



Newsletter Arbeitsrecht

Ausgabe 2 / 2019

Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz

Ab in den Urlaub? Neues zur Urlaubsrechtsprechung

EuGH: Arbeitgeber müssen Arbeitszeiten künftig systematisch erfassen

BAG und BGH: Ist ein Geschäftsführer Arbeitnehmer?

BAG: Betriebsrat – unzulässige Rechtsausübung

BAG: Kündigung darf vor Massenentlassungsanzeige unterschrieben sein

LAG Berlin-Brandenburg: Yoga als Bildungsurlaub

Bevorstehende Veranstaltungen

Aktuelle Veröffentlichungen

Ihre Ansprechpartner bei GÖHMANN

Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz

In Umsetzung der EU-Richtlinie 2016/943 gilt seit dem 26.04.2019 das neue „Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG)“. Was gilt es in arbeitsrechtlicher Hinsicht zu beachten?

Das Gesetz regelt insb. den Begriff des Geschäftsgeheimnisses neu und novelliert die Folgen möglicher Verletzungen eines Geschäftsgeheimnisses. Es definiert „erlaubte Handlungen“, d.h. Festlegungen, wann und wie ein Geschäftsgeheimnis erlangt, genutzt oder offengelegt werden darf und regelt umgekehrt die Verbote.

Allerdings legt § 1 Abs.3 Nr.4 GeschGehG auch fest, dass die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis und die Rechte der Arbeitnehmervertretungen „unberührt“ bleiben. Die Reichweite dieser Regelung ist nicht ganz klar. Gemeint ist wohl insb. dass arbeitsvertraglich abweichende Abreden zum Geheimnisschutz weiter wie bisher zulässig sind und arbeitsrechtliches Erfahrungswissen weiter in einem neuen Arbeitsverhältnis verwertet werden kann. Ferner dürften die bestehenden Informationsrechte des Betriebsrates und Wirtschaftsausschusses unberührt bleiben.

I. Begriff des Geschäftsgeheimnisses

Dies bisherige Unterscheidung zwischen Geschäfts- und Betriebsgeheimnis wird aufgegeben und durch den Gesamtbegriff Geschäftsgeheimnis ersetzt. Ein Geschäftsgeheimnis ist demnach zusammengefasst nunmehr eine Information,

- die nicht allgemein bekannt und daher von wirtschaftlichem Wert ist,
- die Gegenstand von angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen ist und
- bei der ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht.

Typischerweise wird man hierzu weiterhin Daten wie Herstellungsverfahren, Kunden- und

Lieferantenlisten, Geschäftsstrategien, Unternehmensdaten, Marktanalysen sowie Prototypen, Formeln und Rezepte zählen können.

Es ist ausreichend für ein Geschäftsgeheimnis, wenn eine Information im maßgeblichen Geschäftskreis nur einem bestimmten Kreis bekannt ist. Sie kann auch zusammengesetzt sein. Eine Kundenliste ist also auch dann ein Geschäftsgeheimnis, wenn sie mehreren Personen bekannt ist und die Kundenadressen einzeln – nicht aber in Ihrer Zusammenfassung – z.B. im Internet – recherchierbar sind. Auch Informationen, die zwar prinzipiell aber nur sehr aufwändig beschafft werden können, sind danach ein geeignetes Geheimnis.

Ein wirtschaftlicher Wert des Geheimnisses fehlt in aller Regel nur dann, wenn belanglose Informationen vorliegen.

Der letzten Voraussetzung – dem berechtigten Geheimhaltungsinteresse – wird voraussichtlich keine maßgebliche eigenständige Bedeutung zukommen. Die Voraussetzung ist in der zugrunde liegenden EU-Richtlinie nicht enthalten. Sie soll wohl in erster Linie den Schutz illegaler Geschäfte verhindern und investigativen Journalismus weiter ermöglichen.

II. Die angemessenen Schutzmaßnahmen

Hohe Wellen hat dagegen die Tatsache geschlagen, dass Geschäftsgeheimnisse nunmehr nur dann noch vorliegen, wenn sie (vom rechtmäßigen Inhaber!) durch angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen geschützt sind.

Es bleibt abzuwarten, was genau die Rechtsprechung als angemessene Schutzmaßnahmen ansehen wird. Diese sind insb. abhängig vom Wert des Geheimnisses, Größe des Unternehmens sowie Kosten und Üblichkeit von Schutzmaßnahmen. In Frage kommt zunächst einmal die Kennzeichnung einer Information oder Informationskategorie als vertraulich, soweit sich dies nicht aus den Umständen klar ergibt.

Darüber hinaus sollte die Vertraulichkeit – etwa

in Arbeitsverträgen – ausdrücklich geregelt werden. Bei bedeutsamen Geheimnissen sollten explizite Vertraulichkeitsvereinbarungen (Non-Disclosure-Agreements) in Betracht gezogen werden. Angesichts des „Arbeitsvertragsvorbehalts“ (s.o.) sollte es weiterhin in Grenzen zulässig sein, in Arbeitsverträgen über das Geschäftsgeheimnisgesetz hinaus strengere Pflichten festzulegen.

Geschäftsgeheimnisse sollten zudem nur möglichst wenigen Personen zugänglich gemacht und durch ausreichende technische Schutzmaßnahmen gesichert werden. Schließlich sollten Geschäftsgeheimnisse zur Risikominimierung auch nur in möglichst begrenztem Ausmaß das Geschäftsgebäude verlassen, etwa durch die Einschränkung der Mitnahme auf Datenträgern oder des externen Zugangs im Wege der Telearbeit.

Es empfiehlt sich, jedenfalls in größeren Unternehmen, ein umfassendes Know-How-Schutzkonzept mit abgestuften Zugangsberechtigungen und Schutzmaßnahmen einzuführen und zu dokumentieren, soweit nicht bereits vorhanden.

III. Schutzsystem

Das GeschGehG sieht eine Reihe von erstmals gesetzlich explizit normierten zivilrechtlichen Ansprüchen insb. auf Auskunft, Unterlassung, Vernichtung sowie auf (auch immateriellen) Schadensersatzes im Falle des Geheimnisverrates vor. Diese finden prinzipiell auch im Arbeitsverhältnis Anwendung. Eine Haftung kann prinzipiell bereits bei leichter Fahrlässigkeit eintreten. Es sollte daher verstärkt darauf geachtet werden, dass z.B. über neu eingestellte Mitarbeiter oder geschäftliche Zusammenarbeit kein rechtswidrig erlangtes Wissen Dritter in ein Unternehmen gelangt.

Interessant sind im Arbeitsverhältnis ferner die neuen – inhaltlich weitgehend unveränderten – strafrechtlichen Normen in Ablösung der §§ 17 bis 19 UWG. Sie ermöglichen es einem Arbeitgeber weiterhin gegenüber einem Arbeitnehmer

gem. § 23 GeschGehG – z.B. bei der Entwendung von Kundendaten – einen Strafantrag zu stellen und insoweit auch strafrechtlich als Nebenkläger aufzutreten. Allerdings zukünftig nur, wenn das entsprechende Geschäftsgeheimnis „angemessen“ geschützt war.

IV. Whistleblowing

Schlagzeilen hat ebenfalls gemacht, dass § 5 GeschGehG „Ausnahmen“ vom Geheimnisschutz insb. für Handlungen „zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung“ um das „allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“ vorsieht, ferner für Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitnehmervertretung, wenn dies erforderlich ist, damit die Arbeitnehmervertretung ihre Aufgaben erfüllen kann.

Die genaue Reichweite des damit erstmals gesetzlich geregelten „Whistleblowerschutzes“ ist derzeit unklar. Mindestens mittelbar wird man aber dazu kommen, dass Maßnahmen wie Abmahnungen oder Kündigungen oft unverhältnismäßig sind, wenn ein Mitarbeiter sich in (zutreffender) Ausfüllung dieser Bestimmungen an einen Betriebsrat oder Strafverfolgungsbehörden gewandt hat. Allerdings spricht vieles dafür, dass Mitarbeiter weiterhin arbeitsrechtlich gehalten sind, bei Missständen zunächst eine innerbetriebliche Abhilfe zu versuchen, soweit sie sich hiermit nicht selbst strafbar machen oder es um vom Arbeitgeber selbst begangene Straftaten geht.

V. Verfahrensrechtlicher Geheimnisschutz

Verbessert wurde der oftmals unbefriedigende Schutz von Geheimnissen im Prozess. Gerichte können künftig z.B. dem Prozessgegner Verschwiegenheitspflichten auferlegen, deren Verletzung sanktioniert ist. Hierzu kann auch die Parteiöffentlichkeit im Prozess auf einen eng begrenzten Personenkreis beschränkt werden (§ 19 GeschGehG).

Dr. Teemu Tietje, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bremen

Ab in den Urlaub? Neues zur Urlaubsrechtsprechung

Kurz vor den Sommerferien und den Start in den Urlaub wollen wir Ihnen einen Überblick über die wichtigsten Entscheidungen aus den vergangenen Monaten zu dem Thema „Urlaub“ geben:

I. Urlaubsentgelt bei Wechsel von Vollzeit in Teilzeit/Teilzeit in Vollzeit

In § 11 Bundesurlaubsgesetz ist zur Berechnung der Höhe des Urlaubsentgelts geregelt, dass sich dieses nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst bemisst, das der Arbeitnehmer in den letzten dreizehn Wochen vor dem Beginn des Urlaubs erhalten hat.

Was aber passiert, wenn der Arbeitnehmer in den ersten sechs Monaten in Vollzeit gearbeitet hat und – nach dem Wechsel in die Teilzeit – den Urlaubsanspruch aus der Zeit der Vollzeittätigkeit geltend macht und nimmt? Nach dem Gesetz ist dann das Urlaubsentgelt nach der zuletzt ausgeübten Tätigkeit zu bemessen.

Das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Urteil vom 20.03.2018, 9 AZR 486/17 zu einer tarifvertraglichen Regelung entschieden, dass Grundlage der Bemessung der Höhe des Urlaubsentgelts der Beschäftigungsumfang des Arbeitnehmers zu der Zeit, in welchem der Urlaubsanspruch entsteht, ist. Denn in dem Zeitpunkt, in dem der Urlaubsanspruch entsteht, entsteht auch der Urlaubsentgeltanspruch.

In einer weiteren Entscheidung vom 20.11.2018 (9 AZR 349/18) hatte sich das Bundesarbeitsgericht mit der umgekehrten Konstellation zu beschäftigen:

Hier ging es um die Höhe des Urlaubsentgelts nach einem unterjährigen Wechsel von einer Teil- auf eine Vollzeitbeschäftigung.

Das Bundesarbeitsgericht vertrat in dieser Entscheidung die Ansicht, dass der Kläger nach

dem Entgeltausfallprinzip Anspruch auf Urlaubsentgelt entsprechend des aktuellen Beschäftigungsumfangs habe. Anders als die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 20.03.2018 zu dem Wechsel von Vollzeit in Teilzeit kommt das Bundesarbeitsgericht also bei dem Wechsel von Teilzeit in Vollzeit zu dem Ergebnis, dass das Urlaubsentgelt sich nach dem aktuellen Entgelt und nicht nach dem Entgelt bemisst, das zu dem Zeitpunkt der Entstehung des Urlaubsanspruchs geleistet wurde.

Für Arbeitgeber bedeutet das: Sie müssen dokumentieren, wann welcher Arbeitnehmer welchen Urlaubsanspruch erworben hat. Zudem müssen sie bei Teilzeitbeschäftigten für die Bemessung des Urlaubsentgelts den Beschäftigungsumfang im Zeitpunkt der Entstehung des Urlaubsanspruchs heranziehen und sicherstellen, dass vor einer Reduzierung oder Erhöhung der Arbeitszeit der bisher erworbene Urlaub genommen wird.

II. Verfall von Urlaubsansprüchen und die Obliegenheit des Arbeitgebers

Wie bereits in unserem Newsletter 4/2018 besprochen, hatte der Europäische Gerichtshof in Urteilen vom 06.11.2018 (C-619/16, C-569/16 und C-570/16) festgestellt, dass der Urlaubsanspruch nicht automatisch erlöschen kann, wenn der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses keinen Antrag auf Wahrnehmung seines Urlaubsanspruchs gestellt hat.

Das Bundesarbeitsgericht ist in seiner Entscheidung vom 19.02.2019 (9 AZR 541/15) nunmehr dieser Auffassung gefolgt.

Die Konsequenz dieser Entscheidung ist mithin, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer klar und rechtzeitig mitteilen muss, dass der Urlaub am Ende des Bezugszeitraums oder eines Übertragungszeitraums verfallen wird, wenn der Arbeitnehmer ihn bis dahin nicht nimmt. Der Arbeitgeber ist allerdings nicht verpflichtet, dem Arbeitnehmer gegen dessen Willen Urlaub zu gewähren.

Künftig wird es also darauf ankommen, ob der Arbeitnehmer „in die Lage versetzt worden war, seinen Urlaubsanspruch tatsächlich wahrzunehmen“.

Jeweils in der zweiten Jahreshälfte muss der Arbeitgeber den tatsächlichen Urlaubsstand und bereits vereinbarte Urlaubszeiträume prüfen, um festzustellen, in welchem Umfang der jeweilige Arbeitnehmer prognostisch noch offene Urlaubsansprüche hat. Anschließend muss der Arbeitgeber einen entsprechenden Hinweis an die Arbeitnehmer erteilen.

III. Urlaubsabgeltung bei Tod des Arbeitnehmers im laufenden Arbeitsverhältnis

Am 22.01.2019 hat das Bundesarbeitsgericht ein Urteil zu der Frage verkündet, ob ein Urlaubsabgeltungsanspruch auch dann entsteht, wenn der Arbeitnehmer in einem bestehenden Arbeitsverhältnis verstirbt. Auch hier war eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vorausgegangen. Der Europäische Gerichtshof hatte mit Urteilen vom 6.11.2018 (C-569/16, C-570/16) entschieden, dass der Anspruch auf die finanzielle Abgeltung von nicht genommenem Urlaub unabhängig vom Grund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht. Hierzu hatten wir bereits in unserem Newsletter 4/2018 berichtet.

Das Bundesarbeitsgericht hatte bisher angenommen, dass mit dem Tod des Arbeitnehmers der Urlaubsanspruch untergeht, so dass dieser sich nicht in einen Abgeltungsanspruch umwandeln kann. Folglich konnte er auch nicht Teil des Nachlasses werden.

Nunmehr hat sich das Bundesarbeitsgericht der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs angeschlossen.

Diese Rechtsprechung bezieht sich auf den bezahlten gesetzlichen Jahresurlaubsanspruch, also den Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub nach §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG von 24 Werktagen, den Anspruch auf Zusatzurlaub für

schwerbehinderte Menschen nach § 208 SGB IX sowie auch auf den Anspruch auf Urlaub nach dem Tarifvertrag, soweit sich diesem nicht entnehmen lässt, dass dem Erben das Verfallrisiko für den tariflichen Mehrurlaub bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Tod des Arbeitnehmers zugewiesen ist.

Eine abweichende – entsprechend genau formulierte - Regelung im Tarifvertrag oder Arbeitsvertrag, nach der der über den gesetzlichen Urlaub hinausgehende Urlaub mit dem Tod verfällt, ist aber rechtlich möglich.

IV. Urlaubsanspruch bei Elternzeit und Sonderurlaub

Im Bundeselterngeldgesetz (BEEG), dort § 17, ist vorgesehen, dass Arbeitgeber den Urlaubsanspruch für Zeiten der Elternzeit kürzen können.

Der Europäische Gerichtshof hatte mit Urteil vom 04.10.2018 (C-12/17) festgestellt, dass Mitgliedsstaaten Zeiten des Elternurlaubs anspruchsmindernd bei der Berechnung des Jahresurlaubs berücksichtigen können (vgl. Newsletter 4/2018). Er hatte die Auffassung vertreten, dass der Zweck des Urlaubs darin zu sehen sei, dass sich der Arbeitnehmer von der Ausübung der ihm nach seinem Arbeitsvertrag obliegenden Aufgaben erholen könne und über einen Zeitraum der Entspannung und Freizeit verfüge. Der Erholungszweck beruhe auf der Prämisse, dass der Arbeitnehmer im Laufe des Bezugszeitraums tatsächlich gearbeitet habe.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gilt eine Ausnahme bei Krankheit und Mutterschutz. Auch für diese Zeiten entstehe Urlaub.

Das Bundesarbeitsgericht hat mit **Urteil vom 19.03.2019 (9 AZR 362/18)** diese Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs aufgenommen und festgestellt, dass das Unionsrecht nicht verlangt, Arbeitnehmer, die wegen Elternzeit im Bezugszeitraum nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet waren, Arbeitnehmern gleichzustellen, die in diesem Zeitraum tatsächlich

gearbeitet haben. Die gesetzliche Kürzungsmöglichkeit ist mithin rechtlich zulässig und wirksam.

In einer weiteren Entscheidung vom **19.03.2019 (9 AZR 315/17)** hat das Bundesarbeitsgericht darüber hinaus entschieden, dass für die Berechnung des gesetzlichen Mindesturlaubs Zeiten eines unbezahlten Sonderurlaubs unberücksichtigt bleiben.

In dem zu entscheidenden Fall hatte die Klägerin in der Zeit vom 01.09.2013 bis zum 31.08.2015 unbezahlten Sonderurlaub, gewährt bekommen. Nach Beendigung des Sonderurlaubs verlangte die Klägerin von der Beklagten, ihr den gesetzlichen Mindesturlaub von 20 Arbeitstagen für das Jahr 2014 zu gewähren.

Das Bundesarbeitsgericht hat diesen Anspruch verneint: Befindet sich ein Arbeitnehmer im Urlaubsjahr ganz oder teilweise im unbezahlten Sonderurlaub, sind die Hauptleistungspflichten durch die Vereinbarung von Sonderurlaub vorübergehend ausgesetzt. Mangels einer Arbeitspflicht steht dem Arbeitnehmer auch kein Anspruch auf Erholungsurlaub zu.

Damit müssen Arbeitgeber, die Arbeitnehmern ein unbezahltes Sabbatical genehmigen, nicht zusätzlich für dieselbe Zeit (im Nachhinein) bezahlten Jahresurlaub gewähren. Auch ist damit klargestellt, dass in der Freistellungsphase der Altersteilzeit keine weiteren Urlaubsansprüche entstehen können.

V. Schadenersatz wegen Verfalls des Zusatzurlaubs für schwerbehinderte Menschen

Nach der Regelung in § 208 SGB IX haben schwerbehinderte Menschen Anspruch auf einen Zusatzurlaub. Dieser beträgt fünf Tage im Kalenderjahr bei einer Beschäftigung an fünf Tagen pro Woche.

Mit Urteil vom 16.01.2019 (2 Sa 567/18) hatte das LAG Niedersachsen zu entscheiden, ob ein Arbeitgeber verpflichtet ist, schwerbehinderte

Arbeitnehmer auf den Zusatzurlaub hinzuweisen. In dem zu entscheidenden Fall hatte eine Arbeitnehmerin, die mit einem GdB von 50 schwerbehindert ist, während des Bestands des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Arbeitgeber zu keinem Zeitpunkt ihren Schwerbehindertenzusatzurlaub geltend gemacht. Auch der Arbeitgeber hatte auf diesen Zusatzurlaub nicht hingewiesen. Die Schwerbehinderung war dem Arbeitgeber aber bekannt.

Das Landesarbeitsgericht ist der Ansicht, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, den schwerbehinderten Arbeitnehmer auf dessen Zusatzurlaub hinzuweisen. Kommt der Arbeitgeber seinen Informations- und Hinweispflichten nicht nach, hat der Arbeitnehmer einen Schadensersatzanspruch in der Form des Ersatzurlaubes, der sich mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach § 251 Abs. 1 BGB in einen Abgeltungsanspruch umwandelt.

VI. Fazit

Die zahlreichen Entscheidungen der vergangenen Monate machen deutlich, dass in dem Thema „Urlaub“ auch weiterhin viel Bewegung ist.

Für Arbeitgeber steigen auch hier die Anforderungen und Verpflichtungen, denen sie gerecht werden müssen. So ist es in neu abzuschließenden Verträgen ratsam, bei den Regelungen des Urlaubs klar zwischen dem gesetzlichen Urlaub und dem darüber hinausgehenden Urlaub zu differenzieren. Weiter sollte die Urlaubsplanung in den Betrieben rechtzeitig erfolgen, die Urlaubsnahme der einzelnen Arbeitnehmer sollte dokumentiert werden und Arbeitnehmer spätestens mit Beginn der zweiten Jahreshälfte durch den Arbeitgeber über noch bestehende Resturlaubsansprüche informiert und über den möglichen Verfall des Urlaubsanspruchs informiert werden.

Julia Schönfeld, Fachanwältin für Arbeitsrecht und Fachanwältin für Sozialrecht, Bremen

Arbeitgeber müssen Arbeitszeiten künftig systematisch erfassen

EuGH, Urteil vom 14.05.2019 - C-55/18

Der Fall

Dem Urteil liegt eine Verbandsklage einer spanischen Gewerkschaft gegen die Deutsche Bank SAE vor dem Nationalen Gerichtshof von Spanien zu Grunde. Die Gewerkschaft wollte festgestellt wissen, dass die Deutsche Bank verpflichtet ist, ein System zur Erfassung der täglichen Arbeitszeit einzurichten. Der Nationale Gerichtshof von Spanien legte dem Europäischen Gerichtshof die Frage vor, ob Mitgliedsstaaten Arbeitgeber verpflichten müssen, die tägliche Arbeitszeit zu erfassen.

Die Entscheidung

Der Europäische Gerichtshof hat nun entschieden, dass die Mitgliedsstaaten Arbeitgeber verpflichten müssen, **ein objektives, verlässliches und zugängliches System** einzuführen, mit dem die von jedem Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann. Zur Begründung führt er an, der Arbeitnehmer sei die strukturell unterlegene Partei des Arbeitsverhältnisses und die Aufzeichnung der täglichen Arbeitszeit sei notwendig, um die Wirksamkeit von Arbeitsschutzrichtlinien und der Grundrechtecharta zur täglichen Arbeitszeit und Ruhezeiten zu gewährleisten. Die Mitgliedsstaaten müssten sicherstellen, dass diese Rechte gewährt werden.

Unser Kommentar

Das Urteil richtet sich zunächst an die einzelnen Mitgliedsstaaten. Der deutsche Gesetzgeber ist jetzt verpflichtet, die konkrete Ausgestaltung eines Arbeitszeiterfassungssystems festzulegen. Dabei muss er entscheiden, welche Form ein solches System haben soll (z.B. digitale Erfassung, per Terminal, per App etc.).

Allein aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs folgen **keine neuen Straftatbestände und/ oder Ordnungswidrigkeitstatbestände**, die Arbeitgeber aktuell zu befürchten hätten. Solche Eingriffe des Staates setzen immer eine Gesetzesgrundlage voraus und diese fehlt aktuell noch.

Nach aktueller Gesetzeslage besteht eine **vollumfängliche Aufzeichnungspflicht** des Arbeitgebers nur für geringfügig Beschäftigte und für Arbeitnehmer der in § 2a Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz genannten Branchen.

Des Weiteren besteht derzeit nach § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG nur eine **teilweise Aufzeichnungspflicht** hinsichtlich der über 8 Stunden hinausgehenden werktäglichen Arbeitszeit. Die Grundarbeitszeit muss also nicht erfasst werden, sondern lediglich die Überstunden. Diese Verpflichtung gilt allerdings auch im Hinblick auf Mitarbeiter im Home-Office, im Außendienst oder mit Vertrauensarbeitszeit.

Bisher macht das deutsche Recht keine Vorgaben hinsichtlich der Form der Aufzeichnung. Noch sind also insbesondere handschriftlich geführte Stundenzettel zulässig.

Nun liegt ein Arbeitsauftrag des Europäischen Gerichtshofs an die Mitgliedstaaten vor, dafür zu sorgen, dass jeder Arbeitgeber ein objektives, verlässliches und zugängliches System zur Arbeitszeiterfassung einrichtet. Es ist damit zu rechnen, dass es eine Änderung des Arbeitszeitgesetzes geben wird, wonach die Aufzeichnungspflichten für alle Arbeitgeber ausgeweitet und die Form der Aufzeichnung konkretisiert wird. Da der Europäische Gerichtshof ein objektives, verlässliches und zugängliches System verlangt, ist damit zu rechnen, dass die händische Aufzeichnung künftig nicht mehr ausreichend sein dürfte. Welche Anforderungen Arbeitgeber künftig genau treffen, wird sich aber erst nach Vorliegen eines Gesetzesentwurfs beantworten lassen.

Dr. Jennifer Rasche, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Hannover

Ist ein Geschäftsführer Arbeitnehmer?

BAG, Beschluss vom 21.01.2019 - 9 AZB 23/18
BGH, Urteil vom 26.03.2019 - II ZR 244/17

Die Fälle

In beiden Verfahren ging es um die Frage, ob ein Geschäftsführer Arbeitnehmer ist.

In dem Urteil des BAG ging es um die Frage, ob sich eine Geschäftsführerin vor den Gerichten für Arbeitsachen gegen die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung wehren kann. Der Dienstherr hatte das Dienstverhältnis mit der Begründung gekündigt, die Geschäftsführerin habe die ihr obliegenden Pflichten verletzt und sich illoyal verhalten. Die Geschäftsführerin erhob dagegen Klage beim Arbeitsgericht.

In dem Fall des BGH ging es ebenfalls um eine Kündigung. In dem befristeten Geschäftsführerdienstvertrag hatten sich beide Parteien vorbehalten, mit dem Eintritt des Geschäftsführers in das 61. Lebensjahr das Dienstverhältnis durch eine einseitige Erklärung mit einer Frist von sechs Monaten zum Jahresende beenden zu können. Hiervon hatte der Dienstherr Gebrauch gemacht. Der Geschäftsführer machte die Unwirksamkeit der Kündigung vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit geltend.

Die Entscheidungen

Die Entscheidungen beider Gerichte hätten nicht unterschiedlicher ausfallen können:

Das BAG prüfte die Frage, ob der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitsachen eröffnet ist, anhand der Regelungen des Arbeitsgerichtsgesetzes (ArbGG). Für die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte sei in erster Linie der Arbeitnehmer-Status der Klägerin maßgeblich. Da das ArbGG nicht auf Unionsrecht beruhe, sei allein vom allgemeinen nationalen Arbeitnehmerbegriff auszugehen. Danach komme eine Weisungsgebundenheit eines Geschäftsführers,

die so stark ist, dass sie über das unternehmerische Weisungsrecht hinaus auf einen Status des betroffenen Geschäftsführers als Arbeitnehmer schließen lässt, allenfalls in extremen Ausnahmefällen in Betracht. Diese lägen im konkreten Fall nicht vor, so dass der Rechtsstreit an das zuständige Landgericht zu verweisen war.

Im Fall des BGH ging es aufgrund der auf Basis der vertraglichen Regelung ausgesprochenen Kündigung um die Frage einer Altersdiskriminierung. Da das Kündigungsschutzgesetz auf einen Geschäftsführerdienstvertrag keine Anwendung finde, war die Anwendung des allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) nicht durch § 2 Abs. 4 AGG ausgeschlossen. Ein Fremdgeschäftsführer einer GmbH sei bei europarechtskonformer Auslegung jedenfalls insoweit als Arbeitnehmer im Sinne des § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AGG anzusehen, wie der Anwendungsbereich des AGG über § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG wegen einer Kündigung seines Geschäftsführerdienstvertrages eröffnet ist. Da das AGG eine europäische Richtlinie inhaltsgleich umgesetzt hat, sei der Begriff des Arbeitnehmers in § 6 Abs. 1 Nr. 1 AGG unter Berücksichtigung der hierzu ergangenen Rechtsprechung des EuGH unionsrechtlich auszulegen. Die Richtlinie und in ihrer Umsetzung das AGG wollten einen breiten Personenkreis schützen. Da sich der Geschäftsführer in einem Unterordnungsverhältnis zur Dienstherrin befand, war der Geschäftsführer als Arbeitnehmer im Sinne des § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AGG anzusehen. Die Kündigung scheiterte danach an der unmittelbaren Benachteiligung des Klägers.

Unser Kommentar

Die Frage nach dem Status von Geschäftsführern scheint nicht einheitlich beantwortet werden zu können. In der Praxis ist daher im Hinblick auf jede einzelne Fragestellung zu prüfen, welche Rechtsnorm im konkreten Fall maßgeblich ist und ob diese rein national ist oder einen europäischen Hintergrund hat.

Dr. Gunnar Straube, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hannover

Betriebsrat – unzulässige Rechtsausübung

BAG, Urteil vom 12.03.2019 - 1 ABR 42/17

Der Fall

Die tarifgebundene Arbeitgeberin betreibt eine Klinik. Die Arbeitgeberin hat jeweils fristgemäß die Dienstpläne eingereicht. Teilweise wurden die Dienstpläne ohne Begründung abgelehnt. Teilweise sprach der Betriebsrat die unzureichende Personalbemessung an. Die Arbeitgeberin hat dann jeweils die Einigungsstelle angerufen. Teilweise musste diese durch das Gericht eingesetzt werden. Teilweise kam es zu der Vereinbarung einer Einigungsstelle. Der Betriebsrat hat Termine für Einigungsstellensitzungen abgelehnt, teilweise hat er in der Einigungsstelle trotz Auflagen nicht vorgetragen. In späteren Monaten hat er gegenüber der Arbeitgeberin erklärt, dass die Durchführung einer Einigungsstelle nicht sinnvoll sei. Auch wurden Beisitzer nicht benannt. Die Arbeitgeberin hat dann – ohne dass die Dienstpläne durch den Betriebsrat zugestimmt waren – diese bekanntgegeben und nach diesen arbeiten lassen. Der Betriebsrat macht Unterlassungsansprüche geltend.

Die Entscheidung

Weder steht dem Betriebsrat ein allgemeiner Unterlassungsanspruch aus § 87 Abs. 1 BetrVG noch einen Anspruch aus § 23 Abs. 3 BetrVG zu. Die Arbeitgeberin hat das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates wiederholt verletzt. Soweit der Betriebsrat in Dienstpläne nicht zuvor zugestimmt und auch die Einigungsstelle die Einigung der Beteiligten nicht ersetzt hat, hat die Arbeitgeberin durch ihr Verhalten gegen § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG verstoßen. Dabei ist es auch unerheblich, dass sie zuvor erfolglos versucht hat, dass in § 87 Abs. 2 BetrVG vorgeschriebene Verfahren durchzuführen. Dem Anspruch steht ausnahmsweise aber der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegen. Ein solcher kommt nur in eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht. Der Betriebsrat hat

aber die Verletzung eines Mitbestimmungsrechtes und die hieraus resultierenden Unterlassungsansprüche unter groben Verstoß gegen seine aus § 74 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 BetrVG folgende Pflicht erlangt. Die Arbeitgeberin ist zum Zwecke der Krankenversorgung im Rahmen ihres Versorgungsauftrages zwingend darauf angewiesen, in regelmäßigen Abständen Dienstpläne aufzustellen. Der Mitbestimmung des Betriebsrates kommt erhebliche Bedeutung zu. Er deshalb gehalten, alles zu unternehmen, um im Rahmen des ihm zustehenden Mitbestimmungsrechtes bei der Verteilung der geschuldeten Arbeitszeit eine einvernehmliche Regelung zu erlangen. Ihn trifft hierbei insbesondere auch eine Mitwirkungspflicht. Der Betriebsrat aber hat jeden Monat bis auf zwei Ausnahmefälle jegliche Mitwirkung verweigert. Aufgrund der Blockadehaltung des Betriebsrates bestand für die Arbeitgeberin keine rechtssichere Möglichkeit das Mitbestimmungsrecht zu wahren. Insoweit liegt eine unzulässige Rechtsausübung vor.

Unser Kommentar

Die Entscheidung macht deutlich, dass auch den Betriebsrat Mitwirkungspflichten treffen, erforderliche Dienstpläne zu verhandeln, um zu einer Lösung zu kommen. Gleichzeitig macht das Bundesarbeitsgericht aber auch deutlich, dass die Annahme einer unzulässigen Rechtsausübung nur in absoluten Ausnahmefällen in Betracht kommt. Auch macht der umfangreiche Sachverhalt deutlich, dass die Arbeitgeberin hier selber alles Erforderliche getan hatte, um die Mitbestimmungsrechte zu wahren. Nur in einer solchen Ausnahmekonstellation konnte das Gericht zu der Annahme einer unzulässigen Rechtsausübung kommen.

Dr. Stefan Sasse, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Magdeburg

Kündigung darf vor Massenentlassungsanzeige unterschrieben sein

BAG, Urteil vom 13.06.2019 - 6 AZR 459/18

Der Fall

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens Anfang Juli 2017 einigte sich der Insolvenzverwalter mit dem Betriebsrat auf eine Betriebsschließung und einen Interessenausgleich. Am 26.06.2017 verfasste der Insolvenzverwalter daraufhin die Kündigung des Klägers, ebenso wie die der anderen zu diesem Zeitpunkt noch beschäftigten Arbeitnehmer. Am gleichen Tag ging die vom Insolvenzverwalter verfasste Massenentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit ein. Die Kündigung erreichte den Kläger am 27.06.2017. Der Kläger machte mit seiner Kündigungsschutzklage u.a. geltend, dass die Kündigung unwirksam sei, da nach der EuGH-Rechtsprechung der Arbeitgeber seiner Anzeigepflicht nach § 17 KSchG vor Entschluss zur Kündigung nachzukommen habe und die Kündigung daher erst nach Erstattung der Massenentlassungsanzeige unterschrieben werden dürfe.

Die Entscheidung

Das Bundesarbeitsgericht hob die Entscheidung des LAG Baden-Württemberg auf, welches die Auffassung vertreten hatte, dass die Massenentlassungsanzeige die Arbeitsagentur zu einem Zeitpunkt erreichen müsse, zu dem sich die Kündigungsentscheidung noch nicht durch die Unterschrift unter dem Kündigungsschreiben manifestiert hat.

In dem Urteil stellt das Bundesarbeitsgericht klar, dass die nach § 17 KSchG erforderliche Massenentlassungsanzeige auch dann wirksam erstattet werden kann, wenn der Arbeitgeber bereits zur Kündigung entschlossen ist. Kündigungen sind daher – vorbehaltlich weiterer Wirksamkeitsvoraussetzungen – dann wirksam, wenn die Massenentlassungsanzeige bei

der Arbeitsagentur eingeht, bevor dem Mitarbeiter die Kündigung zugeht, auch wenn sie zuvor bereits unterschrieben waren.

Das in § 17 KSchG vorgesehene Verfahren zur Anzeige einer bestimmten Anzahl von Kündigungen diene, nach den Ausführungen des Bundesarbeitsgericht, beschäftigungspolitischen Zwecken. So soll die Arbeitsagentur rechtzeitig über eine bevorstehende Massenentlassung informiert werden, um sich und die Vermittlungsbemühungen auf die größere Anzahl arbeitsloser Arbeitnehmer einzustellen. Dagegen kann und soll die Arbeitsagentur auf den Willensentschluss des Arbeitgebers zur Kündigung keinen Einfluss nehmen. Dies ist z.B. anders als bei einer Betriebsratsanhörung.

Durch die EuGH-Rechtsprechung sei – so das Bundesarbeitsgericht – allerdings geklärt, dass die Kündigung dem Arbeitnehmer erst zugehen darf, wenn die Massenentlassungsanzeige bei der zuständigen Agentur für Arbeit eingegangen ist. Insofern hat das Bundesarbeitsgericht davon abgesehen, die Frage dem Europäischen Gerichtshof zur Prüfung vorzulegen.

Vor diesem Hintergrund bestanden für das Bundesarbeitsgericht an der Wirksamkeit der streitgegenständlichen Kündigung keine Zweifel. Ob auch die übrigen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Kündigung erfüllt sind, muss nun das Landesarbeitsgericht entscheiden.

Unser Kommentar

Die Entscheidung ist für Arbeitgeber erfreulich, da nach einem Kündigungsentschluss die Kündigung bereits vorbereitet werden kann und nicht zunächst die Massenentlassungsanzeige abgewartet werden muss. Die Interpretation des Bundesarbeitsgerichts von § 17 KSchG im Hinblick auf die hierzu ergangenen EuGH-Rechtsprechung erscheint auch dogmatisch korrekt und nachvollziehbar.

Denise Blankenburg, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Frankfurt

Yoga als Bildungsurlaub

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 11.04.2019 - 10 Sa 2076/18

Der Fall

Die Parteien stritten über die Verpflichtung der Beklagten, dem Kläger für die Dauer von fünf Tagen Bildungsurlaub unter Fortzahlung der Vergütung für den Kurs „Yoga I – Erfolgreich und entspannt im Beruf mit Yoga und Meditation“ an der Volkshochschule Pankow (Kursnummer Pa3549H) zu bewilligen.

Der Arbeitgeber hatte den Antrag unter anderem mit der Begründung abgelehnt, dass der Yogakurs nicht der beruflichen Weiterbildung im Sinne des § 1 Berliner Bildungsurlaubsgesetz (BiUrlG) diene, weil es sich nicht um eine fachliche Weiterbildung handele.

Die Entscheidung

Dieser sehr engen Auslegung des Berliner Bildungsurlaubsgesetzes erteilte zunächst das Arbeitsgericht Berlin und nun auch das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg eine klare Absage. Derzeit ist noch eine Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesarbeitsgericht anhängig.

Zur beruflichen Qualifikation im Sinne von § 1 Abs. 4 BiUrlG zähle - entgegen der Auffassung der Beklagten - nicht lediglich die berufsfachliche Qualifikation, also die Fachkompetenz im engeren Sinne, sondern auch die persönliche und soziale Kompetenz, die gemeinsam erst im Zusammenspiel die sachgerechte und fortlaufende Ausübung einer beruflichen Tätigkeit ermöglichen würden. Denn nur bei Vorliegen all dieser Qualifikationen, bzw. vielfach heute auch Kompetenzen genannt, sei die „berufliche Qualifikation“ als Oberbegriff gegeben im Sinne einer Fähigkeit, den Beruf auf Dauer sachgerecht auszuüben. Alle Bildungsmaßnahmen, die diese Fähigkeiten fördern (d.h. erhalten, verbessern, erweitern) würden, stellten sich daher

im Gesetzessinne als „berufliche Weiterbildung“ dar. Der Wortlaut selbst beschränke die berufliche Qualifikation auch nicht auf die berufsfachliche Qualifikation. Die Bildungsinhalte müssten sich nicht unmittelbar auf die ausgeübte berufliche Tätigkeit beziehen. Eingeschlossen seien auch Bildungsinhalte, die zum Vorteil des Arbeitgebers verwendet werden könnten.

Neben den verstärkten individuellen Kompetenzanforderungen gewinnen durch die Digitalisierung und Vernetzung von verschiedenen Geschäftsfeldern sowie die zunehmende internationalisierte Projektarbeit auch fachübergreifende Prozesskenntnisse und Softskills, wie z.B. Selbstorganisation, Teamarbeit, interkulturelle Kommunikation und Sprachen an Bedeutung. Da trotz allgemein hoher Arbeitszufriedenheit bei den Beschäftigten gleichzeitig viele Beschäftigte über zunehmenden Stress und Arbeitsdruck, Schlafstörungen und Erschöpfung klagen und zwar nicht nur bei mobiler digitaler Arbeit, sondern auch in den traditionellen Arbeitsformen, diene die Bewältigung dieser Belastungsfaktoren der Verbesserung und Erweiterung der beruflichen Qualifikation und damit dem Gesetzeszweck des § 1 Abs. 4 BiUrlG.

Unser Kommentar

Die Entscheidung ist in beiderseitigem Interesse im Kontext des betrieblichen Gesundheitsmanagements zu begrüßen.

Das betriebliche Gesundheitsmanagement gewinnt mehr und mehr an Bedeutung. Leistungsfähige Arbeitnehmer, die in der Lage sind, mit Belastungsfaktoren und Stress gesund umzugehen, sind eindeutig zum Vorteil eines jeden Arbeitgebers. Die Aussagen der Gerichte gelten insofern allgemein, auch wenn es konkret um die Auslegung eines Berliner Landesgesetzes ging. Das Urteil ermutigt, einen ganzheitlichen Ansatz zu fahren und Weiterbildungsangebote nicht auf rein fachliche Fortbildungen zu beschränken, sondern auch gesundheitsförderliche Maßnahmen einzubeziehen.

Juliane Krauß, Rechtsanwältin, Berlin

Bevorstehende Veranstaltungen

21. August 2019 und
12. Dezember 2019: „Betriebliches Gesundheitsmanagement – Personalgespräche rechtssicher durchführen“, Seminar des Kommunales Bildungswerk e.V. in Berlin, Anmeldung unter https://www.kbw.de/seminar/personalgespraechrecht-bgm_PEA481 (Juliane Krauß)
28. August 2019: Mandanten-Veranstaltung: Arbeitsrechtliche Formen der unternehmensübergreifenden Zusammenarbeit, 09:00 Uhr bis 11:00 Uhr, Landschaftstraße 6, 30159 Hannover, kostenlose Anmeldung unter Sekretariat.Straube@goehmann.de (Dr. Gunnar Straube, Dr. Jennifer Rasche)
12. September 2019: Mandanten-Veranstaltung: Arbeitsrecht.Infotainment.2019, Steigenberger Parkhotel, Nîmes-Straße, 38100 Braunschweig, kostenlose Anmeldung unter Arbeitsrecht@goehmann.de
14. November 2019: „Beschäftigtendatenschutzrecht – Umsetzung im Unternehmen“, Seminar der Deutsche **Anwalt**Akademie in Stuttgart, Anmeldung unter https://www.anwaltakademie.de/anmeldung/arbeitsrecht_kompakt_2019_stuttgart/register (Dr. Gunnar Straube, Dr. Jennifer Rasche)
27. November und
4. Dezember 2019: „Arbeitsrechtliche Formen der unternehmensübergreifenden Zusammenarbeit“, Online-Seminar der Deutsche **Anwalt**Akademie in zwei Blöcken, 14.00 Uhr bis 16.45 Uhr, Anmeldung unter <https://www.anwaltakademie.de/product/25569> und <https://www.anwaltakademie.de/product/25570> (Dr. Gunnar Straube, Dr. Jennifer Rasche).

Aktuelle Veröffentlichungen

Haupt- und Nebenleistungspflichten, Befristete Arbeitsverhältnisse, Antidiskriminierung und Internationales Arbeitsrecht in: **Tschöpe Arbeitsrecht Handbuch, 2019** (Dr. Gunnar Straube, Dr. Stefan Sasse, Dr. Jennifer Rasche)

Verfahrensrecht in: **Schaub, Arbeitsrechtliches Formular- und Verfahrenshandbuch, 2019** (Dr. Gunnar Straube)

Anmerkung zu LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 06.12.2018 - 14 Sa 1501/18, Keine Arbeitnehmereigenschaft eines als Nachtwache beschäftigten Mitarbeiters in einem Obdachlosenheim, ArbRAktuell 2019, 284 (Dr. Jennifer Rasche)

Anmerkung zu LAG Hessen, Urteil vom 05.07.2018 - 9 Sa 459/17, Ausschluss einer Ersatzpflicht bei Arbeitsunfall gemäß § 104 SGB VII, ArbRAktuell 2019, 182 (Dr. Gunnar Straube)

Anmerkung zu LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 01.11.2018 - 21 Sa 1643/17, Einladung schwerbehinderter Bewerber, ArbRB 2019, 135 (Dr. Stefan Sasse)

Ihre Ansprechpartner bei GÖHMANN

Wir gehören zu den größten arbeitsrechtlichen Beratungspraxen in Norddeutschland. Die Arbeitsgruppe wird von Frau Julia Schöfeld und Herrn Dr. Gunnar Straube geleitet. Informationen zu den Anwältinnen und Anwälten der Arbeitsgruppe Arbeitsrecht finden Sie unter <https://www.goehmann.de/taetigkeitsfeld/arbeitsrecht>.



**Denise
Blankenburg**
Frankfurt a.M.



Steffen Bock
Bremen



Annett Haberland
Braunschweig



Franziska Häcker
Magdeburg



**Dr. Karl von
Hülsen**
Berlin



Juliane Krauß
Berlin



**Dr. Lisa von
Laffert**
Berlin



**Cassandra
Leenen**
Bremen



**Dr. Laura
Lißner-
Hölschermann**
Bremen



Dr. André Pietrek
Hannover



**Dr. Jennifer
Rasche**
Hannover



**Dr. Henning
Rauls**
Braunschweig



Dr. Stefan Sasse
Magdeburg



Julia Schöfeld
Bremen



Kevin Schubert
Braunschweig



**Dr. Gunnar
Straube**
Hannover



Dr. Teemu Tietje
Bremen