

sfm-arbeitsrecht

aktuell

2003 / III.

Sehr geehrte Damen und Herren,
liebe Kolleginnen und Kollegen,

hier nun die dritte Ausgabe unseres Info-Letters. Diesmal etwas länger als üblich, aber wir Juristen trennen uns ungern von Textpassagen, die einmal geschrieben sind. Einige Kanzleien in München sind da so perfekt drin, dass man meinen könnte, man gewinnt Prozesse nach Gewicht der Schriftsätze. Aber auch wir sind nicht frei davon.

Der Beitrag zum Bereitschaftsdienst-Urteil wurde erst nach Androhung von Urlaub des Autors gekürzt. Er will die geneigte Leserschaft andernorts noch einmal mit einer längeren Version beglücken.

Dazwischen geschoben haben wir wieder eine Auswahl von Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts. Diesmal aus dem 2.Quartal 2003 (Seite 2 ff) sowie unser „Praxis-Stichwort: Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt (ebenfalls Seite 2).

Nun wünschen wir viel Spaß beim Lesen und bitten abermals um rege Kommentierung an kanzlei@sfm-arbeitsrecht.de

die redaktion

Bereitschaftsdienst ist Arbeitszeit

Bereits am 03.10.2000 (Simap) hatte der EuGH¹ entschieden, dass Bereitschaftsdienst Arbeitszeit ist. Nachdem die erste Aufregung verfliegen war, wurden von interessierter Seite Argumente zur Nichtbeachtung der Entscheidung gesammelt. Das Bundesarbeitsgericht hat zwischenzeitlich zwei Entscheidungen gefällt², wonach erst der Gesetzgeber handeln möge, bevor sich real etwas zu ändern habe, zumindest in der Privatwirtschaft.

Am 09.09.2003 (Jäger gegen Landeshauptstadt Kiel) hat der EuGH³ nunmehr erneut entschieden, was er bereits 2000 feststellte: Bereitschaftsdienst ist Arbeitszeit. Dem folgte ein großes Medienecho. Schätzungen über Mehrkosten und zusätzlichen Personalbedarf bestimmten die öffentliche Diskussion.

Abgrenzung der Ruhezeit von Arbeitszeit

Auch das neue Arbeitszeiturteil des Europäischen Gerichtshofs dreht sich um die Abgrenzung der Ruhezeit von Arbeitszeit bzw. der arbeitsrechtlichen Zulässigkeit von Bereitschaftsdiensten zusätzlich zu normalen Diensten.

Ausgangspunkt ist die Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23.11.1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung. Streitig war, wie bereits im Simap-Urteil, die Definition der Begriffe „Arbeitszeit“ und „Ruhezeit“. Darüber hinaus standen Fragen zu Ausgleichszeiten zur Entscheidung.

Die Richtlinie 93/104 selbst definiert in Art. 2 die beiden hier streitigen Begriffe. Arbeitszeit: „Jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt.“

¹ EuGH vom 03.10.2000 - C - 303/98, Simap, Slg. 2000 I-7963; Der Personalrat 2001, 134ff; NZA 2000. 1227ff; AP Nr. 2 zu EWG-Richtlinie Nr. 93/104

² BAG vom 18.02.2003 - 1 ABR 2/02; BAG vom 5. Juni 2003 - 6 AZR 114/02

³ EuGH vom 09.09.2003 - C- 151/02, Jäger

Ruhezeit: „Jede Zeitspanne außerhalb der Arbeitszeit“

Des Weiteren fordert die Richtlinie als tägliche Mindestruhezeit 11 Stunden, eine durchschnittliche wöchentliche Höchst-arbeitszeit von 48 Stunden sowie einen Bezugszeitraum für diesen Durchschnitt von maximal vier Monaten. Unter dem Vorbehalt, dass anderweitig ein entsprechender Schutz geboten wird, lässt die Richtlinie Ausnahmeregelungen durch Mitgliedstaaten für bestimmte Personen (leitende Angestellte, angestellte Familienangehörige, Arbeitnehmer im liturgischen Bereich) sowie für gewisse Bereiche, wie zum Beispiel dem Pflegedienst in Krankenhäusern, Presse, Fernsehen und Post zu.

weiter auf Seite 5

BAG-Splitter: 2. Quartal 2003

mfl. Nachfolgend haben wir für Sie eine Auswahl an Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts aus dem 2. Quartal 2003 redaktionell aufbereitet. Basis waren jeweils die Pressemitteilungen des BAG. Es handelt sich daher um stark verkürzte Wiedergaben der Entscheidungen. In den meist noch nicht vorliegenden ausführlichen Entscheidungsbegründungen können sich durchaus noch entscheidende „Wenns“ und „Abers“ verbergen.

Kündigung einer Schwangeren: bereits

nach (nicht rechtskräftiger) Zulässigkeitserklärung darf die Kündigung ausgesprochen werden

Der Ausspruch der Kündigung gegenüber einer Schwangeren ist nicht unzulässig (§ 9 Abs. 1 MuSchG), sondern schwebend wirksam, wenn zum Zeitpunkt ihres Ausspruchs eine Zulässigkeitserklärung der zuständigen Behörde vorliegt, welche durch Widerspruch und Klage angegriffen ist. Eine Bestandskraft dieses Verwaltungsaktes ist laut BAG nicht zu fordern. Wird die Kündigung vom Arbeitsgericht als wirksam erklärt, bleibt der Klägerin die Möglichkeit einer Wiederaufnahme des arbeitsgerichtlichen Verfahrens für den Fall, dass der Bescheid endgültig aufgehoben werden sollte.

BAG, Urteil vom 17. Juni 2003 - 2 AZR 245/02 - zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 46/03

Kein Schadensersatz wegen Verlustes einer Anwartschaft auf eine betriebliche Altersversorgung nach gerichtlicher Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Abfindung

Wird ein Arbeitsverhältnis nach erfolgloser außerordentlicher Kündigung des Arbeitgebers im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses auf Antrag des Arbeitnehmers nach §§ 9, 10 KSchG gegen Zahlung einer Abfindung rechtskräftig aufgelöst, kann dieser nicht noch gesondert Schadensersatz wegen Verlust der Anwartschaft auf die betriebliche Altersversorgung verlangen. Ein Schadensersatzanspruch wegen des vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers kommt weder nach § 628 Abs. 2 BGB noch nach den Regeln der positiven Vertragsverletzung in Betracht. Als Schadensposition ist der Verlust der Anwartschaft auf die betriebliche Altersversorgung bei der Festsetzung der Abfindung im Rahmen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach §§ 9, 10 KSchG zu berücksichtigen; er ist daneben nicht nach § 628 Abs. 2 BGB erstattungsfähig. Die Regeln der positiven Vertragsverletzung finden neben § 628 BGB im Streitfall keine Anwendung.

BAG, Urteil vom 12. Juni 2003 - 8 AZR 341/02 - zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 45/03

Bereitschaftsdienst im Öffentlichen Dienst

Bleiben Arbeitszeiten und Bereitschaftsdienstzeiten in den für Arbeitszeit vorgegebenen Grenzen der EG-Arbeitszeitrichtlinie 93/104 vom 23. November 1993, so ist deren Anordnung zulässig, auch wenn der Arbeitgeber (tarifkonform) Bereitschaftsdienste nicht wie Arbeitszeit bezahlt.

„Der angeordnete Bereitschaftsdienst steht im Einklang mit der tariflichen Bestimmung des § 15 Abs. 6 Buchst. a BAT. Auch das Arbeitszeitgesetz gestattet die streitige Arbeitszeitgestaltung. Es rechnet Zeiten des Bereitschaftsdienstes der Ruhe-

Praxis-Stichwort: Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt

Ab 01.01.2004 treten einige Gesetzesreformen am Arbeitsmarkt in Kraft. Hier die wichtigsten Änderungen (ausführlich siehe Sonderausgabe):

- Änderung der Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung (§ 1 Abs.3 KSchG): nur noch abschließend aufgezählte Gründe wie Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltungspflichten und Schwerbehinderung sind zu berücksichtigen
- Neu §1a KSchG: Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung, falls der Arbeitgeber diesen Anspruch ausdrücklich in die Kündigung aufgenommen hat und der Arbeitnehmer keine Kündigungsschutzklage erhebt
- Einheitliche Klagefrist (drei Wochen) für jede Kündigungsschutzklage, egal aus welchem Grund die Kündigung unwirksam ist; diese Frist gilt nun auch in Kleinbetrieben (fünf oder weniger Mitarbeiter)
- Anwendungsbereich des KSchG aufgeweitet: bei Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer sind bis zu fünf Arbeitnehmer mit befristetem Arbeitsvertrag (ab 31.12.2003) nicht zu berücksichtigen
- Bei neugegründeten Unternehmen (bis zu vier Jahre nach der Gründung) ist eine Befristung bis zu vier Jahren ohne sachlichen Grund zulässig

Ihr sfm-arbeitsrecht-team

zeit zu. Damit genügt das Arbeitszeitgesetz allerdings nicht den Anforderungen der EG-Arbeitszeitrichtlinie 93/104 vom 23. November 1993. Danach ist Bereitschaftsdienst, während dessen ein Arbeitnehmer in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers anwesend sein muss, in vollem Umfang Arbeitszeit iSd. Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie. Dies hat der Europäische Gerichtshof mit Urteil vom 3. Oktober 2000 ("SIMAP") im Zusammenhang mit dem Bereitschaftsdienst spanischer Ärzte entschieden, ohne auf nationale oder berufsspezifische Besonderheiten abzustellen. Die ungenügende Umsetzung der EG-Arbeitszeitrichtlinie im deutschen Arbeitszeitgesetz stellt eine Anordnung zur Ableitung von Bereitschaftsdienst durch einen staatlichen Arbeitgeber nicht generell in Frage. Von ihm wird dabei aber die Einhaltung solcher Bestimmungen der EG-Arbeitszeitrichtlinie verlangt, die einen Sachverhalt über den Umfang der Arbeitszeit inhaltlich bestimmt und unbedingt regeln. Einen Verstoß gegen eine solche Regelung hat der Kläger nicht vortragen können. Bei einer Mindestruhezeit von 11 Stunden und der Einhaltung einer Wochenhöchstleistungszeit von 48 Stunden werden die europarechtlichen Vorgaben beachtet."

Dem Kläger steht auch kein weitergehender Entgeltanspruch zu, da die EG-Arbeitszeitrichtlinie allein den öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutz betrifft und keine Regelungen zur Vergütung von Arbeitszeit trifft, so das BAG.

BAG, Urteil 5. Juni 2003 - 6 AZR 114/02 - zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 44/03; vgl. auch das Jäger-Urteil des EuGH (S. 1)

Eingliederungszuschuss für ältere Arbeitnehmer kein Befristungsgrund

Die Gewährung eines Eingliederungszuschusses für ältere Arbeitnehmer nach § 218 Abs. 1 Nr. 3 SGB III ist kein Sachgrund für die Befristung des mit einem älteren Arbeitnehmer abgeschlossenen Arbeitsvertrags. Anders als nach der bis zum 31. Dezember 1997 geltenden Vorgängerregelung in § 97 AFG dient der Eingliederungszuschuss für ältere Arbeitnehmer nach § 218 Abs. 1 Nr. 3 SGB III nicht der Arbeitsbeschaffung, sondern soll nach § 217 SGB III Minderleistungen ausgleichen, die dem Arbeitgeber durch die Beschäftigung förderungsbedürftiger Arbeitnehmer entstehen. Dies rechtfertigt die Befristung nicht.

BAG Urteil vom 4. Juni 2003 - 7 AZR 489/02 - zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 43/03

Weitergabe von Arbeitszeitdaten an die Gewerbeaufsicht

Die Berechtigung des Betriebsrats, dem Amt für Arbeitsschutz und Sicherheitstechnik die tatsächlichen Arbeitszeiten namentlich benannter Arbeitnehmer mitzuteilen, lässt sich weder generell bejahen noch generell verneinen. Zwar ist der Betriebsrat nach § 89 Abs. 1 Satz 2 BetrVG berechtigt und verpflichtet, die für den Arbeitsschutz zuständigen Behörden durch Anregung, Beratung und Auskunft zu unterstützen. Hieraus folgt jedoch nicht in jedem Fall seine Befugnis zur Weitergabe der ihm zugänglichen Arbeitnehmerdaten. Aus Gründen des Datenschutzes kommt es vielmehr darauf an, ob die Übermittlung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Betriebsrats oder der Aufsichtsbehörde erforderlich ist. Dabei sind auch die schutzwürdigen Interessen der betroffenen Arbeitnehmer zu beachten. Die hierzu erforderliche Prüfung kann nur unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Einzelfalls erfolgen. Sie kann auch ergeben, dass eine Datenübermittlung ohne Einwilligung der Arbeitnehmer zulässig ist. Die Frage, ob sich der Betriebsrat vor Einschaltung des Amtes wegen seiner betriebsverfassungsrechtlichen Verpflichtung zur vertrauensvollen Zusammenarbeit an den Arbeitgeber gewandt haben muss, ließ das BAG offen. BAG, Beschluss vom 3. Juni 2003 - 1 ABR 19/02 - zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 41/03

"Nachkündigung" des Insolvenzverwalters

Nach § 113 Abs. 1 InsO kann der Insolvenzverwalter ein Arbeitsverhältnis mit einer Kündigungsfrist von höchstens drei Monaten zum Monatsende kündigen. Dieses Sonderkündigungsrecht besteht auch in dem Fall, dass vor Insolvenzeröffnung be-

Rückzahlungsvorbehalt bei Zahlung von Sonderleistungen in Teilbeträgen – der zulässige Bindungszeitraum ist auf jeweiligen Teilbetrag bezogen

Die von der Rechtsprechung entwickelten Grenzen der zulässigen Bindungsdauer durch Klauseln, in denen sich Arbeitnehmer zur Rückzahlung von Sonderleistungen verpflichten, knüpfen an den Zeitpunkt der jeweiligen Fälligkeit der Leistungen an. Typischerweise werden solche Beträge alsbald ausgegeben und eine Rückzahlungsverpflichtung erschwert den Entschluss, das Arbeitsverhältnis selbst zu kündigen. Je höher der gezahlte Betrag ist, desto länger muss sich ein Arbeitnehmer darauf einrichten, an den Betrieb gebunden zu werden, wenn er die Rückzahlung vermeiden will. Beträgt eine am 30. November gewährte Leistung weniger als ein Monatsgehalt (auch wenn bereits im Juni ½ Monatsgehalt bezahlt worden war), kann ein Arbeitnehmer nicht über den 31. März des Folgejahres hinaus gebunden werden. Vorliegend hatte der Kläger im November 2000 nur ein halbes Monatsgehalt erhalten und konnte deshalb mit Ablauf des 31. März 2001 ausscheiden, ohne zur Rückzahlung verpflichtet zu sein.

BAG, Urteil vom 21. Mai 2003 - 10 AZR 390/02 - zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 39/03

Auskunftsanspruch des Betriebsrats über Arbeitszeitverhalten auch bei "Vertrauensarbeitszeit"

Nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG hat der Betriebsrat Anspruch auf Erteilung aller Auskünfte, derer er zur Durchführung seiner gesetzlichen Aufgaben bedarf. Zu diesen Aufgaben zählt nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG die Überwachung der Durchführung von Gesetzen und Tarifverträgen zu Gunsten der Arbeitnehmer. Der Betriebsrat hat deshalb zu überprüfen, ob die in § 5 ArbZG vorgeschriebene Mindestruhezeit von 11 Stunden und die tarifliche Arbeitszeit eingehalten werden. Die dafür erforderlichen und in seinem Betrieb anfallenden Informationen hat sich der Arbeitgeber (auch bei Vertrauensarbeitszeit) in geeigneter Weise zu beschaffen. Er kann sich der gesetzlichen Kontrollpflicht und dem daraus resultierenden Auskunftsanspruch des Betriebsrats nicht dadurch entziehen, dass er darauf verzichtet, von der tatsächlichen Arbeitszeit seiner Beschäftigten Kenntnis zu nehmen.

Bundesarbeitsgericht Beschluss vom 6. Mai 2003 - 1 ABR 13/02 - zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 36/03

"Leiharbeiter wählen, aber zählen nicht"

Leiharbeiter sind zwar nach § 7 Satz 2 BetrVG in der ab dem 28. Juli 2001 geltenden Fassung bei Betriebsratswahlen in dem Entleiherbetrieb wahlberechtigt,

BAG

2. Quartal 2003

reits mit der längeren für das Arbeitsverhältnis maßgeblichen Kündigungsfrist (bei im übrigen gleicher Begründung) gekündigt wurde. Der Insolvenzverwalter wiederholt damit nicht lediglich die erste Kündigung. Er stützt sie vielmehr auf die Insolvenzeröffnung und das dadurch ausgelöste Sonderkündigungsrecht und damit auf weitere, neue Tatsachen, die den bisherigen Kündigungssachverhalt verändert haben. Eine unzulässige Wiederholungskündigung ist darin nicht zu sehen.

BAG, Urteil vom 22. Mai 2003 - 2 AZR 255/02 - zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 40/03

wenn sie länger als drei Monate dort eingesetzt werden. Sie zählen jedoch nicht zu den Arbeitnehmern iSv. § 9 BetrVG. Sie sind daher bei der Ermittlung der Betriebsratsgröße nicht zu berücksichtigen. *BAG Beschluss vom 16. April 2003 - 7 ABR 53/02 - zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 35/03 (Anm.: in den Entscheidungsgründen führt das BAG aus, dass auch diejenigen Mitarbeiter, die sich bereits in der Freistellungsphase der Altersteilzeit befinden, nicht mehr nach § 9 BetrVG zählen)*

Klagefrist für Befristungskontrolle

Eine Befristung gilt als wirksam, wenn nicht innerhalb von drei Wochen die nach § 17 Satz 1 TzBfG gebotene Klage erhoben wird. Eine allgemeine Feststellungsklage genügt nicht zur Fristwahrung. *Bundesarbeitsgericht Urteil vom 16. April 2003 - 7 AZR 119/02 - zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 34/03*

Zuständigkeit der Schwerbehindertenvertretung in Einrichtungen der beruflichen Rehabilitation auch für schwer behinderte Rehabilitanden

Zwar sieht § 36 Satz 2 SGB IX vor, dass Rehabilitanden in Einrichtungen der beruflichen Rehabilitation keine Arbeitnehmer iSd. Betriebsverfassungsgesetzes sind und zu ihrer Mitwirkung besondere Vertreter wählen. Dadurch wird die Interessenwahrnehmung schwer behinderter Rehabilitanden durch die Schwerbehindertenvertretung jedoch nicht entbehrlich. Denn die Vertreter nach § 36 Satz 2 SGB IX werden von allen Rehabilitanden in der Einrichtung gewählt und sind deshalb keine besonderen Schwerbehindertenvertretungen.

Arbeitgeber sind daher verpflichtet, der Schwerbehindertenvertretung die im Betrieb in Ausbildung befindlichen Rehabilitanden namentlich zu benennen. Die Schwerbehindertenvertretung ist nach § 95 SGB IX zur Vertretung der Interessen der schwer behinderten Rehabilitanden zuständig. Dies hat das BAG bereits für die Vorgängerregelung in § 25 SchwbG entschieden und die schwer behinderten Menschen bei der Wahl zur Schwerbehindertenvertretung als wahlberechtigt iSv. § 24 Abs. 2 SchwbG angesehen (Beschluss vom 27. Juni 2001 - 7 ABR 55/99 - BAGE 98, 151). An dieser Rechtslage hat sich durch die Neuregelung des Schwerbehindertenrechts im SGB IX nichts geändert.

BAG Beschluss vom 16. April 2003 - 7 ABR 27/02 - zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 33/03

Anteilige Anerkennungsprämie der Unternehmenszugehörigkeit/ Betriebszugehörigkeit bei Teilzeitbeschäftigten zulässig

Eine tarifliche Regelung, wonach eine Treueprämie Teilzeitbeschäftigten nur an-

teilig bezahlt wird, verstößt nicht gegen das gesetzliche Verbot der Benachteiligung teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer (§ 2 Abs. 1 BeschFG 1985). Sie entspricht dem Grundprinzip bei Teilzeitbeschäftigung, wie es in dem ab 1. Januar 2001 geltenden § 4 Abs. 1 TzBfG nunmehr auch durch den Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht wurde. Der monatliche Zuschlag "zur Anerkennung der Unternehmenszugehörigkeit" ist eine zeitabhängige zusätzliche Vergütung für die bei der Arbeitgeberin geleistete Arbeit. *Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 16. April 2003 - 4 AZR 156/02 - zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 32/03*

Kein Anspruch auf volles Urlaubsgeld für Teilzeitbeschäftigte im öffentlichen Dienst

Die Tarifbestimmungen des öffentlichen Dienstes, wonach Teilzeitbeschäftigte lediglich anteiligen Anspruch auf Urlaubsgeld haben, ist wirksam. Die Tarifnorm (§ 2 Abs. 2 TV Urlaubsgeld-Ost) verstößt nicht gegen das gesetzliche Verbot der Benachteiligung teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer (§ 4 Abs. 1 TzBfG). Für die zeitanteilige Bemessung des Urlaubsgeldes besteht ein sachlicher Grund. Das Urlaubsgeld ist keine ausschließlich soziale Leistung des Arbeitgebers; es ist auch eine zusätzliche Vergütung der Arbeitsleistung der Angestellten, so der 9. Senat des BAG. *BAG, Urteil vom 15. April 2003 - 9 AZR 548/01 - zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 31/03*

Betriebsratsanhörung vor der Kündigung – die am letzten Tag auf den Weg gebrachte Kündigung muss bis zuletzt rückholbar und erst nach Ablauf der Wochenfrist ankommen

Nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Das Anhörungsverfahren muss deshalb regelmäßig entweder durch abschließende Stellungnahme des Betriebsrats oder der Ablauf der einwöchigen Anhörungsfrist abgeschlossen sein, ehe der Arbeitgeber die Kündigung erklärt. Der Betriebsrat soll die Möglichkeit haben, innerhalb der gesetzlichen Frist auf den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers Einfluss zu nehmen. Diesem Sinn und Zweck des Gesetzes ist auch dann noch Genüge getan, wenn der Betriebsrat am letzten Tag der Anhörungsfrist bei Dienstschluss noch nicht Stellung genommen hat und der Arbeitgeber dann das Kündigungsschreiben mittels eines Kurierdienstes, der zurückgerufen werden kann, an den auswärtigen Arbeitnehmer zur Zustellung am nächsten Tag auf den Weg bringt. Zwar könnte der Betriebsrat - was hier nicht geschehen ist - theoretisch noch am letzten Tag der Anhörungsfrist bis 24.00 Uhr zu der Kündigungsabsicht Stellung nehmen. Wenn der Arbeitgeber aber sicherstellt, dass er in dem wenig wahrscheinlichen Fall einer nachträglichen Stellungnahme des Betriebsrats auf dessen Argumente noch rea-

gieren und den Zugang des Kündigungsschreibens verhindern kann, behält der Betriebsrat eine hinreichende Einflussmöglichkeit auf die Entscheidung des Arbeitgebers.

BAG, Urteil vom 8. April 2003 - 2 AZR 515/02 - zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 30/03

November 2003 - mfl

Impressum:

sfm-arbeitsrecht *aktuell*
wird herausgegeben von

seebacher.fleischmann.müller
– kanzlei für arbeitsrecht,
sendlinger str. 46, 80331 münchen

tel.: 089 – 23 000 50
fax: 089 – 23 000 511

mail: kanzlei@sfm-arbeitsrecht.de

Redaktion:

RAe Krikor R. Seebacher, Michael
Fleischmann (v.i..S.d.P.), Andreas
Müller, Hülya Ördek, Barbara Renkl,
Stefanie Kempf, Angelika Daumoser,
Tanja Berger

Die Weitergabe an
Interessierte ist
ausdrücklich gestattet

Arbeitszeitgesetz

Regelungen zur Höchstarbeitszeit und Ruhezeiten sind in Deutschland im Arbeitszeitgesetz festgelegt. Der Begriff der Arbeitszeit ist gesetzlich nicht definiert. In diesem Zusammenhang wurden von der Rechtsprechung jedoch verschiedenen Begrifflichkeiten entwickelt. Neben der unstreitigen Arbeitszeit in Form der aktiven Tätigkeit gibt es die Arbeitsbereitschaft, den Bereitschaftsdienst und die Rufbereitschaft.

Arbeitsbereitschaft, also das zur Verfügung stehen des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz, um bei Bedarf tätig zu werden, wird europarechtskonform auch in Deutschland als Arbeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes angesehen.

Rufbereitschaft, also die Erreichbarkeit ohne dass der Arbeitgeber den Aufenthaltsort festlegt einschließlich der Arbeit auf Abruf, wird ebenfalls europarechtskonform dahingehend aufgeteilt, dass lediglich die aktive Arbeit als Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes gilt.

Hiervon abzugrenzen ist der Bereitschaftsdienst. Beim Bereitschaftsdienst hat der Arbeitnehmer sich an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufzuhalten und sich zur Arbeitsaufnahme bereitzuhalten.

Das bundesdeutsche Arbeitszeitrecht hat hier, wie bei der Rufbereitschaft, lediglich den Teil der aktiven Tätigkeit der Arbeitszeit zugeordnet, die Wartezeiten hingegen der Ruhezeit. Dies ist europarechtswidrig. Die Tatsache, dass der Arbeitnehmer sich in der Zwischenzeit ausruhen oder anderweitig beschäftigen darf, ändert

nichts an der Fremdbestimmtheit dieses Zeitraumes.

Die Entscheidung des EuGH vom 09.09.2003 (Jäger gegen Landeshauptstadt Kiel)

„Das Simap-Urteil gilt auch für Bereitschaftsdienst, wie er in Deutschland praktiziert wird“, so könnte man das Urteil der Rechtsache Jäger zusammenfassen.

Der EuGH hält fest, dass die Begriffe „Arbeitszeit“ und „Ruhezeit“ im Sinne der Richtlinie 93/104 nicht nach Maßgabe der Vorschriften der verschiedenen Mitgliedstaaten ausgelegt werden dürfen. Sie stellen vielmehr gemeinschaftsrechtliche Begriffe dar, die anhand objektiver Merkmale unter Berücksichtigung des Regelungszusammenhangs und des Zweckes der Richtlinie zu bestimmen sind. Der Umstand, dass bei der Definition auf „einzelstaatliche Rechtsvorschriften und/ oder Gepflogenheiten“ verwiesen wurde, ändert daran nichts. Bereits im Urteil Simap ist der EuGH zu dem Ergebnis gelangt, dass der Bereitschaftsdienst der Ärzte in Form persönlicher Anwesenheit insgesamt als Arbeitszeit und gegebenenfalls als Überstunden im Sinne dieser Richtlinie anzusehen ist, während beim Bereitschaftsdienst in Form von Rufbereitschaft nur die Zeit, die für die tatsächliche Erbringung der medizinischen Leistungen aufgewandt wird, als Arbeitszeit anzusehen ist.

Somit bringt die Entscheidung Jäger eigentlich nichts Neues, zumindest nicht juristisch. Das Einschneidende dieser Entscheidung ist, dass denen der Wind aus den Segeln genommen wird, die stets behauptet haben, die Situati-

on, die dem Simap-Urteil zugrunde gelegen hat, wäre nicht vergleichbar mit der Situation des Bereitschaftsdienstes in Deutschland.

Dieser Behauptung hat der EuGH nunmehr eine eindeutige Abfuhr erteilt. Er hat festgehalten, dass auch die Möglichkeit, sich während des Bereitschaftsdienstes auszuruhen, diesen nicht zur Ruhezeit macht. Zeiten der beruflichen Untätigkeit bei gleichzeitiger Anwesenheitspflicht sind Arbeitszeiten. Entscheidend dafür, dass Bereitschaftsdienst Arbeitszeit im Sinne der Richtlinie ist, ist, dass die Arbeitnehmer sich an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufhalten und diesem zur Verfügung stehen müssen, um gegebenenfalls sofort ihre Leistungen zu erbringen.

Ausnahmooptionen

In einem zweiten Teil hatte sich der Europäische Gerichtshof damit zu beschäftigen, inwieweit aufgrund der in der Richtlinie zugelassenen Ausnahmen eine Durchbrechung der vorgenannten Regelungen legal wäre.

Zu den hier aufgeworfenen Fragen hat der EuGH zum einen festgehalten, dass es nicht zulässig ist, in einem Tarifvertrag vorzusehen, dass Ausgleichszeiten für Bereitschaftsdienstzeiten nur solange sind, wie während der Bereitschaftsdienstzeit real gearbeitet wurde. Dies bedeutet, dass die Ausgleichszeit für Bereitschaftsdienstzeit genau die gleiche Länge haben muss, wie die Bereitschaftsdienstzeit selbst. Ein Abschlag für „Inaktivphasen“ ist unzulässig. Des Weiteren hat der EuGH festgehalten, dass für die Ausnahmenvorschrift hinsichtlich

Behandlungs- und Pflegediensten von Krankenhäusern der elfstündige Ausgleichszeitraum unmittelbar an die (verlängerte) Arbeitsperiode anschließen muss. Auch darf eine solche ausnahmsweise Verlängerung der Arbeitszeit (Normal-schicht + Bereitschaftsdienst) nicht zu einer Überschreitung der wöchentlichen Höchst-arbeitszeit führen.

Auswirkung dieser Entscheidung

Wie bereits beim Simap-Urteil ist auch bei dieser Entscheidung, entgegen zahlreicher öffentlicher Verlautbarungen, eine differenzierte Betrachtungsweise hinsichtlich der Auswirkungen erforderlich.

Einmal ist zu unterscheiden zwischen dem privaten und dem öffentlichen Arbeitgeber als Vertragspartner⁵ und zum anderen ist zu unterscheiden zwischen der Frage der Zulässigkeit der Arbeitsanordnung und Arbeiterbringung sowie der Frage der Vergütung.

Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Arbeitgeber

Im Nachgang zum Simap Urteil vom 03.10.2000 hat das Bundesarbeitsgericht mit Beschluss vom 18.02.2003⁴ entschieden, dass das deutsche Arbeitszeitgesetz der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof nicht entspricht und auch nicht europarechtskonform auslegbar ist, gleichwohl aber existiert und daher im Verhältnis zwischen privaten Arbeitsvertragsparteien anzuwenden ist. Eine EG Richtlinie verpflichtet zunächst lediglich

Staaten zur Umsetzung. Bei verspäteter oder unzulänglicher Umsetzung kommt dann eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie in Betracht, wenn der Arbeitgeber ein Öffentlicher ist und damit dem Staat zuzurechnen bzw. gleichzusetzen ist. Der private Arbeitgeber hingegen muss sich die Unzulänglichkeit des Staates nicht zurechnen lassen. Er darf sich auf die Rechtmäßigkeit der nationalen Gesetze berufen, bis diese geändert sind. Staat im obigen Sinne wiederum sind nach der Rechtsprechung des EuGH nicht nur Gebietskörperschaften sondern alle Organisationen und Einrichtungen, die dem Staat oder dessen Aufsicht unterstehen oder mit besonderen Rechten ausgestattet sind, die über diejenigen hinausgehen, die nach den Vorschriften für die Beziehungen zwischen Privatpersonen gelten.⁵

Bis zu der angekündigten Änderung des Arbeitszeitgesetzes hat die Entscheidung Jäger somit nach herrschender Meinung keine unmittelbare Auswirkung auf die Arbeitsverhältnisse der bei privaten Arbeitgebern Beschäftigten. Für die bei öffentlichen Arbeitgebern Beschäftigten dagegen gilt die unmittelbare Wirkung der Richtlinie aufgrund der fehlerhaften Umsetzung in nationales Recht. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, aber auch Personalräte können auf Basis der Richtlinie und der Auslegung durch vorgenannte Jäger-Entscheidung vor nationalen Gerichten ihre Ansprüche geltend machen.

⁵ EuGH vom 12.07.1990 -C-188/89- [Foster] Sgl. 1990 I 3313, 3343); EuGH vom 04.12.1997 - Rs C 253-258/96 - Kampelmann Rdnr. 46, 47, AP Nr. 3 zu EWG-Richtlinie 91/533

Auswirkungen auf Vergütung

Sowohl die Simap-Entscheidung als auch die Jäger-Entscheidung definieren den Begriff der Arbeitszeit stets nur im Sinne der Richtlinie 93/104/EG, also im Hinblick auf die Zulässigkeit der Arbeit unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer. Auswirkung auf die Vergütung kann die Entscheidung daher zunächst nur indirekt haben. Hat ein Arbeitnehmer soviel Bereitschaftsdienste geleistet, dass es arbeitszeitrechtlich nicht mehr zulässig ist, die volle Grundarbeitszeit zu erbringen, so wird ihm die Vergütung für die fehlende Grundarbeitszeit wohl unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs zustehen. Das Verschulden für die Nichterbringung liegt ja beim Arbeitgeber, welcher die Dienste einteilt oder durch seine Beauftragten einteilen lässt.

Die stille Hoffnung mancher, dass die vom EuGH vorgenommene Definition der Arbeitszeit unmittelbar auf die vergütungsrechtliche Definition der Arbeitszeit durchschlägt, kann angesichts des Wortlauts der Entscheidung und der dieser zugrunde liegenden Richtlinie leider nicht geteilt werden. Auch das Bundesarbeitsgericht hat dies zwischenzeitlich unter Bezug auf die Simap-Entscheidung so ausgeurteilt.⁶

Auswirkungen für die Arbeit von Betriebs- und Personalräten

Für den Bereich des öffentlichen Dienstes sehen das Bundespersonalvertretungsgesetz wie auch

⁴ BAG vom 18.02.2003, 1 ABR 2/02

⁶ BAG vom 5. Juni 2003 - 6 AZR 114/02

sämtliche Landespersonalvertretungsgesetze Mitbestimmungsrechte bei der Lage der Arbeitszeit vor. Diese werden in aller Regel durch den Abschluss von Dienstvereinbarungen zur Arbeitszeit ausgeübt. Da sowohl Dienststellenleitung als auch Personalrat Teil der Dienststelle und damit Teil des Staates sind, wirkt die fehlerhaft umgesetzte Richtlinie 93/104/EG unmittelbar. Bewegen sich Dienstvereinbarungen zur Arbeitszeit also im Rahmen des Arbeitszeitgesetzes, jedoch außerhalb des Rahmens der Richtlinie 93/104/EG, so dürfen diese nicht mehr zur Anwendung kommen. Hier ist jede Vereinbarung dahingehend zu betrachten, ob eine europarechtskonforme Auslegung möglich ist, mit der Folge, dass die Vereinbarung bestehen bleibt oder aber, ob die Vereinbarung den europarechtlichen Vorgaben widerspricht und nicht durch Auslegung heilbar ist. Bei Verstoß gegen zwingendes höherrangiges Recht ist eine Betriebs- oder Dienstvereinbarung nach § 134 BGB rechtsunwirksam, wobei die Unwirksamkeit jedoch nur für die Zukunft wirkt.⁷ Eine Kündigung der Vereinbarung wäre hiernach nicht nötig, sollte aber, um Streit zu vermeiden, höchstvorsorglich ausgesprochen werden.

Das gleiche gilt für Betriebsräte bei solchen Arbeitgebern, welche Staat im Sinne der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs sind.

Für Betriebs- und Personalräte der Privatwirtschaft bzw.

⁷ LAG Hamburg 8. Kammer, Beschluss vom 13.02.2002 - 8 TaBv 10/01, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Bereitschaftsdienst; aufgehoben durch BAG vom 18.02.2003 - 1 ABR 17/02 ohne dass das BAG diese Passage als falsch bewertet hätte

bei Organisationen, welche nicht unter den Begriff des Staates im vorgenannten Sinne fallen, ist nach wie vor von der bisherigen Rechtslage auszugehen. Dies hindert jedoch nicht entsprechende Betriebs- und Dienstvereinbarungen zu kündigen und bei der Neuverhandlung darauf zu drängen die europarechtlichen Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Ein Rechtsanspruch hierauf besteht zwar nicht, im Rahmen der Ermessensausübung wird eine Einigungsstelle jedoch nicht umhin kommen, die Entscheidungen des EuGH zu berücksichtigen.

Zusammenfassung:

Das Jäger-Urteil vom 09.09.2003 ist eine Bestätigung und Präzisierung der Simap-Entscheidung zur Arbeitszeit i. S. d. Arbeitszeitrechts dar. Geklärt wurde, dass Bereitschaftsdienstzeiten, welche dadurch charakterisiert sind, dass der Arbeitnehmer sich arbeitsbereit an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufhalten muss, Arbeitszeit i. S. der Richtlinie sind.

Direkte Auswirkung hat die Entscheidung jedoch lediglich auf das Verhältnis zwischen Arbeitnehmern und staatlichen Arbeitgebern, wobei Staat nach der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs zu definieren ist.

Die Konkretisierung der Definition des Begriffes Arbeitszeit gilt lediglich in Bezug auf die Frage der Zulässigkeit der Arbeit unter arbeitszeitrechtlichen Gesichtspunkten. Eine vergütungsrechtliche Wirkung hat die Definition (zunächst) nicht.

Michael Fleischmann