



**Liebe Kolleginnen und Kollegen,
sehr geehrte Damen und Herren,**

in unserem aktuellen Newsletter gehen wir der praxisrelevanten Frage nach, ob die Freistellung eines Arbeitnehmers von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung während der Kündigungsfrist zum Erlöschen von dessen Mitgliedschaft im Betriebsrat führt. In der Rubrik **„Ein-Blick“** setzen wir uns in dem Beitrag „Betriebsratsamt trotz unwiderruflicher Freistellung?“ kritisch mit dem aktuellen Beschluss des LAG Hessen zu dieser Frage auseinander.

Das Bundesarbeitsgericht hat in einem Urteil zur Vergabe von Dienstleistungen über digitale Plattformen festgestellt, dass zwischen Internetplattformbetreiber und Crowdworker ein Arbeitsverhältnis zustande kommen kann. Die Entscheidung und ihre Auswirkungen auf Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, beleuchten wir in der Rubrik **„Betriebsräte“**.

Mit der Frage, ob der Arbeitgeber das Betriebsrisiko auch bei einer aufgrund des Infektionsschutzgesetzes mittels „Corona-Verordnung“ angeordneten Betriebs-schließung trägt und damit annahmeverzugslohnpflichtig ist, haben sich die Arbeitsgerichte nunmehr vermehrt zu beschäftigen. Ein aktuelles Urteil des Arbeitsgerichts Mannheim, welches wir unter der Rubrik **„Arbeitnehmer“** besprechen, zeigt die Kriterien hierfür und die sich daraus ergebenden wirtschaftlichen Konsequenzen für Arbeitnehmer.

Neben den oben genannten Entscheidungen haben wir wie immer auch weitere praxisrelevante Gerichtsentscheidungen zum Individual- wie auch zum Kollektiv-arbeitsrecht in Kurzform aufbereitet.

Wir wünschen viel Vergnügen bei der Lektüre des Newsletters und bleiben Sie gesund!

**Eure/Ihre
schwegler rechtsanwälte**



„Ein-Blick“	Betriebsratsamt trotz unwiderruflicher Freistellung	3
Betriebsräte:	Arbeitnehmerstatus eines Crowdworkers – Auswirkungen auf die Mitbestimmung?	6
Betriebsräte:	Kurzüberblick über Entscheidungen <ul style="list-style-type: none">- Ausstattung des Betriebsrates mit Technik für Video-Konferenzen- Sachgrundlose Abberufung eines Betriebsratsmitgliedes aus dem Betriebsausschuss sowie aus der Freistellung- Betriebsratswahl unter pandemischen Umständen- Nichtigkeit der Bestellung des Wahlvorstandes-	9
Arbeitnehmer:	Annahmeverzugslohn – Lohnfortzahlung bei Betriebsschließung wegen der Corona-Pandemie?	11
Arbeitnehmer:	Kurzüberblick über Entscheidungen <ul style="list-style-type: none">- Auskunftsanspruch bei anderweitigem Erwerb im Rahmen des Annahmeverzugsanspruchs- Verhaltensbedingte Kündigung wegen Beleidigung- Mindestlohn bei sog. Anpassungsqualifizierungen- Unwirksame Rückzahlungsklausel bei personenbedingter Kündigung	13
Veröffentlichungen		15
Impressum		16

Betriebsratsamt trotz unwiderruflicher Freistellung?

Es ist ein immer wiederkehrendes Szenario. Ein Betriebsratsmitglied und der Arbeitgeber vereinbaren einen Aufhebungsvertrag oder es wird ein gerichtlicher Vergleich geschlossen mit der Regelung, dass das Betriebsratsmitglied unter Fortzahlung der Vergütung unwiderruflich von der Erbringung seiner Arbeitspflicht bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses freigestellt wird. Was bedeutet diese Freistellung für die Ausübung des Betriebsratsamtes? Verliert man gleichzeitig mit der Freistellung auch das Betriebsratsmandat?

Nein, entschied Anfang des Jahres das Landesarbeitsgericht Hessen. Die Freistellung eines Arbeitnehmers führe nicht zum Erlöschen des Betriebsratsamtes (LAG Hessen, Beschluss vom 21.12.2020 – 16 TaBVGa 189/20).

Das Gesetz regelt in § 24 BetrVG in welchen Fällen die Mitgliedschaft im Betriebsrat erlischt. Dies sei nach der gesetzlichen Regelung z.B. der Fall bei der Niederlegung des Betriebsratsamtes, der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, dem Verlust der Wählbarkeit, dem Ausschluss aus dem Betriebsrat oder Auflösung desselben sowie nach Ablauf der Amtszeit.

Insbesondere führe eine unwiderrufliche Freistellung nicht zum Verlust der Wählbarkeit, so das LAG Hessen. Ein Arbeitnehmer verliere seine Wählbarkeit, wenn er auf Dauer nicht mehr in die betriebliche Organisation eingegliedert ist. Der Arbeitnehmer bleibe während einer unwiderruflichen Freistellung jedoch betriebsangehörig. Folglich bleibe das Betriebsratsmandat bestehen und ende erst mit der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Das ergebe sich auch daraus, dass auch ein nach § 38 BetrVG vollständig freigestelltes Betriebsratsmitglied weiterhin als betriebsangehörig gelte. Etwas anderes gelte allenfalls, wenn der Aufhebungsvertrag eine Regelung über die Beendigung des Betriebsratsmandats treffe.

Die Entscheidung des LAG Hessen orientiert sich stark am Wortlaut des Gesetzes. Fraglich ist allerdings, wie diese Entscheidung mit der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 16. April 2003 – 7 ABR 53/02 zusammenpasst. Das BAG hatte damals entschieden, dass die in der Freistellungsphase der Altersteilzeit befindlichen Arbeitnehmer bei der für die Anzahl der Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke nach § 9 BetrVG nicht zu berücksichtigen sind, weil sie dem Betrieb nicht mehr angehören. Da die Rückkehr in den Betrieb nicht vorgesehen sei, fehle es an der Eingliederung in die Betriebsorganisation.

Der Eintritt in die Freistellungsphase einer Altersteilzeit im Blockmodell führt nach Ansicht des BAG zum Verlust der Wählbarkeit, da eine Rückkehr in den Betrieb, anders als bei der Eltern- oder Pflegezeit, in der das Arbeitsverhältnis ebenfalls – aber eben nur befristet und nicht unwiderruflich – ruht, nicht in Betracht kommt.

Überträgt man diese Argumentation nun auf die Situation, in der ein Betriebsratsmitglied unwiderruflich bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses von seiner Arbeitsleistung freigestellt wird, so scheint die Situation zunächst einmal vergleichbar zu sein. In beiden Fällen kommt eine Rückkehr in den Betrieb nicht in Betracht.

Das LAG Hessen sieht jedoch gewichtige Unterschiede zwischen der Freistellung innerhalb der Altersteilzeit und der vereinbarten unwiderruflichen Freistellung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Bei der unwiderruflichen Freistellung sei lediglich die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers suspendiert, während die dem Arbeitgeber obliegende Hauptpflicht der Lohnzahlung weiter bestehen bleibt. In der Altersteilzeit habe der Arbeitnehmer jedoch schon vorgearbeitet, der Arbeitgeber vergüte nicht einseitig ohne Gegenleistung, sondern nur zeitversetzt.

Die Begründung des LAG überzeugt nicht (vollständig). Es ist zwar klar, was das LAG sagen möchte, dass nämlich in der Altersteilzeit alle Pflichten sozusagen schon „abgearbeitet“ sind, während in der vereinbarten Freistellungszeit der Arbeitgeber nach wie vor seine Lohnzahlungspflicht erfüllen muss. Letztlich muss der Arbeitgeber dies in der Altersteilzeit aber ebenso. Hinzukommen häufig noch Aufstockungsbeträge, die auch in der Freistellungsphase der Altersteilzeit zu leisten sind. Dass der Arbeitgeber seiner Lohnzahlungspflicht zeitversetzt nachkommen muss, ändert nichts daran, dass er ihr nachkommen muss. In beiden Fällen ist der Arbeitgeber nur noch „Zahlstelle“, während den Arbeitnehmer keinerlei Leistungspflichten treffen.

Mit Blick auf eine interessengerechte Lösung darf man daher durchaus Zweifel an den vom LAG Hessen vorgebrachten Unterschieden der gerichtlichen Entscheidungen haben. In beiden Fällen ist der Arbeitnehmer und das Betriebsratsmitglied einvernehmlich nicht mehr in die betrieblichen Abläufe eingebunden, wo er doch Arbeitnehmerinteressen schützen und durchsetzen soll. Dies ist auch der große Unterschied zu anderen Konstellationen, in denen das Arbeitsverhältnis lediglich befristet ruht, z.B. während Elternzeit, Pflegezeit, Sonderurlaub oder auch in einem Kündigungsschutzprozess. In all diesen Fällen beabsichtigt der Arbeitnehmer zurück in den Betrieb zu kehren.

Auch der Vergleich mit nach § 38 BetrVG vollständig freigestellten Betriebsräten trägt nicht. Denn dort dient die Freistellung gerade der Durchführung der Betriebsratsarbeit und ist die Freistellung durch einen Gremienbeschluss legitimiert; beides gilt für die unwiderrufliche Freistellung als Folge eines Aufhebungsvertrages aber nicht.

Fraglich ist auch, wie motiviert ein Mitarbeiter ist, der mit seinem Arbeitgeber vereinbart hat, nicht in den Betrieb zurückzukehren. Es gibt sicherlich Arbeitnehmer, die trotz einer unwiderruflichen Freistellung, weiterhin regelmäßig an Betriebsratssitzungen teilnehmen und eine hervorragende Betriebsratsarbeit leisten. Aber die Mehrzahl der Mitarbeiter, die eine Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses mit einer unwiderruflichen Freistellung vereinbart haben, werden ihren Blick in eine andere berufliche Richtung lenken und eher das Zugehörigkeitsgefühl zu dem Betrieb verlieren. Die Entscheidung des LAG Hessen verhindert so auch das Nachrücken von Betriebsratsmitgliedern, die jedenfalls aller Wahrscheinlichkeit nach über ein höheres ehrenamtliches Engagement verfügen.

Praxishinweis:

In einer Aufhebungsvereinbarung sollte unbedingt ausdrücklich geregelt werden, ob das Betriebsratsamt niedergelegt wird oder nicht. Nur die explizite Regelung kann Missverständnisse und Streitigkeiten aus dem Weg räumen. Man sollte sich als ausscheidender Mitarbeiter und Betriebsratsmitglied immer gut überlegen, ob man selbst noch motiviert genug ist, um weiterhin für die Arbeitnehmerrechte einzustehen und ggf. zu streiten oder ob man diese Aufgabe einem/r neuen Betriebsratskollegen oder - Kollegin übergeben möchte.



Simone Rohs, Düsseldorf

 [zur Inhaltsübersicht](#)



Arbeitnehmerstatus eines Crowdworkers – Auswirkungen auf die Mitbestimmung?

- BAG Urteil vom 01.12.2020 – 9 AZR 102/20 –

Vermeintlich selbstständige Crowdworker können im Einzelfall als Arbeitnehmer zu qualifizieren sein. Entscheidend für die Einordnung ist, wie der Vertrag tatsächlich gelebt wird und ob der Crowdworker seine Tätigkeit nach Ort, Zeit und Inhalt ausreichend frei gestalten kann oder ob er vielmehr durch den Crowdsourcer fremdbestimmt gelenkt wird. Die Entscheidung des BAG hat nicht nur arbeits- und sozialrechtliche Folgen, sondern auch Auswirkungen auf die Mitbestimmung des Betriebsrats.

Sachverhalt

Die Beklagte (Crowdsourcerin) betreibt eine Crowdworking-Plattform. Im Auftrag ihrer Kunden kontrolliert sie die Präsentation von Markenprodukten im Einzelhandel und an Tankstellen. Die Kontrolltätigkeiten selbst lässt sie durch Crowdworker ausführen. Die Aufgaben der Crowdworker bestehen insbesondere darin, Fotos von der Warenpräsentation anzufertigen und Fragen zur Werbung von Produkten zu beantworten. Auf der Grundlage einer „Basis-Vereinbarung“ und allgemeiner Geschäftsbedingungen bietet die Beklagte solche „Mikrojobs“ über eine Online-Plattform an. Über einen persönlich eingerichteten Account kann jeder Nutzer (Crowdworker) der Online-Plattform Aufträge annehmen, ohne dazu verpflichtet zu sein. Übernimmt der Crowdworker einen Auftrag, muss er diesen regelmäßig innerhalb eines kurzen Zeitraums nach detaillierten Vorgaben der Beklagten erledigen. Für erledigte Aufträge werden ihm auf seinem Nutzerkonto Erfahrungspunkte gutgeschrieben. Das System erhöht mit der Anzahl erledigter Aufträge das Level und gestattet die gleichzeitige Annahme mehrerer Aufträge.

Der Kläger führte für die Beklagte zuletzt in einem Zeitraum von elf Monaten 2978 Aufträge aus, bevor sie im Februar 2018 mitteilte, ihm keine weiteren Aufträge mehr anzubieten.

Mit seiner Klage hat er beantragt festzustellen, dass zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht. Im Verlauf des Rechtsstreits kündigte die Beklagte am 24. Juni 2019 vorsorglich ein etwaig bestehendes Arbeitsverhältnis. Daraufhin hat er seine Klage u.a. um einen Kündigungsschutzantrag erweitert. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen und das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses verneint.



Entscheidung

Das BAG hat erkannt, dass der Kläger im Zeitpunkt der vorsorglichen Kündigung vom 24. Juni 2019 in einem Arbeitsverhältnis bei der Beklagten stand. Das Arbeitsverhältnis wurde durch diese Kündigung jedoch wirksam beendet.

Die Arbeitnehmereigenschaft hängt nach § 611a BGB davon ab, dass der Beschäftigte weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit leistet. Zeigt die tatsächliche Durchführung eines Vertragsverhältnisses, dass es sich hierbei um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an. Die dazu vom Gesetz verlangte Gesamtwürdigung aller Umstände kann ergeben, dass Crowdworker als Arbeitnehmer anzusehen sind. In dem vom BAG entschiedenen Fall wurden die Anforderungen an das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses erfüllt. Die beklagte Auftraggeberin hat die Zusammenarbeit über die von ihr betriebene Online-Plattform so gesteuert, dass der Kläger infolge dessen seine Tätigkeit nach Ort, Zeit und Inhalt nicht frei gestalten konnte. Der Kläger leistete in arbeitnehmertypischer Weise weisungsgebundene und fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit. Zwar war er vertraglich nicht zur Annahme von Angeboten der Beklagten verpflichtet. Das Erfahrungspunktesystem habe ihn jedoch dazu veranlasst, kontinuierlich die angebotenen Jobs anzunehmen.

Denn die Organisationsstruktur der von der Beklagten betriebenen Online-Plattform war darauf ausgerichtet, dass über einen Account angemeldete und eingearbeitete Nutzer kontinuierlich Bündel einfacher, Schritt für Schritt vertraglich vorgegebener Kleinstaufträge annehmen, um diese persönlich zu erledigen. Die Anzahl der durchgeführten Aufträge ermöglicht es den Crowdworkern im Bewertungssystem in ein höheres Level aufzusteigen und gleichzeitig mehrere Aufträge anzunehmen. Bei einer sinnvollen Routenplanung können diese Aufträge gesammelt abgearbeitet werden und dadurch faktisch zu einem höheren Stundenlohn führen. Durch dieses Anreizsystem wurde der Kläger dazu veranlasst, in dem Bezirk seines gewöhnlichen Aufenthaltsorts kontinuierlich Kontrolltätigkeiten zu erledigen.

Bedeutung für Betriebsräte

Die Einordnung von Crowdworkern als Arbeitnehmer hat nicht nur sozialversicherungsrechtliche Folgen, sondern auch Auswirkungen auf die Mitbestimmung des Betriebsrats. Bei dem Urteil des BAG handelt es sich jedoch um eine Einzelfallentscheidung, sodass Schlussfolgerungen daraus nur für vergleichbare Sachverhalte gezogen werden können.



Wird das externe Crowdfunding erstmals eingeführt oder in größerem Umfang als bisher genutzt, kann eine Betriebsänderung wegen einer grundlegenden Änderung der Arbeitsorganisation oder der Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden gem. § 111 Satz 3 Nr. 4 und 5 BetrVG vorliegen und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 111 f. BetrVG auslösen.

Sofern auch bei den direkten externen Crowdworkern die Arbeitnehmereigenschaft bejaht werden kann, wäre das Betriebsverfassungsgesetz mit allen Rechten auf diese Arbeitnehmer anwendbar. Die Arbeitnehmer wären im Einflussbereich des Betriebsrats, sodass dieser u.a. bei der Einstellung der Crowdworker gem. § 99 BetrVG zu beteiligen wäre.



Katharina Warczinski, Berlin

◀ *zur Inhaltsübersicht*



Ausstattung des Betriebsrates mit Technik für Video-Konferenzen

- LAG Berlin-Brandenburg vom 14.04.2021 -15 TaBVGa 401/21 -

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat im Wege einer einstweiligen Verfügung den Arbeitgeber verurteilt, dem bestehenden Betriebsrat eine technische Ausstattung zur Verfügung zu stellen, die diesem auch die Durchführung von Sitzungen und Beratungen in Form einer Video-Konferenz gem.

§ 129 Abs. 1 BetrVG ermöglicht. Zur Begründung führt das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg aus, es handele sich um erforderliche Informationstechnik, die der Arbeitgeber nach § 40 Abs. 2 BetrVG zur Verfügung stellen muss.

Zu den erforderlichen Informations- und Kommunikationsmitteln gehören grundsätzlich eine dem betrieblichen Standard entsprechende Ausrüstung für alle Betriebsratsmitglieder.

Sachgrundlose Abberufung eines Betriebsratsmitgliedes aus dem Betriebsausschuss sowie aus der Freistellung

- LAG Frankfurt vom 23.11.2020 -16 TaBV 79/20 -

Die Abberufung eines Mitgliedes des Betriebsausschusses bedarf der nach § 27 Abs. 1 Satz 5 BetrVG erforderlichen Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der Mitglieder des Betriebsrates. Das LAG stellt klar, dass es sich hierbei um eine (gremien-)politische und keine rechtliche Entscheidung handle. Dabei seien die Betriebsratsmitglieder in ihrem Abstimmungsverhalten grundsätzlich frei. Eine Bindung an Sachgründe oder ähnlichem erfolgt nicht. Ausreichend ist, dass sie subjektiv der Ansicht sind, der derzeitigen Inhaberin der betreffenden Position nicht mehr das erforderliche Vertrauen entgegen zu bringen.

Für die Abberufung von Freistellungen gilt nach § 38 Abs. 2 Satz 8 BetrVG i.V.m. § 27 Abs. 1 Satz 5 BetrVG Entsprechendes.

Explizit stellte das Landesarbeitsgericht Frankfurt heraus, dass es sich bei den Abberufungen aus dem Betriebsausschuss bzw. einer Freistellung um eine politische Entscheidung des Betriebsrates handelt, für die es keine sachlichen Gründe bedarf.

Für die Nachberufung in diese Funktionen gilt § 25 Abs. 2 Satz 1 BetrVG entsprechend. Es rückt das nächste Mitglied aus der Vorschlagsliste der Freistellungswahl (Betriebsausschusswahl) nach und zwar solange, bis die Liste erschöpft ist. Sodann erfolgt die Bestimmung des Ersatzmitglieds nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl.



Betriebsratswahl unter pandemischen Umständen –Nichtigkeit der Bestellung des Wahlvorstandes-

- ArbG Weiden v. 18.12.2020 - 3 BVGa 2/20 -

Wahlvorstand und Arbeitgeber stritten im Eilverfahren über die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Herausgabe von Listen für die Aufstellung der Wählerliste und die Wirksamkeit der Wahl des Wahlvorstandes.

Das Arbeitsgericht Weiden hat den Arbeitgeber zur Herausgabe der Listen verpflichtet. Die Verpflichtung resultiert aus § 2 Abs. 2 WO.

Die Verpflichtung scheidet nur aus, wenn die Wahl des Wahlvorstandes voraussichtlich nichtig sei. Eine bloß etwaige fehlerhafte Wahl des Wahlvorstandes genügt hierfür nicht. Die Nichtigkeit der Bestellung eines Wahlvorstandes ist auf ausgesprochen schwerwiegende Errichtungsfehler beschränkt. In der praxisnahen Entscheidung stellt das Arbeitsgericht Weiden klar, dass auch in Corona-Zeiten die Wahl eines Betriebsrates nicht unnötig erschwert werden darf, um dem Ziel des BetrVG –betriebsratslose Zustände zu vermeiden- Geltung zu verschaffen.

Arbeitgebern ist es, so stellt es das ArbG Weiden deutlich heraus, verwehrt, die Herausgabe der Listen mit Verweis auf etwaige Fehler im Verfahren zur Bestellung des Wahlvorstandes zu verweigern.

◀ *zur Inhaltsübersicht*

Annahmeverzugslohn – Lohnfortzahlung bei Betriebsschließung wegen der Corona-Pandemie?

– ArbG Mannheim, Urteil vom 25.03.2021 - 8 Ca 409/20 –

Viele Unternehmen, die von pandemiebedingten Betriebsschließungen betroffen sind, beantragen Kurzarbeitergeld. Was aber geschieht mit dem Lohnanspruch des Arbeitnehmers, wenn kein Anspruch auf Kurzarbeitergeld besteht, bspw. weil es sich um einen „450-Euro-Job“ handelt? Ist der Arbeitgeber in diesem Fall zur Lohnfortzahlung verpflichtet oder gilt der Grundsatz „ohne Arbeit keinen Lohn“? Mit der Frage, wer das Betriebsrisiko für behördlich angeordnete Betriebsschließungen trägt, beschäftigt sich das Arbeitsgericht Mannheim in der vorliegend besprochenen Entscheidung.

Zum Sachverhalt

Der Kläger ist Barkeeper in einer Discothek. Er war bei der Beklagten seit 2009 im Rahmen einer geringfügigen Nebenbeschäftigung angestellt. Der von der Beklagten betriebene Club verfügt über eine Tanzfläche von 20 qm, einen Gastraum von 48 qm sowie eine Bar. Er hatte bis zur Schließung regelmäßig nur freitags und samstags von jeweils 21:00 Uhr bis 03:00 Uhr geöffnet.

Seit März 2020 blieb der Betrieb aufgrund behördlicher Anordnung wegen der Corona-Pandemie geschlossen. Im Herbst 2020 hat die Beklagte die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen. Neben anderen Ansprüchen verlangt der Kläger für diesen Zeitraum zwischen Schließung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses Annahmeverzugslohn. Nach seinem letzten Arbeitseinsatz am 12./13.03.2020 hätte er gemäß seiner durchschnittlichen Arbeitsleistung in der Vergangenheit an 0,5 Abenden pro Woche gearbeitet. Dies habe ihm die Beklagte zu vergüten.

Die Beklagte ist der Ansicht, sie schulde keinen Annahmeverzugslohn. Bei der Corona-Pandemie handele es sich nicht um ein gelegentlich vorkommendes Ereignis, sondern um eine Jahrhundertkatastrophe von einzigartigem Ausmaß und damit höhere Gewalt. Dieses Ereignis sprengt jede Form von Vorhersehbarkeit und stelle damit kein Betriebsrisiko der Beklagten dar.

Die Entscheidung

Das Arbeitsgericht Mannheim hat den Anspruch auf Annahmeverzugslohn bejaht.

Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, kann der Verpflichtete gem. § 615 BGB für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Dies gilt entsprechend in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt.

Das Gericht stellt fest, dass es bei Verboten aus betriebsfremden Gründen auf die Eigenart des Betriebs ankommt, folglich darauf, ob der Betrieb eine besondere Risikosphäre darstellt. Für die Annahme eines solchen Betriebsrisikos spricht die Vorhersehbarkeit und Kalkulierbarkeit des Risikos. Trotz der überraschend hereingebrochenen Corona-Pandemie sieht das Arbeitsgericht diese Kriterien als erfüllt an, sodass der Arbeitgeber das Lohnrisiko zu tragen hat.

Vorliegend habe sich durch die aufgrund des Infektionsschutzgesetzes mittels „Corona-Verordnung“ angeordnete Schließung das Betriebsrisiko im Sinne von § 615 BGB und nicht das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht. Bei einem Tanzclub mit einer Tanzfläche von nur 20 qm und einem Gastraum von nur 48 qm sowie Betriebszeiten zwischen 21:00 Uhr und 03:00 Uhr realisiere sich nach Auffassung des Gerichts gerade das aufgrund dieses Geschäftsmodells bestehende besondere Infektionsrisiko. Sinn und Zweck der Schließungen bestehe in der Verhinderung sozialer Kontakte in Betrieben wie dem vorliegenden mit möglichst engem Kundenkontakt. Das wirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers an möglichst hohem Kundenverkehr erhöhe zugleich das Risiko einer sich ausweitenden Epidemie. Die Zuweisung des Betriebsrisikos rechtfertige sich nach dem Gericht aus dem Umstand, dass sein Geschäft „in guten wie in schlechten Tagen“ auf Kundenverkehr bzw. hohe Besucherzahl ausgerichtet ist.

Weiter stellt das Arbeitsgericht maßgeblich darauf ab, dass sich das verwirklichte Betriebsrisiko durch Rücklagen theoretisch einkalkulieren lässt. Der Arbeitgeber könne grundsätzlich Kurzarbeitergeld beantragen oder betriebsbedingte Kündigungen aussprechen. Die Schließung sei auch nicht aufgrund einer Naturkatastrophe (höherer Gewalt) erfolgt, sondern aufgrund der behördlichen Anordnungen. Dies kann nach dem Arbeitsgericht Mannheim aber dahinstehen, denn auch für Naturkatastrophen trägt der Arbeitgeber das Betriebsrisiko.

Anmerkung

Die Entscheidung des Arbeitsgerichts Mannheim ist nicht überraschend. Ebenso entschied kürzlich das LAG Düsseldorf für die Schließung einer Spielhalle (Urteil vom 30.03.2021 - 8 Sa 674/20). Bereits vor der „Corona-Zeit“ wurde das Risiko für Naturkatastrophen i.R.v. § 615 BGB dem Arbeitgeber zugeschrieben.

Die Entscheidung hat in ihrer konsequenten Anwendung auf die Pandemie aber riesige Auswirkungen auf die Praxis. Denn gerade Clubs, Hotels und Gastronomien, in welchen sich geringfügige Beschäftigungsverhältnisse einer besonderen Beliebtheit erfreuen, sind von den Schließungen massiv betroffen. Zwar wird voraussichtlich noch das Bundesarbeitsgericht über diese Frage entscheiden – ihre Ansprüche sollten Arbeitnehmer jedoch zeitnah geltend machen.

Dr. Nicolai Jérôme Culik, Berlin



Auskunftsanspruch bei anderweitigem Erwerb im Rahmen des Annahmeverzugsanspruchs

- BAG, Urteil 27.05.2020 – 5 AZR 387/19 -

Im Nachgang vieler für die Arbeitnehmer erfolgreichen Kündigungsschutzprozessen stellt sich die Frage eines Anspruchs auf Annahmeverzugslohn nach § 615 Satz 1 BGB gegen den Arbeitgeber. Macht der Arbeitnehmer diesen Anspruch geltend, muss er sich nach § 615 Satz 2 BGB aber den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er während des Annahmeverzugszeitraumes anderweitig verdient hat oder böswillig unterlassen hat zu verdienen. Hier hat die beklagte Arbeitgeberin im Annahmeverzugslohnprozess widerklagend einen Auskunftsanspruch gegen den Arbeitnehmer bezüglich der von der Bundesagentur für Arbeit vermittelten Stellenangebote geltend gemacht.

Das BAG verneinte zuvor in ständiger Rechtsprechung einen derartigen Auskunftsanspruch der Arbeitgeber, änderte nun aber seine Rechtsprechung dahingehend, dass Arbeitgeber gegen den Arbeitnehmer, der Vergütung wegen Annahmeverzugs fordert, einen Auskunftsanspruch über die von der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter unterbreiteten Vermittlungsvorschläge hat. Grundlage des Auskunftsbegehrens ist eine Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis nach § BGB § 242 BGB. Dies folgt aus § 2 Abs. 5 SGB III, weil der Arbeitnehmer ohnehin zu entsprechenden Bemühungen verpflichtet ist. Insofern kann – so das BAG – vom Arbeitnehmer arbeitsrechtlich gefordert werden, was er sozialrechtlich der Bundesagentur für Arbeit ohnehin schuldet. Die Arbeitgeberin hat Anspruch auf schriftliche Auskunft über die von der Agentur für Arbeit unterbreiteten Vermittlungsvorschläge unter Nennung von Tätigkeit, Arbeitszeit, Arbeitsort und Vergütung.

Um dem Einwand des böswilligen Unterlassens entgegenzutreten und Verzögerungen zu vermeiden, sollten Arbeitnehmer ihrer Forderung auf Annahmeverzugsvergütung die von der Arbeitsagentur vorgelegten Stellenangebote beifügen und darlegen, warum diese nicht zu einer Realisierung geführt haben oder jedenfalls nicht zu einer Vergütung, die der vom Arbeitgeber geschuldeten entspricht.

Verhaltensbedingte Kündigung wegen Beleidigung

- LAG Köln, Urteil vom 30.09.2020 – 5 Sa 231/20 -

Zuweilen kommt es auch am Arbeitsplatz zu verbalen Entgleisungen gegenüber Kollegen und/oder Vorgesetzten. Vorliegend hat der Arbeitnehmer einem Vorstandsmitglied einen Brief mit haltlosen Vorwürfen gegenüber einem Leiter seines Arbeitgebers übersandt. In besagtem Brief warf der Arbeitnehmer dem Leiter u.a. „Arbeitszeitdiebstahl für außerdienstliche Zwecke“ und „Missbrauch von Titeln“ vor, ohne, dass es hierfür plausible Anhaltspunkte nannte. Die deswegen ausgesprochene Kündigung ist wirksam.

Grobe Beleidigungen des Arbeitgebers oder seiner Vertreter und Repräsentanten oder von Arbeitskollegen, die nach Form und Inhalt eine erhebliche Ehrverletzung für den Betroffenen bedeuten, stellen eine erhebliche Pflichtverletzung – die sogar eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen kann – dar. Zu beachten ist, dass sich der Arbeitnehmer auch im Verhältnis zum privaten Arbeitgeber zwar auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit berufen kann. Das Grundrecht gilt allerdings nicht schrankenlos. Bewusst falsche Tatsachenbehauptung unterfallen ebenso wenig dem Grundrechtsschutz wie eine sogenannte „Schmähkritik“.

Vorliegend hat der Arbeitnehmer seine vertraglichen Rücksichtnahmepflichten gegenüber dem Arbeitgeber verletzt, indem er einem Vorstandsmitglied einen Brief mit haltlosen Vorwürfen gegenüber einem Leiter des Arbeitgebers übersandte.



Mindestlohn bei sog. Anpassungsqualifizierungen

- BAG, Urteil vom 18.11.2020 – 5 AZR 103/20 -

Das BAG entwickelt in diesem Urteil seine Rechtsprechung zum persönlichen Anwendungsbereich des Mindestlohngesetzes (MiLoG) nach § 22 Abs. 1 Satz 1 MiLoG weiter und stellt fest, dass Anpassungsqualifizierungen im Rahmen von Gleichwertigkeitsfeststellungen nach dem Berufsqualifikationsfeststellungsgesetz sind keine Praktika im mindestlohnrechtlichen Sinne sind. Sie unterfallen nicht dem persönlichen Geltungsbereich des MiLoG.

Der Kläger begehrt vom Arbeitgeber die Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns nach dem MiLoG für die Zeit der Absolvierung eines betrieblichen Anpassungslehrgangs. Dieses ist eine Maßnahme im Zusammenhang mit sog. Gleichwertigkeitsfeststellungen nach dem Berufsqualifikationsgesetz. Um dies begründen zu können, muss der Kläger für die Zeit des betrieblichen Anpassungslehrgangs Arbeitnehmer im Sinne des § 22 Abs. 1 Satz 1 MiLoG gewesen sein. Dies verneint das BAG und führt zur Begründung aus, dass es hier auf den allgemeinen Arbeitnehmerbegriff nach § 611a BGB ankommt. Der Kläger erbringt im Rahmen des Anpassungslehrgangs aber nicht eine Arbeitsleistung im Austausch für Entgelt, sondern es geht hier um die Vermittlung von Kenntnissen und Fertigkeiten im Bereich zuvor vereinbarter Lerninhalte. Der Kläger ist auch kein Praktikant gemäß § 22 Abs. 1 Satz 3 MiLoG, da die Anpassungsqualifizierung eine mit einer Berufsausbildung vergleichbare Maßnahme nach dem Berufsbildungsgesetz (BBiG) ist.

Für den Kläger ist das Urteil eine Niederlage, gleichwohl hilft diese Entscheidung des BAG dabei, dass das in manchen Bereichen recht unbestimmte MiLoG weiter konkretisiert und für die Praxis rechtssicherer gemacht wird. Für das Recht des gesetzlichen Mindestlohns ist damit geklärt, dass Personen im Rahmen einer betrieblichen Anpassungsqualifizierung keinen Anspruch auf Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns haben.

Unwirksame Rückzahlungsklausel bei personenbedingter Kündigung

- LAG Hamm, Urteil vom 29.01.2021 – 1 Sa 954/20 -

Die im Arbeitsvertrag enthaltene Klausel, wonach der Arbeitnehmer die gesamten Weiterbildungskosten u.a. dann zu erstatten hat, wenn er innerhalb von 24 Monaten ab Ende der Weiterbildung durch eine Eigenkündigung ausscheidet, ohne dass dies von der Klägerin verschuldet ist, ist unwirksam. Unter Berücksichtigung der Berufsfreiheit des Klägers stellte die Klausel eine unangemessene Benachteiligung dar. Zu prüfen ist bei Rückzahlungsklauseln u.a. die Frage der Angemessenheit der Rückzahlungsverpflichtung, ein billigeswertes Interesse des Arbeitgebers an der Bindung des Arbeitnehmers und die für den Arbeitnehmer zumutbaren Bindungen im Rahmen einer Rückzahlungsverpflichtung. Die vorliegende Klausel ist unwirksam, weil sie auch den Fall einer personenbedingten Eigenkündigung des Arbeitnehmers erfasst (z.B. im Falle von Krankheit). Für einen solchen Fall fehlt dem Arbeitgeber aber das erforderliche schutzwürdige Interesse, so dass sich die Klausel insgesamt als unwirksam erweist.

Gegen die Entscheidung des LAG wurde vom Arbeitgeber Revision zum BAG eingelegt (Az.: 9 AZR 136/21).

Dr. Lars Weinbrenner:

Interessenausgleich und Sozialplan - Antworten für die Praxis, Mitautor: Dr. Enrico Meier, Verlag Vahlen, 5. Auflage, München 2021

VG Gelsenkirchen: Beamte als Auszubildende, in: Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht 2021, 132

Dr. Sascha Lerch:

Freistellungsanspruch des Betriebsrats und Verjährung, in: ArbRAktuell 2021, 257

Ariane Mandalka:

Einsichtsrecht des Betriebsrats in die Lohn- und Gehaltslisten zur Beantwortung einer Anfrage nach dem EntgeltTranspG, LAG Berlin-Brandenburg, in: ArbRAktuell 2021, 374

Anfechtung einer Betriebsratswahl wegen Nichtverwendung von Wahlumschlägen, in: ArbRAktuell 2021, 226

Kündigungsschutzklage im Wege der Anschlussberufung, in: ArbRAktuell 2021, 102

Daniel Wall:

Einsatz von Leiharbeitnehmern – Nur mit doppelter Zustimmung des Betriebsrats, in: NZA 2021, 927ff.

Privatautonomie und Begünstigungsverbot bei der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern (in Co-Autorenschaft mit Dr. Michael Bachner), in: NZA 2021, 841ff.

Die Beiträge können über die Autoren unter ihrer Emailadresse angefordert werden.



V.i.S.d.P.:

RA Dr. Michael Bachner
Berliner Straße 44
60311 Frankfurt am Main
bachner@schwegler-rae.de

Kontakt:

Düsseldorf

Bahnstraße 16
D-40212 Düsseldorf
Tel.: 0211/300 43-0
Fax: 0211/300 43-499
duesseldorf@schwegler-rae.de

Lorenz Schwegler*
Felix Laumen*
Yvonne Reinartz*
Dr. Michael Schwegler*
Dieter Lenz
Werner Lohre

Simone Rohs
Dr. Alexander Metz, LL.M.*
Charlotte Roth
Peter Berg
Dr. Herbert Grimberg
Christian Mertens

Berlin

Unter den Linden 12
D-10117 Berlin
Tel.: 030/440137-0
Fax: 030/440137-12
berlin@schwegler-rae.de

Michael Merzhäuser*
Heike Merzhäuser*
Dr. Sascha Lerch*
Dr. Lars Weinbrenner*
Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin

Hans-Otto Umlandt
Dario Dell`Anna
Patrick Kessler
Katharina Warczinski
Sebastian Kolb

Frankfurt am Main

Berliner Straße 44
D-60311 Frankfurt am Main
Tel.: 069/216599-0
Fax: 069/216599-18
frankfurt@schwegler-rae.de

Dr. Michael Bachner*
Peter Gerhardt*
Ariane Mandalka
Daniel Wall
Ingolf Schumacher

Oldenburg

Am Festungsgraben 45
D-26135 Oldenburg
Tel.: 0441/9250-263
Fax: 0441/25112
oldenburg@schwegler-rae.de

Hajo A. Köhler*
Ralf Trümner*
Jürgen Oehlmann
Anna-Lena Trümner
Jörn Arne Broschat, LL.M.

München

Maximilianstraße 54
80538 München
Tel.: 089/2323629-0
Fax: 089/2323629-69
muenchen@schwegler-rae.de

Dr. Michael Schwegler* (Zweigstelle)
Michael Merzhäuser* (Zweigstelle)

Wissenschaftliche Berater:

Prof. Dr. Wolfgang Däubler
Prof. Dr. Bernhard Nagel

* Partner

Hinweis und Haftungsausschluss

Dieser Newsletter ist sorgfältig zusammengestellt. Er soll den Mandanten von schwegler rechtsanwälte einen Überblick über das aktuelle Geschehen im Arbeitsrecht bieten. Im Einzelfall auftretende Rechtsfragen können nur unter Beachtung konkreter, immer differenziert zu betrachtender Sachverhalte beantwortet werden, sodass die Lektüre dieses Newsletters nicht die rechtliche Beratung im Einzelfall ersetzt. schwegler rechtsanwälte können deshalb für Schäden, die aus der Anwendung oder Übernahme von in diesem Newsletter gefundenen Inhalten in der Praxis resultieren, keine Haftung übernehmen.