

# Thümmel, Schütze & Partner

## RECHTSANWÄLTE



Newsletter 2/2019

## Aktuelle Informationen zum Arbeitsrecht

TSP

### I. NEUE GESETZLICHE REGELUNGEN

Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen  
in Kraft getreten S. 3

### II. NEUE GESETZESVORHABEN

Bundeskabinett billigt Gesetz für bessere Löhne  
in der Pflege S. 3

Bundesregierung beschließt Entwurf eines Gesetzes  
zur Modernisierung und Stärkung der beruflichen  
Bildung S. 3

Regelungen zur sachgrundlosen Befristung S. 4

„Arbeit-von-morgen-Gesetz“ S. 4

### III. AKTUELLE ENTSCHEIDUNGEN

Kürzung von Urlaubsansprüchen während der  
Elternzeit S. 4

Unterrichtung des Betriebsrats für Arbeitsunfälle  
Dritter – Umgang des Unterrichtsanspruchs S. 6

# Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE



BAG setzt missbräuchlicher Blockadehaltung des Betriebsrats deutliche Grenzen	S. 7
Initiativlast des Arbeitgebers, auf Verfall von Urlaub hinzuweisen	S. 8
Wirksame Urlaubserteilung in der Kündigungsfrist auch ohne wiederholte Zusage der Vergütung in der Freistellungserklärung	S. 10
Verpflichtung des Arbeitgebers zur Einrichtung eines Systems, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann	S. 11
Massenentlassung unmittelbar nach Einreichung der Massenentlassungsanzeige	S. 12
Beschäftigungsanspruch Schwerbehinderter – Unternehmerische Organisationsfreiheit	S. 13
Pauschalvergütung von Überstunden durch Betriebsvereinbarung grundsätzlich möglich	S. 14

TSP

## I. Neue gesetzliche Regelungen

### Gesetz zum Schutz von Geschäftsheimnissen in Kraft getreten

Am 26.04.2019 ist das Gesetz zum Schutz von Geschäftsheimnissen in Kraft getreten. Dieses beruht auf der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen. Zu den inhaltlichen Details des Gesetzes hatten wir in unserem Newsletter 4/2018 bereits berichtet.

## II. Neue Gesetzesvorhaben

### Bundeskabinett billigt Gesetz für bessere Löhne in der Pflege

Das Bundeskabinett hat am 19.06.2019 einem Gesetzesvorhaben des Bundesarbeitsministers für eine bessere Bezahlung von Pflegekräften zugestimmt. Der Entwurf soll für bessere Löhne und eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Pflegebranche sorgen.

Der Entwurf sieht u. a. vor, dass Gewerkschaften und Arbeitgeber auf Grundlage des Arbeitnehmerentsendegesetzes (§ 7 a AEntG) einen Tarifvertrag aushandeln. Ziel dabei soll es sein, dass es künftig Mindestlöhne differenziert nach Hilfs- und Fachkräften gibt und eine Unterscheidung zwischen Ost und West nicht mehr vorhanden sein wird. Für den Fall,

dass kein Tarifvertrag abgeschlossen werden kann, sieht der Gesetzesentwurf die Einrichtung einer ständigen Kommission vor. Diese Kommission soll dann die Arbeitsbedingungen in der Pflege festlegen (u. a. einen mehrstufigen Mindestlohn für Hilfskräfte und ausgebildete Fachkräfte). Das Gesetz für bessere Löhne in der Pflege soll bis Ende 2019 in Kraft treten.

### Bundesregierung beschließt Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung und Stärkung der beruflichen Bildung

In unserem Newsletter 4/2018 hatten wir bereits über die Pläne der Bundesregierung berichtet, die duale Berufsausbildung in Deutschland zu modernisieren und zu stärken. Ziel soll die Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit und Attraktivität der dualen beruflichen Bildung bei Auszubildenden wie Betrieben gleichermaßen sein. Die Bundesregierung hat nun am 13.05.2019 einen Gesetzesbeschluss gefasst, der u. a. für Auszubildende ab 2020 einen gesetzlichen Mindestlohn von EUR 515,00 im ersten Lehrjahr verspricht. Diese Mindestvergütung soll bis zum 01.01.2023 schrittweise auf EUR 620,00 angehoben werden und in der Folge auf der Grundlage der durchschnittlichen Entwicklung der vertraglich vereinbarten Ausbildungsvergütungen angepasst werden.

Daneben enthält der Gesetzesentwurf auch Maßnahmen zur Stärkung und Weiterentwicklung der „höherqualifizierenden“ Berufsbildung mit transparenten beruflichen Fortbildungsstufen und eigenständigen und attraktiven Abschlussbezeichnungen.

## Regelungen zur sachgrundlosen Befristung

Im Rahmen der letzten Koalitionsgespräche haben die Koalitionspartner sich darauf geeinigt, dass Arbeitgeber mit mehr als 75 Beschäftigten zukünftig nur noch maximal 2,5 % ihrer Belegschaft befristet beschäftigen dürfen, ohne dafür einen gesetzlich anerkannten sachlichen Grund anzuführen. Das Vorhaben ist sowohl auf Arbeitgeber- als auch auf Arbeitnehmerseite hoch umstritten. Noch sind auch Details völlig unklar, z. B. ob sich der Schwellenwert von 75 Beschäftigten auf das Unternehmen als Ganzes oder den einzelnen Betrieb bezieht.

In einem Interview mit der Funke Medien Gruppe vom 29.06.2019 hat Bundesarbeitsminister Hubertus Heil nun bekräftigt, an dem Thema „dran zu bleiben“. Im Herbst wolle die Bundesregierung einen Gesetzesentwurf hierzu vorlegen. Wir werden Sie in unseren nächsten Newslettern hierzu auf dem Laufenden halten.

Daneben hat der Arbeitsminister in dem Interview auf sein Bestreben hingewiesen, die Tätigkeit im Homeoffice zu stärken. Im Hinblick auf modernes Arbeiten erscheint eine Beschäftigung mit dieser Thematik sinnvoll. Abzuwarten bleibt, wie die geplante Stärkung aussehen soll.

## „Arbeit-von-morgen-Gesetz“

Bundesarbeitsminister Hubertus Heil hat Mitte August 2019 einen baldigen Entwurf zu einem „Arbeit von Morgen Gesetz“ angekündigt. Angesichts

der sich verschlechternden Konjunkturaussichten sollen Kurzarbeit und Weiterbildung stärker gefördert werden.

Das Kurzarbeitergeld soll – ähnlich wie zu Zeiten der Finanzkrise vor 10 Jahren – großzügiger gewährt werden. Auch soll die Bundesagentur für Arbeit Beschäftigten, die während der Kurzarbeit eine Weiterbildung absolvieren, länger Geld bezahlen und auch einen Teil der Sozialversicherungsbeiträge übernehmen.

Beabsichtigt ist auch, die Qualifizierung von Arbeitnehmern, die keinen Berufsabschluss haben oder die in ihrem Betrieb auf Dauer keine Perspektive mehr haben, stärker zu fördern.

## III. Aktuelle Entscheidungen

### Die Entscheidung des BAG vom 19.03.2019 – 9 AZR 362/18

#### Kürzung von Urlaubsansprüchen während der Elternzeit

#### Sachverhalt

Die klagende Arbeitnehmerin befand sich in den Jahren 2013 bis 2015 durchgehend in Elternzeit. Im März 2016 kündigte sie das Arbeitsverhältnis zum 30.06.2016 und beantragte unter Einbeziehung ihrer

3-jährigen Elternzeit Urlaub für den Zeitraum der Kündigungsfrist. Der Arbeitgeber erteilte ihr zwar Urlaub, die Gewährung des auf die Elternzeit entfallenden Urlaubs lehnte er allerdings ab. Die Klägerin hat mit ihrer Klage zuletzt noch die Abgeltung von 89,5 Arbeitstagen Urlaub aus dem Zeitraum ihrer Elternzeit geltend gemacht.

### Entscheidung

Ebenso wie bereits die Vorinstanzen hat das BAG die Klage abgewiesen. Der Arbeitgeber habe die in der Elternzeit erworbenen Urlaubsansprüche der Arbeitnehmerin wirksam gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel gekürzt. Die im Gesetz vorgesehene Kürzungsmöglichkeit tritt nach dem BAG allerdings nicht automatisch ein. Vielmehr bedürfe es einer entsprechenden, für den Arbeitnehmer erkennbaren Erklärung des Arbeitgebers, die dem Arbeitnehmer deutlich mache, dass sein während der Elternzeit erworbener Urlaubsanspruch reduziert werde. Klargestellt hat das BAG, dass das Kürzungsrecht des Arbeitgebers nicht nur den gesetzlichen Mindesturlaub, sondern auch den darüber hinaus gehenden vertraglichen Mehrurlaub erfasse, wenn die Arbeitsvertragsparteien für diesen keine von § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG abweichende Regelung vereinbart haben.

Zudem führte das BAG aus, dass die vorgenannte Kürzungsmöglichkeit des BEEG im Einklang mit dem Europarecht stehe und weder gegen die europäische Arbeitszeitrichtlinie noch gegen europarechtliche Vorschriften zur Elternzeit verstoße. So verlange das Unionsrecht nicht, dass Arbeitnehmer, die wegen Elternzeit im Bezugszeitraum nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet waren, Arbeitnehmern gleichzustellen

seien, die in diesem Zeitraum tatsächlich gearbeitet haben (EUGH 4. Oktober 2018 – C-12/17 - [Dicu] Rn. 29 ff.)

### Praxishinweis

Immer dann, wenn Arbeitnehmer Elternzeit beantragen, sollte der Arbeitgeber sich Gedanken über seine Urlaubskürzungsbefugnis machen und eine gewünschte Kürzung rechtzeitig erklären. Der ideale Zeitpunkt ist eine entsprechende Erklärung gleichzeitig mit der Bescheinigung über die Elternzeit (§ 16 Abs. 1 S.8 BEEG). Aber auch ein späterer Zeitpunkt ist denkbar. Wichtig ist jedenfalls, dass die Erklärung dem Arbeitnehmer noch vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zugeht, da eine Kürzung sonst nicht mehr erfolgen kann und nicht genommener Urlaub zwingend abzugelten ist. Eine Kürzungsmöglichkeit ist allerdings dann ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer beim gleichen Arbeitgeber eine Teilzeitbeschäftigung während der Elternzeit ausübt.

Dr. Christina Mitsch

## Die Entscheidung des BAG vom 12.03.2019 – 1 ABR 48/17

### Unterrichtung des Betriebsrats über Arbeitsunfälle Dritter – Umfang des Unterrichtungsanspruchs

#### Sachverhalt

Auf dem Betriebsgelände einer Arbeitgeberin, die Kurier- und Expressdienste erbringt, sind im Rahmen von Werkverträgen auch Arbeitnehmer anderer Unternehmen tätig. Nachdem sich zwei dieser Beschäf-

tigten bei der Beladung von Paletten verletzten, hat der Betriebsrat von der Arbeitgeberin die Vorlage von Kopien der Unfallanzeigen erbeten. Zudem will er künftig über entsprechende Arbeitsunfälle von Fremdpersonal auf dem Betriebsgelände informiert werden. Außerdem verlangt er, ihm jeweils die Unfallanzeigen zur Gegenzeichnung vorzulegen und in Kopie auszuhändigen.

### Entscheidung

Der Betriebsrat hatte mit seinen Anträgen vor dem BAG insoweit Erfolg, als dem Begehren auf künftige Information über von Fremdpersonal erlittene Arbeitsunfälle stattgegeben wurde. Gemäß § 89 Abs. 2 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) muss der Betriebsrat vom Arbeitgeber bei allen im Zusammenhang mit dem Arbeitsschutz und der Unfallverhütung stehenden Fragen hinzugezogen werden. Nach Auffassung des BAG geht damit auch ein entsprechender Auskunftsanspruch des Betriebsrats einher. Dieser umfasse im Streitfall auch Unfälle, die Arbeitnehmer erleiden, die weder bei der Arbeitgeberin angestellt noch deren Leiharbeitnehmer seien. So würden eigene Arbeitnehmer und das Fremdpersonal die gleiche betriebliche Infrastruktur nutzen, innerhalb derer sich Unfallgefahren verwirklichen können oder bereits verwirklicht haben. Im Sinne eines „Lernens aus dem Unfall“ sind nach dem BAG die Erkenntnisse aus dem Unfallgeschehen und die Ursachensuche unter Einbeziehung des Betriebsrats auszuwerten, um arbeitsschutzrelevante Erkenntnisse für die betriebszugehörigen Arbeitnehmer, für die der Betriebsrat zuständig ist, gewinnen zu können.

Die auf die Unfallanzeigen bezogenen Begehren des Betriebsrats waren dagegen mangels entsprechender Rechtsgrundlage nicht erfolgreich. Gemäß §

89 Abs. 6 BetrVG hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat zwar eine Durchschrift der von diesem neben dem Arbeitgeber nach § 193 Abs. 5 SGB VII zu unterschreibenden Unfallanzeige auszuhändigen. Sowohl die unfallversicherungsrechtliche Mitunterzeichnungspflicht durch den Betriebsrat als auch die ihm gegenüber betriebsverfassungsrechtlich bestehende Aushändigungsverpflichtung der unterschriebenen Anzeige knüpfen an die Pflicht des Arbeitgebers nach § 193 Abs. 1 SGB VII an, Unfälle von Versicherten in ihrem Unternehmen anzuzeigen. Diese Anzeigeverpflichtung trifft das Fremdunternehmen als Arbeitgeber der verunfallten Personen und nicht das verfahrensbeteiligte Unternehmen. Der Betriebsrat ist für das Fremdpersonal unzuständig.

### Praxishinweis

Das BAG dehnt die Informationspflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat auch auf Arbeitsunfälle aus, die bei ihm außerhalb der Arbeitnehmerüberlassung eingesetztes Fremdpersonal erleidet. Da gedanklicher Anknüpfungspunkt die Auswertung dieser Unfälle für die eigene Belegschaft ist, überzeugt die Entscheidung des BAG, das einen grundsätzlichen Informationsanspruch zu Unfällen auf dem Betriebsgelände bejaht. Die Übermittlung von Unfallanzeigen, die Fremdpersonal betreffen, kann der Betriebsrat jedoch zu Recht nicht beanspruchen, da er für diese Personen nicht zuständig ist und eine Erforderlichkeit für die eigene Belegschaft nicht besteht. Demgemäß dürfte es auch an einer datenschutzrechtlichen Befugnis zur Preisgabe der Daten dieser Externen gegenüber dem Betriebsrat fehlen.

Dr. Christina Mitsch

## Die Entscheidung des BAG vom 12.03.2019 – 1 ABR 42/17

### BAG setzt missbräuchlicher Blockadehaltung des Betriebsrats deutliche Grenzen

#### Sachverhalt

Die Arbeitgeberin – Betreiberin eines Krankenhauses – legte dem Betriebsrat zur Wahrung seiner Mitbestimmungsrechte mehrfach monatliche Dienstpläne vor, die dieser ab Februar 2015 regelmäßig ablehnte. Als Begründung teilte der Betriebsrat pauschal mit, die Dienstpläne seien tarif- und gesetzeswidrig. Gleichzeitig verschloss er sich auch jeglicher Einigungsmöglichkeit und der einvernehmlichen Errichtung einer Einigungsstelle, sodass die Arbeitgeberin schließlich ein gerichtliches Verfahren zur Einsetzung einer Einigungsstelle einleitete. Dies wiederholte sich in den Folgemonaten mehrfach. Teilweise konnte die Einigungsstelle ihre Tätigkeit nicht aufnehmen, weil sich der Betriebsrat der Vereinbarung eines Sitzungstermins verschloss und nicht freiwillig Beisitzer benannte. Die Arbeitgeberin setzte die Dienstpläne schließlich einseitig im Betrieb in Kraft. Hiergegen machte der Betriebsrat einen Unterlassungsanspruch geltend.

#### Entscheidungen

Das Arbeitsgericht gab den Anträgen teilweise statt, das LAG hat ihnen vollständig entsprochen. Hiergegen legte die Arbeitgeberin nun erfolgreich Rechtsbeschwerde beim BAG ein. Das BAG führt zunächst aus, die Arbeitgeberin habe das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG zwar wiederholt verletzt, indem sie die monatlichen Dienstpläne im Betrieb bekanntgegeben und damit ihr Weisungsrecht ohne die Einigung mit

dem Betriebsrat ausgeübt habe. Der Geltendmachung des sich aus diesen Verstößen ergebenden Unterlassungsanspruchs aus § 87 Abs. 1 BetrVG zum einen und aus § 23 Abs. 3 BetrVG zum anderen stehe aber der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung aus § 2 Abs. 1 BetrVG entgegen.

Eine unzulässige Rechtsausübung liege stets vor, wenn sich eine Betriebspartei auf eine formale Rechtsposition berufe, die sie durch ein in erheblichem Maße eigenes betriebswidriges Verhalten erlangt habe. Genau das sei hier gegeben. Die Arbeitgeberin sei aufgrund ihrer Verpflichtung zur Krankenhausbehandlung von Versicherten zwingend darauf angewiesen gewesen, in regelmäßigen Abständen Dienstpläne aufzustellen und dadurch das Personal zu koordinieren. Hierbei habe nicht lediglich die Arbeitgeberin die Mitbestimmung sicherzustellen, vielmehr treffe auch den Betriebsrat nach § 74 Abs. 1 S. 2 iVm § 2 Abs. 1 BetrVG eine Mitwirkungspflicht. Hiergegen habe er jedoch in erheblichem Maße verstoßen. Der Betriebsrat habe noch nicht einmal versucht durch konstruktiven Dialog zu einer Einigung mit der Arbeitgeberin zu gelangen, vielmehr habe er fast jeden Monat jegliche Mitwirkung – auch bei der Einigungsstelle – beharrlich verweigert. Sofern der Betriebsrat auf die Gesetzes- und Tarifwidrigkeit der Dienstpläne verwiesen hatte, fehle es an einer Konkretisierung. Aufgrund dieser Blockadehaltung des Betriebsrats habe für die Arbeitgeberin folglich gar keine Möglichkeit bestanden, die Mitbestimmungsrechte zu wahren. Die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs sei daher rechtsmissbräuchlich.

### Praxishinweise

Das BAG hat in dieser Entscheidung rechtsmissbräuchlichem Verhalten des Betriebsrats erstmals deutliche Grenzen gesetzt. Dass mitbestimmungspflichtige Projekte des Arbeitgebers ohne ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrats nicht durchgeführt und von diesem sogar verhindert werden können, ist ein Eckpfeiler bei der Sicherstellung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats. Verlässt der Betriebsrat jedoch den Bereich konstruktiver Mitwirkung, indem er regelrecht eine Blockadehaltung einnimmt und sich selbst der vom Gesetz vorgesehenen Konfliktlösung durch die Einigungsstelle verwehrt, bedarf es einer deutlichen Grenzziehung. Der Arbeitgeber muss sich nicht alles gefallen lassen. Die Entscheidung ist daher zu begrüßen.

Auf andere Fälle ist sie aber nicht unbedingt übertragbar. Aufgrund der Verpflichtung der Arbeitgeberin zur Versorgung der Patienten und der damit einhergehenden notwendigen rechtzeitigen Planung der Dienstpläne, war vorliegend ein „besonders schwerer Ausnahmefall“ gegeben. Wann ein solcher ansonsten vorliegt, werden die Gerichte im Einzelfall klären müssen.

Ralf Fuhrmann

### Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Köln vom 09.04.2019 – 4 Sa 242/18

#### Initiativlast des Arbeitgebers, auf Verfall von Urlaub hinzuweisen

In unserem Newsletter 3/2018 hatten wir bereits über die Voraussetzung an den Verfall von Urlaubsansprüchen bei bloßer Nichtgeltendmachung des Urlaubs berichtet, die der Generalanwalt des EuGH in seinem Entscheidungsvorschlag vom 29.05.2018 aufstellte. Wie erwartet, ist der EuGH diesem Entscheidungsvorschlag in seinem Urteil vom 06.11.2018 – C 684/16 gefolgt. Hierbei hat der EuGH jedoch viele Fragen offen gelassen, so zum Beispiel, was eine „rechtzeitige“ Aufforderung in diesem Sinne ist, wie diese konkret zu erfolgen hat und ob Arbeitnehmer bei fehlendem Hinweis des Arbeitgebers auch Urlaub aus früheren Jahren geltend machen können oder ob es dafür eine zeitliche Obergrenze gibt.

Die Vorgaben des EuGH hat das Bundesarbeitsgericht bereits mit seiner Entscheidung vom 19.02.2019 – 9 AZR 541/15 umgesetzt. Mit dem Urteil des LAG Köln vom 09.04.2019 verfestigt sich diese Rechtsprechung nun, gleichzeitig wird aber auch auf einen neuen, bislang ungeklärten Aspekt, eingegangen.

#### Sachverhalt

Der Arbeitnehmer war vom 01.09.2012 bis zum 31.03.2017 bei dem beklagten Apotheker als Bote/Helfer mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 30 Stunden beschäftigt. Im Arbeitsvertrag hatten die Parteien individuell vereinbart, dass der Arbeitnehmer seinen Jahresurlaub auf eigenen Wunsch in Form von wöchentlicher Arbeitszeitverkürzung nimmt und somit nur 27,5 Stunden pro Woche arbeitet. Der Arbeitsvertrag sah außerdem vor, dass der Urlaub, der im laufenden Kalenderjahr nicht genommen werden konnte, auf das nächstfolgende Kalenderjahr übertragen wird und dann bis zum 31. März zu nehmen ist, da er anderenfalls verfällt.



Nachdem der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis zum 31.07.2017 gekündigt hatte, forderte der Kläger ihn auf, den Urlaubsanspruch für die Jahre 2014 bis 2017 abzugelten. Dies lehnte der Beklagte ab, weshalb der Kläger Schadensersatz für jeweils 22 Urlaubstage für die Jahre 2014, 2015 und 2016 sowie Abgeltung von sechs Urlaubstagen für das Jahr 2017 beehrte.

### Entscheidungen

Das Arbeitsgericht hat der Klage zunächst nur soweit der Kläger Urlaubsabgeltung für sechs Urlaubstage für das Jahr 2017 beansprucht hat stattgegeben, im Übrigen jedoch abgewiesen. Die Berufung des Klägers hatte nun vor dem LAG Köln im Wesentlichen Erfolg. Der Kläger habe einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung im Umfang von 20 Tagen pro Jahr.

Dem Kläger habe ausgehend von einer Fünftagewoche jährlich ein Urlaub von 20 Tagen zugestanden. Dem stehe auch die Regelung zur Arbeitszeitverkürzung im Arbeitsvertrag nicht entgegen, denn hierbei handele es sich gegenüber der Bestimmung des § 3 BUrlG um eine Abweichung zu Ungunsten des Arbeitnehmers, die § 13 Abs. 1 Satz 3 BUrlG nicht zulasse. Eine wöchentliche Arbeitszeitverkürzung von 2,5 Stunden stelle gerade keinen Erholungsurlaub dar. Auch der Sinn und Zweck des § 7 Abs. 2 Satz 1 BUrlG, dem Arbeitnehmer die Wiederherstellung und Auffrischung der Arbeitskraft zu ermöglichen, lasse keine andere Beurteilung zu. Der Urlaubsanspruch im Umfang von insgesamt 60 Tagen für die Jahre 2014, 2015 und 2016 sei auch nicht gem. § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG verfallen. Unter Berücksichtigung der Vorgaben des EuGH könne der Verfall von Urlaub bei einer richtlinienkonformen Auslegung des § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG nur eintreten, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor konk-

ret 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.

Diese Initiativlast des Arbeitgebers beschränke sich auch nicht auf den originären Urlaubsanspruch im jeweiligen Kalenderjahr, sondern beziehe sich auch auf den Urlaub aus vorangegangenen Kalenderjahren. Ein anderes Verständnis laufe dem Sinn und Zweck des Anspruchs auf Jahresurlaub, insbesondere dem des Gesundheitsschutzes, zuwider und würde im Ergebnis ein Verhalten bestätigen, dass zu einer unrechtmäßigen Bereicherung des Arbeitgebers führe. Dieser Obliegenheit sei der Beklagte gerade nicht nachgekommen. Im Gegenteil, durch die konkrete Vertragsgestaltung sei vielmehr der Eindruck entstanden, dass über eine wöchentliche Arbeitszeitverkürzung hinaus, kein Urlaubsanspruch bestehe.

Mit dieser Entscheidung hat das LAG Köln somit ausdrücklich klargestellt, dass die Initiativlast des Arbeitgebers nicht auf den Urlaubsanspruch im jeweiligen Kalenderjahr beschränkt ist, sondern sich auch auf Urlaub aus den vergangenen Kalenderjahren bezieht. Kommt der Arbeitgeber dem nicht nach, können Arbeitnehmer auch eine Urlaubsabgeltung – bis zur Grenze der Verjährung – für vergangene Kalenderjahre fordern.

### Praxishinweise

Das Urteil des LAG Köln zeigt, dass sich die Rechtsprechung nach dem Urteil des EuGH nun verfestigt und konkretisiert die Anforderung an den Arbeitgeber hinsichtlich der Aufforderung gegenüber dem Arbeitnehmer zumindest etwas. Dem Arbeitgeber ist daher dringend zu raten, den Arbeitnehmer aufzufordern Urlaub – auch aus den vergangenen

Kalenderjahren – zu nehmen und ihn rechtzeitig darauf hinzuweisen, dass dieser anderenfalls erlischt.

Die Entscheidung zeigt davon abgesehen einmal mehr, dass bei vermeintlich kreativen Abweichungen von den Vorgaben des Bundesurlaubsgesetzes Vorsicht geboten ist. Abweichungen zulasten des Arbeitnehmers sind unwirksam. Dies gilt selbst dann, wenn diese auf Wunsch des Arbeitnehmers erfolgen.

Fabian Walderich

### Die Entscheidung des LAG Hamm vom 08.05.2019 – 5 Sa 12/19

#### Wirksame Urlaubserteilung in der Kündigungsfrist auch ohne wiederholte Zusage der Vergütung in der Freistellungserklärung

##### Sachverhalt

Die Parteien streiten um die Zahlung einer Urlaubsabgeltung. Der Arbeitgeber hatte den Mitarbeiter ordentlich gekündigt und in der Kündigung den Mitarbeiter zugleich freigestellt mit der Erklärung:

*„Sie werden unter Anrechnung von Urlaubstagen bis zum 31.07.2018 freigestellt.“*

Der klagende Mitarbeiter verlangte die Zahlung von Urlaubsabgeltung, da er die Auffassung vertrat, es sei mit dieser Erklärung für die Erfüllung seines Urlaubs keine unwiderrufliche Freistellung erfolgt. Zudem fehle es auch an einer notwendigen Zusage der Vergütung für die Urlaubszeit. Daher stünde ihm noch Urlaubsabgeltung zu.

##### Entscheidung

Das LAG Hamm hat wie auch das Arbeitsgericht Rheine die Klage des Arbeitnehmers abgewiesen. Der Urlaubsanspruch kann auch dadurch erfüllt werden, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter Anrechnung auf den Urlaubsanspruch freistellt. Darin sei eine hinreichende Urlaubsgewährung zu sehen. Dies gelte lediglich dann nicht, wenn der Arbeitnehmer unter Fortzahlung der Vergütung freigestellt werde, ohne dass eine ausdrückliche Erklärung zur Urlaubserteilung erfolge. Mit der Erklärung des Arbeitgebers „unter Anrechnung von Urlaubstagen“ sei jedoch ausreichend deutlich gemacht, dass dem Kläger der noch zustehende Urlaub in der Kündigungsfrist gewährt werde.

Auch dem Argument des Klägers, der Urlaub wäre nicht wirksam erteilt worden, weil die Erklärung keine vorherige Zusage des Urlaubsentgelts beinhalte, folgte das LAG Hamm nicht. Das LAG Hamm bezieht sich zur Begründung auf eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (Urt. v. 10.02.2015 – 9 AZR 455/13), wonach aus dem Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub folge, dass dem Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Urlaubs der Anspruch auf Vergütung sicher sein muss. Dies sei typischerweise dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer wisse, dass er in Bezug auf das Urlaubsentgelt in eine Lage versetzt sei, die mit den Zeiten geleisteter Arbeit vergleichbar ist. Dies ist, so das LAG Hamm, im Fall der Freistellung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist regelmäßig der Fall. Einer ausdrücklichen Erklärung bedürfe es insoweit nicht.

### Praxishinweis

Die Entscheidung ist im Fall einer ordentlichen Kündigung ohne Zweifel richtig und gibt das regelmäßige Verständnis der Vertragsparteien dieser Erklärung wieder. Gleichwohl empfiehlt es sich zur Klarstellung und Vermeidung einer Auseinandersetzung, insbesondere bei umfangreichen Urlaubsansprüchen bzw. einer lang andauernden Kündigungsfrist, diese hinsichtlich bestimmbar zu bezeichnen und die ausdrücklich unwiderrufliche Freistellung unter Anrechnung dieser Urlaubsansprüche bei Fortzahlung der Vergütung zu erklären. Wenn ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer außerordentlich, mit hilfsweiser ordentlicher Kündigung, kündigt und er dies mit einer Freistellung unter Anrechnung von Urlaub im Fall der Wirksamkeit der hilfsweisen ordentlichen Kündigung verbindet, kann die Entscheidung des LAG Hamm jedoch nicht herangezogen werden. Für diese Fälle bleibt es bei dem Grundsatz: Eine vorsorgliche Urlaubsgewährung ohne vorbehaltlose Zusage der Zahlung von Urlaubsentgelt, d. h. unabhängig vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, bringt dem Arbeitgeber nichts: er gewährt dem Arbeitnehmer nicht wirksam Urlaub.

Katrin Etteldorf

### Die Entscheidung des EuGH vom 14.05.2019 – C-55/18

**Verpflichtung des Arbeitgebers zur Einrichtung eines Systems, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann**

### Sachverhalt

Der EuGH war im Rahmen eines sog. Vorabentscheidungsersuchens aufgefordert, sich zur Auslegung von Unionsrecht über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung zu äußern. In einem Rechtsstreit der Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO), einer Arbeitnehmervereinigung als Teil einer spanischen Gewerkschaft, gegen die Deutsche Bank SAE monierte diese, dass bei der Bank ein betriebsinternes System zur Erfassung der von den Arbeitnehmern dieses Unternehmens geleisteten täglichen Arbeitszeit fehle. Dies sei ihrer Ansicht nach unionsrechtlich notwendig, so dass die Einhaltung der vereinbarten Arbeitszeiten überprüft und die möglicherweise geleisteten Überstunden berechnet werden könnten. Vorhanden war lediglich eine Software, mit der nur die ganztägigen Fehlzeiten wie Urlaub oder sonstige freie Tage erfasst werden könnten – ohne jedoch die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete Arbeitszeit und die Zahl der geleisteten Überstunden zu messen.

### Entscheidung

Tatsächlich hat der EuGH entschieden, dass die Mitgliedstaaten, so auch Deutschland, nach Unionsrecht die Arbeitgeber verpflichten müssen, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von einem Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit erfasst werden kann.

Dies sei für den Schutz des Arbeitnehmers unerlässlich. Ohne ein solches System könne weder die Zahl der vom Arbeitnehmer tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden sowie ihre zeitliche Lage noch die über die gewöhnliche Arbeitszeit hinausgehende, als Überstunden geleistete Arbeitszeit objektiv und verlässlich ermittelt werden.

### Praxishinweis

Zwar wirkt die Entscheidung des EuGH nicht unmittelbar im Rechtsstreit zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer. Allerdings ist das Verständnis des EuGH auch für die Arbeitsgerichte in Deutschland und letztlich den nationalen Gesetzgeber verbindlich.

In seiner Entscheidung verlangt der EuGH kein konkretes System zur Arbeitszeiterfassung; er betont ausdrücklich den Spielraum des Gesetzgebers, die Modalitäten eines Systems festzulegen. Insbesondere schreibt der EuGH nicht vor, wer die Daten in das System einzugeben hat, spricht, ob der Arbeitnehmer die Arbeitszeit nicht auch selbst systematisch erfassen kann. Insofern kann nur ein Zwischenfazit zu ziehen sein:

Der nationale Gesetzgeber ist zur Schaffung von Rechtssicherheit gefordert. Bis zur Umsetzung ist Arbeitgebern zu empfehlen, für den Streitfall die (gesamte) geleistete Arbeitszeit in irgendeiner Form systematisch zu erfassen bzw. erfassen zu lassen, nicht nur die Überstunden.

Katrin Etteldorf

## Die Entscheidung des BAG vom 13.06.2019 – 6 AZR 459/18

### Massenentlassung unmittelbar nach Einreichung der Massenentlassungsanzeige

#### Sachverhalt

Der Arbeitgeber hat am 26.06.2017 bei der Agentur für Arbeit eine Massenentlassungsanzeige einge-

reicht. Anlass war die anstehende betriebsbedingte Kündigung aller 45 Mitarbeiter des Unternehmens. Die Kündigungsschreiben datierten ebenfalls auf den 26.06.2017. Der gegen die Kündigung klagende Arbeitnehmer hat sein Kündigungsschreiben am 27.06.2017 erhalten. Er hat beanstandet, dass das Kündigungsschreiben erst unterzeichnet werden dürfe, nachdem die Massenentlassungsanzeige bei der Arbeitsagentur eingetroffen sei. Erst nach der Erfüllung der Anzeigepflicht dürfe die Kündigungsentcheidung getroffen werden. Da dies nicht erfolgt war, sei seine Kündigung unwirksam.

#### Entscheidung

Das LAG Baden-Württemberg hat dem Arbeitnehmer Recht gegeben und die Kündigung aus dem obigen Grund für unwirksam gehalten. Dies sah das BAG anders. Das Massenentlassungs-Anzeigeverfahren diene beschäftigungspolitischen Zwecken. Die Arbeitsagentur solle rechtzeitig über eine anstehende Massenentlassung informiert werden, damit sie ihre Vermittlungsbemühungen entsprechend vorbereiten kann. Hierfür müsse u. a. die Anzahl der zur Entlassung anstehenden Mitarbeiter feststehen. Die Willensentscheidung des Arbeitgebers zu den Entlassungen solle die Arbeitsagentur nicht beeinflussen.

Da andere Fragen zur Wirksamkeit der Kündigung noch nicht geklärt waren, wurde das Verfahren an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

#### Praxishinweis

Arbeitgeber müssen bei Massenentlassungen somit darauf achten, dass die Kündigungen den Mitarbeitern erst zugehen, nachdem die Massenentlassungsanzeige bei der zuständigen Agentur für Arbeit eingegangen ist. Wenn hinreichend Zeit besteht, soll-

te der Zugang der Kündigungsschreiben bei den Arbeitnehmern zumindest einen Tag nach dem Zugang der Massenentlassungsanzeige bei der Arbeitsagentur erfolgen. Damit lassen sich unnötige Diskussionen zur Uhrzeit des jeweiligen Zugangs vermeiden.

Wenn ein Betriebsrat besteht, gilt für dessen Anhörung zu beabsichtigten Kündigungen etwas anderes als bei der Massenentlassungsanzeige gegenüber der Arbeitsagentur: Zumindest zur Sicherheit sollte der Arbeitgeber die Rückmeldung des Betriebsrats innerhalb der jeweiligen Anhörungsfristen zur Kenntnis nehmen und danach nochmals - final - die Kündigungsentscheidung treffen. Auf diese Weise wird dem Argument entgegengewirkt, beim Anhörungsverfahren habe es sich um eine bloße „Förmelei“ gehandelt, die für die Kündigungsentscheidung völlig unerheblich war. Letzteres kann eine Kündigung unwirksam machen.

Dr. Andreas Chmel

## Die Entscheidung des BAG vom 16.05.2019 – 6 AZR 329/18

### Beschäftigungsanspruch Schwerbehinderter – Unternehmerische Organisationsfreiheit

#### Sachverhalt

Der schwerbehinderte Arbeitnehmer war viele Jahre beim Arbeitgeber beschäftigt. Im Rahmen eines Insolvenzverfahrens wurde mit dem Betriebsrat ein Interessenausgleich mit Namensliste geschlossen. Danach fiel der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers weg. Die Hilfstätigkeiten, die er zuvor erledigt hat, sollten von verbleibenden Fachkräften miterledigt werden.

Andere Arbeiten konnte der Arbeitnehmer nicht ausüben. Gleichwohl hielt er seine Kündigung u. a. wegen des Beschäftigungsanspruchs nach § 164 Abs. 4 SGB IX (früher: § 81 Abs. 4 SGB IX a.F.) für unwirksam.

#### Entscheidung

Das BAG hat - wie bereits die Vorinstanzen - die Kündigung für wirksam gehalten. Im laufenden Arbeitsverhältnis könnten schwerbehinderte Menschen zwar gemäß § 164 Abs. 4 SGB IX die Durchführung des Arbeitsverhältnisses im Rahmen des Zumutbaren unter Berücksichtigung ihrer gesundheitlichen Situation vom Arbeitgeber beanspruchen. Dies führe jedoch nicht zu einer Beschäftigungsgarantie für Schwerbehinderte. Der Arbeitgeber könne durchaus eine unternehmerische Entscheidung treffen, die zu einer Änderung der Organisation und hierdurch zum Entfall des Arbeitsplatzes des schwerbehinderten Menschen führt. Dessen Beschäftigungsanspruch nach § 164 Abs. 4 SGB IX müsse in diesem Fall nur bei der Klärung möglicher Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten auf anderen freien Arbeitsplätzen berücksichtigt werden. Eine solche Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bestand im vorliegenden Fall nicht. Der Arbeitgeber sei - so das BAG - nicht verpflichtet, für den Schwerbehinderten einen Arbeitsplatz zu schaffen oder zu erhalten, den er nach seiner organisatorischen Entscheidung nicht mehr braucht.

#### Praxishinweis

Die Anforderungen an Arbeitgeber, ihre schwerbehinderten Mitarbeiter trotz Einschränkungen zu beschäftigen, sind hoch. Die Grenze bildet die Zumutbarkeit und die Unverhältnismäßigkeit etwaiger Aufwendungen. Diese Grenze hat das BAG mit der obigen Entscheidung präzisiert. Danach können or-

ganisatorische Restrukturierungen durchaus einen Kündigungsgrund auch für Schwerbehinderte schaffen. Stets zu prüfen ist unter Berücksichtigung der besonderen Anforderungen aus § 164 Abs. 4 SGB IX aber, ob keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Rahmen verbleibender Arbeitsplätze mehr besteht.

Dr. Andreas Chmel

## Das Urteil des BAG vom 26.06.2019 – 5 AZR 452/18

### Pauschalvergütung von Überstunden durch Betriebsvereinbarung grundsätzlich möglich

#### Sachverhalt

Der Kläger ist bei der beklagten Gewerkschaft als Gewerkschaftssekretär beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis finden die in Form einer Gesamtbetriebsvereinbarung abgeschlossenen „Allgemeinen Arbeitsbedingungen für die ver.di Beschäftigten“ (AAB) Anwendung. Diese bestimmen, dass Gewerkschaftssekretäre, die regelmäßig Mehrarbeit leisten, als Ausgleich neun freie Arbeitstage im Kalenderjahr erhalten. Die anderen Beschäftigten erhalten dagegen für jede geleistete Überstunde einen Freizeitausgleich von einer Stunde und 18 Minuten bzw. eine entsprechende Überstundenvergütung. Der Kläger hat vier Monate lang neben seinen sonstigen Aufgaben in einem Projekt gearbeitet und für diese Zeit eine Vergütung von Überstunden in Höhe von 9.345,84 EUR verlangt, was 255,77 Überstunden entspricht.

#### Entscheidung

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Die Revision des Klägers hatte nun Erfolg. Das BAG hat in seiner Entscheidung – von der bislang nur die Pressemitteilung vorliegt – zunächst klargestellt, dass die Formulierung „regelmäßige Mehrarbeit“ in den AAB gegen das Gebot der Normenklarheit verstoße. Mit dieser Formulierung allein sei für die Beschäftigten noch nicht hinreichend klar ersichtlich, – wann eine solche Mehrarbeit nun gegeben sei und wann nicht. Zudem verstoße die Regelung aber auch gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, denn eine wie auch immer geartete „Regelmäßigkeit“ von Überstunden sei kein taugliches Differenzierungskriterium dafür, ob die Vergütung von Überstunden pauschalisiert oder „spitz“ nach den tatsächlich geleisteten Überstunden gezahlt wird. Die AAB seien daher teilunwirksam. Der Kläger habe deshalb wie die anderen Beschäftigten einen Anspruch auf Vergütung der Mehrarbeitsstunden zuzüglich des in den AAB vorgesehenen Zuschlags von 30 %.

#### Praxishinweis

Das Urteil des BAG zeigt, dass eine pauschale Abgeltung von Überstunden zulässig ist, aber zugleich auch, wie wichtig eine konkrete und verständliche Formulierung im Arbeitsrecht ist. Betriebsvereinbarungen unterliegen zwar anders als etwa Standardarbeitsverträge wegen der Bereichsausnahme in § 310 Abs. 4 BGB keiner AGB-Kontrolle. Sie müssen als Rechtsnorm aber wie andere Gesetze auch rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechen. Der Arbeitnehmer als juristischer Laie, muss klar erkennen können, wann er einen Anspruch auf Ausgleich von

Mehrarbeit hat und wann nicht. Zudem muss der Gleichbehandlungsgrundsatz stets beachtet werden. Geschieht das nicht, kann es für den Arbeitgeber – pikanterweise eine große Gewerkschaft – überraschend teuer werden.

Ralf Fuhrmann

# Thümmel, Schütze & Partner

## RECHTSANWÄLTE

### Ihre Ansprechpartnerinnen und Ansprechpartner zum Arbeitsrecht

---

#### STUTTGART

Ralf Fuhrmann	ralf.fuhrmann@tsp-law.com
Dr. Andreas Chmel	andreas.chmel@tsp-law.com
Fabian Walderich	fabian.walderich@tsp-law.com

TSP

#### BERLIN

Dr. Christina Mitsch	christina.mitsch@tsp-law.com
----------------------	------------------------------

#### DRESDEN

Katrin Etteldorf	katrin.etteldorf@tsp-law.com
------------------	------------------------------

---

#### STUTTGART

Urbanstraße 7  
D - 70182 Stuttgart  
T +49 (0) 711. 16 67 - 0  
Fx +49 (0) 711. 16 67 - 290  
stuttgart@tsp-law.com

#### BERLIN

Kurfürstendamm 63  
D - 10707 Berlin  
T +49 (0) 30. 8 87 17 - 00  
Fx +49 (0) 30. 8 85 00 - 75  
berlin@tsp-law.com

#### DRESDEN

Käthe-Kollwitz-Ufer 83  
D - 01309 Dresden  
T +49 (0) 351. 4 99 14 - 14  
Fx +49 (0) 351. 4 99 14 - 99  
dresden@tsp-law.com



# Thümmel, Schütze & Partner

## RECHTSANWÄLTE

### FRANKFURT

Eschersheimer Landstr. 10  
D - 60322 Frankfurt a. M.  
T +49 (0)69. 95 91 35 - 0  
Fx +49 (0)69. 95 91 35 - 30  
frankfurt@tsp-law.com

### SINGAPUR

80 Anson Road  
#24-02 Fuji Xerox Towers  
Singapur 079907  
T +65 65 35 31 12  
Fx +65 65 34 31 00

## Impressum

### HERAUSGEBER

Thümmel, Schütze & Partner Rechtsanwälte  
Partnerschaftsgesellschaft mbB  
Urbanstr. 7  
70182 Stuttgart

T +49 (0) 711. 16 67 - 0  
Fx +49 (0) 711. 16 67 - 290  
stuttgart@tsp-law.com  
www.tsp-law.com

### V. I. S. D. P.

Ralf Fuhrmann  
Thümmel, Schütze & Partner Rechtsanwälte  
Partnerschaftsgesellschaft mbB  
Urbanstr. 7  
70182 Stuttgart

T +49 (0) 711. 16 67 - 191  
Fx +49 (0) 711. 16 67 - 290  
ralf.fuhrmann@tsp-law.com  
www.tsp-law.com

Sitz Stuttgart (AG Stuttgart PR 720510)

Liste der Partner i.S.d. PartGG  
unter [www.tsp-law.com](http://www.tsp-law.com)

### COPYRIGHT:

Alle Inhalte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Jedwede Nutzung bedarf der vorherigen Zustimmung. Anfragen beantworten wir gerne.

### HAFTUNGS AUSSCHLUSS

Trotz sorgfältiger Recherche und Texterstellung übernehmen wir keinerlei Haftung für die Richtigkeit oder Vollständigkeit der Angaben in diesem Newsletter. Die Textbeiträge stellen weder anwaltlichen noch sonstigen Rechtsrat dar. Für eine auf einen Einzelfall bezogene rechtliche Beratung stehen unsere vorstehend genannten Anwälte und Anwältinnen an den einzelnen Standorten unserer Kanzlei gerne zur Verfügung.

TSP