

Entscheidungen kommentiert

Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst wird nicht überprüft

Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2, 20 Abs. 3 GG; § 79 Abs. 1 Satz 1 VBLS

Es verstößt nicht gegen das Rechtsstaatsgebot, wenn die Fachgerichte den Tarifvertragsparteien eine letzte Möglichkeit zur Nachbesserung einräumen, bevor sie einen Anspruch einer ehemaligen Arbeitnehmerin des öffentlichen Dienstes auf eine höhere Zusatzrente gewähren, auch wenn das Verfahren zur Berechnung der Zusatzrente gegen das Gleichheitsgebot verstößt. Der Zeitrahmen für die erneute Nachbesserung ist kurz zu bemessen.

(Leitsätze der Bearbeiterin)

BVerfG, Beschluss vom 9.5.2018 – 1 BvR 1884/17

PROBLEMPUNKT

Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst wird nach dem Renteneintritt regelmäßig eine Zusatzversorgung über die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder („VBL“) gewährt. Die Höhe der Zusatzversorgung wird dabei durch die Tarifvertragsparteien des öffentlichen Dienstes in einem Tarifvertrag festgelegt, dessen Inhalt die VBL in ihre Satzung übernimmt. Im Jahr 2002 wurde das geltende Gesamtversorgungsprinzip, durch ein beitragsorientiertes Betriebsrentensystem ersetzt. Bereits erworbene Ansprüche der Arbeitnehmer wurden durch Startgutschriften in das neue System übertragen. Die Ermittlung der Startgutschriften erfolgt dabei für rentennahe und rentenferne Versicherte unterschiedlich. Während bei rentennahen Versicherten die Startgutschriften weitestgehend nach altem Recht ermittelt werden, wird für die Startgutschriften der rentenfernen Versicherten der gesetzliche Rentenwert nicht individuell bestimmt, sondern mittels eines Näherungsverfahrens berechnet, welches pauschal von 45 Versicherungsjahren ausgeht. 2007 beanstandete der BGH erstmals dieses Verfahren für rentenferne Jahrgänge und erklärte die Regelung für unverbindlich. Im Hinblick auf

das daraufhin durch die Tarifvertragsparteien eingeführte zweite Berechnungsverfahren kam der BGH im Jahr 2016 zu dem Ergebnis, dass weiterhin eine mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbare Ungleichbehandlung bestehe.

Die Beschwerdeführerin gehört zu der Gruppe der rentenfernen Versicherten. Im Klagewege verlangte sie von der VBL die Zahlung einer höheren Zusatzrente nach altem Recht und hilfsweise die Feststellung, dass die Berechnung der Zusatzrente nach neuem Recht unverbindlich ist. Das LG Karlsruhe wies die Klage der Beschwerdeführerin ab. Das OLG Karlsruhe wies den Hauptantrag ab, gab aber dem Hilfsantrag mit der Begründung statt, dass auch der neu geschaffene § 79 Abs. 1a VBLS die Ungleichbehandlung nicht vollständig beseitigt habe, so dass weiterhin ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vorliege. Hinsichtlich des Hauptantrags könne das Gericht die VBL aber nicht zur Zahlung verurteilen, da aufgrund der Komplexität der Materie und der finanziellen Auswirkungen den Tarifvertragsparteien noch eine letzte Möglichkeit zur Nachbesserung eingeräumt werden müsse. Der BGH wies die Revision zurück. Daraufhin erhob die Beschwerdeführerin Verfassungsbeschwerde und rügte, dass die Entscheidungen ihren Anspruch auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG verletzen.

ENTSCHEIDUNG

Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde erst gar nicht zur Entscheidung angenommen. Der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz ist durch die Fachgerichte nicht verletzt worden. Die Entscheidung der Fachgerichte, den Hauptantrag der Beschwerdeführerin abzuweisen, ist mit dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes vereinbar, auch wenn das Verfahren zur Berechnung der Zusatzrente gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt und die rentenfernen Versicherten eine Zusatzrente erhalten, deren Höhe nach Maßgabe einer verfassungswidrigen Regelung berechnet worden ist. Es ist zu beachten, dass die Fachgerichte einer Entscheidung der Tarifvertragsparteien, die für die Gestaltung der Zusatzversorgung verantwortlich sind, nicht vorgreifen wollen, sondern den grundrechtlich gesicherten Ausgestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien berücksichtigen. Der zeitliche Umfang zur Schaffung eines mit dem GG zu vereinbarenden Berechnungsverfahrens

der Zusatzversorgung ist aber aus rechtsstaatlichen Gründen kurz zu bemessen. Das BVerfG sah es als nicht entscheidungserheblich an, ob das Berechnungsverfahren entgegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG Frauen und Männer ungleich behandelt. Zwar unterbrechen Frauen tatsächlich häufiger als Männer ihre Arbeitstätigkeit zur Kindererziehung und sind daher strukturell benachteiligt, wenn bei der Berechnung eine fiktive Rente für einen Zeitraum von 45 Pflichtversicherungsjahren zugrunde gelegt wird. Dieser negative Effekt kann aber u. U. durch andere Rechenfaktoren beseitigt worden sein. Es obliegt daher den Fachgerichten, künftig zu prüfen, ob bei Zusatzrenten eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vorliegt.

KONSEQUENZEN

Bereits in der Vergangenheit hatten rentenferne Klagefälle regelmäßig keinen Erfolg. Auch dieses Urteil zeigt abermals auf, dass Klagen rentenferner Versicherter auf eine höhere Zusatzrente derzeit nicht zielführend sind. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Gerichte die in Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie als schützenswerter ansehen wie eine Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG und sich folglich inhaltlich aus deren Tarifverträgen heraushalten.

Bereits im Juni 2017, also noch vor dieser Entscheidung, einigten sich die Tarifvertragsparteien auf Eckpunkte zu einer Neuregelung zur Berechnung der Startgutschriften für rentenferne Versicherte. Es bleibt abzuwarten, wann diese umgesetzt werden, auch unter dem Gesichtspunkt des kurzen Bemessungszeitraums.

PRAXISTIPP

Es ist nicht davon auszugehen, dass die dritte Neuregelung die Ungleichbehandlung vollständig beseitigen wird, da nur minimale Korrekturen vorgenommen wurden. Bisher erhielt jeder rentenferne Versicherte pro Jahr der Pflichtversicherung in der Zusatzversorgung einen Anteil von 2,25 % der für ihn ermittelten höchstmöglichen Voll-Leistung. Nach der Neuregelung soll dieser Faktor in Abhängigkeit vom Beginn der Pflichtversicherung verändert werden. Damit profitieren von der Neuregelung nur diejenigen rentenfernen Versicherten, deren Startgutschrift durch den Formelbetrag bestimmt wurden. Es ist folglich damit zu rechnen, dass auch die dritte Nachbesserung zu erneuten Klagen vor den Zivilgerichten führt. Die Erfolgsaussichten bleiben abzuwarten.

RAin Franziska Merkl, Rödl & Partner, Hof

Verhältnis von kirchlichem zu staatlichem Arbeitsrecht

**Art. 140 GG; Art. 137 Abs. 3 WRV;
§§ 138 Abs. 1, 242, 305c Abs. 1,
307 Abs. 1 Satz 2 BGB;
§§ 2 Abs. 3, 3 ARRG-D; § 4 ARGG-EKD**

Ein kirchlicher Arbeitgeber kann in den durch das staatliche Arbeitsrecht gesetzten Grenzen wirksam Arbeitsverträge abschließen, die keine oder nur eine eingeschränkte Bezugnahme auf kirchliche Arbeitsvertragsregelungen vorsehen.

**BAG, Urteil vom 24.5.2018 –
6 AZR 308/17**

PROBLEMPUNKT

Die Klägerin war als Alltagsbegleiterin bei einem kirchlichen Arbeitgeber angestellt, welcher Mitglied im Diakonisches Werk evangelischer Kirchen in Niedersachsen e. V. („Diakonisches Werk“) ist. Nach den geltenden kirchenrechtlichen Regelungen sind dessen Mitglieder u. a. verpflichtet, „das nach Kirchengesetz anzuwendende Arbeitsrecht“ anzuerkennen und zu beachten. Für die Arbeitsverträge sind entweder die im Verfahren der Arbeitsrechtsregelungen durch die Arbeitsrechtliche Kommission oder die im Verfahren kirchengemäßer Tarifverträge getroffenen Regelungen verbindlich. Auf dieser Grundlage getroffene Arbeitsrechtsregelungen sind für den Dienstgeber bindend. Bei Nichteinhaltung dieser Vorgaben sieht die Satzung des Diakonischen Werks entsprechende Sanktionen vor.

Die Vertragsparteien schlossen zunächst einen Arbeitsvertrag unter Anlehnung an die Arbeitsvertragsrichtlinien der Diakonie Deutschland („AVR-DD“). Noch am selben Tag trafen die Parteien eine weitere einzelvertragliche Vereinbarung, in der von den AVR-DD abweichende, für die Klägerin nachteilige Regelungen zur Vergütungssteigerung und zur Jahressonderzahlung getroffen wurden. Dem Rechtsstreit liegt die Frage zugrunde, ob sich die Höhe der Vergütung der Klägerin nach der einzelvertraglichen Vereinbarung oder nach den Regelungen der AVR-DD richtete.

ENTSCHEIDUNG

Das BAG folgte der Ansicht der Beklagten, wonach die Klägerin keinen Anspruch auf die Vergütung nach Maßgabe der AVR-DD hat. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG handelt es sich bei kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen wie den AVR-DD um AGB; diesen kann jedoch man-

gels normativer Wirkung in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen nur über Bezugnahmeklauseln in Arbeitsverträgen Wirkung verschafft werden. Eine solche Bezugnahmeklausel war im Arbeitsvertrag der Klägerin jedoch nicht enthalten. Die Einbeziehung der AVR-DD erfolgte nur punktuell bzgl. des Urlaubs und der Entgeltgruppe. Bzgl. der Entgeltsteigerung wurde in der weiteren einzelvertraglichen Vereinbarung eine eigene und damit von den AVR-DD abweichende Regelung getroffen. Entgegen der Argumentation der Klägerin enthielt ihr Arbeitsvertrag weder eine überraschende Klausel noch war die Vereinbarung intransparent. Ein Verstoß gegen die Regelungen der §§ 305 ff. BGB lag somit genauso wenig vor wie eine Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB. Auch sah das BAG keine Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers gem. § 823 Abs. 2 BGB.

Von großer Bedeutung ist die Aussage des BAG, dass kirchliche Arbeitgeber nicht daran gehindert werden können, Arbeitsverträge mit keiner oder begrenzter Bezugnahme auf kirchliches Arbeitsrecht abzuschließen, solange sie sich in den Grenzen des staatlichen Arbeitsrechts bewegen. Der kirchliche Arbeitgeber muss bei einer Nichtbeachtung ggf. kirchenrechtliche Konsequenzen befürchten und mit einer Zustimmungsverweigerung der Mitarbeitervertretung („MAV“) zur Eingruppierung rechnen. Es ist nicht Aufgabe der staatlichen Arbeitsgerichtsbarkeit, im Urteilsverfahren für die Aufrechterhaltung der kirchlichen Ordnung zu sorgen. Dies bleibt den nach Kirchenrecht zuständigen kirchlichen Autoritäten vorbehalten.

Die Verletzung kirchlicher Vorgaben führt laut BAG somit nicht dazu, dass anderslautende einzelvertraglich geschlossene Vereinbarungen (teil) unwirksam werden. Ebenfalls kann sich der Arbeitnehmer nicht darauf berufen, dass der Arbeitgeber sich nicht an kirchliche Vorgaben gehalten hat. Die Satzung des „Diakonisches Werks evangelischer Kirchen in Niedersachsen e. V.“ entfalte ihre Wirkung nur gegenüber Vereinsmitgliedern, spricht den Arbeitgebern, und ist nicht allgemeinverbindlich. Die Frage, ob eine Satzungsbestimmung analog § 328 BGB als Regelung zugunsten Dritter ausgelegt werden kann und hierdurch Ansprüche gegen den Verein oder seine Mitglieder begründet werden können, stellt sich vorliegend nicht. Dem Wortlaut des § 9 der Satzung kann nicht entnommen werden, dass dadurch unmittelbar Arbeitnehmerrechte begründet werden sollen, welche gegenüber den Vereinsmitgliedern als Arbeitgeber eingefordert werden können.

KONSEQUENZEN

Kirchliche Arbeitgeber sind nach kircheninternen Regelungen grundsätzlich dazu verpflichtet, in ihren Arbeitsverträgen auf die einschlägigen Arbeitsvertragsrichtlinien bzw. Tarifverträge Bezug zu nehmen. Unterlassen sie dies bzw. weichen sie bewusst von diesen Vorgaben ab, hat dies auf individualrechtlicher Ebene im Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber keine Bedeutung. Allerdings muss der Arbeitgeber in einem solchen Fall damit rechnen, dass die Maßnahmen auf kollektivrechtlicher Ebene problematisch werden können und die MAV die Zustimmung zur Eingruppierung verweigert (vgl. bspw. §§ 34 Abs. 2 MAVO, 41 Abs. 1 MVG-EKD). Außerdem muss der Arbeitgeber als Mitglied eines kirchlichen Verbands wie der Diakonie oder der Caritas mit kircheninternen Sanktionen rechnen. Diese können vom Ausspruch einer Ermahnung über die Feststellung, dass die Mitgliedschaft ganz oder teilweise ruht bis hin zum Ausschluss des Mitglieds aus dem Verband reichen.

PRAXISTIPP

Aufgrund der fehlenden normativen Wirkung von kirchengesetzlichen Regelungen ist es für kirchliche Arbeitgeber möglich, von kirchenarbeitsrechtlichen Regelungen insbesondere bei Fragen bzgl. der Vergütung und der Vergütungssteigerungen abzuweichen bzw. auf eine vollständige Bezugnahme auf Arbeitsvertragsrichtlinien u. ä. zu verzichten. Dieser Weg erscheint aufgrund des hohen Kostendrucks in kirchlichen Einrichtungen insbesondere im Gesundheitswesen verlockend. Entscheiden sich kirchliche Arbeitgeber für ein solches Vorgehen, sollten jedoch mögliche Widerstände der MAV bedacht sowie die verbandsrechtlichen und politischen Interessen nicht aus dem Blick verloren werden.

*RA Kaspar B. Renfordt,
Rödl & Partner, Köln;
RAin und FAin für Arbeitsrecht Uta Höck,
Rödl & Partner, Köln*

Wegfall des Arbeitsplatzes: Keine Unmöglichkeit der Beschäftigung

§ 767 ZPO; §§ 242, 275 Abs. 1, 280 Abs. 1, 249 Abs. 1, 611 Abs. 1 BGB

Der Arbeitgeber kann die Erfüllung eines titulierten Beschäftigungsanspruchs nicht mit der Begründung ablehnen, diese sei wegen Wegfall des Arbeitsplatzes unmöglich, wenn eine Beschäftigung auch durch Zuweisung einer anderen vertragsgemäßen Tätigkeit erfolgen kann.

(Leitsatz des Bearbeiters)

**BAG, Urteil vom 21.3.2018 –
10 AZR 560/16**

PROBLEMPUNKT

Der Arbeitnehmer war bei der klagenden Arbeitgeberin, die einem weltweit auf dem Gebiet der Informationstechnologie tätigen Konzern angehört, seit 1994 beschäftigt. Im Zuge einer europaweiten Umstrukturierung des Konzerns kam es auch zu Veränderungen in der Organisationsstruktur der Klägerin. Infolge dessen entband die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer am 25.6.2009 von seinen Aufgaben. Hieraufhin erhob dieser Klage auf Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen vor dem ArbG Düsseldorf, welches ein antragsgemäßes Urteil erließ. Der Arbeitnehmer leitete mit Antrag vom 14.4.2010 die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ein. In der Folgezeit von April 2010 bis Mai 2013 sprach die Arbeitgeberin gegenüber dem Arbeitnehmer drei Änderungskündigungen, eine außerordentliche Beendigungskündigung und eine Versetzung aus. Die erste Änderungskündigung wurde zurückgenommen; alle weiteren Maßnahmen wurden vom Arbeitsgericht rechtskräftig für unwirksam erklärt.

Die Arbeitgeberin erhob eine Vollstreckungsabwehrklage und trug unter näherer Begründung vor, dass eine Beschäftigung des Mitarbeiters im titulierten Umfang aufgrund Wegfalls seines Arbeitsplatzes unmöglich sei. Der beklagte Arbeitnehmer widersprach dem und brachte vor, dass die Manageraufgaben nach wie vor existierten und nur eine andere organisatorische Zuordnung erfolgt sei.

Das ArbG Düsseldorf wies die Klage ab, das LAG Düsseldorf gab ihr statt.

ENTSCHEIDUNG

Die Revision vor dem BAG war mit der Folge der Abweisung der Klage begründet. Der Klägerin war zwar die titulierte Beschäftigung des Beklagten und damit ihre Leistungspflicht infolge des durch die Umstrukturierung bedingten Wegfalls des Arbeitsplatzes im titulierten Umfang unmöglich geworden. Hierauf konnte sie sich aber nicht berufen, da dem das sog. Dolo-agit-Gegenrecht des Arbeitnehmers entgegen stand. Dies folgte daraus, dass die Klägerin dem Mitarbeiter bei Wegfall seines Arbeitsplatzes umgehend eine anderweitige vertragsgemäße Beschäftigung hätte zuweisen müssen. Dass die Klägerin nicht über einen Arbeitsplatz verfügte, auf dem sie den Beklagten vertragsgemäß beschäftigen konnte, hatte sie nicht dargelegt.

KONSEQUENZEN

Der große Senat des BAG hatte in seinem Beschluss vom 27.2.1985 (GS 1/84, BAGE 48, S. 122) klargestellt, dass der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers im bestehenden Arbeitsverhältnis der Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers gem. §§ 611, 613 i. V. m. § 242 BGB entspricht. Er beruht auf der arbeitsvertraglichen Förderungspflicht des Arbeitgebers im Hinblick auf das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen der Art. 1 und 2 GG zum Persönlichkeitsschutz. Hiernach ist eine einseitige Suspendierung des Arbeitnehmers ohne vertragliche Vereinbarung grundsätzlich nicht zulässig (BAG, Urt. v. 9.4.2014 – 10 AZR 637/13, AuA 4/15, S. 245). Der Anspruch muss nur dann zurücktreten, wenn – ausnahmsweise – überwiegende schutzwertige Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen. Ist dies nicht der Fall, kann der arbeitsvertragliche Beschäftigungsanspruch vom Arbeitnehmer im Klagewege geltend gemacht werden (BAG v. 27.2.1985, a. a. O.). Den so titulierten Beschäftigungsanspruch kann der Arbeitnehmer im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen (§ 888 ZPO).

Will sich der Arbeitgeber gegen eine Beschäftigung des Arbeitnehmers wenden, hat dies grundsätzlich im Rahmen des ursprünglichen Klageverfahrens zu erfolgen. Denkbar ist jedoch auch, dass – wie hier – Einwendungen erst nach Erlass eines Beschäftigungsurteils im Rahmen einer Vollstreckungsabwehrklage erhoben werden. Für diesen Fall beinhaltet § 767 ZPO allerdings eine zeitliche Zäsur. Nach § 767 Abs. 2 ZPO sind Einwendungen, die den titulierten Anspruch selbst betreffen, nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung, in der Einwendungen spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch

nicht mehr geltend gemacht werden können (sog. Präklusion). Hieraus folgt, dass vom Arbeitgeber nur noch solche Einwendungen erhoben werden können, die erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung des Ausgangsprozesses entstanden sind. Nur dann ist zu prüfen, ob die neu entstandene Tatsache, wie hier der nachträgliche Wegfall des Arbeitsplatzes infolge Umstrukturierung, die im Ausgangsprozess getroffenen Feststellungen beeinflussen konnte.

Ist dem Arbeitgeber tatsächlich eine – titulierte – Beschäftigung unmöglich geworden (§ 275 Abs. 1 BGB), hat dieser dem Arbeitnehmer auf dessen Verlangen eine andere vertragsgemäße Beschäftigung zuzuweisen (§§ 283 Satz 1, 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB). Diese Verpflichtung greift nur dann nicht ein, wenn – auch – kein anderweitiger Einsatz möglich ist, was der Arbeitgeber darzulegen und nachzuweisen hat (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Allein auf den Titel kann der Arbeitgeber jedoch nicht verweisen, da er dadurch nicht gehindert ist, dem Arbeitnehmer gem. § 611 Abs. 1, § 315 Abs. 1 BGB i. V. m. § 106 GewO eine andere vertragsgemäße Beschäftigung zuzuweisen. Demgemäß kann sich der Arbeitgeber gegenüber seinem Arbeitnehmer nicht auf Unmöglichkeit berufen, wenn Letzterer eine mögliche Zuweisung einer anderweitigen vertragsgemäßen Beschäftigung verlangen kann (Dolo-agit-Einrede).

In Kündigungsschutzprozessen beantragen Arbeitnehmer regelmäßig im Wege der objektiven Klagehäufung die Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits. Kommt das Arbeitsgericht zu dem Ergebnis, dass die Kündigung unwirksam ist, ist – ohne näheren Sachvortrag des Arbeitnehmers – ein gestellter Antrag auf Weiterbeschäftigung auszuurteilen. Zumindest ab diesem Zeitpunkt überwiegt nämlich nach der Rechtsprechung des BAG das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers dem Interesse des Arbeitgebers auf Suspendierung (BAG v. 27.2.1985, a. a. O.). Hierdurch wird der Arbeitgeber gezwungen, bereits im Prozess Umstände darzulegen, die im Einzelfall sein überwiegendes Interesse an der weiteren vorläufigen Suspendierung des Arbeitnehmers auch nach Ausspruch eines instanzlichen Urteils, welches die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt hat, zu begründen. Tituliert das Arbeitsgericht den Beschäftigungsanspruch, tritt kraft Gesetzes eine vorläufige Vollstreckbarkeit ein, die der Arbeitgeber nur schwerlich verhindern kann (vgl. § 62 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 ArbGG). Hierdurch wird dem Arbeitnehmer die Möglichkeit der sofortigen Vollstreckung eröffnet (vgl. § 888 ZPO). Voraussetzung ist allerdings, dass der Titel ausreichend bestimmt ist (vgl. § 253 Abs. 2 ZPO, hierzu: LAG Hessen, Beschl. v. 6.7.2016 – 10 Ta 266/16, ArbR 2016, S. 582), was in der Praxis häufig aufgrund unsauberer Antragstellung und entsprechender Titulierung ein Problem darstellt.

! PRAXISTIPP

Stellen sich erst nach Rechtskraft des Beschäftigungsurteils Umstände ein, die der titulierte Beschäftigung entgegenstehen, kann der Arbeitgeber diese unter den Voraussetzungen des § 767 ZPO im Wege der Vollstreckungsabwehrklage geltend machen. Hierzu hat das BAG klargestellt, dass es zu einem Obsiegen nicht ausreicht, sich auf den – endgültigen – Wegfall des Arbeitsplatzes zu berufen. Erforderlich ist vielmehr, dass – auch unter Berücksichtigung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts (§ 106 GewO) – überhaupt keine vertragsgerechte Beschäftigung des Arbeitnehmers möglich ist und dies auch im Einzelnen vom Arbeitgeber dargelegt und im Bestreitensfall nachgewiesen wird. Geschieht dies nicht, kann dem Arbeitnehmer nicht die Unmöglichkeit seines Einsatzes entgegengehalten werden, da dieser vom Arbeitgeber sogleich den Anspruch auf anderweitige vertragsgemäße Beschäftigung verlangen kann (Dolo-agit-Einrede).

RA und Notar Dr. Ralf Laws LL.M. M.M.,
FA für Arbeitsrecht und Steuerrecht,
Fachberater für Unternehmensnachfolge,
Brilon

Integrationsamt: Arbeitsverhältnis endet aufgrund Bedingungseintritts

§§ 21, 15 Abs. 2 TzBfG; 92 SGB IX a. F.

In vielen Arbeitsverträgen ist geregelt, dass das Arbeitsverhältnis auch nach Ablauf des Monats endet, in welchem dem Arbeitnehmer der Bescheid eines Rentenversicherungsträgers zugestellt wird, wonach der Beschäftigte voll oder teilweise erwerbsgemindert ist. Damit wird die Beendigung an einen Bedingungseintritt geknüpft, so dass das Arbeitsverhältnis gem. § 15 Abs. 2 TzBfG frühestens zwei Wochen nach entsprechender Unterrichtung durch den Arbeitgeber endet. Bei Schwerbehinderten ist zur Beendigung dann auch die vorherige Zustimmung des Integrationsamtes erforderlich.

(Leitsatz des Bearbeiters)

BAG, Urteil vom 16.1.2018 –
7 AZR 622/15

○ PROBLEMPUNKT

Die Klägerin wurde von der Beklagten seit 1996 als Masseurin in einer von ihr betriebenen Rehaklinik beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis fand u. a. folgende Regelung Anwendung:

„(2) Das Arbeitsverhältnis endet ferner mit Ablauf des Monats, in dem der Bescheid eines Rentenversicherungsträgers (Rentenbescheid) zugestellt wird, wonach die/der Beschäftigte voll oder teilweise erwerbsgemindert ist. (...) Liegt im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine nach § 92 SGB IX erforderliche Zustimmung des Integrationsamtes nicht vor, endet das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des Tages der Zustellung des Zustimmungsbescheids des Integrationsamtes. (...)“

Die Angestellte wurde aufgrund einer Krankheit arbeitsunfähig und erreichte die volle Arbeitsfähigkeit nicht mehr. Im September 2012 wurde ihr ein (erster) Rentenbescheid wegen teilweiser Erwerbsminderung zugestellt. Im Oktober 2012 wurde die Klägerin einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt. Sie unterrichtete die Arbeitgeberin auch hierüber. Im März 2013 erhielt sie einen (weiteren) Rentenbescheid wegen teilweiser Erwerbsminderung. Die Beklagte teilte der Arbeitnehmerin im April 2013 schriftlich mit, dass das Arbeitsverhältnis zwei Wochen nach Zugang dieses Schreibens ende.

Die Klägerin wandte sich dagegen mit dem tatsächlich zutreffenden Argument, dass die Zustimmung des Integrationsamtes nicht vorlag. Die Arbeitgeberin meinte hingegen, diese sei nicht erforderlich gewesen, da die Mitarbeiterin zur Zeit des Bescheides aus September 2012 noch nicht einem Schwerbehinderten gleichgestellt gewesen sei. Das ArbG Fulda gab der Klage statt, das Hessische LAG wies sie hingegen ab.

△ ENTSCHEIDUNG

Das BAG hat der Klägerin Recht gegeben. Dabei war allein entscheidend, dass die (nach § 92 SGB IX a. F.) erforderliche Zustimmung des Integrationsamtes zur Zeit des Unterrichtungsschreibens nicht vorlag. Das LAG meinte zwar, dass die Zustimmung nicht erforderlich gewesen sei, da die Klägerin zur Zeit des ersten Rentenbescheids (September 2012) die Gleichstellung noch nicht beantragt hatte. Die Gleichstellung wirke zwar auf den Tag der Antragstellung zurück aber nicht darüber hinaus.

Das BAG verwarf diesen Anknüpfungspunkt jedoch. Es kommt für die Anwendbarkeit des Sonderkündigungsschutzes für Schwerbehinderte und Gleichgestellte gem. den §§ 85 ff. SGB IX a. F. allein auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung an; der Ausnahmetatbestand des § 90 Abs. 2a SGB IX a. F. war nicht gegeben. Dem entsprechend ist hier der Zugang der Unterrichtung

der richtige Anknüpfungspunkt. Und zu diesem Zeitpunkt war die Klägerin Schwerbehinderten gleichgestellt, so dass die Regelungen über den besonderen Kündigungsschutz anwendbar und die Zustimmung erforderlich gewesen sind. Dafür spricht schon der Wortlaut, der auf „Beendigung“ abstellt – und diese tritt hier gem. § 21, 15 Abs. 2 TzBfG nicht ohne das Unterrichtungsschreiben ein. Auch der Schutzzweck der Normen spricht für dieses Auslegungsergebnis.

» KONSEQUENZEN

Die Zustellung eines Rentenbescheids ist eine Bedingung, an deren Eintritt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich geknüpft werden kann. § 21 TzBfG ordnet an, dass bei auflösend bedingten Arbeitsverträgen auch § 15 Abs. 2 TzBfG anwendbar ist. Danach endet ein zweckbefristeter (und entsprechend ein auflösend bedingter) Arbeitsvertrag mit Erreichen des Zwecks – frühestens jedoch zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Unterrichtung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt der Zweckerreichung (bzw. des Eintritts der Bedingung). Die Beendigungswirkung tritt demnach also letztlich erst aufgrund der Unterrichtung ein. Dies erkennt auch das BAG, wenn es konstatiert, die tatsächliche Wirkung der Unterrichtung ist der einer Kündigung ähnlich.

Die Entscheidung überzeugt nur bedingt. Denn § 15 Abs. 2 TzBfG ist ersichtlich dem Umstand geschuldet, dass ein Arbeitnehmer oftmals nicht weiß, wann genau der gewünschte Zweck erreicht werden wird. Dieser Unsicherheit wird durch die Unterrichtungspflicht Rechnung getragen. Hier ist die Situation aber eine andere: Der Arbeitnehmer weiß sehr genau, wann ihm ein Rentenbescheid zugeht – er weiß dies sogar noch vor dem Arbeitgeber. Insofern ist der Gleichlauf hier nicht recht nachvollziehbar; eine teleologische Reduktion wäre angebrachter.

! PRAXISTIPP

Für die Praxis bedeutet dieses Urteil, dass die Unterrichtung faktisch ein Beendigungstatbestand i. S. d. Sonderkündigungsschutzes für schwerbehinderte bzw. gleichgestellte Arbeitnehmer ist. Die seitens des BAG zitierten Normen finden sich jetzt an anderer Stelle, inhaltlich aber unverändert in den §§ 168 ff. SGB IX n. F. Es ist dringend anzuraten, vorher die Zustimmung des Integrationsamtes einzuholen. Diese dürfte auch erteilt werden. Man muss nur eben daran denken.

RA Daniel Jutzi,
Rechtsinformer, Osnabrück

Mindestlohn für Arbeitsbereitschaft

§§ 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 MiLoG

Zeiten der Bereitschaft fallen unter den gesetzlichen Mindestlohnanspruch des § 1 Abs. 2 MiLoG.

(Leitsatz des Bearbeiters)

BAG, Urteil vom 11.10.2017 – 5 AZR 593/16

PROBLEMPUNKT

Der Kläger war bei der Beklagten als Rettungsassistent beschäftigt. Er verlangte von der Beklagten die zusätzliche Vergütung von Bereitschaftszeiten mit dem gesetzlichen Mindestlohn. Nach dem auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Tarifvertrag des Deutschen Roten Kreuzes vom 16.6.2014 (DRK-RTV) beträgt die regelmäßige Arbeitszeit des Klägers 38,5 Stunden. Die Arbeitszeit kann aufgrund Tarifvertrags auf bis zu 12 Stunden täglich und durchschnittlich 48 Stunden wöchentlich verlängert werden, wenn regelmäßig eine Arbeitsbereitschaft von durchschnittlich mindestens drei Stunden täglich darunterfällt. Von dieser Option hatte der Arbeitgeber Gebrauch gemacht, ohne dass die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden überschritten wurde. Der Kläger bezog ein monatliches Tabellenentgelt nach der für ihn anwendbaren Entgeltgruppe. Nach § 29 Abs. 7 DRK-RTV ist mit diesem Entgelt die regelmäßige Arbeitszeit des Klägers abgegolten, auch wenn diese wie vorliegend nach den Vorgaben des Tarifvertrags verlängert wird.

Mit seiner Klage verlangte der Rettungsassistent weiterhin den gesetzlichen Mindestlohn für zusätzliche von ihm im Streitzeitraum geleistete Bereitschaftsstunden.

ENTSCHEIDUNG

Im Ergebnis stand dem Kläger kein Zahlungsanspruch zu. Allerdings ist auch für Arbeitsbereitschaft der gesetzliche Mindestlohn zu zahlen. Denn der Arbeitgeber schuldet den gesetzlichen Mindestlohn für jede tatsächlich geleistete Arbeitsstunde, ohne dass das Gesetz nach dem Grad der tatsächlichen Inanspruchnahme differenziert.

Der gesetzliche Mindestlohnanspruch des Klägers war bereits durch Gewährung seines regelmäßigen monatlichen Tabellenentgelts erfüllt. Denn bei einer maximalen wöchentlichen Arbeitszeit des Klägers einschließlich Bereitschaftsdienst von 48 Wochenstunden überstieg das dem Kläger gezahlte monatliche Entgelt i. H. v. 2.446,41 Euro

brutto seinen gesetzlichen Mindestlohnanspruch i. H. v. 1.773,95 Euro brutto (208,7 Monatsstunden multipliziert mit dem zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden gesetzlichen Mindeststundenlohn von 8,50 Euro).

Die vom Kläger geleistete Arbeitszeit war aufgrund der tariflichen Pauschalierungsregelung des § 29 Abs. 7 DRK-RTV abgegolten. Zu der „regelmäßigen Arbeitszeit“ des Klägers im Sinne der Tarifnorm gehörten sowohl die Vollarbeit als auch der Bereitschaftsdienst. Die tarifliche Abgeltungsregelung des § 29 Abs. 7 DRK-RTV ist auch nicht nach § 3 Satz 1 MiLoG unwirksam. Danach sind Vereinbarungen, die den Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten oder seine Geltendmachung beschränken oder ausschließen, insoweit unwirksam. Die tarifliche Pauschalierungsregelung ist aber nach der Entscheidung des BAG keine Abrede, die den Mindestlohnanspruch als solchen begrenzt.

KONSEQUENZEN

Der gesetzliche Mindestlohn beträgt seit dem 1.1.2017 je Zeiteinheit 8,84 Euro (§ 1 Abs. 2 MiLoG), er steigt zum 1.1.2019 auf 9,19 Euro und zum 1.1.2020 auf 9,35 Euro. Zwar bezieht sich der Mindestlohnanspruch grundsätzlich nur auf tatsächlich geleistete Arbeitsstunden. Dazu zählt aber nach ständiger Rechtsprechung des BAG auch die Arbeitsbereitschaft (so bereits BAG, Urt. v. 29.6.2016 – 5 AZR 716/15, NZA 2016, S. 1332). Zunächst kommt es für die Frage, ob dem Arbeitnehmer ein Differenzlohnanspruch aus gesetzlichem Mindestlohn zusteht, darauf an, ob der Arbeitnehmer aus seinem Arbeitsverhältnis eine Bruttovergütung erhalten hat, die seinen gesetzlichen Mindestlohnanspruch erreicht oder übersteigt. Dabei errechnet sich der gesetzliche Mindestlohnanspruch als Produkt aus der Anzahl der monatlich tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden und dem gesetzlichen Mindeststundenlohn. Übersteigt danach das Bruttoentgelt des Arbeitnehmers seinen Mindestlohnanspruch, hat er nur dann einen Differenzanspruch, wenn er sich zusätzlich auf Leistungen berufen kann, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erbringt oder die auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung beruhen. Alle Entgeltleistungen des Arbeitgebers dagegen, die auch die Erbringung der Arbeitsleistung honorieren, sind für die Erfüllung des Mindestlohns zu berücksichtigen.

Nach § 3 MiLoG ist der gesetzliche Anspruch auf den Mindestlohn unabdingbar. Das BAG hat hierzu in einem bisher nur als Pressemitteilung vorliegenden Urteil entschieden, dass individualvertragliche Ausschlussfristen in nach dem 1.1.2015 abgeschlossenen Arbeitsverträgen Mindestlohn-

ansprüche ausdrücklich ausnehmen müssen. Andernfalls sind die Ausschlussklauseln unwirksam (BAG, Urt. v. 18.9.2018 – 9 AZR 162/18; für den Mindestlohn in der Pflegebranche bereits: BAG, Urt. v. 24.8.2016 – 5 AZR 703/15, AuA 4/17, S. 249). Wie die vorliegende Entscheidung des BAG zeigt, gilt die Unwirksamkeitsfolge nur für Abreden, die den Mindestlohnanspruch aus § 1 Abs. 1 MiLoG als solchen begrenzen. Pauschalierungsabreden, nach denen eine bestimmte Arbeitszeit mit dem Entgelt abgegolten ist, bleiben aber grundsätzlich zulässig (BAG v. 29.6.2016, a. a. O.).

PRAXISTIPP

Der gesetzliche Mindestlohnanspruch bezieht sich nicht nur auf Vollarbeit, sondern auch auf Arbeitsbereitschaft. Ausschlussklauseln in Arbeitsverträgen sollten daraufhin durchgesehen werden, ob der gesetzliche Mindestlohnanspruch ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich der Klausel herausgenommen wurde.

Dr. Ingo Plesterninks, VP Human Resources, Mauser International Packaging Solutions, Brühl, sowie RA und FA für Arbeitsrecht, Bonn

APP

ARBEITSRECHT KOMMENTIERT

Die AuA-Entscheidungsbesprechungen gibt es auch digital für Smartphone und Tablet – jetzt downloaden und alle Kommentare jederzeit durchsuchbar nutzen. Infos finden Sie unter www.arbeit-und-arbeitsrecht.de/arbeitsrecht-kommentiert

Diskriminierung wegen Forderung nach Deutsch als Muttersprache

§§ 7 Abs. 1, 15 Abs. 2 sowie 4 AGG

Eine „Ablehnung durch den Arbeitgeber“ i. S. v. § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG setzt eine auf den Beschäftigten bezogene ausdrückliche oder konkludente Erklärung des Arbeitgebers voraus, aus der sich für den Beschäftigten aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers eindeutig ergibt, dass seine Bewerbung keine Aussicht (mehr) auf Erfolg hat. Ein Schweigen oder sonstiges Untätigbleiben des Arbeitgebers reicht grundsätzlich nicht aus, um die Frist des § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG in Lauf zu setzen.

BAG, Urteil vom 29.6.2017 – 8 AZR 402/15

PROBLEMPUNKT

Die Parteien streiten über eine Entschädigung aufgrund eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot wegen der ethnischen Herkunft. Das beklagte Unternehmen verlegt das Magazin „Unternehmensjurist“. Es beauftragte im Februar 2013 eine Vermittlung mit der Suche nach zwei bis zum 17.5.2013 befristeten Bürohilfen zur Unterstützung eines Redakteurs für ein Buch. Der in der Ukraine geborene Kläger ist russischer Muttersprachler und studiert seit Oktober 2011 in Deutschland Psychologie und BWL. Er bewarb sich auf die Stellenausschreibung, die die Anforderung „Deutsch als Muttersprache“ enthielt. Der Kläger erhielt keine Zusage. Mit E-Mail vom 9.9.2013 bat der Kläger das Unternehmen um Rückmeldung. Am 11.9.2013 wurde ihm mitgeteilt, dass die Stelle anderweitig besetzt sei. Mit Schreiben vom 6.11.2013 machte er mit seiner Klage eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG i. H. v. 9.600 Euro geltend. Das ArbG Frankfurt/Main wies seine am 7.2.2014 eingegangene Klage auf Entschädigung ab, das Hessische LAG verurteilte die Beklagte zur Zahlung einer Entschädigung i. H. v. 3.200 Euro.

ENTSCHEIDUNG

Das BAG bestätigt das LAG-Urteil. Es führt zunächst aus, dass der klagende Arbeitnehmer seinen Anspruch frist- und formgerecht innerhalb von zwei Monaten (§ 15 Abs. 4 Satz 1 AGG) schriftlich geltend gemacht hat. Die Frist zur Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 4 AGG hat frühestens am 11.9.2013 zu



© Andreas Bertheider/stock.adobe.com

laufen begonnen, da dem Kläger erst an diesem Tag eine Ablehnung der Beklagten zugegangen ist. Die Geltendmachung des Anspruchs setzt eine auf den konkreten Beschäftigten und die konkrete Bewerbung bezogene Ablehnung voraus, dass die Bewerbung keine Aussicht (mehr) auf Erfolg hat. Dem vor der Anfrage des Klägers erfolgten Schweigen der Beklagten kommt kein Erklärungswert zu (vgl. BAG, Urt. v. 22.8.2013 – 8 AZR 574/12, BB 2014, S. 179). Nach dem BAG handelt es sich bei der Ablehnung i. S. v. § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG nicht um eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern um eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung. Auf diese rechtsgeschäftsähnliche Handlung finden jedoch die Bestimmungen über Willenserklärungen entsprechende Anwendung. Dies hat zur Folge, dass in einem bloßen Schweigen oder Untätigbleiben des Arbeitgebers grundsätzlich keine Ablehnung i. S. v. § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG liegt. Im Falle einer Bewerbung ist regelmäßig der Zeitpunkt des Zugangs der Ablehnung maßgeblich, weshalb dieser Zeitpunkt insoweit der frühestmögliche Zeitpunkt des Fristbeginns ist. In diesem Kontext hält das BAG die Fristen für eingehalten, obwohl der Kläger zeitlich deutlich hinter der Lage des nur bis zum 17.5.2013 befristeten Beschäftigungsverhältnisses angefragt hat. Bei Befristungen ist die in der Stellenausschreibung enthaltene vorweggenommene Ablehnung (mit Befristungsende) keine Ablehnung i. S. v. § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG. Die Ablehnung war vorliegend auch nicht ausnahmsweise entbehrlich. Damit hatte der Kläger die Fristen des § 15 Abs. 4 AGG und des § 61b Abs. 1 ArbGG gewahrt.

Mit der Anforderung „Deutsch als Muttersprache“ in der Stellenausschreibung wurde der Kläger mittelbar diskriminiert. Damit wird zum Ausdruck gebracht, einen Bewerber gewinnen zu wollen, der im deutschen Sprachraum aufgewachsen ist.

Denn „Muttersprache“ ist die Sprache, die man von Kind auf oder als Kind typischerweise von den Eltern gelernt hat. Die Anforderung „Deutsch als Muttersprache“ ist daher geeignet, Personen – wie den ukrainischen Kläger – wegen ihrer ethnischen Herkunft in besonderer Weise zu benachteiligen. Eine Rechtfertigung im Sinne eines Vollbeweises ist durch den Vortrag der Beklagten nicht zu erkennen. Es hat an einem substantiierten Vortrag dafür gefehlt, dass auch ein Nichtmuttersprachler diese besondere Sprachkenntnis besitzen könne.

KONSEQUENZEN

Kommt es in der ausgeschriebenen Position auf die Kenntnis der deutschen Sprache in Wort und Schrift an, darf nur dies in der Stellenausschreibung zum Ausdruck gebracht werden. Ferner stellt das Gericht – unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung – klar, dass es sich bei der Ablehnung um eine rechtsgeschäftliche Handlung handelt. Im Falle einer Bewerbung ist danach der frühestmögliche Zeitpunkt der Fristauslösung der Zugang der Ablehnung und zwar unabhängig davon, ob der Bewerber anderweitig zuvor Kenntnis erlangte.

PRAXISTIPP

In Stellenausschreibungen sollten Arbeitgeber die Formulierung „Deutsch als Muttersprache“ wegen des Diskriminierungsverbots unbedingt vermeiden und stattdessen durch „sehr gute Kenntnisse der deutschen Sprache“ ersetzen.

RA Volker Stück, Bonn