

Rundbrief

ARBEITNEHMERANWÄLTE

Die deutschlandweite Anwaltskooperation für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer,
Betriebs- und Personalräte.

Manske & Partner

Bärenschanzstraße 4

90429 Nürnberg

Telefon: 0911 307310 | Fax: 0911 265150

kanzlei@manske-partner.de

www.manske-partner.de

Ersatzmitglieder laden – wann und welche?

Vorübergehende Verhinderung von BR-Mitgliedern. | Seite 3

Urlaub ist nicht »zu nehmen und zu gewähren« ...

... sondern »zu gewähren und zu nehmen«. | Seite 9

Die Frage nach der Schwerbehinderung

Darf man lügen? | Seite 13

Vergütungspraktiken in der Finanzbranche

Die neue Institutsvergütungsverordnung. | Seite 20



BR-BESCHLUSS



Arbeitnehmer-
Anwälte

in ganz Deutschland

> Wir haben uns bundesweit zu einer Kooperation von Anwältinnen und Anwälten zusammengeschlossen.

Als Experten mit langjährigen Erfahrungen im Arbeitsrecht beraten und vertreten wir ausschließlich Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Betriebs- und Personalräte, Mitarbeitervertretungen sowie Gewerkschaften. Über die anwaltliche Tätigkeit hinaus bringen sich die Mitglieder der Kooperation auch fallübergreifend in die rechtliche und rechtspolitische Diskussion ein.

Kooperationskanzleien befinden sich in: Berlin, Bremen, Dortmund, Frankfurt am Main, Freiburg im Breisgau, Hamburg, Hannover, Mannheim, München, Nürnberg, Stuttgart und Wiesbaden.

Kontaktdaten finden Sie am Ende dieses Rundbriefs und unter:

www.arbeitnehmer-anwaelte.de

Ersatzmitglieder laden – wann und welche?

Vorübergehende Verhinderung von BR-Mitgliedern



Wann kommen die Kandidaten, die nicht in den Betriebsrat gewählt wurden – die Ersatzmitglieder –, zum Zuge? Das Betriebsverfassungsgesetz unterscheidet zwei Fallgruppen: Zum einen handelt es sich um die Fälle, in denen ein gewähltes ordentliches Betriebsratsmitglied dauerhaft ausscheidet (zum Beispiel Amtsniederlegung, Ende des Arbeitsverhältnisses, Eintritt in die Freistellungsphase bei Altersteilzeit im Blockmodell etc.). Die zweite Fallkonstellation ist der weit häufigere und viel problematischere Fall, die vorübergehende Verhinderung.

- Der BR-Vorsitzende hat die Aufgabe, die Mitglieder des Betriebsrates zu den Sitzungen rechtzeitig unter Mitteilung der Tagesordnung zu laden. Er muss somit wissen, wer zum Zeitpunkt der geplanten BR-Sitzung voraussichtlich für ein vorübergehend verhindertes BR-Mitglied nachgerückt und somit ersatzweise zu laden ist. Die in diesem Zusammenhang vorzunehmende exakte Bestimmung des jeweils im Amt befindlichen Ersatzmitgliedes ist schon deswegen unabdingbar, weil das nachgerückte Ersatzmitglied denselben besonderen Kündigungsschutz erhält wie das gewählte Mitglied. Außerdem erwächst ihm nach Beendigung der (vorübergehenden) Amtszeit ein nachwirkender Kündigungsschutz von einem Jahr (§ 15 KSchG). Diesen Kündigungsschutz genießt jedoch nur das »richtige« nachgerückte Ersatzmitglied. Wird vom BR-Vorsitzenden ein Ersatzmitglied geladen, ohne dass ein Verhinderungsfall tatsächlich vorgelegen hat, werden

§ 29 Absatz 2 Betriebsverfassungsgesetz

»(...) 3. Der Vorsitzende hat die Mitglieder des Betriebsrats zu den Sitzungen rechtzeitig unter Mitteilung der Tagesordnung zu laden. (...)

5. Kann ein Mitglied des Betriebsrats (...) an der Sitzung nicht teilnehmen, so soll es dies unter Angabe der Gründe unverzüglich dem Vorsitzenden mitteilen.

6. Der Vorsitzende hat für ein verhindertes Betriebsratsmitglied (...) das Ersatzmitglied zu laden.«

hierdurch nicht nur die auf der entsprechenden Sitzung gefassten Beschlüsse nichtig, sondern diesem Ersatzmitglied erwächst auch keinerlei Kündigungsschutz – mag es noch so häufig und engagiert für das verhinderte BR-Mitglied an Sitzungen teilgenommen haben.

Es stellt sich somit die Frage, welche Verhinderungsgründe in Betracht kommen, damit ein Ersatzmitglied geladen werden kann. Man kann tatsächliche und rechtliche Gründe unterscheiden:

Verhinderung aus tatsächlichen Gründen

Als Verhinderungsgründe gelten die Arbeitsunfähigkeit, Abwesenheiten wegen Rehabilitations- bzw. Kuraufenthalten, Zeiten des Erholungsurlaubs, Elternzeiten, die Wahrnehmung öffentlicher Ehrenämter sowie sonstige Arbeitsbefreiungen aufgrund vertraglicher, gesetzlicher oder tarifvertraglicher Regelungen (Erkrankungen von Kindern, Eheschließung, Tod eines nahen Angehörigen etc.) und auch Abwesenheit wegen Teilnahme an Schulungsmaßnahmen.

Demgegenüber stellt die normale Verrichtung der arbeitsvertraglichen Tätigkeit keinen Verhinderungsgrund dar. Für eventuell zu befürchtende Betriebsablaufstörungen muss der Arbeitgeber Vorsorge treffen. Das heißt, das BR-Mitglied kann nicht seinen Verhinderungsfall selbst dadurch herbeiführen, indem es einen Haufen nicht erledigter Arbeit vorschützt oder schlicht und einfach mangels Interesse zur BR-Sitzung nicht erscheint. Diese Fälle der gewillkürten oder subjektiven Verhinderung sind nicht geeignet, ein rechtswirksames Nachrücken eines Ersatzmitgliedes zu bewirken. Gleiches gilt für den Fall, dass ein BR-Mitglied meint, für einen bestimmten Zeitraum sich stärker seiner beruflichen Entwicklung widmen zu müssen, und deswegen beispielsweise darum bittet, ihn in den nächsten sechs Monaten zu entschuldigen und ein Ersatzmitglied zu laden.

In derartigen Fällen darf der BR-Vorsitzende kein Ersatzmitglied laden – der Sitz des ordentlich gewählten BR-Mitgliedes bleibt auf der betreffenden Sitzung zwangsläufig leer.

Problematisch sind die Fälle von längeren auswärtigen **Montageeinsätzen** und **Dienstreisen**. Bei Montageeinsätzen wird man danach entscheiden müssen, ob der Rückholaufwand für den Arbeitnehmer und Arbeitgeber zumutbar ist. Ist ein Arbeitnehmer beispielsweise für sechs Monate auf einer Baustelle am Persischen Golf eingesetzt, wird man ihn wohl für diesen Zeitraum als objektiv verhindert ansehen. Anders wäre der Fall sicherlich zu entscheiden, wenn es sich um ein ca. 50 km vom Betriebsort entfernten Montageeinsatz handeln würde.

Ähnlich wird man die Frage des Verhinderungsfalls bei Dienstreisen beurteilen müssen, wobei hier noch die Frage der vorherigen Planbarkeit durch den Arbeitgeber mit in die Betrachtung einzubeziehen ist. Liegt beispielsweise eine Kundenanforderung für einen bestimmten Arbeitnehmer im Betrieb des Kunden zu einer bestimmten Zeit vor, wird man von einer Verhinderung ausgehen können. Anders hingegen, wenn – bei feststehenden regelmäßigen BR-Sitzungen – der Arbeitgeber die Abwesenheitszeiten des BR-Mitgliedes so legen kann, dass er zu den Sitzungstagen entweder eine Anwesenheit oder Abwesenheit einplant. Hier wird man eine Verhinderung verneinen müssen. Das BR-Mitglied wäre hiernach berechtigt, an der BR-Sitzung teilzunehmen und entweder die Dienstreise nicht anzutreten oder diese vorzeitig

abzubrechen. Genauso wenig wie es dem BR-Mitglied gestattet werden kann, selbst zeitweilige Verhinderungen zu initiieren, kann diese Möglichkeit dem Arbeitgeber zugesprochen werden.

Probleme tauchen immer wieder dann auf, wenn ein BR-Mitglied in **Wechselschicht** arbeitet. Fällt die BR-Sitzung in Zeiten einer Früh- oder Spätschicht, steht die Teilnahme des BR-Mitgliedes an der Sitzung nicht in Frage, denn das BR-Mitglied kann sich ohne Probleme vorübergehend aus der Schicht entfernen. Der Arbeitgeber muss rechtzeitig die hierfür erforderlichen organisatorischen Rahmenbedingungen schaffen. Schwieriger sind schon die Fälle, in denen die Sitzung zu einem Zeitpunkt stattfindet, zu dem das BR-Mitglied zur **Nachtschicht** eingeteilt ist. Geht das BR-Mitglied im Anschluss an seine abgeleistete Nachtschicht in die BR-Sitzung, wird eine wache oder gar konzentrierte Teilnahme an der Sitzung nicht möglich sein. Außerdem geht die Sitzungsteilnahme auf Kosten der Erholungszeit. Eine Arbeitsbefreiung nur von der Schicht vor der BR-Sitzung und anschließende Teilnahme an der folgenden Nachtschicht scheidet auch aus, weil dann das BR-Mitglied übermüdet seine Arbeit antreten müsste. Richtig ist insoweit zumindest bei ganztägigen BR-Sitzungen die Befreiung des BR-Mitgliedes von der Schichtarbeit sowohl in der vorangegangenen wie auch in der anschließenden Nachtschicht (Rechtsprechung des BAG).

Verhinderung aus rechtlichen Gründen

Auch aus rechtlichen Gründen kann ein BR-Mitglied vorübergehend an seiner Amtsausführung gehindert sein. Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn das betreffende BR-Mitglied von einem Tagesordnungspunkt unmittelbar selbst betroffen ist. Dies liegt zum Beispiel vor, wenn der Arbeitgeber beim Betriebsrat die Zustimmung des Gremiums zur Versetzung oder sogar außerordentlichen Kündigung des betreffenden BR-Mitgliedes beantragt hat.

Bemerkenswerterweise hat das BAG es in einer kürzlich ergangenen Entscheidung vom 24.04.2013 nicht beanstandet, dass ein BR-Mitglied an Beratung und Abstimmung über einen Tagesordnungspunkt teilgenommen hat, bei dem es um den Antrag des Arbeitgebers nach § 99 Abs. 1 BetrVG auf Zustimmung zu einer beabsichtigten Stellenbesetzung ging und das BR-Mitglied sich ebenfalls auf diese Stelle beworben hatte.

Geht es jedoch in der Sitzung um die Behandlung einer vom Betriebsratsmitglied selbst erhobenen Beschwerde nach § 85 BetrVG, soll jedenfalls nach dem Landesarbeitsgericht Nürnberg eine Verhinderung aus rechtlichen Gründen vorliegen.

Zu beachten ist jedoch, dass die Ladung eines Ersatzmitgliedes im Falle derartiger rechtlicher vorübergehender Verhinderungen immer nur für den speziellen Tagesordnungspunkt gilt, bei dem die Verhinderung besteht. Die Verhinderung bezieht sich allerdings nicht nur auf die Abstimmung selbst, sondern auch auf die vorausgehende Beratung. Für die übrigen Tagesordnungspunkte aus der Sitzung liegt hingegen keine Verhinderung vor, so dass das ordentliche BR-Mitglied wieder an der Sitzung teilnehmen und das Ersatzmitglied zurück an die Arbeit gehen muss.

Welches Ersatzmitglied rückt nach?

Liegt ein Vertretungsfall vor und ist somit ein Ersatzmitglied zu laden, besteht insoweit keine »freie Auswahl« durch den BR-Vorsitzenden, sondern es ist das Ersatzmitglied zu laden, das im Falle eines Ausscheidens des ordentlichen BR-Mitgliedes dauerhaft in das Amt nachrücken würde. Bei einer **Listenwahl** (Verhältnisswahl) bestimmt sich die Reihenfolge der Ersatzmitglieder aus den nicht gewählten Arbeitnehmern derjenigen Vorschlagsliste, der das verhinderte BR-Mitglied angehört. Ist eine Vorschlagsliste erschöpft, das heißt, sind keine zur Verfügung stehenden Ersatzmitglieder mehr vorhanden, ist das Ersatzmitglied derjenigen Vorschlagsliste zu laden, auf die der nächste Betriebsratssitz entfallen wäre, natürlich ebenfalls in der Reihenfolge der bislang nicht berücksichtigten Kandidaten.

§ 25 Betriebsverfassungsgesetz:

»(1) Scheidet ein Mitglied des Betriebsrats aus, so rückt ein Ersatzmitglied nach. Dies gilt entsprechend für die Stellvertretung eines zeitweilig verhinderten Mitglieds des Betriebsrats.

(2) Die Ersatzmitglieder werden unter Berücksichtigung des § 15 Abs. 2 der Reihe nach aus den nichtgewählten Arbeitnehmern derjenigen Vorschlagslisten entnommen, denen die zu ersetzenden Mitglieder angehören. Ist eine Vorschlagsliste erschöpft, so ist das Ersatzmitglied derjenigen Vorschlagsliste zu entnehmen, auf die nach den Grundsätzen der Verhältniswahl der nächste Sitz entfallen würde. Ist das ausgeschiedene oder verhinderte Mitglied nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl gewählt, so bestimmt sich die Reihenfolge der Ersatzmitglieder unter Berücksichtigung des § 15 Abs. 2 nach der Höhe der erreichten Stimmenzahlen.«

In Fällen der **Mehrheitswahl** (Personenwahl) ist dasjenige Ersatzmitglied heranzuziehen, das die nächstmeisten Stimmen erhalten hat und somit auch das nächste zur Verfügung stehende Mandat erhalten hätte.

Bei den jeweiligen Nachrück-Varianten sind die Bestimmungen des § 15 Abs. 2 BetrVG zu beachten, das heißt, die Mindestsitze für das im Betrieb bestehende **Minderheitengeschlecht** müssen gewahrt bleiben. Das kann zur Folge haben, dass ein Ersatzmitglied einer völlig anderen Liste in den Betriebsrat nachrückt, weil auf der eigenen Liste des Verhinderten nur noch Kandidaten des anderen (Mehrheits-) Geschlechts vorhanden sind.

§ 15 Absatz 2 Betriebsverfassungsgesetz:

»Das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit ist, muss mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein, wenn dieser aus mindestens drei Mitgliedern besteht.«

Für das Ersatzmitglied gelten dieselben Verhinderungsgrundsätze wie für das ordentliche BR-Mitglied. Das heißt, ist auch das eigentlich zu ladende Ersatzmitglied objektiv verhindert, ist nach den vorstehenden Grundsätzen das in der Rangfolge nächste Ersatzmitglied zu laden. Besteht aber kein objektiver Verhinderungsfall, sondern nur ein subjektives »Nicht-Können« oder »Nicht-Wollen«, bleibt der Stuhl des betreffenden Ersatzmitgliedes leer. Das heißt, die häufig zu beobachtende Praxis, dass bei Entschuldigung des nachrückenden Ersatzmitgliedes für die betreffende Sitzung einfach das nächste Ersatzmitglied

geladen wird, ohne dass der Entschuldigungsgrund auf seine Berechtigung hin zu überprüft wird, ist rechtswidrig und führt unweigerlich zur Unwirksamkeit der auf dieser Sitzung gefassten Beschlüsse.

Rechtsstellung des Ersatzmitgliedes

Das nachgerückte Ersatzmitglied hat alle Rechte des ordentlichen BR-Mitgliedes. Das bedeutet nicht, dass das Ersatzmitglied auch automatisch die eventuell für das ordentliche Mitglied bestehenden Funktionen übernimmt (zum Beispiel Mitgliedschaft in einem der Ausschüsse, Freistellung nach § 38 BetrVG).

Die vorübergehende Amtsinhaberschaft des Ersatzmitgliedes beginnt nicht etwa erst dann, wenn eine betriebsverfassungsrechtliche Aktivität ausgelöst wird (Ladung zur BR-Sitzung oder gar Teilnahme an der BR-Sitzung); sondern die Stellvertretung beginnt automatisch, sobald das ordentliche BR-Mitglied verhindert ist – selbst wenn im Extremfall das Ersatzmitglied hiervon noch gar nichts weiß.

Der absolute Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG ist jedoch zu unterscheiden vom nachwirkenden Kündigungsschutz gem. § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG. Dieser nachwirkende Kündigungsschutz von einem Jahr nach Amtszeitende tritt nur dann ein, wenn das Ersatzmitglied während seiner Vertretungszeit tatsächlich Betriebsratsaufgaben wahrgenommen hat, wobei nur eine Ladung zur BR-Sitzung ohne tatsächliche Teilnahme noch keine ausreichende »Aktivität« darstellt. Diese im ersten Moment verblüffende Rechtsprechung des BAG wird damit begründet, dass der nachwirkende Kündigungsschutz die unabhängige Ausübung des Betriebsratsamtes gewährleisten soll, ohne dass man Angst davor haben muss, der Arbeitgeber würde nach Ablauf der Amtszeit für die Aktivitäten des Ersatzmitgliedes während der Zeit des Nachrückens zu irgendwelchen Repressalien greifen. Nach dem BAG ergibt dies natürlich nur dann Sinn, wenn tatsächlich irgendwelche Betriebsratsaktivitäten stattgefunden haben, weil sonst eine Missbilligung des Arbeitgebers nicht vorstellbar sei.

Schlussfolgerungen

Die vorstehenden Ausführungen machen deutlich, dass dem BR-Vorsitzenden eine große Verantwortung im Zusammenhang mit der Ladung zu einer Betriebsratssitzung zukommt. Die Bestimmung eines vorübergehenden Verhinderungsfalles kann große Schwierigkeiten mit sich bringen; die Folgen sind bei einem nicht ordnungsgemäß besetzten Gremium unter Umständen katastrophal.

Erschwerend kommt hinzu, dass in Fällen der vorübergehenden Verhinderung wegen Krankheit, Urlaub oder auch Elternzeit das verhinderte BR-Mitglied unter Umständen von Fall zu Fall erklären kann, dass es trotz an und für sich bestehender Verhinderung doch an der Betriebsratssitzung teilnehmen möchte, und zwar punktuell oder auch für den genannten »Verhinderungszeitraum«. In diesen Fällen ist das BR-Mitglied als nicht verhindert anzusehen, und die Ladung eines Ersatzmitgliedes unterbleibt, auch wenn das ordentliche BR-Mitglied sich letztlich ohne Berufung auf eine erneute Verhinderung doch entscheidet, nicht an der Sitzung teilzunehmen. Denn mit seiner

Äußerung, trotz Verhinderung Betriebsratsaufgaben wahrnehmen zu wollen, hat es zu verstehen gegeben, dass insoweit ein objektiver Verhinderungsfall zumindest für einen bestimmten Zeitraum nicht bzw. nicht mehr vorliegt.

Problematisch sind natürlich auch die Fälle, in denen sich ein BR-Mitglied nicht hinreichend entschuldigt, somit überhaupt nicht klar wird, ob das angekündigte Fernbleiben dieses BR-Mitgliedes von der Sitzung durch eine objektive oder nur subjektive Verhinderung bedingt ist. Ohne Entschuldigung unter Angabe der Gründe handelt das betreffende BR-Mitglied nach dem BetrVG zwar pflichtwidrig; mangels Sicherheit über den Verhinderungsgrund ist jedoch kein Fall der objektiven Verhinderung anzunehmen, und die Ladung eines Ersatzmitgliedes muss unterbleiben.

In Fällen derartiger Unsicherheiten empfiehlt es sich auf jeden Fall, auf der folgenden – unproblematisch besetzten – BR-Sitzung die betreffenden Beschlüsse nachzuholen bzw. zu bestätigen.



Siehe:

§§ 25, 29 BetrVG, § 15 Kündigungsschutzgesetz

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Beschluss vom 01.11.2012, Aktenzeichen 5 TaBV 13/12, juris

Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 24.04.2013, Aktenzeichen 7 ABR 82/11, NZA 2013, Seite 857

Landesarbeitsgericht Nürnberg, Beschluss vom 16.10.2012, Aktenzeichen 7 TaBV 28/12, juris

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 08.09.2011, Aktenzeichen 2 AZR 388/10, NZA 2012, Seite 400 Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19.04.2012, Aktenzeichen 2 AZR 233/11, NZA 2012, Seite 1449 (Kündigungsschutz für Ersatzmitglieder)

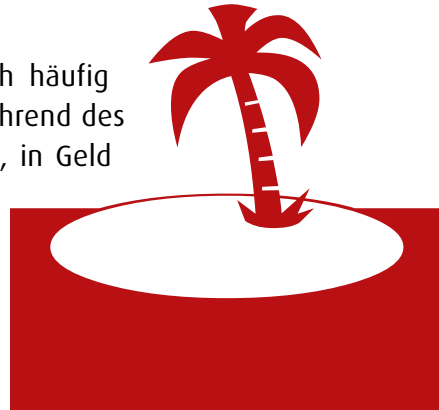


Wolfgang Manske

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Nürnberg

Urlaub ist nicht »zu nehmen und zu gewähren« sondern »zu gewähren und zu nehmen«

Wenn ein Arbeitsverhältnis endet, stellt sich häufig die Frage, ob der Arbeitgeber Urlaub, der während des Arbeitsverhältnisses nicht genommen wurde, in Geld auszahlen muss. Das LAG Berlin-Brandenburg hat dafür jetzt die Voraussetzungen gelockert.



> Ausgangspunkt: Verfall von Urlaubsansprüchen

Jeder Arbeitnehmer hat nach dem Gesetz jährlich Anspruch auf mindestens 24 Urlaubstage, bei einer Arbeitsverpflichtung an fünf Arbeitstagen die Woche 20 Urlaubstage. Das Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) sieht vor, dass der Urlaub im selben Kalenderjahr gewährt und genommen werden muss. Dies bedeutet, dass der Urlaubsanspruch, der zum Beispiel für das Jahr 2014 am Neujahrstag um 0 Uhr entstanden ist, bis zum 31.12.2014 vom Arbeitgeber gewährt und vom Arbeitnehmer genommen werden muss. Eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr ist nur dann statthaft, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen (§ 7 BUrlG).

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann ein solcher dringender Grund insbesondere die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers sein. Wird der Urlaub auf das nächste Kalenderjahr übertragen, muss er nach dem Gesetz aber in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahres gewährt und genommen werden. Erkrankt der Arbeitnehmer zum Beispiel für die Dauer der letzten drei Monate im Kalenderjahr 2014 und ist zu diesem Zeitpunkt Urlaub für das Kalenderjahr 2014 noch nicht genommen, muss dieser bis zum 31.03.2015 gewährt und genommen werden; anderenfalls verfällt er.

Was aber, wenn die Arbeitsunfähigkeit auch die ersten drei Monate des Folgejahres andauert? Seit einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 2012 steht für die Praxis fest, dass bei langfristig arbeitsunfähigen Arbeitnehmern das Gesetz europarechtskonform dahingehend ausgelegt werden muss, dass der Mindesturlaubsanspruch spätestens 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres verfällt. Ein Arbeitnehmer, der zu Beginn des Kalenderjahres 2014 erkrankt, nachdem der volle Urlaubsanspruch für das Urlaubsjahr 2014 zum Jahresbeginn entstanden ist,

und der auch im gesamten Kalenderjahr 2014 weiter arbeitsunfähig bleibt, kann seinen Urlaub für das Urlaubsjahr 2014 also noch bis zum 31.03.2016 nehmen. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gilt dies auch für den Zusatzurlaub schwerbehinderter Menschen nach dem SGB IX.

Schadensersatz bei Unmöglichkeit

Hat der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses seinen Urlaub nicht genommen, verfällt dieser zwar entsprechend den oben gemachten Ausführungen; es kann jedoch ein Anspruch auf Schadensersatz in Form eines Ersatzurlaubs entstehen. Dieser wandelt sich mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses in einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung um (so das BAG in einem Urteil 2013). Voraussetzung für die Abgeltung ist jedoch, dass sich der Arbeitgeber zu dem Zeitpunkt, in dem der ursprüngliche Urlaubsanspruch verfiel, in Verzug mit der Urlaubsgewährung befand. Um den Arbeitgeber in Verzug zu setzen, muss der Arbeitnehmer den Urlaub nachweisbar so rechtzeitig verlangt haben, dass dieser vor Ende des Urlaubsjahres – bzw. dem 31.03. des Folgejahres bzw. dem 31.03. des übernächsten Kalenderjahres – noch gewährt werden kann.



LAG: Schadensersatz auch ohne rechtzeitigen Urlaubsantrag

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat in einem Urteil 2014 nun allerdings entschieden, dass ein Anspruch auf Schadensersatz in Form eines Ersatzurlaubes, der sich mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses in einen Abgeltungsanspruch umwandelt, unabhängig vom Verzug des Arbeitgebers besteht. Vielmehr habe der Arbeitgeber den bei ihm Beschäftigten von sich aus rechtzeitig Urlaub zu gewähren. Komme er dieser Verpflichtung nicht nach, habe er Schadensersatz zu leisten, es sei denn, er habe die nicht rechtzeitige Urlaubsgewährung nicht verschuldet.

Nach allem komme es nicht darauf an, ob die Beschäftigten Urlaub beantragt und dadurch den Arbeitgeber in Verzug gesetzt haben oder der Arbeitgeber dadurch in Verzug geraten sei, dass er ernsthaft und endgültig den Urlaub verweigert hat. Der Arbeitgeber sei im vom Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg entschiedenen Fall dazu verpflichtet gewesen, dem Kläger dessen Urlaub auch ohne vorherige Aufforderung rechtzeitig zu gewähren. Dies ergebe sich aus der Auslegung des Bundesurlaubsgesetzes unter Berücksichtigung der europäischen Arbeitszeitrichtlinie.

Nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg deutet bereits der Wortlaut im BUrlG, wonach der Urlaub innerhalb des vorgegebenen Zeitrahmens **»zu gewähren und zu nehmen«** ist, darauf hin, dass ein Arbeitgeber von sich aus – ohne Aufforderung – gehalten ist, den Anspruch der Beschäftigten auf den gesetzlichen

Mindesturlaub rechtzeitig zu erfüllen. Wenn der Arbeitgeber nach dem Willen des Gesetzgebers tatsächlich nur verpflichtet werden sollte, Urlaub auf entsprechende Anforderung zu gewähren, hätte es nach Auffassung des Gerichts nahegelegen, die umgekehrte Formulierung zu wählen, nämlich dass der Urlaub innerhalb des vorgesehenen Zeitrahmens »zu nehmen und zu gewähren« ist.

Urlaub als Aspekt des Gesundheitsschutzes

Entscheidend war jedoch aus Sicht des Gerichts, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nach deutschem Recht und auch nach dem Unionsrecht dem Gesundheitsschutz der Beschäftigten dient. Beschäftigte sollten während eines Jahres einen bestimmten Mindestzeitraum zur Verfügung haben, in dem sie sich erholen und ihre Zeit selbstbestimmt nutzen können. Für das Arbeitsschutzrecht sei anerkannt, dass der Arbeitgeber seinen Pflichten zum Gesundheitsschutz der bei ihm Beschäftigten auch ohne vorherige Aufforderung nachzukommen hat. Der Arbeitgeber sei aufgrund seiner Organisationsmacht verpflichtet, seinen Betrieb so zu organisieren, dass die arbeitsschutzrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden. Letztlich entspreche die Pflicht des Arbeitgebers, den Anspruch auf den gesetzlichen Jahresurlaub auch ohne Aufforderung zu erfüllen, seiner Pflicht, die Einhaltung der täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten nach dem Arbeitszeitgesetz sicherzustellen. Bei dem Anspruch auf Urlaub handelt es sich nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts um eine Art Jahresruhezeit, die sich von den täglich und wöchentlich einzuhaltenden Ruhezeiten nur dadurch unterscheidet, dass während der Jahresruhezeit das übliche Arbeitsentgelt weiter zu zahlen ist. Der Auslegung durch das Gericht stehe auch nicht entgegen, dass der Arbeitgeber bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs die Urlaubswünsche der Beschäftigten zu berücksichtigen hat. Denn wenn Beschäftigte von sich aus keine Urlaubswünsche äußerten, könne der Arbeitgeber nachfragen. Äußerten Beschäftigte auch auf Nachfrage keine Urlaubswünsche, könne der Arbeitgeber den Urlaub einseitig verbindlich festlegen.

Fazit

Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg ist zu begrüßen, da es in der Praxis leider vermehrt vorkommt, dass Beschäftigte während des Arbeitsverhältnisses ihren Urlaub nicht rechtzeitig verlangen. Systematisch erscheint es auch einleuchtend, den Anspruch auf den gesetzlichen Jahresurlaub zum Arbeitsschutzrecht zu zählen, dessen Beachtung der Arbeitgeber sicherzustellen hat.



Das Landesarbeitsgericht hat jedoch, da es mit seiner Entscheidung von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts abweicht, die Revision für die Beklagte zugelassen. Es bleibt abzuwarten, ob das Bundesarbeitsgericht der Argumentation des Landesarbeitsgerichts folgen wird. In einem Urteil vom Juni 2014 hat das BAG den Ersatzurlaub in seinen Formulierungen noch von einem rechtzeitigen Verlangen abhängig gemacht. Einstweilen ist den Arbeitnehmern zu raten, vorsorglich ihren Urlaubsanspruch ausdrücklich rechtzeitig gegenüber dem Arbeitgeber geltend zu machen.



Siehe:

§ 7 Bundesurlaubsgesetz

Art. 7 Arbeitszeitrichtlinie (Richtlinie 2003/88/EG)

Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 12.06.2014, Aktenzeichen 21 Sa 221/14,

www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 03.06.2014, Aktenzeichen 9 AZR 944/12, www.bundesarbeitsgericht.de

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 06.08.2013, Aktenzeichen 9 AZR 956/11, www.bundesarbeitsgericht.de

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 07.08.2012, Aktenzeichen 9 AZR 353/10, www.bundesarbeitsgericht.de

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 15.09.2011, Aktenzeichen 8 AZR 846/09, www.bundesarbeitsgericht.de



Ute Kahl

Fachanwältin für Arbeitsrecht, Hamburg

Die Frage nach der Schwerbehinderung

Darf man lügen?



> »Sind Sie schwerbehindert?«

Dieser Frage sehen sich Arbeitnehmer zu Beginn oder im Verlauf eines Arbeitsverhältnisses auch nach Einführung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) im Jahre 2006 noch regelmäßig ausgesetzt. Seit jeher stellt sich die Frage: Was soll ein schwerbehinderter Arbeitnehmer hierauf antworten? Darf man lügen oder muss man immer die Wahrheit sagen? Wer glaubt, dass diese Frage mit Einführung des AGG und der zunehmenden Thematisierung des Arbeitnehmerdatenschutzes eindeutig geklärt sei, irrt.

Vor Beginn des Arbeitsverhältnisses ist die Frage unzulässig

Ob in Einstellungs- oder Personalfragebögen oder im Bewerbungsgespräch: Häufig werden Arbeitnehmer während eines Bewerbungsverfahrens danach gefragt, ob eine Schwerbehinderung oder eine Gleichstellung mit Schwerbehinderten vorliegt. Darüber hinaus werden Arbeitsverträge zur Unterzeichnung vorgelegt, die eine Klausel enthalten, wonach der Arbeitnehmer versichern soll, dass eine Schwerbehinderung nicht bestehe. Wie reagiert man hierauf? Keine Antwort zu geben erweckt Argwohn. Doch darf man eine bestehende Schwerbehinderung oder Gleichstellung verneinen?

Sagt der Arbeitnehmer nicht die Wahrheit, könnte der Arbeitgeber berechtigt sein, den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten. Eine Anfechtung scheidet aber dann aus, wenn der Arbeitnehmer wahrheitsgemäß geantwortet hat oder die Frage nicht richtig beantworten musste.

Ob der Arbeitnehmer bei Anbahnung des Arbeitsverhältnisses die Frage nach der Schwerbehinderung richtig beantworten muss, lässt sich auf den ersten Blick nicht eindeutig beantworten. In älteren Entscheidungen ging das BAG allgemein von einer grundsätzlichen Zulässigkeit der Frage aus. Ob die Frage allerdings im Stadium der Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses zulässig ist, hat das BAG explizit noch nicht entschieden. In einer Entscheidung aus dem Jahre 2011 hatte es die Chance hierzu, hat die Frage aber offen gelassen.

Es hat aber angedeutet, dass die sich aus dem Schwerbehindertenrecht ergebende Pflicht eines öffentlichen Arbeitgebers, einen fachlich geeigneten schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, dem Arbeitgeber kein Recht gebe, tätigkeitsneutral nach einer Schwerbehinderung zu fragen. Jedenfalls dann nicht, wenn er hiermit keine positive Fördermaßnahme verbinden will.

Darüber hinaus hat das BAG jedenfalls mittelbar entschieden, dass die falsche Antwort auf die Frage einer Schwerbehinderung eigentlich keine wirksame Anfechtung nach sich ziehen kann: Würde der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit der Begründung anfechten, der Bewerber habe trotz Nachfrage nicht offenbart, schwerbehindert zu sein, würde der Arbeitgeber auf ein unzulässiges Einstellungskriterium abstellen. Dann könnte der Arbeitgeber zwar versuchen den Arbeitsvertrag anzufechten, gleichzeitig sähe er sich aber einem Entschädigungsanspruch nach dem AGG ausgesetzt. Diese Anfechtung stünde auf wackligen Füßen: Um einem Entschädigungsanspruch zu entgehen, müsste ein Arbeitgeber vortragen, er hätte den Schwerbehinderten trotzdem eingestellt. Damit wäre die Täuschung über die Schwerbehinderung aber nicht mehr Ursache für die Einstellung und eine Anfechtung nicht möglich.

In einer jüngeren Entscheidung aus dem Jahre 2012 hat das BAG nun ausgeführt, dass die Frage nach der Schwerbehinderung in einem jedenfalls sechs Monate bestehenden Arbeitsverhältnis zulässig sei.

§ 85 SGB IX

»Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber bedarf der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes.«

Diese Entscheidung steht in Zusammenhang mit dem nach sechs Monaten bestehenden Sonderkündigungsschutz nach dem SGB IX. Das BAG differenziert also danach, wann die Frage gestellt wird. Es möchte dem Arbeitnehmer in einem bestehenden Arbeitsverhältnis versagen, sich erst nach Zugang einer Kündigung auf den Sonderkündigungsschutz zu berufen. Diese Situation ist damit mit dem Stadium der Begründung des Arbeitsverhältnisses aber nicht vergleichbar, da hier noch kein Sonderkündigungsschutz besteht.

Die besseren Argumente sprechen daher dafür, dass der schwerbehinderte Arbeitnehmer die Frage vor der Einstellung nicht wahrheitsgemäß beantworten muss und nicht Gefahr läuft, dass der Arbeitgeber berechtigt ist, das Arbeitsverhältnis anzufechten. Entsprechendes gilt für Anträge auf Feststellung einer Schwerbehinderung und Gleichstellungsanträge; auch hiernach darf der Arbeitgeber vor der Einstellung nicht fragen.

Zu beachten ist aber: Fragt der Arbeitgeber nach der körperlichen Eignung für die angestrebte Tätigkeit, muss der Arbeitnehmer wahrheitsgemäße Angaben machen. Aber Vorsicht: Hierzu muss der Arbeitgeber nicht wissen, ob der Bewerber schwerbehindert ist. Denn Schwerbehinderung und körperliche Eignung schließen sich nicht automatisch aus.

Niemals zulässig ist es außerdem, eine nicht bestehende Schwerbehinderung/Gleichstellung wahrheitswidrig zu behaupten.

Als Arbeitnehmer sollte man schließlich auch wissen, dass das BAG dann, wenn sich ein schwerbehinderter Arbeitnehmer bei seiner Bewerbung auf den besonderen Schutz und die Förderung nach dem SGB IX berufen möchte, dem potentiellen Arbeitgeber seine Schwerbehinderung in dem jeweiligen Bewerbungsverfahren mitteilen muss. Die Rechtsprechung verlangt dabei, dass die Schwerbehinderteneigenschaft im Bewerbungsanschreiben oder im Lebenslauf **»deutlich hervorgehoben«** mitgeteilt wird. Lediglich unauffällige Informationen oder eine Kopie des Schwerbehindertenausweises sollen hierfür nicht genügen. Eine nur ungenügende Mitteilung kann sogar dafür sorgen, dass ein Entschädigungsanspruch nach dem AGG verloren geht.

Auch innerhalb der ersten sechs Monate muss man nicht die Wahrheit sagen

Ist ein Arbeitsverhältnis erst einmal in Gang gesetzt, könnte der Arbeitgeber auf die Idee kommen, innerhalb der ersten sechs Monate nach der Schwerbehinderung oder Gleichstellung zu fragen (zum Beispiel durch einen allgemeinen Personalfragebogen). Dies könnte sowohl anlasslos als auch im Vorfeld einer beabsichtigten Beendigung (zum Beispiel Kündigung in der Probezeit) erfolgen. Diese Situation ist für Arbeitnehmer besonders brisant, da sie innerhalb der ersten sechs Monate der

Beschäftigung keinen wirklichen Bestandsschutz genießen: Sowohl der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen als auch der allgemeine Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz greift erst nach sechs Monaten.

Ob der Arbeitgeber in dieser Phase des Arbeitsverhältnisses nach der Schwerbehinderung fragen darf, hat das BAG noch nicht konkret entschieden. Aufgrund der eingangs geschilderten Entscheidung des BAG aus dem Jahre 2012 spricht jedoch einiges dafür, dass man die Frage nach der Schwerbehinderung innerhalb der ersten sechs Monate nicht wahrheitsgemäß beantworten muss.

Hierfür sprechen des Weiteren folgende Argumente: Der Arbeitgeber hat zwar nach dem SGB IX das Integrationsamt zu informieren, wenn er Schwerbehinderte auf Probe einstellt oder innerhalb der ersten sechs Monate wieder kündigt. Diese Anzeigepflicht kann den Arbeitnehmer aber nicht zu wahrheitsgemäßer Angabe über seine Schwerbehinderung verpflichten. Denn hält der Arbeitgeber seine Anzeigepflicht nicht ein, löst dies grundsätzlich keine nachteiligen Rechtsfolgen für den Arbeitgeber aus. Er kann nur das mitteilen müssen, was er weiß. Ebenso wenig kann sich aus der Ausgleichsabgabe eine Pflicht des Arbeitnehmers zu wahrheitsgemäßer Auskunft ergeben. Wenn der Arbeitgeber nicht weiß, dass ein Arbeitnehmer schwerbehindert ist, zahlt er möglicherweise zunächst zu Unrecht eine Ausgleichsabgabe, wenn er insgesamt zu wenige Schwerbehinderte beschäftigt (§ 77 SGB IX). Hierdurch entsteht ihm aber kein Vermögensschaden, weil er eine zu Unrecht gezahlte Ausgleichsabgabe noch ausreichend lange zurückfordern kann: Bei einer Anzeige bis zum 31.03. eines Jahres läuft die Ausschlussfrist zur Rückforderung bis zum Ende des darauf folgenden Kalenderjahres. Auch die Pflicht des Arbeitgebers, ein Schwerbehindertenverzeichnis zu führen und an die Arbeitsagentur zu übermitteln, führt nicht zu einem Recht des Arbeitgebers, vom Arbeitnehmer die Frage nach einer Schwerbehinderung wahrheitsgemäß bejaht zu bekommen. Bei Verstößen gegen seine Mitteilungspflicht kann der Arbeitgeber zwar ein Bußgeld auferlegt bekommen; das setzt aber bewusste Verstöße voraus und gilt nicht, wenn der Arbeitgeber von einer Schwerbehinderung nichts weiß. Die Schwerbehindertenliste und ihre Übermittlung sollen dazu dienen, das SGB IX im Sinne aller Schwerbehinderten funktionsfähig zu halten. Da aber die betroffenen Arbeitnehmer in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses ohnehin keinen besonderen Schutz nach dem SGB IX genie-

§ 90 SGB IX

»(1) Die Vorschriften dieses Kapitels gelten nicht für schwerbehinderte Menschen, 1. deren Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung ohne Unterbrechung noch nicht länger als sechs Monate besteht (...).«

ßen, wäre es verfehlt, dem Arbeitgeber aus dieser Vorschrift ein Recht auf eine wahrheitsgemäße Beantwortung der Frage nach der Schwerbehinderung einzuräumen. Die Schutzfunktion des Gesetzes würde sich sonst in eine Benachteiligung verkehren.

Arbeitnehmer können daher die Frage wahrheitswidrig verneinen. Anderenfalls laufen sie Gefahr, dass ein (böser) Arbeitgeber den fehlenden Bestandsschutz ausnutzt, um einem schwerbehinderten Ar-

beitnehmer »loszuwerden«. Dem Arbeitgeber eine diskriminierende Kündigung im Sinne des AGG nachzuweisen, ist in der Regel aussichtslos, so dass es den Arbeitnehmern offengehalten werden muss, Kündigungen durch Verneinen ihrer Schwerbehinderung vorzubeugen.

Nach Ablauf von sechs Monaten?

Fraglich bleibt, ob ein Arbeitgeber in einem länger bestehenden Arbeitsverhältnis nach der Schwerbehinderung fragen darf. Die Situation in einem seit mindestens sechs Monaten bestehenden Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von den bereits geschilderten Fällen dadurch, dass besonderer Kündigungsschutz nach dem SGB IX sowie möglicherweise auch gemäß Kündigungsschutzgesetz besteht.

Bringt ein Arbeitgeber zum Ausdruck, das Arbeitsverhältnis beenden zu wollen (zum Beispiel durch Vorlage eines Aufhebungsvertrages oder Androhung einer Kündigung), oder fragt er in Vorbereitung von Kündigungen alle Arbeitnehmer danach, ob sie schwerbehindert oder Schwerbehinderten gleichgestellt sind, stellt sich für einen Arbeitnehmer die Frage, ob er die Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung bereits in diesem Stadium bejahen muss.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG bestand der Sonderkündigungsschutz auch dann, wenn der Arbeitgeber keine Kenntnis von der Schwerbehinderung des betroffenen Arbeitnehmers hatte. Erforderlich war danach lediglich, dass sich der Arbeitnehmer spätestens in der Kündigungsschutzklage auf den Sonderkündigungsschutz beruft.

Im Jahre 2012 hatte das BAG nun einen Fall zu entscheiden, bei dem ein Insolvenzverwalter zur Überprüfung der Sozialdaten an sämtliche Arbeitnehmer Fragebögen verteilt hatte. Darin wurde unter anderem nach einer »**Schwerbehinderung**« oder »**Gleichstellung**« gefragt. Der betroffene schwerbehinderte Arbeitnehmer beantwortete beide Fragen mit »**Nein**«. Nachdem der Arbeitgeber gekündigt hatte, berief sich der Arbeitnehmer darauf, dass die Kündigung aufgrund der fehlenden Beteiligung des Integrationsamtes unwirksam sei.

Das BAG hat seinerzeit entschieden, dass es dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben aufgrund widersprüchlichen Verhaltens verwehrt sei, sich auf den besonderen Kündigungsschutz zu berufen. In einem jedenfalls sechs Monate bestehenden Arbeitsverhältnis sei die Frage nach der Schwerbehinderung bzw. einem diesbezüglich gestellten Antrag zulässig. Aufgrund seiner Rücksichtnahmepflicht habe der Arbeitnehmer die Frage wahrheitsgemäß zu beantworten. Dies gelte insbesondere im Zuge der Vorbereitung von beabsichtigten Kündigungen. Dem Arbeitgeber müsse ein rechtstreu Verhalten ermöglicht werden. Es genüge insbesondere nicht, dass der Arbeitnehmer den Arbeitgeber nach Erhalt der Kündigung innerhalb angemessener Frist auf die Schwerbehinderung hinweise.

Nach dieser Entscheidung des BAG kann man nicht mehr uneingeschränkt davon ausgehen, dass Arbeitnehmer in einem seit sechs Monaten bestehenden Arbeitsverhältnis die Frage nach der Schwerbehinderung wahrheitswidrig verneinen dürfen.

Jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber klar zu verstehen gibt, das Arbeitsverhältnis beenden zu wollen, muss einem Arbeitnehmer zumindest bewusst sein, dass er bei Falschbeantwortung der Frage Nachteile erleiden kann: Er kann sich möglicherweise dann nicht mehr auf den Sonderkündigungsschutz berufen.

Dies wird man freilich nur auf solche Fälle beziehen können, in denen der Arbeitgeber eine klare Kündigungsabsicht zu erkennen gibt. Eine allgemeine Pflicht zur Offenbarung der Schwerbehinderung nach Ablauf von sechs Monaten lässt sich der Entscheidung nicht entnehmen. Hat ein Arbeitnehmer »in weiser Vorausahnung« einen Antrag auf Feststellung einer Schwerbehinderung gestellt, so muss der Arbeitnehmer – jedenfalls nach Auffassung des BAG – die Antragstellung auf Nachfrage des Arbeitgebers mitteilen. Dann kann er sich unter folgenden Voraussetzungen auf den besonderen Kündigungsschutz berufen:

- Der Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft wurde mindestens drei Wochen vor Zugang der Kündigung gestellt,
- die zuständige Behörde hat innerhalb der dreiwöchigen Frist keine Entscheidung getroffen, was nicht allein auf fehlender Mitwirkung des Antragstellers beruhen darf. Auf die Bestandskraft der Entscheidung der Behörde kommt es nicht an.

Das BAG hat darüber hinaus klargestellt: Es ist Sache des Arbeitgebers, die Frage nach der Schwerbehinderung und damit auch deren Reichweite klar zu formulieren. Kurzum: Fragt der Arbeitgeber ausschließlich nach einer festgestellten Schwerbehinderung (und nicht etwa nach einer erfolgten oder beabsichtigten Antragstellung) und liegt keine vor, trägt der Arbeitgeber das Risiko der unvollständigen Mitteilung.

Praxistipp

Das BAG hat eine gewisse Zeitschiene herausgearbeitet: Besteht noch kein Sonderkündigungsschutz nach dem SGB IX, sprechen die besseren Argumente dafür, dass sowohl bei der Anbahnung des Arbeitsverhältnisses als auch in den ersten sechs Monaten eine Frage nach der Schwerbehinderung unzulässig ist. Ein Arbeitnehmer kann eine solche Frage wahrheitswidrig beantworten, ohne Gefahr zu laufen, dass ihm Konsequenzen drohen. Entscheidet sich ein Arbeitnehmer bewusst, bei seiner Bewerbung auf die Schwerhinderung hinzuweisen, um den besonderen Schutz und die Förderung des SGB IX zu beanspruchen, muss er seine Schwerbehinderung bei der Bewerbung deutlich mitteilen. Macht er das nicht deutlich genug und wird dann abgelehnt, kann er unter Umständen seinen Entschädigungsanspruch nach dem AGG verlieren.

Nach Ablauf von sechs Monaten ist das Recht zur Verneinung der Schwerbehinderung nicht mehr ganz so eindeutig: Bringt der Arbeitgeber zum Ausdruck, das Arbeitsverhältnis beenden zu wollen, und fragt er einen Arbeitnehmer nach Schwerbehinderung, Gleichstellung oder Antragstellung, läuft ein Arbeitnehmer nach der Entscheidung des BAG Gefahr, seinen Sonderkündigungsschutz zu verlieren. **Es genügt dann unter Umständen nicht mehr, dass er den Sonderkündigungsschutz**

mit der Kündigungsschutzklage geltend macht. Im Einzelfall sollte abgewogen werden, ob es erforderlich ist, die Schwerbehinderung oder Antragstellung mitzuteilen. Erfolgt eine entsprechende Mitteilung an den Arbeitgeber, sollte unbedingt darauf geachtet werden, lediglich die Tatsache »Schwerbehinderung« mitzuteilen, nicht jedoch die konkreten im Bescheid aufgeführten Leiden zu nennen.

Was sollten Betriebsräte beachten?

Sie sollten Einstellungsfragebögen oder Personalfragebögen im Blick behalten. Wenn Diskriminierungsschutz ernstgenommen wird, sollten Einstellungsfragebögen keine Frage zur Schwerbehinderung oder Gleichstellung enthalten. Darüber hinaus sollte ein Auge auf die vom Arbeitgeber verwandten Arbeitsvertragsmuster geworfen werden, um festzustellen, ob dort durch den Arbeitnehmer zum Beispiel versichert werden soll, dass eine Schwerbehinderung nicht bestehe. In beiden Fällen sollte der Betriebsrat den Arbeitgeber auf die Mitbestimmung nach § 94 BetrVG verweisen. Auch für den Fall, dass der Arbeitgeber Personalfragebögen im Vorfeld einer beabsichtigten Kündigungswelle in Umlauf bringt, sollte der Betriebsrat gemäß diesem Mitbestimmungsrecht intervenieren. Dies gilt umso

§ 94 Betriebsverfassungsgesetz

»(1) **Personalfragebogen** bedürfen der Zustimmung des Betriebsrats. (...)

(2) Absatz 1 gilt entsprechend für **persönliche Angaben in schriftlichen Arbeitsverträgen**, die allgemein für den Betrieb verwendet werden sollen, sowie für die Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze.«

mehr, als der Fragebogen von allen Arbeitnehmern auszufüllen wäre. Von der Frage nach der Schwerbehinderung könnten auch Arbeitnehmer betroffen sein, die noch keine sechs Monate beschäftigt sind. Notfalls sollte hier eine zeitliche Differenzierung in den Fragebögen durchgesetzt werden.



Siehe:

§§ 80, 85 ff. SGB IX

§ 1 KSchG

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 16.02.2012, Aktenzeichen 6 AZR 553/10, NZA 2012, 55

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 13.10.2011, Aktenzeichen 8 AZR 608/10, NZA 2012, 43

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 07.07.2011, Aktenzeichen 2 AZR 396/10, AP BGB § 123 Nr. 70

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 26.09.2013, Aktenzeichen 8 AZR 650/12, AP AGG § 15 Nr. 14



Simon Kalck

Rechtsanwalt, Wiesbaden

Vergütungspraktiken in der Finanzbranche

Die neue Institutsvergütungsverordnung



In der Finanzmarktkrise hat sich gezeigt, dass eine verfehlte Vergütungspolitik der Banken und Versicherungen Risiken nicht nur für die Stabilität dieser Unternehmen, sondern für die Finanzstabilität im Allgemeinen begründen kann. Deshalb hat der Gesetzgeber die Freiheiten bei der Vereinbarung von Gehältern eingeschränkt.

- > Dies geht zurück auf den Rat für Finanzstabilität (FSB), in dem aus Deutschland unter anderem die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) vertreten ist und der im Jahr 2009 konkrete Standards für solide Vergütungspraktiken in der Finanzbranche entwickelte. Für den Bankenbereich wurden diese Standards in den entsprechenden EU-Richtlinien nachvollzogen. Schon 2010 trat eine erste Institutsvergütungsverordnung in Kraft, die allerdings viele Fragen offen ließ. Am 1. Januar 2014 sind nun eine Änderung des Kreditwesengesetzes (KWG) und die neue Institutsvergütungsverordnung (kurz InstitutsVergV) in Kraft getreten, die die Vorgaben zur Bezahlung der Beschäftigten genauer umsetzen.

Überblick

»Vergütung« umfasst darin finanzielle Leistungen und Sachbezüge jeder Art sowie Erfolgsbeteiligungen. Nicht erfasst sind finanzielle Leistungen oder Sachbezüge, die aufgrund einer allgemeinen, ermessensunabhängigen und institutsweiten Regelung gewährt werden und keine Anreize schaffen, finanzielle Risiken einzugehen; das sind insbesondere Rabatte, betriebliche Versicherungs- und Sozialleistungen, Rentenversicherungsbeiträge und Ähnliches. Tariflich vereinbarte Vergütungen sind von vornherein vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen.

Die Vergütungssysteme müssen sich an der Strategie des Instituts ausrichten. Die Festsetzung der variablen Vergütung und auch die Ermittlung der Zielerreichung müssen transparent ausgestaltet sein. Eine variable Vergütung darf nur für die ersten zwölf Monate nach Beginn des Arbeitsverhältnisses garantiert werden.

Die variable und die fixe Vergütung müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinanderstehen. Zur Kontrolle haben die Institute angemessene Compliance-Strukturen einzurichten.

Das Institut hat darauf hinzuwirken, dass bestehende Vereinbarungen, wenn rechtlich möglich, der Neuregelung angepasst werden. Dies bezieht sich auf alle bestehenden Vereinbarungen (Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, betriebliche Übung) unabhängig davon, ob sie vor oder nach Inkrafttreten der Institutsvergütungsverordnung abgeschlossen wurden.

Während die bisherigen Regelungen für alle Banken gelten, enthält die Verordnung zusätzliche Anforderungen für so genannte bedeutende Institute. Das sind Banken, bei denen die Bilanzsumme der letzten drei Jahre im Schnitt 15 Milliarden Euro erreicht oder überschreitet bzw. die von der Bundesanstalt für das Finanzwesen als bedeutend auf Grund des Umfangs und/oder der Komplexität der Geschäfte eingestuft worden sind.

Bedeutung für Betriebsräte

Für Betriebsräte der Institute spielt die Institutsvergütungsverordnung eine Rolle, da nach § 87 Abs. 1 Nr. 10, 11 BetrVG die Lohngestaltung mitbestimmungspflichtig ist. Soweit die Vergütung also nicht schon tariflich geregelt ist und soweit nicht KWG und InstitutsVergV bereits abschließende Regelungen ohne Spielraum treffen, müssen die Arbeitgeber die Vergütungsstrukturen mit dem Betriebsrat vereinbaren. Das kann kompliziert sein und erfordert eine frühzeitige Einbindung des Betriebsrats. Betriebsräte müssen nicht abwarten, bis die Arbeitgeber an sie herantreten, sondern können die erforderlichen betrieblichen Regelungen selbst anstoßen.



Siehe:

§ 25a KWG, www.gesetze-im-internet.de

Institutsvergütungsverordnung, www.gesetze-im-internet.de



Dieter Dette

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bremen



Veranstaltungstipp BETRIEBSRÄTEKONGRESS

»ARBEITSRECHT IM ADVENT« 2014 anlässlich des 35-jährigen Bestehens der Kanzlei Manske & Partner

- > Erstmals veranstaltet unsere Kooperationskanzlei Manske & Partner mit Beginn der Adventszeit einen zweitägigen Betriebsrätekongress unter dem Titel »Arbeitsrecht im Advent«.

Anlass ist das 35-jährige Bestehen von Manske & Partner. Für den Kongress konnten viele hochkarätige Referentinnen und Referenten aus Praxis und Wissenschaft gewonnen werden. Themen und Fragen, die von hoher Relevanz in der täglichen Arbeit der Betriebsräte sind, stehen im Mittelpunkt des Kongress-Programms.



Zur Teilnahme eingeladen sind Mitglieder von Betriebs- und Personalräten. Die Kosten betragen 280 Euro zzgl. MwSt. für das erste Mitglied eines Gremiums und 250 Euro für jedes weitere Mitglied desselben Gremiums. Der Preis beinhaltet Unterlagen und die Verpflegung während des Kongresses. Die Kosten sind gemäß den gesetzlichen Vorgaben vom Arbeitgeber zu tragen.

Termin: 27./28. November 2014

(Anmeldung erbeten bis 07.11.2014 per Fax an 0911 – 26 51 50 oder per E-Mail an kongress@manske-partner.de)

Ort: Nürnberg (Arvena Park Hotel, Görlitzer Straße 51)

Ausführliche Informationen zur Veranstaltung sind zu finden unter www.manske-partner.de

Zur Beachtung

- » Soweit in diesem Rundbrief rechtliche Hinweise gegeben werden, ist dies nur als allgemeine, vereinfachende Orientierung zu verstehen und kann keine rechtliche Beratung im konkreten Fall ersetzen. Für rechtliche Beratung und Vertretung wenden Sie sich bitte an eine der im Folgenden aufgeführten Kanzleien.

Unsere Kanzleien

10405 Berlin | dka Rechtsanwälte | Fachanwälte

Christian Fraatz*, Dieter Hummel*, Mechtild Kuby*, Nils Kummert*,
Sebastian Baunack*, Lukas Middel, Sandra Kunze*, Dr. Silvia Velikova*,
Anne Weidner*, Marion Burghardt*, Michael Tscherch*, Damiano Valgolio,
Gerd Denzel, Norbert Schuster, Lutz Seybold*

Immanuelkirchstraße 3 – 4	Marburger Straße 2
10405 Berlin	10789 Berlin
Telefon: 030 446792-0	Telefon: 030 2543960
Fax: 030 446792-20	Fax: 030 446792-20
info@dka-kanzlei.de www.dka-kanzlei.de	

22303 Hamburg | Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft

Klaus Müller-Knapp*, Jens Peter Hjort*, Manfred Wulff*, Ute Kahl*, Dr. Julian Richter*,
Jasmin Stahlbaum-Philp*, Dr. Vera Braun*, Dr. Lisa Moos

Kaemmererufer 20
22303 Hamburg
Telefon: 040 65066690 | Fax: 040 650666999
kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de
www.arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de

28195 Bremen | Kanzlei Sieling · Winter · Dette · Nacken

Tilo Winter*, Dieter Dette*, Michael Nacken*, Sonja Litzig*, Dr. jur. Pelin Ögüt*,
Dilek Ergün, Markus Barton

Am Wall 190
28195 Bremen
Telefon: 0421 337570 | Fax: 0421 325836
kooperation@arbeitsrecht-bremen.de | www.arbeitsrecht-bremen.de

30159 Hannover | Kanzlei Detlef Fricke und Joachim Klug

Detlef Fricke, Joachim Klug*, Olivia Simatic
Goseriede 12
30159 Hannover
Telefon: 0511 70074-0 | Fax: 0511 70074-22
post@fricke-klug.de | www.fricke-klug.de

* Fachanwälte für Arbeitsrecht

44137 Dortmund | Kanzlei für Arbeitsrecht Ingelore Stein

Ingelore Stein*, Iris Woerner*, Kerstin Rogalla, Ulrich Karthaus*
Kampstraße 4A (Krügerpassage)
44137 Dortmund
Telefon: 0231 822013 | Fax: 0231 822014
arbeitsrecht@ingelore-stein.de | www.ingelore-stein.de

60313 Frankfurt am Main | Büdel Bender

Detlef Büdel*, Achim Bender*, Udo Rein*, Nina Finger, Dr. Patrick Fütterer*
Petersstraße 4
60313 Frankfurt am Main
Telefon: 069 1338581-0 | Fax: 069 1338581-14
anwaelte@fbb-arbeitsrecht.de | www.fbb-arbeitsrecht.de

60318 Frankfurt am Main | franzmann. geilen. brückmann. fachanwälte für arbeitsrecht

Armin Franzmann*, Yvonne Geilen*, Jan Brückmann*,
Scheffelstraße 11
60318 Frankfurt
Telefon: 069 15392820 | Fax: 069 15392821
mail@arbeitnehmer-kanzlei.de | www.arbeitnehmer-kanzlei.de

65185 Wiesbaden | Schütte & Kollegen

Reinhard Schütte*, Kathrin Schlegel*, Jakob T. Lange, Simon Kalck
In Bürogemeinschaft mit: Brigitte Strubel-Mattes*
Adolfsallee 22
65185 Wiesbaden
Telefon: 0611 950011-0 | Fax: 0611 950011-20
rae@wiesbaden-arbeitsrecht.com | www.wiesbaden-arbeitsrecht.com

68161 Mannheim | Kanzlei für Arbeitsrecht – Dr. Growe & Kollegen

Dr. Dietrich Growe*, Stefan Gild-Weber*, Andrea von Zelewski
P 7, 6 – 7 (ÖVA-Passage)
68161 Mannheim
Telefon: 0621 862461-0 | Fax: 0621 862461-29
mail@kanzlei-growe.de | www.kanzlei-growe.de

* Fachanwälte für Arbeitsrecht

70176 Stuttgart | Bartl & Weise – Anwaltskanzlei

Ewald Bartl*, Dirk Weise, Benja Mausner*, Maike Hellweg,
Diana Arndt-Riffler* (in Bürogemeinschaft)
Johannesstraße 75
70176 Stuttgart
Telefon: 0711 6332430 | Fax: 0711 63324320
info@kanzlei-bww.de | www.kanzlei-bww.de

79098 Freiburg | Anwaltsbüro im Hegarhaus

Michael Schubert*, Ricarda Ulbrich* (auch Fachanwältin für Sozialrecht und
Mediatorin), Cornelia Czuratis
Wilhelmstraße 10
79098 Freiburg
Telefon: 0761 3879211 | Fax: 0761 280024
kanzlei@anwaltsbuero-im-hegarhaus.de | www.anwaltsbuero-im-hegarhaus.de

80336 München | kanzlei huber.mücke.helm – Menschenrechte im Betrieb

Michael Huber, Matthias Mücke*, Dr. Rüdiger Helm, Susanne Gäbelein,
Christine Steinicken*, Gerd Nies
Schwanthalerstraße 73
80336 München
Telefon: 089 51701660 | Fax: 089 51701661
kanzlei@kanzlei-hmh.de | www.menschenrechte-im-betrieb.de

90429 Nürnberg | Manske & Partner

Wolfgang Manske*, Ute Baumann-Stadler*, Beate Schoknecht*,
Jürgen Markowski*, Sabine Feichtinger*, Thomas Müller*, Judith Briegel*,
Dr. Sandra B. Carlson LL.M.*, Andreas Bartelmeß*, Georg Sendelbeck, Axel Angerer,
Patrick Sticher LL.M.
Bärenschanzstraße 4
90429 Nürnberg
Telefon: 0911 307310 | Fax: 0911 265150
kanzlei@manske-partner.de | www.manske-partner.de

* Fachanwälte für Arbeitsrecht

Impressum

» Der Rundbrief der Anwaltskooperation **ArbeitnehmerAnwälte** wird herausgegeben von dem Rechtsanwaltsbüro

- **Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft**

Kaemmererufer 20

22303 Hamburg

Telefon: 040 65066690 | Fax: 040 650666999

kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de

www.arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de

Partnerschaftsregister: AG Hamburg, PR 816

- Verantwortlicher Redakteur: Rechtsanwalt Dr. Julian Richter

Die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte des Rechtsanwaltsbüros Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft sind Mitglieder der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer (Hamburg) und führen die Berufsbezeichnung Rechtsanwältin bzw. Rechtsanwalt, die ihnen in Deutschland verliehen wurde. Aufsichtsbehörde ist gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 4 BRAO die Hanseatische Rechtsanwaltskammer, Bleichenbrücke 9, D-20354 Hamburg.

Die für die Berufsausübung maßgeblichen Regelungen – Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG), Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA), Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft, Fachanwaltsordnung – können im Internetangebot der Bundesrechtsanwaltskammer (www.brak.de) eingesehen werden.

Dieser Rundbrief enthält in seiner elektronischen Fassung externe Hyperlinks zu Internetangeboten, die nicht von uns zur Verfügung gestellt werden.

- Gestaltung, Layout & Fotos: formation_01 · netzwerk für digitale gestaltung www.formation01.com
- Fotos: S. 12 Felix Crull / Hamburg, S. 22 Sandra B. Carlson / Nürnberg
- Autorenportraits: Autoren, S. 19 Fotostudio Hoffmann / Frankfurt a.M.