

# BETRIEBSRAT

## NEUES IM ARBEITSRECHT

- ▶ **Mitbestimmung bei Umgruppierung - in der selben Gruppe**  
BAG erweitert Mitbestimmung
- ▶ **Mitbestimmung auch bei befristeter Verlängerung Leiharbeiter**  
auf die Dauer der Beschäftigung kommt es nicht an
- ▶ **Leiharbeit - was ist "vorübergehend"**  
Debatte in der Praxis ist eröffnet
- ▶ **Urlaubsanspruch bei Krankheit - rechtzeitig einfordern**  
praktische Probleme jetzt vom BAG geklärt
- ▶ **Detektivkosten von € 21.000**  
Gericht lässt Arbeitgeber abblitzen
- ▶ **Draxler und der Jugendarbeitsschutz**  
Ein Problem nicht nur im Profifußball

### Tagesseminar +++ 2. Termin +++ Tagesseminar

- ▶ **"Das neue Gesetz zur Leiharbeit"**  
Leiharbeit nur noch "vorübergehend" - Auswirkung auf Personalplanung - neue Widerspruchsgründe für den BR - Gleichbehandlung bei Gemeinschaftseinrichtungen  
Tages-Seminar im Hotel Lindner Hagenbeck

**Montag, den 07. Nov. 2011** (09.00 bis 16.30 Uhr)  
Info und Anmeldung unter [kanzlei@steenrae.de](mailto:kanzlei@steenrae.de)

Nr. 06 / 2011

**STEEN**  
Rechtsanwälte



Fachanwälte für Arbeitsrecht

Kurze Mühren 1  
(Spitalerhof)  
20095 Hamburg  
Tel.: 040-879 31 04  
Fax: 040-879 31 05

[www.steenrae.de](http://www.steenrae.de)  
[kanzlei@steenrae.de](mailto:kanzlei@steenrae.de)



Tagesseminar "Leiharbeit" im  
Hotel Lindner Hagenbeck  
**am Montag, 07. Nov. 2011**

### Vorschau

**Seminar mit Besuch der Meyer Werft in Papenburg** und Gespräch mit dem Betriebsrat der Werft am  
**Mi. - Fr., 23. - 25. Mai 2012**  
"Aktuelles Arbeitsrecht, Interessenausgleich und Sozialplan, Verhandlungstraining" -  
Info und Anmeldung als unter  
[www.seminare37absatz6.de](http://www.seminare37absatz6.de)

Seminare **376**  
absatz

[www.seminare37absatz6.de](http://www.seminare37absatz6.de)

- ▶ **Mitbestimmung bei Umgruppierung - in der selbe Gruppe**

Enthält eine Vergütungsordnung gleichzeitig eine Stufenzuordnung, die etwa **nach Leistung** der Arbeitnehmer erfolgt, hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht auch bei dieser Eingruppierung. Das hat das Bundesarbeitsgericht jetzt in einer Entscheidung festgestellt, die **über den Einzelfall hinaus** geht.

*Im konkreten Fall* ging es um die tarifvertragliche Möglichkeit, in einzelnen Entgeltgruppen des TVöD die Stufenzuordnungen "zu überspringen", wenn eine 'erheblich über dem Durchschnitt' liegende Leistung vor-

liegt (§ 17 Abs. 2 TVöD) oder andererseits bei unterdurchschnittlicher Leistung den 'Aufenthalt' in einer Stufe zu verlängern. Der Betriebsrat (der Stiftung Warentest) wollte nun geklärt haben, dass seine Zustimmung auch vor solchen Umgruppierungen erforderlich ist, die zwar keine Veränderung der Entgeltgruppe, wohl aber eine Veränderung der Entgeltstufe beinhalten. Der Arbeitgeber war dagegen der Meinung, nur die erstmalige Einstufung (Eingruppierung) in das Vergütungssystem sei mitbestimmungspflichtig.

Das BAG stellt grundsätzlich fest, dass es nicht allein auf die Zuordnung zu einer Entgeltgruppe ankommt. Ebenso der **Mitbeurteilung des Betriebsrates** unterliegt,

- die zeitabhängige Höherstufung in Abhängigkeit von der Dauer einer ununterbrochenen Tätigkeit innerhalb derselben Entgeltgruppe
- eine von der Dauer einschlägiger und gleichwertiger Berufserfahrung abhängige Verkürzung der Stufenlaufzeit und
- eine leistungsabhängige Verkürzung oder Verlängerung der gewöhnlichen Stufenlaufzeiten.

Gerade wenn - leistungsabhängig - das Erreichen bestimmter Stufen zu bewerten ist, trifft der Arbeitgeber insoweit eine Ermessensentscheidung. Die Entscheidung darüber ist jedoch vom Betriebsrat mitzubeurteilen. Nur die Entscheidung, ob er eine über- oder unterdurchschnittliche Leistung des Arbeitnehmers überhaupt zum Anlass für eine Verkürzung oder Verlängerung der Stufenlaufzeit nimmt, ist nicht mitbestimmungspflichtig nach § 99 Abs. 1 BetrVG. Darin liegt keine Rechtsgestaltung, die zu beeinflussen wäre. (*BAG Beschluss vom 6. April 2011 – 7 ABR 136/09*).

*Mit dieser Entscheidung wird endgültig das Missverständnis ausgeräumt, die Mitbeurteilung des BR würde sich nur auf die jeweilige Entgeltgruppe beziehen.*

**Neues Gesetz +++ Neues Gesetz +++ Neues Gesetz**

► **"Leiharbeit und Mitbestimmung" - das neue Gesetz**

Leiharbeit nur noch "vorübergehend" - Auswirkung auf Personalplanung - neue Widerspruchsgründe für den BR - Gleichbehandlung bei Gemeinschaftseinrichtungen

Tages-Seminar im Hotel Lindner Hagenbeck

**Mo., den 07. November 2011 (09.00 - 16.30 Uhr)**

► **Mitbestimmung auch bei befristeter Verlängerung Leiharbeitnehmer**

In einem Fall, den das Bundesarbeitsgericht (BAG) entschieden hat, ging es um die richtige Ausschreibung eines befristeten Teilzeitarbeitsplatzes.

**Der Fall:** Der Arbeitgeber, der einen Klinikverbund betreibt, stellte beim Betriebsrat den Antrag, eine Leiharbeiterin - Küchenhilfe mit 20 Std. - befristet weiter zu beschäftigen. Der Betriebsrat verlangte Auskunft darüber, ob diese 'Stelle' **intern ausgeschrieben** war und ob interne Bewerbungen vorlagen. Nach Meinung des BR hätten „mindestens 10 Arbeitnehmerinnen einen ‚Aufstockungsantrag‘ gestellt“. Hier sah der BR einen Verstoß gegen § 9 TzBfG (Vorrang der Aufstockung) und die fehlende Ausschreibung.

Das BAG stellte zunächst fest, dass **auch die befristete Verlängerung** eines Leiharbeitsvertrages mitbestimmungspflichtig ist. Außerdem könne eine Zustimmung durch das Arbeitsgericht nur dann ersetzt werden, wenn die Frist nach § 99 Abs. 3 BetrVG ‚in Gang gesetzt‘ wurde. Dies war hier nicht der Fall, weil der BR noch auf die Unvollständigkeit der Anhörung verwiesen hatte. Entscheidend war schließlich, dass die fehlende oder unzutreffende Information für einen - und sei es nur möglichen - Zustimmungsverweigerungsgrund

relevant sein konnte. (BAG v. 01.06.2011 - 7 ABR 18/10).

## ► Leiharbeit - was ist "vorübergehend"

Die Diskussion ist eröffnet. Mit dem ab 01.12.2001 zu beachtenden Verbot, Leiharbeiter dauerhaft zu beschäftigen, müssen sich Unternehmen und Juristen beschäftigen. Das neue Gesetz spricht pauschal davon, Arbeitnehmerüberlassung nur noch "vorübergehend" zu gestatten (§ 1 Abs. 2 AÜG). Eine konkrete Zeitgrenze wird allerdings nicht genannt.

### **Konkreter Zeitraum ist erforderlich**

Fest steht: Es muss ein konkreter, also begrenzter Zeitraum vereinbart sein. Dies ergibt sich bereits aus der maßgeblichen EU-Richtlinie zur Leiharbeit (2008/104/EG), die ausdrücklich davon spricht, die Überlassung auf einen "Zeitraum" abzustellen, für den 'vorübergehend' gearbeitet werden soll (Art. 3 Abs. 1 lit e). Gerade 'aufeinander folgende' Überlassungen will die Richtlinie verhindern (Art. 5 Abs. 5). Was kann also als 'vorübergehend' angesehen werden? Versucht man den Rückgriff auf andere Regelungen, kann auf 6 Monate abgestellt werden (gemäß der 'Abstandsregel' in § 9 Nr. 2 AÜG bei einer Zuvor-Beschäftigung). Manche Autoren in arbeitsrechtlichen Fachzeitschriften versuchen, hier - analog zum Befristungsrecht - sogar einen Zeitraum von 2 Jahren abzuleiten oder (nach der früheren Praxis zur 'Konzernleihe') nur auf den "Rückkehrwillen" abzustellen. Beides ist nicht sachgerecht.

### **2 Jahre wären zuviel**

Die maximale Zeitbefristung von 2 Jahren ist gerade **im Gegensatz** zur Zweckbefristung geschaffen und einem Leiharbeitereinsatz wird wohl immer ein bestimmter Zweck zugrunde liegen. Die 'Rückkehr' etwa zur Konzernmutter (egal wann?) kann für Leiharbeitsverhältnisse schon deshalb nicht greifen, weil ein Konzernarbeitsverhältnis eine andere Rechtsgrundlage darstellt, als die vorübergehende Ausleihe in ein fremdes Unternehmen.

### **Einzelfallbegründung notwendig**

Betriebsräte, die sich mit diesen Fragen ebenso beschäftigen müssen, können umgekehrt argumentieren: Entweder es müssen 'Spitzen' abgedeckt werden. Dann lässt sich nur im Einzelfall begründen, wie lange dieser Einsatz vorübergehend erfolgen kann. Oder der Einsatz ist auf ein konkretes Projekt oder einen Sonder-Auftrag bezogen. Gibt es eine solche Begründung nicht, kann der BR natürlich nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG wegen Gesetzesverstoß (Verstoß gegen das AÜG) die Zustimmung verweigern.

## ► Urlaubsanspruch bei Krankheit - rechtzeitig einfordern

Krankheit verhindert den Urlaub. Verfällt er aber irgendwann? Was, wenn die **Krankheit über das Jahresende** (und den Übertragungszeitraum bis 31.03.) hinaus dauert. Im Grundsatz erkennen die Gerichte an, dass dann der (gesetzliche) Mindesturlaub "mitgenommen" wird in das Folgejahr, weil er eben wegen der Krankheit nicht genommen werden konnte.

Doch **Vorsicht**: Natürlich muss der Anspruch auch 'angemeldet', also geltend gemacht werden - dies wegen der tariflichen Ausschlussfristen (falls ein Tarifvertrag für das Arbeitsverhältnis gilt).

Pech hatte also eine Klägerin vor dem Bundesarbeitsgericht (BAG), die nach ihrer Krankheit in den Jahren 2007 und 2008 eben nicht den Anspruch schriftlich eingefordert hatte, sondern erst bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Februar 2009. Weil in diesem Fall (Beendigung) der Anspruch nur noch in Geld, also als Urlaubsabgeltung erfüllt werden konnte, verwies das Gericht auf die **tarifvertraglichen Ausschlussfristen** und lehnte den Zahlungsanspruch ab.

Ebenso erging es einem Kläger, der von Januar 2005 bis Juni 2008 durchgehend arbeitsunfähig war. Für die Jahre 2005 - 2007 waren insgesamt 90 Urlaubstage bis ins Jahr 2008 übertragen worden und es kamen noch die 30 Tage für 2008 dazu. Weil der Arbeitgeber nur die aktuellen 30 Tage Urlaub gewährte, kam es zum Streit. Aber auch hier konnte sich der Kläger nicht durchsetzen. Das Gericht (Urteil v. 09.08.2011 - Az.: 9 AZR 425/10) verwies ihn schlicht darauf, es hätte **der Urlaub noch im Jahr 2008 genommen werden müssen** (der Kläger war dann schließlich wieder gesund). Nachträglich ließe sich ein solcher Anspruch eben nicht mehr gewähren oder vom Gericht feststellen. Mit Ende des Urlaubsjahres (also hier 2008) sei dann der Urlaub verfallen. Wer also wegen langjähriger Krankheit noch Urlaubsanspruch "angesammelt" hat, sollte immer darauf achten, wenn es zeitlich möglich ist, diesen Urlaub auch tatsächlich zu nehmen.

## ▶ Detektivkosten von € 21.000

Das LAG Hamm ließ einen Arbeitgeber abblitzen, der von einem Beschäftigten Ersatz von Detektivkosten in Höhe von 21.000 Euro verlangte. Es lagen schon mehrere Auseinandersetzungen im Arbeitsverhältnis vor.

So schickte der Arbeitgeber schon kurz nach Ablauf der Probezeit einem seiner Kraftfahrer eine Änderungskündigung und der Mann klagte. In der Folge wurden sieben fristlose Kündigungen ausgesprochen und der Arbeitgeber setzte Detektive ein, um diesen Arbeitnehmer in der Freizeit zwei Monate lang zu überwachen. Die fanden heraus, dass der Mann noch einer anderen Tätigkeit nachging.

### **Arbeitgeber bleibt auf den Kosten sitzen**

Zwar wurde der Kündigungsrechtsstreit im Wege des Vergleichs beendet. Der Arbeitgeber pochte aber auf Ersatz seiner Nachforschungskosten. Damit blieb er vor dem LAG Hamm - wie schon in der ersten Instanz - ohne Erfolg (4 Sa 322/11). Der Arbeitnehmer habe keine vorsätzliche Pflichtverletzung begangen und die Höhe der Detektivkosten stehe in keinem angemessenen Verhältnis zum befürchteten Schaden. Maßgeblich war, dass sich die Überwachung auf einen Zeitraum erstreckt habe, für den der Beschäftigte im vorhergehenden Kündigungsschutzrechtsstreit gar keine Ansprüche geltend gemacht hatte. Das LAG hat die Revision nicht zugelassen.

## ▶ Julian Draxler und der Jugendarbeitsschutz

War das Tor von Julian Draxler gegen den 1. FC Nürnberg ein Verstoß gegen den Jugendarbeitsschutz?

Muss dem FC Schalke 04 der DFB-Pokaltitel aberkannt werden?

Mit dieser äußerst spannenden Frage des Jugendarbeitsschutz beschäftigt sich eine (ernstgemeinte?) Kolumne in der Neuen Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) Heft 18/2011. Das Problem ist klar: Julian Draxler schießt im DFB-Viertelfinalspiel am 25.01.2011 gegen Nürnberg in der 119. Spielminute das 3:2 und Schalke erreicht das Viertelfinale. Nun war **Julian Draxler allerdings minderjährig** und gemäß § 14 Jugendarbeitsschutzgesetz (JArbSchG) dürfen Jugendliche nach 20:00 Uhr grundsätzlich nicht beschäftigt werden, egal ob auf dem Rasen oder der Ersatzbank. Zwar kann der Gesetzgeber eine Ausnahmeregelung erteilen, diese lag aber nicht vor.

### **Können also nach 20:00 Uhr geschossene Tore nicht gewertet werden und zwingen zur Spielwiederholung?**

Vorgesehen hat der DFB dafür nichts und das JArbSchG sieht hier für die Ordnungswidrigkeit Geldbußen von bis zu € 15.000 vor - natürlich gegen den Verein und nicht den Spieler. Da sich bekanntlich der 'Jugendwahn' im Profigeschäft immer mehr durchsetzt (Nuri Sahin lief 2005 bereits im Alter von 16 bei einem Erstligaspiel auf), sollte das Thema nicht vernachlässigt werden.

Aber keine Angst. Da auch zuständige Bezirksregierungen "ihren" Vereinen nicht schaden wollen, wird es hier bestimmt profihafte Ausnahmen geben.

*Persönliche Anmerkung: Hätte der HSV doch bloß solche Probleme ....*

### NewsLetter

Dieser NewsLetter **BETRIEBSRAT** erscheint regelmäßig und wird per E-Mail kostenlos an alle Interessenten versandt, die sich angemeldet haben. Wir berichten darin über aktuelle Änderungen im Arbeitsrecht und Urteile der Arbeitsgerichte, die für die BR-Arbeit wichtig sein können.

Sie können sich für den NewsLetter anmelden auf unserer Internetseite [www.steenrae.de](http://www.steenrae.de) oder per E-Mail unter [kanzlei@steenrae.de](mailto:kanzlei@steenrae.de).

## ▶ unter [www.seminare37absatz6.de](http://www.seminare37absatz6.de) ist die Übersicht unserer gesamten Seminar-Aktivitäten