

Nr. 12 / Dezember 2021



Newsletter Arbeitsrecht

In dieser Ausgabe:

IHK-Vollversammlungswahl 2022-2027	2
Kein Anspruch auf mobile Arbeit im oder aus dem Ausland	3
Arbeitszeiterfassung bei Vertrauensarbeitszeit.....	3
Datenschutz beim bEM	4
Kündigung wegen Ablehnung von Kurzarbeit.....	5
Äußerungen im WhatsApp-Chat als Kündigungsgrund?	5
Sozialversicherungspflicht eines „Freien Mitarbeiters“ in einer Physiotherapiepraxis..	6
EuGH zum Sozialschutz bei grenzüberschreitender Leiharbeit.....	7
O du fröhliche...!.....	8

IHK-Vollversammlungswahl 2022-2027

Die Mitglieder der IHK-Vollversammlung werden für fünf Jahre gewählt. Im Vorfeld werden die Wahlgruppen und damit die Sitzverteilung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung im Saarland angepasst. Damit ist gewährleistet, dass die Zusammensetzung der Vollversammlung die aktuelle Saarwirtschaft widerspiegelt. Durch den Wechsel treffen immer neue Unternehmerpersönlichkeiten und Experten aus unterschiedlichen Branchen und Wahlgruppen aufeinander, um die wirtschaftspolitischen Positionen der IHK neu auszurichten. So finden neue Perspektiven und Anliegen den Weg in die Vollversammlung.

Das Gremium tagt in der Regel viermal im Jahr – in Präsenz, hybrider oder virtueller Form. Alle Unterlagen, Informationen und Entscheidungsgrundlagen werden zwei Wochen vor dem Sitzungstermin zugesandt. So können sich alle rechtzeitig auf die Sitzung vorbereiten. Der Präsident leitet die Sitzungen und fördert eine offene Diskussion. Wichtige wirtschaftspolitische Themen werden umfassend zur Meinungsbildung erörtert. Alle Mitglieder fassen ihre Beschlüsse immer mit Blick auf die gesamte Saarwirtschaft, ohne sich von den Bedürfnissen einzelner Betriebe oder Branchen leiten zu lassen. Die Sitzungen der Vollversammlung sind für IHK-Mitglieder öffentlich - Transparenz ist uns wichtig.

Die Mitgliedschaft in der IHK-Vollversammlung ist ein Ehrenamt und wird nicht vergütet. Dies gilt ebenfalls für die Tätigkeit des Präsidenten und den Mitgliedern des Präsidiums. Die Vollversammlung bestimmt die Richtlinien der IHK-Arbeit und entscheidet über alle Fragen, die für die Wirtschaft des IHK-Bezirks oder die Arbeit der IHK von grundsätzlicher Bedeutung sind. Infrastruktur, Bürokratie, Nach-Corona-Maßnahmen: Als Mitglied der Vollversammlung entscheiden Sie mit, welche Themen für Sie, Ihr Unternehmen und Ihre Branche besonders wichtig sind. Sie nehmen so Einfluss auf die wirtschaftspolitischen Entscheidungen und Entwicklungen im Saarland. Ihr Engagement kommt dabei nicht nur Ihnen, sondern der gesamten Saarwirtschaft zugute.

Zu den wichtigsten Aufgaben der Vollversammlung gehört neben der Interessenswahrnehmung die Verabschiedung des IHK-Satzungsrechts, insbesondere die jährliche Feststellung des Budgets und die Festsetzung der Beiträge und Gebühren. Die Vollversammlung entscheidet zusätzlich über die Errichtung von Fachausschüssen und Einigungsstellen sowie über die Bildung öffentlich-rechtlicher Zusammenschlüsse zwischen IHKs oder die Übertragung von Aufgaben auf andere IHKs.

Kontakt

Industrie- und Handelskammer des Saarlandes

Wahlausschuss

Wahl-Hotline: +49 (0) 681 9520 – 600

E-Mail: wahl@saarland.ihk.de

Fax: +49 (0) 681 9520 – 690

Kein Anspruch auf mobile Arbeit im oder aus dem Ausland

Ein Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf Genehmigung einer Auslandsarbeit gegen den Arbeitgeber. Dies hat das ArbG München entschieden.

Die Beklagte erbringt IT-Dienstleistungen für die Bundeswehr und Bundesbehörden. Die für die Mitarbeiter zur Verfügung gestellte IT-Ausstattung darf aus Gründen der Sicherheit, des Geheimschutzes und Datenschutzes durch Mitarbeiter nur ins Ausland mitgeführt werden, wenn dies vorher beim Arbeitgeber angezeigt und genehmigt wurde. Der Klägerin wurden im Jahr 2019 drei solche Mitnahmeanträge genehmigt und zwar jeweils in die Schweiz für verlängerte Wochenenden. Seit Juni 2020 verrichtete die Klägerin pandemiebedingt ihre Arbeit - vollständig und technisch störungsfrei - aus dem Homeoffice (in München) heraus.

Im Mai 2021 beantragte die Klägerin erneut die Erlaubnis zur Mitnahme von Handy und Notebook in die Schweiz für 4 Wochen. Der Antrag wurde abgelehnt. Begründet wurde die Absage damit, dass durch die dauerhafte Arbeit aus der Schweiz für die Beklagte Pflichten außerhalb der EU hinsichtlich Steuer-, Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht, Migration und Betriebsstättenbegründung entstünden.

Das ArbG München lehnte einen Anspruch ab. Nach § 106 GewO kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Der Arbeitsvertrag der Klägerin enthält hinsichtlich des Arbeitsorts keine Bestimmung, nach der die Verfügungsklägerin ihre Arbeit auch aus dem Ausland erbringen dürfe.

Arbeitszeiterfassung bei Vertrauensarbeitszeit

2019 hat der EuGH entschieden, dass die Aufzeichnungspflichten nach dem deutschen Arbeitszeitgesetz nicht europarechtskonform sind. Aufgrund dieser Entscheidung hat das ArbG Emden in mehreren Entscheidungen Arbeitgeber zur Zahlung von Überstunden verurteilt. Das LAG Niedersachsen hat dem vorerst ein Ende bereitet und eine Entscheidung des ArbG Emden aufgehoben.

Geklagt hatte ein Arbeitnehmer, der als Auslieferungsfahrer bei der Beklagten gearbeitet hatte. Der Kläger machte Überstundenvergütung für einen Zeitraum von 1,5 Jahren auf Basis von der Beklagten erstellter technischer Zeitaufzeichnungen geltend. Ob diese Aufzeichnungen zur Erfassung der vergütungspflichtigen Arbeitszeit erstellt worden waren, war zwischen den Parteien streitig.

Das Arbeitsgericht hatte der Klage insoweit stattgegeben und zur Begründung ausgeführt, die Beklagte sei in europarechtskonformer Auslegung des § 618 BGB zur Erfassung und Kontrolle der Arbeitszeiten des Klägers verpflichtet gewesen. Da sie dieser Verpflichtung nach ihrem eigenen Vortrag nicht nachgekommen sei, reichten die vorgelegten technischen Aufzeichnungen als Indiz für die geleistete Arbeitszeit aus. Diese Indizien habe die Beklagte nicht, z. B. durch Darlegung von Pausenzeiten, entkräften können.

Diese Auffassung teilte das LAG nicht. Das Urteil des EuGH habe keine Aussagekraft für die Darlegungs- und Beweislast im Überstundenprozess im Hinblick auf die Frage der Anordnung, Duldung oder Betriebsnotwendigkeit von Überstunden. Dem EuGH komme keine Kompetenz zur Entscheidung über Fragen der Vergütung zu. Die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Überstundenvergütung habe der Kläger daher nicht dargelegt.

LAG Niedersachsen, Urteil vom 06. Mai 2021, 5 Sa 1292/20

Quelle: Pressemitteilung des LArbG Hannover v. 10. Mai 2021

Datenschutz beim bEM

Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, ist der Arbeitgeber verpflichtet, ein betriebliches Eingliederungsmanagement (bEM) durchzuführen. Dadurch soll ermittelt werden, wie die Arbeitsunfähigkeit überwunden werden kann und welche Maßnahmen ergriffen werden sollen, um eine erneute Arbeitsunfähigkeit zu verhindern.

Das bEM ist ein recht förmliches Verfahren, das an viele Voraussetzungen geknüpft ist. Die genaue Ausgestaltung des Verfahrens wird vom Gesetz nicht vorgegeben. Die Nichteinhaltung der teilweise von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze kann dazu führen, dass eine Kündigung unwirksam ist. Der Arbeitnehmer ist u.a. auf die Art und den Umfang der im bEM erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen ist und eine datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung abzugeben. Daraus ergibt sich auch, dass die Datenverarbeitung datenschutzkonform zu erfolgen hat. Nach Ansicht des LAG Baden-Württemberg ist eine Einwilligung unwirksam, wenn die Einwilligung auch die Bekanntgabe von Diagnosedaten an den Vorgesetzten umfasst und der Arbeitnehmer nicht auf die Freiwilligkeit der Angabe hingewiesen wird.

Im Verfahren ist darauf hinzuweisen, dass nur solche Daten erhoben werden, deren Kenntnis erforderlich ist, um ein zielführendes bEM durchführen zu können. Dem Arbeitnehmer muss mitgeteilt werden, welche Krankheitsdaten verarbeitet und inwieweit und für welche Zwecke sie dem Arbeitgeber zugänglich gemacht werden. Nur bei entsprechender Unterrichtung ist das bEM ordnungsgemäß durchgeführt.

Der Arbeitgeber bzw. jede andere Person, die Personalentscheidungen treffen kann, darf ohne ausdrückliche Zustimmung des Betroffenen nur zu solchen Daten Zugang haben, die für den Nachweis der Erfüllung der Pflicht zum bEM erforderlich sind oder ohne die er seine Zustimmung zu geplanten Maßnahmen nicht erteilen kann. Diagnosen und ähnlich sensible Daten dürfen dem Arbeitgeber ohne ausdrückliche schriftliche Zustimmung des Betroffenen nicht zugänglich sein.

Neben der Einwilligung zur Verarbeitung wurde in der vorliegenden Einwilligungserklärung auch in die Bekanntgabe an den Vorgesetzten eingewilligt. Für diese Bekanntgabe besteht kein nachvollziehbarer Grund. Ausreichend ist, wenn der Arbeitgeber weiß, auf welche Einschränkungen er bei einer etwa gebotenen Umgestaltung von Arbeitsplätzen zu achten hat. Einer Kenntnis, auf welcher Diagnose diese Einschränkung beruht, bedarf er nicht.

LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 28. Juli 2021, 4 Sa 68/20

Praxistipp: Mehr Informationen zum bEM finden Sie in unserem Infoblatt → **A26** [„Betriebliches Eingliederungsmanagement \(BEM\)“](#), [Kennzahl 890](#).

Kündigung wegen Ablehnung von Kurzarbeit

Kurzarbeit darf nicht einseitig vom Arbeitgeber eingeführt werden kann. Vielmehr bedarf es einer entsprechenden Vereinbarung, entweder durch Regelung im Arbeitsvertrag, in Form einer Betriebsvereinbarung oder durch eine Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer. Als letzte Möglichkeit kann der Arbeitgeber eine Änderungskündigung aussprechen. Dies wurde nun vom LAG Nürnberg bestätigt.

Die Klägerin war im Friseurbetrieb der Beklagten tätig. Aufgrund der Corona-Bestimmungen wurde der Betrieb vorübergehend geschlossen. Die Beklagte ließ der Klägerin per Mail einen Entwurf zur "Vereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit" zukommen. Die Klägerin unterschrieb die Vereinbarung nicht. In einem Telefonat äußerte die Beklagte sinngemäß, sie werde den Arbeitsvertrag kündigen, wenn die Klägerin die vorgelegte Vereinbarung nicht unterschreibe. Die Beklagte sprach in der Folge die Kündigung aus, nachdem sich die Klägerin weiterhin weigerte, die vorgelegte Vereinbarung zu unterschreiben. Hiergegen erhob die Klägerin Kündigungsschutzklage, in der sie insbesondere einwandte, die Kündigung würde gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB verstoßen.

ArbG und LAG wiesen die Klage ab. Sie sahen keine Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen das Maßregelungsverbot. Die Abgabe eines Änderungsangebotes durch den Arbeitgeber ist ebenso wie die Ablehnung dieses Angebotes durch den Arbeitnehmer Ausdruck der Vertragsfreiheit. Dabei kann nicht von einem „Racheakt“ gesprochen werden. Vielmehr diene die Einführung von Kurzarbeit gerade dem Erhalt des Arbeitsplatzes.

LAG Nürnberg, Urteil vom 18. März 2021, 4 Sa 413/20

Äußerungen im WhatsApp-Chat als Kündigungsgrund?

Das LAG Berlin-Brandenburg hat die Kündigung des technischen Leiters eines gemeinnützigen Vereins, die der Verein wegen sehr herabwürdigender und verächtlicher Äußerungen über Geflüchtete und in der Flüchtlingshilfe tätige Menschen in einem Chat ausgesprochen hatte, für unwirksam erklärt.

Der Verein ist überwiegend in der Flüchtlingshilfe tätig. Mitglieder des Vereins sind der Landkreis, verschiedene Städte und Gemeinden sowie einige Vereine. Die Arbeit des Vereins wird in erheblichem Umfang ehrenamtlich unterstützt. Im Zuge der Kündigung eines anderen Beschäftigten erhielt der Verein Kenntnis von einem über WhatsApp geführten Chat zwischen dem technischen Leiter, diesem Beschäftigten und einer weiteren Beschäftigten. Im Rahmen des Chats äußerte sich der technische Leiter ebenso wie die beiden anderen Beschäftigten in menschenverachtender Weise über Geflüchtete und herabwürdigend über Helferinnen und Helfer. Hierüber wurde auch in der Presse berichtet. Daraufhin kündigte der Verein unter anderem das Arbeitsverhältnis mit dem technischen Leiter fristgemäß.

Das LAG hat die Kündigung für unwirksam erklärt und damit die Entscheidung des ArbG bestätigt. Zwar sei eine gerichtliche Verwertung der gefallenen Äußerungen im Gerichtsverfahren zulässig. Eine die Kündigung rechtfertigende Pflichtverletzung könne jedoch nicht festgestellt werden, weil eine vertrauliche Kommunikation unter den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts falle. Um eine solche gehe es hier, da diese in sehr kleinem Kreis mit privaten Handys erfolgt und erkennbar nicht auf Weitergabe an Dritte, sondern auf Vertraulichkeit ausgelegt gewesen sei. Auch eine fehlende Eignung für die Tätigkeit könne allein auf dieser Grundlage nicht festgestellt werden. Besondere Loyalitätspflichten bestünden nicht, weil der Gekündigte als technischer Leiter keine unmittelbaren Betreuungsaufgaben wahrzunehmen habe. Auf das Fehlen des erforderlichen Mindestmaßes an Verfassungstreue, das von Bedeutung sei, wenn man den Verein als Teil des öffentlichen Dienstes betrachte, könne allein aufgrund dieser vertraulichen Äußerungen nicht geschlossen werden.

Trotzdem hat das LAG das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufgelöst. Die Voraussetzungen einer ausnahmsweise möglichen gerichtlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses lägen hier vor. Es sei im Sinne des § 9 Kündigungsschutzgesetz keine den Betriebszwecken dienliche Zusammenarbeit zu erwarten. Da die schwerwiegenden Äußerungen öffentlich bekannt geworden seien, könne der Verein bei Weiterbeschäftigung dieses technischen Leiters nicht mehr glaubwürdig gegenüber geflüchteten Menschen auftreten. Außerdem sei er bei der Gewinnung ehrenamtlicher Unterstützung und hauptamtlichen Personals beeinträchtigt.

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 19. Juli 2021, 21 Sa 1291/20

Quelle. PM des LAG Berlin-Brandenburg vom 20. September 2021

Sozialversicherungspflicht eines „Freien Mitarbeiters“ in einer Physiotherapiepraxis

Physiotherapeuten, die als „freie Mitarbeiter“ in einer physiotherapeutischen Praxis arbeiten, sind abhängig beschäftigt, wenn sie in die Organisation der Praxis eingegliedert sind und kein Unternehmerrisiko tragen. Dies hat das LSG Baden-Württemberg entschieden.

Der Physiotherapeut P mit eigener privaten Praxis in Heidelberg war von Mai 2017 bis Mitte 2019 zusätzlich in einer physiotherapeutischen Gemeinschaftspraxis in Mannheim tätig. Mit deren Inhaber hatte er einen Vertrag als „freier Mitarbeiter“ geschlossen. Die durchgeführten Behandlungen wurden über das Abrechnungssystem der Praxisinhaber abgerechnet, die 30 % des jeweiligen Abrechnungsbetrages erhielten. Neben den beiden Inhabern und P waren weitere Physiotherapeuten als sog. „freie Mitarbeiter“ in der Gemeinschaftspraxis tätig. Bei der Verteilung der Patienten auf die jeweiligen Physiotherapeuten wurde zunächst einem etwaigen Wunsch nach einem bestimmten Therapeuten Rechnung getragen. Im Übrigen überprüften die Praxisinhaber, ob sie die Behandlung je nach Kapazität persönlich übernehmen konnten. War dies nicht der Fall, wurden die Behandlungen den entsprechenden „freien Mitarbeitern“, abhängig von deren freier Zeitkapazität, angeboten. Entschied sich ein Physiotherapeut, eine bestimmte Behandlung zu übernehmen, setzte er sich unmittelbar mit dem Patienten in Verbindung und vereinbarte mit diesem einen konkreten Behandlungstermin. Genutzt wurde die Ausstattung der Praxis.

Die Deutsche Rentenversicherung stellte auf Antrag des P im November 2017 fest, dass dieser abhängig beschäftigt und sozialversicherungspflichtig sei. Hiergegen klagten sowohl die Praxisinhaber als auch P vor dem Sozialgericht Mannheim. Sie führten an, dass P nicht weisungsgebunden gewesen sei und seine Arbeitszeiten selbst bestimmen können.

Das SG stellte fest, dass P selbstständig tätig geworden sei. Er habe seine Arbeitszeit selbst bestimmen und die ihm angebotene Behandlungen von Patienten auch ohne Angabe von Gründen ablehnen können.

Das LSG gab der Rentenversicherung in der Berufung Recht. Zwar könnten auch Physiotherapeuten ihre Leistungen im Rahmen einer selbstständigen Tätigkeit erbringen. Maßgeblich sei aber die konkrete Ausgestaltung und die Eingliederung in die Organisationsstruktur und Arbeitsabläufe der Gemeinschaftspraxis. P habe auch kein nennenswertes Unternehmerrisiko getragen.

LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 16. Juli 2021, L 4 BA 75/20

Quelle: PM des LSG BW vom 27. September 2021

EuGH zum Sozialschutz bei grenzüberschreitender Leiharbeit

Der EuGH hat sich in einem aktuellen Urteil mit der Frage auseinandergesetzt, das Sozialrecht welches Mitgliedsstaates anzuwenden ist, wenn eine Leiharbeitsfirma hauptsächlich Arbeitskräfte ins EU-Ausland vermittelt. Er hat eine Anwendung der Sozialversicherungsvorschriften im Sitzstaat des Unternehmens in diesen Fällen abgelehnt.

Nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 besteht eine Sonderregelung für entsendete Mitarbeiter. Danach sind die Rechtsvorschriften des Mitgliedsstaates anzuwenden, wo der Arbeitgeber „gewöhnlich tätig“ ist.

Im Jahr 2018 schloss ein bulgarischer Staatsangehöriger einen Arbeitsvertrag mit einer Gesellschaft bulgarischen Rechts, deren Gesellschaftszweck in der Verschaffung von Leiharbeit und der Vermittlung von Arbeitssuchenden in diesem Mitgliedstaat und in anderen Ländern besteht. Aufgrund dieses Vertrags wurde er einem in Deutschland ansässigen entleihenden Unternehmen überlassen. Der Antrag auf Ausstellung einer A1-Bescheinigung, mit der bescheinigt werden sollte, dass die bulgarischen Rechtsvorschriften über die soziale Sicherheit während des Zeitraums der Überlassung dieses Arbeitnehmers anwendbar seien, wurde abgelehnt. Die Ablehnung wurde damit begründet, dass das Unternehmen keine nennenswerte Tätigkeit im bulgarischen Hoheitsgebiet ausübe. Der EuGH wurde zur dieser Sache angerufen.

Nach Ansicht des EuGH muss ein Leiharbeitsunternehmen einen nennenswerten Teil seiner Tätigkeit der Überlassung von Arbeitnehmern für entleihende Unternehmen verrichten, um als in einem Mitgliedstaat „gewöhnlich tätig“ angesehen werden zu können.

Die Tätigkeit der Auswahl und der Einstellung von Leiharbeitnehmern im Mitgliedstaat des Sitzes des Leiharbeitsunternehmens reicht nicht aus, um annehmen zu können, dass dieses Unternehmen dort „nennenswerte Tätigkeiten“ ausübt. Reine interne Verwaltungstätigkeiten reichen dazu nicht aus. Einziger Zweck der Tätigkeiten der Auswahl und der Einstellung von Leiharbeitnehmern ist nämlich deren spätere Überlassung an entleihende Unternehmen.

Die Sonderregelung in Art. 12 Abs. 1 der Verordnung Nr. 883/2004 soll keinen Anreiz für ein „forum shopping“ schaffen, indem sich Leiharbeitsunternehmen in dem Mitgliedstaat niederlassen, dessen Rechtsvorschriften im Bereich der sozialen Sicherheit für sie am günstigsten sind.

EuGH, Urteil vom 3. Juni 2021, C-784/19

Quelle: PM des EuGH Nr. 92/21 vom 3. Juni 2021

O du fröhliche...!

Liebe Newsletter-AbonentInnen,

die Pandemie legt uns weiter Fesseln an - viel länger als wir und die meisten Unternehmen es sich im Sommer dieses Jahres noch vorgestellt haben.

Trotz der aktuellen Umständen wünschen wir Ihnen und Ihren Familien frohe, gesunde und besinnliche Weihnachtsfeiertage, einen guten Start in ein hoffentlich erfolgreiches und vor allem gesundes neues Jahr 2022. Schützen Sie sich und andere und bleiben Sie gesund!

Ihre IHK Saarland

Verantwortlich und Redaktion:

Ass. iur. Heike Cloß, Tel.: (0681) 9520-600, Fax: (0681) 9520-690

E-Mail: heike.closs@saarland.ihk.de

IHK Saarland, Franz-Josef-Röder-Str. 9, 66119 Saarbrücken

Ihre Ansprechpartnerinnen:

Ass. iur. Heike Cloß

Tel.: (0681) 9520-600

Fax: (0681) 9520-690

E-Mail: heike.closs@saarland.ihk.de

Ass. iur. Kim Pleines

Tel.: (0681) 9520-640

Fax: (0681) 9520-690

E-Mail: kim.pleines@saarland.ihk.de

Die in dem Newsletter Arbeitsrecht enthaltenen Angaben sind mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt worden. Dennoch kann für Vollständigkeit, Richtigkeit sowie für zwischenzeitliche Änderungen keine Gewähr übernommen werden.

Impressum:

IHK Saarland, vertreten durch Präsident Dr. jur. Hanno Dornseifer und Hauptgeschäftsführer Dr. Frank Thomé, Franz-Josef-Röder-Str. 9, 66119 Saarbrücken, E-Mail info@saarland.ihk.de, Tel. + 49 (0) 6 81/95 20-0, Fax + 49 (0) 6 81/95 20-8 88, USt-IdNr.: DE 138117020