

Olaf Deinert
Michael Kittner

Arbeits- und Sozialrecht

Rückblick 2019
Ausblick 2020



Däubler / Klebe / Wedde (Hrsg.)

BetrVG – Betriebsverfassungsgesetz

mit Wahlordnung und EBR-Gesetz

Kommentar für die Praxis

17., vollständig neu überarbeitete Auflage

2020. 3.069 Seiten, gebunden

€ 99,-

ISBN 978-3-7663-6952-9

www.bund-verlag.de/6952

Mitbestimmung mitgestalten

Der große Standard-Kommentar erläutert das gesamte Betriebsverfassungsrecht umfassend und praxisbezogen. Er verarbeitet die aktuelle Rechtsprechung, einschließlich der Urteile des EuGH. Für wichtige, noch nicht richterlich entschiedene Fragen entwickeln die Autoren praxisgerechte und innovative Lösungen.

Schwerpunkte

- › Datenschutz im Betriebsratsbüro und Stellung des Betriebsrats in der »digitalisierten« Welt
- › Folgen des neuen Datenschutzrechts für die Mitbestimmung (Informationsrechte, Arbeitsschutz, Arbeitszeit, mobile Arbeit, Kontrolle durch den Arbeitgeber)
- › Betriebsratsrechte bei Anwendungen künstlicher Intelligenz
- › Neues bei Matrix-Organisationen
- › Crowdwork und andere neue Arbeitsformen
- › EuGH-Rechtsprechung zur Arbeitszeiterfassung
- › Rechte des Betriebsrats bei Verschmelzungen und Spaltungen von Unternehmen
- › Auswirkungen neuer Technologien auf Interessenausgleich und Sozialplan
- › Neues Gesetz zu Geschäftsgeheimnissen, Whistleblower – Richtlinie der EU

Vorteile auf einen Blick

- › Innovative Lösungen für neue Handlungsbereiche und alle Zweifelsfälle der Mitbestimmung
- › Umfassende Analyse der gesamten Rechtsprechung
- › Geschätzt und anerkannt bei Betriebsräten, Fachanwälten und Arbeitsrichtern

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf www.bund-verlag.de/6952 2. Daten eingeben 3. Absenden oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	6952-9	Däubler / Klebe / Wedde (Hrsg.) BettrVG – Betriebsverfassungsgesetz	99,-

Absender: Frau Herr

Name / Vorname:

Firma / Funktion:

Straße / Nr.:

PLZ / Ort:

Telefon:

E-Mail:

Datum / Unterschrift:

Bund-Verlag GmbH
60424 Frankfurt am MainInfotelefon:
069 / 79 50 10-20Fax:
069 / 79 50 10-11E-Mail:
kontakt@bund-verlag.dewww.bund-verlag.de

Immer topaktuell informiert sein

- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für Betriebsräte nutzen.
 Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für Personalräte nutzen.
 Den Newsletter kann ich jederzeit wieder abbestellen.

Zum Erscheinen der neuen, 45. Auflage der »Arbeits- und Sozialordnung« präsentieren Michael Kittner und Olaf Deinert hier einen Überblick über die darin enthaltenen Neuerungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung (Stand: 1.1.2020) und geben einen Ausblick auf die laufenden Gesetzgebungsvorhaben.

Näheres | Ganz aktuell

Alle Verweise im Text beziehen sich auf die aktuelle, 45. Auflage 2020 der »Arbeits- und Sozialordnung«.



Dr. Michael Kittner, Professor em. für Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Kassel. Langjähriger Justitiar der IG Metall.



Dr. Olaf Deinert, Professor für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Göttingen. Ehrenamtlicher Richter am Bundesarbeitsgericht.

Arbeits- und Sozialrecht: Rückblick 2019, Ausblick 2020

Exklusiv-Report von Olaf Deinert und Michael Kittner

Hier erfahren Sie mehr

- über die Gesetzesänderungen im Jahr 2019
- die Entwicklungslinien in der Rechtsprechung 2019
- über Gesetzesvorhaben in 2020

I. Einführung

Die große Koalition hat, gemessen an der regelmäßigen Legislaturperiode, die Halbzeitpause seit der Bundestagswahl 2017 passiert. Die Gesetzgebung hat insofern langsam Fahrt aufgenommen, als es eine Reihe von Gesetzen gibt, die die Arbeits- und Sozialordnung gestalten. Die »ganz großen Würfe«, wie beispielsweise die erwartete Reform des Befristungsrechts, hat es dabei nicht gegeben, aber doch eine Reihe kleinerer Veränderungen, angefangen beim »Mindestlohn für Auszubildende« (s.u. II. 1.) und fortgesetzt beim Fachkräfteeinwanderungsgesetz (s.u. II. 3.). Zudem hat sich die Rechtsprechung wieder als ein wichtiger Motor im Arbeits- und Sozialrecht erwiesen, die auf allen denkbaren Feldern aktiv war (s.u. III.).

II. Aktuelle Gesetzgebung

1. Berufsbildung

Mit dem Gesetz zur Modernisierung und Stärkung der beruflichen Bildung¹ will der Bundestag die Wettbewerbsfähigkeit und Attraktivität der Berufsausbildung gegenüber hochschulischen Ausbildungen stärken, um dem Fachkräftemangel zu begegnen. Das Maßnahmenbündel umfasst unter anderem die Einführung einer Mindestvergütung für Auszubildende (§ 17 Abs. 2 BBiG). Sie beträgt ab 2020 515 € im ersten Lehrjahr, 550 € ab 2021, 585 € ab 2022 und 620 € ab 2023. Die Vergütungen für das zweite, dritte und vierte

¹ Gesetz zur Modernisierung und Stärkung der beruflichen Bildung v. 12.12.2019, BGBl. I 2522; Entwurf: BR-Drs. 230/19.

Lehrjahr sind um 18 % ,35 % bzw. 40 % höher. Ab 2024 soll die gesetzliche Mindestausbildungsvergütung entsprechend den Durchschnittsvergütungen der Auszubildenden steigen. Abweichungen von den Mindestausbildungsvergütungen sind auch zulasten der Auszubildenden durch Tarifvertrag gemäß § 17 Abs. 3 BBiG möglich. Für Überstunden schreibt § 17 Abs. 7 BBiG vor, dass sie zu vergüten oder in Freizeit auszugleichen sind. Höher qualifizierte Berufsausbildungen sollen gestärkt werden durch Verankerung der Möglichkeit von drei beruflichen Fortbildungsstufen (geprüfte Berufsspezialisten, Bachelor Professionals und Master Professionals). Die Teilzeitberufsausbildung wird für einen größeren Personenkreis geöffnet und attraktiver ausgestaltet. Hinzu kommen Neuregelungen im Prüfungsbereich sowie Verfahrensänderungen.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Berufsbildungsgesetz (BBiG) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 10.

2. Datenschutz

Die Richtlinie (EU) 2016/943² regelt den Schutz von Geschäftsgeheimnissen, und zwar grundsätzlich auch gegenüber Arbeitnehmern. Ohnehin trifft den Arbeitnehmer ja eine Verschwiegenheitspflicht im Arbeitsverhältnis. Andererseits darf er unter Umständen von seiner Meinungsfreiheit Gebrauch machen und sich an Behörden und Staatsanwaltschaft wenden, wenn der Arbeitgeber sich rechtswidrig verhält. Dieses Recht zum »Whistleblowing« geht maßgeblich auf die Entscheidung des EGMR in der Rechtssache Heineisch³ zurück. Entsprechend sieht Art. 5 lit. b der Richtlinie keinen Schutz des Unternehmens vor Offenbarungen vor, die auf ein berufliches oder sonstiges Fehlverhalten oder eine illegale Tätigkeit bezogen sind und in der Absicht des Schutzes des öffentlichen Interesses erfolgen. Dem trägt auch die Umsetzung der Richtlinie im Geschäftsgeheimnisgesetz (GeschGehG)⁴ Rechnung. Dessen § 4 regelt die Unzulässigkeit der Erlangung, Nutzung und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen. Dabei ist ein Geschäftsgeheimnis gegeben, wenn ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens besteht (§ 2 Nr. 1 c GeschGehG). Ausnahmen, die die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen erlauben, sind in § 5 GeschGehG geregelt. Dazu zählt die Aufdeckung rechtswidriger Handlungen oder sonstigen Fehlverhaltens, wenn dies geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen, ferner

² V. 8.6.2016, ABl. L 157/1.

³ EGMR 21.7.2011 – 2827/08, AuR 2011, 335 (vgl. *Kittner*, 50 Urteile, 2. Aufl. 2020, Nr. 24).

⁴ Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung v. 18.4.2019, BGBl. I 466, dazu *Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774 ff.; *Fuhlrott/Hieramente*, DB 2019, 967 ff.; *Naber/Peukert/Seeger*, NZA 2019, 583 ff.; *Preis/Seiwerth*, RdA 2019, 351 ff.; Entwurf: BT-Drs. 19/4724; dazu *Böning/Heidfeld*, AuR 2018, 55 ff.; *Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz*: BT-Drs. 19/8300.

die Offenlegung durch Arbeitnehmer gegenüber ihrer Interessenvertretung, soweit erforderlich zu deren Aufgabenerfüllung. Im Vorfeld war kritisiert worden, dass entgegen der bisherigen Rechtsprechung⁵ kein Vorrang innerbetrieblicher Klärungsversuche für das Whistleblowing vorgesehen war. Nunmehr regelt § 1 Abs. 3 Nr. 4 GeschGehG, dass Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis unberührt bleiben. Daraus wird teilweise gefolgert, dass es nun doch bei der bisherigen arbeitsrechtlichen Rechtslage bleiben solle.⁶ Weder der Gesetzeswortlaut noch die Begründung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz,⁷ auf den diese Änderung zurückgeht, rechtfertigen allerdings diese Annahme.

Im Zuge des Zweiten EU-Datenschutzanpassungs- und Umsetzungsgesetzes⁸ wurde der Schwellenwert für die Bestellung eines Datenschutzbeauftragten von 10 auf 20 Arbeitnehmer angehoben. Außerdem wurde die Möglichkeit einer Einwilligung in die Datenverarbeitung in elektronischer Form eingeführt.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) hat in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« die Nr. 15, das Geschäftsgeheimnisgesetz (GeschGehG) die Nr. 15c.

3. Ausländerrecht

Durch das Fachkräfteeinwanderungsgesetz⁹ wurde insbesondere das AufenthG geändert. Das Gesetz soll dem Fachkräftemangel durch Zuwanderung von Fachkräften aus Drittstaaten begegnen. Mit Wirkung ab 1.3.2020 wurde das Regel-Ausnahme-Verhältnis hinsichtlich des Aufenthalts zur Beschäftigung umgekehrt. Gemäß § 4a AufenthG berechtigt ein Aufenthaltstitel grundsätzlich zur Erwerbstätigkeit, es sei denn, dies ist verboten oder beschränkt. Was rechtstechnisch die Ausnahme ist, muss nicht auch praktisch die Ausnahme sein. Denn es gibt nach wie vor eine ganze Reihe von Verboten und Beschränkungen, die allerdings hinsichtlich ihrer Intensität nach dem Niveau der Qualifikation gestaffelt sind. Diese Regelungen wurden durch das Fachkräfteeinwanderungsgesetz neu systematisiert. Erleichtert wurden insbesondere die Voraussetzungen einer Aufenthaltserlaubnis für qualifizierte Fachkräfte. Für die Zuwanderung von Ausländern mit Berufsabschluss ist die sogenannte Vorrangprüfung, nach der die Zustimmung der BA zur Beschäftigung nach § 39 AufenthG davon abhängt, dass es keine Deutschen oder freizügigkeitsrechtlich privilegierten Ausländer gibt, weggefallen. Das steht

⁵ BAG 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427.

⁶ *Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774, 1477; *Fuhlrott/Hieramente*, DB 2019, 96, 969; *Naber/Peukert/Seeger*, NZA 2019, 583, 586.

⁷ BT-Drs. 19/8300, S. 13.

⁸ Zweites Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Zweites Datenschutzanpassungs- und Umsetzungsgesetz EU – 2. DSAnpUG-EU v. 20.11.2019, BGBl. I 1626).

⁹ Fachkräfteeinwanderungsgesetz v. 15.8.2019, BGBl. I 1307; Entwurf: BT-Drs. 19/8285.

allerdings unter dem Vorbehalt einer anderweitigen Regelung in der BeschV. Es gibt keine Beschränkung auf Engpassberufe mehr. Ermöglicht wird auch die auf sechs Monate befristete Einreise zum Zweck der Suche nach einem Arbeitsplatz oder Ausbildungsplatz. Für älter als 45-Jährige müssen aber ein Mindestgehalt und eine angemessene Altersversorgung nachgewiesen werden.

Das Gesetz über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung¹⁰ hat zwei besondere Duldungstatbestände für abgelehnte Asylbewerber geschaffen, die an sich ausreisepflichtig sind, aber aus rechtlichen, tatsächlichen, dringenden humanitären oder persönlichen Gründen geduldet werden. Durch diese Tatbestände soll der zunehmenden Integration Rechnung getragen werden und ein rechtssicherer Aufenthalt ermöglicht sowie eine Bleibeperspektive aufgezeigt werden. Dazu gibt es nunmehr die Ausbildungsduldung zum Zwecke der Aufnahme einer qualifizierten Berufsausbildung und die Beschäftigungsduldung für diejenigen, die ihren Lebensunterhalt durch Beschäftigung selbst sichern und gut integriert sind.

Übergangsweise erleichterten Zugang zum Arbeitsmarkt nach dem Brexit werden britische Bürger nach einer Änderung der BeschV erhalten.¹¹

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Aufenthaltsgesetz (AufenthG) ist in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 9 und die Beschäftigungsverordnung (BeschV) unter Nr. 9c abgedruckt.

4. Bundeswehr-Einsatzbereitschaftsstärkungsgesetz

Durch das Bundeswehr-Einsatzbereitschaftsstärkungsgesetz¹² wurde das ArbPlSchG geändert. Zur Entlastung von Arbeitgebern bei Abwesenheit von Arbeitnehmern im Falle einer Wehrübung können nach § 2 Abs. 6 zusätzliche Kosten im Rahmen verfügbarer Haushaltsmittel für die Einstellung einer Ersatzkraft erstattet werden. Außerdem wurde ein generelles Benachteiligungsverbot in § 5 für Teilnehmer am Grundwehrdienst und an Wehrübungen eingefügt.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Arbeitsplatzschutzgesetz (ArbPlSchG) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 6.

5. Pflegegehälterverbesserungsgesetz

Das Pflegegehälterverbesserungsgesetz¹³ ermöglicht infolge einer Änderung von § 7a i.V.m. § 12 AEntG den Erlass von Pflege-mindestlohnverordnungen durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Gesundheit auf tarifvertraglicher Grundlage unter Beteiligung kirchlicher Träger über die Kommission zur Erarbeitung von Mindestarbeitsbedingungen in der Pflegebranche.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) hat in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« die Nr. 31a.

6. Ausländerbeschäftigungsförderungsgesetz

Das Ausländerbeschäftigungsförderungsgesetz¹⁴ ermöglicht eine frühzeitige Förderung von Ausländern mit Aufenthaltsgestattung. In diesem Gesetz wurden Instrumente und Leistungen zur Berufsausbildungs- bzw. -vorbereitungsförderung im SGB III für Ausländer geöffnet. Außerdem hindert die Teilnahme an einem Integrationskurs oder an einer berufsbezogenen Deutschsprachförderung zur dauerhaften beruflichen Eingliederung nach § 139 Abs. 1 SGB III nicht mehr die Verfügbarkeit als Anspruchsvoraussetzung für das Arbeitslosengeld. Auf der anderen Seite ist die Ablehnung bzw. der Abbruch eines Integrationskurses oder einer berufsbezogenen Deutschsprachförderung nunmehr mit einer Sperrzeit sanktioniert.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Sozialgesetzbuch III (SGB III) ist in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 30 III abgedruckt.

7. Starke-Familien-Gesetz

Durch das Starke-Familien-Gesetz¹⁵ wurden neben einer Erhöhung des Kinderzuschlags nach dem BKGG die Leistungen des Bildungs- und Teilhabepakets nach dem SGB II neugestaltet. Der Betrag für die schulische Erstausstattung wurde in § 28 Abs. 3 SGB II erhöht. Zudem ist eine Fortschreibung der Leistungshöhe entsprechend der Regelbedarfsstufenfortschreibung vorgesehen. Außerdem wurde der Teilhabebetrag nach § 28 Abs. 7 SGB II von 10 € auf 15 € monatlich angehoben. Schließlich ist vorgesehen, dass bestimmte Leistungen des Bildungs- und Teilhabepakets künftig gesammelt für Schülerinnen und Schüler durch die Schule abgerechnet werden können.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Sozialgesetzbuch II (SGB II) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 30 II.

¹⁰ Gesetz über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung v. 8.7.2019, BGBl. I 1021; Entwurf: BR-Drs. 8/19.

¹¹ Fünfte Verordnung zur Änderung der Beschäftigungsverordnung v. 26.11.2019, BGBl. I 1865.

¹² Gesetz zur nachhaltigen Stärkung der personellen Einsatzbereitschaft der Bundeswehr (Bundeswehr-Einsatzbereitschaftsstärkungsgesetz – BwEinsatzBerStG) v. 4.8.2019, BGBl. I 1147.

¹³ Gesetz für bessere Löhne in der Pflege (Pflegegehälterverbesserungsgesetz) v. 22.11.2019, BGBl. I 1756.

¹⁴ Gesetz zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern – Ausländerbeschäftigungsförderungsgesetz v. 8.7.2019, BGBl. I 1029.

¹⁵ Gesetz zur zielgenauen Stärkung von Familien und ihren Kindern durch die Neugestaltung des Kinderzuschlags und die Verbesserung der Leistungen für Bildung und Teilhabe v. 29.4.2019, BGBl. I 530; dazu *Künkler*, SozSich 2019, 156 ff.; Entwurf: BT-Drs. 19/7504.

8. Angehörigen-Entlastungsgesetz

Das Angehörigen-Entlastungsgesetz¹⁶ schließt in der Sozialhilfe sowie in der Eingliederungshilfe nach dem Teil 2 SGB IX den Rückgriff auf unterhaltsverpflichtete Eltern bzw. Kinder mit einem Einkommen bis jährlich 100.000 € aus. Ferner hat es in § 61a SGB IX ein Budget für Ausbildung als Teilhabeleistung eingeführt. Die Förderung der unabhängigen Teilhabeberatung nach § 32 SGB IX wurde entfristet.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Sozialgesetzbuch IX (SGB IX) ist in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 30 IX, das Sozialgesetzbuch XII (SGB XII) unter Nr. 30 XII abgedruckt.

9. Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmisbrauch

Das Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmisbrauch¹⁷ hat umfangreiche Änderungen des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes mit einer Erweiterung der behördlichen Kontroll- und Sanktionsbefugnisse herbeigeführt. Überdies brachte es kleinere Änderungen des AEntG mit der Möglichkeit, tarifliche Regelungen der Anforderungen an Wohnunterkünfte für entsandte Arbeitnehmer zu schaffen. Das Wach- und Sicherheitsgewerbe wurde den Wirtschaftszweigen mit einer Sofortmeldepflicht hinsichtlich der Beschäftigungsaufnahme nach § 28a Abs. 4 SGB IV hinzugefügt. Außerdem wurde mit dem Gesetz der Ausschluss des Kindergeldanspruchs für EU-Bürger während der ersten drei Monate des Aufenthalts, sofern keine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, in § 62 Abs. 1a EStG eingeführt.

10. Paketboten-Schutz-Gesetz

Das Paketboten-Schutz-Gesetz¹⁸ führt eine Nachunternehmerhaftung für Sozialabgaben in der Kurier-, Express- und Paketbranche ein (§ 28a Abs. 3g und 3h SGB IV, § 150 Abs. 3 SGB VII).

11. Terminservice- und Versorgungsgesetz

Mit dem TSVG¹⁹ hat der Gesetzgeber verschiedene Maßnahmen zur Gewährleistung zeitnaher Arzttermine für Kassenpatienten ergriffen. Zudem soll durch das Gesetz eine bessere ärztliche Versorgung in ländlichen Räumen gewährleistet werden. Ab 2021 soll die elektronische Patientenakte ebenso eingeführt werden wie die digitale Übermittlung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen. Mit

dem Gesetz wurden auch geringfügige Leistungsverbesserungen, insbesondere eine Erhöhung des Festzuschusses zum Zahnersatz ab Oktober 2020, eingeführt.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Sozialgesetzbuch V (SGB V) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 30 V.

12. Betriebsrentenfreibetragsgesetz

Das GKV-BRG²⁰ soll Betriebsrentner bei der Beitragslast hinsichtlich der Krankenversicherung entlasten oder gar völlig freistellen durch Einführung eines Freibetrages auf beitragspflichtige Einnahmen aus der betrieblichen Altersversorgung in § 226 Abs. 2 SGB V. Dieser ist variabel gestaltet, indem er 1/20 der monatlichen Bezugsgröße gemäß § 18 SGB IV ausmachen soll. Im Jahr 2020 sind das 159,25 €. Wenn die Versorgungsbezüge und Arbeitseinkommen die Freigrenze überschreiten, ist die Summe der monatlichen Betriebsrenten bis maximal zum Freibetrag beitragsfrei.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Sozialgesetzbuch V (SGB V) hat in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« die Nr. 30 V, das Sozialgesetzbuch IV (SGB IV) die Nr. 30 IV.

13. Drittes Bürokratieentlastungsgesetz

Durch das Dritte Bürokratieentlastungsgesetz²¹ wurde die Nachweispflicht der Arbeitsunfähigkeit in § 5 Abs. 1a EFZG für Versicherte der gesetzlichen Krankenversicherung gelockert, sofern die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit durch einen Arzt erfolgt, der an der vertragsärztlichen Versorgung teilnimmt. Eine Ausnahme gilt für geringfügig Beschäftigte in Privathaushalten. Anstelle der Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erfolgt künftig eine Arbeitsunfähigkeitsmeldung der Krankenkasse an den Arbeitgeber, sog. Elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Diese Regelung gilt aber erst ab 1. Januar 2022.

Darüber hinaus wurden die Regelungen über das Verlangen nach Verringerung der Arbeitszeit und die Ablehnung durch den Arbeitgeber in § 8 Abs. 5 TzBfG insofern erleichtert, als statt Schriftform nunmehr auch Textform (§ 126b BGB) genügt.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 18, das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) unter Nr. 32.

¹⁶ Gesetz zur Entlastung unterhaltsverpflichteter Angehöriger in der Sozialhilfe und in der Eingliederungshilfe (Angehörigen-Entlastungsgesetz) v. 10.12.2019, BGBl. I 2135, Entwurf: BT-Drs. 19/13399.

¹⁷ V. 11.7.2019, BGBl. I 1066; dazu Meyer, SozSich 2019, 288 ff.

¹⁸ Gesetz zur Einführung einer Nachunternehmerhaftung in der Kurier-, Express- und Paketbranche zum Schutz der Beschäftigten (Paketboten-Schutz-Gesetz) v. 15.11.2019, BGBl. I 1602; Entwurf: BT-Drs. 19/13958.

¹⁹ Gesetz für schnellere Termine und bessere Versorgung (Terminservice- und Versorgungsgesetz – TSVG) v. 6.5.2019, BGBl. I 646.

²⁰ Gesetz zur Einführung eines Freibetrages in der gesetzlichen Krankenversicherung zur Förderung der betrieblichen Altersvorsorge (GKV-Betriebsrentenfreibetragsgesetz – GKV-BRG) v. 21.12.2019, BGBl. I 2913; Entwurf: BT-Drs. 19/15438).

²¹ Drittes Gesetz zur Entlastung insbesondere der mittelständischen Wirtschaft von Bürokratie (Drittes Bürokratieentlastungsgesetz) vom 22.11.2019, BGBl. I 1746.

14. SGB XIV

Der Bundestag hat das Soziale Entschädigungsrecht umfassend im SGB XIV neu geregelt.²² Dieses tritt in weiten Teilen aber erst zum 1.1.2024 in Kraft. Lediglich einige organisatorische Bestimmungen sowie die Regelungen zur Traumaambulanz werden bereits zum 1.1.2021 in Kraft treten.

15. Sonstiges

Das BrexitSozSichÜG²³ enthält Übergangsregelungen zur sozialen Sicherheit im Hinblick auf den Brexit.

Durch das MDK-Reformgesetz²⁴ wurden die Regelungen über den Medizinischen Dienst neu strukturiert und Änderungen beim Begutachtungsverfahren vorgenommen.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Sozialgesetzbuch V (SGB V) hat in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« die Nr. 30 V, das Sozialgesetzbuch IV (SGB IV) die Nr. 30 IV.

Der gesetzliche Mindestlohn ist mit Wirkung ab 1.1.2020 auf 9,35 € gestiegen.²⁵

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Mindestlohngesetz (MiLoG) ist in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 31a abgedruckt.

Die Pfändungsfreigrenzen für Arbeitseinkommen nach § 850c ZPO sind zum 1.7.2019 gestiegen.²⁶ Der monatliche Pfändungsfreibetrag beträgt nunmehr 1178,59 € statt bislang 1133,80 €.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Die Zivilprozessordnung (ZPO) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 35.

Durch die Regelbedarfsstufen-Fortschreibungsverordnung 2020²⁷ wurde der Regelbedarf ohne Kosten der Unterkunft für die Grundsicherung und Sozialhilfe fortgeschrieben. Die Regelbedarfsstufe 1 beträgt ab 1.1.2020 monatlich 432 €.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Sozialgesetzbuch II (SGB II) hat in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« die Nr. 30 II, das Sozialgesetzbuch XII (SGB XII) die Nr. 30 XII.

Durch das Gesetz zur Anpassung der Berufsausbildungsbeihilfe und des Ausbildungsgeldes²⁸ wurden unter anderem Höchstbeträge für Lebensunterhalt und Wohnen sowie Einkommensfreibeträge bei diesen Leistungen im SGB III mit Wirkung zum 1.8.2019 und nochmals zum 1.8.2020 und 2021 gesteigert.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Sozialgesetzbuch III (SGB III) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 30 III.

Die künftige Europäische Arbeitsbehörde (ELA) soll vor allem Aufgaben der Information und Förderung der internationalen Zusammenarbeit haben. Sie nimmt ihre Arbeit zunächst übergangsweise in Brüssel auf, ab 2021 nimmt sie ihren Sitz in Bratislava auf.²⁹

III. Rechtsprechung

Auch im Jahr 2019 war die Rechtsprechung ein wesentlicher Faktor bei der Entwicklung des Arbeits- und Sozialrechts. Nachfolgend bieten wir eine Auswahl besonders wichtiger Entscheidungen, die im Jahr 2019 veröffentlicht wurden. Schwerpunkte waren erneut das Antidiskriminierungsrecht (s.u. 5.) und das Datenschutzrecht (s.u. 6.), vor allem aber das Urlaubsrecht (s.u. 3.). Zudem war eine Neujustierung der Rechtsprechung zum sogenannten Anschlussbefristungsverbot für sachgrundlose Befristungen erforderlich, nachdem das BVerfG die bisherige Rechtsprechung für verfassungswidrig erklärt hatte (s.u. 7.).

1. Arbeitsvertragsrecht

Bereits im Vorjahresbericht hatten wir auf die Entscheidung des BAG vom 25.9.2018 hingewiesen,³⁰ wonach im Hinblick auf die Regelung des § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG über den Ausschluss von Kostenerstattungen in der ersten Instanz die Regelung der sogenannten Verzugspauschale in Höhe von 40 € nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB verdrängt sein soll.³¹ Das Sächsische LAG hat sich nun ausdrücklich der wenig überzeugenden Ansicht des BAG entgegengestellt.³² Das BAG erhält daher im Rahmen der dagegen anhängigen Revision noch einmal Gelegenheit, seinen Standpunkt zu überdenken.³³

Das BAG ist generell sehr zurückhaltend in der Frage einer betrieblichen Übung durch Weitergabe von Tarifsteigerungen. Im Falle der entsprechenden Weitergabe von Tarifsteigerungen an AT-Angestellte hat es nun entschieden, dass eine entsprechende betriebliche Übung nur bei Vorliegen

22 Art. 1 des Gesetzes zur Regelung des Sozialen Entschädigungsrechts v. 12.12.2019, BGBl. I 2652.

23 Art. 1 des Gesetzes zu Übergangsregelungen in den Bereichen Arbeit, Bildung, Gesundheit, Soziales und Staatsangehörigkeit nach dem Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union, v. 8.4.2019, BGBl. I 418.

24 Gesetz für bessere und unabhängige Prüfungen (MDK-Reformgesetz) v. 14.12.2019, BGBl. I 2789.

25 Zweite Verordnung zur Anpassung der Höhe des Mindestlohns (Zweite Mindestlohnanpassungsverordnung – MiLoV2) v. 13.11.2018, BGBl. I 1876.

26 Bekanntmachung zu den §§ 850c und 850f der Zivilprozessordnung (Pfändungsfreigrenzenbekanntmachung 2019) v. 4.4.2019, BGBl. I 443.

27 Regelbedarfsstufen-Fortschreibungsverordnung 2020 – RBSFV 2020 v. 15.10.2019, BGBl. I 1452.

28 V. 8.7.2019, BGBl. I 1025.

29 Mitteilung in: ZEASR 2019, 357.

30 *Deinert/Kittner*, Arbeits- und Sozialrecht: Rückblick 2018, Ausblick 2019, S. 3, 6.

31 BAG 25.9.2018 – 8 AZR 26/18, NZA 2019, 121.

32 SächsLAG 17.7.2019 – 2 Sa 364/18, DB 2019, 2298.

33 Anhängig unter 8 AZR 412/19.

zusätzlicher, konkreter Anhaltspunkte im Verhalten des Arbeitgebers für einen entsprechenden Verpflichtungswillen in Betracht kommt.³⁴

Im Hinblick auf die AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht (Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen auf Einbeziehung und fairen Klauselinhalt) hat der deutsche Gesetzgeber vorgeschrieben, dass die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen sind (§ 310 Abs. 4 Satz 2 BGB). Dies kann zugunsten wie zulasten des Arbeitnehmers wirken. Der EuGH hat nun allerdings entschieden, dass die sogenannte Klauselrichtlinie 93/13/EWG, die einen solchen Vorbehalt nicht kennt, ohne Einschränkungen auf Verträge anzuwenden ist, die zwischen einem Arbeitgeber und seinem Arbeitnehmer und dessen Ehepartner über einen Darlehensvertrag geschlossen wurden.³⁵ Voraussetzung ist, dass der Arbeitgeber im Rahmen seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit gehandelt hat, wobei es aber nicht darauf ankommt, ob sich die Darlehensvergabe als Haupttätigkeit des Arbeitgebers darstellt. In der Sache bedeutet das, dass bei derartigen Verträgen die Besonderheiten des Arbeitsrechts zumindest nicht zulasten des Arbeitnehmers berücksichtigt werden können.

Verträge sind bindend. Das gilt grundsätzlich auch für Aufhebungsverträge, mit denen das Arbeitsverhältnis beendet wird. Einen Widerruf eines Aufhebungsvertrages als Haustürgeschäft hat die Rechtsprechung nach früherem Recht nicht zugelassen.³⁶ Die Regelung wurde in §§ 312b, 312g BGB inzwischen so reformiert, dass sie in der Regel ohnehin nicht auf arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge passt. In einer ungewöhnlichen Konstellation, in der die Voraussetzungen des Widerspruchsrechts gleichwohl ausnahmsweise erfüllt waren, hat das BAG erneut entschieden, dass das Widerspruchsrecht im Hinblick auf seinen Zweck nicht auf arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge zugeschnitten sei. Allerdings geht das BAG davon aus, dass aus dem Arbeitsvertrag das Gebot fairen Verhandeln bei Aufhebungsverträgen gemäß §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB folgt. Dieses Gebot wird verletzt, wenn die Verhandlungssituation auf eine unfaire Behandlung des Arbeitnehmers hinausläuft. Er erlangt dann einen Schadensersatzanspruch (§ 280 Abs. 1 BGB), der auf eine Lösung von dem ungewünschten Aufhebungsvertrag hinausläuft.³⁷

Schließlich hat das BAG entschieden, dass Reisezeiten für Dienstreisen, auch Auslandsdienstreisen, grundsätzlich vergütungspflichtige Arbeitszeit sind. Das bedeutet, dass prinzipiell die vereinbarte Vergütung für Arbeit zu bezahlen ist, sofern nicht der Arbeitsvertrag oder ein Tarifvertrag eine gesonderte Vergütungsregelung für solche Reisezeiten vorsieht. Eine solche ist möglich und kann sogar auf einen vollständigen Ausschluss der Vergütung hinauslau-

fen, sofern wenigstens der Mindestlohn für die jeweilige Reisezeit gewährleistet ist.

Vertragliche Rechte können durch eine Ausschlussfrist verfallen. Allerdings kann der Arbeitnehmer einen Schadensersatzanspruch haben, wenn der Arbeitgeber seine Nachweispflicht nach dem NachwG im Hinblick auf die Ausschlussfrist verletzt hat. Zur Vermeidung dieser Konsequenz bedarf es also eines gehörigen Nachweises. Dabei hat das BAG klargestellt, dass der Arbeitgeber dieser Pflicht nicht schon dadurch genügt, dass er auf eine Regelung verweist, in der die Ausschlussfrist enthalten ist. Vielmehr bedarf es eines Nachweises der Ausschlussfrist als solcher.³⁸

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) ist in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 14, das Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) unter Nr. 5 und das Nachweisgesetz (NachwG) unter Nr. 29 abgedruckt.

2. Arbeitszeitrecht

Der EuGH hat klargestellt, dass die Arbeitszeitrichtlinie eine Einhaltung der gesetzlichen Höchstarbeitszeiten verlangt, was es erfordert, dass Arbeitgeber die geleistete tägliche Arbeitszeit objektiv und verlässlich feststellen.³⁹ Es genügt nicht, wenn der Arbeitnehmer als schwächere Vertragspartei darauf verwiesen wird, die Einhaltung des Gesetzes durchzusetzen und die geleisteten Arbeitszeiten nachzuweisen. Arbeitgeber können ihrer Aufzeichnungspflicht nicht unter Hinweis auf wirtschaftliche Belastungen entgehen. Eine Regelung des spanischen Rechts, die ebenso wie § 16 Abs. 2 ArbZG lediglich eine Erfassung der Überarbeit fordert, hat der Gerichtshof daher beanstandet. Ob das deutsche Recht in dem Zusammenhang richtlinienkonform dahin ausgelegt werden kann,⁴⁰ bzw. ob eine entsprechende Pflicht zur Arbeitszeiterfassung auch ohne gesetzliche Regelung im deutschen Recht angenommen werden kann,⁴¹ ist daher fraglich. Zumindest im öffentlichen Dienst ist eine Arbeitszeiterfassungspflicht des Arbeitgebers auf Grundlage der unmittelbaren Wirkung der Richtlinie anzunehmen. Im Übrigen muss der deutsche Gesetzgeber schnellstmöglich nachbessern. Die Erfassungspflicht hat auch Konsequenzen für die Frage der Vertrauensarbeitszeit. Der Arbeitgeber ist gezwungen, die tägliche Arbeitszeit effektiv zu erfassen, um Verstöße gegen die Höchstarbeitszeit auszuschließen. Er kann sich deshalb nicht darauf beschränken, dem Arbeitnehmer die Aufzeichnung zu überlassen und auf deren Richtigkeit zu vertrauen. Er muss sie

34 BAG 27.2.2019 – 5 AZR 354/18, NZA 2019, 989.

35 EuGH 21.3.2019 – C-590/17, RIW 2019, 361 – Pouvin.

36 BAG 27.11.2003 – 2 AZR 135/03, NZA 2004, 597.

37 BAG 7.2.2019 – 6 AZR 75/18, NZA 2019, 688; dazu *Fischinger*, NZA 2019, 729.

38 BAG 30.10.2019 – 6 AZR 465/18.

39 EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 – CCOO/Deutsche Bank; dazu *Schumann/Wagner*, Gute Arbeit 9/2019, S. 12; *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZFA 2019, 456 ff.; *Ulber*, NZA 2019, 677; zur Frage der Mitbestimmung des Betriebsrats *Brors*, NZA 2019, 1176.

40 Vgl. *Ulber*, NZA 2019, 677, 680; verneinend *Bayreuther*, EuZW 2019, 446, 447 f.; *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 365, 370 f.

41 *So Heuschmid*, NJW 2019, 1853, 1854; *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 365, 370 f.

zumindest auf ihre Stichhaltigkeit und insbesondere die Übereinstimmung mit dem Arbeitszeitrecht hin überprüfen. Obwohl diese Rechtsprechung nur das öffentlich-rechtliche Arbeitszeitrecht betrifft und keine unmittelbare Auswirkung auf die Frage der Vergütung von Überstunden hat, wirkt sie sich auch darauf aus. Das BAG hat kürzlich entschieden, dass, wenn der Arbeitnehmer eine vom Vorgesetzten abgezeichnete elektronisch erfasste Arbeitszeitaufzeichnung in Bezug nimmt, der Arbeitgeber im Prozess darlegen muss, dass Überstunden tatsächlich nicht geleistet oder bereits ausgeglichen wurden.⁴² Insgesamt kann die vom Arbeitgeber veranlasste Arbeitszeiterfassung eine wichtige Voraussetzung in diesem Sinne für den Überstundenprozess sein.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) hat in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« die Nr. 8.

3. Urlaubsrecht

Derzeit gibt es nach wie vor viel Bewegung im Urlaubsrecht. Zunächst ist von einer Entscheidung des EuGH zum Urlaubsentgelt zu berichten. Danach dürfen Vergütungskürzungen durch Kurzarbeit in der Referenzperiode zur Berechnung des Urlaubsentgelts nicht berücksichtigt werden. Auch dürfen die nationalen Gerichte den Arbeitgebern keinen Vertrauensschutz in Hinblick auf ein anderes Verständnis nach nationalem Recht gewähren.⁴³

Ebenfalls das Urlaubsentgelt betrifft eine Entscheidung des Fünften Senats des BAG. Dieser hat entschieden, dass der Arbeitgeber, der dem Arbeitnehmer Urlaub gewährt, ohne ihm das Urlaubsentgelt im Vorhinein zu zahlen, außer Streit stellt, dass er zur Zahlung des Urlaubsentgelts verpflichtet ist.⁴⁴ Soweit der Arbeitnehmer eine eventuelle Ausschlussfrist wahrt, kann er das Urlaubsentgelt daher auch hinterher noch beanspruchen.

Wir haben im Vorjahresbericht⁴⁵ auf die Rechtsprechung des EuGH hingewiesen, wonach der Arbeitgeber zwar nicht zur zwangsweisen Gewährung von Urlaub verpflichtet ist, andererseits der Urlaubsanspruch nur dann erlöschen kann, wenn der Arbeitnehmer diesen nicht beantragt, obwohl er seine Rechte und die Konsequenzen, die sich daraus ergeben, dass er den Urlaub nicht nimmt, kennt.⁴⁶ Dementsprechend kann der Urlaubsanspruch nur dann am Jahresende erlöschen, wenn der Arbeitnehmer über den Umfang des Urlaubsanspruchs und die dafür maßgeblichen Fristen unterrichtet wurde und aufgefordert wurde, den Urlaub auch tatsächlich zu nehmen und er dies aus freien Stücken nicht

getan hat.⁴⁷ Abstrakte Angaben des Arbeitgebers, etwa im Arbeitsvertrag, genügen nicht den vom EuGH aufgestellten Transparenzanforderungen.⁴⁸ Wurde der Urlaub ins Folgejahr nach § 7 Abs. 3 BUrlG übertragen, erlischt er nicht am Ende des Übertragungszeitraums, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht unter Hinweis auf den drohenden Verfall dazu aufgefordert hat, den Urlaub noch innerhalb des Übertragungszeitraums zu nehmen.⁴⁹ Diese Grundsätze gelten auch nach einer arbeitgeberseitigen Kündigung.⁵⁰ Der Arbeitgeber ist nicht gehindert, auch verfallenen Urlaub dennoch zu gewähren. Allerdings folgt ein rechtsgeschäftliches Versprechen noch nicht aus der Angabe der Zahl der Urlaubstage in einer Urlaubsliste oder Gehaltsabrechnung. Der bloße Ausweis von Urlaub bedeutet nicht, dass der Arbeitgeber ihn auch erbringen will, falls er diesen gar nicht schuldet.⁵¹ Auch aus dem Umstand, dass der Arbeitgeber Urlaub erbringt, den er gar nicht (mehr) schuldet, folgt ein solches Versprechen nicht, sofern nicht eine betriebliche Übung entstanden ist.⁵²

Nach § 17 BEEG darf der Arbeitgeber den Urlaub für jeden Monat der Elternzeit um ein Zwölftel kürzen. Dazu regelt § 17 Abs. 2 BEEG die Gewährung von Resturlaub nach der Elternzeit und § 17 Abs. 3 BEEG die Abgeltung des Urlaubs nach der Elternzeit im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Hierzu hat das BAG klargestellt, dass es sich um eine eigenständige Regelung handelt, sodass der Urlaub während der Elternzeit nicht nach § 7 Abs. 3 BUrlG verfallen kann.⁵³ Zugleich aber hat das BAG klargestellt, dass die Möglichkeit der Kürzung vereinbar mit Unionsrecht ist.⁵⁴ Zwar muss der Arbeitgeber die Kürzung nicht bereits bei Antritt der Elternzeit erklären. Wenn das Arbeitsverhältnis aber beendet wurde und der Urlaubsanspruch sich in einen Abgeltungsanspruch verwandelt hat, scheidet eine Kürzung aus.⁵⁵

Während der Zeiten eines unbezahlten Sonderurlaubs entsteht an sich ein Urlaubsanspruch. Allerdings sieht die Rechtsprechung als Folge des Sonderurlaubs eine ungleiche Verteilung der Arbeitszeit auf das Jahr, sodass die Anzahl der geschuldeten Arbeitstage ins Verhältnis zur Zahl der gesetzlich vorgesehenen Urlaubstage zu setzen ist.⁵⁶ Im Ergebnis läuft dies auf eine Urlaubsreduzierung für Zeiten des Sonderurlaubs hinaus.

In der Folge der Entscheidung des EuGH vom 6.11.2018⁵⁷ hat das BAG seinen gegenteiligen Standpunkt aufgegeben

42 BAG 26.6.2019 – 5 AZR 452/18, NZA 2019, 1362, Rn. 39 f.

43 EuGH 13.12.2018 – C-385/17, NZA 2019, 47 – Hein.

44 BAG 30.1.2019 – 5 AZR 43/18, NZA 2019, 768.

45 *Deinert/Kittner*, Arbeits- und Sozialrecht: Rückblick 2018, Ausblick 2019, S. 3, 8.

46 EuGH 6.11.2018 – C-684/16, NZA 2018, 1474 – Max-Planck-Gesellschaft; EuGH 6.11.2018 – C-619/16, NZA 2018, 1612 – Kreuziger; Vorabentscheidungsersuchen: BAG 13.12.2016 – 9 AZR 541/15 (A), NZA 2017, 271; vgl. auch *Buschmann*, AuR 2019, 233 ff.

47 BAG 19.2.2019 – 9 AZR 321/16, NZA 2019, 1043; BAG 19.2.2019 – 9 AZR 423/16, NZA 2019, 977; BAG 22.1.2019 – 9 AZR 10/17, NZA 2019, 832.

48 BAG 19.2.2019 – 9 AZR 423/16, NZA 2019, 977, Rn. 42.

49 BAG 19.2.2019 – 9 AZR 541/15, NZA 2019, 982, Rn. 45.

50 BAG 19.2.2019 – 9 AZR 321/16, NZA 2019, 1043.

51 BAG 25.6.2019 – 9 AZR 546/17, NZA 2019, 1577, Rn. 28.

52 BAG 25.6.2019 – 9 AZR 546/17, NZA 2019, 1577, Rn. 29.

53 BAG 19.3.2019 – 9 AZR 495/17, NZA 2019, 1136.

54 BAG 19.3.2019 – 9 AZR 495/17, NZA 2019, 1136; BAG 19.3.2019 – 9 AZR 362/18, NZA 2019, 1141.

55 BAG 19.3.2019 – 9 AZR 495/17, NZA 2019, 1136, Rn. 32 ff.

56 BAG 21.5.2019 – 9 AZR 259/18, NZA 2019, 1365, Rn. 13.

57 EuGH 6.11.2018 – C-569/16 u. a., NZA 2018, 1467 – Bauer und Broßonn; Vorlage: BAG 18.10.2016 – 9 AZR 196/16 (A), NZA 2017, 207.

und anerkannt, dass auch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Tod ein Urlaubsabgeltungsanspruch entsteht, der den Erben nach § 1922 Abs. 1 BGB zusteht.⁵⁸ Dieser Anspruch muss jedoch durch die Erben innerhalb der für das Arbeitsverhältnis maßgeblichen Ausschlussfristen geltend gemacht werden.⁵⁹ Das bezieht sich auch auf den Anspruch auf Abgeltung des gesetzlichen Zusatzurlaubs für schwerbehinderte Menschen nach § 208 SGB IX sowie einen eventuellen tariflichen Mehrurlaub, sofern die Tarifvertragsparteien einen solchen nicht anderen Regelungen als dem gesetzlichen Regime unterstellt haben.⁶⁰ Letzteres wäre an sich zulässig, dafür müssen aber deutliche Anhaltspunkte vorliegen.⁶¹ Dasselbe gilt für einen vertraglichen Anspruch auf Mehrurlaub.⁶²

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) hat in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« die Nr. 17, das Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) die Nr. 16.

4. Urheberrecht

Zwei grundsätzliche Klärungen hat das BAG in Bezug auf das Urheberrecht im Arbeitsverhältnis herbeigeführt. Zunächst ging es um die sachliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte. Grundsätzlich sind diese nach §§ 104 Satz 2 UrhG, 2 Abs. 2b ArbGG nur für Streitigkeiten aus Arbeitsverhältnissen zuständig, die die Leistung einer vereinbarten Vergütung betreffen. Dadurch soll erreicht werden, dass Streitigkeiten, bei denen urheberrechtliche Fragen geklärt werden müssen, prinzipiell zu den Zivilgerichten gelangen. Soweit die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit nach vorstehender Regel allerdings eröffnet ist, wird sie nach der Rechtsprechung des BAG nicht mehr dadurch infrage gestellt, dass in dem Rechtsstreit auch urheberrechtliche Fragen zu klären sind.⁶³

Zwar ist es grundsätzlich möglich zu vereinbaren, dass bei Schaffung eines geschützten Werkes als Gegenstand der Arbeitsleistung im Zweifel das Nutzungsrecht ohne zusätzliche Vergütung beim Arbeitgeber liegen soll. Allerdings hat das BAG klargestellt, dass eine tarifvertragliche Vergütungsregelung wegen § 4 Abs. 3 TVG grundsätzlich einer vertraglichen Vereinbarung über die Abgeltung der Urhebersvergütung durch vertragliche Entlohnung vorgeht.⁶⁴

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Urheberrechtsgesetz (UrhG) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 3a.

58 BAG 22.1.2019 – 9 AZR 45/19, NZA 2019, 829; BAG 22.1.2019 – 9 AZR 328/16, NZA 2019, 835; BAG 22.1.2019 – 9 AZR 10/17, NZA 2019, 832.

59 BAG 22.1.2019 – 9 AZR 149/17, NZA 2019, 985.

60 BAG 22.1.2019 – 9 AZR 45/19, NZA 2019, 829.

61 BAG 22.1.2019 – 9 AZR 45/19, NZA 2019, 829, Rn. 27.

62 BAG 22.1.2019 – 9 AZR 328/19, NZA 2019, 835, Rn. 32 ff.

63 BAG 27.3.2019 – 5 AZR 71/18, NZA 2019, 1228, Rn. 13.

64 BAG 27.3.2019 – 5 AZR 71/18, NZA 2019, 1228, Rn. 18 ff.

5. Antidiskriminierungsrecht

Der EuGH hatte in einer früheren Vorabentscheidung ausgeführt, dass der Arbeitgeber verlangen kann, dass seine Arbeitnehmer keinerlei politische, philosophische oder religiöse Zeichen am Arbeitsplatz zeigen, um auf diese Weise eine Neutralitätspolitik gegenüber seinen Kunden zu verfolgen.⁶⁵ Dadurch werde das Verbot der Diskriminierung wegen der Religion nicht verletzt. Ob dies auch für ein Verbot gilt, das nicht generell auf sämtliche religiösen, politischen oder sonstigen weltanschaulichen Zeichen bezogen ist, sondern beschränkt auf auffällig großflächige Zeichen, wollte das BAG nun in einem weiteren Vorabentscheidungsersuchen geklärt haben.⁶⁶ Wichtiger aber scheint noch eine weitere Frage. Die Rechtsprechung des EuGH hat bislang nur die Grenzen für entsprechende Kopftuchverbote etc. im Hinblick auf die Diskriminierungsverbote abgesteckt. Dagegen scheint es denkbar, dass das Grundrecht des Arbeitnehmers auf Religionsfreiheit nach Art. 4 GG eine weitere Rücksichtnahme vom Arbeitgeber fordert. Daher möchte das BAG auch wissen, ob die Religionsfreiheit des Arbeitnehmers im Rahmen einer Abwägung mit den Interessen des Arbeitgebers an einer entsprechenden Neutralitätspolitik zu berücksichtigen ist. Für den Fall, dass dem nicht so ist, möchte das BAG außerdem wissen, ob die Religionsfreiheit nicht im Sinne eines weitergehenden Schutzes des Arbeitnehmers nach nationalem Recht berücksichtigt werden darf. Vom Ausgang dieses Verfahrens wird es abhängen, ob Arbeitnehmer ungeachtet einer entsprechenden Neutralitätspolitik des Arbeitgebers darauf beharren können, dass das Zeigen religiöser Symbole zur Ausübung ihrer Religionsfreiheit gehört.

Diskriminierungen wegen des Alters beschäftigen weiterhin die Rechtsprechung. In einem Fall, in dem der Arbeitgeber ein neues Vergütungssystem einführen wollte, ging es vor allem um die Problematik des Übergangs in dieses neue System. Wenn der Arbeitgeber sich dafür entscheidet, den Wechsel zum neuen Vergütungssystem nur für die neu eingestellten Arbeitnehmer vorzusehen, lässt sich nach der Rechtsprechung des EuGH daraus keine mittelbare Diskriminierung wegen des Alters herleiten.⁶⁷

Die Frage einer Benachteiligung rentennaher Arbeitnehmer durch Reduktion oder Ausschluss von Sozialplanleistungen war erneut Gegenstand einer Entscheidung des BAG. Dieses konnte keine unzulässige Altersdiskriminierung darin erkennen, dass Arbeitnehmer von Sozialplanleistungen ausgeschlossen werden, wenn sie nach Bezug von Arbeitslosengeld I in eine mit Abschlägen verbundene vorzeitige Altersrente überwechseln können.⁶⁸

Andererseits hat der EuGH allerdings nochmals klargestellt, dass das Anknüpfen von Leistungseinschränkungen oder -ausschlüssen an die Möglichkeit einer vorgezoge-

65 EuGH 14.3.2017 – C-157/15, NZA 2017, 373 – Achbita.

66 BAG 30.1.2019 – 10 AZR 299/18 [A], NZA 2019, 693.

67 EuGH 14.2.2019 – C-154/18, NZA 2019, 444 – Horgan.

68 BAG 7.5.2019 – 1 ABR 54/17, NZA 2019, 1295.

nen Altersrente wegen einer Behinderung, eine unzulässige Benachteiligung darstellt.⁶⁹ Entsprechend hat er die Einstellung einer tarifvertraglichen Überbrückungsleistung bei Erreichen der Voraussetzungen einer vorgezogenen Altersrente als unzulässige Benachteiligung wegen der Behinderung qualifiziert, weil diese Rente nur mit Abschlägen bezogen werden kann.⁷⁰

Hinzuweisen ist noch auf eine Entscheidung des BGH zum Schutz von Fremdgeschäftsführern vor Diskriminierungen bei der Beendigung ihres Dienstverhältnisses. Der BGH hat klargestellt, dass ein solcher Diskriminierungsschutz angesichts des erweiterten Arbeitnehmerbegriffs der zugrunde liegenden Richtlinie im Wege europarechtskonformer Auslegung des AGG bewerkstelligt werden muss.⁷¹

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) hat in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« die Nr. 2.

6. Datenschutz

Neben § 4 BDSG (Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume) kann auch § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG eine offene Videoüberwachung rechtfertigen. Satz 2 dieser Bestimmung über die Datenverarbeitung zur Aufklärung von Straftaten entfaltet insoweit keine Sperrwirkung in dem Sinne, dass der Arbeitgeber nicht auch präventiv zur Kontrolle der Einhaltung von Vertragspflichten des Arbeitnehmers Daten im Rahmen der Verhältnismäßigkeit durch Videoüberwachung erheben könnte. Allerdings ist es nach der Rechtsprechung des BAG unzulässig, durch eine solche präventive offene Videoüberwachung einen psychischen Anpassungsdruck zu erzeugen, sodass die Betroffenen letztlich in ihrem selbstbestimmten Handeln gehemmt sind. Das wird etwa angenommen, wenn eine lückenlose, dauerhafte und detaillierte Erfassung des Verhaltens der Arbeitnehmer während der gesamten Arbeitszeit stattfindet.⁷²

Das BAG hat zudem entschieden, dass die DS-GVO auch die Reichweite von Auskunftsansprüchen des Betriebsrats beeinflussen kann. Soweit sich der Auskunftsanspruch nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG auf sensitive Daten im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DS-GVO bezieht, soll dieser davon abhängen, dass der Betriebsrat angemessene und spezifische Schutzmaßnahmen zur Wahrung der Interessen der davon betroffenen Arbeitnehmer trifft.⁷³

Nach einer Entscheidung des EGMR ist eine zeitlich unbegrenzte verdeckte Videoüberwachung auch bei Bestehen eines Diebstahlverdachts unvereinbar mit dem Recht auf Privatsphäre nach Art. 8 EMRK und daher unzulässig.⁷⁴

Im Rahmen einer Entscheidung zu einer Verdachtskündigung hat das BAG die Frage einer Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus der Einsichtnahme in Computerdateien, die nicht als privat gekennzeichnet waren, beantwortet.⁷⁵ Auch in diesem Kontext geht das BAG davon aus, dass eine solche Einsichtnahme zur Kontrolle, ob der Arbeitnehmer seinen Pflichten nachkommt, zulässig sei. Ergebe sich danach der Verdacht einer Pflichtverletzung, dürften die so gewonnenen Daten auch verarbeitet und genutzt werden. Auch in diesem Zusammenhang verneint das BAG eine Sperrwirkung der besonderen Vorschrift für die Aufklärung von Straftaten. Es komme in diesem Zusammenhang lediglich auf die Erforderlichkeit für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne an. Im Anschluss an die Rechtsprechung des EGMR⁷⁶ geht das BAG insoweit davon aus, dass als privat bezeichnete Dateien grundsätzlich nicht ohne den durch Tatsachen begründeten Verdacht einer Straftat oder schweren Pflichtverletzung geprüft werden dürfen. Andere Dateien dürften demgegenüber, sofern sie nicht offenkundig privater Natur sind, überprüft werden, jedenfalls wenn dies offen erfolgt und der Arbeitnehmer im Vorfeld darauf hingewiesen worden ist. Zugleich hat das BAG aber darauf hingewiesen, dass die Verletzung des Datenschutzrechts in diesem Zusammenhang ohnehin nicht zwingend dazu führt, dass die entsprechenden Tatsachen nicht verwertet werden dürften.⁷⁷

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 15, die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) unter Nr. 15a.

7. Befristungsrecht

Nachdem das BVerfG die einschränkende Auslegung des Anschlussbefristungsverbots für sachgrundlose Befristungen durch das BAG⁷⁸ einerseits für verfassungswidrig erklärt hatte, andererseits aber gefordert hatte, in Fällen, in denen die Gefahr einer Kettenbefristung unter Ausnutzung der Unterlegenheit des Arbeitnehmers nicht bestehe, etwa wenn eine frühere Beschäftigung sehr lange zurück liege oder bei Vorbeschäftigungen von sehr kurzer Dauer war, das Gesetz verfassungskonform einschränkend auszulegen,⁷⁹ war es nun am BAG, seine Rechtsprechung an dieser Erwartung auszurichten. Dabei hat das Gericht selbst bei einem Zeitablauf von 15 Jahren seit der Vorbeschäftigung nicht angenommen, dass diese so lange zurückliegt, dass eine einschränkende Auslegung geboten ist. Dies wurde auf die einfache Argumentation gestützt, dass bei jeweils 15-jährigen Zwischenräumen im Laufe eines Erwerbslebens von typischerweise

69 Vgl. bereits EuGH 6.12.2012 – C-152/11, NZA 2012, 1435 – Odar.

70 EuGH 19.9.2018 – C-312/17, NZA 2018, 1268 – Singh Bedi.

71 BGH 26.3.2019 – II ZR 244/17, NJW 2019, 2086.

72 BAG 28.3.2019 – 8 AZR 421/17, NZA 2019, 1212.

73 BAG 9.4.2019 – 1 ABR 51/17, NZA 2019, 1055.

74 EGMR 9.1.2018 – 1874/13 u.a., AuR 2019, 32 – López Ribalda u.a.

75 BAG 31.1.2019 – 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893.

76 Insb. EGMR 5. 9. 2017 – 61496/08, NZA 2017, 1443 – Bărbulescu.

77 Zu den Grenzen: BAG 23.8.2018 – 2 AZR 133/18, NZA 2018, 1329; dazu *Deinert/Kittner*, Arbeits- und Sozialrecht: Rückblick 2018, Ausblick 2019, S. 3, 10.

78 BAG 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905.

79 BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 u.a., NZA 2018, 774 (vgl. *Kittner*, 50 Urteile, S. 335 ff.).

40 Jahren insgesamt drei sachgrundlose befristete Arbeitsverträge möglich wären. Dann aber wäre die sachgrundlose Befristung nicht mehr die Ausnahme.⁸⁰ Zuvor hatte das Gericht bereits einen Zeitraum von acht Jahren⁸¹ bzw. von acht Jahren und neun Monaten⁸² sowie rund 9 Jahren⁸³ als nicht langen Zeitraum bezeichnet.

Da das BVerfG ausgeführt hatte, dass die Gefahr einer Kettenbefristung unter Ausnutzung der Unterlegenheit des Arbeitnehmers auch dann nicht gegeben sein könne, wenn es sich beim vorangegangenen Arbeitsverhältnis nur um eine geringfügige Nebenbeschäftigung während der Schul-, Studien- oder Ausbildungszeit handelte, muss die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung auch dieses konkretisieren. Das BAG hält insoweit für maßgeblich, dass eine solche Beschäftigung möglicherweise nicht auf längerfristige Sicherung des Lebensunterhalts angelegt ist, für die Altersvorsorge regelmäßig nur von untergeordneter Bedeutung ist und in der Regel eine andere Tätigkeit zum Gegenstand hat als die spätere Erwerbstätigkeit auf Dauer.⁸⁴ Das Gericht betont aber, dass das BVerfG gefordert hatte, dass es sich um eine geringfügige Nebenbeschäftigung handeln müsse. Dazu knüpft das BAG an die Definition der Geringfügigkeit nach § 8 Abs. 1 SGB IV an, was im Falle einer sogenannten kurzzeitigen Beschäftigung auch voraussetzt, dass die Tätigkeit nicht berufsmäßig ausgeübt wird.⁸⁵

Im Übrigen hat das BAG Arbeitgebern Vertrauensschutz in die alte Rechtsprechung verwehrt.⁸⁶ Diese Rechtsprechung sei schon bisher erheblicher Kritik ausgesetzt gewesen, zudem sei sie auf verfassungsrechtliche Erwägungen gestützt, wobei das BAG in Fragen des Verfassungsrechts ohnehin nicht die höchste Instanz sei, sondern vielmehr das BVerfG. Im Anschluss an die Entscheidung des EuGH in der Rechtsache John⁸⁷ hat nun auch das BAG über die Regelung des § 41 Satz 3 SGB VI entschieden. Diese ermöglicht eine Befristung des Arbeitsvertrages nach Erreichen einer Altersgrenze. Der EuGH hatte dies für unionsrechtskonform gehalten. Davon geht auch das BAG jedenfalls für den Fall einer erstmaligen Verlängerung aus. Die sich daraus ergebende Möglichkeit einer sachgrundlosen Befristung sei jedenfalls dann mit Unions- und Verfassungsrecht vereinbar, wenn die Verlängerung des Arbeitsvertrages ohne weitere Vertragsänderungen vereinbart wird.⁸⁸

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Recht der befristeten Arbeitsverträge ist im Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) geregelt, das Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 32 finden.

80 BAG 17.4.2019 – 7 AZR 323/17, NZA 2019, 1271.

81 BAG 23.1.2019 – 7 AZR 733/16, NZA 2019, 700.

82 BAG 20.3.2019 – 7 AZR 409/16, NZA 2019, 1274.

83 BAG 12.6.2019 – 7 AZR 429/17, NZA 2019, 1563.

84 BAG 12.6.2019 – 7 AZR 429/17, NZA 2019, 1563, Rn. 28.

85 BAG 12.6.2019 – 7 AZR 429/17, NZA 2019, 1563, Rn. 31 f.

86 BAG 23.1.2019 – 7 AZR 733/16, NZA 2019, 700.

87 EuGH 28.2.2019 – C-46/17, NZA 2018, 355 – John.

88 BAG 19.12.2018 – 7 AZR 70, 17, NZA 2019, 523; vgl. dazu schon *Deinert/Kittner*, Arbeits- und Sozialrecht: Rückblick 2018, Ausblick 2019, S. 3, 11.

8. Teilzeitarbeit

Das BAG hatte erneut über die problematische Frage zu entscheiden, ob es zulässig ist, wenn Teilzeitarbeitnehmer erst ab Überschreiten der Vollzeitgrenze Mehrarbeitszuschläge erhalten. Nunmehr hat es ausdrücklich klargestellt, dass eine Regelung, die Belastungen durch Mehrarbeit ausgleichen soll, gegen § 4 Abs. 1 TzBfG, der einer Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten entgegensteht, verstieße, wenn sie nur ab Überschreiten der Vollarbeitszeit vorgesehen ist.

9. Leiharbeit

Im Zuge der letzten AÜG-Reform⁸⁹ war unter anderem in § 14 Abs. 2 Satz 4 AÜG eine Berücksichtigung von Leiharbeitern bei den Schwellenwerten in den Gesetzen über die betriebliche Mitbestimmung vorgesehen. Dasselbe gilt für die Gesetze über die Unternehmensmitbestimmung, wenn Leiharbeiter länger als sechs Monate eingesetzt sind. Zu dieser Regelung hat der BGH nun klargestellt, dass es für die Bestimmung der Einsatzdauer nicht darauf ankommt, wie lange ein einzelner Leiharbeitnehmer eingesetzt wurde. Entscheidend ist, wie lange Leiharbeiter auf einem bestimmten Arbeitsplatz eingesetzt sind, auch wenn dieser mit unterschiedlichen Leiharbeitern wechselnd besetzt wurde.⁹⁰

Im Zuge der vorerwähnten Reform wurde auch ein Verbot des Einsatzes von Leiharbeitern als Streikbrecher in § 11 Abs. 5 AÜG eingefügt. Dieses ist Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde, mit der ein Arbeitgeber geltend macht, dass seine Rechte im Arbeitskampf verletzt würden, wenn er nicht Leiharbeiter als Streikbrecher einsetzen könne. Das BVerfG hat aber den Erlass einer einstweiligen Anordnung, die auf die vorübergehende Nichtanwendung dieses Verbots bis zur Entscheidung des Verfassungsgerichts in der Hauptsache hinauslaufen sollte, abgelehnt. Dazu hat das Gericht eine Folgenabwägung vorgenommen im Hinblick auf die Nachteile des Beschwerdeführers, falls er bis zu der Entscheidung an das Gesetz gebunden bleibt, in der Hauptsache aber gewinnt, und andererseits der Nachteile, die sich daraus ergeben, dass das Gesetz nicht angewendet wird, wenn sich aber am Ende dessen Verfassungsmäßigkeit herausstellt. Die Interessen an der Anwendung des Gesetzes überwiegen danach im Rahmen der vom BVerfG angestellten Folgenabwägung.⁹¹

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 4.

89 Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze v. 21.2.2017, BGBl. I 258; vgl. *Deinert/Kittner*, Arbeits- und Sozialrecht: Rückblick 2017, Ausblick 2018, S. 3 f.

90 BGH 25.6.2019 – II ZB 21/18, NZA 2019, 1232.

91 BVerfG 25.2.2019 – 1 BvR 842/17, NZA 2019, 415.

10. Behindertenrecht

§ 164 Abs. 4 SGB IX verschafft den dadurch geschützten Menschen (schwerbehinderten oder gleichgestellten Arbeitnehmern) einen Anspruch auf fähigkeitengerechte Beschäftigung. Das soll nach der Rechtsprechung jedoch nicht davor schützen können, dass der Arbeitgeber eine unternehmerische Entscheidung trifft, die zum Fortfall der Beschäftigungsmöglichkeit führt. Allein, wenn er die Entscheidung trifft, um sich seinen schwerbehindertenrechtlichen Verpflichtungen zu entziehen, ist die Entscheidung missbräuchlich, sodass dem Arbeitgeber die Kündigungsmöglichkeit nicht zur Seite steht. Bei der Prüfung von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten auf einem freien Arbeitsplatz zur Vermeidung einer Kündigung sind die Pflichten des Arbeitgebers, den Arbeitsplatz behinderungsgerecht auszugestalten, aber einzubeziehen.⁹²

Zur Anhörung der Schwerbehindertenvertretung vor einer Kündigung hat das BAG klargestellt, dass diese nicht notwendig der Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG vorausgehen muss.⁹³ Dabei bezieht sich die Anhörung nicht nur auf die spezifische Situation schwerbehinderter Menschen, sondern auf sämtliche Umstände. Im Übrigen gilt für die Stellungnahme, dass die Fristen des § 102 Abs. 2 BetrVG entsprechend auch für die Schwerbehindertenvertretung gelten.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Sozialgesetzbuch IX (SGB IX) hat in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« die Nr. 30 IX.

11. Kirchliches Arbeitsrecht

Auch das kirchliche Arbeitsrecht beschäftigt die Gerichte seit Jahren. Nachdem das BVerfG entschieden hatte, dass es den Arbeitsgerichten versagt sei, die Bedeutung einer Loyalitätspflichtverletzung anstelle der Kirchen zu gewichten,⁹⁴ hatte das BAG die Frage nach einer unzulässigen Benachteiligung wegen der Religion im Falle unterschiedlicher Loyalitätsanforderungen an die Beschäftigten gestellt.⁹⁵ Der EuGH hatte darauf entschieden, dass derartige unterschiedliche Loyalitätsanforderungen einer Rechtfertigung nach der Richtlinie 2000/78/EG im Hinblick auf berufliche Anforderungen bedürfen, die mit Rücksicht auf das kirchliche Ethos gestellt werden und verhältnismäßig sind.⁹⁶ Daraufhin hat das BAG entschieden, dass § 9 Abs. 2 AGG unionsrechtskonform dahingehend auszulegen sei, dass Loyalitätsanforderungen der Kirche einer tätigkeitsbezogenen Rechtfertigung bedürfen. Konfessionell unterschiedliche Loyalitätsanforderungen an Chefärzte lassen sich nach dieser Entscheidung nicht rechtfertigen.⁹⁷

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 2, Auszüge aus dem Grundgesetz (GG) unter Nr. 20.

12. Betriebsrentenrecht

Eine Versorgungsordnung, die eine Hinterbliebenenversorgung von einer mindestens zehnjährigen Ehedauer abhängig macht, ist nach einer Entscheidung des BAG unzulässig. Dieser Ausschluss stellt als Abweichung vom Vertragstyp und Gefährdung des Vertragszwecks eine unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 BGB dar.⁹⁸

Zulässig kann es aber sein, wenn bei erheblichem Altersabstand zwischen den Ehegatten eine Verringerung der Versorgungsleistung des Hinterbliebenen vorgesehen ist. Der Lebenszuschnitt der Ehegatten ist nach den Vorstellungen der Bundesrichter dann darauf angelegt, dass der Hinterbliebene noch einen größeren Zeitraum ohne den Versorgungsberechtigten und ohne Verbindung mit dessen Einkommenssituation verbringt.⁹⁹

Das BVerfG hat die Rechtsprechung des BAG, wonach eine Höchstaltersgrenze für den Eintritt in ein betriebliches Versorgungssystem von 50 Jahren keine Diskriminierung wegen des Alters darstellt,¹⁰⁰ verfassungsrechtlich gebilligt. Es konnte darin weder einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz noch gegen das Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts erkennen.¹⁰¹

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Betriebsrentengesetz (BetrAVG) ist in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 11 abgedruckt.

13. Insolvenzrecht

Wenn der Insolvenzverwalter erfolgreich eine Zahlung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer anfiicht und der Arbeitnehmer die Leistung zur Masse zurückgewähren muss, muss er nach der Rechtsprechung des BAG nur das zurückgewähren, was er erhalten hat, also regelmäßig nur den Nettolohn.¹⁰²

Von großem praktischem Interesse in der Insolvenz des Arbeitgebers ist immer die Frage, welche Ansprüche der Arbeitnehmer Masseforderungen sind, sodass sie vorab zu berichtigen sind, und welche lediglich Insolvenzforderungen sind, die regelmäßig nur mit einer Quote befriedigt werden. Für Abfindungsansprüche infolge der Aufhebung des Arbeitsverhältnisses durch das Arbeitsgericht gemäß §§ 9, 10 KSchG hat das BAG nun entschieden, dass sie Insolvenzforderungen sind, wenn der Antrag noch vom Arbeitgeber rechtshängig gemacht worden war. Hat hingegen

92 BAG 16.5.2019 – 6 AZR 329/18, NZA 2019, 1198.

93 BAG 13.12.2018 – 2 AZR 378/18, NZA 2019, 305.

94 BVerfG 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, NZA 2014, 1387.

95 BAG 28.7.2016 – 2 AZR 746/14 [A], NZA 2017, 388.

96 EuGH 11.9.2018 – C-68/17, NZA 2018, 1187 – IR/IQ.

97 BAG 20.2.2019 – 2 AZR 746/14, NZA 2019, 901 (vgl. *Kittner*, 50 Urteile, Nr. 17).

98 BAG 19.2.2019 – 3 AZR 150/18, NZA 2019, 918.

99 BAG 11.12.2018 – 3 AZR 400/17, NZA 2019, 537; BAG 16.10.2018 – 3 AZR 520/17, NZA 2019, 176.

100 BAG 12.11.2013 – 3 AZR 356/12, NZA 2014, 848.

101 BVerfG 23.7.2019 – 1 BvR 684/14, NZA 2019, 1270.

102 BAG 18.10.2018 – 6 AZR 506/17, NZA 2019, 203.

der Insolvenzverwalter den Antrag gestellt, handelt es sich um Masseforderungen.¹⁰³

Die verkürzten Kündigungsfristen für den Insolvenzverwalter nach § 113 InsO sind nach Ansicht des BAG verfassungskonform, auch soweit dadurch tarifvertragliche Kündigungsfristen verkürzt werden.¹⁰⁴ Der Gesetzgeber habe einen angemessenen Ausgleich zwischen den Gläubigerinteressen und den Belangen der Arbeitnehmer getroffen. Es werde dadurch eine allzu lange Bindung an nicht mehr sinnvolle Arbeitsverhältnisse verhindert, um die Sanierung eines Unternehmens nicht zu behindern. Die Belastung werde zudem dadurch gemildert, dass der Arbeitnehmer eine finanzielle Entschädigung erhält.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Die Insolvenzordnung (InsO) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 23.

14. Betriebsübergang

Mit Blick auf beim Betriebserwerber weitergeltende kollektiv geregelte Rechte und Pflichten hat das BAG entschieden, dass eine verschlechternde Ablösung nach § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB auch während der einjährigen Veränderungssperre möglich ist. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Scattolon¹⁰⁵ stehe dem jedenfalls nicht entgegen, wenn dies nicht auf eine Gestaltung zum Nachteil des Arbeitnehmers hinauslaufe.¹⁰⁶ Eine solche Gestaltung zum Nachteil der Arbeitnehmer kann insbesondere dann vorliegen, wenn es sich um auf den Betriebsübergang bezogene Regelungen handelt. Die Begründung ist zwar plausibel, lässt aber dennoch Zweifel, ob das BAG dies ohne erneute Anrufung des EuGH so entscheiden konnte.

Für den Fall einer Transformation von Rechten aus einer Betriebsvereinbarung nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB hat das BAG entschieden, dass bei einem nachfolgenden Betriebsübergang auch wiederum nur eine Transformation nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB möglich ist.¹⁰⁷

Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses wegen des Betriebsübergangs nach § 613a Abs. 6 BGB ist verzichtbar. Im Hinblick auf die hohe Bedeutung des Widerspruchsrechts fordert das BAG allerdings, dass ein solcher Verzicht eindeutig und zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht wurde.¹⁰⁸ Dagegen konnte das Gericht offenlassen, ob ein solcher Verzicht nur unter der Voraussetzung möglich ist, dass der Arbeitnehmer ordnungsgemäß unterrichtet wurde oder zumindest jedenfalls die grundlegenden Informationen über den Betriebsübergang erhalten hat.

¹⁰³ BAG 14.3.2019 – 6 AZR 4/18, NZA 2019, 567.

¹⁰⁴ BAG 16.5.2019 – 6 AZR 329/18, NZA 2019, 1198, Rn. 24 ff.

¹⁰⁵ EuGH 6.9.2011 – C-108/10, NZA 2011, 1077 – Scattolon.

¹⁰⁶ BAG 23.1.2019 – 4 AZR 445/17, NZA 2019, 922; BAG 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, 1203.

¹⁰⁷ BAG 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, 1203.

¹⁰⁸ BAG 28.2.2019 – 8 AZR 201/18, NZA 2019, 1279.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

§ 613a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 14.

15. Tarifvertrags- und Arbeitskampfrecht

Das BVerfG hat die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung gebilligt, die die Tariffähigkeit von einer hinreichenden Durchsetzungsfähigkeit einer Arbeitnehmerkoalition abhängig macht.¹⁰⁹ Mangels gesetzlicher Regelung dürften die Arbeitsgerichte die Anforderungen im Wege der Auslegung von Art. 9 Abs. 3 GG konkretisieren. Die dazu gestellten Anforderungen stellen sicher, dass nicht jede Splittervereinigung Tarifverträge erkämpfen und abschließen könne, sondern nur solche Vereinigungen, die ein Mindestmaß an Verhandlungsgleichgewicht und Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler aufweisen. Zudem bestätigt das Gericht der Sache nach das BAG, das in seiner Entscheidung zur Tariffähigkeit der DHV ausgeführt hatte, dass weder die Einführung des Tarifeinheitsgesetzes noch das MiLoG den Bedarf an einer entsprechenden Konkretisierung der Tariffähigkeit infrage gestellt habe.¹¹⁰

Eine Rüge, dass § 97 Abs. 2 ArbGG, wonach für die Verfahren zur Tariffähigkeit das LAG in erster Instanz zuständig ist, verfassungswidrig sei, wurde als unzulässig verworfen. Dabei hat das Gericht darauf hingewiesen, dass es eine Garantie eines Instanzenzugs in der Verfassung nicht gebe. Allein die Hoffnung auf eine günstige Veränderung der Tatsachenlage im Laufe eines längeren Verfahrens werde von der Verfassung nicht geschützt. Mittelbar dürfte dies eine Bestätigung der Verfassungsmäßigkeit von § 97 Abs. 2 ArbGG sein.

Im Kern läuft eine Stichtagsregelung in einem Tarifvertrag, die bestimmte Leistungen von der Gewerkschaftsmitgliedschaft zu einem bestimmten Stichtag abhängig macht, auf dasselbe wie eine Differenzierungsklausel hinaus. Da der Außenseiter zum Stichtag kein Gewerkschaftsmitglied ist, kann er durch Bezugnahme auf den Tarifvertrag kein Recht auf die tarifvertragliche Leistung erhalten. Da Tarifverträge ohnehin nur für Tarifgebundene (§ 3 Abs. 1 TVG) Regelungen enthalten, konnte das BAG in einer solchen Regelung keine unzulässige Differenzierung zulasten von Außenseitern erkennen.¹¹¹ Dies hat das BVerfG nunmehr als verfassungsgemäß bestätigt.¹¹²

Das BAG hat in einem Einzelfall die Nutzung einer Teilfläche eines betrieblichen Parkplatzes für den Streikaufruf gebilligt und daher Unterlassungsansprüchen des Arbeitgebers eine Absage erteilt. Dies wurde allerdings auf die besondere Lage des Betriebsgeländes im konkreten Fall gestützt, weil anderenfalls die Möglichkeit, mit Arbeitswilligen zu kommunizieren, angesichts der örtlichen Verhältnisse praktisch nicht gegeben wäre.

¹⁰⁹ BVerfG 13.9.2019 – 1 BvR 1/16, NZA 2019, 1649 (vgl. Kittner, 50 Urteile, Nr. 36).

¹¹⁰ BAG 26.6.2018 – 1 ABR 37/16, NZA 2019, 189, Rn. 66 ff.

¹¹¹ BAG 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388.

¹¹² BVerfG 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112 (vgl. Kittner, 50 Urteile, Nr. 37).

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Tarifvertragsgesetz (TVG) hat in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« die Nr. 31, die Grundsätze des Arbeitskampfrechts sind in der Einleitung zu diesem Gesetz erläutert. Das Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) finden Sie unter Nr. 5.

16. Betriebsverfassungsrecht

Das BAG hat klargestellt, dass eine Regelungsabrede nicht durch Untätigkeit des Betriebsrats zustande kommen kann. Allein die Hinnahme eines mitbestimmungswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers führt indes nicht zum Abschluss einer solchen. Vielmehr bedarf es dafür einer Beschlussfassung des Betriebsrates und deren Verlautbarung gegenüber dem Arbeitgeber.¹¹³

Im letzten Jahr haben wir darüber berichtet, dass die Frage der sogenannten ablösenden Betriebsvereinbarung eine ungeahnte Renaissance erfahren hatte.¹¹⁴ Nach der bisherigen Rechtsprechung¹¹⁵ können vertragliche Regelungen nicht einfach durch Betriebsvereinbarung geändert werden. Der Erste Senat hat aber im Jahr 2013 entschieden, dass bei Regelungen, die auf Allgemeinen Geschäftsbedingungen beruhen, der Arbeitgeber erkennbar kollektiv regeln möchte, sodass der Arbeitnehmer implizit sein Einverständnis abgibt, auch Verschlechterungen durch Betriebsvereinbarungen hinzunehmen.¹¹⁶ Dagegen hatte der Vierte Senat des BAG mit beachtlichen Gründen Bedenken erhoben.¹¹⁷ In der Tat geht eine solche Vorstellung an der Realität vorbei, denn kein Arbeitnehmer macht sich derartige Gedanken beim Abschluss des Arbeitsvertrages. Andere Senate des BAG gehen aber darüber hinweg und folgen demonstrativ der Rechtsprechung des Ersten Senats.¹¹⁸ Das gilt auch für sogenannte endbezugsbezogene Leistungen, die der Arbeitgeber zusätzlich zur Betriebsrente verspricht und die er auch generell anderen aktiven Arbeitnehmern gewährt. Eine Änderung dieser Bedingungen erfasst so auch die Betriebsrentner.¹¹⁹

Eine wichtige Klarstellung hat eine Entscheidung des BAG zu § 101 BetrVG gebracht.¹²⁰ Nach dieser Bestimmung kann der Betriebsrat, wenn der Arbeitgeber eine personelle Maßnahme ohne seine Zustimmung durchführt, beim Arbeitsgericht die Aufhebung der Maßnahme beantragen. Das BAG hat nun entschieden, dass die nachträgliche Unterrichtung des Betriebsrats und der Ablauf der Wochenfrist (vgl. § 99 Abs. 3 BetrVG) den Aufhebungsantrag nicht unbegründet macht. Denn die nachträgliche Unterrichtung des Betriebsrats kann keine Zustimmungsersetzungsfunktion nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG zur schon durchgeführten Einstellung

bewirken. Der Arbeitgeber muss vielmehr die Einstellung aufheben und den Betriebsrat sodann nach § 99 Abs. 1 BetrVG unterrichten. Denn anderenfalls würde der Arbeitgeber das Verfahren nach § 99 BetrVG unterlaufen können, indem er die personelle Maßnahme durchführt und erst dann den Betriebsrat unterrichtet.

Nach einer Entscheidung des Ersten Senats des BAG sind Sozialplanabfindungen und Abfindungen aufgrund Nachteilsausgleichs wechselseitig anrechenbar.¹²¹ Dies folgt nach den Vorstellungen des BAG aus der Zweckidentität beider Leistungen zum Ausgleich der wirtschaftlichen Nachteile der Arbeitnehmer aus der Betriebsänderung. Der Sanktionszweck des Nachteilsausgleichs werde dadurch nicht gefährdet. Auch verlange die Massenentlassungsrichtlinie keine weitergehende Sanktion, wenn die Betriebsänderung mit einem Massenentlassungsfall verbunden ist. Eine hinreichend wirksame Sanktion folge bereits aus der Unwirksamkeit der Massenentlassung.

Schließlich hat der Siebte Senat des BAG entschieden, dass eine pauschale monatliche Zulage an Betriebsratsmitglieder nicht zwingend eine unzulässige Begünstigung des Betriebsratsmitglieds im Sinne des § 78 Satz 2 BetrVG darstellt.¹²² Eine solche Pauschale steht vielmehr im Einklang mit § 37 Abs. 2 BetrVG, wenn durch sie im Wesentlichen der Durchschnitt der tatsächlichen Zeitzuschläge abgegolten wird, die das Betriebsratsmitglied, wäre es nicht freigestellt, sondern würde es arbeiten, erworben hätte, sodass die Pauschale keine verdeckte zusätzliche Vergütung enthält.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) ist in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 12 abgedruckt.

17. Unternehmensmitbestimmung

Die Mitbestimmung in der SE ist zwingend über die Vorher-nachher-Betrachtung gemäß § 35 Abs. 1 SEBG im Falle einer Umwandlung-SE. Die Ansicht des OLG Frankfurt/M.,¹²³ wonach es auf die Mitbestimmungsregelung, die vorher objektiv gegolten hat, und nicht etwa auf eine rechtswidrige Praxis ankommt, hat der BGH jedenfalls für den Fall bestätigt, dass bereits vor Eintragung der SE ein Statusverfahren eingeleitet worden war. Im Übrigen hat er die Frage offengelassen, allerdings darauf hingewiesen, dass die Ermittlung eines noch nicht praktizierten Soll-Zustands der Mitbestimmung eines geregelten Verfahrens bedürfe.¹²⁴

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das SE-Beteiligungsgesetz (SEBG) ist in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 26b abgedruckt.

113 BAG 23.10.2018 – 1 ABR 26/17, NZA 2019, 483.

114 *Deinert/Kittner*, Arbeits- und Sozialrecht: Rückblick 2018, Ausblick 2019, S. 3, 13.

115 BAG 28.9.1972 – 2 AZR 2/77, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972.

116 BAG 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, DB 2013, 1852.

117 BAG 11.4.2018 – 4 AZR 119/17, NZA 2018, 1273 (vgl. *Kittner*, 50 Urteile, Nr. 25).

118 BAG 11.12.2018 – 3 AZR 380/17, NZA 2019, 1082 (für vertragliche Einheitsregelung); BAG 30.1.2019 – 5 AZR 450/17, NZA 2019, 1065 (für Gesamtzusage).

119 BAG 30.1.2019 – 5 AZR 442/17, NZA 2019, 1076.

120 BAG 21.11.2018 – 7 ABR 16/17, NZA 2019, 771.

121 BAG 12.2.2019 – 1 AZR 279/17, NZA 2019, 719.

122 BAG 29.8.2018 – 7 AZR 206/17, NZA 2019, 253.

123 OLG Frankfurt/M. 27.8.2018 – 21 W 29/18, DB 2018, 2488.

124 BGH 23.7.2019 – II ZB 20/18, BB 2019, 2300.

18. Grundsicherung für Arbeitsuchende

Das BVerfG hat die Sanktionsregelungen für Pflichtverletzungen von über 25-jährigen Arbeitslosengeld II-Beziehern nach §§ 31 ff. SGB II teilweise für verfassungswidrig erklärt.¹²⁵ Grundsätzlich sei es zwar verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber entsprechende Pflichten der Leistungsberechtigten vorsieht. Auch könne er Sanktionen für die Verletzung der Pflichten vorsehen. Angesichts der Härten, die aus solchen Sanktionen hervorgehen, seien aber strenge Anforderungen an deren Verhältnismäßigkeit zu stellen. Von daher seien die Sanktionsregelungen insoweit unvereinbar mit dem Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG, als sie

- Leistungskürzungen über 30 % hinaus gestatten,
- Leistungskürzungen im Falle von Pflichtverletzungen zwingend auch dann vorsehen, wenn außergewöhnliche Härten vorliegen, und
- ungeachtet der Erfüllung oder Bereitschaft zur Erfüllung einer Mitwirkungspflicht zu einer dreimonatigen Minderung der Leistung führen.

Die Sanktionsregelungen sind nach der Entscheidung des BVerfG bis zu einer Neuregelung weiterhin anzuwenden mit der Maßgabe, dass sie

- nicht über 30 % des Regelbedarfs hinausgehen dürfen,
- nicht bei einer außergewöhnlichen Härte angewendet werden dürfen, insbesondere wenn der Zweck des Gesetzes durch eine Sanktion nicht erreicht werden kann, und
- die Behörde ein früheres Ende der Sanktionen vorsehen muss, wenn Mitwirkungspflichten erfüllt werden oder die ernsthafte und nachhaltige Bereitschaft des Leistungsberechtigten zur Erfüllung der Mitwirkungspflichten erklärt wird.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Sozialgesetzbuch II (SGB II) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 30 II.

19. Sozialversicherungsrecht

Hinsichtlich der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung (§ 7 Abs. 1 SGB IV) hat das BSG stärker noch als in früheren Entscheidungen betont, dass das arbeitsbezogene Weisungsrecht gerade bei Diensten höherer Art in den Hintergrund treten kann und die Abhängigkeit darin zum Ausdruck kommt, dass die Weisungsgebundenheit sich zu einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe im Arbeitsprozess verfeinert. Auf dieser Grundlage können auch Honorarärzte in Krankenhäusern regelmäßig abhängig Beschäftigte sein.¹²⁶

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Sozialgesetzbuch IV (SGB IV) hat in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« die Nr. 30 IV.

20. Arbeitsförderungsrecht

Bei mehrfacher Ablehnung von Arbeitsangeboten durch Arbeitslose kommen auch mehrfache Sperrzeiten (§ 159 SGB III) in Betracht. Das BSG hat allerdings klargestellt, dass, wenn die Angebote der Arbeitsagentur zeitlich so eng aufeinanderfolgen, dass sie praktisch dem Arbeitslosen gleichzeitig vorliegen, von einem einheitlichen Lebenssachverhalt auszugehen ist, sodass die Ablehnung der vorliegenden Angebote lediglich eine Sperrzeit auslösen kann.¹²⁷

Außerdem hat das BSG die leistungsrechtliche Behandlung sogenannter unwiderruflicher Freistellungen geklärt. Wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer unwiderruflich freistellt, kann dies zwar einerseits leistungsrechtliche Beschäftigungslosigkeit, andererseits aber auch Versicherungspflicht bedeuten. Als für das Arbeitslosengeld maßgebliches Bemessungsentgelt innerhalb des Bemessungsrahmens (§§ 150 ff. SGB III) ist danach auch das Entgelt zu berücksichtigen, das der Arbeitnehmer während der Zeit einer unwiderruflichen Freistellung bezogen hat.¹²⁸

IV. Rechtspolitischer Ausblick

1. Europarechtliche Impulse

a. Arbeitsbedingungen-Richtlinie

Die bisherige Nachweisrichtlinie, die im NachwG umgesetzt ist, wurde inzwischen durch die sogenannte Arbeitsbedingungenrichtlinie (EU) 2019 /1152¹²⁹ ersetzt. Die neue Richtlinie sieht neben den bislang nach der Richtlinie vorgesehenen Informationen weitere Informationspflichten in Art. 4 vor. Zudem soll der Nachweis hinsichtlich der meisten Arbeitsbedingungen bereits nach sieben Tagen des Arbeitsverhältnisses bzw. schnellstmöglich, spätestens bis zum Wirksamwerden einer Änderung erbracht werden. Zusätzliche Bedingungen für entsandte Arbeitnehmer sind ebenfalls nachweispflichtig. Werden diese Pflichten trotz Beanstandung durch den Arbeitnehmer verletzt, müssen entweder unwiderlegliche Rechtsvermutungen zugunsten des Arbeitnehmers oder ein behördliches Beschwerdeverfahren vorgesehen werden.

Neben die Nachweispflichten kommen weitere Mindestanforderungen an die Arbeitsbedingungen. Dazu gehört die Höchstdauer einer Probezeit von sechs Monaten (Art. 8), das Verbot von Ausschließlichkeitsklauseln bei Mehrfachbeschäftigungen, also Nebentätigkeitsverbot (Art. 9), Rege-

¹²⁵ BVerfG 5.11.2019 – 1 BvL 7/16, NJW 2019, 3703; dazu Greiser/Susnjar, NJW 2019, 3683 ff.; Schifferdecker/Brehm, NZS 2020, 1 ff.; Schwarz/Vogt, NDV 2019, 529 ff.

¹²⁶ BSG 4.6.2019 – B 12 R 2/18 R, NJW 2019, 3020; BSG 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R, NZA 2019, 1583; dazu Hanau, NZA 2019, 1552 ff.; Greiner, NZS 2019, 761 ff.

¹²⁷ BSG 3.5.2018 – BB 11 AL 2/17 R, NZS 2019, 219.

¹²⁸ BSG 30.8.2019 – B 11 AL 15/17 R, NZA-RR 2019, 217.

¹²⁹ V. 20.6.2019, ABl. L 186/105, dazu: Maul-Sartori, NZA 2019, 1161 ff.; Entwurf: COM (2017) 797 final, dazu: Maul-Sartori, ZESAR 2018, 369 ff.

lungen zur Mindestplanbarkeit und Missbrauchsbekämpfung bei Abrufarbeit (Art. 10 und 11), Recht, nach sechs Monaten verlässlichere und sicherere Beschäftigungsbedingungen zu beantragen (Art. 12) sowie Kostentragung des Arbeitgebers für verpflichtende Fortbildungen (Art. 13). Die vorgenannten materiellen Mindestanforderungen sind allerdings tarifdispositiv ausgestaltet gemäß Art. 14. Die Richtlinie ist bis zum 1.8.2022 umzusetzen.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Nachweisgesetz (NachwG) ist in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 29 abgedruckt.

b. Entsenderichtlinie

Aufgrund der durch die Änderungsrichtlinie (EU) 2018/957¹³⁰ geänderten Entsenderichtlinie 1996/71/EG ergibt sich die Notwendigkeit, das Entsendegesetz im Hinblick auf verschiedene Aspekte zu ändern.¹³¹ Diese Umsetzungspflicht muss bis zum 30.7.2020 erfüllt sein. Bei Redaktionsschluss dieses Beitrages gab es einen entsprechenden Referentenentwurf.¹³² Dieser sieht eine Anpassung des Katalogs der zwingend anzuwendenden Arbeitsbedingungen unter Einschluss von Regelungen über Unterkünfte sowie generell für die Entlohnung vor. Allerdings kommt eine Erstreckung tarifvertraglicher Entlohnungsvorschriften auf entsandte Arbeitnehmer nur für Mindestentgelte in Betracht. Der Begriff der Entlohnung soll künftig klar definiert werden. Entsendungszulagen, soweit sie nicht einen Kostenersatz für den Arbeitnehmer beinhalten, sondern Vergütung sind, werden auf die Entlohnung angerechnet. Klargestellt werden soll, dass das Entsenderecht grundsätzlich in Arbeitnehmerüberlassungs-Konstellationen eingreift. Außerdem werden Informationspflichten für die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung vorgeschrieben. Bei Langzeitentsendungen (über zwölf bzw. 18 Monaten, unter Berücksichtigung von Ablösungen anderer Arbeitnehmer) kommt im Wesentlichen das gesamte zwingende Arbeitsrecht zur Anwendung mit Ausnahme von Vorschriften über den Vertragsschluss und die Vertragsbeendigung sowie über die betriebliche Altersversorgung. Der verlängerte Zeitraum von 18 Monaten soll maßgeblich sein, wenn der Arbeitgeber eine Mitteilung an die nach Landesrecht zuständige Behörde sendet. Ausgeschlossen soll das Entsenderecht sein bei Erstmontage- und Einbauarbeiten bis zu acht Tagen (das galt bisher schon) sowie in Konstellationen, in denen der Arbeitnehmer nicht Dienstleistungen im Inland gegenüber Dritten erbringt, sofern dies zeitlich begrenzt ist auf

14 Tage im Einzelfall sowie in Wiederholungsfällen maximal 30 Tage innerhalb eines Zwölfmonatszeitraums. Die neue Regelung soll nicht beim Einsatz im Straßenverkehrssektor zur Anwendung kommen. Das geht zurück darauf, dass die Entsenderichtlinie für diesen Bereich nicht gilt, sondern eine besondere Regelung für den Verkehrssektor geschaffen werden soll. Die nun vorgesehene Regelung (Art. 3 Abs. 1 des geplanten Umsetzungsgesetzes) zielt auf ein Einfrieren des bisherigen Rechtszustandes, sodass das AEntG in der bis dahin geltenden Fassung weiterhin auf den Einsatz im Straßenverkehr anwendbar wäre.

c. Whistleblower-Schutz

Die Richtlinie (EU) 2019/1937 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden,¹³³ sieht einen sogenannten Whistleblower-Schutz für Hinweisgeber auf Verstöße gegen konkret in der Richtlinie benanntes Unionsrecht vor. Ausdrücklich sind auch Arbeitnehmer vom Schutzbereich umfasst. Die Richtlinie verlangt von den Mitgliedstaaten die Einrichtung interner und externer Meldekanäle. Bei den externen Meldungen besteht Anspruch auf Schutz, wenn der Whistleblower den Vorrang innerbetrieblicher Meldungen beachtet hat. Dieser Schutz umfasst den Ausschluss jedweder direkter oder indirekter Repressalien, insbesondere Kündigung oder Versagung der Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages. Die Richtlinie ist bis zum 21.12.2021 umzusetzen.

d. Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben

Inzwischen wurde die Richtlinie (EU) 2019/1158 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige angenommen.¹³⁴ Die Richtlinie ist bis zum 2.8.2022 umzusetzen. Sie sieht unter anderem Ansprüche auf Eltern- und Pflegezeiten und deren gleichberechtigte Inanspruchnahme auch durch Männer sowie individuelle Ansprüche auf Vaterschaftsurlaub bis zu zehn Arbeitstagen bei Geburt eines Kindes vor. Die Richtlinie ersetzt die bisherige Elternurlaubsrichtlinie, geht aber darüber hinaus. Alle Arbeitnehmer haben danach individuelle Ansprüche auf vier Monate bezahlter Elternzeit. Zwei Monate dürfen dabei nicht zwischen den Eltern übertragbar sein. Überdies sollen Arbeitnehmer Anspruch auf jährlich fünf Arbeitstage Freistellung für die Pflege naher Angehöriger haben, wobei eine Bezahlung für diese Tage nicht zwingend vorgesehen ist.

Die Richtlinie sieht auch ein Antragsrecht in Bezug auf flexible Arbeitszeiten vor, das mit einem Rückkehrrecht zur bisherigen Arbeitszeit verbunden werden soll. Der Arbeitgeber muss dem Antrag nicht entsprechen, eine Ablehnung oder Aufschiebung jedoch begründen.

¹³⁰ V. 28.6.2018, ABl. L 173/16; dazu *Kramer*, Gute Arbeit 10/2018, S. 31 ff.; *Gagawczuk*, DRdA 2018, 329 ff.; *Kellerbauer*, EuZW 2018, 846 ff.; *Klein/Schneider*, SR 2019, 72 ff.; *Riesenhuber*, NZA 2018, 1433; *Sura*, BB 2018, 2743 ff.; Entwurf: COM (2016) 128 final.

¹³¹ Vgl. zusammenfassend *Deinert/Kittner*, Arbeits- und Sozialrecht: Rückblick 2018, Ausblick 2019, S. 3, 15.

¹³² Referentenentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

¹³³ V. 23.10.2019, ABl. L 305/17; Vorschlag: COM (2018) 218 final; dazu *Gerdemann*, RdA 2019, 16 ff.

¹³⁴ Richtlinie (EU) 2019/1158 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates, ABl. L 188/79.

Eine Kündigung aufgrund der Inanspruchnahme der Rechte aus der Richtlinie soll ausgeschlossen werden. Derzeit gibt es noch keine konkreten Überlegungen zum Reformbedarf im nationalen Recht.

e. Grenzüberschreitende Umwandlung

Im Zuge des sog. »company law package« wurde die Richtlinie (EU) 2019/2121 angenommen, die u. a. die RL (EU) 2017/1132 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, der Vorgaben für grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen enthält, ändert.¹³⁵ Künftig wird die Richtlinie auch Regelungen zur grenzüberschreitenden Umwandlung durch Satzungssitzverlegung enthalten. Vorgesehen ist ein Bericht der Unternehmensleitung an Gesellschafter und Arbeitnehmer, unter anderem zu den Auswirkungen entsprechender Maßnahmen auf Arbeitsplätze und Situation der Arbeitnehmer. Art. 86 I RL (EU) 2017/1132 regelt, dass die Mitbestimmung bei grenzüberschreitender Umwandlung durch Sitzverlegung dem Recht des Aufnahmestaates folgt, dieses aber unter bestimmten Voraussetzungen nach einer Vorher-nachher-Betrachtung nach dem Modell der SE-Beteiligung nicht zur Anwendung kommt.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Die bisherige Richtlinie ist im Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG) geregelt, das Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 26c finden.

2. Innerstaatliche Rechtspolitik

a. Koalitionsvertrag

Wir haben im vergangenen Jahr über das ehrgeizige Programm der Großen Koalition für das Arbeits- und Sozialrecht¹³⁶ berichtet.¹³⁷ Von den dort angesprochenen Punkten sind etliche weiterhin offen. Erinnerung sei nur an

- die Reform des Befristungsrechts,
- die Schaffung von Tariföffnungsklauseln im Arbeitszeitrecht, um Experimentierräume für tarifgebundene Unternehmen zu schaffen,
- die vorsichtige Weiterentwicklung hinsichtlich der Betriebsverfassung mit Blick auf das erleichterte Wahlverfahren und die Mitwirkung bei Weiterbildung und Berufsbildung,
- die nachhaltige Ausgestaltung des Rentenversicherungssystems,

- die Grundrente, zu der sich immerhin ein Koalitionskompromiss abgezeichnet hat,¹³⁸
- die Stärkung der Teilhabe behinderter Menschen und des betrieblichen Eingliederungsmanagements,
- die Prüfung der Schaffung eines eigenständigen Gesetzes, »das die Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten am Arbeitsplatz schützt und Rechtssicherheit für den Arbeitgeber schafft«,
- die Reform der Sozialwahlen und schließlich
- die Verbesserung der pflegerischen Versorgung, die mit dem Pflgelöhneverbesserungsgesetz (s.o. I. 5.) jedenfalls zum Teil schon in Angriff genommen worden war.

b. Zukunftsdialog »Neue Arbeit – Neue Sicherheit«

Das BMAS plant im Rahmen des Zukunftsdialogs ein Reformpaket Grundsicherung, mit dem unter anderem die Prüfung der Angemessenheit der Wohnung in den ersten zwei Jahren des Grundsicherungsbezuges entfallen soll. Außerdem sollen Sanktionen teilweise entfallen.

Überdies hat der Bundesarbeitsminister im Kontext des Zukunftsdialogs ein Paket zur Stärkung der Tarifbindung angekündigt. Insoweit kommt dies auch der Entschließung des Bundesrates, der die Bundesregierung aufgefordert hat, eine Strategie zur Stärkung der Tarifbindung zu erarbeiten,¹³⁹ entgegen.

Weiterhin ist ein Transformationspaket angestrebt. Geplant ist eine Reform der arbeitsmarktpolitischen Instrumente in Bezug auf Arbeitsplatzzerhalt durch Qualifizierung und Weiterbildung. Gedacht ist insbesondere an Bildungszeiten und Bildungsteilzeiten. Neben einer Verlängerung der Kurzarbeitergeld-Bezugsdauer ist ferner eine Entlastung der Unternehmen hinsichtlich der Sozialversicherungsbeiträge im Falle einer Weiterbildung während des Kurzarbeitergeldbezuges vorgesehen.

Das BMAS hat inzwischen ein Eckpunktepapier für ein sogenanntes »Arbeit-von-morgen-Gesetz« vorgelegt, das auf eine Erweiterung und Anpassung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente mit Blick auf den Strukturwandel durch Klimaziele und Digitalisierung zielt. Danach sollen bei erheblichen Veränderungen ein Transformationszuschuss für betriebliche Qualifizierungen bei anstehenden erheblichen betrieblichen Veränderungen sowie eine Perspektivqualifizierung durch Zuschuss zu Entgelt und Lehrgangskosten im Falle der Weiterführung der Beschäftigung während einer Weiterbildung eingeführt werden. Das Recht der Förderung der Qualifizierung in Transfergesellschaften soll erweitert werden durch Vergrößerung des Kreises der Personen, die gefördert werden können, verlängerte Fördermaßnahmen sowie Anhebung der Förderung bei Einrichtung einer Transfergesellschaft durch KMU.

¹³⁵ Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABL. L 321/1; Entwurf: COM (2018) 241 final; dazu Mückl/Götte, BB 2018, 2036 ff.

¹³⁶ Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode.

¹³⁷ Deinert/Kittner, Arbeits- und Sozialrecht: Rückblick 2018, Ausblick 2019, S. 3, 16 f.

¹³⁸ Dazu Ruland, NZS 2019, 881 ff.

¹³⁹ BR-Drs. 212/19.

Weiterhin ist geplant ein Rechtsanspruch auf Förderung des Nachholens eines Berufsabschlusses. Auch das Kurzarbeitergeld soll ausgebaut werden durch die Möglichkeit des erleichterten Zugangs sowie die Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen. Die assistierte Ausbildung soll verstetigt und mit den ausbildungsbegleitenden Hilfen zusammengeführt werden. Bei Weiterbildung soll künftig eine garantierte Restbezugsdauer des Arbeitslosengeldes von drei Monaten gewährleistet sein. Schließlich soll die Regelung der Weiterbildungsprämie nach § 131 a Abs. 3 SGB III bis 2025 verlängert werden.

Da Langzeitkonten immer noch vergleichsweise wenig genutzt werden, wollen die Koalitionspartner nach dem Koalitionsvertrag prüfen, wie eine bessere Verbreitung erreicht werden kann. Im Rahmen des Zukunftsdialogs plant der Bundesarbeitsminister nun einen Ausbau persönlicher Zeitwertkonten und Auszeiten für bestimmte Zwecke, wie etwa Betreuung- und Pflegeaufgaben mit staatlicher Förderung. Für Geringverdiener schlägt das BMAS vor, dass Beiträge zur Sozialversicherung bis zu einem Betrag von 100 € monatlich aus Steuermitteln bezuschusst werden.

Schließlich soll im Sinne des individuellen Sozialschutzes das Statusfeststellungsverfahren (§ 7a SGB IV) vereinfacht und beschleunigt werden.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Sozialgesetzbuch II (SGB II) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 30 II. Arbeitsmarktpolitische Instrumente, einschließlich Kurzarbeit, sind im SGB III geregelt. Sie finden dieses unter Nr. 30 III. Zeitwertkonten sind im SGB IV ebenso geregelt wie das Statusfeststellungsverfahren zur Feststellung einer versicherungspflichtigen Beschäftigung. Dieses hat die Nr. 30 IV.

50 bahnbrechende Urteile im Arbeitsrecht



Kittner

50 Urteile

Arbeitsgerichte schreiben Rechtsgeschichte
2., bearbeitete Auflage
2020. 346 Seiten, gebunden
€ 38,-
ISBN 978-3-7663-6945-1
www.bund-verlag.de/6945

Welche bahnbrechenden Urteile haben das deutsche Arbeitsrecht nachhaltig geprägt? Michael Kittner geht dieser Frage nach und wählt 50 Entscheidungen aus, die unser Arbeitsrecht in gut 120 Jahren »bewegt« haben. Häufig sind es die Gerichte, die Weichen stellen und die Lesart vorgeben – oder wie Franz Gamillscheg sagte: »Der Richter ist der wahre Herr des Arbeitsrechts«. Keine abstrakten Rechtslehren, sondern Fälle voller Leben und Konflikte. Unterhaltsam und lehrreich. Die Neuauflage berücksichtigt aktuelle Entwicklungen in Rechtsprechung, Politik und Wissenschaft.

Stimmen zur Erstauflage

»Kittners Buch ist ein Lese- und Lernbuch. Man lernt zuallererst, warum das Arbeitsrecht ein so ungeheuer wichtiges Rechtsgebiet ist.«
Heribert Prantl in: SZ-Prantls Blick, 06.01.2019

»Ein in Idee und Anlage hochinteressantes, in der Durchführung außerordentlich ansprechendes Buch! Es macht das heutige Arbeitsrecht verständlicher und den Arbeitsrechtler »selbst-bewusster.«
Vors. Richter am BAG a.D. Professor Klaus Bepler, Berlin in: NZA 4/2019

»Das Buch ist mehr als eine Entscheidungssammlung. Es gehört in die Bibliothek jener Studierender, die Arbeitsrecht noch verstehen wollen, wie auch jedes Arbeitsrechtlers, der meint, es schon verstanden zu haben.«
Professor Dr. Dr.h.c. Ulrich Preis, Köln in: RdA 2019 Heft 2

Berufsbildungsgesetz



KITTNER STATT GOOGELN.

Der neue Kittner 2020. Immer genau
die richtige Lösung. Print & Online.

Jetzt bestellen:

www.mein-kittner.de
kontakt@bund-verlag.de
Bestellhotline 069 / 79 50 10 20

