

Insolvenzarbeitsrecht

Auswirkungen für HR S. 8

Druck- und Verdachtskündigung

Der Fall Gil Ofarim als Weckruf S. 14

Sonderkündigungsschutz in der Massenentlassung

Normaler oder erweiterter Entlassungsbegriff? S. 20

Fremdfirmen rechtssicher einsetzen

Compliance in der betrieblichen Praxis S. 26



HR-ZERTIFIZIERUNG IM ARBEITSRECHT

Sie möchten sich praxisorientiert weiterbilden?

**Sie möchten rechtssicher handeln und Ihr Know-how
in der täglichen Arbeit erfolgreicher umsetzen?**

**Dann ist diese HR-Zertifizierung im Arbeitsrecht
genau das Richtige für Sie!**

- Live Online-Seminare
- 7 Lerneinheiten à 120 Minuten inkl. Abschlussprüfung
- Lernkontrolle nach jeder Lerneinheit möglich
- Gesamtdauer: 14 Stunden
- Themen sind u. a. die Arbeitsvertragsgestaltung, DOs & DON'Ts in der HR-Praxis, Diskriminierungsschutz, rechtssicherer Umgang mit Betriebsrat und Gewerkschaft und Beendigung von Arbeitsverhältnissen

REFERIERENDE:



Dr. Julia Bruck
Rechtsanwältin
Associate
BUSE Rechtsanwälte
Steuerberater
PartG mbB,
Frankfurt am Main



Dr. Jan Tibor Lelley, LL.M.
Fachanwalt
für Arbeitsrecht
Partner
BUSE Rechtsanwälte
Steuerberater PartG mbB,
Frankfurt am Main

Zielgruppe: Mitarbeiter von Personalabteilungen, HR-Manager;
Fach- und Führungskräfte mit Personalverantwortung



Jetzt weiterbilden!

AuA
Personal | Praxis | Recht

Arbeit und
Arbeitsrecht



© HUSS-MEDIEN GmbH

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

die Streiks der Lokführergewerkschaft GDL sorgen nun schon seit fast fünf Monaten immer wieder für Aufregung. Zum einen sorgt hier mangelnde Planungssicherheit für Ärger: Pendler und (Dienst-)Reisende, aber auch Unternehmen, die auf Rohstoffe warten oder ihre Güter transportieren wollen, sind auf die Zuverlässigkeit der Bahn angewiesen. Damit zusammenhängen zum anderen Aspekte von Nachhaltigkeit und Umweltfreundlichkeit: Die Alternative bei Zugausfällen ist eben nicht das Fahrrad, sondern häufig das (Miet-)Auto oder gar das Flugzeug. Die Auswirkungen sind also so weitreichend, dass die lauter werdenden Aufforderungen an den Gesetzgeber, das Streikrecht zu regeln, kaum überraschen. Im „regelungsfreien Raum“ befinden wir uns jedoch nicht. Denn während man zwar gesetzliche Regelungen (bis auf Art. 9 Abs. 3 GG) vergeblich sucht, hat die Rechtsprechung die Materie immer weiter konkretisiert. Und während die einen nun gesetzliche Regelungen fordern, sehen die anderen das vorhandene sog. Richterrecht als ausreichend an. Eine fundierte Einordnung dazu lesen Sie in diesem Heft auf S. 7.

Auch in einem weiteren Kontext spielt Mobilität eine wichtige Rolle: Bezogen auf ländliche Gebiete bedarf es hier ohnehin anderer Konzepte als in Großstädten und Metropolregionen. Wenn darüber hinaus noch Nachhaltigkeitsaspekte hinzukommen, wird das Ganze schnell zur Herausforderung – auch für Unternehmen, die Fachkräfte rekrutieren und an sich binden wollen. Welche Möglichkeiten Arbeitgeber haben, attraktive Benefits für eine Belegschaft mit diversen Interessen zu schaffen, lesen Sie ab S. 48.

An dieser Stelle möchte ich mich im Namen des gesamten AuA-Teams bei unserer langjährigen Kollegin Marit Hoveling bedanken. Sie erlebt nun neue berufliche Abenteuer und wir halten fest, dass sie ihre Aufgaben „stets zur vollsten Zufriedenheit“ erledigt hat. Auf bald, Marit!

Anne Politz, Redakteurin

PUBLIZISTISCHER BEIRAT

Prof. Dr. Frank Maschmann, Sprecher des Beirats, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht, Universität Regensburg und Karls-Universität Prag | **Dr. Deniz C. Akitürk**, Rheinmetall AG, Senior Vice President Special Projects, Düsseldorf | **Dorit Engel**, Deutsche Bank AG, Senior Counsel Employment Law/Director, Frankfurt am Main | **Michael Fritz**, Vorstand Personal der DB Cargo AG in Mainz | **Valerie Holsboer**, ehem. Bundesagentur für Arbeit, Vorstand Ressourcen, Nürnberg | **Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Hromadka**, Universität Passau und Karls-Universität Prag | **Dr. Philipp Klarmann**, SAP SE, Chief Legal Counsel – Integrated Regulatory Office, Walldorf | **Dr. Jan Lessner-Sturm**, Metro AG, Director Labour Relations Germany & Labour Law, Düsseldorf | **Nils Meurer**, Leiter Personalmanagement, Grundsatz, Vergütung und Arbeitsrecht, Talanx Versicherungen, Hannover | **Sascha Pessinger**, Richter am Bundesarbeitsgericht, Erfurt | **Dirk Pollert**, Verband der Metall- und Elektro-Unternehmen Hessen e. V., Vereinigung der hessischen Unternehmerverbände e. V., Hauptgeschäftsführer, Frankfurt am Main | **Dr. Andreas Richert**, Bertelsmann SE & Co. KGaA, Leiter Arbeitsrecht und Koordination Personalarbeit Inland, Gütersloh | **Mark Rüther**, DFS Deutsche Flugsicherung GmbH, Leiter Tarifwesen, Bad Honnef | **Dr. Uwe Schirmer**, Robert Bosch GmbH, Leitender Direktor a. D., Stuttgart | **Ingo Schöllmann**, Arbeitgeberverband für Telekommunikation und IT e. V., Hauptgeschäftsführer, Bonn | **Prof. Dr. Rainer Sieg**, Rechtsanwalt, Honorarprofessor, Universität Passau | **Sven Spieler**, Personalleiter, Roche Diagnostics GmbH, Mannheim und Penzberg | **Prof. Dr. Thomas Steger**, Lehrstuhl für Betriebswirtschaftslehre, insb. Führung und Organisation, Universität Regensburg | **Hans Peter Viethen**, Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Ministerialdirektor a. D., Bonn und Berlin | **Boris Wein**, Geschäftsführer Tarif- und Arbeitsmarktpolitik, Arbeitgeberverband Chemie und verwandte Industrien für das Land Hessen e. V.

huss

HUSS-MEDIEN GmbH | 10400 Berlin

Redaktion: Telefon 030 42151-445 | Anzeigen: Telefon 030 42151-238 | Leserservice: Telefon 030 42151-325 | www.leserservice.hussmedien.de | www.arbeit-und-arbeitsrecht.de

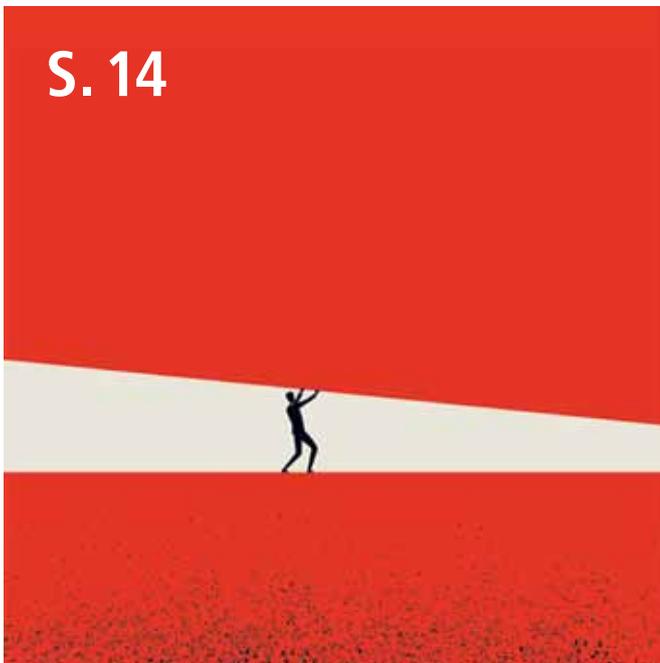
Aktuell

Nachrichten, Presseinformationen und Hinweise aus Gesetzgebung, Politik und Medien	4
Meinung M. Fuhlrott Keine Streiks zu Ostern	7

Titelthema

R. Weber Insolvenzarbeitsrecht Grundlagen und Auswirkungen für HR	8
---	----------

S. 14



Arbeitsrecht

Brennpunkt Vertraulichkeitserwartung in einer Chatgruppe	13
A. Diringer Druck- und Verdachtskündigung Der Fall Gil Ofarim als Weckruf	14
D. Mazurek Sonderkündigungsschutz in der Massenentlassung „Normaler“ oder erweiterter Entlassungsbegriff?	20
V. Stück, S. Friedl Fremdfirmen rechtssicher einsetzen Compliance in der betrieblichen Praxis	26
Wortwechsel A. Franzmann, J. T. Lelley Die Zukunft der Arbeitsplatzgestaltung	32

S. 20



Personalpraxis

M. Thinius Zurück in die Zukunft? Teil 16: Wieso meistens alles ganz anders kommt	34
T. Hiller Zum Ersten, zum Zweiten, zum Dritten ... Auktionen und die Verteilung von HR-Instrumenten in Unternehmen	38
H. Smolak Globalisierung und Digitalisierung HR-Organisation mit strategischer Schlüsselrolle	44
N. Schulz-Algie Nachhaltig mobil auf dem Land Interview über attraktive Benefits für eine diverse Belegschaft	48

Vergütung

Kurz gemeldet Informationen zu aktueller Lohnsteuerrechtsprechung	50
--	-----------

Beilagenhinweis: Wir bitten um freundliche Beachtung der dieser Ausgabe beigefügten Informationen „Fitting/BetrVG“ (Verlag Franz Vahlen GmbH, München) sowie „Beck Online Arbeitsrecht – alle Module 1/2024“ (Verlag C. H. Beck oHG, München).

Redaktionsschluss der vorliegenden Ausgabe: 20.3.2024

Titelbild: bloomicon/stock.adobe.com

Bild (rechts): master1305/stock.adobe.com

Prüfungs- angst?



**Ich hab Software
dagegen.**

Jedes Jahr sind rund 2.000 Lohnprüfer unterwegs, um zehntausende Arbeitgeber zu prüfen. Damit Sie das nicht ins Schwitzen bringt, gibt's rechtliche Updates in unserer Lohnsoftware immer sofort und kostenfrei. So haben Sie Abrechnungssicherheit mit ITSG-Zertifikat – und der Prüfer kann gerne kommen.

Überzeugen Sie sich selbst:
www.agenda-lohn.de



Agenda:

Rechtsprechung

Kurz kommentiert

Wichtige Entscheidungen der Instanzgerichte

52

- Behinderung der Betriebsratsarbeit
(LAG München, Beschl. v. 1.8.2023 – 7 TaBV 17/23)
- Angemessenheit der Probezeit im befristeten Arbeitsverhältnis
(LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 18.10.2023 – 3 Sa 81/23)
- Verfall von Urlaubsansprüchen
(LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 11.10.2023 – 10 Sa 23/23)
- Unwirksame Anordnung von Kurzarbeit
(LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 7.2.2023 – 8 Sa 392/21)

Entscheidungen kommentiert

Kündigung wegen heimlicher Tonaufzeichnungen von Personalgesprächen

54

ArbG Freiburg, Urt. v. 27.10.2022 – 2 Ca 193/22

Genderstern ist keine Diskriminierung von Hermaphroditen

55

BAG, Urt. v. 23.11.2023 – 8 AZR 164/22

Betriebsübergang: Zuordnungsentscheidung statt Sozialauswahl

56

BAG, Urt. v. 11.5.2023 – 6 AZR 267/22

Feiertagszuschlag bei Einsatz in anderem Bundesland

57

LAG Hamm, Urt. v. 11.1.2024 – 11 Sa 936/23

Sozialauswahl bei Betriebsstilllegung in Etappen

58

LAG Düsseldorf, Urt. v. 9.1.2024 – 3 Sa 529/23

Kündigung und Abmahnung wegen Zuspätkommen

59

LAG Köln, Urt. v. 20.10.2022 – 8 Sa 465/22

Öffentlicher Dienst

Aktuelle Informationen

60

Service

Impressum

50

Veranstaltungen

62

Vorschau

64

S. 26





© deagreerz/stock.adobe.com

SARS-CoV-2-Infektion: Entgeltfortzahlung bei behördlicher Absonderungsanordnung

Eine SARS-CoV-2-Infektion stellt auch bei einem symptomlosen Verlauf eine Krankheit nach § 3 Abs. 1 EFZG dar, die zur Arbeitsunfähigkeit führt, wenn es dem Arbeitnehmer infolge einer behördlichen Absonderungsanordnung rechtlich unmöglich ist, die geschuldete Tätigkeit bei dem Arbeitgeber zu erbringen und eine Erbringung in der häuslichen Umgebung nicht in Betracht kommt.

Der Kläger ist als Produktionsmitarbeiter bei der Beklagten, einem Unternehmen der kunststoffverarbeitenden Industrie, beschäftigt. Er hatte sich keiner Schutzimpfung gegen das Coronavirus unterzogen und wurde am 26.12.2021 positiv auf das Virus getestet. Für die Zeit vom 27. bis zum 31.12.2021 wurde dem unter Husten, Schnupfen und Kopfschmerzen leidenden Kläger eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausgestellt. Für diese Zeit leistete die Beklagte Entgeltfortzahlung. Am 29.12.2021 erließ die Gemeinde N. eine Verfügung, nach der für den Kläger bis zum 12.1.2022 Isolierung (Quarantäne) in häuslicher Umgebung angeordnet wurde. Für die Zeit vom 3. bis zum 12.1.2022 lehnte der Arzt die Ausstellung einer Folge-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung mit der Begründung ab, das positive Testergebnis und die Absonderungsanordnung würden zum Nachweis der Arbeitsunfähigkeit ausreichen. Mit der Verdienstabrechnung für Januar 2022 nahm die Beklagte für diese Zeit vom Lohn des Klägers einen Abzug i. H. v. ca. 1.000,00 Euro brutto vor. Mit seiner Klage hat der Kläger Zahlung dieses Betrags verlangt. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Beklagte zur Zahlung verurteilt (LAG Hamm, Urt. v. 24.8.2023 – 15 Sa 1033/22).

Die Revision der Beklagten blieb vor dem Fünften Senat des Bundesarbeitsgerichts ohne Erfolg (BAG, Urt. v. 20.3.2024 – 5 AZR 234/23). Das Berufungsgericht hat zutreffend erkannt, dass der Kläger aufgrund der SARS-CoV-2-Infektion durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert war, ohne dass es darauf ankam, ob bei ihm durchgehend Symptome von Covid-19 vorlagen. Die SARS-CoV-2-Infektion stellt einen regelwidrigen Körperzustand und damit eine Krankheit dar, die zur Arbeitsunfähigkeit geführt hat. Die Absonderungsanordnung ist keine eigenständige, parallele Ursache für Arbeitsunfähigkeit, vielmehr beruht das daraus resultierende Tätigkeitsverbot gerade auf der Infektion (Monokausalität). Diese ist die nicht hinwegzudenkende Ursache für die nachfolgende Absonderungsanordnung. Aufgrund der SARS-CoV-2-Infektion war es dem Kläger rechtlich nicht möglich, die geschuldete Arbeitsleistung im Betrieb der Beklagten zu erbringen (§ 275 Abs. 1 BGB).

Ohne Rechtsfehler hat das Landesarbeitsgericht des Weiteren angenommen, es könne nicht mit der gebotenen Sicherheit festgestellt werden, dass das Unterlassen der empfohlenen Coronaschutzimpfung für die SARS-CoV-2-Infektion ursächlich war. Das Berufungsgericht hat hierbei zugunsten der Beklagten unterstellt, dass die Nichtvornahme der Schutzimpfungen einen gröblichen Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen zu erwartende Verhalten darstellte (§ 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG). Es hat jedoch in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise die Gefahr von Impfdurchbrüchen in die Kausalitätsprüfung einbezogen. Die wöchentlichen Lageberichte des RKI und dessen Einschätzung der Impfeffektivität ließen – so das Landesarbeitsgericht – nicht den Schluss zu, dass Ende Dezember 2021/Anfang Januar 2022 die beim Kläger aufgetretene Corona-Infektion durch die Inanspruchnahme der Schutzimpfung hätte verhindert werden können.

Der Beklagten stand ein Leistungsverweigerungsrecht wegen nicht vorgelegter Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht zu (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG). Das Landesarbeitsgericht hat richtig erkannt, dass der Kläger der Beklagten durch Vorlage der Ordnungsverfügung der Gemeinde N. in anderer, geeigneter Weise nachgewiesen hat, infolge seiner Corona-Infektion objektiv an der Erbringung seiner Arbeitsleistung verhindert zu sein.

Hinweis: Der Senat hat am 20.3.2024 in einem Verfahren (5 AZR 235/23), in dem sich ähnliche Rechtsfragen stellten und die Vorinstanzen die Klage abgewiesen haben, der Revision der Klägerin stattgegeben.

Pressemitteilung Nr. 8/24 des BAG vom 20.3.2024



[linkedin.com/company/aua](https://www.linkedin.com/company/aua)



[instagram.com/arbeit_und_arbeitsrecht](https://www.instagram.com/arbeit_und_arbeitsrecht)



twitter.com/AuAZeitschrift



[facebook.com/AuAZeitschrift](https://www.facebook.com/AuAZeitschrift)



[youtube.com/arbeit_und_arbeitsrecht](https://www.youtube.com/arbeit_und_arbeitsrecht)



[xing.to/aua](https://www.xing.to/aua)



[spotify.com/Arbeit und Arbeitsrecht](https://open.spotify.com/album/arbeit_und_arbeitsrecht)



[podcasts.apple.com/Arbeit und Arbeitsrecht](https://podcasts.apple.com/Arbeit_und_Arbeitsrecht)

Auskunftsansprüche gegen gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien

Maßnahmen der Öffentlichkeitsarbeit, die gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien (hier: die Gemeinnützige Urlaubskasse sowie die Zusatzversorgungskasse des Maler- und Lackiererhandwerks) im Rahmen ihrer satzungsgemäßen Aufgaben vornehmen, können keine Auskunftsansprüche nicht mitgliederschaftlich verbundener Dritter in Bezug auf die insoweit entstandenen Kosten begründen.

Die Kläger begehren von den Beklagten Auskünfte über die Kosten für einen Messeauftritt, einen Imagefilm sowie das sog. Malerkassenlied. Der Kläger zu 1. ist ein Arbeitgeberverband für Betriebe des Maler- und Lackiererhandwerks mit Sitz in Sachsen. Er hat 110 Mitgliedsbetriebe, bislang aber keinen Tarifvertrag abgeschlossen. Sein erklärtes tarifpolitisches Ziel ist die Abschaffung, jedenfalls aber eine grundlegende Reform der Beklagten. Die Klägerin zu 2. ist ein Betrieb des Maler- und Lackiererhandwerks. Sie ist Mitglied des Klägers zu 1.

Eine Mitgliedschaft im Bundesverband Farbe Gestaltung Bautenschutz – Bundesinnungsverband des deutschen Maler- und Lackiererhandwerks besteht nicht. Die zwischen diesem und der IG BAU abgeschlossenen Sozialkassentarifverträge für das Maler- und Lackiererhandwerk zum Urlaubskassenverfahren sowie zur betrieblichen Altersversorgung gelten für ihren Betrieb allerdings kraft Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) bzw. aufgrund des Gesetzes zur Sicherung der tarifvertraglichen Sozialkassenverfahren (SokaSiG2). Der Kläger zu 3. ist gewerblicher Arbeitnehmer im Maler- und Lackiererhandwerk. Er ist nicht Mitglied der IG BAU. Der Beklagte zu 1. ist die Urlaubskasse für das Maler- und Lackiererhandwerk und als gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien zuständig für die Sicherung der Urlaubsansprüche der Arbeitnehmer. Der Beklagte zu 2. ist die Zusatzversorgungskasse des Maler- und Lackiererhandwerks und als gemeinsame Einrichtung zuständig für die tarifvertraglich geregelte betriebliche Altersversorgung. Die zur Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben notwendigen Mittel werden durch Beiträge der hierzu tarifvertraglich verpflichteten Arbeitgeber aufgebracht. Diese Mittel dürfen nur für satzungsgemäße Zwecke verwendet werden.

In der Vergangenheit nahmen die Beklagten regelmäßig an der Branchenmesse „Farbe Ausbau & Fassade“ teil, zuletzt im März 2019. Auf ihrem Messestand waren u. a. Plakate mit Aufschriften wie z. B. „Fairer Wettbewerb – kalkulierbare Regeln für alle“ sowie „Sicherung des Urlaubs“ zu sehen. Auf dem YouTube-Kanal der Malerkasse

ist ein Imagefilm abrufbar, in dem sich Arbeitnehmer des Maler- und Lackiererhandwerks positiv über ihren Beruf sowie die zusätzliche Altersversorgung und Absicherung über die Malerkasse äußern. Des Weiteren ist auf der YouTube-Plattform ein Lied über die Malerkasse abrufbar, das anlässlich einer Messe im Jahr 2016 aufgenommen wurde. Die Kläger haben die Ansicht vertreten, die Beklagten seien zur Erteilung von Auskünften über die Höhe der Kosten dieser „Werbemaßnahmen“ verpflichtet. Es handle sich um eine satzungswidrige Verwendung von Beitragsmitteln. Sie hätten Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche, die eine Auskunft über den Umfang der rechtswidrigen Finanzierungstätigkeiten voraussetzten, und berufen sich insbesondere auf die Verletzung ihrer Rechte aus Art. 9 Abs. 3 GG. Die für einen Auskunftsanspruch erforderliche Sonderverbindung ergäbe sich hinsichtlich der Kläger zu 2. und 3. auch aus der Erstreckung der Sozialkassentarifverträge durch die AVE bzw. das SoKaSiG2. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Kläger zurückgewiesen (Hessisches LAG, Urt. v. 20.1.2023 – 10 Sa 725/22 SK). Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihre Klagebegehren weiter.

Die Revision der Kläger hatte vor dem Zehnten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg (BAG, Urt. v. 13.3.2024 – 10 AZR 117/23). Die geltend gemachten Auskunftsansprüche stehen ihnen nicht zu. Die von den Klägern kritisierten Handlungen der Beklagten verletzen sie schon nicht in ihrem durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Recht auf Koalitionsfreiheit, selbst wenn die Maßnahmen den die Beklagten tragenden Tarifvertragsparteien zuzurechnen wären. Insbesondere werden die Rechte des Klägers zu 1. als (potenzielle) Tarifvertragspartei im Maler- und Lackierergewerbe nicht beeinträchtigt. Auch unter allen anderen denkbaren rechtlichen Gesichtspunkten sind Auskunftsansprüche nicht gegeben. Für das sog. Malerkassenlied gilt dies schon deshalb, weil es von den Beklagten weder beauftragt noch initiiert wurde. Im Übrigen liegt eine sach- und satzungsgemäße Öffentlichkeitsarbeit vor, die zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung der gemeinsamen Einrichtungen zählt. Soweit die Auskünfte zur Vorbereitung von Schadensersatzansprüchen begehrt werden, fehlt es darüber hinaus an einem denkbaren Schaden der Kläger.

Pressemitteilung Nr. 7/24 des BAG vom 13.3.2024

Anzeige

BRZ: BESTÄNDIG UND ZUKUNFTSSICHER

Gestalten Sie Ihr Personalwesen mit uns!

Webbasierte Entgeltabrechnung
Druckdatenarchivierung / Digitale Personalakte
Grafisches Bescheinigungswesen
Budgetplanung / Personalkostenhochrechnung
Employee Self Service / Manager Self Service
Personalmanagement- und Planungs-System
Zeugniserstellung / Meldemanagement
ePayslip und HR-Kommunikation
über mobile Endgeräte

BRZ-HR
geprüft nach IDW PS 880



b | r | z

Telefon: 0421 / 20152-0
E-Mail: vertrieb@brz.ag
Web: www.brz.ag

Gender Pay Gap: Wie steht es um die Entgeltgleichheit?

Der 6. März war in diesem Jahr der sog. Equal Pay Day. Dieser Tag markiert den Zeitpunkt im Jahr, bis zu dem Frauen statistisch unentgeltlich gearbeitet haben – zumindest wenn der sog. unbereinigte Gender Pay Gap zugrunde gelegt wird.

Was genau bedeutet bereinigt und unbereinigt in diesem Zusammenhang? Die unbereinigte Entgeltdifferenz zwischen Männern und Frauen betrug 2023 in Deutschland 18 %. Während Männer hierzulande durchschnittlich 25,30 Euro pro Stunde verdienen, lag der durchschnittliche Stundenlohn von Frauen bei 20,84 Euro, wie aus dem Factsheet „Gleichstellung am Arbeitsmarkt?“ der Bertelsmann Stiftung hervorgeht. Dieser Wert bezieht sich auf den durchschnittlichen Bruttostundenverdienst und differenziert lediglich nach dem Geschlecht, ohne Berücksichtigung struktureller Unterschiede, bspw. hinsichtlich der Qualifikation, der Branchen- und Berufswahl oder der Arbeitszeit. Der sog. bereinigte Gender Pay Gap bezieht hingegen genau diese (und einige weitere) Unterschiede ein. Dieser bereinigte Wert lag 2023 laut der Bertelsmann Stiftung bei 6 %.

Auch eine aktuelle Analyse des Beratungs- und Investmentunternehmens Mercer zeigt ein sechszwanzigprozentiges geschlechtsspezifisches Lohngefälle bei gleicher oder vergleichbarer Qualifikation und Tätigkeit. „Deutsche Unternehmen haben bei ihren Bemühungen, das geschlechtsspezifische Lohngefälle zu reduzieren, einige Fortschritte erzielt. Die anhaltenden Lohnunterschiede machen jedoch deutlich, dass es dringend notwendig ist, geschlechtsspezifische Vorurteile zu bekämpfen“, sagt Dr. Kathrin Schnauer, Senior Consultant, Rewards bei Mercer.

Doch diese Ansicht ist keineswegs unumstritten. Denn statistisch liegt die Arbeitszeit von Frauen mit einer Differenz von fast acht Stunden pro Woche deutlich unter der von Männern (vgl. Factsheet „Gleichstellung am Arbeitsmarkt?“ der Bertelsmann Stiftung). Andere Erklärungen, die herangezogen werden, sind die Wahl von schlechter bezahlten Berufen durch Frauen, ein geringerer Frauen- als Männeranteil in Führungspositionen sowie häufigere bzw. längerer Erwerbsunterbrechungen. Die Bundeszentrale für politische Bildung identifizierte Letztere bereits 2020 unter dem Titel „Geschlechterungleichheiten: Gender Pay Gap“ als eine von drei Hauptursachen für geschlechterspezifische Entgeltungleichheit.

Fachkräfteeinwanderungsgesetz: kurzzeitige Beschäftigung in Spitzenzeiten

Nach der ersten Stufe am 18.11.2023 ist am 1.3.2024 der nächste Teil des Fachkräfteeinwanderungsgesetzes in Kraft getreten.

Ziel des Gesetzes ist es insbesondere, Hürden abzubauen, um ausländischen Fachkräften schneller und unbürokratischer das Arbeiten in Deutschland zu ermöglichen. Einer der zentralen Bestandteile der zweiten Stufe ist die Möglichkeit für Arbeitgeber, ausländische Arbeitskräfte für bis zu acht Monate einzustellen, um kurzfristigen Engpässen in Hochzeiten entgegenzuwirken. Ihre Zustimmung bzw. die Arbeitserlaubnis zu dieser Beschäftigung kann die Bundesagentur für Arbeit (BA) unabhängig vom Abschluss einer Berufsausbildung oder eines Studiums erteilen.

Die Behörde stellt dabei das Vorliegen der Voraussetzungen fest:

- Es muss sich bspw. um eine inländische Beschäftigung mit einem Umfang von mindestens 30 Wochenstunden handeln.
 - Der Arbeitgeber muss an einen Tarifvertrag gebunden sein und die Vergütung sich an den geltenden tariflichen Bestimmungen orientieren.
 - Der Arbeitgeber muss die Reisekosten tragen.
- Die Rekrutierung selbst erfolgt direkt durch das jeweilige Unternehmen. „Die neue kurzzeitige Beschäftigung eröffnet Arbeitgebern, etwa mit Saisongeschäft, eine gute Möglichkeit, ausländische Arbeitskräfte anzuwerben, sozialversicherungspflichtig und nach Tarif einzustellen. Das kann in Spitzenzeiten helfen, wenn es nicht möglich ist, ausreichend inländisches Potential zu erschließen“, sagt Vanesa Ahuja, BA-Vorständin für das internationale Geschäft, in einer BA-Presseinfo vom 20.2.2024.

AuA-Podcast „Kurz gefragt“: Entgelttransparenz in den Unternehmen

Passend zum Equal Pay Day am 6. März haben wir uns auch in unserem Podcast „Kurz gefragt“ mit der Entgeltgleichheit und -transparenz auseinandergesetzt. Denn eine aktuelle EU-Richtlinie sowie das deutsche Entgelttransparenzgesetz, das im Jahr 2017 in Kraft getreten ist, sollen die Entgeltgleichheit zwischen Männern und Frauen fördern und dem Gender Pay Gap entgegenwirken. Wir haben uns einmal den aktuellen Stand angeschaut und u. a. gefragt:

- Was ist überhaupt der Gender Pay Gap?
- Warum hilft ausgerechnet Transparenz bei der Bekämpfung der Lohnunterschiede?
- Was bewirken die genannten gesetzlichen Regelungen?
- Wie unterscheiden sie sich? Was wird kritisiert?
- Welche Gerichtsentscheidungen sind in diesem Zusammenhang relevant?
- Wie verträgt sich die Transparenz mit dem Datenschutz?

Diese und alle weiteren Folgen finden Sie auf aua-online.de und überall, wo es Podcasts gibt.

Keine Streiks zu Ostern

... so lief es Mitte März über die Nachrichtenticker vieler Zeitungen. Bahn und GDL verhandeln wieder, die Gespräche seien konstruktiv, zielführend und über viele Punkte habe man bereits Einigkeit erzielt. Damit sieht derzeit alles danach aus, als ob der Bahnstreik ohne weitere Streikmaßnahmen nunmehr gelöst wird. Was zu einem Aufatmen bei unzähligen Bahnkunden führen dürfte, sollte aber nicht zu einem Hinwegsehen darüber führen, dass das Streikrecht in den letzten Wochen kontrovers diskutiert worden ist.

Bedarf es also einer „Reform“ des Streikrechts bzw. vielmehr einer gesetzlichen Regelung überhaupt? Zunächst: Dass gestreikt werden darf, steht dabei außer Frage. Hierbei handelt es sich um ein wichtiges verfassungsrechtlich abgesichertes Prinzip, sodass auch die Koalitionsbetätigungsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG ein elementares und für eine demokratische Gesellschaft bedeutendes Grundrecht darstellt. Daran rüttelt auch niemand. Allerdings sind Grundrechte – sieht man von der Menschenwürde ab – eben nicht unantastbar und obliegt deren Ausübung einer Abwägung mit den widerstreitenden Grundrechtspositionen anderer. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um Streikmaßnahmen im Bereich der Daseinsvorsorge bzw. kritischer Infrastruktur handelt, worunter man in einer mobilen und vernetzten Gesellschaft auch den Personenfern- und öffentlichen Personennahverkehr zu zählen hat. Kommt der Pendler nicht zur Arbeit, werden Güter auf der Schiene nicht bewegt und warten Betriebe auf Rohstoffe, betrifft ein Arbeitskampf eben nicht nur die im Konflikt miteinander stehenden Tarifvertragsparteien.

Rechtliche Konfliktlösungsmechanismen gibt es bislang wenig: Zwar kann der bestreikte Arbeitgeber die Arbeitsgerichte erster und zweiter Instanz anrufen und Arbeitskampfmaßnahmen auf deren Verhältnismäßigkeit prüfen lassen. Im Einzelfall mag dies dazu führen, dass Untersagungsverfügungen erfolgreich sind, wie eine Entscheidung des LAG Hamburg (Urt. v. 26.3.2023 – 1 Ta 1/23) anlässlich eines angekündigten Streiks im Hamburger Elbtunnel ohne Einrichtung von Notdienstmaßnahmen beweist. Gänzlich schutzlos gestellt sind Arbeitgeber also nicht. Gleichwohl: Der strenge Prüfungsmaßstab einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit ist eng gesetzt, vieles ist Kasuistik. Nun mag es bequem sein, eine so komplexe Materie den Arbeitsgerichten zu überlassen. Diese werden es schon schaffen, im Einzelfall angemessene Lösungen herauszuarbeiten. Ein Ersatzgesetzgeber sind die Arbeitsgerichte aber nicht. Wesentliche normative Entscheidungen hat der Gesetzgeber zu treffen. Denn – so wie das LAG Hessen in seiner Presse-

mitteilung vom 12.3.2024 (Nr. 4/24 im Verfahren des erfolglosen Eilantrags der Bahn, Az. 10 GLa 229/24) zutreffend ausführt – sind Gerichte „grundsätzlich nicht befugt, neue, das Arbeitskampfrecht [...] einschränkende Regelungen zu erlassen, wenn und soweit der Gesetzgeber sich für ein Modell des freien Spiels der Kräfte entschieden habe“.



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

Der Ball liegt also im Spielfeld des Gesetzgebers: Die jüngsten Streiks haben gezeigt, an welchen Stellschrauben justiert werden könnte, um das wichtige Streikrecht einerseits, die berechtigten Interessen Dritter andererseits in schonenden Ausgleich zu bringen. Ansonsten drohen – nicht zuletzt als späte Folge der Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit durch das BAG – auch bei künftigen Tarifkonflikten disproportionale Arbeitskämpfe. Abhilfe könnte die gesetzliche Einführung von Ankündigungsfristen oder die Vorschaltung eines obligatorischen Schlichtungsverfahrens mit gleichwohl unverbindlichem Ergebnis für beide Seiten schaffen. Dies wären denkbare und auch verfassungsrechtlich zulässige Maßnahmen.

Gleich also, wie der vorliegende Tarifstreit entschieden werden wird, der Appell an die Politik sollte nicht ungehört verhallen: Ein gesetzlicher Rahmen für Streiks in der kritischen Infrastruktur ist notwendig.

Grundlagen und Auswirkungen für HR

Insolvenzarbeitsrecht

Die Insolvenz als Schreckgespenst ist ein medienwirksames Schlaglicht, das unerwünscht ist und vermeintliche Machtlosigkeit gerade auch den Arbeitnehmern vergegenwärtigt. In den Medien finden sich regelmäßig Berichte über (wiederholte) Insolvenzen größerer Unternehmen. Die damit i. d. R. angesprochene Eigenverwaltung ändert – vereinfacht gesagt – nichts an der Insolvenz als solche, sondern nur an der für Entscheidungen maßgeblichen Person – so agiert entweder die bisherige Führungsperson zusammen mit einem Sanierungsberater oder der Insolvenzverwalter. Der Beitrag stellt die Grundzüge des Insolvenzverfahrens dar und rückt dabei gerade die Themen in den Vordergrund, die Arbeitnehmer und Mitarbeiter der Personalabteilungen besonders tangieren.

VORINSOLVENZRECHTLICHE SANIERUNG

Vor dem Insolvenzverfahren besteht die Möglichkeit, mit Gläubigern einen gemeinsamen Weg zu finden, eine wirtschaftliche Schieflage zu beseitigen. Bei diesen Verhandlungen ist der spätere Insolvenzschuldner auf die Mitwirkung wichtiger, wenn nicht aller Gläubiger angewiesen. Warum sollten auch einzelne Gläubiger auf Teile ihrer Forderungen verzichten, wenn die übrigen dies nicht machen? Kein Gläubiger kann zur Mitwirkung oder zum Inkrafttreten des Gesetzes über den Stabilisierungs- und Rekonstruierungsrahmen für Unternehmen (StaRUG). Mit dem StaRUG hat der Gesetzgeber ein noch neues Restrukturierungsverfahren im Vorfeld der Insolvenz geschaffen. Gemäß § 4 Satz 1 Nr. 1 StaRUG können durch einen Restrukturierungsplan aber Forderungen von Arbeitnehmern aus oder im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, einschließlich der Rechte aus Zusagen auf betriebliche Altersversorgung (bAV), nicht gestaltet werden. Folglich ist hierauf nicht weiter einzugehen.

EINFÜHRUNG ZUR INSOLVENZ

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer natürlichen wie juristischen Person setzt gem. §§ 13 f. InsO einen zulässigen Antrag und gem. §§ 16 ff. InsO einen Insolvenzgrund voraus.

Antragsberechtigt sind der Schuldner sowie seine Gläubiger. Davon zu unterscheiden ist die Antragspflicht. Diese besteht gem. § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO nur bei juristischen Personen, etwa einem als GmbH am Markt tätigen Unternehmen. Eine natürliche Person muss also nicht zwingend einen Insolvenzantrag stellen. Das gilt unabhängig davon, ob es eine Privatperson ist oder ein Einzelkaufmann als Inhaber eines Unternehmens mit bundesweit Hunderten Filialen und Tausenden Beschäftigten. Demgegenüber muss das Kleinunternehmen, das als GmbH geführt wird, gem. § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO einen Insolvenzantrag stellen, wenn ein Insolvenzgrund gege-

ben ist. Der Grund liegt in der persönlichen Haftung natürlicher Personen bzw. der Haftungsbeschränkung bei juristischen Personen (Uhlenbruck/Hirte, InsO, 15. Aufl. 2019, § 15a Rn. 1). Die strafbewährte Insolvenzverschleppung des § 15a Abs. 4 InsO betrifft mithin nur Fälle der Insolvenz einer juristischen Person, die einen Insolvenzeröffnungsantrag nicht oder nicht rechtzeitig bzw. nicht richtig stellt.

Das Insolvenzgericht kann für die Zeit zwischen Antragstellung und Entscheidung über den Antrag Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO anordnen. Die zwei häufigsten und regelmäßigen miteinander kombinierten Sicherungsmittel sind die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters und die Anordnung von Verfügungsbeschränkungen.

Bereits in diesem Eröffnungsverfahren kann die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners auf einen vorläufigen Insolvenzverwalter übertragen werden. In der Folge wird vom „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter gesprochen. Das ist der Ausnahmefall. Ein entscheidender Grund liegt in §§ 53, 55 Abs. 2 Satz 1 InsO. Demnach sind die durch ihn begründeten Verbindlichkeiten Masseverbindlichkeiten. Masseverbindlichkeiten sind aus der Insolvenzmasse vorweg zu berichtigen. Solche Massegläubiger werden vollständig befriedigt als „Belohnung“ dafür, mit dem (vorläufigen „starken“) Insolvenzverwalter Rechtsgeschäfte abgeschlossen zu haben.

Im Gegensatz dazu sind diejenigen nur Insolvenzgläubiger, die einen zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner haben. Sie werden nur mit – regelmäßig sehr geringen – Quoten befriedigt. Der entscheidende Zeitpunkt für die Unterscheidung zwischen voll zu befriedigenden Masseverbindlichkeiten und nur quotal zu befriedigenden Insolvenzforderungen ist die Insolvenzeröffnung, mithin der Eröffnungsbeschluss. Rückständige Entgeltforderungen aus der Zeit vor der Eröffnung sind folglich – vorbehaltlich der Anordnung eines „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalters und abgesehen vom

Insolvenzgeld – lediglich Insolvenzforderungen i. S. v. § 38 InsO. Entgeltforderungen für Dienste nach der Eröffnung sind hingegen Masseverbindlichkeiten und als solche gem. §§ 53, 55 InsO voll zu befriedigen.

Mit Anordnung eines sog. „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalters werden die Handlungen des Schuldners unter einen Zustimmungsvorbehalt gestellt. Damit werden frühe Masseverbindlichkeiten vermieden. Entscheidungsträger bleibt der spätere Insolvenzschuldner selbst. Der vorläufige „schwache“ Insolvenzverwalter muss für die Wirksamkeit jedoch zustimmen.

Für die Zeit des Eröffnungsverfahrens kann bei Unternehmensinsolvenzen Insolvenzgeld beantragt werden. Vereinfacht besteht hierdurch die Möglichkeit, die Gehälter für Arbeitnehmer weiter zu zahlen für einen Zeitraum von drei Monaten. Das Nähere regeln die §§ 165 ff. SGB III (s. unten).

Das Insolvenzgericht eröffnet das Insolvenzverfahren im Anschluss an das Eröffnungsverfahren, wenn der Antrag zulässig und ein Insolvenzgrund gegeben ist. Der häufigste Insolvenzgrund ist die Zahlungsunfähigkeit. Sie liegt vor, wenn der Schuldner voraussichtlich nicht innerhalb von drei Wochen in der Lage ist, mindestens 90 % der fälligen Forderungen zu erfüllen (BGH, Urt. v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, NZI 2005, S. 547, 549).

Im Eröffnungsbeschluss bestimmt das Insolvenzgericht u. a. einen Termin für eine Gläubigerversammlung, in der auf der Grundlage eines Berichts des (dann endgültigen) Insolvenzverwalters über den Fortgang des Insolvenzverfahrens beschlossen wird. Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht gem. § 80 Abs. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzschuldners in Bezug auf die Insolvenzmasse auf den Insolvenzverwalter über. Der Insolvenzverwalter übernimmt somit die Arbeitgeberfunktion (Kubusch in: Graf-Schlicker, InsO, 6. Aufl. 2022, Vorb. §§ 113–128 Rn. 6).

Der im Eröffnungsbeschluss zu bestimmende Berichtstermin soll gem. § 29 Abs. 1 Nr. 1 InsO spätestens sechs Wochen und darf höchstens drei Monate nach Eröffnung stattfinden. Nach § 156 Abs. 2 InsO kann auch der Betriebsrat zu dem Bericht Stellung nehmen. Das Gesetz geht davon aus, dass erst im Berichtstermin die grundlegende Entscheidung getroffen wird, ob ein Unternehmen fortgeführt wird. In der Praxis hat es sich etabliert, die wesentlichen Entscheidungen möglichst schon im Eröffnungsverfahren – ggf. unter Beteiligung vorläufiger Gläubigerausschüsse (§ 22a InsO) – abzuklären, weil hier die Gehaltszahlungen durch das Insolvenzgeld gesichert sind. Die in §§ 270 ff. InsO geregelte Eigenverwaltung versucht, Negativeffekte ebenfalls zu verhindern.

INSOLVENZGELD

Für die Zeit des Eröffnungsverfahrens kann bei Unternehmensinsolvenzen Insolvenzgeld beantragt werden. Die Voraussetzungen und Höhe des Insolvenzgeldes ergeben sich aus §§ 165 ff. SGB III.

Nach § 165 Abs. 1 SGB III haben Arbeitnehmer Anspruch auf Insolvenzgeld, wenn sie im Inland beschäftigt waren und bei einem Insolvenzereignis für die vorausgegangenen drei Monate des Arbeitsverhältnisses noch Ansprüche



auf Arbeitsentgelt haben. Als Insolvenzereignis gilt insbesondere die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers. Das gesetzliche Konzept geht damit von einer rückwirkenden Gewährung des Insolvenzgeldes aus. Damit ließen sich Arbeitnehmer nicht halten. In der Praxis wird deshalb stets eine Vorfinanzierung durch Kreditinstitute angestrebt. § 170 SGB III regelt die weiteren Folgen des Anspruchsübergangs. Im Ergebnis wird damit während des Eröffnungsverfahrens das Entgelt an die Arbeitnehmer in Höhe des Insolvenzgeldes durch ein Kreditinstitut fortgezahlt, auf das die Ansprüche der Arbeitnehmer gegen die Bundesagentur für Arbeit übergehen.

Für die Höhe des Insolvenzgeldes ist gem. §§ 167, 165 Abs. 2 SGB III die monatliche Beitragsbemessungsgrenze, also das gesamte Nettoentgelt inklusive aller Bezüge aus dem Arbeitsverhältnis, maßgeblich (ErfK/Müller-Glöge, 24. Aufl. 2024, Vorb. § 113 InsO Rn. 52).

Das Verhältnis von Insolvenzgeld zu Kurzarbeitergeld i. S. d. §§ 95 ff. SGB III ergibt sich durch Weisungen der Bundesagentur für Arbeit. Demnach schließen sich beide Institute nicht gegenseitig aus. Das Kurzarbeitergeld kann aber maßgeblich für die Höhe des Insolvenzgeldanspruchs sein. Der Zeitraum, in dem Insolvenzgeld gewährt wird, kann allerdings nicht verlängert werden, indem zusätzlich noch Kurzarbeit beantragt wird (Schmidt/Ahrendt, Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 10. Aufl. 2024, Anhang zu § 113 InsO Rn. 35 ff.).

INSOLVENZANFECHTUNG UND BARGELDPRIVILEG

Der Insolvenzverwalter hat mit der Insolvenzanfechtung ein Instrument, um Vermögensverschiebungen aus der Zeit vor der Insolvenz rückabzuwickeln. Nach § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO muss das, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, zur Insolvenzmasse zurückgewährt werden. Dabei geht es nicht um die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts als solches (Schmidt/Rogge/Leptien, Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, a. a. O., Vorb. §§ 129 ff. InsO Rn. 8). Das Ziel ist es vielmehr, alle Gläubiger möglichst gleich zu befriedigen (Schmidt/Rogge/Leptien, a. a. O., Vorb. §§ 129 ff. InsO Rn. 1). Vorausgesetzt werden dafür nach § 129 InsO gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen aus der Zeit vor der Eröffnung, die einen Tatbestand der §§ 130 ff. InsO erfüllen.

So erfasst § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO bspw. eine Zahlung an einen Vertragspartner vor Fälligkeit, wenn die Handlung im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen wurde. In diesem engen Zeitfenster kommt es bei sog. inkongruenten Deckungen wie der Leistung vor Fälligkeit nicht einmal auf Kenntnis des Leistungsempfängers vom Eintritt der Zahlungsunfähigkeit an.

Davon ausgehend umfasst die Insolvenzanfechtung im Ausgangspunkt auch Gehaltszahlungen an Arbeitnehmer. Arbeitnehmer werden indes besonders geschützt und somit bevorzugt behandelt im Rahmen der Insolvenzanfechtung (Schmidt/Rogge/Leptien, a. a. O., § 142 InsO Rn. 6).

§ 142 InsO regelt das sog. Bargeschäft. Danach ist eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, nur eingeschränkt insolvenzanfechtbar. Die Unmittelbarkeit setzt gem. § 142 Abs. 2 Satz 1 InsO einen engen zeitlichen Zusammenhang zwischen den Leistungen voraus (Schmidt/Rogge/Leptien, a. a. O., § 142 InsO Rn. 6). Die Insolvenzanfechtung ist damit grundsätzlich ausgeschlossen, wenn Leistung und Gegenleistung unmittelbar ausgetauscht werden.

Die Privilegierung der Arbeitnehmer ergibt sich aus § 142 Abs. 2 Satz 2 und 3 InsO. Ein enger zeitlicher Zusammenhang wird bei Gehaltszahlungen fingiert, wenn der Zeitraum zwischen Arbeitsleistung und Gewährung des Arbeitsentgelts drei Monate nicht übersteigt. Außerhalb des Arbeitsentgeltanspruchs liegt die Höchstgrenze bei 30 Tagen (BGH, Urt. v. 17.12.2015 – IX ZR 61/14, ZInsO 2016, S. 214 [218] Rn. 39; Schmidt/Rogge/Leptien, a. a. O., § 142 InsO Rn. 8). Deshalb spielt die Insolvenzanfechtung für das Arbeitsverhältnis eine vergleichsweise untergeordnete Rolle. Der Arbeitnehmer hat in einem Anfechtungsprozess den engen zeitlichen Zusammenhang und eine etwaige Nichterkennbarkeit der Drittleistung darzulegen und zu beweisen (Schmidt/Rogge/Leptien, a. a. O., § 142 InsO Rn. 36).

SCHICKSAL ARBEITSVERTRAG

Das Arbeitsverhältnis ist ein gegenseitiger Vertrag: Der Arbeitnehmer erbringt seine Arbeitsleistung und erhält dafür Geld. Die §§ 103 ff. InsO regeln, wie sich die Insolvenzeröffnung auf bestehende gegenseitige Verträge des Insolvenzschuldners auswirken.

Den Ausgangspunkt bildet § 103 Abs. 1 InsO:

- Danach kann der Insolvenzverwalter anstelle des Insolvenzschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung vom anderen Teil verlangen, wenn ein gegenseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Insolvenzschuldner und vom anderen Teil nicht oder nicht vollständig erfüllt ist.
- Er kann sich aber auch dazu entscheiden, den Vertrag nicht zu erfüllen.

Die §§ 104 ff. InsO sehen für bestimmte allgemeine Vertragssituationen bzw. konkrete Vertragstypen spezielle Regelungen vor.

KÜNDIGUNGSERLEICHTERUNG

Das Arbeitsverhältnis besteht somit fort. Für den Insolvenzverwalter stellen sich drei mögliche Optionen:

1. Mittels Insolvenzplan kann das Unternehmen investiv verwertet, also restrukturiert werden.
2. Die übertragende Sanierung beinhaltet die Übertragung des Unternehmens oder (wirtschaftlich überlebensfähiger) Teile des Unternehmens.
3. Die zerschlagende Sanierung ist demgegenüber auf die Betriebsstilllegung ausgerichtet und verwertet alle Vermögenswerte.

Alle Optionen haben gemeinsam, dass der Insolvenzverwalter i. d. R. nicht in der Lage ist, das Unternehmen mit eigenen Ideen inhaltlich voranzubringen oder Marktentwicklungen längere Zeit abwarten zu können. Kündigungen entlasten die Insolvenzmasse und verschaffen insofern häufig etwas Zeit.

Die §§ 113 f., 120 ff. InsO enthalten die entsprechenden arbeits- und sozialrechtlichen Besonderheiten für den Insolvenzfall, etwa zu Kündigungsfristen, aber auch zu Fragen des Kollektivarbeitsrechts wie den Kompetenzen des Betriebsrats.

Die Insolvenz als solche ist kein Kündigungsgrund. Folglich bedarf es für die Kündigung der vorhandenen Arbeitnehmer wie auch außerhalb der Insolvenz eines

- verhaltens-,
- personen- oder
- betriebsbedingten

Kündigungsgrundes. Die Insolvenz ist dabei ein betriebsbedingter Kündigungsgrund.

Die Unterscheidung zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung gibt es auch in der Insolvenz. Relevant ist hierbei die ordentliche, allen voran die betriebsbedingte Kündigung, wenn der Insolvenzverwalter den Personalbestand anpassen will.

Es ist zwischen den verschiedenen Stadien des Insolvenzverfahrens zu unterscheiden, wer eine Kündigung aussprechen darf und welche Kündigungsfrist dabei zu beachten ist (anschaulich Graf, ArbRB 2015, S. 54 f.). Im Stadium zwischen Antragstellung und Eröffnung kommt es darauf an, welche Befugnisse der regelmäßig eingesetzte vorläufige Insolvenzverwalter hat. Er tritt in die Arbeitgeberposition ein und ist Beklagter im Kündigungsschutzprozess, wenn er ausnahmsweise (als sog. „starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter, § 22 Abs. 1 Satz 1 InsO) umfassende Kompetenzen hat (Schmidt/Hölzle, InsO, 20. Aufl. 2023, § 22 Rn. 16). Der vorläufige Insolvenzverwalter erhält (als sog. „schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter) überwiegend nur Zustimmungsbefugnisse. Damit ist seine Einwilligung beim Ausspruch der Kündigung durch den Schuldner dem Arbeitnehmer schriftlich vorzulegen. Andernfalls kann der Arbeitnehmer die Kündigung gem. §§ 182 Abs. 3 i. V. m. 111 Satz 2 und 3 BGB zurückweisen (BAG, Urt. v. 10.10.2002 – 2 AZR 532/01, NZI 2003, S. 509, 510 f.). Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens tritt der Insolvenzverwalter in die Arbeitgeberposition. Ihm gegenüber muss folglich die Kündigung erklärt werden (Kubusch in: Graf-Schlicker, InsO, 6. Aufl. 2022, Vorb. §§ 113–128 Rn. 6).

Die Insolvenzordnung sieht keine abweichende Formvorschrift vor. Damit bleibt es beim Schriftformerfordernis des § 623 BGB.

KÜNDIGUNGSFRIST

§ 113 InsO beeinflusst demgegenüber die zu wahrende Kündigungsfrist. Sie setzt ein eröffnetes Verfahren über das Vermögen des Arbeitgebers voraus. Beide Vertragsseiten können das Arbeitsverhältnis ohne Rücksicht auf eine vereinbarte Vertragsdauer oder einen vereinbarten

Ausschluss des Rechtes zur ordentlichen Kündigung kündigen. Maßgeblich ist die kürzeste Frist. Es erfolgt also keine Aufstockung oder Erhöhung der Kündigungsfrist auf drei Monate.

Ist bspw. eine sog. Probezeit vereinbart mit der Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis mit einer zweiwöchigen Frist zu kündigen, bleibt diese Möglichkeit erhalten. § 113 InsO wirkt sich dort aus, wo (Tarif-)Vertrag oder Gesetz längere Fristen vorsehen. Die Formulierung „zum nächstmöglichen Zeitpunkt“ ist vor diesem Hintergrund wohl zulässig, aber streitanfällig (BAG, Urt. v. 20.6.2013 – 6 AZR 805/11, NZA 2013, S. 1137, 1138, Rn. 13, AuA 7/14, S. 436; ErfK/Müller-Glöge, a. a. O., § 620 BGB Rn. 20). Freiwillig können beide Seiten aber – wie außerhalb der Insolvenz – längerfristig kündigen.

Gerichtlich nicht abschließend geklärt ist die Frage, inwiefern § 113 InsO einzuschränken ist, wenn der Insolvenzverwalter selbst das Arbeitsverhältnis begründet oder die vorhandenen Arbeitskräfte weit über die Insolvenzeröffnung hinaus beschäftigt hat. In beiden Fällen wird die Einschränkung und damit ein Arbeitnehmerschutz überzeugend vertreten (Schmidt/Ahrens, InsO, 20. Aufl. 2023, § 113 Rn. 4 f. m. w. N.).

MASSENENTLASSUNG

Eine Dauerbaustelle ist die Massenentlassung (Überblick zur Entwicklung der Rechtsprechung Bissels/Fuchs, NZI 2024, S. 114; ausführlich zum Ablauf Niklas/Koehler, NZA 2010, S. 913).

Dazu sehen die §§ 17 ff. KSchG unabhängig von einer Insolvenz besondere Regelungen vor. Gerade im Insolvenzfall kommt es aber zur massenweisen Kündigung der Arbeitsverhältnisse; sei es wegen der Betriebsstilllegung oder der häufig angestrebten sanierenden Umstrukturierung, in der ein Erwerber des Unternehmens möglicherweise nicht alle Arbeitsverhältnisse übernehmen möchte. § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 KSchG ordnet je nach Betriebsgröße an, wann eine Pflicht zur Anzeige der Entlassungen gegenüber der Agentur für Arbeit besteht und es sich infolgedessen um eine Massenentlassung handelt. Die Vorgabe enthält die Anzahl der Arbeitnehmer, die innerhalb von 30 Kalendertagen entlassen werden bzw. Arbeitsverhältnisse, deren Beendigung der Arbeitgeber veranlasst:

- In Betrieben mit i. d. R. mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern sind es nach Nr. 1 mehr als fünf Arbeitnehmer.
- In Betrieben mit i. d. R. mindestens 500 Arbeitnehmern sind es nach Nr. 3 mindestens 30 Arbeitnehmer.

Liegen diese quantitativen und zeitlichen Voraussetzungen vor, muss der Arbeitgeber gem. § 17 Abs. 1, Abs. 3 Satz 4 KSchG der Agentur für Arbeit Anzeige erstatten und gem. Abs. 2 den Betriebsrat unterrichten. Die sog. Konsultationspflicht gegenüber dem Betriebsrat dient dazu, über die Möglichkeiten zu beraten, Entlassungen zu vermeiden oder einzuschränken und ihre Folgen zu mildern, also Einfluss auf die Meinungsbildung des Arbeitgebers auszuüben. § 125 InsO sieht insofern eine Straffung vor. Demnach ersetzt ein dort geregelter Interessenausgleich

die nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG notwendige Stellungnahme des Betriebsrats (ausführlich s. unten). Die Streitpunkte sind hier, inwiefern sich formale Fehler bei der Anzeige und Konsultation auswirken. Die Rechtsprechung entwickelte hierzu auch unter unionsrechtlichen Gesichtspunkten enge Vorgaben (vgl. die Zusammenfassung bei Bissels/Fuchs, NZI 2024, S. 114). Fehler bei der Anzeige nach § 17 Abs. 1 KSchG oder der Konsultation des Betriebsrats nach § 17 Abs. 2 KSchG führten regelmäßig zur Unwirksamkeit der Massenentlassung (BAG, Urt. v. 22.11.2012 – 2 AZR 371/11, NZA 2013, S. 845, AuA 2/14, S. 120). In Bezug auf die fehlende Anzeige gegenüber der Bundesagentur für Arbeit könnte eine neue Entscheidung des BAG zu einer Änderung führen (BAG, Beschl. v. 14.12.2023 – 6 AZR 157/22 [B]; zum Beschl. v. 11.5.2023 in diesem Verfahren: AuA 6/23, S. 54).

KOLLEKTIVARBEITSRECHTLICHE AUSWIRKUNGEN UND SOZIALPLAN

Die Insolvenz wirkt sich, wie gezeigt, individualarbeitsrechtlich – also im Verhältnis Arbeitgeber zu Arbeitnehmer – nur hinsichtlich der erleichterten Kündigungsfrist aus.

Kollektivarbeitsrechtlich bewirkt die Insolvenzeröffnung ebenfalls Vereinfachungen bzw. Beschleunigungen (vgl. Schmidt/Ahrens, InsO, 20. Aufl. 2023, § 121 InsO Rn. 1 f.). Der Unternehmer hat im Anwendungsbereich des § 111 Abs. 1 Satz 1 BetrVG den Betriebsrat über geplante Betriebsänderungen, die wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder erhebliche Teile der Belegschaft zur Folge haben können, rechtzeitig und umfassend zu unterrichten und die geplanten Betriebsänderungen mit dem Betriebsrat zu beraten. Demgemäß ist ein Interessenausgleich nötig, wenn ein Betriebsrat vorhanden ist und es zu (insolvenzbedingten) Kündigungen kommen soll. Außerhalb der Insolvenz muss hierfür im Rahmen des § 112 Abs. 2 Satz 1 BetrVG die Bundesagentur für Arbeit als Vermittlungsstelle eingeschaltet werden, bevor ein Verfahren vor der Einigungsstelle möglich ist. Nach § 121 InsO entfällt dieser Schritt als zwingendes Erfordernis, sodass direkt die Einigungsstelle angerufen werden kann. Nachteilsausgleichsansprüche (§ 113 BetrVG) entstehen gem. §§ 122 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht. Gleichzeitig wird das Interessenausgleichsverfahren in § 122 Abs. 1 Satz 1 InsO auf drei Wochen beschleunigt. Anschließend kann der Insolvenzverwalter beim Arbeitsgericht die Zustimmung zur geplanten Betriebsänderung beantragen. § 126 InsO eröffnet ebenfalls den Weg zum Beschlussverfahren vor dem Arbeitsgericht für den Fall, dass es keinen Betriebsrat gibt oder ein Interessenausgleich nicht zustande kommt.

§ 125 Abs. 1 InsO modifiziert § 1 KSchG, wenn ein Interessenausgleich mit Namensliste zustande gekommen ist. Die Namensliste enthält diejenigen Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll. § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO enthält die Vermutung, dass dringende betriebliche Erfordernisse vorliegen, die einer Weiterbeschäftigung in diesem Betrieb oder einer Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen entgegenstehen.

Das umfasst auch Änderungskündigungen (2 AZR 371/11 Schmidt/Ahrens, a. a. O., § 125 InsO Rn. 24). Infolgedessen muss der Arbeitnehmer – anders als außerhalb der Insolvenz – das Fehlen darlegen und beweisen (Schmidt/Ahrens, a. a. O., § 125 InsO Rn. 3).

§ 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO reduziert überdies den Prüfungsumfang des Gerichts hinsichtlich der Sozialauswahl auf eine grobe Fehlerhaftigkeit (Schmidt/Ahrens, a. a. O., § 125 InsO Rn. 39). Die grobe Fehlerhaftigkeit ist nach der Rechtsprechung des BAG weit auszulegen, muss sich jedoch in Bezug auf den konkret klagenden Arbeitnehmer ergeben (BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 790/12, NZA-RR 2014, S. 185 [187], Rn. 22, AuA 1/16, S. 58).

Die §§ 123 f. InsO enthalten ergänzend Vorschriften darüber, wie mit Sozialplänen zu verfahren ist in Abhängigkeit davon, ob sie

- vor (§ 124 InsO) oder
- nach (§ 123 InsO)

Insolvenzeröffnung abgeschlossen worden sind.

Demgegenüber haben die Erleichterungen des § 125 InsO für den Interessenausgleich keinen unmittelbaren Einfluss auf das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 102 BetrVG (Schmidt/Ahrens, a. a. O., § 125 InsO Rn. 39).

WIDEREINSTELLUNG IN DER INSOLVENZ

Außerhalb der Insolvenz besteht ein Wiedereinstellungsanspruch des gekündigten Arbeitnehmers. Das setzt voraus, dass eine Stilllegungsprognose sich nach Ausspruch der Kündigung und vor Ablauf der Kündigungsfrist als unrichtig erweist, sich also ein Investor findet. Ein Wiedereinstellungsanspruch während der Insolvenz besteht nicht. Diskutiert wurde ein solcher für Fälle, in denen eine Kündigung des Insolvenzverwalters aufgrund der Prognoseentscheidung für eine Betriebsstilllegung wirksam ist, es im Anschluss aber doch noch vor Ablauf der Kündigungsfrist zu einem Betriebsübergang kommt (bejahend etwa ArbG Düsseldorf, Urt. v. 3.12.2020 – 10 Ca 3223/20, NZA-RR 2021, S. 275). Das BAG hat einen solchen Anspruch nunmehr abgelehnt, um den Insolvenzverwalter keinem Kontrahierungszwang auszusetzen (BAG, Urt. v. 25.5.2022 – 6 AZR 224/21, ZInsO 2022, S. 2197). Das erleichtert Sanierungen, indem potenzielle Investoren nicht durch mögliche (klageweise) Wiedereinstellungsgesuche verunsichert werden (zum Ganzen vgl. Schmidt/Ahrendt, a. a. O., § 113 InsO Rn. 54 f.).

FAZIT

Die Insolvenz hat Einfluss auf das Arbeitsverhältnis. Sie ist aber – anders als medial häufig dargestellt – kein Freifahrtschein zur Kündigung sämtlicher Arbeitnehmer. Die Insolvenz ist nicht einmal ein eigenständiger Kündigungsgrund. Sie birgt für den Insolvenzverwalter aber wesentliche Erleichterungen und Straffungen, im Interesse sämtlicher Gläubiger das Unternehmen abzuwickeln oder (übertragend) zu sanieren. ■



Robert Weber, LL. M.
Notarassessor, Thüringen

© Stilmoment-Erfurt

Vertraulichkeitserwartung in einer Chatgruppe

„Bei beleidigenden und menschenverachtenden Äußerungen über Betriebsangehörige in einer aus sieben Teilnehmern bestehenden privaten Chatgruppe bedarf es einer besonderen Darlegung, warum der Arbeitnehmer berechtigt erwarten durfte, seine Äußerungen würden von keinem Beteiligten an Dritte weitergegeben“, so der Wortlaut des Leitsatzes eines BAG-Urteils vom 24.8.2023 (2 AZR 17/23).

SACHVERHALT

Der im obigen Verfahren klagende Arbeitnehmer war seit 2014 mit fünf anderen Arbeitnehmern des beklagten Arbeitgebers Mitglied einer Chatgruppe des Messengerdienstes WhatsApp.

Die Gruppenmitglieder waren langjährig befreundet, zwei miteinander verwandt. Neben rein privaten Themen äußerte sich der klagende Arbeitnehmer in einigen seiner Chatbeiträge – wie auch verschiedene andere Gruppenmitglieder – in beleidigender, fremdenfeindlicher, sexistischer und menschenverachtender Weise über Vorgesetzte sowie Kollegen und rief teilweise zu Gewalt gegen diese auf. Das vorübergehend angehörende Mitglied zeigte im Rahmen eines Gesprächs über einen Arbeitsplatzkonflikt einem Mitarbeiter des Arbeitgebers den Chatverlauf auf seinem Smartphone, der davon eine Kopie an sich weiterleitete. Von dem Chatverlauf erlangten in der Folgezeit der Betriebsratsvorsitzende sowie die Schwerbehindertenvertretung Kenntnis.

Am 7.7.2021 teilte der Betriebsratsvorsitzende dem Personalleiter telefonisch das Bestehen der Chatgruppe mit und berichtete über den Inhalt des ihm bekannten Chatverlaufs. Im Nachgang zu diesem Gespräch übersandte er dem Personalleiter ein 316-seitiges Word-Dokument mit dem Inhalt des Chatverlaufs für die Zeit vom 19.11.2020 bis 17.1.2021. In einem am 8.7.2021 verfassten Schriftstück bestätigte das ausgeschiedene Chatgruppenmitglied die inhaltliche Richtigkeit des Chatverlaufs. Diese Erklärung wurde anschließend an den Personalleiter weitergeleitet. In der Folgezeit hörte der beklagte Arbeitgeber den Arbeitnehmer zum Inhalt des Chatverlaufs an. Dieser gab eine schriftliche Stellungnahme ab.

Der Arbeitgeber kündigte nach Anhörung des Betriebsrats das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos, hilfsweise mit einer Auslauffrist.

SACHVORTRAGS- ODER BEWEISVERWERTUNGSVERBOT

Hinsichtlich der vom Arbeitgeber zum Gegenstand seines Vortrags gemachten Äußerungen des Arbeitnehmers in der Chatgruppe besteht kein Sachvortragsverwertungsgebot.

Die Frage, ob die Gerichte für Arbeitssachen erhebliches personenbezogenes datenbetreffendes Parteivorbringen der Parteien und ggf. deren Beweis an Dritte bei der Entscheidungsfindung berücksichtigen dürfen bzw. müssen, beantwortet sich nach Inkrafttreten der DSGVO nach deren Vorschriften. Die DSGVO regelt die Zulässigkeit von Datenverarbeitungen auch im Verfahren vor den nationalen Zivilgerichten.

Ein Sachvortrags- oder Beweisverwertungsverbot kommt – gerade auch im Geltungsbereich der DSGVO und im Lichte von Art. 47 Abs. 2 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) – nur in Betracht, wenn die Berücksichtigung von Vorbringen oder eines Beweismittels wegen einer durch Unionsrecht oder Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Rechtsposition des Arbeitnehmers zwingend geboten ist.

VERFASSUNGSKONFORME AUSLEGUNG

Weder die Zivilprozessordnung noch das Arbeitsgerichtsgesetz enthalten Bestimmungen, die die Verwertbarkeit von Erkenntnissen oder Beweismitteln einschränken, die eine Arbeitsvertragspartei – auch rechtswidrig – erlangt hat. Ein Verwertungsgebot kann sich allerdings aus einer verfassungskonformen Auslegung des Verfahrensrechts ergeben. Da der Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG aber grundsätzlich gebietet, den Sachvortrag der Parteien und die von ihnen angebotenen Beweise zu berücksichtigen, kommt ein verfassungsrechtliches Verwertungsgebot nur in Betracht, wenn dies wegen einer grundrechtlichen geschützten Position einer Prozesspartei zwingend geboten ist.

ENTSCHEIDUNG

Soweit jedoch durch die Verwertung der Chatbeiträge die Privatsphäre des Arbeitnehmers betroffen ist, überwiegt der Anspruch des Arbeitgebers aus Art. 103 Abs. 1 GG, der es grundsätzlich gebietet, seinen Sachvortrag zu berücksich-

tigen. Ohne die Erkenntnisse aus dem ihm bekannten Teil des Gruppenchats kann er seine Rechtsverteidigung nicht wirksam wahrnehmen und seine Rechtsposition in einem gerichtlichen Verfahren (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht wirksam verteidigen (BAG, Urt. v. 24.8.2023 – 2 AZR 17/23).

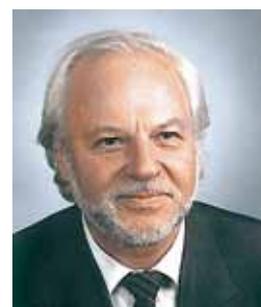
Es handelt sich bei diesem Beitrag um eine teilweise wortgleiche stark verkürzte Darstellung der Entscheidungsgründe des BAG.

Wortlaut Art. 47 GRCh – Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht

(1) Jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen.

(2) Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen.

(3) Personen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, wird Prozesskostenhilfe bewilligt, soweit diese Hilfe erforderlich ist, um den Zugang zu den Gerichten wirksam zu gewährleisten.



Dr. jur. Günter Schmitt-Rolfes
München

Der Fall Gil Ofarim als Weckruf

Druck- und Verdachtskündigung

Anfang Oktober 2021 veröffentlichte der Sänger Gil Ofarim auf der Social-Media-Plattform Instagram ein Video, in dem er schildert, dass ein Angestellter des Leipziger Hotels „The Westin“ ihn aufgefordert habe, seine Halskette mit Davidstern abzunehmen, bevor er einchecke. Über das Hotel und den beschuldigten Mitarbeiter ergoss sich daraufhin eine Welle des Hasses. Vielfach wurde die Kündigung des Beschäftigten gefordert. Die erschien manchem allein wegen des Verdachts, dass der Mitarbeiter so gehandelt habe, gerechtfertigt. Die Geschäftsführung des Hotels hat auf die Vorwürfe besonnen reagiert. Das war gut so! Zwei Jahre später gestand der Künstler vor Gericht, dass er gelogen hatte. Arbeitgeber können viel aus diesem Fall lernen. Letztlich ist aber der Gesetzgeber gefordert.



EIN VERDACHT ALS KÜNDIGUNGSGRUND

Nach der Rechtsprechung des BAG kann nicht nur eine erwiesene Vertragspflichtverletzung, sondern auch der Verdacht einer schweren Verfehlung eine Kündigung begründen. Der Verdacht muss sich auf eine Pflichtverletzung beziehen, die, im Falle ihrer Gewissheit, an sich geeignet wäre, eine Kündigung zu rechtfertigen. Die Instanzgerichte billigen diese Rechtsprechung ebenso wie die herrschende Meinung in der Literatur. Teilweise wird die Zulässigkeit einer auf einen bloßen Verdacht gestützten Kündigung aber auch bezweifelt.

Angeführt wird insbesondere, dass sie der Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK widerspricht. Die verbiete es, negative Rechtsfolgen allein an das Vorliegen eines Verdachts zu knüpfen (so z. B. Herget in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2022, BGB § 626 Rn. 91). Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass damit strafrechtliche Kategorien übernommen werden, die dem Arbeitsrecht fremd sind. Die Unschuldsvermutung der EMRK bindet unmittelbar nur Richter, insbesondere im Strafprozess aber keine Privatrechtssubjekte (Eylert, NZA-RR 2014, S. 393, 397). Dass das BAG im Zusammenhang mit Verdachtskündigungen davon spricht, dass „Unschuldige“ betroffen sein können (so z. B. BAG, Urt. v. 31.1.2019 – 2 AZR 426/18), ändert daran nichts. Im Arbeitsrecht ist entscheidend, dass der Verdacht einer gravierenden Pflichtverletzung das in den Beschäftigten gesetzte Vertrauen derart zerstört, dass es für den Arbeitgeber als unzumutbar angesehen wird, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen.

Gleichwohl bleibt ein ungutes Gefühl, wenn ein Arbeitnehmer seine berufliche Existenz allein wegen eines Verdachts verlieren kann. Das Instrument führt zu einer unzulässigen Verlagerung der Beweislast auf den Arbeitnehmer, der gezwungen ist, den Verdacht zu entkräften. Mit rechtsstaatlichen Grundsätzen ist das nicht vereinbar. Dem Grundgedanken des Arbeitsrechts als Schutzrecht der Arbeitnehmer wird die Verdachtskündigung nicht gerecht.

Für die betriebliche Praxis können (und müssen) solche Erwägungen allerdings gegenwärtig dahinstehen. Dass der Verdacht einer schwerwiegenden Verfehlung eine Kündigung rechtfertigen kann, gehört zur gefestigten Rechtsprechung des BAG. Die in der Literatur geäußerte Kritik hat die obersten Arbeitsrichter bislang unbeeindruckt gelassen; mit einer Änderung der Rechtsprechung ist nicht zu rechnen.

Dass der Gesetzgeber eingreift, ist derzeit unwahrscheinlich. Zwar gab es bereits Initiativen, die auf eine Abschaffung bzw. Einschränkung der Verdachtskündigung zielten. So hatte die Fraktion Die Linke vor einigen Jahren einen „Entwurf eines Gesetzes zum Verbot der Verdachtskündigung“ in den Bundestag eingebracht (BT-Drs. 17/649). Die SPD-Fraktion hatte in einem Gesetzentwurf vom gleichen Tag u. a. gefordert, „dass das rechtlich umstrittene, gesetzlich nicht geregelte Institut der ‚Verdachtskündigung‘ wegen seiner Systemwidrigkeit im Bereich von ‚Bagatelldelikten‘ nicht angewendet wird“ (BT-Drs. 17/648). Beide Entwürfe wurden abgelehnt. Im Koalitionsvertrag der sog. Ampel findet sich dazu nichts.

VERDACHT MUSS AUF TATSACHEN GESTÜTZT SEIN

Dass das Instrument der Verdachtskündigung heikel ist, sehen aber auch die Erfurter Richter. Bei einer Kündigung wegen eines bloßen Verdachts besteht immer die Gefahr, dass jemand seinen Arbeitsplatz verliert, obwohl tatsächlich kein Fehlverhalten und damit eigentlich kein Kündigungsgrund vorliegt. Daher sind nach der Rechtsprechung des BAG an eine Verdachtskündigung hohe Anforderungen zu stellen:

- Eine Kündigung kommt nur in Betracht, wenn starke, auf objektiv feststehenden Tatsachen gründende Verdachtsmomente vorliegen. Der Verdacht muss sich aus Umständen ergeben, die so beschaffen sind, dass sie einen verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zum Ausspruch der Kündigung veranlassen können (BAG, Urt. v. 26.9.2013 – 8 AZR 1026/12, AuA 8/14, S. 484).
- Er muss dringend sein, d. h. es muss sehr wahrscheinlich sein, dass er zutrifft. Bloße auf mehr oder weniger haltbare Vermutungen gestützte Verdächtigungen reichen nicht aus. Das BAG fordert eine „große Wahrscheinlichkeit“ (Urt. v. 6.9.2007 – 2 AZR 264/06) und spricht davon, dass der Verdacht „gleichermaßen erdrückend sein“ muss (Urt. v. 18.6.2015 – 2 AZR 256/14). In der Literatur wird dagegen teilweise davon ausgegangen, dass eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ genügt (so Huber/Uzene, NZWiSt 2016, S. 94 f.).

Der Verdacht einer erheblichen Pflichtverletzung kann dabei auch auf die Aussage von Zeugen gestützt werden. Das können Vorgesetzte, Kollegen oder betriebsfremde Dritte sein. Allerdings ist zu bedenken, dass Zeugen im Prozess bekanntlich das fehleranfälligste Beweismittel sind. Nichts anderes gilt bei der Verdachtskündigung. Ein Arbeitgeber, der sich auf bloße Zeugenaussagen stützt, muss sich daher sorgfältig mit der Glaubhaftigkeit der jeweiligen Aussage und der Glaubwürdigkeit des oder der Zeugen auseinandersetzen.

Wie wichtig das ist, hat der Fall Gil Ofarim gezeigt. Der Sänger hat gleich nach dem angeblichen Geschehen ein Video gedreht, das er in den sozialen Medien verbreitete. An die Hotelleitung hat er sich nach dem Vorfall und auch später nicht gewandt. Schon das machte stutzig. Und seine erlogene Aussage war das einzige, das den Verdacht begründete. Viele, darunter auch namhafte Politiker und leider auch Juristen, haben ihm dennoch ohne Weiteres geglaubt. Die Muttergesellschaft des Hotels vertraute ebenso auf die Aussage des Künstlers und bat ihn um Entschuldigung. Die Geschäftsführung des Westin Hotels war glücklicherweise nicht so naiv.

ANHÖRUNG DES ARBEITNEHMERS

Sie hat sich zunächst an den beschuldigten Mitarbeiter gewandt, um seine Version der Vorkommnisse zu hören. Das ist nach der Rechtsprechung des BAG auch zwingend:

- Eine Verdachtskündigung kommt nur in Betracht, wenn der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen hat. Dazu gehört insbesondere, dass er den Arbeitnehmer anhört. Der Beschäftigte muss die Möglichkeit haben, Tatsachen zu bestreiten oder den Verdacht entkräftende Tatsachen aufzuzeigen und so zur Sachverhaltsaufklärung beizutragen (BAG, Urt. v. 20.6.2018 – 5 AZR 262/17, AuA 2/19, S. 118). Die Anhörung muss, wenn keine besonderen Umstände vorliegen, innerhalb einer Woche nach Bekanntwerden der Vorwürfe erfolgen (BAG, Urt. v. 25.4.2018 – 2 AZR 611/17). Eine auf den bloßen Verdacht einer erheblichen Pflichtverletzung gestützte Kündigung ohne vorherige Anhörung des Betroffenen ist unwirksam (BAG, Urt. v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, AuA 6/19, S. 377).
- Die Anhörung ist an keine bestimmte Form gebunden. Sie kann ebenso schriftlich erfolgen wie mündlich im persönlichen Gespräch oder per Fernkommunikationsmittel. Der Arbeitgeber sollte die Anhörung lückenlos dokumentieren, da ihn bei einer künftigen Bestandsstreitigkeit die Darlegungs- und Beweislast trifft. Eine mündliche Anhörung sollte deshalb protokolliert und in Anwesenheit mindestens eines Zeugen geführt werden.
- Auch die Einladung zu einer mündlichen Anhörung ist an keine bestimmte Form gebunden. Umstritten ist, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über den beabsichtigten Gesprächsinhalt vorab unterrichten muss. Das BAG hat das bei einer Verdachtskündigung eines Berufsausbildungsverhältnisses verneint (BAG, Urt. v. 12.2.2015 – 6 AZR 845/13, AuA 11/15, S. 679), in Teilen der Literatur und Rechtsprechung wird es zu Recht anders gesehen.

Dass der Mitarbeiter vorab zu informieren ist, ergibt sich schon aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer muss, wie das LAG Berlin-Brandenburg ausführt, in den Stand versetzt werden, sich auch mental auf ein solches Gespräch vorzubereiten und die Möglichkeit haben, im Vorfeld Vertrauenspersonen, etwa einen Rechtsanwalt oder ein Betriebsratsmitglied, hinzuzuziehen (Urt. v. 30.3.2012 – 10 Sa 2272/11, AuA 7/12, S. 435). Solche Vertrauenspersonen dürfen nach herrschender Meinung auch dem Gespräch beiwohnen, was nur möglich ist, wenn der Beschäftigte vorab den Gesprächsinhalt kennt. Um Vorwürfe fundiert bestreiten und entlastende Tatsachen aufzuzeigen, braucht ein Mitarbeiter zudem oft eine gewisse Vorbereitungszeit, etwa um Belege vorlegen oder Zeugen nennen zu können. Eine Anhörung, in der ein Beschäftigter unvorbereitet mit Vorwürfen konfrontiert wird, kann ohne solche Vorbereitungen außer seiner eigenen Aussage häufig nichts zu einer sachgerechten Aufklärung beitragen.

WEITERE SACHVERHALTSAUFKLÄRUNG

Von einer Anhörung darf nur abgesehen werden, wenn der beschuldigte Mitarbeiter ein Gespräch verweigert oder es aus sonstigen in seiner Sphäre liegenden Gründen nicht durchgeführt werden kann. Der Arbeitgeber darf es aber auch nicht bei einer Anhörung belassen. Er muss alle zumutbaren Anstrengungen unternemen, um den Sachverhalt aufzuklären (BAG, Urt. v. 2.3.2017 – 2 AZR 698/15). Was das konkret bedeutet, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. Dem Arbeitgeber ist es immer zumutbar, sämtliche Informationsquellen zu nutzen, auf die er direkten Zugriff hat. Dazu gehören bspw. Unternehmensunterlagen, Videoaufzeichnungen und Gespräche mit Vorgesetzten und Kollegen.

Im Hinblick auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers sollte der Begriff der Zumutbarkeit nicht eng ausgelegt werden, die Anstrengungen nicht auf eigene Quellen beschränkt werden. Vielmehr ist ein engagiertes Handeln zu fordern. Der Arbeitgeber muss versuchen, alle in Betracht kommenden Informationsquellen zu nutzen. Zu den Aufklärungspflichten kann daher auch die Pflicht gehören, Auskünfte von betriebsfremden Dritten zu erlangen. Dazu zählen insbesondere solche Personen, die in den jeweiligen Sachverhalt involviert sind.

Das Westin Hotel Leipzig hat sich insofern vorbildlich verhalten. Es hat die Videoaufzeichnungen ausgewertet und Gespräche mit Zeugen geführt. Dazu gehörten Mitarbeiter ebenso wie Gäste des Hotels. Die Geschäftsführung hat darüber hinaus sogar eine Anwaltskanzlei eingeschaltet, um den Sachverhalt aufzuklären. Dabei zeigte sich sehr schnell, dass die Beschuldigungen gegen den Mitarbeiter haltlos waren.

DRUCK ALS KÜNDIGUNGSGRUND

Viele Kritiker, insbesondere in den sozialen Medien, ließ das aber ebenso unbeeindruckt wie die Tatsache, dass die Staatsanwaltschaft schon schnell nach dem angeblichen Vorfall gegen den Künstler ermittelte. Der Sänger hielt selbst lange an der Lüge fest.

Das Hotel stand geraume Zeit unter Druck. Ein solcher Druck kann nach herrschender Meinung eine Kündigung rechtfertigen, wenn dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände und der berechtigten Belange des Arbeitnehmers die Fortsetzung des Vertrags nicht zumutbar ist.

Gesetzlich ausdrücklich geregelt ist allerdings nur, dass der Betriebsrat die Entlassung eines Arbeitnehmers verlangen kann (§ 104 BetrVG). Das setzt voraus, dass ein Arbeitnehmer durch gesetzwidriges Verhalten oder durch grobe Verletzung der in § 75 BetrVG enthaltenen Grundsätze, insbesondere durch rassistische oder fremdenfeindliche Betätigungen, den Betriebsfrieden wiederholt ernstlich stört. Nach der Rechtsprechung des BAG kommt eine Kündigung aber auch in Betracht, wenn sonstige Personen eine Entlassung fordern und dabei durch die Androhung von Nachteilen Druck auf den Arbeitgeber ausüben. Auslöser des Drucks können andere Beschäftigte, aber auch Dritte, bspw. Gewerkschaften, Kunden und sonstige Geschäftspartner, sein.

In der juristischen Literatur wird diese Rechtsprechung des BAG weitgehend gebilligt. Streit gibt es zumeist nur um dogmatische Fragen, die für die betriebliche Praxis wenig Relevanz haben. Es bestehen aber auch grundsätzliche Bedenken, jedenfalls, wenn neben dem Druck kein objektiver Kündigungsgrund besteht. In diesen Fällen führt das Mittel der Druckkündigung dazu, dass der Arbeitnehmer wegen einer ungerechtfertigten Drohung seinen Arbeitsplatz verliert. Das Recht aber darf dem Unrecht niemals weichen.

Dass bei der Druckkündigung das Recht dem Unrecht dennoch weicht, zeigt sich bspw., wenn der Druck wegen eines außerdienstlichen Verhaltens des Arbeitnehmers entsteht. Ein solches Verhalten kann grundsätzlich nur dann eine Kündigung rechtfertigen, wenn ein Bezug zum Arbeitsverhältnis besteht. Bei einer Druckkündigung kann das anders sein. Damit besteht insbesondere die Gefahr, dass je nach Zeitgeist (!) eine bestimmte politische, religiöse oder sexuelle Einstellung zum Verlust des Arbeitsplatzes führt. „Welche Konsequenzen es haben kann, wenn der jeweilige Zeitgeist über die Rechtmäßigkeit einer Druckkündigung entscheidet, lässt sich plakativ einigen Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts aus der Zeit des Nationalsozialismus entnehmen“, schreiben Bergwitz/Vollstädt (DB 2015, S. 2635, 2637/2638) dazu unter Verweis auf RAG-Entscheidungen, in denen gegen die Nazi-Ideologie gerichtete Einstellungen oder Verhaltensweisen den Anlass für die Druckausübung bildeten. Und auch wenn diese Zeiten Gott sei Dank vorbei sind: Das Problem kann auch in einer freiheitlichen Demokratie entstehen. Es müssen sich nur Menschen finden, die aufgrund ihnen unliebsamer Meinungen ausreichend Druck auf den Arbeitgeber ausüben wollen und können. Am Wollen scheitert es leider nicht. Das zeigen die seit geraumer Zeit erbitterten politischen Auseinandersetzungen, insbesondere in den sozialen Medien. Dabei wird allzu oft und allzu gern versucht, politisch Andersdenkende als Person zu vernichten, statt ihnen argumentativ entgegenzutreten. Und auch im Fall Gil Ofarim konnte man sich häufig nicht des Eindrucks erwehren, dass die Forderung nach Konsequenzen für den beschuldigten Mitarbeiter weniger von rechtlichen Erwägungen als dem Willen zur Vernichtung eines Menschen getragen war – zumal der zu Unrecht Inkrimierte bei einigen perfekt in ihr Feindbild des „rechtsextremen Osis“ zu passen schien.

ECHE UND UNECHTE DRUCKKÜNDIGUNG

Nach der Rechtsprechung des BAG ist zwischen der echten und der unechten Druckkündigung zu unterscheiden:

- Eine unechte Druckkündigung liegt vor, wenn das Kündigungsverlangen eines oder mehrerer Dritter durch ein Verhalten des Arbeitnehmers oder einen in seiner Person liegenden Grund objektiv gerechtfertigt ist. In solchen Fällen ist der Druck zwar möglicherweise Kündigungsanlass, es besteht aber ohnehin ein Kündigungsgrund. Rechtlich hat die von Dritten geschaffene Drucksituation dann nur bei der Interessenabwägung Bedeutung.

- Eine echte Druckkündigung liegt vor, wenn es an der objektiven Rechtfertigung der Drohung fehlt, also (an sich) kein verhaltens- oder personenbedingter Kündigungsgrund besteht. In diesem Fall ist nach der Rechtsprechung des BAG der Grund für die Kündigung allein das ernstliche Verlangen eines Dritten, der unter Androhung von Nachteilen die Entlassung eines bestimmten Arbeitnehmers fordert (BAG, Urt. v. 26.1.2017 – 2 AZR 68/16). Typische Fälle sind etwa Drohungen der Belegschaft mit Streiks oder Massenkündigungen oder die Androhung des Abbruchs von Geschäftsbeziehungen für den Fall, dass ein bestimmter Arbeitnehmer weiterbeschäftigt wird (BAG, Urt. v. 18.7.2013 – 6 AZR 420/12).

Das BAG stellt an eine echte Druckkündigung strenge Anforderungen. Sie ist nur gerechtfertigt, wenn sie sich als „letzter Ausweg“ zur Abwendung eines dem Arbeitgeber andernfalls drohenden massiven Schadens darstellt. Das folgt, wie die Erfurter Richter ausführen, aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der das gesamte Kündigungsrecht beherrscht (BAG, Urt. v. 19.7.2016 – 2 AZR 637/15, AuA 1/18, S. 57).

Der Arbeitgeber darf in der konkreten Drucksituation nicht einfach dem Verlangen auf Entlassung des Mitarbeiters nachgeben. Er muss sich aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht schützend vor den betroffenen Arbeitnehmer stellen (BAG, Urt. v. 5.12.1985 – 2 AZR 61/85). Das erfordert ein aktives Handeln, das darauf gerichtet ist, den Druck abzuwehren (BAG, Urt. v. 15.12.2016 – 2 AZR 431/15). Je weniger sich eine Entlassungsforderung sachlich nachvollziehen lässt, desto mehr muss sich der Arbeitgeber bemühen, den oder die Dritten von der Forderung nach einer Entlassung abzubringen. Unternimmt der Arbeitgeber nichts gegen den Druck, ist eine Kündigung schon deshalb unwirksam. Welche Maßnahmen der Arbeitgeber ergreifen muss, hängt auch hier von der konkreten Situation ab. Nach der Rechtsprechung des BAG muss er z. B. Arbeitnehmer, die mit einem rechtswidrigen Streik drohen, darauf hinweisen, dass ein solches Verhalten einen schwerwiegenden, nach einer Abmahnung ggf. zur Kündigung berechtigenden Vertragsbruch darstellt und ihnen für die ausfallende Arbeitszeit kein Entgelt zusteht. Und er ist, wie die obersten Arbeitsrichter betonen, gehalten, dem Eindruck entgegenzuwirken, er habe für ein unberechtigtes Entlassungsverlangen Verständnis (BAG, Urt. 15.12.2016 – 2 AZR 431/15).

SHITSTORMS ALS KÜNDIGUNGSGRUND

Von Anfang an war das Westin Hotel auch einem massiven Shitstorm ausgeliefert. Gemeint ist damit ein Sturm der Entrüstung in einem Kommunikationsmedium des Internets, der zum Teil mit beleidigenden Äußerungen einhergeht (Duden, Stichwort Shitstorm). Solche Stürme der Entrüstung können Unternehmen in den Kommentarfunktionen ihrer Internetseiten treffen, treten aber vor allem auf Social-Media-Plattformen wie Facebook und X (ehemals Twitter) auf.

In den letzten Jahren gab es immer wieder Fälle, in denen sich Shitstorms wegen des Verhaltens eines Beschäftigten über Unternehmen ergossen – teilweise wegen des dienstlichen Verhaltens eines Arbeitnehmers, teilweise wegen außerdienstlichen Verhaltens, insbesondere Meinungsäußerungen in den sozialen Medien. Solche Shitstorms werden häufig mit der Forderung verbunden, den jeweiligen Mitarbeiter zu entlassen. Ausgelöst werden sie oft durch Postings reichweitenstarker Accounts, etwa von Politikern.

So erlebte bspw. eine Kreissparkasse einen Shitstorm, nachdem ein Mitglied des Abgeordnetenhauses Berlin sie wegen des Verhaltens eines Mitarbeiters öffentlich anprangerte. Der Arbeitnehmer hatte den Politiker in einer E-Mail mit den Daten des Kreditinstituts scharf kritisiert und ausgeführt, dass solche Politiker die Menschen dazu bringen, die AfD zu wählen. Während in diesem Fall durch die Verwendung der dienstlichen E-Mail ein dienstlicher Bezug bestand, geht es in anderen Fällen meist um rein private Äußerungen ohne Bezug zum Arbeitsverhältnis. So versuchte etwa eine bekannte Internetnutzerin eine Bank über Druck in den sozialen Medien zur Kündigung eines Mitarbeiters zu bewegen, weil dieser sich zum Thema Abtreibung geäußert hatte und dabei fast wörtlich die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts vertrat. Aus Sicht der Denunziantin ist diese Auffassung mit der Stellung des Betroffenen als Compliance Officer einer Bank unvereinbar.

In solchen Situationen stellt sich die Frage, ob der dadurch entstehende Druck eine echte Druckkündigung rechtfertigen kann (vgl. dazu bereits Diringer in: BVAU [Hrsg.], Arbeiten 4.0 in der Unternehmenspraxis, 2020, S. 172, 185 ff.). Das ist allerdings nur in Ausnahmefällen denkbar.

Shitstorms wirken zwar allein durch die Masse von Kommentaren oder Postings oft erdrückend. Und es ist nicht zu verkennen, dass sie dazu geeignet sind, dem Image eines Unternehmens zu schaden. Allerdings verbergen sich dahinter oft organisierte Gruppen und eine Vielzahl anonymer Nutzer, die weder als Kunden noch in sonstiger Weise mit dem Unternehmen zu tun haben. Dass es bei Verwirklichung von Boykott- oder sonstigen Drohungen tatsächlich zu schweren wirtschaftlichen Schäden kommt, ist damit zwar nicht ausgeschlossen, zumeist aber unwahrscheinlich.

Zudem hängt viel vom Verhalten des Unternehmens ab. Das ist wie dargelegt verpflichtet, sich aktiv vor den Mitarbeiter zu stellen. Bei Entlassungsforderungen wegen privater Meinungsäußerungen kann das z. B. heißen,

- dass ein angegriffenes Unternehmen auf die Bedeutung der Meinungsfreiheit, eines der „vornehmsten Menschenrechte überhaupt“ (BVerfG, Beschl. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81), hinweist und klarstellt, dass Äußerungen ohne dienstlichen Bezug keine Kündigung rechtfertigen können.
- Keinesfalls darf es sich über etwaige Maßnahmen, etwa Gespräche mit dem Mitarbeiter, öffentlich äußern.
- Und es sollte auch sonst alles unterlassen, was den Shitstorm weiter befeuern kann.

Wie man es nicht machen sollte, hat die Kreissparkasse in dem o. g. Fall gezeigt. Sie hat ihren Mitarbeiter in den sozialen Medien öffentlich kritisiert und über das betriebsinterne Vorgehen berichtet. Das war schon im Hinblick auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers unzulässig. Für den Mitarbeiter hatte das alles ebenso wie für seine Familie weitreichende Konsequenzen. Sie wurden online und im „Real Life“ terrorisiert. Dem Kreditinstitut hat sein Vorgehen nicht geholfen – im Gegenteil! Die Äußerungen gaben dem Politiker die Möglichkeit, es erneut seinen Followern „zum Fraß vorzuwerfen“. Das Verhalten der Kreissparkasse wurde zudem von vielen anderen Nutzern kritisiert, was wiederum zu einem Shitstorm führte. Und über all das berichteten dann zahlreiche Medien.

FAZIT

Die Geschäftsführung des Westin Hotels hat sich von Anfang an schützend vor den Mitarbeiter gestellt. Sie hat alles getan, um den Sachverhalt aufzuklären und die Ergebnisse der Untersuchung transparent veröffentlicht. Das Hotel hat dafür aber einen hohen Preis gezahlt. Dazu gehörte nicht „nur“ der emotionale Druck, dem die Geschäftsführung und die Mitarbeiter lange Zeit ausgesetzt waren. Durch Stornierungen und nachlassende Buchungen hat es auch erhebliche finanzielle Einbußen hinnehmen müssen.

Dass sich die Hotelleitung trotz allem so verhalten hat, ist ihr hoch anzurechnen. Sie hat nicht „nur“ juristisch alles richtig gemacht, sondern sich auch menschlich vorbildlich verhalten. Darauf aber können sich Arbeitnehmer nicht immer verlassen. Vor den Gerichten landen immer wieder Fälle, in denen Beschäftigten vorschnell gekündigt wird.

Der Fall Gil Ofarim zeigt, dass Arbeitgeber strikt die Anforderungen einhalten sollten, die die Rechtsprechung an die Zulässigkeit einer Verdachts- bzw. Druckkündigung stellt. Sie sollten dabei im Hinblick auf ihre Fürsorgepflicht einen strengen Maßstab an sich selbst anlegen. Sie müssen alles Zumutbare tun, um einen Verdacht aufzuklären und Druck standzuhalten. Das kann aufwendig und mit Nachteilen verbunden sein. Das Arbeitsverhältnis ist aber eben kein bloßes Austauschverhältnis. Es ist für Arbeitnehmer die Grundlage ihrer finanziellen und oft auch sozialen Existenz.

Der Fall sollte aber auch Anlass sein, nochmals sehr grundsätzlich über die Instrumente der Verdachts- und Druckkündigung nachzudenken. Dass Menschen ihre Existenzgrundlage verlieren können, obwohl objektiv kein Fehlverhalten vorliegt, passt nicht zu einem Arbeitsrecht, das Schutzrecht der Arbeitnehmer ist. Wenn das BAG, wovon auszugehen ist, seine Rechtsprechung aufrechterhält, ist der demokratisch legitimierte Gesetzgeber gefordert, darüber eine Entscheidung zu treffen. ■



Prof. Dr. Arnd Diringer
Leiter der Forschungsstelle für
Arbeitsrecht der Hochschule
Ludwigsburg und Kolumnist
bei der Welt am Sonntag

Termin A | 18.–19. April 2024 | 9:00–12:15 Uhr

Termin B | 04.–05. Juni 2024 | 14:00–17:15 Uhr

Jetzt anmelden!



Bild: Allistair.peopleimages.com/stock.adobe.com



TRAINING

Fachkundenachweis für beauftragte Personen interner Meldestellen nach § 15 Abs. 2 Hinweisgeberschutzgesetz

Unternehmen und Organisationen, die Meldestellen errichten müssen, sind nach § 15 Abs. 2 HinSchG verpflichtet, die für die Bearbeitung von Meldungen zuständigen Personen für diese Aufgaben zu schulen.

Ziel unserer Schulung ist es, Meldestellenbeauftragte nicht nur mit den rechtlichen Rahmenbedingungen vertraut zu machen, sondern auch praktische Fähigkeiten für die Einrichtung und den Betrieb interner Meldestellen zu vermitteln. Durch interaktive Trainingseinheiten, die von der Theorie bis zur Praxis reichen, und abschließendem Wissenstest, der bei Bestehen mit einem Zertifikat belohnt wird, legen wir den Grundstein für eine effektive Hinweisgeberkultur in Ihrer Organisation.

Referenten:

Dr. Tobias Eggers

Fachanwalt für Strafrecht & Certified
Compliance Officer
PARK Wirtschaftsstrafrecht, Dortmund

Dr. Jan Tibor Lelley, LL.M.

Fachanwalt für Arbeitsrecht | Partner
BUSE Rechtsanwälte Steuerberater
PartG mbB, Frankfurt am Main



www.aua-online.de/veranstaltungen

„Normaler“ oder erweiterter Entlassungsbegriff?

Sonderkündigungsschutz in der Massenentlassung

Das Massenentlassungsrecht ist derzeit hinsichtlich seines Schutzzwecks und der Unwirksamkeitsfolge für Kündigungen bei Verstößen gegen das Anzeige- oder Konsultationsverfahren in aller Munde, insbesondere wegen der Vorlage des 6. Senats des BAG (Beschl. v. 14.12.2023 – 6 AZR 157/22 [B], NZA 2024, S. 119) an den 2. Senat und die darauffolgende Vorlage des 2. Senats an den EuGH (Beschl. v. 1.2.2024 – 2 AS 22/23 [A], NZA 2024, S. 257).

Bislang ist in ständiger Rechtsprechung mit den vorgenannten Verstößen die Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Kündigungen nach § 134 BGB i. V. m. § 17 Abs. 1 und 3 oder 2 KSchG verbunden (zuletzt mit Einschränkungen hinsichtlich der Übermittlungspflicht nach § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG, vgl. EuGH, Urt. v. 13.7.2023 – C-134/22, AuA 9/23, S. 54). Für Arbeitgeber ergeben sich bspw. bei großen Umstrukturierungen und damit verbundenen Massenentlassungen erhebliche Risiken. Um den weitreichenden Rechtsfolgen des Massenentlassungsrechts und der aktuellen Diskussion zu entgehen, ist es für Arbeitgeber unerlässlich, entweder

- bei Massenentlassungen die Anzeige- und Konsultationspflicht streng entsprechend § 17 Abs. 1 bis 3 KSchG einzuhalten oder
- die Entlassungen von Arbeitnehmern sorgfältig zu planen und im Zweifel das Eingreifen des Massenentlassungsschutzes durch geeignete Maßnahmen vorzubeugen.

In beiden Fällen hat der Arbeitgeber besonderes Augenmerk auf die Prüfung zu legen, ob eine Massenentlassung im Betrieb vorliegt. Hierbei stellen das Massenentlassungsrecht und seine vielen Facetten bei unterschiedlichsten Entlassungsmodalitäten Arbeitgeber immer wieder erneut vor Probleme. Vor diesem Hintergrund soll vorliegend auf die – von einer Entscheidung des BVerfG (Beschl. v. 8.6.2016 – 1 BvR 3634/13, AuA 9/16, S. 510) geprägte – Sonderkonstellation, wenn Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz unter behördlichem Zustimmungsvorbehalt Teil einer Massenentlassung sind, aufmerksam gemacht und in diesem Zusammenhang relevante Fragestellungen für die Durchführung einer Massenentlassung in diesen Fällen besprochen werden.

VORLIEGEN EINER MASSENENTLASSUNG

Wann eine Massenentlassung vorliegt und das Massenentlassungsrecht samt der Anzeige- und Konsultationspflicht für den Arbeitgeber greift, scheint § 17 Abs. 1 KSchG relativ simpel vorzugeben. Danach liegt eine Massenentlassung vor, wenn innerhalb von 30 Tagen eine bestimmte Anzahl an Arbeitnehmern in einem Betrieb entlassen wird. Die Schwellenwerte, die überschritten werden müssen, sind dabei abhängig von der Betriebsgröße und steigen in drei Schritten mit zunehmender Anzahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer, vgl. § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 KSchG.

PRÄVENTIVE SCHUTZRICHTUNG DES MASSENENTLASSUNGSRECHTS

Besonderheit des Massenentlassungsrechts ist jedoch, dass es einen präventiven Schutz bietet (vgl. Mazurek, Massenentlassung und Sonderkündigungsschutz, 2024, S. 72, 84, 90). Die Anzeigepflicht hat der Arbeitgeber ausweislich des Wortlautes von § 17 Abs. 1 KSchG zu erfüllen, „bevor“ er die Arbeitnehmer entlässt. Das Konsultationsverfahren muss unverzüglich eingeleitet werden, sobald eine unternehmerische Entscheidung getroffen wurde, die eine Massenentlassung für ihre Durchführung bedingt (EuGH, Urt. v. 21.9.2017 – C-149/16, NZA 2017, S. 1323, Rn. 29 ff.). Dabei darf der Arbeitgeber vor bzw. bei Einleitung des Konsultationsverfahrens noch keine unumkehrbaren Maßnahmen getroffen und hinsichtlich des Entlassungssachverhalts vollendete Tatsachen geschaffen haben (vgl. etwa BAG, Urt. v. 13.6.2019 – 6 AZR 459/18, NZA 2019, S. 1638, Rn. 45). Um zu bestimmen, ob Anzeige bei der Agentur für Arbeit zu erstatten und der Betriebsrat zu konsultieren ist, muss der Arbeitgeber prognostizieren, ob die geplanten Entlassungen in einem Referenzzeitraum von 30 Tagen den für ihn einschlägigen Schwellenwert nach § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 KSchG überschreiten und eine Massenentlassung vorliegt.

ENTLASSUNGSBEGRIFF ALS GRUNDLAGE FÜR DIE PROGNOSE EINER MASSENENTLASSUNG

Grundlage für diese Prognose ist der Entlassungsbegriff des § 17 Abs. 1 KSchG. Vom Verständnis der „Entlassung“ i. S. d. § 17 Abs. 1 KSchG hängt ab, zu welchem Zeitpunkt von einer Entlassung auszugehen ist und damit letztlich auch die Berechnung der Anzahl an Entlassungen für den Schwellenwert. In seiner prominenten Junk-Entscheidung hat der EuGH festgelegt, dass es auf den Zugang der Kündigung beim Arbeitnehmer und nicht etwa auf die Abgabe der Kündigungserklärung, die Unterzeichnung des Kündigungsschreibens oder den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ankommt (EuGH, Urt. v. 27.1.2005 – C-188/03, AuA 4/05, S. 242). Dies ist seit jeher auch ständige Rechtsprechung des BAG (siehe nur Urt. v. 13.6.2019 – 6 AZR 459/18, NZA 2019, S. 1638, Rn. 34 m. w. N.). Mithin lässt sich erst im Nachhinein feststellen, ob eine Massenentlassung vorlag und sich der gekündigte Arbeitnehmer auf den Massenentlassungsschutz berufen kann (BAG, Urt. v. 26.1.2017 – 6 AZR 442/16, NZA 2017, S. 577, Rn. 23 f.). Relevant wird diese Berechnung zudem, wenn der Arbeitgeber zunächst keine Massenentlassung geplant hat, denn die Anzeigepflicht entsteht auch nachträglich für die bereits ausgesprochenen Kündigungen, wenn der Schwellenwert an Entlassungen durch spätere Entlassungen innerhalb von 30 Kalendertagen erreicht wird. Erfolgen im 30-Tage-Zeitraum weitere Kündigungen zu einer bereits erfolgten Anzeige, ist vor jeder „Nachkündigung“ eine eigenständige Entlassungsanzeige erforderlich (BAG, Urt. v. 20.1.2016 – 6 AZR 601/14, NZA 2016, S. 490, Rn. 28).

BESONDERHEITEN BEI ARBEITNEHMERN MIT SONDERKÜNDIGUNGSSCHUTZ

Besonderheiten für die Prognose ergeben sich jedoch, wenn bei einer geplanten Massenentlassung auch Arbeitnehmer betroffen sind, die einem Sonderkündigungsschutz unter behördlichem Zustimmungsvorbehalt (bspw. § 18 Abs. 1 Satz 4 BEEG, § 17 Abs. 2 Satz 1 MuSchG, § 168 SGB IX) unterliegen. Bevor die Kündigung gegenüber diesen Arbeitnehmern ausgesprochen werden kann, ist die Zustimmung der zuständigen Behörden einzuholen. Da in diesen Fällen – mit Ausnahme von § 171 Abs. 1 SGB IX – grds. keine Fristen für die Entscheidung der Behörde geregelt sind, fällt eine Prognose für Arbeitgeber bei Zusammenfallen mit einer geplanten Massenentlassung schwerer. Er kann nicht sicher beurteilen, zu welchem Zeitpunkt die Zustimmung erteilt wird und damit vor der Zustimmungserteilung auch nicht, ob eine



darauffolgende Kündigung Teil der geplanten Massenentlassung ist oder gar aufgrund äußerst verspäteter Zustimmung im Zusammenhang mit anderen Kündigungen nachträglich zur Überschreitung des Schwellenwerts und der Anwendung des Massenentlassungsrechts führt (insgesamt hierzu Mazurek, Massenentlassung und Sonderkündigungsschutz, 2024, S. 104 ff.). Lange galt auch in diesen Situationen der Entlassungsbegriff entsprechend der EuGH-Rechtsprechung in der Rechtssache Junk, sodass der Arbeitgeber nach Zustimmung der Behörde zu beurteilen hatte, ob die Kündigung „massenentlassungsrelevant“ ist. Das BVerfG hat 2016 für diese Konstellationen jedoch ein neues, modifiziertes Verständnis des Entlassungsbegriffs vorgegeben, welches den Arbeitgeber und Rechtsanwender vor neue Herausforderungen stellt.

VERFASSUNGSKONFORM ERWEITERTER ENTlassUNGSBEGRIFF

Für Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz unter behördlichem Zustimmungsvorbehalt hat das BVerfG den Entlassungsbegriff i. S. d. § 17 Abs. 1 KSchG verfassungskonform erweiternd als Zugang des Antrags auf Zustimmung bei der zuständigen Behörde ausgelegt (BVerfG, Beschl. v. 8.6.2016 – 1 BvR 3634/13, AuA 9/16, S. 510). Hintergrund dessen war, dass sich der Ausspruch einer Kündigung aufgrund des vorher notwendigen Zustimmungsantrags nach § 18 Abs. 1 Satz 4 BEEG bei der zuständigen Behörde derart verzögerte, dass sie nicht mehr wie geplant in den 30-Tage-Referenzzeitraum der bevorstehenden Massenentlassung fiel und der Massenentlassungsschutz nicht greifen konnte. In der faktischen Nichtberücksichtigung sah das BVerfG eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) von Arbeitnehmern wegen ihres Sonderkündigungsschutzes – in der der Entscheidung zugrundeliegenden Konstellation insbesondere eine faktische Benachteiligung von Frauen, da die Elternzeit diese im höheren Maße treffe (Art. 3 Abs. 2 und 3 Satz 1 GG) –, welche die verfassungskonforme Auslegung des Entlassungsbegriffs notwendig machte.

Während berechtigte Bedenken gegenüber der Verfassungskonformität sowie der methodischen Vorgehensweise des BVerfG bestehen (ausführlich Mazurek, a. a. O., S. 188 ff.; Moll, Festschrift Willemsen, 2018, S. 319, 327), lassen sich die Zweifel der Unionsrechtskonformität schnell aus dem Weg räumen. Zwar ist das Massenentlassungsrecht unionsrechtsdeterminiert und der Entlassungsbegriff somit bindend vom EuGH vorgegeben (EuGH, Urt. v. 27.1.2005 – C-188/03, AuA 4/05, S. 242). Allerdings können nach Art. 5 RL 98/59/EG (im Folgenden: ME-RL) auch Gerichte den Entlassungsbegriff in Abweichung von vorherigen Vorgaben des EuGH eigenständig erweitern, soweit die Erweiterung günstiger ist als die Mindestvorschriften der ME-RL. Diesen Umsetzungsspielraum hat das BVerfG eingehalten, da es den Schutz der Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz in der Massenentlassung erweitert und nur eine alternative Auslegung des Entlassungsbegriffs geschaffen hat (Mazurek, a. a. O., S. 130 ff.; MHdB ArbR/Spelge, § 121 Rn. 83; a. A. Moll, a. a. O., S. 319, 326). Unabhängig

von der Kritik wird dieses Verständnis vom Entlassungsbegriff aufgrund der Bindungswirkung gem. § 31 Abs. 1 i. V. m. § 93c Abs. 1 Satz 2 BVerfGG bei der Planung von Massenentlassungen, die auch Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz betreffen, maßgeblich sein (die Bindungswirkung anerkennend und die Entscheidung bestätigend BAG, Urt. v. 26.1.2017 – 6 AZR 442/16, AuA 3/17, S. 142).

ÜBERTRAGBARKEIT AUF ANDERE SONDERKÜNDIGUNGSTATBESTÄNDE

In seiner Entscheidung befasst sich das BVerfG nur mit dem Sonderkündigungstatbestand des § 18 Abs. 1 Satz 4 BVerfG für den Sonderfall, dass die Massenentlassung im Zusammenhang mit einer Betriebsstilllegung stattfindet. Es bleibt daher die Frage, auf welche weiteren – von behördlichen Zustimmungen abhängige – Kündigungen die Entscheidung zu übertragen ist.

Ob der verfassungskonform erweiterte Entlassungsbegriff nur bei Betriebsstilllegungen oder bei allen Massenentlassungen anzuwenden ist, kann nicht pauschal beantwortet werden. Der Entscheidung des BVerfG ist zumindest keine abschließende Beschränkung zu entnehmen. Vielmehr hat das BVerfG allgemeine Anwendungsvoraussetzungen aufgestellt, wann der verfassungskonform erweiterte Entlassungsbegriff anzuwenden ist. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob

1. die Kündigung eines Arbeitnehmers mit Sonderkündigungsschutz aufgrund des behördlichen Zustimmungsverfahrens aus dem Massenentlassungszusammenhang fällt und
2. ob das behördliche Zustimmungsverfahren einen dem Massenentlassungsrecht gleichwertigen Schutz bietet (vgl. Mazurek, a. a. O., S. 258 ff.).

Besteht kein gleichwertiger Schutz, so ist der verfassungskonform erweiterte Entlassungsbegriff anzuwenden.

Die verfassungskonforme Auslegung des Entlassungsbegriffs gilt nach diesem Prüfungsprogramm grds. auch für Arbeitnehmer, die dem Sonderkündigungsschutz nach § 17 Abs. 2 Satz 1 MuSchG, § 5 Abs. 2 PflegeZG bzw. § 2 Abs. 3 FPfZG oder § 168 SGB IX unterliegen (vgl. etwa Hangarter, FA 2017, S. 130, 132; Hexel, DB 2016, S. 2486, 2487; Spelge, NZA-Beilage 3/2017, S. 108, 111). An einem gleichwertigen Schutz fehlt es bei all diesen Sonderkündigungstatbeständen lediglich in Fällen der Betriebserschließung, Betriebsteilschließungen sowie Betriebsverlagerungen jeweils ohne Weiterbeschäftigungsmöglichkeit (ausführlich hierzu Mazurek, a. a. O., S. 263 ff.). In diesen Fällen ist eine Entscheidung der zuständigen Behörde zwar nicht entbehrlich. Eine Überprüfung der Umstände ist allerdings aufgrund von Verwaltungsvorschriften (bspw. § 2.1.4 VwV-BEEG) oder ermessenslenkenden Normen (bspw. §§ 171, 173 SGB IX) stark eingeschränkt, da in vorstehenden Unternehmenslagen eine Zustimmung zur Kündigung regelhaft erteilt werden soll. Erst bei fehlender Überprüfung und regelhafter Zustimmung der Behörde fehlt es an einem dem Massenentlassungsrecht gleichwertigen Schutz. Die Übertragbarkeit ist also auf Massenentlassungen in diesen speziellen unternehmerischen Situationen begrenzt.

KONSEQUENZEN DES ERWEITERTEN ENTLASSUNGSBEGRIFFS

Neben der Frage der Übertragbarkeit auf andere Sonderkündigungstatbestände bestehen weitere Folgefragen für die Anwendung des Massenentlassungsrechts, insbesondere des Massenentlassungsverfahrens, die nicht nur die Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz, sondern alle einer Massenentlassung unterliegenden Arbeitnehmer sowie das Schicksal der Massenentlassung betreffen können. Diese Problematiken hat das BAG bereits in der Folgeentscheidung aufgeworfen, aber nicht beantwortet (BAG, Urt. v. 26.1.2017 – 6 AZR 442/16, AuA 2/18, S. 121). Zu diesen soll im Folgenden Stellung genommen und eine Lösung zugeführt werden.

AUSLÖSEN DES MASSENENTLASSUNGSSCHUTZES FÜR ALLE ARBEITNEHMER

Von wesentlicher Bedeutung ist die Frage, ob der erweiterte Entlassungsbegriff nur angewendet werden kann, wenn schon ein vollendeter Tatbestand einer Massenentlassung vorliegt oder auch, wenn durch Hinzurechnung des Arbeitnehmers mit Sonderkündigungsschutz und das Abstellen auf die Antragsstellung erst eine Massenentlassung vorliegt. Das BVerfG differenziert hierzu nicht. Es stellt lediglich auf den Entzug des Massenentlassungsschutzes ab (vgl. BVerfG, Beschl. v. 8.6.2016 – 1 BvR 3634/13, AuA 5/17, S. 308). Nicht zwingend ist für den Entzug, dass bereits eine tatbestandsmäßige Massenentlassung vorliegt.

Ein Entzug des Schutzes kann auch dann vorliegen, wenn die mangelnde Berücksichtigung des Arbeitnehmers mit Sonderkündigungsschutz aufgrund des behördlichen Zustimmungserfordernisses dazu führt, dass der Massenentlassungsschutz für ihn und alle anderen Arbeitnehmer tatbestandlich nicht eröffnet ist (ausführlich hierzu Mazurek, a. a. O., S. 286 f. m. w. N.). Zur Bestätigung dient folgende Kontrollüberlegung: Ist der Schwellenwert des § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG vor der Antragsstellung bei der zuständigen Behörde noch nicht erreicht und wird dieser auch nicht durch die Hinzurechnung der Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz überschritten, so greift auch kein Massenentlassungsschutz, der entzogen werden könnte. Alle Arbeitnehmer werden in dieser Situation gleichbehandelt (so auch Spelge, NZA-Beilage 3/2017, S. 108, 111). Wird allerdings der Schwellenwert durch die hypothetische Hinzurechnung des Arbeitnehmers mit Sonderkündigungsschutz überschritten und fällt dieser nur wegen der Antragsstellung nicht in den Referenzzeitraum, so liegt ein diskriminierender Entzug des Massenentlassungsschutzes vor. Dass der Massenentlassungsschutz auch für die übrigen Arbeitnehmer entsteht, ist lediglich ein Nebenprodukt des Grundsatzes der Anpassung nach oben bei Anwendung des Gleichheitssatzes.

Mithin kann der Zustimmungsantrag bei der Behörde bereits für die Entstehung des Massenentlassungsschutzes entscheidend sein, was dem Arbeitgeber die Möglichkeit zur Staffelung der Kündigungen und Zustimmungsanträge eröffnet (hierzu sogleich).

KEINE DOPPELTE BERÜCKSICHTIGUNG VON ARBEITNEHMERN MIT SONDERKÜNDIGUNGSSCHUTZ

Zu klären ist weiterhin, wie mit dem verfassungskonform erweiterten Entlassungsbegriff umzugehen ist, wenn mehrere Massenentlassungswellen nacheinander erfolgen. Problematisch ist die Beurteilung dann, wenn der Antrag auf behördliche Zustimmung im Zusammenhang mit einer Massenentlassung ergeht und die darauf folgende Kündigung des Arbeitnehmers mit Sonderkündigungsschutz in eine weitere Massenentlassung fällt (zur Veranschaulichung der zeitlichen Abfolge mit Abbildungen Bezani, Festschrift Willemsen, 2018, S. 55, 61 f.). Bei konsequenter Anwendung beider Entlassungsbegriffe würde dies dazu führen, dass Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz im Rahmen des Anzeige- und Konsultationsverfahrens beider Massenentlassungen zu berücksichtigen sind.

Fallen die Kündigung von Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz und die entsprechende Antragsstellung bei der zuständigen Behörde in zwei unterschiedliche Massenentlassungssachverhalte, so findet keine Doppelberücksichtigung der Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz statt (Mazurek, a. a. O., S. 292 f.; i. E. ebenso LKB/Bayreuther, § 17 KSchG Rn. 34; MHdB ArbR/Spelge, § 121 Rn. 86), sodass diese sich nur auf die Fehler einer Massenentlassung berufen können. Gegen eine doppelte Berücksichtigung bzw. Anwendung beider Entlassungsbegriffe spricht, dass für den verfassungskonform erweiterten Entlassungsbegriff zunächst eine Nichtberücksichtigung im Massenentlassungsschutz aufgrund Anwendung des „normalen“ Entlassungsbegriffs notwendig ist. Ein ausschließliches oder zusätzliches Abstellen auf die Antragsstellung bei der Behörde und der dazugehörigen Massenentlassung würde in diesem Zusammenhang ohne verfassungsrechtliche Notwendigkeit dem Schutzzweck des Massenentlassungsrechts widersprechen. Der verfassungskonform erweiterte Entlassungsbegriff greift erst dann ergänzend ein. Eine doppelte Berücksichtigung ist damit in sich bereits ausgeschlossen.

Die Zuordnung der Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz zu einem Massenentlassungssachverhalt erfolgt daher aufgrund einer zweistufigen Prüfung (vgl. auch MHdB ArbR/Spelge, § 121 Rn. 86; Spelge, NZA-Beilage 3/2017, S. 108, 112). Dem unionsrechtlichen Entlassungsbegriff und dem daraus resultierenden Massenentlassungsschutz muss bei dieser Prüfung der Vorrang zukommen, da sonst nicht gewährleistet werden kann, dass der verfassungskonform erweiterte Entlassungsbegriff sich im Gestaltungsspielraum nach Art. 5 ME-RL bewegt. Art. 5 ME-RL gestattet nur einen zusätzlichen und erweiternden Schutz im Vergleich zum unionsrechtlichen Entlassungsbegriff (Mazurek, a. a. O., S. 178 f.), sodass bei einem fehlenden Vorrang des unionsrechtlichen Entlassungsbegriffs schon die Grundlage für den verfassungskonform erweiterten Entlassungsbegriff nicht mehr vorliegen würde.

- In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob ein Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz bereits aufgrund des unionsrechtlichen Entlassungsbegriffs einer Massenentlassung zuzuordnen ist und den entsprechenden Massenentlassungsschutz genießt.
- Erst wenn die erste Prüfung nicht zu einer Anwendbarkeit des Massenentlassungsschutzes führt, ist in einem zweiten Schritt zu schauen, ob Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz durch die Anwendung des verfassungskonform erweiterten Entlassungsbegriffs einer anderen Massenentlassung zugeordnet werden können, um dem Massenentlassungsschutz zu unterfallen.

Diese Prüfung gilt auch, wenn eine Massenentlassung mit mehreren Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz vorliegt, insbesondere wenn erst die Zusammenrechnung aller Arbeitnehmer zum Überschreiten des Schwellenwerts führt (vgl. auch KR/Weigand/Heinkel, § 17 KSchG Rn. 50).

UMGEHUNGSMÖGLICHKEIT DURCH ABSICHTLICHE STAFFELUNG BEHÖRDLICHER ANTRAGSTELLUNG

Der Arbeitgeber wird weder durch die ME-RL noch durch die §§ 17 ff. KSchG in seiner unternehmerischen Freiheit eingeschränkt, die Anwendung des Massenentlassungsrechts durch die Staffelung von Kündigungen zu umgehen (vgl. EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-201/15, AuA 6/18, S. 373; EuArbRK/Spelge, RL 98/59/EG, Art. 1 Rn. 7). Dem Arbeitgeber steht ein Gestaltungsspielraum für den Zeitpunkt der Kündigung zu, den er in seinem Ermessen ausüben darf. Für die Kündigung von Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz oder die dafür notwendigen Zustimmungsanträge bei der zuständigen Behörde gilt derselbe Maßstab (Mazurek, a. a. O., S. 287 ff. m. w. N.; a. A. Hessisches LAG, Urt. v. 23.9.2019 – 17 Sa 1564/18 sowie v. 4.11.2019 – 17 Sa 1570/18).

Zum einen besteht keine Diskriminierung von Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz, vielmehr wird die vom BVerfG verlangte Gleichbehandlung mit sonstigen Arbeitnehmern vorgenommen.

Zum anderen ist eine derartige Einschränkung nicht mit dem Unionsrecht vereinbar. Durch ein Verbot der Staffelung wäre die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers zu sehr eingeschränkt, da dem Arbeitgeber sonst jegliche Planungsgrundlage entzogen werden würde. Somit wäre in den Bereich der ME-RL eingegriffen, der gerade diese unternehmerische Freiheit gewährleistet und unberührt lässt. Die Grenze der Günstigkeitsklausel nach Art. 5 ME-RL wäre gerissen, da die effektive Umsetzung der ME-RL samt seinen Einschränkungen und Rechten gegenüber dem Arbeitgeber gefährdet ist (ähnlich Spelge, NZA-Beilage 3/2017, S. 108, 113). Der Anwendungsbereich des Unionsrechts wäre eröffnet, sodass kein Raum mehr für die Anwendung des verfassungskonform erweiterten Entlassungsbegriffs aufgrund von Art. 5 ME-RL bestünde oder die Staffelung der Kündigungen bzw. Anträge spätestens aufgrund des Anwendungsvorrangs im Wege der richtlinienkonformen Aus-

legung als nicht rechtsmissbräuchlich eingestuft werden müsste (vgl. Mazurek, a. a. O., S. 288 ff.).

Vor allem im Rückschluss aus den unionsrechtlichen Vorgaben ergibt sich unzweifelhaft, dass die bewusste Staffelung der Behördenanträge keine treuwidrige Umgehung des Massenentlassungsschutzes darstellt (so auch Hangarter, FA 2017, S. 130, 132); Spelge, NZA-Beilage 3/2017, S. 108, 113).

FAZIT

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der verfassungskonform erweiterte Entlassungsbegriff für das Massenentlassungsrecht und die Prognose einer Massenentlassung teilweise Besonderheiten bietet, die dem Arbeitgeber bei der Planung bewusst sein müssen, will er nicht riskieren, ein fehlerhaftes Massenentlassungsverfahren durchzuführen und damit die Unwirksamkeit der Kündigungen herbeiführen. Einzugestehen ist dabei, dass die Auswirkungen der Entscheidung des BVerfG und der Folgeentscheidung des BAG entgegen ersten Befürchtungen der Praxis stark begrenzt sind. Zwar ist auf den verfassungskonform erweiterten Entlassungsbegriff hinsichtlich aller Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz unter behördlichem Zustimmungsvorbehalt abzustellen, jedoch begrenzt auf Kündigungen bzw. Massenentlassungen in Fällen der

- Betriebsschließung,
 - Betriebsteilschließung sowie
 - Betriebsverlagerung
- jeweils ohne Weiterbeschäftigungsmöglichkeit.

Dennoch bilden sich in diesem begrenzten Anwendungsbereich Fälle, bei denen im Einzelfall (mehrere Massenentlassungswellen oder Auslösen des Massenentlassungsschutzes durch Antragsstellung im 30-Tage-Referenzzeitraum) trotz der aufgezeigten „Spielregeln“ für Arbeitgeber Unsicherheiten bestehen können. Um die dargestellten Probleme zu vermeiden, ist Arbeitgebern zu einem wellenartigen Personalabbau zu raten, der sich jeweils unter den Schwellenwerten des § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 KSchG bewegt. Dies ermöglicht die bewusste Staffelung der Kündigungen sowie der Antragsstellungen bei den zuständigen Behörden.

Ist eine Massenentlassung nicht vermeidbar, muss der Arbeitgeber mittels zweistufigem Prüfungsprogramm sorgfältig prüfen, welcher Welle der Massenentlassung Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz zuzuordnen sind, um der Anzeige- und Konsultationspflicht ordnungsgemäß nachzukommen. ■



Dr. Daniel Mazurek
Rechtsreferendar am OLG Köln

Online-Seminare

Profitieren Sie vom Fachwissen
renommierter Anwälte und Anwältinnen

Update Rechtsprechung Arbeitsrecht – Teil 2

18.06.24 | 10:00 bis 11:00 Uhr

Update Rechtsprechung öffentlicher Dienst: Eingruppierung nach TVöD/TV-L

19.06.24 | 10:00 bis 11:00 Uhr

Update Rechtsprechung öffentlicher Dienst: Arbeitszeit nach TVöD/TV-L

11.09.24 | 10:00 bis 11:00 Uhr

Wunschbelegschaft – ein unerreichbarer Traum?

12.09.24 | 10:00 bis 12:00 Uhr

Update Rechtsprechung Arbeitsrecht – Teil 3

17.09.24 | 10:00 bis 11:00 Uhr

Geeignet für die Fortbildung
nach § 15 FAO



www.aua-online.de/veranstaltungen



AuA
Personal | Praxis | Recht

Arbeit und
Arbeitsrecht

Compliance in der betrieblichen Praxis

Fremdfirmen rechtssicher einsetzen

Fremdfirmen-Compliance ist ein Dauerbrenner in der betrieblichen Praxis. Die Rechtsprechung der Gerichte und die Prüfungen durch den Zoll (FKS) nehmen jährlich zu. Eine unzutreffende Statusbeurteilung, d. h. Selbstständiger statt Arbeitnehmer (§ 611a BGB) oder abhängig Beschäftigter (§ 7 SGB IV), kann erhebliche Folgen nach sich ziehen. Hier soll ein Überblick über die aktuelle Rechtslage geben und aufgezeigt werden, wie die erheblichen Risiken in der Praxis minimiert werden können.

RECHTSFOLGEN UNZUTREFFENDER STATUSBEURTEILUNG

Die Rechtsfolgen einer unzutreffenden Statusbeurteilung können vielfältig und erheblich sein: Die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung (ANÜ) oder Scheinselbstständigkeit führen zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher bzw. Auftraggeber und zwar auch über Jahre/Jahrzehnte zurück mit allen Rechten und Pflichten (§§ 9, 10 Abs. 1 AÜG; § 611a BGB), z. B. auch gesetzliche Urlaubsansprüche, betriebliche Altersversorgung (BAG, Urt. v. 25.8.2020 – 9 AZR 373/19, NZA 2020, S. 1537: „freie“ Grafikdesignerin über 18 Jahre; LAG München, Urt. v. 30.4.2019 – 4 Sa 511/18, BeckRS 2019, 21787: 30 Jahre). Die Beweislast liegt grundsätzlich beim Kläger. Kann er die erforderlichen Tatsachen nicht vortragen, weil sie außerhalb des für seinen Anspruch erheblichen Geschehensablaufs stehen, können zu seinen Gunsten die Erleichterungen der sekundären Darlegungslast eingreifen (BAG, Urt. v. 25.7.2023 – 9 AZR 278/22, NZA 2024, S. 198). Der Arbeitgeber muss die nicht abgeführten Sozialversicherungsbeiträge sowie Steuern nebst Säumniszuschlägen allein nachzahlen (§ 28d, e Abs. 1 SGB IV) und kann nur sehr begrenzt – d. h. für die letzten drei Monate – Regress nehmen (§ 28g SGB IV). Im Sozialversicherungsrecht beträgt die Verjährungsfrist 30 Jahre nach § 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV bei Vorsatz. Bedingter Vorsatz i. d. S. soll anzunehmen sein, wenn Arbeitgeber Möglichkeiten zur Statusklärung nicht nutzen, keine Beiträge entrichten und abhängig Beschäftigte in gleicher Tätigkeit beschäftigen (LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 9.10.2023 – L 2 BA 56/23, NZS 2024, S. 116).

Es drohen Geld-/Freiheitsstrafen wegen vorenthalten Sozialversicherungsbeiträge sowie Steuern (§ 266a StGB; § 370 AO) und Bußgelder (§ 16 AÜG; § 8 Abs. 2 SchwarzArbG; § 378 AO; §§ 9, 30, 29a, 130 OWiG) für den Auftraggeber bzw. den Täter, der seine Arbeitgeberstellung vorsätzlich verkannt hat, wobei bedingter Vorsatz genügt (BGH, Beschl. v. 24.9.2019 – 1 StR 346/18, NJW 2019, S. 3532). Der Strafrahmen beträgt dabei:

- bis 50.000 Euro: i. d. R. Geldstrafe
- ab 100.000 Euro i. d. R. Freiheitsstrafe bei Ersttäter auf Bewährung (bis zu zwei Jahre)
- ab 1 Mio. Euro: Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren (BGH, Urt. v. 2.12.2008 – 1 StR 416/08, NJW 2009, 528).

Die strafrechtliche Verjährung ist zuletzt etwas „täterfreundlicher“ geworden (BGH, Beschl. v. 1.9.2020 – 1 StR 58/19, NZS 2020, S. 196; BGH, Beschl. v. 4.5.2022 – 1 StR 477/21, BeckRS 2022, 12881).

Den verantwortlichen Tätern droht im Innenverhältnis – neben arbeitsrechtlicher Abmahnung und verhaltensbedingter Kündigung (§§ 314 Abs. 2, 626 BGB; § 1 Abs. 2 KSchG) – Regress/Schadensersatz, bei Arbeitnehmern nach den Grundsätzen der Arbeitnehmerhaftung (§ 92 Abs. 2 AktG; § 42 Abs. 2 GmbHG; § 823 BGB i. V. m. § 266a StGB; § 280 BGB), d. h. die persönliche Haftung für einen dem Unternehmen bzw. der Behörde zugefügten Schaden durch aktives Tun oder pflichtwidriges Unterlassen in Garantenstellung (OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 29.1.2020 – 23 U 46/19, GWR 2020, S. 265; VGH München, Beschl. v. 28.12.2021 – 3 ZB 19.1398, BeckRS 2021, 41430: 450.000 Euro Schadensersatz eines Behördenleiters wegen einer Vielzahl von „Scheinwerkverträgen“ mit externen IT-Fachkräften von 2010 bis 2013). Grundsätzlich leisten auch sog. D&O-Versicherungen nicht bei Vorsatz (vgl. BGH, Urt. v. 18.10.2020 – IV ZR 217/19, NJW 2021, S. 231). Ein möglicher Regress kann auch durch Unfallversicherungsträger drohen (§ 110 SGB VII). Organen kann der Verlust des Rechtes zur Ausübung der Geschäftsführertätigkeit drohen (§§ 39, 6 GmbHG; § 35 GewO; § 24 VAG; § 25c KWG).

Dem Unternehmen drohen ein Reputationsverlust, Eintragung der Delikte in öffentlichen Registern (sog. Blacklisting, § 149 GewO; § 2 WRRegG) sowie Ausschluss von öffentlichen Ausschreibungen (§§ 123 f. GWB; § 21 SchwarzArbG). Sollte ein VerbandssanktionenG noch kommen mit einer Strafbarkeit des Unternehmens bzw. der juristischen Person als Täter, wären hohe Strafzahlungen in X % vom Unternehmensumsatz des Vorjahres

fällig, wie dies aus dem Kartellrecht und Art. 83 DSGVO-Bußgeldern bekannt ist.

Eine überhöhte Vergütung des Freelancers – im Vergleich zu einem entsprechend qualifizierten Stammbeschäftigten nach einem betrieblichen Vergütungssystem – kann der Arbeitgeber von diesem zurückverlangen, sodass dieser quasi mit Schulden startet (BAG, Urt. v. 26.6.2019 – 5 AZR 178/18, NZA 2019, S. 1558: 106.000 Euro für die Jahre 2001 bis 2009 eines IT-Freelancers, der sich erfolgreich eingeklagt hatte). Dieser Zahlungsanspruch könnte z. B. im Wege einer Widerklage geltend gemacht werden gegen eine Feststellungsklage auf Bestehen eines Arbeitsverhältnisses.

Ein eingeführtes und „State of the art“-Compliance-Management-System (CMS) wirkt straf-/bußgeldmildernd (BGH, Urt. v. 9.5.2017 – 1 StR 265/16, NJW 2017, S. 3798), die Nichteinführung kann ein haftungsbegründendes Organisationsverschulden begründen (OLG Nürnberg, Urt. v. 30.3.2022 – 12 U 1520/19, DB 2022, S. 2153 = NZG 2022, S. 1058).

PASSENDER VERTRAGSTYP

Wird externes Fachpersonal benötigt, das zur Bedarfsdeckung nach eigenen Anweisungen eingesetzt werden soll, z. B. zur Überbrückung von Arbeitsspitzen oder zur Vertretung von Stammbeschäftigten, und mit eigenem Stammpersonal ungetrennt zusammenarbeiten muss, dann ist die ANÜ der richtige Vertragstyp. ANÜ ist gegeben, wenn einem Entleiher namentlich konkretisierte Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen. Inhalt eines ANÜ-Vertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung dessen Betriebszwecke Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Leiharbeiter ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat (BAG, Urt. v. 27.6.2017 – 9 AZR 133/16, ArbRAktuell 2018, S. 285). Da die sog. „Fallschirmlösung“, wonach das Vorliegen einer Verleiherlaubnis an sich bei falscher Vertragswahl schützte, seit 1.4.2017 Geschichte ist, gilt jetzt: „Arbeitnehmerüberlassung ist nur drin, wo Arbeitnehmerüberlassung drauf steht“ – sonst besteht das Risiko verdeckter ANÜ (§ 10 Abs. 1 AÜG; Schaub/Koch, ArbRHB, 20. Aufl. 2023, § 102 Rz. 12; LAG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 5.12.2019 – 21 TaBV 489/19, ArbRAktuell 2020, S. 326).

Alternativ in Betracht kommt die befristete Einstellung eines eigenen Arbeitnehmers (§ 611a BGB; § 14 TzBfG). Bei sog. Projektbefristungen i. S. d. § 14 Abs. 1 Nr. 1 TzBfG ist entscheidend, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu erwarten sein muss, dass die im Rahmen des Projekts durchgeführten Aufgaben nicht dauerhaft anfallen und es sich um gegenüber den Daueraufgaben des Arbeitgebers nach Quantität und Qualität abgrenzbare Zusatzaufgaben handelt. Im Bereich der Daueraufgaben kann sich der Arbeitgeber auch nicht dadurch Befristungsmöglichkeiten schaffen, dass er diese Aufgaben künstlich in „Projekte“ zergliedert (BAG, Urt. v. 21.8.2019 – 7 AZR 572/17, NZA 2019, S. 1709).

Sollen abgrenzbare, konkret beschriebene, erfolgsbezogene und abnehmbare Leistungsgegenstände mit zeitlichen und inhaltlichen Milestones eingekauft werden (z. B. Softwareprodukt X erstellen mit konkreten Anforderungen/Spezifikationen anhand Pflichten-/Lastenheft), die der Auftragnehmer eigenverantwortlich erstellt, für die er haften soll und die nur bei abgenommenem Leistungserfolg vergütet werden (§§ 632, 641 BGB), dann ist der Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB) der richtige Vertragstyp. Fehlt es aber an einem vertraglich festgelegten abgrenzbaren, dem Auftragnehmer als eigene Leistung zurechenbaren und abnahmefähigen Werk, kommt ein Werkvertrag kaum in Betracht, weil der „Auftraggeber“ dann durch weitere Weisungen den Gegenstand der vom „Auftragnehmer“ zu erbringenden Leistung erst bestimmen und damit Arbeit und Einsatz erst bindend organisieren muss (BAG, Urt. v. 25.9.2013 – 10 AZR 282/12, NZA 2013, S. 1348).

Soll externes Fachpersonal tätigkeitsbezogen vorübergehend für von betrieblichen Daueraufgaben abgrenzbare Aufgaben oder Projekte eingesetzt werden, z. B. IT-/Ingenieursentwicklungsprojekte, wird häufig der Dienstleistungsvertrag (§ 611 BGB) eingesetzt. Dieser ist in der Praxis am weitesten verbreitet, aufgrund seiner Nähe zur verdeckten ANÜ oder zum Arbeitsvertrag aber auch am gefährlichsten. Eine Eingliederung in den Einsatzbetrieb sowie arbeits-/personenbezogene Weisungen, die über den im Leistungsverzeichnis festgelegten Vertragsgegenstand hinausgehen, müssen unterbleiben und auch das Projekt vom Stammbetrieb bzw. den Stammaufgaben/-belegschaft klar abgrenzbar sein (LAG Köln, Beschl. v. 8.5.2019 – 9 Ta 31/19, NZA-RR 2019, S. 441). Es müssen konkrete „Services statt Staff bzw. Bodyleasing“ bezogen werden.

AKTUELLE FÄLLE DER RECHTSPRECHUNG

Aus der reichhaltigen Rechtsprechung sollen einige aktuelle Entscheidungen erwähnt werden, wobei wichtig ist, dass stets eine Gesamtschau nach allen Umständen im konkreten Einzelfall maßgeblich ist, sodass sich Verallgemeinerungen verbieten.

- Busfahrer ohne eigenen Bus: Beschäftigter (LSG Hessen, Urt. v. 24.11.2016 – L 1 KR 157/16, BeckRS 2016, 111705); Pilot ohne eigenes Flugzeug: Beschäftigter (LSG Hessen, Urt. v. 29.9.2022 – L 8 BA 65/21, NZS 2023, S. 398). Die einmalige Beauftragung eines externen Busfahrers (Rentner) begründet aber noch kein Arbeitsverhältnis (LAG Hessen, Beschl. v. 14.2.2019 – 10 Ta 350/18, NZA-RR 2019, S. 505).
- Fremdes Kassenbedienpersonal in einem Kaufhaus: verdeckte ANÜ (LAG Berlin-Brandenburg v. 5.12.2019 – 21 TaBV 489/19, ArbRAktuell 2020, S. 326).
- Minijob-Nebenjob Kellnerin (Hauptberuf: Versicherungskauffrau 28 Stunden/Woche) in einem fremden Gastrobetrieb auf Stundenbasis (14 Euro) trotz angemeldetem Gewerbe für „Gastronomieservice“: beschäftigt (LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 9.10.2023 – L 2 BA 56/23, NZS 2024, S. 116 = ArbRAktuell 2023, S. 660).

ÜBERSICHT – DOS AND DON'TS IN DER PRAXIS

Dos

Beachten der internen FTE und Budgetvorgaben sowie Genehmigungsprozesse

Zutreffende, konkrete Verträge und Leistungsbeschreibungen (LB), d. h. der Auftragnehmer weiß genau, was er zu tun hat ohne ständiges Nachfragen; keine Leistungen außerhalb Vertrags/LB

Klar sichtbare räumlich-organisatorische Trennung (eigene Fläche, Trennwände, Ausschilderung „Extern“; keine Auftraggeber-Header ohne besondere Kennung; keine Nutzung von Visitenkarten, Briefpapier, Folien des Auftraggebers; kein Außenauftritt als Auftraggeber; eigene Zutrittsausweise

Kommunikation folgt klar den Vertragsbeziehungen (Kunde -> Auftraggeber -> Auftragnehmer -> Unterauftragnehmer) und über die definierten Ansprechpartner und Formate (sog. Brückenkopfmodell) oder IT-Ticket-/Auftragstools ohne Umgehung

Keine Vertretung von Arbeitnehmern oder Leihkräften des Arbeitgebers durch fremde Erfüllungshelferinnen und/oder umgekehrt bei Urlaub, Krankheit, Elternzeit

Personalplanung/-disposition des Auftraggebers erstreckt sich nur auf seine eigenen Arbeitnehmer und Leihkräfte/AÜG (Wer macht was, wann, wo, wie, mit wem?)

Fremdfirmen entscheiden selbst, wann, wo, wie und durch wen sie ihre vertraglichen Leistungspflichten erfüllen. Must-have-Abweichungen sind vertraglich zu regeln, z. B. feste Leistungsorte (aus Security-Gründen, Leistungsgegenstand), Präsenzzeiten, Mindestbesetzungen nach Quantität/Qualifikation

Ihre eigene vertragliche Leistungserbringung steuert und verantwortet allein der Auftragnehmer, nicht das Einsatzunternehmen

Fremdfirmen arbeiten mit eigenen/eigenbeschafften Arbeitsmitteln (Ausnahme: zwingende IT-Security-Gründe sind anerkannt, wo BYOD nicht möglich ist); sie benutzen eigene Firmen-/Mietwagen auf eigene Kosten und eigenes Risiko

Keine Einladung/Teilnahme Fremdfirmenbeschäftigter (EXT-Kennung) zu/an betrieblichen Events für Arbeitnehmer des Auftraggebers (Jour fixe, Teamevent, Offsite, Betriebsversammlungen, Weihnachtsfeier etc.); Leihkräfte dürfen teilnehmen (Equal-Treatment-Gebot)

Vertragliche Vereinbarung bestimmter Abstimmungstermine (z. B. Status-/Projekt-, Scrum-Meetings) oder Angebot mehrerer Termine zur freien Auswahl des Auftragnehmers

Bei agilen Methoden/Scrum: Vereinbarung Pull-/Pick-Methode im Vertrag mit Auftragnehmer ohne Annahmepflicht; Auftraggeber erteilt keine weiteren Vorgaben bis zur Abnahme der Programmkomponenten in agiler Weise/Scrum-Meetings (zweiwöchentlich)

Selbstständige haben Vergütung, die deutlich über der vergleichbarer Stammbeschäftigter liegt und Eigenvorsorge ermöglicht (Versicherungen, auftragslose Zeiten [BSG, Urt. v. 31.3.2017 – B 12 R 7/15, NZA 2017, S. 1173])

Selbstständige haben eigene Firma, treten werbend im Markt auf und können für weitere Auftraggeber tätig sein auch während des Projekts (rechtlich/dürfen und zeitlich/können)

Arbeitnehmer und Leihkräfte des Auftraggebers dürfen Führungs- und Projektleiterfunktionen für Stammbeschäftigte ausüben

Fremdfirmen sind vor Einsatz über Gefahren für Sicherheit/Gesundheit zu unterweisen (§ 8 Abs. 2 ArbSchG); darüber hinaus sind sie von Fort-/Weiterbildungen des Auftraggebers ausgeschlossen und nehmen nicht gemeinsam mit Arbeitnehmern des Auftraggebers daran teil

Arbeitnehmer und Leihkräfte des Auftraggebers haben Zugang zu Intranet, Gruppen/Räumen, IT-Systemen etc. (nach Need-to-know-Prinzip gem. Datenschutz-/Geschäftsgeheimnisschutz)

Arbeitszeiterfassung nach § 16 ArbZG, § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG gilt allein für Stammbeschäftigte und Leihkräfte (Kommen, Gehen, Pausen)

Beauftragte Fremdfirmen haben mehr als einen Mitarbeiter und entscheiden selbst, wer, wann, wo, wie arbeitet zur Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtung; sie haben noch eigene unternehmerische Spielräume und tragen Chancen und Risiken

Don'ts

Verstöße gegen interne FTE und Budgetvorgaben sowie Genehmigungsprozesse

Pauschale, schwammige Beschreibung des Leistungsgegenstands, die ein regelmäßiges Nachfragen und Konkretisierung durch den Auftraggeber erfordern; Leistungen außerhalb Vertrags/LB

Integration von Selbstständigen/Fremden in die Auftragnehmer-Teams: räumliches Zusammensitzen, direkte/unbegrenzte Kommunikation, arbeitsteiliges Zusammenarbeiten, gegenseitiges Unterstützen; Zusammenarbeit Schulter an Schulter und Hand in Hand, egal ob Präsenz oder online

Auftraggeber beauftragt direkt fremde Erfüllungsgehilfen unter Über-/Umgehung deren Arbeitgeber, Führungskräfte, Brückenköpfe bzw. IT-Tickettools und „regiert“ so in fremden Organisationsbereich hinein; überspringende Cross-Company-Border- bzw. Contract-Weisungen

Fremdfirmen vertreten Arbeitnehmer oder Leihkräfte des Arbeitgebers bei Abwesenheit (Urlaub, Krankheit, Dienstreisen) und/oder umgekehrt – „gemischte Teams“

Erfüllungsgehilfen von Fremdfirmen werden personell geplant und eingesetzt vom Auftraggeber statt von den Führungskräften/Projektleitern ihres Vertragsarbeitgebers und dort auch in An-/Abwesenheitslisten, Schichtplänen etc. geführt

Auftraggeber erteilt Anweisungen zu Zeit, Ort und Art der Leistungserbringung außerhalb der vertraglichen Regelungen, mischt sich in die fremde Unternehmensführung/Personalplanung ein, tritt wie Arbeitgeber/Führungskraft auf und erteilt entsprechende personen-, verfahrensbezogene Anweisungen an fremdes Personal („Bitte machen Sie jetzt ... so ... bis ... mit X.“)

Arbeitnehmertypische Abstimmungs-/Abmeldepflichten z. B. bei Urlaub, Krankheit gegenüber Einsatzunternehmen, das nicht Vertragsarbeitgeber ist

Überlassen/Nutzen von Auftraggeberarbeitsmitteln/-kleidung oder Firmenwagen an Externe zur eigenen Nutzung, womit die Differenzierung eigenes und fremdes Personal schwindet

Fremdfirmenbeschäftigte nehmen an Events/Veranstaltungen für Auftraggeberbeschäftigte teil wie eigene Arbeitnehmer, Leihkräfte

Persönliche Einladung Fremdfirmenbeschäftigter zu festen Terminen via Outlook (Anweisung) ohne vertragliche Grundlage („Bitte kommen Sie am ... um ... nach ... zwecks ...“)

Bei agilen Methoden/Scrum: Push-Methode = Auftraggeber weist einseitig an/zu ohne Ablehnungsrecht des Auftragnehmers; Auftraggeber erteilt vor Abnahme personenbezogene Anweisungen und „funkelt dazwischen“

Selbstständige haben Vergütung, die der von Stammbeschäftigten entspricht bzw. diese nicht übersteigt (Achtung: Allein eine hohe Vergütung Externer schützt nicht!)

Selbstständige haben keine eigene Firma, treten nicht werbend im Markt auf und haben nur einen Auftraggeber, insbesondere über längere Dauer und ohne Chance, weitere Auftraggeber parallel zu bedienen

Fremdfirmenbeschäftigte dürfen beim Auftraggeber Führungs- und Projektleiterfunktionen übernehmen und maßen sich Stammbeschäftigten gegenüber das Direktionsrecht an („Sie machen jetzt ... bis ...“)

An Schulungen, Fortbildungen, Learnings des Auftraggebers nehmen Fremdfirmenbeschäftigte zusammen mit dessen Stammbeschäftigten ungetrennt und auf dessen Kosten teil

Zugang von Fremdfirmenbeschäftigten zu Auftraggeber-IT-Systemen ist begrenzt, nur ein „Must-have“ für ihre eigene vertragliche Leistungserfüllung – auch Fremdfirmen untereinander (Chinese Walls wegen Daten-/Geschäftsgeheimnisschutz, Kartellrecht: sensibler Informationsaustausch unter Wettbewerbern)

Fremdfirmen weisen nur erbrachte Leistungsstunden nach, erfasst in ihren eigenen Systemen (für Abrechnungszwecke); Vergütung nur für vertraglich erbrachte Leistung (nicht bei Krankheit, Urlaub, Schulung etc.)

Beauftragte Fremdfirma ist eine Ein-Personen-Gesellschaft (GmbH, UG), für die allein der Gesellschafter/Geschäftsführer im Einsatz ist: Gesellschaftsrecht schützt nicht vor Sozial-/Arbeitsrecht

PRAXISTIPP

Es gibt keine Bereichsausnahme für „Expertenwissen“ und „Dienstleistungen höherer Art“ bzw. „hoher Vergütung“, die Scheinselbstständigkeit und verdeckte ANÜ ausschließen. „Fachkräftemangel“ ist keine Rechtfertigung. Wichtige Kriterien sind ein eigenes Unternehmerrisiko, Vorhandensein eigener Betriebsstätte oder wesentlicher Betriebsmittel, freie tatsächliche wie rechtliche Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft (auch tätig für andere/mehrere Auftraggeber) und im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit der Externen, sodass „know your partner & contractor“ bedeutend ist.

- Crowd-/Clickworker zur Prüfung Tankstellenangebot: Beschäftigter (BAG, Urt. v. 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, S. 552 = NJW 2021, S. 1551). Die Trilog-Einigung vom 11.3.2024 über die EU-Plattformarbeitsrichtlinie überlässt die Abgrenzung dem nationalen Recht und enthält keine eigenen fünf Kriterien mit Umkehr der Beweislast, wenn zwei erfüllt sein sollten.
- Fitnesstrainer in fremdem Fitnessstudio: Beschäftigter (LSG Bayern, Beschl. v. 18.8.2023 – L 7 BA 72/23 B ER, ArbRAktuell 2023, S. 498).
- Honorärärzte (Narkosefacharzt) im Krankenhaus: Beschäftigte (BSG, Urt. v. 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R, NZA 2019, S. 1583 = NZS 2020, S. 223).
- Nebenjob als Notarzt im Rettungsdienst: Beschäftigte (BSG, Urt. v. 19.10.2021 – B 12 KR 29/19 R, NZS 2022, S. 875).
- Honorarpflegekräfte in stationären Einrichtungen, Krankenhaus: Beschäftigte (BSG, Urt. v. 7.6.2019 – B 12 R 6/18 R, DStR 2019, S. 2494) und zwar auch im Falle eines Gesellschafters/Geschäftsführers, der allein die Dienstleistung erbringt (BSG, Urt. v. 20.7.2023 – B 12 BA 1/23 R, B 12 R 15/21 R, B 12 BA 4/22 R, CCZ 2023, S. 257 = NZA-RR 2024, S. 112; weiter noch: LSG Berlin Brandenburg, Urt. v. 5.11.2021 – L 26 BA 6/20, NZS 2022, S. 238), auch wenn sie deutlich mehr verdienen als angestellte Pflegekräfte.
- Ambulante Honorarpflegekräfte: beschäftigt bei fremdbestimmter Arbeitsorganisation (BSG, Urt. v. 19.10.2021 – B 12 R 6/20 R, NZS 2022, S. 757).
- Projektdienstleister/Leiter: Arbeitnehmer (LAG Köln, Beschl. v. 8.5.2019 – 9 Ta 31/19, NZA-RR 2019, S. 441).
- Hoch spezialisierte IT-Entwickler in agiler Arbeitsweise mit zwei Wochensprints nach Scrum-Methode: selbstständig (LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 17.12.2021 – L 8 BA 1374/20, ArbRAktuell 2022, S. 319; SG Berlin, Urt. v. 22.6.2022 – S 28 BA 126/20, BeckRS 2022, 17951).
- IT-Spezialisten in selbstgewählter Arbeitsstätte ohne Orts-/Zeitbindung: Heimarbeit, Beschäftigter (LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 26.1.2023 – L 4 KR 550/16, BeckRS 2023, 9149).
- Soloselbstständige in IT-Branche mit langjährig dauernden Auftragsverhältnissen zur Softwareerstellung/-anpassung für individuelle Unternehmenssoftware: Heimarbeit, Beschäftigter (LSG Hessen, Urt. v. 18.6.2020 – L 8 BA 36/19, NZS 2020, S. 775).
- Systemingenieur im Automotive-Bereich im Kundeneinsatz: verdeckte ANÜ (BAG, Urt. v. 5.7.2022 – 9 AZR 323/21, NZA 2022, S. 1602 = ArbRAktuell 2022, S. 619).
- Spezialisierte Erbringung von Architektur- und Planungsleistungen eines Ingenieurs im U-Bahn-Projekt: selbstständig (LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 12.5.2023 – L 8 BA 2807/22, BeckRS 2023, 18742).
- Musiktherapeutin mit drei Unterrichtsstunden/Woche in Jugendeinrichtung: selbstständig (LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 17.11.2023 – L 8 BA 1926/22, BeckRS 2023, 41236).
- Interimsmanager: beschäftigt (LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 16.1.2018 – L 11 R 4682/16, BeckRS 2018, 1697) oder Interimpersonalberater/-leiter: beschäftigt (LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 17.5.2021 – L 11 BA 3492/19, BeckRS 2021, 13759).
- Gitarrenlehrer an einer städtischen Musikschule: selbstständig (BSG, Urt. v. 14.3.2018 – B 12 R 3/17 R, NZS 2018, S. 470); Musiklehrer: beschäftigt (BSG, Urt. v. 28.6.2022 – B 12 R 3/20 R, NZS 2022, S. 860).
- Freier Sportfotograf: keine abschließende Entscheidung, sondern Zurückverweisung an das LAG (BAG, Urt. v. 30.11.2021 – 9 AZR 145/21, CCZ 2022, S. 250 = NZA 2022, S. 623).
- Freier Rechtsanwalt in fremder Kanzlei: Beschäftigter (BGH, Urt. v. 8.3.2022 – 1 StR 188/22, NZA 2023, S. 773).

ABGRENZUNGSKRITERIEN DER RECHTSPRECHUNG UND PRÜFUNGSMASSSTAB

Anweisungen gegenüber einem Selbstständigen oder Erfüllungsgehilfen einer Drittfirma dürfen nur sachbezogen und ergebnisorientiert sein (§ 645 Abs. 1 Satz 1 BGB). Sie dürfen nur auf die zu erbringende Dienst- oder Werkleistung ausgerichtet sein und sind zeitlich/thematisch abgegrenzt (Beispiel: Maler soll bis 15.6. Raum mit Tapete X tapezieren und Wände gelb streichen). Die weitere Organisation obliegt dem Auftragnehmer selbst (welche Mitarbeiter, wann) und es bedarf keiner weiteren Kommunikation, sondern nur der Abnahme durch den Auftraggeber nach der Fertigstellung (BAG, Urt. v. 5.7.2022 – 9 AZR 323/21, NZA 2022, S. 1602; BAG v. 5.7.2022 – 9 AZR 324/21, CCZ 2023, S. 43).

Das arbeitsvertragliche Weisungsrecht (§ 106 GewO) ist dagegen personenbezogen, ablauf- und verfahrensorientiert geprägt und beinhaltet Anleitungen zur Vorgehensweise und zur Motivation des Mitarbeiters, typischerweise im operativen Tagesgeschäft bzw. Daueraufgaben des Auftraggebers, auch bei Vertretung oder Vakanzüberbrückung – hierfür sind typischerweise allein der Vertragsarbeitgeber und dessen Führungskräfte zuständig, nicht aber Dritte/Fremde (BAG, Urt. v. 5.7.2022 – 9 AZR 323/21, NZA 2022, S. 1602). Der Arbeitgeber gibt also via Direktionsrecht z. B. vor, wer, wann, wo, wie viel, in welcher Reihenfolge, mit wem und wie arbeiten soll. Wird die Tätigkeit durch den „Auftraggeber“ geplant und organisiert und der Beschäftigte/Leistungserbringer in einen arbeitsteiligen Prozess in einer Weise eingegliedert (z. B. Rufbereitschaft, Schichtarbeit), die eine eigenverantwortliche Organisation der Erstellung des vereinbarten „Arbeitsergebnisses“ faktisch ausschließt, also auch typische unternehmerische Entscheidungen des Auftragnehmers, liegt ein Arbeitsverhältnis vor bzw. nahe. Die Einteilung eines Mitarbeiters in Organisations-, Dienst- und Produktionspläne stellt ein starkes Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft dar (BAG, Urt. v. 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, S. 552).

Die Weisungen und Integration in einen fremden Betrieb/Arbeitsorganisation können sein bzw. erfolgen:

- Typisch traditionell on-site: mündlicher Auftrag (z. B.: „Bitte machen Sie jetzt ... bis ... mit Kollegen X.“), physisches, ungetrenntes Zusammensitzen/Arbeiten Interner und Externer im Betrieb des Auftraggebers Schulter an Schulter und Hand in Hand, z. B. kurze Wege, Arbeit auf Zuruf, wie ein Team arbeitsteilig zusammenwirken.

- Digital/online/hybrid off-site: Cloud, Collaboration-Tools, IT-Whiteboards remote/mobil, E-Mails/Chats mit personenbezogenen Aufträgen an Einzelne etc., was sich mit moderner IT-Forensik nachweisen lassen könnte (Mengel, Compliance & Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2023, § 8 Rz. 12; BAG, Urt. v. 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, S. 552: Crowdworker).

Nach BAG (Urt. v. 18.1.2012 – 7 AZR 723/10, Rz. 35, NZA-RR 2012, S. 455: Flugsicherheitskontrolle) muss ein Unternehmer einen Dienst- oder Werkvertrag aber nicht notwendig mit eigenen technischen Mitteln erfüllen. Maßgeblich ist – statt der Eigentumsfrage – vielmehr, dass die Weisungsbefugnis beim Vorgesetzten der Fremdfirma verbleibt. Gerade im Bereich kritischer Sicherheitsstruktur (z. B. ITK) oder zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen erkennt die Rechtsprechung an, dass der Auftraggeber geprüfte, sichere Arbeitsmittel dem Auftragnehmer stellen und auch einen sicheren Leistungs-ort bestimmen darf, der Auftragnehmer also nicht „unsicher“ mit BYOD in einem Café vertragsgemäß leisten darf (BAG, Urt. v. 21.5.2019 – 9 AZR 295/18, Rz. 32, 36, NZA 2019, S. 1411; BAG, Urt. v. 18.1.2012 – 7 AZR 723/10, Rz. 35, NZA-RR 2012, S. 455).

Der Inhalt der Rechtsbeziehung ist sowohl auf Grundlage der ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien als auch unter Berücksichtigung der praktischen Durchführung des Vertrags zu bestimmen (BAG v. 20.9.2016 – 9 AZR 735/15, NZA 2017, S. 49). Widersprechen sich beide, ist die tatsächliche Durchführung des Vertrags maßgeblich, weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt und gelebt haben (§ 611a Abs. 1 Satz 6 BGB; BAG, Urt. v. 21.3.2017 – 7 AZR 207/15, NZA 2018, S. 1024). Es kann sich empfehlen, im Zweifel ein Statusanfrageverfahren nach § 7a SGB IV in die Wege zu leiten, um entsprechende Rechtssicherheit zu erlangen. Dieses bindet jedoch die Arbeitsgerichte bzgl. eines Arbeitnehmerstatus nicht, sondern wirkt nur sozialrechtlich (BAG, Urt. v. 21.5.2019 – 9 AZR 295/18, NZA 2019, S. 1411). Bei der internen eigenen Prüfung/Revision kann sich auch ein Perspektivwechsel empfehlen zur Identifizierung von evtl. Schwachstellen und deren Behebung:

- Was würde ein Beamter der Zolleinheit FKS mit Durchsuchungs-/Beschlagnahmebeschluss vorfinden (Verträge, Akten, IT-Forensik, Augenschein, Zeugenaussagen)?
- Was könnte ein sich einklagender Scheinselbstständiger vortragen und nachweisen, um seine Statusklage erfolgreich zu begründen und unbefristeter Stammbeschäftigter zu werden?
- Wie würde ein ehrenamtlicher Richter am Arbeits-/Sozialgericht in dem Fall entscheiden?

TIPPS ZU VERTRAGSGESTALTUNG UND DUE-DILIGENCE-PRÜFUNG

Großer Wert ist auf eine möglichst konkrete Aufgaben-/Leistungsbeschreibung zu legen, sodass der Auftragnehmer ohne häufiges Nachfragen genau weiß, was er vertraglich bis wann und wie schuldet und die Leistungserbringung selbst intern organisieren kann mit seinen

eigenen Erfüllungsgehilfen, Ressourcen oder von ihm beauftragten Unterauftragnehmern. Die Formulierungen sollten die eigenverantwortliche Tätigkeit, Expertise und unternehmerische Entscheidungsspielräume des beauftragten Fremdunternehmens verdeutlichen. Fünf vollen Werktagen ist eine Viertageweche vorzuziehen, damit der Externe noch anderweitige Aufträge aufgrund seines Marktauftritts bedienen kann.

Die beauftragte Fremdfirma muss mehrere Beschäftigte zur Leistungserbringung haben: Bei Ein-Personen-Gesellschaften (GmbH, UG), bei denen allein der Gesellschafter und Geschäftsführer beim Auftraggeber tätig ist, schützt das Gesellschaftsrecht nicht (mehr) vor dem Sozial-/Arbeitsrecht und kommt es auf die allgemeinen Kriterien an (BSG, Urt. v. 20.7.2023 – B 12 BA 1/23 R, NZA-RR 2024, S. 112).

Es ist auf die Dokumentation von Abgrenzungsstrukturen zu achten, welche in der gelebten Vertragspraxis einzuhalten sind, die wiederum im Streitfall bei Abweichungen vom Vertrag entscheidend ist. Bewährte und verbreitete Mittel sind:

- Repräsentanten bzw. Brückenkopfmodell, d. h. die Kommunikation folgt strikt den Vertragsbeziehungen über vertraglich definierte Ansprechpartner sowie Formate/Gremien, Termine ohne Übergriff bzw. „Durchregieren“ in einen fremden, vertragslosen Einflussbereich.
 - Anonyme Ticketsysteme und deren strikte Nutzung ohne Umgehung (LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 1.8.2013 – 2 Sa 6/13, NZA 2013, S. 1017: IT-Support).
 - Sichtbare räumliche, organisatorische, technische Trennung bei der selbstständigen Leistungserbringung im Betrieb bei Präsenzarbeit, aber auch digitaler, remote, hybrider Arbeitsweise, die durch IT-Forensik nachgewiesen werden kann.
- Sprachlich ist auf die Vermeidung ungünstiger Formulierungen/Termini zu achten, die auf eine unselbstständige, unkonkrete Leistung oder auf „Bodyleasing statt Service“ (ohne AÜN-Vertrag) hindeuten können, z. B.:
- „Unterstützung bei ...“ könnte Weisungen bzw. Arbeit nach Bedarf oder Ab-/Zuruf des Auftraggebers nahelegen. Besser ist die aktive Darstellung des fremden Leistungsbeitrags.
 - „Zusammen-/Teamarbeit“ bzw. alles mit „Arbeit“, was auf § 611a BGB hindeuten könnte. Ebenso: „Personalbedarf/-beschaffung“, „Beschäftigung“, „Tätigkeitsprofil“, „Personal-Nr./Stammsatz“.
 - „Vorgesetzte“ des Auftraggebers für unterstellte externe Erfüllungsgehilfen (Terminologie, Orga-Charts etc.).

FAZIT

Der Einsatz von Fremdfirmen ist oft unumgänglich, aber risikobehaftet. Wegen der erheblichen rechtlichen wie wirtschaftlichen Risiken, sollte der Auftraggeber diese und die für ihn relevante Rechtsprechung kennen. Auftraggeber sollten zudem geeignete Maßnahmen ergreifen und kontrollieren, dass die Risiken sich nicht in der Vertragsgestaltung und durchgängig gelebten Vertragspraxis realisieren. Sonst könnte schnell gelten: „Bad cases make bad law“ – gleich ob durch verschärfte Rechtsprechung oder Gesetze. ■



Volker Stück
Rechtsanwalt, Lead Expert
Labour Law & Mitbestimmung,
BWI GmbH, Bonn



Sabine Friedl
Rechtsanwältin, Lead Expert
Labour Law & Mitbestimmung,
BWI GmbH, München

Der Beitrag stellt die persönliche Auffassung der Autoren dar.

„Ablenkung kann störend, aber auch inspirierend sein“

Armin Franzmann

Fachanwalt für Arbeitsrecht, seit über 30 Jahren ausschließlich für Betriebsräte und Gewerkschaften im kollektiven Arbeitsrecht tätig

Dr. Jan Tibor Lelley

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Partner bei BUSE Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mbB



Der Ort, von dem aus Beschäftigte bestmöglich arbeiten, ist stark umstritten. Da stellt sich die ganz grundsätzliche Frage, wie die Zukunft der Arbeitsplatzgestaltung aussieht. Sehen Sie Vorteile des Homeoffice gegenüber der Präsenzarbeit im Büro, insbesondere im Hinblick auf die Arbeitsplatzgestaltung und -produktivität?

Franzmann: Wenn ich den Begriff „Arbeitsplatzgestaltung“ weit fassen darf, dann beantworte ich diese Frage mit einem eindeutigen JA. Stichworte meines JA sind Einsparung zeitlicher Ressourcen, Umweltgesichtspunkte, Vereinbarkeit von Familie und Beruf, Aufwertung des ländlichen Raumes bei gleichzeitiger Entlastung städtischer Ballungszentren durch weniger Verkehr und Umwidmung von Büroflächen. Unentschlossen bin ich bei der Produktivität, hier gibt es ein entschiedenes SOWOHL ALS AUCH. Ist der Arbeitserfolg Ergebnis eines hoch konzentrierten singulären Prozesses, mag ein Arbeiten von zu Hause aus vorteilhaft sein. Wird der Erfolg vornehmlich durch Interaktion und Teamwork erzielt, wird der Büroarbeitsplatz gewinnen. Ablenkung kann störend, aber auch inspirierend sein; letztlich wird es auf den einzelnen Arbeitnehmer ankommen, zumal mir empirisch belastbare Daten nicht bekannt sind.

Lelley: Unternehmen können durch Homeoffice-Modelle die Flexibilität der Arbeitsplatzgestaltung erhöhen, was potenziell zu einer Steigerung der Produktivität führt. Was ich in der Beratungspraxis immer wieder sehe: Es gibt da sehr wenig Schwarz oder Weiß. Eine Zeit lang sah es so aus, als ob Homeoffice das Maß aller Dinge werde. Das hat sich in der Praxis aus meiner Sicht nicht bewahrheitet. Ich sehe sogar eine Tendenz „zurück ins Büro“. Dazu gibt es auch immer mehr Rechtsprechung. Flexibilität, und da verrät man kein Geheimnis, dient in erster Linie den unternehmerischen Interessen. Denn sie ermöglicht, Kosten zu senken und Ressourcen effizienter zu nutzen. Dem entgegen, vielleicht besser gesagt auf der anderen Seite, stehen dann die Anforderungen des ArbZG und andere rechtliche Rahmenbedingungen. Die müssen eingehalten werden, während gleichzeitig die unternehmerische Freiheit gewahrt bleibt.

Wie können Unternehmen und Betriebsräte sicherstellen, dass Mitarbeiter im Homeoffice eine ausgewogene Work-Life-Balance und dabei ihre Leistungsfähigkeit erhalten?

Franzmann: Nachhaltig beantwortet dies die jeweilige Unternehmenskultur, die Betriebsparteien können diese durch Regeln konfigurieren. Nach meiner Erfahrung ist folgende Frage zu beantworten: Ist es selbstverständlich, Anfragen, die nur mit überobligatorischem Arbeits-einsatz zu erfüllen sind, abzulehnen? Gibt es hierfür auf Arbeitgeberseite – gewachsen aus der Erkenntnis einer Disproportionalität von Arbeit und Anzahl der Arbeitnehmenden – eine hinreichende Sensibilität? Wir kennen das Thema bereits aus der Vertrauens-arbeitszeit. Hier wie dort würde ich nicht auf technische Lösungen verzichten wollen: Arbeitnehmer haben sich auch im Homeoffice an ihren zur Verfügung gestellten

mobilen Endgeräten zur Arbeit an- und abzumelden – in Kürze wird es hierzu ohnehin gesetzliche Pflichten geben – und das mobile Endgerät schaltet sich arbeitstäglich nach zehn Stunden ab (§ 3 Satz 2 ArbZG) und erst nach elf Stunden (§ 5 Abs. 1 ArbZG) wieder ein.

Lelley: Das Stichwort Vertrauen in der Vertrauensarbeitszeit nehme ich gern auf: Das Ganze ist aus meiner Sicht ein Thema der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeberin und Betriebsrat. Unternehmen sollten in Zusammenarbeit mit Betriebsräten Richtlinien entwickeln, die sowohl den Bedürfnissen der Mitarbeiter als auch den unternehmerischen Anforderungen gerecht werden. Dabei sind Personalabteilungen aber erfahrungsgemäß immer wieder mit der Herausforderung eines ausbalancierten Zusammenspiels mit ihren Betriebsräten konfrontiert. Sie müssen nämlich darauf achten, dass die Mitbestimmung des Betriebsrats nicht zu übermäßiger Bürokratie führt, die die unternehmerische Flexibilität einschränken könnte. Eine ausgewogene Work-Life-Balance ist zwar wichtig, jedoch muss auch die unternehmerische Freiheit geschützt werden.

Welche betriebsverfassungsrechtlichen Aspekte müssen bei der Einführung von Homeofficeregelungen beachtet werden?

Franzmann: Von mir mitgestaltete Betriebsvereinbarungen auf Grundlage von § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG sowie § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG zur mobilen Arbeit verhalten sich zum wöchentlichen oder monatlichen Umfang, den Arbeitsort jenseits einer Vertragslage selbst zu wählen. Sie werden konkretisiert durch ein Weisungsrecht des Arbeitgebers, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Ankündigungsfristen Arbeitnehmer das Büro oder den Kunden aufzusuchen haben. Geregelt wird in Betriebsvereinbarungen zur mobilen Arbeit das jeweilige Ausstattungsniveau und Kompensationen für den Unterhalt des Arbeitsplatzes in der Wohnung des Arbeitnehmers, konkrete Schritte zur Gefährdungsbeurteilung und letztlich Bedingungen zum Widerruf der Berechtigung zum selbstgewählten Arbeitsort.

Lelley: Bei der Einführung von Homeofficeregelungen müssen Unternehmen die betriebsverfassungsrechtlichen Aspekte sorgfältig berücksichtigen. Während die Mitbestimmung des Betriebsrats wichtig ist, um die Interessen der Arbeitnehmer zu vertreten, darf sie nicht dazu führen, dass unternehmerische Entscheidungen blockiert oder verzögert werden. Das ist ein altes und bekanntes Thema, fast ein Evergreen des BetrVG. Eine ausgewogene Zusammenarbeit zwischen Unternehmen und Betriebsräten ist entscheidend, um diesen Interessengegensatz zu bewältigen.

Welche Technologien sind notwendig, um eine effektive Kommunikation und Zusammenarbeit zwischen Homeoffice und Büro zu gewährleisten und wie können diese in Einklang mit Betriebsverfassung und Datenschutzrecht gebracht werden?

Franzmann: Der Homeoffice-Arbeitsplatz ist wie ein Büroarbeitsplatz auszustatten und die Erreichbarkeit muss über stabile Netze gewährleistet sein. Die Einführung und Nutzung von Kommunikationstools unterliegen der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6. Betriebsräte haben gemeinsam mit dem betrieblichen Datenschutzbeauftragten Sorge zu tragen, dass der Grundsatz der Datensparsamkeit gewahrt bleibt und ein ausgewogenes Berechtigungskonzept vereinbart wird. Dass Videomeetings nicht aufgezeichnet werden, sollte selbstverständlich sein und immer wieder kontrolliert werden.

Lelley: Zur Gewährleistung einer effektiven Kommunikation und Zusammenarbeit zwischen Homeoffice und Büro sind verschiedene technologische Lösungen und Anwendungen erforderlich, wie z. B. Videokonferenzsysteme und Kollaborationsplattformen. Diese müssen im Einklang mit dem Betriebsverfassungsgesetz und dem Datenschutzrecht eingesetzt werden, um die Privatsphäre der Mitarbeiter zu schützen und die gesetzlichen Anforderungen zu erfüllen.

Bedeutet das Homeoffice Chancen oder Gefahren für eine kollektive Interessenvertretung?

Franzmann: Die Neufassung in § 30 Abs. 2 und 3 BetrVG mit der Möglichkeit, neben Präsenzpflicht in Betriebsratssitzungen auch eine virtuelle Teilnahme und Beschlussfassung zu ermöglichen, ist ein Gewinn für die Betriebsratsarbeit, insbesondere für überörtliche Gremien. Ich plädiere auch für die Wiedereinführung virtueller Einigungsstellensitzungen. Ansonsten bin ich mehr als skeptisch: Ich befürchte, Homeoffice in Reinform führt zum Ende einer kollektiven Interessenvertretung. Betriebsratsarbeit fußt auf der Interaktion der Belegschaft. Wie sollen sich Interessen oder Bedürfnisse ausbilden, wenn man sich nicht trifft und im Austausch ist? Wie soll man sich kümmern, wenn man nichts über- und voneinander weiß und mitbekommt? Partizipative und vorausschauende Betriebsratsarbeit lebt vom Miteinander und ohne ein solches wird der Betriebsrat nicht als Repräsentant der Arbeitnehmerschaft wahrgenommen. Bleiben werden reaktive Aufgabenstellungen, also die Bearbeitung von Sachverhalten, die der Arbeitgeber vorgibt. Und das ist für meinen Geschmack zu wenig.

Lelley: Das Homeoffice kann sowohl Chancen als auch Gefahren für die kollektive Interessenvertretung darstellen. Während es die Möglichkeit bietet, die Interessen der Arbeitnehmer effektiver zu vertreten, besteht auch die Gefahr, dass die räumliche Trennung die Betriebsgemeinschaft beeinträchtigt. Es ist daher wichtig, dass Unternehmen und Betriebsräte gemeinsam Lösungen entwickeln. Allerdings, wenn ich mir die aktuelle Diskussion so anschau, scheint mir die Angst vor den Risiken eines „virtuellen Betriebs“ schon im Vordergrund zu stehen.

In dieser Rubrik sprechen wir regelmäßig über aktuelle Ereignisse und Entwicklungen, die das Arbeitsrecht betreffen und die HR-Welt umtreiben. Dabei wollen wir verschiedene Standpunkte zu Wort kommen lassen und so in den direkten Dialog gehen.

Teil 16: Wieso meistens alles ganz anders kommt

Zurück in die Zukunft?

Wie wird unsere Arbeit sich in der Digitalität eigentlich wirklich entwickeln? Welche Berufe wird es geben, was müssen meine Kinder lernen und wie wird sich die Arbeit in der Zukunft organisieren? Wir kommen aus der Industrialisierung mit einer Idee, Arbeit zu definieren, die sich zunehmend nicht aufrechterhalten lassen wird. Einfach, weil sich die gesamte Welt, unser Leben, unsere Mobilität, unsere Ernährung, Lebensweisen, Bildung und eben auch die Arbeit ganz anders entwickeln wird als zuletzt.

DIE ZEIT IST REIF

Die meisten Studien und Annahmen, die wir heute treffen, beziehen wir auf ein industrielles Wirtschaftsmodell, ein digitales können wir uns noch gar nicht richtig vorstellen. Meistens verschieben wir nur ein paar industrielle Parameter und denken: So, das ist es jetzt – und in Zukunft. Aber ein echtes zukünftiges Arbeitsbild entwickelt sich bereits – und das ganz anders. Seit 2018 können wir messen (anhand von Investitionen in Technologien und Branchen sowie gesuchten Arbeitskräften, technologischen Entwicklungen u. ä.), dass sich mehr digitale als industrielle Strukturen in unserem Alltag entwickeln. Und bereits 2028 bis 2032 (je nach Branche und Region mehr oder weniger) werden wir vielfach mehr digitale Möglichkeiten zur Struktur der Arbeit haben als industrielle. Es wird also dringend Zeit, sich mal ein paar Gedanken zu machen, wie es werden könnte und nicht, wie es derzeit ist oder passend gemacht werden kann. Denn es kommen viele neue Möglichkeiten – sie nicht zu nutzen, würde uns in vielfacher Hinsicht zurückwerfen.

DA IST SIE WIEDER, DIE GUTE ALTE „ZEIT“

Da ist sie wieder, die 35-Stunden-Woche! Ich erinnere mich an meine Kindheit, als sie Ende der 1980er- und zu Beginn der 1990er-Jahren als die Lösung aller Probleme gesehen wurde: „Mehr Menschen arbeiten jeweils weniger und alle sind beschäftigt“, so die populistische Perspektive. Damals schon eine Milchjungenrechnung. Ja, „Jungen“, denn die haben diesen Quatsch damals verzapft. Und „Quatsch“ deshalb, weil sie schon damals bemerkenswert einseitig gedacht haben. Und: Arbeit wurde damals wie heute auch vor allem in „Zeit“ gemessen.

Wenn es nach „Zeit“ geht, sollten wir die ganze organisierte Arbeit ohnehin besser bleiben lassen. Unsere Vorfahren, die Jäger und Sammler, haben 14 (!) Stunden in der Woche gearbeitet, wenn wir nur die reine Zeit zur Versorgung betrachten, nicht die Care-Arbeit (die wir ja heute auch nicht betrachten). Wir haben also 14 Stunden Zeit pro Woche mit der Organisation von Lebensmitteln verbracht. Und den Rest dann mit „Freizeit“? Mitnichten, aber wir haben in Abstimmung mit ande-

ren Mitgliedern unserer kleinen Gruppe das Leben lebenswert gemacht: Unterkünfte geschmückt, sauber gemacht, Wissen vermittelt ... Wir haben eine sozial lebenswerte Kultur erhalten. Der Begriff „Freizeit“ existiert erst seit der Industrialisierung, da die Arbeit hier nicht mehr selbstbestimmt und im Einklang mit unserer sozialen Gruppe ausgeführt werden konnte. Unsere Familie und Freunde mussten nämlich immer zurückstecken und sich der industriellen Organisation und Arbeitszeit unterordnen.

ZURÜCK IN DIE ZUKUNFT

In der Agrarwirtschaft war das, wenigstens zu Beginn, noch anders: Die Großfamilie und der Verbund existierten, man richtete sich nach vorhandenen Möglichkeiten und der Natur – wie gesagt, zu Anfang. Ein Problem war schon damals schnell das zunehmend notwendige Wachstum, um die Strukturen aufrechterhalten zu können. Und sowohl Yuval Noah Harari als auch James Suzman haben den Weizen und die hierdurch mögliche Vorratshaltung und Zentralisierung unserer Gesellschaft als den Beginn allen Übels definiert – zumindest in Bezug auf unser Verständnis von Arbeit und Wachstumsgesellschaft.

So, und heute halten wir die Technologisierung unserer Gesellschaft für die Lösung dieses Übels. Mit Fantasien, die sich jeweils positiv wie negativ auslegen lassen: „Wir müssen oder wir dürfen nicht mehr arbeiten!“, in der Kurzfassung. Große Systeme, die wir in der Industrialisierung begonnen haben, werden sich weiter ausbreiten, noch größer werden und irgendwann den Menschen obsolet machen. In der Zwischenzeit erfinden wir neue Steuerschlupflöcher, Automatisierung und bitte auch Freizeitangebote, damit wir armen Menschen nicht dauernd vor Social Media hängen. Ach ja, und einige Menschen haben offenbar Freude daran, sich vorzustellen, wie das Leben ist, wenn man sich die eigene Arbeit mit einem Avatar (statt Roboter) teilt – funktioniert vor allem bei Vortragenden und Schauspielern. Nur, damit es noch mehr zu sehen gibt. Aber was, wenn es alles gar nicht so kommt, kommen muss? Oder wir das vielleicht gar nicht wollen?! Haben wir überhaupt noch einen Willen oder akzeptieren wir einfach jeden Mist, der da um die Ecke kommt: „Nun ist er da, nun müssen wir auch ...“?

Müssen wir nicht! Wir können selbst denken – hoffentlich – und die neuen Möglichkeiten der Digitalität nutzen, um unser Leben wieder lebens- und wirtschaftswert zu machen. Jetzt ein paar Beobachtungen, die heute bereits stattfinden. Also kein Zukunftsforschergeschwätz, sondern alles, was jetzt kommt, findet bereits statt. Es liegt allerdings an uns, was wir daraus machen.

DIE RE-EVOLUTION DES HANDWERKS

Auf der einen Seite haben wir eine Berufsgruppe, die irgendwie niemand auf dem Schirm hat, auch sie selbst sich nicht: die Handwerker. „Sie selbst sich nicht“, da sie in den letzten rund 200 Jahren Industrialisierung gelernt haben, dass sie immer weniger Wert sind, zunehmend abgelöst von zentralen industriellen Strukturen und jetzt auch noch künstlicher Intelligenz und Robotik – so die Logik.

Auf der anderen Seite bemerken wir, dass immer mehr der großen zentralen Strukturen, gerade in der Produktion, keinen Sinn mehr machen. Bei zunehmender Automation von Prozessen sowie gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Entwicklung in den berühmten „Schwellenländern“ sowie Schiffen, die im Suezkanal stecken bleiben und generell Fragen zum Umweltschutz, entwickeln sich die lokalen Produktionen zunehmend wieder zu einem Erfolgsmodell, nicht zuletzt deshalb, weil sie auch die lokale Wertschöpfung wieder zurück in unsere Nähe holen. Und die brauchen wir, denn solange wir jeden Euro von unserer Haustür aus direkt nach Amerika oder Asien transferieren, kann vor Ort keine Wertschöpfung entstehen. Die brauchen wir aber, wenn wir nicht in zunehmend ausgestorbenen Orten stehen wollen.

Das Handwerk mit seiner polyzentralen Struktur, den CAD-fähigen Maschinen, kann sich heutzutage digital vernetzen und über digitale Baupläne und sensorüberprüfte Qualität auch – dann eben im Netzwerk – große Aufträge abarbeiten, indem mehrere Betriebe sich für diesen Auftrag zusammenschließen. Das funktioniert in verschiedenen Gewerken schon prima, bspw. bei Tischlereien, in der Textilproduktion, bei Kosmetika und Nahrungsmitteln. Es ist also die Frage erlaubt, ob es nicht eine intelligentere Produktions- und damit auch Arbeitsstruktur gibt als die industrielle.

DIE HANDWERKLICHE KI – KÜNFTIG OHNE BÜROKRATIE

Künstliche Intelligenz spielt im Handwerk dabei zukünftig eine große Rolle. Zunächst einmal wird sie dafür sorgen, dass diese vernetzten Produktionen mit lokaler Wertschöpfung fehlerfrei laufen. Ein Dachdecker wird zukünftig das Dach scannen, dann eingeben, wie er es decken will, sich von der KI alle Arbeitsmaterialien anzeigen lassen, bestellen und loslegen. Vor allem aber wird die KI ihm etwas abnehmen: den bürokratischen Aufwand. Richtig, das, worüber alle derzeit reden, wird zukünftig

die KI erledigen. Das automatische Ausfüllen und Abstimmen aller EU-Regulatorik zu Umwelt und was nicht allem. Dabei werden wir die KI nur zu Beginn dazu nutzen, dass sie automatisch alle Daten in Formulare einträgt und Informationen zusammenführt sowie den richtigen Stellen zuführt. Wir können sie auch dazu nutzen, dass zukünftig Daten automatisch in übergreifende Systeme eingespeichert werden und wir zunehmend eine direkte Einschätzung von Regionen, lokalen Situationen und globalen Fragen per KI sammeln und steuern können. Das Handwerk hat dabei nicht nur goldenen, sondern vor allem sozial und umweltfreundlich strukturierten Boden, denn über die lokale Wertschöpfung der zunehmend wieder lokalen Produktion werden industrielle Prozesse vermehrt wieder abgelöst. Wir können sie sozusagen als „vorübergehend“ in unserem Kopf betrachten. Die polyzentralen Strukturen (autark, die sich schnell miteinander vernetzen können) sind schlichtweg stabiler, sicherer, mehr an Lebens- und Wirtschaftsqualität orientiert.

© master1305/stock.adobe.com



Dies ist der 16. Teil unserer Reihe zur Zukunft der Arbeit, in der Futurologe Max Thinius Möglichkeiten neuer Strukturen in unserer Gesellschaft aufzeigt.

500 – MEHR GEHT NICHT

Dabei kommt noch ein psychologischer Umstand hinzu: Mehr als 500 Menschen verstehen wir nicht, können wir nicht mehr einordnen oder zu ihnen eine Beziehung aufbauen. Metropolen, die wir heute haben, haben das auch bereits erkannt und versuchen, die Innenstädte loszuwerden und stattdessen wieder Bezirke (heute nennen wir das Quartiere) mit nicht mehr als 20.000 Menschen zu gestalten, die in diesem Rahmen den größten Teil ihrer Daseinsvorsorge bestreiten können. Auch die Arbeit soll also zunehmend wieder Teil sozialer statt industrieller Alltagsstrukturen werden. Im Moment schießt uns selbst in den Metropolen die fehlende lokale Wertschöpfung noch etwas dagegen. Aber auch hier erwächst die Erkenntnis. Die kleineren Städte und Gemeinden oder gar kleinere Länder werden da allerdings oft schneller sein und den Metropolen in diesen neuen Möglichkeiten, das Leben und Arbeiten zu organisieren, den Rang ablaufen.

Letzte Woche war ich in Luxemburg, bei der dortigen Handwerkskammer (La Chambre des Métiers) zum 100. Jubiläum. Dass 100 die Hälfte von 200 ist, ist man sich dort sicher und hat dabei die neuen digitalen Möglichkeiten bereits im Blick. In einem solch kleinen Land sind diese zudem faszinierend schnell umsetzbar, wenn vom Großherzog über den Premierminister und weitere wesentliche Persönlichkeiten, aber auch die wichtigsten Handwerksbetriebe sich mal eben kurz treffen – und das gern auch mehrmals im Jahr. Da redet man nicht nur, sondern kommt auch schnell ins Handeln. Ein Land wie Luxemburg kann dank solcher Strukturen drei- bis fünfmal so schnell digitale Strukturen einführen wie Deutschland oder Frankreich. Selbiges gilt auch für kleinere Regionen in diesen Ländern gegenüber großen Metropolen.

DIE GENOSSENSCHAFTEN SIND ZURÜCK

Das Wort „Genossenschaft“ klingt irgendwie altertümlich, auch ein paar der internen Strukturen erscheinen wie aus einer anderen Zeit. Dabei ist das Genossenschaftssystem Teil der Lösung einer Lebens- und Wirtschaftsqualität in der Digitalität, basiert es doch auf einer Mischung aus wirtschaftlichen und werbebasierten Zielen, die zudem von einer unabhängigen Kommission überprüft werden. Im Wohnungsbau gelten Genossenschaften bereits heute als die Lösung, denn sie dürfen nur die tatsächlichen anfallenden Kosten an die Mieter weiterreichen und sind derzeit die einzige Möglichkeit in vielen Metropolen, bezahlbaren Wohnraum zu gestalten. Im übertragenen Sinne gilt es auch für lebenswerte Gesellschaft gestalten. Denn Genossenschaften sind in der Regel nicht nur dem eigenen Gewinn, sondern auch dem Gemeinwohl verpflichtet – und es könnte sein, dass das langfristig das weitaus lebenswertere System ist als das heutige industriell am Gewinn orientierte.

Vor allem, wenn wir zunehmend die Daten haben, die das messen können: Gehe ich heute mit meiner Uhr am Arm in eine Genossenschaftsbank (oder auch Sparkasse),

sehe ich anhand einer App (die Daten des Unternehmens in Ringform zur Verfügung gestellt), dass hier 57 % des Gewinns der Allgemeinheit zukommen. Bei einer anderen deutschen Großbank betrete ich eine Filiale und sehe auf meiner Uhr, es sind nur 7 %. Als Kunde habe ich zukünftig die Wahl und zunehmend auch die Daten. Einige Prozesse der genossenschaftlichen Struktur lassen sich, neben einem Namen, der vielleicht mehr Bezug zum Jetzt hat, auch wieder per KI stark optimieren. Dazu gehört auch, dass es in der EU ab kommendem Jahr möglich wird, Verträge mit einer Genossenschaft mittels digitaler Signatur abzuschließen. Dann kann man quasi am Handy in der App beitreten und wieder austreten, Stimmen abgeben und so weite Teile des Handelns (als Mitglied einer Genossenschaft kann man das) mitbestimmen.

Was kann das mit einer Gesellschaft machen, wenn wir von der industriellen gewinnbasierten Idee auf die genossenschaftliche wertebasierte Idee umschwenken, dabei gleichzeitig mehr Menschen involvieren und lokale Wertschöpfung erzielen? Nur eine Utopie? Tatsächlich können wir solche Bestrebungen in vielen Teilen der Gesellschaft bereits erkennen, allein die Umsetzung fehlt oft. Nicht weil es nicht möglich ist, sondern weil oft das Wissen fehlt und der Glaube an die Möglichkeiten, dass es nach der Industrialisierung eine aktuelle Geschichtsschreibung gibt, die sich an einer modernen Auslegung von Menschlichkeit und Gesellschaft orientiert.

ES KOMMT ALLES GANZ ANDERS

Ich finde das fast schon amüsant, wie wir immer noch weitläufig glauben, die bestehenden Strukturen werden sich, wie die letzten 200 Jahre, einfach nur inkrementell weiterentwickeln – Größe gewinnt! Gleichzeitig sehen wir, wie sich in vielen Bereichen die Strukturen bereits verändern. Aber inzwischen erkennen wir zumindest: Es lohnt sich nicht mehr, dass am besten jedes Kind Informatiker wird, wie wir noch vor zwei Jahren dachten. Genauso wie wir heute erkennen, dass Journalisten und Juristen wie auch Zugführer nicht von der KI ersetzt werden, sondern unterstützt. Alle Menschen erhalten zunehmend tiefere Einblicke, wie ich auf meiner Uhr.

Wir werden keine 35-Stunden-Woche brauchen, auch nicht nur die 14 Stunden unserer Jäger-und-Sammler-Vorfahren arbeiten. Aber wir werden wieder mehr Strukturen in unserer Gesellschaft schaffen, die lokale Wertschöpfung und damit Lebensqualität für uns selbst wie auch die umgebende Allgemeinheit bieten. Einfach weil es geht und wir es bei unseren Nachbarn sehen können. Und dann werden wir in Deutschland hoffentlich die Idee haben: Wir sind das Land mit der besten Lebens- und Wirtschaftsqualität, weil wir die höchsten Werte haben. „Made in Germany“ neu gedacht. Natürlich können wir weiter in der Idee der Industrialisierung arbeiten und leben – aber es kommt trotzdem alles ganz anders. ■



Max Thinius
Futurologe, Zukunftsgestalter
und Autor

„New Mobility“ geht nicht mit alten Denkmustern.

Global aufgestellt. Lokal exzellent.



Grow | Protect | Operate | Finance

dentons.com

Auktionen und die Verteilung von HR-Instrumenten in Unternehmen

Zum Ersten, zum Zweiten, zum Dritten ...

Bei einigen HR-Instrumenten in Unternehmen sind die zur Verfügung stehenden Plätze bzw. Slots begrenzt. Dies kann durch Regelungen in Wirtschafts- bzw. Haushaltsplänen (z. B. die Anzahl der Planstellen) oder tarifrechtliche Regelungen bedingt sein. Der HR-Bereich und das Unternehmen stehen vor der Herausforderung, diese begrenzte Anzahl effizient im Unternehmen zu verteilen. Bei der Allokation können Auktionen eingesetzt werden.

HERAUSFORDERUNGEN BEI DER VERTEILUNG VON HR-INSTRUMENTEN

Aufgrund der limitierten Verfügbarkeit bestimmter HR-Instrumente stellt sich die Frage, wie die verfügbare Anzahl bzw. die verfügbaren Slots effizient im Unternehmen verteilt werden. Eine effiziente Verteilung dieser begrenzten Anzahl bedeutet dabei, dass die gewählte Allokation den größtmöglichen Nutzen für das Unternehmen erbringt. Ein Beispiel für eine begrenzte Verfügbarkeit von HR-Instrumenten ist die in einigen Tarifverträgen zu findende Begrenzung der Anzahl der sachgrundlos befristeten Arbeitsverträge im Unternehmen.

Eine Methode, die eine effiziente Verteilung der HR-Instrumente erzielen kann, ist die Gesamtsicht der Geschäftsleitung über alle anstehenden Bedarfe für das HR-Instrument. Die Bedarfe werden hierfür mit standardisierten Methoden bewertet und erhalten anschließend entsprechende Ressourcen und HR-Instrumente zugeordnet. Dieses Herangehen ist allerdings sehr zeitaufwendig und findet daher nur vereinzelt in Unternehmen statt. Viel häufiger werden die HR-Instrumente pro Kopf oder pro Vollzeitäquivalent auf die jeweiligen Fachbereiche verteilt und diese können die Plätze bzw. Slots dann nach ihren Vorstellungen einsetzen. Diese proportionale Verteilung führt naturgemäß nicht zwingend



dazu, dass der Bedarf mit dem größten Beitrag zum Unternehmensgewinn bei der Zuordnung berücksichtigt wird. Auch wenn ein Unternehmen eine Gesamtschau über alle Bedarfe vornimmt, erfolgt dies häufig nur einmal jährlich bspw. im Rahmen der jährlichen Strategiediskussion (siehe z. B. Hiller, 2022). Die dynamische Umwelt führt jedoch dazu, dass die Allokation der HR-Instrumente auch unterjährig angepasst werden muss. Gründe hierfür können z. B. vorzeitig abgeschlossene/abgebrochene Projekte oder die Kündigung von Arbeitnehmern sein. In diesen Fällen stellt sich dann ebenfalls die Frage, wie die verfügbaren HR-Instrumente auf die Fachbereiche verteilt werden. Ein Aufschieben dieser Verteilung auf die nächste Gesamtschau führt dazu, dass die Slots für eine gewisse Zeit ungenutzt bleiben und damit nicht zur Steigerung des Unternehmensgewinns eingesetzt werden können. In diesen Fällen kann die Personalabteilung zudem unter Rechtfertigungsdruck geraten, weshalb wertvolle Slots der HR-Instrumente ungenutzt bleiben.

In diesem Artikel werden Auktionen als eine Möglichkeit vorgestellt, HR-Instrumente unterjährig und flexibel auf die Fachbereiche des Unternehmens zu verteilen. Bekannt sind Auktionen als Allokationsmechanismus dabei z. B. durch die Plattform eBay. In einem ersten Schritt wird im folgenden Abschnitt definiert, was genau eine Auktion charakterisiert. Zudem werden einige ökonomische Anwendungen außerhalb von Unternehmen beispielhaft benannt. Im Folgenden werden Auktionen für zwei Anwendungsfälle näher eingeführt. Der erste Anwendungsfall behandelt die Vergabe eines HR-Instruments im Unternehmen. Hierfür werden zunächst gängige Auktionsformate für Einzelobjektauktionen vorgestellt. Anschließend wird als Beispiel die (befristete) Zuordnung von Planstellen über eine Auktion betrachtet. Dabei wird ein konkretes Design für diese Auktion hergeleitet. Die zweite Anwendung beinhaltet die gleichzeitige Verteilung mehrerer HR-Instrumente im Unternehmen. Ein Beispiel hierfür kann die Verteilung sowohl von Planstellen als auch von Slots für befristete Arbeitsverträge sein. Beide HR-Instrumente haben für die Fachbereiche in Kombination einen höheren Wert im Vergleich zu ihrem Wert als Einzelobjekt. Hierfür wurden ebenfalls Auktionsformate in der Literatur entwickelt, die diese Wechselwirkung zwischen verschiedenen HR-Instrumenten berücksichtigen können.

WAS SIND AUKTIONEN?

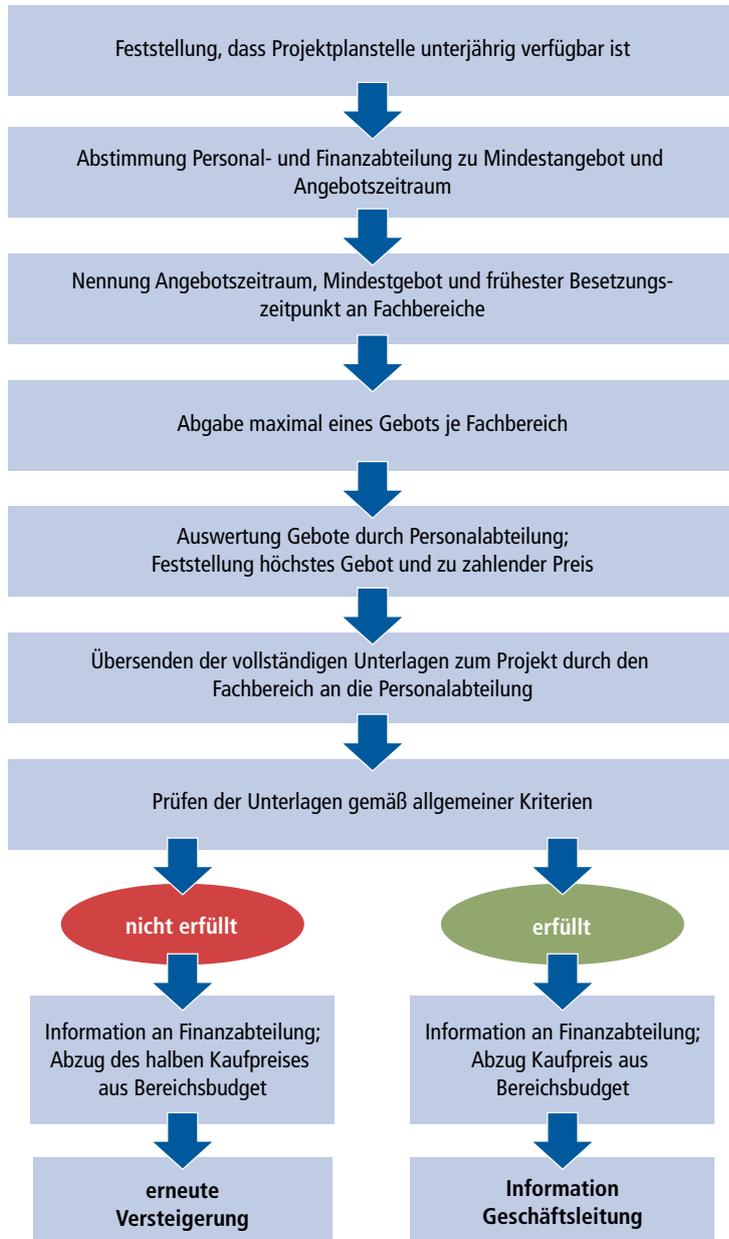
Die (effiziente) Allokation von Gütern erfolgt außerhalb von Unternehmen auf Märkten. Sie sind die Orte, an denen das Angebot und die Nachfrage nach einem Gut aufeinandertreffen und über den Gleichgewichtspreis in Einklang gebracht werden. Auktionen sind eine Form des Marktmechanismus. Charakteristisch für Auktionen ist, dass mehrere Marktteilnehmer um den Zuschlag für einzelne oder mehrere Objekte konkurrieren und allein der gebotene Preis über den Zuschlag entscheidet (Haucap, 2020a). Der Meistbietende in einer Auktion erhält befristet oder unbefristet die Verfügungsrechte über eine bestimmte Anzahl von Objekten (Haucap, 2020b). Auktionen werden dabei durch Regeln definiert, die u. a.

LITERATUR

- Ausubel, L. M. & Baranov, O. (2017). A practical guide to the combinatorial clock auction. *The Economic Journal*, Vol. 127 (605), S. F334–F350.
- Ausubel, L. M., Cramton, P. & Milgrom, P. (2006). The clock-proxy auction: a practical combinatorial auction design. In Cramton, P., Shoham, Y. & Steinberg, R. (Hrsg.), *Combinatorial auctions*, S. 115–138.
- Berninghaus, S., Ehrhart, K.-M. & Güth, W. (2010). *Strategische Spiele: Eine Einführung in die Spieltheorie* (3. Aufl.). Springer.
- Bundesnetzagentur – Ausschreibungen (13.12.2023). <https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/ElektrizitaetundGas/Ausschreibungen/start.html>
- Bundesnetzagentur – Kohleausstieg (13.12.2023). <https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/ElektrizitaetundGas/Kohleausstieg/start.html>
- Grimm, V., Ockenfels, A. & Zöttl, G. (2008). Strommarktdesign: Zur Ausgestaltung der Auktionsregeln an der EEX. *Zeitschrift für Energiewirtschaft*, Vol. 32 (3), S. 147–161.
- Haucap, J. (2020a). Nobelpreis für Robert Wilson und Paul Milgrom: Zwei Ökonomen, die echte Märkte schufen. *Wirtschaftsdienst*, Vol. 100 (12), S. 969–975.
- Haucap, J. (2020b). Das optimale Design von Auktionen als Teil der modernen Ordnungspolitik: Zum Ökonomie-Nobelpreis 2020 für Robert Wilson und Paul Milgrom. *ORDO*, Vol. 71 (1), S. 347–362.
- Haucap, J. & Heimeshoff, U. (2013). Vor- und Nachteile alternativer Allokationsmechanismen für das 900- und 1800-MHz-Frequenzspektrum. *List Forum*, Vol. 39 (1), S. 71–90.
- Hiller, T. (2022). HR-Instrumente und der Strategieprozess in Unternehmen. *Arbeit und Arbeitsrecht*, Vol. 77 (7), S. 32–35.
- Klemperer, P. (2002). How (not) to run auctions: The European 3G telecom auctions. *European Economic Review*, Vol. 46 (4-5), S. 829–845.
- Königlich Schwedische Akademie der Wissenschaften (2020). *Scientific Background Paper in the Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2020*.
- Kwerel, E. & Rosston, G. (2000). An Insiders' View of FCC Spectrum Auctions. *Journal of Regulatory Economics*, Vol. 17 (3), S. 253–289.
- McMillan, J. (1994). Selling spectrum rights. *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 8 (3), S. 145–162.
- Milgrom, P. & Weber, R. J. (1982). A theory of auctions and competitive bidding. *Econometrica*, Vol. 50 (5), S. 1089–1122.
- Moldovanu, B. (1996). William Vickrey und die Auktionstheorie: Anmerkungen zum Nobelpreis 1996. *Wirtschaftsdienst*, Vol. 76 (12), S. 651–656.
- Niemeier, S. (2002). Die deutsche UMTS-Auktion – Eine spieltheoretische Analyse.
- Vickrey, W. (1961). Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders. *The Journal of Finance*, Vol. 16 (1), S. 8–37.
- Wiese, H. (2002). *Entscheidungs- und Spieltheorie*.
- Wilson, R. B. (2002). Architecture of power markets. *Econometrica*, Vol. 70 (4), S. 1299–1340.

die Abfolge der Gebote, wie oft geboten werden darf, um welche Beträge die Gebote von Runde zu Runde steigen müssen, die Kenntnis der Gebotshöhe, das Ende der Auktion und die Zuschlagserteilung sowie die Höhe des zu entrichtenden Preises festlegen. Beim Design der Regeln ist die Informationslage der Bieter ein wichtiger Einflussfaktor. Ein Extremfall ist dabei, dass jeder Bieter unabhängig von den anderen Bietern eine private Wertschätzung des Objekts (oder auch der Objekte) besitzt und auf der Grundlage dieser Wertschätzung bei der Auktion bietet. Ein Beispiel hierfür sind Wertschätzungen für Kunstobjekte. Der entgegengesetzte Extremfall umfasst Situationen, in denen das Objekt grundsätzlich für alle Teilnehmer den gleichen Wert hat, bspw. die Förderrechte für Ölfelder. Allerdings besteht in diesem Fall eine Unsicherheit über den genauen Wert, z. B. den Ertrag des Ölfelds. Neben der Informationslage fließen folgende Überlegungen in das Design einer Auktion ein (u. a. Moldovanu, 1996):

ABBILDUNG 1 – BEISPIEL FÜR DEN ABLAUF DER VERSTEIGERUNG VON PROJEKTPLANSTELLEN



- Die Bieter handeln strategisch. Sie möchten verhindern, ihre (maximale) Zahlungsbereitschaft zu offenbaren – zugleich haben sie Interesse, den Zuschlag für das Objekt zu erhalten. Dieses kann auch zu Absprachen zwischen den Bietern führen.
- Bei Auktionen des Staates, z. B. zur Allokation von Funkfrequenzen, ist abzuwägen zwischen dem maximalen Ertrag für den Staat und einem wettbewerblichen Markt im Anschluss an die Auktion.
- Werden mehrere Objekte versteigert, können zwischen den Objekten Beziehungen (Substitute, Komplemente) bestehen.

Die wissenschaftliche Disziplin, die sich mit der Gestaltung von Auktionen beschäftigt, ist die Auktionstheorie.

Deutschsprachige Einführungen finden sich z. B. in den Lehrbüchern von Wiese (2002) und Berninghaus, Ehrhart & Güth (2010). Für ihre Arbeiten auf diesem Gebiet wurden Robert Wilson und Paul Milgrom 2020 mit dem Alfred-Nobel-Gedächtnispreis für Wirtschaftswissenschaften ausgezeichnet (Königlich Schwedische Akademie der Wissenschaften, 2020). Mit ihrem wissenschaftlichen Werk liefern sie wichtige Beiträge zum Design von Marktregeln und machen damit deutlich, dass die Regeln auf Märkten gut durchdacht werden müssen, um eine effiziente Allokation zu gewährleisten. Vielfältige Anwendungen finden Auktionen z. B.

- bei der Vergabe von Funkfrequenzen (in Deutschland bspw. 2000 und 2010),
- bei dem Design von Strombörsen,
- zur Ermittlung der finanziellen Förderung von Erneuerbare-Energien- und Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen (u. a. KWK-Anlagen sowie Flächen für Offshore-Windanlagen),
- bei der Entscheidung über die Stilllegung von Kohlekraftwerken gem. Kohleverstromungsbeendigungsgesetz
- und natürlich auf der Plattform eBay.

ANWENDUNGSFÄLLE

Allokation einer Projektplanstelle

Im ersten Anwendungsfall wird die (befristete) Allokation von Planstellen skizziert, die die Fachbereiche zur Umsetzung von Projekten mit herausgehobener Bedeutung für das Unternehmen erhalten sollen (kurz: Projektplanstellen). In Tabelle 1 sind die bekanntesten Auktionsformate auf Märkten hierfür zusammengestellt.

Bei der Wahl des Auktionsformats ist, wie im vorigen Kapitel erläutert, u. a. der Informationsstand der Bieter ein wichtiges Kriterium. Vickrey (1961) hat gezeigt, dass bei risikoneutralen Bietern (wovon bei Fachbereichen ausgegangen werden kann) ohne Absprachen zwischen den Bietern und bei einer privaten Wertschätzung für das Objekt unabhängig von der Wertschätzung der anderen Bieter

- die holländische Auktion und die Erstpreisauktion mit verdeckten Geboten aus Sicht der Bieter äquivalent sind. Sie bieten in der Erstpreisauktion mit verdeckten Geboten den Preis, bei dem sie in der holländischen Auktion aussteigen würden.
- die englische Auktion und die Zweitpreisauktion mit verdeckten Geboten aus Sicht der Bieter äquivalent sind. Zudem gibt es hier die dominante Strategie. Im Fall der englischen Auktion steigt der Bieter aus, wenn das Gebot seine eigene Wertschätzung übersteigt. In der Zweitpreisauktion mit verdeckten Geboten hingegen wird die eigene Wertschätzung geboten.
- die Erlöse aus Sicht der Verkäufer in allen vier Auktionen gleich sind.
- die Bieter bei der Zweitpreisauktion mit verdeckten Geboten ihre eigene Wertschätzung offenbaren.

Die Ergebnisse verändern sich, sobald die Annahmen aufgehoben werden. Hängt bspw. der Wert eines Objekts sowohl von der eigenen Wertschätzung als auch der Wertschätzung der übrigen Auktionsteilnehmer ab, erzielt

die englische Auktion tendenziell die höchsten Ergebnisse, da die Auktionsteilnehmer aus den Geboten der anderen Bieter lernen können (Milgrom & Weber, 1982). Das folgende Beispiel zeigt, wie der Marktmechanismus der Einzelobjektauktionen in Unternehmen implementiert werden kann und damit die effiziente Ressourcenallokation in Unternehmen fördert.

Allokation einer Projektplanstelle – Beispiel

Im konkret vorgestellten Anwendungsfall wird ein Unternehmen betrachtet, in dem jährlich in einer Gesamtschau die Projekte inklusive der Zuordnung der Ressourcen, Projektplanstellen etc. für die folgenden Jahre bewilligt werden. Durch den Blick auf alle Projekte können unternehmensweit die Projekte mit dem größten positiven Einfluss auf den Unternehmensgewinn initiiert werden. Damit sich ein Projekt für die Auswahl qualifiziert, muss es eine Reihe formaler Voraussetzungen erfüllen, wie z. B. die Existenz eines Projektplans sowie die Passfähigkeit des Projekts zur Unternehmensstrategie. Die Herausforderung (oder auch der Auftrag der Geschäftsleitung an die Personalabteilung) besteht in unserem Beispiel darin, ein Format zu entwickeln, mit dem (unplanmäßig) frei werdende Projektplanstellen in einem schnellen Verfahren (neuen) Projekten der Fachbereiche zugeordnet werden können, ohne dass dazu eine erneute Befassung der Geschäftsleitung mit allen Projekten erfolgt. Ein Ansatz der Personalabteilung könnte sein, dies über eine Auktion zu gewährleisten. Dabei wird davon ausgegangen, dass die Fachbereiche den monetären Wert ihrer Projekte am besten einschätzen können und damit über eine individuelle Wertschätzung für die Projektplanstelle verfügen. Da alle vier Auktionstypen sehr ähnlich wirken, können die folgenden Überlegungen in das Design der Auktion einfließen: Da das Verfahren schnell und einfach sein soll, scheiden die englische Auktion und die holländische Auktion aus, da sie über mehrere Runden gehen. Die Zweitpreisauktion mit verdeckten Geboten hat gegenüber der Erstpreisauktion mit verdeckten Geboten den Vorteil, dass das Bieten mit der individuellen Wertschätzung eine dominante Strategie ist. Da diese durchaus von Interesse für die Geschäftsleitung ist, wird dieses Format als Grundtyp der Auktion gewählt. Es wird um ein Mindestgebot ergänzt,

sodass bei nur einem Bieter der Preis nicht gleich null ist (vgl. McMillan [1994] und die sehr geringen Erlöse bei der Versteigerung von Frequenzen in Neuseeland). Um die einzelnen Gebote vergleichbar zu machen, bezieht sich ein Gebot auf einen Nutzungszeitraum der Projektplanstelle von zwölf Monaten.

In Abbildung 1 ist der mögliche Ablauf einer Zweitpreisauktion mit verdeckten Geboten und Mindestgebot abgebildet, wie ihn die Personalabteilung entwickeln könnte. Im ersten Schritt wird festgestellt, dass eine der Projektplanstellen besetzbar ist und dies während der Gesamtschau der Geschäftsleitung noch nicht bekannt war. Anschließend stimmen sich die Personal- und die Finanzabteilung zum Mindestgebot und dem Zeitraum ab, in dem die Gebote durch die Fachbereiche abgegeben werden. Als Mindestgebot können bspw.

- ein Anteil (z. B. 50 %) des Gebots, das bei der letzten Auktion erfolgreich war oder
- die durchschnittlichen jährlichen Mehrkosten für die Nutzung einer Arbeitnehmerüberlassung im Vergleich zu einer Festanstellung

angesetzt werden. Nach dieser Abstimmung erhalten die Fachbereiche die Information über das Mindestgebot, den Angebotszeitraum sowie den Zeitpunkt, ab dem die Projektplanstelle besetzbar ist. Im Angebotszeitraum kann jeder Fachbereich genau ein Gebot abgeben. Diese Gebote sind für die übrigen Bieter verdeckt und behalten neben dem eigentlichen Gebot auch den Titel des Projekts sowie den benötigten Zeitraum der Projektplanstelle. Am Ende des Angebotszeitraums ermittelt die Personalabteilung das höchste Gebot und damit den Fachbereich, der die Projektplanstelle (vorerst) zugesprochen bekommt. Der zu zahlende Preis ergibt sich aus dem zweithöchsten Gebot und der Anzahl der Monate, für die die Projektplanstelle benötigt wird. Beträgt diese z. B. 36 Monate, ergibt sich der zu zahlende Preis als $36 : 12 \times$ zweithöchstes Gebot. Vor der endgültigen Vergabe der Projektplanstelle muss der Fachbereich jedoch innerhalb einer bestimmten Frist die für die Zuordnung der Projektplanstelle notwendigen formalen Unterlagen (Projektplan, Einordnung in die Unternehmensstrategie etc.) einreichen. Nach Prüfung der Unterlagen steht dann fest, ob die Projektplanstelle dem Fachbereich final zuge-

TABELLE 1 – AUKTIONSFORMATE BEI EINZELOBJEKTAUKTIONEN ENTNOMMEN AUS HAUCAP, 2020A

Englische Auktion	In dieser Auktion starten die Gebote bei einem Mindestgebot (das auch null sein kann). Runde für Runde können die Bieter dann Gebote abgeben und das jeweils gültige Gebot der Vorrunde erhöhen. Auch kann jeder das gesamte Auktionsgeschehen beobachten, insbesondere wie viel gerade geboten wird. Die Auktion endet, wenn keine höheren Gebote mehr abgegeben werden. Der Bieter mit dem höchsten Gebot erhält den Zuschlag und hat sein Gebot als Preis zu entrichten.
Holländische Auktion	Diese Auktion wird teilweise auch als Rückwärtsauktion bezeichnet. Bei dieser Auktion startet die Auktion mit einem sehr hohen Preis, der dann nach und nach reduziert wird, bis ein Bieter „zuschlägt“. Für die Durchführung der Auktion wurde traditionell eine rückwärts laufende Auktionsuhr verwendet, die der Bieter dann anhalten kann, wenn er kaufen möchte. Den Zuschlag erhält derjenige, der als erstes die Uhr stoppt. Zu zahlen ist der dann angezeigte Preis.
Erstpreisauktion mit verdeckten Geboten (first-price sealed bid)	Bei diesem Auktionsformat geben die Bieter verdeckt ein einziges Gebot ab, das die anderen nicht einsehen können. Den Zuschlag erhält nach Eingang aller Gebote der Bieter mit dem höchsten Gebot. Zu entrichten ist vom Gewinner der Auktion der Preis, den er geboten hat.
Zweitpreisauktion mit verdeckten Geboten (second-price sealed bid)	Bei dieser Auktion ist nicht der Höchstpreis, der geboten wurde, zu entrichten, sondern das zweithöchste Gebot. Ansonsten besteht kein Unterschied zur Erstpreisauktion mit verdeckten Geboten.

TABELLE 2 – VERGLEICH DER VERFAHREN ZUR ZUORDNUNG DER PROJEKTPLANSTELLEN

Gesamtschau über alle Projekte einmal im Jahr	Unterjährige Auktion
<ul style="list-style-type: none"> • Angezeigte Projekte müssen allgemeine Kriterien für Projekte erfüllen • Planbares Verfahren; jedes Jahr werden Projektplanstellen in einer Gesamtschau in einem strukturierten Verfahren/Modus gegenübergestellt • Kein Kaufpreis für Projektplanstelle • Bedarfe werden in Geschäftsleitung priorisiert, wenn Anzahl der Bedarfe größer als Anzahl der verfügbaren Projektplanstellen • Die für das Unternehmen besten Projekte werden ausgewählt 	<ul style="list-style-type: none"> • Versteigerung nur dann, wenn es nicht zugeordnete Projektplanstelle gibt • Projektplanstelle (Kaufpreis) muss finanziert werden • Chance, unterjährig für neue Bedarfe eine Projektplanstelle zu erhalten • Geschäftsleitung wird nur über die Vergabe der Projektplanstelle informiert • Das Projekt mit dem höchstem Wert für den Fachbereich erhält den Zuschlag; Auswirkungen des Projekts auf andere Bereiche werden nicht berücksichtigt, da diese nicht in die Zahlungsbereitschaft des Fachbereichs einfließen

ordnet wird. Sollte dies nicht der Fall sein, da die formalen Anforderungen nicht erfüllt sind, wird die Hälfte des zu zahlenden Preises vom Bereichsbudget abgezogen und die Auktion erneut gestartet. Mit dieser „Strafzahlung“ soll verhindert werden, dass Fachbereiche Projektplanstellen ohne echte Projekte erwerben. Sind die allgemeinen Projektkriterien erfüllt, wird der Kaufpreis aus dem Bereichsbudget ausgebucht und die Geschäftsleitung des Unternehmens über die Zuordnung der Projektplanstelle informiert.

In Tabelle 2 sind die beiden Verfahren zur Zuordnung von Projektplanstellen (Gesamtschau, Auktion) vergleichend gegenübergestellt. In unserem Beispiel ist die Auktion eine flexible Ergänzung zur weiterhin jährlich stattfindenden Zuordnung der Projektplanstellen in einer Gesamtschau der Geschäftsleitung.

Allokation mehrerer HR-Instrumente

In größeren Unternehmen kann es erforderlich sein, mehrere Ressourcen/HR-Instrumente zu verteilen. Bei der separaten, sequenziellen Durchführung der Auktionen nach obigem Muster können Substitutions- oder Komplementärbeziehungen zwischen HR-Instrumenten nicht berücksichtigt werden. Denkbar ist, dass ein Fachbereich für ein Projekt zwingend mehrere HR-Instrumente in Kombination benötigt (z. B. Projektplanstellen und befristete Arbeitsverträge).

Diese Problemstellungen treten außerhalb von Unternehmen bspw. bei der Auktion von Frequenzbändern auf. Eine Vielzahl möglicher Auktionsformate wurde hierbei, u. a. durch die genannten Nobelpreisträger, entwickelt und in der Praxis eingesetzt. Ein recht junges Auktionsformat wird im Folgenden kurz skizziert – die sog. „Combinatorial Clock Auction“ (CCA) bzw. kombinatorische Taktaktion (Ausubel & Baranov, 2017, und Ausubel, Cramton & Milgrom, 2006). Auf ein konkretes Anwendungsbeispiel wird aber, aufgrund der Vielzahl der Gestaltungsmöglichkeiten, verzichtet.

Eine CCA besteht aus zwei Stufen. Die erste Stufe besteht aus mehreren Runden, in denen für jeden Typ der Versteigerungsobjekte (jedes HR-Instrument) Preise aufgerufen werden. Die Bieter geben für jeden Objekttyp die gewünschte Menge beim aufgerufenen Preis an. Übersteigt die aggregierte Menge für ein HR-Instrument über alle Bieter die verfügbare Menge, wird der aufgerufene Preis in der nächsten Runde erhöht. Die erste Stufe der

Auktion endet, wenn für alle HR-Instrumente die verfügbare Menge der nachgefragten Menge entspricht. Dieser Stufe schließt sich die zweite Stufe der Auktion an. In dieser können die Bieter verbesserte verdeckte Gebote für Kombinationen der HR-Instrumente abgeben. Anschließend werden aus den Geboten der ersten Stufe und den verdeckten Geboten der zweiten Stufe die Gewinner so ausgewählt, dass der Gesamterlös maximiert wird, auch wenn dabei HR-Instrumente nicht verteilt werden. Dabei wird von jedem Bieter nur ein Gebot berücksichtigt. Die zu zahlenden Preise werden so berechnet, dass sie sich der Idee der Zweitpreisauktion nähern. Hierfür existieren verschiedene Ansätze. Bspw. kann für jeden Gewinner ermittelt werden, bei welchem niedrigeren Gebot (bei unveränderten Geboten der anderen Teilnehmer) die Allokation gleich geblieben wäre. Auch bei CCA können zudem Mindestpreise für die einzelnen Objekte und die Objektbündel vorgegeben werden. Die Idee der CCA kann, analog zur Idee der Einzelobjektauktionen aus dem vorherigen Abschnitt, ebenfalls in Unternehmen überführt werden und dort zur Zuordnung von HR-Instrumenten dienen.

FAZIT

Auktionen innerhalb von Unternehmen stellen eine Möglichkeit dar, Marktmechanismen in Unternehmen zu tragen und für eine effiziente Verteilung von Ressourcen einzusetzen. Beim Auktionsdesign sind die Informationsverteilung und das strategische Verhalten der Bieter ebenso zu berücksichtigen wie der Wunsch der Fachbereiche nach einfachen und transparenten Verfahren. Wünschenswert für die Zukunft wäre die Entwicklung einfach zu administrierender Softwarelösungen zur Durchführung komplexerer Auktionen wie der vorgestellten CCA. Damit könnten diese Auktionen einfach parametrisiert (z. B. hinsichtlich möglicher Mindestpreise) und implementiert werden, ohne dass bspw. die konkrete Berechnung der zu zahlenden Preise selbst programmiert werden muss. Die Herausforderung, Auktionen für das Unternehmen zu entwickeln, kann zudem ein willkommener Anlass für die Personalabteilung sein, Kooperationen mit Hochschulen einzugehen und aktuelle Erkenntnisse aus der Forschung mit dem externen Blick der Studierenden zu kombinieren.



Dr. Tobias Hiller
Referent im Personalbereich

AuA

PODCAST

Mit AuA Chefredakteur
Andreas Krabel und
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Dr. Jan Tibor Lelley



AuA Arbeit und
Personal | Praxis | Recht Arbeitsrecht

HR-Organisation mit strategischer Schlüsselrolle

Globalisierung und Digitalisierung

Die Globalisierung hat in den letzten Jahrzehnten nicht nur die Wirtschaft, sondern auch die Strukturen und Prozesse von Unternehmen maßgeblich beeinflusst. Insbesondere global operierende Unternehmen sehen sich mit vielfältigen Herausforderungen im Bereich Human Resources (HR) konfrontiert. Dieser Beitrag beleuchtet die zunehmende Globalisierung von HR-Organisationen und die damit verbundenen Herausforderungen, insbesondere für mittelständische Unternehmen mit internationalen Aktivitäten in den Bereichen Produktion, Vertrieb und Finance.

Die Globalisierung hat dazu geführt, dass Unternehmen ihre Aktivitäten über verschiedene Länder und Kontinente hinweg ausdehnen. Dies bringt nicht nur Chancen, sondern auch komplexe Herausforderungen im HR-Bereich mit sich. Insbesondere für mittelständische Unternehmen, die in den Prozessen Produktion, Vertrieb und Finance bereits global ausgerichtet sind, stellt die Globalisierung des Personalmanagements eine neue und anspruchsvolle Aufgabe dar.

Personalmanagement in Mittelstandsorganisationen wird häufig immer noch als interne Dienstleistung, teilweise als Unterabteilung im Bereich Finance, angesehen. Da es keine Profit-&-Loss-Verantwortung im HR-Bereich gibt, liegt der Fokus primär auf der Optimierung von Prozessen und der Digitalisierung sowie in der Beschaffung und Reduzierung von Personal. Eine direkte Messbarkeit im Vergleich zu Sales oder der Produktion ist nicht gegeben. Ein Grund dafür, dass Personalmanagement im Mittelstand von der Wahrnehmung her im Management oftmals noch zu wenig als strategischer Erfolgsfaktor gilt.

In Zeiten des Fachkräftemangels und der Nachbesetzung von Schlüsselfunktionen wird zunehmend die Notwendigkeit einer professionellen Personalorganisation deutlich. Globale Strukturen entlang der Wertschöpfungskette brauchen die Zusammenarbeit von Mitarbeitern aus verschiedenen Standorten. Dies erfordert eine gezielte Herangehensweise, um kulturelle Unterschiede zu überbrücken, effektive Kommunikation sicherzustellen und ein gemeinsames Verständnis für Unternehmensziele zu schaffen.

Dies betrifft insbesondere die Bereiche Talent Acquisition, Employee Development und Succession Planning mit einem globalen Konzept. So erfordert es synchronisierte Aktivitäten, die mit den bereits realisierten globalen Transformationen zueinander passen. Dadurch wächst die Verantwortung eines Personalverantwortlichen, der auf Augenhöhe gemeinsam mit den globalen Leitern

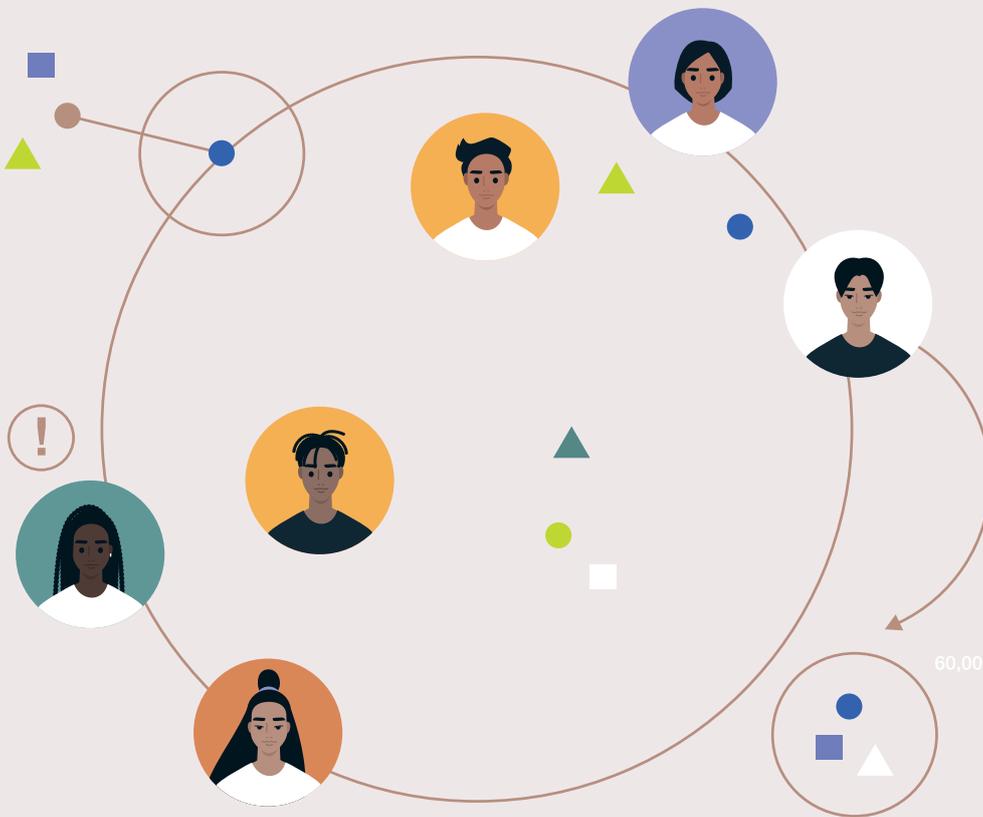
aus Vertrieb, Marketing, Finance, Produktion und IT eine HR-Transformation auf globaler Ebene entwickelt und umsetzt. Somit wandelt sich HR weg von einer klassischen Dienstleistungsfunktion, hin zu einer strategischen Schlüsselrolle für den zukünftigen Erfolg eines Unternehmens.

TALENTE GEWINNEN UND HALTEN

Für die erfolgreiche Umsetzung einer globalen HR-Organisation sind Erfahrungsträger gefragt, die solche Herausforderungen bereits in der Vergangenheit für Unternehmen erfolgreich gemeistert haben. Denn sie stellen sich bereits bei der Gewinnung von Talenten in globalen Märkten. Es bedarf einer differenzierten Strategie für lokale Besonderheiten und kulturelle Unterschiede in den jeweiligen Ländern.

Das Implementieren globaler Employer-Branding-Strategien und die Nutzung digitaler Plattformen zur internationalen Talentakquise sind erfolgskritisch. Doch der Fokus auf Recruiting reicht bei Weitem nicht aus. Viel Energie wird ins Sourcing von Mitarbeitern gesteckt. Das kann möglicherweise mit sehr attraktiven Recruiting-Kampagnen und Unterstützung von Agenturen lokal realisiert werden. Unternehmen – wie bspw. in der Pharmaindustrie –, die weltweit überdurchschnittlich wachsen mussten und nicht schnell genug Mitarbeiter gewinnen konnten, hatten im HR-Bereich das Dilemma, primär auf eine möglichst schnelle Akquisition von Mitarbeitern zu achten.

Zusätzlich erfordert ein schneller Aufbau von Personal notwendige Prozesse und Infrastruktur. Viel schwieriger ist dagegen die Integration und Weiterentwicklung der Mitarbeiter sowohl regional als auch auf internationaler Ebene. Hier helfen professionell entwickelte digitale Learning-Plattformen, die für das Unternehmen und den Teilnehmerkreis sorgfältig ausgewählt und teilweise



intern konzipiert werden müssen. Virtuelle Schulungen bieten einen schnellen und effizienten Einstieg in die wesentlichen Aufgaben.

Schulungen allein über PC reichen jedoch nicht aus. Durch die Möglichkeiten virtueller Arbeit erfordert es mehr denn je den Kontakt zu Führungskräften. Und es erfordert die Kommunikation in einer gesunden Balance transaktionaler Führung – sowohl durch konkrete Aufgaben und Ziele als auch durch einen transformativen Leadership-Stil im Sinne einer Coaching-Funktion, die inspirierend auf Mitarbeiter wirkt.

Für Führungskräfte, die Mitarbeitern helfen sich weiterzuentwickeln, wird der Anspruch in komplexen Arbeitsfeldern zunehmend höher. Gerade globale Organisationsstrukturen erfordern strengere Prozesse in der Zusammenarbeit. Seitens der Mitarbeiter werden solche Top-down-Strukturen häufig als autoritär, befehlend und fordernd empfunden. Deshalb braucht es zugleich eine Art der Zusammenarbeit mit Sinnstiftung, Inspiration und der Fähigkeit, Menschen zu motivieren und zu involvieren. Die Kunst besteht darin, kontextbezogene Übergänge zu finden, die für die jeweiligen Aufgaben in der Situation passgenau sind. Für ausgewählte Talente bieten flankierende Mentorenprogramme eine komplementäre Möglichkeit der persönlichen Weiterentwicklung. Zu berücksichtigen wäre dabei, dass der globale Gedanke auch in der Wahl zwischen Mentee und Mentor gewährleistet ist. Denn der Dialog zwischen beiden gibt jedem einen bereichernden Einblick in die jeweiligen relevanten Erfahrungen in der globalen Zusammenarbeit mit unterschiedlichen Kulturen und Rollen.

Regelmäßige Gesprächsrunden, die nicht ausschließlich als Feedback-Sessions hinsichtlich der Work-Performance dienen, sondern dem gegenseitigen Kennenlernen als Mensch, ermöglichen ein besseres Verständnis, unterschiedliche Handlungsweisen im Arbeitskontext leichter einordnen zu können. Das wiederum bietet eine Gelegenheit, die für Kollegen teilweise unsichtbaren Wahr-

nehmungen von Werten, Tabus, Geboten oder Leitbildern wechselseitig besser kennenzulernen und zu verstehen. Gerade in Zeiten mangelnder Fachkräfte sind die Talente in Unternehmen global eine Ressource, die häufig unterschätzt wird, weil man ihr zu wenig Aufmerksamkeit gibt. Gibt es dagegen einen Überblick über die eigenen Experten aus unterschiedlichen Regionen, kann man diese Erfahrungen schnell und wirkungsvoll für andere Standorte zur Verfügung stellen.

Die Implementierung internationaler Rotationen, Austauschprogramme und die Förderung interkultureller Kompetenzen zahlt auf eine flexible und globale Unternehmenskultur positiv ein. Eine klare Kommunikation von Unternehmenszielen auf globaler Ebene muss flankierend etabliert werden und erfordert eine professionelle Unternehmenskommunikation. Global entwickelte Fördermaßnahmen brauchen eine einheitliche Struktur, Prozesse und Selektionsverfahren. Hierfür sind globale HR-Richtlinien notwendig, die bis zu einer einheitlichen „Compensation-und-Benefits-Regelung“ mit einheitlichen Job Grades einhergeht.

Spezialisierte Dienstleister, die sich auf diese Themen weltweit fokussiert haben, bieten Vergleichsbänder für diverse Industrien, Regionen und Funktionen an. Damit wird die Einordnung vergleichbarer Verantwortungen im internationalen Bereich erleichtert und harmonisiert. Ein psychologisches Problem ist die Vereinheitlichung von Titeln. Besitzstände wie „Vice President“, „Director“, „Manager“ und ähnliche Bezeichnungen sind schwer bei Versetzungen beizubehalten.

Auch hier braucht es eine Vereinheitlichung, um gleiche Verantwortungen mit gleichen globalen Titeln zu versehen. Die Globalisierung von HR-Organisationen ist eine multidimensionale Herausforderung, die eine ausgewogene Balance zwischen globalen Richtlinien und lokaler Anpassung erfordert.

INTEGRATION DIGITALER TECHNOLOGIEN IN HR-ORGANISATIONEN

Die Integration digitaler Technologien spielt eine entscheidende Rolle bei der Umsetzung effektiver HR-Strategien auf globaler Ebene. In vielen Unternehmen existieren bereits vereinzelt digitale Lösungen, die jedoch global uneinheitlich sind. Um ihre Vorteile in der überregionalen Anwendung nutzen zu können, müssen diese Technologien vereinheitlicht werden. Eine Herkulesaufgabe sowohl für die IT als auch für HR.

Migrationen zwischen verschiedenen Systemen hemmen den Fortschritt einer Transformation. Hier ist Durchhaltevermögen angesagt und ein sehr straffes Projektmanagement unerlässlich. Erfahrene Projektmanager, die globale Projekte für die HR-Organisation zielorientiert vorantreiben können, sind in diesem Kontext besonders wichtig.

Die Ablösung eines Payroll-Systems zugunsten eines neuen globalen und einheitlichen Systems ist eine der sensitivsten Transformationen für Unternehmen. Die termingerechte Ausführung von Gehaltszahlungen ist entscheidend, um Mitarbeiterzufriedenheit zu gewährleisten. In der heutigen Zeit sind Cloud-Lösungen die bevorzugte Wahl. Während sich Betriebsräte in der Vergangenheit gegen solche Lösungen gesträubt haben, da die Server diverser Cloud-Lösungsanbieter sich im Ausland befanden, bieten gängige Cloud-Anbieter mittlerweile regionale Serverlösungen für ihre Kunden an, um Datenschutz einwände auszuräumen.

Kein Unternehmen ist heute in der Lage, seine Daten mit vergleichbaren Sicherheitsstandards so abzusichern wie die großen internationalen Cloud-Anbieter. Zugleich zwingen Cloud-Lösungen Unternehmen, ihre Prozesse auf die Standards der Tool-Anbieter anzupassen. Dies erschwert anfangs die Integration, vereinfacht jedoch die globalen Prozesse in unterschiedlichen Regionen. So werden regelmäßige Systemanpassungen automatisch gepflegt, und Sicherheits-Updates bleiben auf dem aktuellen Stand.

OPERATIVE UMSETZUNG EINER GLOBALEN TRANSFORMATION

Um eine globale Transformation im Personalbereich erfolgreich operativ umzusetzen, muss das Entscheidungsteam im Executive Board gemeinsam an einem Strang ziehen. Das bedeutet, dass Personalentscheidungen synchron mit den globalen Entwicklungszielen des Unternehmens sein müssen.

Auf der Executive-Ebene erfordert dies mehr Zeit für maßgebliche personelle globale Entscheidungen. Eine globale Nachfolgeplanung für alle Schlüsselpositionen im Unternehmen ist ein wesentlicher Zukunftsfaktor. Dazu werden professionelle Personalentwicklungsgespräche zu einem wesentlichen Teil der Unternehmensstrategie.

Führungskräfte sollten dafür an ihrer Performance gemessen und incentiviert werden. Mehr Transparenz hinsichtlich der Leistungsträger im Unternehmen wird zum Wettbewerbsfaktor gegenüber Mitbewerbern. Dabei steht die Förderung und Forderung von Leistungsträgern im

Vordergrund. Die traditionelle Bewertung von Schwächen der Mitarbeiter verändert sich hin zur Verbesserung und Förderung der Stärken von Talenten – und wie sie im Unternehmen global noch besser eingesetzt werden können.

Dadurch verändert sich der unternehmenskulturelle Ansatz. Mitarbeiter, die erkennen, dass sie im Unternehmen Raum für ihre persönliche Entwicklung bekommen, dass sie in ihrem Tun geschätzt und gefördert werden, wenn sie ihren Einsatz einbringen, verändern ihre Haltung zur Leistung. Sie identifizieren sich mit ihrer Verantwortung, gehen motivierter zur Arbeit und gehen die Extrameile aus Freude an der Sache.

Der Sinn, die eigene Energie einzubringen, um einen Beitrag für den gemeinsamen Erfolg zu leisten, wandelt den Antrieb von einem „Push“ zu einem „Pull“. Mitarbeiter prägen ein Unternehmen, und Entscheider schaffen die Rahmenbedingungen dafür. Eine globale Personalorganisation zu entwickeln und zu implementieren, ist eine bedeutende Transformation, die nur mit Erfahrungsträgern einer HR-Organisation und der Zusammenarbeit mit den Entscheidungsträgern im Executive-Team aller anderen Wertschöpfungsstufen umgesetzt werden kann. Es ist eine Reise mit großen Unsicherheiten, die großes Vertrauen in diese Transformation und Offenheit für kulturelle Anpassungen erfordert. Das Management muss bereit sein, bewährte Praktiken zu überdenken und neue Wege zu beschreiten, um den Herausforderungen der globalisierten HR-Organisation gerecht zu werden. Agilität und Reflektionsfähigkeit sind von entscheidender Bedeutung, um flexibel auf Veränderungen reagieren zu können und gleichzeitig eine kohärente globale Strategie aufrechtzuerhalten.

FAZIT

Die Globalisierung von HR-Organisationen bringt komplexe Herausforderungen mit sich, die einen ganzheitlichen und strategischen Ansatz erfordern. Es ist unerlässlich, dass HR-Verantwortliche eine aktive Rolle in der Unternehmensführung einnehmen und als strategische Partner gegenüber der Geschäftsführung agieren. Die Bedeutung von Talentmanagement, interkultureller Zusammenarbeit und digitaler Transformation wird in einer globalisierten Geschäftswelt immer weiter zunehmen. Die erfolgreiche Navigation durch diese Herausforderungen erfordert nicht nur technologische Lösungen, sondern vor allem auch ein tiefes Verständnis für die Bedürfnisse der Mitarbeiter, die kulturellen Unterschiede sowie die globalen Geschäftsziele. Unternehmen, die bereit sind, in eine moderne und global ausgerichtete HR-Organisation zu investieren, werden nicht nur in der Lage sein, talentierte Mitarbeiter zu gewinnen und zu halten, sondern auch ihre Wettbewerbsfähigkeit in einer zunehmend globalisierten Wirtschaft stärken. Die Reise zu einer globalisierten HR-Organisation ist anspruchsvoll, aber die Potenziale und Chancen dadurch sind enorm. Jedes Unternehmen in einer global operierenden Welt braucht den Mut, die traditionellen Grenzen zu überwinden und eine HR-Strategie zu entwickeln, die die Vielfalt und Dynamik einer globalen Arbeitswelt widerspiegelt.



© Caroline Floritz

Harald Smolak

Partner und Direktor sowie Leiter People Management bei der Managementberatung Atreus mit Sitz in München



ARBEITSRECHTLICHE RESTRUKTURIERUNG.

Das Arbeitsrecht ist ein Erfolgsfaktor bei Umstrukturierung von Unternehmen und Unternehmenstransaktionen.

Die arbeitsrechtliche Restrukturierung ist ein wichtiger Beratungsschwerpunkt unserer Kanzlei. Wir unterstützen Sie mit unserer Erfahrung und unserer Expertise.



WWW.BUSE.DE

BUSE _ ZU HAUSE IM ARBEITSRECHT UND IN _ BERLIN DÜSSELDORF ESSEN FRANKFURT HAMBURG MÜNCHEN
STUTT GART BRÜSSEL LONDON MAILAND PALMA DE MALLORCA PARIS NEW YORK SYDNEY ZÜRICH

BUSE

Interview über attraktive Benefits für eine diverse Belegschaft

Nachhaltig mobil auf dem Land

Vor allem in den Städten sind umweltfreundliche Diensträder und die Nutzung des ÖPNV als steuerfreie Mobilitätsform für Arbeitgeber und deren Mitarbeiter attraktiv. Mobilität auf dem Land ist herausfordernder. Die Nase vorn haben die Unternehmen, die einen Mobilitätsmix anbieten, sagt Nelly Schulz-Algie, Head of People & Culture bei LOFINO, einem Plattformanbieter für Benefitlösungen mit Fokus auf betriebliche Mobilität.



Nelly Schulz-Algie,
Head of People & Culture,
LOFINO GmbH

Welche Benefits können Unternehmen für eine vielfältige Belegschaft anbieten?

Je nach Lebenssituation, Alter und Einkommen haben Menschen unterschiedliche Bedürfnisse. Auf eine vielfältige Belegschaft sollten Arbeitgeber mit einem flexiblen Benefitangebot reagieren, weg von verstaubten vermögenswirksamen Leistungen hin zu modernen Gehaltsextras, die jeder Mitarbeiter selbst auswählen sollte. Einige Plattformen ermöglichen neben einem Essenzuschuss, einem Erholungspaket und einem Zuschuss zur Internetkommunikation auch schon ein Mobilitätsbudget.

Was macht ein solches Mobilitätsbudget attraktiv?

Mitarbeiter können das Mobilitätsbudget, das sie auf Basis des festgelegten Budgets durch eingereichte Belege steuervergünstigt zum Gehalt ausbezahlt

bekommen, i. d. R. für unterschiedliche Fortbewegungsmittel einsetzen – z. B. für ein Zugticket, ein E-Bike oder ein Dienstrad. Da Zweiräder steuerlich gefördert werden, spart der Arbeitnehmer bis zu 40 % im Vergleich zum Direktkauf. Auch wer Verkehrsmittel des ÖPNV oder das Deutschlandticket nutzt, profitiert von steuerlichen Vergünstigungen, die höher sind als bspw. bei einem Dienstwagen.

Neben den monetären Vorteilen drücken Arbeitgeber so auch ihre Wertschätzung aus. Gab es früher vor allem den Dienstwagen als Privileg für die Führungskräfte mit höheren Einkommen, kommt das Mobilitätsbudget im Sinne einer Gleichbehandlung allen Beschäftigten zugute. Ein zusätzlicher Anreiz ist, dass sie das Budget auch privat ausschöpfen können – etwa für die Bahnfahrt in eine Metropole am Wochenende oder die Buchung eines Ubers nach einer Disconacht.

Wie kann das Mobilitätsbudget abgerechnet werden?

Idealerweise bietet eine Plattform eine App, die so benutzerfreundlich wie möglich gestaltet ist. Die Mitarbeiter können auf einen Blick sehen, wie viel Budget sie monatlich zur Verfügung haben und entscheiden selbst, wie viel Budget sie z. B. für Carsharing, Fahrradleasing oder die Nutzung eines E-Scooters ausgeben wollen. Auch abhängig von der Jahreszeit sollten sie es monatlich immer wieder umstellen können. So nutzen bei uns viele Anwender bspw. im Sommer stärker das E-Bike oder einen E-Scooter und im Winter eher ÖPNV oder das E-Auto. Unterschiedliche Verkehrsmittel auszuprobieren und herauszufinden, welche Mobilitätsform sich wie auf das Gehalt im jeweiligen Monat ausschlägt, hat für viele Nutzer einen spielerischen Anreiz. Verfügt die App über eine Scanfunktion, mit der die eingereichten Belege hochgeladen und automatisch in der Gehaltsabrechnung ausgewiesen werden können, hält das den Aufwand für HR und die Lohnbuchhaltung

gering, da alle Benefits über einen Prozess abgewickelt werden. Auch sollte jeder Benefit steuerlich in der App Berücksichtigung finden.

Heute im Büro, morgen im Homeoffice. Welche Rolle spielt der Arbeitsort bei der Auswahl der Benefits?

Im Zuge der Pandemie sind Arbeitnehmer mitunter aufs Land gezogen, nicht nur, weil der Wohnraum dort oft günstiger ist, sondern auch, weil die meisten Firmen ihr Homeoffice-Angebot ausgebaut haben. Homeoffice ist salonfähig geworden und hat dazu geführt, dass viele Mitarbeiter nur ein- bis zweimal pro Woche ins Büro kommen. Hybrid zu arbeiten und Mobilität nach Bedarf zu nutzen, ist der Trend. Es macht Menschen zufriedener, wenn sie ihr Leben selbstbestimmt gestalten können. Sie entscheiden – abhängig von der jeweiligen Tätigkeit – selbst, wann sie welche Aufgaben konzentrierter im Homeoffice oder mobil erledigen können und wann Teamarbeit im Büro sinnvoll ist.

Braucht es andere Konzepte für Mobilität auf dem Land als in der Stadt?

Ja. Firmen in der Stadt und im ländlichen Raum sollten differenzierte Angebote machen. In der Stadt gilt es, Anreize zur Nutzung von Bus und Bahn oder der Zweiräder zu schaffen, während es im ländlichen Raum sinnvoll ist, einen Mobilitätsmix anzubieten. Das ermöglicht es den Mitarbeitern, verschiedene Verkehrsmittel zu kombinieren. So könnte z. B. ein E-Roller mit einem Deutschlandticket kombiniert werden. Viele Arbeitnehmer empfinden ihren Arbeitsweg als komfortabler, wenn sie zu Stoßzeiten keine langen Staus im Autoverkehr erleben müssen und stattdessen die Bahn plus Fahrrad nutzen können. Auch fördert es den Austausch unter Kollegen, wie sich Verkehrsmittel sinnvoll kombinieren lassen. Unternehmen auf dem Land punkten zudem, wenn sie bspw. einen E-Roller oder ein E-Auto bezuschussen oder einen Teil der Homeoffice-Ausstattung finanzieren.

Inwiefern hat die nachhaltige Mobilität auch einen gesundheitsfördernden Effekt?

Viele Arbeitnehmer schätzen E-Bikes oder Diensträder, weil es ihnen hilft, Stress abzubauen. Durch den Sport an der frischen Luft wird zudem das Immunsystem gestärkt. Wer täglich Rad fährt, ist oft nicht nur fitter, sondern wird nachweislich auch seltener krank. Die Personalabteilung, die auch für das Betriebliche Gesundheitsmanagement verantwortlich ist, kann dazu anregen, dass nachhaltige Verkehrsmittel für den Arbeitsweg und auch privat genutzt werden dürfen – aus gesundheitlichen und ökologischen Gründen. Denn neben den gesundheitlichen Vorteilen verringert die Förderung des Fahrradverkehrs das Verkehrsaufkommen und damit die Umweltbelastung.

Was können Arbeitgeber noch tun, um die Nutzung von Dienstfahrrädern zu fördern?

Das Dienstrad ist seit der Pandemie für viele Menschen noch attraktiver geworden. Firmen, die es als Gehalts-

extra anbieten, ermöglichen ihren Mitarbeitern, es steuerfrei zu fahren. Wer als nachhaltiger Arbeitgeber vorangehen will, sollte Fahrradleasing als Teil des Benefitportfolios anbieten.

Für Beschäftigte, die z. B. ein hochwertiges E-Bike fahren, sind sichere Fahrradabstellplätze im Firmengelände wichtig. Das sollten Arbeitgeber genauso zur Verfügung stellen wie Umkleieräume und Duschen am Arbeitsplatz.

Insbesondere diejenigen, die einen längeren Arbeitsweg zurücklegen, legen Wert darauf, sich frisch zu machen und sich umziehen zu können.

Können durch Fahrrad-Challenges weitere Anreize geschaffen werden?

Auf jeden Fall. Ähnlich wie bei Schrittwettbewerben können Firmen für einen bestimmten Zeitraum die Challenge ausrufen, Kilometer zu sammeln – entweder als Team, abteilungsübergreifend oder einzeln. Wenn die Ergebnisse im Intranet einsehbar sind und besondere Leistungen prämiert werden, kann das für viele ein Anreiz sein, das Rad häufiger zu nutzen. Solche Challenges schärfen nicht nur das Bewusstsein für den gesundheitsförderlichen Nutzen, sondern stärken auch den Teamgeist und das Zugehörigkeitsgefühl.

Ist Nachhaltigkeit für das Employer Branding nutzbar?

Wenn Arbeitgeber Nachhaltigkeit ernst nehmen und glaubwürdig leben, wirkt sich das positiv auf die Rekrutierung und Bindung von Talenten aus, wie viele Studien belegen. Glaubwürdig ist, wenn Arbeitgeber die Mobilitätswende vorantreiben und nachhaltige Mobilitätsalternativen für ihre Belegschaft entwickeln, weg vom privilegierten Dienstwagen und hin zu Verkehrsmitteln, die die Umwelt nicht belasten. Teams, die stolz auf die Nachhaltigkeitsbilanz ihres Arbeitgebers sein können, fühlen sich stärker verbunden und sind loyaler. Das prägt das Arbeitgeberimage, das nach innen und nach außen kommuniziert werden sollte. Gerade für die junge Generation ist es wichtig, zum Umweltschutz beizutragen.

Stichwort ESG: Welchen Einfluss das Pendelverhalten auf die CO₂-Bilanz hat, muss im Nachhaltigkeitsbericht transparent kommuniziert werden.

Das Gleiche gilt für die soziale Nachhaltigkeit.

Unternehmen müssen nachweisen, dass sie u. a. ihren Mitarbeitern attraktive Entwicklungsangebote machen und dadurch ihre Bindung zum Unternehmen stärken. Eine breite Palette von Benefits zahlt auf die Arbeitgeberattraktivität ein – insbesondere Arbeitgeber im ländlichen Raum sollten diese Möglichkeit ausschöpfen und ihre Gehaltsextras auch in Stellenanzeigen kommunizieren – diese können für einen Bewerber, der zwischen zwei Arbeitgebern wählen kann, das Entscheidungskriterium sein.

Vielen Dank für das Gespräch!

Das Interview führte Annette Neumann,
freie Journalistin, Berlin

Kurz gemeldet

Steuerfreies Trinkgeld

Trinkgelder, die anlässlich einer Arbeitsleistung dem Arbeitnehmer von Dritten freiwillig und ohne dass ein Rechtsanspruch auf sie besteht, zusätzlich zu dem Betrag gegeben werden, der für diese Arbeitsleistung zu zahlen ist, bleiben gem. § 3 Nr. 51 EStG steuerfrei. Darunter fallen dem allgemeinen Verständnis nach Trinkgelder, die z. B. im Gaststättengewerbe oder beim Friseur geleistet werden. Ausschlaggebend ist die Freiwilligkeit der Zahlung. Besteht ein Rechtsanspruch auf die Gewährung von Trinkgeldern oder ähnlichen Zahlungen, unterliegen diese Zahlungen wie der sonstige Arbeitslohn dem Lohnsteuerabzug. Das FG Köln hatte sich in zwei Urteilen vom 14.12.2022 (9K 2507/20 und 9K 2814/20) mit der Frage zu beschäftigen, ob es sich bei Zahlungen i. H. v. 50.000 Euro bzw. ca. 1,3 Mio. Euro von einem an einer GmbH beteiligten Unternehmen an die beiden Prokuristen der GmbH um steuerfreie Trinkgelder handelt. Nach Auffassung des Finanzamts lag jeweils Arbeitslohn vor. Die dagegen gerichteten Klagen hatten keinen Erfolg. Die FG-Richter ordneten beide Zahlungen aufgrund ihrer Höhe und unter Berücksichtigung der Gesamtumstände nicht als steuerfreie Trinkgelder ein. Auch wenn im Jahr 2022 die in § 3 Nr. 51

EStG enthaltene Freigrenze von 1.224 Euro durch den Gesetzgeber abgeschafft worden ist, war damit nicht beabsichtigt, Trinkgelder in unbegrenzter Höhe als steuerfreie Zuwendung zuzulassen. Beide Zahlungen überstiegen deutlich den Rahmen dessen, was nach allgemeinem Verständnis unter dem Begriff des Trinkgeldes verstanden wird.

Teilerlass eines Darlehens als Arbeitslohn

Der BFH (Urt. v. 23.12.2023 – VIR 9/21) hatte über die steuerliche Einordnung eines teilweisen Darlehenserlasses bei der beruflichen Aufstiegsfortbildung zu urteilen. Im Sachverhalt nahm die Klägerin an Aufstiegsfortbildungen teil, die mit Zuschüssen und Darlehen für die Kosten der Lehrveranstaltungen gefördert wurden. In den Bedingungen der von der KfW ausgereichten Darlehen war vorgesehen, dass bei Bestehen der Fortbildungsprüfung ein Anteil des zu dem Zeitpunkt noch zur Rückzahlung fälligen Darlehensbetrags erlassen wird. Die Aufwendungen für die Fortbildung wurden vom Finanzamt als Werbungskosten anerkannt. Nachdem die Arbeitnehmerin die Fortbildung erfolg-

reich abgeschlossen hatte, erließ die KfW 40 % des verbliebenen Darlehensbetrags. Das Finanzamt erfasste den erlassenen Betrag als Arbeitslohn. Die dagegen gerichtete Klage hatte keinen Erfolg.

Die BFH-Richter folgten der Einordnung des Finanzamts mit der Begründung, dass die Erstattung von als Werbungskosten abziehbaren Aufwendungen als Einnahme bei der Einkunftsart zu berücksichtigen ist, bei der die Werbungskosten zum Abzug gebracht wurden. Der Teilerlass des Darlehens basiere ausschließlich auf Gründen, die mit dem Beruf, konkret mit dem erfolgreichen Abschluss der Fortbildung, zusammenhängen und nicht auf einer finanziellen Bedürftigkeit oder den persönlichen Lebensumständen der Klägerin. Zudem orientiert sich der Teilerlass der Höhe nach an dem konkreten Darlehen, das im Zusammenhang mit der Aufstiegsfortbildung gewährt wurde.

Sandra Peterson, Steuerberaterin,
Referent Lohnsteuer, ZF Group, München

Impressum

www.arbeit-und-arbeitsrecht.de
Arbeit und Arbeitsrecht vereinigt mit Personal-Profi

huss

HUSS-MEDIEN GmbH
Ein Unternehmen der Huss-Verlagsgruppe Berlin · München

Postanschrift: 10400 Berlin

Hausanschrift: Am Friedrichshain 22 · 10407 Berlin
Tel.: 030 42151-0 · Fax: 030 42151-300

Herausgeber: Christoph Huss, Wolfgang Huss

Redaktion:

E-Mail: aua.redaktion@hussmedien.de
Andreas Krabel, verantw., Tel.: 030 42151-302
Anne Politz, Tel.: 030 42151-418
Sabrina Foth, Tel.: 030 42151-445

Anzeigen:

E-Mail: aua.anzeigen@hussmedien.de 
Torsten Ernst, verantw., Tel.: 030 42151-262
Simone Ritter, Leitung Vermarktung, Tel.: 030 42151-238
Es gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 29 vom 1.1.2024.

Vertrieb:

E-Mail: aua.vertrieb@hussmedien.de

Leserservice:

E-Mail: leserservice@hussmedien.de
Fax: 030 42151-232

Online-Leserservice: www.leserservice.hussmedien.de

Erscheinungsweise: Monatlich

Bezugshinweise:

Jahresabonnement-Inland:
€ 246,- (inkl. MwSt., zzgl. € 16,20 Porto- und Versandkosten)

Vorteilspreis für Studenten gegen Nachweis:
€ 123,- (inkl. MwSt., zzgl. € 16,20 Porto- und Versandkosten)

Jahresabonnement-Ausland:
€ 270,- (inkl. Porto- und Versandkosten)

Einzelheft:
€ 28,- (inkl. MwSt., zzgl. € 1,80 Porto- und Versandkosten)

Abonnementgebühren sind im Voraus zu entrichten. Der Abonnementpreis erhöht sich für das Ausland um die Zustellgebühren und um evtl. Differenzen aus dem Mehrwertsteuerrecht. Abonnements laufen nach der Mindestvertragslaufzeit von 12 Monaten unbefristet weiter, wenn sie nicht termingerecht 6 Wochen vor Ende des Kalenderjahres schriftlich gekündigt werden. Für Privatkunden gilt: 4 Wochen zum Monatsende. Höhere Gewalt entbindet den Verlag von der Lieferungspflicht, damit verbundene Ersatzansprüche werden nicht anerkannt. Preisanpassungen an die Teuerungsrate wegen steigender Kosten bei Einkauf, Herstellung und Versand bleiben vorbehalten. Das Recht der Kündigung innerhalb der vereinbarten Kündigungsfrist bleibt hiervon unberührt.

Layout, Satz und Reproduktion:

HUSS-MEDIEN GmbH · 10400 Berlin · Tel.: 030 42151-279
E-Mail: layout@hussmedien.de

Druck:

Möller Pro Media GmbH
Zepelinstraße 6 · 16356 Ahrensfelde OT Blumberg
Alle Rechte vorbehalten

© by HUSS-MEDIEN GmbH, Verlag Wirtschaft
Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Jeder Nachdruck – auch auszugsweise – sowie jede andere Verwertung bedürfen – sofern sie nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen sind – der Zustimmung des Verlages. Darunter fallen insbesondere die gewerbliche Vervielfältigung jeder Art und die Aufnahme in elektronische Datenbanken.

Für unverlangt eingesandte Manuskripte und Einsendungen übernimmt der Verlag keine Haftung. Anspruch auf Ausfallhonorare, Archivgebühren und dergleichen besteht nicht. Die mit dem Namen des Verfassers gekennzeichneten Abhandlungen stellen in erster Linie die persönliche Meinung des Verfassers dar. Warennamen werden in dieser Zeitschrift ohne Gewährleistung der freien Verwendbarkeit benutzt. Texte, Abbildungen, Programme und technische Angaben wurden sorgfältig erarbeitet. Verlag und Autoren können jedoch für fehlerhafte Angaben und deren Folgen weder eine juristische Verantwortung noch eine Haftung übernehmen. Für alle Preisausschreiben und Wettbewerbe in der Zeitschrift ist der Rechtsweg ausgeschlossen.

Die Redaktion behält sich vor, Leserbriefe gekürzt zu veröffentlichen.

Erfüllungsort und Gerichtsstand ist Berlin.

ISSN 0323-4568

Arbeit und Arbeitsrecht

Entdecken Sie das vielfältige Angebot der AuA

Kongress
Arbeitsrecht



Round Table



Workshop



AuA-
Podcast



Online-
Seminare



HR-
Zertifizierung



Newsletter

WEEKLY
BRIEFING

Website



PLUS+
DIGITAL



Jetzt informieren!

www.arbeit-und-arbeitsrecht.de

Kurz kommentiert

Behinderung der Betriebsratsarbeit

In der Filiale eines Textilunternehmens besteht ein siebenköpfiger Betriebsrat. Dieser hält regelmäßig dienstags seine Sitzungen ab. Am 10.1.2022 stellte die Betriebsratsvorsitzende fest, dass einige Betriebsratsmitglieder wegen Krankheit verhindert sind. Sie verlangte daraufhin vom Filialdirektor, ein nachrückendes Betriebsratsmitglied bei der Personaleinsatzplanung zu berücksichtigen. Darauf teilte der HR-Referent per E-Mail Folgendes mit: „Euren PEP-Änderungen können wir leider nicht zustimmen. Für eine Beschlussfassung des Betriebsrats ist es nicht notwendig, dass ihr zu 7 tagt. Für die Beschlussfähigkeit reicht eine einfache Mehrheit aus.“ Der Betriebsrat rügte daraufhin die Störung der Betriebsratsarbeit und forderte die Arbeitgeberin zur Unterlassung auf. Es folgten weitere Vorfälle, in denen der Filialdirektor die Teilnahme von Betriebsratsmitgliedern an Sitzungen ablehnte mit der Androhung, diesen Tag als abwesend zu betrachten. Konkret untersagte er einzelnen Betriebsratsmitgliedern das Verlassen der Filialfläche unter Androhung der Kürzung der Vergütung. Der Betriebsrat beantragte daraufhin vor dem Arbeitsgericht, der Arbeitgeberin aufzugeben, es zu unterlassen, Betriebsratsmitgliedern oder nachrückenden Ersatzmitgliedern unter Androhung einer Gehalts- oder Stundenkürzung zu untersagen, an einer Sitzung des Betriebsrats teilzunehmen.

Das LAG München gab dem entsprechenden Unterlassungsantrag statt (LAG München, Beschl. v. 1.8.2023 – 7 TaBV 17/23). Nach § 78 Satz 1 BetrVG dürfen die Mitglieder des Betriebsrats in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht gestört oder behindert werden. Das Gericht entschied, dass der geltend gemachte Unterlassungsanspruch wegen der Behinderung der Arbeit der Mitglieder des Betriebsrats bzw. der Ersatzmitglieder begründet ist. Der Begriff der Behinderung ist umfassend zu verstehen. Er umfasst jede unzulässige Erschwerung, Störung oder gar Verhinderung der Betriebsratsarbeit. Ein Verschulden oder eine Behinderungsabsicht des Störers ist nicht erforderlich. Dem Betriebsrat steht bei einer Störung oder Behinderung seiner Arbeit durch den Arbeitgeber ein Unterlassungsanspruch zu, auch wenn dieser nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist. Die Repräsentanten der Arbeitgeberin hatten die Betriebsratsarbeit dadurch zu behindern versucht, dass bereits im Vorfeld die Teilnahme von Mitgliedern oder nachrückenden Ersatzmitgliedern durch Androhung von Gehalts- oder

Stundenkürzungen verhindert werden sollte. Die Teilnahme des Betriebsratsmitglieds an den einzelnen Sitzungen ist dessen betriebsverfassungsrechtliche Pflicht. Der Betriebsrat bestimmt allein, wann und wie oft er tagt. Er hat der Arbeitgeberin lediglich Ort und voraussichtliche Dauer der beabsichtigten Betriebsratsstätigkeit mitzuteilen, weitere Angaben zur Art der Betriebsratsstätigkeit können nicht verlangt werden. Die angekündigte Sanktionierung mit Stunden- oder Gehaltskürzung zielte eindeutig darauf ab, die Teilnahme an den Sitzungen zu verhindern oder zumindest zu erschweren. Es bestand auch eine Wiederholungsgefahr, weil die Arbeitgeberin betonte, dass es ihr erlaubt sein müsse zu beurteilen, ob eine Betriebsrats Sitzung erforderlich ist oder nicht. Eine solche Prüfungscompetenz steht ihr aber nicht zu. Damit begibt sich die für die Arbeitgeberin handelnde Person in die Gefahr, eine nach § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG strafbare Störung der Betriebsratsarbeit zu begehen. Das Gericht ließ die Rechtsbeschwerde zu.

Angemessenheit der Probezeit im befristeten Arbeitsverhältnis

Nach einer EU-Richtlinie vom 20.7.2019 soll in befristeten Arbeitsverhältnissen mit einer Dauer von zwölf Monaten und weniger eine Verhältnismäßigkeitsprüfung für die Dauer von Probezeiten stattfinden. In Umsetzung dieser Richtlinie wurde in § 15 Abs. 3 TzBfG eine Vorschrift eingeführt, wonach die Probezeit in einem befristeten Arbeitsverhältnis im Verhältnis zu der erwarteten Dauer der Befristung und der Art der Tätigkeit stehen muss.

Das LAG Schleswig-Holstein hatte Gelegenheit, zu dieser Neuregelung Stellung zu nehmen. Mit einem Serviceberater eines Autohauses war eine befristete Probezeit von sechs Monaten vereinbart; nach Ablauf der Probezeit sollte das Arbeitsverhältnis enden, ohne dass es einer Kündigung bedarf. Zugleich regelte der Vertrag die Kündigungsfristen, wenn das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit fortgesetzt wird. Während der Probezeit sollte das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden können. Der Serviceberater wandte sich gegen die Probezeitkündigung u. a. mit dem Argument, die Probezeit habe maximal zwei Monate betragen dürfen.

Die Klage war ohne Erfolg. Das Gericht war der Auffassung, dass die Probezeitkündigung unter Einhaltung einer zweiwöchigen Frist wirksam war

und das Arbeitsverhältnis beendet hatte. Es qualifizierte den Arbeitsvertrag als befristeten Vertrag, indem ausdrücklich eine Probezeitkündigung vereinbart war. Im auf sechs Monate befristeten Arbeitsvertrag galt somit eine sechsmonatige Probezeit als vereinbart. Allerdings war die Probebefristung von Anfang an mit einem unbefristeten Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Befristung verschränkt. Es wäre daher nicht konsistent, einerseits eine Probezeit von sechs Monaten in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis als angemessen anzusehen und andererseits in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis mit vorgeschalteter Probezeitbefristung eine sechsmonatige Probezeit als unangemessen zu bewerten. Damit sei eine sechsmonatige Probezeit immer angemessen. Zur Vermeidung einer Umgehung von § 15 Abs. 3 TzBfG sei jedoch Voraussetzung, dass erstens die Befristung im Vertrag als Probebefristung bezeichnet ist und dass zweitens das nach Ablauf der Probebefristung beabsichtigte unbefristete Arbeitsverhältnis bereits im Ausgangsvertrag konkret geregelt wird.

Das Gericht ließ die Revision (eingelegt unter dem Az. 2 AZR 275/23) wegen grundsätzlicher Bedeutung zu (LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 18.10.2023 – 3 Sa 81/23).

Verfall von Urlaubsansprüchen

Vor dem LAG Baden-Württemberg stritten die Parteien über die Abgeltung von Urlaubsansprüchen aus dem Jahr 2019. Die Klägerin war seit dem 21.3.2019 dauerhaft erkrankt. Das Arbeitsverhältnis endete aufgrund Eigenkündigung zum 19.4.2021. Die Arbeitgeberin hatte zu Beginn des Urlaubsjahres 2019 nicht darauf hingewiesen, dass der Jahresurlaub einzubringen ist. In dem Unternehmen wurden regelmäßig zu Beginn der großen Sommerferien drei Wochen Betriebsferien angeordnet. Auch darauf hatte die Arbeitgeberin nicht hingewiesen.

Das Gericht gab der Klage auf Abgeltung des Jahresurlaubs 2019 statt. Nach § 7 Abs. 4 BUrlG ist Urlaub abzugelten, der wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden kann. Ist der Arbeitnehmer infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit daran gehindert, seinen Urlaub bis zum Ende des Urlaubsjahres zu nehmen, kann der Anspruch bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit mit Ablauf des 31. März des zweiten Folgejahres (15 Monate nach Beendigung des Urlaubsjahres) untergehen. Dies ist allerdings nur dann der Fall, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer rechtzeitig in die Lage versetzt hat, seinen Urlaubsanspruch auszuüben. Dazu muss er den Arbeitnehmer erforderlichenfalls förmlich auffordern, seinen Urlaub zu nehmen und ihm klar und rechtzeitig mitteilen, dass der Urlaub verfällt, wenn er ihn nicht nimmt. Bei einer früh im Urlaubsjahr eintretenden Er-

krankung kann es tatsächlich unmöglich sein, den Arbeitnehmer rechtzeitig in die Lage zu versetzen, seinen Urlaub zu nehmen. Im entschiedenen Fall hätte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer jedoch unverzüglich nach Entstehung des Urlaubsanspruchs am 1.1.2019 darauf hinweisen können, dass er seinen Urlaub nehmen muss und er anderenfalls verfällt. Da die Erkrankung erst am 21.3.2019 eingetreten war, hätte die Klägerin ihren Anspruch von 30 Urlaubstagen noch rechtzeitig ausüben können. Steht bereits zu Beginn des Urlaubsjahres fest, dass ab dem Montag nach Beginn der Sommerferien Betriebsferien durchgeführt werden, umfasst die Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitgebers nach Auffassung des Gerichts auch den Hinweis darauf. Nur dann kann ein Arbeitnehmer überblicken, wie viele Urlaubstage ihm überhaupt zur freien Verfügbarkeit zustehen. Um das Erlöschen des Urlaubsanspruchs wegen Ablaufs des 15-monatigen Übertragungszeitraums bei Erkrankung zu bewirken, muss der Arbeitgeber daher im Rahmen seiner Mitwirkungsobliegenheit auch darauf hinweisen, dass Betriebsferien geplant sind. Wenn der betroffene Mitarbeiter sich gegen diese Festsetzung nicht wirksam wendet, kann davon ausgegangen werden, dass er in diesem Umfang seinen Urlaubsanspruch nicht bereits vor der Erkrankung hätte geltend machen wollen. Das Gericht ließ die Revision für die Beklagte zu (LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 11.10.2023 – 10 Sa 23/23).

Unwirksame Anordnung von Kurzarbeit

Ein Unternehmen, das Gerüste, Brücken und Dockanlagen aus Aluminium herstellt, hatte im März 2020 mit seinen Mitarbeitern einen Nachtrag zum Arbeitsvertrag vereinbart. Danach ist der Arbeitgeber berechtigt, Kurzarbeit anzuordnen, wenn ein erheblicher, aus wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruhender Arbeitsausfall vorliegt und er dies bei der Agentur für Arbeit angezeigt hat. Der Arbeitnehmer erklärt sich darin mit einer vorübergehenden Kürzung der individuellen Arbeitszeit und einer entsprechenden Reduzierung seiner Vergütung einverstanden. Der Arbeitgeber hat eine Ankündigungsfrist von drei Wochen einzuhalten. Im Oktober 2020 führte das Unternehmen Kurzarbeit für die Zeit ab November 2020 wegen saisonal bedingter Rückgänge bei den Gerüstverkäufen ein. Einem Metallfacharbeiter, der insbesondere im Belagbau eingesetzt war, wurde mitgeteilt, er sei von der Kurzarbeit betroffen und werde ab 1.11. in Kurzarbeit Null gehen. Auf Antrag bei der Bundesagentur für Arbeit wurde die Kurzarbeit bewilligt und das Kurzarbeitergeld ausbezahlt. Der Metallfacharbeiter klagte dennoch auf die Differenz zwischen Kurzarbeitergeld und Gehalt und war mit seiner Klage erfolgreich. Unstreitig wurden auch in den Mo-

naten November 2020 bis Januar 2021 Beläge gefertigt. Das Unternehmen räumte ein, dass es während der Zeit, in der Kurzarbeit angeordnet war, etwa 150 Beläge pro Monat angefertigt habe. Es hatte die verbliebene Arbeit so verteilt, dass entweder Kurzarbeit Null angeordnet war oder aber überhaupt keine Kurzarbeit.

Das Gericht war der Auffassung, dass der Arbeitgeber die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit nicht wirksam eingeschränkt hatte. Es ließ im Ergebnis dahinstehen, ob die vertragliche Vereinbarung zur Anordnung von Kurzarbeit wirksam war. Bei dieser handelte es sich um allgemeine Geschäftsbedingungen. Die rechtlichen Grenzen und erforderlichen Regelungsinhalte für Kurzarbeiterklauseln sind höchstrichterlich nicht abschließend geklärt. Weitgehende Einigkeit besteht darin, dass Kurzarbeiterklauseln angemessen und transparent sein müssen, da damit von der gesetzlichen Wertung, wonach die Arbeitgeberin grundsätzlich das Betriebsrisiko zu tragen hat, abgewichen wird. Dass Kurzarbeitergeld gemäß den §§ 95 ff. SGB III gewährt wurde, lässt keinen Schluss darüber zu, ob vertraglich die Anordnung von Kurzarbeit zulässig war. Unter Transparenzgesichtspunkten sieht das Gericht erhebliche Zweifel, dass die Klausel wirksam ist. Denn sie erwähnt nicht die Möglichkeit, dass auch Kurzarbeit Null angeordnet werden kann. Darauf kam es jedoch nicht an, da die Anordnung nicht billigem Ermessen entsprach (§ 315 BGB). Die Darlegungs- und Beweislast dafür obliegt dem Arbeitgeber. Unstreitig gab es in der fraglichen Zeit Arbeiten im Belagbau. Gründe, weshalb der Kläger nicht wenigstens teilweise dafür hätte eingesetzt werden können, hatte das Unternehmen nicht vorgetragen. Die Befürchtung, den Arbeitnehmer nicht „auslasten“ zu können, ist kein Argument für die Anordnung von Kurzarbeit Null (LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 7.2.2023 – 8 Sa 392/21, Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt unter dem Az. 5 AZN 227/23).

BEARBEITET UND ZUSAMMENGESTELLT VON



© Fotostudio Felikss Francier

Dr. Claudia Rid
Rechtsanwältin und
Fachanwältin für Arbeitsrecht,
CMS Hasche Sigle, München

JETZT TESTEN



1



2

Arbeit und Arbeitsrecht (AuA) richtet sich als praxisorientierter und unverzichtbarer Ratgeber für die moderne Personalarbeit an Fach- und Führungskräfte im Bereich Human Resources.

Testen Sie jetzt kostenlos **2** Ausgaben der Fachzeitschrift AuA und bestellen Sie noch heute.



Entscheidungen kommentiert

» KONSEQUENZEN

Das ArbG Freiburg bestätigt: Heimliche Tonaufnahmen des gesprochenen Wortes von Arbeitskollegen sind im Arbeitsverhältnis ein „No-Go“ und rechtfertigen im Regelfall ohne vorherige Anhörung zumindest eine ordentliche verhaltensbedingte und zumeist auch eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Diese Sicht liegt auf Linie der Rechtsprechung des BAG (Urt. v. 19.7.2012 – 2 AZR 989/11).

Nur in Notstandssituationen können heimliche Tonaufnahmen gerechtfertigt sein. In Betracht kommen sie zur Abwehr von Erpressungen und Nötigungen, d. h. wenn in einem Vieraugengespräch auf rechtswidrige Weise ein Übel angedroht wird. Allein die Wahrnehmung berechtigter Interessen, z. B. die Vermeidung einer Beweisnot, genügt zur Rechtfertigung der heimlichen Aufzeichnung nicht (Schönke/Schröder/Eisele, StGB, § 201 Rn. 31a ff.). Nimmt ein Arbeitnehmer allerdings rechtsirrig einen Rechtfertigungstatbestand an, kann dies seinen Verstoß in einem milderen Licht erscheinen lassen (LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 19.11.2021 – 2 Sa 40/21).

Kündigung wegen heimlicher Tonaufzeichnungen von Personalgesprächen

§ 1 KSchG; § 626 BGB; Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG; § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Heimliche Tonaufzeichnungen von Personalgesprächen rechtfertigen auch ohne vorangehende Abmahnung regelmäßig die verhaltensbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

(Leitsatz der Bearbeiter)

ArbG Freiburg, Urteil vom 27.10.2022 – 2 Ca 193/22

○ PROBLEMPUNKT

Es ist das Happy End vieler US-amerikanischer Kriminalfilme: Der Held provoziert den überheblichen Schurken in einem Vieraugengespräch dazu, seine Tat einzugestehen und mit ihr zu prahlen. Dann zieht der Held auf einmal ein Diktiergerät aus der Hosentasche, das die Aussage aufgezeichnet hat. Der Schurke ist überführt. Im deutschen Rechtsraum führt diese Strategie in aller Regel nicht zu einem glücklichen Ende, sondern zu rechtlichen Sanktionen: Das heimliche Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes eines anderen ist nach § 201 StGB strafbar. Mit der Frage, ob bzw. unter welchen Umständen eine solche Straftat die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers rechtfertigt, musste sich das ArbG Freiburg befassen.

△ ENTSCHEIDUNG

Der 42-jährige Kläger war seit etwa 19 Jahren für die beklagte Arbeitgeberin tätig. Am 28.1.2022 überrumpelte die Beklagte den Kläger mit einem emotionalen Personalgespräch und konfrontierte ihn mit Verfehlungen. Der Kläger wurde dadurch stark verunsichert, litt im Anschluss an Schlafstörungen und nahm Beruhigungstabletten ein. Als die Beklagte mit dem Kläger am 31.1.2022 ein weiteres Personalgespräch führte, fertigte der Kläger von diesem heimlich eine Tonaufnahme und behielt diese für sich.

In der Folgezeit versetzte die Beklagte den Kläger auf eine andere Stelle. Er erhob gegen diese personelle Maßnahme Klage. In seiner Klageschrift bot er die Tonaufnahme als Beweismittel an. Dies nahm die Beklagte zum Anlass – nach Anhörung des Betriebsrats –, das Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise ordentlich zu kündigen. Gegen diese Kündigung wandte sich der Kläger mit seiner Kündigungsschutzklage.

Das ArbG Freiburg gab dieser nur teilweise statt. Das Gericht sah die fristlose Kündigung als unverhältnismäßig und daher unwirksam an, hielt die ordentliche Kündigung jedoch für sozial gerechtfertigt.

Das ArbG Freiburg erkannte, dass sich der Kläger der Straftat der Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes (§ 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB) schuldig gemacht und das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) seiner Gesprächspartner verletzt habe. Das Gericht betonte, dass es die außerordentliche Kündigung für wirksam befunden hätte, hätte das Arbeitsverhältnis des Klägers erst wenige Jahre bestanden. Wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls hielt es diese jedoch ausnahmsweise für unverhältnismäßig. Seine Abwägungsentscheidung zugunsten des Klägers begründete das ArbG Freiburg mit der hohen Betriebszugehörigkeit von ca. 19 Jahren, seiner Unterhaltspflicht für zwei Kinder, der emotional angespannten Lage des Klägers, dessen Handeln aus Unsicherheit sowie der fehlenden Wiederholungsfähigkeit. Die ordentliche Kündigung sah das ArbG Freiburg hingegen als wirksam an. Diese sei sozial gerechtfertigt. Wegen der Schwere der Pflichtverletzung habe es einer Abmahnung nicht bedurft. Ein Arbeitgeber müsse gewährleisten, dass seine Mitarbeiter im beruflichen Rahmen auf die Vertraulichkeit ihres Wortes vertrauen können und sich insofern schützend vor die Arbeitnehmer stellen. Die Beklagte könne deshalb von ihren Mitarbeitern, deren Persönlichkeitsrechte durch den Kläger verletzt worden seien, nicht verlangen, dauerhaft mit dem Kläger zusammenzuarbeiten. Auch den Betriebsrat habe die Beklagte vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß angehört.

! PRAXISTIPP

Außer in seltenen Nötigungs- und Erpressungskonstellationen ist von der Fertigung heimlicher Tonaufnahmen dringend abzuraten. Dies gilt sowohl für den Arbeitnehmer, der befürchtet, dass ihm sein Arbeitgeber in einem Personalgespräch „eine Falle stellt“, als auch für den Arbeitgeber selbst, der nach Gründen für die Kündigung eines Arbeitnehmers „sucht“.

Erstellt die jeweilige Partei eigeninitiativ solche Aufzeichnungen, stellt es regelmäßig einen Anwaltsfehler dar, zu versuchen, diese in einen Gerichtsprozess einzuführen. Die Aufnahme unterliegt in aller Regel einem Beweisverwertungsverbot; diese sind deshalb für den Prozess nutzlos (BGH, Urt. v. 17.3.1983 – 4 StR 640/82; Hessisches LAG, Urt. v. 2.10.2001 – 2 Sa 879/01). Erfährt die Gegenseite von der Existenz der Aufzeichnung, drohen dem Arbeitnehmer die Kündigung des Arbeitsvertrags, immaterielle Schadensersatzforderungen, z. B. nach Art. 82 DSGVO, sowie Strafanzeige und -verfolgung. Derartige Aufnahmen kommen damit einem Spiel mit dem Feuer gleich.

Dr. Alexander Bissels, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, sowie Dr. Jonas Singraven, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, beide CMS Deutschland, Köln

Genderstern ist keine Diskriminierung von Hermaphroditen

§ 165 Satz 3 SGB IX

Die Pflicht des öffentlichen Arbeitgebers zur Einladung schwerbehinderter Menschen zu einem Vorstellungsgespräch nach § 165 Satz 3 SGB IX beinhaltet auch das Erfordernis, einen Ersatztermin anzubieten, wenn der sich bewerbende schwerbehinderte Mensch seine Verhinderung vor der Durchführung des vorgesehenen Termins unter Angabe eines hinreichend gewichtigen Grundes mitteilt und dem Arbeitgeber die Durchführung eines Ersatztermins zumutbar ist.

(Leitsatz des Gerichts)

BAG, Urteil vom 23.11.2023 – 8 AZR 164/22

PROBLEMPUNKT

Die schwerbehinderte klagende Partei wurde zweigeschlechtlich geboren und bezeichnet sich selbst als Hermaphrodit. Sie bewarb sich unter Angabe der Schwerbehinderung bei der beklagten Stadt, welche für ihre Ausländerbehörde „Fallmanager*innen im Aufenthaltsrecht“ suchte. Die klagende Partei erbat in ihrer Bewerbung die Anrede „Sehr geehrte* Herm F“ zu verwenden. Diese Anrede beinhalte die Abkürzung von Hermaphroditen. Die Beklagte hat die klagende Partei sodann zum Vorstellungsgespräch eingeladen. Die gewünschte Anrede wurde indes nicht verwendet. Zudem wurde die klagende Partei um eine kurze telefonische Nachricht gebeten, sofern sie den Termin nicht wahrnehmen könne. Die klagende Partei erbat sodann daraufhin einen Ersatztermin, da sie bereits einen anderen Termin wahrzunehmen habe. Die Beklagte teilte der klagenden Partei unter der nunmehr verwendeten Anrede „Sehr geehrte Herm F“ mit, dass kein Ersatztermin eingeräumt werden könne, weil das Stellenbesetzungsverfahren nicht weiter verzögert werden solle. Die zuständige Auswahlkommission könne aufgrund anderer Termine zeitnah nicht nochmals zusammenkommen. Die klagende Partei ist der Ansicht, sowohl wegen ihres Geschlechts als auch ihrer Behinderung im Auswahlverfahren diskriminiert worden zu sein. Bereits die Stellenausschreibung indiziere wegen der erfolgten Verwendung des sog. Gendersterns eine Diskriminierung von Menschen, die weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht angehören. Der Genderstern stelle keine geschlechtsneutrale Formulierung dar, sondern schließe Hermaphroditen als

biologisch und genetisch eigenständige Gruppe aus. Zudem habe die Beklagte nicht die gewünschte Anrede „Herm“ verwandt. Die Beklagte habe zudem gegen ihre nach § 165 Satz 3 SGB IX bestehende Pflicht zur Einladung schwerbehinderter Menschen zu einem Vorstellungsgespräch verstoßen, weil kein Ersatztermin angeboten wurde.

ENTSCHEIDUNG

Die klagende Partei habe keinen Anspruch auf Entschädigung nach dem AGG. Sie sei durch die Zurückweisung ihrer Bewerbung zwar unmittelbar benachteiligt worden. Es sei aber nicht festzustellen, dass diese Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung oder des Geschlechts erfolgt wäre.

Zwar habe eine Ausschreibung geschlechtsneutral zu erfolgen. Sie müsse sich an Menschen jedweden Geschlechts richten. Eine Begrenzung auf Männer und Frauen sei danach nicht zulässig. Die Verwendung des Gendersterns bei der Stellenausschreibung lasse jedoch gerade nicht darauf schließen, dass nicht eingestellte zweigeschlechtliche Menschen im Auswahlverfahren wegen ihres Geschlechts benachteiligt wurden. Bei objektiver Betrachtung bringe die Verwendung des Gendersterns genau dies zum Ausdruck. Der Genderstern verleugne nicht die Existenz zweigeschlechtlicher Menschen, sondern symbolisiere nach allgemeinem Sprachgebrauch vielmehr alle Geschlechter.

Auch indiziere die zunächst unterlassene Verwendung der Anrede „Sehr geehrte* Herm“ keine Benachteiligung wegen des Geschlechts. Ein Arbeitgeber sei auch aus Gründen des Diskriminierungsschutzes nicht gehalten, eine solche eher unbekannt und unübliche Ausdrucksweise zu verwenden. Schließlich sei auch keine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung ersichtlich. Der Verstoß des öffentlichen Arbeitgebers gegen die Pflicht zur Einladung begründe zwar regelmäßig die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Behinderung. Diese Pflicht zur Einladung zu einem Vorstellungsgespräch sei zudem nicht mit dem Anbieten eines einzigen Vorstellungstermins erfüllt, wenn der schwerbehinderte Mensch seine Verhinderung vor der Durchführung des Termins unter Angabe eines hinreichend gewichtigen Grundes mitteilt und dem Arbeitgeber bei Vornahme einer Gesamtschau das Anbieten eines Ersatztermins in zeitlicher und organisatorischer Hinsicht zumutbar ist. Vorliegend habe die klagende Partei jedoch gerade nicht mitgeteilt, dass ein hinreichend gewichtiger Grund für ihr Verlegungsbegehren vorliegt. Sie hatte lediglich angegeben, einen anderen Termin zu haben, ohne hierzu inhaltliche Angaben zu machen. Dies habe es der Beklagten nicht ermöglicht, das Gewicht des Grundes und einen möglichen Bezug zur schützenswerten Schwerbehin-

derung nachzuvollziehen. Folglich habe vorliegend keine Verpflichtung der Beklagten bestanden, einen Ersatztermin anzubieten.

KONSEQUENZEN

Nach § 165 Satz 3 SGB IX hat der öffentliche Arbeitgeber einen schwerbehinderten Stellenbewerber zum Vorstellungsgespräch einzuladen, wenn dieser nicht ausnahmsweise offensichtlich fachlich ungeeignet ist. Die Norm soll dazu beitragen, dass das Bewerbungsverfahren diskriminierungsfrei durchgeführt wird. Eine enge Auslegung verbietet sich vor diesem Hintergrund. Der 8. Senat betonte in der Vergangenheit daher bereits mehrfach, dass das der Norm zugrunde liegende gesetzgeberische Ziel der Förderung schwerbehinderter Menschen bei der Auslegung berücksichtigt werden müsse (BAG, Urt. v. 29.4.2021 – 8 AZR 279/20).

Der Gesetzgeber lässt damit den öffentlichen Arbeitgebern ganz bewusst eine Vorbildfunktion zukommen. Die Einladungspflicht darf daher nicht auf eine bloße Formalie reduziert werden. Daher ist einem aufgrund eines hinreichend gewichtigen Grundes entschuldigten Bewerber ein Ersatztermin anzubieten, soweit dies dem öffentlichen Arbeitgeber zumutbar ist. Ob dies der Fall ist, kann der Arbeitgeber jedoch nur feststellen, wenn der Bewerber ihm entsprechende Informationen hat zukommen lassen.

PRAXISTIPP

Diese Umstände des Einzelfalls sollten indes nicht darüber hinwegtäuschen, wie kraftvoll der 8. Senat den Diskriminierungsschutz der Einladungsverpflichtung grundsätzlich revisionsrechtlich ausgestaltet. Öffentliche Arbeitgeber sind daher gut beraten, die Einladungsverpflichtung sehr ernst zu nehmen. Eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Einladungsanfordernisses auf private Arbeitgeber ist nicht statthaft. Nur öffentlichen Arbeitgebern wurde die entsprechende Verpflichtung auferlegt. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 165 SGB IX über öffentliche Arbeitgeber hinaus erfolgt nicht (BAG, Urt. v. 16.5.2019 – 8 AZR 315/18, m. w. N.).

Prof. Dr. Tim Jesgarzewski, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, FOM Hochschule Bremen, Direktor KompetenzCentrum für Wirtschaftsrecht, Hamburg

Betriebsübergang: Zuordnungsentscheidung statt Sozialauswahl

§ 613a BGB; § 1 Abs. 3 KSchG

**Die Zuordnung der von einem Betriebs-
teilübergang betroffenen Arbeits-
verhältnisse zu dem übergehenden
Betriebsteil erfolgt weder vor dem
Übergang noch rückblickend nach
einem solchen gemäß den Grundsätzen
der sozialen Auswahl.**

(Auszug aus den Leitsätzen des Gerichts)

**BAG, Urteil vom 11.5.2023 –
6 AZR 267/22**

PROBLEMPUNKT

Die Klägerin war bei der Air Berlin als Flugbegleiterin mit Dienstort/Station Düsseldorf beschäftigt. Die Air Berlin führte mit geleaseten Flugzeugen neben dem eigenwirtschaftlichen Flugbetrieb auch noch Flüge im sogenannten „Wet Lease“ für Unternehmen der Lufthansa-Gruppe durch. Dabei stellte Air Berlin die von ihr selbst geleaseten Flugzeuge der Lufthansa-Gruppe als weiterer Leasingnehmerin mit Besatzung, Wartung und Versicherung zur Verfügung. Für ihren gesamten Flugbetrieb unterhielt Air Berlin Stationen an unterschiedlichen Flughäfen, z. B. in Düsseldorf, dem Dienstort der Klägerin.

Air Berlin stellte wegen Insolvenz den Flugbetrieb zum 31.12.2017 ein. Nach Ausspruch einer Kündigung vom 27.1.2018 durch den Insolvenzverwalter der Air Berlin, die jedoch wegen fehlerhafter Massenentlassungsanzeige (§ 17 KSchG) unwirksam war (BAG, Urte. v. 14.5.2020 – 6 AZR 235/19), sprach der Insolvenzverwalter am 27.8.2020 eine weitere Kündigung nach § 113 InsO zum 30.11.2020 aus. Die Klägerin meint, die zweite Kündigung sei unwirksam wegen eines Teilbetriebsübergangs auf die Luftfahrtgesellschaft Walter mbH (LGW) und verstoße deshalb gegen § 613a Abs. 4 BGB. Die LGW habe anstelle der Air Berlin das Wet Lease für die Lufthansa-Gruppe fortgeführt. Der Insolvenzverwalter hätte daher zumindest im Rahmen einer sozialen Auswahl entscheiden müssen, welche Arbeitnehmer dem Wet Lease zuzuordnen gewesen wären. Angesichts ihrer Sozialdaten und der damit verbundenen sozialen Schutzwürdigkeit hätte die Klägerin Teil einer Zuordnung sein und daher auf die LGW übergehen müssen.

ENTSCHEIDUNG

Das BAG bestätigte, dass die Kündigung vom 27.8.2020 wirksam ist. Die Kündigung, bei der es sich nicht um eine unzulässige Wiederholungskündigung handelt (BAG, Urte. v. 8.11.2022 – 6 AZR 15/22, Rz. 37), ist wegen der bereits zum 31.12.2017 erfolgten Stilllegung des Flugbetriebs durch dringende betriebliche Erfordernisse i. S. v. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG gerechtfertigt. Das BAG hat auch schon klargestellt, dass es zu keinem Betriebs(teil)übergang i. S. v. § 613a Abs. 1 BGB auf die LGW gekommen ist (BAG, Urte. v. 14.5.2020 – 6 AZR 235/19, Rz. 57 ff., 89 ff., NZA 2020, S. 1091). Die Einstellung des Flugbetriebs hat damit das Beschäftigungsbedürfnis für das Kabinenpersonal, dem die Klägerin angehörte, endgültig entfallen lassen. Andere Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten sind nicht ersichtlich.

Die Kündigung scheidet auch nicht an einer fehlerhaften Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG. Der Insolvenzverwalter der Air Berlin war nicht gehalten gewesen, unter Anwendung der Grundsätze der Sozialauswahl diejenigen Beschäftigten zu bestimmen, die dem Wet Lease fest zuzuordnen sind. Eine nach § 613a BGB übergangsfähige wirtschaftliche Einheit kann nicht dadurch geschaffen werden, dass die mangelnde Zuordbarkeit von Personal durch die Kriterien der Sozialauswahl (Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten, Schwerbehinderung) ersetzt wird. Anders als § 1 Abs. 3 KSchG sieht § 613a BGB keinen Sozialschutz vor, der sicherstellen soll, dass die Kündigung gegenüber dem Arbeitnehmer erfolgt, den sie am wenigsten belastet (Schubert, ZESAR 2019, S. 157). Die Regelung des § 613a BGB will nur die Kontinuität der einer wirtschaftlichen Einheit bereits zugeordneten Arbeitsverhältnisse gewährleisten (BAG, Urte. v. 14.5.2020 – 6 AZR 235/19, Rz. 80, NZA 2020, S. 1091). Aus diesem Grund konnten die bei einem Betriebsteilübergang auf den Erwerber übergehenden Arbeitnehmer nicht nach den Grundsätzen der Sozialauswahl, die unter allen Arbeitnehmern des bisherigen Betriebs durchzuführen ist, ermittelt werden. Eine übergangsfähige wirtschaftliche Einheit muss somit, z. B. bei wechselndem bzw. rotierendem Personal, nicht durch eine feste Zuordnung nach sozialen Kriterien vom Arbeitgeber gebildet werden. Erst recht kann die Zuordnung nicht durch eine erst nach dem Betriebsübergang durchzuführende „nachträgliche“ Sozialauswahl erfolgen. Vielmehr gehen die einem Betriebsteil bereits zugeordneten Arbeitsverhältnisse unmittelbar kraft Gesetzes auf den Erwerber über. Die entsprechenden Arbeitnehmer sind damit aus dem die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG begrenzenden „Restbetrieb“ ausgeschlossen (BAG, Urte. v. 14.5.2020 – 6 AZR 235/19, Rz. 80).

Das Konsultationsverfahren und die bei der BA Düsseldorf erstattete Massenentlassungsanzeige nach § 17 KSchG für die Station Düsseldorf war ordnungsgemäß. Die fehlerhafte Angabe des Lebensalters der Klägerin (41 statt 44 Jahre) berührt im vorliegenden Fall nicht die Wirksamkeit der Massenentlassungsanzeige, weil die BA nur zwischen den Altersgruppen der unter 25-Jährigen, der 25- bis 55-Jährigen und der über 55-Jährigen unterscheidet.

KONSEQUENZEN

Arbeitgeber sind nicht dazu gehalten, eine übergangsfähige wirtschaftliche Einheit i. S. d. § 613a BGB durch eine feste personelle Zuordnung zu betrieblichen Bereichen, in denen etwa regelmäßig wechselnde Mitarbeiter beschäftigt sind, nach sozialen Kriterien zu schaffen, um bestimmten Beschäftigten einen Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse zu ermöglichen. Arbeitgeber sind auch nicht verpflichtet, zu diesem Zweck eine bereits geschaffene personelle Organisation nach den Maßstäben der sozialen Auswahl nachträglich zu ändern. Die Beantwortung der Frage, ob eine übergangsfähige wirtschaftliche Einheit besteht und in welcher Form diese ggf. auf einen Erwerber übergeht, hat nichts mit den kündigungsrechtlichen Maßstäben der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG, sondern ausschließlich mit der im Betrieb des veräußernden Arbeitgebers bestehenden Organisation und personellen Zuordnungsentscheidung (z. B. Versetzung) zu tun. Die Sozialauswahlkriterien (§ 1 Abs. 3 KSchG) kommen erst dann zum Tragen, wenn es um die Beantwortung der nachgelagerten Fragen geht, gegenüber welchen Beschäftigten des Restbetriebs in welcher Reihenfolge/Etappen eine betriebsbedingte Kündigung auszusprechen ist (vgl. LAG Düsseldorf v. 9.1.2024 – 3 Sa 529/23). Aus dem Kreis der in diese Sozialauswahl einzubeziehenden Beschäftigten sind dann jedoch diejenigen herauszunehmen, deren Arbeitsverhältnisse zuvor kraft § 613a BGB auf einen anderen Arbeitgeber übergegangen sind.

PRAXISTIPP

Arbeitgeber sollten klare organisatorische Zuordnungsentscheidungen treffen, um zu bestimmen, wer einem bestimmten Betriebsteil zugehört, der nach § 613a BGB übertragen wird. Dies ist unternehmerische Entscheidung und unterliegt nicht der Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 KSchG), die auch bei Versetzungen nicht gilt (BAG, Urte. v. 10.7.2013 – 10 AZR 915/12, NZA 2013, S. 1142).

Volker Stück, Rechtsanwalt, Bonn

Feiertagszuschlag bei Einsatz in anderem Bundesland

§§ 8, 43 TV-L

Ein Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Nordrhein-Westfalen hat für vergütungspflichtige Tätigkeiten, die er an Allerheiligen auf Weisung des Arbeitgebers in Hessen erbringt, keinen Anspruch auf Feiertagszuschläge.
(Auszug aus dem Leitsatz des Gerichts)

LAG Hamm, Urteil vom 11.1.2024 – 11 Sa 936/23

PROBLEMPUNKT

Der Kläger ist seit dem 15.10.1996 als technische Fachkraft bei der beklagten Klinik beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach dem Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) und den diesen ergänzenden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Arbeitgeber geltenden Fassung. Außerdem finden die für den Arbeitgeber jeweils geltenden sonstigen Tarifverträge Anwendung. Der regelmäßige Arbeitsplatz des Klägers befindet sich in B in Nordrhein-Westfalen. Seinen Lohn erhält er vom beklagten Klinikum.

Der Kläger hatte auf Anordnung seines Vorgesetzten vom 1.11.2021 bis 5.12.2021 an einem Gerätelehrgang der Firma C in Hessen teilgenommen. Allerheiligen (1.11.) ist in Nordrhein-Westfalen ein gesetzlicher Feiertag, in Hessen jedoch nicht. Für die Schulung stellte der Kläger ebenfalls auf Anordnung seines Vorgesetzten einen Dienstreiseantrag. Der Kläger begehrt für zehn unstreitig in Hessen geleistete Stunden Feiertagszuschläge nach dem TV-L. Für den 1.11.2021 wurden dem Kläger lediglich zehn Stunden im Arbeitszeitkonto gutgeschrieben. Ein Feiertagszuschlag wurde jedoch nicht gezahlt. Der Kläger meint, er habe Anspruch auf Feiertagszuschlag nach § 8 Abs. 1 Satz 2 lit. d i. d. F. d. § 43 Nr. 5 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 lit. d TV-L i. H. v. 35 %, konkret 82,50 Euro. Es sei das Feiertagsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen anwendbar. Das ArbG Münster hat der Klage stattgegeben.

ENTSCHEIDUNG

Das LAG hat das Urteil abgeändert, die Klage abgewiesen und wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache die Revision zum BAG zugelassen. Dem Kläger steht kein Anspruch auf Zahlung eines Feiertagszuschlags für den 1.11.2021 zu. Ein solcher folgt insbesondere nicht aus § 8 Abs. 1 Satz 2 lit. d i. d. F. d. § 43 Nr. 5 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 lit. d TV-L. Danach er-

halten Beschäftigte neben dem Entgelt für die tatsächliche Arbeitsleistung Zeitzuschläge, die im Falle von Feiertagsarbeit mit Freizeitausgleich 35 % betragen.

Der Kläger hat am 1.11.2021 keine zehn Stunden Feiertagsarbeit in diesem Sinne geleistet. Die Feiertagsarbeit ist im TV-L nicht näher definiert. Der Begriff bedarf daher der Auslegung. Die Auslegung des normativen Teiles eines Tarifvertrags folgt nach st. Rechtsprechung den für die Auslegung von Gesetzen geltenden Regeln. Auszugehen ist zunächst vom Tarifwortlaut. Zu erforschen ist der maßgebliche Sinn der Erklärung. Dabei sind der wirkliche Wille der Tarifvertragsparteien und damit der von ihnen beabsichtigte Sinn und Zweck der Tarifnorm mit zu berücksichtigen, soweit sie in den tariflichen Normen ihren Niederschlag gefunden haben. Auch auf den tariflichen Gesamtzusammenhang ist abzustellen. Verbleiben noch Zweifel, können weitere Kriterien berücksichtigt werden. Im Zweifel ist die Tarifauslegung zu wählen, die zu einer vernünftigen, sachgerechten, zweckorientierten und praktisch brauchbaren Lösung führt (BAG, Urt. v. 12.12.2018 – 4 AZR 147/17, NZA 2019, S. 648). Feiertage sind zunächst die jeweils länderrechtlich bestimmten Wochenfeiertage (BAG, Urt. v. 24.2.2021 – 10 AZR 130/19, NZA 2021, S. 1427; BeckOK, TV-L, 61. Ed. 2023, § 8 Rn. 2d). Nach § 2 Abs. 1 Nr. 9 des Gesetzes über die Sonn- und Feiertage (Feiertagsgesetz NW) ist Allerheiligen in Nordrhein-Westfalen ein gesetzlicher Feiertag. Nach § 1 Hessisches Feiertagsgesetz ist dies nicht der Fall. Der TV-L ist daneben so auszulegen, dass für die Frage, ob ein Arbeitnehmer Feiertagsarbeit geleistet hat, auf den konkreten Beschäftigungsort – hier Hessen – abzustellen ist. Anders als das ArbG Münster angenommen hat, ist der regelmäßige Beschäftigungsort dann nicht von Bedeutung, wenn und soweit der Arbeitnehmer dort nicht auch tatsächlich tätig wird. Der Zuschlag setzt deshalb Arbeit an einem gesetzlichen Feiertag am Beschäftigungsort voraus (vgl. BAG, Urt. v. 24.2.2021 – 10 AZR 130/19, NZA 2021, S. 1427). Da der Kläger rein faktisch Arbeit an einem Werktag geleistet hat, stellt diese sich auch nicht als Sonderform der Arbeit im Tarifsinn dar. Die Auslegung des ArbG führt dazu, dass Feiertagszuschlag zu leisten wäre, obwohl tatsächlich keine Feiertagsarbeit i. S. v. § 9 ArbZG angefallen ist. Einer etwaigen Missbrauchsgefahr seitens des Arbeitgebers, seinen Arbeitnehmer an einem Feiertag auswärts zu beschäftigen, um die Feiertagszuschläge zu ersparen, kann dabei durch die ohnehin notwendige Prüfung (Ausübungskontrolle) entgegengetreten werden, ob die Weisung sich im Rahmen der Grenzen des § 106 GewO, § 315 BGB hält.

Mit Blick auf die in derselben Norm geregelten Zuschläge für Nacht- und Sonntagsarbeit mit gleichem Kompensationszweck wäre es etwa undenkbar, einem auf Auslandsreise in einer anderen Zeitzone tagsüber tätig werdenden Arbeit-

nehmer Zuschläge für Nachtarbeit zu gewähren, weil an seinem regelmäßigen Arbeitsplatz aufgrund Zeitverschiebung Nacht ist. Da der Frage der Auslegung von §§ 8, 43 TV-L grundsätzliche Bedeutung zukommt, ohne dass es hierzu bereits höchstrichterliche Entscheidungen gäbe, wurde die Revision zugelassen.

KONSEQUENZEN

Im Fall besteht auch kein Feiertagsarbeitsverbot nach § 9 ArbZG, da in Hessen kein Feiertag ist und insoweit das Territorialitätsprinzip gilt. Ein Arbeitgeber kann einen Arbeitnehmer demzufolge ohne Verstoß gegen das Beschäftigungsverbot auf Dienstreise in ein anderes Bundesland entsenden, in dem kein Feiertag begangen wird (Boecken/Düwell, Gesamtes Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2023, § 9 ArbZG Rz. 6; Baeck/Deutsch, ArbZG, 4. Aufl. 2020, § 9 Rz. 10; Ahnefeld, ArbRAktuell 2023, S. 377). Auch zu § 2 EFZG wird überwiegend vertreten, dass es auf die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse am tatsächlichen Arbeitsort ankommt (MHD B ArbR/Tillmanns, Band 1, 5. Aufl. 2021, § 78 Rz. 6; ErfK, 24. Aufl. 2024, § 2 EFZG Rz. 5; Boecken/Düwell, a. a. O., § 2 EFZG Rz. 14).

Betreffend den Zuschlägen ist häufig in Kollektivnormen nicht eindeutig klargestellt, an welchem Ort ein Feiertag gegeben sein muss, damit Feiertagsarbeit vorliegt. Insoweit kommen mehrere Orte in Betracht, so etwa der Sitz des Arbeitgebers, der Wohnsitz des Arbeitnehmers, der allgemeine Arbeitsort (hier B in Nordrhein-Westfalen) oder der konkrete Beschäftigungsort (hier Hessen). Das LAG Hamm knüpft zu Recht an den Feiertag am konkreten Beschäftigungsort an für die Erschwerniskompensation, der vorliegend nicht bestand.

PRAXISTIPP

Für § 9 ArbZG/Feiertagsarbeitsverbot und § 2 EFZG/Feiertagsentgelt kommt es darauf an, ob am konkreten nationalen Arbeitsort ein gesetzlicher Feiertag besteht.

Volker Stück, Rechtsanwalt, Bonn

Sozialauswahl bei Betriebsstilllegung in Etappen

§ 1 Abs. 2, 3 und 17 KSchG

Bei einer etappenweisen Betriebsstilllegung hat der Arbeitgeber keine freie Auswahl, wem er früher oder später kündigt. Es sind grundsätzlich die im Rahmen der Sozialauswahl schutzwürdigsten Arbeitnehmer mit den Abwicklungsarbeiten länger zu beschäftigen.

(Leitsätze des Bearbeiters)

LAG Düsseldorf, Urteil vom 9.1.2024 – 3 Sa 529/23

PROBLEMPUNKT

Der Kläger war seit 2012 bei der Beklagten, einem in der Produktion und dem Vertrieb von Aluminiumussteilen tätigen Unternehmen, beschäftigt. Zuletzt beschäftigte die Beklagte in ihrem einzigen Betrieb knapp 600 Arbeitnehmer. Am 1.3.2022 wurde über das Vermögen der Beklagten das Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung eröffnet. Der Sachverwalter und der Gläubigerausschuss stimmten der Einstellung der Geschäftstätigkeit zum 31.12.2022 zu. Nachdem die Verhandlungen zum Abschluss eines Interessenausgleichs am 24.11.2022 durch Spruch der Einigungsstelle für gescheitert erklärt wurden, stellte die Beklagte am 28.11.2022 Anträge auf behördliche Zustimmungen zur betriebsbedingten Kündigung nach §§ 168 ff. SGB IX (schwerbehinderte Menschen) und § 18 BEEG (Elternzeit). Den Arbeitnehmern wurde die Gelegenheit eingeräumt, in eine Transfergesellschaft zu wechseln. Die Beklagte sprach im Dezember 2022 gegenüber allen Arbeitnehmern betriebsbedingte Beendigungskündigungen aus, soweit das Ende des Arbeitsverhältnisses nicht aus anderen Gründen feststand.

Ab dem 1.1.2023 wurden alle Arbeitnehmer unwiderruflich freigestellt. Hiervon waren jedoch die Arbeitnehmer des Abwicklungsteams, welches 53 Personen umfasste und dem der Kläger angehörte, ausgenommen. Gegenüber 13 Personen sprach die Beklagte Kündigungen zum 31.3.2023 und gegenüber den übrigen 40 Personen Kündigungen zum 30.6.2023 aus. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 16.12.2022 zum 31.3.2023. Das ArbG Solingen gab der Kündigungsschutzklage statt.

ENTSCHEIDUNG

Nach dem Urteil des LAG Düsseldorf ist die Kündigung sozialwidrig i. S. d. § 1 Abs. 2, 3 KSchG. Zwar kann sich der Kläger nicht auf die Unwirksamkeit der Kündigung wegen einer nicht ordnungsgemäßen Massenentlassungsanzeige gem. § 17 KSchG i. V. m. § 134 BGB berufen. Etwaige Fehler in diesem Zusammenhang stellten keinen Unwirksamkeitsgrund dar, weil Zweck der Massenentlassungsanzeige bei der Bundesagentur für Arbeit nicht der Individualschutz der Arbeitnehmer ist (EuGH, Urt. v. 13.7.2023 – C-134/22, NZA 2023, S. 887).

Die Kündigung war dem LAG zufolge aber aufgrund einer nicht ordnungsgemäßen Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG rechtsunwirksam. Der Arbeitgeber hat bei einer etappenweisen Betriebsstilllegung keine freie Auswahl, wem er früher oder später kündigt. Es sind grundsätzlich die sozial schutzwürdigsten Arbeitnehmer mit den Abwicklungsarbeiten zu beschäftigen. Vorliegend hat die Beklagte die Sozialauswahl methodisch fehlerhaft durchgeführt, weil sie die Vergleichsgruppen fehlerhaft gebildet hat. Diese hätten nicht anhand der ursprünglich ausgeübten Tätigkeiten gebildet werden dürfen, sondern anhand der noch im Abwicklungsteam anfallenden Tätigkeiten vorgenommen werden müssen, zu denen die Beklagte nur unvollständig vorgetragen hat. Die Beklagte hat außerdem nicht dazu vorgetragen, welche Aufgaben mit welcher Dauer im Abwicklungsteam anfielen, welche Anforderungsprofile dafür erforderlich waren und wie auf dieser Grundlage ein Vergleich vorgenommen werden sollte. Die daraus folgende Vermutung der fehlerhaften Sozialauswahl hat die Beklagte nicht widerlegt.

KONSEQUENZEN

Dem Arbeitgeber und auch dem Insolvenzverwalter steht im Rahmen eines weiten unternehmerischen Ermessens frei, wie er den Stilllegungsplan ausgestaltet. So kann der Stilllegungsplan vorsehen, dass alle Arbeitsplätze zum gleichen Zeitpunkt wegfallen. In diesem Fall kann der Arbeitgeber alle Kündigungen so aussprechen, dass sie zu einem einheitlichen Zeitpunkt wirksam werden und bis dahin alle Restarbeiten durchführen. Eine Sozialauswahl ist in dieser Fallkonstellation nicht erforderlich. Denn die Verpflichtung des Arbeitgebers zur sozialen Auswahl dient dem Zweck, bei unvermeidbaren Kündigungen aus dem Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer den sozial stärksten Arbeitnehmer ausfindig zu machen; dies ist grundsätzlich derjenige Arbeitnehmer, der aufgrund seiner Sozialdaten am wenigsten auf seinen Arbeitsplatz angewiesen ist. Diese Frage wird jedoch dann nicht relevant, wenn alle Arbeitsplätze zum gleichen Zeitpunkt wegfallen

(BAG, Urt. v. 10.10.1996 – 2 AZR 651/95, NZA 1997, S. 92). Dies war hier nicht der Fall.

Entschließt sich der Arbeitgeber für eine etappenweise Betriebsstilllegung, steht ihm hinsichtlich der bei den einzelnen Etappen zu kündigenden Arbeitnehmern keine freie Auswahlbefugnis zu. Vielmehr hat er bei jeder Etappe, mit Ausnahme der letzten, eine Sozialauswahl vorzunehmen, auch wenn nur noch befristete Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bestehen. Dies entspricht dem Sinn und Zweck des Kündigungsschutzgesetzes, den von einer Betriebsstilllegung betroffenen Arbeitnehmern die Arbeitsplätze so lange wie möglich zu erhalten, auch wenn es sich möglicherweise nur um eine befristete Arbeitsmöglichkeit handelt. Die Arbeitnehmer mit den schwächsten Sozialdaten sind daher grundsätzlich, sofern nicht § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG eine abweichende Entscheidung des Arbeitgebers rechtfertigt, mit den Restarbeiten zu beschäftigen und scheiden demgemäß zuletzt aus dem Betrieb aus (LAG Hamm, Urt. v. 8.10.2021 – 16 Sa 374/21, BeckRS 2021, 43868; LAG Hamm, Urt. v. 10.9.2021 – 16 Sa 143/21, NZA-RR 2022, S. 187).

Nach dem EuGH hat die Übermittlungspflicht (§ 17 KSchG) nicht den Zweck, den von Massenentlassungen betroffenen Arbeitnehmern Individualschutz zu gewähren. Die in der MERL 98/59/EG vorgesehene Übermittlung von Informationen an die zuständige Behörde dient nur zu Informations- und Vorbereitungs Zwecken, um es der BA zu ermöglichen, in effizienter Weise nach Lösungen für die dadurch entstehenden Probleme zu suchen (EuGH, Urt. v. 13.7.2023 – C-134/22, NZA 2023, S. 887). Ob bzw. wie der 2. und 6. Senat des BAG dem wegen Fehlern im Anzeigeverfahren folgen, ist noch nicht endgültig geklärt (BAG, Beschl. v. 14.12.2023 – 6 AZR 157/22 [B], NZA 2024, S. 119), weil der Ball wieder zum EuGH zurückgespielt wurde (BAG, Beschl. v. 1.2.2024 – 2 AS 22/23 [A], NZA 2024, S. 257).

PRAXISTIPP

Arbeitgeber sollten bei betriebsbedingten Kündigungen – auch im Rahmen etappenweiser Betriebsschließungen – eine sorgfältige Sozialauswahl durchführen und dokumentieren, um Rechtsstreitigkeiten vorzubeugen bzw. im Falle von Kündigungsschutzklagen eine fehlerfreie Sozialauswahl nachweisen zu können. Ebenfalls sollten Fehler im Anzeigeverfahren nach § 17 KSchG tunlichst vermieden werden.

Volker Stück, Rechtsanwalt, Bonn

Kündigung und Abmahnung wegen Zuspätkommen

§ 1 Abs. 2 KSchG; § 314 Abs. 2 BGB

Eine wiederholt verspätete Arbeitsaufnahme trotz einschlägiger Abmahnungen kann geeignet sein, eine verhaltensbedingte Kündigung zu rechtfertigen.

(Auszug aus den Leitsätzen des Gerichts)

LAG Köln, Urteil vom 20.10.2022 – 8 Sa 465/22

PROBLEMPUNKT

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer verhaltensbedingten Kündigung. Der 1986 geborene Kläger ist bei der Beklagten seit dem 1.9.2017 als Anlagenbediener in der Produktion zu einer durchschnittlichen monatlichen Bruttovergütung i. H. v. 3.000 Euro beschäftigt. Er erhielt am 24.3.2021 drei Abmahnungen wegen Zuspätkommens: am 6.1.2021 um 6:32 Uhr statt um 6:00 Uhr, am 9.2.2021 um 22:29 Uhr statt um 22:00 Uhr und am 14.3.2021 um 7:17 Uhr statt um 6:00 Uhr.

Am 15.7.2021 verspätet er sich erneut um ca. 40 Minuten. Nach einem Personalgespräch und der Anhörung des Betriebsrats, der widersprach, sprach die Beklagte am 25.8.2021 eine verhaltensbedingte Kündigung zum 30.9.2021 aus. Der Kläger meint, die Kündigung sei unverhältnismäßig. Es hätten jeweils Gründe für das Zuspätkommen vorgelegen: Am 9.2.2021 und 15.7.2021 habe er zunächst seine Stempelkarte vergessen und habe zurück nach Hause fahren müssen, um sie zu holen, da er ansonsten keinen Zutritt zum Betrieb erhalten habe. Zu der Verspätung am 14.3.2021 hat der Kläger behauptet, er habe Urlaub gehabt. Zudem habe er den Vorgesetzten immer 15 bis 20 Minuten vor Schichtbeginn informiert. Das ArbG Aachen gab der Kündigungsschutzklage statt.

ENTSCHEIDUNG

Nach Ansicht des LAG Köln ist die Berufung der Beklagten zulässig, aber unbegründet. Zwar kann ein verspätetes Erscheinen im Betrieb trotz einschlägiger Abmahnungen eine Verletzung der Arbeitspflicht und damit einen Kündigungsgrund i. S. d. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG darstellen (BAG, Urt. v. 16.9.2004 – 2 AZR 406/03, Rz. 28; v. 15.11.2001 – 2 AZR 609/00, Rz. 36; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 12.1.2022 – 7 Sa 228/20, Rz. 111). Der Kläger hat am 15.7.2021 zum wiederholten Male und trotz vorheriger einschlägiger

Abmahnungen seine Arbeitspflicht verletzt, indem er 40 Minuten zu spät zur Arbeit erschienen ist. Das LAG sah für die Verspätungen auch keinen rechtfertigenden Grund. Für den 13. bis 16.3.2021 hatte der Kläger zwar Urlaub beantragt, dieser war ihm aber nicht genehmigt und ihm dies mitgeteilt worden. Verspätungen von 29 bis 77 Minuten sind auch nicht geringfügig, sondern erheblich.

Vorliegend fehlt es aber sowohl an der erforderlichen Abmahnung als auch an der ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung. Eine verhaltensbedingte Kündigung verlangt immer eine vorherige, einschlägige Abmahnung durch den Arbeitgeber. Hier hat der Kläger im Vorfeld der Kündigungen drei Abmahnungen am selben Tag (24.3.2021) für dreimaliges Zuspätkommen erhalten. Diese drei Abmahnungen wirkten in ihrer Warnfunktion wie eine einzige Abmahnung. Dem Kläger wurde folglich nach dieser erteilten Warnung keine weitere Chance zur Verhaltensänderung eingeräumt. Die Beklagte hätte daher – auch mit Blick auf die geringe Schwere der Pflichtverletzung – statt einer Kündigung eine weitere Abmahnung aussprechen müssen. Der Ausspruch jedenfalls einer weiteren Abmahnung war der Beklagten auch zumutbar.

Zudem ist die Betriebsratsanhörung unvollständig und damit fehlerhaft. Eine Anhörung ist nur dann ordnungsgemäß (§ 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG), wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat umfassend unterrichtet und ihm die Umstände mitteilt, die seinen Kündigungsentschluss tatsächlich bestimmen haben (BAG, Urt. v. 16.7.2015 – 2 AZR 15/15). Der Arbeitgeber muss seiner Unterrichtungspflicht ausführlich genug nachkommen und darf dem Betriebsrat nicht bewusst einen unrichtigen oder unvollständigen – und damit irreführenden – Kündigungssachverhalt schildern (BAG, Urt. v. 6.10.2005 – 2 AZR 316/04). Hier hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat in der Anhörung am 16.8.2021 zum einen nicht mitgeteilt, wie groß die Verspätung war, zum anderen fehlten Hinweise zum Hintergrund der jeweiligen Verspätungen.

KONSEQUENZEN

Unpünktlichkeiten bewirken eine Störung des Arbeitsverhältnisses im Leistungsbereich. Durch die nicht rechtzeitige Aufnahme der Arbeit verletzt der Arbeitnehmer seine Hauptleistungspflicht und beeinträchtigt so das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. Treten noch zusätzlich nachteilige Folgen in Form von Betriebsablaufstörungen oder Störungen des Betriebsfriedens auf, so ist dies erschwerend zu berücksichtigen (ErfK/Ascheid, § 1 KSchG Rz. 369). Auch eine nur geringfügige Verspätung ist an sich geeignet, einen Kündigungsgrund darzustellen, sofern der Arbeitneh-

mer zuvor zahlreiche Male unpünktlich zum Dienst erschienen und auch bereits einschlägig wirksam abgemahnt worden ist (fünf Minuten: LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 28.11.2006 – 5 Sa 271/06; ArbG Düsseldorf, Urt. v. 24.2.2022 – 10 Ca 4119/21).



PRAXISTIPP

Vor ordentlichen Kündigungen wegen geringfügigen Zuspätkommens sollten zwei bis drei Abmahnungen erfolgen, die aber nicht zeitgleich erfolgen dürfen, weil sie sonst als nur eine Abmahnung gelten. Der Arbeitgeber muss unbedingt separat, d. h. einzeln, schriftlich abmahnen. Zu oft darf der Arbeitgeber aber auch nicht abmahnen, weil sonst die Ernsthaftigkeit der Warnfunktion entwertet sein kann (BAG, Urt. v. 15.11.2001 – 2 AZR 609/00; v. 16.9.2004 – 2 AZR 406/03).

Bei der ordnungsgemäßen, vollständigen Betriebsratsanhörung sind dem Betriebsrat die dem Arbeitgeber bekannten be-/entlastenden Umstände mitzuteilen, d. h. insbesondere die Dauer der Verspätungen, eingetretene Betriebsablaufstörungen, die bisherigen Abmahnungen sowie vom Arbeitnehmer vorgebrachte Entschuldigungsgründe und was gegen diese spricht.

Der Weg zur Arbeit fällt arbeitsrechtlich in den Verantwortungsbereich des Arbeitnehmers (BAG, Urt. v. 8.12.1982 – 4 AZR 134/80), der dafür zu sorgen hat, dass er zu dem vereinbarten oder durch den Arbeitgeber kraft seines Direktionsrechts festgelegten Arbeitsbeginn an der Stelle ist, wo er die Arbeit aufzunehmen hat (BAG, Urt. v. 17.3.1988 – 2 AZR 576/87).

Die Entschuldigung, man habe unter Schlafmangel gelitten, ist den privaten Lebensumständen zuzurechnen und beseitigt die arbeitsvertragliche Pflichtverletzung nicht (LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 31.8.2021 – 1 Sa 70 öD/21).

Volker Stück, Rechtsanwalt, Bonn

Öffentlicher Dienst

Sozial- und Erziehungsdienst: Entgeltgruppe S 8b?

Mit dem Tarifabschluss im TVöD für die Beschäftigten im Sozial- und Erziehungsdienst vom Mai 2022 kam es zu einer Erweiterung der Eingruppierungsregelungen für die Erzieherinnen und Erzieher. In die Protokollerklärung Nr. 6 wurde ein neues Regelbeispiel aufgenommen; das grundsätzlich enthaltene Tätigkeitsmerkmal „besonders schwierige fachliche Tätigkeit“ soll erfüllt sein, wenn Kinder mit erhöhtem Förderbedarf in Gruppen mit einem Anteil von mindestens 15 % betreut werden.

Geklagt hatte ein Erzieher, der in einer Gruppe im Rahmen eines offenen Konzepts 53 Kinder betreut, 14 davon sind sog. Förderkinder. Dabei besteht keine feste Zuordnung der Kinder zu bestimmten Erziehungskräften und auch keine Einteilung in kleinere Gruppen. Der Kläger vertrat daher die Ansicht, dass er Vergütung nach der Entgeltgruppe S 8b erhalten müsse – die 15 % seien für jeden der Erzieher in dieser offenen Gruppe erfüllt.

Das ArbG Bonn (Urt. v. 23.11.2023 – 1 Ca 852/23, n. rk.) gab dem Kläger recht. Es sei irrelevant, ob ein Erzieher zusammen mit einer oder mehreren Beschäftigten eine Gruppe von 20 Kindern mit drei förderungsbedürftigen Kindern betreut oder ob ein Erzieher zusammen mit weiteren Beschäftigten eine Gruppe von 40 Kindern mit sechs förderungsbedürftigen Kindern betreue. Auch sei die Betreuungsintensität tariflich irrelevant. Der Tarifvertrag verlange nicht, dass der Erzieher sich während der gesamten Betreuungszeit mit diesen Kindern beschäftigt – es genüge die Gruppenzugehörigkeit.

Dieses Urteil bringt erste Klarheit in das Verständnis einer noch neuen Tarifregelung. Gibt es innerhalb eines offenen Konzepts keine festen Gruppen, sondern wechselt die Zusammensetzung täglich und ist sie auch während des laufenden Arbeitstages dynamisch und gibt es darüber hinaus auch Tätigkeiten innerhalb der Gesamtgruppe (Betreuung im Außenbereich, tägliche Programmpunkte mit der gesamten Gruppe), so findet die qualifizierende tarifliche Betreuungsleistung – so oder so – statt. Auf eine feste Zuweisung förderungsbedürftiger Kinder kommt es hingegen nicht an.

Sonstige Beschäftigte und Heraushebungsmerkmale

Der Kläger ist als Techniker im PAX-Labor insbesondere mit einem Zeitanteil von 80 % mit der Tätigkeit Organisation, technische Planung und technische Umsetzung zugewiesener Laborexperimente beschäftigt und erhält Entgelt aus der Entgeltgruppe 8 (TVöD-Bund). Die Stelle war zwar mit der Entgeltgruppe 9a bewertet, da der Kläger jedoch die vorausgesetzte Ausbildung als Techniker nicht abgeschlossen hatte, wurde er um eine Entgeltgruppe niedriger bezahlt (§ 12 Abs. 2 TV EntgO Bund). Später ab dem Jahr 2022 sah der Arbeitgeber die Voraussetzungen des „sonstigen Beschäftigten“ als erfüllt an und vergütete den Kläger aus der Entgeltgruppe 9a. Der Kläger vertrat die Ansicht, die Stelle sei mit der Entgeltgruppe 9b zu bewerten; zudem erfülle er bereits seit dem Jahr 2018 die Voraussetzungen als sonstiger Beschäftigter. Dementsprechend klagte er gegen den Arbeitgeber, der dies ablehnte.

Das LAG Mecklenburg-Vorpommern (Urt. v. 21.11.2023 – 2 Sa 40/23, rk.) folgte dem ArbG Stralsund und gab dem Arbeitgeber recht. Es fehlten vorliegend jegliche Angaben zu Zeitpunkten sowie zur Art und Weise der Aufgabenübertragung. So stelle der Kläger nicht dar, wann ihm durch wen welche Aufgaben zur Erfüllung in welchem Umfang und zeitlichem Ausmaß übertragen worden seien, welche nicht denen eines Mechanikers der Entgeltgruppe 8 TV EntgO Bund entsprechen.

Darüber hinaus habe der Kläger keine Darlegung von Tätigkeiten erbracht, die eine Wertigkeit der Entgeltgruppe 9b vermuten lassen. Hierzu genüge eine Darstellung der eigenen Tätigkeiten nicht, wenn erst durch einen Vergleich von Tätigkeiten verschiedener Wertigkeiten der Rückschluss möglich sei, welche Tätigkeiten den geforderten Maßstäben genügen. In diesem Fall müssten Tatsachen vorgetragen werden, die den erforderlichen Vergleich zwischen der „Normaltätigkeit“ und der höherwertigen Tätigkeit erlaubten. Nur dann könne die Wertigkeit eines Heraushebungsmerkmals geprüft werden.

Der Fall zeigt, dass die prozessuale Darlegung im Rahmen einer Eingruppierungsfeststellungsklage anspruchsvoll ist. Allein mit dem Hinweis auf besonders komplexe und schwierige Aufgaben wurde der Kläger seiner Darlegungslast nicht gerecht.

Feiertagszuschlag und Arbeitsort

Der gemäß TV-L beschäftigte Kläger war an Allerheiligen für den Arbeitgeber in Hessen tätig, der regelmäßige Arbeitsort befand sich in Nordrhein-Westfalen. Er begehrte Feiertagszuschläge, obwohl am Tätigkeitsort in Hessen kein Feiertag war.

Das LAG Hamm (Urt. v. 11.1.2024 – 11 Sa 936/23, rk.; vgl. hierzu auch ausführlich die Besprechung in dieser Ausgabe AuA 4/24, S. 57) lehnte die Gewährung von Feiertagszuschlägen ab. Der TV-L sei so auszulegen, dass für die Frage, ob ein Arbeitnehmer Feiertagsarbeit geleistet habe, auf den konkreten Beschäftigungsort abzustellen sei. Der regelmäßige Beschäftigungsort sei dann nicht von Bedeutung, wenn und soweit der Arbeitnehmer dort nicht auch tatsächlich tätig werde. Maßgeblich für Feiertagszuschläge nach dem TV-L ist damit der tatsächliche Arbeitsort.

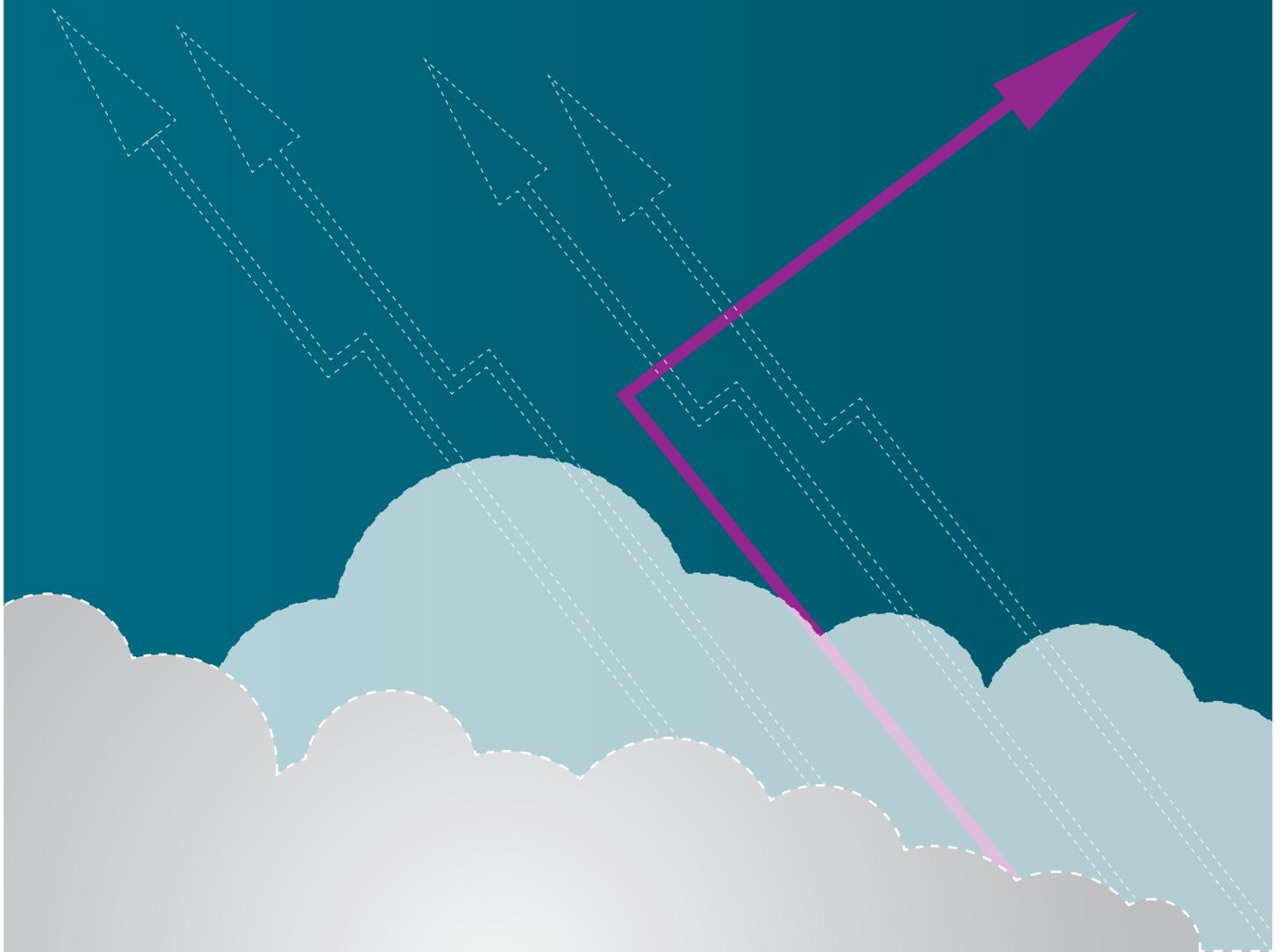
BEARBEITET UND ZUSAMMENGESTELLT VON



Sebastian Günther

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Partner der Kanzlei GÜNTHER · ZIMMERMANN Rechtsanwälte, Berlin

Blickwinkel ändern.



Weekly Briefing bestellen:
www.aua-online.de/newsletter

Veranstaltungen



Steuerberater PartG mbB, München, und stellte die Frage, ob sich damit „das Ende der frei verhandelten Gehälter“ abzeichne. Er zeichnete zunächst die aktuelle Rechtslage durch das Entgelttransparenzgesetz sowie den Stand hinsichtlich des Gender Pay Gaps nach. Sodann gab er einen Überblick über die Inhalte der EU-Entgelttransparenzrichtlinie und ging dabei insbesondere auf Informations-, Berichtspflichten, Auskunftsansprüche, die verpflichtende gemeinsame Entgeltbewertung mit Arbeitnehmervertretern sowie Rechtsfolgen, wie eine Beweislastumkehr und drohende Sanktionen, ein. Schließlich zeigte er Möglichkeiten der Ausgestaltung eines diskriminierungsfreien Entgeltsystems mit objektiven Kriterien auf. Dabei müssten laut Lipinski zunächst Ursachen für Diskriminierung in der Praxis identifiziert und Charakteristika eines diskriminierungsfreien Entgeltsystems herausgearbeitet werden. Darüber hinaus benannte er Handlungsbedarfe, Vorbereitungsmaßnahmen und Verfahrensalternativen und gab Handlungsempfehlungen für die Praxis.

19. Kongress Arbeitsrecht erfolgreich beendet

Am 12. und 13. März fand im Steigenberger Hotel am Kanzleramt in Berlin sowie virtuell der 19. Kongress Arbeitsrecht statt. Die Erwartungen wurden trotz der Arbeitskämpfmaßnahmen bei der Deutschen Bahn übertroffen, was auch das Feedback der knapp 250 Teilnehmer bestätigt. Nach der Eröffnung durch die Moderatoren Roland Wolf, Geschäftsführer und Abteilungsleiter Arbeitsrecht und Tarifpolitik, BDA, und Andreas Krabel, Chefredakteur Arbeit und Arbeitsrecht, sowie der Begrüßung durch den Arbeitgeberpräsidenten Dr. Rainer Dulger starteten die Vorträge mit dem Arbeitsprogramm des BMAS in 2024.

Jörn Böttcher, Leiter der Abteilung Arbeitsrecht und Arbeitsschutz, BMAS, Berlin, berichtete zu Vorhaben bezüglich des Urlaubsrechts, der Arbeitszeit, hier insbesondere der Vertrauensarbeitszeit, Arbeitszeiterfassung allgemein und dem Gesetzentwurf zur Arbeitszeiterfassung konkret. Er verwies auf mögliche Schwierigkeiten in der praktischen Umsetzung: „Kontrolle ist in diesem Bereich sowieso unterausgeprägt“, so Böttcher. Weiterhin kündigte er bevorstehende parlamentarische Verfahren u. a. zu einem Tariftreuepaket an sowie zur betrieblichen Mitbestimmung, mit welchem Onlinewahlmöglichkeiten eingeführt werden sollen, und verwies in diesem Zusammenhang auf ein entsprechendes Pilotprojekt zu den Betriebsratswahlen 2026.

Prof. Dr. Gregor Thüsing, Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit an der Universität Bonn, ging unter dem Titel „Aktuelles aus dem Arbeitsrecht“ insbesondere auf die Entscheidungen des EuGH (v. 14.5.2019

– C-55/18) und des BAG (Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21) zur Arbeitszeiterfassung und der Möglichkeit von Vertrauensarbeitszeit ein und unterzog diese einer kritischen Würdigung. Er widmete sich insbesondere der Frage, wann es sich um Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinne handelt. Im weiteren Verlauf besprach Thüsing zudem bspw. die Abgrenzung zwischen Selbstständigkeit und abhängiger Beschäftigung, insbesondere im Kontext agiler Arbeitsmethoden und von Projektarbeit und beim Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV, sowie Fragen des Beschäftigtendatenschutzes. Weiterhin kritisierte er das Urteil des EuGH vom 19.10.2023 (C-660/20) zur Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten.

„Neues durch die EU-Entgelttransparenzrichtlinie“, berichtete Dr. Wolfgang Lipinski, Partner und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Seitz Rechtsanwälte

Dr. Rudolf Bünthe, Leiter Fachbereich Migration, Anerkennung, Arbeitsmarktzulassung, Bundesagentur für Arbeit, Nürnberg, referierte zum Zustimmungsverfahren der Bundesagentur für Arbeit als Dienstleistung in der Arbeitskräftezuwanderung. Nach Darstellung des Prozesses, der zu durchlaufen ist, widmete Bünthe sich Zuständigkeitsfragen. Unterfüttert wurde das Ganze mit einigen statistischen Daten. Im Weiteren ging er vor allem auf die Neuregelung der Fachkräfteinwanderung durch das Gesetz und die Verordnung zur Weiterentwicklung der Fachkräfteinwanderung sowie Grundsätze der Bundesagentur für Arbeit in deren Umsetzung ein. Er benannte die rechtlichen Voraussetzungen der



© (alle Bilder) Thomas Rätzkyk



kontingentierte Kurzzeitbeschäftigung und der Einwanderung auf Basis von Berufserfahrung und gab jeweils Hinweise zu deren Umsetzung sowie zu Verfahrensfragen.

Es folgte der Vortrag von Prof. Dr. Franz-Josef Rose, Leiter Recht, Vereinigung der hessischen Unternehmerverbände e. V., Frankfurt am Main, zum Beschäftigtendatenschutz und der Frage: Quo vadis? Er stellte den Datenschutz der Datensicherheit gegenüber und die europäischen den nationalen Datenschutzregelungen. Veranschaulicht wurde das Ganze durch die Vorstellung praxisrelevanter Rechtsprechung des BAG und EuGH, z. B. zur Verwertbarkeit von Videoaufnahmen in Kündigungsprozessen. Auch Fragen zu Schadensersatzansprüchen bei Verstößen gegen Datenschutzvorschriften und zur Mitbestimmung des Betriebsrats besprach Rose.

Der erste Kongresstag schloss mit dem Referat von Dr. Marc Spielberger, Partner und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Altenburg Fachanwälte für Arbeitsrecht Partnerschaft von Rechtsanwälten mbH, München, der die Rolle von ESG im Arbeitsrecht beleuchtete. Er ging auf Rahmenbedingungen aus dem Bereich Environmental, Social and Governance ein, die sich aus Pflichten der Nachhaltigkeitsberichterstattung, der HR-Compliance in Verbindung mit dem Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz und der betrieblichen Mitbestimmung ergeben.

Zum Ausklang des ersten Veranstaltungstages diskutierten bei der Abendveranstaltung im Restaurant Habel am Reichstag die CDU-Abgeordnete und Bundesvorsitzende der Mittelstands- und Wirtschaftsunion Gitta Connemann und Prof. Dr. Simone Kauffeld, Lehrstuhl für Arbeits-, Organi-

sations- und Sozialpsychologie, TU Braunschweig, das Pro und Kontra einer Viertageweche.

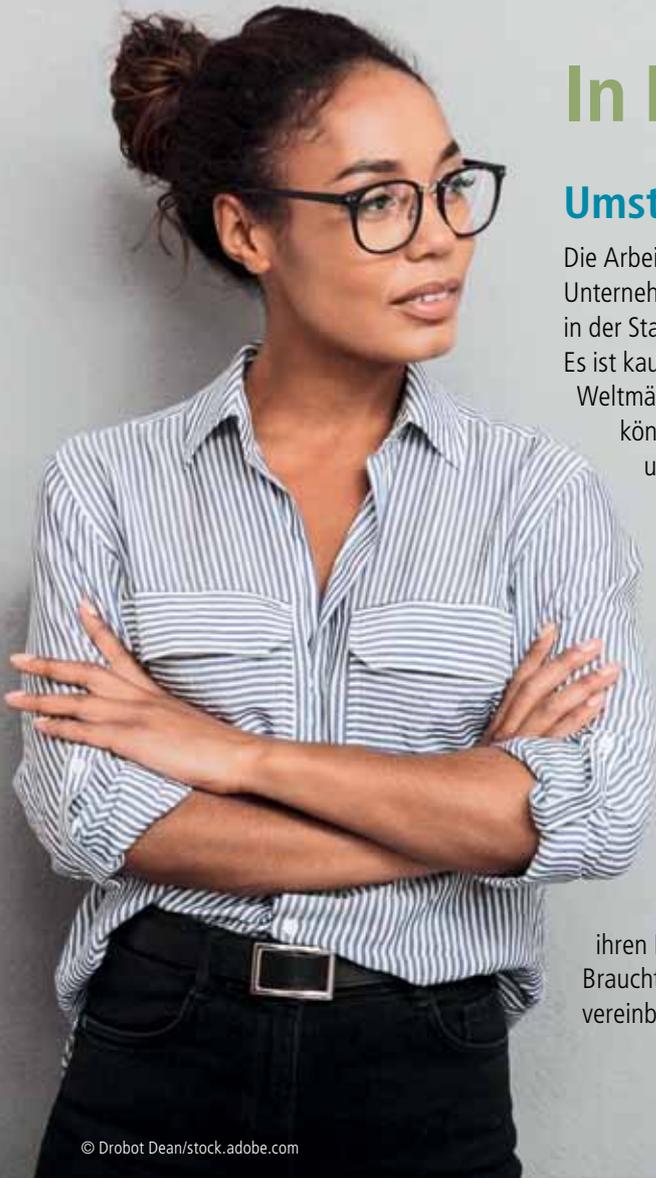
Den zweiten Kongresstag eröffnete der Vizepräsident des Bundesarbeitsgerichts Erfurt Dr. Rüdiger Linck mit aktuellen Entwicklungen im Vergütungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Er besprach dabei den böswillig unterlassenen Verdienst im Zusammenhang des Annahmeverzugs und stellte die hierzu von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze dar. Auf die Problematik einer ggf. nicht beabsichtigten betrieblichen Übung verwies er in Bezug auf Sonderzahlungen und hob Stolperfallen bei der Formulierung sowie im Rahmen der AGB-Kontrolle hervor. Darüber hinaus stellte Linck Entwicklungen im Bereich der Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit sowie hinsichtlich der elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, des Dienstwagens als Sachbezug und beim Widerruf der Dienstwagennutzung dar.

Prof. Dr. Björn Gaul, Partner und Fachanwalt für Arbeitsrecht, CMS Hasche Sigle, Köln, besetzte in diesem Jahr das Thema der KI im Arbeitsrecht. Er stellte zunächst Anwendungsbeispiele im Arbeitsverhältnis vor und ging im weiteren Verlauf auf Fragen des Datenschutzes, der Haftung, ethischer Grenzen, der betrieblichen Mitbestimmung und möglicher Diskriminierungen ein.

Zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf sowie den Erfolgsfaktoren für eine gute Unternehmenspraxis referierte Dr. Oliver Stettes, Leiter Themenscluster Arbeitswelt und Tarifpolitik, Institut der deutschen Wirtschaft Köln e. V. Neben dem aktuellen Stand sowie Hintergründen und der grundsätzlichen Bedeutung von Vereinbarkeitsfragen ging es in diesem Referat insbesondere

um Fachkräftesicherung, Elternförderung und Arrangements zur Vereinbarkeitsförderung. Hierzu benannte Stettes als mögliche betriebliche Maßnahmen u. a. Arbeitszeitregelungen und -modelle, die den Flexibilisierungs- und Betreuungsbedürfnissen der Mitarbeiter Rechnung tragen. Als aktuell relevant identifizierte er zudem die Unternehmenskultur als Stellschraube, in diesem Kontext insbesondere zur Schaffung eines familienfreundlichen Arbeitsumfelds. Auch rief er die Unternehmen zur Selbstreflexion auf. Diese sei erforderlich, um bestehende Hindernisse zu überwinden. Zum Schluss verwies er insbesondere auf Zielkonflikte aufgrund der unterschiedlichen familien- und vereinbarkeitspolitischen, arbeitsmarktpolitischen und gleichstellungspolitischen Interessen.

Den Abschluss des zweiten Veranstaltungstages bildete der Vortrag von Dr. Nathalie Oberthür, Partnerin und Fachanwältin für Arbeitsrecht, RPO Rechtsanwälte, Köln, mit dem Titel „Arbeitszeit und Arbeitsort – quo vadis, Direktionsrecht?“. Die Schwerpunkte dieses Referats lagen auf Fragestellungen bezüglich der Flexibilisierung der Arbeitszeit und des Arbeitsortes. Hinsichtlich der Arbeitszeit wurden die Möglichkeit der Vereinbarung von Vertrauensarbeitszeit sowie arbeitszeitrechtliche Grenzen der Flexibilisierung besprochen. In Bezug auf das viel diskutierte Urteil des EuGH (v. 15.5.2019 – C-55/18, CCOO) zur Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung standen Fragen der praktischen Umsetzung im Vordergrund. Hinsichtlich der Flexibilisierung des Arbeitsortes diskutierte Oberthür rechtspolitische Überlegungen zur Regelung eines Anspruchs auf mobile Arbeit, allen voran den Referentenentwurf vom 14.1.2021 zu einem „Mobile Arbeit Gesetz“, sowie Fragen des Leistungsstörungenrechts.



© Drobot Dean/stock.adobe.com

In Heft 5/24 lesen Sie u. a.

Umstrukturierung und Transformation

Die Arbeitswelt verändert sich, und zwar mit drastischen Stellenstreichungen bei großen Unternehmen, was bei der allgemeinen Situation abzusehen war. Früher, als noch Geld in der Staatskasse war, konnten teilweise Auffangprogramme abfedern und einspringen. Es ist kaum mehr zu leugnen, dass viele Unternehmen mit der Konkurrenz auf den Weltmärkten und diesen „deutschen“ Verhältnissen nur noch sehr schwer mithalten können. Wie werden solche „Umstrukturierungsprozesse“ erfolgreich umgesetzt und wie schafft ein Unternehmen das richtige Maß an Effizienz und sozialer Verantwortung – bei all den erforderlichen Transformationsprozessen?

Diversity und Arbeitgeberattraktivität

Ende Juni 2022 waren in Deutschland von 34,45 Millionen sozialversicherungspflichtig Beschäftigten rund 4,98 Millionen Ausländer sozialversicherungspflichtig tätig. Dies bedingt multikulturelle Belegschaften mit diversen religiösen und kulturellen Hintergründen. Um die Beschäftigten zu gewinnen und zu binden, sind Unternehmen gezwungen, hinsichtlich einer flexiblen Ausgestaltung der Arbeit in neuen Wegen zu denken. Zudem werden deutsche Unternehmen auch verstärkt im Ausland aktiv. Das wirft Fragen auf, wie mit Feier-/Brauchtumstagen im nationalen und internationalen Kontext umzugehen ist. Eine Möglichkeit, wie Firmen ihren Mitarbeitern mehr Flexibilität für die ihnen persönlich wichtigen Fest- und Brauchtumstage geben können, wird in diesem Beitrag inklusive einer Musterbetriebsvereinbarung dargestellt.



Ich möchte die Fachzeitschrift Arbeit und Arbeitsrecht regelmäßig lesen!

- Ich bestelle **AuA PLUS** (jährlich 12 Ausgaben gedruckt inkl. Online-Archiv, E-Paper und 200 € Rabatt für den Kongress Arbeitsrecht) ab der nächsten Ausgabe zum Jahrespreis von nur 246,00 € zzgl. 16,20 € Porto- und Versandkosten (Inland).
- Ich bestelle **AuA DIGITAL** (jährlich 12 Ausgaben als E-Paper inkl. Online-Archiv und 200 € Rabatt für den Kongress Arbeitsrecht) ab der nächsten Ausgabe zum Jahrespreis von nur 228,00 €.
- Ja, ich möchte zukünftig gratis per E-Mail über Branchen-News informiert werden.

Firma _____

Name, Vorname _____

Branche _____ Position _____

Telefon _____ Fax _____

E-Mail _____

Straße/Nr. _____

PLZ _____ Ort _____

Datum _____ Unterschrift _____ BSC/24



Vertragskonditionen: Abonnements laufen nach der Mindestvertragslaufzeit von 12 Monaten unbefristet weiter, wenn sie nicht termingerecht 6 Wochen vor Ende des Kalenderjahres schriftlich gekündigt werden. Für Privatkunden gilt: 4 Wochen zum Monatsende.

Vertrauensgarantie: Diese Bestellung kann ich innerhalb von 14 Tagen schriftlich widerrufen. Die Frist ist durch die rechtzeitige Absendung gewahrt.

Datenschutzhinweis: Beachten Sie unsere Datenschutzerklärung unter www.huss-medien.de/DSE-B. Sie können diese Einwilligung jederzeit widerrufen. Durch den Widerruf wird die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung nicht berührt. Sie können der Nutzung Ihrer Daten für Werbezwecke jederzeit widersprechen: adressen.vertrieb@hussmedien.de

Einsenden an:
HUSS-MEDIEN GmbH · AuA-Leserservice · 10400 Berlin · Fax: 030 42151-232
E-Mail: leserservice@hussmedien.de
oder online bestellen unter www.aua-online.de/abo

AuA-Podcast

Personal | Praxis | Recht



Kurz gefragt

In 15 Minuten beantwortet Dr. Jan Tibor Lelley jeden Donnerstag Fragen zu aktueller Rechtsprechung und HR-Themen.



Im Kontext

Die Redaktion spricht mit wechselnden Experten ausführlich ohne Zeitlimit über alles, was HR umtreibt.



In Persona

Wer steckt hinter den Entscheidungen von HR – Wir stellen die Menschen vor, die maßgeblich den Arbeitsalltag prägen.



Spotify



Apple



AuA





The Meetingplace for HR

#ZPNord

PEOPLE CHANGE THINGS

JETZT
KOSTENFREIES
TICKET SICHERN

Free Ticketcode: **PRINT32**



ZP Nord

23 – 24 April 2024
Hamburg

WWW.ZUKUNFT-PERSONAL.COM