
Bericht

Rechtsanwalt Dr. Frank Zundel*

Die Entwicklung des Arbeitsrechts 2019

Arbeitsvertragliche und individualrechtliche Entwicklungen

Der Beitrag berichtet im Anschluss an Zundel NJW 2019, 269 über neue arbeitsrechtliche Entwicklungen. Dabei steht zum einen die Judikatur des EuGH vor allem zur Einführung von Arbeitszeiterfassungssystemen und zur Urlaubsgewährung im Mittelpunkt der Betrachtung. Zum anderen geht es um die Rechtsprechung des BAG zu arbeitsvertraglichen Regelungen, dem Antidiskriminierungsrecht und Schwerbehindertenschutz sowie zu Ausschluss- und Verfallregelungen.

I. Vorbemerkung

Die gesetzgeberischen Aktivitäten im Arbeitsrecht hielten sich im Jahr 2019 in Grenzen. Dies ist wohl dem Umstand geschuldet, dass die Arbeitslosenzahlen im vergangenen Jahr mit durchschnittlich unter 2,3 Millionen einen historischen Tiefstand erreicht haben. Im Januar 2019 war das Brückenteilzeitgesetz¹ in Kraft getreten, die Beiträge in der gesetzlichen Krankenversicherung wurden wieder jeweils hälftig auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer verteilt. Durch das Qualifizierungschancengesetz wurden gesetzliche Ansprüche auf Weiterbildung und Förderung eingeführt und der Mindestlohn stieg von 8,84 Euro auf 9,19 Euro und wird ab dem Jahr 2020 (zunächst) 9,35 Euro betragen. All dies sind Faktoren, die eine Stabilität des Arbeitsrechts flankieren.

II. Aktuelle Rechtsprechung zum Individualarbeitsrecht

Unbeirrt von derlei Passivität hat sich die Rechtsprechung mit tausenden von Entscheidungen wieder alle Mühe gegeben, Unklarheiten, die die Gesetzgeber hinterließen, zu deuten und Zweifelsfragen zu klären.

1. Arbeitsvertragliche Regelungen

a) *Weisungsrecht*. So entschied etwa das LAG Berlin-Brandenburg², dass der Arbeitgeber nicht allein wegen seines arbeitsvertraglichen Weisungsrechts berechtigt sei, einem Arbeitnehmer einen Telearbeitsplatz zuzuweisen. Lehnt der Arbeitnehmer die Ausführung der Telearbeit ab, liegt deshalb nicht automatisch eine beharrliche Arbeitsverweigerung vor. Die Umstände der Telearbeit unterscheiden sich in erheblicher Weise von einer Tätigkeit, die in einer Betriebsstätte zu verrichten ist. Dass Arbeitnehmer zum Beispiel zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf an einer Telearbeit interessiert sein können, führt nicht zwangsläufig zu einer diesbezüglichen Erweiterung des Weisungsrechts.

b) *Arbeitszeit*. Besondere Aufmerksamkeit erfuhr eine Entscheidung des EuGH³ zur Arbeitszeiterfassung, die auch einige Unsicherheit auslöste. Danach seien die EU-Richtlinien dahingehend auszulegen, dass sie der Regelung eines Mitgliedstaats entgegenstünden, die nach ihrer Auslegung durch die nationalen Gerichte die Arbeitgeber nicht verpflichteten, ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann. Nicht nur im Hinblick auf eine mögliche Vertrauensarbeit stellt sich deshalb auch in Deutschland die Frage, ob

und inwieweit Arbeitgeber verpflichtet sind, Arbeitszeiterfassungssysteme einzuführen und zu unterhalten.

Wird die Arbeitszeit eines Arbeitnehmers elektronisch erfasst und zeichnet der Arbeitgeber die entsprechenden Arbeitszeitanzeige ab, kann ein Arbeitnehmer in einem Überstundenprozess der ihm obliegenden Darlegungslast für die Leistung von Überstunden schon dadurch genügen, dass er die vom Arbeitgeber abgezeichneten Arbeitsstunden und den sich ergebenden Saldo vorträgt. Darauf muss der Arbeitgeber im Rahmen der abgestuften Darlegungslast substantiiert erwidern, dass, aus welchen Gründen und in welchem Umfang die von ihm (oder einem für ihn handelnden Vorgesetzten des Arbeitnehmers) abgezeichneten Überstunden nicht geleistet wurden oder der behauptete Saldo sich durch konkret darzulegenden Freizeitausgleich vermindert hat. Andernfalls gelten die vom Arbeitnehmer vorgetragenen Arbeitsstunden als zugestanden (§ 138 III ZPO). Mit der Abzeichnung von Arbeitszeiterfassungen billigt der Arbeitgeber folglich grundsätzlich eine dort dokumentierte Überstundenleistung des Arbeitnehmers.

Dabei schließt auch Vertrauensarbeit die Vergütung von Überstunden nicht aus. Kann der Arbeitnehmer aufgrund des Umfangs der ihm zugewiesenen Arbeit Überstunden durch die Selbstbestimmung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit nicht mehr ausgleichen, sind auch diese zu vergüten.⁴ Entsendet der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer vorübergehend zur Arbeit ins Ausland, sind auch die für die Hin- und Rückreise erforderlichen Zeiten wie Arbeit zu vergüten.⁵

c) *Betriebliche Übung*. Gegenstand einer betrieblichen Übung können grundsätzlich auch Tarifverträge sein. Ist der Arbeitgeber schon durch andere Rechtsgrundlagen verpflichtet oder glaubt er irrtümlich, aufgrund einer anderen Rechtsgrundlage zur Leistungserbringung verpflichtet zu sein, kommt die Entstehung einer betrieblichen Übung nicht in Betracht. In diesem Fall kann der Arbeitnehmer nicht davon ausgehen, ihm solle eine Leistung auf Dauer unabhängig von dieser vermeintlichen Rechtspflicht gewährt werden.⁶ Dabei ist für den Anspruch aus betrieblicher Übung unerheblich, ob der betreffende Arbeitnehmer selbst schon in die Übung einbezogen wurde. Zahlt zum Beispiel ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern über Jahrzehnte hinweg übertariflich und beschränkt er seine Entgelterhöhungen nicht auf die tariflichen Entgeltbestandteile, sondern erhöht er zugleich die zusätzlich gewährten übertariflichen Vergütungsbestandteile, kommt es für das Entstehen einer betrieblichen Übung in Bezug auf den übertariflichen Gehaltsanteil allein darauf an, wie die Arbeitnehmer das Verhalten des Arbeitgebers nach

* Der Autor ist Fachanwalt für Arbeitsrecht in Mosbach/Sinsheim.

1 Preis/Schwarz NJW 2018, 3673.

2 LAG Berlin-Brandenburg Urt. v. 14.11.2018 – 17 Sa 562/18, BeckRS 2018, 34001 mAnm Stück, ArbRAktuell 2019, 47.

3 EuGH ECLI:EU:C:2019:402 = NJW 2019, 1861.

4 BAG NZA 2019, 1361 = NJW 2019, 3260 Ls.

5 BAGE 164, 57 = NZA 2019, 159 = NJW 2019, 875 Ls.

6 BAG NJW 2018, 3666.

Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände verstehen durften.⁷

Hebt ein Arbeitgeber die Gehälter von außertariflichen Angestellten über Jahre hinweg entsprechend den Tarifsteigerungen des vertraglich in Bezug genommenen einschlägigen Tarifvertrags an, dürfen diese Arbeitnehmer nur bei Vorliegen zusätzlicher, konkreter Anhaltspunkte im Verhalten des Arbeitgebers annehmen, dieser habe sich verpflichten wollen, auch in Zukunft die Gehälter stets in gleicher Weise wie bisher zu erhöhen und sich dadurch der Möglichkeit begeben, veränderten Umständen in freier Entscheidung Rechnung zu tragen. Derartige konkrete Anhaltspunkte sind in einer Gesamtschau zu bewerten.⁸

d) *Bonuszahlungen und Gratifikationen.* Tatrichterliche Erwägungen zur Anwendung von § 315 BGB im Fall einer variablen Vergütung können vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob das Berufungsgericht den Begriff der Billigkeit verkannt, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat sowie ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist. Erfolgt die Bestimmung der Leistung nach § 315 III 2 BGB durch Gestaltungsurteil, können sowohl Prozess- als auch Verzugszinsen erst ab Rechtskraft der Entscheidung verlangt werden.⁹

Ist in AGB geregelt, dass die Obergrenze für die Bemessung von Gratifikationen alle zwei Jahre überprüft wird, kann dies eine rechtliche Verpflichtung begründen, die Obergrenze regelmäßig zu überprüfen und das Ergebnis der Überprüfung mitzuteilen, denn eine Überprüfungspflicht ohne Anpassungspflicht ist keineswegs sinnlos. Durch die Klausel wird sichergestellt, dass die Überprüfung der Bemessungsobergrenze nicht vergessen wird und die Belegschaft sie einfordern kann. Dies begründet einen Legitimations- und Begründungsdruck des Arbeitgebers. Wenn vertraglich nur eine Pflicht zur Überprüfung geregelt ist, begründet dies allerdings regelmäßig noch keine rechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers, die Bemessungsobergrenze auch tatsächlich anzupassen. Für eine Anpassungspflicht müssen ergänzende Anhaltspunkte bestehen.¹⁰

e) *Mindestlohn.* Nach wie vor nicht abschließend geklärt ist, inwieweit Trinkgelder auf den Mindestlohn anzurechnen sind. Trinkgelder stellen nach *Sagan*¹¹ eine „belohnende Schenkung“ dar. Trinkgelder seien kein „Naturallohn“ und nicht Teil der Arbeitgeberleistungen. Trinkgelder seien deshalb nicht auf den Mindestlohn anzurechnen. Im Übrigen könne ein Arbeitnehmer nicht wirksam verpflichtet werden, Trinkgelder abzuführen. Kassiere der Arbeitgeber das Trinkgeld, sei dem Arbeitnehmer im Wege der Aufhebung einer Bruchteilsgemeinschaft oder nach Bereicherungsrecht ein Herausgabeanspruch zuzubilligen.

f) *Rückforderungsansprüche.* Bezüglich Ausbildungskosten sind einzelvertragliche Rückzahlungsvereinbarungen grundsätzlich zulässig. Zahlungsverpflichtungen des Arbeitnehmers, die an eine Eigenkündigung anknüpfen, können jedoch im Einzelfall gegen Treu und Glauben verstoßen. Solche Rückzahlungsklauseln sind an Art. 12 GG zu messen und können unzulässig sein, wenn die Rückzahlungspflicht nicht einem begründeten und billigen Interesse des Arbeitgebers entspricht. Die gesetzlichen Vorschriften der §§ 305 ff. BGB missbilligen dabei bereits das Stellen inhaltlich unangemessener Formulklauseln, nicht erst deren unangemessener Gebrauch im konkreten Einzelfall.¹²

Stellt sich im Nachhinein heraus, dass eine vermeintlich selbstständige Tätigkeit in Wirklichkeit als abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu qualifizieren ist, kann in der Regel nicht davon ausgegangen werden, dass die für die freie Mit-

arbeit vereinbarte Vergütung der Höhe nach auch für eine Beschäftigung als Arbeitnehmer verabredet sein sollte. In diesem Fall kann der Arbeitgeber gegebenenfalls die Rückzahlung überzahlter Honorare verlangen, wenn die im Arbeitsverhältnis geschuldete Vergütung niedriger ist als das für das freie Dienstverhältnis vereinbarte Honorar. Lassen sich Anhaltspunkte hierfür nicht finden, ist im Zweifel nach § 612 II BGB die „übliche Vergütung“ geschuldet. Bei der Rückzahlung überzahlter Honorare muss sich der Arbeitgeber im Rahmen des Bereicherungsausgleichs nach § 812 I 1 Alt. 1 BGB allerdings nicht nur die im Arbeitsverhältnis geschuldete Bruttovergütung, sondern auch die hierauf entfallenden Arbeitgeberanteile am Gesamtsozialversicherungsbeitrag anrechnen lassen.¹³

2. Befristete Arbeitsverträge

a) *Sachgrundlose Befristungen.* Das so genannte Vorbeschäftigungsverbot des § 14 II 2 TzBfG ist im Wege verfassungskonformer Auslegung einzuschränken. Das Verbot der sachgrundlosen Befristung kann insbesondere unzumutbar sein, wenn eine „Zuvorbeschäftigung“ sehr lange zurückliegt, ganz anders geartet oder von sehr kurzer Dauer war. Dafür genügt allerdings ein Zeitablauf von acht Jahren seit dem Ende der Vorbeschäftigung nicht. Insofern gibt es auch keinen Vertrauensschutz. Der Arbeitgeber kann sich also nicht darauf berufen, die Befristung im Vertrauen auf die vorangegangene Rechtsprechung des BAG vereinbart zu haben. Dieser musste bei Abschluss der Verträge die Möglichkeit in Betracht ziehen, dass die vom BAG vorgenommene Auslegung der Norm keinen Bestand haben könnte.¹⁴

Unzumutbar ist das Verbot der sachgrundlosen Befristung auch dann, wenn die Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten nicht besteht und das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht erforderlich ist, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten. Auch dies kann der Fall sein, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lange zurückliegt, ganz anders geartet oder von sehr kurzer Dauer war.¹⁵ Selbst 15 Jahre sind aber noch kein sehr langer Zeitraum in diesem Sinne.¹⁶ Eine geringfügige Nebenbeschäftigung während der Schul-, Studien- oder Ausbildungszeit kann aber die Annahme rechtfertigen, das Vorbeschäftigungsverbot sei nicht erforderlich, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten.¹⁷ Das Vorbeschäftigungsverbot steht der Vereinbarung einer Befristung ohne Sachgrund ebenfalls nicht entgegen, wenn die Laufzeit eines von den Vertragsparteien zuvor geschlossenen Arbeitsvertrags noch gar nicht begonnen hatte.¹⁸

Die den Tarifvertragsparteien durch § 14 III 3 TzBfG eröffnete Möglichkeit, die Höchstdauer der sachgrundlosen Befristung und die Anzahl der Vertragsverlängerungen abweichend von § 14 II 1 TzBfG festzulegen, gilt ebenfalls nicht unbegrenzt. Durch Tarifvertrag kann geregelt werden, dass die sachgrundlose Befristung des Arbeitsvertrags bis zur Dauer von sechs Jahren und bis zu dieser Gesamtdauer die bis zu neunmalige Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags zulässig ist. Danach kann eine tarifliche Regelung, wonach der

7 BAGE 163, 301 = NJW 2019, 385.

8 BAG NJW 2019, 2563.

9 BAGE 164, 82 = NZA 2019, 387.

10 BAG NJW 2019, 2491.

11 *Sagan* NJW 2018, 1977.

12 BAGE 164, 316 = NZA 2019, 781.

13 BAG NJW 2020, 170 (unter Nr. 16 in diesem Heft).

14 BAG NZA 2019, 700.

15 BAG NZA 2019, 1274.

16 BAG NZA 2019, 1271.

17 BAG NJW 2020, 92.

18 BAG NJW 2019, 3258.

Arbeitsvertrag bis zur Gesamtdauer von sieben Jahren ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes befristet werden kann, eine sachgrundlose Befristung nicht rechtfertigen.¹⁹

Wird innerhalb eines Konzerns eine Tochtergesellschaft ohne Änderung der rechtlichen Struktur schon bestehender Unternehmen neu gegründet, um bislang im Konzern nicht wahrgenommene wirtschaftliche Aktivitäten zu verfolgen, kann die neu gegründete Tochtergesellschaft von der erleichterten Befristungsmöglichkeit nach § 14 IIa 1 TzBfG Gebrauch machen. Die Tochtergesellschaft ist keine nach S. 2 von der erleichterten Befristungsmöglichkeit ausgenommene Neugründung im Zusammenhang mit der rechtlichen Umstrukturierung von Unternehmen und Konzernen. Die Einstandspflicht der Muttergesellschaft nach § 264 III 1 Nr. 2 HGB erfordert insofern keine Einschränkung.²⁰

Nach § 41 S. 3 SGB VI können die Arbeitsvertragsparteien, die die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze vereinbart haben, den Beendigungszeitpunkt durch Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses – gegebenenfalls auch mehrfach – hinausschieben. § 41 S. 3 SGB VI ist jedenfalls insoweit unionsrechtskonform, als die Vorschrift das Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts ohne Änderung der sonstigen Arbeitsbedingungen ermöglicht. Eine Vereinbarung über das Hinausschieben des auf das Erreichen der Regelaltersgrenze bezogenen Beendigungszeitpunkts des Arbeitsverhältnisses iSv § 41 S. 3 SGB VI erfordert also keinen Sachgrund iSv § 14 I TzBfG.²¹

b) *Befristungen mit Sachgrund.* Bei programmgestaltenden Mitarbeitern von Rundfunkanstalten kann eine Befristung wegen der Eigenart der Arbeitsleistung sachlich gerechtfertigt sein. Allerdings rechtfertigt allein der nach Art. 5 I 2 GG durch die Rundfunkfreiheit geschützte Freiraum der Rundfunkanstalt bei der Wahl des Arbeitsvertragsinhalts die Befristung nicht. Die Sachgrundprüfung erfordert vielmehr eine Interessenabwägung, bei der die Belange der Rundfunkanstalt und das Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers im Einzelfall abzuwägen sind. Dabei ist auch eine langjährige programmgestaltende Tätigkeit als freier Mitarbeiter bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen.²²

Arbeitgeber können sich nicht dadurch beliebig Befristungsmöglichkeiten verschaffen, dass sie im Wesentlichen unveränderte Daueraufgaben in organisatorisch eigenständige Projekte aufteilen. Bei einer Projektbefristung muss es sich um eine auf vorübergehende Dauer angelegte und gegenüber den Daueraufgaben des Arbeitgebers abgrenzbare Zusatzaufgabe handeln. Daueraufgaben können aber nicht ausschließlich anhand des Betriebszwecks beschrieben werden. So macht zum Beispiel alleine die kontinuierliche Durchführung von Projektaktivitäten im Bereich der Entwicklungshilfe einzelne Projekte in diesem Bereich noch nicht zu Daueraufgaben.²³

c) *Befristung einzelner Arbeitsbedingungen.* Bereits im Jahr 2018 hatte das BAG klargestellt, dass die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen nicht nach § 14 TzBfG zu prüfen ist, sondern vielmehr der Inhaltskontrolle nach § 307 I BGB unterliegt.²⁴ Dies wurde vom 7. Senat nun noch einmal in einem Sonderfall bekräftigt. Bei der befristeten Beschäftigung eines Bademeisters vom 1.4. bis zum 31.10. eines Kalenderjahres handele es sich nicht um eine Vielzahl befristeter Arbeitsverhältnisse für die künftigen Jahre. Vielmehr sei das Arbeitsverhältnis unbefristet. Lediglich die Arbeits- und Vergütungspflicht sei auf die Monate April bis Oktober eines jeden Jahres begrenzt. Diese Vereinbarung sei auch wirksam. Der Arbeitnehmer werde dadurch nicht unangemessen benachteiligt, da der Arbeitgeber bei Abschluss des Arbeitsvertrags davon ausgehen durfte, nur während der Badesaison Beschäftigungsbedarf für den Arbeitnehmer zu haben.²⁵

3. Teilzeitbeschäftigung und Gleichbehandlung

Eine tarifvertragliche Bestimmung, nach der ein Anspruch auf Mehrarbeitszuschläge erst besteht, wenn die für eine Vollzeittätigkeit maßgebende Stundenzahl überschritten wird, verstößt gegen § 4 I TzBfG. Teilzeitbeschäftigte würden benachteiligt, wenn die Zahl der Arbeitsstunden, von der ab ein Anspruch auf Mehrarbeitsvergütung entsteht, nicht proportional zu ihrer vereinbarten Arbeitszeit vermindert würden. Für den Vergleich von Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigten ist nicht auf die Gesamtvergütung abzustellen. Vielmehr sind die einzelnen Entgeltbestandteile isoliert zu betrachten.²⁶

Möchte ein Arbeitgeber den Antrag auf Verlängerung der Arbeitszeit in der Elternzeit und deren Verteilung ablehnen, muss er die Ablehnung mit einer schriftlichen Begründung versehen. Dies erfordert die Einhaltung der Schriftform des § 126 I BGB, also die Unterzeichnung durch eigenhändige Namensunterschrift. In dem Ablehnungsschreiben muss er die Tatsachen mitteilen, die für die Ablehnung maßgeblich sind, ohne dass es einer schlüssigen oder substantiierten Darlegung bedarf. Klagt ein Arbeitnehmer auf Zustimmung zu einer zuvor erfolglos beantragten Teilzeitbeschäftigung während der Elternzeit, kann der Arbeitgeber im Prozess nur solche entgegenstehende Gründe einwenden, auf die er sich bereits in einem form- und fristgerechten Ablehnungsschreiben berufen hat.²⁷

Eine tarifvertragliche Regelung, die für Nachtarbeit einen Zuschlag von 50 % zum Stundenlohn vorsieht, während Nachtarbeit im Schichtbetrieb lediglich mit einem Zuschlag von 15 % vergütet wird, stellt Nachtschicht-Arbeitnehmer gegenüber Arbeitnehmern, die außerhalb von Schichtsystemen Nachtarbeit leisten, gleichheitswidrig schlechter. Eine gleichheitswidrige Ungleichbehandlung kann für die Vergangenheit nur durch eine „Anpassung nach oben“ beseitigt werden.²⁸

4. Antidiskriminierung

Die erste Alternative von § 9 I AGG ist mit den unionsrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar und muss unangewendet bleiben. Die zweite Alternative dagegen ist unionsrechtskonform dahin auszulegen, dass eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung bei der Beschäftigung durch Religionsgemeinschaften etc. zulässig ist, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung nach der Art der Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.²⁹

Auch tarifvertragliche Urlaubstaffelungen wie die des BAT können gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 I iVm § 1 AGG verstoßen. Die nicht gerechtfertigte unmittelbare Benachteiligung führt im Wege einer „Anpassung nach oben“ dazu, dass etwa beim BAT die benachteiligten Arbeitnehmer bereits vor Vollendung ihres 50. Lebensjahres in jedem Kalenderjahr Anspruch auf 33 Arbeitstage Urlaub haben. Gerät der Arbeitgeber mit der Urlaubsgewährung in Verzug, tritt

19 BAG NZA 2019, 1223.

20 BAG NJW 2020, 96.

21 BAG NJW 2019, 1322.

22 BAG NJW 2019, 948.

23 BAG NJW 2019, 1697.

24 Vgl. zB BAG NJW 2018, 2815.

25 BAG Urt. v. 19.11.2019 – 7 AZR 582/17 (bisher liegt nur die Pressemit. vor).

26 BAG NZA 2019, 790.

27 BAGE 164, 307 = NJW 2019, 1544.

28 BAGE 162, 230 = NZA 2019, 622.

29 BAGE 164, 117 = NZA 2019, 455.

an die Stelle des Urlaubsanspruchs ein auf bezahlte Freistellung gerichteter Ersatzurlaubsanspruch. Nach § 286 II Nr. 3 BGB tritt Verzug ein, ohne dass es einer Mahnung bedarf, wenn der Arbeitgeber die Gewährung des Urlaubs ernsthaft und endgültig verweigert.³⁰

„Altersabstandsregelungen“ wie zum Beispiel die Verringerung der Witwenrente bei einem Altersunterschied von mehr als zehn Jahren können hingegen nach § 10 S. 1 und 2 AGG sachlich gerechtfertigt sein, obwohl sie eine unmittelbare Benachteiligung bewirken. Solche Altersabstandsklauseln wurden vom BAG als angemessen und erforderlich iSv § 10 S. 2 AGG gehalten. Bei einem Altersunterschied von mehr als zehn Jahren sei der gemeinsame Lebenszuschnitt der Ehegatten noch typischerweise darauf angelegt, dass der jüngere Ehepartner einen größeren Lebensabschnitt ohne den Versorgungsberechtigten und deshalb ohne die mit dessen Einkommenssituation verbundene Versorgungsmöglichkeit verbringe.³¹ Auch eine „Späthehenklausel“ in einer Versorgungsordnung, die den Anspruch auf eine Hinterbliebenenversorgung ausschließt, wenn die Ehe nach der Vollendung des 62. Lebensjahres des Versorgungsberechtigten geschlossen werde, könne nach § 10 S. 2 AGG angemessen sein, allerdings nur, wenn der Ausschluss der Hinterbliebenenversorgung an ein betriebsrentenrechtliches Strukturprinzip wie etwa das Erreichen der festen Altersgrenze, den Eintritt eines Versorgungsfalles oder das Ende des Arbeitsverhältnisses anknüpfe.³²

5. Schwerbehindertenschutz

Schwerbehinderte Menschen können eine Beschäftigung entsprechend ihrer gesundheitlichen Situation verlangen. Dies gibt Schwerbehinderten jedoch keine Beschäftigungsgarantie. Der Arbeitgeber kann eine unternehmerische Entscheidung treffen, welche den bisherigen Arbeitsplatz der Schwerbehinderten durch eine Organisationsänderung entfallen lässt. Der besondere Beschäftigungsanspruch ist dann erst bei der Prüfung etwaiger Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten auf einem anderen freien Arbeitsplatz zu berücksichtigen. Jedenfalls muss eine behinderungsgerechte Einrichtung eines freien Arbeitsplatzes vorgenommen werden. Einen Anspruch auf Schaffung eines zusätzlichen Arbeitsplatzes hat der Schwerbehinderte jedoch nicht.³³ Klargestellt hat der 8. Senat des BAG allerdings noch einmal, dass der Verstoß des Arbeitgebers gegen Vorschriften, die Verfahrens- oder Förderpflichten zugunsten Schwerbehinderter enthalten, grundsätzlich ein Indiz iSv § 22 AGG darstellt, das mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lässt, dass der Schwerbehinderte wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt wurde.³⁴ Dabei sind zum Beispiel nach § 82 S. 2 SGB IX aF aber nur öffentliche Arbeitgeber verpflichtet, Schwerbehinderte zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Als öffentliche Arbeitgeber gelten nur solche Körperschaften des öffentlichen Rechts, die ihren Status durch staatlichen Hoheitsakt verliehen erhielten.

Gegenüber einem Schwerbehinderten kann der Arbeitgeber nach § 81 IV 1 SGB IX aF verpflichtet sein, an einer Maßnahme der stufenweisen Wiedereingliederung in das Erwerbsleben mitzuwirken und den Arbeitnehmer entsprechend den Angaben im ärztlichen Wiedereingliederungsplan zu beschäftigen. Dies setzt voraus, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber eine ärztliche Bescheinigung des behandelnden Arztes vorlegt, die ordnungsgemäß nach den Vorschriften des Sozialrechts auf dem Vordruck der Sozialversicherungsträger erstellt worden ist. Aus dieser muss für den Arbeitgeber hinreichend deutlich hervorgehen, dass mit der Durchführung des Wiedereingliederungsplans eine betrieblich nutzbare Tätigkeit wieder erlangt werden kann.

Die Bescheinigung muss Angaben enthalten zu Art und Weise der empfohlenen Beschäftigung, zu etwaigen Beschäftigungsbeschränkungen, zum Umfang der täglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit, zur Dauer der Maßnahme und eine Prognose, wann voraussichtlich die Wiederaufnahme der Tätigkeit erfolgt. Hat der Arbeitnehmer eine sol-

che Bescheinigung vorgelegt, ist der Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet, den Arbeitnehmer entsprechend den Angaben im ärztlichen Wiedereingliederungsplan zu beschäftigen. Verletzt der Arbeitgeber diese Pflicht, kann er zum Schadensersatz verpflichtet sein.³⁵

6. AGG-Hopping

Die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs nach § 15 I AGG wie auch einer Entschädigung nach § 15 II AGG durch einen erfolglosen Bewerber kann dem „durchgreifenden Rechtsmissbraucheinwand“ nach § 242 BGB ausgesetzt sein. Eine solche Rechtsmissbräuchlichkeit ist anzunehmen, wenn sich aufgrund einer Würdigung aller Umstände des Einzelfalles ergibt, dass der Bewerber eine Absage mit dem ausschließlichen Ziel, die Voraussetzungen für die Zahlung eines Schadensersatzes oder einer Entschädigung zu schaffen, provoziert hat.³⁶

Metz³⁷ ist gar der Auffassung, ein AGG-Hopper könne sich wegen Betrugs und Erpressung in Versuch oder Vollendung strafbar machen. Anknüpfungspunkt sei dabei nicht schon die Bewerbung, wohl aber das nachfolgend rechtsmissbräuchliche Verlangen eines Schadensersatzes oder einer Entschädigung. Die Geltendmachung von Forderungen beinhaltet gegebenenfalls die konkludente Täuschung, dass dem Anspruch keine rechtshindernden Einwendungen entgegenstünden. Tatsächlich bestehe aber der Einwand des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB. Die Ernsthaftigkeit der Bewerbung sei zwar nicht mehr Anspruchsvoraussetzung, wohl aber Grundlage dieser Einwendung. Drohe der AGG-Hopper mit der gerichtlichen Geltendmachung, um seinem unberechtigten Verlangen Nachdruck zu verleihen, komme gar eine Strafbarkeit wegen versuchter Erpressung in Betracht.

Sehr überzeugend scheint dies indes nicht, denn nach dieser Auffassung müsste ja auch außerhalb des AGG die unberechtigte Geltendmachung von Forderungen jedenfalls dann strafbar sein, wenn dem Anspruchsteller die Zweifelhaftheit der Durchsetzbarkeit seiner Forderung klar sein müsste, was ja auch durchaus Auswirkungen auf die Anwaltschaft haben könnte.

7. Urlaubsrecht

Große Veränderungen brachte eine Entscheidung des EuGH zur Urlaubsgewährung.

a) *Urlaubsantrag, Untergang und Schadensersatz.* Danach ist es mit europäischem Recht nicht vereinbar, wenn ein Arbeitnehmer, der im Bezugszeitraum keinen Antrag auf Wahrnehmung seines Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub gestellt habe, am Ende des Bezugszeitraums die ihm zustehenden Urlaubstage und dementsprechend seinen Anspruch auf eine finanzielle Vergütung für den bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommenen Urlaub verliere, und zwar automatisch und ohne vorherige Prüfung, ob er vom Arbeitgeber zum Beispiel durch angemessene Aufklärung tatsächlich in die Lage versetzt worden sei, diesen Anspruch wahrzunehmen. Maßgeblich sei, ob der Arbeitgeber mit aller gebotenen Sorgfalt gehandelt habe, um den Arbeitnehmer tatsächlich in die Lage zu versetzen, den ihm nach dem Unionsrecht zustehenden bezahlten Jahresurlaub zu nehmen.³⁸

Dies wurde vom 9. Senat des BAG zeitnah umgesetzt. Danach erlischt der Anspruch eines Arbeitnehmers auf bezahl-

30 BAG NZA 2019, 634.

31 BAG NJW 2019, 3801.

32 BAG NZA 2019, 997.

33 BAG NJW 2019, 3538.

34 BAG NJW 2019, 3801.

35 BAG NZA 2019, 1348.

36 BAG NZA 2019, 527.

37 Metz NZA 2019, 876.

38 EuGH ECLI:EU:C:2018:874 = NJW 2019, 495 – Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften.

ten Jahresurlaub in der Regel nur dann am Ende des Kalenderjahres, wenn der Arbeitgeber ihn zuvor über seinen konkreten Urlaubsanspruch und die Verfallfristen belehrt und der Arbeitnehmer den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat. Nach Maßgabe des § 7 I 1 BUrlG sei es zwar dem Arbeitgeber vorbehalten, die zeitliche Lage des Urlaubs unter Berücksichtigung der Urlaubswünsche des Arbeitnehmers festzulegen. Diese Vorschrift zwingt den Arbeitgeber zwar nicht, dem Arbeitnehmer von sich aus Urlaub zu gewähren. Allerdings obliege ihm unter Beachtung von Art. 7 I der Arbeitszeitrichtlinie die Initiativlast für die Verwirklichung des Urlaubsanspruchs. Der Arbeitgeber sei gehalten, „konkret und in völliger Transparenz“ dafür zu sorgen, dass der Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage sei, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, indem er ihn erforderlichenfalls förmlich auffordere, dies zu tun. Der Arbeitgeber habe klar und rechtzeitig mitzuteilen, dass der Urlaub am Ende des Bezugszeitraums oder eines Übertragungszeitraums verfalle, wenn der Arbeitnehmer ihn nicht nehme. Ein Verfall tritt also nur dann ein, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor konkret aufgefordert hat, den Urlaub zu nehmen und ihn klar und rechtzeitig darauf hingewiesen hat, dass der Urlaub andernfalls mit Ablauf des Übertragungszeitraums erlischt.³⁹

Auch bezüglich eines Zusatzurlaubs eines Schwerbehinderten gem. § 125 SGB IX aF ist der Arbeitgeber zu einem entsprechenden Hinweis verpflichtet. Kommt der Arbeitgeber seinen Informations- und Hinweispflichten nicht nach, hat der Arbeitnehmer einen Schadensersatzanspruch in Form des Ersatzurlaubs, der sich mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach § 251 I BGB in einen Abgeltungsanspruch umwandelt.⁴⁰

Soweit der vertragliche Mehrurlaub betroffen ist, sind die Arbeitsvertragsparteien befugt, die Obliegenheiten des Arbeitgebers abweichend von den Vorgaben des Bundesurlaubsgesetzes auszugestalten. Für einen solchen Regelungswillen müssen aber deutliche Anhaltspunkte vorliegen. Fehlen diese, ist von einem Gleichlauf des gesetzlichen Urlaubsanspruchs und des Anspruchs auf den arbeitsvertraglichen Mehrurlaub auszugehen.⁴¹ Auch die Tarifvertragsparteien können Mehrurlaubsansprüche frei regeln. Dies schließt die Befugnis ein, zu bestimmen, dass der tarifliche Mehrurlaub am Ende des Jahres oder eines Übertragungszeitraums verfällt, ohne dass der Arbeitgeber zuvor seinen Mitwirkungsobliegenheiten entsprochen hat.

Der Urlaubsanspruch ist dabei nicht allein auf die Freistellung des Arbeitnehmers von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung gerichtet. Das Gesetz verlangt darüber hinaus, dass die Zeit der Freistellung von der Arbeit „bezahlt“ sein muss. Aus diesem Grund erteilt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nur dann wirksam Urlaub, wenn er ihm die Arbeitsvergütung vor Antritt des Urlaubs ausbezahlt oder vorbehaltlos zusagt. Zahlt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer das Urlaubsentgelt nicht vor Urlaubsantritt aus, ist die Urlaubserteilung des Arbeitgebers nach Treu und Glauben in der Regel so zu verstehen, dass der Arbeitgeber damit zugleich streitlos stellt, dass er für den gewährten Urlaub dem Grunde nach zur Zahlung von Urlaubsentgelt nach den gesetzlichen Vorgaben und etwaigen arbeitsvertraglichen Vereinbarungen verpflichtet ist.⁴²

Die in Entgeltabrechnungen enthaltenen Mitteilungen einer bestimmten Anzahl von Urlaubstagen können zwar ein „tatsächliches Anerkenntnis“ iSd § 212 BGB enthalten. Auch die von Dritten im Auftrag des Arbeitgebers erstellten Entgelt-

abrechnungen können dem Arbeitgeber nach den Grundsätzen der Rechtsscheinvollmacht als eigene Handlungen zuzurechnen sein. Solchen Entgeltabrechnungen kommt in aller Regel aber nicht der Bedeutungsgehalt zu, der Arbeitgeber wolle den ausgewiesenen Urlaub auch dann gewähren, wenn er ihn nicht schuldet.⁴³ Eine Erklärung, mit der der Arbeitgeber einen Urlaubsantrag genehmigt, ist demzufolge regelmäßig allein auf die Erfüllung des Anspruchs des Arbeitnehmers auf bezahlten Erholungsurlaub gerichtet. Die Angaben zu „vorhandenen“ und „verbleibenden“ Urlaubstagen in einem vom Arbeitgeber zur Beantragung und Genehmigung von Urlaub verwendeten Formular haben regelmäßig demzufolge allein eine Hinweis- und Dokumentationsfunktion. Der Arbeitnehmer kann regelmäßig nicht annehmen, es handle sich um eine Bestätigung auf Veränderung der Rechtslage gerichtete Willenserklärung im Sinne eines deklaratorischen oder konstitutiven Schuldanerkenntnisses.⁴⁴

Auch die in einer Urlaubsliste enthaltene Mitteilung einer bestimmten Anzahl von Urlaubstagen stellt regelmäßig eine Wissens- und keine rechtsgestaltende Willenserklärung des Arbeitgebers dar. Ihr kommt in aller Regel nicht der Bedeutungsgehalt zu, der Arbeitgeber wolle den ausgewiesenen Urlaub auch dann gewähren, wenn er ihn nicht schuldet.⁴⁵

Nach § 3 I BUrlG beläuft sich der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub bei einer gleichmäßigen Verteilung der Arbeit auf sechs Tage in der Woche auf 24 Werktage. Ist die Arbeitszeit eines Arbeitnehmers auf weniger oder mehr als sechs Arbeitstage in der Kalenderwoche verteilt, muss die Anzahl der Urlaubstage unter Berücksichtigung der für das Urlaubsjahr maßgeblichen Arbeitsrhythmen berechnet werden, um für alle Arbeitnehmer eine gleichwertige Urlaubsdauer zu gewährleisten (24 Werktage x Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht : 312 Werktage⁴⁶). Dabei ist die Freistellungsphase eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses mit „null“ Arbeitstagen in Ansatz zu bringen.⁴⁷ Um bei einem unterjährigen Arbeitszeitwechsel ebenfalls für alle Arbeitnehmer eine gleichwertige Urlaubsdauer zu sichern, ist die Anzahl der Urlaubstage unter Berücksichtigung der für den Bezugszeitraum maßgebenden Verteilung der Arbeitszeit auf die Wochentage zu ermitteln. Bei einem unterjährigen Wechsel der Anzahl der Arbeitstage ist der Gesamtjahresurlaubsanspruch also über das betreffende Kalenderjahr unter Berücksichtigung der einzelnen Zeiträume der Beschäftigung umzurechnen.⁴⁸

b) *Urlaub und Elternzeit.* In der Elternzeit führt die Kürzung des Urlaubs nach § 17 I 1 BEEG zu einer Anpassung der Urlaubsdauer an die während der Elternzeit ausgesetzte Arbeitspflicht. Sie ist damit Ausdruck des im gesamten Urlaubsrecht anwendbaren allgemeinen Rechtsgedankens, dass der Umfang des Urlaubs während des Urlaubsjahres zur bestehenden Arbeitspflicht ins Verhältnis zu setzen ist. Der Arbeitgeber kann das Kürzungsrecht nach § 17 I 1 BEEG nur durch Abgabe einer rechtsgeschäftlichen, empfangsbedürftigen Erklärung ausüben. Die Anpassung tritt weder automatisch noch durch einen Realakt des Arbeitgebers ein. Sie kann weder vor der Erklärung des Arbeitnehmers, Elternzeit in Anspruch zu nehmen, noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgen.⁴⁹

c) *Anspruchsübergang auf die Erben.* Ebenfalls von ganz erheblicher Tragweite war die Entscheidung des *EuGH* zu Urlaubsansprüchen verstorbener Arbeitnehmer. Beim Tod

39 BAG NJW 2019, 2643 und NZA 2019, 982.

40 LAG Niedersachsen NZA 2019, 475 (nrkr).

41 BAG NJW 2019, 3739.

42 BAG NZA 2019, 1581.

43 BAG NJW 2019, 2640.

44 BAG NJW 2019, 3669 Ls.

45 BAG NJW 2019, 3739.

46 Vgl. BAG NZA 2019, 1435 = NJW 2019, 3742 Ls.

47 BAG Urt. v. 24.4.2019 – 9 AZR 481/18.

48 BAG NJW 2019, 171.

49 BAG NJW 2019, 2719.

eines Arbeitnehmers geht dessen noch nicht genommener Urlaub als Urlaubsabgeltungsanspruch auf seine Erben über. Entgegenstehende nationale Vorschriften sind unangewendet zu lassen. Vielmehr haben die nationalen Gerichte dafür Sorge zu tragen, dass der Rechtsnachfolger von dem Arbeitgeber eine finanzielle Vergütung für den von dem Arbeitnehmer erworbenen und vor seinem Tod nicht mehr genommenen bezahlten Jahresurlaub erhält.⁵⁰ Auch dies wurde vom 9. Senat des BAG zeitnah umgesetzt. Endet das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers, haben dessen Erben nach § 1922 I BGB iVm § 7 IV BUrlG Anspruch auf Urlaubsabgeltung. Dieser Abgeltungsanspruch umfasst auch einen etwaigen Zusatzurlaub für Schwerbehinderte sowie die Mehrurlaubsansprüche.⁵¹ Bezüglich der Mehrurlaubsansprüche ist es den Arbeitsvertragsparteien erlaubt, festzulegen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der Anspruch auf Abgeltung des arbeitsvertraglichen Mehrurlaubs in die Erbmasse fällt und deshalb den Erben des verstorbenen Arbeitnehmers zusteht.

Aus dem Grundsatz der Universalsukzession folgt allerdings, dass der Anspruch der Erben auf Urlaubsabgeltung gemäß einer tarifvertraglichen Ausschlussfrist verfallen kann, wenn er nicht rechtzeitig geltend gemacht wird, sofern die Ausschlussfrist den Urlaubsabgeltungsanspruch erfasst und der Arbeitnehmer aufgrund bestehender Tarifgebundenheit bei seinem Fortleben zur Meidung des Verfalls des Anspruchs hätte wahren müssen. Der Abgeltungsanspruch der Erben entsteht mit der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses und wird grundsätzlich gleichzeitig fällig.⁵²

8. Rücksichtnahmepflicht

Ohnehin sind die Arbeitsvertragsparteien nach § 241 II BGB gehalten, die wechselseitigen Interessen so zu wahren, wie dies unter Berücksichtigung der Interessen und Belange beider Vertragsparteien nach Treu und Glauben verlangt werden kann. Danach kann zum Beispiel ein Arbeitgeber bei einer Schädigung durch einen Dritten grundsätzlich verpflichtet sein, vorrangig diesen Dritten in Anspruch zu nehmen, bevor er Ansprüche gegenüber dem mitverantwortlichen Arbeitnehmer geltend macht. Dies setzt allerdings voraus, dass es dem geschädigten Arbeitgeber bei klarer Rechtslage ohne Weiteres möglich ist, den eigentlichen Schädiger mit rechtlichem und wirtschaftlichem Erfolg in Anspruch zu nehmen.⁵³

Überlässt der Arbeitgeber bei einer dienstlich veranlassten Reise dem Arbeitnehmer die Wahl der Reisemittel und des Reiseverlaufs, ist der Arbeitnehmer aufgrund seiner Rücksichtnahmepflicht verpflichtet, das kostengünstigste Verkehrsmittel bzw. den kostengünstigsten Reiseverlauf zu wählen. Dies ist bei Flügen in der Regel ein Direktflug in der Economy-Class, es sei denn, ein solcher wäre wegen besonderer Umstände dem Arbeitnehmer nicht zuzumuten. Die Darlegungs- und Beweislast für die Erforderlichkeit von Reisezeiten als Voraussetzung des Vergütungsanspruchs trägt dabei der Arbeitnehmer.⁵⁴

9. Annahmeverzug

Beruft sich der Arbeitgeber gegenüber einem Anspruch des Arbeitnehmers aus Annahmeverzug auf dessen Leistungsunfähigkeit, erhebt er damit eine Einwendung, für die er darlegungs- und beweisbelastet ist. Verlangt der Arbeitnehmer nach § 280 I iVm § 241 II BGB Vergütung als Schadensersatz mit der Begründung, der Arbeitgeber habe es schuldhaft versäumt, ihm einen leidensgerechten Arbeitsplatz außerhalb der bisher übertragenen Tätigkeit zuzuweisen, muss

er darlegen und beweisen, dass ein vorhandenes Leistungsvermögen den Anforderungen an die beanspruchte andere Tätigkeit genügt. Hierauf muss sich der Arbeitgeber im Rahmen der sekundären Behauptungslast substantiiert einlassen und darlegen, aus welchen Gründen eine Beschäftigung zu den vorgeschlagenen Bedingungen nicht in Betracht kommt. Dieser primären Darlegungs- und Beweislast kann der Arbeitgeber grundsätzlich auch dadurch genügen, dass er sich auf eine betriebsärztliche Stellungnahme über die Leistungsunfähigkeit des Arbeitnehmers beruft. Dabei handelt es sich aber nur um ein Privatgutachten, das als qualifizierter Parteivortrag zu werten ist.⁵⁵

10. Ausschluss- und Verfallregelungen

Die Vereinbarung von Ausschlussfristen entspricht einer weit verbreiteten Übung im Arbeitsleben. Eine einzelvertragliche Verfallfrist, die eine Geltendmachung innerhalb eines Zeitraums von mindestens drei Monaten verlangt, begegnet in AGB-rechtlicher Hinsicht keinen Bedenken. Handelt es sich um einen Altvertrag, verbleibt es bei der von § 3 S. 1 MiLoG vorgesehenen Teilunwirksamkeit einer überschießenden Verfallklausel (dynamische Transparenzanforderung).

Eine solche Ausschlussfristenregelung ist auch nicht intransparent, wenn tarifliche Ansprüche und Ansprüche aus Betriebsvereinbarungen in ihr nicht ausdrücklich ausgenommen werden. Zur Geltendmachung im Sinne von Ausschlussfristen gehört, die andere Seite zu Erfüllung des Anspruchs aufzufordern. Der Anspruchsteller muss unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass er Inhaber einer bestimmten Forderung ist und auf deren Erfüllung besteht. Die Geltendmachung setzt voraus, dass der Anspruch seinem Grunde nach hinreichend deutlich bezeichnet und die Höhe des Anspruchs sowie der Zeitraum, für den er verfolgt wird, mit der für den Schuldner notwendigen Deutlichkeit ersichtlich gemacht wird. Die Art des Anspruchs sowie die Tatsachen, auf die der Anspruch gestützt wird, müssen erkennbar sein.

Die Berufung auf eine Ausschlussfrist stellt eine gegen Treu und Glauben verstoßende und damit nach § 242 BGB unzulässige Rechtsausübung dar, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer von der Geltendmachung des Anspruchs bzw. der Einhaltung der Ausschlussfrist abgehalten hat. In einem solchen Fall setzt er sich in Widerspruch zu seinem eigenen früheren Verhalten, wenn er zunächst die Untätigkeit des Vertragspartners veranlasst und dann aus dieser Untätigkeit einen Vorteil für sich ziehen will, indem er sich auf den Verfall von Ansprüchen beruft. Ob ein solcher Fall vorliegt, ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu entscheiden.

Der Lauf einer arbeitsvertraglichen Ausschlussfrist zur schriftlichen Geltendmachung von Ansprüchen ist bei schwebenden Verhandlungen nicht in analoger Anwendung nach § 203 S. 1 BGB für die Dauer dieser Verhandlungen gehemmt. Im Gegensatz zu einer Ausschlussfristenregelung mit dem Erfordernis einer gerichtlichen Geltendmachung nimmt eine solche Verfallklausel nicht auf einen vom Verjährungsrecht zur Hemmung der Verjährung zur Verfügung gestellten Tatbestand Bezug. Mangels Ähnlichkeit und Funktion und faktischer Wirkung ist der Regelungsgehalt von § 203 S. 1 BGB auf eine solche Verfallklausel nicht übertragbar.⁵⁶

Eine vom Arbeitgeber vorformulierte arbeitsvertragliche Verfallklausel, die entgegen § 3 S. 1 MiLoG auch den gesetz-

50 EuGH ECLI:EU:C:2018:871 = NJW 2019, 499 – Bauer.

51 BAG NJW 2019, 2046.

52 BAG NZA 2019, 985.

53 BAG NZA 2019, 44.

54 BAGE 164, 57 = NZA 2019, 159 = NJW 2019, 875 Ls.

55 BAG NJW 2019, 171.

56 BAG NJW 2019, 2340.

lichen Mindestlohn erfasst, verstößt gegen das Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB und ist insgesamt unwirksam, wenn der Arbeitsvertrag nach dem 31.12.2014 geschlossen wurde. § 3 S. 1 MiLoG schränkt nach dieser Entscheidung des 9. *Senats* des BAG die Anwendung der §§ 306, 307 I 2 BGB nicht ein.⁵⁷ Damit liegt das Urteil auf der Linie des 5. *Senats* des BAG.⁵⁸

Bei der Bezugnahme auf kirchliche Arbeitsvertragsregelungen (AVR) werden deren Ausschlussfristenregelungen zwar zum Bestandteil des Arbeitsvertrags. Diese sind jedoch „wesentliche Arbeitsbedingungen“ iSv § 2 I 1 NachweisG. Die bloße Bezugnahme auf die AVR genügt daher für deren Anwendbarkeit nicht. Weist der kirchliche Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Ausschlussfristen nicht im Volltext nach, kann der Arbeitnehmer gegebenenfalls im Wege des Schadensersatzes verlangen, so gestellt zu werden, als ob er die Frist nicht versäumt hätte.⁵⁹

Dem aufgrund einer Ausschlussklausel grundsätzlich eintretende Verfall von Ansprüchen steht im Übrigen der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) entgegen, wenn der Arbeitgeber, an objektiven Maßstäben gemessen, den Eindruck erweckt hat, der Arbeitnehmer könne darauf vertrauen, dass der Anspruch auch ohne Wahrung einer geltenden Ausschlussfrist erfüllt werde. Treuwidrigkeit kann dabei vorliegen, wenn zum Beispiel ein zum Schadensersatz verpflichteter Arbeitnehmer, der durch Vertuschung seiner Verfehlungen eine zeitnahe Aufdeckung einzelner Vertragsverstöße verhindert hat, noch vor Ablauf der Ausschlussfrist den Schadensersatzanspruch dem Grunde nach anerkennt und zum Ausdruck bringt, alles tun zu wollen, um bestehende Ansprüche zu erfüllen bzw. eine vergleichsweise Regelung herbeizuführen.⁶⁰

11. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

Die für nachvertragliche Wettbewerbsverbote gesetzlich vorgesehene Schriftform dient vor allem der Warnfunktion. Ein

unter Verstoß gegen dieses Schriftformerfordernis vereinbartes Wettbewerbsverbot ist nichtig. Der Arbeitnehmer soll vor übereilten Entschlüssen bewahrt werden. Deshalb unterliegt auch ein entsprechender Vorvertrag der gesetzlichen Schriftform. Die nachvertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen und der Anspruch auf eine Karenzentschädigung hängen zunächst von der Entscheidung des Arbeitgebers ab. Besteht dafür kein anerkanntes Interesse, gebietet es der Schutz des Arbeitnehmers, ihm ein Wahlrecht einzuräumen.⁶¹

III. Fazit

Vor allem durch die Judikatur des *EuGH* sind einige grundlegende Weichenstellungen vorgenommen worden, insbesondere zu der Pflicht der Einführung von Arbeitszeiterfassungssystemen, der Gleichbehandlung von Arbeitnehmern und Beamten, der Gleichstellung von Teilzeitbeschäftigten, der Pflicht zur Urlaubsgewährung sowie zur Urlaubsabgeltung bei Tod eines Arbeitnehmers. Das BAG hat sich vor allem mit arbeitsvertraglichen Regelungen, den Anforderungen an Befristungen, dem Antidiskriminierungsrecht und dem Schwerbehindertenschutz, dem Urlaubsrecht, der Rücksichtnahmepflicht, den Annahmeverzugs Voraussetzungen, Ausschluss- und Verfallregelungen sowie mit dem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot befasst. Für die Praxis gilt daher: Der arbeitsrechtliche „Stoff“ ist breit gefächert und der Anwalt sollte stets die aktuelle Rechtsprechung nicht nur des BAG, sondern und gerade auch des *EuGH* im Blick haben. ■

57 BAGE 163, 282 = NJW 2019, 456.

58 BAG NZA 2016, 1539.

59 BAG, Urt. v. 30.10.2019 – 6 AZR 465/18.

60 BAG NZA 2019, 34.

61 BAG NJW 2019, 1394.

Forum

Johannes Kruse*

Neurojurisprudenz – Potenziale und Perspektiven

Die Neurowissenschaften haben in den letzten Jahren nicht nur grundlegende Einsichten zur Funktionsweise unseres Denkens und Handelns hervorgebracht, sie haben auch eine Vielzahl von anderen Disziplinen nachhaltig beeinflusst. Auch der Rechtswissenschaft sind die Potenziale der Neurowissenschaften nicht verborgen geblieben: So ist Law & Neuroscience (NeuroLaw) in den USA bereits zu einer anerkannten juristischen Subdisziplin aufgestiegen. Mit der Grundlegung einer Neurojurisprudenz will der Beitrag eine ähnliche Entwicklung auch in Deutschland anstoßen. Davon könnten Theorie und Praxis gleichermaßen profitieren.

I. Einleitung

Die moderne „Hirnforschung“ (dh die Neurowissenschaften) wird vielfach als die Leitwissenschaft des 21. Jahrhunderts beschrieben. Soweit man ein solches Prädikat überhaupt vergeben mag, gebührt es ohne Frage diesen Forschungsbereichen, eben den Neurowissenschaften,¹ die wie keine andere Disziplin in den letzten zwei Jahrzehnten die Natur- und Geisteswissenschaften gleichermaßen nachhaltig

beeinflusst haben. So ist es inzwischen schwer, eine aktuelle Ausgabe von *Nature* oder *Science* zu finden, in der man nicht auf bunte Gehirn-Aufnahmen stößt. Auch das gesamtgesellschaftliche Interesse an der „Hirnforschung“ ist enorm, wie etwa der Blick in die populärwissenschaftliche Literatur zeigt.

Selbst Kritiker müssen anerkennen, dass uns die Neurowissenschaften bereits wertvolle Einblicke in das menschliche Gehirn ermöglicht und das Wissen über die Funktionsweise unseres Denkens und Handelns auf eine ganz neue Stufe gehoben haben.² Anlass zu „Neurooptimismus“ geben insbesondere zwei wissenschaftliche Großprojekte, die 2013 diesseits und jenseits des Atlantiks ins Leben gerufen wurden.

* Der Autor promoviert an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster (*Prof. Dr. Petra Pohlmann*) zu den kognitionspsychologischen und neurowissenschaftlichen Grundlagen richterlicher Sachverhaltsarbeit.

1 Vgl. nur Presidential Commission for the Study of Bioethical Issues, *Gray Matters* Vol. 2 (2015).

2 *Hasler*, *Neuromythologie*, 2015, 50.