

Blick ins Arbeitsrecht

von Rechtsanwalt Michael Eckert, Heidelberg

Nachdem ich Ihnen das letzte Mal von einer ganzen Flut neuer Gesetze und (Corona-)Verordnungen berichtet hatte, gilt der Schwerpunkt des heutigen „Blicks“ wieder der Rechtsprechung. Interessant ist dabei ein strafrechtliches Urteil, das hoffentlich Auswirkungen auch im Arbeitsrecht haben wird.

I. Gesetzgebung

1. Festlegung des Mindestlohns bis zum Jahr 2022

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat mit einer Pressemitteilung vom 30.06.2020 eine Empfehlung der Mindestlohnkommission bekannt gegeben. Danach soll der Mindestlohn zum 01.07.2022 auf 10,45 EUR steigen.

Aktuell liegt der Mindestlohn bei 9,35 EUR je Zeitstunde. Zum 01.01.2021 steigt der Mindestlohn auf 9,50 EUR zum 01.07.2021 gibt es eine weitere Steigerung auf 9,60 EUR. Dann steigt der Mindestlohn wieder zum 01.01.2022 auf 9,82 EUR, um dann zum 1. Juli 2022 auf 10,45 EUR angehoben zu werden.

Die Mindestlohnkommission berät alle 2 Jahre über die Anpassung des Mindestlohns. Bei den Beschlüssen spielen auch die allgemeine Lohn- und Gehaltsentwicklung sowie insbesondere Tarifabschlüsse eine Rolle. Formal handelt es sich nur um eine Empfehlung. Um diese verbindlich zu machen, muss die Bundesregierung noch eine entsprechende Rechtsverordnung erlassen. Damit ist aber mit Sicherheit zu rechnen, da Herr Bundesminister Heil dies der Bundesregierung so vorschlagen wird.

2. Entschädigungspflicht nach Infektionsschutzgesetz/wegen Corona-bedingter erweitert

Am 30.06.2020 wurde das Corona-Steuerhilfegesetz im Bundesgesetzblatt verkündet. Wie leider häufig findet sich dort auch eine Regelung, die mit Steuerrecht nichts zu tun hat:

§ 56 Abs. 1a IfSG (Infektionsschutzgesetz) sah bisher schon eine Entschädigung bei der Schließung von Betreuungseinrichtungen vor: Der typische Anwendungsfall ist der geschlossene Kindergarten oder die geschlossene Kindertagesstätte. Wenn hier ein Elternteil zur Betreuung der Kinder zu Hause bleiben muss und daher keinen Anspruch auf Arbeitsentgelt hat, besteht ein Entschädigungsanspruch.

Dieser Anspruch ist nunmehr erweitert worden:

Zukünftig besteht der Anspruch auf Entschädigung für jeden Sorgeberechtigten, also für beide Eltern, und zwar für einen Zeitraum von bis zu 10 Wochen. Für Alleinerziehende gilt eine Frist von 20 Wochen.

Diese Erweiterung tritt rückwirkend schon zum 30.03.2020 in Kraft.

Leider wurde nicht gleichzeitig die Vorleistungspflicht des Arbeitgebers geändert. Nach § 56 Abs. 5 IfSG ist der Arbeitgeber nämlich verpflichtet, für 6 Wochen den Entschädigungsbetrag an den Arbeitnehmer auszuzahlen. Er muss dann beantragen, dass ihm dieser Betrag erstattet wird. Erst ab der 7. Woche besteht dann ein direkter Anspruch gegen die Behörde.

II. Rechtsprechung

1. Verurteilung wegen Betruges für "AGG-Hopper"

(Landgericht München I, Urteil vom 06.07.2020, Az. 12 KLS 231 Js 139171/12)

Strafrechtliche Verurteilungen für „AGG-Hopper“ haben Seltenheitswert. Dabei liegt der strafrechtliche Vorwurf, nämlich der des Betruges, eigentlich auf der Hand. Die Justiz tut sich aber mit solchen Fällen sehr schwer. So war es auch im vorliegenden Fall: Seit immerhin 8 Jahren ermittelte die Staatsanwaltschaft München I gegen den Angeklagten. Verhandelt wurde an sage und schreibe 63 Tagen. Es gab über 250 Beweisanträge. Herausgekommen ist dann immerhin eine Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und 4 Monaten, die allerdings zu Bewährung ausgesetzt worden ist. So entschied die große Strafkammer beim Landgericht München I. Solche Strafen werden in der Regel von Amtsgerichten verhängt.

Angeklagt waren zwei AGG-Hopper, nämlich im vorliegenden Verfahren ein Rechtsanwalt (!) sowie dessen Bruder, der ebenfalls bereits verurteilt worden ist. Das Vorgehen war immer das gleiche: Beide haben sich auf Anzeigen beworben, ohne die Stellen tatsächlich antreten zu wollen. In Wahrheit ging es nur darum, sich über Entschädigungsklagen nach dem AGG (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) eine lukrative Einnahmequelle zu verschaffen.

Allein in 25 dieser Fälle soll eine Entschädigung in Höhe von EUR 88.000,00 erlöst worden sein. In weiteren 91 Fällen sollen die Brüder Entschädigungen von insgesamt 1,7 Mio. EUR geltend gemacht haben. In diesen Fällen haben die Unternehmen aber nicht bezahlt.

Das Landgericht hatte die bereits im Jahr 2014 erhobene Klage der Staatsanwaltschaft zunächst gar nicht zugelassen. Erst auf Weisung des Oberlandesgerichts München wurde dann doch die Hauptverhandlung eröffnet.

Soweit man hört war die Beweisführung sehr schwierig. Der Angeklagte soll nach Angaben des Branchenmagazins LTO (Legal Tribune Online) sehr gerne mit Abmahnungen arbeiten, weshalb wohl auch die Informationsbeschaffung recht schwierig war.

Die strafrechtliche Einordnung solcher AGG-Hopper ist eigentlich gar nicht so schwer: Sie erfüllen in der Regel die Tatbestandsmerkmale des Betruges: Sie täuschen über ihren Wunsch und Bereitschaft, die Stelle anzutreten. Insoweit erregen sie einen entsprechenden Irrtum beim potenziellen Arbeitgeber. Die Entschädigung wegen angeblicher Verstöße gegen das AGG stellt den Vermögensvorteil des Täters, den Vermögensnachteil des Arbeitgebers und entsprechend eine Vermögensverfügung dar. Hat der Arbeitgeber gezahlt, ist das Delikt vollendet. Hat der Arbeitgeber sich geweigert zu zahlen, liegt zumindest ein Versuch vor.

Diese Strafbarkeit wird auch nicht dadurch relativiert, dass der Arbeitgeber (vielleicht) gegen AGG-Regeln verstoßen hat oder es zumindest einen dahingehenden Anschein gibt. Dies rechtfertigt keine Straftat. Zwar gibt es Stimmen, die eine Strafbarkeit verneinen. Diese Autoren übersehen aber, das AGG-Hopper nicht in das Bestrafungsmonopol des Staates eingreifen dürfen. Eine falsch formulierte Stellenanzeige rechtfertigt auch keine Straftat. Hinzu kommt, dass sehr oft gar nicht feststeht, ob überhaupt tatsächlich ein AGG-Verstoß vorliegt. Oft beruhen missverständliche Anzeigentexte einfach nur auf einem Versehen oder auf Unkenntnis.

So wissen manche Arbeitgeber noch nicht, dass sie ihre Anzeigen nicht nur hinsichtlich Männern und Frauen geschlechtsneutral formulieren müssen, sondern auch hinsichtlich geschlechtlich „diversen“ Menschen. Stellenanzeigen müssen daher üblicherweise mit dem Klammerzusatz „(m/w/d)“ versehen werden. Das früher übliche „(m/w)“ reicht nicht mehr aus. Diese Unkenntnis nutzen AGG-Hopper aus

und behaupten, dadurch bestehe zumindest der Anschein einer gewollten Geschlechterdiskriminierung, was zur Zahlung einer Entschädigung verpflichte.

Es wäre aus meiner Sicht wünschenswert, wenn es mehr Verurteilungen gäbe und diese auch bekannt würden.

Grundlegend hat der Europäische Gerichtshof bereits mit Urteil vom 28.07.2016 (Az. C-423/15) festgestellt, dass nicht ernst gemeinte Bewerbungen nicht von den EU-Gleichbehandlungsrichtlinien geschützt seien und daher auch nicht in den Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes fallen würden.

Das Bundesarbeitsgericht hat aber bislang die Voraussetzungen für den vom Arbeitgeber zu führenden Beweis der fehlenden Ernsthaftigkeit der Bewerbung sehr (zu) hoch angesetzt. Allein die Tatsache, dass sich AGG-Hopper auf ganz unterschiedliche Stellen bewerben, nie eine Stelle antreten etc. soll danach nicht ausreichen. Es steht aber zu hoffen, dass sich hier die Anforderungen an den Nachweis verringern werden. Nur so wird es möglich sein, echte AGG-Verstöße von solchen Fällen zu unterscheiden, in denen betrügerische Scheinbewerber gerade kleine und mittlere Unternehmen schädigen wollen.

Anmerkung:

In jüngerer Zeit häufen sich Fälle, in denen bei Abfindungsverhandlungen nach einer streitigen Arbeitgeberkündigung im Kündigungsschutzverfahren der Versuch unternommen wird, statt einer Abfindung eine Entschädigungszahlung nach dem AGG auszuhandeln. Dem Arbeitgeber wird suggeriert, für ihn mache dies keinen Unterschied. Er zahle den gleichen Betrag wie bei einer Abfindung. Eine Entschädigung hat aber für den Arbeitnehmer den Vorteil, dass sie in der Regel steuerfrei ist, während eine Abfindung – wenn auch teilweise zu Sonderkonditionen – grundsätzlich versteuert werden muss.

Arbeitgeber seien gewarnt, auf solche Angebote einzugehen. Zum einen handelt es sich dabei um Beihilfe zur Steuerhinterziehung. Zum anderen dürfte es auch dem Ruf des Unternehmens beim Arbeitsgericht nicht zuträglich sein, wenn man freiwillig AGG-Entschädigungen bezahlt. Dies könnte bei zukünftigen AGG-Verfahren zu der Annahme verleiten, dass der Arbeitgeber ja schon in anderen Verfahren einen Verstoß gegen das AGG eingeräumt und daher eine Entschädigung gezahlt habe.

2. Urlaubs- und Überstundenausgleich bei Arbeitsunfähigkeit

(Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 19.11.2015; 5 Sa 342/15)

Dieses erst jetzt bekannt gewordene Urteil enthält eine sehr interessante und für die Praxis wichtige Unterscheidung zwischen der Handhabung von Urlaubsansprüchen einerseits und Überstundenausgleichsansprüchen andererseits, wenn der Arbeitnehmer in der hierfür vorgesehenen Zeit arbeitsunfähig erkrankt.

Soweit Arbeitnehmer für einen bestimmten Zeitraum Urlaub genehmigt erhalten haben und während der Urlaubszeit arbeitsunfähig erkranken, ist allgemein anerkannt, dass der Urlaubsanspruch ab dem Tag der Feststellung der Arbeitsunfähigkeit nicht weiter erfüllt werden kann. Diese Tage zählen dann nicht als Urlaubstage. Der Urlaub muss vielmehr noch einmal gewährt werden.

Diese Regelung kann aber nicht einfach auf andere Freistellungsansprüche übertragen werden.

Hat ein Arbeitnehmer beispielsweise durch Überstunden oder im Rahmen eines flexiblen Arbeitszeitkontos ein „Guthaben“ aufgebaut, hat er einen Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber, dieses Konto wieder abzubauen, d. h. die Mehrstunden abzufeiern. Dieser Anspruch auf Arbeitszeitausgleich wird dadurch erfüllt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer für eine bestimmte Zeit von der Arbeitspflicht freistellt. Der Arbeitnehmer ist dann nicht mehr verpflichtet, im Freistellungszeitraum die eigentlich sonst nach dem Arbeitsvertrag geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Er kann, so auch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, über diesen Zeitraum frei verfügen. Gleichzeitig bleibt die Vergütungsverpflichtung des Arbeitgebers bestehen.

Eine nachträglich eintretende krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit im Freistellungszeitraum macht die Erfüllung des Ausgleichsanspruchs aber nicht hinfällig. Mit anderen Worten: Überstunden, Plusstunden oder sonstige Mehrarbeitsstunden werden auch dann durch Freizeitgewährung ausgeglichen, wenn der Arbeitnehmer in diesem Zeitraum arbeitsunfähig erkrankt ist. Insoweit spielt es keine Rolle, dass der Arbeitnehmer seine Freizeit aufgrund der Erkrankung nicht mehr frei gestalten kann. Die Vereinbarung eines Zeitraums für die Abgeltung von Freistellungsansprüchen geht also zu Lasten des Arbeitnehmers, der das Risiko trägt, in diesem Zeitraum arbeitsunfähig zu erkranken.

Damit nicht genug: Im konkreten Fall war ein Arbeitsverhältnis ordentlich unter Einhaltung der Kündigungsfrist gekündigt worden. Der Arbeitnehmer hatte noch über 400 Überstunden auf seinem Arbeitszeitkonto. Bis zum Ablauf der Kündigungsfrist konnte dieses selbst bei vollständiger Freistellung gar nicht mehr vollständig abgebaut werden.

Nach einer Klausel im Arbeitsvertrag war der Arbeitgeber berechtigt, den Arbeitnehmer unter Fortzahlung seiner Vergütung mit sofortiger Wirkung freizustellen, wenn eine Partei das Arbeitsverhältnis gekündigt hat. Daher hat der Arbeitgeber im vorliegenden Fall auch angeordnet, dass die Überstunden, soweit dies bis zum Ablauf der Kündigungsfrist möglich war, durch Freistellung abgegolten werden. Der Arbeitnehmer wurde also, mit anderen Worten, unter Anrechnung auf Überstundenguthaben freigestellt.

Eine solche Freistellung ist zunächst durch das Direktionsrecht des Arbeitgebers gedeckt. Es handelt sich um eine Weisung zur Verteilung der Arbeitszeit gemäß § 106 Satz 1 GewO. Danach ist der Arbeitgeber nicht nur berechtigt, die Zeit der Arbeitsleistung anzuordnen, sondern auch den Zeitraum festzulegen, in dem der Arbeitnehmer keine Arbeit zu leisten hat. Der Umfang, in dem dies vorliegend geschah, war auch zumutbar. Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse daran, bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist die auf dem Arbeitszeitkonto angesammelten Überstunden durch bezahlte Freistellung abzugelten. Eines Einverständnisses des Arbeitnehmers bedarf es insoweit ausdrücklich nicht. Zwar müsste u. U. eine Interessenabwägung stattfinden, dies aber nur, wenn der Arbeitnehmer darlegt, dass er ein gravierendes Interesse daran hat, für die Dauer der Kündigungsfrist nicht freigestellt zu werden, sondern zu arbeiten. Ein solches Interesse ist in der Regel nicht festzustellen.

An der wirksamen Freistellung, die letztlich einen Abbau der Überstunden bewirkt hat, ändert sich auch nichts, wenn der Arbeitnehmer sodann arbeitsunfähig erkrankt. Die Überstunden werden trotzdem abgebaut.

Die ganz anders lautende Regelung beim Urlaub (§ 9 BUrlG) kann im vorliegenden Fall weder direkt noch in entsprechender Anwendung herangezogen werden. Bei Vorliegen einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung werden die Krankheitstage nicht vom Urlaubsanspruch abgezogen. Dabei handelt es sich aber um eine Ausnahmeregelung, die tatsächlich nur für den Erholungsurlaub gilt (so schon das Bundesarbeitsgericht: Urteil vom 11.09.2003, Az. 6 AZR 374/02).

Diese Rechtsprechung ermöglicht daher vielen Arbeitgebern eine flexiblere Gestaltung der Kündigungsfrist. Insbesondere sollte eine Freistellung immer ausdrücklich ausgesprochen werden und zwar immer "unwiderruflich", da sonst eine Abgeltung von Urlaub oder Überstunden nicht erfolgt. Sowohl für den Urlaubsanspruch als auch für den Überstundenausgleich sollten jeweils konkrete Zeiträume genannt werden.

3. Ist der Verfall des Urlaubsanspruchs bei langjähriger Erkrankung von einem Hinweis des Arbeitgebers abhängig?

(Vorlagebeschluss, Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 07. 07.2020, 9 AZR 401/19)

Nach dem Bundesurlaubsgesetz verfällt der Urlaubsanspruch regelmäßig dann, wenn der Arbeitnehmer den Urlaub nicht bis zum 31.12. des Kalenderjahres (Urlaubsjahres) genommen hat. Ausnahmen sind nach dem Gesetz nur dann möglich, wenn der Urlaub im laufenden Kalenderjahr aus betrieblichen oder dringenden persönlichen Gründen nicht genommen werden konnte. Beispielhaft sind hier eine Urlaubssperre oder eine Erkrankung bis zum Jahresende zu nennen. Ist eine solche Voraussetzung gegeben, kann der Urlaub noch im sogenannten Übertragungszeitraum bis zum 31. März des Folgejahres genommen werden und verfällt dann (nach dem Gesetzestext) endgültig.

Im vergangenen Jahr hatte ich Sie darüber unterrichtet, dass der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer zwingend auf die vorgenannten Regelungen und insbesondere darauf hinweisen muss, dass der Urlaub bis zum Jahresende beantragt und genommen werden muss, damit er nicht verfällt. Hat der Arbeitgeber einen solchen Hinweis nicht gegeben, soll der Urlaubsanspruch auch (auf Dauer?) nicht am 31.12. verfallen. Dies hätte dann möglicherweise auch Auswirkungen auf den Jahresabschluss/die Bilanz des Unternehmens, da dort noch nicht genommene, aber noch zu gewährende Urlaubsansprüche abgebildet werden müssen.

Abweichend vom deutschen Gesetzestext gilt diese Regelung nach einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes nicht, wenn eine lang andauernde Erkrankung vorliegt. Dann soll der Arbeitnehmer nämlich ein Jahr mehr Zeit haben, den Urlaub zu nehmen, mithin bis zum 31. März des Folgejahres. Die Übertragungsfrist beträgt somit nicht 3 Monate, sondern 15 Monate.

In diesem Zusammenhang hat sich jetzt dem Bundesarbeitsgericht die Frage gestellt, ob die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zur Hinweispflicht des Arbeitgebers bei drohendem Verfall des Urlaubsanspruches auch für die 15 Monatsfrist bei Dauererkrankungen gilt.

Konkret ging es um folgenden Fall:

Eine Arbeitnehmerin erkrankte im Verlauf des Jahres 2017 und ist durchgehend arbeitsunfähig. Aus dem Jahr 2017 hat sie noch einen Resturlaubsanspruch von 14 Tagen. Sie ist der Auffassung, dass ihr dieser Urlaubsanspruch auch jetzt noch zustehe, da der Arbeitgeber sie nicht auf den drohenden Verfall des Urlaubsanspruches hingewiesen habe. Der Arbeitgeber argumentiert, dass der Urlaubsanspruch aus dem Jahr 2017 spätestens mit Ablauf des 31.03.2019 erloschen sei. An diesem Tag hat die 15-Monats-Frist nach der Rechtsprechung des EuGHs geendet.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen. Das BAG meint aber nun, es komme auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes an, da möglicherweise auch die 15-Monats-Frist davon abhängt, ob der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin über den drohenden Verfall von Urlaubsansprüchen informiert habe. Der Arbeitgeber müsse die Arbeitnehmer konkret auffordern, den Urlaub rechtzeitig im Urlaubsjahr zu nehmen.

Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt damit nach Auffassung des BAG davon ab, ob das Unionsrecht den Verfall des Urlaubsanspruchs nach Ablauf von 15 Monaten auch dann gestattet, wenn der Arbeitgeber im Urlaubsjahr seine Mitwirkungsobliegenheiten nicht erfüllt hat, obwohl der Arbeitnehmer den Urlaub bis zum Eintritt der Arbeitsunfähigkeit zumindest teilweise hätte nehmen können.

Hierüber soll nun der EuGH befinden.

Anmerkung:

Ich halte diese Anfrage für verfehlt. Im ursprünglichen Urlaubsjahr (hier 2017) wusste der Arbeitgeber ja nicht, dass die Arbeitnehmerin arbeitsunfähig werden würde. Daher konnte er sie auch vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit nicht auf den drohenden Urlaubsverfall hinweisen. Auch im Übertragungszeitraum, d. h. im Verlauf des Jahres 2018 und bis zum 31.03.2019 machte ein solcher Hinweis jedoch keinerlei Sinn, da die Arbeitnehmerin durchgehend arbeitsunfähig erkrankt war. Auch bei Erteilung eines Hinweises hätte diese den Urlaub nicht im 15-Monats-Zeitraum nehmen können. Welchen Sinn soll also ein entsprechender Hinweis des Arbeitgebers gehabt haben?

Praxistipp:

Rein vorsorglich sollten Arbeitgeber ihre Beschäftigten schon zu Beginn eines Kalenderjahres darauf hinweisen, dass sie den Urlaub innerhalb des Kalenderjahres nehmen müssen, da er andernfalls verfallt. Vorsorglich sollten Sie auch darauf hinweisen, dass der Urlaub, der wegen Krankheit nicht genommen wird, drei bzw. 15 Monate nach Ende des Urlaubsjahres verfallen wird. Dies entbehrt zwar nahezu jeder Sinnhaftigkeit, dürfte aber die logische Folge aus dem Vorlagebeschluss des BAG sein. Um absolut sicher zu gehen, sollte der Hinweis dann etwa im Oktober mit Blick auf das bevorstehende Jahresende noch einmal wiederholt werden. Natürlich muss Arbeitgeber auch beweisen können, dass diese Hinweise den Arbeitnehmern zugegangen sind.

Wirklich nachvollziehbar ist dies, ebenso wie die Vorlageentscheidung, aus meiner Sicht nicht. Es wird aber noch besser: Siehe die nachstehende Entscheidung.

4. Ist der Verfall des Urlaubsanspruchs bei langjähriger Nichtbeschäftigung wegen des Bezugs von Erwerbsminderungsrente von einem Hinweis des Arbeitgebers abhängig?

(Vorlagebeschluss, BAG, Urteil vom 07.07.2020, 9 AZR 245/19)

Dieser Fall ähnelt dem unter Ziffer 2.3 besprochenen Fall. Allerdings ist der Sachverhalt noch weniger nachzuvollziehen: Der Arbeitnehmer bezieht seit 01.12.2015 eine Rente wegen voller Erwerbsminderung, die zuletzt bis August 2019 verlängert wurde. Das Arbeitsverhältnis besteht formal noch. Er hat u. a. geltend gemacht, ihm stünden gegen den Arbeitgeber noch 34 Arbeitstage Urlaub aus dem Jahr 2014 zu. Diese Ansprüche seien nicht verfallen, da der Arbeitgeber seinen Obliegenheiten, an der Gewährung und Inanspruchnahme von Urlaub durch entsprechende Hinweise mitzuwirken, nicht nachgekommen sei.

Der Arbeitgeber ist natürlich der Auffassung, dass der im Jahr 2014 nicht genommene Urlaub spätestens mit Ablauf des 31.03.2016 erloschen sei.

Zu den Erläuterungen und auch hinsichtlich der Anmerkungen verweise ich auf die vorstehende Ordnungsziffer. Das BAG scheint der Auffassung zu sein, dass es hier hinsichtlich des Urlaubs überhaupt keine zeitlichen Schranken mehr gibt.

Zur Frage der Verjährung liegen keine Angaben vor. Auch für Ansprüche auf Urlaubsgewährung, die bis zum 31.03.2016 entstanden sind, wäre inzwischen Verjährung eingetreten. Sollte das BAG die Auffassung vertreten, dass ein fehlender Hinweis des Arbeitgebers dazu führt, dass faktisch auch die Verjährung nicht mehr eingreift, könnten Arbeitnehmer heute noch nicht genommene Urlaubsansprüche aus den 60er oder 70er-Jahren geltend machen. Vor Bekanntwerden der EuGH-Entscheidung zur Hinweispflicht des Arbeitgebers hatte das BAG die Auffassung vertreten, dass die rechtzeitige Inanspruchnahme von Urlaubsansprüchen Sache des Arbeitnehmers ist und der Verfall von Urlaubsansprüchen nicht von irgendwelchen Hinweispflichten des Arbeitgebers abhängig ist.

Zu bedenken ist auch, dass der Gesetzgeber es bisher nicht für notwendig gehalten hat, dass deutsche Bundesurlaubsgesetz an die Rechtsprechung des EuGHs anzupassen. Wer sich also als deutscher Unternehmer an das Bundesurlaubsgesetz hält und nicht arbeitsrechtlich beraten wird, macht vieles falsch und setzt sich erheblichen Nachforderungen aus.

5. Auskunftsanspruch nach dem Entgelttransparenzgesetz

(BAG, Urteil vom 25.06.2020, 8 AZR 145/19)

§ 10 des Entgelttransparenzgesetzes sieht vor, dass „Beschäftigte“ einen Auskunftsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber haben, was andere vergleichbare Beschäftigte verdienen. Damit soll die Überprüfung der Einhaltung des Entgeltgleichheitsgebotes ermöglicht werden.

Das BAG hat nunmehr klargestellt, dass dieser Auskunftsanspruch sich nicht nur auf die Vergütungen anderer Arbeitnehmer bezieht. Unter Bezugnahme auf einen europäischen Beschäftigungsbegriff ist das BAG der Auffassung, dass sich der Auskunftsanspruch auch auf arbeitnehmerähnliche Personen bezieht.

Im vorliegenden Fall hatte eine freiberuflich tätige Redakteurin einer Fernsehanstalt (Anstalt des öffentlichen Rechts), von der feststand, dass sie nicht Arbeitnehmerin im Sinne des deutschen Arbeitsrechtes ist, Auskunft über die Vergütungen anderer Redakteure gefordert.

Das BAG hat zunächst aber nur entschieden, dass die Klägerin von der Beklagten Auskunft über die Kriterien und Verfahren der Entgeltfindung verlangen kann. Daraus ergibt sich nicht zwangsläufig ein Anspruch auf Erteilung von Auskunft über das konkrete Vergleichsentgelt. Darüber muss nach einer Zurückverweisung nun das LAG entscheiden.

6. Urlaubskürzung wegen der Elternzeit

(BAG, Urteil vom 19.03.2019, 9 AZR 495/17)

Viele Arbeitgeber wissen nicht, dass der Urlaubsanspruch während der Elternzeit ungeschmälert weiter entsteht. Allerdings kann der Urlaub nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um 1/12 gekürzt werden. Allerdings muss der Arbeitgeber hier tätig werden. Entweder findet sich eine entsprechende Kürzungsregelung bereits im Arbeitsvertrag, oder der Arbeitgeber muss diese Kürzung gegenüber dem/der Arbeitnehmer-/in ausdrücklich erklären. Diese Erklärung kann auch nach Ende der Elternzeit erfolgen, allerdings nur im noch bestehenden Arbeitsverhältnis. Die Erklärung muss durch empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Erklärung erfolgen. Ein Einvernehmen mit dem Arbeitnehmer muss insoweit nicht hergestellt werden.

Erfolgt im Verlauf des Arbeitsverhältnisses keine Kürzung des Urlaubsanspruches aufgrund der Elternzeit, besteht der Urlaubsanspruch ungekürzt. Dieser Urlaubsanspruch verfällt während der Elternzeit nicht mit Ablauf des Urlaubsjahres oder des Übertragungszeitraumes von 3 Monaten.

Arbeitgeber sollten daher immer daran denken, den Urlaubsanspruch entsprechend ausdrücklich zu kürzen, und zwar so, dass der Zugang der Erklärung nachweisbar ist.

7. Reden ist Silber, Schweigen ist Gold: Gut gemeinter aber teurer „Ratschlag“ eines Steuerberaters im Bewerbungsgespräch

(Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 16.12.2019, Az. 3 Sa 132/19)

Die Suche nach gutem Personal erweist sich sowohl für Rechtsanwälte als auch für Steuerberater als zunehmend schwierig. Vor diesem Hintergrund hatte eine Steuerberatungsgesellschaft eine Stellenausschreibung für einen Ausbildungsplatz einer „Kaufrau für Büromanagement“ aufgegeben. Bei den Bewerberinnen fand sich eine Frau muslimischen Glaubens, die auf ihrem Bewerbungsfoto ein Kopftuch trug. Der Geschäftsführer der Steuerberatungsgesellschaft nahm diese Bewerbung offensichtlich nicht ernst. Er schickte sie zurück mit dem Hinweis, dass es sich bei der Bewerbung wohl um ein „Alibi-schreiben für ALG II“ handele. Schon dieser Satz war eigentlich ein Satz zu viel. Hintergrund war wohl, dass die Bewerberin alleinerziehende Mutter war und zum Zeitpunkt der Bewerbung ein Studium abgebrochen hatte. Sie bezog längere Zeit Arbeitslosengeld II.

Der Geschäftsführer der Steuerberatungsgesellschaft gab der Bewerberin aber zusätzlich auch noch einen „guten“ Rat, den er als Tipp für die Zukunft verstanden wissen wollte. Er erklärte nämlich, die Bewerberin solle bei ernst gemeinten Bewerbungen auf ihren „Kopfschmuck“ verzichten.

Dabei handelt es sich natürlich um einen Verstoß gegen § 7 AGG. Danach ist es verboten, eine Person mittelbar oder unmittelbar wegen ihrer Religion zu benachteiligen. Wegen dieses Verstoßes sprach das LAG der Bewerberin eine Entschädigung in Höhe von EUR 1.500,00 Euro zu.

Nicht nur dieses Schreiben an die Bewerberin, sondern auch das Auftreten des Geschäftsführers in der arbeitsgerichtlichen Verhandlung zeigt, dass Zurückhaltung in der mündlichen Verhandlung manchmal sehr sinnvoll sein kann. Der Geschäftsführer argumentierte nämlich, es habe sich nicht etwa um eine Diskriminierung gehandelt, sondern um einen „väterlichen Rat“. Der Hinweis zum Kopftuch sei ein freundschaftlicher Hinweis gewesen, damit sie ihre Einstellungschancen zukünftig nicht weiter verschlechtere. Überliefert ist folgende Bemerkung: „Die meisten Arbeitgeber und Lehrbetriebe seien nämlich nicht besonders begeistert, wenn die Religion nicht in der Freizeit, sondern auch offiziell im Betrieb praktiziert werde, insbesondere da ein Kopftuch nicht zwangsläufig notwendig für einen gemäßigten Islam sei.“

Das Gericht hat im Urteil dann darauf hingewiesen, dass gerade diese Äußerungen eines zeigen: Das Kopftuch war zumindest ein Grund für die Ablehnung. Hinweise auf irgendwelche sachlichen Gründe dafür, dass die klagende Bewerberin abgelehnt worden ist, wurden nicht vorgebracht. Insbesondere

sei es kein sachlicher Ablehnungsgrund, wenn der Geschäftsführer in der Verhandlung vorgetragen habe, es sei nicht einzusehen, dass er bei einer Auszubildenden das Tragen des Kopftuchs möglicherweise sogar durch ein Gerichtsverfahren verhindern müsse und sich dies auch nicht gut auf das Arbeitsklima und seine Gesundheit auswirken würden.

Die Höhe der Entschädigung entsprach 2,4 Monatsgehältern einer Auszubildenden.

8. Urlaubs Ansprüche während der Kurzarbeit

(EuGH, Urteil vom 08.11.2012, C-229/11; LAG Hamm, Urteil vom 30.08.2017, 5 Sa 626/17)

Angesichts einer überbordenden Inanspruchnahme von Kurzarbeit, deren Ende in manchen Branchen auch heute noch nicht absehbar ist, stellt sich die Frage, welche Auswirkung die Kurzarbeit auf das Entstehen von Urlaubsansprüchen hat.

Dies veranlasst mich, Sie über eine schon fast 8 Jahre zurückliegende Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs sowie eine etwas jüngere und hierauf aufbauende Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm zu unterrichten.

Der EuGH hat damals festgestellt, dass Urlaubsansprüche nur dann entstehen, wenn auch tatsächlich eine Arbeitsleistung erbracht wurde. Schon in diesem Ausgangsverfahren ging es darum, ob während der angeordneten Kurzarbeit der Jahresurlaub pro rata temporis angepasst werden kann, sodass sich der Urlaubsanspruch reduziert. Dies hat der Europäische Gerichtshof bejaht.

Ihm hat sich 2017 das Landesarbeitsgericht Hamm angeschlossen. Hier ging es um Urlaubsanspruch, wenn Kurzarbeit Null angeordnet war. Das LAG folgt dem EuGH, wonach bei Kurzarbeit Null, ähnlich wie bei einem Teilzeitarbeitsverhältnis, der Urlaubsanspruch pro rata temporis reduziert werden muss.

Das BAG hatte einen ähnlichen Fall bisher noch nicht zu entscheiden. Allerdings fällt ein Beitrag von Frau Gallner aus der neuesten Auflage des Erfurter Kommentars (20. Auflage 2020, Kommentierung zum Bundesurlaubsgesetz, § 3 Rn. 21 – 23) ins Auge. Frau Gallner ist bekanntlich Richterin am BAG. Auch sie vertritt die Auffassung, dass Urlaubsansprüche für die Dauer der Kurzarbeit wie die Regelung zur Teilzeit zu behandeln sind, d. h. eine entsprechende Kürzung stattfindet. Wer also beispielsweise 6 Monate im Kalenderjahr 2020 in Kurzarbeit Null ist, dessen Urlaubsansprüche reduzieren sich auf die Hälfte.

Praxistipp:

Spätestens im zweiten Halbjahr sollte der Arbeitgeber seine Beschäftigten wiederum darauf hinweisen, dass diese ihren Urlaub noch im laufenden Jahr beantragen und nehmen müssen, damit er nicht

verfällt. Bei dieser Gelegenheit sollte auch mitgeteilt werden, in welchem Umfang im Jahr 2020 ein (reduzierter) Urlaubsanspruch besteht.

9. Einsetzung eines Wahlvorstands zu Betriebsratswahl durch das Arbeitsgericht

(Landesarbeitsgericht Kiel, Beschluss vom 22.01.2020, 3 TaBV 23/19)

Betriebsratswahlen bergen häufig erhebliche Probleme, zumal die gesetzlichen Regelungen nicht immer leicht zu verstehen und in der Praxis schwierig zu handhaben sind.

Im vorliegenden Fall sollte in einem Unternehmen erstmals ein Betriebsrat gewählt werden. Dies setzt voraus, dass die Beschäftigten einen Wahlvorstand wählen, der dann die Wahl vorbereitet und durchführt.

Im konkreten Fall haben drei wahlberechtigte Arbeitnehmer – wie gesetzlich vorgesehen – zu einer Betriebsversammlung eingeladen, um dort einen Wahlvorstand zu wählen. Die Diskussionen im Rahmen dieser Betriebsversammlung verliefen aber recht heftig und kontrovers. Man kam nicht zu einer Einigung. Daraufhin wurde durch die Beschäftigten mehrheitlich beschlossen, diese Betriebsversammlung zu vertagen. Ein konkreter Termin für die Fortsetzung wurde allerdings nicht genannt.

Die drei Initiatoren der Versammlung haben den Fortsetzungstermin nicht abgewartet, sondern sogleich das Arbeitsgericht angerufen und dort den Antrag gestellt, einen Wahlvorstand durch gerichtlichen Beschluss einzusetzen. Dagegen wurde eingewandt, dass eine solche Möglichkeit zwar gesetzlich bestehe, dies jedoch nur für den Fall vorgesehen sei, dass im Unternehmen kein Wahlvorstand gewählt werde. Man müsse daher zunächst die Fortsetzungsversammlung abwarten. Dem ist allerdings die Arbeitsgerichtsbarkeit nicht gefolgt: Das Arbeitsgericht sei berechtigt und verpflichtet, einen Wahlvorstand einzusetzen, wenn trotz einer Einladung eine Wahlversammlung nicht stattfindet oder dort kein Wahlvorstand gewählt werde. Dies gelte auch dann, wenn auf der Betriebsversammlung eine Vertagung beschlossen wurde. Es sei völlig offen, ob und wann eine Fortsetzungsversammlung stattfindet. Für die Einsetzung durch das Gericht sei nur erforderlich, dass im Rahmen einer Wahlversammlung kein Wahlvorstand gewählt worden sei. Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Ob, wann und wie viele Fortsetzungsversammlungen noch stattfinden, kann insoweit keine Rolle spielen.

Sollte in einem Unternehmen eine Betriebsratswahl bevorstehen, empfiehlt es sich, möglichst frühzeitig insoweit spezialisierte fachanwaltliche Unterstützung in Anspruch zu nehmen, da hier zum Teil auch sehr kurze Fristen zu beachten sind.

III. Rechtsanspruch auf Homeoffice?

Die aktuelle Diskussion in den allgemeinen Medien, die zum Thema Homeoffice geführt wird, veranlasst mich, ausnahmsweise im Anschluss an die Berichterstattung zur Rechtsprechung noch unabhängig von aktuellen Entscheidungen auf einige wichtige Eckpunkte hinzuweisen.

Der Arbeitsort eines Arbeitnehmers ist in aller Regel im Arbeitsvertrag genannt. Bei wechselnden Arbeitsorten ist es am Arbeitgeber, im Rahmen des Weisungsrechtes den Ort der Tätigkeit (im Rahmen der Zumutbarkeit) zuzuweisen.

Ein Rechtsanspruch von Arbeitnehmern darauf, ausschließlich im Homeoffice tätig zu sein, existiert nicht bzw. nur dann, wenn dies im Arbeitsvertrag konkret vereinbart worden ist. Soweit sich zurzeit manche Diskussionsbeiträge finden, bei denen behauptet wird, Arbeitnehmer seien berechtigt, auch ohne Zustimmung des Arbeitgebers im Homeoffice zu arbeiten, zumindest solange eine Ansteckungsgefahr im Zusammenhang mit Corona bestehe, trifft dies nicht zu.

Soweit es im Betrieb unzumutbare Arbeitsbedingungen gibt, die beispielsweise konkret (!) die Gesundheit gefährden, besteht ein Zurückbehaltungsrecht an der Arbeitskraft. Diese Fälle sind aber sehr selten. Aktuell könnten sie dann zutreffen, wenn der Arbeitnehmer einer Hochrisikogruppe angehört und andererseits vom Arbeitgeber keine Hygiene-Schutzmaßnahmen (z.B. Abstand, Mund-Nasen-Schutz, Desinfektionsmöglichkeit für die Hände, Lüftung der Räume etc.) getroffen werden. Nur um dem allgemeinen Lebensrisiko einer Ansteckung zu entgehen, darf niemand zu Hause bleiben und auf seine Bereitschaft verweisen, im Homeoffice zu arbeiten.

Sollte ein solcher Ausnahmefall vorliegen, besteht aber jedenfalls die Verpflichtung des Arbeitnehmers, seine Arbeitskraft im Homeoffice anzubieten, wenn dies aufgrund der individuellen Umstände nicht völlig ausgeschlossen ist.

Umgekehrt kann der Arbeitgeber seine Beschäftigten auch nicht zwingen, ab sofort im Homeoffice zu arbeiten. Manches Unternehmen überlegt zwar schon, ob auf diese Weise Mietkosten für Büros gespart werden können. Auch hier bedarf es aber immer einer Vereinbarung.

Soweit derzeit über gesetzliche Regelungen nachgedacht wird, dürften diese sich erübrigen. Niemand kann Arbeitgebern einerseits oder auch Arbeitnehmern andererseits vorschreiben, wo diese zu arbeiten haben oder dass beispielsweise in einem Homeoffice gearbeitet werden muss. Es zählt zur unternehmerischen Freiheit festzulegen, wo die Arbeit erbracht werden kann und zu prüfen, ob die Einrich-

tung eines Homeoffice möglich ist. Im Anschluss bedarf es des Einverständnisses des Arbeitnehmers. Gesetzlich kann weder ein Recht auf Homeoffice noch eine Pflicht zum Homeoffice festgelegt werden. Auch wenn sich durch ein Homeoffice vielleicht der eine oder andere Büroarbeitsplatz einsparen ließe: Die Zahl der Eltern, die sich wieder an ihren Büroschreibtisch und zu den Kolleginnen und Kollegen zurücksehnen, scheint mir recht groß zu sein.