

# sfm-arbeitsrecht

## aktuell

2. Halbjahr 2011 / Dezember 2011

### NEUES

#### vom BAG

Abmeldepflicht des BR –

Schaden am Privat-KFZ –

Diskriminierung – AGB-Kontrolle – Kündigungszugang –

Kündigungsanhörung – SP-

Abfindung bei Rente – Be-

triebsübergang ins Ausland –

gewerkschaftlicher Unterlassungsanspruch – Urlaub und

Freistellung – Urlaub und Elternzeit – Zulagenwiderruf –

Altersstufen bei SP-Abfindung

– Sachgrundlose Befristung –

Kündigung bei Freiheitsstrafe

– Datenschutzbeauftragter –

Equal Pay und Ausschluss-

frist – Arbeitsverweigerung

aus Glaubensgründen – AGG

und Einstellung - u. v. m.

#### Weitere Themen

► MB bei Aushilfen

► AÜG-Änderungen

## Immer Online?

### Was der Betriebsrat gegen Freizeitarbeit tun kann

Am 9.7.2010 brachte die Süddeutsche Zeitung eine irritierende Meldung: Mitten auf dem Höhepunkt der schwersten Wirtschaftskrise haben sich im Jahr 2009 mehr Arbeitnehmer krank gemeldet als im Jahr zuvor. Galt bisher die Devise, dass der Krankenstand in der Krise sinkt, so glaubt die Süddeutsche Zeitung diesen Umstand mit dem „Morbus Blackberry“

zu erklären:

der zunehmenden

körperlichen und seelischen Belastung von Arbeitnehmern durch die jederzeitige technische Erreichbarkeit auch außerhalb der eigentlichen Arbeitszeit.

Telemediendienste, Smartphones und UMTS-Versorgung führen dazu, dass immer mehr Arbeiten an jedem Ort außerhalb des Büros ausgeführt werden können, und was noch vor 10 Jahren undenkbar erschien, ist heute gelebte Praxis. Fernwartung über das Internet, Datenübertragung per WLAN oder UMTS und telefonische Erreichbarkeit an fast allen Orten des Planeten führen dazu, dass die Grenzen zwischen Arbeit und Freizeit zunehmend verschwimmen und sich auch der Kontrolle der Arbeitsschutzbehörden, des Betriebs- oder Personalrats und der Tarifvertragsparteien

immer mehr entziehen. Die Folgen: eine signifikante Zunahme der krankheitsbedingten Ausfälle.

Selbst das revolutionärer Umtriebe unverdächtige Bayerische Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit stellte schon im November 2000 einen Zusammenhang zwischen dem Einsatz hochentwickelter Technik, neuer Techno-

logien, Rationalisierung und Flexibilisierung be-

trieblicher Prozesse sowie massiver Zeitdruck und einer deutlichen Zunahme an psychischen Belastungen her.

Oft sind Karrierepfade in den Betrieben mit der Bereitschaft zur Verfügbarkeit rund um die Uhr verknüpft (oft zynisch verbrämt mit Sprüchen wie „wer rastet, der rostet“) und vor allem jüngere männliche Arbeitnehmer empfinden die Überlassung eines mobilen Endgeräts oft als „Auszeichnung“, da Laptop, Blackberry und Smartphone zu Statussymbolen in der betrieblichen Hierarchie geworden sind. Mischt sich der Betriebsrat ein, wird dies oftmals als Angriff auf die eigene Karriere missverstanden, entsprechend aggressiv fallen zuweilen die Reaktionen von Belegschaften aus, wenn sich der Betriebsrat plötzlich

### Morbus Blackberry

entschließt, nicht mehr weiter die Augen vor der Tatsache zu verschließen, dass die betriebliche Arbeitszeit andauernd überschritten wird.

Was also tun? Bei rein rechtlicher Betrachtung ist das „schnelle“ Lesen und Beantworten von Mails von unterwegs oder zu Hause, das Fertigstellen einer Präsentation, einer Berechnung oder eines Artikels von zu Hause aus „Arbeitszeit“ im arbeitsvertraglichen Sinn mit der Folge, dass diese Zeit mindestens vergütet oder als Zeitguthaben angerechnet werden muss.

Auch die Definition des § 2 I ArbZG führt zu demselben Ergebnis: „Arbeitszeit im Sinne dieses Gesetzes ist die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen; Arbeitszeiten bei mehreren Arbeitgebern sind zusammenzurechnen.“ Nach den gesetzlichen Grundlagen ist also für die Anerkennung von Arbeitszeit nicht eine Tätigkeit im Betrieb, zu bestimmten Zeiten oder nach Anweisung des Arbeitgebers vorausgesetzt. Arbeitszeit ist auch nach der Rechtsprechung vielmehr diejenige Zeit, während derer der Beschäftigte fremdbestimmte Dienste leisten muss, egal wo er das tut.

Doch diese Erkenntnis alleine ändert in der Praxis nichts. Nicht selten reagieren Betriebsräte mit Resignation: „Wenn die (gemeint sind die allzeit bereiten jungen Ingenieure) so blöd sind, dann können

## Einhaltung des Arbeitszeitgesetzes?

wir ihnen auch nicht helfen.“ Dabei wird häufig übersehen, dass die Ursachen für die Bereitschaft von Arbeitnehmern, sich für Freizeittätigkeit zur Verfügung zu stellen, ganz unterschiedlich sein können. Neben der häufig vermuteten und zuweilen auch vorhandenen „Karrieregeilheit“ Einzelner verursacht oft das Gefühl der individuellen Unzulänglichkeit die Bereitschaft zur Freizeittätigkeit. Denn wenn die Arbeit nicht in der

### +++ aus der gesetzgebung +++

## Kontrollaufgabe für Betriebs- und Personalräte!

### NEU ab 01.01.2012: § 13 b AÜG Zugang des Leiharbeitnehmers zu Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten

Der Entleiher hat dem Leiharbeitnehmer Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Unternehmen unter den gleichen Bedingungen zu gewähren wie vergleichbaren Arbeitnehmern in dem Betrieb, in dem der Leiharbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt, es sei denn, eine unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt. Gemeinschaftseinrichtungen oder -dienste im Sinne des Satzes 1 sind insbesondere Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmittel. cb

(mehr ab Seite 9)

### +++ aus der gesetzgebung +++

zur Verfügung stehenden Zeit zu schaffen ist, dann, so vermuten viele, liegt es an dem Individuum selbst und nicht daran, dass es einfach zu viel Arbeit ist. Dieses Gefühl wird natürlich dadurch verstärkt, dass alle in der Abteilung auch nachts, am Wochenende oder an Feiertagen zuhause ihre Arbeit erfüllen und so der Standard des „Leistbaren“ ständig mithilfe moderner Kommunikationsmittel steigt, ohne dass dieser Vorgang im Betrieb transparent wird. Und ältere Arbeitnehmer, deren physische Belastbarkeit tatsäch-

lich nachlässt, versuchen oft durch Freizeit- arbeit zu verhindern, am Arbeitsplatz von den Jüngeren

„abgehängt“ zu werden. Ein Betriebsrat, der solche Zustände im Betrieb kampflos duldet, hat sich selbst aufgegeben. Es geht nicht darum, die „Karrieregeilen“ vor sich selbst zu schützen, sondern vielmehr die restliche Belegschaft vor den Folgen einer permanenten Überforderung.

Am Beginn der Veränderung steht die nüchterne Analyse des Ist-Zustands. Wie viele Stunden

werden geleistet, wann werden sie geleistet und wie viele Stunden Arbeitszeit werden ohne Gegenleistung, sei es durch Bezahlung oder Zeitgutschrift/ Freizeitausgleich erbracht. Oft wird dies der Arbeitgeber selbst nicht beantworten können, zuweilen machen sich Arbeitgeber sogar vorsätzlich unwissend, weil sie glauben, damit könnten die Konsequenzen solcher Mehrleistungen umgangen werden. Doch damit hat das BAG schon 2003 aufgeräumt: Der Arbeitgeber hat seinen Betrieb so zu organisieren, dass er die Durchführung der geltenden Gesetze, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen selbst gewährleisten kann. Er muss sich deshalb über die Arbeitszeitdaten in Kenntnis setzen und kann dem Betriebsrat die Auskunft hierüber nicht mit der Begründung verweigern, er wolle die tatsächliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer bewusst nicht erfassen. Und so kann der Betriebsrat natürlich Beginn und Ende sowie Dauer der täglichen Arbeitszeit einschließlich aller „Freizeittätigkeiten“ an jedem Arbeitstag beim Arbeitgeber abfragen, erteilt der Arbeitgeber die gewünschte Auskunft nicht, so wird das Arbeitsgericht den Arbeitgeber im arbeitsgerichtlichen Beschluss-

verfahren dazu verpflichtet. Das führt vielleicht nicht zur rückwirkenden Auskunft, aber zur Vollstreckbarkeit künftiger Auskunftsverlangen des Betriebsrats.

Ergibt die Überprüfung, dass gegen Bestimmungen des ArbZG verstoßen wurde, so muss der Betriebsrat dies beanstanden und beim Arbeitgeber verlangen, dass dies abgestellt wird. Dies ergibt sich unmittelbar aus § 80 I 1 BetrVG, jedoch folgt daraus kein Anspruch, gegen den Arbeitgeber die zutreffende Durchführung der Vorschriften etwa im Beschlussverfahren durchsetzen zu können. Der Betriebsrat kann aber nach § 89 I 2 BetrVG die für den Arbeitsschutz zuständigen Behörden über den Verstoß unterrichten, aus Gründen des Datenschutzes muss er aber im Einzelfall die Erforderlichkeit der Datenweiter-

gabe prüfen und hierbei die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer berücksichtigen.

Natürlich müssen bestehende Betriebsvereinbarungen durch Freizeitarbeit unterlaufen werden, deren Regeln im Beschlussverfahren durchgesetzt werden und wo es noch keine oder schlechte Regelungen („Vertrauensarbeitszeit“, Verfallsklauseln) gibt, langfristig neue gute Regeln, notfalls in der Einigungsstelle, durchgesetzt werden.

Am wichtigsten aber ist die Arbeit am Bewusstsein der Belegschaft. Stellen sich Betriebsräte ihrer gesetzlichen Aufgabe aus § 80 I 1 BetrVG und versuchen, die Einhaltung von Arbeitszeitgesetz und Betriebsvereinbarung durchzusetzen, so muss am Beginn dieser Aufgabe die Arbeit am Bewusstsein der Belegschaft stehen. Etwa durch

Veröffentlichung typischer Kennzahlen des „Morbus BlackBerry“ wie Zahl der Mehrarbeitsstunden, sinnvollerweise in Gegenüberstellung mit abnehmenden Beschäftigtenzahlen im Betrieb oder mit der Anzahl von Frühverrentung. Es muss in der Belegschaft ein Bewusstsein für das Problem geschaffen werden, sonst wird jede Aktion des Betriebsrats als Angriff auf das „Privileg“ verstanden, einen BlackBerry zu besitzen und arbeiten zu „dürfen“, wann man will.

*Krikor R. Seebacher, RA sfm-arbeitsrecht, München  
Dr. Uwe Silberberger, RA sl-arbeitsrecht, Düsseldorf  
(der vollständige Beitrag ist nachzulesen in AiB 2011 Heft Dezember)*

# BAG-Splitter

## 1. Halbjahr 2011

### Abmeldepflicht von Betriebsratsmitgliedern nicht immer

Betriebsratsmitglieder, die an ihrem Arbeitsplatz während ihrer Arbeitszeit Betriebsratsaufgaben erledigen, sind grundsätzlich verpflichtet, sich abzumelden und die voraussichtliche Dauer der Betriebsrats Tätigkeit mitzuteilen. Dies dient dazu, dem Arbeitgeber die Überbrückung des Arbeitsausfalls zu ermöglichen. Keine vorherige Meldepflicht besteht in Fällen, in denen eine vorübergehende Umorganisation der Arbeitseinteilung nicht ernsthaft in Betracht kommt. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls, also Art der Arbeitsaufgabe, voraussichtliche Dauer der Arbeitsunterbrechung etc.. In den Fällen, in denen eine Abmeldung nicht erfolgte, bleiben BR-Mitglieder verpflichtet, dem Arbeitgeber auf Verlangen nachträglich die Gesamtdauer der in einem bestimmten Zeitraum geleisteten Betriebsrats Tätigkeit mitzuteilen.

*BAG vom 29. Juni 2011 - 7 ABR 135/09 - Vorinstanz: LAG Baden-Württemberg vom 15. Mai 2009 - 18 TaBV 6/08; zit. nach PM Nr. 54/11*

### Ersatz des Unfallschadensam Privatfahrzeug, wenn Abruf bei Rufbereitschaft

Soweit keine gesonderten Vereinbarungen vorliegen, hat

grundsätzlich jeder Arbeitnehmer seine Aufwendungen für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte einschließlich dabei entstehender Schäden selbst zu tragen. Eine Ausnahme besteht dann, wenn der Arbeitnehmer während der Rufbereitschaft angefordert wird und er die Benutzung seines Privatfahrzeugs für erforderlich halten durfte, um rechtzeitig am Arbeitsort zu erscheinen.

*BAG vom 22. Juni 2011 - 8 AZR 102/10 - Zurückverweisung von LAG München vom 15. Dezember 2009 - 6 Sa 637/09; zit. nach PM Nr. 52/11*

### fälschliche Aufforderung zur Sprachkursteilnahme keine Diskriminierung aufgrund ethnischer Herkunft

Die arbeitgeberseitige Aufforderung an sich, an einem Deutschkurs teilzunehmen, um arbeitsnotwendige Sprachkenntnisse zu erwerben, stellt (noch) keinen Verstoß gegen das AGG dar. Dies gilt selbst dann, wenn der Arbeitgeber die Kostenübernahme verweigert und womöglich gar keine Pflicht zur Teilnahme besteht.

*BAG vom 22. Juni 2011 - 8 AZR 48/10, Bestätigung von LAG Schleswig-Holstein vom 23. Dezember 2009 - 6 Sa 158/09; zit. nach PM Nr. 51/11*

### Unklares Arbeitsvolumen im Arbeitsvertrag führt zu Anspruch auf Vollzeit

Die Regelung in einem Formulararbeitsvertrag „Der Angestellte ist verpflichtet, im monatlichen Durchschnitt 150 Stunden zu arbeiten ...“ ist wegen Intransparenz unwirksam, da ihr nicht zu entnehmen ist, innerhalb welchen Zeitraums der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit durchschnittlich 150 Stunden im Monat beschäftigen muss. An die Stelle der unklaren und damit unwirksamen Bestimmung tritt die manteltarifvertragliche Regelung über die Mindestarbeitszeit von Vollzeitangestellten. Diese beträgt 160 Stunden im Monat. Es besteht kein Anspruch auf Vereinbarung des bisherigen realen höheren Durchschnitts.

*BAG vom 21. Juni 2011 - 9 AZR 236/10 - teilweise Aufhebung von LAG Köln vom 25. Januar 2010 - 2 Sa 996/09; zit. nach PM Nr. 50/11*

### Übergabe eines Kündigungsschreibens an den Ehegatten außerhalb der Wohnung macht diesen zum Empfangsboten

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses wird als Willenserklärung unter Abwesenden nach § 130 Abs. 1 BGB zwar erst wirksam, wenn sie dem

Kündigungsgegner zugegangen ist. Hierfür trägt der Kündigende das Risiko der Übermittlung. Personen, die mit dem Arbeitnehmer in einer Wohnung leben und die aufgrund ihrer Reife und Fähigkeiten geeignet erscheinen, das Schreiben weiterzuleiten, sind nach der Verkehrsanschauung als Empfangsboten des Arbeitnehmers anzusehen. Dies führt dazu, dass die Kündigungserklärung zwar nicht bereits mit der Übermittlung an den Empfangsboten zugeht, aber dann, wenn mit der Weitergabe der Erklärung unter gewöhnlichen Verhältnissen zu rechnen ist. Dies gilt selbst bei Übergabe an den Ehegatten an dessen Arbeitsplatz und auch, wenn dieser den Brief dort versehentlich zunächst liegen lässt.  
*BAG vom 9. Juni 2011 - 6 AZR 687/09 – Bestätigung von LAG Köln vom 7. September 2009 - 2 Sa 210/09; zit. nach PM Nr. 48/11*

#### **Anhörung des Betriebsrats vor Ausspruch einer Kündigung auch bei unwirksamer Wahl erforderlich**

Gemäß § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören, und zwar auch dann, wenn die Wahl des Betriebsrats angefochten wurde und nach dem Zugang der Kündigung rechtskräftig für ungültig erklärt wird, die Wahl aber nicht von Anfang an nichtig war.  
*BAG vom 9. Juni 2011 - 6 AZR 132/10 - Vorinstanz: Hessisches LAG vom 18. Dezember 2009 - 19/3 Sa 323/09; zit. nach PM Nr. 47/11*

#### **Zulässigkeit des Ausschlusses von Sozialplanabfindung bei Bezug voller Erwerbsminderungsrente**

Arbeitgeber und Betriebsrat können in einem Sozialplan vereinbaren, dass Arbeitnehmer keine Abfindung erhalten, wenn sie wegen des Bezugs einer befristeten vollen Erwerbsminderungsrente nicht beschäftigt sind und bei denen damit zu rechnen ist, dass ihre Arbeitsunfähigkeit auf nicht absehbare Zeit fortbesteht. In einem derartigen Anspruchsausschluss liege keine unmittelbare Benachteiligung des erwerbsgeminderten Arbeitnehmers wegen seiner Behinderung, so der 1. Senat des BAG. In Bezug auf diese Personengruppe könnten die Betriebsparteien typisierend davon ausgehen, dass sie auch zukünftig nicht in der Lage sein wird, durch den Einsatz ihrer Arbeitskraft Arbeitsentgelt zu erzielen. Sie erleiden durch die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses daher keine

## dies & das

### **sfm-aktuell auch online**

Unter <http://www.sfm-arbeitsrecht.de/start/archiv.php> finden Sie sfm-aktuell auch als pdf-download. Hier haben wir, neben anderen Meldungen, auch die früheren Ausgaben eingestellt. Dieser Bereich ist öffentlich zugänglich.

Im sog. Mandantenbereich, der unseren Mandanten und Freunden vorbehalten ist, gibt es eine umfangreiche Rechtsprechungsdatenbank.

mf

### **Eilmeldung – Arbeitsgericht Regensburg bejaht Übergangsmandat, obwohl keine AN übergehen**

Das ArbG Regensburg hat in der Entscheidung vom 21.12.2011 (9 BVGa 13/11) im einstweiligen Verfügungsverfahren dem Betriebsrat ein Übergangsmandat nach § 21a BetrVG zugesprochen, obwohl keine Arbeitnehmer nach § 613a BGB im Rahmen des Betriebsüberganges auf den neuen Betrieb übergegangen sind. Hintergrund war die Abspaltung eines Betriebsteils nach § 111 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Die betroffenen Mitarbeiter schieden im Rahmen der Betriebsänderung aus dem Betrieb aus und wurden vom abgespaltenen Betrieb wieder neu eingestellt. Das ArbG stellte fest, dass ein Übergangsmandat (mit Zugangsberechtigung, Büro) losgelöst vom individualrechtlichen Übergang der Mitarbeiter allein durch die Spaltung des Betriebs und das Nichtvorhandensein eines Betriebsrats im neuen Betrieb entsteht.

Zu dieser Entscheidung liegen bisher keine Entscheidungsgründe vor, sie ist auch nicht rechtskräftig. Wir werden den weiteren Verlauf beobachten.

cb

vergleichbaren Nachteile zu denen der sonstigen Arbeitnehmer.  
*BAG vom 7. Juni 2011 - 1 AZR 34/10 - Vorinstanz: LAG Düsseldorf vom 21. Dezember 2009 - 16 Sa 577/09; zit. nach PM Nr. 46/11*

#### **Kündigung wegen Verlagerung eines Betriebsteils ins grenznahe Ausland unwirksam**

Ist für einen Arbeitsvertrag deutsches Recht maßgeblich, so ist die Frage, ob ein Betriebsübergang erfolgt, nach § 613a BGB zu beurteilen. Das gilt auch dann, wenn ein Betriebsteil in die Schweiz verlagert wird. Der Arbeitgeber kann sich zur Begründung einer Kündigung daher nicht auf den Grund einer Betriebsstilllegung berufen, da ein Fall des § 613a BGB vorliegt, der eine Rechtfertigung der ausgesprochenen Kündigungen durch dringende betriebliche Gründe ausschließt (offen blieb, welche Ansprüche der Kläger gegen das Schweizer Unternehmen hat).

*BAG vom 26. Mai 2011 - 8 AZR 37/10, Bestätigung von LAG Baden-Württemberg - Kammern Freiburg - vom 15. Dezember 2009 - 22 Sa 45/09; zit. nach PM Nr. 44/11*

#### **Gewerkschaft kann Unterlassung der Anwendung tarifwidriger Betriebsvereinbarungen verlangen**

Eine tarifwidrige Betriebsvereinbarung beeinträchtigt die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte kollektive Koalitionsfreiheit der tarifschließenden Gewerkschaft. Sie kann daher von einem tarifgebundenen Arbeitgeber verlangen und auch gerichtlich durchsetzen, dass dieser die Anwendung einer gegen den Tarifvertrag verstoßenden Betriebsvereinbarung unterlässt. Sie kann jedoch nicht die finanziellen Einzelansprüche der Arbeitnehmer einklagen. Das müssen diese selbst tun.

*BAG vom 17. Mai 2011 - 1 AZR 473/09, Bestätigung von LAG Hamburg vom 18. Juni 2009 - 2 Sa 176/08; zit. nach PM Nr. 38/11*

### Anrechnung auf Urlaub bei Freistellung in der Kündigungsfrist nur soweit unmissverständlich

Stellt der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer nach erfolgter Kündigung „ab sofort unter Anrechnung Ihrer Urlaubstage von Ihrer Arbeit unter Fortzahlung der Bezüge“ frei, so umfasst dies im Zweifel nur die Zeit bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist. Später erdienter Urlaub kann nach gewonnenem Kündigungsschutzprozess eingefordert werden. Der neunte Senat begründete seine positive Entscheidung damit, dass die Erklärung für den Arbeitnehmer hinreichend deutlich erkennen lassen muss, in welchem Umfang der Arbeitgeber die Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers erfüllen will. Zweifel gehen zu Lasten des Arbeitgebers. BAG vom 17. Mai 2011 - 9 AZR 189/10 – Aufhebung von Hessisches LAG vom 27. August 2009 - 11/18 Sa 1114/08; zit. nach PM Nr. 37/11

### Urlaub und Elternzeit – Kürzung nur für volle Kalendermonate

Befand sich ein Arbeitnehmer im Urlaubsjahr in Elternzeit darf der Urlaubsanspruch lediglich gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG um ein Zwölftel für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit gekürzt werden. Diese Grundsätze gelten auch für den Zusatzurlaub nach § 125 Abs. 1 SGB IX. Der Zeitraum 16.08. bis 15.10. berechtigt daher nur zur Kürzung um 1/12.

BAG vom 17. Mai 2011 - 9 AZR 197/10, Bestätigung von LAG Saarland vom 25. November 2009 - 2 Sa 36/09; zit. nach PM Nr. 36/11

### Schadensersatz wegen Arbeiten an asbesthaltigen Bauteilen

Die Anweisung an einen Arbeitnehmer, mit asbesthaltigem Material ohne Schutzmaßnahmen zu arbeiten, kann die bewusste Inkaufnahme von Gesundheitsschäden des Arbeitnehmers beinhalten. Eine Haftung für mögliche Schäden, die der Arbeitnehmer aufgrund der Arbeiten mit asbesthaltigen Bauteilen erleidet, besteht nur dann, wenn der zuständige Vorgesetzte die Tätigkeit zugewiesen hat, obwohl ihm bekannt war, dass dieser damit einer besonderen Asbestbelastung ausgesetzt war und wenn er eine Gesundheitsschädigung des Klägers zumindest billigend in Kauf genommen hat (sog. bedingter Vorsatz).

BAG vom 28. April 2011 - 8 AZR 769/09, Rückverweisung von LAG Sachsen-Anhalt vom 10. Juli 2009 - 9 Sa 348/08; zit. nach PM Nr. 34/11

### Widerruf einer Zulage, ergänzende Vertragsauslegung in Altfällen

Der Widerruf einer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen versprochenen Leistung darf nicht (mehr) grundlos erfolgen. Seit dem 1. Januar 2002 (Schuldrechtsmodernisierung) müssen die Widerrufsgründe in der Vertragsklausel angegeben werden. Fehlt diese Angabe, ist die Klausel nach § 308 Nr. 4, § 307 BGB unwirksam. BAG vom 20. April 2011 - 5 AZR 191/10; Rückverweisung von LAG München vom 8. Dezember 2009 - 7 Sa 584/09; zit. nach PM Nr. 33/11

### Vergütung bei Auslandseinsatz

Entsendet ein Unternehmen einen Arbeitnehmer vorübergehend ins Ausland und treffen die Parteien für diesen Einsatz keine Vergütungsregelung, schuldet der Arbeitgeber nach § 612 BGB die übliche Vergütung. Diese rich-

tet sich nach dem einschlägigen Tarifvertrag, sofern im vergleichbaren Wirtschaftskreis tatsächlich keine höhere Vergütung für Auslandseinsätze gewährt wird.

BAG vom 20. April 2011 - 5 AZR 171/10, Bestätigung von LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 10. September 2009 - 1 Sa 52/09; zit. nach PM Nr. 32/11

### Abdingbarkeit des Anspruchs auf Entgeltumwandlung durch Inbezugnahme eines einschlägigen Tarifvertrags

Von der Bestimmung in § 1a Abs. 1 Satz 1 BetrAVG, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber Entgeltumwandlung verlangen kann, kann in Tarifverträgen - auch zu Ungunsten der Arbeitnehmer - abgewichen werden. Abweichende Bestimmungen zwischen nicht-tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern gelten nur dann, wenn

## Mitbestimmungsrechte bei Aushilfskräften

Das Weihnachtsgeschäft im Einzelhandel boomt wie jedes Jahr in der Vorweihnachtszeit. Gerade die großen Kaufhausketten beschäftigen in dieser Zeit unzählige Aushilfen in ihren Verkaufsräumen, um dem Kundenansturm Herr zu werden. Immer öfter werden die Aushilfen dabei aus einem „Aushilfspool“ verpflichtet.

Dies geschieht dergestalt, dass der Arbeitgeber mit den Aushilfen zunächst sog. Rahmenvereinbarungen abschließt. Anschließend werden zwischen Arbeitgeber und Aushilfe befristete Verträge geschlossen, die meist nicht mehr enthalten als Anfangs- und Enddatum des konkreten Einsatzes. Alle anderen Bedingungen der auf den jeweiligen Einsatz befristeten Arbeitsverträge wie Entgelt, Einsatzort etc. hat man bereits vorher in der Rahmenvereinbarung geregelt.

Typisch für diese Rahmenvereinbarungen ist folgende Formulierung: „Die Firma und der Mitarbeiter sind sich einig, dass die Firma nicht verpflichtet ist, dem Mitarbeiter Beschäftigungsangebote zu machen und der Mitarbeiter nicht verpflichtet ist, Beschäftigungsangebote der Firma anzunehmen. Demzufolge soll durch den Abschluss dieser Rahmenvereinbarung und den Aushilfsarbeitsverträgen ein Dauerteilzeitverhältnis, auch in Form eines Abrufarbeitsverhältnisses, nicht begründet werden.“

Solche Rahmenvereinbarungen sind nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vom 16.04.2003, 7 AZR 187/02) individualrechtlich zulässig. Ein Beteiligungsrecht des BR vor Abschluss einer solchen Rahmenvereinbarung wird verneint. Da es sich beim Abschluss der sog. Rahmenvereinbarungen für Aushilfsverträge eben noch nicht um die konkreten, ein Arbeitsverhältnis begründenden Verträge handelt, ist deren Abschluss noch keine mitbestimmungspflichtige Einstellung im Sinne von § 99 BetrVG (vgl. LAG Hessen vom 27.05.2008, Az. 4 TaBV 25/08).

(...weiter nächste Seite...)

zwischen diesen die Anwendung der „einschlägigen“ tariflichen Regelung vereinbart ist. Das setzt voraus, dass der Tarifvertrag in Bezug genommen wird, der bei Tarifgebundenheit der Parteien räumlich, betrieblich, fachlich und persönlich gelten würde. Der Arbeitgeber kann sich daher nicht irgendeinen Tarifvertrag aussuchen.  
*BAG vom 19. April 2011 - 3 AZR 154/09, Aufhebung von LAG München vom 28. Januar 2009 - 9 Sa 488/08; zit. nach PM Nr. 31/11*

### **Anspruch auf Strukturausgleich auch nach Herabgruppierung**

Der sog. Strukturausgleich nach TVÜ (-Bund) stellt bezüglich der den Anspruch begründenden Voraussetzungen auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des TV ab. Fällt später eine Voraussetzung weg, hat das nur Auswirkung, wenn die Tarifvertragsparteien dies angeordnet haben. Dies ist bei Höhergruppierungen und Veränderungen der individuellen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit der Fall, nicht jedoch bei Herabgruppierungen. In letzterem Fall bleibt es also beim ursprünglich bestimmten Strukturausgleich.

*BAG vom 14. April 2011 - 6 AZR 726/09, Aufhebung von LAG Niedersachsen vom 10. September 2009 - 5 Sa 85/09, zit. nach PM Nr. 30/11*

### **Altersstufen bei Sozialplanabfindung zulässig**

Arbeitgeber und Betriebsrat dürfen bei der Bemessung der Abfindungshöhe in einem Sozialplan gemäß § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG Altersstufen bilden, weil ältere Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt typischerweise größere Schwierigkeiten haben, eine Anschlussbeschäftigung zu finden als jüngere. Im Konkreten ist jedoch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich, also die Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit bezogen auf § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG. Die Interessen der benachteiligten Altersgruppen (hier die Jungen) dürfen hierbei nicht unangemessen vernachlässigt werden. Im konkreten Fall wurden die Faktoren 80 % bis zum 29. Lebensjahr, 90 % bis zum 39. Lebensjahr und 100 % ab dem 40. Lebensjahr als zulässig bewertet.  
*BAG vom 12. April 2011 - 1 AZR 764/09, Bestätigung von Sächsisches LAG vom 18. September 2009 - 3 Sa 640/08; zit. nach PM Nr. 28/11*

### **Zuordnung von Verwaltungsmitarbeitern bei Übergang eines (Produktions-)Betriebsteils**

(...)

Dies bedeutet jedoch nicht, dass der BR in Bezug auf den Einsatz der Aushilfsmitarbeiter für immer „außen vor“ wäre. Mitbestimmungspflichtig im Sinne der §§ 99ff BetrVG ist im Folgenden nämlich jede tatsächliche Einstellung, d.h. jeder erneute Abschluss eines befristeten „Einsatzes“ auf Grundlage der Rahmenvereinbarung im konkreten Bedarfsfall. Jeder konkrete Arbeitseinsatz ist hierbei als separate Einstellung zu werten (vgl. D/K/K/W, BetrVG, § 99 Rn. 43). Dies muss unserer Ansicht nach auch gelten, wenn zwischen dem Ende des „alten“ befristeten Arbeitsvertrages und dem Beginn des „neuen“ nur wenige Tage oder auch nur ein Tag liegen. Der Arbeitgeber muss hier also jeweils den Betriebsrat über die beabsichtigten Einstellungen ordnungsgemäß gem. § 99 Abs. 1 BetrVG unterrichten und um Zustimmung bitten. Ggf. kann der Betriebsrat weitere Informationen verlangen.

Der Betriebsrat kann sodann

- die Zustimmung zur Einstellung erteilen,
- sich innerhalb der Wochenfrist nicht erklären mit der Folge, dass die Zustimmung als erteilt gilt
- oder die Zustimmung innerhalb einer Woche nach Unterrichtung durch den Arbeitgeber schriftlich verweigern.

Bei der Zustimmungsverweigerung muss der Betriebsrat natürlich auf einen der in § 99 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 BetrVG genannten Zustimmungsverweigerungsgründe Bezug nehmen. Und bei der Begründung gilt für den Betriebsrat: besser zu viel schreiben als zu wenig!

Darauf hinzuweisen ist, dass der Betriebsrat bei den auf Basis der Rahmenvereinbarungen abgeschlossenen befristeten Einsätze nach der Rechtsprechung des BAG (BAG vom 27.10.2010, 7 ABR 86/09) die Zustimmung nicht wirksam gem. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG mit der Begründung verweigern kann, die Befristung des Einsatzes der Aushilfskräfte sei unzulässig, weil z.B. kein Sachgrund für die Befristung vorliege. Sollte der Betriebsrat ggf. aus anderen Gründen die Zustimmung zur Einstellung verweigern, kann der Arbeitgeber gem. § 99 Abs. 4 BetrVG beim Arbeitsgericht beantragen, die Zustimmung zu ersetzen.

Wahrscheinlich würde der Arbeitgeber bei Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats die Einstellung der Aushilfskräfte dann erst einmal als vorläufige personelle Maßnahme gem. § 100 BetrVG wegen behaupteter Dringlichkeit durchführen. Dies müsste der Arbeitgeber dem Betriebsrat unverzüglich mitteilen. Der Betriebsrat kann bestreiten, dass die vorläufige Durchführung der personellen Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist. Dies hat er dem Arbeitgeber unverzüglich mitzuteilen; eine Begründung ist nicht erforderlich. Der Arbeitgeber müsste sodann innerhalb von drei Tagen beim Arbeitsgericht die Zustimmungsersetzung beantragen.

*RAin Duffner*

Bei einem Teilbetriebsübergang gehen die Arbeitsverhältnisse über, die in dem übergehenden Teil angesiedelt sind. Dienende Overhead-Funktionen, die organisatorisch anders angesiedelt sind, gehen nicht automatisch mit über.

Hier besteht also eine Gefahr für Verwaltungsmitarbeiter, wenn der Produktionsteil aufgespalten und veräußert wird.

*BAG vom 7. April 2011 - 8 AZR 730/09 – Bestätigung von LAG Sachsen-Anhalt vom*

9. Juli 2009 - 5 Sa 73/08; zit. nach PM Nr. 26/11

### Sachgrundlose Befristung trotz „Zuvor-Beschäftigung“, wenn mehr als drei Jahre dazwischen

Nach dem klaren Wortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Sachgrund nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Eine „Zuvor-Beschäftigung“ im Sinne dieser Vorschrift liege nicht vor, wenn ein früheres Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliegt, meint nun der siebte Senat des BAG. Das ergebe sich aus einer an ihrem Sinn und Zweck orientierten, verfassungskonformen Auslegung der gesetzlichen Regelung. Die Drei-Jahres-Frist wurde der gesetzgeberischen Wertung, die in der regelmäßigen zivilrechtlichen Verjährungsfrist zum Ausdruck kommt, entnommen.

Dieses „Auslegungsergebnis“ gegen den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes muss doch stark verwundern. BAG vom 6. April 2011 - 7 AZR 716/09, Bestätigung von Sächsisches LAG vom 15. September 2009 - 7 Sa 13/09; zit. nach PM Nr. 25/11

### Kündigung wegen mehr als 2-jähriger Freiheitsstrafe

Eine mehrjährige Freiheitsstrafe ist grundsätzlich geeignet, die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen. Sofern die der Verurteilung zugrunde liegenden Taten keinen Bezug zum Arbeitsverhältnis haben, kommt nur eine personenbedingte Kündigung (kann nicht leisten) in Betracht. Sowohl bei den Anforderungen an den Kündigungsgrund als auch bei der einzelfallbezogenen Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die Leistungsunmöglichkeit vom Arbeitnehmer selbst verschuldet ist. Dem Arbeitgeber sind deshalb zur Überbrückung der Fehlzeit typischerweise geringere Anstrengungen und Belastungen zuzumuten als bei einer Verhinderung etwa wegen Krankheit. Jedenfalls dann, wenn gegen den Arbeitnehmer rechtskräftig eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren verhängt worden ist, kann der Arbeitgeber den Arbeitsplatz in der Regel dauerhaft neu besetzen.

BAG vom 24. März 2011 - 2 AZR 790/09, Aufhebung von LAG Niedersachsen vom 27. Mai 2009 - 2 Sa 1261/08; zit. nach PM Nr. 24/11

### Kein Widerruf der Bestellung zum Beauftragten für den Datenschutz wegen BR-Amt

Nach § 4 f Abs. 3 Satz 4 BDSG kann die Bestellung zum Beauftragten für den Datenschutz in entsprechender Anwendung von § 626 BGB aus wichtigem Grund widerrufen werden. Weder die Entscheidung des Arbeitgebers, zukünftig die Aufgaben eines Beauftragten für den Datenschutz durch einen externen Dritten wahrnehmen zu lassen, noch die Mitgliedschaft im Betriebsrat stellen einen solchen wichtigen Grund für den Widerruf dar. BAG vom 23. März 2011 - 10 AZR 562/09, Bestätigung von LAG Berlin-Brandenburg vom 28. Mai 2009 - 5 Sa 425 und 434/09; zit. nach PM Nr. 22/11

### Keine Anwendung der im Entleiherbetrieb geltenden Ausschlussfristen auf „Equal Pay“-Anspruch des Leiharbeitnehmers

Für Ansprüche nach § 10 Abs. 4 AÜG auf Equal Pay eines Leiharbeitnehmers gegenüber seinem Vertragsarbeitgeber, dem Verleiher, muss er die im Entleiherbetrieb geltenden Ausschlussfristen nicht einhalten. Die Erfüllung der wesentlichen Arbeitsbedingungen, wie sie der Entleiher vergleichbaren eigenen Arbeitnehmern gewährt, umfasst nicht die Ausschlussfristen. Bei unionsrechtskonformer Auslegung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes gehören diese nicht zu den wesentlichen Arbeitsbedingungen, die der Verleiher den Leiharbeitnehmern „gewähren“ muss.

BAG vom 23. März 2011 - 5 AZR 7/10, Rückverweisung von LAG München vom 12. November 2009 - 3 Sa 579/09; zit. nach PM Nr. 20/11

### Bemessungsdurchgriff bei der Aufstellung eines Sozialplans im Konzern

Bleiben bei einer Spaltung iSd. Umwandlungsgesetzes wesentliche Vermögensteile bei dem übertragenden Unternehmen als Anlagegesellschaft und ist später für die abgespaltene Betriebsgesellschaft ein Sozialplan zu erstellen, ist nach § 134 UmwG bei der Bestimmung des Sozialplanvolumens im Wege eines Bemessungsdurchgriffs auch die finanzielle Leistungsfähigkeit der Anlagegesellschaft zu berücksichtigen. Dies gilt nicht, wenn keine Vermögensteile entzogen wurden.

BAG vom 15. März 2011 - 1 ABR 97/09 - Vorinstanz: Hessisches LAG vom 14. Oktober 2008 - 4 TaBV 68/08; zit. nach PM Nr. 18/11

### Haushaltsbefristungen bei der Bundesagentur für Arbeit unzulässig

§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG bietet dem öffentlichen Dienst als Sachgrund für die Befristung eines Arbeitsverhältnisses die Haushaltsbefristung, also wenn der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind und er entsprechend beschäftigt wird. Dies ist eine Möglichkeit zur Befristung, die der Privatwirtschaft nicht zur Verfügung steht. Die damit verbundene Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer in ihrem von Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Bestandsschutz ist nicht mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar, wenn das den Haushaltsplan aufstellende Organ und der Arbeitgeber identisch sind, wie z. B. bei der Bundesagentur für Arbeit. Ihr Vorstand stellt den Haushaltsplan auf und vertritt zugleich die Bundesagentur als Arbeitgeber.

BAG vom 9. März 2011 - 7 AZR 728/09, Bestätigung von Hessisches LAG vom 31. Juli 2009 - 3 Sa 1657/08; zit. nach PM Nr. 17/11

### Kündigung wegen Arbeitsverweigerung aus Glaubensgründen nur nach Prüfung von Alternativen

Weigert sich ein Arbeitnehmer aus religiösen Gründen, eine Arbeitsaufgabe zu erfüllen, zu der er sich vertraglich verpflichtet hat, kann dies zwar eine Kündigung durch den Arbeitgeber rechtfertigen. Zuvor muss jedoch geprüft werden, ob keine naheliegenden anderen Beschäftigungsmöglichkeiten bestehen. Der Arbeitnehmer muss dem Arbeitgeber mitteilen, worin genau die religiösen Gründe bestehen und aufzeigen, an welchen Tätigkeiten er sich gehindert sieht. Besteht für den Arbeitgeber im Rahmen der von ihm zu bestimmenden betrieblichen Organisation die Möglichkeit einer vertragsgemäßen Beschäftigung, die den religionsbedingten Einschränkungen Rechnung trägt, muss er dem Arbeitnehmer diese Tätigkeit zuweisen.

BAG vom 24. Februar 2011 - 2 AZR 636/09, Zurückweisung von LAG Schleswig-Holstein vom 20. Januar 2009 - 5 Sa 270/08; zit. nach PM Nr. 16/11

### Frauendiskriminierung bei tariflichem Vorruhestand (Übergangsgeld)

Eine tarifvertragliche Regelung zum Vorruhestand kann Frauen wegen ihres Geschlechts rechtswidrig benachteiligen, wenn ein Versorgungsverhältnis nach einer tarifvertraglichen Vorschrift zu dem Zeitpunkt endet, zu dem

der Versorgungsempfänger vorzeitig Altersrente in Anspruch nehmen kann, da das gesetzliche Rentenrecht die Möglichkeit, vorzeitige Altersrente zu beziehen, für Männer und Frauen unterschiedlich regelt. Die Tarifvertragsparteien können diesen Nachteil beseitigen, indem sie für die kürzere Bezugsdauer einen finanziellen Ausgleich schaffen.

*BAG vom 15. Februar 2011 - 9 AZR 584/09, Zurückverweisung von Hessisches LAG vom 20. Mai 2009 - 2/8 Sa 1649/07; zit. nach PM Nr. 14/11*

### **Arbeitsgerichte prüfen die künstlerische Qualität unternehmerischer Entscheidungen nicht - Kündigung eines Hornisten**

Kündigt der Arbeitgeber einem Orchestermusiker, weil er das Orchester verkleinern will, so können die Arbeitsgerichte diese Entscheidung nicht auf ihre künstlerische Zweckmäßigkeit hin überprüfen. Der Einwand des gekündigten Hornisten, die Besetzung eines Kammerorchesters ohne Horn bzw. Waldhorn sei unsinnig und willkürlich, weil für zahlreiche Werke der Orchestermusik das Horn essentiell sei, war arbeitsgerichtlich nicht zu prüfen.

*BAG vom 27. Januar 2011 - 2 AZR 9/10, Bestätigung von Thüringer LAG vom 25. August 2009 - 1 Sa 1/09; zit. nach PM Nr. 12/11*

### **Geschlechtsspezifische Benachteiligung wegen Schwangerschaft bei einer Stellenbesetzung**

Wenn Arbeitnehmer eine geschlechtsspezifische Benachteiligung anhand von Indizien glaubhaft machen, muss der Arbeitgeber nachweisen, dass er andere Beweggründe hatte, § 22 AGG. Bewirbt sich eine schwangere Arbeitnehmerin um eine Stelle und besetzt der Arbeitgeber, dem die Schwangerschaft bekannt ist, diese Stelle mit einem Mann, so hat die Arbeitnehmerin eine geschlechtsspezifische Benachteiligung dann glaubhaft gemacht, wenn sie außer der Schwangerschaft weitere Tatsachen vorträgt, welche eine Benachteiligung wegen ihres Geschlechts vermuten lassen. An diesen weiteren Tatsachenvortrag sind keine strengen Anforderungen zu stellen.

*BAG vom 27. Januar 2011 - 8 AZR 483/09, zweite Rückverweisung von LAG Berlin-Brandenburg vom 12. Februar 2009 - 2 Sa 2070/08; zit. nach PM Nr. 11/11*

### **Schutz behinderter, aber nicht schwerbehinderter Menschen nach AGG nicht SGB IX**

Nach dem Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) gelten die Schutzvorschriften für schwerbehinderte Menschen nach dem Sozialgesetzbuch (SGB IX) nur für schwerbehinderte Menschen mit einem Grad der Behinderung (GdB) von wenigstens 50 oder die diesen durch ein förmliches Verfahren Gleichgestellten. Zur Abwehr einer Benachteiligung wegen Behinderung durch andere Personen ist das AGG heranzuziehen.

*BAG vom 27. Januar 2011 - 8 AZR 580/09, Bestätigung von LAG Berlin-Brandenburg vom 2. Juni 2009 - 3 Sa 499/09; zit. nach PM Nr. 10/11*

### **Keine Frist für Fortsetzungsverlangen gegenüber dem Betriebserber, wenn kein Schreiben nach § 613a Abs. 5 BGB**

Erfolgt faktisch ein Betriebsübergang, den der Betriebserber bestreitet und anlässlich dessen damit auch kein Schreiben nach § 613a Abs. 5 BGB erstellt wird, beginnt weder die Frist des § 613a Abs. 6 BGB für den Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses zu laufen, noch eine Frist, binnen derer der Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gegen den Betriebserber gerichtet werden muss. Es bleibt jedoch die Möglichkeit der Verwirkung, wofür aber vorliegend keine Anhaltspunkte vorgebracht worden waren.

*BAG vom 27. Januar 2011 - 8 AZR 326/09, Bestätigung von LAG Sachsen-Anhalt vom 20. Januar 2009 - 8 Sa 146/08; zit. nach PM Nr. 9/11*

### **Fehlende Anrechnung der Elternzeit auf die Stufenlaufzeit nach § 17 Abs. 3 S. 2 TVöD keine unzulässige Diskriminierung**

Die Hemmung der Stufenlaufzeit bis zu einer Dauer von jeweils fünf Jahren durch Elternzeit ist mit Europarecht und dem Grundgesetz vereinbar und führt insbesondere nicht zu einer Geschlechtsdiskriminierung, so der sechste Senat des BAG.

Grund: Während der Elternzeit ruht das Arbeitsverhältnis unter Suspension der wechselseitigen Hauptpflichten. In dieser Zeit wird keine Berufserfahrung gewonnen. Der Stufenaufstieg im Entgeltsystem des TVöD soll aber gerade die durch größere Erfahrung eintretende Verbesserung der Arbeitsleistung honorieren. Der TVöD stellt damit auf ein objektives Kriterium ab, das keinen Bezug zu einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts habe. Keine Entschei-

dung wurde zu § 17 Abs. 3 S. 3 TVöD getroffen.

*BAG vom 27. Januar 2011 - 6 AZR 526/09, Bestätigung von LAG Baden-Württemberg vom 17. Juni 2009 - 12 Sa 8/09; zit. nach PM Nr. 8/11*

### **Rückzahlung von Weiterbildungskosten – 24-monatige Bindungsfrist bei Sparkassenbetriebswirt**

Bei der Ausbildung zum Sparkassenbetriebswirt mit einem Präsenzteil der Fortbildungsdauer von insgesamt 15 Wochen ist eine hieran anknüpfende Bindungsdauer von zwei Jahren (währenddessen die drohenden Rückzahlungskosten rätierlich sinken) für den Arbeitnehmer regelmäßig nicht unangemessen benachteiligend. Bis zur Beendigung kann gar eine vollständige Rückzahlung vereinbart werden für den Fall des Ausscheidens auf eigenen Wunsch oder aus seinem Verschulden.

Grundsätzlich ist eine Rückzahlungsklausel nur zulässig, wenn die Aus- und Fortbildungsmaßnahme für den Arbeitnehmer von geldwerthem Vorteil ist, sei es, dass bei seinem bisherigen Arbeitgeber die Voraussetzungen einer höheren Vergütung erfüllt sind oder dass sich die erworbenen Kenntnisse auch anderweitig nutzbar machen lassen. Zudem müssen die Vorteile der Ausbildung und die Dauer der Bindung in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Dies ist in erster Linie nach der Dauer der Aus- oder Fortbildungsmaßnahme, aber auch anhand der Qualität der erworbenen Qualifikation zu beurteilen. Dabei gelten die folgenden Grundsätze: Bei einer Fortbildungsdauer von bis zu einem Monat ohne Verpflichtung zur Arbeitsleistung unter Fortzahlung der Vergütung ist regelmäßig eine Bindungsdauer bis zu sechs Monaten zulässig, bei einer Fortbildungsdauer von bis zu zwei Monaten eine einjährige Bindung, bei einer Fortbildungsdauer von drei bis vier Monaten eine zweijährige Bindung, bei einer Fortbildungsdauer von sechs Monaten bis zu einem Jahr keine längere Bindung als drei Jahre und bei einer mehr als zweijährigen Dauer eine Bindung von fünf Jahren. Dabei geht es allerdings nicht um rechnerische Gesetzmäßigkeiten, sondern um richterrechtlich entwickelte Regelwerte, die einzelfallbezogenen Abweichungen zugänglich sind.

*BAG vom 19. Januar 2011 - 3 AZR 621/08, Bestätigung von LAG München vom 8. Mai 2008 - 2 Sa 9/08; zit. nach PM Nr. 3/11 und Volltext*



**Zuordnung zu ERA-TV ist mitbestimmungspflichtig**

Die Zuordnung des Arbeitnehmers zu einer Entgeltgruppe des ERA-TV stellt eine nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG mitbestimmungspflichtige Ein- oder Umgruppierung dar. Diese vom Arbeitgeber vorzunehmende Zuordnung entfällt nicht deshalb, weil die Einstufung der Arbeitsaufgabe in dem tariflich geregelten Verfahren verbindlich festgelegt wird, denn es bleibt zu prüfen, ob die mitgeteilte Entgeltgruppe der bewerteten und eingestuften Arbeitsaufgabe entspricht und ob der Arbeitnehmer die Arbeitsaufgabe tatsächlich ausführt. Hierbei ist der Betriebsrat zu

beteiligen. Sein Mitbestimmungsrecht wird auch durch das im ERA-TV geregelte Reklamationsverfahren nicht suspendiert.

*BAG vom 12. Januar 2011 - 7 ABR 34/09, Aufhebung von LAG Baden-Württemberg vom 16. Januar 2009 - 5 TaBV 2/08; zit. nach PM Nr. 2/11 (zum TVöD bereits BAG vom 22.04.2009 - 4 ABR 14/08, sfm-aktuell 2. HJ 2009)*

**Einigungsstelle zu Unterweisung zum Arbeitsschutz muss konkrete Regelungen beschließen**

Eine Einigungsstelle zum Regelungsgegenstand „Umsetzung der Anforderungen des Arbeitsschutzes“ nach § 87

Abs. 1 Nr. 7 BetrVG i. V. m. § 12 ArbSchG kann sich nicht darauf beschränken, allgemeine Bestimmungen über die Unterweisung zu Gefahren am Arbeitsplatz aufzustellen. Sie muss konkrete Anweisungen und Erläuterungen beschließen, die eigens auf den Arbeitsplatz oder den Aufgabenbereich der Beschäftigten ausgerichtet sind.

*BAG vom 11. Januar 2011 - 1 ABR 104/09, Bestätigung von LAG Berlin-Brandenburg vom 19. Februar 2009 - 1 TaBV 1871/08; zit. nach PM Nr. 1/11*

*Bearbeitung: RA Fleischmann – Dez. 2011*

## Änderungen im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)

von RAin Daumoser

Mit dem „Gesetz zur Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“ vom 28.04.2011 bzw. Änderungsfassung vom 20.07.2011 wurde u.a. in erster Linie die europäische Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG umgesetzt. Neben der Änderung und Ergänzung von bereits bestehenden Regelungen begründet das Gesetz auch neue Ansprüche der Leiharbeiter gegenüber dem Entleiher. Nachfolgend ein kurzer Überblick über die wichtigsten Änderungen des AÜG.

### Ausdehnung des Anwendungsbereichs

Durch die Neuregelung in § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG wird nunmehr der Anwendungsbereich des Gesetzes erweitert. Bisher wurde zwischen der erlaubnispflichtigen gewerblichen und nicht gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung differenziert. Nunmehr wurde der Begriff der „gewerbsmäßigen“ Arbeitnehmerüberlassung gestrichen. Erlaubnispflichtig ist ab 01.12.2011 jede „im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit“ ausgeübte Arbeitnehmerüberlassung. Damit ist künftig nicht mehr darauf abzustellen, ob eine Gewinnerzielungsabsicht des Verleihers besteht.

### Drehtürklausel

Eine wichtige Neuerung stellt die in **§ 9 Nr. 2 und § 3 I Nr. 3 AÜG** aufgenommene sog. „Drehtürklausel“ dar. Die Ausgliederung von Arbeitsplätzen und ein kostengünstiger Wiedereinsatz der Arbeitnehmer im gleichen Betrieb hatte im Fall Schlecker für Aufruhr gesorgt. Durch die Neuregelung soll ein solcher Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung verhindert werden.

Auch vor der Neuregelung hatten Leiharbeiter zwar gemäß **§ 9 Nr. 2 AÜG** einen Anspruch da-

rauf, hinsichtlich des Arbeitsentgeltes und der wesentlichen Arbeitsbedingungen (Gebot des equal pay/equal treatment) wie die Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs behandelt zu werden. Jedoch konnte dieses Gebot durch eine abweichende tarifliche Regelung umgangen werden. Eine Abweichung vom Gleichheitsgrundsatz ist jedoch jetzt nicht mehr durch Tarifvertrag möglich, wenn der Leiharbeiter zuvor beim Entleiher oder einem Unternehmen desselben Konzerns, in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung beschäftigt war.

### Streichung der Ausnahmen vom „equal pay“ Grundsatz für Arbeitslose

Bisher war es gemäß § 9 Nr. 2 AÜG möglich, zuvor arbeitslose Leiharbeiter vom „equal pay“ Grundsatz auszunehmen, wenn der Verleiher ihnen für die Dauer von sechs Wochen mindestens ein Nettoarbeitsentgelt in Höhe des zuvor erhaltenen Arbeitslosengeldes zahlte.

Diese Ausnahmeregelung wurde nunmehr ersatzlos gestrichen.

### Einfügung des Begriffs der nur „vorübergehenden“ Arbeitnehmerüberlassung

Der Einsatz von Leiharbeitern führt in der Praxis oft zu einer Verdrängung der Stammebelegschaft. Eine zeitliche Beschränkung der Überlassung der Leiharbeiter sah die „Vorgänger“-Fassung des § 1 AÜG nicht mehr vor (bis zum 31.12.2003 galt noch ein Höchstzeitraum von 24 Monaten).

Nunmehr wurde in der Neufassung des **§ 1 AÜG ein neuer Satz 2** eingefügt, der vorsieht, dass die Überlassung von Arbeitnehmern an den Entleiher nur zulässig ist, wenn der Einsatz nur „vorübergehend“

erfolgt. Bedauerlicherweise definiert das Gesetz jedoch nicht, wann von nur einer „vorübergehenden“ Arbeitnehmerüberlassung ausgegangen werden kann. Eine zeitliche Grenze ist nicht vorgegeben. Ausgesprochen wird durch die Neuregelung nur, dass der Einsatz irgendwann enden muss. Es bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung in zu erwartenden Auseinandersetzungen den Begriff der nur „vorübergehenden“ Arbeitnehmerüberlassung auslegen wird. Leider sieht aber auch die Neufassung des AÜG keine Sanktionsmöglichkeit bei Verstößen gegen das Verbot einer nicht nur vorübergehenden Überlassung vor. Da die europäische Richtlinie jedoch angemessene und abschreckende Sanktionen forderte, wird eine richtlinienkonforme Auslegung dahingehend diskutiert, ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeiter und Entleiher zu fingieren.

### **Änderung der Ausnahmeregelung konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung**

Nach der alten Fassung fand das AÜG auf die Arbeitnehmerüberlassung innerhalb konzernverbundener Unternehmen keine Anwendung, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit nur vorübergehend in einem anderen Unternehmen erbrachte. Diese Ausnahmeregelung für Konzernunternehmen in **§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG** wurde dahingehend geändert, dass die Regelungen des AÜG dann gelten, wenn der Arbeitnehmer zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird. Dadurch soll vor allem missbräuchlichem Outsourcing und Unternehmensspaltungen entgegen gewirkt werden.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Leiharbeitsrichtlinie keine Ausnahme für Konzernunternehmen vorsieht und die Ausnahmeregelung insgesamt daher gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen dürfte.

### **Neue Ausnahmeregelung**

In **§ 1 Abs. 3 Nr. 2 a AÜG** wurde zudem ein weiterer Ausnahmetatbestand eingefügt. Danach findet das AÜG auch auf nicht konzernverbundene Arbeitgeber keine Anwendung, wenn die Überlassung nur gelegentlich erfolgt und der Arbeitnehmer nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird.

Auch diese Ausnahme ist in der europäischen Richtlinie nicht vorgesehen und dürfte daher europarechtswidrig sein.

### **Informationsanspruch gegenüber Entleiher über freie Arbeitsplätze im Entleiherbetrieb**

Die neue Regelung des **§ 13 a AÜG** sieht einen Informationsanspruch des Leiharbeitnehmers gegenüber dem Entleiher über (alle) freien Arbeitsplätze des Entleihers vor. Dadurch soll die Übernahme von Leiharbeitnehmern in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zum Entleiher gefördert werden, in dem sie sich auf freie Arbeitsplätze bewerben können.

Der Anspruch auf Information ist einklagbar. Die Verletzung der Informationspflicht stellt zudem eine gem. § 16 I Nr. 9 AÜG strafbewehrte Ordnungswidrigkeit des Entleihers dar. Darüber hinaus wird diskutiert, ob die Verletzung der Informationspflicht einen Zustimmungsverweigerungsgrund des Betriebsrates gem. § 99 II Nr. 5 und Nr. 1 BetrVG begründet.

### **Anspruch auf Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten des Entleiherbetriebes**

Die Neuregelung in **§ 13 b AÜG** begründet einen Anspruch des Leiharbeitnehmers gegenüber dem Entleiher auf Zugang zu seinen Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten (z.B. Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegungen, Beförderungsmitteln) wie sie auch der Stammbesatzung offen stehen. Der Zugang muss zu gleichen Bedingungen ermöglicht werden, es sei denn eine unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt. Die Verletzung der Pflicht aus § 13 b AÜG stellt ebenfalls eine gem. § 16 I Nr. 10 AÜG strafbewehrte Ordnungswidrigkeit des Entleihers dar. Darüber hinaus wurde § 9 Nr. 2 a AÜG neu eingefügt, wonach entgegenstehende bzw. beschränkende Vereinbarungen unwirksam sind.

**Die Änderungen in § 9 Nr. 2 und § 3 I Nr. 3 AÜG sind bereits zum 30.04.2011 in Kraft getreten, die Änderungen in § 1 AÜG und die Neuregelungen in § 13 a und b AÜG gelten ab 01.12.2011.**

### **Impressum:**

sfm-arbeitsrecht *aktuell* wird herausgegeben von seebacher.fleischmann.müller - kanzlei für arbeitsrecht, sendlinger str. 46, 80331 münchen tel.: +49 (0) 89 – 23 000 50 - fax: +49 (0) 89 – 23 000 511 - mail: kanzlei@sfm-arbeitsrecht.de

Redaktion: Michael Fleischmann (verantwortlich i.S.d.P.), Angelika Daumoser, Stefanie Duffner. Dank für Zuarbeit an Krikor R. Seebacher, Uwe Silberberger, Christian Becker & Barbara Renkl; Dank auch an die Korrekturleser/innen Stefanie Duffner & Sabrina Saller.

Hinweis: Die hier wiedergegebenen Rechtsansichten und Meinungen sind subjektiv. Ob und in welchem Umfang eine Übertragung auf konkrete Einzelfälle zu den gleichen juristischen Konsequenzen führt, wie hier angenommen, muss stets im Einzelnen geprüft werden. Auch die Wiedergabe von Rechtsprechung von Gerichten erfolgt zwar nach bestem Wissen und Gewissen, Fehler bleiben jedoch vorbehalten, gerade angesichts der Verkürzung der Aussagen.

**Die Weitergabe an Interessierte ist ausdrücklich gestattet**