

# Newsletter



## Arbeits- und Verkehrsrecht

Ausgabe 3 | 2012

### Themen:

- |  |         |
|--|---------|
| 1. Berücksichtigung von Vordienstzeiten .....            | Seite 1 |
| 2. Freistellungsanspruch des Betriebsratsmitglieds ..... | Seite 2 |
| 3. Rechtsprechung im Überblick .....                     | Seite 3 |

## Berücksichtigung von Vordienstzeiten bei der tariflichen Eingruppierung- EuGH entscheidet im Fall Tyrolean Airways

In den letzten Monaten gab es zahlreiche Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zu dem Thema Alterdiskriminierung. In einer aktuellen Entscheidung hat sich der EuGH nunmehr auch mit der Frage befasst, ob die Nichtberücksichtigung von Vordienstzeiten bei der tariflichen Eingruppierung und somit bei der Höhe des Gehalts eine verbotene Diskriminierung wegen des Alters darstellt.

**A**usgangspunkt der Entscheidung des EuGH war eine Klage des Betriebsrats der Tyrolean Airways.

Die Tyrolean Airways gehört ebenso wie die Lauda Air zum Konzern der Austrian Airlines, die wiederum 2009 von der Lufthansa AG übernommen wurde. Zur Senkung der Personalkosten wurde der Betrieb der Austrian Airlines inzwischen auf die Tyrolean Airways übertragen.

Wie viele Tarifverträge in der Luftfahrtbranche sehen auch die Tarifverträge der Tyrolean Airways vor, dass eine tarifliche Umgruppierung erst nach Vollendung einer

bestimmten Dienstzeit bei der entsprechenden Fluglinie erfolgt.

In dem streitigen Fall erfolgt die Umstufung von der Verwendungsgruppe A auf die höhere Verwendungsgruppe B nach Vollendung des dritten Dienstjahres und damit zwangsläufig erst drei Jahre nach der Anstellung als Flugbegleiter bei der Tyrolean.

Nicht berücksichtigt werden bei der Umgruppierung dahingegen die bereits erworbenen Vordienstzeiten, also der Zeitraum, die die Flugbegleiter von Tyrolean bei den zum gleichen Konzern gehörenden Fluglinien AUA und Lauda Air verbracht haben.

Sehr geehrte Leserinnen,  
sehr geehrter Leser,

Wissen ist Macht, sagt man. Wir würden es anders formulieren: Wissen ist Voraussetzung für Erfolg. Und weil Ihr Erfolg das Ziel unserer Bemühungen ist, geben wir unser Wissen gerne an Sie weiter.

Mit unseren Mandantenrunden schreiben und interessanten Veröffentlichungen informieren wir Sie über die aktuellen Entwicklungen im Arbeitsrecht und dabei schwerpunktmäßig über Ihre Rechte als Pilot, als Flugbegleiter sowie als Betriebsrat.

Viel Spaß bei der Lektüre dieses Newsletters.

Mit freundlichen Grüßen

Ihre Anwaltskanzlei

*Stüben*

### Kontakt:

Tanja Stüben LL.M.  
Rechtsanwältin

Falkenweg 1  
D-65527  
Niedernhausen/Wildpark  
Tel: +49 (0)176-96131636  
Fax: +49 (0)32-221739276

[mail@kanzlei-stueben.de](mailto:mail@kanzlei-stueben.de)  
[www.kanzlei-stueben.de](http://www.kanzlei-stueben.de)

Der Betriebsrat der Tyrolean sah in der Nichtberücksichtigung der Vordienstzeiten eine Diskriminierung wegen des Alters und klagte gegen die aus seiner Sicht erfolgte unrichtige Gehaltseinstufung.

Er brachte im Prozess vor, dass die Fähigkeiten und Kenntnisse, die das Personal bei den drei Luftlinien des Konzerns erwerbe, inhaltlich identisch seien. Sie unterschieden sich nur in Kleinigkeiten, so beispielsweise darin, dass sich die Küche in den verwendeten Flugzeugen an verschiedenen Orten befinde.

Mit Urteil vom 7. Juni 2012 entschied der EuGH, dass die Nichtberücksichtigung von Vordienstzeiten keine Diskriminierung wegen des Alters darstellt.

Aus Sicht des EuGH führt die zwischen den Parteien in Streit stehende tarifvertragliche Klausel nicht zu einer Alterdiskriminierung, weil die Nichtberücksichtigung von Vordienstzeiten nicht unmittelbar vom Alter abhängig ist. Die tarifvertragliche Klausel knüpft vielmehr an die erworbene Berufserfahrung an und zwar konkret an das Einstellungsdatum. Damit aber werden sowohl jüngere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer als auch ältere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der strittigen Frage gleich behandelt. Bei allen Altersgruppen erfolgt die Höhergruppierung erst drei Jahre nach der Einstellung.

EuGH, Urteil vom 07.06.2012, Aktenzeichen: C-132/11

#### Fazit:

Die in der Praxis häufig verwendete Klausel, nach der Ansprüche der Arbeitnehmer von bestimmten Dienstjahren bei einer konkreten Airline abhängig gemacht werden, ist - mit Blick auf die Entscheidung des EuGH - nicht wegen Altersdiskriminierung unwirksam.

Trotz allem führen solche Klauseln zu zumeist sachlich nicht gerechtfertigten Schlechterstellungen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern.

Doch auch ein Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz kann darin nicht gesehen werden. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass eine Airline in solchen Fällen nur den für sie geltenden Tarifvertrag umsetzt, also eine eigene Entscheidungsbefugnis nicht hat.

Eine tarifliche Schlechterstellung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die konzernintern den Arbeitgeber wechseln, kann demnach nur im Rahmen von Tarifverhandlungen durch den Abschluss entsprechender Tarifverträge vermieden werden.

## Freistellungsanspruch des Betriebsrats Arbeitgeber legt Zeitraum nach billigem Ermessen fest

**In der betrieblichen Praxis von Betriebsräten kommt es immer wieder vor, dass Betriebsratsaufgaben auch während der Freizeit des Betriebsratsmitglieds erledigt werden müssen. Für dieses „Freizeitopfer“ erhalten die Betriebsratsmitglieder einen Freistellungsanspruch. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat sich nun mit der Frage befasst, wer festlegt, wann der Freistellungsanspruch des Betriebsrats erfüllt wird. Legt das Betriebsratsmitglied oder aber der Arbeitgeber den Freistellungszeitraum fest?**

**A**usgangspunkt der Entscheidung des BAG war eine Klage eines Betriebsratsmitglieds. Dieses hatte im ersten Quartal 2009 im Umfang von 77,16 Stunden außerhalb seiner persönlichen Arbeitszeit Betriebsratsaufgaben erledigt.

Hierfür begehrte er einen Ausgleich durch Arbeitsbefreiung zum einen in der Zeit vom 25. bis 28. März 2009 und zum anderen am 10., 12. und 15. Juni 2009.

Die Parteien verständigten sich auf eine Freistellung vom 25. bis 28. März 2009 sowie an den - von der Beklagten vorgeschlagenen - Tagen 7. und 8. April 2009. Mit dem weiteren Vorschlag der Beklagten, den Kläger in den Osterferien am 14., 16., 17. und 18. April 2009 freizustellen, erklärte sich dieser nicht einverstanden.

Nach seiner eigenen Angabe wurde ihm „nichtsdestotrotz ... mitgeteilt, er sei an diesen Tagen nicht zur Arbeit eingeteilt ist“. Die Beklagte, die ein Beförderungsunternehmen betreibt,

teilte dem klagenden Betriebsratsmitglied mit, dass sie während der Osterferien neun Fahrer weniger benötigt. Der Kläger war mit der Freistellung nicht einverstanden.

Er war der Auffassung, die Beklagte habe keine ordnungsgemäße Freistellung erklärt, denn sie dürfe die zeitliche Lage der Arbeitsbefreiung für außerhalb der persönlichen Arbeitszeit geleistete Betriebsratsstätigkeit nicht einseitig bestimmen. Sie müsse vielmehr die Wünsche des Betriebsratsmitglieds berücksichtigen, sofern diesen keine betriebsbedingten Gründe entgegenstünden.

Das Gericht folgte der Auffassung des Betriebsratsmitglieds nicht.

Nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG hat ein Betriebsratsmitglied zum Ausgleich für Betriebsratsstätigkeit, die aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit durchzuführen ist, Anspruch auf entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts.

Die Arbeitsbefreiung ist gemäß § 37 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 BetrVG vor Ablauf eines Monats zu gewähren.

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, den Freistellungsanspruch zu erfüllen, wobei er aber nicht im Sinn einer Ausschlussfrist an die gesetzliche Monatsfrist gebunden ist (vgl. BAG 25. August 1999 - 7 AZR 713/97 - zu II 2 der Gründe, BAGE 92, 241).

Wie bereits der Wortlaut des § 37 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 BetrVG ausdrückt („ist ... zu gewähren“), bedarf die Freistellung keiner Einigung, sondern einer empfangsbedürftigen gestaltenden Erklärung des Arbeitgebers, mit der er zum Zweck der Erfüllung des Arbeitsbefreiungsanspruchs nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG auf sein vertragliches Recht auf Leistung der geschuldeten Dienste in einem bestimmten Umfang verzichtet und die Arbeitspflicht des Betriebsratsmitglieds zum Erlöschen bringt (vgl. auch BAG 13. Juni 1990 - 7 AZR 206/89 - zu 1 der Gründe).

Es handelt sich damit um eine Weisung zur Verteilung der Arbeitszeit iSv. § 106 Satz 1 GewO. Mit der Bestimmung der Zeit der Arbeitsleistung wird zugleich auch die Zeit bestimmt, während derer ein Arbeitnehmer keine Arbeit zu leisten hat. Beide Festlegungen unterliegen dem Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 Satz 1 GewO.

Das ermöglicht es dem Arbeitgeber, die im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht im Einzelnen nach Zeit, Art und Ort nach billigem Ermessen iSv. § 315 Abs. 3 BGB zu bestimmen (vgl. BAG 23. September 2004 - 6 AZR 567/03 - zu IV 1 der Gründe, BAGE 112, 80).

Entgegen der Auffassung des Klägers musste die Beklagte bei der Arbeitsbefreiung seine Wünsche nicht entsprechend § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrtG bevorzugt berücksichtigen.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 15.02.2012, Aktenzeichen: 7 AZR 774/10

#### Fazit:

Das BAG hat mit seiner Entscheidung den Freistellungswünschen von Betriebsratsmitgliedern Grenzen gesetzt. Diese benötigen für die Freistellung an bestimmten Tagen zum Ausgleich erledigter Betriebsratsaufgaben die Zustimmung des Arbeitgebers.

## Aktuelle Rechtsprechung



### Verwertung von Videoaufzeichnungen im Kündigungsschutzprozess

In einem Kündigungsschutzprozess dürfen Videoaufzeichnungen zur Überführung eines angeblich bei einem Diebstahl „erwischten“ Arbeitnehmers nur eingeschränkt genutzt werden.

Hierbei kommt es darauf an, ob das Aufklärungsinteresse des Arbeitgebers oder aber Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts des Arbeitnehmers im Einzelfall Vorrang verdient.

Das Bundesarbeitsgericht entschied, dass das Aufklärungsinteresse des Arbeitgebers nur dann höheres Gewicht verdient, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers bestand und es zudem keine Möglichkeit zur Aufklärung durch weniger einschneidende Maßnahmen (mehr) gab und die Videoüberwachung insgesamt nicht unverhältnismäßig war. Nur unter diesen strengen Voraussetzungen steht das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) der verdeckten Videoüberwachung auch an öffentlich zugänglichen Arbeitsplätzen nicht entgegen.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 21. Juni 2012, Aktenzeichen: 2 AZR 153/11



### Bußgeld auch bei Wegdrücken eines Anrufs auf dem Handy während der Fahrt

Auch das Aufnehmen eines Handys während der Fahrt, um einen eingehenden Anru zurückzuweisen, rechtfertigt die Verhängung eines Bußgeldes. Das entschied das Oberlandesgericht Köln unlängst in einem aktuellen Urteil.

Der Fahrer verteidigte sich im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens damit, dass von einer verbotenen "Benutzung" des Handys keine Rede sein könne. Schließlich habe er durch Drücken der Taste fürs Auflegen oder Abschalten des Handys gerade das Gegenteil einer Benutzung erreicht – nämlich kein Gespräch zu führen und seine Fahrt ungestört fortzusetzen.

Das sah das Gericht anders. Ein Verstoß gegen § 23 StVO liege bereits vor, wenn man ein Handy "benutzt", es also in die Hand nimmt. Es sei nicht einmal erforderlich, dass tatsächlich eine Telefonverbindung hergestellt wird. Auch ist es unerheblich, ob und aus welchen Gründen eine Telefonverbindung scheitert. Die Benutzung eines Mobiltelefons im Sinne der Verbotsvorschrift liegt also auch vor, wenn der Betroffene das Gerät aufnimmt und es nach Ablesen der Telefonnummer des Anrufers ausschaltet, um, wie es in der Antragsbegründung heißt, "nicht weiter abgelenkt zu werden".

Das OLG Köln entschied im Übrigen auch, dass sämtliche Bedienfunktionen vom Verbot des § 23 StVO umfasst sind. Das gelte auch für ein integriertes Navi (OLG Köln - Az.: 81 Ss-OWi 49/08)

Ebenso ist nach dem OLG Hamm das Ablesen der Uhrzeit vom Display ebenso ordnungswidrig wie das Lesen einer SMS oder einer Telefonnummer im Display (OLG Hamm - Az.: 2 Ss OWi 177/05; 2 Ss OWi 1005/02; 2 Ss OWi 402/06).

Oberlandesgericht Köln, Urteil vom 9.02.2011, Aktenzeichen: III-1 RBS 39/12).



## Loss-of-License Zum Umfang der Beantwortung von Gesundheitsfragen

In dem streitigen Fall beantragte der Versicherte Leistungen aus seiner Berufsunfähigkeitsversicherung, weil er seinen Beruf als Hausarzt nicht mehr ausüben konnte. Die Versicherung erklärte daraufhin den Rücktritt vom Vertrag, weil er Gesundheitsfragen falsch beantwortet habe, indem er vor Abschluss des Vertrages den bei einer Untersuchung festgestellten, erhöhten Blutwert, nicht angegeben hatte.

Das Gericht verurteilte den Versicherer zur Zahlung. Der Versicherungsnehmer habe keine falschen Angaben gemacht.

Ein vereinzelter erhöhter Blutwert ist nur ein Parameter bei der Diagnose von Krankheiten und stellt für sich genommen noch keine Gesundheitsstörung dar. Eine Gesundheitsstörung liegt nach dem allgemeinen Sprachgebrauch erst bei der Diagnose einer Krankheit oder beim Auftreten von Beschwerden vor, die den Verdacht auf das Vorliegen einer behandlungsbedürftigen Krankheit begründen.

Stellt der Versicherer bei Abschluss einer Berufsunfähigkeitsversicherung in einem Fragenkatalog zur Risikoeinschätzung nur allgemeine Fragen nach Krankheiten, Gesundheitsstörungen und Beschwerden, muss der Versicherungsnehmer einen einzelnen erhöhten Blutwert daher nur angeben, wenn dieser erhöhte Blutwert bereits für sich genommen den sicheren Schluss auf das Vorliegen einer behandlungsbedürftigen Krankheit zulässt und dem Versicherungsnehmer dieser Umstand bekannt ist oder wenn der Schluss auf das Vorliegen einer behandlungsbedürftigen Krankheit für den Versicherungsnehmer aufgrund der ihm bekannten Umstände - auch unter Berücksichtigung eines Sonderwissens als Arzt - naheliegend ist.

Landgericht Heidelberg, Urteil vom 18.10.2011, Az.: 2 O 201/09



## Gesetzliche Änderungen bei der Hauptuntersuchung (HU)

Zum 01. Juli 2012 haben sich die gesetzlichen Regelungen zur HU geändert. Im Wesentlichen handelt es sich dabei um Folgendes:

### Mangelbaum

Sämtliche Prüfstellen arbeiten in Zukunft mit einem einheitlichen und abgestimmten "Mangelbaum". Damit werden Mängel künftig nach einem einheitlichen System erfasst und damit detaillierte Hinweise an den Autofahrer ermöglicht.

Auch wurde die Einstufung der Mängel verschärft. Nur noch in reinen Bagatellsachen erfolgt eine Einstufung als gering, wie beispielsweise bei einem unvollständigen Verbandskasten.

### Rückdatierung

Es verbleibt dabei, dass alle zwei Jahre eine HU durchzuführen ist. Allerdings entfällt künftig die Rückdatierung. Der Zeitpunkt, ab dem die Frist für eine erneute HU zu laufen beginnt, ist damit nun der Zeitpunkt der tatsächlich durchgeführten HU. Die erteilte HU-Plakette gilt damit volle 24 Monate.

### Ergänzungsuntersuchung

Wird der fällige Untersuchungstermin um mehr als 2 Monate überzogen, wird künftig eine Ergänzungsuntersuchung durchgeführt. Zusätzliche Kosten von bis zu 20% sind die Folge.

### Abgasuntersuchung

Zudem gilt, dass die Teiluntersuchung Abgas maximal 2 Monate vor der HU durchgeführt werden darf, wenn sie nicht Gegenstand der HU ist.

### Probefahrt

Zu Beginn jeder HU wird nunmehr vom Prüfer eine Probefahrt mit mindestens 8 Stundenkilometern durchgeführt. Dies hat den Zweck, alle elektronischen Systeme des Fahrzeugs zu aktivieren.



## Parken auf Gaststättenparkplatz außerhalb der Öffnungszeiten

Ein Restaurantbetreiber darf ein Fahrzeug abschleppen lassen, das außerhalb der Öffnungszeiten unbefugt auf dem Parkplatz des Restaurants abgestellt wurde. Dies gilt selbst dann, wenn der Parkende später als Gast das Restaurant besuchen möchte.

Dies ist Gegenstand einer aktuellen Entscheidung des Amtsgerichts Lübeck.

Das Gericht war der Auffassung, auf dem Parkplatz einer Gaststätte dürfen nur Gäste parken und dies seien nur solche Personen, die die Gaststätte während der Öffnungszeiten tatsächlich besuchen, nicht aber solche, die einen zukünftigen Besuch lediglich behaupten. In diesem Fall stelle das Parken auf dem Parkplatz einer Gaststätte eine verbotene Eigenmacht dar, die den Gaststättenbesitzer zum Abschleppen befugt.

AG Lübeck vom 20.02.12-Az:33 C 3926/11