

*Sehr geehrte Damen und Herren,
sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,*

die neue Ausgabe unseres Infobriefs beschäftigt sich mit der CGZP (Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen), die als Gewerkschaft nie tariffähig war - man höre und staune - sowie dem Thema der Arbeitszeitrichtlinie der EU. Ob Sie Ihren Arbeitnehmer noch bei der freiwilligen Feuerwehr Einsätze fahren lassen dürfen, ohne dass diese als Arbeitszeit auf Ihre vereinbarte Arbeitszeit Einfluss haben oder ob die Gewerbeaufsicht Sie dann wegen Verstoßes gegen das Arbeitszeitgesetz maßregelt, lesen Sie dort. Zum Schluss: Bitte blättern Sie zu den Veranstaltungshinweisen und merken Sie sich den 22.09.2012 vor ... und nun viel Spaß beim Lesen!

*Ihr Joachim Zobel
und Team*

Inhaltsübersicht

▶ A. Urteilsbesprechungen

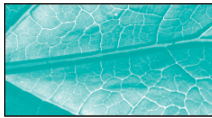
1. **Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung einer ordentlich unkündbaren Reinigungskraft wegen Fremdvergabe der Reinigungsarbeiten**
LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 07.02.2012, Az. 7 Sa 2164/11 2
2. **Rückforderung des Dienstwagens: „Wasch mich, aber mach mich nicht nass“**
BAG, Urteil vom 21.03.2012, Az. 5 AZR 651/10 3
3. **Die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) war nie tariffähig**
BAG, Beschluss vom 23.05.2012, Az. 1 AZB 58/11 5

▶ B. Thema: Europäisches Allerlei - Novellierung der Arbeitszeitrichtlinie (2003/88/EG) 5

▶ C. Meldungen

1. **Haftung des Arbeitgebers bei der Beschäftigung von 400-Euro-Kräften**
LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 09.03.2012, Az. 6 Sa 608/11 7
2. **Kein Auskunftsanspruch für Stellenbewerber**
EuGH, Urteil vom 12.04.2012, Az. C – 415/10 8
3. **Kündigung wegen Stalking**
BAG, Urteil vom 19.04.2012, Az. 2 AZR 258/11 (PM) 9
4. **Keine Kürzung von Arbeitszeitkonten ohne Rechtsgrundlage**
BAG, Urteil vom 21.03.2012, Az. 5 AZR 676/11 (PM) 9

▶ D. Veranstaltungshinweise 9



A. Urteilsbesprechungen

1. Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung einer ordentlich unkündbaren Reinigungskraft wegen Fremdvergabe der Reinigungsarbeiten

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 07.02.2012, Az. 7 Sa 2164/11

Leitsatz:

(1) Vereinbart der Arbeitgeber über die Anwendung von Tarifverträgen den Ausschluss der ordentlichen Kündigung, muss er diese vertraglich eingegangene Verpflichtung auch bei der Vertragsbeendigung berücksichtigen.

(2) Allein die unternehmerische Entscheidung, die Reinigungsarbeiten von zwei Arbeitnehmern, die ordentlich unkündbar sind, nicht mehr durch eigene Arbeitnehmer ausführen zu lassen, mit der Folge, dass zwei Arbeitsplätze der Reinigungskräfte in Wegfall geraten, ist für sich genommen noch nicht als wichtiger Grund im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB anzusehen. Es bedarf in einem solchen Fall noch weiterer Umstände auf Arbeitgeberseite, die der unternehmerischen Entscheidung über die Prüfung nach § 1 Abs. 2 KSchG hinaus das Gewicht eines wichtigen Grundes verleihen.

Der Fall:

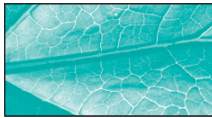
Die Klägerin war bei der Beklagten als Reinigungskraft tätig. Sie war mit einem Grad von 30 als schwerbehinderter Mensch anerkannt. Die Klägerin ist auf Grund anwendbarer tariflicher Vorschriften wegen ihres Alters und ihrer Beschäftigungszeit ordentlich unkündbar. Auf Grund der wirtschaftlichen Entwicklung entschloss sich die Beklagte zu Umstrukturierungsmaßnahmen. Im Rahmen des abgeschlossenen Interessenausgleichs wurde ein Betriebsteil „Hausmeisterdienste“ und ein Betriebsteil „Reinigungsdienste“, welchem die beschäftigten Reinigungskräfte zugewiesen waren, gebildet. In Umsetzung der im Interessenausgleich beschlossenen Maßnahmen kam es zu einem Betriebsübergang auf ein Reinigungsunternehmen mit ca. 1.500 Mitarbeitern. Die Klägerin widersprach dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf dieses Unternehmen. Daraufhin wurde das Arbeitsverhältnis der Klägerin außerordentlich betriebsbedingt mit sozialer Auslauffrist gekün-

digt. Zudem wurde die Klägerin von der Erbringung der Arbeitsleistung unter Anrechnung von Urlaub und Zwischenverdienst freigestellt.

Die Klägerin wandte sich gegen die ausgesprochene Kündigung und die Anrechnung des Zwischenverdienstes. Das Arbeitsgericht Berlin hat die Klage insgesamt abgewiesen. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, der Beklagten stehe ein wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist zu, da die Beklagte die unternehmerische Entscheidung getroffen habe, die Reinigungsarbeiten nicht mehr durch eigene Arbeitskräfte durchführen zu lassen. Diese Entscheidung sei nicht rechtsmissbräuchlich, die Klägerin könne auch an anderer Stelle im Betrieb oder Unternehmen der Beklagten nicht weiterbeschäftigt werden, da solche Beschäftigungsmöglichkeiten nicht bestünden. Die Klägerin hat Berufung eingelegt.

Die Entscheidung:

Die außerordentliche Kündigung der Beklagten mit sozialer Auslauffrist ist unwirksam, da nach Ansicht des Berufungsgerichts ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB nicht gegeben war. Mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sei im Grundsatz davon auszugehen, dass eine auf betriebliche Gründe gestützte außerordentliche Kündigung mit einer (notwendig einzuhaltenden) Auslauffrist nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen kann. Zu dem vom Arbeitgeber zu tragenden Unternehmerrisiko zählt auch die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist. Die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers kann dem Arbeitgeber aber insbesondere dann unzumutbar sein, wenn eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit ausgeschlossen ist und der Arbeitgeber deshalb dem Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum hin sein Gehalt weiter zahlen müsste, obwohl er zum Beispiel wegen Betriebsstilllegung für dessen Arbeitskraft keine Verwendung mehr hat. Es geht hier im Wesentlichen darum zu vermeiden, dass der tarifliche Ausschluss der ordentlichen Kündigung dem Arbeitgeber Unmögliches oder evident Unzumutbares aufbürdet. Dabei ist ein strenger Prüfungsmaßstab anzulegen. In erheblich weiterem Umfang bei einer ordentlichen Kündigung ist es dem Arbeitgeber bei einer außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslauffrist gegenüber einem tariflich unkündbaren Arbeitnehmer zuzumuten, die Kündigung durch geeignete andere Maßnahmen zu vermeiden. Weiterhin ist im Grundsatz davon auszugehen, dass Organisationsentscheidungen des Arbeitgebers, die sich auf den Arbeitsplatz des (unkündbaren) Arbeitnehmers auswirken, nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung und Zweckmäßigkeit überprüft werden können, sondern nur darauf, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich sind und ob sie ursächlich für den vom Arbeitgeber geltend gemachten Wegfall des Arbeitsplatzes sind. Die unternehmerische Freiheit gilt jedoch nicht schrankenlos. Sie ist im Lichte der Grundrechte aus Art. 12 GG zu sehen. Die Gerichte



haben von Verfassung wegen daher zu prüfen, inwieweit die Anwendung der Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes im Einzelfall das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG berührt. Trifft dies zu, dann haben die Gerichte die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes im Lichte der Grundrechte auszulegen und anzuwenden. Der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in seiner Entscheidung vom 26.09.2002 („Rheumaklinik“) aus diesen Grundsätzen gefolgert, dass bei der Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes auf eine an sich „freie“ Unternehmerentscheidung stets eine eingeschränkte Prüfung des **unternehmerischen Konzepts** vorgenommen werden müsse, da bei einer schrankenlosen Hinnahme jeglicher unternehmerischer Entscheidung als für den Kündigungsschutzprozess bindend, der Kündigungsschutz der Arbeitnehmer teilweise leerlaufen würde. Der Arbeitgeber muss daher bereits bei der Erstellung des unternehmerischen Konzepts die in Form von vereinbarten Kündigungsausschlüssen bestehenden arbeitsvertraglich übernommenen Garantien, ebenso wie andere schuldrechtliche Bindungen berücksichtigen. Mit dem Ausschluss der ordentlichen Kündigung ist er eine weitreichende Verpflichtung und, damit einhergehend, ein hohes Risiko eingegangen. Dass eine solche langfristige Bindung grundsätzlich zulässig ist, zeigt § 624 BGB. Dann muss der Arbeitgeber dieser von ihm selbst eingegangenen Bindung, insbesondere bei der Prüfung der Frage, welche Vertragsänderungen er dem Arbeitnehmer im Rahmen der Änderungskündigung mit dem Änderungsangebot zumuten kann, gerecht werden. Erst recht muss er diese Bindung aber auch bei der Prüfung der Vertragsbeendigung berücksichtigen. Nicht jede mit dem Festhalten am Vertragsinhalt verbundene Last kann einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Änderungskündigung und erst recht auch nicht zur Beendigungskündigung bilden.

Unter Anwendung dieser Grundsätze hat das Berufungsgericht einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB für die ausgesprochene außerordentliche betriebsbedingte Kündigung der Klägerin mit sozialer Auslauffrist nicht festgestellt. Auf Seiten der Beklagten sind über die genannte unternehmerische Entscheidung hinausgehend keine Umstände getragen, die es als billigenwert erscheinen ließen, dass sie entgegen ihrer eingegangenen Vertragspflicht die besonders kündigungsgeschützten Arbeitsverhältnisse beenden müsse. Solche Umstände könnten darin liegen, dass sich die unternehmerische Umstrukturierung aus Marktgesichtspunkten, wie zum Beispiel einer notwendigen Änderung der Produktpalette oder im Hinblick auf die konkrete betriebswirtschaftliche Situation des Betriebs als unumgänglich darstellt. Eine solche Berücksichtigung weitergehender Umstände auf Seiten des Arbeitgebers ist der außerordentlichen Kündigung nicht fremd. Bei ihrer Überprüfung geht es auch darum, ob ein bestimmter Kündigungsgrund das Maß des wichtigen Grundes im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB erreicht. Die Reinigungsarbeiten fallen als solche noch in den Räumlichkeiten der Beklagten an. Die von ihr vorgetragene wirtschaftlichen Zahlen

erlauben nicht den Schluss, dass die Fremdvergabe der verbliebenen Reinigungsaufträge, mit denen die beiden Reinigungskräfte der Beklagten beschäftigt waren, zwingend erforderlich waren. Insbesondere hatte der Interessenausgleich für andere Bereiche Maßnahmen vorgesehen, um den wirtschaftlichen Interessen begegnen zu können. Was die Beklagte getan hat, mag eine ordentliche betriebsbedingte Kündigung als sozial gerechtfertigt im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG erscheinen lassen, mehr Gewicht hat der von der Beklagten angeführte Grund indes nicht. Berücksichtigt die getroffene unternehmerische Entscheidung aber nicht hinreichend die vertraglich eingegangenen Bindungen, kann darauf ein dringendes betriebliches Erfordernis im Sinn von § 626 Abs. 1 BGB nicht gestützt werden.

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat die Revision für die Beklagte zugelassen.

► Praxistipp:

Obwohl das Outsourcing als freie Unternehmerentscheidung eine Kündigung rechtfertigen kann, unterliegt diese Unternehmerentscheidung nicht nur der Missbrauchskontrolle; Kündigungsverbote sind bereits in die unternehmerische Entscheidung einzubeziehen!

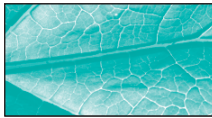
2. Rückforderung des Dienstwagens: „Wasch mich, aber mach mich nicht nass“

BAG, Urteil vom 21.03.2012, Az. 5 AZR 651/10

Der Fall:

Ein Arbeitnehmer hatte sein Arbeitsverhältnis selbst zum 30.06.2009 gekündigt. Nach Ausspruch der Kündigung stellte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer am 09.06.2009 von der Arbeit frei und forderte gleichzeitig die Rückgabe des Dienstwagens.

Gemäß Arbeitsvertrag war dem Arbeitnehmer ein Dienstwagen zur Verfügung gestellt worden, der von diesem auch für private Zwecke genutzt werden konnte. Die private Nutzung wurde neben dem Bruttomonatsentgelt von 2.300,00 EUR mit einem monatlichen Betrag von 277,00 EUR als geldwerter Vorteil im Rahmen der Entgeltabrechnung berücksichtigt.



Im Arbeitsvertrag war unter anderem geregelt:

„Im Falle einer Kündigung ist der Arbeitgeber berechtigt, den Arbeitnehmer von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung unter Weiterzahlung der Bezüge freizustellen.“

Im Dienstwagenvertrag war unter anderem geregelt:

„Der Arbeitgeber behält sich vor, die Überlassung des Dienstwagens zu widerrufen, wenn und solange der Pkw für dienstliche Zwecke seitens des Arbeitnehmers nicht benötigt wird. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses von der Arbeitsleistung freigestellt wird. Im Falle der Ausübung des Widerrufs durch den Arbeitgeber ist der Arbeitnehmer nicht berechtigt, eine Nutzungsentschädigung oder Schadenersatz zu verlangen.“

Das Bundesarbeitsgericht hatte darüber zu entscheiden, ob dem Arbeitnehmer ein Schadenersatz für die in der Zeit vom 09.06.2009 bis 30.06.2009 entgangene Privatnutzung zusteht.

Die Entscheidung:

Das Bundesarbeitsgericht hat zunächst die Wirksamkeit der Regelung im Dienstwagenvertrag bestätigt, nach der der Arbeitgeber im Falle einer Freistellung nach einer Kündigung berechtigt ist, die private Nutzung des Dienstwagens zu widerrufen und den Dienstwagen vom Arbeitnehmer zurückzufordern. Die Regelung halte einer Überprüfung als allgemeine Geschäftsbedingung stand. Insbesondere sei dem Arbeitnehmer ausdrücklich klargestellt worden, dass er im Falle einer Freistellung mit dem Entzug der Privatnutzung rechnen müsse. Der Widerruf der privaten Nutzung im Zusammenhang mit einer Freistellung des Arbeitnehmers sei zumutbar, da der Arbeitnehmer bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses keine Arbeitsleistung mehr erbringen müsse. Auch bedürfe es keiner Ankündigungs- bzw. Auslauffrist. Schließlich sei keine Änderungskündigung erforderlich, wenn durch den Wegfall der privaten Nutzungsmöglichkeit – wie im entschiedenen Fall – nicht mehr als 25 % des regelmäßigen Verdienstes betroffen sei.

Die Frage der Entschädigungspflicht hat das Bundesarbeitsgericht wie folgt beantwortet:

Ist das Herausgabeverlangen des Arbeitgebers zulässig, ist keine Entschädigung für den Entzug der privaten Nutzung zu zahlen.

Im Ergebnis hat allerdings das Bundesarbeitsgericht dennoch dem Arbeitnehmer einen Schadenersatzanspruch zugesprochen.

Der Arbeitgeber habe das Widerrufsrecht im Streitfall nämlich nicht wirksam ausgeübt und damit eine gegenüber dem Arbeitnehmer bestehende Vertragspflicht verletzt.

Ein Widerruf seitens des Arbeitgebers stelle eine einseitige Bestimmung der Leistung durch den Arbeitgeber dar. Er unterliege deshalb einer Ausübungskontrolle im Einzelfall gemäß § 315 BGB: Der Widerruf muss „billigem Ermessen“ entsprechen.

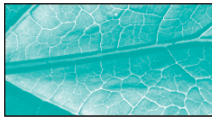
Konkret hatte der Arbeitgeber nur vorgetragen, dass ein Dienstwagen generell nur den Außendienstmitarbeitern vorrangig zu Besuchen bei Kundenunternehmen zur Verfügung gestellt wird. Eine weitere Begründung, warum der Dienstwagen unmittelbar mit der Freistellung zurückgefordert wurde, erfolgte nicht.

Zu Gunsten des Arbeitnehmers hat das Bundesarbeitsgericht berücksichtigt, dass der Dienstwagen dessen einziger Pkw war. Außerdem war der Arbeitnehmer verpflichtet, die private Nutzung für den gesamten Monat Juni 2009 zu versteuern, obwohl er ab dem 09.06.2009 im Juni für 22 Tage über diese Nutzung nicht mehr verfügen konnte. Damit führte der Entzug des Pkw neben dem Nutzungsausfall auch zu einer Minderung des Nettoeinkommens des Arbeitnehmers.

Unter Abwägung dieser Umstände kam das Bundesarbeitsgericht zu dem Ergebnis, dass der Widerruf durch den Arbeitgeber nicht wirksam ausgeübt wurde. Der Arbeitgeber hat sich dadurch schadenersatzpflichtig gemacht. Der Schaden wurde für 22 Tage aus der monatlichen Versteuerung von 277,00 EUR schließlich in Höhe von 203,13 EUR berechnet.

▶ Praxistipp:

Der Widerruf der privaten Nutzung eines Dienstwagens kann im Arbeitsvertrag auch so geregelt werden, dass er z. B. im Falle einer Freistellung nach Kündigung entschädigungslos erfolgen kann. Zur Vermeidung einer Schadenersatzpflicht sollte der Widerruf grundsätzlich zum Monatsende erklärt werden.



3. Die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) war nie tariffähig

BAG, Beschluss vom 23.05.2012, Az. AZB 58/11

Der Fall:

Das Bundesarbeitsgericht hatte sich im Wege einer Nichtzulassungsbeschwerde mit einer Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg zu beschäftigen. Das Gericht hatte entschieden, dass die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) auch im Geltungsbereich ihrer früheren Satzungen der Jahre 2002 und 2005 nicht tariffähig war.

Das Bundesarbeitsgericht hatte bereits am 14.12.2010 festgestellt, dass die CGZP keine Spitzenorganisation ist, die im eigenen Namen Tarifverträge abschließen kann. Diese Entscheidung betraf jedoch nur die im Zeitpunkt der Entscheidung geltende Satzung. Eine Rückwirkung kam seinerzeit deshalb nur bis zum Oktober 2009 in Betracht. Weitaus größere finanzielle Risiken für die betroffenen Arbeitnehmerüberlasser sowie u.U. auch die Entleiher drohen aus Zeiträumen, in denen die Vorgängersatzungen der CGZP galten. Eine Entscheidung über diese Zeiträume hatte das LAG Berlin-Brandenburg nun getroffen: Das Gericht hat die Tariffähigkeit der CGZP auch in früheren Zeiträumen verneint. Gegen diese Entscheidung hatten die Arbeitgeberverbände und der Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister das Rechtsmittel der Nichtzulassungsbeschwerde beim BAG eingelegt.

Die Entscheidung:

Das BAG hat in dem Beschlussverfahren sowie in zwei weiteren Beschlussverfahren im Ergebnis festgestellt, dass die Tarifgemeinschaft CGZP auch schon in früheren Zeiten nicht tariffähig war. Die CGZP konnte also nach den Entscheidungen des BAG zu keinem Zeitpunkt wirksame Tarifverträge schließen. Das BAG bekräftigt somit die Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg. Diese jüngste Entscheidung des LAG von Januar 2012 ist damit rechtskräftig.

Die Klärung dieser Rechtsfrage ist entscheidend für eine Vielzahl von inzwischen rechtshängigen Verfahren, in denen Leiharbeiter/innen höhere Vergütungen einklagen oder Sozialversicherungsträger nicht abgeführte

Sozialversicherungsbeiträge einfordern. In all diesen Fällen ist nun mit dem Beschluss des BAG die maßgebliche Vorfrage geklärt: Die Tarifverträge der CGZP sind nicht wirksam. Die Entscheidung des BAG ermöglicht damit, dass die arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren weiterbetrieben werden können, ohne dass erneute Beschlussverfahren eingeleitet werden müssten.

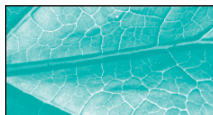
Die Kläger, die auf die Zahlung der Differenzvergütung zwischen den niedrigen Löhnen und Gehältern nach dem Tarifwerk der CGZP und dem höheren Entgelt, das auf Grundlage des so genannten „Equal-Pay-Grundsatzes“ geschuldet wird, klagen, sind damit einen wichtigen Schritt vorangekommen. Auch für die Forderung der auf das höhere Entgelt entfallenden Sozialversicherungsbeiträge ist die Entscheidung des BAG wichtig. Auch hier dürften nun die Klageverfahren deutlich beschleunigt vorangehen. Es ist damit eingetreten, was schon – u.a. in einem unserer Newsletter – befürchtet wurde: Die „Erdrutschentscheidung“ des BAG aus dem Jahre 2010 zieht weitere Kreise. Ob am Schluss die Zahlungsverpflichtung für die Zeitarbeitsunternehmen stehen wird, ist jedoch noch von der Klärung einer anderen Rechtsfrage abhängig. Die Unternehmen haben sich darauf berufen, dass sie beim Abschluss der Arbeitsverträge auf die Tariffähigkeit vertraut hatten und dies auch durften. Die Frage nach dem Bestehen eines solchen Vertrauensschutzes wird die Gerichte noch beschäftigen.

B. Thema

Das Ende der Nebenbeschäftigung? – Die Novellierung der Arbeitszeitrichtlinie (2003/88/EG)

Stellen Sie sich vor: Ihr Arbeitnehmer erzählt Ihnen erfreut, dass er sich gesellschaftlich engagiert und seit drei Monaten bei „Die Tafel“ in seiner Freizeit die Essensspenden von den Supermärkten in die Vorhaltestellen fährt. Sie fragen nach dem Umfang und er sagt „na so 12 – 15 Stunden pro Woche sind das schon“. Sie denken „dass es das noch gibt! Prima!“. Bis jetzt! Denn nun heißt es „Obacht“! Warum?

Nun, bekanntlich ist die Reglementierung auch kleinster Lebensbereiche durch die „Eurokraten“ berüchtigt. Zu Regelungen, die die Einheitsgröße von Obst oder den Krümmungsgrad von Bananen bzw. Gurken festlegen, existieren mittlerweile wahre Mythen. Dass aber ein EU-Kommissar bei aller Regelungswut eine in Deutschland weit



verbreitete Spezies an den Rand des Aussterbens drängen könnte, verdient nachfolgend eine nähere Betrachtung.

1. Hintergrund

Die [Arbeitszeitrichtlinie](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003L0088:DE:HTML) (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003L0088:DE:HTML>) beschäftigt die EU-Kommission, seitdem sie 2004 in Kraft trat. Der für deutsche Arbeitgeber als unberechenbar einzuschätzende Europäische Gerichtshof (EuGH) hatte nämlich in einer Reihe von Urteilen die Arbeitszeitrichtlinie dahingehend interpretiert, dass Bereitschaftsdienste als Arbeitszeit zu bewerten sind, unabhängig davon, ob während dieser Anwesenheitszeit auch tatsächlich Arbeit geleistet werden muss oder kann. Dies machte eine Anpassung der Richtlinie notwendig. Nachdem 2009 erste Bemühungen zwischen EU-Rat und Europaparlament scheiterten, hat die EU-Kommission eine Überarbeitung der Arbeitszeitrichtlinie angestoßen und die Sozialpartner der EU zu Gesprächen über die Novellierung der Arbeitszeitrichtlinie eingeladen. Derzeit verhandeln die Sozialpartner (Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften) über Änderungen der Arbeitszeitrichtlinie.

2. Aktuelle Rechtslage

Nach der geltenden Richtlinie (2003/88/EG) hat jeder Arbeitnehmer Anspruch auf:

- eine wöchentliche Arbeitszeit, die im Durchschnitt 48 Stunden einschließlich Überstunden nicht überschreitet
- eine tägliche Mindestruhezeit von 11 zusammenhängenden Stunden vor Beginn des nächsten Arbeitseinsatzes
- eine Ruhepause während der Arbeit, wenn die tägliche Arbeitszeit des Mitarbeiters mehr als sechs Stunden beträgt
- mindestens einmal pro 7-Tages-Zeitraum eine kontinuierliche Mindestruhezeit von 24 Stunden zuzüglich der täglichen Ruhezeit von 11 Stunden
- einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen
- einen zusätzlichen Schutz bei Nachtarbeit.

3. Standpunkte der EU

Plakativ ist der zuständige Kommissar der Meinung, jede Tätigkeit und jede für eine Tätigkeit – auch ehrenamtlich geleistete Stunde – ist Arbeitszeit, die auf die wöchentliche durchschnittliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden anzurechnen ist.

Natürlich müsste das dann auch für alle Nebenjobs, egal ob Zeitungsbote oder Fitnessstudioaushilfe, Geltung erlangen. Geltend gemacht wird im Rahmen der Sozialpartnerkonsultation durch den zuständigen Kommissar für Beschäftigung, Soziales und Integration, dass es vorzuziehen sei, Mitglieder der freiwilligen Feuerwehren in die Regelungen der Arbeitszeitrichtlinie einzubeziehen. Eine generelle Einbeziehung ehrenamtlicher Helfer, durch eine entsprechende Ausweitung der Arbeitszeitrichtlinie, hatte existenzielle Auswirkungen auf die in Deutschland noch weitverbreitete

Institution des Ehrenamtes. Denn eine Anrechnung der ehrenamtlich geleisteten Tätigkeit auf die max. wöchentliche Arbeitszeit von 48 Stunden hätte, soweit zwischen ehrenamtlicher und hauptberuflicher Arbeit kein Unterschied mehr gemacht werden würde, zur Folge, dass in allen Regionen beispielhaft ein flächendeckender Brandschutz nicht mehr gewährleistet werden könnte. Betroffen wären aber auch der Rettungsdienst, der Umwelt- sowie Katastrophenschutz usw. Zu befürchten ist sogar der Eingriff in das Vereinsleben, wenn so genannte „berufsähnliche Tätigkeiten“, wie die des Übungsleiters, der Kassenwarte (beispielsweise in Sport-, Kaninchenzucht- oder Karnevalsvereinen) bei der Höchstarbeitszeit angerechnet werden müssten. „... wir sind Europa ...“

4. Arbeitsrechtliche Aspekte

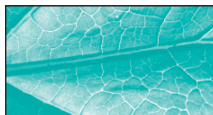
Bisher nicht in die Diskussion eingeflossen sind etwaige arbeitsrechtliche Auswirkungen im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und dem ehrenamtlichen Helfer als Arbeitnehmer.

Soweit für die geleisteten Arbeitsstunden des freiwilligen Helfers bisher eine „Bereichsausnahme“ galt, reichte das bisher durch die Arbeitszeitrichtlinie vorgegebene und im deutschen Arbeitszeitgesetz (ArbZG) übernommene „Stundendeputat“ in der Regel für die Ausführung eines Hauptarbeitsverhältnisses aus. Wie stellt sich die Situation jedoch dar, wenn sich die Pläne der Kommission bewahrheiten würden?

Grundsätzlich kann jeder Arbeitnehmer mehrere Arbeitsverhältnisse und damit auch eine ehrenamtliche Tätigkeit ausüben. Die Zulässigkeit, auch mehrere Arbeitsverhältnisse nebeneinander zu haben, ergibt sich bereits aus dem verfassungsrechtlich geschützten Grundsatz der Berufsfreiheit (Art. 12 GG).

Der Arbeitsvertrag mit dem Hauptarbeitgeber verpflichtet den Arbeitnehmer jedoch, die geschuldete Arbeitsleistung innerhalb der vereinbarten Arbeitszeit zur Verfügung zu stellen. Für die vertraglich bestimmte Arbeit und Arbeitszeit ist er damit verpflichtet, sich mit seiner Arbeitskraft uneingeschränkt – also in vollem Umfang – einzusetzen.

Eine Nebentätigkeit ist daher dann problematisch, wenn in einem wesentlichen Umfang berechnete betriebliche Interessen des Arbeitgebers beeinträchtigt werden. In diesem Fall kann der Arbeitgeber verlangen, dass die Nebentätigkeit eingeschränkt wird, damit die Arbeitsleistung in der Hauptarbeitszeit durch die Nebentätigkeit nicht beeinträchtigt wird. Verboten ist die Nebentätigkeit, wenn sie gegen zwingende Arbeitnehmerschutzvorschriften, wie das Arbeitszeitgesetz, verstößt.



Zwischenergebnis:

Eigentlich dürfte der Arbeitnehmer schon heute insgesamt mit allen Arbeitsverträgen, die er eingegangen ist, die festgelegte Grenze des Arbeitszeitgesetzes nicht überschreiten. Aber es gibt den Grundsatz: Wo kein Kläger, da kein Richter.

Schon aktuell ist der ehrenamtliche Dienst, v.a. der Feuerwehrleute, nur dank großzügiger Regelungen der einzelnen Freiwilligen mit ihren Arbeitgebern möglich. Die Pläne aus Brüssel würden jedoch bedeuten, dass entweder die ehrenamtlich tätigen Personen ihr Ehrenamt massiv einschränken müssten oder die ehrenamtlich geleisteten Stunden dem Arbeitgeber als Arbeitszeit verloren gehen. Mit regelmäßigen Fortbildungen oder Wochenendlehrgängen ist ehrenamtliche Tätigkeit mit bis zu zwölf Stunden in der Woche durchaus nicht selten. Hinzu kommen ständige Einsätze. Bei einem Großbrand könnte beispielsweise ein Feuerwehrmann seinem eigentlichen Arbeitgeber nur noch die halbe Woche zur Verfügung stehen.

Die Folge dieses Dilemmas: Entweder müsste die Arbeitszeit beim Hauptarbeitgeber dramatisch verkürzt oder das Ehrenamt zurückgestellt werden. Welcher Arbeitgeber droht seinem Arbeitnehmer mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen, wenn dieser zur Lebensrettung gerufen wird?

5. Ausblick

In der aktuell gültigen Fassung der Richtlinie werden nur Arbeitnehmer im europäischen Sinne erfasst und dies setzt ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis voraus. Also ist das Ehrenamt derzeit ausgenommen.

Die Kriterien des EuGH zur Definition eines Arbeitnehmers sind auf die ehrenamtlichen Helfer nur schwer anzuwenden. Die Kommission weist aber auf das grundlegende Problem hin, dass in einigen Ländern Angehörige der Freiwilligen Feuerwehr als Arbeitnehmer gelten. In Deutschland ist dies nicht der Fall. Dies aber ist ein nationales und kein europäisches Problem.

Ungeachtet dessen sind wir der Meinung, dass sich die Verhältnisse in den Mitgliedsstaaten und die Beziehung (auch in Gestalt des Ehrenamtes) zwischen dem jeweiligen Nationalstaat und seiner Gesellschaft über Jahrhunderte entwickelt und herausgebildet haben. Diese mitunter historisch verwurzelten Beziehungen lassen sich nicht einfach durch Unionsrecht „wegharmonisieren“.

Aber: Wer hätte gedacht, dass Bananen und Gurken eine vorgeschriebene Krümmung haben müssen (in der EU)? Deshalb steht zu befürchten, dass nicht nur Bereitschaftsdienst Arbeitszeit wird, sondern wir uns zukünftig Gedanken über die Vereinbarkeit von Beruf und sozialem Engagement machen müssen. Ich kann das gut nachvollziehen.

Eurokraten möchten für ihre Alimentierung eben nicht mehr als 48 Stunden ... arbeiten ... und eigentlich lieber alles andere als das, wofür sie bezahlt werden. Wenn die neue EU-Richtlinie nur dort Anwendung finden würde, bin ich mir nicht sicher, ob mir das nicht lieber wäre. Wer im Rettungsdienst tätig ist, kommt wenigstens nicht auf so absurde Ideen!

6. Fazit

Europa, auch in Gestalt des EuGH, bleibt für deutsche Arbeitgeber unberechenbar und damit ein Dauerthema. Es bleibt abzuwarten, ob und in welcher Ausweitung die Arbeitszeitrichtlinie Änderungen erfährt. Jedenfalls wir Arbeitsrechtler werden nicht beschäftigungslos.

Hinweis:

Die neue Urlaubsrechtsprechung des EuGH (wir berichteten bereits), in deren Folge das Bundesarbeitsgericht bzgl. seiner Rechtsprechung zur Urlaubsabgeltung bei Dauererkrankung einen Paradigmenwechsel vollzog, hat zu akutem Handlungsbedarf in den Arbeitsverträgen geführt!

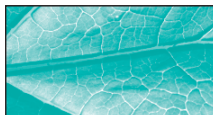
C. Meldungen

1. Haftung des Arbeitgebers bei der Beschäftigung von 400-Euro-Kräften

LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 09.03.2012, Az. 6 Sa 608/11

Die Arbeitnehmerin war seit 2007 als geringfügig beschäftigte Mitarbeiterin bei der Beklagten tätig. Die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit betrug „voraussichtlich im Monat bis zu 6 Tage/über 6 Tage“, schwankte jedoch tatsächlich erheblich. Der Ausgleich sollte über ein Arbeitszeitkonto erfolgen. Im Jahr 2009 gab die Arbeitnehmerin im Rahmen einer Selbstauskunft an, dass sie keine weitere Beschäftigung ausübe. Sie verpflichtete sich in diesem Zusammenhang zu unverzüglicher Auskunftserteilung über etwaige Veränderungen und bekundete Kenntnis der versicherungsrechtlichen Konsequenzen.

Die Klägerin erhielt, bezogen auf 52,62 Arbeitsstunden, monatlich 399,98 EUR, leistete jedoch tatsächlich wesentlich mehr. Allein von Mai bis Oktober 2010 sammelten sich auf dem Arbeitszeitkonto 181,79 zusätzliche Stunden



an. Nachdem die Beklagte, welche bislang die Pauschalsteuer abführte, im Dezember 2010 die Überschreitung der 400-Euro-Grenze festgestellt hatte, informierte sie die Klägerin darüber, dass rückwirkend ein sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis angemeldet werde.

Von dem noch zu zahlenden Arbeitslohn in Höhe von 4.642,18 EUR behielt die Beklagte 1.381,60 EUR für Steuern und Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung ein. Diesen Betrag machte die Klägerin als Schadensersatz geltend. Da die Beklagte als Arbeitgeberin die illegale Handhabung veranlasst habe, sei sie wegen Verletzung der Fürsorgepflicht schadensersatzpflichtig.

Das Arbeitsgericht wies die Klage ab. Die Berufung hatte in der Sache zum Teil Erfolg.

Das Landesarbeitsgericht stützte sich bei seiner Begründung auf die Rechtsprechung des BAG, wonach der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gemäß § 280 BGB auf Schadensersatz haftet, wenn er bei der Abführung der Lohnsteuer- und Sozialversicherungsbeiträge schuldhaft Nebenpflichten verletzt. Dabei hat der Arbeitgeber Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Bei Zweifeln muss er Auskunft vom Finanzamt einholen.

Durch die Abwicklung der schwankenden Arbeitszeiten über das Arbeitszeitkonto wurden vorliegend die Schwellenwerte, die zur Abführung der pauschalen Lohnsteuer und dem Ausschluss der Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen berechtigen, überschritten. Die nachträglich abgeführten Beiträge stellen in Höhe der Arbeitnehmeranteile bzw. der Steuerabzüge für die Klägerin einen Vermögensschaden dar, denn dieser Betrag wäre ihr bei ordnungsgemäßer Abrechnung als Arbeitsvergütung zugeflossen. Die von der Klägerin erteilte Selbstauskunft war schließlich bei der Frage des Mitverschuldens von Relevanz.

2. Kein Auskunftsanspruch für Stellenbewerber

EuGH, Urteil vom 12.04.2012, Az. C – 415/10

Die Klägerin ist russischer Herkunft und Inhaberin eines Diploms als Systemtechnik-Ingenieurin, dessen Gleichwertigkeit mit einem deutschen Diplom anerkannt wurde. Das beklagte Unternehmen schrieb eine Stelle für „eine/n erfahrene/n Softwareentwickler/in“ aus, auf welche sich die Klägerin erfolglos bewarb. Auch die Bewerbung auf eine zweite inhaltsgleiche Stellenanzeige wurde ohne Angabe von Gründen und ohne Einladung zu einem Vorstellungsgespräch abgelehnt. Die Klägerin ging davon aus, dass sie die Anforderungen für die betreffende Stelle erfülle. Sie war der Ansicht, dass sie wegen ihres Geschlechts, Alters und ihrer ethnischen Herkunft ungünstiger behandelt worden sei, als eine andere Person in vergleichbarer Situation.

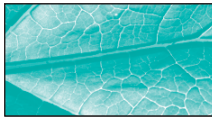
So zog sie vor das Arbeitsgericht und klagte auf Zahlung von Schadensersatz wegen Diskriminierung sowie auf Vorlage der Bewerbungsunterlagen des eingestellten Bewerbers.

Die Klage wurde in erster und zweiter Instanz abgewiesen. Das BAG legte dem EuGH die Fragen vor, ob das Europarecht dahingehend auszulegen sei, dass es für einen Arbeitnehmer, der schlüssig die Erfüllung der Voraussetzungen einer Stellenausschreibung darlegt, jedoch nicht berücksichtigt wird, einen Auskunftsanspruch darüber vorsieht, ob der Arbeitgeber am Ende des Einstellungsverfahrens einen anderen Bewerber eingestellt hat und wenn ja, aufgrund welcher Kriterien.

Der EuGH verneinte dies. Die europarechtlichen Vorschriften gewähren einem abgelehnten Bewerber keinen Anspruch auf Auskunft darüber, wen und warum der Arbeitgeber statt dessen eingestellt hat. Einer Person, die sich für diskriminiert hält, wird keine Einsichtnahme in Informationen gestattet, um ihr zu ermöglichen, Tatsachen, die das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen, glaubhaft zu machen.

Allerdings sei nicht auszuschließen, dass die Verweigerung jeglicher Informationen durch den Arbeitgeber einen Gesichtspunkt darstellen kann, der im Rahmen der Führung des Nachweises einer Diskriminierung heranzuziehen sei. Die nationalen Gerichte müssen darüber wachen, dass die arbeitgeberseitige Auskunftsverweigerung die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nicht verhindert. Bei der Frage, ob genügend Indizien vorhanden sind, die eine Diskriminierung nahelegen, sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Einen solchen Umstand kann die vollständige Informationsverweigerung durch den Arbeitgeber darstellen.

Das BAG hat nun anhand der Vorgaben des EuGH festzustellen, ob die Klägerin im Ausgangsverfahren ausreichende Indizien für eine Diskriminierung darlegen und beweisen konnte.



3. Kündigung wegen Stalking

BAG, Urteil vom 19.04.2012, Az. 2 AZR 258/11 (PM)

Der schwerwiegende Verstoß eines Arbeitnehmers gegen seine vertragliche Nebenpflicht, die Privatsphäre und den deutlichen Wunsch einer Arbeitskollegin zu respektieren, nicht-dienstliche Kontaktaufnahmen mit ihr zu unterlassen, kann grundsätzlich einen wichtigen Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB darstellen, der eine außerordentliche fristlose Kündigung rechtfertigt. Nach den Umständen des Einzelfalls kann ausnahmsweise eine vorherige einschlägige Abmahnung entbehrlich sein.

Bereits im Jahr 2007 fand ein Beschwerdeverfahren nach § 13 des AGG statt, da sich eine Mitarbeiterin von dem Kläger belästigt fühlte. Der Arbeitgeber teilte dem Kläger mit, der Wunsch der Mitarbeiterin, mit ihm weder dienstlichen noch privaten Kontakt zu haben, sei von ihm vorbehaltlos zu respektieren. Eine unmittelbare Kontaktaufnahme mit der Mitarbeiterin habe „auf jeden Fall zur Vermeidung arbeitsrechtlicher Konsequenzen zu unterbleiben“. Eine förmliche Abmahnung wurde nicht erteilt. Im Oktober 2009 wandte sich erneut eine Mitarbeiterin an den Arbeitgeber. Sie gab an, der Kläger hätte sie in unerträglicher Art und Weise belästigt und bedrängt. Nach erneuter Befragung der Mitarbeiterin sowie nach Anhörung des Klägers wurde diesem außerordentlich fristlos gekündigt.

Das BAG hat die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurückverwiesen, da nach seiner Ansicht im konkreten Fall noch nicht feststehe, ob tatsächlich ein wichtiger Grund für die Kündigung i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB gegeben sei. Das LAG hat nicht ausreichend geprüft, ob im konkreten Fall eine vorherige einschlägige Abmahnung ausnahmsweise entbehrlich gewesen ist.

4. Keine Kürzung von Arbeitszeitkonten ohne Rechtsgrundlage

BAG, Urteil vom 21.03.2012, Az. 5 AZR 676/11 (PM)

Das auf einem Arbeitszeitkonto ausgewiesene Zeitguthaben eines Arbeitnehmers darf der Arbeitgeber nur dann mit Minusstunden verrechnen, wenn ihm die Vereinbarung, die der Führung des Arbeitszeitkontos zugrunde liegt (Arbeits-

vertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag) die Möglichkeit dazu eröffnet.

Das BAG gab damit einer Briefzustellerin recht, deren Zeitguthaben aus Überstunden nach In-Kraft-Treten eines neuen Tarifvertrags gekürzt worden war.

Während das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen hat, hat das Landesarbeitsgericht ihr stattgegeben. Auch das BAG hat die Revision der Beklagten nunmehr zurückgewiesen. Argument: Weder Tarifvertrag noch Betriebsvereinbarung erlauben es, das Arbeitszeitkonto mit Minusstunden zu belasten, die sich aus der Nichtausschöpfung der tarifvertraglichen Wochenarbeitszeit in den Dienstplänen ergeben. Eine entsprechende Verrechnung mit nicht geleisteten Arbeitsstunden sei nur möglich, wenn dies arbeitsvertraglich, tarifvertraglich oder durch eine Betriebsvereinbarung ausdrücklich geregelt ist.

D. Veranstaltungshinweise

- **Tag der offenen Tür Auf AEG**

Unser Kanzleifest in gewohntem Rahmen am:
22.09.2012

Dieses Mal in unseren Räumen mit einer Vernissage des Künstlers Max Ostermann. Gesonderte Einladung und Programm folgen.

- **Restrukturierungs-Manager/in**

Vortrag
„Die arbeitsrechtlichen Grundlagen der Sanierung“

Termin: 05.10.2012

Anmeldeschluss: Ende September 2012

Referent u.a.:

Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht
Joachim Zobel

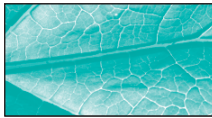
- **Arbeitsrechtliche Besonderheiten in der Insolvenz**

Termin: 16.11.2012

Referent:

Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht
Joachim Zobel

Fortbildungsveranstaltung nach § 15 FAO



► Ansprechpartner

Schultze & Braun GmbH Rechtsanwalts-gesellschaft Nürnberg



Joachim Zobel
Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Arbeitsrecht



Stefanie Beck
Rechtsanwältin
Fachanwältin für
Arbeitsrecht



Siegfried Flogaus
Rechtsanwalt



Ute Lampert
Dipl.-Kauffrau
Outplacement und
Qualifizierung



Seraphim Ung Kim
Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Arbeitsrecht



Aribert Panzer
Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Arbeitsrecht



Stefanie Radina
Rechtsanwältin



Claudia Zobel
Dipl.-Betriebswirtin (FH)
Personalleitung Transferge-
sellschaft



Dr. Michael Rozijn
Rechtsanwalt
Fachanwalt für IT-
Recht

Fürther Str. 244b • 90429 Nürnberg • Tel. 09 11/6 00 01-0 • Fax 09 11/6 00 01-10

Schultze & Braun GmbH Rechtsanwalts-gesellschaft Bremen



Alexander von Saenger
Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Arbeitsrecht

Domshof 22 • 28195 Bremen • Tel. 04 21/4 33 01 - 0 • Fax 04 21/4 33 01 - 10

Schultze & Braun GmbH Rechtsanwalts-gesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft



Bertram Wolf
Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Arbeitsrecht



Verena Wollert
Rechtsanwältin
Dipl. Kauffrau
Fachanwältin für
Arbeitsrecht



Dr. Andreas Beck
Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Arbeitsrecht

Eisenbahnstr. 19-23 • 77855 Achern • Tel. 078 41 / 7 08-0 • Fax 078 41 / 7 08-3 01

Sollten Sie Fragen zu dem Infobrief oder aktuellen Entwicklungen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts haben, so stehen Ihnen die Ansprechpartner jederzeit gerne zur Verfügung. Dies ist ein reines Informationsschreiben und dient der allgemeinen Unterrichtung unserer Mandanten sowie anderer interessierter Personen. Es kann eine rechtliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen.

Falls Sie kein Interesse mehr an unseren kostenlosen Infobriefen haben, teilen Sie uns das bitte mit.

Haftungsausschluss:

Die in diesem Infobrief Arbeitsrecht dargebotenen Informationen, Meinungen und Rechtsansichten ersetzen nicht die individuelle rechtliche Beratung für den Einzelfall.

Für die Richtigkeit und Vollständigkeit der enthaltenen Informationen wird keine Haftung übernommen.