

sfm-arbeitsrecht

aktuell

1. Halbjahr 2010 / Juni 2010

NEUES vom BAG

Betriebsübergang Kantine –

Diskriminierung auf Verdacht

– Urlaubsentgelt –

Freizeitausgleich im ÖD –

diskriminierungsfreies Ar-

beitsumfeld – Flashmob zu-

lässig – Rückzahlung von

Ausbildungskosten

– **kw-Vermerk und Befristung** –

SanierungsTV und Betriebs-

übergang – BR-Klage gegen

Diskriminierung - Gleichbe-

handlung – AGG-

Beschwerdestelle – Nachwir-

kung von TVen u. v. m.

Weitere Themen

► **Praxistipp**

► **dies & das**

► **Auskunft des BR
über AU-Zeiten**

Fall Emmely

**Durchbruch der Rechtsprechung oder doch nur graduelle
Korrektur - BAG vom 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09**

Erfurt, 10. Juni – Freudentränen und Fernsehkameras begleiten die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts in Sachen „Emmely“.

Das Urteil ist in der Tat erfreulich, hat es doch eines von zahlreichen unterinstanzlichen Urteilen aus der Welt geschafft, in denen Arbeitnehmer wegen Kleinigkeiten die Lebensgrundlage entzogen wurde. Vorliegend ging es zunächst um eine sog. Verdachtskündigung, später um eine TatKündigung.

Liest man die Pressemitteilung des Gerichts jedoch genau, wird man feststellen müssen, dass ein rechtspolitischer Durchbruch bei der Verdachtskündigung ausgeblieben ist, dieser Art der Kündigung, die die verfassungsrechtlich gebotene Unschuldsvermutung mit Füßen tritt.

Das BAG hat, als Revisionsgericht gebunden an die Feststellungen des LAG Berlin-Brandenburg, jedoch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wieder mehr ins Zentrum der Beurteilung gerückt.

So hat es laut Pressemitteilung bewertet:

„... insbesondere die über drei Jahrzehnte ohne rechtlich relevante Störungen verlaufene Beschäftigung, durch die sich die Klägerin ein hohes Maß an Vertrauen erwarb. Dieses Vertrauen konnte durch den in vieler Hinsicht atypischen und einmaligen Kündigungssachverhalt nicht vollständig zerstört werden. Im Rahmen der Abwägung war auch auf die vergleichsweise geringfügige wirtschaftliche Schädigung der Beklagten Bedacht zu nehmen, so dass eine Abmahnung als milderer Mittel gegenüber einer Kündigung angemessen und ausreichend gewesen wäre, ...“

So hat das BAG die Grundsätze angelegt, die eigentlich in jedem Lehrbuch stehen, aber von den Gerichten bei angeblichem Diebstahl oder Unterschlagung nicht mehr beachtet wurden. Ein Fortschritt also, auch ein wichtiger Fortschritt, aber der Durchbruch zur grundsätzlichen Unwirksamkeit einer sog. Verdachtskündigung steht noch aus.

Juni 2010 - m

BAG-Splitter

2. Halbjahr 2009

Masse-Versorgungsanwartschaft können bei Betriebsschließung abgefunden werden

Wird ein Arbeitsverhältnis nach Insolvenzeröffnung mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortgesetzt, entstehen weitere Anwartschaften aus betrieblicher Altersversorgung zu Lasten der Masse. Wird die Betriebstätigkeit vollständig eingestellt und das Unternehmen liquidiert, können diese Ansprüche vom Verwalter durch eine Kapitalleistung abgefunden werden (§ 3 Abs. 4 BetrAVG). Folgt ein Betriebsübergang, gehen sie auf den Erwerber über. Die Anwartschaften vor der Eröffnung bleiben Insolvenzforderungen, geschützt durch den Pensionssicherungsverein. BAG vom 22. Dezember 2009 - 3 AZR 814/07 - Vorinstanz: LAG Baden-Württemberg vom 3. Juli 2007 - 22 Sa 1/07 - zit nach PM des BAG 121/09

Betriebsübergang bei Änderung des Betriebskonzepts

Werden Betriebsrestaurants, in denen bisher gekocht wurde, nur noch mit vorgefertigten Speisen beliefert, die von Hilfskräften aufgewärmt werden, so kann dies einen Betriebsübergang ausschließen. BAG vom 17. Dezember 2009 - 8 AZR 1019/08 - Bestätigung von LAG Nürnberg, Urteil vom 27. August 2008 - 4 Sa 36/08 - zit. nach PM des BAG 120/09

Diskriminierung auch bei nur vermueteter Behinderung

Eine zur Entschädigungszahlung nach § 15 Abs. 2 AGG führende Diskriminierung liegt auch vor, wenn der Benachteiligte ein Diskriminierungsmerkmal nur annimmt. Die Fragen nach näher bezeichneten gesundheitlichen Beeinträchtigungen in einem Bewerbungsgespräch können im Ergebnis als unzulässige Frage nach einer Behinderung interpretiert werden. BAG vom 17. Dezember 2009 - 8 AZR 670/08 - Aufhebung und Rückverweisung von LAG München vom 8. Juli 2008 - 8 Sa 112/08 - zit. nach PM des BAG 118/09

Tarifliche Abweichungen bei der Höhe des Urlaubsentgelts begrenzt zulässig

Das Urlaubsentgelt ist gem. § 11 BUrlG so zu berechnen, dass alle in den letzten 13 Wochen vor Urlaubsbeginn gezahlten laufenden Vergütungsbe-

standteile - mit Ausnahme des zusätzlich für Überstunden gezahlten Arbeitsverdienstes - zu berücksichtigen sind. Tarifverträge können gem. § 13 Abs. 1 BUrlG hiervon auch zuungunsten der Arbeitnehmer abweichen. Sie sind damit zunächst frei, jede ihnen als angemessen erscheinende Berechnungsmethode zu wählen und zu pauschalisieren. Es muss jedoch hinsichtlich des

Bei nichtärztlichen Beschäftigten ist die Abgeltung von Bereitschaftszeiten durch Freizeit nach TVöD-K-VKA nur zulässig, wenn ein Freizeitausgleich entweder zur Einhaltung der Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes erforderlich ist, in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung geregelt ist oder der Beschäftigte dem Freizeitausgleich zustimmt. Die nach § 8.1 Abs. 7 TVöD-K erforderliche Zustimmung der Beschäftigten kann auch durch widerspruchslöse Inanspruchnahme der gewährten Freizeit erklärt werden.

BAG vom 19. November 2009 - 6 AZR 624/08 - Bestätigung von LAG Baden-Württemberg vom 23. Juni 2008 - 4 Sa 2/08 - zit. nach PM des BAG 112/09 (vgl. auch 6 AZR 622/08 - und - 6 AZR 623/08)

dies & das

1. Referentenentwurf vom 28.05.2010 zum „Gesetzes zur Regelung des Beschäftigendatenschutzes“ auf dem Markt

Der lange erwartete Entwurf wird bereits heftig diskutiert, auf der Homepage des BMI haben wir ihn nicht gefunden, aber unter <http://jungjohann.typepad.com/arbeitnehmerdatenschutz/gesetzentwurfe.html> Es handelt sich zwar „nur“ um einen ersten Entwurf des Innenministeriums, aber es ist wichtig, hier rechtzeitig auf Änderungen zu dringen.

2. Europeans for Financial Reform

Die Initiative „Europeans for Financial Reform“ ist eine Koalition von Vertretern nichtstaatlicher Organisationen, Gewerkschaftern, Bürgern, Akademikern und Politikern, um eine Kampagne für echte Reformen im Bank- und Finanzwesen in Gang zu setzen. Unterstützung kommt u. a. von IG Metall und DGB. <http://europeansforfinancialreform.org>

3. Klemens führt ver.di Bayern, Wechsler die IG Metall

Jürgen Wechsler ist seit 7. Juni neuer Bezirksleiter der IG Metall Bayern (www.igmetall-bayern.de/News-Ansicht.26+M5c7a789d5f1.0.html). Luise Klemens ist bereits seit 17. April 2010 an der Spitze des ver.di-Landesbezirks Bayern (http://bayern.verdi.de/wir_ueber_uns/landesbezirksleitung/ressort-c/luise_klemens).
mifl

gesetzlichen Mindesturlaubsanspruchs des § 3 BUrlG sichergestellt sein, dass der Arbeitnehmer ein Urlaubsentgelt erhält, wie er es ohne Urlaubsgewährung voraussichtlich hätte erwarten können.

BAG vom 15. Dezember 2009 - 9 AZR 887/08 - Aufhebung und Rückverweisung von LAG Bremen vom 7. Oktober 2008 - 1 Sa 89/08 - zit. nach PM des BAG 116/09

Zustimmung zum Freizeitausgleich durch widerspruchsloses Inanspruchnahme

Betriebsübergang noch nach faktischer Einstellung der Betriebstätigkeit

Betriebsstilllegung und Betriebsübergang schließen einander grundsätzlich aus. Kommt es jedoch nach der faktischen Einstellung des Betriebs und vor Ablauf der Kündigungsfristen der Arbeitnehmer zu einem Betriebsübergang, tritt der Betriebserwerber gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB in die Rechte und Pflichten aus den noch bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Dies

Praxistipp

Hinzuziehung externen Sachverständigen zur Rechtsvertretung oder begleitenden Beratung

Neben der betreuenden Gewerkschaft und ggf. öffentlichen Stellen erfordert die Betriebsratsarbeit nicht selten die Nutzung Externer.

Geht es darum, sich in einem Verfahren gegen **Rechtsverstöße** des Arbeitgebers zu **wehren**, kann der Betriebsrat durch Beschluss Anwälte beauftragen, die der Arbeitgeber letztlich zahlen muss, sofern die Beauftragung nicht mutwillig (weit jenseits jeder Erfolgsaussicht) ist. Die Vergütung erfolgt dann nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz.

Beschluss:

- Der Betriebsrat stellt fest dass der Arbeitgeber...
- Er beschließt ein Verfahren am Arbeitgericht einzuleiten mit dem Ziel, dem Arbeitgeber aufzugeben / untersagen zu lassen...
- Der Betriebsrat beauftragt die Rechtsanwälte...

Die Beratung bezüglich des Verstoßes, ohne letztlich dagegen vorzugehen, bedarf in der Regel, wenn es mehr als eine Erstberatung sein soll, einer Honorarvereinbarung, die wiederum gewissen Regeln der Erforderlichkeit unterliegt. Aber auch hier resultiert die Kostentragungspflicht aus § 40 Abs. 1 BetrVG.

Beschluss:

- Der Betriebsrat stellt fest dass der Arbeitgeber...
- Er beschließt sich darüber beraten zu lassen ob und wenn ja welche Handlungsoptionen ergriffen werden können.
- Der Betriebsrat beauftragt die Rechtsanwälte... mit der Beratung. Der Vorsitzende wird beauftragt, den Auftrag zu vergeben und eine entsprechende Honorarvereinbarung mit den bekannten Bedingungen abzuschließen.

Beratungen, die sich nicht auf die Beseitigung konkreter Verstöße beziehen, sondern eher gestaltend sind, wie z. B. Hilfe bei der Erstellung von Betriebsvereinbarungen werden nach § 80 Abs. 3 BetrVG behandelt. Sachverständige im Sinne dieser Regelung können Anwälte, Technikberater, Organisationsberater etc. sein. Abgerechnet wird hier nach Honorarvereinbarung, die in der Regel Stunden- oder Tagessätze zum Inhalt haben. Vor Beginn der Tätigkeit ist das Einvernehmen des Arbeitgebers herbeizuführen.

Beschluss:

- Der Betriebsrat beschließt eine BV zum Thema... zu erarbeiten und stellt fest, dass er nicht über die erforderlichen rechtssicheren Kenntnisse verfügt, insbesondere...
- Er beschließt daher, die ... als Sachverständige auf Basis der in der Anlage beigefügten Auftragsbedingungen hinzuzuziehen.
- Der Betriebsrat beauftragt die Vorsitzende das Einvernehmen mit dem Arbeitgeber herbeizuführen.

Eine Spezialnorm zu § 80 Abs. 3 BetrVG stellt § 111 S. 2 BetrVG für Unternehmen ab 300 Mitarbeitern dar, die Möglichkeit der Hinzuziehung von Beratern bei Betriebsänderungen. Der Vorteil zu § 80 Abs. 3 besteht darin, dass der Beginn der Tätigkeit erfolgen kann auch wenn das Einvernehmen des Arbeitgebers nicht erklärt wurde. In der Praxis führt dies dann gelegentlich zu Streit bei der Bezahlung, so dass auch hier eine rechtzeitige Klärung der Konditionen fast unabdingbar ist.

gilt auch bei einem Betriebsübergang in der Insolvenz.

BAG vom 22. Oktober 2009 - 8 AZR 766/08 – Bestätigung von Hessisches LAG vom 17. Juli 2008 - 5 Sa 1937/06 - zit. nach PM des BAG 104/09

Entschädigungsansprüche wegen Nichtbeseitigung ausländerfeindlicher Parolen

Die Schaffung eines feindlichen Umfeldes iSd. § 3 Abs. 3 AGG kann auch durch Nichtbeseitigung diskriminierender Schmierereien erfolgen. Dies kann eine Entschädigungspflicht des Arbeitgebers nach § 15 Abs. 2 AGG auslösen. Entschädigungsansprüche müssen jedoch innerhalb der Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG schriftlich geltend gemacht werden.

BAG vom 24. September 2009 - 8 AZR 705/08 – Bestätigung von LAG Düsseldorf vom 18. Juni 2008 - 7 Sa 383/08 - zit. nach PM des BAG 97/09

AiP-Zeiten zählen bei Stufenaufstieg von Uni-Ärzten nicht.

Tätigkeitszeiten als Arzt im Praktikum (AiP) gelten weder als „Zeiten ärztlicher Tätigkeit“ noch als „Zeiten von Berufserfahrung aus nichtärztlicher Tätigkeit“ i. S. d. TV-Ärzte/TdL-MB; sie bleiben bei Zeiten des Stufenaufstiegs außer Betracht.

BAG Urteil vom 23. September 2009 - 4 AZR 382/08 – Bestätigung von LAG Düsseldorf vom 16. April 2008 - 12 Sa 2237/07 – zit. nach PM des BAG 96/09

Streikbegleitende „Flashmob-Aktion“ zulässig

Gewerkschaftliche Maßnahmen, die zur Durchsetzung tariflicher Ziele auf eine Störung betrieblicher Abläufe gerichtet sind, unterfallen der durch Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz gewährleisteten Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften. Zu dieser gehört die Wahl der Arbeitskämpfungsmittel. Deren Zulässigkeit richtet sich jedoch nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Arbeitskämpfungsmittel sind rechtswidrig, wenn sie zur Durchsetzung der erhobenen Forderungen offensichtlich ungeeignet oder nicht erforderlich oder wenn sie unangemessen sind. Eine „Flashmob-Aktion“ im Einzelhandel ist zulässig.

BAG vom 22. September 2009 - 1 AZR 972/08 – Bestätigung von LAG Berlin-Brandenburg vom 29. September 2008 - 5 Sa 967/08 – zit. nach PM des BAG 95/09

Ehegattenbezogener Anteil am OZ bei Übergang zu TVöD und Partner in BRK

Gem. § 5 TVÜ-VKA war bei der Bildung seines Vergleichsentgelts beim Über-

gang von BAT zu TVöD der hälftige Unterschiedsbetrag zwischen den Stufen 1 und 2 des Ortszuschlags zugrunde zu legen, wenn der Ehepartner aufgrund vergleichbarer Regelung ortszuschlagsberechtigt ist, der andere Tarifvertrag (BRK) aber so geändert wurde, dass dieser weiterhin nur den hälftigen Unterschiedsbetrag erhält. Andernfalls stünden die Ehegatten entgegen dem Regelungszweck des § 5 TVÜ-VKA finanziell schlechter als vor der Überleitung.

BAG vom 17. September 2009 - 6 AZR 481/08 – Aufhebung von LAG Nürnberg vom 6. Februar 2008 - 4 Sa 266/07 - zit. nach PM des BAG Nr. 94/09

Rückzahlung von Fortbildungskosten

Voraussetzung für eine wirksame Rückzahlungsklausel ist, dass die Ausbildung von geldwertem Vorteil für den Arbeitnehmer ist und dieser nicht unangemessen lange an das Arbeitsverhältnis gebunden wird. Ist eine zu lange Bindungsdauer vereinbart, führt dies grundsätzlich zur Unwirksamkeit der Rückzahlungsklausel insgesamt, §§ 305 ff. BGB.

BAG vom 15. September 2009 - 3 AZR 173/08 – Bestätigung von LAG München vom 20. Juni 2007 - 7 Sa 1188/06 - zit. nach PM des BAG Nr. 91/09

Wirksamkeit einer Haushaltsbefristung nicht allein durch kw-Vermerk

Aus einem kw-Vermerk allein ergibt sich nicht, dass für die Beschäftigung des Arbeitnehmers nur ein vorübergehender betrieblicher Bedarf i. S. d. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG besteht. Für eine wirksame Befristung müsste die Vergütung aus Haushaltsmitteln erfolgen, die im Haushaltsplan für eine Aufgabe von vorübergehender Dauer mit einer konkreten Sachregelung auf der Grundlage einer nachvollziehbaren Zwecksetzung versehen sind. Ob sich eine Selbstverwaltungskörperschaft überhaupt auf den Sachgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG berufen kann, blieb offen.

BAG vom 2. September 2009 - 7 AZR 162/08 - Vorinstanz: LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 4. Dezember 2007 - 3 Sa 1406/07 - zit. nach PM des BAG Nr. 88/09

Befristungsdauer nach Promotion nur bei Medizinern neun Jahre, sonst sechs

Nach § 57b Abs. 1 Satz 2 HRG in der bis 17. April 2007 geltenden Fassung (jetzt: § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG) ist die Befristung von Arbeitsverträgen mit

wissenschaftlichem Personal an Hochschulen nach abgeschlossener Promotion bis zu einer Dauer von sechs Jahren, im Bereich der Medizin bis zu einer Dauer von neun Jahren zulässig. Die längere Befristungsmöglichkeit im Bereich der Medizin gilt nur für Mediziner da sie auf der zeitlichen Inanspruchnahme durch die Facharztausbildung beruht. Für Wissenschaftler anderer Fachbereiche bleibt es bei sechs Jahren.

BAG vom 2. September 2009 - 7 AZR 291/08 – Bestätigung von LAG Niedersachsen vom 11. Februar 2008 - 8 Sa 1368/07 –

Weitergeltung eines Sanierungstarifvertrages nach Betriebsübergang

Ein Haus- bzw. Firmentarifvertrag gilt bei einem Betriebsüberübergang nicht automatisch kollektivrechtlich weiter. Der Betriebserberwerber wird durch § 613a BGB nicht Tarifvertragspartei. Das BAG bestätigt seine Rechtsprechung trotz zahlreicher Kritik in der Literatur. Im konkreten Fall erfolgte daher eine Transformation der Tarifinhalte ins Individualrecht.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 26. August 2009 - 4 AZR 280/08 – Bestätigung von LAG Düsseldorf, vom 14. Februar 2008 - 11 Sa 1922/07 -

Betriebsrat kann gegen altersdiskriminierende Stellenausschreibung vorgehen

Der Betriebsrat kann nach § 17 Abs. 2 i. V. m. 11 AGG gegen eine innerbetriebliche Stellenausschreibung vorgehen, wenn diese diskriminierend i. S. d. § 3 Abs. 2 des AGG ist. Eine unzulässige mittelbare Benachteiligung wegen des Alters kann die Anforderung „erstes Berufsjahr“ sein, da dies typischerweise eine Korrelation zum Alter hat.

BAG vom 18. August 2009 - 1 ABR 47/08 - Vorinstanz: Hess. LAG vom 6. März 2008 - 9 TaBV 251/07 – zit. nach PM des BAG Nr. 81/09

Gleichbehandlung von Arbeitnehmern bei freiwilligen Sonderzahlungen

Stellt ein Arbeitgeber bei der Gewährung einer freiwilligen Sonderzahlung sachfremd Arbeitnehmer schlechter, können diese verlangen, wie die begünstigten Arbeitnehmer behandelt zu werden. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber gegen das Maßregelungsverbot in § 612a BGB verstößt und Arbeitnehmer von einer Sonderzahlung ausnimmt, weil diese in zulässiger Weise ihre Rechte ausgeübt haben. Zwar kann der Arbeitgeber bei der Sonderzahlung an sich die unterschied-

lichen Arbeitsbedingungen berücksichtigen; durch eine Verknüpfung mit weiteren Regeln wurde die Differenzierung jedoch unzulässig.

BAG vom 5. August 2009 - 10 AZR 666/08 - Vorinstanz: LAG Nürnberg vom 12. März 2008 - 4 Sa 172/07 – zit. nach PM des BAG 78/09

Beschwerdestelle nach AGG und Mitbestimmung des Betriebsrats

Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitzubestimmen bei der Einführung und Ausgestaltung des Verfahrens, in dem Arbeitnehmer ihr Beschwerderecht nach dem AGG wahrnehmen können. Der Betriebsrat kann zu diesem Zweck selbst initiativ werden und ein Beschwerdeverfahren über die Einigungsstelle durchsetzen. Dagegen hat er kein Mitbestimmungsrecht bei der Frage, wo der Arbeitgeber die Beschwerdestelle errichtet und wie er diese personell besetzt. Hierbei handelt es sich um mitbestimmungsfreie organisatorische Entscheidungen. Errichtet der Arbeitgeber eine überbetriebliche Beschwerdestelle, steht das Mitbestimmungsrecht beim Beschwerdeverfahren nicht dem örtlichen Betriebsrat, sondern dem Gesamtbetriebsrat zu.

BAG vom 21. Juli 2009 - 1 ABR 42/08 - Vorinstanz: LAG Rheinland-Pfalz vom 17. April 2008 - 9 TaBV 9/08 – zit. nach PM des BAG 71/09

Gleichbehandlung bei Lohnerhöhungen

Aufgrund des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes sind Arbeitnehmer bei Anwendung einer vom Arbeitgeber selbst gesetzten Regelung gleich zu behandeln. Auch bei einer freiwillig gewährten allgemeinen Lohnerhöhung dürfen Unterschiede nur aus sachlichen Gründen gemacht werden. Der Arbeitgeber muss die Anspruchsvoraussetzungen so abgrenzen, dass nicht ein Teil der Arbeitnehmer sachwidrig oder willkürlich von der Vergünstigung ausgeschlossen wird. Zulässig sei es, eine Erhöhung auf solche AN zu beschränken, die zuvor verschlechterte Bedingungen akzeptiert hatten, so das BAG.

BAG vom 15. Juli 2009 - 5 AZR 486/08 – Bestätigung von LAG Hamm vom 12. Februar 2008 - 14 Sa 1578/07 – zit. nach PM des BAG 70/09

„Andere Abmachung“ II

Schließen tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien (bereits) während der Laufzeit eines Tarifvertrages einen Änderungsvertrag, der mit sofortiger Wirkung untertarifliche Arbeitsbedingun-

gen festlegt, wird diese Vereinbarung durch die unmittelbar und zwingend wirkende Tarifnorm verdrängt. Bei späterem Verbandsaustritt und Ende der Nachbindung stellt diese Vereinbarung noch keine die Nachwirkung beendende andere Abmachung i. S. d. § 4 Abs. 5 TVG dar.

BAG Urteil vom 1. Juli 2009 - 4 AZR 250/08 – Bestätigung von LAG Schleswig-Holstein vom 19. Februar 2008 - 2 Sa 421/07 – zit. nach PM des BAG 68/09

Keine Beendigung der Nachwirkung eines TV durch vorzeitige Lohndumping-Vereinbarung

Ein Arbeitgeber ist nach seinem Verbandsaustritt an die Tarifverträge kraft Nachbindung nach § 3 Abs. 3 TVG bis zu deren Ende unmittelbar und zwingend gebunden. Danach wirken sie nach, „bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden“. Eine vertragliche Vereinbarung, die bereits für den

Zeitraum der Nachbindung untertarifliche Abreden enthält, ist keine „andere Abmachung“ im Sinne des § 4 Abs. 5 TVG.

BAG vom 1. Juli 2009 - 4 AZR 261/08 – Bestätigung von LAG Saarland vom 9. Januar 2009 - 2 Sa 78/07 – zit. nach PM des BAG 67/09 (vgl. auch Urteil des 4. Senats vom 20.5.2009 - 4 AZR 230/08)

Bearbeitung: RA Fleischmann – April 2010

Arbeitsgericht München – Auskunftsanspruch des BR über Krankheitszeiten

Betriebliches Eingliederungsmanagement

1. Entsprechend § 84 Abs. 2 Satz 6 und 7 i.V.m. § 93 SGB IX hat der Betriebsrat darüber zu wachen, dass der Arbeitgeber die ihm nach dieser Vorschrift obliegenden Verpflichtungen zum betrieblichen Eingliederungsmanagement erfüllt und ggf. ein entsprechendes Klärungsrecht. Der Betriebsrat hat daher einen Auskunftsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber dahingehend, ob Mitarbeiter die Voraussetzungen des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX erfüllen, mithin innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind.

2. Dieser Auskunftspflichtung des Arbeitgebers stehen datenschutzrechtliche Gründe nicht entgegen, insbesondere ist der Betriebsrat nicht Dritter im Sinne des § 3 Abs. 8 Satz 2 BDSG.

Arbeitsgericht München vom 16.04.2010 - 27 BV 346/09

Tenor:

1. Der Arbeitgeber wird verpflichtet, dem Betriebsrat darüber Auskunft zu geben, bei welchen Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmern des Betriebes O. seit dem 01.01.2009 eine Arbeitsunfähigkeit von sechs Wochen oder mehr innerhalb der zurückliegenden zwölf Monate eingetreten ist oder bereits am 01.01.2009 vorgelegen hat, unter Berücksichtigung der für den Auswahlzeitraum vom 01.02.2008 bis 31.01.2009 bereits bekannt gegebenen Namen.

2. Dem Arbeitgeber wird aufgegeben, den Betriebsrat darüber zu unterrichten, welche Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer des Betriebes O. ihrerseits seit dem 01.01.2009 die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements beantragt haben.

Gründe:

I. Der Antragsteller ist der beim Arbeitgeber am Standort O. gebildete Betriebsrat. Der Arbeitgeber betreibt (...) und unterhält u.a. den Betrieb in W. Am 11.12.2008 unterzeichneten der Betriebsratsvorsitzende und die Leitung des Standortes eine Vereinbarung zur Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX (vgl. Bl. 5ff. d. A.).

Danach bildeten die Beteiligten das in der Betriebsvereinbarung vorgesehene Integrationsteam. Dem Integrations-team wurde am 30.01.2009 in einem ersten Gespräch eine Liste mit namentlicher Benennung der Mitarbeiter übergeben, die mehr als 42 Arbeitsunfähigkeitstage aufwiesen (Bl. 20 d. A.).

Der Betriebsrat ist der Auffassung, dass ihm ein Anspruch auf Unterrichtung dergestalt zustehe, welche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Betriebes O. seit dem 01.01.2009 eine Arbeitsunfähigkeit von sechs Wochen oder mehr innerhalb der zurückliegenden 12 Monate aufweisen oder bei denen diese bereits eingetreten war.

Weiter begehrt der Betriebsrat Auskunft darüber, welche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Betriebes O. seit dem 01.01.2009 die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements beantragt haben.

Der Betriebsrat trägt vor, er könne die Einhaltung der Betriebsvereinbarung nur überwachen, wenn er Kenntnis davon habe, welche Arbeitnehmer unter den Anwendungsbereich der Betriebsvereinbarung fallen.

Datenschutzrechtliche Bestimmungen stehen aus Sicht des Betriebsrates nicht entgegen, da er eine verantwortliche Stelle im Sinne von § 3 BDSG sei und mithin kein Dritter im Sinne von § 3 Abs. 8 BDSG. **Ohne Kenntnis der Daten könne der Betriebsrat nicht die Einhaltung und die Einleitung eines Eingliederungsverfahrens verlangen, so**

dass das Initiativrecht aus § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX ins Leere laufen würde.

(...)

II. Die zulässigen Anträge sind auch begründet

1. (...)

2. Die Anträge sind auch begründet. Dem Betriebsrat steht der geltend gemachte Anspruch gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG zu. Danach hat der Arbeitgeber den Betriebsrat zur Durchführung seiner Aufgaben nach dem Betriebsverfassungsgesetz rechtzeitig und umfassend zu unterrichten. Die Informationen des Arbeitgebers sollen den Betriebsrat in die Lage versetzen, in eigener Verantwortung zu prüfen, ob sich für ihn Aufgaben ergeben und ob er zur Wahrnehmung dieser Aufgaben tätig werden muss, so BAG st. Rspr. (beispielsweise 08.06.1999, 1 ABR 28/97, NZA 1999, Seite 1345 f.), wobei eine Unterrichtungspflicht auch schon dann besteht, wenn der Betriebsrat prüfen will, ob er tätig werden kann und soll (BAG v. 09.07.1991, AP Nr. 94 zu § 99 BetrVG).

2.1 Gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat darüber zu wachen, dass zugunsten der Arbeitnehmer geltende Gesetze und Betriebsvereinbarungen durchgeführt werden. Entsprechend § 84 Abs. 2 Satz 6 und 7 SGB IX hat die zuständige Interessensvertretung im Sinn von § 93 SGB IX darüber zu wachen, dass der Arbeitgeber die ihm nach dieser Vorschrift obliegenden Verpflichtungen erfüllt und ggf. ein entsprechendes Klärungsrecht.

Vorliegend schlossen der Arbeitgeber und der Betriebsrat am 11.12.2008 darüber hinaus die Betriebsvereinbarung zur Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements. Gemäß § 3 der Vereinbarung „findet die Betriebsvereinbarung für alle Mitarbeiter Anwendung, die innerhalb von zwölf Monaten länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind. Darüber hinaus können Mitarbeiter von sich aus jeder Zeit ein betriebliches Eingliederungsmanagement beantragen.“

2.2 Aus der Verpflichtung, die sowohl im § 84 Abs. 2 Satz 7 SGB IX als auch verallgemeinert in § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG enthalten ist, über die Einhaltung des Sozialgesetzbuches IX zu wachen, ergibt sich der Auskunftsanspruch des Betriebsrats.

Nur dann, wenn dem Betriebsrat bekannt gemacht wird, ob Mitarbeiter die Voraussetzungen des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX erfüllen, mithin innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind oder ob sie von sich aus ein betriebliches Eingliederungsmanagement beantragt haben, kann er darüber wachen, dass der Arbeitgeber die ihm zukommende Verpflichtung erfüllt, bei dann einzuholender und bei Vorliegen der Zustimmung der betroffenen Person, das betriebliche Eingliederungsmanage-

ment so durchzuführen, wie es in der Betriebsvereinbarung verabredet wurde.

2.3 Dieser Auskunftspflichtung stehen datenschutzrechtliche Gründe nicht entgegen.

a) Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch den Arbeitgeber ist zulässig, soweit dies durch das Bundesdatenschutzgesetz oder eine andere Rechtsvorschrift erlaubt ist oder angeordnet wird oder der Betroffene eingewilligt hat (4 Abs. 1 BDSG).

Der Arbeitgeber ist gemäß § 84 Abs. 2 SGB IX berechtigt, personenbezogene Daten zu erheben, da er Krankheitszeiten innerhalb eines Jahres von einem Beschäftigten zum einen beschaffen und zum anderen speichern muss, um seiner Verpflichtung nach § 84 SGB IX nachzukommen, ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchzuführen, wenn denn der Arbeitnehmer zustimmt. Hierzu ist der Arbeitnehmer im Rahmen des bestehenden Arbeitsverhältnisses gemäß § 242 BGB auch verpflichtet die Erhebung und Speicherung der personenbezogenen Daten zu dulden, da nur so der Arbeitgeber seiner gesetzlichen Verpflichtung nachkommen kann.

b) Die Weitergabe der vom Betriebsrat geforderten Daten ist auch erforderlich, um die Einhaltung des § 84 Abs. 2 SGB IX zu sichern. Der Betriebsrat benötigt die Daten, Arbeitsunfähigkeit von mehr als sechs Wochen innerhalb eines Jahres, da nur mit diesen Daten überwacht werden kann, ob die Einleitung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements bezogen auf alle betroffenen Arbeitnehmer auch durchgeführt wird.

c) **Der Betriebsrat ist nicht Dritter im Sinne des § 3 Abs. 8 Satz 2 BDSG.** Er ist nicht außerhalb der verantwortlichen Stelle im Sinn von § 3 Abs. 7 BDSG. Dies entspricht heute der allgemeinen Meinung, vgl. BAG v. 11.11.1997, Az.: 1 ABR 1997 [richtig 21/97; d.R.], Rn. 29 m.w.N. zur Rspr. und Literatur.

Die Zuleitung der geforderten Daten ist mithin keine unzulässige Weiterleitung an Dritte. Wollte man der Auffassung des Arbeitgebers folgen, liefe das Kontroll- aber auch Initiativrecht nach § 84 Abs. 2 Satz 7 bzw. Satz 6 SGB IX leer. Ohne Kenntnis der „Sechs-Wochen-Daten“ kann der Betriebsrat auch nicht die Einleitung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements verlangen. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber unter Anwendung des Bundesdatenschutzgesetzes und in Kenntnis der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vom 11.11.1997, den Interessenvertretungen ein quasi „inhaltsleeres“ Initiativ- und Kontrollrecht eingeräumt hat. Die Aufgabenzuweisung in § 84 Abs. 2 Satz 7 SGB IX, die Einhaltung der Arbeitgeberverpflichtung zu überwachen, entspricht den Vorgaben in § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, dient der Rechtskontrolle und beinhaltet weiterhin wie in § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG niedergelegt, die Unterrichtungsverpflichtung über die Arbeitnehmer, die

die Voraussetzungen für eine Eingliederungsmaßnahme, weil mehr als sechs Wochen arbeitsunfähig, erfüllen.

2.4 Der Auskunftsanspruch besteht weiterhin, soweit die Arbeitnehmer gemäß § 3 Abs. 2 der Betriebsvereinbarung von sich aus die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements beantragen.

a) Der Betriebsrat hat **darüber zu wachen, dass die Betriebsvereinbarung eingehalten wird**. Da in § 3 Abs. 2 der Betriebsvereinbarung zur Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX geregelt ist, dass Mitarbeiter von sich aus jeder Zeit ein betriebliches Eingliederungsmanagement beantragen können, hat der Arbeitgeber auch hier eine Auskunftsverpflichtung dahingehend, welche Arbeitnehmer einen entsprechenden Antrag gestellt haben, damit der Betriebsrat prüfen kann, ob der Arbeitgeber seiner Verpflichtung nach § 4 ff. der Betriebsvereinbarung nachkommt.

b) Soweit der Arbeitgeber auf datenschutzrechtliche Gründe verweist, ist auf die Ausführungen oben unter Ziffer 2.3 zu verweisen. Ergänzend ist auszuführen, dass nach Auffassung der Kammer in dem Antrag des Mitarbeiters ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchzuführen, eine Zustimmung zur Weitergabe der Information „es wurde ein Antrag auf Durchführung gestellt“ beinhaltet sein dürfte. Den Anträgen war mithin stattzugeben.

(...)

EuGH: § 622 Abs. 2 S. 2 BGB ist europarechtswidrig

Die Nichtberücksichtigung von Beschäftigungszeiten, die vor Vollendung des 25. Lebensjahres liegen, verstößt gegen das Verbot der Altersdiskriminierung. Dies hat der EuGH auf Vorlage des LAG Düsseldorf am 19.01.2010 entschieden.

§ 622 Abs. 2 S. 2 BGB ist daher nicht mehr anzuwenden. In der Praxis bedeutet dies, dass insbesondere auch Ausbildungszeiten zu berücksichtigen sind. Für viele Auszubildende, die nach ihrer Ausbildung übernommen werden, verlängern sich damit die Kündigungsfristen. (br)

LAG RP: keine Kündigung wegen verbotener privater Internet-Nutzung

LAG Rheinland-Pfalz vom 26.02.2010, 6 Sa 682/09:

Der Arbeitgeber trägt die Darlegungslast für eine erhebliche Beeinträchtigung der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung aufgrund der privaten Internet-Nutzung.

Die Parteien streiten über eine verhaltensbedingte Kündigung wegen privater Nutzung des Internets am Arbeitsplatz während der Arbeitszeit.

Dem betreffenden Arbeitnehmer steht zur Durchführung der ihm übertragenen Aufgaben ein Computer mit Internet-Zugang zu Verfügung. Er hatte eine Erklärung unterschrieben, welche u.a. folgenden Inhalt hat: „Der Zugang zum Internet und E-Mail ist nur zu dienstlichen Zwecken gestattet. Jeder darüber hinausgehende Gebrauch – insbesondere zu privaten Zwecken – ist ausdrücklich verboten. Verstöße gegen diese Anweisung werden ohne Ausnahme mit arbeitsrechtlichen Mitteln sanktioniert und führen – insbesondere bei Nutzung von kriminellen, pornographischen, rechts- oder linksradikalen Inhalten – zur außerordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses.“

Das LAG führt in seiner Entscheidung aus, dass selbst den Vortrag der Arbeitgeberin, die kündigungsrelevanten privaten Internetzugriffe seien während der Arbeitszeit erfolgt, als zutreffend unterstellt, dies allein keine Kündigung rechtfertigen könne. Es fehle insoweit an der Darlegung, inwieweit hiermit eine erhebliche Beeinträchtigung der geschuldeten Arbeitsleistung verbunden ist, insbesondere an der Darstellung der Verweildauer im Internet.

Auch die unterzeichnete Mitarbeitererklärung mache eine Abmahnung nicht entbehrlich. Dies gelte insbesondere, da die Mitarbeitererklärung selbst arbeitsrechtliche Sanktionen ankündige. Hierzu gehöre als „Vorstufe“ einer verhaltensbedingten Kündigung grundsätzlich die zu fordernde (einschlägige) Abmahnung.

(br)

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.), Barbara Renkl; dank auch an die Korrekturleser/innen

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