



Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für Juli 2021 unserer auf das Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei, **BECK.Kanzlei für Arbeitsrecht**. Auch in diesem Monat werden wir Sie über aktuelle Entscheidungen und Entwicklungen im Arbeitsrecht informieren.

Im ersten Teil musste sich das LAG Köln mit der Frage befassen, wie der Fall zu beurteilen ist, wenn ein Arbeitnehmer aufgrund gesundheitlicher Einschränkungen nicht in der Lage ist, eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen.

Im zweiten Teil diskutiert das Arbeitsgericht Stuttgart eine interessante Variante der außerordentlichen Änderungskündigung im Hinblick auf die Einführung von Kurzarbeit im Betrieb.

In den Tipps im Juli wird der persönliche Anwendungsbereich des Mindestlohngesetzes beleuchtet.

Inhalt

- 1. Keine Arbeitsleitung ohne Mund-Nasen-Bedeckung**
(LAG Köln vom 12.04.2021 – 2 SaGa 1/21)
- 2. Einführung von Kurzarbeit durch fristlose Änderungskündigung**
(ArbG Stuttgart vom 22.10.2020 – 11 Ca 2950/20)
- 3. Tipps: Persönlicher Anwendungsbereich des Mindestlohngesetzes**

Keine Arbeitsleitung ohne Mund-Nasen-Bedeckung (LAG Köln vom 12.04.2021 – 2 SaGa 1/21)

Nach der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung und den Corona-Schutzverordnungen der Länder haben Arbeitgeber die Verpflichtung, zum größtmöglichen Schutz der Beschäftigten, u.a. eine Maskenpflicht anzuordnen.

In Zusammenhang mit der Maskenpflicht können sich verschiedene Fragen ergeben, z.B. falls sich Arbeitnehmer weigern, eine Maske zu tragen.

Das LAG Köln musste sich nun im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens mit der Problematik beschäftigen, dass ein Arbeitnehmer aufgrund gesundheitlicher Einschränkungen nicht in der Lage war, eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen, gleichzeitig dessen Tätigkeit aber auch nicht im Homeoffice erledigt werden konnte.



Beispiel

Der Arbeitnehmer ist bei einer Kommune als Mitarbeiter im Bauamt beschäftigt, wobei er seine Arbeitszeit zu 60 bis 80% am betrieblichen Arbeitsplatz, im Übrigen im Außendienst erbringen muss.

Im Zusammenhang mit den Hygienevorschriften aufgrund der Corona-Pandemie ordnete die Arbeitgeberin an, dass alle im Rathaus beschäftigten Mitarbeiter verpflichtet sind, eine FFP2-Maske zur Gewährleistung des Infektionsschutzes zu tragen.

Der Arbeitnehmer legte nach und nach verschiedene ärztliche Atteste vor, wonach es ihm aufgrund psychischer Probleme in Zusammenhang einer Traumatisierung infolge einer mit 13 Jahren erlittenen Straftat unmöglich sei, eine Gesichtsbedeckung – sei es nun eine Atemmaske oder ein Gesichtsvision aus Kunststoff – zu tragen.

Trotz der vorgelegten Atteste ordnete die beklagte Kommune als Arbeitgeberin das Tragen einer Atemschutzmaske an.

Direktionsrecht des Arbeitgebers (§106 Satz 1 GewO)

Wegen der Natur des Arbeitsverhältnisses kann die vom Arbeitnehmer konkret zu erbringende

Tätigkeit und ihre Art und Weise im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschrieben werden. Nach § 106 Satz 1 Gewerbeordnung (GewO) obliegt es daher dem Arbeitgeber, **Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen** in den Grenzen der arbeitsvertraglichen Regelungen und unter Beachtung ggf. anwendbarer Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge sowie der gesetzlichen Vorschriften näher zu bestimmen (BAG vom 19.05.2010 – 5 AZR 162/09).

Das **Weisungsrecht des Arbeitgebers** erstreckt sich darüber hinaus auf eine nicht abschließend aufzählbare, je nach den Umständen des Einzelfalls näher zu bestimmende Vielzahl von Pflichten, deren Erfüllung unumgänglich ist, um den Austausch der Hauptleistungen sinnvoll zu ermöglichen.

Die Weisungen des Arbeitgebers müssen stets unter Ausübung billigen Ermessens erfolgen. Dies verlangt vom Arbeitgeber eine Abwägung der wechselseitigen berechtigten Interessen, ggf. unter Einbeziehung verfassungsrechtlicher Wertentscheidungen.

Zulässige Weisung trotz gesundheitlicher Einschränkungen?

Nach Ansicht des LAG Köln ist die Anweisung des Arbeitgebers zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung ohne weiteres vom Direktionsrecht des Arbeitgebers gedeckt und zwar auch dann, wenn der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen keine solche Mund-Nasen-Bedeckung tragen könne.

Selbst ohne die gültigen Corona-Schutzverordnungen wäre die Anordnung einer Maskenpflicht vom Direktionsrecht des Arbeitgebers umfasst und auch unter Berücksichtigung gesundheitlicher Einschränkungen angemessen. Das Tragen einer FFP2-Maske diene dem Infektionsschutz in beide Richtungen. Die Anordnung sei auch bei einer krankheitsbedingten Unmöglichkeit zum Tragen der Maske verhältnismäßig, denn das Interesse des Arbeitgebers am Schutz der weiteren Beschäftigten und Besucher überwiege stets das Interesse des einzelnen Arbeitnehmers am Arbeiten ohne Mund-Nasen-Bedeckung.

Im Ergebnis kann der Arbeitgeber daher das Tragen einer FFP2-Maske (oder sonstiger zulässiger

Mund-Nasen-Bedeckung) auch dann anordnen, wenn dies für den Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich ist.



Hinweis

Das LAG Köln musste im Rahmen des einstweiligen Verfügungsverfahrens nicht darüber entscheiden, **welche rechtlichen Konsequenzen** sich daraus ergeben, dass der Arbeitnehmer entgegen der Anordnung des Arbeitgebers keine Mund-Nasen-Bedeckung tragen konnte.

Das Gericht lässt allerdings anklingen, dass auch in diesem Fall die allgemeinen Regelungen gelten würden, sodass regelmäßig eine **Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit** vorliegen würde, da die konkret geschuldete Arbeitsleitung unter – zulässigerweise angeordneter – Nutzung einer Mund-Nasen-Bedeckung krankheitsbedingt nicht möglich ist.

Zunächst bestünde dann ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung für sechs Wochen und anschließend ein Krankengeldanspruch, wenn der Arbeitnehmer entsprechende ärztliche Bescheinigungen vorlegt.

Einführung von Kurzarbeit durch fristlose Änderungskündigung (ArbG Stuttgart vom 22.10.2020 – 11 Ca 2950/20)

Die Kurzarbeit hat sich als eines der wichtigsten arbeitsmarktpolitischen Mittel herausgestellt, um während der Corona-Krise umfangreiche Entlassungswellen zu verhindern. Dies zeigt sich schon daran, dass der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber während der Corona-Pandemie zahlreiche Erleichterungen zum Kurzarbeitergeld geschaffen hat.

Eine gesetzliche Definition der Kurzarbeit existiert nicht, auch nicht in den sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften. In der Regel wird Kurzarbeit als die „vorübergehende Verkürzung der betriebsüblichen normalen Arbeitszeit, regelmäßig verbunden mit einer entsprechenden Minderung des Arbeitsentgelts der betroffenen Arbeitnehmer beschrieben“.

Einen Ausgleich für die Minderung des Arbeitsentgelts bietet das Kurzarbeitergeld, dessen Voraussetzungen in den §§ 95 ff. SGB III geregelt sind. Allerdings ermöglichen die sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften selbst nicht die Einführung der Kurzarbeit im Betrieb. Hierfür ist eine gesonderte Rechtsgrundlage erforderlich. Das Arbeitsgericht Stuttgart hat diesbezüglich eine interessante Variante mit einer außerordentlichen Änderungskündigung diskutiert.



Beispiel

Die Arbeitnehmerin A ist seit über zehn Jahren im Restaurantbetrieb des nicht tarifgebundenen Arbeitgebers beschäftigt, auf den das Kündigungsschutzgesetz Anwendung findet. Als das Restaurant aufgrund der coronabedingt angeordneten Hygienevorschriften und Maßnahmen zur Kontaktbeschränkung vorübergehend schließen muss, bot der betriebsratslose Arbeitgeber seinen Mitarbeitern einen Nachtrag zur Einführung von Kurzarbeit an. Sämtliche Arbeitnehmer des Arbeitgebers mit Ausnahme von A unterzeichneten einen entsprechenden Nachtrag zur Kurzarbeit.

Daraufhin sprach der Arbeitgeber eine fristlose Änderungskündigung aus, nach der er berechtigt wurde, für die nächsten sechs Monate bei Vorliegen eines erheblichen Arbeitsausfalls unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 95 ff. SGB III Kurzarbeit einzuführen, wobei Beginn und Ende der Kurzarbeit sowie die Reduzierung der wöchentlichen Arbeitszeit gegenüber der Arbeitnehmerin mit einer Ankündigungsfrist von

drei Wochen in Textform mitgeteilt werden sollten.

Gegen die Änderungskündigung erhob die Arbeitnehmerin A. Klage zum zuständigen Arbeitsgericht.

Beschäftigungsanspruch, Betriebs- und Wirtschaftsrisiko des Arbeitgebers

Mit der Kurzarbeit wird die mit dem Arbeitnehmer vereinbarte wöchentliche (oder monatliche) Arbeitszeit aus Gründen, die im Verantwortungsbereich des Arbeitgebers liegen, vorübergehend verkürzt. Gleichzeitig reduziert sich auch der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers, der durch die Gewährung von Kurzarbeitergeld ausgeglichen werden soll.

Da die vorübergehende Verringerung der Arbeitszeit und Reduzierung der Vergütung eine Abweichung von den vereinbarten Bestimmungen des Arbeitsverhältnisses darstellt, kann Kurzarbeit – auch unter Berücksichtigung der Sondersituation in Zusammenhang mit der Corona-Pandemie – **nicht „einfach so“ durch den Arbeitgeber angeordnet** werden.

Dem stehen sowohl der arbeitsrechtliche Beschäftigungsanspruch als auch das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko entgegen, das auch in Pandemiezeiten der Arbeitgeber zu tragen hat (LAG Düsseldorf vom 30.03.2021 – 8 Sa 674/20).

Rechtsgrundlage zur Einführung der Kurzarbeit

Um die Arbeitszeit und damit wirksam auch das Arbeitsentgelt reduzieren zu können, benötigt der Arbeitgeber daher eine wirksame Rechtsgrundlage.

Als Rechtsgrundlage kommt ein Tarifvertrag in Frage, der auf das Arbeitsverhältnis entweder normativ (aufgrund Tarifbindung zumindest des Arbeitgebers oder Allgemeinverbindlichkeit) oder vereinbarungsgemäß (durch Verweis im Arbeitsvertrag) anzuwenden ist. Allerdings enthält nur ein geringer Teil der Tarifverträge auch Regelungen zur Einführung einer Kurzarbeit.

Alternativ kann Kurzarbeit durch eine Betriebsvereinbarung mit dem Betriebsrat eingeführt, wenn im Betrieb des Arbeitgebers ein Betriebsrat gewählt wurde.

Stehen (wie im Beispielsfall) beide Möglichkeiten nicht zur Verfügung, kann Kurzarbeit nur individualrechtlich umgesetzt werden, was regelmäßig einer Änderungsvereinbarung mit dem Arbeitnehmer bedarf. Der Arbeitnehmer ist allerdings nicht verpflichtet, eine Änderungsvereinbarung zur Einführung der Kurzarbeit mit dem Arbeitgeber zu unterzeichnen.

Änderungskündigung zur Einführung der Kurzarbeit

Bestehen keine kollektivrechtlichen Möglichkeiten (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung) zur Einführung der Kurzarbeit und weigert sich der Arbeitnehmer, einen entsprechenden Nachtrag zu unterzeichnen, bleibt dem Arbeitgeber nur die Möglichkeit, durch eine **Änderungskündigung** die Verkürzung der Arbeitszeit und damit auch Verringerung des Arbeitsentgelts herbeizuführen.

Dabei kündigt der Arbeitgeber das bisherige Arbeitsverhältnis und bietet dem Arbeitnehmer gleichzeitig die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen, im Falle der Kurzarbeit, mit verkürzter Arbeitszeit und verringerter Vergütung, an.

In der Praxis wurde bisher die Änderungskündigung als Möglichkeit zur Einführung der Kurzarbeit kaum diskutiert, da auch für die Änderungskündigung die üblichen Kündigungsfristen einzuhalten sind, sodass etwa im Beispielsfall die Einführung der Kurzarbeit nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von vier Monaten zum Monatsende möglich gewesen wäre. Für die Praxis ist

dieser Zeitraum oft zu lang, insbesondere aufgrund der kurzfristigen Maßnahmen in Zusammenhang mit der Corona-Pandemie.

Arbeitsgericht Stuttgart vom 22.10.2020 – 11 Ca 2950/20

Das Arbeitsgericht Stuttgart hat im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie eine **außerordentliche Änderungs-kündigung** ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, mit dem Ziel, die Einführung von Kurzarbeit zu ermöglichen, im Einzelfall als berechtigt angesehen.

Die Rechtsprechungsgrundsätze des Bundesarbeitsgerichts zur reinen Entgeltreduzierung durch Änderungskündigung wären nach Ansicht des Arbeitsgerichts Stuttgart auf eine Änderungskündigung zur Einführung von Kurzarbeit nicht übertragbar.

Für die Frage der Verhältnismäßigkeit der Kündigung sind vielmehr insbesondere eine entsprechende Ankündigungsfrist und eine Begrenzung der Dauer der (möglichen) Kurzarbeit von Bedeutung sowie der Umstand, dass Kurzarbeit nur dann eingeführt werden kann, wenn die entsprechenden Voraussetzungen zur Gewährung von Kurzarbeitergeld auch in der Person des Arbeitnehmers / der Arbeitnehmerin vorliegen. Soweit diese Voraussetzungen eingehalten sind, kann – gerade in der Corona-Krise – Kurzarbeit auch über eine außerordentliche und damit sofort wirksame Änderungskündigung eingeführt werden.

Tipps: Persönlicher Anwendungsbereich des Mindestlohngesetzes

Vor fast sieben Jahren, zum 16.08.2014 trat das „**Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz – MiLoG)**“ als Teil des „Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie (Tarifautonomiestärkungsgesetz)“ in Kraft.

Danach gilt seit 01.01.2015 ein allgemeiner Mindestlohn in Deutschland, der zunächst 8,50 Euro betrug und seither sukzessive erhöht wurde. Ab dem 01.07.2021 gilt ein gesetzlicher Mindestlohn von 9,60 Euro.

Für wen der Mindestlohn gilt, ist in § 22 MiLoG definiert. Zwei Aspekte einer aktuellen Entscheidung des BAG aus dem November 2020, die jetzt veröffentlicht wurde, sollen Anlass sein, in den Tipps aus dem Arbeitsrecht den persönlichen Anwendungsbereich des Mindestlohngesetzes einmal zusammenzufassen.

Persönlicher Anwendungsbereich, § 22 MiLoG

Das Mindestlohngesetz gilt zunächst für Arbeitnehmer. Praktikanten i.S.d. § 26 Berufsbildungsgesetz (BBiG) gelten grundsätzlich als Arbeitnehmer, es sei denn, dass sie

- ein verpflichtendes ausbildungsbegleitendes Praktikum,
- ein Orientierungspraktikum für bis drei Monate, oder
- ein nicht vorgeschriebenes ausbildungsbegleitendes Praktikum von bis zu drei Monaten leisten, wenn mit demselben Ausbilder nicht bereits zuvor ein Praktikumsverhältnis bestanden hat oder
- sie an einer Einstiegsqualifizierung nach § 54 a SGB III bzw. an einer Berufsausbildungsvorbereitung teilnehmen.

Ausdrücklich ausgenommen aus dem Anwendungsbereich des Mindestlohngesetzes sind Jugendliche ohne abgeschlossene Berufsausbildung (§ 22 Abs. 2 MiLoG) und die Vergütung von zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten sowie ehrenamtlich Tätigen (§ 22 Abs. 3 MiLoG).

Für Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmer, die unmittelbar vor der Beschäftigung langzeitarbeitslos waren, gilt der gesetzliche Mindestlohn nicht in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung (§ 22 Abs. 4 MiLoG).

Begriff des Arbeitnehmers

Das Mindestlohngesetz definiert den Begriff des Arbeitnehmers nicht. Der Bestimmung liegt der allgemeine Arbeitnehmerbegriff zugrunde.

Arbeitnehmer ist danach, wer nach dem Arbeitsvertrag im Dienste eines Anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (§ 611a Abs. 1 BGB).

Auch vor Inkrafttreten von § 611a BGB hatte das Bundesarbeitsgericht zur Bestimmung des Arbeitnehmers diese Definition zugrunde gelegt.

Deshalb zählen zu Arbeitnehmern alle Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigten, Aushilfsarbeitskräfte und Saisonarbeiter genauso wie z.B. geringfügig und kurzfristig Beschäftigte, Werkstudenten oder beschäftigte Rentner.

Europarechtlicher Einfluss?

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts sind **Geschäftsführer der GmbH**, unabhängig davon, ob und in welchem Umfang sie selbst an der Gesellschaft beteiligt sind, regelmäßig keine Arbeitnehmer.

Aufgrund zweier Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in den Rechtssachen „Balkaya“ und „Danosa“ war fraglich, ob Geschäftsführer doch vielleicht auch Arbeitnehmer i.S.d. Mindestlohngesetzes sein können und damit z.B. eine rein organschaftliche Tätigkeit für eine GmbH nicht möglich wäre.

Das Bundesarbeitsgericht hat die herrschende Meinung in der Literatur hierzu zwischenzeitlich bestätigt: Dem Mindestlohngesetz liege der nationale allgemeine Arbeitnehmerbegriff i.S.d. von § 611a Abs. 1 BGB zugrunde. Auf den unionsrechtlich zu bestimmenden Arbeitnehmerbegriff komme es nicht an (BAG vom 18.11.2020 – 5 AZR 103/20).

Damit steht fest, dass GmbH-Geschäftsführer keine Arbeitnehmer i.S.d. Mindestlohngesetzes sind.

Praktikum vs. Ausbildung

Praktikanten sind zwar auch keine Arbeitnehmer i.S.d. des § 611a Abs. 1 BGB, werden aber nach § 22 Abs. 1 Satz 2 MiLoG ausdrücklich in den Anwendungsbereich des gesetzlichen Mindestlohns einbezogen, wenn nicht einer der Ausnahmefälle vorliegt.

Allerdings muss das Praktikum von **Beschäftigten im Rahmen einer Berufsausbildung** abgegrenzt werden, für die ausdrücklich das Mindestlohngesetz nicht gilt (§ 22 Abs. 3 MiLoG).

Eine **Anpassungsqualifizierung** als Maßnahme, die in Zusammenhang mit der Anerkennung ausländischer Berufsqualifikationen nach §§ 4 ff. BQFG dazu dient, von der zuständigen Anerkennungsstelle in einem förmlichen Bescheid ausgewiesene wesentliche Unterschiede zwischen einem im Ausland erworbenen Ausbildungsnachweis und dem Abschluss in einem deutschen Ausbildungsberuf (sog. nicht-reglementierter Referenzberuf) auszugleichen, ist eine „vergleichbare praktische Ausbildung“

und damit kein Praktikum im mindestlohnrechtlichen Sinne.

Eine Person, die sich im Rechtsverhältnis mit einem privaten Ausbilder einer solchen Qualifikation unterzieht, unterfällt damit nicht dem persönlichen Geltungsbereich des Mindestlohngesetzes (BAG vom 18.11.2020 – 5 AZR 103/20).

Kontakt:



Rechtsanwälte Beck und Schwanke PartGmbH
Nordostpark 16
90411 Nürnberg

Telefon: +49 911 49 52 02 - 0
Telefax: +49 911 49 52 02 - 99
www.arbeitsrecht-beck.de
info@arbeitsrecht-beck.de