

Service rund ums Arbeitsrecht **Ausgabe 01.2012**

1. GLEICHBEHANDLUNG AUCH VON GESCHÄFTSFÜHRERN

Der Bundesgerichtshof hat erstmals das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) auf GmbH-Geschäftsführer angewandt. Er hat entschieden, dass ein auf eine bestimmte Dauer bestellter Geschäftsführer einer GmbH, der nach Ablauf seines Vertrages nicht als Geschäftsführer weiterbeschäftigt wird, in den Schutzbereich des AGG fällt.

Durch das AGG sollen Benachteiligungen aus Gründen der „Rasse“, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität verhindert oder beseitigt werden. Dazu sieht das Gesetz Ansprüche unter anderem gegen Arbeitgeber vor, sofern diese dem Mitarbeiter gegenüber gegen die gesetzlichen Diskriminierungsverbote verstoßen.

Zu entscheiden hatte der Bundesgerichtshof über die Klage eines medizinischen Geschäftsführers von Kliniken der Stadt Köln, die in Form einer GmbH geführt und deren Anteile von der Stadt Köln gehalten werden. Im Dienstvertrag des Geschäftsführers war vereinbart, dass die Vertragsparteien spätestens zwölf Monate vor Vertragsablauf mitteilen, ob sie zu einer Verlängerung des Vertragsverhältnisses bereit sind. Der Aufsichtsrat der Kliniken beschloss, das Anstellungsverhältnis mit dem über 60-jährigen Kläger nicht fortzusetzen. Vielmehr wurde die Stelle des medizinischen Geschäftsführers mit einem 41-jährigen Mitarbeiter besetzt. Der Geschäftsführer fühlte sich diskriminiert. Er berief sich darauf, der Neuabschluss seines Dienstvertrages sowie die weitere Bestellung als Geschäftsführer sei ihm nur aus Altersgründen versagt worden.

Der Bundesgerichtshof gab ihm Recht: Er stellte fest, dass das AGG auch Anwendung auf Geschäftsführer einer GmbH findet, soweit es um den Zugang zu dem Geschäftsführeramt und um den beruflichen Aufstieg geht. Außerdem wendete der BGH die Beweislastregel des § 22 AGG an. Danach muss der Bewerber nur Indizien beweisen, aus denen sich eine Diskriminierung ergibt. Der Aufsichtsratsvorsitzende hatte gegenüber der Presse erklärt, dass der Geschäftsführer wegen seines Alters nicht weiterbeschäftigt worden sei. Man habe we-

gen des Umbruchs auf dem Gesundheitsmarkt einen Bewerber gewählt, der das Unternehmen „langfristig in den Wind stellen“ könne. Diese Aussage reichte dem BGH als Indiz aus und die Kliniken konnten nicht den Beweis führen, dass die unterbliebene Weiterbeschäftigung des Geschäftsführers nichts mit dessen Alter zu tun hatte. Somit sind die Kliniken dem Geschäftsführer zum Schadenersatz verpflichtet.

(BGH, II ZR 163/10)

2. DISKRIMINIERT? DANN ABER SCHNELL!

Will ein Arbeitnehmer (oder Geschäftsführer) Ansprüche auf Entschädigung oder Schadenersatz nach dem AGG geltend machen, dann gilt hierfür die Frist des § 15 Abs. 4 AGG. Danach sind solche Ansprüche innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend zu machen, wobei die Frist im Falle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs mit dem Zugang der Ablehnung und in den sonstigen Fällen einer Benachteiligung zu dem Zeitpunkt, in dem der oder die Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt, zu laufen beginnt.

Das Bundesarbeitsgericht hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob diese Zwei-Monats-Frist tatsächlich wirksam ist oder ihr europarechtliche Bedenken begegnen. Auf solche europarechtlichen Bedenken hatte sich der Kläger berufen, der sich bei einer Justizvollzugsanstalt als Lehrkraft bewarb und dabei – also schon bei der Bewerbung – auf seine anerkannte Schwerbehinderteneigenschaft hinwies. Das beklagte Land lehnte die Bewerbung des Klägers ab, und zwar mit einem Schreiben, welches dem Kläger am 02. September 2008 zugeing. Sein Schreiben, mit welchem er Schadenersatz- und Entschädigungsansprüche beim beklagten Land geltend machte, erreichte dieses erst am 04. November 2008.

Seine Klage blieb in allen Instanzen, auch vor dem Bundesarbeitsgericht, ohne Erfolg. Zwar stellte die unterbliebene Einladung zum Vorstellungsgespräch trotz des Hinweises auf die Schwerbehinderung ein klares Indiz für eine Diskriminierung dar; zu einer solchen Einladung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers ist die Öffentliche Hand grundsätzlich verpflichtet. Sein Schreiben erreichte das beklagte Land aber zwei Tage zu spät, so dass er seine vermeintlichen Ansprüche nicht mehr durchsetzen konnte. Insbesondere verstößt – so das Bundesarbeitsgericht – die Zwei-Monats-Frist nicht gegen europäisches Recht.

(BAG, 8 AZR 160/11)

3. KÜNDIGUNG WEGEN „STALKING“

Ferner hatte das Bundesarbeitsgericht darüber zu entscheiden, ob einem „Stalker“ unter Umständen auch ohne vorherige einschlägige Abmahnung gekündigt werden darf.

Eine Mitarbeiterin beklagte sich bei ihrem Arbeitgeber, sie werde von einem anderen Arbeitnehmer in unerträglicher Art und Weise belästigt und bedrängt. Sie erhalte gegen ihren ausdrücklich erklärten Willen zahlreiche E-Mails, werde ohne dienstlichen Anlass in ihrem Büro angerufen und dort aufgesucht und der Kollege mische sich wiederholt und zunehmend aufdringlich in ihr Privatleben. Ihr sei sogar damit gedroht worden, der Kollege würde dafür sorgen, dass sie beim Arbeitgeber keine feste Anstellung erhalte, wenn sie nicht weiter privaten Kontakt mit ihm pflege.

Das Bundesarbeitsgericht kam zu dem Ergebnis, dass ein Arbeitnehmer dann, wenn er die Privatsphäre und den deutlichen Wunsch einer Kollegin, nicht-dienstliche Kontaktaufnahmen zu unterlassen, nicht respektiert, schwerwiegend gegen arbeitsvertragliche Nebenpflichten verstößt. Dies kann unter Umständen die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen, unter Umständen sogar ohne vorherige Abmahnung, wobei letzteres – wie so oft im Arbeitsrecht – von den Umständen des Einzelfalls abhängt.

(BAG, 2 AZR 258/11)

4. VERGÜTUNG FÜR MEHRARBEIT

Oftmals finden sich in Arbeitsverträgen Regelungen, wonach mit der vereinbarten Arbeitsvergütung sämtliche Mehrarbeit abgegolten sein soll, und zwar unbegrenzt. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts ist eine solche Regelung, die eine Pauschalabgeltung sämtlicher Mehrarbeit vorsieht, wegen Intransparenz unwirksam. Entscheidend sei, dass der Arbeitnehmer bei einer solchen pauschalen Regelung bei Vertragsschluss nicht absehen konnte, was an Mehrarbeit/Überstunden auf ihn zukommen wird und was somit durch sein Gehalt vergütet sein soll. Die Unwirksamkeit einer solchen Pauschalabgeltungsregelung von Mehrarbeit führt dazu, dass vom Arbeitnehmer grundsätzlich ab der ersten Mehrarbeitsstunde ein zusätzliches Entgelt gefordert werden kann.

Die Praxis zeigt aber, dass das Durchsetzen von Ansprüchen auf eine Mehrarbeitsvergütung häufig schwierig ist: Die Rechtsprechung erwartet, dass der Arbeitnehmer im Einzelnen und taggenau darlegt, an welchem Tag er von wann bis wann mit welchen Pausen gearbeitet

hat, wobei ein solcher Nachweis dann, wenn die Arbeitsstunden nicht automatisiert erfasst werden, nur sehr selten geführt werden kann.

Es gibt aber noch eine weitere Einschränkung: So soll ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, dass jede Mehrarbeitszeit über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus zu vergüten ist, bei „Dienst-ten höherer Art“ nicht existieren. So komme es auch darauf an, ob eine „objektive Vergütungserwartung“ gegeben sei, ob der Arbeitnehmer also unter den konkreten Umständen des Einzelfalls für geleistete Mehrarbeit tatsächlich eine gesonderte Vergütung erwarten durfte. Hierüber sei anhand eines objektiven Maßstabs zu entscheiden und jedenfalls bei einem Jahresgehalt von € 80.000,00 brutto oder darüber soll eine solche „objektive Vergütungserwartung“ nicht bestehen. Daran scheiterte die Klage eines Rechtsanwalts gegen die Großkanzlei, in der er vormals beschäftigt war.

(BAG, 5 AZR 406/10)

Für Rückfragen stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung.

Ihr Rechtsanwalt

Christian Klette

Fachanwalt für Arbeitsrecht

www.edk.de | klette@edk.de