

DER ARBEITSRECHTSREPORT

herausgegeben von den Rechtsanwälten der Sozietät

GLAUBER & PARTNER



INHALT

EDITORIAL

BAG Aktuell:

- Gehaltskürzung außertariflicher Angestellter bei Unterschreiten der betriebsüblichen Arbeitszeit

Aus der Rechtsprechung:

- Kein Auskunftsanspruch einer abgelehnten Stellenbewerberin über Stellenbesetzung
- Keine Anrechnung einer Vorbeschäftigungszeit als Leiharbeiternehmer
- Teilnahme an Bewerbungsgespräch trotz Krankschreibung
- Verzicht auf Urlaubsabgeltung durch arbeitsgerichtlichen Vergleich
- Leiharbeiternehmer zählen für die Größe des Betriebsrats im Entleiherbetrieb mit

Aus der Gesetzgebung:

- Öffnung des deutschen Arbeitsmarktes für Facharbeiter aus Nicht-EU-Staaten

EDITORIAL

Mit der zweiten Ausgabe des ARBEITSRECHTSREPORTS im Jahre 2013 möchten wir Sie wieder über einige wichtige arbeitsrechtliche Entscheidungen der letzten Zeit informieren.

Im Hinblick auf die im Frühjahr 2014 anstehenden turnusmäßigen Betriebsratswahlen ist insbesondere auf eine Entscheidung des BAG hinzuweisen, die sich mit der Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der Ermittlung der Zahl der zu wählenden Betriebsräte befasst.

Wir hoffen, dass der ARBEITSRECHTSREPORT wieder Ihr Interesse findet.

BAG AKTUELL:

Arbeitgeber dürfen Gehälter außertariflicher Angestellter bei Unterschreiten der betriebsüblichen Arbeitszeit kürzen

BAG, Urteil vom 15.05.2013 (Az.: 10 AZR 325/12)

Das BAG hatte sich mit der Frage zu befassen, ob auch für außertarifliche Angestellte die betriebsübliche Arbeitszeit maßgeblich ist, wenn hierzu keine Vereinbarung getroffen wurde.

Die Klägerin war bei der Beklagten als Referentin tätig. Als außertarifliche Mitarbeiterin erhielt sie ein Jahresgehalt in Höhe von € 95.000 brutto. Der Arbeitsvertrag sah zur Arbeitszeit lediglich vor, dass die Klägerin im Rahmen ihrer Aufgabenstellung verpflichtet war, auch außerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit tätig zu werden.

Die Klägerin arbeitete über lange Zeit weniger als die im Betrieb üblichen 38 Stunden pro Woche und sammelte so fast 700 Minusstunden auf ihrem Arbeitszeitkonto an. Der Aufforderung, täglich mindestens 7,6 Stunden zu arbeiten, um die wöchentliche Arbeitszeit von 38 Stunden zu erreichen, kam die Klägerin nicht nach. Daraufhin kürzte die Beklagte das Gehalt. Die Klägerin erhob Klage auf Feststellung, dass sie arbeitsvertraglich nicht verpflichtet sei, 38 Stunden zu arbeiten, sowie auf Zahlung des einbehaltenen Gehalts. Zur Begründung berief sie sich auf die unkonkrete Regelung im Arbeitsvertrag. Sie sei nicht verpflichtet gewesen, bestimmte Arbeitszeiten einzuhalten.

Das BAG entschied, dass sofern in einem Arbeitsvertrag die Dauer der Arbeitszeit nicht ausdrücklich geregelt ist, die betriebsübliche Arbeitszeit als vereinbart gilt. Nach ihr bemessen sich die Pflichten des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung und des Arbeitgebers zur Zahlung der Vergütung. Diese Grundsätze gelten auch für außertarifliche Angestellte. Sofern ein Arbeitsvertrag keine abweichende Regelung zum Umfang der Arbeitszeit enthält, bemisst sich die Vergütung nach der geleisteten Arbeitszeit. Bleibt diese daher hinter der betriebsüblichen Arbeitszeit zurück, so reduziert sich auch die Vergütung entsprechend.

Bei fehlender Regelung gilt betriebsübliche Arbeitszeit als vereinbart.

AUS DER RECHTSPRECHUNG:**Kein Auskunftsanspruch einer abgelehnten Stellenbewerberin über Stellenbesetzung
BAG, Urteil vom 25.04.2013 (Az.: 8 AZR 287/08)**

Das BAG hatte sich unlängst mit der Frage zu beschäftigen, ob ein abgelehnter Stellenbewerber gegen den Arbeitgeber einen Anspruch auf Auskunft darüber hat, ob und gegebenenfalls aufgrund welcher Kriterien dieser einen anderen Bewerber eingestellt hat.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die aus der Russischen Sowjetrepublik stammende Klägerin, Frau Meister, hatte sich im Alter von 45 Jahren erfolglos auf die von der Beklagten ausgeschriebene Stelle eines/einer Softwareentwicklers/-in beworben. Die Beklagte verweigerte ihr die Auskunft, ob und gegebenenfalls aufgrund welcher Kriterien sie einen anderen Bewerber eingestellt hat. Die Klägerin behauptete, sie habe die Voraussetzungen für die ausgeschriebene Stelle erfüllt und sei lediglich wegen ihres Geschlechts, ihres Alters und ihrer Herkunft nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen und damit unter Verstoß gegen das AGG diskriminiert worden. Hierfür verlangte sie von der Beklagten eine angemessene Entschädigung in Geld.

Das BAG sah nach nationalem Recht keinen Anspruch der Klägerin auf die begehrte Auskunft. Auf seine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof hatte dieser entschieden, dass sich ein solcher Auskunftsanspruch auch nicht aus dem Gemeinschaftsrecht ergibt, die Verweigerung jedes Zugangs zu Informationen durch einen Arbeitgeber jedoch unter Umständen einen Gesichtspunkt darstellen kann, welcher beim Nachweis der Tatsachen heranzuziehen ist, die eine Diskriminierung vermuten lassen (NJW 2012, 2497).

Unter Zugrundelegung der Entscheidung des EuGH wies das BAG die Entschädigungsklage nun ab. Die Klägerin habe zwar auf ihr Geschlecht, ihr Alter und ihre Herkunft hingewiesen, jedoch keine ausreichenden Indizien dargelegt, welche ihre Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen und die nach § 22 AGG zu einer Beweislast der Beklagten dafür führen würden, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorgelegen hat. Auch die Verweigerung jeglicher Auskunft durch die Beklagte habe im Streitfall nicht die Vermutung einer unzulässigen Benachteiligung der Klägerin im Sinne des § 7 AGG begründet.

Auch wenn das BAG vorliegend zu der Entscheidung gelangt ist, dass Arbeitgeber grundsätzlich die Auskunft darüber verweigern dürfen, ob und aus welchen Gründen sie einen anderen Stellenbewerber eingestellt haben, ist gleichwohl zu empfehlen, das Bewerbungsverfahren transparent auszugestalten. Der Bewerbungsvorgang sollte daher in ausreichendem Maße dokumentiert und die für die Auswahlentscheidung maßgeblichen Kriterien festgelegt werden. Bewerberdaten sollten keinesfalls gelöscht werden, um sich nicht dem Vorwurf der Beweisvereitelung auszusetzen. Im Hinblick auf die geltende Klagerhebungsfrist empfehlen wir zudem, Bewerbungsunterlagen abgelehnter Stellenbewerber (zumindest in Kopie) für einen Zeitraum von ca. vier Monaten nach Mitteilung der Nichteinstellung aufzubewahren.

**Keine Anrechnung einer Vorbeschäftigungszeit als Leiharbeitnehmer auf die Wartefrist
des Kündigungsschutzgesetzes
LAG Niedersachsen, Urteil vom 05.04.2013 (Az.: 12 Sa 50/13)**

Das LAG Niedersachsen hatte sich mit der Frage zu befassen, ob bei der für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes relevanten Berechnung der sechsmonatigen Wartezeit (§ 1 Abs. 1 KSchG) die Zeit eines unmittelbar vorausgegangenen Einsatzes als Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen ist.

Das Gericht entschied, dass die Zeit der Beschäftigung als Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb auch dann nicht auf die Wartefrist gemäß § 1 Abs. 1 KSchG anzurechnen ist, wenn ein Leiharbeitnehmer vom Entleiher unmittelbar in ein Arbeitsverhältnis übernommen wird. Dies soll auch dann gelten, wenn der (Leih-) Arbeitnehmer ununterbrochen auf demselben Arbeitsplatz eingesetzt war.

Eine Zusammenrechnung von mehreren Arbeitsverhältnissen kommt nur dann in Betracht, wenn mehrere Arbeitsverhältnisse mit demselben Vertragsarbeitgeber bestanden haben. Im Falle der Übernahme eines Leiharbeitnehmers in ein Arbeitsverhältnis wird die Zusammenarbeit auf eine >

Kein Auskunftsanspruch über Einstellung anderer Bewerber.

Auskunftsverweigerung allein ist noch kein Indiz für Benachteiligung.

andere, umfassendere Grundlage gestellt, da bestimmte Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis, wie z.B. Krankmeldungen, zunächst primär gegenüber dem Verleiher erbracht werden mussten und der Verleiher typischerweise auch einige Aspekte der Personaldisposition übernimmt.

Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen bestätigt zudem, dass auch bei der Übernahme eines Leiharbeitnehmers eine Probezeit gemäß § 622 Abs. 3 BGB vereinbart werden darf. Begründet wird dies insbesondere damit, dass durch die Vereinbarung einer für beide Seiten gleichermaßen geltenden 6-monatigen Probezeit lediglich die gesetzlich zur Verfügung gestellten Möglichkeiten ausgenutzt werden. Von weiteren Voraussetzungen hängt die Wirksamkeit einer Probezeitvereinbarung nicht ab.

Probezeit kann mit übernommenen Leiharbeitnehmern wirksam vereinbart werden.

Teilnahme an Bewerbungsgespräch trotz Krankschreibung LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 05.03.2013 (Az.: 5 Sa 106/12)

Die Parteien stritten über die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung. Der Kläger war bei der Beklagten angestellt und hatte sich bei einem anderen Unternehmen beworben. Dort wurde er zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen, welches er wahrnahm. Zu diesem Zeitpunkt war er allerdings wegen eines eingeklemmten Nervs im rechten Arm arbeitsunfähig krankgeschrieben. Als die Beklagte von diesem Vorstellungsgespräch erfuhr, kündigte sie dem Kläger außerordentlich und hilfsweise ordentlich.

Das Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern stellte fest, dass ein erkrankter Arbeitnehmer während seiner Krankheit zwar dafür Sorge zu tragen hat, dass er die Phase der Arbeitsunfähigkeit möglichst zügig überwindet. Dies bedeute aber nicht, dass er das Bett zu hüten hat oder jedenfalls die eigene Wohnung nicht verlassen darf. Vielmehr ist die jeweils vorliegende Krankheit dafür maßgeblich, welche Tätigkeiten einem Arbeitnehmer während der Zeit der Arbeitsunfähigkeit untersagt sind.

Arbeitsunfähigkeit steht Teilnahme an Bewerbungsgespräch nicht unbedingt entgegen.

Im vorliegenden Fall hatte der Arzt lediglich eine Schonung des rechten Arms verordnet. Nach Ansicht des Gerichts war dies kein Grund dafür, ein Bewerbungsgespräch nicht wahrzunehmen.

Ebenso entschied das Gericht, dass auch der offensichtliche Wille, den bisherigen Arbeitgeber zu verlassen, nicht dazu geeignet sei, eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen. Solange der Arbeitnehmer seine Arbeitspflichten erfüllt, ist ihm nicht vorzuwerfen, dass er sich nach einem neuen Arbeitsfeld umschaue. Diese Befugnis folgt vielmehr aus seinem Grundrecht einer freien Arbeitsplatzwahl.

Verzicht auf Urlaubsabgeltung durch arbeitsgerichtlichen Vergleich BAG, Urteil vom 14.05.2013 (Az.: 9 AZR 844/11)

Im Rahmen eines Kündigungsrechtsstreits war folgender Vergleich vereinbart worden:

„Das Arbeitsverhältnis ist durch die Kündigung der Beklagten zum 30.06.2009 aufgelöst worden. Die Beklagte zahlt an den Kläger für den Verlust des Arbeitsplatzes eine Abfindung i.H.v. € 11.500,00. Mit Erfüllung des Vergleichs sind wechselseitig alle finanziellen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, gleich ob bekannt oder unbekannt und gleich aus welchem Rechtsgrund, erledigt.“

Bereits kurze Zeit nach Abschluss des vorstehenden Vergleichs forderte der Kläger seine frühere Arbeitgeberin auf, 114 nicht genommene Urlaubstage in den Jahren 2006 bis 2008 abzugelten. Diese hatte er wegen Arbeitsunfähigkeit nicht nehmen können.

Das BAG wies die Klage in vollem Umfang ab. Zwar kann gemäß § 13 Abs. 1 S. 3 BUrlG von der Regelung in § 7 Abs. 4 BUrlG, wonach der Urlaub abzugelten ist, wenn er wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht gewährt werden kann, nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Diese Regelung hindert aber nur einzelvertragliche Abreden, die das Entstehen von Urlaubsabgeltungsansprüchen ausschließen. Hatte der Arbeitnehmer dagegen die Möglichkeit,

Generalquittung in arbeitsgerichtlichen Vergleich kann wirksamen Verzicht auf Urlaubsabgeltung bedeuten.

Urlaubsabgeltung in Anspruch zu nehmen und sieht er davon ab, steht auch EG-Recht einem Verzicht des Arbeitnehmers auf Urlaubsabgeltung nicht entgegen.

Maßgeblich ist hiernach, dass der Arbeitnehmer auf den entstandenen Anspruch auf Abgeltung seines gesetzlichen Erholungsurlaubs verzichten kann. Ein solcher Verzicht liegt auch in einer allgemeinen gerichtlichen Erledigungsklausel, wie eingangs wiedergegeben.

Änderung der Rechtsprechung des BAG: Leiharbeitnehmer zählen für die Größe des Betriebsrats im Entleiherbetrieb mit BAG, Beschluss vom 13.03.2013 (Az.: 7 ABR 69/11)

Nachdem das BAG am 25.01.2013 bereits entschieden hatte, dass Leiharbeitnehmer bei der Ermittlung der Betriebsgröße im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes zu berücksichtigen sind (ARBEITSRECHTSREPORT 1/2013), gilt dies nun auch für die Ermittlung der Betriebsgröße im Hinblick auf die Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder.

Für die Zahl der in einen Betriebsrat zu wählenden Personen kommt es gemäß § 9 BetrVG auf die Zahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer an. Umstritten war bislang, ob Leiharbeitnehmer hierbei zu berücksichtigen sind.

Das BAG war bislang stets davon ausgegangen, dass es für die Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder auf im Betrieb eingesetzte Leiharbeitnehmer nicht ankommt. In seiner nunmehr ergangenen Grundsatzentscheidung zu dieser Frage hat das BAG seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben. Leiharbeitnehmer sind danach bei der für die Größe des Betriebsrats maßgeblichen Zahl der Arbeitnehmer eines Betriebes mitzuzählen. Die Erforderlichkeit, auch die im Entleiherbetrieb beschäftigten Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen, ergebe sich insbesondere aus einer an Sinn und Zweck der Schwellenwerte orientierten Auslegung des Gesetzes. Jedenfalls bei einer Betriebsgröße von mehr als 100 Arbeitnehmern komme es auch nicht auf die Wahlberechtigung der Leiharbeitnehmer an.

Leiharbeitnehmer sind für die Größe des Betriebsrats zu berücksichtigen.

Die vorliegende Entscheidung setzt die jüngere Rechtsprechung des BAG fort, die zu einer schrittweisen Angleichung der Rechtstellung von Leiharbeitnehmern an diejenige der Stammbesellschaft führt. Die in der Entscheidung des BAG aufgestellten Grundsätze werden konsequenterweise auch auf die Zahl der nach § 38 BetrVG freizustellenden Betriebsratsmitglieder zu übertragen sein.

AUS DER GESETZGEBUNG:

Öffnung des deutschen Arbeitsmarktes für Facharbeiter aus Nicht-EU-Staaten

Zum 01.07.2013 wird der deutsche Arbeitsmarkt für Facharbeiter (mittlerer Qualifikation, also mit abgeschlossener Berufsausbildung) aus Nicht-EU-Staaten, also so genannten Drittstaaten, geöffnet. Das sieht eine Neuregelung der Beschäftigungsverordnung vor. Der Umfang der Zuwanderung wird danach über eine sog. Positivliste der Bundesagentur für Arbeit (BA) gesteuert, die den Fachkräftebedarf in den jeweiligen Berufen, Branchen und Regionen aufführt.

Auch für Asylbewerber wird der Zugang zum Arbeits- und Ausbildungsmarkt erleichtert. Während bislang die BA zustimmen musste, wenn nach einem Jahr Aufenthalt eine Ausbildung oder nach vier Jahren Aufenthalt eine Arbeit aufgenommen wird, entfällt dieses Erfordernis zukünftig.

GLAUBER & PARTNER

Rathausstraße 13 | D - 20095 Hamburg
Tel. + 49 - 40 - 32 33 99 - 0 | Fax + 49 - 40 - 32 33 99 - 11
rechtsanwaelte@glauber.de | www.glauber.de

Ihre Ansprechpartner im Arbeitsrecht sind:

Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Dr. Dirk Uhlmannsiek

Rechtsanwältin

Anja Krüger

www.der-arbeitsrechtsreport.de