

Your World First

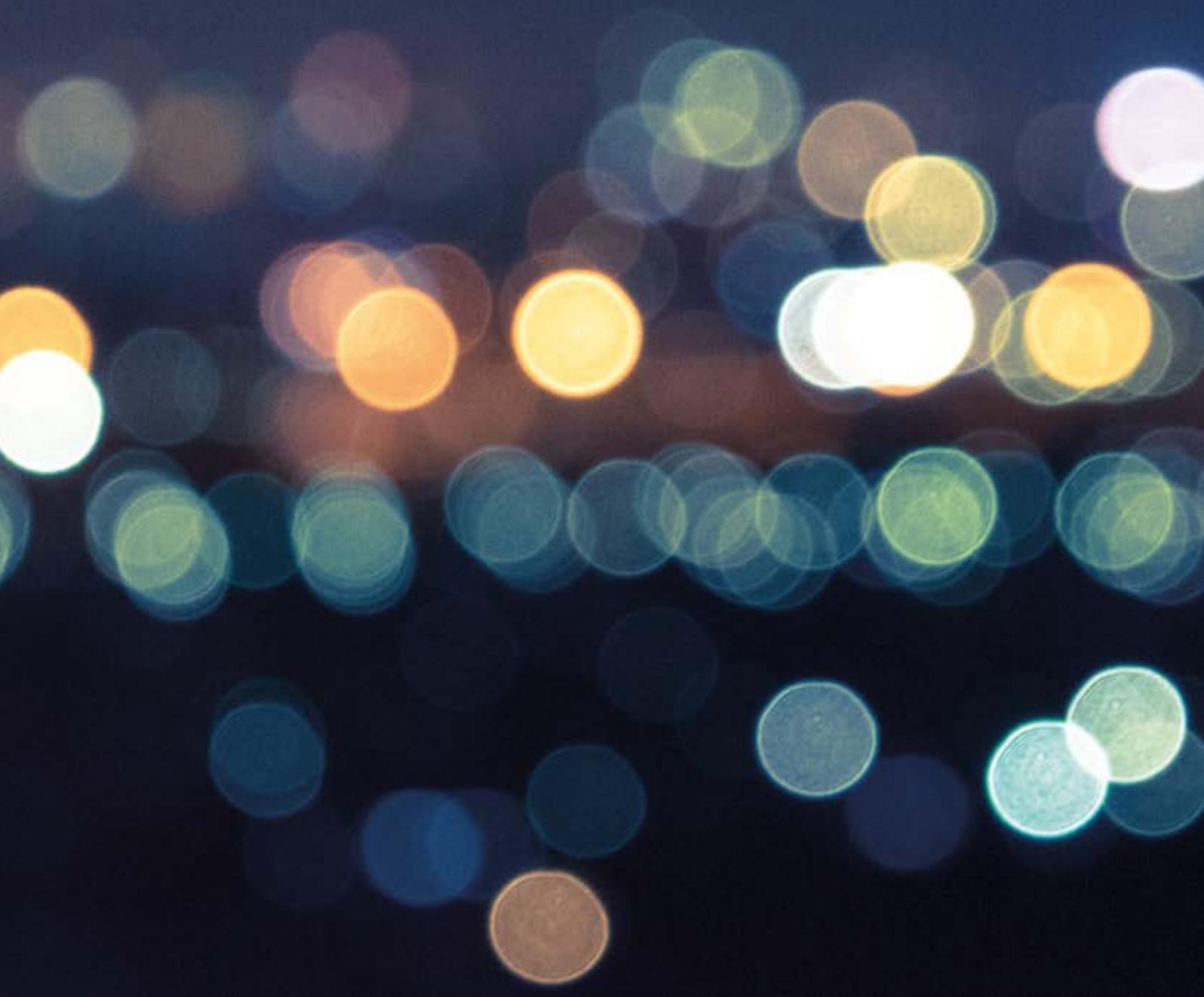
C/M/S/

Law . Tax

update

# Arbeitsrecht

Juni 2019



# Inhalt

3 | Editorial

## Schwerpunkt

4 | Beschäftigung älterer Arbeitnehmer

## Individualarbeitsrecht

7 | Arbeitszeit muss vollumfänglich erfasst und dokumentiert werden

8 | Rechtssicherheit bei der Urlaubskürzung in Elternzeit

## Kündigung und Kündigungsschutz

10 | Aufhebungsvertrag: Gebot fairen Verhandels als Wirksamkeitsvoraussetzung?

10 | Massenentlassungsanzeige: Nicht jeder Fehler schadet

## Betriebliche Altersversorgung

11 | Mindestehedauer von zehn Jahren bei Hinterbliebenenversorgung unwirksam

## Compliance

13 | Auskunftsanspruch nach Entgelttransparenzgesetz gilt nicht für freie Mitarbeiter

## Gesetzliche Neuerungen

14 | Auslandsdienstreise ohne A1-Bescheinigung soll möglich werden

14 | Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen in Kraft getreten

## Unser Blog

16 | Weitere interessante News, Entwicklungen und Entscheidungen

## Aktuell

18 | Veröffentlichungen

19 | Vorträge

# Editorial

## Liebe Leserinnen, liebe Leser,

die Beschäftigungsmöglichkeiten für ältere Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen<sup>1</sup>, insbesondere Rentner, sind von Rechtsprechung und Gesetzgebung in den letzten Jahren verbessert worden. Vor dem Hintergrund des demographischen Wandels ein wichtiger Baustein, um den in vielen Bereichen bestehenden Fachkräftemangel aufzufangen. Wir erläutern Ihnen in unserem Schwerpunktbeitrag, welche Gestaltungsmöglichkeiten Sie haben.

In unserer Rechtsprechungsübersicht berichten wir über eine beachtenswerte Entscheidung des EuGH, wonach Arbeitszeit zukünftig umfassend erfasst und dokumentiert werden muss. Sie erfahren, was dies für Sie als Arbeitgeber bedeutet. Weiter informieren wir Sie über eine wichtige Entscheidung des BAG, nach der nun endlich Rechtssicherheit bei der Urlaubskürzung für die Dauer der Elternzeit besteht. Die Kürzung des gesetzlichen Mindesturlaubsanspruchs verstößt nach Auffassung der höchsten Arbeitsrichter nicht gegen Europarecht.

Eine weitere wichtige Entscheidung des BAG besagt, dass Aufhebungsverträge dann in ihrer Wirksamkeit bedroht

sind, wenn bei ihrem Abschluss das „Gebot fairen Verhandeln“ verletzt wurde. Es bleibt mit Spannung abzuwarten, ob die Richter damit einen neuen Unwirksamkeitsgrund für Aufhebungsverträge geschaffen haben.

Des Weiteren erklärte das BAG eine so genannte Mindestehedauerklausel im Rahmen einer betrieblichen Hinterbliebenenversorgung von zehn Jahren für unwirksam. Wir informieren Sie über eventuelle Risiken in Ihren Versorgungsordnungen.

Zuletzt lesen Sie Neues zu A1-Bescheinigungen, die vielleicht in Zukunft doch obsolet werden, sowie über das unlängst in Kraft getretene Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, für das wir unser Beratungstool CMS PROTECT entwickelt haben.

Viel Spaß beim Lesen wünschen Ihnen

Martina Hidalgo und Dr. Daniel Ludwig

<sup>1</sup> Gemeint sind Beschäftigte jeder Geschlechtsidentität. Lediglich der leichteren Lesbarkeit halber wird künftig bei allen Bezeichnungen nur noch die grammatikalisch männliche Form verwendet.

---

## Impressum

Das Update Arbeitsrecht wird verlegt von CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB.

Verantwortlich für die fachliche Koordination:

**Dr. Alexander Bissels**

**Dr. Nina Hartmann**

**Dr. Stefanie Klein-Jahns**

**Lisa Gerdel**

CMS Hasche Sigle | Kranhaus 1 | Im Zollhafen 18 | 50678 Köln

CMS Hasche Sigle | Nymphenburger Straße 12 | 80335 München

CMS Hasche Sigle | Kranhaus 1 | Im Zollhafen 18 | 50678 Köln

CMS Hasche Sigle | Breite Straße 3 | 40213 Düsseldorf

# Beschäftigung älterer Arbeitnehmer

Der demographische Wandel wird unsere Arbeitswelt und den Arbeitsmarkt in Zukunft stark verändern. Die Ausübung eines Berufs über das gesetzliche Regelrentenalter hinaus wird dann nicht mehr nur allein der Sicherung der Altersrente dienen, sondern muss in vielen Bereichen auch den Fachkräftemangel auffangen. Dies hat der Gesetzgeber erkannt und Arbeitgebern und Arbeitnehmern verschiedene Werkzeuge an die Hand gegeben, um den Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand flexibler zu gestalten.

**Exkurs:** Wichtig dabei ist zunächst zu wissen, dass das Erreichen der Regelaltersgrenze an sich nicht dazu führt, dass ein Arbeitsverhältnis endet. Dies geschieht in der Praxis aber häufig aufgrund arbeits- oder tarifvertraglicher bzw. betrieblicher Regelungen, die eine Befristung des Vertrags eben auf das Regelrentenalter vorsehen. Finden sich derartige Vereinbarungen in Arbeitsverträgen, unterliegen sie nach Auffassung des BAG der arbeitsgerichtlichen Befristungskontrolle, dürfen mithin nicht ohne Sachgrund im Sinne des § 14 Abs. 1 TzBfG abgeschlossen werden. Jedoch erkennt die Rechtsprechung insoweit an, dass das Interesse des Arbeitgebers an einer berechenbaren Personal- und Nachwuchsplanung Vorrang vor dem Bestandsinteresse des Arbeitnehmers hat, wenn der Arbeitnehmer durch den Bezug einer Regelaltersgrenze (nicht ausreichend: bloße Ausgleichszahlung des Arbeitgebers oder betriebliche Altersversorgung) wirtschaftlich abgesichert ist. Unbedingt zu beachten ist aber das Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG. Der Arbeitnehmer muss mithin vor Vertragsbeginn ein arbeitgeberseitig unterschriebenes Vertragsexemplar vorliegen haben. Andernfalls entsteht bei Vertragsbeginn ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, das auch über das Regelrentenalter hinaus bestehen bleibt und einer arbeitnehmerseitigen Kündigung oder eines Aufhebungsvertrags für seine Beendigung bedarf (siehe dazu BAG, Urteil vom 25. Oktober 2017 – 7 AZR 632/15).

Das LAG Niedersachsen hat am 1. August 2018 übrigens entschieden, dass ein Arbeitgeber, für den eine zulässige tarifliche Altersgrenzenregelung gilt, gegen das Verbot der Altersdiskriminierung nach §§ 7 Abs. 1 AGG, 1 AGG verstößt, wenn er die Bewerbung eines Altersrentners auf eine ausgeschriebene Stelle unter Hinweis auf dessen Rentenstatus bereits im Bewerbungsverfahren zurückweist. Die mit der Altersgrenze verbundene unmittelbare Benachteiligung des Bewerbers wegen des Alters sei nicht durch § 10 S. 3 Nr. 5 AGG gerechtfertigt (LAG Niedersachsen, Urteil vom 1. August 2018 – 17 Sa 1302/17).

Möchten Unternehmen ältere Mitarbeiter gerne weiterbeschäftigen oder auch bislang betriebsfremde ältere Arbeitnehmer neu einstellen, sollten die nachstehenden rechtlichen Rahmenbedingungen berücksichtigt werden:

## I. Beschäftigung von Mitarbeitern, die das Regelrentenalter erreicht haben

### 1. Weiterbeschäftigung der eigenen Mitarbeiter unmittelbar nach Erreichen der Regelaltersgrenze

Sieht der Arbeitsvertrag eine Befristung auf das Regelrentenalter vor, können die Vertragsparteien seit dem 1. Juli 2014 „durch Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses den Beendigungszeitpunkt, gegebenenfalls auch mehrfach, hinausschieben“ (§ 41 S. 3 SGB VI). Der EuGH hat diese Regelung unlängst für europarechtskonform erklärt (EuGH, Urteil vom 28. Februar 2018 – C-46/17).

Voraussetzungen dieser gesetzlichen Vorschrift sind:

- Bestehen einer Regelung, etwa in Arbeits- oder Tarifvertrag, nach der das Arbeitsverhältnis mit Erreichen der Regelaltersgrenze endet
- eine Vereinbarung über das Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts noch während des bestehenden Arbeitsverhältnisses
- die nahtlose Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ohne jegliche zeitliche Unterbrechung

Eines Sachgrundes bedarf es bei einer solchen Befristung nicht (BAG, Urteil vom 19. Dezember 2018 – 7 AZR 70/17).

In der Praxis stellen sich häufig zwei Fragen:

Zum einen nämlich, was geschieht, wenn ältere Arbeitsverträge noch einen Verweis auf die konkrete Regelaltersgrenze von 65 Jahren enthalten. In vielen Fällen wird es möglich sein, die Klauseln so auszulegen, dass die Grenze von 65 Jahren in die aktuelle gesetzliche Regelaltersgrenze umgedeutet wird. Das ist aber eine Einzelfallfrage und bedarf einer genaueren Prüfung.

Zum anderen ist unklar, ob im Rahmen einer solchen Vereinbarung zugleich auch Arbeitsbedingungen geändert werden können. In der Praxis besteht beispielsweise sehr häufig ein großes Interesse daran, die bisherige Vollzeit-tätigkeit nach der Rente in Teilzeit fortzusetzen. Legt man die höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 14 Abs. 2 TzBfG als Maßstab zugrunde, kann die Verlängerung eines befristeten Vertrags nur ohne gleichzeitige Veränderung des Vertragsinhalts erfolgen (siehe etwa BAG, Urteil vom

4. Dezember 2013 – 7 AZR 468/12). Mit § 41 S. 3 SGB VI hat sich das BAG zwar in einer aktuellen Entscheidung befasst, aber noch nicht entschieden, inwieweit eine Änderung der Arbeitsbedingungen möglich ist (BAG, Urteil vom 19. Dezember 2018 – 7 AZR 70/17). Gleiches gilt für den EuGH: In einer Entscheidung vom 28. Februar 2018 ging der EuGH wegen des entsprechend formulierten Vorlagebeschlusses aus Deutschland davon aus, dass § 41 S. 3 SGB VI nur ein Hinausschieben ohne die sonstige Veränderung von Arbeitsbedingungen regelt, und entschied auf dieser Grundlage, dass die Norm unionsrechtskonform ist. Ob das auch der Fall wäre, wenn die Norm eine gleichzeitige Veränderung sonstiger Arbeitsbedingungen zuließe, entschieden die Richter nicht. Das Arbeitsgericht Köln hat in einem Urteil vom 23. August 2018 – 8 Ca 2755/18 (nicht veröffentlicht) – jedoch betont, dass § 41 S. 3 SGB VI schon nach dem Wortlaut keine solche Einschränkung enthält und dass auch weitere Auslegungskriterien nichts hierfür hergeben. Seiner Ansicht nach lassen Sinn und Zweck der Norm eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses über das Erreichen der Altersgrenze hinaus bei gleichzeitiger Anpassung der Arbeitsbedingungen zu. Es handelt sich allerdings, soweit ersichtlich, um das bislang einzige Urteil in diese Richtung.

Bis zu einer höchstrichterlichen Entscheidung sollten gewünschte vertragliche Änderungen zeitlich vor oder nach dem Abschluss der Vereinbarung über das Hinausschieben des Beendigungszeitraums – also völlig losgelöst von dieser – vereinbart werden. Nur so lässt sich der Abschluss eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses sicher vermeiden.

## 2. Beschäftigung ehemaliger eigener Mitarbeiter nach einem Unterbrechungszeitraum bzw. Beschäftigung „fremder“ Rentner

Ist die Wieder- oder Neueinstellung von Altersrentnern angedacht, hilft § 41 S. 3 SGB VI nicht. Es gelten dann vielmehr die Grundsätze des Befristungsrechts.

### a) Sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG

Geht es um die Wiedereinstellung eines ehemaligen Mitarbeiters, dürfte die maximal zweijährige sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG in aller Regel ausscheiden. Denn das Gesetz verbietet an dieser Stelle eine sachgrundlose Befristung, wenn mit demselben Mitarbeiter bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Seit 2011 hatte das BAG die Auffassung vertreten, dass eine sachgrundlose Befristung des Arbeitsverhältnisses – entgegen § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG – dann wieder zulässig sei, wenn das Ende des vorangegangenen Arbeitsverhältnisses mehr als drei Jahre zurückliege (Urteil vom 6. April 2011 – 7 AZR 716/09). Diese Rechtsprechung hatte das BVerfG im Juni 2018 (Beschluss vom 6. Juni 2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14) gekippt, nahm aber in

Ausnahmefällen an, dass trotz einer Vorbeschäftigung eine erneute sachgrundlose Befristung zulässig sein könne, wenn die Vorbeschäftigung

- sehr lang zurückliegt,
- ganz anders geartet war oder
- von sehr kurzer Dauer gewesen ist.

Im Zuge dessen hat das BAG seine Rechtsprechung geändert und bei einer acht Jahre zurückliegenden Vorbeschäftigung keine sachgrundlose Befristung mehr zugelassen (BAG, Urteil vom 23. Januar 2019 – 7 AZR 733/16).

Für Rentner, die bislang für den betreffenden Arbeitgeber noch nicht tätig waren, bietet § 14 Abs. 2 TzBfG jedoch eine geeignete Befristungsmöglichkeit bis zu einer Dauer von zwei Jahren mit höchstens dreimaliger Verlängerungsmöglichkeit innerhalb dieses Zeitraums.

### b) Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG

Sowohl für ehemalige eigene Mitarbeiter als auch für „fremde“ Arbeitnehmer kommt eine Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG in Betracht, die nicht an die Zweijahresgrenze des § 14 Abs. 2 TzBfG gebunden ist.

Im Einzelnen sind folgende Befristungsgründe denkbar:

- § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG: Der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung besteht nur vorübergehend.
- § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG: Der Arbeitnehmer wird zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt.
- § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 TzBfG: Es gibt Gründe in der Person des Arbeitnehmers, die die Befristung rechtfertigen. Hier reicht es allerdings nicht aus, dass der Arbeitnehmer überhaupt an einer Beschäftigung interessiert ist. Er muss vielmehr ein Interesse gerade an einer befristeten Beschäftigung haben (BAG vom 18. Januar 2017 – 7 AZR 236/15). Ein bestehender Rentenanspruch reicht nach Auffassung der höchsten Richter ebenfalls nicht als Sachgrund aus (BAG vom 11. Februar 2015 – 7 AZR 17/13).

### c) Befristung nach § 14 Abs. 3 TzBfG

Einen Sonderfall der sachgrundlosen Befristung stellt § 14 Abs. 3 TzBfG dar. Nach dieser Vorschrift ist die sachgrundlose Befristung bis zu einer Dauer von fünf Jahren zulässig, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 52. Lebensjahr vollendet hat und unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses mindestens vier Monate beschäftigungslos im Sinne des § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III gewesen ist. Die mehrfache Verlängerung des Arbeitsvertrags bis zu einer Gesamtdauer von fünf Jahren ist erlaubt.

Ob eine Person, die sich in Altersrente befindet, beschäftigungslos im Sinne des SGB III ist, ist bislang von der Rechtsprechung noch nicht entschieden worden. Von daher raten wir derzeit davon ab, eine Befristung auf diesem Tatbestand zu begründen.

### 3. Konsequenzen für die Sozialversicherungen

#### a) Rentenversicherung

Zunächst einmal können Personen, die die Regelaltersgrenze erreicht haben, unbeschränkt hinzuverdienen. Diese Arbeitnehmer müssen auch keine Rentenversicherungsbeiträge mehr bezahlen. Der Arbeitgeber jedoch bleibt rentenversicherungspflichtig. Denn die Beschäftigung eines Rentners soll für den Arbeitgeber nicht günstiger sein als die eines jüngeren Arbeitnehmers. Die Rente erhöht sich durch diese Arbeitgeberzahlung jedoch nicht.

Seit Inkrafttreten des so genannten „Flexirentengesetzes“ haben ab dem 1. Januar 2017 Bezieher einer Rente nach Erreichen der regulären Altersgrenze jedoch die Möglichkeit, während der Beschäftigung eigene Beiträge zur Rentenversicherung zu zahlen. Erforderlich ist hierfür eine Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber. Durch die eigenen und die vom Arbeitgeber gezahlten Rentenversicherungsbeiträge erhöht sich die Rente ab der Rentenanpassung im darauffolgenden Jahr.

Im Übrigen besteht aber auch die Möglichkeit, die Rentenzahlung bei Weiterarbeit nicht in Anspruch zu nehmen. Die spätere Rente steigt dann zum einen durch die weiteren Beiträge zur Rentenversicherung, zum anderen erhöht sich als Ausgleich für den späteren Rentenbeginn die Altersrente um 6 % für jedes Jahr des Verzichts (§ 77 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 b SGB VI).

In der Zeit vor Erreichen der regulären Altersgrenze ist eine Hinzuverdienstgrenze zu beachten. Seit dem 1. Juli 2017 können Rentner EUR 6.300 im Jahr hinzuverdienen, ohne dass die Rente reduziert wird. Ein über den Betrag von EUR 6.300 hinausgehender Verdienst wird zu 40 % auf die Rente angerechnet.

#### b) Arbeitslosenversicherung

Nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 SGB III sind Arbeitnehmer in der Arbeitslosenversicherung mit Ablauf des Monats, in dem sie das Lebensjahr für den Anspruch auf Regelaltersrente vollenden, versicherungsfrei. Es kommt nicht darauf an, ob sie tatsächlich eine Rente wegen Alters beziehen.

Der Arbeitgeber bleibt grundsätzlich beitragspflichtig. Allerdings greift aufgrund des Flexirentengesetzes derzeit § 346 Abs. 3 S. 3 SGB III: Danach ist für den Zeitraum vom 1. Januar 2017 bis zum 31. Dezember 2021

die grundsätzliche Beitragspflicht für den Arbeitgeber ausgesetzt.

#### c) Krankenversicherung, Pflegeversicherung

Grundsätzlich bleibt es hier bei der Versicherungspflicht nach § 5 Abs 1 Nr. 1 SGB V, wobei unter bestimmten Umständen ein ermäßigter Beitragssatz gilt. Besteht eine private Krankenversicherung, hat der Arbeitgeber weiterhin eine Zuschusspflicht. Entsprechendes gilt für die Pflegeversicherung.

## II. Beschäftigung von Mitarbeitern, die das Regelrentenalter noch nicht erreicht haben

Auch Beschäftigte, deren Arbeitsverhältnis bereits vor Erreichen der Regelaltersgrenze endet bzw. die vorzeitig Rente beziehen können, haben oft ein Interesse daran, unmittelbar im Anschluss daran oder auch nach einer Unterbrechung wieder bei ihrem ehemaligen Arbeitgeber oder einem anderen Unternehmen tätig zu werden.

Eine vertraglich vereinbarte Altersgrenze vor Vollendung des Regelrentenalters ist jedoch nur beschränkt zulässig. Bei derartigen Fallkonstellationen muss § 41 S. 2 SGB VI beachtet werden: Nach dieser Vorschrift gilt eine Vereinbarung, die „die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers ohne Kündigung zu einem Zeitpunkt vorsieht, zu dem der Arbeitnehmer vor Erreichen der Regelaltersgrenze eine Rente wegen Alters beantragen kann, dem Arbeitnehmer gegenüber als auf das Erreichen der Regelaltersgrenze abgeschlossen, es sei denn, dass die Vereinbarung innerhalb der letzten drei Jahre vor diesem Zeitpunkt abgeschlossen oder von dem Arbeitnehmer innerhalb der letzten drei Jahre vor diesem Zeitpunkt bestätigt worden ist“.

Die Vereinbarung muss also, um wirksam zu sein,

- entweder innerhalb der letzten drei Jahre vor dem vereinbarten Zeitpunkt des Ausscheidens abgeschlossen
- oder – falls sie zu einem früheren Zeitpunkt vereinbart wurde – vom Arbeitnehmer in den drei Jahren vor Rentenbeginn nochmals bestätigt worden sein.

Ansonsten gilt sie dem Arbeitnehmer gegenüber als auf das Erreichen der Regelaltersgrenze abgeschlossen. Hierdurch ergibt sich also unter Umständen aus dem Gesetz heraus eine Verlängerungsmöglichkeit, zumindest bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze.

Liegen die vorgenannten Voraussetzungen des § 41 S. 2 SGB VI vor, scheidet eine Befristung nach § 41 S. 3 SGB VI aus, weil die Voraussetzung fehlt, dass

das Arbeitsverhältnis mit Erreichen der Regelaltersgrenze endet. Es verbleiben für alle Personengruppen aber die unter I.2. aufgeführten Befristungsmöglichkeiten nebst Einschränkungen.

Grundsätzlich gilt hier, dass beschäftigte Rentner, die eine Rente wegen Alters vor ihrer persönlichen Regelaltersgrenze beziehen, umfassend sozialversicherungspflichtig sind. Unter Umständen sind Hinzuverdienstgrenzen zu beachten (s. o.).

#### Fazit:

Die Beschäftigungsmöglichkeiten für ältere Arbeitnehmer, insbesondere Rentner, sind von Rechtsprechung und Gesetzgebung in den letzten Jahren verbessert worden und können für Arbeitnehmer wie Arbeitgeber eine echte Win-win-Situation darstellen, wenn die vorstehenden Rahmenbedingungen beachtet werden.

## Arbeitszeit muss vollumfänglich erfasst und dokumentiert werden

In vielen Mitgliedstaaten, darunter auch Deutschland, ist die momentane Erfassung der Arbeitszeit nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs unzureichend. Arbeitgeber sollen nun dazu verpflichtet werden, die Arbeitszeit ihrer Mitarbeiter vollumfänglich zu dokumentieren.

Am 14. Mai 2019 entschied der EuGH, dass die Erfassung von Arbeitszeiten über die Dokumentation von Überstunden hinausgehen muss. Arbeitgeber sollen künftig dazu verpflichtet werden, die Arbeitszeit der Beschäftigten systematisch zu erfassen.

§ 16 Abs. 2 ArbZG schreibt derzeit vor, dass Arbeitgeber zur Dokumentation von über die werktägliche Arbeitszeit von acht Stunden hinausgehender Arbeitszeit der Arbeitnehmer verpflichtet sind. Dies wird vom EuGH jetzt für unzureichend erklärt.

Geklagt hatte eine spanische Gewerkschaft vor dem spanischen nationalen Gerichtshof, die den Arbeitgeber, die Deutsche Bank, dazu verpflichten wollte, die tägliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer in Spanien vollständig aufzuzeichnen. Ihrer Ansicht nach sei nur so die Einhaltung der vorgesehenen Arbeitszeiten sicherzustellen. Die Gewerkschaft bekräftigte ihre Aussage damit, dass bislang 53,7% der Überstunden in Spanien nicht richtig erfasst würden. Der beklagte Arbeitgeber dokumentierte bislang nur die Überstunden der Mitarbeiter. Der Nationale Gerichtshof in Spanien legte die Rechtssache dem EuGH vor.

Der EuGH hat sich nun dem Votum des Generalanwalts Giovanni Pitruzzella angeschlossen und eine Verschärfung der Arbeitszeiterfassung gefordert. Zur Begründung ihres Urteils verwiesen die Luxemburger Richter auf die Grundrechte-Charta sowie auf die EU-Arbeitszeitrichtlinie

2003/88/EG. Hierin sei „das Grundrecht eines jeden Arbeitnehmers auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten“ verbürgt. Um dieses Grundrecht vollumfänglich gewährleisten zu können und die Arbeitnehmer zu schützen, sei die Einführung eines neuen Systems zur Arbeitszeiterfassung unerlässlich. Ohne die Einführung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung sei nicht überprüfbar, ob die zulässigen Arbeitszeiten überschritten wurden.

Aufgrund der vergleichbaren aktuellen Rechtslage in Spanien und Deutschland wird die Entscheidung des EuGH auch erhebliche Auswirkungen auf das deutsche Arbeitsrecht haben. Die EU-Mitgliedstaaten werden Arbeitgeber dazu verpflichten müssen, ein Arbeitszeiterfassungssystem einzurichten, das den Anforderungen des Gerichtshofs entspricht. Über die weitere Umsetzung können die Mitgliedstaaten im Einzelnen eigenständig entscheiden. Es steht ihnen frei, die – aus nationaler Sicht gesehen – geeignete Form zur Erhebung der effektiven täglichen Arbeitszeit festzulegen. Dabei betonen die EuGH-Richter jedoch auch, dass es möglich sei, Besonderheiten zu berücksichtigen. So können beispielsweise die Größe des Unternehmens oder die Art der Tätigkeit Ausnahmen von den strengen Arbeitszeiterfassungsvorgaben rechtfertigen.

Somit ist nun der deutsche Gesetzgeber gefragt, eine entsprechende Regelung auf den Weg zu bringen. Entscheidend ist, dass der Arbeitgeber ein „objektives, verlässliches und zugängliches System einrichtet, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann“ (EuGH, Urteil vom 14. Mai 2019 – C-55/18).

## Tipp für die Praxis:

Absehbar ist, dass die bisherige Form der „Vertrauensarbeitszeit“ wohl keine Zukunft haben wird. Unklar ist zum jetzigen Zeitpunkt, ob nach der Einführung eines entsprechenden Umsetzungsgesetzes die Delegation der Arbeitszeitendokumentationen auf die Arbeitnehmer möglich ist. In der Arbeitswelt 4.0 scheint eine solche Arbeitszeiterfassungsmaßnahme rückschrittlich zu sein. Gut möglich, dass die gewonnene Flexibilität der modernen Arbeitswelt unter einem solchen System leidet.

Klar ist, dass Arbeitgeber künftig weiteren Bürokratieaufwand meistern werden müssen. Die Einhaltung von Arbeitszeitgesetzen wird durch das Urteil an Relevanz gewinnen. Entwarnung gilt insoweit, als sich aus dem Urteil des EuGH wohl keine unmittelbare Handlungspflicht für Arbeitgeber ableiten lässt. Es bleibt daher abzuwarten, wie schnell der deutsche Gesetzgeber tätig wird und wie dann die genauen Anforderungen der Arbeitszeiterfassung aussehen werden.

# Rechtssicherheit bei der Urlaubskürzung in Elternzeit

Ob Arbeitgeber den Urlaubsanspruch von Arbeitnehmern in der Elternzeit rechtmäßig kürzen dürfen, war bis zu einer aktuellen Entscheidung des BAG unklar. Nunmehr ist sicher: Sie dürfen!

Der Hintergrund: Der jährliche Urlaubsanspruch nach § 1 BUrlG entsteht auch während der Elternzeit, obwohl das Arbeitsverhältnis in dieser Zeit ruht. Nach § 17 Abs. 1 BEEG kann der Arbeitgeber den Urlaubsanspruch aber für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um 1/12 kürzen. Dies geht nur dann nicht, wenn der Arbeitnehmer während der Elternzeit bei seinem Arbeitgeber Teilzeit arbeitet.

Möchte der Arbeitgeber von der Kürzungsmöglichkeit nach § 17 Abs. 1 BEEG Gebrauch machen, muss er dies dem Arbeitnehmer mitteilen und diese Erklärung muss dem Arbeitnehmer auch zugehen. Die Mitteilung ist an keine bestimmte Form gebunden, eine Dokumentation gegen Empfangsquittung ist indes zu empfehlen. Im Streitfall muss der Arbeitgeber den Zugang der Erklärung beweisen.

Nicht erforderlich ist, dass sich der Arbeitgeber ausdrücklich auf sein Kürzungsrecht oder gar § 17 Abs. 1 BEEG bezieht. Es genügt vielmehr, wenn der Arbeitgeber in seiner Mitteilung erkennen lässt, dass er von der Kürzungsmöglichkeit Gebrauch machen will, etwa weil er die Gewährung des auf die Elternzeit entfallenden Urlaubs schlicht ablehnt.

Im vergangenen Jahr musste sich sowohl das LAG Hamm als auch das LAG Berlin-Brandenburg mit der Kürzungsmöglichkeit nach § 17 Abs. 1 BEEG befassen. Die jeweils klagenden Arbeitnehmerinnen waren der Auffassung, die Kürzung ihres Urlaubsanspruchs um 1/12 pro vollen Monat der Elternzeit verstoße gegen Europarecht (LAG Hamm, Urteil vom 31. Januar 2018 – 5 Sa 625/17 – sowie LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 15. Juni 2018 – 3 Sa 4/18). Beide LAG konnten keine Europarechtswidrigkeit feststellen, ließen aber die Revision zum BAG zu. Der Fall des LAG Hamm wurde jetzt vom BAG rechtskräftig entschieden.

Es ging um eine Assistentin der Geschäftsführung, die vom 1. Januar 2013 bis zum 15. Dezember 2015 durchgehend in Elternzeit war. Nach der Rückkehr aus der Elternzeit kündigte sie ihr Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 23. März 2016 zum 30. Juni 2016 und beantragte die Gewährung ihres Resturlaubs. Der Arbeitgeber erteilte ihr vom 4. April 2016 bis 2. Mai 2016 Urlaub, lehnte aber die Gewährung des auf die Elternzeit entfallenden Urlaubs ab. Mit ihrer Klage machte die Assistentin die Abgeltung von 89,5 Urlaubstagen aus 2013 bis 2015, d. h. aus dem Zeitraum ihrer Elternzeit, geltend. Wie schon das ArbG Detmold in der ersten Instanz und das LAG Hamm in der Berufung wies auch das BAG die Klage ab.

Das BAG stellt zunächst klar, dass die Kürzungsmöglichkeit auch den übergesetzlichen Urlaub erfasst. Etwas anderes gelte nur dann, wenn die Arbeitsvertragsparteien für den



vertraglichen Mehrurlaub eine von § 17 Abs. 1 BEEG abweichende Regelung vereinbart haben und eine Kürzungsmöglichkeit für den vertraglichen Mehrurlaub ausschließen oder im Vergleich zu § 17 Abs. 1 BEEG reduzieren. Dies ist jedoch aktuell unüblich. Gleiches dürfte im Übrigen für tariflichen Mehrurlaub gelten.

Die Kürzung des gesetzlichen Mindesturlaubsanspruchs verstößt nach Auffassung des BAG auch nicht gegen Europarecht, und zwar weder gegen den Anspruch auf bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen nach Art. 7 der Arbeitszeit-Richtlinie 2003/88/EG noch gegen § 15 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub im Anhang der Richtlinie 2010/18/EU.

Das BAG bezieht sich insoweit auf eine vom EuGH ergangene Entscheidung vom 4. Oktober 2018 (Az. C-12/17). Dort ging es um eine Norm aus dem rumänischen Recht, wonach bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs Zeiten des Elternurlaubs (rumänisches Pendant zur deutschen Elternzeit) nicht mit eingerechnet werden. Nach Auffassung des EuGH ist es europarechtskonform, bei der Berechnung von Urlaubsansprüchen ausschließlich Zeiträume zu berücksichtigen, in denen tatsächlich gearbeitet wurde. Zeiten eines Elternurlaubs seien solchen Zeiten nicht gleichzustellen und unterschieden sich insoweit auch von Zeiten der Krankheit oder des Mutterschaftsurlaubs.

Die Entscheidung des BAG transferiert die Entscheidung des EuGH ins deutsche Recht. Arbeitnehmer, die im Urlaubsjahr wegen Elternzeit nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet waren, müssen daher Arbeitnehmern, die tatsächlich gearbeitet haben, nicht gleichgestellt werden. Ihr Urlaub darf daher gekürzt werden (BAG, Urteil vom 19. März 2019 – 9 AZR 362/18).

### Tipp für die Praxis:

Arbeitgeber, die Urlaubsansprüche um 1/12 pro vollen Monat der Elternzeit kürzen möchten, können dies nun rechtssicher durch entsprechende Erklärung gegenüber dem jeweiligen Arbeitnehmer tun. Mit der Entscheidung des BAG vom 19. März 2019 sind die Unsicherheiten in Bezug auf dieses gesetzliche Kürzungsrecht nach § 17 Abs. 1 BEEG beseitigt worden. Es ist nicht zu erwarten, dass das BAG in dem noch anhängigen Revisionsverfahren (Az. 9 AZR 432/18) zu einer anderen Entscheidung kommen wird.

Wichtig ist, dass der Arbeitgeber die Kürzungserklärung jedenfalls vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgibt, da § 17 Abs. 1 BEEG auf den Urlaubsabgeltungsanspruch keine Anwendung findet (vgl. BAG, Urteil vom 19. Mai 2015 – 9 AZR 725/13). Unerheblich hingegen ist, ob die Erklärung vor, während oder nach Beendigung der Elternzeit abgegeben wird.

# Aufhebungsvertrag: Gebot fairen Verhandeln als Wirksamkeitsvoraussetzung?

Neben der Kündigung ist der Aufhebungsvertrag der in der Praxis wichtigste Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Das BAG hat nun entschieden, dass Aufhebungsverträge dann in ihrer Wirksamkeit bedroht sind, wenn bei ihrem Abschluss das „Gebot fairen Verhandeln“ verletzt wurde. Ein Verstoß gegen dieses Gebot führt zum Fortbestand des Arbeitsverhältnisses.

Der Fall: Eine Reinigungsfachkraft schloss in ihrer Wohnung mit ihrem Arbeitgeber einen Aufhebungsvertrag, der die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Zahlung einer Abfindung vorsah. Die Arbeitnehmerin hatte in den Vorinstanzen vorgetragen, am Tag des Abschlusses des Aufhebungsvertrags erkrankt gewesen zu sein, was vom Arbeitgeber allerdings bestritten wurde. Die Mitarbeiterin hat den Aufhebungsvertrag später wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung angefochten sowie hilfsweise den Widerruf des Aufhebungsvertrags erklärt.

Wie schon die Vorinstanz verneinte auch das BAG sowohl einen Anfechtungsgrund als auch ein Widerrufsrecht der Arbeitnehmerin.

Nach Auffassung der Richter hätte die Vorinstanz jedoch prüfen müssen, ob sich der Arbeitgeber bei Abschluss des Arbeitsvertrags an das „Gebot fairen Verhandeln“ gehalten hat.

Das „Gebot fairen Verhandeln“ sei eine vertragliche Nebenpflicht der Arbeitsvertragsparteien, die immer dann verletzt sei, wenn eine Seite eine psychische Drucksituation schaffe, die eine freie und unabhängige Entscheidung über den Abschluss des Aufhebungsvertrags erheblich erschwere. Eine Verletzung dieser Pflicht zöge einen Schadensersatzanspruch nach sich, der darauf gerichtet sei, den Zustand herzustellen, der ohne die Verletzung des „Gebots fairen Verhandeln“ bestünde. Dies sei vorliegend der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses.

Das BAG hat die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen mit der Aufforderung zu prüfen, ob die krankheitsbedingte Schwäche der Klägerin bewusst ausgenutzt und so gegen das „Gebot fairen Verhandeln“ verstoßen wurde (BAG, Urteil vom 7. Februar 2019 – 6 AZR 75/18).

## Tipp für die Praxis:

De facto hat das BAG mit dem „Gebot fairen Verhandeln“ einen neuen Unwirksamkeitsgrund für Aufhebungsverträge geschaffen, um einer „Überrumpelung“ des Mitarbeiters bei derartigen Vertragsverhandlungen vorzubeugen.

## Massenentlassungsanzeige: Nicht jeder Fehler schadet

Massenentlassungsanzeigen werden, gerade im Falle einer (drohenden) Insolvenz, oft unter Zeitdruck abgegeben. Dabei können Fehler passieren. Zwar sollten sie möglichst vermieden werden, aber auch wenn dies einmal nicht gelingt, müssen nicht alle Kündigungen neu ausgesprochen werden. Denn nicht jede falsche Angabe in der Massenentlassungsanzeige führt zur Unwirksamkeit der Kündigungen. Dies hat das LAG Düsseldorf noch einmal bestätigt.

Die Entscheidung betraf die Air-Berlin-Insolvenz. Ein Pilot hatte sich gegen die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses gewehrt. Da die Piloten eine eigene Personalvertretung hatten, war Air Berlin davon ausgegangen, dass diese Berufsgruppe einen eigenständigen Betrieb bildete.

Deshalb war in der Massenentlassungsanzeige bei der Anzahl der beabsichtigten Entlassungen, obwohl der Betrieb vollständig stillgelegt wurde, nicht die Gesamtzahl aller Arbeitnehmer, sondern nur die Gesamtzahl der Piloten angegeben worden. Darüber hinaus war als Berufsbezeichnung statt „Piloten“ irrtümlich „Schiffskapitäne“ angegeben worden.

Trotz dieser Fehler hielt das LAG Düsseldorf die Massenentlassungsanzeige im Falle des Piloten für ordnungsgemäß. Die falsche Berufsbezeichnung sei unschädlich. Immerhin war aufgrund der Angabe „Air Berlin“ für jedermann erkennbar, dass es sich nicht um Kapitäne zur See handeln konnte.

Auch der zweite Fehler war jedenfalls im Falle des Piloten unschädlich. Zwar war in der Massenentlassungsanzeige nicht angegeben worden, dass auch alle anderen Arbeitnehmer (insbesondere das Kabinen- und Bodenpersonal) entlassen werden sollten. Auf diesen Fehler könnten sich, so das LAG, aber zumindest die Piloten nicht berufen, weil ihnen durch die falsche Angabe kein Nachteil entstanden sei. Denn darauf, dass ihre Arbeitsverhältnisse beendet werden sollten, hatte die Massenentlassungsanzeige ausdrücklich hingewiesen.

Im Falle des Piloten konnte die Arbeitgeberin also aufatmen. Die Kündigung wurde trotz der Fehler in der Massenentlassungsanzeige sowohl vom ArbG als auch vom LAG für wirksam erachtet. Der Fall ist ein Beispiel dafür, dass nicht jede falsche Angabe in der Massenentlassungsanzeige schadet (LAG Düsseldorf, Urteil vom 17. Oktober 2018 – 1 Sa 337/18).

### Tipp für die Praxis:

Gleichwohl bedeutet dies für Arbeitgeber keinen „Freifahrtsschein“. Sie sollten unbedingt ihr Augenmerk darauf richten, dass die Massenentlassungsanzeige richtig und vollständig ist und bei der zuständigen Agentur für Arbeit eingereicht wird. Denn Fehler und Ungenauigkeiten können schnell zur Unwirksamkeit der Kündigungen führen. Besteht in einem Betrieb ein Betriebsrat, muss der Arbeitgeber vor einer Massenentlassung außerdem ein so genanntes Konsultationsverfahren durchführen (§ 17 Abs. 2 KSchG).

## Mindestehedauer von zehn Jahren bei Hinterbliebenenversorgung unwirksam

Die betriebliche Hinterbliebenenversorgung steht immer wieder im Fokus der Rechtsprechung. Insbesondere Regelungen in Versorgungsordnungen und Versorgungszusagen, mit denen die Arbeitgeber ihr wirtschaftliches Risiko begrenzen wollen, werden diskutiert.

Das BAG hat im Grundsatz sowohl Altersabstandsklauseln als auch Späteheklauseln für zulässig anerkannt. Die diesen Regelungen immanente unmittelbare Altersdiskriminierung hielten die Richter für gerechtfertigt, weil dieser Umstand dem Interesse des Arbeitgebers an einer überschaubaren und kalkulierbaren Versorgungslast dient.

In einer aktuellen Entscheidung hatte das BAG eine andere Gestaltungsvariante zu beurteilen, mit der ein Arbeitgeber sein wirtschaftliches Risiko in Grenzen halten wollte. Es ging um eine Mindestehedauerklausel, d. h. um eine Regelung, nach der ein Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung nur bestehen sollte, wenn die Ehe zwischen dem versorgungsberechtigten Arbeitnehmer und dem Ehegatten im Zeitpunkt des Todes des Arbeitnehmers für eine bestimmte Mindestdauer bestand.

Geklagt hatte eine Witwe gegen den ehemaligen Arbeitgeber ihres verstorbenen Mannes. Diesem war zu Lebzeiten auf individualvertraglicher Basis eine Hinterbliebenenversorgung zugesagt worden. Die Witwenversorgung sollte jedoch entfallen, wenn die Ehe im Zeitpunkt des Todes des Versorgungsberechtigten noch keine zehn

Jahre bestand. Zum Todeszeitpunkt des Arbeitnehmers war das Paar erst vier Jahre verheiratet, so dass das Unternehmen Zahlungen an die Witwe verweigerte.

Das BAG erklärte die Mindestehedauerklausel von zehn Jahren jedoch für unwirksam und gab damit der Witwe Recht.

Nach Ansicht des BAG verfolgt die Zusage einer Hinterbliebenenversorgung typischerweise den Zweck, den Ehepartner des Arbeitnehmers abzusichern. Schränke der Arbeitgeber den Personenkreis zulasten des Arbeitnehmers in der Versorgungszusage ein, unterliege diese Einschränkung als allgemeine Geschäftsbedingung der Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Das BAG sah die Mindestehedauer von zehn Jahren in der konkreten Versorgungsordnung indes als willkürlich an, da sie keinen inneren Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis und zum verfolgten Zweck habe. Eine Mindestehedauerklausel würde diesen Grundsätzen entsprechend nur dann keine unangemessene Benachteiligung darstellen, wenn begründete und billigenswerte Interessen des Arbeitgebers vorlägen. Dem vormaligen Arbeitgeber ist es indes offensichtlich nicht gelungen, einen inneren Zusammenhang zwischen der gewählten Zeitspanne von zehn Jahren und dem damit verfolgten Zweck herzustellen.

Ein solch berechtigtes Interesse wird vom BAG grundsätzlich im Hinblick auf die Begrenzung des finanziellen Risi-

kos des Arbeitgebers anerkannt. Auch in der gesetzlichen Rentenversicherung gibt es in § 46 Abs. 2 a SGB VI eine Mindesthedauerregelung von einem Jahr. Entsprechend ist anzunehmen, dass das BAG eine hieran orientierte Mindesthedauerklausel auch für zulässig erachten dürfte.

Dies hätte allerdings zur Folge, dass Mindesthedauerklauseln zur effektiven Begrenzung des mit einer Hinterbliebenenversorgung verbundenen wirtschaftlichen Risikos nur einen geringen Beitrag leisten könnten (BAG, Urteil vom 19. Februar 2019 – 3 AZR 150/18).

### Tipp für die Praxis:

In der Vergangenheit (Urteil vom 28. Juli 2005 – 3 AZR 457/04) hatte das BAG eine Regelung in einer Betriebsvereinbarung für wirksam erachtet, die einen Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung ausschloss, wenn die Ehe nach Vollendung des 50. Lebensjahres des Ehegatten geschlossen wurde und vor Eintritt des Versorgungsfalles nicht mindestens zehn Jahre bestanden hat (Kombination aus Spätehen- und Mindesthedauerklausel). Auch eine Regelung, wonach eine Hinterbliebenenversorgung nur geleistet wird, wenn die Ehe des versorgungsberechtigten Arbeitnehmers zur Zeit seines Todes mindestens zwei Jahre bestanden hat, hatte das BAG nicht beanstandet (BAG, Urteil vom 11. August 1987 – 3 AZR 6/86).

Vor diesem Hintergrund sind Unternehmen gut beraten, ihre Versorgungsordnungen auf die Wirksamkeit von entsprechenden Klauseln zu prüfen.

Auch Altersabstandsklauseln und Späteheklauseln sollten auf ihre Konformität im Hinblick auf die aktuelle Rechtsprechung des BAG geprüft werden. Unabhängig davon bleibt es beim Aufsetzen von Versorgungszusagen und -ordnungen mit einer Hinterbliebenenversorgung wichtig, das wirtschaftliche Risiko für den Arbeitgeber durch angemessene Gestaltungen zu begrenzen. Auch wenn nach der Rechtsprechung Mindesthedauerklauseln hierfür nur begrenzt tauglich sein dürften, bieten insbesondere Altersabstandsregelungen erheblichen Gestaltungsspielraum.

# Auskunftsanspruch nach Entgelttransparenzgesetz gilt nicht für freie Mitarbeiter

Das erst 2017 vom Bundestag verabschiedete EntgTranspG hat die Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zwischen Männern und Frauen hinsichtlich des Entgelts bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit zum Ziel. Dazu sieht es in § 10 einen individuellen Auskunftsanspruch vor, der dem einzelnen Arbeitnehmer Informationen zur Entlohnung von mit seiner Tätigkeit vergleichbaren Tätigkeiten verschaffen soll.

Der einzelne Arbeitnehmer soll die Entgeltstruktur des Arbeitgebers überprüfen können, wodurch wiederum im Falle eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz eine Klage nach dem AGG ermöglicht werden soll. Dem Wortlaut des § 10 EntgTranspG zufolge steht dieser Auskunftsanspruch „Beschäftigten“ im Sinne des EntgTranspG zu.

Ob unter den Begriff der Beschäftigten auch freie Mitarbeiter zu fassen sind, hatte nun das LAG Berlin-Brandenburg zu entscheiden. Im Ergebnis verneinte das Gericht die Anwendbarkeit des § 10 EntgTranspG auf freie Mitarbeiter, ließ jedoch die Revision zum BAG zu.

Der Entscheidung liegt die konsequente Anwendung von § 5 Abs. 2 EntgTranspG zugrunde. Diese Vorschrift definiert den Begriff des „Beschäftigten“ im Sinne des EntgTranspG. Demnach sind vom Beschäftigungsbegriff „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer“ (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 EntgTranspG) umfasst, nicht jedoch die Gruppe der arbeitnehmerähnlichen Personen, in die freie Mitarbeiter je nach Ausgestaltung des der freien Mitarbeit zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses fallen können.

Insbesondere in der Literatur ist allerdings die Auffassung verbreitet, auch arbeitnehmerähnliche Personen seien in europarechtskonformer Auslegung des § 5 Abs. 2 Nr. 1 EntgTranspG vom Arbeitnehmerbegriff umfasst. Der persönliche Anwendungsbereich des EntgTranspG stehe im Widerspruch zu dem des AGG, dessen Durchsetzung das EntgTranspG schließlich dienen solle. Zudem stelle das EntgTranspG die nationale Umsetzung der europäischen

Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (RL 2006/54/EG) dar, so dass auch der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff Beachtung finden müsste. Dieser könne je nach Ausgestaltung des Einzelfalls aber auch arbeitnehmerähnliche Personen umfassen. Dem laufe somit jedenfalls der grundsätzliche Ausschluss arbeitnehmerähnlicher Personen vom Anwendungsbereich des EntgTranspG zuwider.

Das LAG Berlin-Brandenburg teilt die in der Literatur vertretene Ansicht nicht und setzt somit eine wichtige Tendenz für das Verständnis des Arbeitnehmerbegriffs im Sinne des EntgTranspG. Für das EntgTranspG als selbstständig neben dem AGG stehendes Gesetz könne vom Gesetzgeber ein eigenständiger Arbeitnehmerbegriff vorgesehen werden, der sich auch eindeutig aus dem Wortlaut des § 5 Abs. 2 EntgTranspG ergebe. Eine unionsrechtskonforme Auslegung im Sinne einer effektiven Durchsetzung des europarechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes von Männern und Frauen könne – soweit erforderlich – durch eine Anwendung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs im jeweiligen Einzelfall erreicht werden, ohne dass die in § 5 Abs. 2 EntgTranspG zum Ausdruck kommende Wertung des nationalen Gesetzgebers grundsätzlich in Frage gestellt werden müsse (LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 5. Februar 2019 – 6 Sa 983/18).

## Tipp für die Praxis:

Angesichts der Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg, die Revision zuzulassen, bleibt abzuwarten, wie sich das BAG zu dieser Problematik äußert.

# Auslandsdienstreise ohne A1-Bescheinigung soll möglich werden

Seit dem 1. Mai 2010 ist jeder Beschäftigte verpflichtet, bei beruflich veranlassten Auslandsaufenthalten eine so genannte A1-Bescheinigung bei sich zu führen, die der Arbeitgeber frühestmöglich vor Beginn der Dienstreise zu beantragen hat (wir berichteten im Update Arbeitsrecht März 2019 sowie in unserem Blog). Die Bescheinigung dient als Nachweis, dass der Beschäftigte dem Sozialversicherungsrecht seines Heimatlandes unterliegt, und bindet insoweit auch die ausländischen Sozialversicherungsbehörden.

Kurzfristige Geschäftsreisen bedeuten damit für Unternehmen enormen Bürokratieaufwand. Nun besteht Aussicht auf Abhilfe: Überraschend vermeldet die Kommission, dass im Zuge der Überarbeitung der Verordnungen zur Koordinierung der Sozialversicherungssysteme, namentlich der VO (EG) Nr. 883/2004 und der dazugehörigen Durchführungs-VO (EG) Nr. 987/2009, das A1-Erfordernis für Dienstreisen abgeschafft werden könnte. Nachdem daraufhin das Europäische Parlament den ersten Vorschlag der Kommission jedoch abgelehnt hat, wird derzeit an einem Kompromiss gearbeitet.

Eine Definition, wann eine Dienstreise ohne A1-Erfordernis anzunehmen ist, liegt noch nicht vor. Der Bundesrat hatte sich gemäß seiner Stellungnahme dafür ausgesprochen, danach zu differenzieren, ob die Entsendung die Erbringung einer Dienstleistung oder die Herstellung eines Produktes zum Inhalt hat. Alternativ könnte man auf die Kriterien zurückgreifen, die in den meisten EU-Ländern in Bezug auf Drittstaatsangehörige im Aufenthaltsrecht bei der Abgrenzung von Arbeits- und Geschäftsvisum entwickelt wurden. Anwenderfreundlicher wäre dagegen vermutlich eine zeitliche Abgrenzung im Sinne einer Bagatellgrenze.

## Tipp für die Praxis:

Eine Vereinfachung kann frühestens mit dem formellen Abschluss des EU-Gesetzgebungsverfahrens in Kraft treten. Bis dahin bleibt die Empfehlung, das A1-Verfahren ernst zu nehmen.

## Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen in Kraft getreten

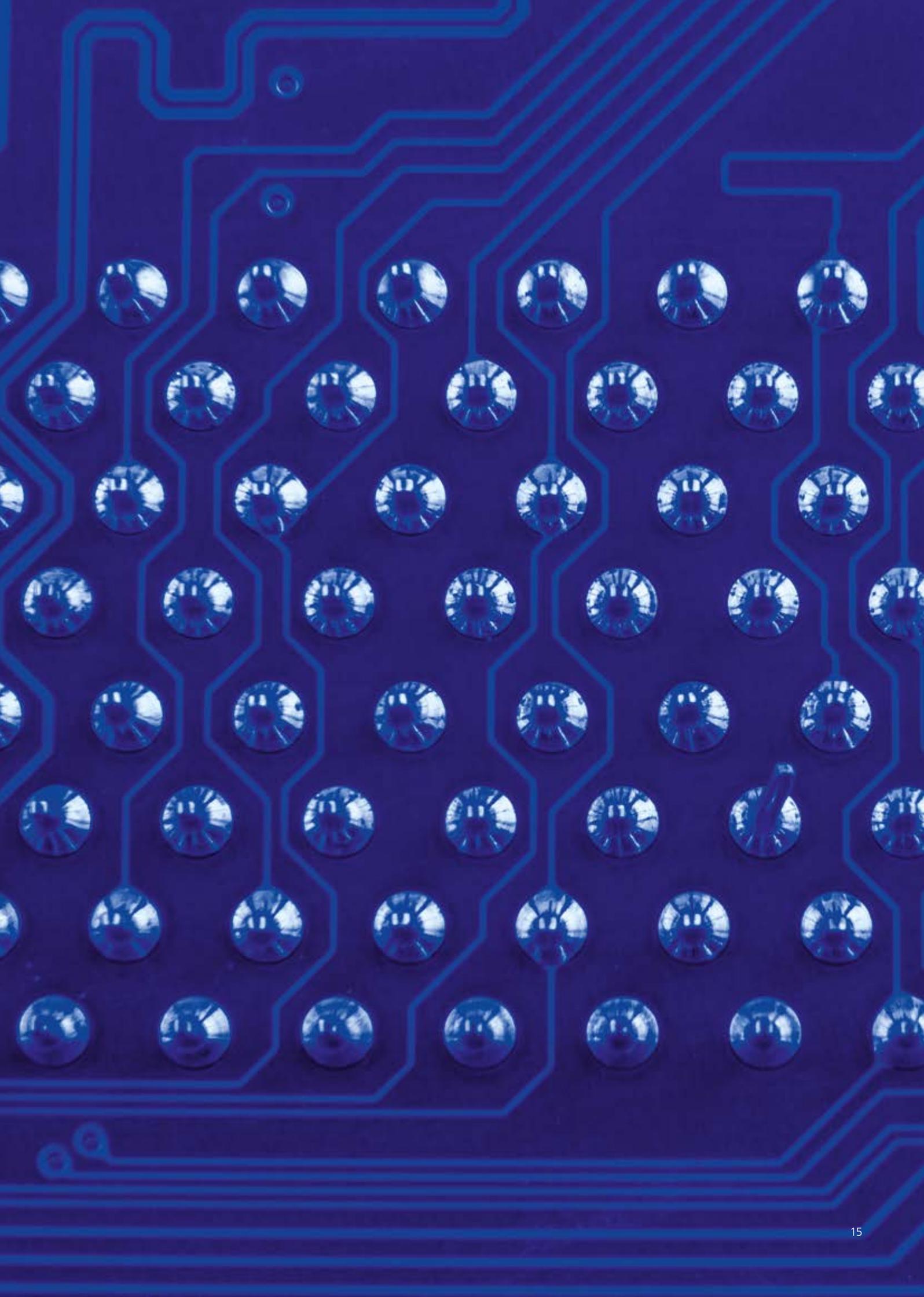
Am 26. April 2019 ist das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen in Kraft getreten. Die Umsetzungsfrist der zugrunde liegenden EU-Richtlinie 2016/943 war bereits letztes Jahr am 9. Juni 2018 abgelaufen. Ziel des Gesetzes ist der Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung.

Bislang hatten Unternehmen quasi automatisch Schutz für ihre Geschäftsgeheimnisse. Wesentliches Element des neuen Gesetzes ist, dass ein Geschäftsgeheimnis nun nur noch dann Schutz genießt, wenn der Inhaber „angemessene Maßnahmen zum Geheimnisschutz“ getroffen hat. Als angemessene Maßnahmen kommen technische, organisatorische und vertragliche Maßnahmen in Betracht. Solange die Rechtsprechung nicht klargestellt hat, welche Pflichten den Arbeitgeber genau treffen, sollten Unternehmen lieber zu viel als zu wenig tun.

Es empfiehlt sich ein dreistufiges Vorgehen, das detailliert dokumentiert werden sollte:

1. Im Rahmen einer umfassenden Bestandsaufnahme sollten zunächst Kategorien für Geschäftsgeheimnisse gebildet und diese z. B. nach Bedeutung und Vertraulichkeit eingeordnet werden. Zudem sollten Risikolagen identifiziert werden.
2. In einem zweiten Schritt sollte ein umfassendes Schutzkonzept erarbeitet werden und für die einzelnen Kategorien sollten konkrete Geheimhaltungsmaßnahmen auf rechtlicher, organisatorischer und technischer Ebene vorgesehen werden. Danach muss das Schutzkonzept implementiert werden.
3. In einem dritten Schritt sollten eine periodische Überprüfung des Schutzkonzepts und eine bedarfsabhängige Aktualisierung vorgesehen werden, etwa um die Änderung technischer Anforderungen berücksichtigen zu können.

Wenn Sie wissen möchten, wie Ihr umfassendes Schutzkonzept aussehen könnte, sprechen Sie uns gerne an. Wir halten für Sie des Beratungstool CMS PROTECT bereit. Unter [cms-protect@cms-hs.com](mailto:cms-protect@cms-hs.com) erhalten Sie weitere Informationen und ein individuelles Angebot.



# Weitere interessante News, Entwicklungen und Entscheidungen



## Individualarbeitsrecht



### Online-Krankschreibung ohne Untersuchung: Beweiskraft der AU-Bescheinigung beeinträchtigt

AU-Bescheinigung ohne Arztbesuch ist kein rechtssicherer Nachweis der Arbeitsunfähigkeit.



### Arbeit auf Abruf: Minimale gesetzliche Änderungen, maximale Auswirkungen auf geringfügig Beschäftigte

Der neue § 12 TzBfG sieht eine Arbeitszeit von 20 Stunden als vereinbart vor, wenn die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist.

## Kündigung und Kündigungsschutz



### Lohnpfändung: Abfindungs- und Verzichtsklauseln

Abfindung und Anspruchsverzicht sind Standardklauseln bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses. Vorsicht ist geboten, wenn eine Lohnpfändung vorliegt.



### Abfindung und Lohnsteuer: Gefahren für Arbeitgeber

Die meisten Kündigungsschutzprozesse enden mit Abfindungsvergleichen. Diese können für Arbeitgeber lohnsteuerliche Risiken bergen.



### Lohnpfändung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Eine Lohnpfändung erfolgt oft im zeitlichen Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Für Arbeitgeber lauern hier Risiken.

## Betriebliche Mitbestimmung



### Die verschwundene Betriebsvereinbarung

Tarifvertrags- und Betriebsparteien in Schleswig-Holstein haben einen kreativen Weg gefunden, eine Betriebsvereinbarung zum Arbeitsentgelt „verschwinden“ zu lassen.



### Unterrichtungsrecht des Betriebsrats bei Arbeitsunfällen von Fremdpersonal

Unfälle des eigenen Personals sind nicht gern gesehen. Was gilt aber bei Unfällen von Fremdpersonal? Das BAG hat im März 2019 hierüber entschieden.



### Betriebsrat oder Gesamtbetriebsrat – wer ist zuständig?

Eine Betriebsvereinbarung ist nur wirksam, wenn sie mit dem zuständigen Betriebsrat geschlossen wurde. Dies kann der Gesamtbetriebsrat sein.



### Betriebsratsarbeit im digitalen Zeitalter

Das Betriebsverfassungsgesetz von 1972 stellt Betriebsparteien im digitalen Zeitalter vor immer neue Herausforderungen. Der Gesetzgeber muss handeln!

## Digitalisierung und Datenschutz



### Betriebsrat: Selbst verantwortlich für den Datenschutz?

Gerichte und Behörden könnten Betriebsräte künftig als datenschutzrechtlich eigenständig Verantwortliche einordnen. Für Arbeitgeber hieße dies „Steine statt Brot“.



## Arbeitnehmerüberlassung



### Die gesetzliche Überlassungshöchstdauer – erste Erfahrungen aus der Praxis

Wir fassen die wesentlichen Entwicklungen und Tendenzen bei Auslegung und Anwendung der Vorschriften zur Überlassungshöchstdauer zusammen.



### Merkblatt für Zeitarbeitnehmer aktualisiert

Die Bundesagentur für Arbeit hat eine aktualisierte Fassung des Merkblatts für Zeitarbeitnehmer veröffentlicht – mit teilweise fragwürdigen Änderungen.



### BVerfG zum „Streikbrecherverbot“ gemäß § 11 Abs. 5 AÜG

BVerfG hat Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen das Streikbrecherverbot abgelehnt – aber noch keine Entscheidung über dessen Verfassungskonformität getroffen.



### „Harter Brexit“ erreicht Arbeitnehmerüberlassung

Bei einem „harten Brexit“ könnten für Erlaubnisinhaber aus Großbritannien bereits erteilte Arbeitnehmerüberlassungserlaubnisse widerrufen werden.



### Wesentliche Grundsätze der Überlassungshöchstdauer (Teil 2)

In Teil 2 unserer Reihe zur Überlassungshöchstdauer gehen wir unter anderem auf die Bestimmung der Einsatzdauer und die Berechnung von Fristen ein.



### Abweichung von der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer und Rechtsfolgen bei einem Verstoß (Teil 3)

In Teil 3 unserer Reihe gehen wir unter anderem auf Abweichungen von der Überlassungshöchstdauer und die Folgen eines Verstoßes gegen die gesetzlichen Regelungen ein.

## Compliance



### Berufsrisiko: Besuch vom Amt

Die Arbeitswelt hat ihre Tücken – was passieren kann, beleuchten die Beiträge dieser Serie. Heute: „Auskunfts-, Besichtigungs- und Prüfrechte der Arbeitsschutzbehörden“.

## Gesetzliche Neuerungen



### Recht auf Arbeit im Homeoffice – bald gesetzlich geregelt?

Ein Recht auf Arbeit im Homeoffice war im Koalitionsvertrag nicht vorgesehen; ob es gleichwohl kommt, bleibt fraglich.

## Übrigens



### Acqui-Hire – Know-how auf Knopfdruck für die Automobilbranche?

Der digitale Wandel macht Acqui-Hire zu einem wichtigen strategischen Mittel für die Automobilbranche. Über das Erfolgsrezept einer gelungenen Acqui-Hire-Transaktion.

## Veröffentlichungen

**Dr. Boris Alles/Stefan Handermann**

„Komplexe Restrukturierungen und ihre praktischen Herausforderungen“, Aufsatz in der Zeitschrift Der Betrieb 2019, S. 1027

**Dr. Ute Bartholomä**

„Betriebliche Altersversorgung – Unbestimmte Klauseln und Auslegung von Versorgungsregelungen“, Aufsatz in der Zeitschrift Der Betrieb 2019, S. 495

**Dr. Alexander Bissels/Kira Falter**

„Paukenschlag aus Erfurt: Anpassung der Rechtsprechung bei Mehrarbeitszuschlägen für Teilzeitbeschäftigte“, Aufsatz im Aktuellen Informationsdienst für Personaldienstleister 2019, Heft 3, S. 3

**Dr. Alexander Bissels/Dr. Felix Fuchs**

„Wichtige praktische Aspekte bei der Arbeitnehmerüberlassung“, Aufsatz in der Zeitschrift Arbeitsrecht Aktuell 2019, S. 161

**Dr. Alexander Bissels/Stephanie Witt**

„Aktuelles Arbeitsrecht in Krise und Insolvenz – Januar 2019 bis März 2019“, Aufsatz in der Neuen Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht 2019, S. 369

**Dr. Andrea Bonanni**

„Lockerung des Kündigungsschutzes für Risikoträger“, Aufsatz in der Zeitschrift Der Arbeits-Rechtsberater 2019, Heft 3, S. 79

**Prof. Dr. Björn Gaul/Dr. Mario Brungs**

„Das rechtliche Schicksal einer Betriebsvereinbarung bei fehlerhafter Beschlussfassung des Betriebsrats“, Aufsatz in der Zeitschrift Der Arbeits-Rechtsberater 2019, Heft 2, S. 47

**Dr. Jacob Hinze**

„Stolperfalle Betriebsratsvergütung: Pauschalierende Zulagen an Betriebsräte grundsätzlich zulässig“, Aufsatz in Der Betrieb online, DB1296189 vom 1. März 2019

**Dr. Andreas Hofelich/Michael Rein**

„Drei-Stufen-Theorie und Betriebsübergang – Anmerkung zum Urteil des LAG Niedersachsen vom 11. September 2018 – 3 Sa 1273/16 (B)“, Urteilsanmerkung in der Zeitschrift Der Betrieb 2019, S. 376

**Dr. Andreas Hofelich/Tobias Vogt**

„Gruppenunterstützungskasse – satzungsmäßiger Ausschluss von Rückgewähransprüchen der Trägerunternehmen, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 16. Oktober 2018 – 3 AZR 402/16“, Urteilsanmerkung in der Neuen Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht 2019, S. 231

**Dr. Daniel Ludwig**

„Die unterbrochene und fortgesetzte Betriebsversammlung – Rechtliche Grenzen und prozessuale Abwehr“, Aufsatz in der Zeitschrift Der Betrieb 2019, S. 907

**Dr. Björn Otto/Dr. Ricarda Müller**

„Recht auf Arbeit im Homeoffice – Bald gesetzlich geregelt?“, Aufsatz in der Zeitschrift Der Betrieb 2019, Heft 7 M4 – M5

## Vorträge

### Dr. Alexander Bissels

**„Update Arbeitsrecht – Rechtssichere Gestaltung von Arbeitsverträgen und aktuelle Rechtsprechung“**, Vortrag für die Amadeus FiRe AG am

- 25. Juni 2019 in Köln und Bonn
- 26. Juni 2019 in Aachen
- 2. Juli 2019 in Hannover und Bielefeld
- 3. Juli 2019 in Münster und Dortmund
- 9. Juli 2019 in Mannheim
- 23. Juli 2019 in Karlsruhe und München
- 14. August 2019 in Mainz
- 15. August 2019 in Darmstadt und Frankfurt am Main
- 20. August 2019 in Berlin und Hamburg
- 29. August 2019 in Essen und Düsseldorf

### Dr. Alexander Bissels

**„Aktuelles zur AÜG-Reform, aus Rechtsprechung und Gesetzgebung – Trend, Entwicklungen, Praxistipps“**, Vortrag für die LANDWEHR akademie am 24. September 2019 in Wietmarschen-Lohne

### Dr. Daniel Ludwig

**„Agiles Arbeiten und Matrixstrukturen – neue Formen der Arbeit und rechtliche Implikationen“**, Vortrag im Rahmen des Fortbildungsseminars Arbeitsrecht Aktuell am

- 21. Juni 2019 in Hannover
- 28. Juni 2019 in Düsseldorf  
sowie für den Management Circle am
- 27. Mai 2019 in Köln
- 2. Juli 2019 in München
- 12. August 2019 in Frankfurt am Main

### Dr. Daniel Ludwig

**„Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat 4.0 – Moderne Formen der Zusammenarbeit“**, Vortrag für die TÜV Nord Akademie am 25. September 2019 in Hamburg

### Jan Peter Schiller

**„Datenschutzrechtliche Aspekte bei der Digitalisierung von Personalakten und Businessprozessen“**, Vortrag für die Deutsche Gesellschaft für Personalführung e. V. am 26. Juni 2019 in Köln





#### Ihr kostenloser juristischer Online-Informationsdienst.

E-Mail-Abodienst für Fachartikel zu vielfältigen juristischen Themen.  
**cms-lawnow.com**



#### Ihre juristische Online-Bibliothek.

Profunde internationale Fachrecherche und juristisches Expertenwissen nach Maß.  
**eguides.cmslegal.com**

-----

Dieses Dokument stellt keine Rechtsberatung dar und verfolgt ausschließlich den Zweck, bestimmte Themen anzusprechen. Es erhebt keinen Anspruch auf Richtigkeit oder Vollständigkeit und die in ihm enthaltenen Informationen können eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Sollten Sie weitere Fragen bezüglich der hier angesprochenen oder hinsichtlich anderer rechtlicher Themen haben, so wenden Sie sich bitte an Ihren Ansprechpartner bei CMS Hasche Sigle.

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozialitäten. Mehr als 600 Anwälte sind in acht wichtigen Wirtschaftszentren Deutschlands sowie in Brüssel, Hongkong, Moskau, Peking und Shanghai für unsere Mandanten tätig. CMS Hasche Sigle ist Mitglied der CMS Legal Services EEIG, einer europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung zur Koordinierung von unabhängigen Anwaltssozialitäten. CMS EEIG ist nicht für Mandanten tätig. Derartige Leistungen werden ausschließlich von den Mitgliedssozialitäten in den jeweiligen Ländern erbracht. CMS EEIG und deren Mitgliedssozialitäten sind rechtlich eigenständige und unabhängige Einheiten. Keine dieser Einheiten ist dazu berechtigt, im Namen einer anderen Verpflichtungen einzugehen. CMS EEIG und die einzelnen Mitgliedssozialitäten haften jeweils ausschließlich für eigene Handlungen und Unterlassungen. Der Markenname „CMS“ und die Bezeichnung „Sozialität“ können sich auf einzelne oder alle Mitgliedssozialitäten oder deren Büros beziehen.

#### CMS-Standorte:

Aberdeen, Algier, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Belgrad, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brüssel, Budapest, Bukarest, Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt/Main, Funchal, Genf, Glasgow, Hamburg, Hongkong, Istanbul, Kiew, Köln, Leipzig, Lima, Lissabon, Ljubljana, London, Luanda, Luxemburg, Lyon, Madrid, Mailand, Manchester, Maskat, Mexiko-Stadt, Monaco, Moskau, München, Paris, Peking, Podgorica, Posen, Prag, Reading, Riad, Rio de Janeiro, Rom, Santiago de Chile, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sheffield, Singapur, Skopje, Sofia, Straßburg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Warschau, Wien, Zagreb und Zürich.

CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB, Sitz: Berlin, (AG Charlottenburg, PR 316 B), Liste der Partner: s. Website.

-----

**cms.law**