

Arbeitsrecht

Personalwirtschaft

Das Magazin für den Job HR

Special



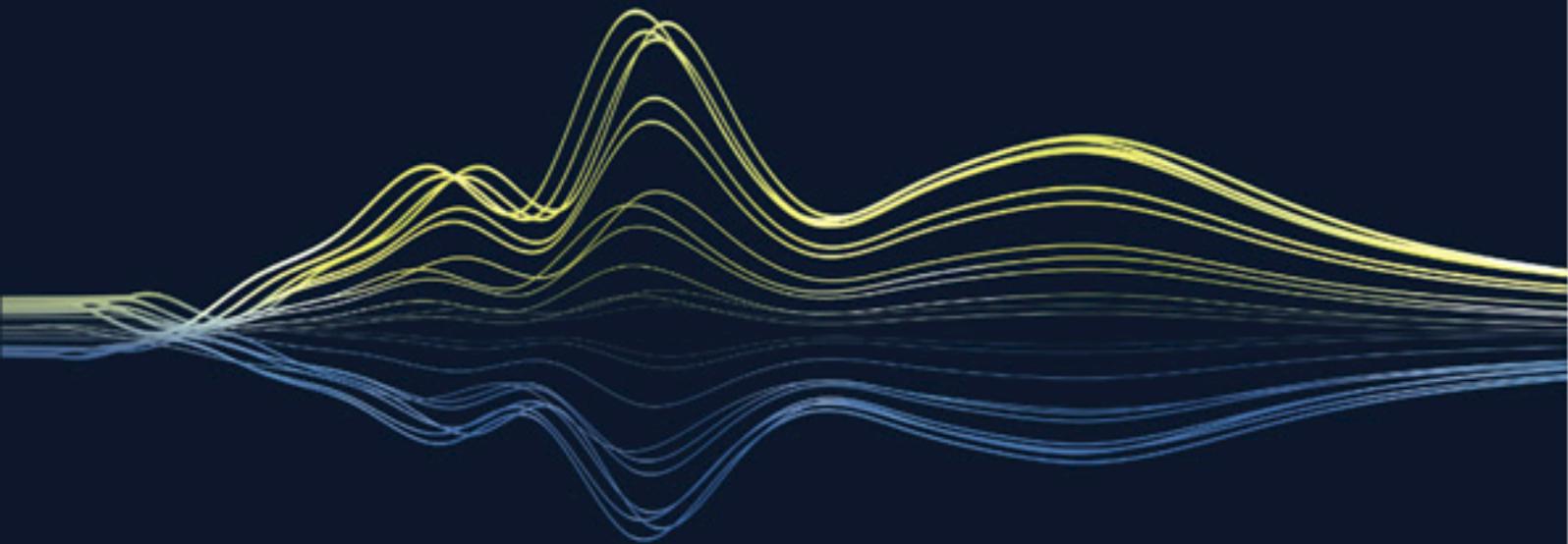
Das Ende des Vertrauens?

NACH DEM EUGH-URTEIL ZUR ZEITERFASSUNG

+++ **Round Table:** Zeiterfassung für alle? +++ **Arbeitskampf:** Streiks im Fokus +++ **DSGVO:** Bilanz und Bewertung +++ **Gig Economy:** Umgang mit Plattform-Beschäftigten +++

The law firm that speaks your language.

Let's start talking.



Cologne · Frankfurt · Hamburg · Munich
250+ lawyers in Germany · True full service



In der Ruhe **liegt die Kraft**



Nimmt man so manche Reaktion auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) zum Thema Zeiterfassung als Maßstab, steht in der Arbeitswelt das Ende der Welt bevor. Zumindest jener, wie wir sie kennen. Müssen jetzt wirklich alle Angestellten ihre Arbeitszeiten minutiös erfassen? Steht gar die Vertrauensarbeitszeit vor dem Aus?

Gemach. Zunächst einmal ist die Politik gefragt, die die Entscheidung des in Luxemburg ansässigen Gerichtes in deutsches Recht gießen muss. Hier gilt: Es wird nichts so heiß gegessen, wie es gekocht wird. Ausnahmeregeln und Hintertürchen für bestimmte Branchen wird es mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit geben.

Kritisch wird es dagegen mit Blick auf den Datenschutz. Eine wachsende Mobilität der Arbeitnehmer macht es nämlich nötig, die Arbeitszeiten per neuer IT-Lösungen zu erfassen. Und eben jene Lösungen liefern dem Arbeitgeber neue Daten wie beispielsweise den Ort, von dem aus die Arbeitszeitmeldung erfolgt. Diese Daten wiederum könnten analysiert und mit anderen verknüpft werden. Der Weg zum gläsernen Mitarbeiter ist dann nicht mehr weit, Datenschützer werden wahrscheinlich Sturm gegen die Möglichkeiten der Technik laufen.

Dass das Thema Datenschutz auch anderthalb Jahre nach Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) brandaktuell ist, zeigte auch unser Round Table. Zwar haben sich die in der Öffentlichkeit verbreiteten Schreckensszenarien, die manches Unternehmen am Rand des Ruins sahen, nicht bewahrheitet, dennoch birgt die DSGVO noch so manchen Sprengstoff, waren sich die Arbeitsrechtsexperten einig. So wird die Zahl der Bußgelder bei Verstößen in den kommenden Jahren vermutlich deutlich zunehmen.

Die Schonfrist für Unternehmen, die die Umsetzung der Verordnung bislang verschleppt haben, ist definitiv vorbei. In den vergangenen Monaten hat sich zudem gezeigt, dass das Auskunftsverlangen von Mitarbeitern als Druckmittel eingesetzt wird, vor allem, um dem Arbeitgeber Zugeständnisse abzurufen. Eine unerfreuliche Entwicklung, die der eigentlichen Idee der DSGVO zuwiderläuft.

Welche Themen die Arbeitsrechtler (und damit auch die Personaler) noch bewegen, lesen Sie im vorliegenden Heft. Ob Urlaubsrecht, Gig Economy oder Arbeitskampf – es bleibt spannend.

Sven Frost
Redakteur

ARBEITSRECHT 10_2019

3	EDITORIAL	In der Ruhe liegt die Kraft
6	ROUND TABLE	Parallele Welten
12	LEITFADEN	Was Unternehmen im Streikfall tun können
16	FACHBEITRAG	Haften Betriebsräte bei DSGVO-Verstößen?
20	MEINUNG	Eine kritische Bilanz der DSGVO
22	FACHBEITRAG	Arbeitsrecht in Zeiten der Gig Economy
27	LEITFADEN	Verfall von Urlaubsansprüchen

6



IMPRESSUM

VERLAG UND REDAKTION
 Wolters Kluwer Deutschland GmbH,
 Luxemburger Straße 449, 50939 Köln,
 Tel.: 0221 94373-7311, Fax: 0221 94373-7292,
 E-Mail: personalwirtschaft@wolterskluwer.com,
www.personalwirtschaft.de
 HERAUSGEBER: Jürgen Scholl, Erwin Sticking
 CHEFREDAKTEUR: Cliff Lehnen
 REDAKTION: Sven Frost (Projektleitung)
 FREIE MITARBEITER DIESER AUSGABE: Christiane Siemann
 ANZEIGEN:
 Denise Fei (Anzeigenmarketing), Telefon: 0221/94373-7323
 E-Mail: denise.fe@wolterskluwer.com
 Jörg Walter (Anzeigenverkauf), Telefon: 0931 359515-66
 E-Mail: joerg.walter@wanema.de
 Lea Linder (Anzeigendisposition), Telefon: 0221 94373-7338,
 E-Mail: anzeigen-personalwirtschaft@wolterskluwer.com

HERSTELLUNG: Nicole Holubicka
 GESTALTUNG: www.auhage-schwarz.de
 FOTOS (S. 6–11): Hartmut Bühler
 BILDNACHWEIS: i-stock/gettyimages
 TITELFOTO: i-stock/gettyimages
 Art.-Nr.: 98002543
 DRUCKEREI: Williams Lea & Tag GmbH, München
 COPYRIGHT: Luchterhand, eine Marke der Wolters Kluwer Deutschland GmbH.
 © 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Köln.
 Mit Namen gekennzeichnete Beiträge stellen nicht unbedingt die Meinung der Redaktion oder des Verlages dar. Für unverlangt eingesandte Manuskripte übernehmen wir keine Haftung. Mit der Annahme zur Veröffentlichung erwirbt der Verlag vom Verfasser alle Rechte, einschließlich der weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken. Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

WOLTERS KLUWER DEUTSCHLAND GMBH
 Sitz der Gesellschaft: Luxemburger Straße 449, 50939 Köln
 Telefon +49 (0) 221 94373-7000, Fax +49 (0) 221 94373-7201
 E-Mail: info-wkd@wolterskluwer.com
 Geschäftsführer: Martina Bruder, Michael Gloss, Christian Lindemann,
 Nick Schlattmann, Ralph Vonderstein, Stephanie Walter
 Handelsregister beim Amtsgericht Köln: HRB 58843
 Umsatzsteuer-ID-Nummer: DE 188836808

Zur außergerichtlichen Beilegung von verbraucherrechtlichen Streitigkeiten hat die Europäische Union eine Online-Plattform („OS-Plattform“) eingerichtet, die Sie unter ec.europa.eu/consumers/odr/ erreichen.

WE'VE TAKEN A BITE OUT OF HAMBURG. WANT SOME?



If you need lawyers who are deeply rooted in the German market, who combine local market knowledge with international expertise worldwide, contact us.

A fresh offering in Germany

Addleshawgoddard.de



Parallele Welten



Ob Arbeitsrecht oder Arbeitszeitgesetz: Beide halten nicht Schritt mit den Herausforderungen des 21. Jahrhunderts. In welchen Bereichen Anpassung und Modernisierung besonders dringlich sind, diskutierten sechs Arbeitsrechtsexperten beim Round Table der Personalwirtschaft.

VON CHRISTIANE SIEMANN

Status quo

► Wenn gegensätzliche Welten kollidieren, kann das Resultat nur unbefriedigend sein. Ob beim Betriebsbegriff, bei Arbeitszeitrichtlinien, beim Thema Homeoffice oder dem Einsatz von KI im HR-Management – die arbeitsrechtlichen Friktionen zwischen Theorie und Praxis sind erheblich.

Beginnen wir mit dem Problemfeld Arbeitszeit. In der einen Welt versucht der Gesetzgeber, sich um eine grundlegende Modernisierung des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) herum zu mogeln und gesteht nur tarifgebundenen Unternehmen mehr Flexibilität durch selbstbestimmte Arbeitszeiten – in engen Grenzen – zu.

In der anderen Welt lässt der EuGH ein bürokratisches Urteil vom Stapel, das eine genaue Zeiterfassung vorschreibt. Mit dem Ziel, dass Arbeitnehmer die täglichen wie wöchentlichen Mindestruhezeiten sowie die in der Arbeitszeit-

richtlinie formulierten Obergrenzen tatsächlich einhalten. Beide Universen kontrastieren aber mit der betrieblichen Realität – der digitalisierten Arbeitswelt –, in der die Generationen Y und Z keine Probleme damit haben, auch in ihrer Freizeit dienstliche E-Mails abzurufen, die größtmögliche Freiheit ihrer Arbeitszeit fordern, ihren Arbeitsort selbst bestimmen wollen und dabei auch die Grenzen zur Selbstausschöpfung überschreiten.

Richtig ist, dass die Einhaltung der Arbeitszeiten beispielsweise im Homeoffice oder bei mobilen Arbeitnehmern in der Praxis überwiegend nicht nachgehalten wird. Das Gleiche gilt für die Vertrauensarbeitszeit. Sie hat positive Aspekte, aber eine mangelnde Verlässlichkeit der Erfassung ist impliziert und sie wird von Arbeitgebern in Kauf genommen. Bisher mussten sie nur die Überstunden von Mitarbeitern dokumentieren, was sich nach dem EuGH nun ändern soll. Die Empörung darüber ist nicht überall gleich groß. Der eine Teil der Koalition befindet, das Urteil weise in die falsche Richtung und nach derzeitiger Rechtslage gebe es in Deutschland bereits ein umfassendes Dokumentationssystem, mit dem die tägliche Arbeitszeit ausreichend gemessen werden kann. Der andere Teil der Koalition, unter anderem der Bundesarbeitsminister, begrüßt das Urteil und kündigt eine Änderung des Arbeitszeitgesetzes und die genaue Erfassung der geleisteten Stunden an. ■

Info zum Round Table

Für ausgewählte Themen holt sich die Personalwirtschaft Experten an einen Tisch, um mit ihnen über die aktuelle Situation und Entwicklungen zu diesem Thema zu diskutieren. Die Expertenrunde zum Thema Arbeitsrecht wurde dieses Mal von **Sven Frost, Redakteur der Personalwirtschaft**, moderiert. Das Wichtigste aus der Diskussion lesen Sie hier.





Urteil prallt auf Praxis

► **Das Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH), das Arbeitgeber zur systematischen Zeiterfassung verpflichtet, hat viel Staub aufgewirbelt. Doch was bedeutet die Entscheidung in der Praxis?**

Gänzlich unlogisch ist das Urteil nicht, „weil man Überstunden nur dann abgleichen kann, wenn auch wirklich nachvollziehbar ist, wie sie zustande gekommen sind“, gesteht Arbeitsrechtler Marc André Gimmy von Taylor Wessing den Brüsseler Richtern zu. Auf der anderen Seite entspreche aber eine minutengenaue Zeiterfassung nicht der Praxis von modernen Arbeitsformen in Deutschland. Sie beißt sich mit dem Vertrauensarbeitszeit- und Lebensarbeitszeitmodell insbesondere auch von jüngeren Menschen.

Es sind aber gerade die digitalen Arbeitswelten, die das EuGH-Urteil völlig ausblendet. „Die junge Generation, die auf ihren mobilen Geräten unterwegs oder im Homeoffice arbeitet, sucht Arbeitgeber, die flexible Arbeitszeiten anbieten und sie nicht auf Tritt und Schritt kontrollieren“, betont Martin Lüderitz von Addleshaw Goddard. Genau aus diesen Gründen würden Unternehmen sehr bewusst Vertrauensarbeitszeit und andere flexible Modelle anbieten. Ein Mitarbeiter auf Dienstreise oder im Außeneinsatz, der für jeden einzelnen Arbeitsschritt „eine Art digitaler Stechuhr“ anwerfen müsste, sei abschreckend und würde sich lieber eine anderen Arbeitgeber suchen.

Wenn der EuGH nun starre Kontrollanforderungen formuliert, verkennt er vor allem, „dass vieles, was heute zur Arbeitsweise in der digitalen Wirtschaft zählt, zuvorderst im Interesse der Arbeitnehmer liegt“, resümiert Stefan Middendorf von KPMG Law. Die Welt von „Arbeit 4.0“ hatten die europäischen Richter auf jeden Fall nicht im Hinterkopf, als sie ihr Urteil auf den Weg brachten.

Irritiert hat der EuGH unter anderem mit seiner Vorgabe, die Erfassung habe über ein „objektives, verlässliches und zugängliches System“ zu erfolgen. Eine lückenlose Arbeitszeiterfassung wirft daher zunächst Fragen der technischen Umsetzung auf. In der Diskussion wird nun häufig die Stechuhr als „sehr objektives und verlässliches Mittel“ der Arbeitszeiterfassung angeführt, was Dr. Henning Reitz von Justem mit Verwunderung zur Kenntnis nimmt. „Denn auch die Stechuhr hat erhebliche Unschärfen, was die Bewertung der Arbeitszeit angeht.“ Als Beispiel nennt er einen Arbeitnehmer, der am Morgen „eincheckt“, anschließend jedoch zunächst die Kaffeeküche ansteuert, um

erst einmal in Ruhe zu frühstücken oder mit Kollegen Privates auszutauschen.

Abgesehen davon, kann die Stechuhr mobil tätige Mitarbeiter nicht erfassen. Viel wahrscheinlicher ist daher, dass der EuGH IT-gestützte Tools im Sinn hat. Das hört sich zunächst unkompliziert an und die Branche der Zeitwirtschaft hat eine Menge an passenden Lösungen parat. Aber „wenn mobiles Arbeiten und eine genaue Arbeitszeiterfassung auf den Datenschutz treffen, wird es problematisch“. Auf diesen Konflikt macht Arbeitsrechtler Karl Geißler von T/S/C aufmerksam. Denn digitale Instrumente liefern dem Arbeitgeber sehr wahrscheinlich weitere Daten, zum Beispiel den Ort, von dem aus die Arbeitszeitmeldung erfolgt. Diese Daten könnten analysiert und wiederum mit anderen verknüpft werden. „Der Weg zum Missbrauch ist nicht weit. Mitarbeiter werden auch über die Erfassung der Arbeitszeit hinaus gläsern.“ Hier sieht Geißler eine gewaltige Herausforderung für Softwarehersteller und HR. ■

Die Experten des Round Tables



Karl Geißler, Partner, T/S/C Fachanwälte für Arbeitsrecht Schipp & Partner Rechtsanwälte mbB



Marc André Gimmy, Head der Practice Area Employment, Pensions & Mobility, Taylor Wessing Partnerschaftsgesellschaft mbB



Dr. Martin Lüderitz, Partner, Addleshaw Goddard (Germany) LLP



Dr. Stefan Middendorf, Leiter Arbeitsrecht, Partner, KPMG Law Rechtsanwaltsgesellschaft mbH



Dr. Henriette Norda LL.M., Partnerin, DLA Piper UK LLP



Dr. Henning Reitz, Partner, JUSTEM Rechtsanwälte GbR



Die Titelgeschichte der Ausgabe 7/2019 der Personalwirtschaft befasst sich ausführlich mit dem Urteil des EuGH.



Das Ende des Vertrauens?

► **Bedeutet das Urteil auch das Aus für die Vertrauensarbeitszeit? Das EuGH räumt dem Gesetzgeber, durchaus Spielräume ein, wie er die Vorgaben in nationales Recht umsetzt.**

Henning Reitz von Justem, der auch als Richter in Arbeitsrechtsfällen tätig ist, würde begrüßen, wenn „der deutsche Gesetzgeber eine Aufzeichnung durch den Mitarbeiter selbst als objektive und verlässliche Quelle bewertet“. Damit zeige er, dass er sich einer „modernen, vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern nicht verschließt“.

Ähnlich sieht es Dr. Henriette Norda von DLA Piper: Beim Gestaltungsspielraum des Zeiterfassungssystems sollte sich der Gesetzgeber nicht auf eine bestimmte Methode festlegen. „Um die von den Beschäftigten vermehrt geforderte Flexibilität nicht einzuschränken, muss ein Arbeitnehmer die Arbeitszeiten in jedem Fall eigenständig erfassen dürfen.“

Bei der Umsetzung der Vorgaben in nationales Recht können auch bestimmte Tätigkeitsbereiche oder Unternehmen von einer strikten Arbeitszeiterfassung ausgenommen werden. Exemplarisch diskutieren die Experten zwei mögliche Ausnahmen. Zum einen betreffen sie kleine und mittelständische Unternehmen. „Um einen unangemessenen Verwaltungsaufwand zu vermeiden, sollten spezielle Regelungen für kleine Betriebe aufgesetzt oder sie sollten gänzlich von der Pflicht zur Zeiterfassung befreit werden.“ Diese Erwartung formuliert Henriette

Norda von DLA Piper, die gleichzeitig ermahnt, dass sich der Gesetzgeber bei der Festlegung eines Schwellenwertes an bestehenden Regelungen orientieren müsse. Und nicht – wie zuletzt bei der Brückenteilzeit – zusätzliche Schwellenwerte schaffe, die Unternehmen bei ihrer Planung berücksichtigen müssten.

Zum anderen sollten Regelungen für Gruppen von Arbeitnehmern getroffen werden, die sich aufgrund ihrer Tätigkeit nicht nach den Obergrenzen der Arbeitszeitrichtlinie richten können oder wollen. Das beginnt beim Biochemiker in der Forschung, dessen Versuchsanlagen sich nicht an Arbeitshöchstzeiten halten, und hört bei Arbeitnehmern in Leitungsfunktion wie Geschäftsführern und Vorständen nicht auf. Arbeitsrechtler Karl Geißler: „Auch Menschen mit hoher Verantwortung und meist mit entsprechend hohem Einkommen brauchen ihre Ruhepausen, müssen und wollen aber in der Regel länger arbeiten als nicht in Leitungsfunktionen eingesetzte Arbeitnehmer.“ Zwar sei nicht anzunehmen, dass die Aufzeichnungspflicht für diese Gruppe erlassen werde. Der Gesetzgeber könne jedoch darüber nachdenken, für gewisse Beschäftigtengruppen Ausnahmeregelungen hinsichtlich der Höchstarbeitszeiten und Ruhezeiten zu schaffen, also „das Gesetz an bestehende, nun zu dokumentierende, aber wohl nicht änderbare Realitäten anpassen“.

Klären muss der Gesetzgeber auch, wie mit kurzzeitiger Arbeitszeitunterbrechung umgegangen werden soll.



Eine Bilderstrecke mit den wichtigsten Zitaten der Round-Table-Teilnehmer finden Sie auf www.personalwirtschaft.de in der Rubrik Arbeitsrecht.

Gehört es zur „verlässlichen“ Arbeitszeiterfassung, dass ein Gang in die Kaffeeküche oder zum WC „ausgestempelt“ werden muss? Gefragt sind mutige Vorschläge der Politik, „die das Spannungsfeld zwischen starrer Kontrolle und den Bedürfnissen der heutigen Arbeitnehmer auflösen“, wünscht sich Stefan Middendorf von KPMG Law. Es wäre nicht das erste Mal, dass der EuGH erkennen müsse, dass die Absolutheit seiner Aussagen auch den Interessen der Arbeitnehmer schade.

Und nicht nur die Interessen der Arbeitnehmer leiden unter der EuGH-Vorgabe. Henning Reitz von Justem geht einen Schritt weiter. Wenn nicht „endlich eine ehrliche und ernsthafte Diskussion über ein Arbeitszeitrecht, das den heutigen Anforderungen entspricht, in Gang komme, liefen Teile der Wirtschaft Gefahr, „neben zu erwartenden Wettbewerbsnachteilen insbesondere jüngere Talente zu verlieren“. Das EuGH-Urteil enthält übrigens keine Umsetzungsfrist. Bleibt abzuwarten, wann und wie die Politik darauf reagiert.

Das EuGH-Urteil hat etliche Unternehmen aufgeschreckt, denen durchaus bewusst ist, dass sie die aktuell gültige Ruhezeitregelung nicht in der Art ernst nehmen, wie

es der Gesetzgeber vorsieht. „Jetzt zwingt der EuGH sie zum Hinschauen“, beschreibt Karl Geißler von T/S/C die Folgen. Die Unterbrechung von Ruhezeiten durch kurze Tätigkeiten, wie für die Bearbeitung von E-Mails, sei technisch durchaus möglich. Aber Arbeitszeiten elektronisch zu erfassen, „bedeutet in der Regel eine technische Überwachung der Mitarbeiter, die ohne den Betriebsrat nicht umsetzbar und möglicherweise auch von niemandem gewollt ist“. Wahrscheinlich erhalte nun die Diskussion, ob Bagatellunterbrechungen der Ruhezeit arbeitszeitrechtlich geduldet werden müssen, neue Nahrung.

Doch Unternehmen sollten jetzt schon genauer auf ihren Umgang mit Arbeitszeiten schauen, denn das Thema ist brisant. Anders als in anderen Ländern ist der Verstoß gegen das Arbeitszeitgesetz kein Kavaliersdelikt, gegebenenfalls ist es auch strafbewehrt, erinnert Marc André Gimmy von Taylor Wessing. Er rät Unternehmen, ihr Arbeitszeitsystem insgesamt „unter die Lupe zu nehmen und zu prüfen, ob beispielsweise eine neue Zeiterfassungssoftware notwendig ist und ob und wie der Betriebsrat miteingebunden werden muss. „Hier kommt auf jeden Fall Arbeit auf das Personalmanagement zu.“ ■



Arbeitsrecht 4.0: Kein Plan erkennbar

► **Noch ignoriert der Gesetzgeber die Spielregeln der neuen Arbeitswelt und begibt sich damit auf unsicheres Terrain. Schon lange überfällig ist eine Anpassung der kollektivrechtlichen Vereinbarungen.**

„Grundlegende Begriffe unseres Arbeitsrechts müssen im Zeichen der neuen Formen flexibler sowie standort-, unternehmens- oder teils sogar länderübergreifenden Zusammenarbeit von Mitarbeitern neu durchdacht werden“, mahnt Henning Reitz von Justem an. Dies beginnt bereits beim Betriebsbegriff des Betriebsverfassungsgesetzes. Wo genau verlaufen die Grenzen der betrieblichen Einheit im Sinne des Gesetzes? Wie verlaufen die Zuständigkeiten gewählter Betriebsräte? Wie sind standortübergreifende Teams in permanent wechselnder Besetzung mit Blick auf die Frage der Zugehörigkeit der einzelnen Mitarbeiter zu den betrieblichen Einheiten zu bewerten? Hier bleibt der Gesetzgeber hartnäckig eine Antwort schuldig.

Auch beim Thema Home Office, einer klassischen Ausprägung der Arbeitswelt 4.0, ist etliches ungeklärt. In vier von zehn Unternehmen arbeiten die Mitarbeiter bereits im Homeoffice. Doch wie sind eigentlich Unfälle am heimischen Arbeitsort abgesichert? Im Prinzip muss

ein Arbeitnehmer, der im Homeoffice arbeiten möchte, „auch einer vertraglichen Regelung zugänglich sein, die vorsieht, dass der Arbeitgeber seiner Verantwortung zur Einhaltung von Arbeitsschutzvorschriften nachkommen kann“, stellt Marc André Gimmy von Taylor Wessing klar. Das heißt, der Mitarbeiter muss seinem Arbeitgeber die Möglichkeit geben, zum Beispiel eine Gefährdungsbeurteilung an seinem Arbeitsplatz in den privaten Räumlichkeiten vorzunehmen. Doch möchten Mitarbeiter von heute auf diese Weise „überreguliert“ werden? Gimmy hält es für ratsam, dass der Gesetzgeber Lockerungen der Vorschriften zulässt.

Denn wie sieht Realität derzeit aus? Unternehmen haben durchaus ein „schlechtes Bauchgefühl“, wenn sie keine Homeoffice-Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer abschließen. Aber eine rechtlich sichere, wirksame Vereinbarung, die alle arbeitsschutzrechtlichen Aspekte für das Arbeiten im Homeoffice beinhaltet, „ist sehr ausführlich und aus Sicht des Arbeitnehmers zu kompliziert und unverständlich“, erklärt Martin Lüderitz, Addleshaw Goddard. „In der Folge ist er abgeschreckt, daher verzichten Arbeitgeber darauf, denn sonst laufen ihnen die Talente weg.“ ■



KI und HR

► **Auch die digitalen Werkzeuge der Personalwirtschaft gehören in einem Arbeitsrecht 4.0 auf den Prüfstand: Stimmen sie mit datenschutzrechtlichen Vorgaben überein? Wie ist der Einsatz von Talentpools und People Analytics zu bewerten?**

Für Unternehmen erscheint es reizvoll, die Daten abgelehnter Bewerber in Talentpools zu speichern, um im Falle neuen Einstellungsbedarfs auf sie zurückgreifen zu können. „Zulässig ist eine solche Speicherung aber grundsätzlich nur für die Zwecke des Bewerbungsverfahrens im Rahmen dessen die Daten eingereicht worden sind“, so Arbeitsrechtler Karl Geißler von T/S/C. Haben Arbeitgeber auf dem Plan, dass sie die Einwilligung des Bewerbers benötigen, wenn sie „Teil einer Vorratsdatenbank“ werden sollen? Noch tiefer in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen greift der über das bloße Bewerbermanagement hinausgehende Einsatz von Analysesoftware ein – und ist ohne deren Einwilligung unzulässig. People-Analytics-Daten, zum Beispiel zum Abgleich von Parametern, die zum Beispiel auf Erfolgsfaktoren erfolgreichen Kandidaten schließen lassen, dürfen gar nicht verwendet werden. Auch das sollten Arbeitgeber keinesfalls ignorieren. Ebenso ist die Haftungsfrage bei KI-Anwendungen ungeklärt. Wer haftet, wenn KI-gesteuerte Auswahlprozesse, sei es bei der Bewerbung oder Beförderung,

Fehler machen? Beispielsweise das AGG verletzen? Marc André Gimmy, Taylor Wessing: „Mir ist kein Chatbot bekannt, der alleine läuft und diskriminierungsfrei ist. Alle digitalisierten HR-Prozesse müssen auf Diskriminierungsfreiheit geprüft werden.“ Grundsätzlich hält er KI-Systeme für zulässig, aber es müssen sowohl die technischen Fehlerpotenziale als auch Datenschutz- und Haftungsfragen geklärt werden.

„Die Softwarehersteller werden dafür keine Verantwortung übernehmen“, meint Stefan Middendorf, KPMG Law, und ergänzt, dass diese beim Nutzer liegen werde, der die Software einsetzt. Oder aber der lehnt dieses Vorgehen ab. Arbeitgeber sollten sich sehr genau den Softwarevertrag anschauen, rät Marc André Gimmy von Taylor Wessing. Unternehmen sollten sicherstellen, dass für den Fall eines Fehlers sie als Nutzer nicht auf den Kosten sitzen bleiben.“ Wenn ein Bewerber beispielsweise einen AGG-Verstoß anzeigt und das Unternehmen die Ursache in der Software identifiziert, sollte es einen Regressanspruch gegen den Softwarehersteller haben, um die Schadenersatzansprüche geltend zu machen, denen sich der Unternehmer als diskriminierender Arbeitgeber dann ausgesetzt sieht. Dies sehen aber die AGB-Statuten der Hersteller nicht vor. „Wenn der Softwareanbieter das Risiko nicht übernehmen will, dann sollte man davon die Finger lassen.“ ■



DSGVO: Auskunftsanspruch mit Sprengstoff

► **Die in der Öffentlichkeit teils verbreiteten Schreckensbilder sind ein Jahr nach der Einführung der DSGVO nicht eingetreten, stellen die Arbeitsrechtsexperten übereinstimmend fest. Und Unternehmen, die schon bisher das Bundesdatenschutzgesetz ernst nahmen, waren von der DSGVO nicht überrascht.**

„Es stellt sich eine gewisse Normalisierung ein“, beschreibt Henning Reitz von Justem die Lage. Auch die bisherigen Verlautbarungen und Entscheidungen der Datenschutzbehörden zur Thematik erscheinen als mit Augenmaß getroffen und durchaus verhältnismäßig.

Vorsicht vor einer frühzeitigen Beurteilung, warnt dagegen Henriette Norda von DLA Piper, die Anzahl der Bußgeldverfahren werde wohl in näherer Zukunft zunehmen. Die erste inoffizielle Schonfrist nach Inkraft-

treten sei definitiv vorüber und die Anzahl der datenschutzrechtlichen Eingaben wachse deutlich. Gleichzeitig steigen auch die verhängten Bußgelder in Deutschland stark an. Während bislang die Rekordbuße bei 80 000 Euro lag, sei nun erstmals ein sechsstelliges Bußgeld verhängt worden. „Die Aufsichtsbehörden werden immer aktiver, gleichzeitig verändern erste Gerichtsurteile die Rechtslage und nicht zuletzt wird der Brexit auch im Datenschutz für erheblichen Wirbel sorgen.“

Optimierungsbedarf besteht, so Henriette Norda, vor allem darin, eine einheitliche Linie in der Anwendung der DSGVO zu finden. Bislang fehlt es hierfür noch an verwaltungsinternen Vorgaben und Urteilen: Ein Beispiel: Bislang sei völlig unklar, ob Betriebsräte bei ihrer Arbeit selbstständig für die Einhaltung der datenschutzrecht-

lichen Vorgaben zuständig sind oder ob sich der Arbeitgeber hierum kümmern muss. Derartige Problemfelder seien derzeit leider noch sehr häufig anzutreffen.

Ein Urteil zum Auskunftsanspruch hat schon jetzt für großes Aufsehen gesorgt: die Entscheidung des LAG Baden-Württemberg (Urt. v. 20.12.2018), nach der ein Arbeitnehmer auch Anspruch auf seine persönlichen Leistungs- und Verhaltensdaten, Erkenntnisse über interne (Compliance-)Ermittlungen und Auskunft über nicht in der Personalakte gespeicherte Leistungs- und Verhaltensdaten samt Kopien hat. Eine „unerfreuliche Überraschung für die Arbeitgeber“, kommentiert Stefan Middendorf von KPMG Law. „Der dort den Arbeit-

nehmern zugebilligte Auskunftsanspruch geht über die gesetzlichen Grundlagen hinaus und ist in der Praxis kaum umsetzbar.“ Das birgt nach seiner Auffassung „nicht weniger Sprengstoff als die ersten Bußgelder“.

Die letzten Monate haben schon gezeigt, dass das Auskunftsverlangen von Mitarbeitern als Druckmittel eingesetzt wird. Vor allem, so Henning Reitz von Justem, „um den Arbeitgeber zu Zugeständnissen zu bewegen oder sich zumindest Informationen für die weitere rechtliche Auseinandersetzung mit dem Arbeitgeber zu beschaffen“. Hier bleibe zu hoffen, dass die Rechtsprechung und auch die Datenschutzbehörden einer Zweckentfremdung der DSGVO einen Riegel vorschieben. ■



Was Betriebsräte verdienen dürfen

► **Die Vergütung von Betriebsräten ist derzeit ein brisantes Thema: Ein zu hohes Entgelt, das gegen die Grundsätze des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) verstößt, kann einen Straftatbestand darstellen.**

Das verunsichert Vorstände und Geschäftsführer. Jedoch stehen Verantwortung und Gehalt – orientiert man sich bei der Vergütung streng am geltenden Recht – im Einzelfall durchaus in einem Missverhältnis, vor allem in größeren Unternehmen.

Im Betriebsverfassungsgesetz ist jedoch das Ehrenamtsprinzip festgelegt, das mit der Professionalisierung der Betriebsratsarbeit nicht mehr viel zu tun hat. Die aktuelle Praxis lädt daher zur Unehrllichkeit ein, beispielsweise mit künstliche Bewerbungsprozessen und Vergleichspersonen mit gefakten Karriereverläufen. „Der gelegentlich anzutreffende Schattenmann ist kaum geeignet, die Unternehmen vor Strafe zu schützen“, betont Stefan Middendorf von KPMG Law. Viele Arbeitgeber würden derzeit von einer zu laxen Handhabung der Vergütung von Betriebsräten in der Vergangenheit eingeholt. Insbesondere bei langjährigen Betriebsratsmitgliedern fehle es an einer Dokumentation der Gehaltsentwicklung, „vor allem aber an einer aussagekräftigen Dokumentation der Gehaltsentwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer“. Abgesehen vom Straftatbestand hat eine falsche beziehungsweise überhöhte Vergütung des Betriebsrats weitere Konsequenzen für den Arbeitgeber. „Auch sein Image leidet und das Gesetz unterstützt ihn nicht dabei, die Höhe der Vergütung gerade bei lang amtierenden Betriebsratsmitgliedern zu begründen“, sagt Martin Lüderitz, Addleshaw Goddard. Praktikable Lösungen seien nur maßgeschneidert möglich. Nur wer sich den individuellen Fall genau anschau, komme zur „richtigen“ Vergütung, ohne das Betriebsratsmitglied zu benach-

teiligen oder sich den Vorwurf der Übervorteilung gefallen lassen zu müssen.

Da der Gesetzgeber die Arbeitgeber und Betriebsräte in dieser Situation ziemlich allein lässt, hält Arbeitsrechtler Marc André Gimmy von Taylor Wessing eine moderate gesetzgeberische Anpassung der alten und „von der betrieblichen Wirklichkeit überholten Vorschriften“ des BetrVG für notwendig. Er empfiehlt Unternehmen, die Betriebsratsvergütungen über die ursprüngliche arbeitsvertraglich zugesagte Vergütung hinaus zahlen, ihr System zu überprüfen, gegebenenfalls anzupassen und dann auch steuerlich zu korrigieren. „Hier ist Handlungsbedarf der Personalabteilung letztlich auch zum Schutz der Geschäftsführung angezeigt.“ ■

Die wichtigsten Erkenntnisse des Round Tables

- ① Arbeitszeiten elektronisch zu erfassen, bedeutet in der Regel eine technische Überwachung der Mitarbeiter, die ohne den Betriebsrat nicht umsetzbar ist. **Die IT-gestützte Erfassung der Arbeitsstunden mobiler Arbeitnehmer kann zu datenschutzrechtlichen Kollisionen führen.**
- ② **Arbeiten Mitarbeiter im Homeoffice ist im Prinzip eine vertragliche Regelung notwendig**, die es dem Arbeitgeber ermöglicht, die Einhaltung von Arbeitsschutzvorschriften zu überprüfen und eine Gefährdungsbeurteilung durchzuführen.
- ③ Wenn ein Bewerber einen AGG-Verstoß anzeigt und der Arbeitgeber die Ursache in der KI-gestützten Software identifiziert, **sollte er einen Regressanspruch gegenüber dem Softwarehersteller haben**. Wenn dieser das Risiko nicht übernehmen will, ist von der Anwendung abzuraten.
- ④ Wenn die Betriebsratsvergütung über der ursprünglich arbeitsvertraglich zugesagten Entgelthöhe liegt, **sollten Unternehmen ihr System überprüfen, gegebenenfalls anpassen und auch steuerlich korrigieren**.



Ernstfall Arbeitskampf

Wie sollten Arbeitgeber und insbesondere Personaler mit einem drohenden Streik umgehen? Dieser Beitrag bereitet für den Ernstfall vor und gibt einen Überblick über die möglicherweise aufkommenden Probleme.

► Arbeitskämpfe finden statt, um tarifvertragliche Forderungen durchzusetzen, wenn zwischen den Tarifvertragsparteien auf Verhandlungsbasis keine Einigung erzielt werden kann. Sie haben weitreichende Wirkung: 2018 entstanden durch Tagesstreiks in der Metall- und Elektroindustrie beispielsweise Umsatzausfälle von fast 900 Millionen Euro.

Tarifverträge legen die Arbeitsbedingungen für tarifgebundene Arbeitsverhältnisse verbindlich für einen definierten Zeitraum fest. Sie erfassen dabei mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmer in Deutschland. Im Rahmen eines sogenannten Arbeitskamps wird versucht, durch (meist arbeitnehmerseitige) Arbeitskampfmaßnahmen den Abschluss eines bestimmten Tarifvertrags zu erzwingen. Arbeitskampfmaßnahmen stellen für Arbeitgeber regelmäßig eine Ausnahme-situation dar. Gerade dann aber stellen sich meist anspruchsvolle Fragen.

Gesetzliche Grundlagen

Tarifvertragsparteien sind auf Seiten der Arbeitnehmer die Gewerkschaften und auf Seiten des Arbeitgebers Arbeitgeberverbände, Spitzenorganisationen oder einzelne Arbeitgeber. Zentrales und in der Praxis häufigstes Arbeitskampfmittel ist der Streik der Arbeitnehmer, das heißt die planmäßige Einstellung der Arbeit. Die Koalitionsfreiheit und daraus folgend das Recht zum Streik ist verfassungsrechtlich garantiert (Art. 9 Absatz 3 GG).

Das Arbeitskampfrecht als solches ist jedoch gesetzlich nicht normiert. Maßgeblich für die Bewertung der Zulässigkeit der Arbeitskampfmaßnahmen ist deshalb vorrangig die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG).

Innerbetriebliche Vorbereitungen

Arbeitgebern ist zu raten, sich sorgfältig und frühzeitig auf drohende Streiks vorzubereiten. Wenn erst kurz vor Ausbruch eines Streiks mit den Vorbereitungen auf den Arbeitskampf begonnen wird, besteht die Gefahr, überstürzt zu handeln oder wesentliche Maßnahmen zu vergessen. Arbeitgebern ist daher grundsätzlich zu empfehlen, die Vorbereitung so langfristige wie möglich zu betreiben. Allerdings können nicht alle Maßnahmen schon auf lange Sicht bedacht werden, vieles kann erst als Reaktion auf die eingetretene Arbeitskampsituation erwogen und durchgeführt werden.

Wenn erst kurz vor Ausbruch eines Streiks mit den Vorbereitungen begonnen wird, besteht die Gefahr, überstürzt zu handeln.

Rechtliche Bewertung

Nach der Rechtsprechung sind Arbeitskampfmaßnahmen nur rechtmäßig, wenn

- sie von **tariffähigen Parteien** geführt werden,
- sie sich **gegen einen tariffähigen Gegner** richten,
- sie nicht gegen die **Friedenspflicht** verstoßen,
- sie auf ein **tariflich regelbares und rechtmäßiges Ziel** gerichtet sind,
- die friedlichen **Einigungsmöglichkeiten erschöpft** sind,
- sie dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** entsprechen.

Im Ernstfall sollte bereits vorab feststehen, welche Arbeiten zwingend aufrechtzuerhalten und daher im Betrieb als Notdienstarbeiten anzusehen sind. Notdienstarbeiten sind beispielsweise die Inbetriebhaltung von Anlagen, deren Stilllegung zu ihrer Beschädigung oder Zerstörung führen würde. Notdienstarbeiten sind aber auch Tätigkeiten, die dazu führen, dass Aufträge noch ausgeliefert werden können, bei denen andernfalls hohe Vertragsstrafen oder existenzgefährdende Verluste drohen. Bei der Aufstellung eines Notfallplans sollte vorab die Kommunikation mit dem Betriebsrat gesucht werden, um im Fall der Fälle Unstimmigkeiten zu vermeiden. Gegebenenfalls sind auch Notdienstvereinbarungen mit der Gewerkschaft in Betracht zu ziehen.

Maßnahmen während des Streiks

Arbeitswillige Arbeitnehmer sollten – soweit möglich – weiterbeschäftigt werden. Arbeitgeber dürfen darüber hinaus Anreize schaffen und etwa Sondervergütungen zahlen, damit Arbeitnehmer während des Streiks die Arbeit wieder aufnehmen. Sogenannte Streikbruchprämien sind ein zulässiges Arbeitskampfmittel. Erforderlich ist jedoch, dass die Prämie vor oder während des Arbeitskampfes zugesagt wird und den Arbeitskampf beeinflussen soll. Nachträglich zugesagte Prämien sind grundsätzlich unzulässig. Die Höhe der Streikprämie muss zudem verhältnismäßig sein. Hier kommt es immer auf die Umstände des Einzelfalls an. Maßgeblich für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit ist das Entgelt des jeweiligen Arbeitnehmers. So hat beispielsweise das LAG Niedersachsen die Zusage einer Streikbruchprämie von 200 Euro pro Tag beanstandet, wenn dieser Betrag fast das Vierfache des normalen Tageslohns eines vollbeschäftigten Arbeitnehmers

übersteigt. Hingegen soll die Zusage einer Streikbruchprämie von 100 Euro in diesem Fall nicht zu beanstanden sein.

Vorgesetzte sollten bei einem Streik gesondert informiert werden und gegebenenfalls vorab geschult werden. Sie befinden sich während eines Streiks in einer diametralen Position: Einerseits profitieren sie regelmäßig ebenfalls von Tarifierhöhungen, haben andererseits aufgrund ihrer Position aber auch eine besondere Verantwortung dem Unternehmen gegenüber. So sollten sie beispielsweise auch während des Streiks für einen reibungslosen Arbeitsablauf im jeweiligen Zuständigkeitsbereich sorgen und den Fortgang der Arbeit während des Streiks sicherstellen. Unternehmen sollten daher betriebliche Vorgesetzte regelmäßig – auch über den aktuellen Verhandlungsstand – informieren.

Für den Arbeitgeber ist es zudem ratsam, sich auch mit dem jeweiligen Ansprechpartner des Arbeitgeberverbandes in Verbindung zu setzen. Es sollte weiter vorab abgeklärt werden, wie die durch den Arbeitskampf ausgefallenen Arbeitsstunden gegenüber der Agentur für Arbeit anzuzeigen sind.

Warnstreiks sind langfristig geplant

Merkmal „klassischer“ Warnstreikaktionen ist, dass die Arbeit im Betrieb für kürzere Zeit unterbleibt. Eine Streikteilnahme setzt jedoch nicht voraus, dass die Arbeitnehmer während der Arbeitsniederlegung tatsächlich an einer gewerkschaftlichen Kundgebung teilnehmen.

Warnstreiks sind heute meist langfristig von der Gewerkschaft geplant, zentral gesteuert, flächendeckend und werden gezielt eingesetzt, um Forderungen zu

unterstreichen. Feste zeitliche Grenzen eines Warnstreiks sind nicht vorgegeben. So umfassen heutige Warnstreiks bereits ganze oder mehrere Produktionsschichten oder auch einen ganzen Tag („24-Stunden-Streiks“) und weisen damit ein erhebliches Beeinträchtigungspotenzial auf. Das LAG Frankfurt sah etwa auch mehrtägige Warnstreiks mit einer Dauer von über 50 Stunden als noch verhältnismäßig „kurz“ an.

Arbeitsvertragliche Pflichten ruhen

Die Teilnahme an einem rechtmäßigen Warnstreik führt zum Ruhen der arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten: Der Arbeitnehmer muss nicht arbeiten und der Arbeitgeber keine Vergütung leisten (sogenannte Suspendierungswirkung). Für den Eintritt der Suspendierungswirkung ist erforderlich, dass der Arbeitnehmer – ausdrücklich oder konkludent – erklärt, er werde sich am Arbeitskampf beteiligen,

beispielsweise indem der Arbeitnehmer nach einem gewerkschaftlichen Streikaufruf nicht zur Arbeit kommt.

Der Arbeitgeber muss für die durch die Teilnahme am Streik ausgefallene Arbeitszeit keine Vergütung leisten. Der Arbeitgeber sollte darauf achten, dass die aufgrund des Streiks entfallene Arbeitszeit für jeden Arbeitnehmer individuell dokumentiert wird. Üblicherweise nutzen nicht alle Arbeitnehmer für diese Zeit die Zeiterfassungsterminals. Mitarbeiter, die an einem Streik teilnehmen, haben keinen Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber, die entfallene Zeit nachzuarbeiten. Falls der Arbeitgeber die Nacharbeit gestattet, weil beispielsweise wichtige Aufträge fertiggestellt werden müssen, ist sorgfältig zu prüfen, ob im Einzelfall Mehrarbeitszuschläge anfallen.

Im Rahmen eines Streiks wird oftmals vorgeschlagen, die durch Streiks ausgefallene Zeit in den arbeitgebergesteuerten Arbeitszeitkonten zu verbuchen. Jeder Arbeitgeber kann unabhängig entscheiden, ob er eine solche Ausbuchung von Stunden zulässt. Bei arbeitnehmergesteuerten Zeitkonten muss unterschieden werden: Nimmt der Arbeitnehmer zulässigerweise innerhalb seiner Gleitzeitregelung Gleitzeit in Anspruch und nimmt er dann in seiner Freizeit an einem Streik teil, verringert sich nach Auffassung des BAG in diesem Fall der Entgeltanspruch nicht. Wenn der Arbeitnehmer aufgrund des betrieblichen Gleitzeitrahmens keine Möglichkeit hat, während eines Streiks Gleitzeit in Anspruch zu nehmen, und

Vorgesetzte sollten bei einem Streik gesondert informiert und gegebenenfalls vorab geschult werden.

Vorbereitungsmaßnahmen

Auf folgende Punkte sollte der Arbeitgeber vorbereitet sein:

- Aufstellen eines Konzepts zur **Sicherung der Betriebsanlagen** (insbesondere Notdienste),
- Sicherstellung der **innerbetrieblichen Kommunikation** (Information der Mitarbeiter und Vorgesetzten),
- Kontakt zu **Behörden** (zum Beispiel Polizei),
- Kontakt zum **Arbeitgeberverband**,
- Kontakt zur **Gewerkschaft**,
- rechtzeitige Information der **Lieferanten und Kunden** (soweit erforderlich).

sich dann trotzdem austempelt, liegt ein Fall der „echten“ Streikteilnahme vor. Vergütung wird dann nicht geschuldet. Ein Arbeitnehmer, der sich an einem rechtswidrigen Streik beteiligt, verletzt seine arbeitsvertraglichen Pflichten. Er muss gegebenenfalls mit dem Ausspruch einer Abmahnung oder einer Kündigung rechnen, da in diesem Fall die arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten fortbestehen. Es ist jedoch für jeden Einzelfall zu prüfen, inwieweit der jeweilige Mitarbeiter erkennen konnte, dass der Streik rechtswidrig war.

Reaktion auf Übergriffe von Streikenden

Auch im Falle eines rechtmäßigen Streiks sind Maßnahmen, die über die bloße Arbeitsniederlegung hinausgehen, nicht zulässig. Sie können zu Entlassungen und zu Schadensersatzansprüchen führen. In der Praxis kommt es hin und wieder zu Übergriffen von Streikenden gegen arbeitswillige Arbeitnehmer und den Arbeitgeber. Beispiele aus der Praxis sind dabei das Absperren von Werkstoren, Beleidigungen und tätliche Angriffe, die Beschädigung der betrieblichen Einrichtungen sowie die Blockade der Zufahrt zum Betriebsgelände.

Der Arbeitgeber bleibt auch während eines Streiks Inhaber des Hausrechts. Er ist grundsätzlich nicht verpflichtet, Streikmaßnahmen auf seinem Betriebsgelände zu dulden. Abweichungen von diesem Grundsatz sind aber in eng begrenzten Einzelfällen möglich.

Rechtsstellung besonderer Personengruppen

In der Praxis treten immer wieder Fragen auf, wie mit bestimmten Arbeitnehmergruppen umzugehen ist. Beispiel leitende und außertarifliche Angestellte: Beide Personengruppen haben mit dem Abschluss des Tarifvertrags grundsätzlich wenig zu tun. Leitende Angestellte und außertarifliche Angestellte sollten möglichst weiterbeschäftigt werden. Wichtig ist, dass sie sich mit zumutbaren Umsetzungen aus arbeitskampfbedingten Gründen einverstanden erklären und gegebenenfalls auch solche Arbeiten leisten, die zur Aufrechterhaltung des eingeschränkten Betriebes erforderlich ist.

Auszubildende dürfen nach der Rechtsprechung des BAG an kurzfristigen Arbeitsniederlegungen teilnehmen, wenn über die Ausbildungsvergütung verhandelt wird. Ihre betriebliche Ausbildung sollte – gegebenenfalls unter Einschaltung des Notdienstes – weiter fortgeführt werden.

Entleiher dürfen Zeitarbeiter nicht tätig werden lassen, wenn ihr Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist (§ 11 Abs. 5 Satz 1 AÜG).

Maßnahmenkatalog

Welche Maßnahmen kann der Arbeitgeber bei Streikaußschreitungen ergreifen?

- Oberstes Gebot bei Streikaußschreitungen ist die **Deeskalation**. Hierzu sollte der Arbeitgeber unverzüglich Kontakt mit der Streikleitung aufnehmen und mäßigend auf die Streikenden einwirken.
- Der Arbeitgeber sollte alle Umstände und Einzelheiten des Streiks sowie die einzelnen Streikvorfälle **sorgfältig in chronologischer Reihenfolge** (unter Angabe von Datum und Uhrzeit) festhalten.
- Für die gegebenenfalls später erfolgende gerichtliche Geltendmachung der entstandenen Schäden **sind die erforderlichen Beweise zu sichern**.
- Bei gravierenden Streikaußschreitungen oder Straftaten **sollte die Polizei hinzugezogen werden**.
- **Prüfung arbeitsrechtlicher Sanktionen** gegen die Mitarbeiter, die Streikübergriffe verwirklichen.

Wer als Entleiher einen Zeitarbeiter vorsätzlich oder fahrlässig tätig werden lässt, handelt ordnungswidrig. Der Verstoß kann mit einer Geldbuße bis zu 500 000 Euro geahndet werden. Das AÜG macht jedoch von dem grundsätzlichen Einsatzverbot eine Ausnahme. Danach dürfen Entleiher Zeitarbeiter ausnahmsweise dann einsetzen, wenn der Einsatz „streikneutral“ erfolgt. Der Entleiher muss dann jedoch sicherstellen, dass der Zeitarbeiter keine Tätigkeiten von streikenden Stammbeschäftigten zugewiesen werden. Abweichende Regelungen in den Manteltarifverträgen der Zeitarbeitsbranche sind jedoch vorrangig zu beachten. Diese verbieten dem Verleiher bereits ohne entsprechende Ausnahme, Zeitarbeiter zum Einsatz in einem bestreikten Entleiherbetrieb zu überlassen. Die gegenüber dem Gesetz engere tarifliche Regelung verdrängt damit jedenfalls faktisch die gesetzlich eröffnete Ausnahme. Der Betriebsrat ist aufgrund seiner Stellung als Organ der Betriebsverfassung verpflichtet, im Arbeitskampf neutral zu bleiben. Das Betriebsratsamt bleibt auch während eines Streiks bestehen. Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats können während dieser Zeit aber nur so ausgeübt werden, dass dadurch die Stellung des Arbeitgebers im Arbeitskampf nicht beeinflusst wird. Die einzelnen Betriebsratsmitglieder können sich jedoch am Streik beteiligen. Für diese Zeit besteht kein Entgeltanspruch, auch nicht wenn die Betriebsratsmitglieder in dieser Zeit Betriebsratsaufgaben wahrnehmen.

In der Praxis zeigt sich häufig, dass sich gute Vorbereitung auf den Ernstfall für den Arbeitgeber auszahlt. So ist er in der Lage, die wichtigsten rechtlichen und tatsächlichen Probleme zu erkennen und entsprechende Maßnahmen zu ergreifen. ■

AUTORINNEN



Lisa-Maria Allramseder,
Rechtsanwältin und Syndikus-
anwältin, Südwestmetall,
Bezirksgruppe Reutlingen



Christina Müller, Rechts-
anwältin, Südwestmetall,
Bezirksgruppe Reutlingen

Im Fokus der Datenschutzbehörden

Müssen auch Betriebsräte für Verstöße gegen die EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) haften? Und wie lässt sich die Betriebsratsarbeit DSGVO-konform ausgestalten? Eine Analyse.



► Der Betriebsrat verarbeitet im Rahmen seiner betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben personenbezogene Daten und hat dabei die Vorgaben der DSGVO und des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) zu beachten. Bislang galt der Betriebsrat aufgrund seiner fehlenden Rechtsfähigkeit nicht selbst als Verantwortlicher, sondern lediglich als Teil der verantwortlichen Stelle (§ 2 Abs. 4 BDSG a.F.).

Dieses Verständnis wurde von der Rechtsprechung regelmäßig, zuletzt im Beschluss des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 14. Januar 2014 (Az. 1 ABR 54/12, Rn. 36), bestätigt. Aufgrund dessen wurde der Betriebsrat datenschutzrechtlich wie eine Abteilung im Unternehmen behandelt. Dies hatte zur Folge, dass der Betriebsrat in Bezug auf die von ihm verarbeiteten Daten selbst keine datenschutzrechtlichen Strukturen schaffen musste, sondern die des Arbeitgebers nutzen konnte.

Mit der DSGVO hat die Definition des „Verantwortlichen“ eine Änderung erfahren. Verantwortlicher ist nun, wer als „allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet“. Dies kann zum einen eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder eine sogenannte „andere Stelle“ sein (siehe Art. 4 Nr. 7 DSGVO). Doch wer ist diese „andere Stelle“? Hier startet die Kontroverse.

Datenschutzbehörden: ja, nein, vielleicht?

Eindeutig hat sich der Landesbeauftragte für Datenschutz und die Informationsfreiheit (LfDI) Baden-Württemberg in seinem 34. Tätigkeitsbericht 2018 positioniert: „Entscheidet der Betriebsrat selbst über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten, ist er als eigener Verantwortlicher anzusehen.“ Dies sieht der Präsident des Bayrischen Landesamtes für Datenschutzaufsicht anders. Er verneinte die Verantwortlichkeit des Betriebsrates, bemerkte allerdings, dass die deutschen Datenschutzbehörden äußerst unterschiedliche Auffassungen hierzu haben. Ein offizieller und gemeinsamer Beschluss aller Aufsichtsbehörden wird in naher Zukunft also nicht zu erwarten sein. Selbst für den Fall, dass ein solcher verabschiedet werden würde, wäre dieser für die Gerichte nicht bindend, auch wenn diese erfahrungsgemäß dazu neigen, den Auslegungen der Datenschutzbehörden zu folgen.

Warum ein solcher Beschluss dennoch helfen könnte, zeigen die zuletzt hierzu ergangenen Urteile. Die frühere Rechtsprechung des BAG, wonach der Betriebs-

rat lediglich Teil der verantwortlichen Stelle war, ist mit der DSGVO obsolet. Dennoch folgt das Landesarbeitsgericht (LAG) Hessen der bisherigen Rechtsprechung und sieht den Betriebsrat weiterhin als Teil der verantwortlichen Stelle an (LAG Hessen, Beschluss vom 10. Dezember 2018, Az. 16 TaBV 130/18). Demgegenüber positioniert sich das LAG Sachsen-Anhalt eindeutig, ohne jedoch diese Position zu begründen: „Nach Auffassung der erkennenden Kammer ist im Übrigen auch der Betriebsrat Verantwortlicher im Sinne des Art. 4 Ziffer 7 DSGVO („oder andere Stelle“), da er über die Zwecke der von ihm bzw. seinem Betriebsausschuss wahrgenommenen Einsicht in die Bruttoentgeltlisten selbst entscheidet.“ (LAG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 18. Dezember 2018, Az. 4 TaBV 19/17)

Ist die Diskussion tatsächlich so einfach?

Analysiert man die Stellungnahmen der Datenschutzbehörden und die Urteile der Gerichte, wird die Diskussion allzu schnell mit Blick auf den Gesetzestext entschieden. Dies wird weder den Rechtsfolgen noch immensen Folgefragen gerecht. Sollten Betriebsräte nämlich als eigene datenschutzrechtliche Verantwortliche eingestuft werden, hätten sie zunächst ihr eigenes „DSGVO-Projekt“ zu stemmen. Sämtliche Datenverarbeitungen im Rahmen ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben müssten die Vorgaben der DSGVO und des BDSG erfüllen. Dies betrifft vor allem die Auskunft-, Löscho- und Informationspflichten sowie die Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung, aber auch die Bestellung eines Datenschutzbeauftragten durch den Betriebsrat.

Außerdem müssten Betriebsräte – auch vor Gericht oder gegenüber Behörden – in der Lage sein, die Umsetzung der datenschutzrechtlichen Anforderungen zu beweisen. Zwar muss das Unternehmen dem Betriebsrat alle notwendigen Ressourcen zur Verfügung stellen und die dafür entstehenden Kosten tragen, denn laut Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) hat der Arbeitgeber die Kosten der Betriebsratstätigkeit zu tragen. Dennoch dürfte der Aufwand für die Umsetzung der datenschutzrechtlichen Vorgaben nicht unerheblich sein. Auch ist es nicht unwahrscheinlich, dass eine Datenschutzbehörde einen Betriebsrat überprüft. Zwar sind nach Auskunft der Datenschutzbehörden die Betriebsräte nicht im Fokus der Kontrollen, doch genügt eine Beschwerde eines Betroffenen, um eine Kontrolle anzustoßen.

Die Datenschutzbehörden entscheiden allzu schnell mit Blick auf den Gesetzestext.

Schaut man sich die Funktionen und Befugnisse des Betriebsrats sowie die Zweckrichtung der Datenverarbeitung an, wird deutlich, dass nicht der Betriebsrat selbst, sondern das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG), insbesondere § 80 BetrVG, die Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung festlegt und beschränkt. Der Betriebsrat nutzt üblicherweise auch nur die vom Arbeitgeber bereitgestellte Informations- und Kommunikationstechnik und unterwirft sich damit zum Großteil den technischen und organisatorischen Maßnahmen des Unternehmens.

Diese und weitere Argumente führen in der Summe eher zu der Schlussfolgerung, dass der Betriebsrat über die Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung nicht eigenverantwortlich entscheidet und daher nicht so einfach als eigener Verantwortlicher angesehen werden kann. Stimmen in der datenschutzrechtlichen und arbeitsrechtlichen Literatur werden hierzu immer lauter.

DSGVO-Bußgeld?

Die Idee, der Betriebsrat sei Verantwortlicher im Sinne der DSGVO, einmal weitergesponnen: Würde er dann auch für die drakonischen Bußgelder bei Verstößen haften? Das LfDI Baden-Württemberg nimmt wohl eine Bußgeldfähigkeit des Betriebsrates an und beruft sich dabei auf ein Urteil des BGH, in dem dieser zumindest eine partielle Rechtsfähigkeit des Betriebsrats annahm (BGH, Urteil vom 25. Oktober 2012 – III ZR 266/11). Das Urteil ist jedoch zu zivilrechtlichen Ansprüchen eines vom Betriebsrat beauftragten Beraters gegen den Betriebsrat ergangen und insofern nur begrenzt brauchbar, um eine Bußgeldfähigkeit zu begründen. Ein Bußgeld gegen die Institution Betriebsrat scheidet jedoch bereits am allgemeinen Ordnungswidrigkeitsrecht, weil der Betriebsrat keinesfalls eine juristische Person und demnach nicht tauglicher Adressat für eine Verbandsgeldbuße ist.

Auch die Mitglieder des Betriebsrates sind grundsätzlich nicht sanktionsrelevante „Verantwortliche“ im Sinne der DSGVO. Eine Ausnahme könnte allein für den Betriebsratsvorsitzenden als gesetzlichen Vertreter des Betriebsrates bestehen (§ 9 Abs. 1 Nr. 3 OWiG). Gegen eine Anwendbarkeit dieser Zurechnungsnorm spricht jedoch, dass die Vertretungsmacht des Betriebsratsvorsitzenden inhaltlich deutlich beschränkt ist. Dem Betriebsratsvorsitzenden steht nicht die Befugnis zur eigenen Willensbildung zu, er hat lediglich aufgrund und im Rahmen der vom Betriebsrat gefassten Beschlüsse Erklärungen für diesen abzugeben. Er wird daher auch als

Erklärungs- und nicht als Willensvertreter bezeichnet. Ein Bußgeld gegen den Betriebsratsvorsitzenden widerspricht auch jeglichem Sinn. Für das Betriebsratsamt gilt das Ehrenamtsprinzip, das einer exorbitanten

Haftung von Betriebsratsmitgliedern entgegenstehen dürfte. Wie auch immer man die Verantwortlichkeit des Betriebsrates unter der DSGVO datenschutzrechtlich qualifizieren möchte, ist er in erster Linie gesetzlich berufenes Vertretungsorgan der Belegschaft und daher nicht vergleichbar mit

juristischen Personen und deren zivil- und strafrechtlichen Haftungsstrukturen. Als Argument gegen eine Haftung des Betriebsratsvorsitzenden für Bußgelder nach der DSGVO spricht schließlich, dass nach deren Vorstellungen Bußgelder gegen natürliche Personen ohnehin nur in Ausnahmefällen verhängt werden sollen.

Am wahrscheinlichsten ist daher, dass der Arbeitgeber im Sinne einer Reservehaftung ein Bußgeld zahlen muss, sofern der Betriebsrat gegen Bestimmungen der DSGVO verstößt und zwar auch, wenn er datenschutzrechtlich „Verantwortlicher“ ist, der Arbeitgeber ihn aber nicht in sein datenschutzrechtliches Konzept miteinbezogen hat. Denn kommt der Arbeitgeber nicht seiner Verpflichtung nach, die DSGVO-relevanten Vorgaben des bestehenden Compliance-Management-System auf den Betriebsrat zu übertragen und ermöglicht das einen anderweitig verhinderbaren Datenschutzverstoß des Betriebsrats, erlaubt der zurechnungsrechtliche „Dauerbrenner“ §§ 30, 130 OWiG eine Sanktion gegen das Unternehmen und somit letztlich gegen die Unternehmensleitung selbst.

Diskussion geht an der Sache vorbei

Die Diskussion über die Einordnung des Betriebsrates als Verantwortlicher geht, jedenfalls soweit sie die Frage betrifft, wer für Bußgelder haftbar gemacht werden kann, an der Sache vorbei. Es ist am Ende wohl der Arbeitgeber, der die Bußgelder tragen muss. Insofern sollte er die Einhaltung der DSGVO nicht allein seinem Betriebsrat überlassen, sondern ihn in sein datenschutzrechtliches Compliance-Konzept miteinbeziehen. Dies erfordert eine Verständigung mit dem Betriebsrat, da der Arbeitgeber aus betriebsverfassungsrechtlichen Gründen daran gehindert ist, die Datenverarbeitung seines Betriebsrates als kontradiktorischen Gegenspieler zu kontrollieren. ■

Der Arbeitgeber sollte den Betriebsrat in sein datenschutzrechtliches Compliance-Konzept miteinbeziehen.

AUTOREN



Mareike Gehrman,
Rechtsanwältin,
Taylor Wessing, Düsseldorf,
m.gehrmann@taylorwessing.com



Jan-Patrick Vogel,
Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Taylor Wessing, Düsseldorf,
j.vogel@taylorwessing.com

Wenn man auf rauer See einen Alleskönner bei sich hat: Das ist richtungsweisend.

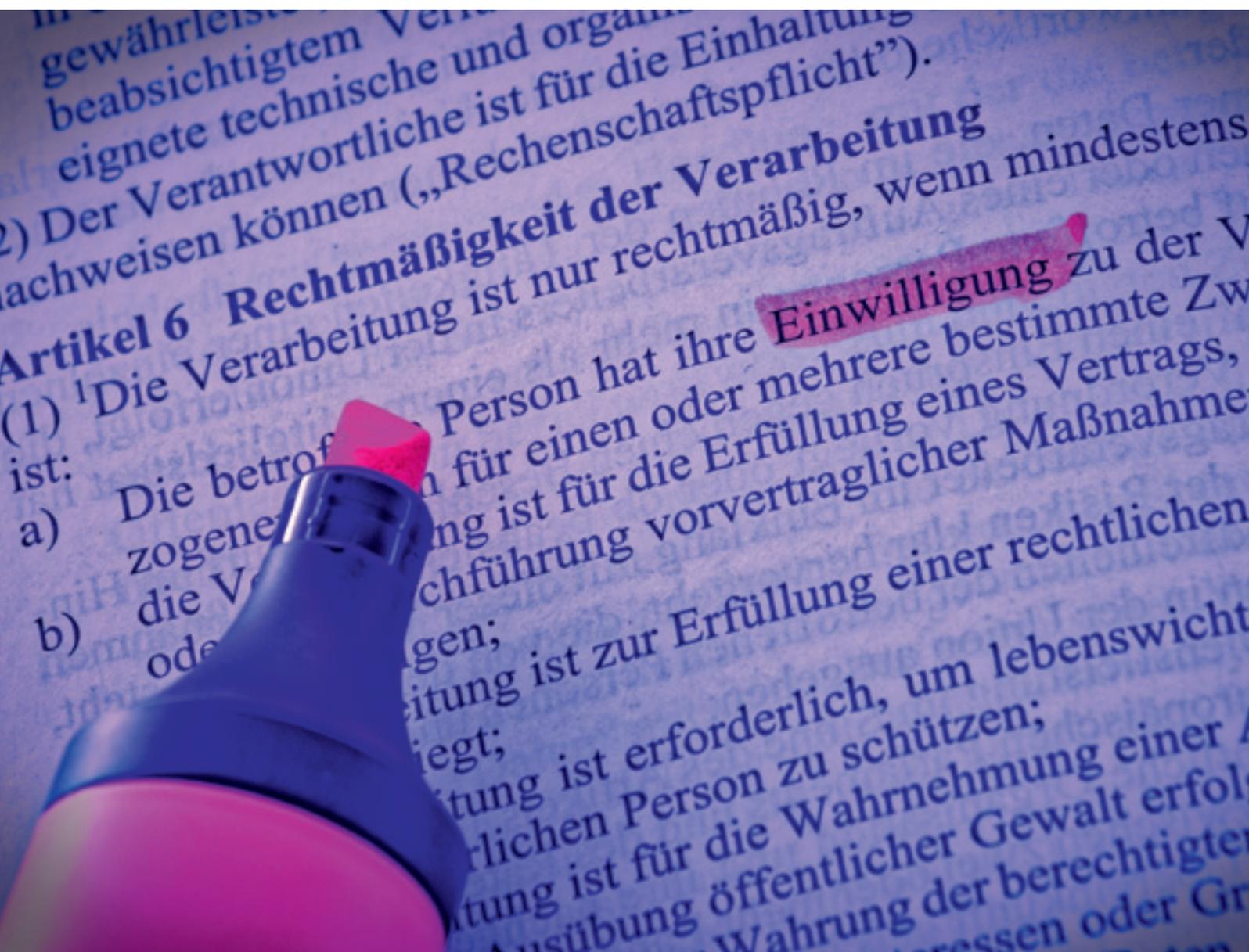
Haben Sie unser multidisziplinäres
Netzwerk im Fokus?

Moderne Rechtsberatung verbindet Innovationen, juristische Expertise, fachübergreifende Ideen und Persönlichkeiten. Wir helfen Ihnen als multidisziplinäre Kanzlei mit über zehn auf regulatorische Vergütungsberatung spezialisierten Anwälten, die mit der Unterstützung von Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Unternehmensberatern des globalen KPMG-Netzwerks Ihre Vergütungsstrategien erarbeiten und umsetzen, die richtigen Entscheidungen zu treffen. Treffen Sie die erste: www.kpmg-law.de



KPMG Law

Unsere Expertise. Ihre Sicherheit.



Besondere Verantwortung für Personaler

Seit anderthalb Jahren ist die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) in Kraft. Zeit für eine kritische Bilanz.

► Während sich im Vorfeld die Kritik an dem Gesetz häufte und in den Medien beispielsweise von Abmahnwellen die Rede war, blieben die Befürchtungen der Unternehmen diesbezüglich weitestgehend unbestätigt. Doch auch anderthalb Jahre nach Inkrafttreten gehört ein DSGVO-konformer Umgang mit sensiblen Daten noch immer nicht zum Alltag vieler Unternehmen. Besonders wenn es um gesetzeskonforme Websites, sichere Passwörter oder die Nutzung von Diensthandys

geht, besteht weiterhin Handlungsbedarf. Unternehmen sehen nicht immer den Sinn der DSGVO, sondern lediglich einen größeren Arbeitsaufwand.

Sensibilisierung schaffen

Ziel der DSGVO ist der Schutz personenbezogener Daten. Als personenbezogen beziehungsweise personenbeziehbar gelten dabei nicht nur Namen, sondern

ebenfalls Daten wie Telefonnummern, Kfz-Kennzeichen oder IP-Adressen. Unternehmen, die über mehr als zehn Mitarbeiter verfügen, verpflichtet die DSGVO dazu, einen internen oder externen Datenschutzbeauftragten zu benennen. Dieser übernimmt sowohl unterrichtende als auch beratende Tätigkeiten und fungiert als Ansprechpartner für Mitarbeiter, die Geschäftsführung sowie betroffene Personen.

Mittlerweile haben viele Unternehmen diese Vorgabe bereits umgesetzt. Aber auch wenn die Überwachung der Einhaltung der Datenschutzgesetze sowie der EU-DSGVO zu den Aufgaben eines Datenschutzbeauftragten gehört, müssen Mitarbeiter im Alltag selbst auf die Berücksichtigung achten. Hierfür genügt es nicht, ihnen lediglich DSGVO-konformes Handwerkszeug zur Verfügung zu stellen. Stattdessen gilt es über die Wichtigkeit des Datenschutzes aufzuklären, selbst wenn vieles dabei auf den ersten Blick als selbstverständlich erscheint. Es empfiehlt sich, laute Telefonate über sensible Firmendaten in der Öffentlichkeit möglichst zu vermeiden und bei der Nutzung von Dienstlaptops unterwegs Blickschutzfilter zu verwenden. Ebenso sollten Mitarbeiter keine öffentlichen WLAN-Netzwerke nutzen, da diese in den meisten Fällen nicht als sicher gelten, sondern stattdessen virtuelle private Netzwerke, sogenannte VPNs.

Vorsicht bei Diensthandy und Laptop

Jede Homepage verfügt über eine individuelle Struktur mit unterschiedlichen Plug-ins, Cookies oder Tracking-Tools und erfasst beziehungsweise verarbeitet unterschiedlichste Daten. Es genügt daher nicht, eine allgemeine Datenschutzerklärung irgendwo zu kopieren oder automatisiert generieren zu lassen und dann auf der Website zu veröffentlichen. Außerdem stoßen Datenschutzbeauftragte in Unternehmen häufig noch immer auf unsichere Passwörter für Dienstcomputer oder Laptops. Ein sicheres Kennwort besteht aus acht bis zwölf Zeichen in Groß- und Kleinschreibung und enthält sowohl Buchstaben als auch Ziffern und Sonderzeichen. Zudem sollten Mitarbeiter ihre Passwörter regelmäßig ändern. Gleiches gilt auch für den Schutz von Diensthandys, die sich ebenfalls mithilfe eines Passworts statt einer kurzen Zahlenkombination oder eines ein-

Unternehmen sehen nicht immer den Sinn der DSGVO, sondern lediglich einen größeren Arbeitsaufwand.

fachen Wischmusters schützen lassen. Ein weiteres Problem, das bei der Nutzung von Diensthandys häufig auftritt, sind Messenger-Dienste. Die deutschen Aufsichtsbehörden für Datenschutz erachten viele von ihnen, darunter Whatsapp, als nicht datenschutzkonform. Manche Dienste haben nicht nur Zugriff auf alle in einem Smartphone gespeicherten Telefonnummern und Kontaktdetails, sondern übermitteln sie zusätzlich in wei-

tere Staaten wie die USA, die als Drittländer gelten. Laut der DSGVO bedarf die Übermittlung personenbezogener Daten aber einer Rechtsgrundlage. Wer nicht auf Kurznachrichten verzichten möchte, kann auf dem Markt andere datenschutzkonforme Apps finden oder SMS versenden. Bei der physischen Weitergabe von Daten, beispielsweise mit einem USB-Stick, stehen Unternehmen ebenfalls vor einer Herausforderung. Diese Speichermedien verfügen selten über die nötigen Sicherheitsvoraussetzungen, wie beispielsweise einen Sicherheitscode beziehungsweise Verschlüsselung, der bei Verlust oder Diebstahl davor schützt, dass Außenstehende auf sensible Daten zugreifen können.

Mehr als bürokratischer Aufwand

Häufig fehlt in Unternehmen noch immer das Bewusstsein darüber, dass die DSGVO nicht nur den Umgang mit Kundendaten betrifft, sondern auch Mitarbeiter- sowie Lieferantendaten. So haben Beschäftigte in der Personalabteilung eine besondere Verantwortung. Sie müssen

Personalunterlagen unter Verschluss halten und darauf achten, Mitarbeiterdaten per E-Mail ausschließlich verschlüsselt zu übermitteln.

Auch dem Auskunftsrecht kommt eine besondere Bedeutung in der DSGVO zu. Wenn Mitarbeiter Auskunft über ihre Daten fordern

– beispielsweise im Falle einer Kündigung – müssen Personalverantwortliche innerhalb eines Monats eine Kopie jeglicher personenbezogenen Daten, deren Verarbeitung erfolgt, aushändigen. Es empfiehlt sich daher, bereits im Vorfeld hierzu bestimmte Prozesse festzulegen. Generell sollten Führungskräfte auch weiterhin beharrlich über die Wichtigkeit des Datenschutzes aufklären. Regelmäßige Schulungen schaffen hier ein allgemeines Bewusstsein.



Ein Special zum Thema DSGVO finden Sie auf www.personalwirtschaft.de in der Rubrik [Arbeitsrecht](#) > [Datenschutz](#).

Führungskräfte sollten auch weiterhin beharrlich über die Wichtigkeit des Datenschutzes aufklären.

AUTOR



Haya Hösel, Geschäftsführer und Gründer, HUBIT Datenschutz GmbH & Co. KG., [Stuhr, info@hubit.de](mailto:info@hubit.de)



Ungeklärte Abhängigkeit

Wie gehen Arbeitgeber in der sogenannten Gig Economy mit ihren Angestellten um?
Das Beispiel Uber zeigt, vor welchen rechtlichen Problemen die Unternehmen stehen.

► Der Fahrdienstvermittler Uber ist im Mai an die Börse gegangen. Vorausgegangen waren Streiks der Fahrer, die versuchten, das Unternehmen unter Druck zu setzen. Sie kritisierten vor allem die Arbeitsbedingungen. Dazu zählt, dass Uber die Fahrer in den meisten Fällen nicht fest anstellt. Das Unternehmen sieht sich selbst als Plattform, auf der Angebot und Nachfrage zusammengeführt werden.

Diese Thematik beschränkt sich nicht auf Uber, sondern betrifft auch andere Anbieter. Die Debatte über mehr Schutz von Plattform-Beschäftigten läuft bereits seit einiger Zeit in Deutschland, aber auch auf europäischer Ebene. Die Proteste erhöhen den Druck auf den Gesetzgeber, die Arbeitsverhältnisse von Dienstleistern in der sogenannten Gig Economy zu regeln. Das ist der Teil des Arbeitsmarktes, in dem Arbeitskräfte in der Regel nicht fest angestellt sind, sondern je Auftrag – also je Gig – bezahlt werden.

Um wen geht es?

Wir sind von vielen internet- oder appbasierten Plattformen umgeben: Es gibt soziale Netzwerke, die privaten oder beruflichen Kommunikationszwecken dienen (zum

Beispiel Facebook, Instagram, LinkedIn), digitale Marktplätze zum Einkaufen und Tauschen von Waren (zum Beispiel Ebay, Amazon) und Vermittlungsportale (zum Beispiel Uber, Mytaxi, Foodora, Deliveroo). Ausschließlich Letztere vermitteln Werk- oder Dienstleistungen von Personen. Diese erbringen beispielsweise den Fahrerservice oder die Essenslieferung gegenüber dem Besteller. Teilweise werden die Aufträge auch der – der sogenannten Crowd zur Verfügung gestellt und es erhält etwa derjenige den Auftrag, der sich zuerst in der Plattform meldet. Bei diesen Plattformen geht es um den Einsatz und die Vermittlung von Arbeitskräften, sogenannte Crowd-Worker oder auch Plattform-Beschäftigte.

Vermittlungsportale beschränken sich nicht auf ungelernete und einfache Tätigkeiten; es gibt sie längst auch für ausgebildete und akademische Tätigkeiten (zum Beispiel Myhammer, Twago, Gulp). Sie sind in der aktuellen Diskussion vermutlich nicht präsent, weil bei diesen Tätigkeiten andere Verdienstmöglichkeiten bestehen und die Portale oftmals nur als zusätzlicher Akquisekanal genutzt werden. Letztlich handelt es sich aber auch bei ITlern, Rechtsanwälten oder Handwerkern, die ihre Aufträge über Portale im Internet oder entsprechende Apps beziehen, um Plattform-Beschäftigte.

Neuer Wein in alten Schläuchen

Plattform-Beschäftigte sind kein neues Phänomen. Auch in der analogen Welt gibt es solche Beschäftigungen: zum Beispiel bei Taxifahrern. Bis heute gibt es Taxizentralen, die telefonisch eingehende Fahranfragen per Funk in die Taxen oder an Taxistände weitergeben. Derjenige Fahrer, der sich zuerst meldet, erhält den Auftrag. Mytaxi hat dieses Verfahren in eine digitale Plattform übertragen. Taxifahrer sind also im Grunde seit jeher Plattform-Beschäftigte, nur hat sie keiner so bezeichnet. Die heutige Diskussion über die (Schein-)Selbstständigkeit von Plattform-Beschäftigten ist daher in gewisser Hinsicht neuer Wein in alten Schläuchen.

Das Problem besteht darin, dass eine Plattform-Beschäftigung keine rechtlich fest definierte Beschäftigungsform ist. Ihre Ausgestaltung variiert von Geschäftsmodell zu Geschäftsmodell. So sind etwa Fahrer bei dem zum VW-Konzern gehörenden neuen Carsharing-Service Moia angestellte Arbeitnehmer; andere, beispielsweise bei Uber, sind als selbstständige Fahrer eingesetzt. Auch der herkömmliche Taxifahrer kann als Arbeitnehmer oder selbstständiger Unternehmer seine Fahrdienste erbringen, ob über eine Taxizentrale oder Mytaxi.

Je nach Ausgestaltung des Geschäftsmodells und der Anzahl der beteiligten Personen oder Unternehmen kommt eine unterschiedliche Anzahl an Vertragsverhältnissen zustande: etwa zwischen Kunde und Plattform-Unternehmen oder zwischen Plattform-Unternehmen und Restaurant sowie zwischen Fahrradkurier und Kunde. Diese Gestaltungsvielfalt zeigt, dass es keine allgemeingültige Aussage dazu geben kann, ob Plattform-Beschäftigte abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig sind. Vielmehr muss der Einzelfall betrachtet werden – und dies kann mitunter schwierig sein.

Arbeitnehmer oder selbstständiger Unternehmer?

Für die Einordnung eines Plattform-Beschäftigten ist die rechtliche Definition eines Arbeitnehmers maßgeblich. Anhand derer erfolgt die Abgrenzung zu einem selbstständigen Unternehmer. Das bestätigt eine im Juni verabschiedete EU-Richtlinie über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen. Diese umfasst Plattform-Beschäftigte in ihrem Anwendungsbereich, wenn sie nach den allgemeinen Kriterien des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) als Arbeitnehmer zu betrachten sind.

Ein Beschäftigter ist Arbeitnehmer, wenn er während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen

Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Bei der Weisungsgebundenheit kommt es darauf an, inwieweit der Beschäftigte in der Wahl von Zeit, Ort und Inhalt seiner Arbeit eingeschränkt ist. Weiteres Indiz ist, ob der Beschäftigte ein eigenes unternehmerisches Risiko trägt und in die Arbeitsorganisation eines anderen eingebunden ist. Je mehr der folgenden Punkte eine Plattform-Beschäftigung erfüllt, desto eher liegt eine abhängige Beschäftigung in Form eines Arbeitsverhältnisses vor:

- Der Beschäftigte erhält Arbeitsmittel, wie Laptop, Smartphone, Auto, Fahrrad oder Scooter, zur Verfügung gestellt.
- Er wird in Schicht- oder Dienstpläne eingebunden.
- Er ist – gegebenenfalls zu bestimmten Zeiten – verpflichtet, Aufträge anzunehmen.
- Er erhält Vorgaben, welche Kleidung er tragen soll, in welchem Zustand sein Auto sein muss, wie er sich gegenüber Kunden verhalten soll und welche Preise er gegenüber Kunden – unter Umständen über die Plattform – abrechnen muss.
- Vorgaben zur Tätigkeit werden kontrolliert und bei Verstoß drohen dem Beschäftigten Konsequenzen.
- Er hat Zielvorgaben und erhält eine Belohnung, wenn er diese erreicht, etwa in Form von Gutscheinen.
- Er hat nicht die Möglichkeit, seine Leistung durch einen Dritten, zum Beispiel durch einen Mitarbeiter, erbringen zu lassen.
- Er hat über seine eigene Entlohnung hinaus kein wirtschaftliches Risiko.

Im Ergebnis müssen die Gesamtumstände einer Beschäftigung bewertet werden und zwar anhand der tatsächlich gelebten Zusammenarbeit; vertragliche, insbesondere

Gerichtsurteile zu Plattform-Beschäftigten

- Der EuGH weist in zwei Urteilen darauf hin, dass die **Kontrolle von Uber über seine Fahrer keine reine Vermittlungstätigkeit des Unternehmens** sei. Über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses musste das Gericht in den beiden Fällen aber nicht entscheiden.
- Britische Gerichte haben Uber-Fahrer als „Worker“ eingestuft, was einer Mischung aus Arbeitnehmer und Selbstständigem entspricht. Als solche haben sie **Anspruch auf bezahlte Pausen, bezahlten Urlaub und den britischen Mindestlohn**.
- Das **Sozialgericht Dortmund stuft Taxifahrer im sogenannten Mietmodell als abhängig Beschäftigte** ein. Sie mieten ein Taxi von der Taxizentrale gegen ein kilometerabhängiges Entgelt, erhalten Aufträge von der Taxizentrale und haben, außer im Fall von Wartezeiten und Leerfahrten, kein eigenes unternehmerisches Risiko.
- Das **Landessozialgericht Hamburg entschied eine abhängige Beschäftigung eines Taxifahrers**, dessen zeitlicher Einsatz von vornherein feststand und dem ein Auto zugewiesen wurde.
- **Vor dem Sozialgericht Düsseldorf war ein Kurierfahrer selbstständig tätig**. Er fuhr mit seinem eigenen PKW, trug die Kraftstoffkosten selbst, wählte die Routen aus, wurde pro Zustellung bezahlt und legte seine Pausen selbst fest.

abweichende vertragliche Regelungen sind nicht entscheidend. Ein Arbeitsverhältnis ist im Übrigen mit dem Plattform-Betreiber, aber auch mit dem Kunden denkbar, beispielsweise bei der Vermittlung von Reinigungsleistungen.

Besteht eine wirtschaftliche, aber keine persönliche Abhängigkeit eines Plattform-Beschäftigten, kommt eine Einstufung als arbeitnehmerähnliche Person in Betracht. Das kann etwa der Fall sein, wenn ein Plattform-Beschäftigter die Tätigkeit nicht nur als Nebenjob, sondern als Haupttätigkeit für einen einzigen Plattform-Betreiber ausübt und zudem keine eigenen Mitarbeiter beschäftigt. Arbeitnehmerähnliche Personen sind – entgegen ihrer Bezeichnung – Selbstständige, die vereinzelt den Schutz eines Arbeitnehmers genießen, zum Beispiel Anspruch auf bezahlten Mindesturlaub haben.

Konsequenzen eines (unerkannten) Plattform-Arbeitsverhältnisses

Viele Plattform-Beschäftigte werden – laut vertraglicher Vereinbarung – nicht als Arbeitnehmer, sondern als Selbstständige beschäftigt. Manche, weil sie dies so wünschen, viele aber auch, weil das Geschäftsmodell der Plattform-Betreiber auf dem Einsatz von Selbstständigen beruht, etwa weil das Auftragsvolumen sehr großen Schwankungen unterliegt. Ist diese Einstufung fehlerhaft und handelt es sich, nach der Art und Weise der Zusammenarbeit, tatsächlich um ein Arbeitsverhältnis, liegt eine sogenannte Scheinselbstständigkeit vor. Das kann für den Plattform-Betreiber gravierende Konsequenzen haben – bis hin zur Gefährdung seines Geschäftsmodells.

Im Fall einer Scheinselbstständigkeit droht die Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen, Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteil, nebst Säumniszuschlägen, rückwirkend für bis zu vier Jahre – bei Vorsatz: bis zu 30 Jahre – sowie die Haftung für Lohn- und Einkommenssteuer. Auch eine Straftat wegen des Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen kommt in Betracht. Daneben müssten arbeitsrechtlich Kündigungsschutz, Urlaubsansprüche, auch rückwirkend, Mindestlohn, Entgeltfortzahlung an Feiertagen sowie im Krankheitsfall als nur wenige Beispiele berücksichtigt werden. Auch Unfallschutz müsste gewährt werden.

Regulierungsbemühungen

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) setzt sich in seinem Weißbuch Arbeiten 4.0 vom März

2017 ausführlich mit Plattform-Beschäftigten auseinander. Das Ministerium hat sich zum Ziel gesetzt, eine bessere soziale Absicherung von Selbstständigen und faire Arbeitsbedingungen in der Plattformökonomie zu schaffen und hat dies am sogenannten 2. Riders Day Germany Anfang 2019 zusammen mit der Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (NGG) noch mal bestätigt.

Besteht lediglich eine wirtschaftliche Abhängigkeit, kommt eine Einstufung als arbeitnehmerähnlich Beschäftigter in Betracht.

Sollten diese Arbeitsformen an Bedeutung gewinnen, zieht das BMAS vor allem in Betracht, auf arbeitnehmerähnliche Selbstständige zugeschnittene neue Schutzkonzepte zu entwickeln. In diese Richtung gehen auch Forschungsberichte, die im Auftrag des BMAS

erstellt wurden. Sie schlagen vor, in der Sozialversicherung eine eigene, zusätzliche Kategorie für neue Beschäftigungsformen vorzusehen. Vorgeschlagen wird auch eine Ausweitung des Heimarbeitsgesetzes, was Plattform-Beschäftigte partiell einem arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Schutz unterstellen würde. Andere bringen ein eigenes berufsständiges Versorgungswerk für Plattform-Beschäftigte ins Spiel, um zumindest bei der Altersversorgung Vorkehrungen zu treffen. Wieder andere streben, zusätzlich zu einem Mindestschutz, die Möglichkeit an, Mitbestimmungsstrukturen für Plattform-Beschäftigte zu schaffen, sprich: die Wahl von Betriebsräten sowie den Abschluss von Tarifverträgen.

Ob und welche dieser Vorschläge vom Gesetzgeber aufgegriffen werden, ist aktuell unklar. Gesetzesentwürfe liegen noch nicht vor, denn noch arbeiten die initiierten Denkfabriken und Zukunft-Labs aus Wissenschaft und Praxis.

Gesetzgeber muss verlässliche Lösung schaffen

Deutschland muss verlässliche und transparente Lösungen anbieten, und zwar für Plattform-Betreiber, aber auch für alle anderen bestehenden und künftig neu entstehenden Beschäftigungsgeber. Unternehmen müssen eine verlässliche arbeits- und sozialrechtliche Einordnung ihrer Beschäftigten vornehmen können.

Bis der Gesetzgeber tätig wird, bleibt Plattform-Betreibern nichts anderes übrig, als ihr Geschäftsmodell anhand der bestehenden Abgrenzungskriterien und der sich fortentwickelnden Rechtsprechung immer wieder sorgfältig zu prüfen und danach auszurichten, ob sie ihre Beschäftigten als Selbstständige oder Arbeitnehmer einbinden können. Zur Absicherung können sie eine sogenannte Feststellung der Deutschen Rentenversicherung beantragen. ■

AUTORIN



Dr. Nina Hartmann,
Fachanwältin für Arbeitsrecht und Partnerin,
CMS Hasche Sigle, München,
nina.hartmann@cms-hs.com



INDIVIDUELL BERATEN ZUM ZIEL

JUSTEM

RECHTSANWÄLTE

JUSTEM Rechtsanwälte ist eine auf die arbeitsrechtliche Beratung von nationalen und internationalen Unternehmen spezialisierte Kanzlei. Die Rechtsanwälte bei JUSTEM beraten in allen Bereichen ihres Spezialgebietes Arbeitgeber individuell, konstruktiv und lösungsorientiert.

JUSTEM.DE

JUV 2011
AWARDS

Kanzlei des Jahres
für Arbeitsrecht



Urlaub – nicht in Stein gemeißelt

Für Arbeitgeber wird es immer schwieriger, sich auf den Verfall einmal entstandener Urlaubsansprüche zu berufen. Es scheint, als sei der gesetzliche Urlaubsanspruch in Stein gemeißelt. Doch es gibt nach wie vor Abwehrmechanismen.

► Anfang 2019 folgte das Bundesarbeitsgericht (BAG) der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und legte Arbeitgebern eine umfassende Mitwirkungspflicht auf, bevor der Arbeitgeber sich auf den Verfall von Urlaubsansprüchen berufen kann. Nun gilt: Am Ende des Kalenderjahres oder eines zulässigen Übertragungszeitraums noch bestehende Urlaubsansprüche verfallen nur dann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor in die Lage versetzt hat, seinen Urlaub tatsächlich zu nehmen, und der Arbeitnehmer sich selbst dazu entschieden hat, den ihm zustehenden

Urlaub nicht zu nutzen. Andernfalls können sich Urlaubsansprüche aus mehreren Kalenderjahren bis zur Regelverjährung von drei Jahren ansammeln und sind zu gewähren oder bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzugelten.

Diese neue Rechtsprechung gilt aber nicht für den vertraglichen Mehrurlaub, sondern nur für den gesetzlichen Mindesturlaub. Noch immer gibt es Arbeitgeber, in deren Arbeitsverträgen diese Trennung nicht erfolgt ist. Dann findet die neue Rechtsprechung auf den gesamten Urlaubsanspruch Anwendung.

 **Praxistipp:** Wird individualvertraglicher Mehr-
 urlaub eingeräumt, so sollte dieser im Vertrag gekennzeichnet und vom gesetzlichen Mindesturlaub getrennt werden. So wird direkt deutlich, welcher Teil des Urlaubsanspruchs disponibel ist inwiefern von Gesetz und Rechtsprechung abweichende Verfallsregelungen getroffen werden. Arbeitgeber sollten daher bei Neuabschluss von Arbeitsverträgen auf eine Trennung achten und bei passender Gelegenheit (zum Beispiel Beförderung) bestehende Verträge anpassen.

Für den Arbeitgeber führt diese Mitwirkungspflicht unvermeidbar zu erhöhtem Verwaltungsaufwand. Er erfüllt nach der Rechtsprechung seine Obliegenheit gegenüber dem Arbeitnehmer nämlich nur noch, wenn eine transparente und individualisierte Mitteilung erfolgt, die ihn tatsächlich in die Lage versetzt, den Urlaub zu nehmen.

 **Praxistipp:** Zu Beginn des Kalenderjahres kann
 jedem Arbeitnehmer gegenüber eine individualisierte Mitteilung erfolgen, die den bestehenden Urlaubsanspruch für das kommende Jahr auflistet. Idealerweise wird dabei gleich über die Höhe des Resturlaubs aus dem Vorjahr aufgeklärt. Der Arbeitnehmer muss außerdem über die Rechtsfolgen, den Verfall des Resturlaubs mit Ablauf des Kalenderjahres, aufgeklärt werden, sofern er den Urlaub tatsächlich nicht nehmen sollte. Besonderheiten gelten allerdings im Fall von krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit. Kann Urlaub aufgrund von dauerhafter Krankheit nicht gewährt werden, verfällt dieser nach der Rechtsprechung erst 15 Monate nach dem Ablauf des Kalenderjahres, in den dieser eigentlich gefallen wäre. Dies gilt allerdings nur für den gesetzlichen Mindesturlaub. Auf diese Ausnahme zum Verfall des Urlaubs am Ende des Kalenderjahres sollte unseres Erachtens vorsorglich auch bei der Mitteilung an die Arbeitnehmer zu Beginn des Kalenderjahres unbedingt hingewiesen werden.

Die Mitteilung darf in Textform und somit per E-Mail erfolgen. Auch ein Hinweis in elektronischen Programmen ist denkbar, entscheidend ist aber stets, dass letztlich dokumentiert sein muss (zum Beispiel durch Empfangsbestätigung), dass der Arbeitnehmer diese Mitteilung erhalten hat. Auch der Hinweis auf schriftlichen Urlaubsanträgen in Papierform bietet sich an, wenn diese richtig gestaltet sind.

 **Praxistipp:** Ein Hinweis auf Gehaltsabrech-
 nungen ist dagegen nicht zu empfehlen. Zum einen sind die Angaben zu bestehenden Resturlaubstagen meist unzutreffend. Zum anderen kann

der Zugang des Gehaltsnachweises beim Arbeitnehmer in der Praxis oft nicht bewiesen werden.

Noch sind die Vorgaben des BAG zu Zeitpunkt und Umfang der Mitteilung nicht in allen Einzelheiten geklärt. Zum Zeitpunkt begnügt sich das BAG derzeit mit dem Hinweis, dass diese Mitteilung rechtzeitig erfolgen muss und Arbeitgeber ihre Obliegenheiten mit einer Mitteilung zu Beginn des Jahres erfüllen könnten. Um rechtlich sicherzugehen und auch die praktische Planung besser zu ermöglichen, sollten sich Arbeitgeber tatsächlich bemühen, die Mitteilungen für 2019 jetzt noch möglichst zeitnah nachzuholen. Für 2020 und alle kommenden Jahre sollte die Mitteilung zu Beginn eines Kalenderjahres erfolgen.

Unbedingt zu beachten ist, dass nach dem BAG die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers auch im gekündigten Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der Kündigungsfrist besteht. Damit hat der Arbeitgeber auch nach Ausspruch der Kündigung darauf hinzuwirken, dass Arbeitnehmer ihren Urlaub auch tatsächlich nehmen können, wenn er sich anderenfalls auf den Verfall berufen will.

 **Praxistipp:** Auch im Fall, dass Arbeitnehmer
 bereits gekündigt wurden, ist ein Hinweis unentbehrlich. Arbeitgeber sollten daher den Arbeitnehmern auch im gekündigten Arbeitsverhältnis über die Höhe des noch bestehenden Urlaubs und die Folgen der Nichtinanspruchnahme unterrichten, wenn sie von den gesetzlichen Verfallsregelungen profitieren wollen.

Urlaubsanspruch während Elternzeit und Sabbatical

Dem Entstehen des Jahresurlaubs – sei er nun gesetzlicher, individualarbeitsvertraglicher, tarifvertraglicher oder betriebsverfassungsrechtlicher Natur – steht es grundsätzlich nicht entgegen, dass das Arbeitsverhältnis ruht. Das Bundesarbeitsgericht griff dies nicht zuletzt auch für die Abwesenheit während der Elternzeit oder eines unbezahlten Sonderurlaubes (zum Beispiel Sabbaticals) auf. Dass Urlaubsansprüche nach längerer Elternzeit beträchtliche Ausmaße annehmen und zudem im Falle einer Kündigung zu hohen Abgeltungszahlungen führen können, zeigt unsere anwaltliche Beratungspraxis.

Für die Gewährung eines Sabbaticals ging das BAG bis vor Kurzem davon aus, der Urlaubsanspruch entstände. Nunmehr änderte das BAG aber seine Rechtsprechung vor dem Hintergrund, dass während des Sabbaticals die Hauptleistungspflichten der Parteien ruhen und somit im Ergebnis auch kein Bedarf für Erholungsurlaub bestünde.

NEU Jetzt vorbestellen!

Die beste HR-Strategie für Ihr Unternehmen

Systematisch entwickeln, konsequent umsetzen



Prof. Dr. Gery Bruederlin

1. Auflage, erscheint im November 2019
Luchterhand Verlag (Wolters Kluwer Deutschland)
Hardcover, ca. 300 Seiten, EUR 45,00
ISBN 978-3-472-09612-2

Dieses Grundlagenwerk führt Schritt für Schritt durch den HR-Strategieprozess. Sie erfahren:

- warum es auf Konsistenz ankommt
- welche Grundtypen von HR-Strategien es gibt
- wie Sie die HR-Kernstrategie Ihres Unternehmens festlegen
- wie Sie personalstrategische Handlungsfelder ermitteln
- wie Sie konkrete HR-Maßnahmen definieren und priorisieren
- wie Sie ein strategisches HR-Portfolio entwickeln

www.pwgo.de/hr-strategie

Eine Übersicht unseres gesamten Buchprogramms finden Sie unter www.pwgo.de

Reinlesen und mitreden!

Die digitale HR-Organisation

Wo wir stehen, was wir brauchen



Prof. Dr. Wolfgang Appel /
Michael Wahler (Hrsg.)

1. Auflage 2018, 344 Seiten,
broschiert, EUR 39,00
ISBN 978-3-472-09519-4

Dieses Buch macht Lust auf die digitale Transformation des Personalwesens. Sie erfahren:

- wie die Digitalisierung HR-Zielbilder und Geschäftsmodelle verändert
- wie HR-Abteilungen ihre Strukturen, Prozesse und Systeme umkrempeln
- welchen Nutzen HR Analytics, künstliche Intelligenz oder Robotik bringen
- was im Hinblick auf Arbeitsrecht und Datenschutz zu beachten ist
- wie Personalmanager frische Impulse in der Organisationsentwicklung setzen

www.pwgo.de/digitale-hr-organisation

Praxistipp: Bei der Gewährung eines Sabbaticals sollte in der Sabbaticalvereinbarung eine Klausel aufgenommen werden, welche die aktuelle Rechtsprechung reflektiert und auf den gar nicht erst entstehenden Urlaubsanspruch hinweist, um so spätere Streitigkeiten durch falsche Erwartungen zu vermeiden.

Obwohl es keinen festgeschriebenen Zeitpunkt für die Erklärung gibt – und der Zeitraum der Elternzeit durchaus Jahre betragen kann –, sollte die Kürzungserklärung mit der offiziellen Bestätigung des Elternzeitantrags seitens des Arbeitsgebers verbunden werden. So ist zu empfehlen, die Erklärung bereits in eine Vorlage einzuarbeiten, mit der Elternzeitanträge im Unternehmen standardisiert beantwortet werden.

Praxistipp: Für den Fall der Elternzeit bleibt nach aktueller Gesetzeslage die Möglichkeit, den Urlaubsanspruch für jeden vollen Monat der Abwesenheit um ein Zwölftel zu kürzen (§ 17 Abs. 1 BEEG). Soll dies geschehen, sollte diese Kürzung aus Beweisgründen stets schriftlich oder per E-Mail erfolgen, obwohl an sich kein Formerfordernis besteht. Sie darf erst nach dem Verlangen des Arbeitnehmers auf Elternzeit erfolgen. Eine Kürzung im Nachhinein also nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist nicht möglich.

Die Sage von der Unmöglichkeit der Abgeltung

Sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber können ein Interesse daran haben, Urlaubstage auch im laufenden Arbeitsverhältnis auszahlen zu lassen. Nach weit verbreiteter Auffassung steht dem allerdings das Abgeltungsverbot entgegen. Diese Aussage ist allerdings nicht generell zutreffend. Auch vor einer Beendigung eines Arbeitsverhältnisses kann eine Auszahlung von übrigen Urlaubstagen in bestimmtem Umfang erfolgen und so eine (etwas) flexiblere Gestaltung ermöglichen. Richtig ist, dass der gesetzliche Urlaubsanspruch (20 Tage bei einer Fünftagewoche) nicht abgegolten werden darf. Diese vorgeschriebene Urlaubszeit soll der Erholung des Arbeitnehmers dienen und ist nicht disponibel, auch wenn der Arbeitnehmer dies wünscht. Anders ist dies aber bei den darüber hinaus gehenden Urlaubsansprüchen. Sind diese individualvertraglich vereinbart worden, können sich beide Parteien über deren Abgeltung verständigen.

Erfüllungswirkung von halben Urlaubstagen

Höchststrichterlich nicht abschließend geklärt, aber sehr aktuell, ist die Rechtsprechung zum Anspruch auf Gewährung von halben Urlaubstagen und der Erfüllungswirkung. Das LAG Baden-Württemberg betrachtet halbe Urlaubstage als dem Gesetz fremd und lehnt zum einen den Anspruch des Arbeitnehmers auf deren Gewähr, zum anderen aber auch eine Erfüllungswirkung hinsichtlich des gesetzlichen Erholungsurlaubes ab. Anders urteilte dagegen das LAG Hamburg, welches sowohl den Anspruch auf Gewährung von halben Urlaubstagen als auch deren Erfüllungswirkung bejahte.

Praxistipp: Derzeit ist noch unklar, ob halben Urlaubstagen Erfüllungswirkung zukommt oder nicht. Bis zu einer Klärung durch das BAG sollte – soweit personalpolitisch und operativ vertretbar – eine Gewährung von halben Urlaubstagen vermieden werden.

In der Praxis weit verbreitet ist der Wunsch von Arbeitgebern, bei Freistellung im gekündigten Arbeitsverhältnis Urlaubsansprüche abzugelten. Dies ist allerdings nur in eingeschränktem Umfang möglich und bietet in der Praxis zahlreiche Tücken.

Praxistipp: Unsere Beratungspraxis zeigt, dass Arbeitgeber immer wieder versuchen, Urlaubsansprüche auch während einer widerruflichen Freistellung abzugelten. Dies ist aber nur bei einer unwiderruflichen Freistellung rechtswirksam möglich. Daher sollte auch bei einer in der Praxis häufig vorkommenden Kombination von widerruflicher und unwiderruflicher Freistellung eine klare Abgrenzung erfolgen, um nicht die Unwirksamkeit der Urlaubsabgeltung zu riskieren. Zudem kann eine unwiderrufliche Freistellung unter Urlaubsanrechnung nicht ohne Weiteres mit Anrechnung anderweitigen Verdienstes kombiniert werden.

Geeignete Mittel

Für Arbeitgeber bedeutet die Urlaubsrechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des BAG in der Tat viele formelle Hürden, doch zeigt sich, dass dem zunächst schier überwältigend wirkenden Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers mit geeigneten Mitteln in vielerlei Hinsicht entgegengewirkt werden kann. ■

AUTOREN



Dr. Martin Lüderitz, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Addleshaw Goddard (Germany) LLP, Hamburg, martin.luederitz@aglaw.com



Jens Peters, LL. M. (Stellenbosch University), Addleshaw Goddard (Germany) LLP, Hamburg, jens.peters@aglaw.com

Immer informiert. Immer eine Lösung.

Ob aktuelle Fachbeiträge zum **Arbeitsrecht, Personalmanagement** oder monatliche **Urteils- und Gesetzesupdates** – so verpassen Sie garantiert nichts mehr!

Personalpraxis24.de



**JETZT VIER
WOCHEN GRATIS
TESTEN!**

Fordern Sie noch heute
Ihren persönlichen
4-Wochen-Testzugang an!
www.personalpraxis24.de



TaylorWessing

NEW WORK MEETS THE RULE OF LAW

Ob People Analytics, Social Scoring
oder agiles Projektmanagement:

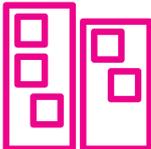
Die Arbeitswelt der Zukunft stellt
das deutsche Arbeitsrecht auf den
Kopf. Kreativität ist gefragt, um
diese Phänomene arbeitsrechtlich
zu erfassen. Und Risiken für Ihr
Unternehmen so zu minimieren.

Kreativität ist für unserer über 60
Arbeitsrechtler in Deutschland All-
tag. Kontaktieren Sie unsere Vor-
denker für das Recht der digitalen
Zukunft jederzeit gerne!

Europe | Middle East | Asia taylorwessing.com



 **1100+**
Anwälte

 **33**
Büros

 **18**
Länder