

Luther.

Newsletter Arbeitsrecht

1. Ausgabe 2019

FOKUS
Agiles
Arbeiten

Inhalt

■ EDITORIAL

■ LEITARTIKEL

Agile Arbeit 2019: Unverzichtbar, aber ungeklärt | [Seite 4](#)

Aktuelles zum Urlaubsrecht | [Seite 8](#)

■ WICHTIGE ENTSCHEIDUNGEN

Keine sachgrundlose Befristung bei acht Jahre zurückliegender
Vorbeschäftigung | [Seite 10](#)

Mindestlohnanspruch bei einem Praktikum – Mögliche Aufteilung
der maximal zulässigen Praktikumsdauer von drei Monaten in
mehrere Abschnitte? | [Seite 12](#)

Verfall von Urlaubsansprüchen nur nach ausreichender
Information und Aufforderung zur Urlaubsnahme durch den
Arbeitgeber | [Seite 13](#)

Mitbestimmung des Betriebsrats beim Einsatz
„alltäglicher Standardsoftware“ | [Seite 15](#)

Nachwirkung einer Betriebsvereinbarung über
Verhaltenspflichten der Betriebsparteien | [Seite 16](#)

■ RECHTSPRECHUNG IN KÜRZE

■ ALLGEMEINE HINWEISE

Autoren dieser Ausgabe | [Seite 20](#)

Veranstaltungen und Veröffentlichungen | [Seite 21](#)

■ EDITORIAL

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

die Arbeitswelt ist im Wandel. Die Digitalisierung schreitet mit großen Schritten voran. Agile Arbeit als Antwort auf die auftretenden Veränderungen in unserer digitalisierten Welt ist in aller Munde. Nicht einmal die Hälfte der Unternehmen in Deutschland hat eine Strategie für die Einführung agiler Arbeitsweisen. Eine neue Studie „Agile Arbeit 2019 – Organisation, Führung und Arbeitsweise in einer digitalisierten Welt“ widmet sich den aktuellen Fragen rund um dieses Thema. Herausgeber dieser Studie sind der Bundesverband der Unternehmensjuristen (BUJ), Luther und Corporate Legal Insights (CLI). Studienautor Dietmar Heise beleuchtet in dieser Ausgabe das Thema agile Projekte und die sich daraus ergebenden Fallstricke.

Die Urlaubsplanungen für den kommenden Sommer stehen an. Was liegt näher als sich zur Vorbereitung hierauf mit den aktuellen und spannenden Entwicklungen im Urlaubsrecht zu befassen. Dieses unterliegt - insbesondere aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hierzu - einer steten Veränderung. Grund für Hans-Christian Ackermann und Stefan Steeger sich diesem Thema zu widmen. Bleiben Sie daher mit ihrem Beitrag auf dem aktuellen Stand!

Daneben befassen wir uns selbstverständlich wieder mit den aus unserer Sicht wesentlichen Entscheidungen der letzten Monate, bei denen wir denken, dass sie für Sie in der täglichen Arbeit von besonderem Interesse sind.

Wie immer freuen wir uns auf Ihr Feedback. Sprechen Sie sehr gerne unsere Autoren bei Fragen an.

Wir wünschen Ihnen viel Spaß bei der Lektüre!

Achim Braner



Achim Braner
Counsel
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Frankfurt a.M.

■ LEITARTIKEL

Agile Arbeit 2019: Unverzichtbar, aber ungeklärt

Studie des BUJ und von Luther zu Agiler Arbeit

Agile Arbeitsformen wie z.B. Scrum sind nach einer Studie des BUJ und von Luther unverzichtbar, werfen aber offene Rechtsfragen auf.

Agile Arbeit ist in aller Munde. Kaum ein Personalmagazin erscheint ohne einen Beitrag zu dem Thema. Nahezu jedes Unternehmen befasst sich augenscheinlich mit agiler Arbeit. Bei näherem Hinsehen scheint aber kein einheitliches Verständnis darüber zu herrschen, was „AGIL“ eigentlich bedeutet. Der Bundesverband der Unternehmensjuristen hat daher gemeinsam mit Luther genauer hingesehen und mit einer Befragung Fakten zusammengetragen. Befragt wurden die Leiter der Rechtsabteilungen („General Counsels“) von 170 Unternehmen aller Größenordnungen aus Industrie, Dienstleistung, Handel, Banken und Versicherungen. Feedback gab es von 104 Unternehmen, fast die Hälfte der Fragebögen haben die General Counsels selbst beantwortet. Das alleine

ist schon Indiz für die Bedeutung des Themas.

Was heißt „AGIL“?

Der Begriff „AGIL“ ist nicht neu. Er wurde bereits vor ca. 70 Jahren von dem amerikanischen Soziologen Talcott Parsons aus den vier Funktionen **A**daption, **G**oal Attainment, **I**nclusion und **L**atency gebildet, was der Leiter der Studie, Professor Dr. Peter Körner, in seiner Einführung zur Studie hervorhebt. Gemessen an der sehr knappen Umschreibung verwundert nicht, dass der Begriff in der Praxis sehr unterschiedlich verstanden wird.

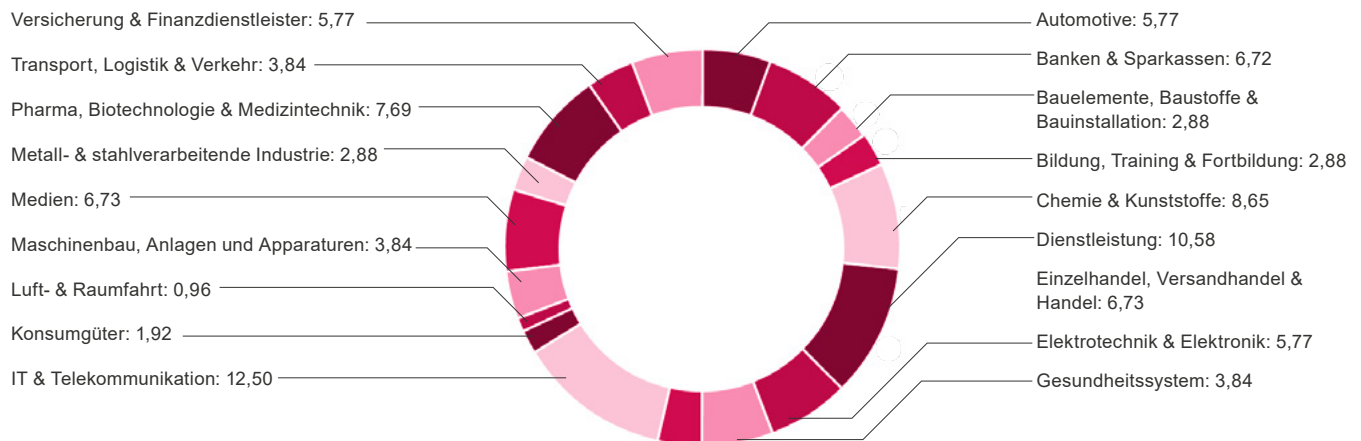
Die Entwicklung der heutigen Bedeutung agiler Arbeit nahm allerdings erst um die Jahrtausendwende ihren Lauf, als sich

die technische Entwicklung als Folge der damals einsetzenden Digitalisierung rapide beschleunigte. Zunehmend gewann an Bedeutung, möglichst schnell kreative Lösungen für neue Fragen zu generieren. Es mag daher nicht verwundern, dass agile Arbeit in der Softwareentwicklung vorangetrieben wurde. Zwei amerikanische Software-Experten, Ken Schwaber und Jeff Sutherland, entwickelten gemeinsam mit 15 weiteren Experten vier einfache Grundregeln agiler Arbeit, das „agile Manifest“, das vier Eckpunkte wie folgt gewichtet:

- Individuen und Interaktionen vor Prozessen und Werkzeugen
- Funktionierende Software vor umfassender Dokumentation



Antworten auf die Befragung stammen aus allen Branchen:



© dfv Association Services GmbH, Quelle: Studie Agiles Arbeiten 2019

- Zusammenarbeit mit dem Kunden vor Vertragsverhandlungen
- Reagieren auf Veränderung vor Befolgen eines Plans

Neue Agilität in den Kreativbereichen der Unternehmen

Der Entwicklung und dem Zweck entsprechend sind neuere agile Methoden am weitesten in der IT verbreitet (rund 46% der Unternehmen), gefolgt von Bereichen, in denen Tempo und Kreativität ebenso zählen, nämlich in der Produktentwicklung (rund 45%) sowie im Marketing (rund 39%). Das Schlusslicht bilden übrigens die Bereiche HR (knapp 4%) und Finanzen (knapp 3%).

Agile Strukturen wurden zunächst an der Basis – vornehmlich in den IT-Abteilungen – entwickelt, nicht von der Unternehmensleitung. Mittlerweile ist agile Arbeit indes überall angekommen. Nicht einmal 3% der befragten Unternehmen halten agile Arbeit in Zukunft für verzichtbar. Auf der anderen Seite erreichen die Entwicklungen an der Basis erst allmählich die Unternehmensleitungen: Das erklärt den krassen Gegensatz der Bedeutung agiler Arbeit zu der strategischen Planung: Rund ein Drittel der Unternehmen hat noch keine Strategie für agile Arbeit festgelegt, bei einem weiteren Viertel befindet sich eine Strategie (erst) in Planung. Diesem Befund entsprechen auch unsere Erfahrungen in der Beratung: Oftmals stammen Rechtsfragen aus den IT-Abteilungen der Unternehmen. Häufig wird beklagt, dass allgemeine Vorschriften wie insbesondere Compliance-Regeln ohne Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse in agilen Strukturen und Projekten aufgestellt werden und

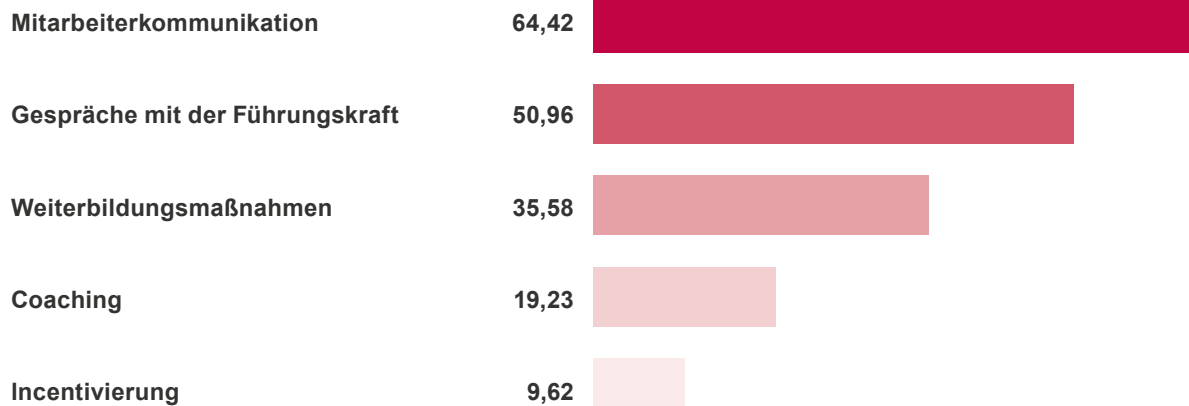
die Umsetzung von agilem Arbeiten stark einschränken oder behindern.

Mit Abstand führende Form agiler Arbeit in den genannten Kreativ-Bereichen ist Scrum. In fast der Hälfte der Unternehmen (44%) wird Scrum angewendet. Derzeit liegt nur Kanban mit knapp 53% leicht vor Scrum. Ursache hierfür dürfte sein, dass Kanban die klassische agile Organisationsform in der industriellen Fertigung ist, ungefähr genauso alt wie der Begriff „AGIL“ selbst. In der industriellen Fertigung dürfte Kanban weit verbreitet sein. Für Kreativbereiche hilft das ursprüngliche Kanban wohl nicht viel. Es wurde modifiziert, wird dort aber jedenfalls nach unserer Erfahrung nicht häufig eingesetzt. Dort folgen auf Scrum andere agile Organisationsformen mit deutlichem Abstand: in knapp einem Drittel der Unternehmen (knapp 32%) wird in Swarms gearbeitet, noch etwas weiter zurück (knapp 29%) liegt derzeit noch Design Thinking.

Ziele und Erfahrungen

Die mit der Einführung von agiler Arbeit verfolgten Ziele sind nachvollziehbar: Knapp 60% der Unternehmen wollen Arbeitsabläufe und (Kunden-)Prozesse optimieren, ungefähr die Hälfte strebt daneben die Beschleunigung von Prozessen (50%), eine Erhöhung der Mitarbeiter-Motivation (48%), eine Verbesserung der Kundenzufriedenheit (46%) sowie eine verbesserte Zusammenarbeit im Unternehmen (40%) an. Nur ungefähr ein Viertel der Unternehmen will hingegen die Kreativität der Mitarbeiter mit der Einführung agiler Arbeit erhöhen (24%).

Die Einführung agiler Arbeit verheißt wie jeder Change-Prozess nicht nur Vorteile, begleitet werden solche Prozesse auch von Sorgen der Mitarbeiter. Daher sind ein hoher Einsatz der Führungskräfte und umfangreiche Kommunikation der Veränderungen aus Sicht der Unternehmen unumgänglich. Dementsprechend werden vor allem folgende Maßnahmen genannt:



Gleichwohl stehen positiven Erfahrungen, wie insbesondere gesteigerter Mitarbeitermotivation, Effizienzsteigerungen oder Erhöhungen der Wettbewerbsfähigkeit auch Sorgen und Klippen gegenüber:

Welche Risiken ergeben sich bei der Einführung von Methoden des „Agilen Arbeitens“?

- Haftungsrisiken, ungeklärte Rechtsbeziehungen- auch bei internationalen Rechtsfragen (IPR)
- Aufbau von Widerständen, wenn kein Kompetenzaufbau stattfindet
- Agiles Arbeiten findet momentan oft zu unkoordiniert statt
- Agilität wird gerade von älteren und weniger veränderungsbereiten Mitarbeitern als klare Bedrohung gesehen
- Budget ist nicht definiert und wird oft überschritten
- Agiles Arbeiten stellt hohe Anforderungen an die Flexibilität der Mitarbeiter
- Verlust des Kontakts zum Vorgesetzten/ Team bei zu viel Homeoffice
- Zeitverluste durch erhöhten Kommunikationsbedarf

Haben Sie bereits Maßnahmen eingeleitet, um Risiken, die sich aus dem „Agilen Arbeiten“ ergeben, zu reduzieren? Wenn ja, welche Maßnahmen sind dies?

- Verantwortungsbewusst arbeiten und Chancen erkennen
- Einführung von Methoden rund um das agile Arbeiten, um die Zufriedenheit und Sicherheit der Mitarbeiter zu stärken
- Konsequente Einführung von agilem Arbeiten, um Mitarbeiterzufriedenheit zu erhöhen
- Einführung von firmenweitem Mindset durch Informations- und Schulungsveranstaltung, unterstützt durch erfahrene externe Berater mit Branchenwissen
- Klare Arbeitsvorgaben mit festen Ruhezeiten
- Regelmäßige Feedbackrunden zu der neuen Art zu arbeiten
- Austausch in Teamsitzungen
- Einführung von Kommunikationsregeln, Kommunikationsbedarf

Unter dem Strich stellt die große Mehrheit der Unternehmen (knapp 59%) allerdings trotz der Risiken fest, dass die Mitarbeiter die Änderungen durch agile Arbeit als große Arbeitserleichterung wahrnehmen.

Ungeklärte Rechtsfragen

Das deutsche Zivilrecht – das Bürgerliche Gesetzbuch – ist 120 Jahre alt. Im Laufe der Jahre hat es zwar viele Veränderungen gegeben, agile Arbeit wurde indes noch nicht berücksichtigt. Das gilt sowohl für unternehmensinterne agile Arbeit als auch für die Zusammenarbeit von Unternehmen in agilen Projekten. So kann es nicht verwundern, dass das deutsche Recht keine passenden Lösungen für agile Arbeit bereit hält. Die Unternehmen betonen besonderen Aufwand in der betrieblichen Mitbestimmung, bei Ausübung und Ausgestaltung des Direktionsrechtes sowie in Fragestellungen des Drittkräfteinsatzes einschließlich der sozialversicherungsrechtlichen Implikationen.

Unternehmensinterne agile Arbeit kann Strukturen erfordern, die das Verhältnis des Arbeitnehmers zu seinen Vorgesetzten, Kollegen und Mitarbeitern anders als in klassischen Hierarchien abbildet – insbesondere die Arbeit in einer Matrix, die Arbeit in Swarms oder in projektspezifisch gebildeten Teams wie beispielsweise bei Scrum. Die Betriebsverfassung ist an dem klassischen Bild der Unternehmen in der Mitte des letzten Jahrhunderts ausgerichtet; die jüngeren Reformen berücksichtigen die neueren Veränderungen nur in Ansätzen. Das Arbeitssicherheitsrecht einschließlich des Arbeitszeitgesetzes und das Datenschutzrecht stoßen an Grenzen, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit außerhalb seines betrieblichen Arbeitsplatzes oder sowohl daheim wie im Büro mit privaten Geräten und in eigenverantwortlicher Verteilung der von ihm geschuldeten Arbeitszeit oder -leistung verrichtet. Auch hinsichtlich des vertraglichen Rahmens agiler Arbeit zeigt sich Anpassungsbedarf – sowohl hinsichtlich des Arbeitsvertrags als auch hinsichtlich betrieblicher oder tariflicher Regeln. Es kann daher nicht verwundern, wenn knapp 90% der befragten Unternehmen anlässlich der Einführung neuer Arbeitsformen betriebliche Vereinbarungen getroffen haben oder dies zumindest planen.

Für die Zusammenarbeit über die Unternehmensgrenzen hinweg in agilen Projekten hält das deutsche Recht auch keine Lösungen bereit. Es kennt schon keinen „Vertrag über agile Zusammenarbeit“. Die vorhandenen Vertragstypen – insbesondere Werkvertrag, Dienstvertrag, Arbeitnehmerüberlassung und auch die Gesellschaft bürgerlichen Rechts – passen nicht oder

sind aus praktischen Gründen kaum anwendbar. Also können sich die Parteien anders als von den Schöpfern des BGB geplant nicht darauf verlassen, dass nicht eigens vertraglich geregelte Fragen klar nach einem gesetzlich geregelten Vertragstypus zu klären sind; die Vorsicht gebietet daher eine sorgfältige und umfassende Regelung in jedem einzelnen Vertrag.

Hinzu treten bei einer eng verzahnten Zusammenarbeit wie etwa in Scrum-Projekten urheberrechtliche Fragen, da eine eindeutige Zuordnung der Rechte in gemischten Scrum-Teams kaum möglich ist. Neue Stolpersteine hat insbesondere auch der in 2018 neu geregelte Datenschutz in den Weg gelegt. Insbesondere der Datenaustausch in unternehmensübergreifenden, aber konzerninternen Projektteams stellt hier ein Problem dar, da das Datenschutzrecht Konzernstrukturen als solche kaum berücksichtigt.

Schließlich bringt die unklare zivilrechtliche Lage der Kooperation große Unklarheiten hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Zuordnung des eingesetzten Personals mit sich: Werden beispielsweise die im Rahmen eines Projektes bei dem Kunden dort eingesetzten Mitarbeiter des IT-Dienstleisters wegen Umdeutung eines Werk-/Dienstvertrages in (illegale) Arbeitnehmerüberlassung zu Arbeitnehmern des Kunden? Arbeiten Freelancer nach rechtlicher Kontrolle der Situation tatsächlich auf dienst-/werkvertraglicher Basis oder wird die Rechtsgrundlage umqualifiziert in Arbeitnehmerüberlassung? Besonders empfindlich können die parallelen Konsequenzen im Sozialversicherungsrecht treffen. Hier droht im Extremfall sogar eine Strafbarkeit. Diese Fragen des Drittkräfteinsatzes in agilen Projekten wurden bereits eingehend im [Newsletter Arbeitsrecht, 3. Ausgabe 2018](#) behandelt.

Auf rund 80 Seiten der Studie sind die beschriebenen Rechtsfragen von Luther-Anwälten erörtert. Die Studie zeigt damit nicht nur die tatsächliche Nutzung von agiler Arbeit auf, sondern bietet auch Handreichungen für die unternehmerische Praxis. Sie ist im Internet als Download oder als gedruckte Paperback-Ausgabe erhältlich (ISBN 978-3-9475-5304-4, <https://cli.institute/studien/agilearbeit/>).

→ Autor:

Dietmar Heise
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Stuttgart
Telefon +49 711 9338 12894

Aktuelles zum Urlaubsrecht

Im Jahr 2018 hat es sowohl vom EuGH als auch vom BAG wichtige Entscheidungen zum Urlaubsrecht gegeben. Insbesondere die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs werden dazu führen, dass das BAG an seiner bisherigen Rechtsprechung nicht festhalten kann, sondern sie fortentwickeln muss.

1. Kein automatischer Verfall von Jahresurlaub

Das BAG ist bisher nach ständiger Rechtsprechung davon ausgegangen, dass der gesetzliche Urlaubsanspruch der sich aus § 1 BUrlG ergibt, auf die Dauer des „Urlaubsjahres“ befristet ist und mit dessen Ablauf verfällt. Der Jahresurlaub konnte nur dann nicht verfallen, wenn eine Übertragung auf das erste Quartal des Folgejahres nach § 7 Abs. 3 S. 2 BUrlG stattfinden konnte. War eine solche Übertragung nicht möglich, blieb dem Arbeitnehmer lediglich ein Anspruch auf Schadensersatz.

Der EuGH hat nunmehr entschieden, dass der Urlaubsanspruch nach § 7 Abs. 3 BUrlG nur dann verfällt, wenn der Arbeitnehmer in der Lage war, seinen Urlaub zu nehmen und ihn trotz – erforderlichenfalls förmlicher – Aufforderung des Arbeitgebers nicht vor Ende des Bezugszeitraums oder eines zulässigen Übertragungszeitraums in Anspruch genommen hat.

Nach Ansicht des EuGH ist der pauschale Verfall des Urlaubsanspruchs bei lediglich fehlender Antragsstellung des Arbeitnehmers nicht mit Art. 7 RL 2003/88/EG und Art. 31 GRCh vereinbar. Der Arbeitnehmer dürfe seinen Anspruch nicht automatisch deshalb verlieren, weil er keinen Urlaub beantragt hat. Der Verfall sei nur möglich, wenn der Arbeitnehmer aus freien Stücken und in voller Kenntnis der Sachlage auf den Urlaub verzichtet hat. Außerdem muss der Arbeitnehmer in die Lage versetzt worden sein, seinen Urlaubsanspruch tatsächlich wahrzunehmen. Dem Arbeitgeber obliegt nach Ansicht des Gerichts die Beweislast, dass er dem nachgekommen ist. Der Arbeitnehmer sei nämlich als die schwächere Partei anzusehen und könne davor abgeschreckt werden, seine Rechte gegen den Arbeitgeber geltend zu machen.

Das BAG hat dem folgend mit Urteil vom 19. Februar 2019 (9 AZR 541/15) seine bisherige Rechtsprechung nach den Vorgaben des Gerichtshofs fortentwickelt. Nach der nunmehr geänderten Rechtsprechung des BAG ist der Arbeitgeber gehalten, „konkret und in völliger Transparenz dafür zu sorgen, dass der Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage ist, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, indem er ihn – erforderlichenfalls förmlich – auffordert, dies zu tun“. Es bedarf also einer klaren und rechtzeitigen Mitteilung, dass der Jahresurlaub verfällt,

wenn der Arbeitnehmer ihn nicht nimmt. Dies führt im Ergebnis dazu, dass § 7 BUrlG richtlinienkonform im Sinne der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG auszulegen ist.

2. Urlaub ist vererbbar

Die Frage, ob der Jahresurlaubsanspruch vererbbar ist, wurde bisher vom BAG verneint. Der Urlaubsanspruch ging nach der bisherigen Rechtsprechung unter, wenn der Arbeitnehmer verstorben ist. Auch der in § 7 Abs. 4 BUrlG kodifizierte Urlaubsabgeltungsanspruch ging nach dem Verständnis des BAG nicht auf die Erben über. Dies wurde damit begründet, dass im Wege der Universalsukzession nach § 1922 BGB lediglich die bereits zum Todeszeitpunkt bestehende Vermögensmasse auf den Erben übergeht. Der Urlaubsabgeltungsanspruch entstehe jedoch erst mit dem Tod des Arbeitnehmers. Als weiteres Argument wurde der Zweck des Urlaubsanspruches angeführt. Dieser sei, dem Arbeitnehmer die Möglichkeit der Erholung zu bieten.

Der Gerichtshof hat in fortgesetzter Rechtsprechung bestätigt, dass der Anspruch eines Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub nicht mit seinem Tod untergeht. Eine solche Regelung verstöße gegen das Unionsrecht. Die Erben des verstorbenen Arbeitnehmers können eine finanzielle Vergütung für den nicht in Anspruch genommenen Urlaub verlangen. Da die nationale deutsche Regelung gegen das Unionsrecht verstößt, können sich Erben direkt auf das Unionsrecht berufen.

Der EuGH erkennt in seiner Entscheidung zwar an, dass mit dem Tod des Arbeitnehmers die Entspannungs- und Erholungsfunktion des Jahresurlaubs nicht mehr erfüllt werden kann, dies stelle jedoch nur eine Komponente des Rechts auf bezahlten Jahresurlaub dar. Die andere Komponente umfasse auch einen Anspruch auf Bezahlung im Urlaub. Diese zweite Komponente ist nach Ansicht des Gerichtshofs rein vermögensrechtlicher Natur und daher dazu bestimmt, in das Vermögen des Arbeitnehmers überzugehen. Diese vermögensrechtliche Komponente ist im Vermögen des Arbeitnehmers vorhanden und kann auch durch dessen Tod nicht rückwirkend entzogen werden. Dieser Vermögensbestandteil geht im Wege der Universalsukzession auf die Erben über.

5 Entscheidungen zum Urlaubsrecht



Damit sind sowohl der vor dem Tod bereits entstandene Urlaubsabgeltungsanspruch als auch der infolge des Todes entstehende Urlaubsabgeltungsanspruch vererblich.

3. Urlaubskürzung während Elternzeit

§ 17 Abs. 1 BEEG sieht vor, dass der Arbeitgeber den Jahresurlaub des Arbeitnehmers für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel kürzen darf. Der EuGH hat bestätigt, dass diese Regelung mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Eine solche Kürzung darf lediglich für Kalendermonate, in denen der Arbeitnehmer vollständig in Elternzeit war, vorgenommen werden. Zeitlich ist die Kürzung nur vor, während und nach der Elternzeit zulässig.

4. Keine Ausschlussfristen für Ersatzurlaub?

Der BGH hat in einer weiteren Entscheidung entschieden, dass Ersatzurlaub nicht den arbeitsvertraglichen oder tarifvertraglichen Ausschlussfristen unterliegt. Der Arbeitnehmer erhält sog. Ersatzurlaub, wenn der Arbeitgeber ihm beantragten Urlaub verweigert. Ersatzurlaub unterliegt jedoch der regelmäßigen Verjährungsfrist.

Praxistipp:

Will der Arbeitgeber die Übertragung von Urlaub über den 31. März des Folgejahres hinaus vermeiden, sollte er seine Arbeitnehmer spätestens im Herbst des Vorjahres über bestehenden Resturlaub unterrichten. Dabei sollte er sie zu einer In-

anspruchnahme des Urlaubs auffordern und sie auf die andernfalls drohenden Konsequenzen (d.h. Verfall des Urlaubsanspruchs) unmissverständlich hinweisen. Da der Arbeitgeber die Beweislast dafür trägt, dass ein solcher Hinweis erfolgt ist, sollte dies in Text- oder Schriftform geschehen. Die Rechtsprechung des EuGH wirkt für die Urlaubsjahre 2016 bis 2018 zurück, sodass für diese Jahre kein Verfall eingetreten ist.

Hinsichtlich der Vererbbarkeit von bezahltem Jahresurlaub sollten Arbeitgeber in ihren Arbeitsverträgen den Übergang von vertraglich gewährten Urlaub ausschließen. Wichtig ist hierbei, dass deutlich – bspw. durch zwei Absätze – zwischen gesetzlichem und vertraglichem Urlaub unterschieden wird. Dem Arbeitnehmer muss auf Anhieb verständlich sein, dass nicht der gesamte Jahresurlaub von der Regelung betroffen ist.

Um Arbeitnehmer vor bösen Überraschungen zu schützen, sollten Arbeitgeber frühestmöglich über die Kürzung der Jahresurlaubsansprüche in der Elternzeit informieren. Dies kann bereits im Rahmen der Elternzeitbescheinigung geschehen.

→ Autoren:

Hans-Christian Ackermann
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Düsseldorf
Telefon +49 211 5660 18772

Stefan Steeger, LL.B.
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Düsseldorf
Telefon +49 211 5660 18600

■ WICHTIGE ENTSCHEIDUNGEN

Keine sachgrundlose Befristung bei acht Jahre zurückliegender Vorbeschäftigung

Die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrages ist nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht zulässig, wenn zwischen dem Arbeitnehmer und der Arbeitgeberin bereits acht Jahre zuvor ein Arbeitsverhältnis von etwa eineinhalbjähriger Dauer bestanden hat, das eine vergleichbare Arbeitsaufgabe zum Gegenstand hatte.

■ BAG, 23. Januar 2019 - 7 AZR 733/16

Der Fall

Die Parteien streiten über die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses aufgrund einer sachgrundlosen Befristung. Der Kläger arbeitete zunächst vom 19. März 2004 bis zum 30. September 2005 als gewerblicher Mitarbeiter bei der Beklagten, einer Automobilproduzentin. Etwa acht Jahre später, mit Wirkung zum 19. August 2013 stellte die Beklagte den Kläger erneut sachgrundlos befristet bis zum 28. Februar 2014 ein. Der Kläger wurde als Facharbeiter im Bereich „Produktion und Logistik“ beschäftigt. Mit Zusatzvereinbarungen wurde das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien mehrmals verlängert, zuletzt bis zum 18. August 2015.

Im Februar 2015 teilte die Beklagte dem Kläger mit, sie habe kein Interesse an einer Fortführung des Arbeitsverhältnisses über den 18. August 2015 hinaus. Der Kläger war der Ansicht, dass das Arbeitsverhältnis über den 18. August 2015 hinaus fortbestehe. Die Befristung des Arbeitsverhältnisses sei wegen eines Verstoßes gegen § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG unwirksam.

Die Entscheidung

Mit seiner u.a. auf Feststellung gerichteten Klage, dass das Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der Befristung mit Ablauf des 18. August 2015 beendet worden ist, hatte der Kläger in beiden Instanzen vor dem ArbG Stuttgart wie auch vor dem LAG Baden-Württemberg Erfolg. Das BAG hat die Entscheidungen der Vorinstanzen nunmehr bestätigt.

Nach Ansicht des BAG sei die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrags nach § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG unzulässig, wenn bereits acht Jahre zuvor über eineinhalb Jahre ein Arbeits-

verhältnis mit vergleichbarer Tätigkeit bestanden habe. Die vom BAG selbst im Jahre 2011 ergangene Rechtsprechung, wonach das Vorbeschäftigungsverbot keine Arbeitsverhältnisse erfasse, die länger als drei Jahre zurückliegen, könne nach einer Entscheidung des BVerfG nicht mehr aufrecht erhalten werden. Denn das BVerfG habe am 6. Juni 2018 (Az.: 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14) entschieden, dass die Annahme, eine sachgrundlose Befristung sei nur dann unzulässig, wenn eine Vorbeschäftigung weniger als drei Jahre zurückliege, die Grenzen vertretbarer Auslegung gesetzlicher Vorgaben überschreite, weil der Gesetzgeber eine solche Karenzzeit erkennbar nicht regeln wollte.

Auf der Grundlage der Entscheidung des BVerfG können und müssen – so das BAG – die Fachgerichte allerdings durch verfassungskonforme Auslegung den Anwendungsbereich des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG einschränken, soweit das Verbot der sachgrundlosen Befristung unzumutbar erscheine. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn – ausgehend vom Zweck des § 14 TzBfG – keine Gefahr einer Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten bestehe und das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht erforderlich sei, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten.

Eine Unzumutbarkeit könne vor allem dann vorliegen, wenn die Vorbeschäftigung lange zurückliege, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist. Diese Voraussetzungen lägen vorliegend nicht vor. Die Beklagte könne sich auch nicht auf einen durch die BAG Entscheidung aus 2011 geschaffenen Vertrauensschutz berufen. Die Möglichkeit, dass das BVerfG die Auslegung des BAG als verfassungswidrig bewerten würde, hätte sie bei Abschluss der Arbeitsverträge in Betracht ziehen müssen.

Unser Kommentar

Zwar liegt die Entscheidung des BAG noch nicht im Volltext vor, doch der Pressemitteilung sind bereits die wesentlichen Aussagen zu entnehmen.

Wenig überraschend ist zunächst, dass das BAG das Urteil des BVerfG aufgreift und an seiner bisherigen Rechtsprechung zur verfassungskonformen Auslegung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht mehr festhält.

Es bleibt allerdings abzuwarten, welche Voraussetzungen das BAG zukünftig an eine Unzumutbarkeit des Verbots der sachgrundlosen Befristung stellen wird. Die Ausfüllung der in der gegenständlichen Entscheidung hierfür nur abstrakt formulierten Kriterien (Zeit des Zurück-

liegens der Vorbeschäftigung, dessen Dauer sowie die Vergleichbarkeit mit der aktuellen Beschäftigung) bleibt Gegenstand weiterer Entscheidungen. Bereits einigermaßen sicher scheint jedoch, dass sich hier kein allgemeiner Rechtsgrundsatz herausbilden wird. Zu schwer greifbar ist, wann die Gefahr einer Kettenbefristung gebannt zu sein scheint. Die Entscheidung dürfte dann jeweils auf der Grundlage des konkreten Einzelfalles zu treffen sein.

Bemerkenswert ist die Aussage des BAG, dass die Arbeitgeberin jedenfalls die Möglichkeit habe in Betracht ziehen müssen, dass die vom BAG vorgenommene verfassungskonforme Auslegung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG vor dem BVerfG keinen Bestand haben könnte. Es wirkt fast so, als scheint sich das

BAG damit selbst eingestehen zu wollen, dass die eigene Rechtsprechung derart vage oder sogar unzutreffend war, dass auch ein Rechtsunkundiger in ihren Bestand nicht habe vertrauen dürfen. Gerade bei dieser hochpraxisrelevanten Thematik der (sachgrundlosen) Befristung von Arbeitsverhältnissen bleibt die weitere Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur mit Spannung zu verfolgen.

→ Autor:

Andre Schuettauf
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Essen



Mindestlohnanspruch bei einem Praktikum – Mögliche Aufteilung der maximal zulässigen Praktikumsdauer von drei Monaten in mehrere Abschnitte?

Praktikanten haben keinen Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn, wenn sie gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 2 Mindestlohngesetz (MiLoG) ein Praktikum zur Orientierung für eine Berufsausbildung oder für die Aufnahme eines Studiums leisten, das die Höchstdauer von drei Monaten nicht übersteigt.

■ BAG, Beschluss vom 30. Januar 2019 – 5 AZR 556/17

Der Fall

Mit ihrer Klage begehrte die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Mindestlohn für ein von ihr bei der Beklagten geleistetes Praktikum. Die Beklagte betreibt eine Reitanlage. Zur Orientierung für eine Berufsausbildung vereinbarte die Klägerin mit der Beklagten ein dreimonatiges Praktikum. Dabei sollte festgestellt werden, ob die Klägerin möglicherweise eine Ausbildung zur Pferdewirtin bei der Beklagten aufnimmt. Das Praktikum begann am 6. Oktober 2015. Eine Vergütung für die Zeit des Praktikums zahlte die Beklagte der Klägerin nicht. Nach vorheriger Absprache mit der Beklagten trat die Klägerin am 20. Dezember 2015 über die Weihnachtsfeiertage einen Familienurlaub an. Während desurlaubes teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass sie in der ersten Januarwoche auf verschiedenen anderen Reitanlagen einen Probearbeitstag absolvieren und daher erst am 12. Januar 2016 ihr Praktikum fortsetzen wolle. Die Beklagte erklärte sich damit einverstanden und bestätigte der Klägerin die Fortsetzung des Praktikums zum 12. Januar 2016. Am 25. Januar 2016 endete das Praktikum.

Für die Zeit ihres Praktikums hat die Klägerin von der Beklagten eine Vergütung in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns in einer Gesamthöhe von 5.491,00 Euro brutto gefordert. Sie hat insoweit vorgetragen, dass eine Überschreitung der maximal zulässigen Höchstdauer eines Orientierungspraktikums gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 2 MiLoG vorliege und ihr daher ab dem Beginn des Praktikums der Mindestlohn in Höhe von 8,50 Euro brutto pro Stunde zustehe.

Die Entscheidung

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf hat mit Urteil vom 25. Oktober 2017 –

7 Sa 995/16 auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerin vor dem BAG hatte keinen Erfolg. Das BAG hat die Revision zurückgewiesen.

Nach Ansicht des BAG bestehe ein Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn nicht, weil das Praktikum zur Orientierung für eine Berufsausbildung die Höchstdauer von drei Monaten nicht überschritten habe. Insbesondere seien Unterbrechungen des Praktikums innerhalb dieses Rahmens möglich, wenn der Praktikant/die Praktikantin hierfür persönliche Gründe habe und die einzelnen Abschnitte sachlich und zeitlich zusammenhängen.

Vorliegend seien die Voraussetzungen für eine zulässige Unterbrechung des Praktikums gegeben. Das Praktikum sei wegen Zeiten der Arbeitsunfähigkeit sowie auf eigenen Wunsch der Klägerin über die Weihnachtsfeiertage und zur Absolvierung von Probearbeitstagen bei anderen Reitanlagen für nur wenige Tage unterbrochen und im Anschluss an die Unterbrechungen jeweils unverändert fortgesetzt worden.

Unser Kommentar

Eine ausführliche Begründung der Entscheidung des BAG liegt derzeit noch nicht vor, da bisher nur eine entsprechende Pressemitteilung veröffentlicht wurde.

Es bleibt daher abzuwarten, welche Voraussetzungen das BAG an den von ihm geforderten sachlichen und zeitlichen Zusammenhang bei der Aufteilung des Praktikums in Zeitabschnitte knüpft. Zudem bleibt abzuwarten, ob das BAG konkrete Vorgaben zur Maximaldauer von Unterbrechungen machen wird. Bei der Durchführung von Praktika zur Orientierung für eine Berufsausbildung oder für die Aufnahme eines Studiums im Sinne von § 22 Abs. 1 Nr. 2 MiLoG mit Unterbrechungen ist daher bis zur

Veröffentlichung der ausführlichen Begründung seitens des BAG zur raten, die gewünschte Unterbrechung möglichst kurz auszugestalten und auf das Erforderliche zu reduzieren. Weiterhin sollte zur Vermeidung späterer Unsicherheiten eine vorherige Absprache mit dem jeweiligen Praktikanten/der jeweiligen Praktikantin getroffen und diese (schriftlich) dokumentiert werden. Nur so kann in einem eventuellen späteren Prozess etwaigen nachträglichen Forderungen des jeweiligen Praktikanten/der jeweiligen Praktikantin am sichersten entgegengetreten werden.

Jedenfalls wird durch die vorliegende Entscheidung des BAG eine Ausgestaltung des jeweiligen Praktikums im Sinne von § 22 Abs. 1 Nr. 2 MiLoG durch die Parteien ermöglicht. Das Praktikum kann bei Aufteilung oder Unterbrechung über den Dreimonatszeitraum hinaus verlängert werden, sofern die Summe der Zeitabschnitte nicht die Dauer von drei Monaten überschreitet. Dabei ist eine (schriftliche) Vereinbarung mit dem Praktikanten vor der Unterbrechung dringend zu empfehlen.

Die vorliegende Gestaltung erfordert jedoch allgemein, dass tatsächlich ein Praktikums- und kein Arbeitsverhältnis vorliegt. Die Vorinstanz (LAG Düsseldorf) gelangte im vorliegenden Fall zum Ergebnis, dass nach der tatsächlichen Vertragsdurchführung ein Praktikum vereinbart war. Andernfalls hätte unabhängig von der Dauer ein Anspruch auf den Mindestlohn bestanden.

→ Autorin:

Ines Gutt
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Essen

Verfall von Urlaubsansprüchen nur nach ausreichender Information und Aufforderung zur Urlaubsnahme durch den Arbeitgeber

Der Anspruch eines Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub erlischt gemäß § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG nur dann am Ende des Kalenderjahres, wenn der Arbeitgeber ihn rechtzeitig zuvor über seinen konkreten Urlaubsanspruch und die Verfallfristen belehrt sowie zur Urlaubsnahme aufgefordert hat, der Arbeitnehmer den Urlaub aber dennoch aus freien Stücken nicht nimmt.

■ BAG, Urteil vom 19. Februar 2019 – 9 AZR 541/15

Der Fall

Die Parteien streiten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses über das Bestehen eines Abgeltungsanspruchs des Arbeitnehmers wegen nicht genommener Urlaubstage. Der Arbeitnehmer war beim Arbeitgeber von 2001 bis 2013 beschäftigt und verlangt Abgeltung von nicht genommenem Urlaub im Umfang von 51 Arbeitstagen aus den Jahren 2012 und 2013. Der Arbeitgeber hatte den Arbeitnehmer ca. zwei Monate vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses zwar darum gebeten, den Urlaub noch rechtzeitig zu nehmen. Der Arbeitnehmer stellte jedoch keinen Urlaubsantrag. Der Arbeitgeber hatte den Urlaub auch nicht einseitig festgesetzt. Die Zahlungsklage des Klägers hatte in den ersten beiden Instanzen Erfolg. Das BAG rief daraufhin den EuGH an, um dort Fragen der Auslegung des EU-Urlaubsrechts klären zu lassen. Nachdem dies mit Urteil des EuGH vom 6. November 2018 (C-684/16) erfolgte, ändert das BAG daraufhin seine bisherige Rechtsprechung und verweist den Rechtsstreit zur weiteren Aufklärung zurück an das Landesarbeitsgericht.

Die Entscheidung

Das BAG richtet sich in seiner Entscheidung – zu der bislang lediglich eine Pressemitteilung vorliegt – ganz nach den Vorgaben des EuGH, die dieser zuvor im Rahmen des Vorlageverfahrens aufgestellt hat. Das BAG distanziert sich ausdrücklich von seiner bisherigen Rechtsprechung, nach der noch bestehender Urlaub grundsätzlich am jeweiligen Jahresende gemäß § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG verfällt. Bislang kam unter bestimmten – engeren – Voraussetzungen lediglich ein Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers in Betracht, wofür der Arbeitnehmer den Arbeitgeber jedoch regelmäßig durch Stellung eines Urlaubsantrags in Verzug gesetzt haben musste. Damit wurde indirekt für die Abgeltung von Urlaubsansprü-



chen verlangt, dass vorher ein Urlaubsantrag gestellt wird. Dem erteilte der EuGH allerdings eine Absage, der sich das BAG anschließt.

Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG ist es dem Arbeitgeber vorbehalten, die zeitliche Lage des Urlaubs unter Berücksichtigung der Urlaubswünsche des Arbeitnehmers festzulegen. Der Arbeitgeber ist jedoch nicht gesetzlich verpflichtet, dem Arbeitnehmer von sich aus Urlaub zu gewähren. Allerdings obliegt ihm nach dem EU-Recht (Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG) die Initiativlast für die Verwirklichung des Urlaubsanspruchs. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der Arbeitgeber gehalten, „konkret und in völliger Transparenz dafür zu sorgen, dass der Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage ist, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, indem er ihn – erforderlichenfalls förmlich – auffordert, dies zu tun“. Der Arbeitgeber hat also klar und rechtzeitig mitzuteilen, dass der Urlaub am Ende des Bezugszeitraums oder eines Übertragungszeitraums verfallen wird, wenn der Arbeitnehmer ihn nicht nimmt. Bei einer richtlinienkonformen Auslegung des § 7 BUrlG kann der Verfall von Urlaub daher in der Regel nur eintreten, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor konkret aufgefordert hat, den Urlaub zu nehmen, und ihn klar und rechtzeitig darauf hingewiesen hat, dass der Urlaub anderenfalls mit Ablauf des Urlaubsjahres oder Übertragungszeitraums erlischt. Das Landesarbeitsgericht hat aufzuklären, ob der Arbeitgeber seinen diesbezüglichen Obliegenheiten nachgekommen ist.

Unser Kommentar

Die Entscheidung des BAG ist wenig überraschend, da sie die klaren Vorgaben, die der EuGH in seinem Grundsatzurteil vom November 2018 (C-684/16) aufgestellt hat, nunmehr ins nationale Recht umsetzt. Dabei wählt das BAG den Weg

der richtlinienkonformen Auslegung des § 7 BUrlG, sodass es künftig keines Rückgriffs auf Schadensersatzansprüche mehr bedarf. Die Regelung des § 7 Abs. 3 BUrlG, wonach Urlaub grundsätzlich im jeweiligen Kalenderjahr genommen werden muss, dient an sich dem nachvollziehbaren Zweck, dass der Urlaub tatsächlich regelmäßig zur Erholung genutzt wird und nicht zur „Abfindungserhöhung“ durch Ansammlung und Auszahlung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Da die Erholung aber nicht nur dem Arbeitnehmer dient, sondern auch dem Arbeitgeber, der auf einen regenerierten Arbeitnehmer zurückgreifen kann, wird der Arbeitgeber künftig mehr in die Verantwortung genommen. Zudem lässt sich das Urlaubsrecht auch als Bestandteil des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzrechts verstehen, für dessen Einhaltung ebenfalls der Arbeitgeber von sich aus zu sorgen hat (z.B. im Hinblick auf die gesetzlichen Arbeitszeitvorgaben).

Für die Praxis haben die BAG- und EuGH-Entscheidungen erhebliche Bedeutung. Insbesondere werden Arbeitgeber künftig organisatorische Maßnahmen treffen müssen, um eine Ansammlung von Urlaubsansprüchen zu verhindern. Die Vorgaben hierfür sind gerichtlich nunmehr relativ deutlich umrissen: Der Arbeitnehmer muss – aus Beweisgründen zumindest in Textform – rechtzeitig, transparent und konkret über den ihm (noch) zustehenden Urlaub informiert werden. Zudem ist er aufzufordern, seinen Urlaub auch zu nehmen bzw. Urlaubsanträge zu stellen. Und schließlich muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer deutlich darüber informieren, dass sein Urlaubsanspruch anderenfalls am Jahresende (bzw. Ende des Übertragungszeitraums) verfällt. Erreichen lässt sich dies beispielsweise durch regelmäßige Mitteilungen über den jeweils aktuellen Urlaubsstand, die die genannten Informationen enthalten. Eine andere Möglichkeit wäre eine entsprechende Ergänzung der monatlichen Entgeltabrechnungen; darin sind dann die genauen noch bestehenden Urlaubstage aufzuführen und die Aufforderung sowie Information über die Rechtsfolgen sollte drucktechnisch deutlich hervorgehoben werden. Zudem sollten Arbeitgeber – vorzugsweise im dritten Quartal eines jeden Kalenderjahres – sich regelmäßig einen Überblick über den bereits genommenen bzw. beantragten Urlaub der Arbeitnehmer verschaffen, um ggf. auf die noch rechtzeitige Inanspruchnahme des Urlaubs hinzuwirken. Es ist jedoch auch geklärt, dass der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, den Urlaub einseitig von sich aus festzusetzen.

→ Autor:

Dr. Paul Gooren, LL.M. (Chicago)
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Berlin

Mitbestimmung des Betriebsrats beim Einsatz „alltäglicher Standardsoftware“

Die Nutzung softwarebasierter Personalverwaltungssysteme unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrats, auch wenn es sich lediglich um eine "alltägliche Standardsoftware" (hier: MS Excel) handelt.

■ BAG, Beschluss vom 23. Oktober 2018 – 1 ABN 36/18

Der Fall

Die Arbeitgeberin ist Teil eines Klinik Konzerns und betreibt unter anderem ein Krankenhaus, in welchem ein Betriebsrat gewählt ist. Bis Ende Januar 2016 waren bei der Arbeitgeberin Anwesenheitslisten der Mitarbeiter nur in Papierform geführt worden. Dabei wurden Kürzel eingetragen, um die Tatbestände „Anwesenheit“ („X“) sowie verschiedene Abwesenheitsgründe (z.B. „K“ für krank, „U“ für Urlaub) zu dokumentieren. Ab Februar 2016 sollten die Informationen händisch in eine Excel-Tabelle eingetragen werden. Diese Tabellen sollten dann regelmäßig an eine von der Konzernleitung bestimmte Konzerngesellschaft, bei der die Personalverwaltung ab diesem Zeitpunkt zentralisiert werden sollte, übermittelt werden.

In diesem Zusammenhang machte der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs.1 Nr. 6 BetrVG geltend, welches die Arbeitgeberin jedoch bestritt. Daher ließ sie, ohne die Zustimmung des Betriebsrats hierzu einzuholen, Arbeitsschichten sowie Anwesenheits- und Fehlzeiten in die vorgesehene Excel-Tabelle einpflegen. Aus Sicht der Arbeitgeberin handelte es sich bei der Tabelle lediglich um einen „digitalisierten Handzettel“. Die per Hand in das System eingegebenen Informationen würden durch das System nicht verändert. Die Listen könn-

ten daher von ihrer Gestaltung her in gleicher Weise in einem Word-Dokument erzeugt bzw. dargestellt werden.

Das Arbeitsgericht Detmold hat dem Antrag des Betriebsrats, die Arbeitgeberin zu verpflichten, es zu unterlassen, ohne Zustimmung des Betriebsrats oder einen diese ersetzenden Spruch der Einigungsstelle in einer näher bezeichneten Excel-Tabelle bestimmte Einträge zu den Anwesenheitszeiten von Mitarbeitern vorzunehmen, im Wesentlichen stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Arbeitgeberin hat das Landesarbeitsgericht Hamm (im Wesentlichen) zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen. Hiergegen wendet sich die Arbeitgeberin mit ihrer auf die grundsätzliche Bedeutung einer Rechtsfrage gestützten Nichtzulassungsbeschwerde.

Die Entscheidung

Die Nichtzulassungsbeschwerde der Arbeitgeberin hatte vor dem Ersten Senat des Bundesarbeitsgericht (BAG) keinen Erfolg.

Das BAG hielt die von der Arbeitgeberin gestellte Rechtsfrage für nicht klärungsbedürftig. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG habe der Betriebsrat u.a. bei der Anwendung von technischen Einrichtungen mitzubestimmen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Ein datenverarbeitendes System ist nach Auffassung des BAG zur Überwachung von Verhalten oder Leistung der Arbeitnehmer bestimmt, wenn es individualisierte oder individualisierbare Verhaltens- oder Leistungsdaten selbst erhebt und aufzeichnet, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber die erfassten und festgehaltenen Verhaltens- oder Leistungsdaten auch auswerten oder zu Reaktionen auf festgestellte Verhaltens- oder Leistungsweisen verwenden will. Überwachung in diesem Sinn sei sowohl das Sammeln von Informationen als auch das Auswerten bereits vorliegender Informationen (BAG, 25. September 2012 - 1 ABR 45/11).

In diesem Zusammenhang sei bereits geklärt, dass etwa die Nutzung und der Einsatz des Datenverarbeitungssystems SAP ERP zur Personalverwaltung der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG unterliegt. Es sei daher offenkundig, dass



für andere softwarebasierte Personalverwaltungssysteme nichts Abweichendes gilt, mag diesen auch „alltägliche Standardsoftware“ (hier das Programm MS Excel als Bestandteil des Office-Pakets) zugrunde liegen, zumal es sich bei einem SAP-Programm nach Auffassung des BAG ebenso um ein Standardsoftwareprodukt handelt. Desgleichen liege auf der Hand, dass es für die „Bestimmung zur Überwachung“ gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG nicht auf eine - wie auch immer im Einzelnen verfasste - „Geringfügigkeitsschwelle“ ankommen sollte.

Unser Kommentar

Das entsprechende Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG besteht nach gefestigter BAG-Rechtsprechung grundsätzlich immer dann, wenn personenbezogene oder -beziehbare Daten erfasst werden, die den Arbeitgebern eine Leistungs- und Verhaltenskontrolle objektiv ermöglichen. Auch in der vorliegenden Entscheidung hat der Erste Senat erneut seine ständige Rechtsprechung bestätigt, wonach es auf eine gezielte Überwachungsabsicht der Arbeitgeber oder eine spätere Verwendung der durch die technische Einrichtung gewonnenen Informationen für das Vorliegen eines Mitbestimmungsrechts nicht ankommt.

Das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG beschäftigt die Gerichte zunehmend. Aufgrund der ohnehin sehr weiten und in letzterer Zeit zudem verstärkt schutzgutbezogenen Auslegung des Mitbestimmungsrechts durch die Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass das Beteiligungsrecht künftig immer weiter an Bedeutung gewinnen und zu einem verstärkten Konfliktpotential zwischen Arbeitgebern und Betriebsräten führen wird.

IT-Rahmenbetriebsvereinbarungen können für betroffene Arbeitgeber in gewissem Maße zu einer Erleichterung führen. Das Mitbestimmungsrecht bei der Einführung neuer Software können sie zwar nicht ganz aushebeln, aber sie führen zumindest zu Verfahrenserleichterungen (wie beispielsweise Klärung von Zuständigkeiten, Regelinformationsbedarf, Prozesse).

Der Analyse und Bewertung etwaiger Mitbestimmungserfordernisse sowie Risiken in diesem Zusammenhang kommt daher eine besondere Bedeutung zu, um die rechtlichen Rahmenbedingungen und etwaige Fallstricke beim Abschluss einer entsprechenden Betriebsvereinbarung zu erkennen.

→ Autorin:

Bettina Partzsch, LL.M. (Melbourne)
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Düsseldorf

Nachwirkung einer Betriebsvereinbarung über Verhaltenspflichten der Betriebsparteien

Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat über das Verfahren zur Erzielung einer Einigung in Angelegenheiten der betrieblichen Mitbestimmung unterliegen nicht der erzwingbaren Mitbestimmung.

■ BAG, Urteil vom 23.10.2018 – 1 ABR 10/17

Der Fall

Arbeitgeberin und Betriebsrat streiten über die Nachwirkung der gekündigten Betriebsvereinbarung „Übergangsvereinbarung erfolgsbezogene variable Vergütungsbestandteile“. Die Arbeitnehmer beziehen ein Zielgehalt, das sich aus einem Fixgehalt und einem variablen Vergütungsbestandteil zusammensetzt. Der variable Teil ist von der Erreichung bestimmter Ziele abhängig. Arbeitgeberin und Betriebsrat schließen jedes Geschäftsjahr Betriebsvereinbarungen, in denen die Vergütungspläne und Plan-Rahmenbedingungen festgelegt werden. Daneben haben die Betriebsparteien eine sog. Übergangsvereinbarung geschlossen, in der geregelt ist, wie zu verfahren ist, wenn zu Beginn des Geschäftsjahres noch keine Betriebsvereinbarung über die Vergütungspläne und Plan-Rahmenbedingungen abgeschlossen wurde. Neben Fristenregelungen und Verhandlungspflichten sind auch gestaffelte Abschlagszahlungen auf die variable Vergütung an die Arbeitnehmer vorgesehen. Die Übergangsvereinbarung ist mit einer Frist von einem Monat zum Ende des Geschäftsjahres kündbar. In den Schlussbestimmungen heißt es: „Eine Nachwirkung wird nicht ausgeschlossen.“ Die Arbeitgeberin kündigte die Übergangsvereinbarung und teilte mit, dass aus ihrer Sicht keine Nachwirkung bestehe. Sie stellte die Abschlagszahlungen in der Folge ein. Der Betriebsrat beantragte daraufhin beim Arbeitsgericht die Feststellung, dass die Übergangsvereinbarung nachwirke. Das Arbeitsgericht wies den Antrag ab. Das LAG Saarland stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass der Bereich der betrieblichen Lohngestaltung gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG betroffen sei, also ein Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung, und



die gekündigte Betriebsvereinbarung daher nachwirke. Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG umfasse auch verfahrensrechtliche Regelungen, mit denen sichergestellt werden soll, dass eine Betriebsvereinbarung, die sich auf eine von § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG erfasste Regelungsmaterie bezieht, rechtzeitig zustande kommt.

Die Entscheidung

Dem erteilt das BAG eine klare Absage. Es hat entschieden, dass das LAG Saarland dem Feststellungsbegehren des Betriebsrats zu Unrecht entsprochen hat. Weder sei eine Angelegenheit betroffen, die der zwingenden Mitbestimmung unterliegt, noch hätten die Betriebsparteien eine Nachwirkung der Betriebsvereinbarung vereinbart. Das BAG geht davon aus, dass die Betriebsvereinbarung keine Grundsätze der betrieblichen Lohngestaltung gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG regele. Vielmehr seien nur prozedurale Bestimmungen vorgesehen, die allein das Verfahren zur Ausübung der Mitbestimmung des Betriebsrats bei den variablen Vergütungsbestandteilen flankiere. Insbesondere hätten die Betriebsparteien keine für eine Übergangszeit geltenden Vergütungspläne und Plan-Rahmenbedingungen „an sich“ geregelt; sie hätten vielmehr die den Arbeitnehmern zustehenden Abschlagszahlungen als ein Mittel zur Sicherung des betriebsparteiinternen Pflichtengefüges eingesetzt.

Eine Vereinbarung zur Nachwirkung hätten die Betriebsparteien nicht getroffen. Nach dem Wortlaut der Übergangsvereinbarung sei keine Nachwirkung angeordnet worden, sondern es sei lediglich festgelegt worden, dass eine Nachwirkung nicht ausgeschlossen werde. Diese Vereinbarung gehe hier ins Leere, weil freiwilligen Betriebsvereinbarungen ohnehin keine Nachwirkung zukommt und ein darauf gerichteter Ausschluss bereits kraft Gesetzes erfolge.

Unser Kommentar

Das BAG stellt klar, dass verfahrensrechtliche Regelungen, mit denen sichergestellt werden soll, dass eine Betriebsvereinbarung, die sich auf einen Gegenstand der erzwingbaren Mitbestimmung bezieht, rechtzeitig zustande kommt, nicht vom Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 87 BetrVG umfasst sind. Verfahrensregelungen und Verhaltenspflichten, die die Betriebsparteien flankierend zu einem gesetzlichen Mitbestimmungstatbestand vereinbaren, sind demnach freiwillige Vereinbarungen, die ohne Nachwirkung gekündigt werden können. Dies ist nicht nur mit Blick auf die hier streitgegenständliche Mitbestimmung bei Fragen der betrieblichen Lohngestaltung relevant. Vielmehr sind Betriebsvereinbarungen über Verhaltenspflichten der Betriebsparteien zu nahezu allen Gegenständen der erzwingbaren Mitbestimmung denkbar. Die Entscheidung des BAG ist entsprechend übertragbar.

Auch bzgl. der Formulierung einer Vereinbarung zur Nachwirkung ist die Entscheidung des BAG instruktiv: Allein aus der Formulierung „Eine Nachwirkung wird nicht ausgeschlossen.“ ist nicht zu schlussfolgern, dass die Parteien eine Nachwirkung vereinbaren wollten. Vielmehr geht das BAG davon aus, dass die Betriebsparteien nicht sicher waren, ob es sich um eine freiwillige Betriebsvereinbarung oder eine Betriebsvereinbarung gemäß § 87 BetrVG handelt und die Nachwirkung vorsorglich für den Fall, dass es sich um eine Betriebsvereinbarung gemäß § 87 BetrVG handelt, ausschließen wollten.

→ Autorin:

Dr. Sarah Zimmermann
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Köln

■ RECHTSPRECHUNG IN KÜRZE

Kein Home-Office per Direktionsrecht

■ LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.11.2018
- 17 Sa 562/18

Das Weisungsrecht nach § 106 S. 1 GewO erlaubt dem Arbeitgeber keine einseitige Zuweisung von Home-Office.

Entscheidung

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. Die Beklagte hatte die Betriebsstätte geschlossen, in welcher der Kläger beschäftigt war. Anschließend konnten sich die Parteien nicht auf eine vertragliche Änderung des Arbeitsortes einigen. Den Weisungen der Beklagten, Arbeit im Home-Office zu verrichten, kam der Kläger nicht nach. Das LAG entschied, dass die daraufhin erfolgte Kündigung unwirksam sei. Es liege kein zur Kündigung berechtigender wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB vor. § 106 S. 1 GewO biete keine Grundlage für Weisungen, Arbeit im Home-Office zu verrichten, so dass dem Kläger auch keine Arbeitsverweigerung vorgeworfen werden könne. Die Arbeit von zu Hause sei nicht vergleichbar mit der Tätigkeit in der Betriebsstätte. Es fehle an dem Kontakt zu den Arbeitskollegen und die Erreichbarkeit für die betriebliche Interessenvertretung werde eingeschränkt. Auch werden die Grenzen von Arbeit und Freizeit fließend. Zwar können Arbeitnehmer ein Interesse an Heimarbeit haben, doch dies berechtige den Arbeitgeber nicht zur einseitigen Zuweisung.

Einsichtsrecht des Betriebsrates in Gehaltslisten mit Arbeitnehmernamen

■ LAG Niedersachsen, Beschluss vom 22.10.2018
- 12 TaBV 23/18

Der Betriebsrat hat ein Einsichtsrecht aus § 80 Abs. 2 S. 2 HS. 2 BetrVG in die nichtanonymisierten Gehaltslisten inklusive Klarnamen der Arbeitnehmer.

Entscheidung

Die Parteien streiten über die Ausgestaltung des Rechts des Betriebsrats gem. § 80 Abs. 2 S. 2 HS. 2 BetrVG Einsicht in die Bruttoentgeltlisten zu nehmen. Die Arbeitgeberin gewährte dem Betriebsrat nur Einsicht in eine anonymisierte Liste. Das LAG hat entschieden, dass die Arbeitgeberin verpflichtet ist, dem Betriebsrat Einblick in die vollständigen Bruttoentgeltlisten, inklusive Klarnamen der Arbeitnehmer zu gewähren. Das Einsichtsrecht des Betriebsrats sei zur effektiven Wahrnehmung

seiner Überwachungsrechte notwendig. Nur wenn der Betriebsrat in der Lage sei, die Gehälter den einzelnen Arbeitnehmern zuzuordnen, könne er überprüfen, ob der Arbeitgeber seine Verpflichtung aus § 75 Abs. 1 BetrVG, den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten, einhalte. Datenschutzrechtliche oder grundrechtliche Belange stünden dem Anspruch des Betriebsrats nicht entgegen.

Verlängerung der Elternzeit ohne Zustimmung des Arbeitgebers

■ LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 20.09.2018
- 21 Sa 390/18

Die Verlängerung der zweijährigen Elternzeit auf ein drittes Jahr ist nicht von der Zustimmung des Arbeitgebers abhängig.

Entscheidung

Der Kläger hatte bei der Beklagten, seiner Arbeitgeberin, zunächst zwei Jahre Elternzeit beantragt. Drei Monate nach der Geburt des Kindes beantragte der Kläger eine Verlängerung der Elternzeit um ein weiteres Jahr. Die Beklagte lehnte dies ab. Das LAG entschied nun, dass eine solche Verlängerung der Elternzeit ein zustimmungsfreies Verlangen iSv. § 16 Abs. 1 S. 1 iVm. § 15 Abs. 2 S. 1 BEEG darstelle. Nach § 16 Abs. 1 S. 2 BEEG müsse der Arbeitnehmer nur für die ersten zwei Jahre verbindlich erklären, für welchen Zeitraum Elternzeit in Anspruch genommen werde. Zweck dieser Regelung sei es, den Beschäftigten eine flexible Gestaltung der Elternzeit zu ermöglichen. Die Eltern sollen in der Lage sein, erst später zu entscheiden, ob sie auch für das dritte Lebensjahr ihres Kindes Elternzeit beanspruchen wollen. Wäre dieses Verlangen von der Zustimmung des Arbeitgebers abhängig, wäre die angestrebte Entscheidungsflexibilität nicht gewährleistet.

Anforderungen an die Einleitung und Durchführung eines BEM

■ LAG Hessen, Urteil vom 13.08.2018 – 16 Sa, 1466/17

Die ordnungsgemäße Durchführung eines BEM erfordert eine Beteiligung der gesetzlich dafür vorgesehenen Stellen.

Entscheidung

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen personenbedingten Kündigung. Die Beklagte hatte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin gekündigt, nachdem diese in den letzten Jahren hohe krankheitsbedingte Ausfallzeiten aufwies.

Der dagegen gerichteten Kündigungsschutzklage hat das LAG stattgegeben. Die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt erfolgt, weil die Beklagte das in § 84 Abs. 2 SGB IX a.F. (jetzt: § 167 Abs. 2 SGB IX) vorgesehene Betriebliche Eingliederungsmanagement nicht ordnungsgemäß durchgeführt habe. Die Durchführung des BEM sei zwar auf verschiedene Weise möglich, doch erfordere es zumindest eine Beteiligung der gesetzlich vorgesehenen Stellen. Die Beklagte habe die Klägerin nicht darauf hingewiesen, dass die örtlichen gemeinsamen Servicestellen (ab 1. Januar 2018: Rehabilitationsträger) hinzugezogen werden können und diese Stellen letztlich auch nicht beteiligt.

Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Twitter-Account

■ LAG Hamburg, Beschluss vom 13.09.2018 - 2 TaBV 5/18

Der Betrieb eines Twitter-Accounts unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.

Entscheidung

Die Beklagte betreibt bundesweit Multiplex-Kinos, die sie mit einem Twitter-Account bewirbt. Der Betriebsrat wurde bei der Einrichtung des Twitter-Accounts nicht beteiligt und hat daher auf Unterlassung geklagt. Das Arbeitsgericht hat den Antrag des Betriebsrates zurückgewiesen. Das LAG hat der hiergegen gerichteten Beschwerde des Betriebsrats stattgegeben. Der Betrieb eines Twitter-Accounts sei eine zur Überwachung bestimmte technische Einrichtung i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG und unterliege der betrieblichen Mitbestimmung. Mittels der „Antwort“-Funktion sammle die Arbeitgeberin Daten, welche Aussagen zum Verhalten und zur Leistung von Arbeitnehmern beinhalten können. Zwar werden die Tweets nicht auf dem Account der Arbeitgeberin gespeichert, doch entscheidend sei die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmer, welche durch die öffentliche Datenverbreitung bestehe. Da die Antwort-Funktion nicht abschaltbar sei, erfasse der Unterlassungsanspruch auch die Nutzung des Twitter-Accounts in Gänze.

■ ALLGEMEINE HINWEISE

Autoren dieser Ausgabe



Dietmar Heise

Rechtsanwalt, Partner
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Stuttgart
Telefon +49 711 9338 12894
dietmar.heise@luther-lawfirm.com



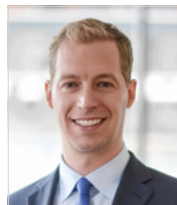
Ines Gutt

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Essen
Telefon +49 201 9220 24845
ines.gutt@luther-lawfirm.com



Achim Braner

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Counsel
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Frankfurt a.M.
Telefon: +49 69 27229 23839
achim.braner@luther-lawfirm.com



Dr. Paul Gooren, LL.M. (Chicago)

Rechtsanwalt
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Berlin
Telefon +49 30 52133 21142
paul.gooren@luther-lawfirm.com



Hans-Christian Ackermann

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Partner
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Düsseldorf
Telefon: +49 211 5660 18772
hans-christian.ackermann@luther-lawfirm.co



Bettina Partzsch, LL.M. (Melbourne)

Rechtsanwältin
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Düsseldorf
Telefon +49 211 5660 24995
bettina.partzsch@luther-lawfirm.com



Stefan Steeger, LL.B.

Rechtsanwalt, Wirtschaftsjurist
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Düsseldorf
Telefon +49 211 5660 18600
stefan.steeger@luther-lawfirm.com



Dr. Sarah Zimmermann

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Köln
Telefon +49 221 9937 25531
sarah.zimmermann@luther-lawfirm.com



Andre Schütttauf

Rechtsanwalt
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Essen
Telefon +49 201 9220 24620
andre.schuettauf@luther-lawfirm.com

Veranstaltungen und Veröffentlichungen



Eine Übersicht mit unseren Veranstaltungen finden Sie [hier](#)



Eine Liste unserer aktuellen Veröffentlichungen finden Sie [hier](#)

Impressum

Verleger: Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 221 9937 0
Telefax +49 221 9937 110, contact@luther-lawfirm.com
V.i.S.d.P.: Achim Braner, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Frankfurt a.M., Telefon +49 69 27229 23839,
achim.braner@luther-lawfirm.com

Copyright: Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme. Falls Sie künftig keine Informationen der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH erhalten möchten, senden Sie bitte eine E-Mail mit dem Stichwort „Arbeitsrecht“ an unsubscribe@luther-lawfirm.com

Bildnachweis: Fotolia: Seite 1, Mikko Lemola/iStock: Seite 4,
Chet_W/stock: Seite 9, Yuganov Konstantin/fotolia: Seite 11, istock: Seite 14, fotolia: Seite 15, sk_design/stock.adobe.com; Seite 17, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH: Seite 3, Seite 24

Haftungsausschluss

Obgleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand.

Berlin, Brüssel, Düsseldorf, Essen, Frankfurt a. M., Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig,
London, Luxemburg, München, Shanghai, Singapur, Stuttgart, Yangon

Luther Corporate Services: Delhi-Gurugram, Kuala Lumpur, Shanghai, Singapur, Yangon

Ihren Ansprechpartner finden Sie auf www.luther-lawfirm.com.

Auf den Punkt. Luther.

