



wünscht frohe Weihnachten und ein glückliches neues Jahr 2018

INHALT

Frage des Monats

- » Darf der Ausbilder bereits vor Ausbildungsbeginn kündigen?

Schwerpunktthema

- » Sexuelle Belästigung ist kein Kavaliersdelikt

Aktuelle Entscheidungen

- » I. Befristung bei Vorbeschäftigung
- » II. Unangemessene Benachteiligung
- » III. Aufstockungsverlangen bei Teilzeit
- » IV. Versetzung von Nacht- in Wechselschicht

Wissenswertes

- » Politische Weichen für die Gestaltung des digitalen Wandels

Der besondere Seminartipp

- » Die neue Europäische Datenschutzgrundverordnung

Praxistipp

- » Fehlzeiten Report 2017

Aktuelle Seminare

- » Seminarempfehlungen

Meistgeklückter Artikel des letzten Newsletters

- » ... zum Ausschluss von Gehaltsanpassungen

Liebe Leserin, lieber Leser,



häufig tabuisiert, durch die derzeit öffentliche Diskussion #metoo wieder hoch aktuell: sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz. Insbesondere Frauen sind immer wieder verbalen oder auch körperlichen Übergriffigkeiten ausgesetzt. Was muss passieren, dass man wirklich von sexueller Belästigung sprechen kann und was ist harmlos? Und wer beurteilt das denn eigentlich?

Das Thema und die Reaktionen darauf sind so brisant, dass viele Betroffene sich nicht trauen, die belastende Situation im Unternehmen öffentlich anzusprechen. Sanktionen gegen den Täter sind eine notwendige Konsequenz, die Veränderung der Betriebskultur in Bezug auf dieses Thema eine mindestens genauso wichtige. Informieren Sie sich in unserem heutigen Schwerpunktthema.

Weiterhin bleibt der digitale Wandel eines der Top-Themen in deutschen Unternehmen. Erfahren Sie, welche politischen Weichen gestellt werden sollen, damit dieser auch gelingen kann.

Wir wünschen Ihnen eine interessante Lektüre und einen schönen und erfolgreichen Jahresausklang!

Ihre Gerlinde Rau

Ihre Gerlinde Rau
Dipl.-Päd., Referentin der Institutsleitung

Frage des Monats

Darf der Ausbilder bereits vor Ausbildungsbeginn kündigen?



Gemäß § 22 Abs.1 Berufsbildungsgesetz (BBiG) kann das Berufsausbildungsverhältnis während der Probezeit jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist und Angabe eines Kündigungsgrundes beendet werden. Doch ist auch eine Kündigung vor Ausbildungsbeginn möglich? Damit beschäftigt sich unsere Frage des Monats.

Zum Fall:

Der Arbeitgeber vereinbarte im Juli mit dem Azubi ein Ausbildungsverhältnis zum Mechatroniker mit der Fachrichtung Eisenbahnsicherungstechnik. Als Ausbildungsbeginn war der 1. September geplant. Auf Nachfrage des Arbeitgebers im Vorstellungsgespräch verneinte der Azubi eine eingeschränkte körperliche Belastbarkeit. Er sicherte zu, eine ärztliche Bescheinigung diesbezüglich nachzureichen. In der Folgezeit forderte der Arbeitgeber den Azubi mehrfach auf, die Bescheinigung gemäß § 32 Abs.2 Jugendarbeitsschutzgesetz (JArbSchG) nachzureichen. Die verspätet eingereichte Bescheinigung wies dann eine eingeschränkte körperliche Belastbarkeit des Azubis aus. In der Folge kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis noch vor seinem Beginn.

Die Entscheidung:

Das Gericht wies die Kündigungsschutzklage des Azubis ab. Nach § 22 Abs. 1 BBiG könne das Ausbildungsverhältnis nicht nur innerhalb der Probezeit ohne Kündigungsgrund und -frist beendet werden, sondern bereits vor der Aufnahme des Ausbildungsverhältnisses.

Etwas anderes wäre nur dann der Fall, wenn ein Kündigungsausschluss für die Zeit vor dem Beginn des Ausbildungsverhältnisses im Arbeitsvertrag schriftlich fixiert worden wäre.

von **Eva-Maria Bendick**
Ass. jur.

Schwerpunktthema

Sexuelle Belästigung ist kein Kavaliersdelikt



von **S. Martini**
Rechtsanwältin, Genderconsultings Hamburg

Die Vorfälle in Amerika und das übergriffige Verhalten eines mächtigen Filmproduzenten hat erneut eine Diskussionswelle in der Presse und im Netz über das Thema sexuelle Belästigung in Gang gebracht, wie bereits im Jahre 2014 nach den Äußerungen eines deutschen Politikers gegenüber einer Journalistin heftig diskutiert wurde. Immer geht es um die selbstverständliche verbale oder auch körperliche Übergriffigkeit, der sich Frauen im Alltagsleben und eben auch am Arbeitsplatz ausgesetzt sehen. Diese Übergriffigkeit gehört offensichtlich zur Struktur unseres gesellschaftlich gelebten Geschlechterverhältnisses, denn sonst wären die Erfahrungen, die Frauen damit machen, nicht in der Häufigkeit abgebildet, in der sie jetzt öffentlich werden.

Lange ist das Thema "sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz" tabuisiert oder als "Nischenthema" spaßbefreiter Feministinnen behandelt worden, obwohl in Untersuchungen immer wieder darauf hingewiesen wurde, welche Relevanz es für die chancengleiche Teilnahme von Frauen im Arbeitsleben hat. Die Betroffenenstruktur belegt eindeutig, dass Frauen die weitaus größte Gruppe der Opfer dieses Verhaltens sind und nur ausnahmsweise auch Männer davon betroffen werden. In diesem Fall geht das Verhalten dann aber meistens nicht von Frauen aus, sondern von anderen Männern.

Mit in Kraft treten des sogenannten "Beschäftigtenschutzgesetzes" 1996 gab es zwar zivilrechtliche Verbote und Sanktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers gegen übergriffiges Verhalten im Arbeitsverhältnis, diese wurden aber erst durch die Überführung dieser Bestimmungen in das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) näher ins Bewusstsein der betrieblichen Akteure und der Arbeitsgerichte gerückt. Strafrechtlich war solches Verhalten zudem bis zum Jahre 2016 nur zu ahnden, wenn es die Tatbestände der Nötigung oder Vergewaltigung verwirklichte. Erst die Vorfälle in der Silvesternacht 2015/16 führten dann zur Änderung des deutschen Strafrechts. Anlass war das übergriffige Verhalten "fremder" Männer gegen "unsere" Frauen. Dass auch hierzulande sexuelle Belästigung und sexistisches Verhalten von Männern zum Alltag von Frauen gehörte, wurde bis dahin heruntergespielt und die seit gut 120 Jahren (5) bestehende Forderung der deutschen Frauenbewegung nach einer Änderung des Strafrechts überhört. Erst seit der Strafrechtsreform 2016 wird sexuelle Belästigung von Frauen im öffentlichen Raum jetzt unter Strafe gestellt.

Sowohl zivilrechtliche als auch strafrechtliche Normen bilden demnach den Rahmen für angemessenes Verhalten zwischen den Geschlechtern.

Betriebsräte und Arbeitgeber haben darüber zu wachen, dass die geltende Rechtsordnung eingehalten wird und vor allem dafür zu sorgen, dass ein Bewusstsein - insbesondere bei Führungskräften - darüber entsteht, was eine sexuelle Belästigung ist, und welches Verhalten in einem betrieblichen Kontext nicht geduldet werden darf.

Das AGG schreibt dafür in § 12 präventive Maßnahmen des Arbeitgebers vor, die vor allem in Schulungen seiner Mitarbeitenden bestehen sollen.

Prävention - was heißt das?

Präventionsarbeit bezieht sich dabei insbesondere auf die Bewusstseinsbildung, denn erfahrungsgemäß fällt es bei diesem Thema immer wieder schwer, die dafür notwendige Sachlichkeit aufzubringen, um die Verantwortlichkeit bei den Tätern zu sehen und nicht bei den Opfern. Die gesetzlichen Bestimmungen helfen zwar im Einzelfall die Täter zu sanktionieren, dafür muss das Vorkommnis aber zunächst betriebsöffentlich gemacht werden - und das erfordert nach den Erfahrungen der betroffenen Frauen immer noch viel Mut und Durchhaltevermögen. Sie sehen sich nach wie vor mit Stereotypen und Vorurteilen konfrontiert, die etwas über das Geschlechterverhältnis in unserer Gesellschaft aussagen und die dazu führen, dass viele Fälle gar nicht benannt werden, um das "Betriebsklima" nicht zu stören. Von "das hat sie ja selbst provoziert" bis zu "das meint der nicht so" sind fast alle stereotypen Schuldzuweisungen und Bagatellisierungen im Repertoire der Reaktionen auf eine benannte Belästigungssituation zu finden. Es geht bei dem Thema also vor allem darum, Geschlechterrollen und stereotype Verhaltensmuster bewusst zu machen und zu verändern. Hier scheint es bei vielen Menschen - sowohl bei Männern als auch bei Frauen - immer noch Nachholbedarf an Erkenntnissen zu geben.

Personalratsmitglieder und Gleichstellungsbeauftragte berichten immer wieder von ablehnenden Haltungen, wenn sie versuchen, Betroffene zu vertreten und Konsequenzen für die Belästiger einzufordern. Das führt dazu, dass sich viele Betroffene gar nicht trauen, die belästigende Situation als Verstoß gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz betriebsöffentlich zu machen.

Es geht also weniger um Sanktionen, als vielmehr um eine Veränderung der Betriebskultur im Umgang mit diesem Thema.

Betriebsvereinbarungen abschließen

Ein wichtiges Element für das Zusammenleben im betrieblichen Zusammenhang bleibt dabei nach einer gerade erschienenen Studie der Hans Böckler Stiftung (6) eine Betriebsvereinbarung. Diese soll helfen, verbindliche Rahmenbedingungen zu schaffen und für Transparenz und Handlungssicherheit sorgen. Ein wesentliches Element der Festlegungen in einer Betriebsvereinbarung sind dabei auf jeden Fall Schulungsmaßnahmen, da es letztlich weniger um rechtliche Sanktionen als vielmehr um Verhaltensänderungen und Erkenntnisse der Begründungszusammenhänge dieses Themas geht. Zusätzlich ist ein transparentes und strukturiertes Beschwerdeverfahren vorzuschreiben, und es sind klare Regelungen über mögliche Sanktionen zu treffen. Die "Verfahrenshoheit" muss dabei immer bei der betroffenen Person bleiben, denn letztlich ist die Frage, was eine sexuelle Belästigung ist, nicht über den Kopf derjenigen Person zu entscheiden, die sich davon betroffen fühlt.

Führungskräfte und Betriebsräte sind also bei diesem Thema in der Verantwortung, um die betriebliche Wirklichkeit vor allem im präventiven Sinne des § 1 AGG mit und nezugestalten und um Klarheit in den Umgang damit zu bringen.

Seminartipp:

[Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz als Aufgabe des Arbeitgebers](#) [Handlungspflichten und -möglichkeiten](#)

- (1) S. #meetoo
- (2) Vgl. #Aufschrei
- (3) Vgl. u. a. Untersuchung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes 2015, danach gaben 57 % der befragten Frauen an schon einmal am Arbeitsplatz sexuell belästigt worden zu sein.
- (4) Vgl. ebenda
- (5) Bereits im Jahre 1896 wurde ein Gesetzentwurf dazu in den deutschen Reichstag eingebracht
- (6) Sabine Oertelt-Prigione, Sabine Jenner: Prävention sexueller Belästigung, Study der Hans-Böckler-Stiftung Nr. 369, September 2017

Seminartipp:

» **Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz als Aufgabe des Arbeitgebers**
Handlungspflichten und -möglichkeiten
Empfohlene Veranstaltungsdauer: 2 Tage

» **Inhalt, Kontakt und Angebot**

Aktuelle Entscheidungen

I. Befristung bei Vorbeschäftigung

Seminartipp:

» **Personal Aktuell 2018**

Ein vorheriges Arbeitsverhältnis, in dem der Arbeitnehmer mit den gleichen Aufgaben betraut war, spricht grundsätzlich gegen den Sachgrund der Erprobung zur Befristung des Arbeitsvertrags (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG), da der Arbeitgeber bereits ausreichend Zeit hatte, die Fähigkeiten und Leistungen des Arbeitnehmers zu beurteilen.

LAG Köln, Urteil vom 30. Juni 2017 - 4 Sa 939/16

Rechtliche Neuerungen im Arbeits- und Sozialrecht

16.01.2018 Frankfurt/Main
24.01.2018 München
30.01.2018 Düsseldorf
07.02.2018 Stuttgart
13.02.2018 Berlin
» [mehr Termine ...](#)

Der Fall:

Der Kläger ist bei der Beklagten seit September 2014 als Leiter "Mechanische Fertigung und Produktionsprozesse/Lean-Management" beschäftigt. Im unbefristeten Arbeitsvertrag ist eine sechsmonatige Probezeit vereinbart worden. Mit Nachtragsvertrag vom 26.2.2015, der mit "Anstellungsvertrag" überschrieben war, vereinbarten die Parteien eine nachträgliche Befristung des Arbeitsverhältnisses bis zum 30.9.2015. Mit der Klage wandte sich der Kläger gegen die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses zum 30.9.2015. Er meint, ein Sachgrund für die Befristung bestehe nicht.

Die Lösung:

Die Klage hatte in beiden Instanzen Erfolg. Das Arbeitsverhältnis ist nicht durch Ablauf der Befristungszeit zum 30.9.2015 beendet worden. Denn die Befristungsvereinbarung ist unwirksam. Ein Sachgrund (§ 14 Absatz 1 TzBfG) besteht nicht bzw. ist nicht ausreichend von der Arbeitgeberin dargelegt worden.

Der Sachgrund der Erprobung gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG kommt nicht in Betracht, wenn die Dauer der Erprobungszeit in keinem angemessenen Verhältnis zur geplanten Tätigkeit steht. Ebenso verhält es sich, wenn der Arbeitgeber bereits ausreichend Zeit hatte, die Fähigkeiten des Arbeitnehmers hinreichend zu beurteilen. Ein vorheriges befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis, bei dem der Arbeitnehmer bereits mit ähnlichen Tätigkeiten betraut war, spricht gegen den Sachgrund der Erprobung. Der Kläger war im Zeitpunkt des Abschlusses des befristeten Arbeitsvertrages bereits fast sechs Monate mit den gleichen Aufgaben bei der Beklagten beschäftigt. Warum es eines weiteren Zeitraums von 6 Monaten bedurft haben soll, um die Kenntnisse und Leistungen des Klägers zu erproben, ist nicht nachvollziehbar.

Hinweis für die Praxis:

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Das BAG geht in der Regel davon aus, dass eine Befristung zur Erprobung mit einer maximalen Dauer von 6 Monaten gerechtfertigt ist. Lediglich bei hochqualifizierten Tätigkeiten mag eine längere Befristungsdauer angemessen sein. Insgesamt - wie hier im Fall - 12 Monate Befristungsdauer zur Erprobung sind durch den Arbeitgeber aber kaum begründbar.

II. Unangemessene Benachteiligung

Wird die gesetzliche Kündigungsfrist für den Arbeitnehmer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen erheblich verlängert, kann darin auch dann eine unzulässige, weil unangemessene Benachteiligung liegen, wenn die Kündigungsfrist für den Arbeitgeber in gleicher Weise verlängert wird.

BAG, Urteil vom 26. Oktober 2017 - 6 AZR 158/16

Der Fall:

Die klagende Arbeitgeberin beschäftigte den beklagten Arbeitnehmer seit Dezember 2009 als Speditionskaufmann in einer 45-Stunden-Woche gegen eine Vergütung von 1.400,00 Euro brutto. Im Juni 2012 unterzeichneten die Parteien eine Zusatzvereinbarung, wonach sich die einzuhaltende Kündigungsfrist für beide Seiten auf drei Jahre zum Monatsende verlängerte, und hob das monatliche Bruttogehalt auf 2.400,00 Euro zuzüglich Prämie an. Das Entgelt sollte bis zum 30. Mai 2015 nicht erhöht werden und bei einer späteren Neufestsetzung wieder mindestens zwei Jahre unverändert bleiben.

Nachdem ein Kollege des Beklagten festgestellt hatte, dass auf den Computern der Niederlassung im Hintergrund das zur Überwachung des Arbeitsverhaltens geeignete Programm "PC Agent" installiert war, kündigten der Beklagte und weitere fünf Arbeitnehmer am 27. Dezember 2014 ihre Arbeitsverhältnisse unter Beachtung der gesetzlichen Kündigungsfrist zum 31. Januar 2015. Die Klägerin will mit der Klage festgestellt wissen, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten bis zum 31. Dezember 2017 fortbesteht.

Seminartipp:

» [Arbeitsrecht für Führungskräfte](#)
[Kompetente Zusammenarbeit mit der Personalabteilung](#)
Empfohlene Veranstaltungsdauer: 2 Tage

» [Inhalt, Kontakt und Angebot](#)

Die Lösung:

LAG und BAG haben die Klage abgewiesen.

Die in AGB enthaltene Verlängerung der Kündigungsfrist benachteiligt den Beklagten im Einzelfall entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen. Sie ist deshalb nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Bei einer vom Arbeitgeber vorformulierten Kündigungsfrist, die wesentlich länger ist als die gesetzliche Regelfrist des § 622 Abs. 1 BGB, ist nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls unter Beachtung von Art. 12 Abs. 1 GG zu prüfen, ob die verlängerte Frist eine unangemessene Beschränkung der beruflichen Bewegungsfreiheit darstellt. Das LAG hat zu Recht eine solche unausgewogene Gestaltung trotz der beiderseitigen Verlängerung der Kündigungsfrist bejaht. Der Nachteil für den Beklagten wurde nicht durch die vorgesehene Gehaltserhöhung aufgewogen, zumal die Zusatzvereinbarung das Vergütungsniveau langfristig einfrore.

Hinweis für die Praxis:

Bei der Überprüfung von AGB geht die Rechtsprechung grundsätzlich davon aus, dass eine "geltungserhaltende Reduktion" unwirksamer Klauseln nicht möglich ist. Vielmehr ist die Klausel insgesamt unwirksam. An ihre Stelle tritt die gesetzliche Regelung.

Allerdings kann sich der "Verwender" der Klausel, hier also der Arbeitgeber, der den Arbeitsvertrag vorgegeben hat, nicht auf die Unwirksamkeit der Klausel berufen. Demgemäß hätte der Arbeitgeber, wenn er kündigen wollte, eine Kündigungsfrist von 3 Jahren einhalten müssen.

III. Aufstockungsverlangen bei Teilzeit

Berücksichtigt ein Arbeitgeber einen teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, der ihm den Wunsch nach einer Verlängerung seiner Arbeitszeit angezeigt hat, trotz dessen Eignung nicht bei der Besetzung eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes, geht der Anspruch des Arbeitnehmers auf Verlängerung seiner Arbeitszeit unter, sobald der Arbeitgeber den Arbeitsplatz mit einem anderen Arbeitnehmer besetzt. Hat der Arbeitgeber den Untergang des Anspruchs des Arbeitnehmers zu vertreten?

BAG, Urteil vom 18. Juli 2017 - 9 AZR 259/16

Der Fall:

Die Klägerin ist seit 1989 bei der Beklagten als Krankenschwester zuletzt in Teilzeit beschäftigt und verlangt mit dem Verfahren eine Erhöhung ihrer arbeitsvertraglichen Regelarbeitszeit. Mit Schreiben vom 9.2.2015 bekundete die Klägerin gegenüber der Beklagten unter Hinweis auf § 9 TzBfG ihr Interesse an einer Vollzeitstelle. Zum 1.4.2015 stellte die Beklagte fünf examinierte Krankenschwestern und Krankenpfleger in Vollzeit ein, ohne die Klägerin vorab über freie Stellen informiert zu haben.

Die Klägerin meint, sie habe gem. § 9 TzBfG Anspruch auf eine Vollzeitstelle. Für die von der Beklagten besetzten Stellen sei sie geeignet. Zudem leiste sie seit März 2012 erhebliche Überstunden. Jedenfalls schulde die Beklagte Schadensersatz in Form der Naturalrestitution und sei verpflichtet, ihr Angebot auf Abschluss eines Vollzeitarbeitsvertrages anzunehmen.

Die Lösung:

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. LAG und BAG haben sie, soweit sie noch Gegenstand des Berufungs- und Revisionsverfahrens war, abgewiesen. Die Klägerin hat aus § 9 TzBfG keinen Anspruch auf Erhöhung der Arbeitszeit mehr. Auch ein Anspruch auf Schadensersatz in Form der Erhöhung der regelmäßigen Arbeitszeit durch Verpflichtung der Beklagten zum Abschluss eines entsprechenden Vertrags besteht nicht.

- Nach § 9 TzBfG hat ein Arbeitgeber einen teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, der ihm den Wunsch nach einer Verlängerung seiner vertraglich vereinbarten Arbeitszeit angezeigt hat, bei der Besetzung eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes bei gleicher Eignung bevorzugt zu berücksichtigen, es sei denn, dass dringende betriebliche Gründe oder Arbeitszeitwünsche anderer teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer entgegenstehen.
- Der Beklagten ist die Erfüllung des etwaig bestehenden Anspruchs der Klägerin aus § 9 TzBfG aber aufgrund der Besetzung der freien Stellen zum 1. April 2015 unmöglich geworden mit der Folge, dass

Seminartipp:

» **Das Teilzeit- und Befristungsrecht**
Rechtliche Grundlagen und Handlungsmöglichkeiten

Empfohlene Veranstaltungsdauer: 1-2 Tage

» **Inhalt, Kontakt und Angebot**

der Anspruch ausgeschlossen ist (§ 275 Abs. 1 BGB). Denn es besteht nach den Einstellungen der 5 Arbeitnehmer kein „freier Arbeitsplatz“ mehr, der besetzt werden soll.

- Auch der Umstand, dass die Klägerin regelmäßig Mehrarbeit in erheblichem Umfang leistete, ändert daran nichts. § 9 TzBfG knüpft den Anspruch des Arbeitnehmers an das Vorhandensein eines freien Arbeitsplatzes. Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber einen neuen Arbeitsplatz schafft, um das Aufstockungsverlangen des Arbeitnehmers erfüllen zu können. Insbesondere erlegt das Gesetz dem Arbeitgeber nicht die Pflicht auf, zur Schaffung eines freien Arbeitsplatzes Überstunden abzubauen.
- Die Tatsache, dass die Beklagte das Verlangen der Klägerin dadurch vereitelt hat, dass sie 5 Stellen mit Vollzeitkräften besetzt hat, führt nicht dazu, dass die Klägerin Anspruch auf Schadensersatz in Form der "Naturalrestitution", also der Beschäftigung als Vollzeitkraft hat. Denn dafür besteht z. Zt. kein betrieblicher Bedarf mehr.
- Ob die Klägerin Anspruch auf Schadensersatz bzw. Entschädigung in Form von Geldersatz hat, bedurfte keiner Entscheidung, da die Klägerin einen entsprechenden Antrag nicht gestellt hat.

Hinweis für die Praxis:

Das vom BAG gefundene Ergebnis ist richtig, aber unbefriedigend. Denn das BAG trifft keine Aussage dazu, wie hoch der von der Klägerin möglicherweise zu verlangende Schadensersatz ist. Ist das die Vergütungsdifferenz zwischen der Vergütung der Teilzeit und der Vollzeitstelle? Sind Abschläge zu machen? In welcher Höhe?

Nicht nachvollziehbar ist für mich, dass die Klägerin (anwaltlich vertreten) nicht wenigstens hilfsweise finanziellen Schadensersatz verlangt hat. Denn dann hätte das BAG über diesen Gesichtspunkt entscheiden können. So wird es wohl eines weiteren Verfahrens durch die Instanzen bedürfen, um die Rechtslage klären zu lassen.

IV. Versetzung von Nacht- in Wechselschicht

Die Durchführung eines Betrieblichen Eingliederungsmanagements ist keine formelle Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Versetzung. Dies gilt auch in den Fällen, in denen die Anordnung des Arbeitgebers (auch) auf Gründe gestützt wird, die im Zusammenhang mit dem Gesundheitszustand des Arbeitnehmers stehen.

BAG, Urteil vom 18. Oktober 2017 - 10 AZR 47/17

Der Fall:

Der Kläger ist bei der Beklagten als Maschinenbediener tätig. Seit 1994 leistete er Wechselschicht (Frühschicht/Spätschicht), seit 2005 wurde er fast ausschließlich in der Nachtschicht eingesetzt. In den Jahren 2013 und 2014 war der Kläger jeweils an 35 Arbeitstagen arbeitsunfähig erkrankt. In der Zeit vom 2. Dezember 2014 bis 26. Februar 2015 war er aufgrund einer suchtbedingten Therapiemaßnahme arbeitsunfähig, danach wurde er wieder in der Nachtschicht beschäftigt. Am 25. März 2015 fand ein sog. Krankenrückkehrgespräch statt, welches von der Beklagten nicht als Maßnahme des BEM beabsichtigt und ausgestaltet war. Nach diesem Gespräch ordnete die Beklagte an, dass der Kläger seine Arbeit zukünftig in Wechselschicht zu erbringen habe. Der Kläger ist der Auffassung, die Anordnung sei bereits deshalb unwirksam, weil die Beklagte vor der Maßnahme kein BEM durchgeführt habe. Im Übrigen entspreche sie nicht billigem Ermessen im Sinne von § 106 GewO, § 315 BGB. Seine Interessen an der Beibehaltung der Nachtschicht seien nicht hinreichend berücksichtigt worden. Die Beklagte meint, eine Dauernachtschicht sei generell gesundheitlich belastender als jede andere Arbeitszeit. Deshalb habe sie mit der Versetzung prüfen dürfen, ob sich die gesundheitliche Situation des Klägers bei einem Einsatz in der Wechselschicht verbessere. Außerdem sei der Kläger bei Fehlzeiten in der Wechselschicht leichter ersetzbar als in der Nachtschicht.

Die Lösung:

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht gab ihr statt. Das BAG hat die Entscheidung des LAG aufgehoben und den Rechtsstreit zur weiteren Aufklärung an das LAG zurückverwiesen.

Die Durchführung eines BEM im Sinne von § 84 Abs. 2 SGB IX ist keine formelle Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Versetzung. Dies gilt auch in den Fällen, in denen die Anordnung (auch) auf Gründe gestützt wird, die im Zusammenhang mit dem Gesundheitszustand des Arbeitnehmers stehen. Maßgeblich ist vielmehr, ob die Weisung des Arbeitgebers insgesamt billigem Ermessen im Sinne von § 106 Satz 1 GewO, § 315 Abs. 1 BGB entspricht. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Mangels hinreichender

Seminartipp:

» Betriebliches Eingliederungsmanagement I Arbeitsunfähigkeit überwinden - Arbeitsplätze erhalten

30.01.2018 - 01.02.2018 Berlin

20.02.2018 - 22.02.2018 Düsseldorf

13.06.2018 - 15.06.2018 Hamburg

11.07.2018 - 13.07.2018 München

21.08.2018 - 23.08.2018 Travemünde/Ostsee

» mehr Termine ...

Feststellungen des LAG zu diesen Umständen konnte der Senat nicht abschließend entscheiden. Dies führt zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.

Hinweis für die Praxis:

Der Arbeitgeber ist zwar eigentlich gesetzlich gehalten, ein BEM durchzuführen, sofern die Voraussetzungen vorliegen, um eine Belastung oder Gefährdung des Arbeitsverhältnisses zu vermeiden. Tut er dies nicht, führt dies jedoch gerade nicht "automatisch" zur Unwirksamkeit der erfolgten Versetzung oder Kündigung. Stattdessen differenziert das BAG:

- Bei einer personenbedingten Kündigung wegen Krankheit entspricht es ständiger Rechtsprechung des BAG, dass ein unterlassenes BEM nicht automatisch zur Unwirksamkeit der Kündigung führt. Lediglich im Rahmen der Prüfung dieser Kündigung auf ihre soziale Rechtfertigung gem. § 1 KSchG steigen die Anforderungen an den Sachvortrag des Arbeitgebers (vgl. statt aller BAG, Urteil vom 20.11.2014 -2 AZR 755/13), wenn dieser ein BEM unterlassen hat.
- Das bedeutet aber auch, dass eine personenbedingte Kündigung wegen Krankheit bei Nichtanwendbarkeit des KSchG (etwa im Kleinbetrieb oder in der Wartezeit) nicht deshalb unwirksam ist, weil der Arbeitgeber zuvor kein BEM versucht hat (so ausdrücklich BAG, Urteil vom 22. Oktober 2015 - 2 AZR 720/14).
- Gleiches - so die aktuelle Entscheidung des BAG - gilt selbstverständlich auch für die Ausübung des Direktionsrechts durch den Arbeitgeber. Auch hier führt das Unterlassen eines BEM nicht "automatisch" zur Unwirksamkeit der Versetzung. Stattdessen wird das LAG nunmehr allein § 106 GewO zu prüfen haben. Das Ergebnis bleibt abzuwarten.

Wissenswertes

Politische Weichen für die Gestaltung des digitalen Wandels

Die Digitalisierung prägt bereits heute unser tägliches Leben, ob im Privaten oder auch bei der Arbeit - Tendenz steigend. Fortschreitende technologische Weiterentwicklung, vernetzte Geräte und intelligente Services führen in den Unternehmen zur digitalen Transformation.

Diese neuen Technologien, wie z. B. die künstliche Intelligenz, haben also erhebliche Auswirkungen auf Wirtschaft, Arbeit und Verbraucher. Um den digitalen Wandel allorts sinnvoll zu gestalten, bedarf es politischer Leitlinien und Initiativen. Die **Bundesministerien für Wirtschaft und Energie, für Arbeit und Soziales sowie der Justiz und für Verbraucherschutz** haben daher ein gemeinsames **Positionspapier** "Digitalpolitik für Wirtschaft, Arbeit und Verbraucher - Trends, Chancen, Herausforderungen" entwickelt.

In diesem Positionspapier werden politische Leitlinien für die Gestaltung des digitalen Wandels für die Wirtschaft, die Beschäftigten und Verbraucher formuliert. Zentrale Handlungsfelder und politische Initiativen werden dargestellt und die Anforderungen an eine künftige Digitalpolitik skizziert.

Laut Staatssekretär im Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Thorben Albrecht, "ist es notwendig, dass wir eine lernende Gesellschaft werden, damit die digitale Transformation ein Erfolg wird. Dazu bedarf es gezielter Investitionen in die Aus- und Weiterbildung, um berufliche Einstiege, Übergänge und Neuorientierung zu erleichtern. Der Staat und die Sozialpartner müssen dafür sorgen, dass ein steigendes Wohlstandsniveau bei allen Teilen der Bevölkerung ankommt und möglichst alle Menschen von den Chancen der Digitalisierung profitieren können."

Informieren Sie sich [hier](#), was Sie seitens der Politik erwarten dürfen.

Unser Inhouse-Tipp zu dem Thema:

- » **Vortrag: Arbeit 4.0 - Schöne neue Arbeitswelt - aktuelle Trends und Entwicklungen**
- » **Inhalt, Kontakt und Angebot**

Unsere Literaturempfehlung:

- » **Digitale Evolution**

Der besondere Seminartipp

Die neue Europäische Datenschutzgrundverordnung



Bringen Sie sich auf den aktuellen Stand. In nur 1 Tag!

Am 25. Mai 2018 tritt die EU-Datenschutzgrundverordnung (EU-DSGVO) europaweit in Kraft. In Deutschland wird zudem das bisherige Bundesdatenschutzgesetz durch ein neues, gänzlich anders aufgebautes Gesetz (BDSG-Neu) ersetzt.

Die Neuerungen treffen jedes Unternehmen jeder Branche und fordern in einer nur kurzen Umsetzungszeit, dass der Bereich Datenschutz in jedem Betrieb in seiner Gesamtheit überprüft und angepasst wird. Es müssen neue Prozesse geschaffen und existierende Muster, Checklisten, Vertragsdokumente und ggf. Betriebsvereinbarungen überarbeitet werden.

Veränderte Datenschutzgrundsätze fordern zudem angepasste technische und organisatorische Maßnahmen. Auch für den Beschäftigtendatenschutz ergeben sich zahlreiche Neuerungen. Damit sind Arbeitgeber und Arbeitnehmervertreter gleichermaßen gefordert.

Der besondere Seminartipp:

» **Die neue Europäische Datenschutzgrundverordnung Was die EU-DSGVO und das BDSG-Neu für deutsche Betriebe bedeutet**

Veranstaltungsdauer: 1 Tag

» **Termine, Inhalte, reservieren und anmelden.**

Praxistipp

Fehlzeiten Report 2017



Krise und Gesundheit - Ursachen, Prävention, Bewältigung

Im Fehlzeiten-Report, der jährlich vom Wissenschaftlichen Institut der AOK (WIdO), der Universität Bielefeld und der Beuth Hochschule für Technik Berlin herausgegeben wird, wird umfassend über die Krankenstandsentwicklung in der deutschen Wirtschaft informiert. Er analysiert detailliert die Arbeitsunfähigkeit in den einzelnen Branchen und deren Gründe und Muster.

In den diesjährigen 25 Fachbeiträgen werden schwerpunktmäßig Krisen als Wendepunkte für das eigene Leben, die Familie oder das Unternehmen und deren Auswirkungen auf die Leistungsfähigkeit und Gesundheit der Beschäftigten unter die Lupe genommen.

Neben Möglichkeiten zur Bewältigung von Krisen werden Angebote des Betrieblichen Gesundheitsmanagements dargestellt.

Sowohl persönliche Krisen, wie Krankheit oder Tod, als auch Krisen innerhalb des Unternehmens oder des Teams sowie berufsbedingte Gefährdungen haben Einfluss auf die Mitarbeiter und können oftmals gravierende Folgen mit somatischen Problemen bis hin zu einer eingeschränkten Erwerbstätigkeit haben. Die psychischen und sozialen Auswirkungen von Krisen und Unternehmen selbst können also erheblich sein. Für den Beschäftigten selbst können sie zur Ausgrenzung aus der Arbeitswelt und somit sozialen Isolation führen, dem Unternehmen droht der Verlust einer guten Fachkraft, häufig verbunden mit hohen Folgekosten.

Personalverantwortliche sowie alle, die mit Arbeits- und Gesundheitsschutz befasst sind, erfahren in diesem Ratgeber, wie Firmen bei kritischen Lebensereignissen Hilfestellung leisten können und welche Angebote ein Betriebliches Gesundheitsmanagement hinsichtlich Prävention und Bewältigung bieten kann.

[Fehlzeiten Report 2017](#)

Aktuelle Seminare

» **Fortbildung für zertifizierte Mediatoren
Praxisworkshop mit Fallsupervision**
16.01.2018 - 19.01.2018 Berlin

» **Betriebliches Eingliederungsmanagement III
Vertiefung rechtlicher und praktischer Fragen**
27.02.2018 - 02.03.2018 Berlin
03.07.2018 - 06.07.2018 Feldafing/Starnb. See
16.10.2018 - 19.10.2018 Münster
04.12.2018 - 07.12.2018 Würzburg

Für mehr Informationen oder Buchung einfach den
Seminarartikel anklicken!



» **Symposium: Behinderung und Beruf
Geballtes Wissen für SBV und Beauftragte des
Arbeitgebers**
10.04.2018 - 11.04.2018 Bremen

Meistgeklickter Artikel des letzten Newsletters

Können Mitarbeiter - ohne Mitbestimmung des Betriebsrats - von Gehaltanpassungen ausgeschlossen werden?



Zwischen einem tarifungebundenen Arbeitgeber und dem Betriebsrat sind für einen bestimmten Arbeitnehmer-Empfängerkreis (mehrere konkret aufgeführte Geschäftsbereiche) leistungsabhängige Prozentsätze vereinbart, um die deren Gehalt mindestens und höchstens ansteigt. Einer dieser konkret aufgeführten Geschäftsbereiche soll in Zukunft jedoch nicht mehr berücksichtigt werden. Geht das ohne Beteiligung des Betriebsrats?

In diesem Fall, so vom BAG am 21.2.2017 (1 ABR 12/15) entschieden, nein.

Denn im Ergebnis geht es nicht um eine mitbestimmungsfreie Festlegung des Empfängerkreises, (die sich allerdings je nach Sachlage am betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz § 75 Abs. 1 BetrVG messen lassen müsste - BAG 26.4.2016 - 1 AZR 435/14).

Vielmehr stellt die Herausnahme des Geschäftsbereichs einen (geänderten) Entlohnungsgrundsatz im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG dar und ist somit mitbestimmungspflichtig.

Bei tarifungebundenen Arbeitgebern sind Änderungen im Entgeltsystem meist mitbestimmungspflichtig. Dies setzt allerdings lt. einer weiteren Entscheidung des BAG - und das in dieser Deutlichkeit neu - voraus, dass die Entlohnungsgrundsätze, wie im oben genannten Fall, auch unter Mitbestimmung des Betriebsrats eingeführt wurden (BAG 24.1.2017 - 1 AZR 772/14). Dies dürfte in der Praxis eher die Ausnahme sein, zumal Betriebsräte bei der Einführung von Sonderzuwendungen wohl häufig nicht auf ihr Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bestehen.

In der NZA 2017, S.1217 ff. (1224) findet sich in diesem Zusammenhang folgender Klauselvorschlag für Sonderzuwendungen:

"Sonderzuwendung

1. Der Arbeitgeber gewährt dem Arbeitnehmer jährlich eine Sonderzuwendung. Sie wird zusammen mit dem Entgelt für den Monat November ausbezahlt.
2. Die Höhe der Sonderzuwendung wird vom Arbeitgeber spätestens einen Monat vor dem Auszahlungstermin nach billigem Ermessen festgesetzt. Die Bemessung der Höhe orientiert sich (sowohl)* an der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens (ggf. des Betriebs oder der Betriebsabteilung, für den oder die der Arbeitnehmer überwiegend tätig ist)* (als auch an der persönlichen Leistung des Arbeitnehmers)*. Eine Festsetzung der Sonderzuwendung auf „Null“ ist nicht ausgeschlossen.
3. Der Arbeitgeber behält sich vor, die Sonderzuwendung im Falle einer wirtschaftlichen Notlage mit einer Frist von einem Monat zum Kalendermonatsende ganz oder teilweise zu widerrufen. Das Gleiche gilt bei einer Umgestaltung des Entgeltsystems. Der widerrufliche Teil muss unterhalb der Grenze von 25 % der Gesamtvergütung bleiben.

4. Das tarifliche Entgelt und das gesetzliche Mindestentgelt bleiben dabei stets unangetastet. Die Festsetzung der Höhe der Sonderzuwendung nach Nr. 2 und die Ausübung des Widerrufsrechts nach Nr. 3 erfolgen unbeschadet der Regelung des § 87 BetrVG zur Mitbestimmung des Betriebsrats.
5. Wird die Sonderzuwendung nach Abschluss dieses Arbeitsvertrags in einer Betriebsvereinbarung geregelt, so gehen deren Regelungen ohne Rücksicht auf ihre Günstigkeit den Vorgaben des Arbeitsvertrags vor.

Ebenfalls interessant: "Mitbestimmungsfreie Anrechnung von Tariflohnerhöhungen auf außertarifliche Zulagen", können Sie auf [Twitter](#) verfolgen.



Kontakt & Impressum

Haben Sie noch Fragen?

Dann schreiben Sie uns bitte eine E-Mail:
admin@poko.de

Hat Ihnen unser Newsletter gefallen? Dann empfehlen Sie ihn weiter.

[Hier anmelden für diesen Newsletter](#)

Im [Newsletter-Archiv](#) finden Sie die aktuelle und ältere Ausgaben im PDF-Format.

Alle Angaben sind ohne Gewähr. Nachdruck und Weiterverbreitung nur für den persönlichen Gebrauch. Dieser Newsletter darf an Kollegen und Bekannte weitergeleitet werden, aber nicht nachgedruckt, auf CD-ROMs oder in Online-Angebote übernommen werden.



Um die Bilder unseres Newsletters direkt angezeigt zu bekommen, fügen Sie die Absender-Adresse zu Ihren Kontakten hinzu.

Sollten Sie kein Interesse an weiteren Newslettern haben, können Sie sich » [hier abmelden](#)

Impressum

Poko Newsletter für Führungskräfte und Mitarbeiter
Poko-Institut
Heidrun und Hans Dieter Rieder
Kaiser-Wilhelm-Ring 3a
48145 Münster

» info@personal.poko.de
» www.personal.poko.de

Redaktionsteam Poko Newsletter für Führungskräfte und Mitarbeiter:

» redaktion@poko.de

Tel. 0251 1350-1414
Fax. 0251 1350-500

Erscheinungstag: 01.12.2017
Nächste Ausgabe: 08.01.2018