

Entscheidungen kommentiert

Diskriminierung durch einheitliche Mindestgröße

RL 76/207/EWG

Die Regelung eines Mitgliedstaats, welche die Teilnahme an einem Auswahlverfahren für Bewerber zum Polizeidienst unabhängig von ihrem Geschlecht von einer einheitlichen Mindestkörpergröße abhängig macht, verstößt gegen die Bestimmungen der RL 76/207/EWG, wenn hierdurch eine viel höhere Zahl weiblicher als männlicher Bewerber benachteiligt wird und dies für die Erreichung des verfolgten Ziels nicht geeignet und erforderlich ist, was das mit dem Streitfall befasste Gericht zu prüfen hat.

(Leitsatz des Bearbeiters)

EuGH, Urteil vom 18.10.2017 – C-409/16

PROBLEMPUNKT

Die 1,68 m große Klägerin hat sich unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen in Vrachati (Griechenland) als Anwärtin für das Auswahlverfahren der Polizei beworben. Gemäß den einschlägigen Bestimmungen in Griechenland müssen Offiziere und Polizisten der Polizeiakademie u. a. zumindest eine Körpergröße von 1,70 m aufweisen, wobei nicht zwischen Männern und Frauen unterschieden wird. Der Klägerin wurden unter Hinweis auf ihre zu geringe Körpergröße ihre Bewerbungsunterlagen zurückgegeben und die Teilnahme an dem Auswahlverfahren verweigert. Diese Entscheidung hat sie vor dem Verwaltungsgericht Athen angefochten, welches ihr Recht gegeben hat. Die Bestimmung über die Mindestgröße sei nichtig, da sie den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gleichheit der Geschlechter verletze. Gegen das Urteil hat der zuständige griechische Minister Berufung vor dem Verwaltungsberufungsgericht Athen eingelegt. Dieses hat das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH – sinngemäß – die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob eine nationale Bestimmung, wonach männliche und weibliche Polizeibewerber eine Körpergröße von mindestens 1,70 m haben müssen, mit den Richtlinien 76/207 und 2006/54 vereinbar oder diskriminierend ist.

ENTSCHEIDUNG

In der Festlegung einer einheitlichen Mindestkörpergröße für alle Bewerber lag eine mittelbare Diskriminierung, da sie eine sehr viel höhere Zahl weiblicher als männlicher Bewerber ausgrenzte. Die Zulässigkeit einer solchen Ungleichsetzung hat das mit der Sache befasste nationale Gericht zum einen darauf zu überprüfen, ob sie durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist; zum anderen ist zu beurteilen, ob das gewählte Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich ist. Ob dies bei der streitigen Regelung der Fall ist, erscheint bedenklich, da weniger nachteilige Maßnahmen in Betracht kommen.

KONSEQUENZEN

Art. 1 Abs. 1 der RL 76/207 legt den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Arbeitsleben fest. Unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen nach Art. 3 Abs. 1 u. a. die Bedingungen – einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen – für den Zugang zu unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit, unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position, einschließlich des beruflichen Aufstiegs. Dabei beinhaltet der Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 2 Abs. 1 u. a., dass keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erfolgen darf. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt gem. Art. 2 Abs. 1 vor, wenn eine Person aufgrund ihres Geschlechts in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde; eine mittelbare Diskriminierung ist gegeben, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einem Geschlecht angehören, in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.

Ist eine Regelung/Beschränkung auf beide Geschlechter gleich anzuwenden, indem – wie hier – eine einheitliche Mindestkörpergröße festgelegt wird, unterscheidet diese gerade nicht nach dem Geschlecht, scheidet eine unmittel-

bare Diskriminierung i. S. d. Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie aus. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist jedoch eine mittelbare Diskriminierung gegeben, wenn die Anwendung einer nationalen Maßnahme zwar neutral formuliert ist, tatsächlich aber wesentlich mehr Frauen als Männer benachteiligt (EuGH, Urt. v. 2.10.1997 – C 100/95, EuZW 1998, S. 19). Unter diese Definition fällt die streitige Regelung, die für Frauen und Männer eine einheitliche Mindestgröße von 1,70 m vorschreibt, weil – was im entschiedenen Fall unstrittig war – deutlich weniger Frauen als Männer diese Eigenschaft aufweisen. Eine mittelbare Diskriminierung i. S. d. RL 76/207 ist jedoch dann nicht verboten, wenn sie gem. Art. 2 Abs. 2 durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Obwohl es Aufgabe des vorlegenden nationalen Gerichts ist, das Vorliegen einer solchen Rechtfertigung zu prüfen, steht es dem EuGH zu, Hinweise zu erteilen, die ihm die Entscheidung ermöglichen (EuGH, Urt. v. 10.3.2005 – C-196/02, EuZW 2005, S. 406). Die Einführung einer Mindestgröße kann dem Ziel dienen, die wirksame Erfüllung der Aufgaben der Polizei zu ermöglichen, weil der Besitz gewisser besonderer physischer Eignungen für den Einsatz von Bedeutung sein kann. Das Bemühen, die Einsatzbereitschaft und das ordnungsgemäße Funktionieren der Polizei zu gewährleisten, stellt zwar ein rechtmäßiges Ziel dar (EuGH, Urt. v. 13.11.2014 – C-416/13, NVwZ 2015, S. 427); allerdings ist ferner erforderlich, dass die konkrete Vorgabe geeignet ist, die Erreichung des mit dieser Regelung angestrebten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hierfür Erforderliche hinausgeht. Zum Polizeidienst gehören einerseits Tätigkeiten, die dem Schutz von Personen und Sachen dienen und besondere körperliche Fähigkeiten erfordern. Andererseits existieren Polizeiaufgaben, die offenkundig keinen hohen körperlichen Einsatz bedingen, so etwa der Beistand für den Bürger und die Verkehrsregelung (EuGH v. 13.11.2014, a. a. O.). Aber auch wenn für bestimmte Aufgaben eine besondere körperliche Eignung erforderlich sein sollte, heißt dies nicht, dass diese zwangsläufig mit dem Besitz einer Mindestkörpergröße verbunden ist bzw. kleinere Personen von Natur aus hierüber nicht verfügen. Aus diesem Grunde wäre bspw. eine Vorauswahl der Bewerber, die auf spezifischen Prüfungen zur Feststellung ihrer körperlichen Fähigkeiten beruht, weniger nachteilig für Frauen als ein pauschaler Ausschluss bei Unterschreitung einer – mehr oder weniger willkürlich festgesetzten – Mindestkörpergröße.

Das Urteil des EuGH ist auch für Deutschland von großer Bedeutung, da fast alle Bundesländer u. a. von Bewerbern für den Polizeidienst das Erreichen einer Mindestkörpergröße verlangen. Deshalb war sie bereits mehrmals Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen, ohne dass ein ein-

heitliches Meinungsbild besteht. So sieht etwa der Hessische VGH (Beschl. v. 25.8.2016 – 1 B 976/16, ESVGH 67, S. 40) keinen Verstoß gegen höherrangiges Recht, namentlich Art. 33 Abs. 2, 3 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 GG i. V. m. mit dem AGG, in der Festsetzung einer Mindestkörpergröße von 1,60 m für die Einstellung in den Polizeivollzugsdienst, da dadurch eine störungsfreie Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben gewährleistet werde. Dementgegen vertritt das VG Schleswig (Urt. v. 26.3.2016 – 12 A 120/14, ArbuR 2015, S. 204) die Auffassung, dass Körperlängenanforderungen eine mittelbare Benachteiligung von Frauen gem. § 3 Abs. 2 AGG wegen des Geschlechts (§ 1 Var. 3 AGG) bewirken (so auch: ArbG Köln, Urt. v. 28.11.2013 – 15 Ca 3879/13, ArbRB 2014, S. 4).

! PRAXISTIPP

Bisher haben die nationalen Gerichte offenbar die unionsrechtliche Dimension der Mindestgröße vernachlässigt. Zukünftig wird die Europarechtskonformität genauer zu prüfen sein, wobei unter Beachtung der Skepsis des EuGH bzgl. pauschaler Festlegungen insbesondere die Erforderlichkeit genau zu prüfen ist.

*Dr. Ralf Laws LL.M. M.M.,
Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für
Arbeitsrecht und Steuerrecht, Fachberater
für Unternehmensnachfolge, Brilon*

Freistellung und Abgeltung

§§ 133, 157, 362 BGB

Die Vereinbarung einer unwiderruflichen Freistellung in einem gerichtlichen Vergleich umfasst nur dann den Abbau von Positivsalden auf dem Arbeitszeitkonto, wenn in dem Vergleich hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt, dass mit der Freistellung auch ein Positivsaldo auf dem Arbeitszeitkonto ausgeglichen werden soll.

(Leitsatz der Bearbeiterin)

**BAG, Urteil vom 20.11.2019 –
5 AZR 578/18**

○ PROBLEMPUNKT

Die Klägerin war als Sekretärin bei einer Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaft angestellt. Diese kündigte das Arbeitsverhältnis im September 2016 außerordentlich und fristlos. Im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses

schlossen die Parteien im November 2016 einen gerichtlichen Vergleich, wonach das Arbeitsverhältnis durch ordentliche Arbeitgeberkündigung mit Ablauf des 31.1.2017 enden sollte. Bis zum 31.1.2017 stellte die Beklagte die Klägerin unwiderruflich von der Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung unter Fortzahlung der vereinbarten Vergütung frei. Bezüglich der Freistellung findet sich in dem Vergleich zudem die Regelung, dass die Urlaubsansprüche der Klägerin für 2016 und 2017 mit der Freistellung in Natur gewährt werden. Der Vergleich enthielt keine allgemeine Abgeltungs- bzw. Ausgleichsklausel.

Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangte die Klägerin von der Beklagten die Abrechnung und Auszahlung der aufgelaufenen 67,10 Gutstunden auf ihrem Arbeitszeitkonto in Höhe von 1.317,28 Euro brutto nebst Zinsen. Sie begründete dies damit, dass ihrer Ansicht nach dieser Anspruch nicht durch die Freistellung im Vergleich erfüllt worden sei. Die Beklagte kam dem nicht nach.

In dem darauf folgenden Rechtsstreit gab das ArbG Münster der Klage der Arbeitnehmerin auf Abgeltung der Gutstunden auf ihrem Arbeitszeitkonto statt. Auf die Berufung der Beklagten wies das LAG Hamm die Klage ab.

△ ENTSCHEIDUNG

Das BAG hat entschieden, dass eine Freistellung in einem gerichtlichen Vergleich nur dann den Anspruch des Arbeitnehmers auf Freizeitausgleich zum Abbau des Arbeitszeitkontos erfüllt, wenn in dem Vergleich hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt, dass mit der Freistellung auch ein Positivsaldo auf dem Arbeitszeitkonto ausgeglichen werden soll. Dieser Voraussetzung soll allein eine Klausel, wonach der Arbeitnehmer unwiderruflich von der Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt wird, nicht genügen. Das BAG stellt klar, dass soweit bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses Gutstunden auf dem Arbeitszeitkonto nicht mehr durch Freizeit ausgeglichen werden können, diese vom Arbeitgeber in Geld abzugelten sind. Dabei soll die Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht in einem gerichtlichen Vergleich nur dann geeignet sein, den Anspruch auf Freizeitausgleich zum Abbau von Gutstunden auf dem Arbeitszeitkonto zu erfüllen, wenn der Mitarbeiter erkennen kann, dass der Arbeitgeber ihn auch zur Erfüllung des Anspruchs auf Freizeitausgleich von der Arbeitspflicht freistellen will. Daran fehlte es nach Auffassung der Richter des BAG in dem vorliegenden Vergleich. Sie begründen dies damit, dass in dem gerichtlichen Vergleich weder ausdrücklich noch konkludent hinreichend deutlich festgehalten wurde, dass die Freistellung auch dem Abbau des Arbeitszeitkontos dienen bzw. mit ihr der Freizeitausgleichsanspruch aus dem Arbeitszeitkonto erfüllt werden sollte.

» KONSEQUENZEN

Der Vergleich stellt weiterhin ein geeignetes Mittel dar, um alle offenen wechselseitigen Ansprüche umfassend zu regeln. Insofern ist das Urteil wenig überraschend. Im Rahmen der Freistellungsklausel des vorliegenden Vergleichs hatten die Abgeltung der Stunden auf dem Arbeitszeitkonto und der Freizeitausgleichsansprüche neben der Abgeltung des Urlaubsanspruchs schlichtweg keine Erwähnung gefunden. Da bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Gutstunden auf dem Arbeitszeitkonto vom Arbeitgeber in Geld abzugelten sind, bedarf es einer eigenen Regelung, wie mit diesen im Rahmen einer unwiderruflichen Freistellung umgegangen werden soll. Nur so wird für den Arbeitnehmer hinreichend deutlich, ob der Arbeitgeber mit der Freistellung auch die aus den Gutstunden auf dem Arbeitszeitkonto resultierenden Freizeitausgleichsansprüche erfüllen will.

! PRAXISTIPP

Um sämtliche offenen Ansprüche endgültig zu erledigen und somit weitere Streitigkeiten zu vermeiden, müssen die einzelnen Ansprüche zweifelsfrei und unmissverständlich in einem Vergleich zum Ausdruck kommen und eindeutig formuliert werden. Diese Vorgabe lässt sich auch auf die Vereinbarung von Aufhebungs- und Abwicklungsverträgen übertragen. Es empfiehlt sich daher, für die Abgeltung von Überstundenguthaben auf Arbeitszeitkonten die in der arbeitsrechtlichen Praxis übliche Klausel aufzunehmen: „(...) Diese Freistellung erfolgt unter Anrechnung sämtlicher bestehender und ggf. noch entstehender Urlaubsansprüche und etwaiger Ansprüche auf Freizeitausgleich aufgrund von Arbeitszeitguthaben des Arbeitnehmers.“ Darüber hinaus sollte zu guter Letzt in gerichtlichen Vergleichen sowie Aufhebungs- und Abwicklungsverträgen auch eine allgemeine Abgeltungs- bzw. Ausgleichsklausel aufgenommen werden. Diese Klausel verdeutlicht für beide Parteien, dass mit dem Vergleich sämtliche wechselseitigen Ansprüche der Parteien aus und im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis und seiner Beendigung abgegolten und erledigt werden sollen. So kann mit dem Vergleich, Aufhebungs- oder Abwicklungsvertrag auch der beabsichtigte Schlussstrich unter das Arbeitsverhältnis gezogen werden.

*Julia Breitfeld, LL.M.,
Rechtsanwältin, Eversheds Sutherland
(Germany) LLP, München*

Sachgrundlose Befristung: 22 Jahre Abstand ausreichend

§ 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG

Liegt die Vorbeschäftigung eines Arbeitnehmers 22 Jahre zurück, gelangt das Verbot der sachgrundlosen Befristung nach einer Vorbeschäftigung regelmäßig nicht zur Anwendung.

(Leitsatz der Bearbeiter)

BAG, Urteil vom 21.8.2019 – 7 AZR 452/17

PROBLEMPUNKT

Der Entscheidung liegt der Abschluss eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags zugrunde. Die Arbeitnehmerin klagte nach Ablauf der Befristung auf Feststellung, dass die Befristung unwirksam ist und das Arbeitsverhältnis nicht geendet hat. Sie berief sich darauf, dass sie bereits 22 Jahre zuvor für etwa ein Jahr bei derselben Arbeitgeberin beschäftigt war.

Im Mittelpunkt der Entscheidung steht einmal mehr das Vorbeschäftigungsverbot gem. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG. Danach ist eine sachgrundlose Befristung unzulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Umstritten ist, wie der Begriff „bereits zuvor“ auszulegen ist. Das BAG orientierte sich zunächst streng am Wortlaut und entschied, dass eine sachgrundlose Befristung nur bei der erstmaligen Einstellung zulässig sei. Ab 2011 verneinte das BAG eine „Zuvor-Beschäftigung“, wenn das frühere Arbeitsverhältnis länger als drei Jahre zurückliegt (BAG, Urt. v. 21.9.2011 – 7 AZR 375/10, AuA 4/12, S. 246). Eine solche Auslegung hielt das BVerfG für verfassungswidrig. Der Gesetzgeber habe erkennbar die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung auf die Ersteinstellung bei demselben Arbeitgeber beschränken wollen (BVerfG, Beschl. v. 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, AuA 8/18, S. 487). Die Anwendung des Vorbeschäftigungsverbots muss den Arbeitsvertragsparteien im Einzelfall jedoch auch zumutbar sein. Das Verbot ist daher insbesondere einschränkend auszulegen, wenn eine Vorbeschäftigung „sehr lange“ zurückliegt, „ganz anders geartet“ oder von „sehr kurzer“ Dauer gewesen war. Unter Anwendung dieser Maßstäbe hielt das BAG eine acht Jahre zurückliegende Vorbeschäftigung für nicht „sehr lange“ zurückliegend (BAG, Urt. v. 23.1.2019 – 7 AZR 733/16, AuA 7/19, S. 439).

ENTSCHEIDUNG

Das BAG entschied nun erstmals unter Berücksichtigung der Vorgaben des BVerfG, das Verbot der sachgrundlosen Befristung nach einer sehr lange zurückliegenden Vorbeschäftigung nicht anzuwenden. Die Regelung über das Vorbeschäftigungsverbot ist den Arbeitsvertragsparteien unzumutbar, wenn weder die Gefahr einer Kettenbefristung droht noch das Verbot der sachgrundlosen Befristung erforderlich ist, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten.

Laut Pressemitteilung des BAG liegt ein solcher Fall regelmäßig vor, wenn die Arbeitnehmerin 22 Jahre nach Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses erneut bei derselben Arbeitgeberin eingestellt wird. Die Vorbeschäftigung liegt so lange zurück, dass das Verbot einer sachgrundlosen Befristung den Arbeitsvertragsparteien regelmäßig nicht zumutbar ist.

Das BAG hielt daher die Befristung für wirksam und damit das Arbeitsverhältnis für beendet.

KONSEQUENZEN

Die Entscheidung vermag nicht darüber hinwegzutäuschen, dass die sachgrundlose Befristung bei der erneuten Einstellung weiterhin die absolute Ausnahme bleibt.

Zwar klärt das BAG erstmals darüber auf, ab wann eine Vorbeschäftigung jedenfalls „sehr lange“ zurückliegt, so dass eine sachgrundlose Befristung bei der erneuten Einstellung zulässig ist. Jedoch hat das BAG jüngst ebenfalls entschieden, dass ein Zeitraum von ca. 15 Jahren zwischen Vorbeschäftigung und erneuter Einstellung ohne Hinzutreten besonderer Umstände grundsätzlich nicht ausreicht, um als „sehr lange“ zu gelten. Danach besteht zwar bei einem Zeitraum von ca. 15 Jahren keine Gefahr der Kettenbefristung mehr, anders noch als bei einem Zeitraum von acht Jahren und neun Monaten (BAG, Urt. v. 20.3.2019 – 7 AZR 409/16). Jedoch widerspricht selbst noch ein Zeitraum von ca. 15 Jahren dem Zweck, das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten (BAG, Urt. v. 17.4.2019 – 7 AZR 323/17).

Der Zeitraum, ab dem das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform nicht mehr in Frage gestellt wird, müsste danach zwischen ca. 15 und maximal 22 Jahren liegen.

Derart lange Zeiträume sind dem Arbeitsrecht nicht unbekannt. So sieht das Gesetz bei der Staffelung der verlängerten Kündigungsfristen nach § 622 Abs. 2 BGB auf der siebten Stufe nach insgesamt 20-jähriger Betriebszugehörigkeit eine

gesetzliche Höchstkündigungsfrist von sieben Monaten vor. Eine weitergehende Verlängerung der gesetzlichen Kündigungsfrist würde zu zusätzlichen Belastungen des Arbeitgebers führen, die ihm trotz der vom Arbeitnehmer gezeigten Betriebstreue unzumutbar wäre. Zwar wirkt die gesetzliche Höchstkündigungsfrist einseitig zugunsten des Arbeitnehmers, während die sachgrundlose Befristung überwiegend zugunsten des Arbeitgebers arbeitet. „Passt“ jedoch in den Zeitraum zwischen Vorbeschäftigung und erneuter Beschäftigung eine 20-jährige Betriebszugehörigkeit, so kann regelmäßig davon ausgegangen werden, dass das Verbot einer sachgrundlosen Befristung dem Arbeitgeber unzumutbar wäre, und auch eine sachgrundlose Befristung nicht das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform infrage stellt.

PRAXISTIPP

Arbeitgeber sollten sich Gewissheit über etwaige Vorbeschäftigungen ihrer Bewerber verschaffen. Hierzu sind eine penible Dokumentation der Arbeitsverhältnisse und gezielte Nachfragen bei Bewerbern unablässig. Sollte sich dabei herausstellen, dass eine Vorbeschäftigung 22 Jahre oder länger zurückliegt, ist eine sachgrundlose Befristung regelmäßig zulässig. Im Übrigen gilt es auch weiterhin, die Rechtsprechung des BAG zur Frage im Blick zu haben, ab wann eine Vorbeschäftigung „sehr lange“ zurückliegt, „ganz anders geartet“ oder von „sehr kurzer“ Dauer gewesen war und damit trotz vormaliger Beschäftigung eine sachgrundlose Befristung zulässig ist.

Justus Frank, Maître en droit, LL.M., Rechtsanwalt, Hogan Lovells International LLP, Düsseldorf; Dipl.-Jur. Maurice Heine, Hogan Lovells International LLP, Düsseldorf

Sozialplanabfindung – Benachteiligung wegen Behinderung

§§ 75 Abs. 1, 112 BetrVG;
§ 3 Abs. 2 AGG

Eine Sozialplanregelung kann sich auf den Ausgleich der nach § 112 Abs. 1 BetrVG ausgleichsfähigen Nachteile durch den bevorstehenden Arbeitsplatzverlust beschränken. Stellt die Regelung für die Berechnung der Abfindung auf den frühestmöglichen Renteneintritt ab, liegt darin aber eine mittelbare Benachteiligung schwerbehinderter Menschen.

(Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Urteil vom 16.7.2019 – 1 AZR 842/16

PROBLEMPUNKT

Der im Jahr 1956 geborene schwerbehinderte Kläger war bei der Beklagten bis zum 31.12.2014 beschäftigt. Die Beklagte schloss zu Ende 2014 den Produktionsstandort, in dem der Kläger tätig war. Nach dem von der Beklagten mit ihrem Betriebsrat abgeschlossenen Sozialplan erhielten Arbeitnehmer der Jahrgänge ab 1960 eine Abfindung, die sich nach der Formel $\text{Alter} \times \text{Betriebszugehörigkeit} \times \text{Bruttomonatseinkommen} / 30$ berechnete. Für ältere Arbeitnehmer sah der Sozialplan eine Nettoabsicherung i. H. v. 80 % unter Anrechnung von Arbeitslosengeld I und betrieblichen Altersbezügen bis zum frühestmöglichen Eintritt in die Rente vor. Der Kläger sah in der unterschiedlichen Berechnung der Abfindungen sowohl eine Diskriminierung wegen Behinderung als auch wegen des Alters.

ENTSCHEIDUNG

Soweit die Sozialplanregelung eine Nettoabsicherung bis zum frühestmöglichen Wechsel in die gesetzliche Rente vorsieht, stellt sie für den schwerbehinderten Kläger eine mittelbare Diskriminierung aufgrund seiner Behinderung dar und ist unwirksam. Das Kriterium des frühestmöglichen Wechsels in die gesetzliche Rente stellt zwar ein neutrales Kriterium dar. Es führt aber zu einer übermäßigen Beeinträchtigung behinderter Arbeitnehmer. Schwerbehinderte haben den Vorteil, bereits mit 60 Jahren – ab Geburtsmonat Januar 1952 stufenweise auf das Alter 62 angehoben – eine vorgezogene Altersrente in Anspruch nehmen zu können. Nicht behinderte Arbeitnehmer können, sofern die Voraussetzungen einer Altersrente für langjährig Versicherte

erfüllt sind, demgegenüber frühestens mit Vollendung des 63. Lebensjahres in Rente gehen. Dieser sozialversicherungsrechtliche Vorteil Schwerbehinderter wirkt sich zum Nachteil aus, wenn der frühestmögliche Eintritt in die gesetzliche Rente zur Grundlage für die Berechnung der Abfindung genommen wird. Betroffene werden so aufgrund ihrer Schwerbehinderung durch die Sozialplanregelung benachteiligt.

Dies führt jedoch nach dem BAG nicht ohne Weiteres dazu, dass der Kläger seinen Ausgleichsanspruch nach der Sozialplanformel berechnen kann, die für jüngere Mitarbeiter gilt. Die richtige Vergleichsgruppe für den Kläger ist nämlich die der nicht schwerbehinderten Arbeitnehmer seines Geburtsjahrgangs. Denn die unterschiedliche Berechnung der Sozialplanabfindung für Kollegen der Geburtsjahrgänge bis einschließlich 1959 einerseits und ab 1960 andererseits bewirkt für sich genommen keine Diskriminierung des Klägers wegen des Alters. Für Jahrgänge ab 1960 konnte die Beklagte die Abfindung unter Anrechnung von Arbeitslosengeld I und auf Grundlage einer Nettoabsicherung von 80 % bis zum frühestmöglichen Wechsel in die gesetzliche Rente vorsehen. Eine solche Berechnungsregel ist nach § 10 Satz 1 und 2 AGG gerechtfertigt. Denn die durch einen Sozialplan nach § 112 Abs. 1 BetrVG ausgleichsfähigen Nachteile beschränken sich auf die durch den bevorstehenden Arbeitsplatzverlust entstehenden wirtschaftlichen Nachteile und damit bei rentennahen Jahrgängen auf die Einbußen bis zum Renteneintritt. Die Regelung muss dann auch keine Entschädigung für die vorzeitige Inanspruchnahme der Altersrente vorsehen. Mit den Unterschieden bei der Berechnungsweise der Abfindung zwischen Arbeitnehmern, die bei Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses am 31.12.2014 das 55. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (Jahrgänge ab 1960), und älteren Beschäftigten verfolgt die Sozialplanregelung auch ein legitimes sozialpolitisches Ziel. Denn anders als bei jüngeren Mitarbeitern lassen sich bei rentennahen Jahrgängen die wirtschaftlichen Nachteile bis zum Renteneintritt prognostizieren. Die nach dem Alter vorgenommene unterschiedliche Berechnungsweise der Abfindung war daher verhältnismäßig und der Anspruch des Klägers im Ergebnis nach der gleichen Formel zu berechnen, wie sie für nicht behinderte Mitarbeiter seines Jahrgangs galt.

KONSEQUENZEN

Der Sozialplan dient nach § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG dem Ausgleich oder der Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Betroffenen infolge einer geplanten Betriebsänderung entstehen. Differenzierungen bei der Berechnung der Abfindung zwischen verschiedenen Arbeit-

nehmergruppen müssen gem. § 75 BetrVG insbesondere die Diskriminierungsverbote des AGG beachten. Es entspricht jedoch der ständigen Rechtsprechung, dass Sozialpläne vorsehen können, dass Arbeitnehmer, die vorzeitig (auch mit Abzügen) Altersrente in Anspruch nehmen können, geringere Abfindungen erhalten (BAG, Urt. v. 23.4.2013 – 1 AZR 916/11, AuA 4/16, S. 249) oder sogar vollständig von Sozialplanleistungen ausgeschlossen werden (BAG, Urt. v. 7.5.2019 – 1 ABR 54/17). Zudem darf der Sozialplan auch Überbrückungsleistungen wie Arbeitslosengeld I oder Leistungen einer Transfergesellschaft anspruchsmindernd berücksichtigen (BAG v. 23.4.2013, a. a. O.). § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG, der diese Differenzierungen ausdrücklich vorsieht, ist mit Gemeinschaftsrecht vereinbar (EuGH, Urt. v. 6.12.2012 – C-152/11). Es handelt sich um ein legitimes sozialpolitisches Ziel i. S. d. Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG. Zutreffend ging der 1. Senat des BAG in der vorliegenden Entscheidung davon aus, dass der Kläger allenfalls eine Gleichbehandlung mit den Arbeitnehmern seines Geburtsjahrgangs verlangen konnte.

Abzüge bei Abfindungen, die gerade aufgrund einer vorgezogenen Altersrente für schwerbehinderte Menschen erfolgen, stellen indes eine mittelbare Diskriminierung dar und sind nicht gerechtfertigt (BAG, Urt. v. 17.11.2015 – 1 AZR 938/13, AuA 7/16, S. 436; EuGH, Urt. v. 19.9.2018 – C-312/17). Andernfalls wirkt sich die Möglichkeit von schwerbehinderten Menschen, vorzeitig Altersrente in Anspruch zu nehmen, im Rahmen von Sozialplänen zu deren Nachteil aus.

PRAXISTIPP

Angesichts der regelmäßig nur begrenzt zur Verfügung stehenden Sozialplanmittel können die Betriebspartner nach dem Alter gestaffelte Abfindungsregelungen vereinbaren. Insbesondere kann bei rentennahen Jahrgängen berücksichtigt werden, dass hier die Möglichkeit des absehbaren Renteneintritts besteht. Ebenso können Überbrückungsleistungen wie Arbeitslosengeld I berücksichtigt werden. Dadurch darf indes keine überproportionale Benachteiligung schwerbehinderter Menschen entstehen.

*Dr. Ingo Plesterninks,
VP HR Mauser International Packaging
Solutions, Brühl, sowie Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bonn*

Vertraulichkeitsschutz für Hinweisgeber und Anhörung bei Kündigung

§ 626 Abs. 2 BGB; § 103 BetrVG

1. Die Anhörung des Kündigungsgegners muss innerhalb einer kurzen Frist erfolgen, die im Allgemeinen nicht mehr als eine Woche betragen und nur bei Vorliegen besonderer Umstände überschritten werden darf. Für die übrigen Ermittlungen gilt keine Regelfrist. Es ist fallbezogen zu beurteilen, ob sie hinreichend zügig betrieben wurden.

2. Mit den im Rahmen einer Betriebsvereinbarung geregelten Vertraulichkeits- und Verschwiegenheitsverpflichtungen für Hinweisgeber steht den Betriebsparteien keine Disposition über die Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu. Ihnen fehlt dafür die Regelungsmacht.

(Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Beschluss vom 27.6.2019 – 2 ABR 2/19

PROBLEMPUNKT

Der Arbeitgeber begehrt in einem Zustimmungsersetzungsverfahren die gerichtliche Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des Betriebsratsvorsitzenden. Am 21.11.2016 machte dieser gegenüber einer weiblichen Betriebsratskollegin, mit der er sich das Büro teilt, eine sexuelle Äußerung, die diese zurückwies. Am 22.11.2016 sendete er auf das private Handy der Kollegin acht pornografische Dateien. Am 23.11.2016 berichtete die Arbeitnehmerin ihrem Vorgesetzten und einer kündigungsberechtigten Prokuristin von den Videos, welche diese sichtete, kopierte und der U-Mitarbeiterberatung sowie der Personalleiterin übermittelte. Nach § 3 der Konzernbetriebsvereinbarung zum Schutz der Beschäftigten vor Diskriminierung (KBV) wurde der Hinweis auf Wunsch der Frau vertraulich behandelt.

Im Anschluss war sie vom 24.11.2016 bis 14.12.2016 arbeitsunfähig erkrankt. Wieder im Betrieb bat sie darum, den Vorfall nunmehr doch offiziell untersuchen zu lassen und übermittelte unter dem 15.12.2016 per E-Mail einen dreiseitigen Bericht zu dem Geschehen. Erst danach kam es am 16.12.2016 zur Anhörung des Belästigers. Am 19.12.2016 erbat der Arbeitgeber beim Betriebsrat die Zustimmung zur Kündigung, die dieser am 22.12.2016 verweigerte. Am 23.12.2016 stellte der Arbeitgeber den gerichtlichen Zustimmungsersetzungsantrag. Das ArbG gab diesem statt, das LAG wies ihn zurück.

ENTSCHEIDUNG

Das BAG hob die Entscheidung des LAG auf und verwies zurück zur weiteren Aufklärung und Entscheidung. Zu Recht hat das LAG geprüft, ob die Arbeitgeberin das Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG innerhalb der Frist des § 626 Abs. 2 BGB eingeleitet hat. Ist dies nicht der Fall, dürfen die Arbeitsgerichte dem Antrag des Arbeitgebers auf Zustimmungsersetzung nicht stattgeben (BAG, Urt. v. 25.4.2018 – 2 AZR 401/17, AuA 8/19, S. 491). Nach Ansicht des BAG ist es vorliegend jedoch nicht ausgeschlossen, dass die Anhörung des BR-Vorsitzenden noch rechtzeitig erfolgte und die Frist für den Antrag nach § 103 Abs. 2 BetrVG gewahrt wurde. Zwar hatte die Arbeitgeberin durch die Kenntnis der kündigungsberechtigten Prokuristin am 23.11.2016 Kenntnis von der Übersendung pornografischer Materials erlangt. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB begann gleichwohl noch nicht zu laufen. Die Arbeitgeberin durfte zur weiteren Aufklärung der Sachlage zunächst eine Anhörung des BR-Vorsitzenden abwarten. Der Arbeitgeber kann nach pflichtgemäßem Ermessen weitere Ermittlungen anstellen und den Betroffenen anhören, ohne dass die Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB zu laufen beginnt. Die Anhörung des Verdächtigen muss in kurzer Frist, i. d. R. innerhalb einer Woche, erfolgen. Sind die Ermittlungen abgeschlossen und hat der Kündigungsberechtigte hinreichende Kenntnis vom Kündigungssachverhalt, beginnt der Lauf der Ausschlussfrist. Unbeachtlich ist, ob die Ermittlungsmaßnahmen tatsächlich zur Aufklärung des Sachverhalts beigetragen haben oder überflüssig waren (vgl. BAG, Urt. v. 1.6.2017 – 6 AZR 720/15, NZA 2017, S. 1332).



© Micromeni/stock.adobe.com

Die Regelungen in der KBV allein konnten grundsätzlich keine Unzumutbarkeit für die Arbeitgeberin begründen, die Regelfrist von einer Woche für die Anhörung des betreffenden Arbeitnehmers einzuhalten. Nach dem BAG würde dies sonst die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB zur Disposition stellen. Hierfür fehlt den Betriebsparteien die Regelungsmacht. Vielmehr muss der Arbeitgeber bei der Vereinbarung einer Vertraulichkeit betreffend Mitteilungen von Arbeitnehmern gegenüber kündigungsberechtigten Mitarbeitern grundsätzlich eine angemessene kurze Frist setzen, innerhalb derer sich der Betroffene über die Beibehaltung der Vertraulichkeit zu erklären hat. Fehlt es hieran, mangelt es regelmäßig an den mit der gebotenen Eile durchgeführten Ermittlungen zur Aufklärung des Sachverhalts. Vorliegend war es aber der Arbeitgeberin trotz fehlender Fristsetzung gegenüber der Arbeitnehmerin unzumutbar, den BR-Vorsitzenden vor dem 14.12.2016 anzuhören, weil die Frau bis dahin aufgrund der Belästigung krank, in Behandlung und so besonders schutzwürdig war.

KONSEQUENZEN

In der Praxis ist eine der häufigsten Sollbruchstellen für eine außerordentliche Kündigung § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB. Der vorliegende Fall macht deutlich, welche vielschichtige und schwierige Interessensabwägungen weit verbreitete Vertraulichkeitszusicherungen in Hinweisgeber-Systemen nach sich ziehen können. Auch wenn solche Regelungen nach dem BAG an sich als freiwillige Betriebsvereinbarung möglich sind und grundsätzlich Normwirkung entfalten: Ohne die belästigungsbedingte Erkrankung wäre der Arbeitgeber sicher unterlegen gewesen.

PRAXISTIPP

Arbeitgeber müssen nach dem BAG nicht zur zügigen Aufklärung und den Verdächtigen anhören, sondern auch bei Bitte um Vertraulichkeit des Hinweisgebers diesem eine Frist setzen, sich dazu zu äußern. Zudem sollte man eine pauschale, unbedingt garantierte "Vertraulichkeit" nicht zusagen. Auch staatliche Beschlagnahmen (LG Bochum, Urt. v. 16.3.2016 – 6 Qs 1/16, AuA 7/18, S. 444) oder DSGVO-Auskunftsansprüche (LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 20.12.2018 – 17 Sa 11/18, ZD 2019, S. 276) können zur Offenlegung führen.

Volker Stück,
Rechtsanwalt, Bonn

Schadensersatz nach Ablehnung stufenweiser Wiedereingliederung

§ 84 Abs. 1 SGB IX a. F.; §§ 1, 7, 15 AGG

1. Der Arbeitgeber kann nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX in der bis 31.12.2017 geltenden Fassung verpflichtet sein, an einer Maßnahme der stufenweisen Wiedereingliederung derart mitzuwirken, dass er den Beschäftigten entsprechend den Vorgaben des Wiedereingliederungsplans beschäftigt. 2. Äußert die Betriebsärztin die begründete Befürchtung, dass der Gesundheitszustand des Beschäftigten eine Beschäftigung entsprechend dem Wiedereingliederungsplan nicht zulässt, kann die Wiedereingliederung aufgrund des Vorliegens besonderer Umstände verweigert werden, wenn die Zweifel nicht bis zum Maßnahmenbeginn ausgeräumt werden.

(Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Urteil vom 16.5.2019 – 8 AZR 530/17

PROBLEMPUNKT

Der schwerbehinderte Kläger ist bei der beklagten Stadt als Technischer Angestellter beschäftigt. Er war aufgrund einer schweren Erkrankung rund 18 Monate arbeitsunfähig. In diesem Zeitraum fand seine betriebsärztliche Untersuchung statt. Die Betriebsärztin hat daraufhin eine stufenweise Wiedereingliederung zur vorsichtigen Heranführung an die Arbeitsfähigkeit mit bestimmten Einschränkungen in der Tätigkeit befürwortet. Der behandelnde Arzt des Klägers hat sodann einen Wiedereingliederungsplan erarbeitet, der keine Einschränkungen in der zu leistenden Tätigkeit vorsah.

Darauf fußend beantragte der Kläger bei der beklagten Stadt die stufenweise Wiedereingliederung in das Erwerbsleben. Die Beklagte lehnte diesen Wiedereingliederungsplan ab, da diesem die zuvor festgestellten betriebsärztlichen Bedenken entgegenstehen würden. Ein Einsatz des Klägers im bisherigen Tätigkeitsbereich sei ohne die Berücksichtigung der aufgeführten Einschränkungen nicht möglich. Aufgrund der Ablehnung durch die Beklagte legte der Kläger später einen zweiten Wiedereingliederungsplan vor. Diesem lag ein Bericht der behandelnden Psychologin bei, wonach Einschränkungen in der Tätigkeit nicht mehr bestehen würden. Die Beklagte stimmte nach nunmehr positiver Beurteilung durch die Betriebsärztin dem zweiten Wieder-

eingliederungsplan zu. Im Anschluss an die erfolgreiche Wiedereingliederung erlangte der Kläger seine volle Arbeitsfähigkeit wieder.

Der Kläger fordert mit seiner Klage den Ersatz der Vergütung, die ihm dadurch entgangen ist, dass die Beklagte ihn nicht entsprechend den Vorgaben des ersten Wiedereingliederungsplans beschäftigt hat, weshalb er länger arbeitsunfähig krank gewesen sei.

ENTSCHEIDUNG

Das BAG hat das der Klage stattgebende Berufungsurteil aufgehoben. Die Beklagte ist nicht verpflichtet gewesen, den Kläger entsprechend den Vorgaben des ersten Wiedereingliederungsplans zu beschäftigen. Zwar kann der Arbeitgeber nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX in der bis 31.12.2017 geltenden Fassung verpflichtet sein, an einer Maßnahme der stufenweisen Wiedereingliederung derart mitzuwirken, dass er den Beschäftigten entsprechend den Vorgaben des Wiedereingliederungsplans beschäftigt. Im hiesigen Fall lagen allerdings besondere Umstände vor, aufgrund derer die beklagte Stadt ihre Zustimmung zum ersten Wiedereingliederungsplan verweigern durfte. Dies hat sich aus den betriebsärztlichen Feststellungen ergeben. Danach bestand die begründete Befürchtung, dass der Gesundheitszustand des Klägers eine Beschäftigung entsprechend dem ersten Wiedereingliederungsplan nicht zulassen würde, da dieser keinerlei Einschränkungen in der Tätigkeit beinhaltet hat. Die daraus erwachsenen begründeten Zweifel an der Geeignetheit des Wiedereingliederungsplans ließen sich auch nicht bis zum vorgesehenen Beginn der Maßnahme ausräumen.

KONSEQUENZEN

Die Entscheidung stellt klar, wie öffentliche Arbeitgeber im Falle voneinander abweichender ärztlicher Stellungnahmen im Rahmen einer beabsichtigten Wiedereingliederung zu verfahren haben.

Grundsätzlich bleibt es dabei, dass eine seitens des behandelnden Arztes des Arbeitnehmers vorgeschlagene Wiedereingliederung auch durchzuführen ist, wenn der betroffene Mitarbeiter dies beantragt. Dem können jedoch besondere Umstände entgegenstehen. Wann das der Fall ist, muss einzelfallbezogen beurteilt werden. Oftmals streiten die Arbeitsvertragsparteien über die betrieblichen Erfordernisse und tatsächlichen Möglichkeiten für eine konkrete Eingliederungsmaßnahme. Im hier zu entscheidenden Fall geht es um die Fragestellung, wie mit abweichenden (fach-)ärztlichen Einschätzungen umzugehen ist.

Das BAG erkennt darin besondere Umstände, die eine Ablehnungsentscheidung des Arbeitgebers rechtfertigen können. Liegen betriebsärztliche Einschätzungen vor, die dem konkreten Wiedereingliederungsplan entgegenstehen, kann die Wiedereingliederung verweigert werden. Das gilt aber nur solange, bis der Arbeitgeber die entgegenstehenden Einschätzungen ausräumen kann.

Den Ausführungen des 8. Senats des BAG ist in der Begründung und im Ergebnis zuzustimmen. Das Urteil fußt auf der gesetzgeberischen Wertung und spiegelt das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Gesetzes wider.

PRAXISTIPP

Gleichwohl bleiben die praktischen Schwierigkeiten für öffentliche Arbeitgeber teilweise bestehen. Diese liegen im Tatsächlichen. Unterschiedliche ärztliche Bewertungen und Stellungnahmen hinsichtlich der Arbeitsunfähigkeit und zur Möglichkeit der Wiedererlangung derselben sind keine Seltenheit. Deshalb wird auch zukünftig im Einzelfall zu bewerten sein, ob arbeitgeberseitige ärztliche Erkenntnisse einem Wiedereingliederungsantrag entgegenstehen. Das BAG hat die rechtlichen Leitplanken für die entsprechende Entscheidungsfindung gesetzt. Daran haben sich die öffentlichen Arbeitgeber auch zukünftig zu orientieren. Zwar ist die vorliegende Entscheidung zum alten Recht ergangen. In § 164 IV SGB IX besteht die alte Rechtslage jedoch inhaltlich unverändert fort. Das Urteil ist folglich uneingeschränkt aktuell.

*Prof. Dr. Tim Jesgarzewski,
Rechtsanwalt und Fachanwalt für
Arbeitsrecht, FOM Hochschule Bremen,
Direktor Kompetenzzentrum für
Wirtschaftsrecht, Hamburg*

Gesamtzusage – ablösende Betriebsvereinbarung

§§ 307, 310, 315 BGB

Der Arbeitgeber kann eine Sachleistung, die er dem Arbeitnehmer im Wege einer Gesamtzusage für die Zeit nach Eintritt eines Versorgungsfalles zusätzlich zu einer Betriebsrente verspricht und die er generell auch aktiven Arbeitnehmern gewährt („endbezugsbezogen“), dahingehend ausgestalten, dass der Versorgungsempfänger nur diejenige Leistung beanspruchen kann, die bei Eintritt des Versorgungsfalles einem aktiven Arbeitnehmer zustand.

BAG, Urteil vom 30.1.2019 – 5 AZR 442/17

PROBLEMPUNKT

Der Kläger begehrt die kostenlose Weiternutzung von Fahrausweisen des Personennahverkehrs für sich und seine Ehefrau. Die Beklagte betreibt in Essen und Mülheim den öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV). Der Arbeitsvertrag des Klägers nahm den Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe (BMT-G/II) dynamisch in Bezug. Die Beklagte stellte ihren Beschäftigten und zunächst auch deren Ehepartnern auf Antrag unentgeltliche Fahrausweise zur Nutzung der Verkehrsmittel im ÖPNV zur Verfügung. Im Jahr 2015 schloss die Beklagte eine Betriebsvereinbarung ab, nach der Arbeitnehmer über das Stadtgebiet hinausgehende Tickets nur noch mit individueller Zuzahlung erhielten, Pensionäre grundsätzlich eine Zuzahlung leisten mussten und Ehepartner keinen Anspruch mehr auf einen Fahrausweis hatten. Der Kläger verlangte die lebenslange Gewährung kostenloser Fahrscheine im bisherigen Umfang für sich und seine Ehefrau.

ENTSCHEIDUNG

Die ursprüngliche Verpflichtung der Beklagten, dem Kläger kostenfrei Fahrausweise nach den jeweils bei ihr geltenden Bestimmungen zu gewähren, beruht auf Gesamtzusage. Dabei ist für den Kläger erkennbar gewesen, dass die Gewährung nach den bei der Arbeitgeberin jeweils geltenden betrieblichen Bestimmungen erfolgen sollte. Die Zusage der Beklagten war damit von Anfang an konkludent mit einem Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB verbunden. Zwar war die Zusage zunächst formunwirksam. Denn auf das Arbeitsverhältnis des Klägers war aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme § 4 Abs. 2 Satz 1 BMT-G/II anwendbar. Danach

unterlagen Nebenabreden zum Arbeitsvertrag dem gesetzlichen Schriftformerfordernis. Mit Wirkung vom 1.10.2001 wurde der BMT-G/II jedoch durch den Spartentarifvertrag Nahverkehrsbetriebe (TV-N NW) abgelöst. Nach dessen § 3 Abs. 1 Satz 2 bedurften Nebenabreden nur noch deklaratorisch der Schriftform. Die Beklagte hatte durch Weitergewährung der Tickets an ihre Arbeitnehmer die ursprüngliche Gesamtzusage konkludent bestätigt (§ 141 BGB) und die Zusage damit wirksam gemacht.

Die BV 2015 hatte dann die vorherige Gesamtzusage wirksam abgelöst und damit die Ehegatten von Beschäftigten und Betriebsrentner der Beklagten mit ihrem Inkrafttreten vom Bezug kostenfreier Tickets ausgeschlossen. Insbesondere war die Gesamtzusage der Beklagten betriebsvereinbarungsoffen ausgestaltet gewesen. Von einer betriebsvereinbarungsoffenen Regelung ist namentlich bei betrieblichen Einheitsregelungen, Gesamtzusagen oder AGB typischerweise solange auszugehen, wie nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist. Der Arbeitgeber ist auch im Hinblick auf das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht verpflichtet, auf die Betriebsvereinbarungsoffenheit gesondert hinzuweisen. Denn kollektivrechtliche Regelungen sind gerade typisch für das Arbeitsrecht.

Die mit der Betriebsvereinbarung 2015 vorgenommenen Änderungen waren auch verhältnismäßig. Soweit der Kläger für sich selbst ein Ticket nach Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis begehrte, handelte es sich zwar um eine Leistung der bAV nach dem BetrAVG. Unter Berücksichtigung des von der Rechtsprechung entwickelten 3-Stufen-Schemas ist die Einstellung der Leistung aber gerechtfertigt. Je stärker der erdiente Besitzstand für die Arbeitnehmer ist, umso gewichtiger müssen nach dieser Eingriffssystematik die Gründe für eine Ablösung der Altersversorgung sein. Bei dem kostenfreien Fahrausweis handelte es sich um eine „endbezugsbezogene“ Sachleistung, bei denen Betriebsrentner nur diejenigen Leistungen erhalten, die auch aktiven Arbeitnehmern zustehen. Diese konnte durch die BV 2015 auch für die Zeit des Rentenbezugs im Anschluss an das Arbeitsverhältnis gestrichen werden.

KONSEQUENZEN

Die Entscheidung des 5. Senats bekräftigt erneut, dass betriebliche Einheitsregelungen, Gesamtzusage und AGB typischerweise betriebsvereinbarungsoffen sind, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist. Die Frage ist zwischen den Senaten des BAG umstritten. Während der 1. Senat (BAG, Urt. v. 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, AuA 12/13, S. 712), der 3. Senat

(für Versorgungszusagen, die auf einer Gesamtzusage beruhen: BAG, Urt. v. 21.2.2017 – 3 AZR 542/15 und BAG, Urt. v. 10.3.2015 – 3 AZR 56/14, AuA 8/16, S. 488) und nunmehr der 5. Senat dies bejahen, hatte der 4. Senat dies im Hinblick auf eine arbeitsvertragliche Bezugnahme Klausel bisher verneint (BAG, Urt. v. 11.4.2008 – 4 AZR 119/17, AuA 2/19, S. 121). Aufgrund des generalisierenden Charakters von AGB einerseits sowie des typischerweise auch kollektivrechtlich geprägten Arbeitsverhältnisses des Arbeitnehmers andererseits muss dieser mit einer Änderung seiner Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarung rechnen. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn ihm bei Zusage der Leistung bekannt war, dass im Betrieb ein Betriebsrat gebildet ist. Die Annahme der Betriebsvereinbarungsoffenheit verletzt auch nicht das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, da es sich hierbei um eine im Arbeitsrecht geltende Besonderheit nach § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB handelt. Allerdings muss auch eine Betriebsvereinbarung grundsätzlich verhältnismäßig sein, was vorliegend in dem vom BAG entschiedenen Fall bejaht wurde.

Darüber hinaus betont das Gericht, das mit einer Gesamtzusage von Anfang an ein Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers nach § 315 BGB vorbehalten sein kann. Dies deutet darauf hin, dass auch eine einseitige spätere Änderung der durch Gesamtzusage gewährten Leistung möglich sein dürfte.

PRAXISTIPP

Im Fall von betrieblichen Einheitsregelungen, Gesamtzusage und AGB ist davon auszugehen, dass diese betriebsvereinbarungsoffen ausgestaltet sind, also durch eine spätere Betriebsvereinbarung abgelöst werden können. Möglicherweise können Arbeitgeber sich nach § 315 BGB auch einseitig von den im Wege der Gesamtzusage versprochenen Leistungen lösen. Hier sollte man die weitere Entwicklung der Rechtsprechung abwarten.

*Dr. Ingo Plesterninks,
VP HR Mauser International Packaging
Solutions, Brühl, sowie Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bonn*

Kein Zuschuss zum Mutterschaftsgeld für Tagesmütter

§§ 22 ff., 43 SGB VIII; § 14 MuSchG a. F.;
RL 2010/41/EU

Eine selbstständige „Tagesmutter“, die Kinder in der Kindertagespflege betreut, hat keinen Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld nach dem MuSchG, wenn sie schwanger wird.
(Leitsatz des Bearbeiters)

**BAG, Urteil vom 23.5.2018 –
5 AZR 263/17**

PROBLEMPUNKT

Die Klägerin ist Tagespflegeperson in der Kindertagespflege. Sie hat vom beklagten Landkreis als örtlich zuständigem Träger der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe im Jahr 2010 eine bis zum 31.3.2015 befristete Erlaubnis zur Betreuung von bis zu fünf gleichzeitig anwesenden fremden Kindern in der Kindertagespflege erhalten. Für die Betreuung, die die Klägerin zeitlich mit den Eltern abstimmte, wurden ihr vom Beklagten laufende Geldleistungen nach § 23 SGB VIII i. H. v. 3,90 Euro pro Kind und Betreuungsstunde gezahlt. Dieser Betrag wurde pro Betreuungsjahr für bis zu sechs Wochen Urlaub und bis zu zwei Wochen Krankheit weitergezahlt. Die Klägerin, die bis 17.1.2014 Betreuungsleistungen erbrachte, erhielt vom Beklagten bis einschließlich zum 31.1.2014 Zahlungen. Am 7.3.2014 gebar sie ein Kind.

Die Klägerin verlangte vom Beklagten einen Zuschuss zum Mutterschaftsgeld von 7.273,45 Euro für die Zeit der mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote sechs Wochen vor und acht Wochen nach der Geburt ihres Kindes (24.1. bis 2.5.2014). Sie meinte, sie sei Arbeitnehmerin des Beklagten, jedenfalls aber bei unionsrechtskonformer Auslegung unter Beachtung der RL 2010/41/EU wie eine solche zu behandeln.

ENTSCHEIDUNG

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Zahlung von Zuschuss zum Mutterschaftsgeld gegen den Beklagten.

Ein solcher Anspruch ergab sich nicht aus § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG a. F., da zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis bestand. Die Klägerin erbrachte keine Dienste für den Beklagten und erhielt von ihm kein Arbeitsentgelt, sondern eine – öffentlich-rechtliche – Geldleistung nach § 23 Abs. 2, Abs. 2a SGB VIII. Zudem war die Klägerin weder in die Arbeitsorganisation des

Beklagten eingebunden noch hat sie ihre Tätigkeit nach Weisung hinsichtlich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Leistung für den Beklagten verrichtet. Eine Weisungsabhängigkeit der Klägerin im Sinne einer Arbeitnehmereigenschaft folgte auch nicht aus der Erlaubnispflicht nach § 43 Abs. 1 SGB VIII. Diese enthielt nämlich keine Anweisungen dazu, wie die Kinderbetreuung durchzuführen war.

Eine Arbeitnehmereigenschaft konnte nicht aus dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff abgeleitet werden, da es insoweit an einem Arbeitsverhältnis im unionsrechtlichen Sinn fehlte. Eine unionsrechtskonforme Auslegung des § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG a. F. dahingehend, dass auch selbstständige Erwerbstätige i. S. d. Art. 2 Buchst. a der RL 2010/41/EU einen Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld haben, war nicht zulässig. Es widersprach dem dokumentierten Willen des Gesetzgebers, §§ 1, 14 MuSchG a. F. auf selbstständige Erwerbstätige zu erstrecken.

KONSEQUENZEN

Der Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld nach dem bis zum 31.12.2018 maßgeblichen § 14 Abs. 1 MuSchG a. F. (jetzt § 19 MuSchG) stellt(e) auf das Arbeitsverhältnis als zentrales Tatbestandsmerkmal ab.

Nach dem seit dem 1.4.2017 geltenden § 611a Abs. 1 BGB zeichnet sich ein Arbeitsverhältnis dadurch aus, dass der Arbeitnehmer durch einen Arbeitsvertrag im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet wird. Dabei kann das Weisungsrecht Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen (so schon: BAG, Urt. v. 14.6.2016 – 9 AZR 305/15, BAGE 155, S. 264; BAG, Urt. v. 11.8.2015 – 9 AZR 98/14, AuA 6/16, S. 374).

Eine „Tagesmutter“, die nach §§ 22 ff., 43 SGB VIII in ihrem Haushalt als Tagespflegeperson Kinder in der Kindertagespflege betreut, erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Tagesmutter und örtlich zuständigen Träger verbindet weder ein privatrechtlicher Arbeitsvertrag noch besteht eine Befugnis zu Weisungen hinsichtlich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Leistung. Insbesondere wird der Tagesmutter kein Erziehungs- oder Betreuungskonzept vorgegeben. Sie hat vielmehr bei der Gestaltung ihrer Tätigkeit lediglich die gesetzlichen Bestimmungen (z. B. § 22 Abs. 2, Abs. 3 SGB VIII) und das Kindeswohl zu berücksichtigen. Demnach liegt auch keine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des

Trägers vor. Es besteht zwar nach § 43 SGB VIII ein präventiver Erlaubnisvorbehalt für die – öffentlich oder privat finanzierte – Kindertagespflege mit dem Ziel der Gewährleistung eines Mindeststandards zur Sicherung des Kindeswohls; hieraus lässt sich jedoch keine Weisungsgebundenheit ableiten.

Die Anwendung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs führt zu keinem anderen Ergebnis. Wesentliches Merkmal eines Arbeitsverhältnisses i. S. d. Unionsrechts ist, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt und hierfür eine Vergütung erhält (EuGH, Urt. v. 11.11.2010 – C-232/09, NZA 2011, S. 143). Eine solche Weisungsbefugnis besteht im Falle einer Tagesmutter nicht.

§ 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG a. F. ist auch nicht unionsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass nicht nur Arbeitnehmerinnen, sondern auch selbstständige Erwerbstätige i. S. d. Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2010/41/EU einen Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld haben. Es widerspricht dem dokumentierten Willen des Gesetzgebers, den Zuschuss nach §§ 1, 14 MuSchG a. F. auch selbstständigen Erwerbstätigen zukommen zu lassen.

PRAXISTIPP

Ist zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit zu unterscheiden, nimmt das BAG eine Abgrenzung unter Beachtung seiner bisherigen Rechtsprechung (BAG v. 14.6.2016, a. a. O.) und des § 611a Abs. 1 BGB anhand des zentralen Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit vor, die sich in der Weisungsgebundenheit und der Eingliederung in den Betrieb manifestiert. Dies gilt nicht für den Bereich des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld, sondern für das gesamte Arbeitsrecht. Damit liegt das BAG auf einer Linie mit dem BSG, welches ebenfalls entscheidend auf das Weisungsrecht und auf eine Eingliederung einer die Tätigkeit prägenden Weise in den Betriebsablauf abstellt (BSG, Urt. v. 7.6.2019 – B 12 R 6/18 R), welche stets kumulativ vorliegen müssen. Dabei ist zu beachten, dass es sich in der Praxis stets um Einzelfallbeurteilungen handelt und die tatsächliche Durchführung der Vertragsbeziehung entscheidend ist.

*Dr. Ralf Laws LL.M. M.M.,
Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für
Arbeitsrecht und Steuerrecht, Fachberater
für Unternehmensnachfolge, Brilon*

Erste Tätigkeitsstätte einer Pilotin

§ 9 Abs. 4 EStG

1. Ortsfeste betriebliche Einrichtungen sind räumlich zusammengefasste Sachmittel, die der Tätigkeit des Arbeitgebers, eines verbundenen Unternehmens oder eines vom Arbeitgeber bestimmten Dritten dienen und mit dem Erdboden verbunden oder dazu bestimmt sind, überwiegend standortgebunden genutzt zu werden.

2. Eine (großräumige) erste Tätigkeitsstätte liegt auch vor, wenn eine Vielzahl solcher Mittel, die für sich betrachtet selbständige betriebliche Einrichtungen darstellen können, räumlich abgrenzbar in einem organisatorischen, technischen oder wirtschaftlichen Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Arbeitgebers, eines verbundenen Unternehmens oder eines vom Arbeitgeber bestimmten Dritten stehen. Demgemäß kommt als eine solche erste Tätigkeitsstätte auch ein großflächiges und entsprechend infrastrukturell erschlossenes Gebiet (z. B. Werksanlage, Betriebsgelände, Bahnhof oder Flughafen) in Betracht.

3. Eine Flugzeugführerin, die von ihrem Arbeitgeber arbeitsrechtlich einem Flughafen dauerhaft zugeordnet ist und auf dem Flughafengelände zumindest in geringem Umfang Tätigkeiten erbringt, die sie als Flugzeugführerin arbeitsvertraglich schuldet, hat dort ihre erste Tätigkeitsstätte.

4. Die Zuordnung zu einer ortsfesten betrieblichen Einrichtung wird durch die dienst- oder arbeitsrechtlichen Festlegungen sowie diese ausfüllenden Absprachen bestimmt. Einer gesonderten Zuordnung für einkommensteuerliche Zwecke bedarf es nicht.

BFH, Urteil vom 11.4.2019 – VI R 40/16

PROBLEMPUNKT

Die Klägerin ist seit 2007 als Pilotin beschäftigt. Im Arbeitsvertrag war vereinbart, dass sie auch auf anderen Flugzeugmustern, an anderen Orten sowie vorübergehend bei anderen Unternehmen im Konzern eingesetzt werden kann. Im Streitjahr war die Klägerin als First Officer (Copilotin) tätig und ausschließlich im internationalen Flugverkehr eingesetzt. Sie hatte insgesamt 24 Einsätze bei 139 Arbeitstagen, darunter fünf Bereitschaftsdienste, einen Bürodienst, einen Simulatorcheck und eine medizinische Untersuchung.

Sämtliche Flugeinsätze, die zwischen einem und sechs Tagen dauerten, begann und beendete die Klägerin am Flughafen X, ihrem Stationierungs- bzw. Heimatflughafen (Homebase). Die Klägerin machte die Fahrtkosten zwischen Wohnung und Flughafen sowie Verpflegungsmehraufwendungen nach Dienstreisegrundsätzen geltend. Das Finanzamt berücksichtigte lediglich die Entfernungspauschale.

ENTSCHEIDUNG

Der BFH hat entschieden, dass die Klägerin an ihrer Homebase ihre erste Tätigkeitsstätte i. S. d. § 9 Abs. 4 EStG hatte. Deshalb wurden zu Recht ihre Aufwendungen für die Fahrten zwischen Wohnort und Flughafen lediglich mit der Entfernungspauschale sowie die geltend gemachten weiteren Verpflegungsmehraufwendungen nicht zum Werbungskostenabzug zugelassen.

Erste Tätigkeitsstätte ist nach der Legaldefinition in § 9 Abs. 4 Satz 1 EStG die ortsfeste betriebliche Einrichtung des Arbeitgebers, eines verbundenen Unternehmens (§ 15 Aktiengesetz) oder eines vom Arbeitgeber bestimmten Dritten, der der Arbeitnehmer dauerhaft zugeordnet ist. Ortsfeste betriebliche Einrichtungen sind räumlich zusammengefasste Sachmittel, die der Tätigkeit des Arbeitgebers, eines verbundenen Unternehmens oder eines vom Arbeitgeber bestimmten Dritten dienen und mit dem Erdboden verbunden oder dazu bestimmt sind, überwiegend standortgebunden genutzt zu werden. Eine (großräumige) erste Tätigkeitsstätte liegt auch vor, wenn eine Vielzahl solcher Mittel, die für sich betrachtet selbständige betriebliche Einrichtungen darstellen können, räumlich abgrenzbar in einem organisatorischen, technischen oder wirtschaftlichen Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Arbeitgebers, eines verbundenen Unternehmens oder eines vom Arbeitgeber bestimmten Dritten (z. B. Kunde) stehen. Deshalb kommt als eine solche erste Tätigkeitsstätte auch ein großflächiges und entsprechend infrastrukturell erschlossenes Gebiet (z. B. Werksanlage, Betriebsgelände, Bahnhof oder Flughafen) in Betracht.

Die Zuordnung zu einer solchen Einrichtung wird gem. § 9 Abs. 4 Satz 2 EStG durch die dienst- oder arbeitsrechtlichen Festlegungen durch den Arbeitgeber sowie die diese ausfüllenden Absprachen und Weisungen bestimmt (BT-Drs. 17/10774, S. 15; Schmidt/Krüger, EStG, 38. Aufl., § 9 Rdnr. 303). Zu den arbeitsrechtlichen Weisungen und Verfügungen zählen alle schriftlichen, aber auch mündlichen Absprachen oder Weisungen, insbesondere im Arbeitsvertrag oder durch Ausübung des Direktionsrechts (§ 106 GewO). Der Gesetzgeber wollte mit der Neuregelung des steuerlichen Reisekostenrechts 2013 auch das

Auseinanderfallen der arbeitsrechtlichen von der steuerrechtlichen Einordnung bestimmter Zahlungen als Reisekosten verhindern.

Fliegendes Personal, das von seinem Arbeitgeber arbeitsrechtlich einem Flughafen dauerhaft zugeordnet ist und auf dem Flughafengelände zumindest in geringem Umfang Tätigkeiten erbringt, die arbeitsvertraglich geschuldet sind, hat dort seine erste Tätigkeitsstätte. Da die Pilotin in den auf dem Flughafengelände gelegenen Räumen der Airline in gewissem Umfang auch Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Flugvor- und Flugnachbereitung zu erbringen hatte, verfügte sie dort über eine erste Tätigkeitsstätte. Unerheblich ist, dass sie überwiegend im internationalen Flugverkehr tätig war.

KONSEQUENZEN

Die Zuordnung zu einer ortsfesten betrieblichen Einrichtung wird vorrangig durch die dienst- oder arbeitsrechtlichen Festlegungen sowie diese ausfüllenden Absprachen bestimmt, hilfsweise mittels quantitativer Kriterien. Einer gesonderten Zuordnung für einkommensteuerliche Zwecke bedarf es nicht. Das Arbeitsrecht hat damit das Primat und das Steuerrecht folgt ihm. Der BFH stellt auch klar, dass die arbeitsrechtliche Zuordnungsentscheidung des Arbeitgebers als solche für ihre steuerliche Wirksamkeit nicht dokumentiert werden muss (a. A. BMF-Schreiben in BStBl I 2014, S. 1412, Rdnr. 10), denn eine Dokumentationspflicht ist § 9 Abs. 4 Satz 2 EStG nicht zu entnehmen.

PRAXISTIPP

Eine erste Tätigkeitsstätte hat nach dem BFH zwei Voraussetzungen:

1. Arbeitsrechtliche Zuordnungsentscheidung des Arbeitgebers (Arbeitsvertrag, Direktionsrecht) und
2. dass der Arbeitnehmer dort zumindest in geringem Umfang Tätigkeiten zu erbringen hat, die er arbeitsvertraglich schuldet und die zu dem von ihm ausgeübten Berufsbild gehören.

Volker Stück,
Rechtsanwalt, Bonn