

Stellenbesetzung und Schwangerschaft: Vereinfachte Beweisführung für Entschädigungsprozess?



Knapp zwei Jahre nach Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG)

sind prominente Entscheidungen zu diesem Gesetz insbesondere des Bundesarbeitsgerichts (BAG) aber auch der verschiedenen Landesarbeitsgerichte noch Mangelware. Mit der Entscheidung des BAG vom 24.04.2008 (8 AZR 257/07)

liegt nun eine erste Entscheidung aus Erfurt vor, die aufhorchen lässt.

In dem vom BAG entschiedenen Fall ging es um die geschlechtsspezifische Benachteiligung einer schwangeren Arbeitnehmerin im Rahmen einer Stellenbesetzung. Die Klägerin ist bei der Beklagten im Bereich „International Marketing“, dem der „Vizepräsident“ E. vorstand, als eine von drei Abteilungsleitern beschäftigt. Im September 2005 wurde die Stelle des E. frei. Die Beklagte besetzte diese Stelle daraufhin mit einem männlichen Kollegen und nicht mit der schwangeren Klägerin. Diese klagte daraufhin auf eine Entschädigung in Höhe von 17.062,50 EUR. Sie habe die Stelle wegen ihrer Schwangerschaft nicht erhalten. Bei der Bekanntgabe dieser Entscheidung sei sie auf ihre Schwangerschaft angesprochen worden. Die Beklagte behauptete dagegen, für die getroffene Auswahl hätten sachliche Gründe gesprochen. Erstinstanzlich hatte die Klägerin zunächst Erfolg. Das Landesarbeitsgericht Berlin wies die Entschädigungsklage hingegen ab. Der Achte Senat des BAG sah die Sache wiederum anders und verwies sie zur weiteren Behandlung an das LAG zurück.

Dreh- und Angelpunkt in solchen Verfahren ist die Frage, ob man als klagende Partei genügend Indizien i. S. v. § 22

AGG darlegen und beweisen kann, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen. Wer jedoch auf seine Bewerbung hin lediglich eine inhaltslose Absage erhält, steht regelmäßig mit leeren Händen dar. Man mag zwar das Gefühl haben, dass es wieder einmal nicht gereicht hat wegen des Geschlechts oder wegen des Lebensalters, nur nach dem gewaltigen Schularbeitaufwand, der seit dem Inkrafttreten des AGG im August 2006 betrieben worden ist, sind Personalprofis darauf getrimmt, keine Indizien zu liefern.

Für die Praxis ist daher von größter Bedeutung, welche Anforderungen an die Indizien im Sinne von § 22 AGG zu stellen sind. Werden die Anforderungen zu hoch geschraubt, wird das Klagevolumen wohl in Zukunft gänzlich gegen Null gehen und damit hätte das viel gescholtene AGG noch mehr an Bedeutung verloren. Das BAG war hier jedoch weniger streng als noch die Vorinstanz. Nach Auffassung des Achten Senats hatte die Klägerin ausreichend Tatsachen vorgetragen, die eine geschlechtsspezifische Benachteiligung vermuten ließen. So habe die Beklagte die Schwangerschaft der Klägerin gekannt. Die weitere Behauptung der Klägerin, sie sei die Vertreterin des E. gewesen und dieser habe ihr auch seine Nachfolge in

Aussicht gestellt, müsse das Landesarbeitsgericht ebenso berücksichtigen, wie die Behauptung der Klägerin, sie sei bei der Mitteilung ihrer Nichtberücksichtigung damit getröstet worden, dass sie sich auf ihr Kind freuen soll.

Das Verfahren ist also für die Klägerin nach gut drei Jahren Prozessdauer noch nicht vorbei. Dennoch sollten Arbeitgeber die Entscheidung unbedingt beachten. Bereits die womöglich vollkommen unbedachte Äußerung, sie solle sich doch auf ihr Kind freuen, führt in dem Verfahren zu einer Beweislastumkehr nach § 22 AGG und aus dieser kommt der Arbeitgeber in der Regel nicht mehr heraus. Hierfür müsste der Arbeitgeber darlegen und beweisen, dass in seinem „Motivbündel“, das ihn zu seiner Auswahlentscheidung bewegt hat, auch nicht im Geringsten die Frage des Geschlechts (oder etwa des Lebensalters) eine Rolle gespielt hat. Überdies werden die erst- und zweitinstanzlichen Gerichte mit der Entscheidung des BAG einen Wink erhalten haben und nunmehr bei der Beurteilung der Beweislastregel nach § 22 AGG großzügiger im Sinne des klagenden Arbeitnehmers entscheiden. Damit erhalten diejenigen, die sich überhaupt trauen zu klagen, eine größere Chance auf einen Prozessgewinn.

■ Dr. Frank Dahlbender
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Inhalt

Seite 1

- Stellenbesetzung und Schwangerschaft: Vereinfachte Beweisführung für Entschädigungsprozess?

Seite 2

- Anspruch auf Urlaubsabgeltung bei zweiter Elternzeit
- AGB-Kontrolle bei einer sog. doppelten Schriftformklausel

Seite 3

- Betriebsteilübergang bei Gründung einer Service GmbH
- Entzug einer „betrieblichen Fahrerlaubnis“ rechtfertigt keine Kündigung

Seite 4

- Rechtliche Rahmenbedingungen von Rufbereitschaft

Anspruch auf Urlaubsabgeltung bei zweiter Elternzeit

Das BAG hat sich in seinem Urteil vom 20.05.2008 (9 AZR 219/07) mit der Frage der Urlaubsabgeltung bei einer zweiten Elternzeit auseinandergesetzt und an seiner bisherigen Rechtsprechung zu dieser Thematik nicht mehr festgehalten.

Die Klägerin nahm nach der Geburt ihres ersten Kindes im Jahr 2001 in der Zeit vom 03.12.2001 bis zum 07.10.2004 Elternzeit in Anspruch. Nach der Geburt ihres zweiten Kindes im Jahre 2003 schloss sich ohne Unterbrechung „nahtlos“ eine zweite bis zum 18.08.2006 beantragte Elternzeit an. Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien endete mit Ablauf des 31.12.2005. Mit ihrer Klage begehrte die Klägerin eine Abgeltung von 27,5 restlichen Urlaubstagen aus dem Jahr 2001, die vor der Inanspruchnahme der ersten Elternzeit entstanden waren. Sowohl vor dem Arbeitsgericht als auch in dem

Berufungsverfahren vor dem LAG Hamm blieb die Klägerin zunächst ohne Erfolg. Das BAG gab der Klage in dem Revisionsverfahren statt und sprach der Klägerin die Urlaubsabgeltung zu.

Nach § 17 II BEEG (vor dem 31.12.2006: § 17 II BErzGG) muss der Arbeitgeber den Resturlaub nach der Elternzeit im laufenden oder im nächsten Urlaubsjahr gewähren, wenn der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin den ihm oder ihr zustehenden Urlaub vor dem Beginn der Elternzeit nicht oder nicht im vollem Umfang erhalten hat. Nach Absatz 3 ist dieser Urlaub abzugelten, wenn das Arbeitsverhältnis während der Elternzeit endet oder im Anschluss an die Elternzeit nicht fortgesetzt wird.

Bislang legte das BAG die Vorschrift des § 17 II BEEG so aus, dass der aufgrund einer ersten Elternzeit übertragene Urlaub

auch dann mit Ablauf des auf diese erste Elternzeit folgenden Urlaubsjahres verfällt, wenn der übertragene Urlaub wegen einer sich unmittelbar anschließenden zweiten Elternzeit nicht in Anspruch genommen werden kann. An dieser Auslegung hält das BAG nicht mehr fest.

Nach Auffassung des BAG wird der Resturlaub weiter übertragen, wenn er nach dem Ende der ersten Elternzeit wegen einer sich anschließenden zweiten Elternzeit nicht gewährt werden kann. Dies folge aus einer verfassungs- und europarechtskonformen Auslegung von § 17 BEEG. Im Rahmen dieser Auslegung müsse der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 GG, die Vorgaben der Arbeitszeit- und Gleichbehandlungsrichtlinie sowie die Wertungen der Mutterschutzrichtlinie beachtet werden.

■ Daniel Hartmann
Rechtsanwalt

Hinweis

Arbeitgeber müssen sich in der betrieblichen Praxis umstellen und zukünftig die geänderte Rechtsprechung des BAG bei der Übertragung von Urlaub bei Inanspruchnahme einer zweiten Elternzeit berücksichtigen. Durch diese Entscheidung wird der wegen der Inanspruchnahme der ersten Elternzeit nicht genommene Urlaubsanspruch über die sich unmittelbar anschließende zweite Elternzeit hinaus „konserviert“ und kann nach der Beendigung der zweiten Elternzeit noch in Anspruch genommen oder – wie im konkreten Fall – abgegolten werden.

AGB-Kontrolle bei einer sog. doppelten Schriftformklausel

Das BAG hat sich in seinem Urteil vom 20.05.2008 (9 AZR 382/07) zum wiederholten Mal mit der Wirksamkeit von vorformulierten Arbeitsvertragsklauseln im Rahmen der AGB-Kontrolle befasst und im konkreten Fall die Unwirksamkeit einer doppelten Schriftformklausel bejaht. Unter einer doppelten Schriftformklausel versteht man eine Regelung, die nicht nur für Änderungen und Ergänzungen des Vertrages die Schriftform

fordert, sondern auch die Aufhebung dieses Schriftformerfordernisses schriftlich fixiert wissen will.

Der Kläger war für die Beklagte als Büroleiter in China tätig. Die Miete für seine dortige Wohnung erhielt er von der Beklagten regelmäßig erstattet, obwohl keine schriftliche oder vertragliche Vereinbarung bestand. In dem Arbeitsvertrag war eine Regelung enthalten, wonach Änderungen und Ergänzungen des

Vertrages sowie der Verzicht auf das Schriftformerfordernis der Schriftform bedürfen (sog. doppelte Schriftformklausel). Nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses verweigerte die Beklagte die Erstattung der Mietkosten unter Hinweis auf die Schriftformklausel. Der Arbeitnehmer klagte die Mietkosten unter Berufung auf eine betriebliche Übung ein und bekam Recht.

Nach Auffassung des Neunten Senats sei die Schriftform-

klausel zu weit gefasst und demnach nach § 307 I 1 BGB unwirksam. Sie erwecke den Eindruck, auch eine mündliche individuelle Vertragsabrede sei wegen Nichteinhaltung der Schriftform gem. § 125 S. 2 BGB unwirksam. Dies stünde der Schutzvorschrift des § 305b BGB entgegen, wonach individuelle Vertragsabreden Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben.

■ Daniel Hartmann
Rechtsanwalt

Betriebsteilübergang bei Gründung einer Service GmbH

Das Urteil des BAG vom 21.05.2008 (8 AZR 481/07) hat die Frage eines Betriebsteilübergangs bei der Gründung einer Service GmbH zum Gegenstand.

Die Klägerin war ursprünglich als Reinigungskraft in einem von einem Kommunalunternehmen betriebenen Krankenhaus beschäftigt. Das Kommunalunternehmen gründete die beklagte Service GmbH, deren ausschließlicher Geschäftsgegenstand die Stellung von Personal an das Kommunalunternehmen war. Alleinigere Gesellschafter

der Beklagten war das Kommunalunternehmen. Die Klägerin schloss mit dem Kommunalunternehmen einen Aufhebungsvertrag und mit der Beklagten einen neuen Arbeitsvertrag zu geänderten Bedingungen. Aufgrund eines Personalgestellungsvertrages stellte die Beklagte anschließend dem Kommunalunternehmen die Klägerin zur Arbeitsleistung zur Verfügung, wobei sie die gleichen Tätigkeiten wie früher verrichtete und auch die Arbeitsanweisungen weiterhin von dem Kommunalunternehmen erhielt. Zusätzlich stellte das

Kommunalunternehmen auch die Reinigungsmittel und Arbeitsgeräte zur Verfügung.

Die Klägerin machte einen Betriebsteilübergang und den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte geltend. Sie berief sich dabei auf die Unwirksamkeit des Aufhebungsvertrages wegen der Umgehung des § 613a BGB und bekam Recht.

Das BAG gab der Klage statt und nahm aufgrund der Vertragsgestaltung einen Betriebsteilübergang nach § 613a BGB an. Gründe ein

Kommunalunternehmen, das Krankenhäuser betreibe, eine Service GmbH und übernehme diese alle Reinigungskräfte der Krankenhäuser, liege ein Betriebsteilübergang vor, wenn die Service GmbH alle Reinigungskräfte an das Kommunalunternehmen „zurückentleihe“ und diese dort die gleichen Tätigkeiten wie bisher verrichteten. Dies gelte nach Auffassung des Achten Senats jedenfalls dann, wenn der ausschließliche Gegenstand des Unternehmens die Stellung von Personal sei.

■ Daniel Hartmann
Rechtsanwalt

Entzug einer „betrieblichen Fahrerlaubnis“ rechtfertigt keine Kündigung

Das BAG hat mit seinem Urteil vom 05.06.2008 (2 AZR 984/06) die Unwirksamkeit der Kündigung eines Busfahrers nach dem Entzug einer sog. „betrieblichen Fahrerlaubnis“ festgestellt und der Kündigungsschutzklage stattgegeben.

Der Kläger war bei der Beklagten - einem öffentlichen Personennahverkehrsunternehmen - langjährig als Omnibusfahrer beschäftigt. Bei Abschluss des Arbeitsvertrages erhielt er eine Dienstanweisung, die u.a. zwingend eine „betriebliche Fahrerlaubnis“ vorschreibt. Im Rahmen einer Sonderbeobachtung des Klägers während seiner Fahrten stellte die Beklagte strassenverkehrsrechtliche Verstöße fest. Sie entzog dem Kläger die „betriebliche Fahrerlaubnis“ und kündigte das Arbeits-

verhältnis anschließend fristlos, hilfsweise fristgerecht.

Das BAG hat einen personenbedingten Kündigungsgrund abgelehnt. Werde in einem öffentlichen Personennahverkehrsunternehmen zusätzlich zum Führerschein eine eigene „betriebliche Fahrerlaubnis“ erteilt, rechtfertige der Entzug dieser „betrieblichen Fahrerlaubnis“ weder einer außerordentlichen noch eine ordentliche Kündigung. Der Entzug stehe nicht dem Verlust der gesetzlichen Fahrerlaubnis gleich, da der Arbeitgeber die Regeln selber aufgestellt habe. Ansonsten hätte er es in der Hand, sich selbst Kündigungsgründe zu schaffen und die Regelungen zur verhaltensbedingten Kündigung zu umgehen.

■ Daniel Hartmann
Rechtsanwalt



**Arbeitsrechtliche Praktiker
SEMINARE GmbH**

in Kooperation mit den Rechtsanwälten der Ulrich Weber & Partner GbR

Inhouse-Seminare 2008

- Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz in der betrieblichen Praxis
- Die rechtssichere Gestaltung von Arbeitsverträgen
- Personalkosten senken ohne Kündigung
- Krankheit als Kündigungsgrund
- Alles um den Aufhebungs-/ Abwicklungsvertrag – Neues zur Sperrzeit
- Alles von A wie Arbeitsvertrag bis Z wie Zeugnis.

Anmeldung & weitere Infos:

www.aps-seminare.de

Rechtliche Rahmenbedingungen von Rufbereitschaft



Viele Betriebe wären ohne Rufbereitschaft nicht funktionsfähig. Meist enthalten hier Tarifverträge klare Regelungen für die Voraussetzungen der Inanspruchnahme und ihrer Vergütung. Ohne tarifliche Regelung stellen sich viele einzelvertragliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen.

Rufbereitschaft leistet, wer verpflichtet ist, außerhalb seiner normalen Arbeitszeit seine Arbeit auf Abruf aufzunehmen. Er kann sich dazu an einem Ort seiner Wahl aufhalten, muss aber gewährleisten, dass er nötigenfalls zeitnah an den Arbeitsort gelangen kann und für den Zeitraum seiner Rufbereitschaft einsatzfähig bleibt. Alkoholenuss ist daher tabu. Rufbereitschaft gilt nicht als Arbeitszeit. Sie ist dennoch zu vergüten, auch dann, wenn der Mitarbeiter seinen Einsatz telefonisch erledigen kann, ohne in die Firma zu fahren. In Zeiten des Personalabbaus greifen Arbeitgeber gern auf die preisgünstigere Gestaltung durch Rufbereitschaft zurück. Teilweise werden sie dazu auch durch ihr eigenes Risikomanagement angehalten – so

muss etwa ein betriebseigener Elektriker im Brandfall für die Feuerwehr verfügbar sein. Arbeitnehmer wie Betriebsräte beobachten diese Entwicklung oft mit Sorge in dem Bewusstsein, dass Rufbereitschaft die Gestaltung der arbeitsfreien Zeit erheblich beeinträchtigen und so etwa auch das Familienleben belasten kann.

Gut zu wissen also, dass Arbeitnehmer ohne einschlägige vertragliche Regelung nicht verpflichtet sind, Rufbereitschaft zu leisten. Dies hat das Hessische Landesarbeitsgericht jüngst bestätigt (12 Sa 1606/06). Umgekehrt besteht jedoch auch kein Anspruch, an der Rufbereitschaft teilzunehmen. Auch das öffentliche Arbeitszeitrecht schützt Arbeitnehmer in Rufbereitschaft. Diese gilt zwar als Ruhezeit. Wird sie jedoch durch einen Abruf zur Arbeit unterbrochen, ergibt sich aus § 5 Arbeitszeitgesetz, dass sich die gesetzlich vorgeschriebene Ruhezeit von elf Stunden an das Ende des Arbeitseinsatzes anschließen muss.

Dem Betriebsrat kommt bei der Vereinbarung von Rufbereitschaft eine wichtige Rolle zu. Da die Einführung von Rufbereitschaft außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit zur

„vorübergehenden Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit“ führt, besteht schon hinsichtlich des „ob“ der Rufbereitschaft ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Gleiches gilt für die Aufstellung des Rufbereitschaftsplans und der Festlegung der zeitlichen Lage mit Blick auf § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG. Da im Regelfall der Arbeitgeber die Einführung oder Aufrechterhaltung der Rufbereitschaft im Rahmen seiner Personalplanung wünscht, verfügt der Betriebsrat hier über eine naturgemäß starke Verhandlungsposition. Er ist gut beraten, diesen Spielraum auch zu nutzen und eine Betriebsvereinbarung zu verhandeln, die seine Kolleginnen und Kollegen bestmöglich im Fall der Rufbereitschaft ausstattet. Letztlich dürfte auch der Arbeitgeber an einer attraktiven Rufbereitschaftsregelung interessiert sein, um genügend Mitarbeiter für diesen Extra-Dienst zu generieren.

Der Betriebsrat sollte darauf achten, dass die Freiwilligkeit der Inanspruchnahme gewahrt bleibt. Jeder soll selbst entscheiden können, ob ihm die Einschränkung seiner privaten Lebensgestaltung die zusätzliche Vergütung wert ist. Auch sollte die Erreich-

barkeit der Mitarbeiter über Firmenhandys sichergestellt werden. Vorteilhaft ist es des weiteren, Fahrten im Rahmen der Rufbereitschaft vom Aufenthaltsort zum Einsatzort mit dem privaten Fahrzeug einer Dienstfahrt gleichzustellen, um hier zugleich Versicherungsschutz durch den Arbeitgeber zu erhalten. Auch für die Rufbereitschaft gilt, dass die Arbeitszeit am Arbeitsort beginnt und endet. Günstigenfalls erreicht der Betriebsrat also eine Regelung, die für Fahrten zur Arbeitsstelle im Rahmen der Rufbereitschaft einen Kostenersatz vorsieht.

Die Vergütung der Rufbereitschaft erfolgt im Regelfall durch Pauschalen, die z.B. pro Arbeitsstunde gezahlt werden. Teilweise wird hier zwischen Arbeitstagen sowie Sonn- und Feiertagen differenziert. Nicht höchststrichlerlich entschieden ist die Frage, ob auch die Höhe des für Rufbereitschaft zu zahlenden Entgelts der erzwingbaren Mitbestimmung unterliegt. Sofern eine tarifliche Regelung hier das betriebliche Mitbestimmungsrecht nicht sperrt, sollte der Betriebsrat dieses Gestaltungsrecht für sich in Anspruch nehmen.

■ Antje Burmester
Rechtsanwältin

Seite 4

Impressum

Gürzenichstraße 16 • 50667 Köln
Tel. 02 21-94 36 87-0 • Fax -94 36 87-27
buero-koeln@ra-weber-partner.de

Arndtstraße 39 • 60325 Frankfurt/M.
Tel. 0 69-97 40 36-0 • Fax -97 40 36-66
buero-frankfurt@ra-weber-partner.de

Urheberrechte: Der Newsletter und alle darin veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Das alleinige Nutzungsrecht liegt bei der Ulrich Weber & Partner GbR.



ULRICH WEBER & PARTNER GbR

RECHTSANWÄLTE – FACHANWÄLTE FÜR ARBEITSRECHT

KÖLN • FRANKFURT/MAIN • BERLIN • STUTTGART

Weitere Informationen über die Sozietät Ulrich Weber & Partner GbR erhalten Sie unter www.ra-weber-partner.de

Die rechtlichen Ausführungen in diesem Newsletter beinhalten keinen Rechtsrat im Einzelfall. Sie sollen lediglich Anhaltspunkte bieten. Die erteilten Informationen sind sorgfältig recherchiert, geben die Rechtslage, die Rechtsprechung und die Rechtsentwicklung jedoch nur auszugsweise und in verkürzter Form wieder. Sie können eine den Besonderheiten des Einzelfalles gerecht werdende, individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Eine Haftung kann daher nicht übernommen werden.

Charlottenstr. 79/80 • 10117 Berlin
Tel. 0 30-20 62 98-0 • Fax -20 62 98-10
buero-berlin@ra-weber-partner.de

Wilhelmsplatz 11 • 70182 Stuttgart
Tel. 07 11-49 07 08-0 • Fax -49 07 08-10
buero-stuttgart@ra-weber-partner.de

Verbreitungsform: Zusendung per E-mail oder als kostenloser Internetdownload als PDF-Datei unter www.ra-weber-partner.de

Design & Layout: I-Motion Communication
56218 Mülheim-Kärlich, Tel. 02 61-921 584-0