

A NEWSLETTER FROM
MANNHEIMER SWARTLING

SEPTEMBER 2010

Newsletter Arbeitsrecht Deutschland



KONTAKTPERSONEN:

Rechtsanwälte

Dr. Christian Bloth,
Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Frankfurt (Editor)

Bettina Kreimer, Frankfurt

Alper Ardali, Frankfurt

Thereze Falkjær Jensen, Berlin

Ulf Christoph Lohrum, LL.M, Berlin

Dr. Kerstin Kamp-Wigforss, Stockholm

E-MAIL

MannheimerSwartling
Arbeitsrechts-News@msa.se

MANNHEIMER SWARTLING

FRANKFURT AM MAIN

Bockenheimer Landstraße 51–53

60325 Frankfurt am Main

Tel: +49 69 97 40 12 0

Fax: +49 69 97 40 12 10

BERLIN

Mauerstraße 83/84

D-10117 Berlin

Tel: +49 30 22 66 99 0

Fax: +49 30 22 66 99 10

www.mannheimerswartling.de

**DIESER NEWSLETTER
ERFOLGT ZU INFORMATIONEN-
ZWECKEN UND NICHT ZUR
RECHTSBERATUNG. UNTER
ANGABE DER QUELLE DÜRFEN
DIE BEITRÄGE VERBREITET
UND ZITIERT WERDEN.**

Editorial

SEHR GEEHRTE DAMEN UND HERREN,

Unser arbeitsrechtlicher Newsletter behandelt Entscheidungen der Gerichte aus verschiedenen Gebieten des Arbeitsrechts wie dem Betriebsverfassungsrecht, dem AGG, dem Kündigungsschutzrecht, aber auch in Bezug auf europäische Diskriminierungsvorschriften. Das BAG hat dem EuGH die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob dem abgelehnten Stellenbewerber gegenüber dem Arbeitgeber ein Auskunftsanspruch zusteht, dem erfolglosen Bewerber die Ablehnung tragenden Gründe mitzuteilen. Würde dies Realität werden, so droht für den Arbeitgeber erhebliche Arbeit, die besondere Sorgfalt bei Beantwortung einer Auskunftsanfrage erforderlich macht. Wir gehen weiter – auf Grund einer Entscheidung des LAG München – der Frage nach, ob und in welchem Maße Unterlassungsansprüche gegen den Betriebsrat, die das BAG nicht mehr anerkennen möchte, evtl. persönlich gegen einzelne Betriebsratsmitglieder durchgesetzt werden können. Dass Betriebsratsarbeit teuer ist, haben viele Arbeitgeber zu spüren bekommen. Die beiden beschriebenen Entscheidungen machen dies deutlich, wobei die Frage, ob auch Betriebsratsmitgliedern einzelne Emailanschlüsse zustehen können, heute eigentlich nicht mehr die Gerichte beschäftigen sollte. Bei der Übernahme von Kinderbetreuungskosten für ein Betriebsratsmitglied, insbesondere wenn eine andere Person im Haushalt zur Verfügung steht, diese Betreuung zu übernehmen, liegt die Kostentragung des Arbeitgebers nicht unbedingt nahe. Den Bereich der Diskriminierung tangiert auch die Frage, auf welche Lohnbestandteile schwangere Arbeitnehmerinnen Anspruch haben, wenn Lohnbestandteile tätigkeitsbezogen sind. Diese Frage hat der EuGH nunmehr beantwortet. Dass das Recht der fristlosen Kündigung Glatteis ist, wissen alle Beteiligten zumindest seit den verschiedenen „Emily“ Verfahren. Aber auch bei sprachlichen Entgleisungen eines Mitarbeiters gegenüber Kollegen oder Kunden ist der Ausgang eines Prozesses und die Berechtigung einer fristlosen Kündigung nicht vorhersehbar, wie der abschließende Artikel zeigt. Wir wünschen eine interessante Lektüre.

DR. CHRISTIAN BLOTH



**MANNHEIMER
SWARTLING**



Auskunftsanspruch eines abgelehnten Stellenbewerbers

Muss der Arbeitgeber einem Bewerber, dem er im Hinblick auf eine Stellenausschreibung eine Absage erteilt, erklären, wieso er sich nicht für ihn entschied, bzw. ob er anstelle seiner einen anderen Bewerber einstellte? Die Antwort hierauf könnte für den Arbeitgeber weitreichende Konsequenzen haben, da er in diesem Fall stets das Risiko eingehen würde, sich zur Zahlung einer Entschädigung zu verpflichten, wenn sich aus der Antwort Anzeichen für diskriminierende Erwägungen bei der Entscheidung ergäben. Auf der anderen Seite ist es so, dass dem Arbeitnehmer es künftig nicht möglich sein wird, die internen Beweggründe einer Personalentscheidung zu erkennen. Er ist auf nach außen erkennbar werdende Indizien angewiesen. Das AGG selbst hält auf diese Frage keine Antwort bereit.

Das BAG sah sich in seinem Beschluss vom 20. Mai 2010 (Az.: 8 AZR 287/08) an einer abschließenden Beantwortung dieser Frage gehindert und legte sie stattdessen dem EuGH zur Entscheidung vor, da schließlich das AGG auf europäischen Richtlinien gegen Diskriminierung beruht.

Die Klägerin des Verfahrens wurde in Russland geboren und absolvierte dort ein Studium, welches in Deutschland mit einem Informatikstudium an der Fachhochschule vergleichbar ist. Sie bewarb sich am 5. Oktober 2006 auf eine Stellenanzeige der Beklagten und bekam sechs Tage darauf eine Absage zugesandt. Nachdem die

Beklagte nur acht Tage später eine weitere Stellenanzeige gleichen Inhalts schaltete, bewarb sich die Klägerin erneut. Letzteres mit demselben Ergebnis, sie erhielt wiederum eine Absage, ohne auch nur zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden zu sein.

Die Klägerin beehrte daraufhin eine Entschädigungszahlung in Höhe von sechs Monatsgehältern á EUR 3.000,00 und begründete ihre Forderung mit Vorurteilen der Beklagten hinsichtlich ihres Geschlechts, ihrer ethnischen Herkunft und ihres Alters, d.h. allesamt Merkmale, die unter den Schutzbereich des AGG fallen. Gemäß § 15 Abs. 2 S. 1 AGG stünde der Klägerin dieser Anspruch zu, wenn die Beklagte im Rahmen des Bewerbungsverfahrens tatsächlich – wie von der Klägerin behauptet – gegen das Benachteiligungsverbot aus § 7 Abs. 1 AGG verstoßen hätte und sie als Bestqualifizierte bei Nichtdiskriminierung die Stelle erhalten hätte.

Nach deutschen zivilprozessrechtlichen Regeln muss grundsätzlich derjenige die anspruchsbegründenden Tatsachen beweisen, der den Anspruch geltend macht. Dies wäre demnach die Klägerin. Da es einem Bewerber jedoch regelmäßig unmöglich ist, interne Entscheidungsprozesse eines Arbeitgebers offen zu legen, hat der Gesetzgeber zu Gunsten des Bewerbers in § 22 AGG eine Beweiserleichterung geschaffen. Danach muss ein abgelehnter Bewerber nur Indizien beweisen, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vermuten lassen. Gelingt ihm dies, trägt der Arbeitgeber sodann die volle Beweislast dafür, keinen solchen Verstoß begangen zu haben.

Vorliegend hatte die Klägerin erfolgreich dargelegt, das Anforderungsprofil an die ausgeschriebene Stelle sowie von dem AGG

geschützte Merkmale zu erfüllen. Ferner sah das BAG in der zweifachen Ablehnung der Bewerberin, ohne zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen worden zu sein, an sich eine Benachteiligung der Klägerin. Fraglich ist jedoch geblieben, ob diese Benachteiligung konkret auf eine Verletzung dieser Merkmale zurückzuführen war.

Das BAG stellte insoweit fest, dass ein solcher Ursachenzusammenhang nicht bereits darin gesehen werden kann, dass die Klägerin das Anforderungsprofil erfüllte, aber nicht zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen wurde. Hierfür könne es vielfältige andere Ursachen gegeben haben, gegen die das AGG nicht gerichtet ist.

Da die Klägerin dies auf der Grundlage der ihr zur Verfügung stehenden Informationsquellen nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darlegen konnte, würde sie im Ergebnis nur dann eine Entschädigung erlangen können, wenn man den Arbeitgeber dazu verpflichtete, Auskunft über seine Auswahlentscheidung und die von ihm eingestellte Person zu erteilen. Einen solchen Auskunftsanspruch machte die Klägerin vorliegend geltend.

Das AGG sieht einen solchen Auskunftsanspruch grundsätzlich nicht vor, er ergebe sich auch nicht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, wie das BAG im Einzelnen darlegte. Das BAG hat jedoch nicht ausschließen können, dass ein solcher Auskunftsanspruch in diesem Fall dennoch zu gewähren sei, da anderenfalls die Beweiserleichterung aus § 22 AGG ins Leere laufen würde.

Die Antwort hierauf ist abhängig von einer Auslegung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien, weswegen das BAG die Entscheidungen dem EuGH vorlegte. Interessant ist der Schlusssatz des BAG, dass dann, wenn es einen solchen Anspruch gäbe, die Nichtbeantwortung der Frage evtl. ein Indiz für eine Diskriminierung sei.

Während die Antwort hierauf noch einige Zeit auf sich warten lassen wird, bleibt im Ergebnis nur zu hoffen, dass der EuGH nicht die Augen vor der Realität verschließt und das Risiko der Arbeitgeber bei Stellenausschreibungen nicht weiter vergrößert. Schließlich wäre es in Fällen, in denen sich mehrere Hundert Personen auf eine Stelle bewerben, eine kaum zu bewältigende Aufgabe, jedem Einzelnen Rechenschaft abzulegen und gleich hundertfach die Zahlung von Entschädigungen zu riskieren. Eine Beantwortung ohne Prüfung durch juristische Beratung erschien demnach kaum möglich.

ULF C. LOHRUM, UCL@MSA.SE

Doch kein Ende des Unterlassungsanspruchs?

Ambition der Gesetzgebung und Rechtspraxis im Arbeitsrecht sollte es sein, stets eine ausreichende Parität zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bzw. auch mit dem Betriebsrat herzustellen. Die Arbeitsgerichte spielen dabei gerade im Arbeitsrecht eine bedeutende Rolle.

Das Gleichgewicht von Arbeitgeber und Betriebsrat wurde jedoch durch eine jüngere Entscheidung des BAG vom 17. März 2010 (Az. 7 ABR 95/08) – wir berichteten in der letzten Ausgabe sowie auch im *AnwaltSpiegel* (Ausgabe 18/2010, www.deutscheranwaltspiegel.de) darüber – zu Lasten der Arbeitgeberschaft in ihrem Gleichgewicht wohl nicht gestört.

Überambitionierte Betriebsräte interpretieren häufig die ihnen im BetrVG gestellten Grenzen weit. In Fällen solcher Grenzübertritte sieht das BetrVG verschiedentliche Abhilfe je nach Betriebspartei in den §§ 23 und 74 BetrVG vor.

Dem Betriebsrat steht in § 23 Abs. 3 BetrVG ein ausdrücklicher Unterlassungsanspruch gegen den Arbeitgeber in Fällen von groben Verstößen zu. Um hier auch dem Arbeitgeber ein ähnlich effektives Mittel zu geben, hatte das BAG im Jahre 1980 durch Urteil vom 22. Juli (Az. 6 ABR 5/78) dem Arbeitgeber eben aus oben erwähnten Gleichgewichtsgründen auch einen Unterlassungsanspruch zur Hand gegeben, um sich gegen allzu renitente Betriebsräte zur Wehr setzen zu können. Andernfalls bliebe nur der Antrag auf Auflösung des Betriebsrats nach § 23 Abs. 1 BetrVG. Eine Auflösung ist in der Praxis sehr selten und nur unter engen Voraussetzungen möglich.

Mit seiner Entscheidung vom 17. März 2010 hat das BAG nun diese Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben.

Damit der Gedanke der Parität gewahrt bleibe, wies das BAG in dieser Entscheidung dann darauf hin, dass die Mittel des Arbeitgebers, gegen grobe Verstöße des Betriebsrats vorzugehen, eine Feststellungsklage, der Ausschluss einzelner Mitglieder aus dem Betriebsrat sowie die Auflösung des gesamten Betriebsrats nach § 23 Abs. 1 BetrVG seien. Ferner sollen durch Feststellungsklagen festgestellte Verstöße auch im Rahmen von Anträgen nach § 23 Abs. 1 BetrVG Berücksichtigung finden.

Noch in selbiger Entscheidung zeigt die Begründung des BAG jedoch auf, dass eine Feststellungsklage an unterschiedlichen Stellen Schwierigkeiten aufweist, welche beim Unterlassungsanspruch nicht bestanden. Ein Feststellungsanspruch kann in der Rechtspraxis nicht im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens durchgesetzt werden.

Auch die Mittel des § 23 BetrVG bleiben Extremfällen vorbehalten und sind keine Lösungswege für die tägliche Praxis.

In einer ersten Entscheidung nach dieser BAG Rechtsprechung deutet eine Entscheidung des LAG München vom 6. Mai 2010 (Az. 3 TaBVGa 10/10) darauf hin, dass Arbeitgeber vielleicht nicht nur auf die Feststellungsklage nach § 256 ZPO und auf die Ausschluss- und Auflösungsanträge des § 23 BetrVG gegen den Betriebsrat als Gremium angewiesen sind.

In dieser Entscheidung hatte das LAG über eine einstweilige Verfügung eines Einzelhandelsunternehmens gegen ein einzelnes Betriebsratsmitglied, dem Vorsitzenden des Gesamtbetriebsrats, zu urteilen. Das Verfahren galt also nicht dem Gremium, sondern der Person eines Mitglieds.

Im Kern wurde dem Vorsitzenden des Gesamtbetriebsrats vorgeworfen, mit einer E-Mail zum Arbeitskampf aufgerufen zu

haben. Eine Aktion, zu der nicht ein Betriebsrat, sondern nur eine Gewerkschaft berechtigt ist. Zwar handelte es sich bei dem E-Mail Konto wohl trotz des Bezugs auf den Firmennamen um eine private bzw. privat eingerichtete E-Mail-Adresse. Allerdings war die Gestaltung der E-Mail nicht privat. Sie verlieh der E-Mail einen „offiziösen Anstrich“, wie es im Urteil heißt.

Weiter hatte die Antragstellerin den Inhalt dieser E-Mail polemisch verzerrt und manipulativ in einem Aushang an die Belegschaft bekannt gegeben. Dies wertete das LAG München zwar als Verstoß der Arbeitgeberin – sie hätte sich auf eine weitgehend objektive Darstellung beschränken müssen –, doch erreichte die Pflichtverletzung der Arbeitgeberin nicht ein derartiges Maß, dass sie gehindert wäre den Anspruch nach § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG geltend zu machen.

Das wirklich überraschende an dieser Entscheidung ist jedoch, dass das LAG München einen Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers gegen ein einzelnes (Gesamt)Betriebsratsmitglied ohne weiteres zuerkannt hat. Eine Auseinandersetzung mit dem BAG Urteil findet in keiner Form statt.

Dies mag vielleicht daran liegen, dass dem LAG zu dem Zeitpunkt der Entscheidung das Urteil des BAG noch nicht bekannt war, obwohl das Urteil des BAG zwei Monate vorher im Rahmen einer Pressemitteilung veröffentlicht wurde. Es könnte auch daran liegen, dass das LAG München sich bewusst darüber hinweg gesetzt hat. Einiges spricht jedoch dafür, dass das LAG München einen Unterschied zwischen § 74 Abs. 2 S. 2 und S. 3 BetrVG und § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG sieht, welcher in dem vom LAG behandelten Fall entscheidend war. So ist auch der Wortlaut von § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG („unzulässig“) ein anderer als in S. 2 oder S. 3 („zu unterlassen“). Auch die Problematik der Nichtvollstreckbarkeit – welche das BAG in seiner Entscheidung bemüht – greift bei einer natürlichen Person, wie es einzelne Mitglieder des Betriebsrates sind, nicht durch.

Welche Gründe das LAG München tatsächlich zu dieser Entscheidung bewogen haben, werden zukünftige Urteile zeigen. Bis dahin bleibt es weiterhin spannend, wie die Gerichte in Zukunft mit diesem Thema umgehen und damit einhergehend, welches rechtliche Vorgehen am besten gewählt werden sollte.

Dem Arbeitgeber kann nur empfohlen werden, ggf. Betriebsräte, die persönlich die ihnen in ihrem Amt obliegenden Grenzen überschritten haben, auch persönlich durch Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen in die Pflicht zu nehmen.

ALPER ARDALI, ALP@MSA.SE

Der teure Betriebsrat

Wenn der Betriebsrat die für seine Tätigkeit erforderliche Ausstattung anschafft oder Voraussetzungen schafft, muss der Arbeitgeber für die Kosten aufkommen – dies ergibt sich aus § 40 BetrVG.

Das BAG hat sich in zwei neueren Entscheidungen mit diesem Thema befasst und zum einen entschieden, dass auch einzelne Betriebsratsmitglieder Anspruch auf Internetzugang und E-Mail haben (BAG vom 14. Juli 2010, AZ 7 ABR 80/08), und zum

anderen, dass der Arbeitgeber unter Umständen für die Kinderbetreuungskosten eines Betriebsratsmitglieds aufkommen muss (BAG vom 23. Juni 2010, AZ 7 ABR 103/08).

INFORMATIONEN- UND KOMMUNIKATIONSTECHNIK

Gemäß § 40 Abs. 2 BetrVG hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat für die laufende Geschäftsführung im erforderlichen Umfang Informations- und Kommunikationstechnik zur Verfügung zu stellen.

Geklagt hatte der aus fünf Mitgliedern bestehende Betriebsrat eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit. Alle Mitarbeiter im Betrieb haben einen PC am Arbeitsplatz, aber nur ca. 12 % der Mitarbeiter dürfen auch das Internet nutzen und nur ca. 25 % der Mitarbeiter haben eine eigene E-Mail-Adresse. Zu den Personen mit Internetzugang gehört der Leiter der Schadensaußenstelle, der sich im Internet auch über betriebsverfassungsrechtliche Themen informiert, um auf die Vorstellungen des Betriebsrats eingehen zu können. Der Vorsitzende des Betriebsrats und sein Stellvertreter haben jeweils Internetzugang und auch eine E-Mail-Adresse.

Der Betriebsrat verlangte vom Arbeitgeber die Einrichtung von Internetzugängen und E-Mail-Adressen für alle Betriebsratsmitglieder, hilfsweise einen nicht auf einzelne Betriebsratsmitglieder beschränkten Internetzugang. Der Arbeitgeber wies dies zurück und bot lediglich an, anstelle des Vorsitzenden und seines Vertreters zwei andere Mitglieder für die Einrichtung des Internetzugangs und E-Mail-Adressen zu benennen. Er führte den zusätzlichen finanziellen und administrativen Aufwand an und gab zu bedenken, dass jeder Zugang zum Internet die Gefahr, dass Viren etc. in das Netzwerk eindringen, erhöht.

Das Arbeitsgericht Duisburg hatte die Anträge des Betriebsrats abgewiesen, das LAG Düsseldorf hingegen den Hilfsantrag stattgegeben. Das BAG gab dem Betriebsrat vollumfänglich Recht und entschied, dass der Arbeitgeber den Internetzugang für alle Betriebsratsmitglieder freischalet und für alle Betriebsratsmitglieder eine E-Mail-Adresse einrichten muss.

Der Betriebsrat (und nicht der Arbeitgeber) hat nämlich zu beurteilen, ob ein Mittel der Informations- und Kommunikationstechnik der Erfüllung seiner Aufgaben dient bzw. erforderlich ist. Dem Betriebsrat steht bei seiner Beurteilung hierüber ein Spielraum zu. Dabei muss er die konkreten Verhältnisse im Betrieb und die eventuell entgegenstehenden Belange des Arbeitgebers berücksichtigen, insbesondere auch die entstehenden Kosten. Das BAG hatte in früheren Fällen bereits mehrfach entschieden, dass der Betriebsrat die Einholung von Informationen aus dem Internet als erforderlich für die Erfüllung seiner Aufgaben ansehen darf. Im konkreten Fall wurde das Internet auch von dem Schadenaußenstellenleiter genutzt, um sich über betriebsverfassungsrechtliche Themen zu informieren und auf Besprechungen mit dem Betriebsrat vorzubereiten. Das LAG Düsseldorf hatte bereits ausgeführt, dass es den berechtigten Interessen des Betriebsrats entspricht, seine Argumente durch Internetnutzung nachprüfen zu können. Auch die Einrichtung eigener E-Mail-Adressen, die eine externe Kommunikation ermöglichen, darf der Betriebsrat nach Ansicht des BAG für erforderlich halten. Im vorliegenden Fall fand das BAG nicht, dass berechnete Kosteninteressen des Arbeitgebers entgegenstanden, da die Betriebsratsmitglieder alle an PC-Arbeitsplätzen arbeiteten, so dass es lediglich der Freischaltung des Internetzugangs und der Einrichtung einer E-Mail-Adresse bedurfte.

KINDERBETREUUNGSKOSTEN

Gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG trägt der Arbeitgeber die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten.

Geklagt hatte hier eine alleinerziehende Mutter, die als Betriebsratsmitglied wegen der Teilnahme an zwei Sitzungen des Gesamtbetriebsrats und an einer Betriebsräteversammlung insgesamt zehn Tage verreist war und während dieser Zeit für die Betreuung ihrer minderjährigen Kinder (11 und 12 Jahre alt) die Dienste einer Kinderfrau in Anspruch nahm und dafür insgesamt € 600 zahlte. Die im Haushalt lebende volljährige berufstätige Tochter hatte die Betreuung ihrer Geschwister abgelehnt.

Das Arbeitsgericht Würzburg hatte den Arbeitgeber verpflichtet, die Kinderbetreuungskosten zu erstatten und führte nach Einvernahme aus, dass die Betreuung durch die volljährige Schwester im konkreten Fall nicht möglich gewesen sei. Der Arbeitgeber legte Beschwerde zum Landesarbeitsgericht Nürnberg ein und gab zur Begründung u.a. an, die Kinderbetreuungskosten seien Kosten der persönlichen Lebensführung und daher nicht erstattungsfähig. Die Beschwerde hatte Erfolg. Nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts Nürnberg hätte objektiv die Möglichkeit einer Betreuung durch die volljährige Schwester bestanden und für die Ablehnung habe es keinen sachlichen Grund gegeben.

Das BAG entsprach hingegen den Antrag des Betriebsratsmitglieds. Zu den gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG erstattungsfähigen Kosten gehören auch die Aufwendungen, die einzelne Betriebsratsmitglieder zur Erfüllung ihrer Betriebsratsaufgaben für erforderlich halten dürfen. Aufwendungen, die der persönlichen Lebensführung zuzuordnen sind, sind hingegen grundsätzlich nicht erstattungsfähig. Der Arbeitgeber muss aber für die Kosten aufkommen, die einem Betriebsratsmitglied dadurch entstehen, dass er die Betreuung seiner minderjährigen Kinder für Zeiten sicherstellen muss, in denen es außerhalb seiner normalen Arbeitszeit Betriebsratsaufgaben wahrnimmt. Denn das Betriebsratsmitglied befindet sich in einer solchen Situation in einer Pflichtenkollision zwischen seinen betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben und der Pflicht zur elterlichen Personensorge. Dementsprechend muss § 40 Abs. 1 BetrVG im Lichte des Art. 6 Abs. 2 GG verfassungskonform ausgelegt werden. Dem Betriebsratsmitglied darf kein Vermögensopfer entstehen. Die entstandenen Betreuungskosten in Höhe von € 600 (€ 30 pro Tag und Kind) durfte das Betriebsratsmitglied nach Ansicht des BAG auch für erforderlich halten.

THEREZE FALKJÆER-JONSEN, TFJ@MSA.SE





EuGH: Zulagen für Schwangere während des Mutterschaftsurlaubs nur bei Tätigkeitsbezug

Am 1. Juli 2010 hat der EuGH in zwei Vorabentscheidungsverfahren aus Österreich und Finnland zur Auslegung des Art. 11 der Richtlinie 92/85/EWG über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz im Hinblick auf die Berechnung des während des Beschäftigungsverbots zu zahlenden Entgelts entschieden.

Danach haben schwangere Arbeitnehmerinnen, die beurlaubt oder auf einem anderen Arbeitsplatz beschäftigt werden, Anspruch auf ihr monatliches Grundentgelt und die Zulagen, die an ihre berufliche Stellung anknüpfen. Zulagen, die an die tatsächliche Ausübung konkreter Tätigkeiten geknüpft sind, können jedoch unberücksichtigt bleiben (EuGH, Az.: C 194/08, „Gassmayr“ und EuGH, Az.: C 471/08, „Parviainen“).

Die Beschwerdeführerin im Verfahren C 194/08 arbeitete als Assistenzärztin an der Universitätsklinik für Anästhesie in Graz. Neben der Vergütung für über die im Dienstplan zu leistenden Stunden erhielt sie für darüberhinausgehenden Stunden eine „Journaldienstzulage“.

Nachdem die Beschwerdeführerin schwanger wurde, wurde sie gemäß den österreichischen Mutterschutzvorschriften vor und nach der Geburt einige Wochen nicht mehr beschäftigt.

Die Arbeitnehmerin vertrat die Auffassung, dass sie für die Zeit, in der sie auf Grund des Beschäftigungsverbots keinen Journaldienst leisten konnte, Anspruch auf Auszahlung der durchschnittlich geleisteten Journaldienste habe.

Das monatliche Entgelt, bestehend aus Gehalt und Zulagen, hatte die Arbeitnehmerin erhalten. Lediglich die Journaldienstzulage wurde nicht ausbezahlt, da der Arbeitgeber der Auffassung war, diese Zulage sei konkret an die tatsächlich geleisteten Dienste geknüpft, welche auf Grund des Beschäftigungsverbots jedoch nicht geleistet worden waren.

Die Arbeitnehmerin erhob Klage und berief sich auf den unionsrechtlichen Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen. Der Arbeitgeber argumentierte, dass durch die Journalzulage als „Nebengebühr“ ausschließlich die durch die konkrete Heranziehung

zur Dienstleistung außerhalb der im Dienst vorgeschriebenen Dienststunden entstehende Mehrbelastung abgegolten werden sollte. Werde man nicht zu den Diensten herangezogen, entstehe auch kein Abgeltungsanspruch.

Der österreichische Verwaltungsgerichtshof ersuchte den EuGH unter anderem um Entscheidung in der Frage, ob die unionsrechtlichen Bestimmungen so auszulegen seien, dass werdenden Müttern während Zeiten des Beschäftigungsverbots ein Anspruch auf Fortzahlung einer Zulage für Journaldienste zustünde.

Dies verneinten die europäischen Richter. Art. 11 der Richtlinie – welcher im Wesentlichen bestimmt, dass die arbeitsvertraglichen Rechte schwangerer Arbeitnehmerinnen inklusive der Fortzahlung des Entgelts während Zeiten schwangerschaftsbedingter Beschäftigungsverbote gewährleistet sein müssen – sei nicht so auszulegen, dass auch solche Leistungen weiter zu gewähren seien, die davon abhängen, dass die betroffene Arbeitnehmerin bestimmte Tätigkeiten unter besonderen Umständen ausübe, und mit denen im Wesentlichen die mit der Ausübung dieser Tätigkeit verbundenen Nachteile ausgeglichen werden sollen.

Insoweit führt das Gericht unter anderem aus, dass Arbeitnehmerinnen im Mutterschaftsurlaub sich in einer Situation befinden, die nicht mit der Situation von Arbeitnehmern, die sich tatsächlich an ihrem Arbeitsplatz befinden, gleichgesetzt werden könne. Zu gewährleisten sei nach der Richtlinie lediglich, dass die Arbeitnehmerin mindestens das erhalte, was nach nationalem Recht bei einer Unterbrechung ihrer Erwerbstätigkeit aus gesundheitlichen Gründen vorgesehen sei.

Aus vergleichbaren Erwägungen hat der Gerichtshof auch im finnischen Verfahren Parviainen gegen die Finnair einen Anspruch der Arbeitnehmerin auf Zahlung diverser Zulagen im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit als Flugbegleiterin abgelehnt.

Die Arbeitnehmerin war als Kabinenchefin angestellt. Für die Dauer ihrer Schwangerschaft wurde ihr vorübergehend eine Tätigkeit am Boden zugewiesen. Das Gehalt, welches sich zu einem großen Teil aus Zulagen zusammensetzte, wurde entsprechend angepasst.

Nach Ansicht der Arbeitnehmerin war Finnair nicht berechtigt, ihr Arbeitsentgelt wegen ihrer vorübergehenden Beschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz um Zulagen zu kürzen und dabei insbesondere ihre leitende Position außer Acht zu lassen. Eine solche Kürzung sei diskriminierend und verstoße gegen die Richtlinie 92/85/EWG. Mit der beim vorlegenden erstinstanzlichen Gericht „Helsingin käräjäoikeus“ erhobenen Klage beehrte die Arbeitnehmerin für den im Ausgangsverfahren fraglichen Zeitraum die Zahlung wenigstens des gleichen Entgelts, das sie als Kabinenchefin erhalten hatte.

Auch hier entschieden die Richter grundsätzlich zu Ungunsten der Arbeitnehmerin. Die Richtlinie sei dahin auszulegen, dass eine schwangere Arbeitnehmerin, die wegen ihrer Schwangerschaft vorübergehend auf einem Arbeitsplatz eingesetzt würde, auf dem sie andere Tätigkeiten ausübe als diejenigen, die sie vor dieser Zuweisung ausgeübt habe, keinen Anspruch auf das vor der Zuweisung verdiente durchschnittliche Entgelt habe. Über ihr Grundgehalt hinaus habe eine solche Arbeitnehmerin gemäß Art. 11 Nr. 1 Anspruch nur auf die Entgeltbestandteile oder Zulagen, die an ihre berufliche Stellung anknüpfen, wie etwa solche Zulagen, die an ihre leitende Position, die Dauer ihrer Betriebszugehörigkeit und an ihre beruflichen

Qualifikationen gekoppelt seien. Zulagen, deren Zahlung wie auch im Fall „Gassmayr“ von der Ausübung besonderer Tätigkeiten unter besonderen Umständen abhängen, seien nicht zu berücksichtigen. Andererseits dürften jedoch die Zulagen, die an die berufliche Stellung anknüpfen, nicht unberücksichtigt bleiben. Insoweit wird das Gericht des Ausgangsverfahrens eine genauere Betrachtung der zuvor erhaltenen Entgeltbestandteile vornehmen müssen.

BETTINA KREIMER, BEK@MSA.SE

Darf ein Arbeitnehmer fremde Dritte beleidigen?

Die Entscheidung des LAG Schleswig-Holstein vom 8. April 2010 (4 Sa 474/09) gibt Anlass zu dieser überspitzten Frage.

Im Arbeitsrecht gibt es keine absoluten Kündigungsgründe. Eine außerordentliche Kündigung bedarf gem. § 626 BGB eines „wichtigen Grundes“. Dieser ist gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, die unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile dem Kündigenden die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar machen. Der wichtige Grund ist ein unbestimmter Rechtsbegriff.

Jede außerordentliche Kündigung setzt eine umfassende Interessenabwägung voraus. Die Rechtsprechung konkretisiert den wichtigen Grund deshalb durch eine abgestufte Prüfung in zwei Schritten. Zuerst prüft das Gericht, ob der Kündigungsgrund an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund zu begründen. Dann ist zu prüfen, ob bei Berücksichtigung dieser Umstände und der Interessenabwägung die konkrete Kündigung gerechtfertigt ist. Dabei entscheidet ein objektiver Maßstab.

Nichtsdestotrotz gibt es einige Gründe, die einleuchtenderweise in aller Regel zur sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen. Das dies bei Beleidigung nicht immer so einfach ist und dass Gerichte durchaus auch zu überraschenden Ergebnissen kommen können, zeigt dieses Urteil des LAG Schleswig-Holstein.

In dem Verfahren ging es um eine Spedition, die einen Lastkraftfahrer beschäftigt. Dieser Fahrer belieferte eine Einzelhandelsfiliale mit Waren. Die örtlichen Gegebenheiten dort waren eng und ein Rangieren nur schwer möglich, wie verschiedene Beschädigungen deutlich zeigten. An dieser Stelle wurde der Fahrer auf diese Gegebenheiten durch eine auf dem Hof befindliche Person in Handwerkerkleidung aufmerksam gemacht. Diese Person befand sich dort, weil die entsprechenden Schilder noch nicht aufgestellt worden waren. Jedenfalls war der Arbeitnehmer der Auffassung, dass er diesen „Hinweis“ nicht hinnehmen müsse und sagte zu der Person „Ich liefere hier seit Jahren und jetzt aus dem Weg, du Arsch.“ Im weiteren Verlauf hat der Arbeitnehmer die andere Person noch fünf Mal mit „Arschloch“ titulierte.

Wie sich herausstellte, handelte es sich bei der Person nicht um irgendwen, sondern um den Liegenschaftsverwalter des zu beliefernden Einzelhandelsunternehmens. Dies führte dazu, dass dem Arbeitnehmer ein sechsmonatiges Hausverbot erteilt wurde und der Arbeitgeber die außerordentliche Kündigung aussprach.



Zu Unrecht, meint jedenfalls das LAG Schleswig-Holstein. Es führt aus, dass der Arbeitnehmer nicht habe davon ausgehen müssen, dass er mit den Äußerungen gegenüber dem ihm nicht als Repräsentanten des Kunden erkennbaren Anwesenden seinen Arbeitsplatz aufs Spiel setze. Der einmalige Vorfall reiche nach dem langjährig und ungestört verlaufenen Arbeitsverhältnis nicht zur Beendigung desselben aus. Die Beleidigung sei eine einmalige und erstmalige Entgleisung und daher sei statt der Kündigung eine Abmahnung auszusprechen. Der Fahrer haben eben auch nicht mit voller Schärfe erkennen können, dass es sich bei der anderen Person um einen Vertreter des Kunden handelte, denn dies verleihe der Beleidigung erst ihr besonderes Gewicht. Damit sei die Kündigung unverhältnismäßig und auch die ordentlichen Kündigungen seien aus demselben Grund nicht sozial gerechtfertigt.

Es soll nicht unerwähnt bleiben, dass eine andere Kammer desselben LAG mit Urteil vom 5. Oktober 1998 (Az. 5 Sa 309/98) bei

einer etwas anderen Beleidigung im Kundenverkehr sich nicht gehindert sah, eine außerordentliche Kündigung zu billigen. In diesem Fall ging es bei einer Reklamation etwas zur Sache. Dies führte dann nach einigen Unmutsäußerungen der Kundin zu der Äußerung der Arbeitnehmerin, gerichtet an diese Kundin: „Nun stellen Sie sich nicht so pissig an.“ Hierin sah das LAG eine Pflichtverletzung, die einen wichtigen Grund darstelle, der auch ohne vorherige, vergebliche Abmahnung die fristlose Kündigung rechtfertige. Das LAG führt aus, dass man deutlicher die Missachtung einer Kundin nicht ausdrücken könne.

Welche der beiden Ausdrücke nun deutlicher eine Missachtung darstellt und ob es wirklich darauf ankommen soll, ob einer erkennen kann, eine Person sei Vertreter eines Kunden, beurteile nun jeder für sich selbst...

ALPER ARDALI, ALP@MSA.SE

Mannheimer Swartling is the leading Nordic commercial law firm. Our clients range from many of Sweden's and the world's leading companies to medium-sized businesses and organizations. Common to all our clients is that the law plays an integral role in their commercial success. This drives us to continuously maintain our position at the forefront of our industry and attuned to the needs of our clients.

We are a full-service firm with approximately 400 lawyers who are specialized in different practice areas of commercial law. Our teams are also organized by industry groups to ensure that we are fully knowledgeable about industry-specific needs and challenges.

By combining the highest quality legal skills with industry knowledge, we offer our clients commercial legal advice with added value.

Mannheimer Swartling has offices in Stockholm, Göteborg, Malmö, Helsingborg, Frankfurt, Berlin, Moscow, St. Petersburg, Shanghai, Hong Kong, Brussels and New York.

 **MANNHEIMER
SWARTLING**