



# Newsletter Arbeitsrecht

---

Ausgabe 4 / 2020

Aktuelles Arbeitsrecht 2021

BAG: Umfang der Unterrichtungspflicht des Betriebsrates

BAG: Kündigungsschutz von Datenschutzbeauftragten

BAG: Vorsorgliche Urlaubsgewährung bei fristloser Kündigung

LAG Hessen: Eingliederung in einen Betrieb bei Matrixstruktur

LAG Köln: Keine betriebsbedingte Kündigung bei dauerhaftem Einsatz von Leiharbeitnehmern

ArbG Emden: Arbeitszeiterfassung und Vertrauensarbeitszeit

ArbG Augsburg: Anspruch auf Homeoffice oder Einzelbüro?

Bevorstehende Veranstaltungen

Aktuelle Veröffentlichungen

Ihre Ansprechpartner bei GÖHMANN

# Aktuelles Arbeitsrecht 2021

## I. Pressemitteilung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat in seiner Pressemitteilung vom 21.12.2020 ( <https://www.bmas.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/das-aendert-sich-2021.html> ) auf verschiedene Gesetzesänderungen im Jahr 2021 hingewiesen. Diese betreffen insbesondere die Regelungen über Kurzarbeit, Insolvenz, Betriebsverfassung und das Sozialversicherungsrecht.

## II. Neuer Entwurf über ein Mobile-Arbeit-Gesetz

Nach dem ersten Entwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales über ein Mobile-Arbeit-Gesetz aus Oktober 2020 gab es viel Kritik. Diese bezog sich vor allem auf den vorgesehenen Rechtsanspruch auf Homeoffice. Nun wurde ein neuer Referentenentwurf vorgelegt. Weiterhin soll hierdurch ein rechtlicher Rahmen für die Arbeit im Homeoffice geschaffen werden. Von der ursprünglichen Idee eines Rechtsanspruchs auf regelmäßige mobile Arbeit ist aber lediglich ein Erörterungsanspruch geblieben. Einigen sich die Arbeitsvertragsparteien nicht über die von dem Arbeitnehmer gewünschte mobile Arbeit, muss der Arbeitgeber den Antrag form- und fristgerecht ablehnen und seine Ablehnung begründen. Versäumt er dies, tritt eine gesetzliche Fiktion ein und die mobile Arbeit gilt entsprechend den Wünschen des Arbeitnehmers für die Dauer von maximal sechs Monaten als festgelegt.

## III. Betriebsrätestärkungsgesetz

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat Ende Dezember 2020 einen Referentenentwurf über ein Gesetz zur Förderung der Betriebsratswahlen und zur Stärkung der Betriebsräte (Betriebsrätestärkungsgesetz) vorgelegt.

Der Entwurf enthält insbesondere Regelungen über

- die Ausweitung des vereinfachten Wahlverfahrens in kleinen und mittleren Betrieben;
- die Stärkung des Kündigungsschutzes für Initiatoren einer Betriebsratswahl;
- die Erweiterung der Beteiligungsrechte der Betriebsräte bei der Berufsbildung;
- die Beteiligungsrechte der Betriebsräte bei der Einführung von Künstlicher Intelligenz (KI) im Betrieb, insbesondere bei der Festlegung von Auswahlrichtlinien zur Personalauswahl;
- die dauerhafte Möglichkeit, Sitzungen mittels Video- und Telefonkonferenz durchzuführen
- die dauerhafte Möglichkeit, Betriebsvereinbarungen unter Nutzung einer qualifizierten elektronischen Signatur abzuschließen und
- ein neues Mitbestimmungsrecht der Betriebsräte bei der Ausgestaltung mobiler Arbeit in § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG.

## IV. Änderungskündigung zur Einführung von Kurzarbeit

Das Arbeitsgericht Stuttgart hat in einem Urteil vom 22.10.2020 - 11 Ca 2950/20 - entschieden, dass eine fristlose Änderungskündigung zur Einführung von Kurzarbeit im Einzelfall gerechtfertigt sein kann.

## V. Nicht vergessen: Umsetzung der EU-Whistleblower-Richtlinie

Bis zum 16.12.2021 muss die EU-Whistleblower-Richtlinie (RL (EU) 2019/1937) durch den Gesetzgeber in nationales Recht umgesetzt werden. Arbeitgeber sollten bereits jetzt Vorbereitungen treffen, um rechtzeitig ein funktionierendes Meldesystem vorweisen zu können. Über die Anforderungen haben wir in unserem Newsletter 4 / 2019 berichtet ( <https://www.goehmann.de/aktuelles/newsletter-arbeitsrecht-4-2019/> ).

*Dr. Gunnar Straube und Dr. Jennifer Rasche, Fachanwälte für Arbeitsrecht, Hannover*

# Umfang der Unterrichtungspflicht des Betriebsrates vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung

BAG, Urteil vom 07.05.2020 - 2 AZR 678/19

## Der Fall

Die Parteien stritten vorrangig über die Wirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung. Der Personalleiter der Beklagten hörte den Betriebsrat mit Schreiben vom 02.03.2018 zur beabsichtigten außerordentlichen fristlosen, hilfsweise ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger an. Das Gremium stimmte beiden Kündigungen am 05.03.2018 zu. Mit Schreiben vom 07.03.2018, dem Kläger zugegangen am 08.03.2018, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich.

Die Vorinstanzen hatten der Klage stattgegeben und bezüglich der Betriebsratsanhörung festgestellt, dass diese unter anderem deswegen fehlerhaft sei, weil die Beklagte es versäumt habe, den Betriebsrat im erforderlichen Umfang über die Tatsachen zu unterrichten, die diesen in die Lage versetzt hätten, selbstständig zu prüfen, ob arbeitgeberseitig die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB eingehalten worden sei. Dies gehöre zum notwendigen Inhalt der Information des Betriebsrats vor dem Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung.

## Die Entscheidung

Das Bundesarbeitsgericht hat dieser Ansicht nunmehr eine Absage erteilt. Die Wahrung der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB gehöre nicht zu den „Gründen für die Kündigung“ im Sinne des § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG, über die der Arbeitgeber den Betriebsrat unterrichten müsse.

Ein solches Erfordernis überdehne die Zwecke des Anhörungsverfahrens. Es liefe darauf hinaus, dem Gremium die – objektive – Überprüfung der Wirksamkeit der beabsichtigten Kündigung zu ermöglichen.

## Unser Kommentar

Die Entscheidung ist zu begrüßen. Arbeitgebern bringt sie Klarheit über den Umfang der Unterrichtungspflicht in einem wichtigen Punkt und beschränkt gleichzeitig die richterliche Überprüfung der Betriebsratsanhörung auf das Wesentliche.

Wer allerdings meint, der Arbeitgeber müsse dem Betriebsrat nun gar keine zeitlichen Angaben mehr liefern, geht fehl. Die grundsätzliche Angabe, wann der Kündigungssachverhalt sich zugetragen hat, ist insofern erforderlich, als es dem Betriebsrat nur so ermöglicht wird, die Stichhaltigkeit und das Gewicht der Kündigungsgründe zu beurteilen und sich über sie eine eigene Meinung zu bilden. Zum anderen dürften dem Betriebsrat mögliche – durch das Gesetz nicht inhaltlich begrenzte – Einwände gegen die beabsichtigte Kündigung nicht gezielt abgeschnitten werden. Das gelte auch für den möglichen Einwand, eine außerordentliche Kündigung sei aus Sicht des Gremiums verfristet.

Dass im Falle von freiwilligen Angaben durch den Arbeitgeber gegenüber dem Betriebsrat, die für die Einhaltung der Frist des § 626 Abs. 2 BGB von Bedeutung sind, diese wahrheitsgemäß erfolgen müssen, hat das Bundesarbeitsgericht noch einmal bekräftigt. Dies sollte indes eine Selbstverständlichkeit sein.

*Juliane Krauß, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Berlin*

# Kündigungsschutz von Datenschutzbeauftragten

BAG, EuGH-Vorlage vom 30.07.2020 - 2 AZR 225/20 (A)

## Der Fall

Die Klägerin arbeitete seit dem 15.01.2018 für die Beklagte und war seit dem 01.02.2018 zusätzlich zur betrieblichen Datenschutzbeauftragten für die beklagte Arbeitgeberin bestellt. Als privatrechtlich organisiertes Unternehmen mit mehr als 50 Beschäftigten war die Arbeitgeberin zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten verpflichtet.

Die Beklagte kündigte unter dem 13.07.2018 das Arbeitsverhältnis ordentlich aus betriebsbedingten Gründen wegen einer Umstrukturierungsmaßnahme. Im Kündigungsschreiben widerrief die Arbeitgeberin zeitgleich die Bestellung der Klägerin zur Datenschutzbeauftragten.

## Die Entscheidung

Das Arbeits- und das Landesarbeitsgericht haben die Kündigung wegen eines Verstoßes gegen die Kündigungsbeschränkungen aus dem Bundesdatenschutzgesetz für unwirksam gehalten und der Klage stattgegeben.

Die Kündigung verstieß nach Ansicht beider Gerichte gegen § 6 Abs. 4 S. 2 BDSG, wonach die Kündigung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten durch seinen Arbeitgeber unzulässig sei, wenn keine Tatsachen vorliegen, die zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigen. Diese Regelung gelte gem. § 38 Abs. 1 BDSG für Betriebe, die zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten verpflichtet sind und habe hier daher Anwendung zu finden.

Die von der beklagten Arbeitgeberin geplante Umstrukturierungsmaßnahme sei nicht ausreichend gewesen, um eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen.

Das Bundesarbeitsgericht setzte nun das Verfahren aus und legte dem Europäischen Gerichtshof die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die DSGVO des Unionsrechts dahingehend auszulegen ist, dass sie der Bestimmung des BDSG entgegenstehe, wonach die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Datenschutzbeauftragten stets unzulässig ist – unabhängig davon, ob die Kündigung wegen der Erfüllung der Aufgaben des Datenschutzbeauftragten erfolgt.

Das Bundesarbeitsgericht hat mit dieser Vorlage dargelegt, dass zumindest Zweifel bestehen, ob die deutsche Regelung im BDSG so geschaffen werden durfte: Die DSGVO sieht einen so weitreichenden Schutz eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten jedenfalls nicht ausdrücklich vor. Geregelt ist in Art. 38 DSGVO, dass der Datenschutzbeauftragte wegen der Erfüllung seiner Aufgaben nicht abberufen oder diskriminiert werden darf.

Die DSGVO gilt verbindlich und unmittelbar in den Mitgliedstaaten der EU und verfolgt die Zielsetzung der Harmonisierung der verschiedenen nationalen Datenschutzrechte. Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob Art. 38 DSGVO auch den Erlass einer nationalen Regelung zum Sonderkündigungsschutz zulässt, oder ob dieser Sonderkündigungsschutz eine zu weitreichende Regelung darstellt, für die es auch keine sonstige Gesetzgebungskompetenz der nationalen Mitgliedsstaaten gibt.

## Unser Kommentar

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs bleibt abzuwarten. Sollte der Europäische Gerichtshof zu dem Ergebnis gelangen, dass die Regelungen der DSGVO der nationalen Regelung im BDSG entgegenstehen, dürften in Zukunft Änderungen im Hinblick auf das gesetzliche Verbot jeder ordentlichen Kündigung eines Arbeitnehmers, der Datenschutzbeauftragter ist, zu erwarten sein. Die DSGVO würde in diesem Fall Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht genießen.

*Ulrike Brinkmann, Rechtsanwältin, Bremen*

## Vorsorgliche Urlaubsgewährung bei fristloser Kündigung

BAG, Urteil vom 25.08.2020 - 9 AZR 612/19

### Der Fall

Ein Arbeitgeber kündigte einem Mitarbeiter fristlos, hilfsweise fristgerecht. In dem Kündigungsschreiben heißt es:

*„Für den Fall der Wirksamkeit der fristlosen Kündigung gelte ich Ihnen bis zum Kündigungszeitpunkt nicht genommenen Urlaub ab. [...]“*

Für den Fall der ordentlichen Kündigung:

*„Sie werden Ihnen sämtlichen noch nicht genommenen Urlaub direkt im Anschluss an den Zeitpunkt des Zugangs dieser Kündigung in der Zeit vom 19.09.2017 bis 11.10.2017 nehmen. Die gezahlte Abgeltung ist dann als Zahlung des Urlaubsentgelts für den betreffenden Zeitraum zu verstehen. [...]“*

Der Mitarbeiter erhob Kündigungsschutzklage. Die Parteien schlossen in dem Rechtsstreit sodann einen Vergleich, wonach das Arbeitsverhältnis bis zum 31.10.2017 fortbestand. Der Beklagte rechnete das Arbeitsverhältnis bis zum 31.10.2017 ab und behandelte die bereits gezahlte Urlaubsabgeltung als Urlaubsentgelt.

Der Kläger war der Auffassung, der Beklagte habe die bereits geleistete Urlaubsabgeltung nicht nachträglich als Urlaubsentgelt behandeln dürfen und klagte auf Annahmeverzugslohn für den Zeitraum der vorsorglichen Urlaubsgewährung. Die vorsorgliche Urlaubsgewährung für den Fall der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung sei nach Ansicht des Klägers nicht zulässig, da zum Zeitpunkt der Urlaubserteilung für ihn nicht klar gewesen, ob überhaupt eine Arbeitspflicht bestanden habe und der Urlaubszweck nicht erreicht werden könne, weil er sich nach Erhalt der außerordentlichen Kündigung bei der Agentur für Arbeit habe arbeitsuchend und arbeitslos melden und für Vermittlungsangebote habe bereithalten müssen.

### Die Entscheidung

Das Bundesarbeitsgericht lehnte den Anspruch des Klägers ab. Die Voraussetzungen für den Annahmeverzugslohn sind nicht erfüllt, wenn einem Arbeitnehmer für den fraglichen Zeitraum Urlaub gewährt wurde. Dies ist hier der Fall, da der Beklagte in dem Kündigungsschreiben für den fraglichen Zeitraum vom 19.09.2017 bis 11.10.2017 wirksam Urlaub erteilt hatte.

Für die Urlaubserteilung ist ein dem Arbeitgeber mitgeteilter Urlaubswunsch keine Voraussetzung, solange ein solcher bei der Urlaubsfestlegung berücksichtigt wird.

Zudem kann der Arbeitgeber Urlaub auch vorsorglich gewähren für den Fall, dass eine Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht auflöst. In diesem Fall muss der Arbeitgeber aber eindeutig zum Ausdruck bringen, dass der Arbeitnehmer für den betroffenen Zeitraum endgültig von der Arbeitspflicht befreit wird und das Urlaubsentgelt entweder vor Urlaubsantritt zahlen oder die Zahlung vorbehaltlos zusagt. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

Der Urlaubsgewährung steht auch nicht entgegen, dass bis zum Vergleichsschluss Ungewissheit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bestand.

Auch die dem Kläger nach Ausspruch der Kündigung gegenüber der Agentur für Arbeit obliegenden Mitwirkungshandlungen, stellen keine der Erfüllung von Urlaubsansprüchen entgegenstehenden Hindernisse dar.

### Unser Kommentar

Eine für Arbeitgeber erfreuliche Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts. Arbeitgeber können sich somit durch eine korrekte vorsorgliche Urlaubserteilung im Falle einer Kündigung (und eines Kündigungsschutzprozesses) Urlaubsabgeltungsansprüche ersparen.

*Denise Blankenburg, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Frankfurt*



## Eingliederung in einen Betrieb bei Matrixstruktur

LAG Hessen, Urteil vom 26.08.2020 - 2 Sa 119/20

### Der Fall

Der Kläger hatte zwar einen Arbeitsvertrag mit einer deutschen Gesellschaft (Beklagte), berichtete aber direkt an den CEO der US-amerikanischen Muttergesellschaft. Die von ihm zuletzt ausgeübte Funktion war in der globalen, gesellschaftsübergreifenden Matrixorganisation des Konzerns neu geschaffen worden und hatte eine zentrale Verantwortung für die weltweiten Marketing-, Produktentwicklungs- und Vertriebsaktivitäten des Konzerns zum Gegenstand. Als CCO unterstanden dem Kläger fachlich in diversen Konzerngesellschaften angestellte „Local Sales Manager“, von denen einer bei der Beklagten tätig war. Der Kläger genehmigte Spesenabrechnungen sowie Urlaubsanträge der ihm direkt unterstellten Mitarbeiter der Beklagten und führte mit diesen auch Zielvereinbarungsgespräche. Der Kläger verfügte über ein Büro in den Räumen des Betriebs der Beklagten, arbeitete aber auch von zu Hause und absolvierte in erheblichem Umfang weltweite Dienstreisen. Weisungen vom Geschäftsführer der Beklagten erhielt er nicht. Hingegen nahm er an den Sitzungen des „Board of Directors“ der Muttergesellschaft teil und beantragte auch bei deren CEO Urlaub.

Nachdem die Muttergesellschaft die Stelle des Klägers gestrichen hatte, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis aus betriebsbedingten Gründen.

### Die Entscheidung

Das Hessische LAG kam zum Ergebnis, dass die Kündigung unwirksam ist, da der Kläger auf einer anderen Position bei der Beklagten hätte weiterbeschäftigt werden können.

Das Gericht stellte zunächst fest, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten ein Arbeitsverhältnis bestand. Unerheblich sei in diesem Zusammenhang, dass der Berichtsweg zu einer nicht bei der Beklagten beschäftigten Person führt. Denn das Weisungsrecht des Arbeitgebers kann im Wege der Stellvertretung bzw. der Ermächtigung durch Dritte ausgeübt werden.

Der Kläger unterliege auch dem allgemeinen Kündigungsschutz. Insbesondere sei der Kläger zum Zeitpunkt der Kündigung Teil des Betriebes der Beklagten gewesen. Denn der Kläger war fachlicher Vorgesetzter von Mitarbeitern dieses Betriebes der Beklagten, nutzte dabei die materiellen Betriebsmittel der Beklagten und war punktuell Ansprechpartner des Personalleiters für bestimmte Themen. Unerheblich für eine Eingliederung sei hingegen, dass der Kläger einen erheblichen Teil seiner Arbeitszeit mit Dienstreisen verbrachte. Unerheblich sei insoweit auch, wie häufig die zur Verwirklichung des Betriebszwecks durchgeführten Tätigkeiten erfolgten und wie viel Zeit diese in Anspruch nahmen. Bei sog. Mischform-Konstellationen, in denen von einem Arbeitnehmer Betriebszwecke des eigenen Arbeitgebers und eines externen Dritten erfüllt werden, sei in der Matrixstruktur eine Zurechnung sowohl zum Betrieb des Vertragsarbeitgebers wie auch zum Betrieb der steuernden Einheit möglich. Der Kläger sei auch der betrieblichen Leitungsmacht der Beklagten unterworfen gewesen, da das Verhalten der Muttergesellschaft der Beklagten als Leiterin des Betriebes zuzurechnen gewesen sei.

### Unser Kommentar

Der Fall zeigt, dass bereits bei der Errichtung – nationaler oder internationaler – Matrixstrukturen konzeptionelle, tatsächliche Zuordnungen vorgenommen werden sollten, die später eine rechtliche Bewertung vorhersehbar und argumentierbar machen.

*Dr. Gunnar Straube, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hannover*

## Keine betriebsbedingte Kündigung bei dauerhaftem Einsatz von Leiharbeitnehmern

LAG Köln, Urteil vom 02.09.2020 - 5 Sa 14/20

### Der Fall

Das beklagte Unternehmen, ein Zulieferer der Automobilbranche, kündigte mehreren Mitarbeitern der Stammbesellschaft betriebsbedingt. Begründet wurde die Kündigung mit einem Auftragsrückgang in der Autoproduktion, der zu einem Personalüberhang bei dem beklagten Unternehmen führte. Das beklagte Unternehmen beschäftigte neben der Stammbesellschaft auch Leiharbeiter. In einem Zeitraum von zwei Jahren vor Ausspruch der betriebsbedingten Kündigungen setzte es sechs Leiharbeiter durchgehend, mit Ausnahme von Weihnachten und während der Betriebsferien, im Betrieb ein.

### Die Entscheidung

Das Landesarbeitsgericht sah die betriebsbedingten Kündigungen als unwirksam an, da im Unternehmen andere „freie“ Arbeitsplätze bestünden auf denen die Mitarbeiter eingesetzt werden könnten. Im Kern setzte sich das Landesarbeitsgericht mit der Frage auseinander, ob der Einsatz der auf diesem Arbeitsplatz beschäftigten Leiharbeiter als vorübergehend oder dauerhaft anzusehen war.

Das Bundesarbeitsgericht sieht in ständiger Rechtsprechung Arbeitsplätze, die mit Leiharbeitnehmern besetzt sind, dann nicht als freie Arbeitsplätze im Rechtssinne an, wenn der Einsatz der Leiharbeiter nur vorübergehend ist (vgl. BAG, Urteil vom 18.10.2012 - 2 AZR 289/11). Die Leiharbeiter seien in diesen Fällen nur als Personalreserve zur Abdeckung eines Vertretungsbedarfs beschäftigt und stünden dem Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit der Stammbesellschaft nicht entgegen.

Anders hingegen, wenn der Personalbedarf und der Einsatz der Leiharbeiter nicht nur

vorübergehend sei, so dass Landesarbeitsgericht. Dieses sah die Grenze des vorübergehenden Vertretungsbedarfs als überschritten an.

Der Einsatz von Leiharbeitnehmern über einen Zeitraum von zwei Jahren, der fortlaufend und nicht von größeren Unterbrechungen gekennzeichnet sei, stelle einen dauerhaften Bedarf dar und überschreite die vom Bundesarbeitsgericht anerkannte Personalreserve. Dabei sei es auch unerheblich, ob über den Zeitraum immer wieder unterschiedliche Mitarbeiter ausfielen, für die das Unternehmen die Leiharbeiter vorhielte. Denn wenn regelmäßig Mitarbeiter in einem gewissen Umfang ausfallen, könne man nicht mehr von einem schwankenden Arbeitsvolumen und damit Bedarf an Leiharbeitnehmern sprechen. Vielmehr bestünde in diesen Fällen ein dauerhaft vorhandenes Arbeitsvolumen.

Das Landesarbeitsgericht zog hierfür auch die ständige Rechtsprechung zum Befristungsrecht heran, nach der ein Sachgrund für eine Befristung nicht in einer Vertretung gesehen werden könne, wenn damit ein dauerhafter Bedarf gedeckt werden soll. Bei einem dauerhaften Bedarf bestünde somit ein an sich freier Arbeitsplatz, der vor dem Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung eines Stammmitarbeiters einbezogen werden müsste.

### Unser Kommentar

Vor dem Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung bei zeitgleichem Einsatz von Leiharbeitnehmern ist vorab zu prüfen, ob die Leiharbeiter tatsächlich nur vorübergehend als Personalreserve eingesetzt werden. Dann wäre eine Kündigung des Stammpersonals möglich, da kein anderer dauerhafter freier Arbeitsplatz im Unternehmen bestünde. Anders hingegen, wenn ein Arbeitsplatz dauerhaft mit Leiharbeitnehmern besetzt wird. Dann ist der Bedarf als dauerhaft anzusehen, sodass grundsätzlich ein freier Arbeitsplatz besteht. Eine betriebsbedingte Kündigung ist dann unzulässig.

*Annett Haberland, Rechtsanwältin, Braunschweig*

## Arbeitszeiterfassung und Vertrauensarbeitszeit

ArbG Emden, Urteil vom 24.09.2020 - 2 Ca 144/20

### Der Fall

Die Klägerin war bei der beklagten Arbeitgeberin beschäftigt. Es war Vertrauensarbeitszeit vereinbart. Hierbei hat die Klägerin die von ihr geleistete Arbeitszeit mit einer von der Arbeitgeberin zur Verfügung gestellten Software erfasst. Nachdem die Klägerin das Arbeitsverhältnis durch Eigenkündigung beendet hat, macht sie nunmehr die Vergütung von ca. 1000 Überstunden geltend. Die Beklagte vertritt die Ansicht, dass die Überstunden nicht von ihr veranlasst worden seien, insbesondere auch nicht geduldet wurden und daher auch nicht zu vergüten seien.

### Die Entscheidung

Das Arbeitsgericht Emden ist der Ansicht, dass der Klägerin der Zahlungsanspruch zusteht. Indem die Klägerin vorgetragen hat, an welchen Tagen sie von wann bis wann Arbeit geleistet habe oder sich auf Weisung der Beklagten bereitgehalten habe, habe sie ihrer Darlegungslast genügt. Vorliegend habe die Beklagte die Überstunden geduldet. Das Bestreiten der Beklagten sei hier nicht ausreichend. Eine Duldung sei – entgegen der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts – bereits dann anzunehmen, wenn der Arbeitgeber zwar keine Kenntnis von den Überstunden gehabt habe, diese Kenntnis sich aber durch Einsichtnahme in die Arbeitszeiterfassung, zu deren Überwachung und Kontrolle er verpflichtet ist, verschaffen könnte.

Das Arbeitsgericht vertritt hier eine andere Rechtsauffassung als das Bundesarbeitsgericht. Hierbei nimmt es Bezug auf eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 14.05.2019. Dieser hatte festgestellt, dass die Mitgliedsstaaten die Arbeitgeber verpflichten

müssen, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von jedem Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeit gemessen werden kann.

Diese Entscheidung, so das Arbeitsgericht, führt dazu, dass die Möglichkeit zur Kenntnisnahme – nämlich der Einsicht in die Zeiterfassung – ausreicht, um geleistete Überstunden zu kennen. Diese gelten dann als geduldet, wenn der Arbeitgeber diese nicht „verhindert“. Der Vortrag der Beklagten, sie habe aufgrund der Vertrauensarbeitszeit die Arbeitszeiterfassung nicht kontrolliert, genügt nicht, um hier eine Duldung der Überstunden zu widerlegen.

### Unser Kommentar

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs hatte im Jahr 2019 große Aufmerksamkeit auf sich gezogen. Insbesondere bestand eine Diskussion, ob Arbeitgeber nunmehr sofort verpflichtet sind, Arbeitszeiten genauer zu dokumentieren. Aus der Entscheidung ergab sich aber, dass es zunächst der Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber bedarf. Dieser muss die Anforderungen des Europäischen Gerichtshofes umsetzen. Solange dieses nicht geschehen ist, besteht auch keine erhöhten Verpflichtungen für privatrechtliche Arbeitgeber im Hinblick auf die Arbeitszeiterfassung.

Das Urteil des Europäischen Gerichtshofes hat auf die Darlegungs- und Beweislast in einem Rechtsstreit über die Vergütung von Überstunden keinen Einfluss. Das Arbeitsgericht Emdens ist das erste Gericht in Deutschland, das die Ansicht vertritt, dass die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes unmittelbare Auswirkungen auf privatrechtliche Arbeitsverträge hat. Es bleibt abzuwarten, ob andere Arbeitsgerichte sich dieser Entscheidung anschließen.

Hinsichtlich des Gesetzgebungsverfahrens ist leider bis heute nicht bekannt, wann mit einem Gesetz zu rechnen ist.

*Julia Schönfeld, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Fachanwältin für Sozialrecht, Bremen*



# Anspruch auf Homeoffice oder Einzelbüro?

ArbG Augsburg, Urteil vom 07.05.2020 - 3 Ga 9/20

## Der Fall

Der Kläger ist 63 Jahre alt. Er teilt sich das Büro mit einer Kollegin. Aufgrund eines ärztlichen Attestes beehrte er von der Beklagten, ihm, solange das Risiko einer Sars-CoV-2-Infektion bestehe, die Arbeit im Homeoffice zu gestatten oder, wenn dies aus organisatorischen Gründen nicht möglich sei, ein Einzelbüro zuzuweisen.

Die Beklagte lehnte dies ab und verwies darauf, dass für die Dauer der Zeit, in der der Kläger anwesend sei, die Kollegin in einem anderen Büro beschäftigt werde.

## Die Entscheidung

Das Gericht hat die Klage abgewiesen. Weder aus dem Arbeitsvertrag noch aus dem Gesetz ergibt sich ein Anspruch auf eine Tätigkeit im Homeoffice. Auch ein Anspruch auf eine Tätigkeit im Einzelbüro wurde abgelehnt. Schutzmaßnahmen könnten auch bei mehreren Arbeitnehmern im Büro ergriffen werden.

Es ist Sache des Arbeitgebers zu entscheiden, wie er seinen Verpflichtungen zum Schutz der Arbeitnehmer gem. § 618 BGB nachkommt. Vorliegend hatte der Arbeitgeber mitgeteilt, dass der Kläger während seiner Tätigkeit allein im Büro sein werde.

## Unser Kommentar

Die Entscheidung des Arbeitsgerichts ist sehr knapp begründet. Die Ausführungen zu § 618 BGB sind nachvollziehbar.

Dem Arbeitgeber steht insoweit ein Ermessen hinsichtlich der zu ergreifenden Maßnahmen zu. Unter dem Gesichtspunkt der kurzfristigen Durchsetzung von Ansprüchen auf Homeoffice

wird die Entscheidung wohl weiter Bedeutung haben.

Aber es zeichnet sich ab, dass es bei diesen Fragen zu Veränderungen kommen wird.

So sieht der gegenwärtig in der Diskussion befindliche Referentenentwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit vor, dass Arbeitnehmer unter Einhaltung einer Ankündigungsfrist von drei Monaten verlangen können, mobil zu arbeiten. Der Arbeitgeber muss dies mit dem Arbeitnehmer erörtern. Sofern der Arbeitgeber die mobile Arbeit ablehnt, hat er dies in Textform zu erläutern. Wenn der Arbeitgeber seiner Erörterungspflicht oder der Erklärungspflicht nicht nachkommt gilt die mobile Arbeit für die mitgeteilte Dauer längstens für sechs Monate als genehmigt.

Auch wenn ein darüberhinausgehender Rechtsanspruch zurzeit im Entwurf nicht vorgesehen ist, machen die Verankerung der mobilen Arbeit in der Gewerbeordnung und die umfangreichen Erörterungspflichten deutlich, dass hier ein Wandel eintritt.

Nicht im Entwurf angesprochen ist hingegen die Frage, ob auch der Arbeitgeber von Arbeitnehmern verlangen kann, ganz oder teilweise mobil zu arbeiten. Mobiles Arbeiten und Homeoffice werden auch über die Corona-Pandemie hinaus Bedeutung haben. Die nunmehr angestoßene Veränderung in der tatsächlichen Handhabung ist nicht aufzuhalten. Gleichzeitig sind aber viele rechtliche Frage zum Beispiel Arbeitsschutz, Datenschutz oder Arbeitszeiten im Homeoffice zu klären.

*Dr. Stefan Sasse, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Magdeburg*

## Bevorstehende Veranstaltungen

- 02.03.2021: „Interessenausgleich und Sozialplan in der Coronakrise“, Präsenz- und Online-Seminar, Rechtsanwaltskammer Celle, 12:30 Uhr bis 18:00 Uhr, Anmeldung unter <https://www.rak-seminare.de/mobileworker.php?action=info&ID=16137> (Dr. Gunnar Straube und Dr. Jennifer Rasche).
- November 2021: „Restrukturierungen und Arbeitsrecht“, Online-Seminar der Deutsche**Anwalt**Akademie, konkreter Termin und Anmelde-link werden noch bekannt gegeben (Dr. Gunnar Straube, Dr. Jennifer Rasche).

## Aktuelle Veröffentlichungen

- Anmerkung zu LAG Hessen, Urteil vom 11.09.2020 - 14 Sa 349/20, Wirkung einer Freistellungsver-  
einbarung, ArbRAktuell 2020, 659 (Dr. Gunnar Straube)
- Anmerkung zu VG Köln, Beschluss vom 06.10.2020 - 33 K 1757/20, Behinderung einer Personalrats-  
wahl durch Corona-Maßnahmen, ArbRB 2020, 376 (Dr. Stefan Sasse)
- Anmerkung zu LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 01.09.2020 - 5 Sa 208/19, Vorbehaltlose  
Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses hebt Rechtswirkung einer vorherigen Kündigung auf, ArbRB 2020,  
335 (Dr. Stefan Sasse)
- Verletzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit durch § 16 Abs. 2 TV-L, EuZA 2020, 476 bis 485 (Dr. Jennifer  
Rasche und Marilena Sülzle)
- Anmerkung zu BAG, Urteil vom 13.05.2020 - 4 AZR 489/19, Unwirksamkeit einer tariflichen Regelung  
– Pflicht zur „arbeitsvertraglichen Nachvollziehung“ des Tarifwerks, ArbRB 2020, 303 (Dr. Stefan  
Sasse)

## Ihre Ansprechpartner bei GÖHMANN

Wir gehören zu den größten arbeitsrechtlichen Beratungspraxen in Norddeutschland. Die Arbeitsgruppe wird von Frau Julia Schönfeld und Herrn Dr. Gunnar Straube geleitet. Informationen zu den Anwältinnen und Anwälten der Arbeitsgruppe Arbeitsrecht finden Sie unter <https://www.goehmann.de/kompetenzen/arbeitsrecht/>.



**Denise  
Blankenburg**  
Frankfurt a.M.

**Ulrike Brinkmann**  
Bremen



**Annett Haberland**  
Braunschweig



**Dr. Karl von  
Hülsen**  
Berlin



**Juliane Krauß**  
Berlin



**Dr. Lisa von  
Laffert**  
Berlin



**Dr. André Pietrek**  
Hannover



**Dr. Jennifer  
Rasche**  
Hannover



**Dr. Henning  
Rauls**  
Braunschweig



**Dr. Stefan Sasse**  
Magdeburg



**Julia Schönfeld**  
Bremen



**Dr. Gunnar  
Straube**  
Hannover



**Marilena Sülzle**  
Hannover



**Dr. Teemu Tietje**  
Bremen