

Geschäftsstelle

DDN - Nachrichten 4/2013 vom 12.07.2013

Rechtsanwalt Robert Johns Ebhardtstraße 3 A, 30159 Hannover Tel.: 0511 - 3604 112

e:mail: r.johns@diakonie-niedersachsen.de

Sehr geehrte Damen und Herren,

weiterhin beherrscht die nicht erst durch die Urteile des Bundesarbeitsgerichts vom 20.11.2012 zum Streikrecht in kirchlichen Einrichtungen in Gang gekommene Diskussion um das künftige Verfahren der Gestaltung der Arbeitsvertragsbedingungen für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter niedersächsischer diakonischer Einrichtungen das Tagesgeschäft. Das gilt natürlich umso mehr, als auch die Planungen der EKD zur Novellierung des Arbeitsrechtsregelungsgrundsätzegesetzes die Entwicklungen in Niedersachsen beeinflussen und der DDN deshalb auch hier beteiligt bleiben muss. Als erste konkrete Reaktion die BAG-Urteile har die Mitgliederversammlung des Diakonischen Werks Hannovers die Satzung in der Weise geändert, dass nun für alle Mitglieder verbindlich festgelegt ist, welches kirchliche Arbeitsrecht konkret in der Mitgliedseinrichtung anzuwenden ist. Die Satzungsänderung und ihre Konsequenzen werden in dieser Ausgabe der DDN-Nachrichten ausführlich erläutert. Nicht gerade wegen, aber eben auch mit arbeitsrechtlichen Folgen für die Mitglieder, verändern die niedersächsischen Diakonischen Werke zeitgleich ihre Organisationsstruktur als Landesverbände und Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege hin zu einem Diakonischen Werk in Niedersachsen e.V.. Daneben war natürlich die Einigung über die Erhöhung der AVR-K-Entgelte und deren rechtsverbindliche Umsetzung geltende AVR-K-Regelungen zentrales Thema. Über diese und mehr Themen wird nachstehend unter folgenden Überschriften berichtet:

- 1. Rat der Konföderation billigt Prozessvereinbarung
- 2. Tarifeinigung über Erhöhung der Mitarbeiterentgelte ist rechtsverbindlich in den AVR-K geregelt
- 3. Künftige Aufgaben des DDN
- 4. Mitgliederversammlungen der Diakonischen Werke Braunschweig und Hannovers billigen Planung für ein Diakonisches Werk in Niedersachsen e.V.
- 5. Änderung der kirchlichen Arbeitsrechtsverfassung für Mitglieder des Diakonischen Werks Hannovers
- 6. Einsatz von Leiharbeitnehmern Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats
- 7. Kehrtwende am Bundesarbeitsgericht Neue Berechnungsmethode bei Lohnpfändungen
- 8. EuGH: Keine Quotierung erworbener Urlaubsansprüche beim Übergang von Voll- zu Teilzeitbeschäftigung
- 9. Krankheit als Behinderung
- 10. Überprüfbarkeit der unternehmerischen Entscheidung bei betriebsbedingter Kündigung

- 11. LAG Berlin-Brandenburg: Keine betriebsbedingte Kündigung bei verdeckter Arbeitnehmerüberlassung
- 12. LAG Baden-Württemberg: Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats bei anderweitiger Besetzung des Arbeitsplatzes trotz Aufstockungsbegehren
- 13. Notwendige Überstunden müssen vergütet werden
- 14. Tabuthema "Verdienst" Mitarbeiter dürfen über ihr Gehalt reden
- 15. Verweigerung der Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber und Regressmöglichkeit der Krankenkasse bei unberechtigter Verweigerung
- 16. Stolpersteine im Urlaubsrecht
- 17. Hält Ihr Unternehmen der Datenschutz-Aufsichtsbehörde stand?
- 18. Leitfaden für Smartphones und Apps
- 19. Merkblatt für Kürzung der Sonderzahlung gem. § 24 AVR-K

1. Rat der Konföderation billigt Prozessvereinbarung

Die Prozessvereinbarung zwischen der Konföderation und der Diakonie in Niedersachsen sowie den Gewerkschaften ver.di und Marburger Bund , über deren Inhalt bereits in der Ausgabe 3/2013 berichtet wurde, ist nun von den zuständigen Gremien, auf kirchlicher Seite am 24.06.2013 vom Rat der Konföderation und vom Vorstand der Diakonie in Niedersachsen , gebilligt worden. Obwohl den meisten bekannt, übersende ich eine Kopie der Prozessvereinbarung als **Anlage 1**. Über wohlwollende Pressereaktionen hatte ich bereits in den vergangenen Wochen mit DDN-Infos berichtet. Als **Anlage 2** übersende ich einen Beitrag aus der aktuellen Ausgabe von Wohlfahrt Intern.

2. Tarifeinigung über Erhöhung der Mitarbeiterentgelte ist rechtsverbindlich in den AVR-K geregelt

In der letzten Ausgabe wurde bereits berichtet, dass die AVR-K-Mitarbeiterentgelte in drei Stufen um 5, 5 %, für Ärzte um 6,9 % und für die Einrichtungen der Altenhilfe in zwei Stufen um 2,5 % erhöht werden sollen. Vertreter des DDN und der Gewerkschaften ver.di und Marburger Bund haben sich in der ersten Juni-Hälfte auf den konkreten Inhalt der für die Umsetzung notwendigen Beschlüsse geeinigt. Da die Gewerkschaften eine Mitwirkung in der Arbeitsrechtlichen Kommission weiterhin ablehnen, waren alle Beteiligten einverstanden, die Ergebnisse im weg des bereits im Oktober eingeleiteten Schlichtungsverfahrens in geltendes Arbeitsvertragsrecht nach AVR-K zu transferieren. Unter der dankenswerten Mitwirkung von Herrn Oberbürgermeister a.D. Schmalstieg als Schlichtungskommissionsvorsitzender konnte dann am 19.06.2013 die Tarifeinigung im ordnungsgemäßen Verfahren nach dem ARRG-D beschlossen werden. Mit dem Inkrafttreten des Schlichtungsspruchs, das für den 01.06.2013 beschlossen wurde, sind die bereits Beschlüsse über die Anpassung der AVR-K-Entgelte rechtsverbindlich.

3. Künftige Aufgaben des DDN

In der DDN-Vorstandssitzung vom 10.062013 wurde intensiv über die Folgen der Prozessvereinbarung und der Tarifeinigung beraten. Die erfolgreiche Einigung zu beiden Themen waren notwendige Voraussetzungen für die Fortsetzung der Verhandlungen über einen möglichen Tarifvertrag Diakonie für Niedersachsen. Dessen rechtsverbindlichen Abschluss müssen allerdings noch eine ganze Reihe formalrechtlicher Änderungen vorausgehen, von Einigungen über inhaltliche Fragen ganz zu schweigen. Im formalen Bereich muss ein Tarifvertrag durch Änderung der geltenden kirchlichen

Arbeitsrechtsgesetze zulässig gemacht werden. Hier wird es auf entsprechende Änderungen des niedersächsischen Arbeitsrechtsregelungsgesetzes Diakonie (ARRG-D) und des Arbeitsrechtsregelungsgrundsätzegesetzes der EKD ankommen, auf welchen Grundlagen und mit welchem Verhandlungsspielraum ein diakonische Arbeitgeberverband Tarifverträge verhandeln kann. Und auch die niedersächsischen Diakonischen Einrichtungen müssen prüfen, ob dieser Tarifvertrag von einem noch zu gründenden Arbeitgeberverband geschlossen werden soll, oder vom DDN. Im letzteren Fall müsste der DDN spätestens in seiner Mitgliederversammlung am 9. Dezember 2013 seine Satzung dahingehend ändern, dass sich der DDN von einem Fachverband der Diakonie in Niedersachsen zu einem diakonischen Arbeitgeberverband wandelt. Der DDN-Vorsitzende Herr Hoppe wurde vom Vorstand beauftragt, die Geschäftsführer zur Entwicklung entsprechender Vorschläge zu veranlassen, die dann in der nächsten DDN-Vorstandssitzung am 9. September 2013 beraten werden sollen.

4. Mitgliederversammlungen der Diakonischen Werke Braunschweig und Hannovers billigen Planung für ein Diakonisches Werk in Niedersachsen e.V.

Den Mitgliederversammlungen der Diakonischen Werke Braunschweig und Hannovers wurden jeweils am 25.06.2013 die Planungen für ein gemeinsames Diakonisches Werk in Niedersachsen e.V. vorgestellt. Beide Diakonischen Werke werden unter den bisherigen Bezeichnungen nicht fortexistieren. Die Arbeit als Landesverband und Spitzenverband der Freien Wohlfahrtspflege werden sie gemeinsam mit den Diakonischen Werken Schaumburg-Lippe und der Ev.-ref. Kirche als Diakonisches Werk in Niedersachsen e.V. fortsetzen. Die Mitglieder dieser Diakonischen Werke werden künftig Mitglieder des Diakonischen Werks in Niedersachsen e.V. sein. Hannover und Braunschweig werden daneben kein eigenen gliedkirchlichen Diakonischen Werke mehr haben. Deren Aufgaben auf Landeskirchenebene soll dann vom Diakonischen Werk in Niedersachsen e.V. mit erledigt werden. Die beiden anderen beteiligten Diakonischen Werke werden in ihren Kirchen fortbestehen und die Aufgaben auf Landeskircheneben weiterhin selbst erfüllen. Ihrer Mitglieder werden zugleich Mitglieder des Diakonischen Werks in Niedersachsen e.V. Über eine Kooperationsvereinbarung wird sich das Diakonische Werk Oldenburg an der Zusammenarbeit in auf Landesebene zu bearbeitenden Fragen beteiligen. Zu den gemeinsam auf Landesebene zu bearbeitenden Aufgaben gehört auch das kirchliche Arbeitsrecht für die diakonischen Einrichtungen. Hier werden die Satzungen des Diakonischen Werks in Niedersachsen e.V. und der Ev.-luth. Kirche in Oldenburg e.V. im Zusammenwirken mit Kirchengesetzen maßgebliche Normenquelle für das Verfahrensrecht sein. Daneben wird das Diakonischen Werks in Niedersachsen e.V. für die diakonischen Kammern der Schiedsstelle gemäß MVG-K zuständig sein.

5. Änderung der kirchlichen Arbeitsrechtsverfassung für Mitglieder des Diakonischen Werks Hannovers

Die Mitgliederversammlung des Diakonischen Werks Hannovers e.V. hat am 25.06.2013 eine Änderung der Satzung mit umfangreichen arbeitsrechtlichen Konsequenzen für die Mitglieder beschlossen. Zur Begründung des Änderungsvorschlags schrieb die Geschäftsführung, das laut Ausführungen des Bundesarbeitsgericht im Urteil vom 20.11.2012 der bisherige Stand der Satzung zu den Verpflichtungen im Arbeitsrecht zur Folge hatte, dass alle Einrichtungen der Diakonie der Landeskirche Hannovers allein wegen dieser Satzungsregelung (Wahlrecht, Dispens) bestreikbar sind Die nun beschlossene Satzungsänderung dient dem Ausschluss des Wahlrechts und will sicherstellen, dass die Träger, die vollumfänglich das einschlägige kirchliche Arbeitsrecht anwenden, nicht bestreikt werden können. Über den Inhalt und die Konsequenzen im Einzelnen informiert der als **Anlage 3** übersandte Beitrag.

6. Einsatz von Leiharbeitnehmern - Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats

Das Bundesarbeitsgericht, diesmal der 7. Senat (Beschluss vom 19.7.2013 – 7 ABR 91/11), hat eine wichtige Streitfrage aus dem Recht der Arbeitnehmerüberlassung entschieden; und wiederum werden der Leiharbeit Schranken gesetzt. Diesmal ging es um die Bedeutung des seit dem 1.12.2011 geltenden § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG, wonach die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher "vorübergehend" erfolgt. Dieser Satz hat heftigen Streit über Inhalt, Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen der Norm ausgelöst. Eine verbreitete Meinung in der Literatur geht davon aus, dass weder der Leiharbeitsrichtlinie noch § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG ein Verbot der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung entnommen werden kann. Vielmehr werde lediglich unverbindlich typologisch beschrieben, was Faktum ist: Arbeitnehmerüberlassung findet typischerweise vorübergehend statt.

Das BAG sieht dies anders: Die Bestimmung enthalte nicht lediglich einen unverbindlichen Programmsatz, sondern untersage die nicht nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung. Sie diene zum einen dem Schutz der Leiharbeitnehmer. Zum andern solle sie auch die dauerhafte Aufspaltung der Belegschaft des Entleiherbetriebs in eine Stammbelegschaft und eine entliehene Belegschaft verhindern.

Eine andere Frage ist, ob der Betriebsrat des Entleiherbetriebs im Falle einer nicht vorübergehenden Aufnahme eines Leiharbeitnehmers ein Zustimmungsverweigerungsrecht hat. Der 7. Senat bejaht auch diese Frage. Dabei komme es nicht darauf an, ob und ggf. welche Rechtsfolgen sich aus einem Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG für das Rechtsverhältnis des einzelnen Leiharbeitnehmers zum Entleiher ergäben.

Die Praxis muss auf der Grundlage der Rechtsprechung künftig noch einige praktische Folgefragen lösen: Wie weit reicht die Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers? Darf er den Betriebsrat mit der Auskunft bescheiden, der Einsatz des Leiharbeitnehmers sei nur vorübergehend geplant? Oder muss er eine bestimmte Überlassungsdauer nennen oder reicht eine ungefähre Zeitspanne aus? Und muss er, wenn die ursprünglich angegebene Überlassungsdauer doch überschritten werden soll, den Betriebsrat erneut beteiligen?

Hier nun die Pressemitteilung des BAG - Bundesarbeitsgericht, Beschl. v. 10.07.2013 - 7 ABR 91/11 -: Der Betriebsrat des Entleiherbetriebs kann seine Zustimmung zum Einsatz von Leiharbeitnehmern verweigern, wenn diese dort nicht nur vorübergehend eingesetzt werden sollen. Nach § 14 Abs. 3 Satz 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) ist der Betriebsrat eines Entleiherbetriebs vor der Übernahme eines Leiharbeitnehmers nach § 99 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) zu beteiligen. Nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG kann er seine Zustimmung zur Einstellung des Leiharbeitnehmers ua. dann verweigern, wenn diese gegen ein Gesetz verstößt (Anm. DDN: Die gleichen Rechte haben Mitarbeitervertretungen gem. §§ 42 Nr.1, 45 Abs. 2 Nr. 1 MVG-K/ §§ 42 lit. a, 41 Abs. 1 lit. a MVG.EKD). Verweigert ein Betriebsrat seine Zustimmung, kann der Arbeitgeber nach § 99 Abs. 4 BetrVG beim Arbeitsgericht die gerichtliche Ersetzung der Zustimmung beantragen. In diesem Verfahren wird geprüft, ob die Zustimmungsverweigerung berechtigt ist. Maßgeblich hierfür ist die zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung geltende Rechtslage. Ein Gesetz iSv. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ist auch § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG in der seit dem 1. Dezember 2011 geltenden Fassung. Danach erfolgt die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher "vorübergehend". Die Bestimmung enthält nicht lediglich einen unverbindlichen Programmsatz, sondern untersagt die nicht nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung. Sie dient zum einen dem Schutz der Leiharbeitnehmer. Zum andern soll sie auch die dauerhafte Aufspaltung der Belegschaft des Entleiherbetriebs in eine Stammbelegschaft und eine entliehene Belegschaft verhindern. Der Betriebsrat des Entleiherbetriebs kann daher seine Zustimmung zur Einstellung von Leiharbeitnehmern verweigern, wenn diese im Entleiherbetrieb nicht nur vorübergehend beschäftigt werden sollen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob und ggf. welche

Rechtsfolgen sich aus einem Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG für das Rechtsverhältnis des einzelnen Leiharbeitnehmers zum Entleiher ergeben.

Anders als in den Vorinstanzen hatte daher vor dem Siebten Senat des Bundesarbeitsgerichts der Antrag eines Arbeitgebers keinen Erfolg, die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung zur dauerhaften Einstellung einer Leiharbeitnehmerin gerichtlich zu ersetzen. Der Streitfall verlangte keine genaue Abgrenzung des Begriffs "vorübergehend". Der Arbeitgeber beabsichtigte, die Leiharbeitnehmerin ohne jegliche zeitliche Begrenzung statt einer Stammkraft einzusetzen. Das ist jedenfalls nicht mehr "vorübergehend".

7. Kehrtwende am Bundesarbeitsgericht - Neue Berechnungsmethode bei Lohnpfändungen

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat ein Grundsatzurteil zur Lohnpfändung getroffen, das die bisherige Berechnung des pfändbaren Einkommens umstellt. Die neue Methode kann sich stark auf die Höhe des pfändbaren Betrags auswirken.

Bisher ging das BAG von der sog. Bruttomethode aus, hat aber mit <u>Urteil vom 17.4.2013 (10 AZR 59/12)</u> eine Wende vollzogen: Nach Auffassung des BAG ist bei der Berechnung des pfändbaren Einkommens entgegen der bislang herrschenden Meinung die sog. Nettomethode zugrunde zu legen. Unterschiede ergeben sich vor allem dann, wenn Arbeitnehmer unpfändbare Bezüge, z. B. Urlaubsgeld oder Überstundenvergütungen, erhalten. Über die Auswirkungen informiert der als **Anlage 4** übersandte Beitrag.

8. EuGH: Keine Quotierung erworbener Urlaubsansprüche beim Übergang von Voll- zu Teilzeitbeschäftigung

Anmerkung von Jens Günther zu <u>EuGH, Beschluss vom 13.06.2013 - C-415/12</u> (ArbG Nienburg) aus FD-ArbR 2013, 348015

Art. 7 I RL 2003/88/EG steht nationalen Bestimmungen oder Gepflogenheiten entgegen, nach denen die Zahl der Tage bezahlten Jahresurlaubs, die ein vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer im Bezugszeitraum nicht in Anspruch nehmen konnte, wegen des Übergangs dieses Arbeitnehmers zu einer Teilzeitbeschäftigung entsprechend dem Verhältnis gekürzt wird, in dem die von ihm vor diesem Übergang geleistete Zahl der wöchentlichen Arbeitstage zu der der danach geleisteten Zahl steht.

Sachverhalt: Die Parteien des Ausgangsverfahrens streiten über die Höhe des der Klägerin zustehenden, noch nicht verbrauchten Urlaubs aus den Jahren 2010 und 2011, nachdem die Klägerin mit Wirkung zum 22.12.2011 einvernehmlich von Voll- in Teilzeitbeschäftigung gewechselt ist. Wegen Mutterschutz und Elternzeit konnte die Klägerin 2010 und 2011 insgesamt 29 Urlaubstage nicht nehmen. Nach Reduzierung der Arbeitszeit arbeitet die Klägerin nunmehr an drei Arbeitstagen pro Woche. Die Beklagte passte deshalb die in der Phase der Vollzeitbeschäftigung erworbenen, aber noch nicht genommenen Urlaubsansprüche entsprechend dem Verhältnis der neuen Anzahl zur alten Anzahl der Arbeitstage auf 17 Tage an (29 : 5 x 3 = 17,4 Tage). Gegen diese Quotierung ging die Klägerin vor dem ArbG vor. Das ArbG legte dem EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens die Frage vor, ob eine solche Quotierung mit einschlägigem Unionsrecht vereinbar sei.

Entscheidung: Der EuGH hat entschieden, dass eine Quotierung des noch nicht verbrauchten Anspruchs auf Erholungsurlaub aus der Tätigkeit in Vollzeit, dessen Ausübung dem Arbeitnehmer im Bezugszeitraum nicht möglich war, nicht mit Unionsrecht, insbesondere mit Art. 7 I RL 2003/88/EG vereinbar sei. Der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub sei ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Union. Deshalb dürfe der Anspruch nicht restriktiv ausgelegt werden. Der pro-rata-temporis-Grundsatz

dürfe zwar auf die Gewährung des Jahresurlaubs für die Zeit der Teilzeitbeschäftigung angewendet werden. Hier sei die Minderung des Anspruchs auf Jahresurlaub aus sachlichen Gründen gerechtfertigt. Hingegen könne dieser Grundsatz nicht nachträglich auf einen Anspruch auf Jahresurlaub angewandt werden, der in der Zeit der Vollzeitbeschäftigung erworben wurde.

Das deutsche Recht regelt nicht ausdrücklich, welche Auswirkungen eine Änderung der Arbeitszeit auf nicht genommenen Urlaub hat. Bislang war es in Deutschland anerkannte Praxis, bei einer Verringerung der Anzahl der Wochenarbeitstage den Resturlaubsanspruch entsprechend zu quotieren (BAG, NZA 1999, 156). In seiner "Tirol"-Entscheidung hat der EuGH festgehalten, dass der in der Zeit der Vollzeitbeschäftigung erworbene Urlaubsanspruch, dessen Ausübung dem Arbeitnehmer bislang nicht möglich war, bei einem Übergang in die Teilzeitbeschäftigung nicht derart angepasst werden dürfe, dass der Urlaub gekürzt werde oder nur mit einem geringeren Entgelt genommen werden könne (EuGH, NZA 2010, 557). Die Folgen dieser Entscheidung für das deutsche Urlaubsrecht sind bislang umstritten. Zum Teil wird angenommen, eine Quotierung sei weiterhin zulässig. Lediglich das Urlaubsentgelt müsse ungekürzt gezahlt werden (Fieberg, NZA 2010, 925).

Dem ist der EuGH nunmehr entgegengetreten. Bereits mit seiner "Tirol"-Entscheidung habe er hinreichend deutlich gemacht, dass auch die Inanspruchnahme des Jahresurlaubs zu einer späteren Zeit als dem Bezugszeitraum in keiner Beziehung zu der in dieser späteren Zeit vom Arbeitnehmer erbrachten Arbeitszeit stehen dürfe.

Eine Quotierung scheidet aber auch nach der vorliegenden Entscheidung nur bei Urlaub aus, der während der Phase der Vollzeitbeschäftigung nicht genommen werden konnte. Dennoch kann es dazu kommen, dass z.B. bei einem Wechsel von einer 5-Tage-Woche in eine 2-Tage-Woche und 30 Tagen Resturlaub der Arbeitnehmer allein wegen Resturlaubs 15 Wochen dem Betrieb fehlt. Ob dies notwendig ist, um dem Erholungsgedanken des Urlaubs Rechnung zu tragen, wird zu Recht bezweifelt (Eckstein, BB 2012, 3084).

Kommt es für die Höhe des erworbenen Urlaubsanspruchs nur auf die Arbeitszeit im Bezugszeitraum, nicht auf die Arbeitszeit bei Urlaubsantritt an, bedarf es dann aber auch keiner Anpassung erworbener Urlaubsansprüche mehr bei dem umgekehrten Wechsel von Teil- in Vollzeitbeschäftigung. Dies sieht auch das vorliegende Arbeitsgericht so und hatte – vergeblich – auf ein entsprechendes obiter dictum des EuGH spekuliert.

9. Krankheit als Behinderung

Der <u>EuGH hat mit Urteil vom 11. 4. 2013 - Rs. C-335/11</u>, Ring/DAB und C-337/11, Skouboe Werge/Pro Display A/S klargestellt, dass nicht nur eine angeborene oder unfallbedingte, sondern auch eine krankheitsbedingte Einschränkung von langer Dauer, die den Betroffenen an der vollen Teilhabe am Berufsleben hindert, den Begriff "Behinderung" erfüllen kann (Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. 11. 2000 – Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinie). Um dem Arbeitnehmer den Wiedereinstieg zu ermöglichen, kommt als Maßnahme des Arbeitgebers das Angebot einer Teilzeitbeschäftigung in Betracht. Hier einige Eckpunkte:

Begriff der Behinderung

Der EuGH stellt zunächst klar, dass unter den unionsrechtlichen Begriff der Behinderung nicht nur angeborene oder von Unfällen stammende, sondern ebenso krankheitsbedingte Einschränkungen fallen, wenn sie voraussichtlich von langer Dauer sind.

Teilzeittätigkeit als Arbeitgebermaßnahme

Der Arbeitgeber ist gemäß der Richtlinie verpflichtet, "angemessene Vorkehrungen" zu treffen, die dem Behinderten den Zugang zur Arbeitswelt ermöglichen. Als eine solche Vorkehrung käme eine Verkürzung der Arbeitszeit in Betracht.

Diskriminierungsverbot

Für Menschen mit Behinderung besteht nach deutschem Recht ein Verbot der Diskriminierung (§ 1 AGG). Aufgrund der Entscheidung des EuGH zählen nunmehr auch solche Menschen dazu, die unter einer dauerhaften krankheitsbedingten Einschränkung leiden, wie beispielsweise chronisch Kranke.

Krankheitsbedingte Kündigung

Krankheit ist als Unterfall der personenbedingten Kündigung ein anerkannter Kündigungsgrund, dessen Voraussetzungen im Einzelnen seitens der Rechtsprechung definiert wurden. In diesen Fällen ist bislang lediglich eine stufenweise Wiedereingliederung (§ 74 SGB V) vorgesehen, die jedoch – vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarungen – nicht zu einem (Teil-)Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers führt.

Anspruch auf Teilzeitarbeit

Aufgrund der Entscheidung des EuGH wird der Arbeitnehmer nun außerhalb der Möglichkeiten des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) und der bisherigen stufenweisen Wiedereingliederung aktiv eine Reduzierung seiner Arbeitszeit fordern können. Eine Ablehnung seitens des Arbeitgebers dürfte i. d. R. als Diskriminierung eines Menschen mit Behinderung angesehen werden und ggf. Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche nach sich ziehen können.

Als Anlage 5 übersende ich einen ausführlichen Beitrag aus NWB 22/2013 S. 1757.

10. Überprüfbarkeit der unternehmerischen Entscheidung bei betriebsbedingter Kündigung

Der Arbeitgeber muss i.d.R. auch dann nicht von einer Fremdvergabe von Tätigkeiten absehen, wenn dadurch einer größeren Zahl ordentlich nicht mehr kündbarer Arbeitsverhältnisse die Grundlage entzogen wird. (Orientierungssatz des Gerichts) - BAG, Urteil vom 22.11.2012 - 2 AZR 673/11

Sachverhalt: Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist. Der Kläger war bei der Beklagten als Disponent am Standort T tätig. Sein Arbeitsverhältnis war – wie das von 45 % der im gleichen Bereich tätigen Arbeitnehmer – tariflich nicht mehr ordentlich kündbar. Im Jahr 2008 beschloss die Beklagte, die Aufgaben der Servicetechniker an ein Drittunternehmen zu vergeben. Dies würde zum Wegfall u.a. sämtlicher Disponentenstellen am Standort T führen. Dazu vereinbarte die Beklagte gemeinsam mit zwei konzernverbundenen Unternehmen und dem Konzernbetriebsrat einen Interessenausgleich und einen Sozialplan. Sodann kündigte sie auch das Arbeitsverhältnis des Klägers aus betrieblichen Gründen außerordentlich unter Einhaltung einer Auslauffrist. ArbG und LAG haben der Kündigungsschutzklage stattgegeben.

Entscheidung: Das BAG hat das Urteil des LAG aufgehoben und den Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Zur Begründung führt es aus, dass eine auf betriebliche Gründe gestützte außerordentliche Kündigung in Betracht komme, wenn die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung ausgeschlossen ist und dies dazu führt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer andernfalls trotz Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit noch für Jahre vergüten müsste, ohne dass dem eine entsprechende Arbeitsleistung gegenüber stünde.

Der gem. § 626 I BGB erforderliche wichtige Grund könne sich auch auf Grund innerbetrieblicher Maßnahmen ergeben. Die zugrundeliegende unternehmerische Entscheidung sei nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder Zweckmäßigkeit, sondern nur darauf hin zu überprüfen, ob sie offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist. Auch im konkreten Falle enthalte die tarifliche Regelung kein Verbot der Durchführung von Umstrukturierungsmaßnahmen. Der besondere tarifliche Kündigungsschutz schränke nicht die Freiheit des Unternehmens ein, Umstrukturierungen vorzunehmen, mit denen der Verlust von Arbeitsplätzen verbunden ist, sondern erhöhe (nur) die die Anforderungen des Arbeitgebers an seine Bemühungen, gleichwohl die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu ermöglichen. Dies gelte auch dann, wenn von der unternehmerischen Maßnahme eine hohe Zahl ordentlich unkündbarer

Arbeitnehmer betroffen ist. Auch in diesem Falle werde nicht schon die unternehmerische Maßnahme als solche (tariflich) ausgeschlossen.

An das LAG zurückzuverweisen sei der Rechtsstreit, da das LAG nicht geprüft habe, ob der Beklagten die Weiterbeschäftigung des Klägers auch nach Umsetzung ihrer Organisationsentscheidung noch möglich und zumutbar war. Dabei müsse das LAG auch Arbeitsplätze in Betracht ziehen, die bei den beiden mit der Beklagten konzernverbundenen Unternehmen bestehen, die ebenfalls Parteien des abgeschlossenen Interessenausgleiches waren. Zwar sei das KSchG nicht konzernbezogen. Eine Ausnahme ergebe sich hier aber gerade auf Grund des von den drei Konzernunternehmen abgeschlossenen Interessenausgleichs. Mit seiner Entscheidung führt das BAG seine Rechtsprechung zur außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung von tariflich ordentlich unkündbaren Arbeitnehmern fort. Zutreffend stellt das BAG dabei klar, dass ein Outsourcing von Tätigkeiten grundsätzlich geeignet ist, eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung zu rechtfertigen und der Arbeitgeber an einer solchen Maßnahme auch nicht gehindert ist, wenn dadurch die Beschäftigungsmöglichkeit für eine größere Zahl ordentlich nicht mehr kündbarer Arbeitnehmer wegfällt. Zu beachten ist, dass ein wichtiger Grund i.S.v. § 626 I BGB in diesen Fällen nur vorliegt, wenn alle denkbaren Alternativen zur Weiterbeschäftigung ausscheiden, was vom Arbeitgeber im Kündigungsschutzverfahren im Einzelnen darzulegen und unter Beweis zu stellen ist. Erleichterungen hinsichtlich dieser Darlegung für Unternehmen mit vielen Arbeitnehmern hat das BAG dabei eine klare Absage erteilt.

11. LAG Berlin-Brandenburg: Keine betriebsbedingte Kündigung bei verdeckter Arbeitnehmerüberlassung

Auch wenn - wie vorstehend dargelegt - eine echte Fremdvergabe grundsätzlich geeignet ist, sogar eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer zu rechtfertigen, so besteht auch regelmäßig die im nachstehend geschilderte Fall dargestellte Gefahr: Das LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 05.03.2013 - 12 Sa 1624/12 hat nämlich entschieden:

- 1. Beruft sich der Arbeitgeber zur Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung auf den Wegfall des Arbeitsplatzes durch Fremdvergabe der bisher vom gekündigten Arbeitnehmer verrichteten Arbeiten, so liegt eine die Kündigung nicht rechtfertigende Austauschkündigung vor, wenn die Fremdvergabe nicht in selbstständiger Erledigung durch den Dritten erfolgt, sondern der Dritte in den Arbeitsbetrieb des (kündigenden) Arbeitgebers eingegliedert wird. Erfolgt die Fremdleistung nicht in eigener betrieblicher Organisation, sondern nach den betrieblichen Vorgaben des (kündigenden) Arbeitgebers, so liegt regelmäßig verdeckte Arbeitnehmerüberlassung vor, die eine betriebsbedingte Kündigung nicht zu rechtfertigen vermag.
- 2. Handelt es sich bei den fremdvergebenen Diensten um solche höherer Art, so ist das Weisungsrecht kein typisches Merkmal der Arbeitnehmerstellung. In diesem Fall kann sich die für die (verdeckte) Arbeitnehmerüberlassung maßgebliche Eingliederung in den Betrieb des Bestellers/Entleihers auch aus der Art oder der Organisation der Tätigkeit und der Einbindung in die Betriebsstruktur ergeben (hier: Kündigung der Küchenleiterin und Fremdvergabe der Küchenleitung bei voll beibehaltenem eigenem Küchenbetrieb in einem Seniorenwohnheim).

12. LAG Baden-Württemberg: Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats bei anderweitiger Besetzung des Arbeitsplatzes trotz Aufstockungsbegehren

Hat ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer den Anspruch auf Verlängerung seiner Arbeitszeit nach § 9 TzBfG geltend gemacht und beabsichtigt der Arbeitgeber, den entsprechenden freien Arbeitsplatz mit einem anderen Arbeitnehmer zu besetzen, steht dem Betriebsrat ein Zustimmungsverweigerungsrecht

nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG (*entspr. § 45 Abs. 2 Nr. 2 MVG-K/ § 41 Abs. 1 lit. b MVG.EKD*) zu. Bei einer anderweitigen Besetzung des freien Arbeitsplatzes könnte der an einer Aufstockung seiner Arbeitszeit interessierte Teilzeitarbeitnehmer den Nachteil erleiden, seinen Rechtsanspruch nach § 9 TzBfG nicht mehr durchsetzen zu können. - LAG Baden-Württemberg, Beschluss vom 21.03.2013 - 6 TaBV 9/12,

13. Notwendige Überstunden müssen vergütet werden

Sind Überstunden notwendig, um anfallende Arbeiten zu erledigen, bedarf es keiner besonderen Anordnung des Arbeitgebers für die Leistung von Überstunden.

Das entschied das <u>Landesarbeitsgericht Hamm (Az.: 13 Sa 512/12)</u>. Der Kläger war von Januar 2010 bis Juni 2011 bei einem privaten Pflegedienst als Nachtwache beschäftigt. Seine regelmäßige monatliche Arbeitszeit betrug 120 Stunden. Im schriftlichen Arbeitsvertrag wurde geregelt, dass mit der Zahlung des Grundgehaltes Überstunden mit abgegolten werden. Ferner enthielt der Arbeitsvertrag eine Regelung zum Verfall von Ansprüchen:

"Alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen, verfallen, wenn sie nicht innerhalb von 3 Monaten gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich erhoben werden. Andernfalls erlöschen sie. Für Ansprüche aus unerlaubter Handlung verbleibt es bei der gesetzlichen Regelung."

Der Kläger leistete zwischen Januar und November 2010 ca. 540 Überstunden. Der Kläger machte die Bezahlung dieser Stunden nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Da sich der Arbeitgeber weigerte, erhob der Kläger Zahlungsklage über einen Betrag i.H.v. 6.750,00 €.

Das Landesarbeitsgericht gab der Klage statt, so Franzen. Es genüge nach Auffassung der Richter, wenn Überstunden gebilligt oder geduldet wurden oder jedenfalls zur Erledigung der anfallenden Aufgaben notwendig waren. In dem entschiedenen Fall ergab sich die betriebliche Notwendigkeit aus der arbeitgeberseits vorgenommenen Dienstplaneinteilung, der andauernden personellen Unterbesetzung und dem zwingenden Erfordernis, die anvertrauten Patientinnen und Patienten kontinuierlich zu versorgen. Auf eine ausdrückliche Anordnung der Überstunden durch den Arbeitgeber kam es deshalb nicht an.

Dem Beklagten half es auch nicht, sich auf die Abgeltungsklausel zu berufen. Unter Berufung auf die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sah das Landesarbeitsgericht die Regelung als unwirksam an.

Dieses Schicksal teilte auch die Verfallsklausel. Denn die Vertragsparteien haben versäumt zu regeln, wann die Frist zu laufen beginnt. Das kann der Fälligkeitseintritt, aber auch die Erteilung einer Abrechnung oder die Ablehnung durch die andere Seite sein. Da Zweifel verblieben, war die Klausel nicht anzuwenden.

Eine pauschale Abgeltung von Überstunden durch die vereinbarte Vergütung dürfte regelmäßig nicht mehr zulässig sein. Denn durch eine solche Regelung weiß der Arbeitnehmer nicht, welche Gegenleistung er tatsächlich für die vereinbarte Vergütung zu erbringen hat. Aus diesem Grund muss in dem Arbeitsvertrag angegeben werden, in welchem Umfang die vertraglich vereinbarte Vergütung Überstunden mit abdeckt. Das Bundesarbeitsgericht hat etwa zuletzt entschieden, dass die Regelung "Die ersten 20 Überstunden sind mit drin" wirksam ist (<u>Urteil vom 16. Mai 2012, Az.: 5 AZR 331/11</u>). Ferner muss die Verfallklausel ausdrücklich festlegen, wann die Verfallfrist zu laufen beginnt. Die Klausel könnte etwa lauten: "Alle beiderseitigen Ansprüche aus dem bestehenden Vertragsverhältnis müssen innerhalb von drei Monaten nach Fälligkeit schriftlich gegenüber der jeweils anderen Vertragspartei gemacht werden, anderweitig verfallen sie."

14. Tabuthema "Verdienst" - Mitarbeiter dürfen über ihr Gehalt reden

In Deutschland gehört (auch unter Kollegen) das Gehalt noch immer zu den großen Tabuthemen. Trotzdem ruft bei Arbeitnehmern kaum etwas so viel Neugier hervor, wie die Frage nach dem Gehalt der Kollegen. Und auf einem rauer werdenden Arbeitsmarkt tauscht man sich hierüber auch verstärkt aus. Verständlicherweise und zu Recht, wie das Landesarbeitsgericht Mecklenburg- Vorpommern in einem Urteil vom 21.10.2009 (Az.: 2 Sa 237/09) festgestellt hat.

Tatbestand:

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte der Arbeitgeber einen Mitarbeiter abgemahnt, weil sich dieser mit einem Kollegen über sein Gehalt ausgetauscht hatte. Gegen die Abmahnung zog der Arbeitnehmer vor Gericht. Der Arbeitgeber berief sich auf eine Klausel im Arbeitsvertrag, die den Mitarbeiter verpflichtete, die Höhe seiner Bezüge vertraulich zu behandeln und auch gegenüber anderen Firmenangehörigen Stillschweigen hierüber zu bewahren.

Entscheidungsgründe:

Diese Klausel sei, so die Arbeitsrichter, unwirksam. Sie stelle eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers entgegen den Geboten von Treu und Glauben dar. Im Gegenteil dürfe jeder Arbeitnehmer über sein Gehalt frei reden. Das Gespräch mit Arbeitskollegen sei nämlich die einzige Möglichkeit für den Arbeitnehmer, festzustellen, ob er Ansprüche aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz hinsichtlich seiner Lohnhöhe habe.

"Dass Arbeitnehmer zumindest hinter vorgehaltener Hand über ihr Gehalt reden, ist ein offenes Geheimnis. Ihnen das verbieten zu wollen, geht nicht nur an der Lebenswirklichkeit vorbei, sondern ist auch juristisch unhaltbar", kommentiert der Präsident der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf, Rechtsanwalt Alfred Ulrich, die Entscheidung.

Ein derartiges Verbot verstoße, worauf die Arbeitsrichter zu Recht hingewiesen hätten, sogar gegen die Koalitionsfreiheit, weil das Verbot auch Mitteilungen über die Lohnhöhe gegenüber einer Gewerkschaft verbiete. Wenn aber die Gewerkschaften nicht in der Lage seien, die Lohnstruktur eines Unternehmens kennen zu lernen, seien sinnvolle Arbeitskämpfe nicht mehr möglich.

Wer sich einer ungerechtfertigten Abmahnung gegenübersieht, sollte einen Fachanwalt für Arbeitsrecht zu Rate ziehen.

15. Verweigerung der Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber und Regressmöglichkeit der Krankenkasse bei unberechtigter Verweigerung

Im Fall der Arbeitsunfähigkeit durch Krankheit haben Arbeitnehmer Anspruch auf Entgeltfortzahlung gegen ihren Arbeitgeber für längstens sechs Wochen. Seit dem 1. 8. 2012 gilt dies auch im Fall der Arbeitsunfähigkeit wegen einer Organ- oder Gewebespende. In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass sich Arbeitgeber – berechtigter- oder unberechtigterweise – weigern, die Entgeltfortzahlung für den gesetzlich vorgesehenen Zeitraum zu leisten. Für den gesetzlich krankenversicherten Arbeitnehmer entsteht in jedem Fall ein Anspruch auf Krankengeld, bei der unberechtigten Verweigerung erwerben die Krankenkassen jedoch gleichzeitig einen Erstattungsanspruch gegen die Arbeitgeber. Die Rechtsprechung hat sich immer wieder mit den Folgen einer Verweigerung der Entgeltfortzahlung zu beschäftigen. Über dieEinzelheiten und Ergebnisse informiert der als **Anlage 6** übersandte Beitrag von Horst Marburger aus NWB 23/2013 S. 1831.

16. Stolpersteine im Urlaubsrecht

Sommerzeit ist Urlaubszeit! Das Urlaubsrecht kann aber für Arbeitnehmer wie Arbeitgeber zahlreiche Stolpersteine enthalten. Was gilt etwa, wenn ein Arbeitnehmer kurzfristig erst jetzt seinen Sommerurlaub

2013 beantragt oder der Arbeitgeber wegen der Hochwassersituation Arbeitnehmer aus dem Urlaub zurückrufen will? Der der als **Anlage 7** übersandte Artikel führt in das Thema Urlaubsrecht ein und der Bremer Fachanwalt für Arbeitsrecht Klaus-Dieter Franzen gibt Antworten auf diese und weitere Fragen.

17. Hält Ihr Unternehmen der Datenschutz-Aufsichtsbehörde stand?

Aufsichtsbehörden für den Datenschutz können auch ohne besonderen Anlass auf Ihr Unternehmen zukommen. Dies geschieht oft mit Fragebögen. Fragen, die dabei typischerweise gestellt werden, sehen Sie unten. Ist Ihr Unternehmen auf solche Fragen vorbereitet?

Typische Fragen von Aufsichtsbehörden:

- Auf welche Rechtsgrundlagen stützt das Unternehmen die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten im Wesentlichen?
- Ist ein Datenschutzbeauftragter bestellt? Als Nachweis werden Bestellschreiben sowie Informationen zu dessen Qualifikation, Stellung und Eingliederung im Unternehmen, Budget, usw. gefordert.
- Wurde ein sog. öffentliches Verfahrensverzeichnis erstellt? Als Nachweis wird eine Kopie des Verzeichnisses gefordert.
- Werden die Mitarbeiter auf das Datengeheimnis verpflichtet (Wann? Wie häufig? Durch wen?)?
 Als Nachweis wird eine Musterbelehrung verlangt.
- Wird eine Auftragsdatenverarbeitung durch Dritte durchgeführt? Als Nachweis wird eine Muster-Auftragsdatenverarbeitungs-Vereinbarung verlangt.
- Findet eine Videoüberwachung statt? Wenn ja, für welche Zwecke und mit welchen Mitteln? Wie lange werden die Aufnahmen gespeichert?
- Wie ist die private Nutzung dienstlicher Kommunikationsmittel geregelt? Als Nachweis wird die Vorlage einer Richtlinie/Vereinbarung verlangt.
- Wie ist die dienstliche Nutzung privater Kommunikationsmittel (BYOD = bring your own device) geregelt? Als Nachweis wird die Vorlage einer Richtlinie/Vereinbarung verlangt.
- Was ist zur Sperrung/Löschung von nicht mehr erforderlichen Daten im Unternehmen festgelegt?
- Welche technischen und organisatorischen Maßnahmen wurden getroffen, um die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften zu gewährleisten? Exisitiert ein IT-Sicherheitskonzept? Erfolgt eine Zertifizierung/Auditierung?

18. Leitfaden für Smartphones und Apps

Der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, die Verbraucherzentrale und das Ministerium der Justiz und für Verbraucherschutz Rheinland-Pfalz haben nun einen hier erhältlichen Leitfaden zum datenschutzkonformen Umgang mit Smartphones und Apps erarbeitet. Dieser gibt Hinweise zu den Datenschutzeinstellungen von Smartphones mit den Betriebssystemen Android und iOS. Das 20 seitige Dokument beleuchtet sehr anschaulich die Einstellungen beider Betriebssysteme. Es ist reich bebildert und leicht verständlich. Damit dürfte ein Großteil der auf dem Markt verbreiteten Smartphones abgedeckt sein.

19. Merkblatt für Kürzung der Sonderzahlung gem. § 24 AVR-K

Die Jahressonderzahlung gemäß § 24 AVR-K ist teilweise an den wirtschaftlichen Erfolg der Einrichtung gekoppelt: Wenn das nach § 24 AVR-K berechnete Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit negativ ausfallen sollte, können im Folgejahr bis zu maximal 60% der Sonderzahlung einbehalten werden, um das

Ergebnis auszugleichen. Wer diese Möglichkeit nutzen will, muss das der Mitarbeitervertretung dieses spätestens drei Monate Fälligkeit der Jahressonderzahlung, also Mitte oder Ende August, mitteilen. Wird die zeitgerechte Mitteilung versäumt, ist die Kürzung der Jahressonderzahlung im laufenden Jahr nicht mehr möglich. Welche Voraussetzungen bestehen und welche Einzelschritte auf dem Weg bis zum rechtmäßigen Einbehalt eines Teils der Jahressonderzahlung erfolgen müssen beschreibt das als **Anlage 8** übersandte Merkblatt.

Mit diesen Hinweisen verabschiede ich mich für den Zeitraum vom 14.07.2013 bis einschließlich dem 07.08.2013 in den Sommerurlaub. Sollten sie in dieser Zeit Beratung oder andere Unterstützung benötigen, wird Ihnen ab dem 22.07.2013 gern Herr Gerhard Krause helfen, den Sie per Mail unter der Adresse Gerhard.Krause@Diakonie-Hannovers.de oder der Telefonnummer 0511 - 3604 213 erreichen.

Mit freundlichen Grüßen

Robert Johns Geschäftsführer



Homepage: www.ddniedersachsen.de

- Geschäftsstelle -

Ebhardtstraße 3 A, 30159 Hannover

Tel.: 0511 - 3604 112

e:mail: r.johns@diakonie-niedersachsen.de