichtshof entscheiden wird, erscheint völlig offen.

#### **Bedeutung für die Praxis:**

Arbeitgeber sollten, auch wenn gegebenenfalls die Möglichkeit der Verjährung von aufgelaufenen Urlaubsansprüchen besteht, gleichwohl ihrer Hinweispflicht nachkommen. Von dieser Hinweispflicht kann auch Urlaub der Vergangenheit erfasst werden, in dem der Arbeitgeber darauf hinweist, dass auch der in der Vergangenheit nicht verfallene Urlaub nunmehr innerhalb der Fristen des Urlaubs für das laufende Urlaubsjahr zu nehmen ist.

### **7.1.2 Hinweispflichten des Arbeitgebers über den Verfall eines tariflichen Urlaubsanspruchs**

#### **Der Fall:**

Die Klägerin, deren Arbeitsverhältnis im Mai 2018 endete, verlangt Abgeltung von Urlaub aus dem Jahr 2017, und zwar den (tarif-)vertraglichen Zusatzurlaub. Auf das Arbeitsverhältnis findet ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag Anwendung, der auch in seinen Regelungen zum Urlaub zwischen gesetzlichem und tariflichem Urlaub unterscheidet. So ist dort für den Fall der Krankheit geregelt, dass der tarifliche Urlaubsanspruch, sofern der Urlaub wegen Krankheit nicht genommen werden konnte, 3 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres erlischt.

Der Arbeitgeber war nun der Auffassung, dass seine Mitwirkungsobliegenheit nicht für den übergesetzlichen Urlaub gelte, weil der Tarifvertrag zwischen gesetzlichem und übergesetzlichem Urlaub unterscheide.

#### **Die Entscheidung<sup>[1]</sup>:**

Das BAG hat dazu entschieden, dass allein die Unterscheidung im Tarifvertrag bei langandauernder Erkrankung nicht bedeutet, dass der Arbeitgeber bezüglich des übergesetzlichen Urlaubes nicht auf dessen möglichen Verfall hinweisen müsse. Die unionsrechtlichen Vorgaben betreffen zwar ausschließlich den gesetzlichen Urlaubsanspruch von 4 Wochen und die Tarifvertragsparteien könnten den darüber hinausgehenden Urlaub frei regeln. Für einen Regelungswillen der Tarifvertragsparteien, demzufolge der tarifliche Mehrurlaub mit Ablauf des Kalenderjahres bzw. am Ende des Übertragungszeitraums unabhängig von der Erfüllung der Mitwirkungsobliegenheiten durch den Arbeitgeber verfallende, müssten aber deutliche Anhaltspunkte vorliegen. Diese fehlten vorliegend. Der Tarifvertrag differenziere zwar zwischen gesetzlichem Mindesturlaub und tariflichem Zusatzurlaub, verhalte sich aber weder zu den Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers **noch dazu**, ob diese Voraussetzung für das Erlöschen des gesetzlichen und tariflichen Urlaubsanspruchs mit Ablauf des Urlaubsjahres oder des Übertragungszeitraums anwendbar seien.

#### **Bedeutung für die Praxis:**

Der Grundsatz, dass ein Zusatzurlaub (tarifvertraglich, vertraglich) zum einen das Schicksal des gesetzlichen Mindesturlaubs teilt und zum anderen frei (und auch abweichend) geregelt werden kann, findet Bestätigung. Ein abweichender Regelungswille muss aber klar zu erkennen sein, und zwar auch in Bezug auf die Problematik der Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitgebers.

### **7.1.3 Verfall des Urlaubs bei langandauernder Arbeitsunfähigkeit**

#### **Der Fall:**

Die Klägerin wurde im Jahr 2017, in dem noch 14 Urlaubstage offenstanden, arbeitsunfähig krank und blieb dies fortwährend. Sie verlangt die Feststellung, dass ihr die restlichen 14 Urlaubstage aus dem Jahr 2017 weiterhin zustehen, da der Arbeitgeber sie nicht auf den drohenden Verfall rechtzeitig hingewiesen habe. Die Beklagte macht geltend, der Urlaubsanspruch aus dem Jahr 2017, der wegen Arbeitsunfähigkeit nicht mehr gewährt werden konnte, sei spätestens 15 Monate nach Ablauf des Jahres 2017, also am 31.3.2019, erloschen.

### Die Entscheidung<sup>[1]</sup>:

Anders als die Vorinstanzen, die die Klage abgewiesen haben, meint das BAG, es komme auf die Auslegung von Unionsrecht an, welche dem EuGH vorbehalten sei.

Das BAG legte diese Frage dem Europäischen Gerichtshof vor, denn es verstehe für den Fall, dass der Arbeitnehmer im Urlaubsjahr aus gesundheitlichen Gründen an seiner Arbeitsleistung gehindert war, § 7 Abs. 3 BUrlG nach Maßgabe des EuGH<sup>[2]</sup> dahingehend, dass gesetzlich Urlaubsansprüche bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit 15 Monate nach dem Ende des Urlaubsjahres erlöschen. Dem stehe aber entgegen, dass der Anspruch auf gesetzlichen Mindesturlaub nur dann am Ende des Urlaubsjahres oder eines zulässigen Übertragungszeitraums erlösche, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor konkret aufgefordert habe, seinen Urlaub rechtzeitig im Urlaubsjahr zu nehmen und ihn darauf hingewiesen hat, dass dieser andernfalls verfallen könne, und der Arbeitnehmer den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen habe.

Der Europäische Gerichtshof muss nun klären, ob das Unionsrecht den Verfall des Urlaubsanspruchs nach Ablauf dieser 15-Monatsfrist oder jedenfalls einer längeren Frist auch dann gestattet, wenn der Arbeitgeber im Urlaubsjahr seine Mitwirkungsobliegenheit nicht erfüllt hat, obwohl der Arbeitnehmer den Urlaub bis zum Eintritt der Arbeitsunfähigkeit zumindest teilweise hätte nehmen können.

#### Hinweis

##### Lange Erkrankung

Das Wichtige an dieser Entscheidung des BAG besteht vor allem in der Aussage, dass etwas Anderes gilt, wenn der Arbeitnehmer **während des ganzen Kalenderjahres bis zum Ablauf des Übertragungszeitraums am 31.3. des übernächsten Jahres arbeitsunfähig** war. Dann spielt der unterlassene Hinweis keine Rolle, denn der Urlaub hätte wegen der Krankheit in keinem Fall genommen werden können.

#### Bedeutung für die Praxis:

Damit ist zumindest ein Teil des Problems dauerhaft geklärt. War der Arbeitnehmer während des gesamten Kalenderjahres und auch noch bis zum 31.3. des darauffolgenden Jahres (15-Monats-Zeitraum für den Verfall des Urlaubs bei langandauernder Erkrankung), so ist der Urlaub dieses Jahres auch dann verfallen, wenn der Arbeitgeber über den Verfall des Urlaubs nicht belehrt hat.

#### Praxis-Tipp

##### Belehrungspflicht

Da der Arbeitgeber zu Beginn eines Jahres nicht weiß, ob der Arbeitnehmer dauerhaft erkrankt sein wird, ist ihm aber zu raten, in jedem Fall seinen Belehrungspflichten nachzukommen.

Am gleichen Tag hat das BAG<sup>[3]</sup> einen ähnlichen Fall entschieden und auch hier dem europäischen Gerichtshof eine vergleichbare Frage zur Entscheidung vorgelegt.

#### Der Fall:

Ein schwerbehinderter Arbeitnehmer bezog seit Dezember 2014 Rente wegen voller Erwerbsminderung, welche zuletzt bis August 2019 verlängert wurde. Er machte nun geltend, ihm stünden noch Urlaubstage aus 2014 zu, welche nicht verfallen seien, da die Beklagte ihrer Mitwirkungsobliegenheit in Bezug auf den Urlaub nicht nachgekommen sei. Die Beklagte meinte, der Urlaub aus 2014 sei spätestens mit Ablauf des 31.3.2016 erloschen, da der Arbeitnehmer wegen voller Erwerbsminderung aus gesundheitlichen Gründen langdauernd außerstande gewesen sei, seinen Urlaub anzutreten.

#### Praxis-Tipp Erwerbsminderungsrente

Der Fall macht deutlich, dass eine Belehrung zu Beginn des Jahres über den möglichen Verfall des Urlaubs Sinn ergibt, wenn der Arbeitnehmer einen Antrag auf Erwerbsminderungsrente gestellt hat. Dann hat er nämlich die Option, vor Eintritt der Erwerbsminderungsrente den ausstehenden Urlaub noch tatsächlich in Anspruch zu nehmen.

## 7.2 Aktuelle Rechtsprechung zu Vergütungsansprüchen

### 7.2.1 Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall – Einheit des Verhinderungsfalls

#### Der Fall:

Die Klägerin erhielt als arbeitsunfähig krank von der Beklagten bis einschließlich 20.3.2017 Entgeltfortzahlung und war auch darüber hinaus auf der Grundlage von Folgebescheinigungen ihrer Hausärzte fortbestehend bis einschließlich 18.5.2017 arbeitsunfähig (infolge eines psychischen Leidens). Sie bezog Krankengeld. Am 19.5.2017 unterzog sie sich einer länger geplanten gynäkologischen Operation, ihr war durch ihre niedergelassene Frauenärztin am Vortag (18.5.2017) mit einer "Erstbescheinigung" vom 19.5. bis zum 16.6.2017 und mit einer "Folgebescheinigung" bis voraussichtlich 30.6.2017 Arbeitsunfähigkeit attestiert worden. Für die Zeit vom 19.5.2017 bis zum 29.6.2017 leistete die Beklagte keine Entgeltfortzahlung; Krankengeld wurde der Klägerin auch nicht bewilligt, weshalb sie Zahlungsklage erhoben hat und argumentiert, sie sei ab dem 19.5.2017 wegen eines neuen Leidens arbeitsunfähig gewesen. Die vorherige Arbeitsunfähigkeit wegen der psychischen Erkrankung habe am 18.5.2017 geendet.

#### Die Entscheidung<sup>[1]</sup>:

Das Bundesarbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Wird ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, ist der Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG auf die Dauer von 6 Wochen begrenzt. Dies gelte nach dem Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls auch, wenn während einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit eine neue Krankheit auftritt, die ebenfalls eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat. Ein **neuer Entgeltfortzahlungsanspruch** entstehe nur, wenn die erste krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit bereits in dem Zeitpunkt beendet war, in dem die weitere Erkrankung zu einer erneuten Arbeitsunfähigkeit führt.

Das BAG hat die **Darlegungs- und Beweislast** dem Arbeitnehmer zugewiesen, der Entgeltfortzahlung verlangt. Ein hinreichend gewichtiges Indiz für das Vorliegen eines einheitlichen Verhinderungsfalls sei regelmäßig gegeben, wenn sich an eine "erste" Arbeitsunfähigkeit in engem zeitlichen Zusammenhang eine dem Arbeitnehmer im Wege der "Erstbescheinigung" attestierte weitere Arbeitsunfähigkeit so anschließt, dass die bescheinigten Arbeitsunfähigkeiten zeitlich unmittelbar aufeinander erfolgen oder dass zwischen ihnen lediglich ein für den erkrankten Arbeitnehmer arbeitsfreier Tag oder ein arbeitsfreies Wochenende liegt. Im vorliegenden Fall war ein solcher enger zeitlicher Zusammenhang gegeben und der Klägerin ist der Beweis der Beendigung der ersten Krankheit vor Beginn der zweiten Krankheit nicht gelungen.

#### **Bedeutung für die Praxis:**

Für die Praxis der Arbeitgeber bedeutet das, dass Sie bei zwei aufeinanderfolgenden Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, von denen die zweite eine neue "Erstbescheinigung" ist, nur dann Entgeltfortzahlung über 6 Wochen hinaus leisten müssen, wenn der Arbeitnehmer zwischenzeitlich Arbeitsleistung erbracht hat oder darlegen kann, dass er nach Ablauf der ersten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung wieder genesen ist.

## **7.2.2 Vergütungspflichtige Arbeitszeit – Fahrtzeiten**

### **Der Fall:**

Der Kläger fährt arbeitstäglich morgens von seiner Wohnung zum ersten Kunden und am Ende seines Arbeitstages vom letzten Kunden zurück zu seiner Wohnung. Der geltende Tarifvertrag regelt die Arbeitszeit, für Sonderformen der Arbeit enthält er spezifische Vergütungsregelungen. Im Betrieb der Beklagten gilt eine Betriebsvereinbarung über die Ein- und Durchführung von flexibler Arbeitszeit, in der geregelt ist:

"Anfahrtszeiten zum ersten und Abfahrtszeiten vom letzten Kunden zählen nicht zur Arbeitszeit, wenn sie 20 Minuten nicht überschreiten. Sobald die An- und Abreise länger als 20 Minuten dauert, zählt die 20 Minuten übersteigende Reisezeit zur Arbeitszeit. Insoweit sind für den Kundendiensttechniker jeweils 20 Minuten Fahrtzeit für An- und Abreise zumutbar."

In Umsetzung dieser Regelung hat die Beklagte bei dem Arbeitszeitkonto des Klägers Fahrtzeiten von dessen Wohnung zum ersten Kunden und vom letzten Kunden nach Hause bis zur Dauer von 20 Minuten nicht als Zeit geleisteter Arbeit berücksichtigt und auch keine Vergütung gezahlt. Der Kläger verlangt eine entsprechende Zeitgutschrift auf seinem Arbeitszeitkonto und hilfsweise Vergütung dieser Fahrtzeiten.

### **Die Entscheidung<sup>[1]</sup>:**

Das BAG hat klargestellt, dass Anfahrtszeiten des Klägers von seinem Wohnsitz zum ersten und Abfahrtszeiten vom letzten Kunden nach Hause vergütungspflichtige Arbeitszeiten i. S. d. § 611a Abs. 2 BGB sind. Zu den versprochenen Diensten zähle nicht nur die eigentliche Tätigkeit, sondern jede vom Arbeitgeber im Austauschverhältnis verlangte sonstige Tätigkeit oder Maßnahme, die mit der eigentlichen Tätigkeit oder der Art und Weise ihrer Erbringung unmittelbar zusammenhängt. Mit dem eigennützigen Zurücklegen des Weges von der Wohnung zur Arbeitsstätte erbringt der Arbeitnehmer regelmäßig keine Arbeit für den Arbeitgeber. Anders ist es jedoch, wenn der Arbeitnehmer seine Tätigkeit **außerhalb des Betriebes** zu erbringen hat. Die Fahrten zur auswärtigen Arbeitsstelle gehören zu den vertraglichen Hauptleistungspflichten, unabhängig davon, ob Fahrtantritt und Ende vom Betrieb des Arbeitgebers oder von der Wohnung des Arbeitnehmers aus erfolgen.

Durch Arbeits- oder Tarifvertrag kann für Fahrtzeiten, die der Arbeitnehmer in Erfüllung seiner vertraglich geschuldeten Tätigkeit (Hauptleistungspflicht) erbringt, eine andere Vergütungsregelung als für die "eigentliche Tätigkeit" getroffen oder eine Vergütung sogar ganz ausgeschlossen werden, sofern damit nicht der Anspruch auf den Mindestlohn unterschritten wird.

Die als Arbeitsleistung zu qualifizierenden Fahrzeiten des Klägers sind nach der Regelung des einschlägigen Tarifvertrages vergütungspflichtig. Dies ist nicht betriebsvereinbarungsoffen. Die Regelung in der Betriebsvereinbarung ist aufgrund der Tarifsperre des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG unwirksam.

#### **Bedeutung für die Praxis:**

Das Bundesarbeitsgericht hat in einer Entscheidung nochmals klargestellt, dass durch Arbeits- und Tarifvertrag für Fahrtzeiten, die der Arbeitnehmer zur Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflicht erbringt, eine andere Vergütungsregelung als für die eigentliche Tätigkeit getroffen werden kann. Sofern hier Betriebsvereinbarungen als Regelungsinstrument gewählt werden, ist aber die Tarifsperre des § 77 Abs. 3 BetrVG zu beachten.

### **7.2.3 Anrechnung anderweitigen Erwerbs – Auskunftspflicht des Arbeitnehmers**

#### **Der Fall:**

Die Beklagte sprach dem Beklagten gegenüber eine Kündigung aus. Dieser obsiegte mit seiner Kündigungsschutzklage und erhob Klage auf Zahlung von Annahmeverzugslohn. Die Beklagte fordert mit einer Widerklage Auskunft über die von der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter dem Kläger während des Annahmeverzugszeitraums übermittelten Stellenangebote.

#### **Die Entscheidung<sup>[1]</sup>:**

Das Bundesarbeitsgericht nimmt einen entsprechenden Auskunftsanspruch des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer an. Dieser ergibt sich als Nebenpflicht des Arbeitnehmers aus § 242 BGB.

Zwar kenne die Zivilprozessordnung keine allgemeinen Aufklärungspflichten des Gegners. Bei der Geltendmachung von dem sog. Annahmeverzugslohn sei aber nach Treu und Glauben eine Auskunftspflicht bei Anwendung des § 11 Nr. 2 KSchG anzunehmen. Die Rechtsbeziehung bringe es mit sich, dass der Arbeitgeber in entschuldbarer Weise über den bestehenden Umfang seines Rechts im Ungewissen sei und der Arbeitnehmer die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderliche Auskunft unschwer geben kann, ohne dass sich hierdurch die Darlegungs- und Beweissituation im Prozess unzulässig verändere.

Der Arbeitgeber ist in einer Lage, in der er die begehrten Auskünfte benötigt, um die Einwendung des böswilligen Unterlassens anderweitigen zumutbaren Erwerbs in den Prozess einführen und so den Zahlungsanspruch teilweise abwehren zu können. Es besteht auch die für einen Auskunftsanspruch erforderliche Wahrscheinlichkeit, da sowohl die Agentur für Arbeit nach § 35 Abs. 1 SGB III als auch das Jobcenter nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 SGB II Arbeitsvermittlung anbieten muss und keine konkreten Anhaltspunkte vorliegen, dass diese ihrer Pflicht nicht nachgekommen sind. Dem Arbeitgeber ist es hingegen regelmäßig nicht möglich, darzulegen und zu beweisen, dass der Arbeitnehmer anderweitigen Verdienst während des Annahmeverzugs erzielte und erst recht nicht, dass der Arbeitnehmer anderweitigen Erwerb böswillig nicht erzielte.

#### **Bedeutung für die Praxis:**

Daher kann ein Arbeitgeber in einem Rechtsstreit, in dem der Arbeitnehmer auf Annahmeverzug klagt, zunächst einwenden, dass der Arbeitnehmer ihm Auskunft erteilen muss, welche Vermittlungsangebote der Bundesagentur für Arbeit er erhalten hat und ob er sich darauf beworben



hat. Ob darüber hinaus der Arbeitnehmer auch weitergehend die Bewerbungsunterlagen vorlegen muss, damit erkennbar ist, ob sich der Arbeitnehmer ernsthaft beworben hat, hat die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zwar offengelassen – dies ist aber auch zu bejahen.

## 7.2.4 Prozessbeschäftigung – Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

### Der Fall:

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis des Klägers zum 30.9.2015. Die hiergegen erhobene Kündigungsschutzklage war in erster Instanz erfolgreich und das ArbG verurteilte die Beklagte, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen weiterzubeschäftigen. Die Beklagte vergütete lediglich die vom Kläger geleisteten Arbeitsstunden, nicht aber die infolge von Arbeitsunfähigkeit und an gesetzlichen Feiertagen ausgefallene Arbeitszeit.

In dem Streit über die Kündigung einigten sich die Parteien durch gerichtlichen Vergleich darauf, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund fristgemäßer arbeitgeberseitiger Kündigung aus betrieblichen Gründen zum 30.9.2015 endete.

Die Frage der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Feiertagsvergütung während einer Prozessbeschäftigung blieb offen. Der Kläger macht einen Anspruch auf Vergütung für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit und für gesetzliche Feiertage während seiner Prozessbeschäftigung geltend.

### Die Entscheidung<sup>[1]</sup>:

Das BAG hat entschieden, dass der Kläger während einer aufgrund eines titulierten Weiterbeschäftigungsanspruchs erzwungenen Prozessbeschäftigung für die Dauer der Weiterbeschäftigung weder Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gemäß § 3 EFZG noch auf Entgeltzahlung an Feiertagen gemäß § 2 EFZG hat.

Aufgrund des Vergleichs bestand nach dem 30.9.2015 zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis. Nach Ansicht des BAG sei der persönliche Anwendungsbereich des EFZG insofern nicht eröffnet. Die Geltung des EFZG setze ein Arbeitsverhältnis voraus. Durch die Prozessbeschäftigung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung eines titulierten allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs wird kein Arbeitsverhältnis, auch kein "faktisches bzw. fehlerhaftes Arbeitsverhältnis", begründet.

### Bedeutung für die Praxis:

Erweist sich die Kündigung nachträglich als wirksam, hat die Rückabwicklung einer auf der Grundlage des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs erfolgten Prozessbeschäftigung nach Bereicherungsrecht zu erfolgen. Der Arbeitnehmer kann daher vom Arbeitgeber nach § 818 Abs. 2 BGB für die erbrachte Arbeitsleistung Wertersatz verlangen. Hat der Arbeitnehmer infolge Krankheit oder wegen eines Feiertags nicht gearbeitet, hat der Arbeitgeber nichts erlangt und schuldet folglich keinen Wertersatz.

## 7.3 Aktuelle Rechtsprechung zum AGG

### Der Fall:

Ein Arbeitnehmer bewarb sich erfolglos bei einer Privatschule in Bayern auf die ausgeschriebene Stelle: "Fachlehrerin Sport (w)". Er verlangte eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG aufgrund einer Benachteiligung wegen seines Geschlechts. Der Arbeitgeber beruft sich auf die mögliche Beeinträchtigung des Schamgefühls von Schülerinnen, wenn es bei Hilfestellungen im geschlechtergetrennten Sportunterricht zu Berührungen der Schülerinnen durch männliche Sportlehrkräfte kommt oder diese die Umkleieräume betreten müssten, um dort für Ordnung zu sorgen.

### Die Entscheidung<sup>[1]</sup>:

Das BAG hat der Klage stattgegeben. Eine unmittelbare Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts und die dadurch bewirkte Diskriminierung kann grundsätzlich nicht sachlich gerechtfertigt werden. Etwas Anderes kann gelten, wenn der Grund für die unterschiedliche Behandlung wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.

<sup>[2]</sup> Eine solche "wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung" ist eine Anforderung, die von der Art der betreffenden beruflichen Tätigkeit oder den Bedingungen ihrer Ausübung objektiv vorgegeben ist. Subjektive Erwägungen reichen hier nicht aus. Es müsse ein direkter, objektiv durch entsprechende Analysen belegter und überprüfbarer Zusammenhang zwischen der vom Arbeitgeber aufgestellten beruflichen Anforderung und der fraglichen Tätigkeit bestehen. Den Arbeitgeber treffe insoweit die Darlegungs- und Beweislast.

### Bedeutung für die Praxis:

Die Arbeitgeber sollten sich daher bei der Stellenausschreibung folgendes vergegenwärtigen:

- § 8 AGG ist als Ausnahmenvorschrift unter Berücksichtigung unionsrechtlicher Vorgaben eng auszulegen.
- Die generelle Aussage: "Sportlehrer für Jungen", "Sportlehrerinnen für Mädchen" ist nicht haltbar.
- Ein Rechtsstreit über die Durchführung monoedukativen Unterrichts durch Lehrkräfte des gleichen Geschlechts muss bereits durch die Anerkennung eines dritten, nach dem BVerfG schutzbedürftigen Geschlechts mit anderen Maßstäben geprüft werden.
- Statt ausschließlich eigener Annahmen zu den Rechtfertigungsgründen bedarf es einer objektiven Analyse zur Untermauerung.
- Erwartungen oder Anforderungen von Kunden sind regelmäßig nicht geeignet, eine Benachteiligung zu rechtfertigen.<sup>[3]</sup>

## 7.4 Aktuelles zum Kündigungsrecht

### 7.4.1 Verdachtskündigung – Anhörung bei Krankheit und Frist nach § 626 Abs. 2 BGB

#### Der Fall:

Die Beklagte stellte bei der jährlichen Kontrolle ihrer Telefonrechnungen Unregelmäßigkeiten fest. Eine Durchsicht habe ergeben, dass über die Nebenstellenummern des Klägers insgesamt 2756 Mal kostenpflichtig die Rufnummer einer Glücksspiel-Hotline gewählt worden sei. Der Kläger wurde nach Beendigung einer insgesamt **2-wöchigen** krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit dahingehend angehört. Der Kläger bestritt die Vorwürfe. Es geht im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses vornehmlich um die Frage, ob die 2-wöchige Frist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten wurde.

### Die Entscheidung<sup>[1]</sup>:

Das BAG entschied, dass die Beklagte vorliegend zur weiteren Aufklärung der Sachlage zunächst eine Anhörung des Klägers abwarten durfte. Der Kündigungsberechtigte, der bislang nur Anhaltspunkte für einen Sachverhalt hat, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte, kann nach pflichtgemäßem Ermessen weitere Ermittlungen anstellen und den Betroffenen anhören, ohne dass die Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB zu laufen begänne. Soll der Kündigungsgegner angehört werden, muss dies innerhalb einer kurzen Frist erfolgen. Sie darf im Allgemeinen nicht mehr als **eine Woche** betragen und nur bei **Vorliegen besonderer Umstände** überschritten werden. Aufgrund der Erkrankung lagen derartige besondere Umstände vor und die Beklagte durfte eine Anhörung des

Klägers abwarten. Während der 2-wöchigen krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Klägers musste sie nicht an ihn herantreten, um eine mündliche oder schriftliche Stellungnahme zu dem Kündigungssachverhalt einzuholen. Während der Dauer einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ist eine Kontaktaufnahme mit dem Arbeitnehmer aus Gründen der Rücksichtnahme auf dessen Genesungsprozess schließlich nur begrenzt zulässig.

Gleichwohl ist der Arbeitgeber nach einer **angemessenen** Frist gehalten, mit dem Arbeitnehmer Kontakt aufzunehmen, um zu klären, ob dieser gesundheitlich in der Lage ist, an der gebotenen Sachverhaltsaufklärung mitzuwirken. Wartet der Arbeitgeber, dem der Arbeitnehmer mitteilt, er könne sich wegen einer Erkrankung nicht – auch nicht schriftlich – äußern, dessen Gesundheit ab, um ihm eine Stellungnahme zu den Vorwürfen zu ermöglichen, liegen in der Regel hinreichende besondere Umstände vor, aufgrund derer der Beginn der Frist des § 626 Abs. 2 BGB entsprechend lange hinausgeschoben wird.

Für die Dauer der "angemessenen" Frist, binnen welcher der Arbeitgeber an den erkrankten Arbeitnehmer zur Klärung seiner Fähigkeit herantreten muss, an der Aufklärung des möglichen Kündigungssachverhalts mitzuwirken, bestehen keine starren Grenzen. In Vergangenheit wurde ein Zeitraum von 3 Wochen für die Kontaktaufnahme noch als ausreichend angesehen und nicht beanstandet. Daran hält das BAG fest.

#### **Bedeutung für die Praxis:**

Nach der vorliegenden Entscheidung ist es weiterhin sinnvoll, den erkrankten Arbeitnehmer binnen einer Woche zu einer Anhörung einzuladen und ihm alternativ die Möglichkeit zu geben, binnen dieser Frist schriftlich zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen. Wenn der Arbeitnehmer dann unmissverständlich erklärt, dass er binnen der gesetzten Frist nicht antworten kann und auch nicht absehbar ist, wann er wieder gesundet, ist für den Arbeitgeber abzuwägen, die fristlose Kündigung auszusprechen.

## **7.4.2 Besonderer Kündigungsschutz bei Kündigung vor Arbeitsantritt**

### **Der Fall:**

Die Parteien schlossen im Dezember einen Arbeitsvertrag, das Arbeitsverhältnis sollte aber erst am 1.2. des Folgejahres beginnen. Die Arbeitnehmerin informierte vor der Arbeitsaufnahme den Arbeitgeber darüber, dass bei ihr eine Schwangerschaft festgestellt und ein komplettes Beschäftigungsverbot attestiert worden sei. Der Arbeitgeber sprach daraufhin eine ordentliche Kündigung aus, ohne dass die zuständige Behörde die Zustimmung zur Kündigung nach § 17 Abs. 1 MuSchG erteilt hatte. Die Arbeitnehmerin erhob Kündigungsschutzklage und berief sich auf das Kündigungsverbot nach § 17 Abs. 1 Nr. 1 MuSchG. Der Arbeitgeber machte geltend, die Vorschrift finde auf Kündigungen vor der vereinbarten Tätigkeitsaufnahme keine Anwendung.

### **Die Entscheidung<sup>[1]</sup>:**

Das BAG hat entschieden, dass die Kündigung gegen § 17 Abs. 1 MuSchG verstößt und daher nichtig ist. Das Kündigungsverbot des § 17 Abs. 1 Nr. 1 MuSchG beginnt mit Abschluss des Arbeitsvertrags, und zwar auch dann, wenn dieser Zeitpunkt und der Zeitpunkt der tatsächlichen Arbeitsaufnahme auseinanderfallen. Die Vorschrift des § 17 MuSchG soll die werdende Mutter temporär vor dem Verlust des Arbeitsplatzes schützen. Das Kündigungsverbot bezwecke damit Gesundheits- und Existenzschutz der werdenden Mutter, der nur gewährleistet werden könne, wenn der Kündigungsschutz sich auf den Arbeitsvertrag unabhängig von der tatsächlichen Tätigkeitsaufnahme beziehe.

### **Bedeutung für die Praxis:**

Eine Kündigung von Schwangeren bleibt – auch vor Aufnahme der vereinbarten Tätigkeit – ohne Zustimmung der zuständigen Behörde aussichtslos. Hier kann nur die vorher vereinbarte, wirksame Befristung helfen.

### 7.4.3 Verletzung der Anzeigepflicht bei Fortsetzung der Erkrankung

#### Der Fall:

Der langjährig beschäftigte Mitarbeiter war seit einem Jahr durchgehend arbeitsunfähig. Die betrieblichen Regelungen sehen vor, dass bei Arbeitsunfähigkeit unverzüglich die Gründe und die voraussichtliche Dauer gegenüber dem Vorgesetzten anzugeben sind.

Die Beklagte mahnte den Kläger wegen Nichterscheins ab. Zwei weitere Abmahnungen enthielten den Vorwurf des Verstoßes gegen die Anzeigepflichten, weil Folgebescheinigungen den Vorgesetzten nicht rechtzeitig erreicht hätten. Der Kläger reichte dann erneut eine Folgebescheinigung erst im Laufe des Montags nach, obwohl die vorherige Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bereits am vorhergehenden Freitag geendet hatte. Die Arbeitgeberin kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis.

#### Die Entscheidung<sup>[1]</sup>:

Das BAG stellt klar, dass Arbeitgeber grundsätzlich darauf vertrauen dürfen, dass ein Mitarbeiter ohne eine anderslautende Anzeige seine Arbeit nach Ablauf der mitgeteilten Dauer der Arbeitsunfähigkeit wieder aufnimmt. Das Dispositionsinteresse des Arbeitgebers sei deshalb immer durch eine nicht unverzügliche Anzeige und unabhängig davon beeinträchtigt, ob es sich um eine Ersterkrankung oder eine Fortsetzungserkrankung handele. Daher kann ein solches Fehlverhalten grundsätzlich einen Grund für eine verhaltensbedingte Kündigung darstellen. Im vorliegenden Fall wurde der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zur Aufklärung weiterer Tatsachen zurückverwiesen. Insbesondere war noch zu klären, ob sich der Arbeitnehmer die vorherigen Abmahnungen zur Warnung gereichen lassen habe, indem er danach seinen Anzeigepflichten zunächst längere Zeit beanstandungsfrei nachgekommen sei.

#### Bedeutung für die Praxis:

Arbeitnehmer haben daher streng darauf zu achten, die Anzeigepflichten auch bei Folgeerkrankungen einzuhalten.

### 7.4.4 Kündigungserklärungsfrist nach § 626 Abs. 2 BGB und Betriebsratsanhörung

#### Der Fall:

Das Bundesarbeitsgericht hatte vorliegend die Frage zu entscheiden, ob im Falle einer fristlosen Kündigung zur Information des Betriebsrats auch gehört, dass der Arbeitgeber mitteilt, dass die Frist zur Erklärung der außerordentlichen Kündigung von 14 Tagen nach § 626 Abs. 2 BGB eingehalten ist.

#### Die Entscheidung<sup>[1]</sup>:

Das BAG hat entschieden, dass die Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist nicht im Rahmen der Betriebsratsanhörung mitgeteilt werden muss. Der Betriebsrat ist keine Kontrollinstanz, der eine komplette Rechtmäßigkeitsprüfung einer Kündigung ähnlich den Gerichten vorzunehmen habe. Daher muss er die Wahrung der Kündigungserklärungsfrist nicht überprüfen und ihm muss daher auch nicht mitgeteilt werden, wann der Arbeitgeber von welchen Tatsachen Kenntnis erlangt hat. Ebenso wenig muss der Betriebsrat bei Ausspruch einer fristlosen Kündigung (anders bei einer ordentlichen Kündigung!) auf den möglicherweise vereinbarten vertraglichen Sonderkündigungsschutz gesondert hingewiesen werden. Ihm würden schließlich keine Einwände abgeschnitten, wenn man diesen

Umstand nicht mitgeteilt habe. Bei einer ordentlichen Kündigung ist hingegen der Sonderkündigungsschutz mitzuteilen.

## 7.5 Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung vor Entscheidung über Gleichstellung

### Der Fall:

Eine Arbeitnehmerin mit einem Grad der Behinderung von 30 hatte im Februar 2015 einen Gleichstellungsantrag gestellt und den Arbeitgeber darüber informiert. Im November 2015 setzte der Arbeitgeber sie für 6 Monate in ein anderes Team um, ohne zuvor die Schwerbehindertenvertretung (SBV) zu unterrichten. Die Bundesagentur für Arbeit stellte die Arbeitnehmerin im Juni 2016 nach § 2 Abs. 3 SGB IX rückwirkend zum Tag der Antragstellung einem schwerbehinderten Menschen gleich. Die Parteien streiten um die Pflicht zur vorsorglichen Unterrichtung und Anhörung der SBV vor der Umsetzung. Die SBV ist der Ansicht, sie hätte vor der Umsetzung vorsorglich unterrichtet und angehört werden müssen.

### Die Entscheidung<sup>[1]</sup>:

Das BAG hat dies verneint. Die SBV ist vor der Feststellung einer Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen nicht vorsorglich nach § 178 Abs. 1 SGB IX zu beteiligen. Die Kenntnis des Arbeitgebers von der Antragstellung sei dabei unerheblich. Daher wirke sich die Rückwirkung der Gleichstellung nicht auf etwaige Beteiligungsansprüche der SBV aus. Diese bestünden erst mit Bekanntgabe des Gleichstellungsbescheids.

## 7.6 Haftung des Arbeitgebers

### 7.6.1 Bürgenhaftung des Unternehmers gemäß § 14 AEntG und Mindestlohn

#### Der Fall:

Die Beklagte hat als Bauherrin für den Bau eines Gebäudes einen Generalunternehmer beauftragt, der daraufhin mehrere Subunternehmer einschaltete. Bei einem dieser Subunternehmer war der Kläger als Bauhelfer beschäftigt.

Der Subunternehmer zahlte dem Kläger, trotz rechtskräftiger Verurteilung, den verlangten Lohn nicht. Über das Vermögen des Generalunternehmers wurde das Insolvenzverfahren eröffnet, sodass der Kläger auch von diesem keine Zahlung erlangen konnte. Der Kläger verlangte daher den ihm noch zustehenden Nettolohn von der Beklagten als Bauherrin. Er war der Ansicht, auch sie hafte nach § 14 AEntG als Unternehmerin für die Entgeltansprüche der Arbeitnehmer des Subunternehmers des Generalunternehmers.

#### Die Entscheidung<sup>[1]</sup>:

Das BAG entschied, dass dem Kläger kein Zahlungsanspruch gegenüber der Beklagten aus § 14 AEntG zustehe, da diese als bloße Bauherrin nicht dieser Bürgenhaftung unterliege.

Der Begriff des Unternehmers sei im Einklang mit der Rechtsprechung zur Vorgängerregelung in § 1a AEntG a. F. nach dem vom Gesetzgeber mit dieser Bestimmung verfolgten Sinn und Zweck einschränkend auszulegen. Erfasst werde deshalb nur der Unternehmer, der sich **zur Erbringung einer Werk- oder Dienstleistung verpflichtet** hat und diese nicht mit eigenen Arbeitskräften erledigt, sondern sich zur Erfüllung seiner Verpflichtung eines oder mehrerer Subunternehmer bedient. Gibt der Unternehmer auf diese Weise die Beachtung der zwingenden Mindestarbeitsbedingungen aus der Hand, sei es gerechtfertigt, ihm die Haftung für die Erfüllung der Mindestlohnansprüche der auch in

seinem Interesse auf der Baustelle eingesetzten Arbeitnehmer aufzuerlegen. Dies treffe jedoch auf die Beklagte nicht zu, denn sie habe lediglich als Bauherrin den Auftrag zur Errichtung eines Gebäudes an einen Generalunternehmer erteilt und damit nicht die Erfüllung eigener Verpflichtungen an Subunternehmer weitergegeben. Das Gebäude bildete lediglich die Grundlage für ihren eigenen Geschäftszweck, der Vermietung und Verwaltung des Gebäudes. Die Errichtung des Gebäudes sei nicht als Erfüllung ihrer Pflichten gegenüber ihren Mietern anzusehen.

#### **Bedeutung für die Praxis:**

Die Haftung gemäß § 14 AEntG unterliegt somit nicht Unternehmern, die lediglich als bloße Bauherren eine Bauleistung in Auftrag geben. Vielmehr kommt es darauf an, ob diese die Bauleistung als eigene Verpflichtung weitergeben.

## **7.6.2 Schadensersatz wegen unwirksamer Versetzung**

### **Der Fall:**

Der Arbeitgeber versetzte den Arbeitnehmer ab dem 1.11.2014 "für mindestens 2 Jahre, gegebenenfalls auch länger" vom Betriebssitz M in die 487 km entfernte Niederlassung G. Der Arbeitnehmer klagte gegen die Versetzung, erbrachte aber nach Aufforderung des Arbeitgebers seine Arbeitsleistung in G. Der Arbeitnehmer fuhr wöchentlich am Sonntag von seinem Hauptwohnsitz in R nach G und jeweils freitags wieder zurück. Am 20.5.2016 stellt das LAG Hessen rechtskräftig die Unwirksamkeit der Versetzung fest. Dennoch setzte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer weiterhin von Juni bis September 2016 in G ein.

Der Arbeitnehmer verlangte zuletzt noch Erstattung der Reisekosten für wöchentliche Heimreisen von Juni bis September 2016. Er verlangt 0,30 EUR pro gefahrenen Kilometer für unstrittig gefahrene 15.540 km, d. h. 4.662 EUR. Weiterhin verlangt er Tagegelder für dieselbe Zeit auf Basis einer "Montageregelung" des gültigen MTV.

Rechtskräftig entschieden wurde bereits über Kosten der Unterkunft in G sowie Fahrtkosten für Heimfahrten während der Zeit der Versetzung.

### **Die Entscheidung<sup>[1]</sup>:**

Das BAG hat der Klage nur hinsichtlich der **Reisekosten** in voller Höhe stattgegeben. Rechtsgrundlage ist ein Schadenersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB. Danach kann der Gläubiger vom Schuldner, der eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt, Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Eine Pflichtverletzung des Arbeitgebers ergibt sich durch die rechtswidrige Versetzung von M nach G, an der der Arbeitgeber auch nach rechtskräftigem Urteil noch bis in den Oktober festgehalten hat.

Das BAG stellt auch fest, dass kein Mitverschulden des Arbeitnehmers besteht, weil er der Versetzung Folge leistete. Zwar könne er nach der neueren Rechtsprechung des BAG bei einer unbilligen Weisung die Arbeitsleistung verweigern. Er riskiere im laufenden Arbeitsverhältnis aber Sanktionen durch Abmahnungen bis hin zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Diesen Risiken müsse er sich nicht aussetzen.

Auch habe keine Schadensminderungspflicht des Arbeitnehmers dahingehend bestanden, seinen Hauptwohnsitz und Lebensmittelpunkt in R aufzugeben, zumal er "nur vorübergehend" versetzt werden sollte und die Unwirksamkeit der Versetzung im September/Oktober bereits rechtskräftig feststand.

Der Schadenersatzanspruch richtet sich nach § 251 Abs. 1 BGB auf eine Entschädigung in Geld. Für die Schadensschätzung durch das Gericht nach § 287 Abs. 1 ZPO war die Ermittlung der Aufwendungen nach steuerlichen Gesichtspunkten zulässig. Diese ist auch unter Heranziehung von § 1 Abs. 1 Satz 1

Nr. 1 i. V. m. § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Justizvergütungs- und -entschädigungsG (JVEG), der berufliche Fahrten mit 0,30 EUR pro gefahrenem Kilometer regelt, angemessen und nachvollziehbar. Mit dem Kilometersatz sind nicht nur die Betriebskosten des Fahrzeugs, sondern auch die Anschaffungs- und Unterhaltskosten des PkW abgegolten.

Die Frage etwaiger ersparter Aufwendungen, z. B. durch Abzug der Kosten, die ohne die Versetzung für die Fahrt vom Hauptwohnsitz zur Arbeitsstätte in M entstanden wären, waren mangels Sachvortrag des Arbeitgebers nicht zu berücksichtigen.

Für die Zahlung von Tagegeldern sah das Gericht hingegen in § 10 des MTV keine ausreichende Rechtsgrundlage. Insofern fehlte es auch an ausreichendem Sachvortrag des Arbeitnehmers.

#### **Bedeutung für die Praxis:**

Immer wieder kommt es vor, dass Arbeitgeber räumliche Versetzungen aussprechen, die sich im Nachhinein als unwirksam erweisen. Hat der Arbeitnehmer diese Versetzung aber zunächst befolgt, um keine arbeitsrechtlichen Risiken einzugehen, sind ihm oft erhebliche Kosten durch den Ortswechsel entstanden.

### **7.6.3 Haftungsprivileg des Arbeitgebers bei Arbeitsunfällen**

#### **Der Fall:**

Die beklagte Arbeitgeberin betreibt ein Seniorenpflegeheim. Die Klägerin ist dort als Pflegekraft eingestellt. Das Seniorenheim ist über einen beleuchteten und geteerten Haupteingang und einen unbeleuchteten Nebeneingang mit Kopfsteinpflaster zu betreten. An beiden Eingängen stehen Arbeitszeiterfassungsgeräte. Die Arbeitnehmerin rutsche im Dezember gegen 7:30 Uhr, kurz vor Arbeitsaufnahme, vor dem Nebeneingang aus und zog sich eine Außenknöchelfraktur zu. Nach einer OP kam es zu einer Wundheilstörung, einem verzögerten Heilungsverlauf verbunden mit einer Beweglichkeitseinschränkung. Es handelte sich um einen Arbeitsunfall nach § 8 Abs. 1 SGB VII sowie einem Versicherungsfall i. S. v. § 7 SGB VII. Sie erhielt Verletztengeld. Die Arbeitnehmerin forderte von ihrer Arbeitgeberin Schmerzensgeld von mindestens 10.000 EUR sowie weiteren Schadenersatz.

#### **Die Entscheidung<sup>[1]</sup>:**

Die Klage war erfolglos. Ein weiterer Schadenersatz- und Schmerzensgeldanspruch der Klägerin gegen ihren Arbeitgeber scheidet aus, da zu dessen Gunsten das Haftungsprivileg nach § 104 Abs. 1 Satz 1 SGB VII greife. Wenn bei einem Arbeitsunfall die gesetzliche Unfallversicherung eintritt, in welche die Unternehmer regelmäßig Beiträge einzahlen, sind grundsätzlich sowohl der Arbeitgeber<sup>[2]</sup>, aber auch Arbeitskollegen<sup>[3]</sup> von einer Haftung wegen Personenschäden gegenüber dem geschädigten Arbeitnehmer befreit. Unter den Haftungsausschluss fallen Schmerzensgeld, Heilbehandlungskosten und Vermögensschäden. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz sei nur gegeben, wenn der Arbeitgeber den Versicherungsfall vorsätzlich herbeigeführt hat und ihm dabei doppelter Vorsatz vorzuwerfen ist. Der Vorsatz müsse sich dabei auf die Verletzungshandlung und den Verletzungserfolg beziehen, oder es muss sich um einen Wegeunfall nach § 8 Abs. 2 Nr. 1-4 SGB VII handeln.

#### **Bedeutung für die Praxis:**

Immer wieder kommt es vor den Arbeitsgerichten zu Streitigkeiten im Zusammenhang mit Arbeitsunfällen und Ansprüchen an den Arbeitgeber auf Schmerzensgeld. Dabei steht dem Arbeitnehmer jedoch nur ein Schmerzensgeldanspruch zu, wenn der Arbeitgeber den Unfall vorsätzlich verursacht hat.

