

NEWSLETTER - ARBEITSRECHT

Januar 2018

Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für Januar 2018 unserer auf das Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei, **BECK.Kanzlei für Arbeitsrecht**. Auch in diesem Monat werden wir Sie über Rechtsentwicklungen im Arbeitsrecht informieren.

Im ersten Teil unseres Newsletters musste sich das LAG Köln mit der Frage auseinandersetzen, ob ein Autohaus gezielt nach einer Autoverkäuferin suchen darf, wenn bisher nur männliche Autoverkäufer beschäftigt sind und die Kunden auch nach weiblichen Verkäufern fragen.

Im zweiten Teil musste sich das LAG Berlin-Brandenburg in einer aktuellen Entscheidung mit der Thematik befassen, ob ein Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst während des Dienstes vor Kollegen in dem Buch „Mein Kampf“ lesen darf.

Die Tipps befassen sich im Januar 2018 schließlich mit der Formvorschrift bei der Ablehnung eines Teilzeitantrages.

Inhalt

- 1. Suche nach Autoverkäuferin als Geschlechtsdiskriminierung?**
(LAG Köln vom 18.05.2017 – 7 Sa 913/16)
- 2. Präsentieren eines Hakenkreuzes als Kündigungsgrund**
(LAG Berlin-Brandenburg vom 25.09.2017 – 10 Sa 899/17)
- 3. Tipps: Formvorschrift bei der Ablehnung eines Teilzeitantrages**
(BAG vom 27.06.2017 – 9 AZR 368/16)

Suche nach Autoverkäuferin als Geschlechtsdiskriminierung? (LAG Köln vom 18.05.2017 – 7 Sa 913/16)

Nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) sind Diskriminierungen unter anderem aufgrund des Geschlechts nach den §§ 1 und 2 AGG verboten.

Aus diesem Grund sind Unternehmen verpflichtet, Stellenausschreibungen grundsätzlich **geschlechtsneutral** zu formulieren, § 11 AGG.

Das LAG Köln musste sich mit der Frage auseinandersetzen, ob ein Autohaus gezielt nach einer Autoverkäuferin suchen darf, wenn bisher nur männliche Autoverkäufer beschäftigt sind und die Kunden auch nach weiblichen Verkäufern fragen (Urteil vom 18.05.2017 – 7 Sa 913/16).

Beispiel:

Ein Autohaus suchte im Jahr 2015 unter Überschrift „Frauen an die Macht!“ zur Verstärkung des Verkaufsteams eine selbstbewusste, engagierte und erfolgshungrige Verkäuferin.

Auf diese Anzeige bewarb sich ein männlicher Bewerber, der zwar als gelernter Automobilkaufmann über die fachlichen Voraussetzungen verfügte, aufgrund seines männlichen Geschlechts jedoch eine Absage erhielt.

Der Arbeitgeber vertritt die Auffassung, dass er mit der gezielten Suche nach einer Verkäuferin den Wünschen der Kundschaft nachkommen wollte, da ca. 25% bis 30% der auto-kaufenden Kundschaft Frauen seien, die bislang nur durch männliche Verkäufer bedient werden konnten. Da sich Kunden aber bereits öfters nach einer Verkäuferin erkundigt hatten, habe das Unternehmen beschlossen, künftig auch Verkäuferinnen einzusetzen.

Der abgelehnte Bewerber hat das Autohaus aufgrund der aus seiner Sicht geschlechtsdiskriminierenden Stellenausschreibung verklagt und eine Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG verlangt.

Zu Recht?

Diskriminierung wegen des Geschlechts

Grundsätzlich sind Arbeitgeber verpflichtet, Stellenausschreibungen im Hinblick auf das Geschlecht **neutral zu formulieren**, auch dürfen Bewerber und Bewerberinnen nicht wegen des Geschlechts **ausgewählt oder abgelehnt werden**, § 3 Abs. 1 iVm. § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG.

Verstößt ein Unternehmen gegen diese Bestimmungen, ist es gemäß § 15 Abs. 1 AGG zum Ersatz des hierdurch **entstandenen Schadens** verpflichtet. Auch kann die diskriminierte Person für einen Nichtvermögensschaden eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen, wobei bei einer Nichteinstellung die Entschädigung **drei Monatsgehälter** nicht übersteigen darf, § 15 Abs. 2 AGG.

Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung

Eine Ungleichbehandlung z.B. wegen des Geschlechts wird jedoch erst dann zu einer entschädigungspflichtigen Diskriminierung, wenn der Arbeitgeber **keinen Sachgrund** für die Ungleichbehandlung vorweisen kann.

Nach § 8 Abs. 1 AGG ist es erlaubt, gezielt nach Männern oder nach Frauen für bestimmte Stellen zu suchen, wenn das Geschlecht für die Stelle eine „**wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung**“ ist. Dies kommt beispielsweise zum Tragen, wenn eine bestimmte Film-, Opern- oder Theaterrolle zwingend mit einem Mann oder einer Frau besetzt werden muss.

Weniger einfach zu beurteilen ist jedoch die Situation, in denen ein Arbeitgeber sich auf die genannte Vorschrift beruft, weil er die **Wünsche seiner Kunden oder Geschäftspartner** erfüllen möchte und deshalb gezielt entweder nach weiblichen oder männlichen Bewerbern sucht. Eine solche Berufung auf Kundenwünsche könnte mit der Gefahr verbunden sein, dass sich **geschlechtsbezogene Rollenverteilungen verfestigen**.

Anerkannte Beispiele für geschlechtsspezifische Stellenausschreibung

Bislang haben Arbeitsgerichte Unternehmen eine Berufung auf § 8 Abs. 1 AGG nur zugestanden, wenn die Tätigkeit auf einem **besonderen Vertrauensverhältnis** zwischen dem männlichen bzw. der weiblichen Mitarbeiter(in) und dem Kunden beruht und/oder das **Schamgefühl** der Kunden bzw. Kundinnen geschützt werden müsse.

In diesem Zusammenhang hat es beispielsweise das Bundesarbeitsgericht im Jahr 2009 für zulässig erachtet, dass ein **Mädcheninternat** gezielt nach **Erzieherinnen** suchen darf, wenn die Erzieherinnen auch nachts in den Schlaf- und Waschräumen für die Beaufsichtigung sorgen müssen (Urteil vom 28.05.2009 – 8 AZR 536/08).

Auch war eine Gemeinde berechtigt, die Position als **Gleichstellungsbeauftragte** nur für Frauen auszuscheiden, da die Gleichstellungsbeauftragte unter anderem **Opfern**

von Frauendiskriminierung helfen und Maßnahmen zu frauenspezifischen Themen ins Leben rufen sollte (BAG vom 18.03.2010 – 8 AZR 77/09).

LAG Köln vom 18.05.2017 – 7 Sa 913/16

Überraschenderweise hat das LAG Köln im dargestellten Beispielfall die vorgenommene Stellenausschreibung als **nicht geschlechtsdiskriminierend** angesehen.

Vielmehr verfolge der Arbeitgeber mit der Annonce das Ziel, seinen **Kunden** künftig auch **weibliches Verkaufsberatungspersonal** zur Verfügung zu stellen. Aus diesem Grund würde das Anforderungsprofil der ausgeschriebenen Stelle bedingen, dass das weibliche Geschlecht eine **wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung** für die zu erwartende Tätigkeit darstellt. Im Zeitpunkt der Stellenausschreibung und auch davor beschäftigte der Arbeitgeber ausschließlich männliches Verkaufs- und Servicepersonal und keine Frau in diesem Tätigkeitsbereich, weshalb die Suche nach einer Verkäuferin **erforderlich** war.

Auch würden, so die Ansicht des LAG Köln, weibliche Kunden Verkäuferinnen **eher vertrauen** als männlichen Verkäufern, wobei eine Vertrauensbasis eine wesentliche Grundlage für einen Autokauf darstelle.

Hinweis:

Mit dieser Entscheidung überlässt es das LAG Köln dem Arbeitgeber, Vorgaben für die Geschlechterverhältnisse in der Belegschaft festzulegen.

Bedauerlicherweise wurde keine Revision zum Bundesarbeitsgericht eingelegt, weshalb diese Entscheidung grundsätzlich mit Vorsicht zu genießen ist.

Präsentieren eines Hakenkreuzes als Kündigungsgrund (LAG Berlin-Brandenburg vom 25.09.2017 – 10 Sa 899/17)

Arbeitnehmer müssen nach der allgemeinen Regelung des § 241 Abs. 2 BGB auf die Interessen des Arbeitgebers und zum Schutz und zur Förderung des Vertragszwecks Rücksicht nehmen. Das bedeutet, dass der Arbeitnehmer Verhaltensweisen zu unterlassen hat, die das Ansehen des Arbeitgebers beeinträchtigen oder die vertrauensvolle Zusammenarbeit beeinträchtigen oder zerstören können.

Fraglich in diesem Zusammenhang ist immer wieder, in wie weit ein Mitarbeiter seine private Lebensführung und sein Verhalten im Dienst an den Interessen des Arbeitgebers auszurichten hat.

In einer aktuellen Entscheidung musste sich das LAG Berlin-Brandenburg mit der Frage auseinandersetzen, ob ein Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst während des Dienstes vor Kollegen in dem Buch „Mein Kampf“ lesen darf (Urteil vom 25.09.2017 – 10 Sa 899/17).

Beispiel:

Arbeitnehmer A ist seit 2008 als Angestellter im allgemeinen Ordnungsdienst für das Land Brandenburg tätig. Seit November 2009 war er zudem als Schichtleiter eingesetzt. Im August 2016 las er in seiner Dienststelle in einer Originalausgabe des Buches „Mein Kampf“ von Adolf Hitler mit einem auf der Vorderseite eingepprägten Hakenkreuz. Nachdem der Schichtleiter die Lektüre des Buches A untersagt hatte, legte er das Buch dennoch nicht aus der Hand, erst nach weiteren Aufforderungen verstaute er es in seinem Rucksack.

Aus Sicht des Arbeitgebers hat A mit diesem Verhalten schwerwiegend gegen das allgemeine Rücksichtnahmegebot nach § 241 Abs. 2 BGB verstoßen. Auch wenn sich die Lektüre auf den Pausenraum beschränkt hat und zunächst nur einen begrenzten Kollegenkreis aufgefallen war, sei doch nicht auszuschließen, dass das Verhalten des A auch über diesen Personenkreis hinaus bekannt werde. Die öffentliche Verwaltung dürfe jedoch nicht einmal den Anschein erwecken, Mitarbeiter zu beschäftigen, die eine Nähe zum Nationalsozialismus aufweisen und dessen Symbole verwenden. Aus diesem Grund kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis außerordentlich und hilfsweise ordentlich aus verhaltensbedingten Gründen.

A ist mit dieser Maßnahme nicht einverstanden und erhebt Kündigungsschutzklage zum zuständigen Arbeitsgericht.

Wird seine Klage Erfolg haben?

Rücksichtnahmegebot des Arbeitnehmers

Ein Arbeitnehmer hat nach § 241 Abs. 2 BGB ganz generell ein Mindestmaß an **Loyalitätsobliegenheiten** gegenüber seinem Arbeitgeber. Weitergehende Verhaltensanforderungen im dienstlichen wie im außerdienstlichen Bereich können jedoch aufgrund der Eigenart oder des Inhalts des Arbeitsverhältnisses bestehen, insbesondere wenn der Mitarbeiter im **öffentlichen Dienst** beschäftigt ist.

Danach gibt es für den öffentlichen Dienst unter anderem eine tarifvertragliche Vorschrift, wonach sich dessen Beschäftigte durch ihr gesamtes Verhalten zur **freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes** bekennen müssen.

Daraus werden für Beschäftigte des öffentlichen Dienstes Verhaltensobliegenheiten bzw. Unterlassungspflichten hergeleitet, die auch das dienstliche Verhalten betreffen. Danach muss der Mitarbeiter sein außerdienstliches und dienstliches Verhalten so einrichten, dass das Bekenntnis zur freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes nicht in Zweifel gezogen wird.

LAG Berlin-Brandenburg vom 25.09.2017 – 10 Sa 899/17

Im dargestellten Beispielsfall hat nach Ansicht des LAG Berlin-Brandenburg der Mitarbeiter gegen diese **Rücksichtnahmepflicht in grobem Maße** verstoßen. Die Verwendung eines Kennzeichens einer verfassungswidrigen Organisation stellt – so das LAG – einen erheblichen Verstoß gegen diese Pflicht dar. Das von dem Mitarbeiter im Betrieb gezeigte Hakenkreuz ist das Symbol, welches am deutlichsten auf nationalsozialistische Vorstellungen oder Absichten hinweise. Dessen Verwendung ist auch strafbar, da das Hakenkreuz ein Kennzeichen im Sinne des § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB ist.

Aus Sicht des Landesarbeitsgerichts konnte offenbleiben, ob das Benutzen der Originalausgabe des Buches „Mein Kampf“ mit dem im Bucheinband enthaltenen Hakenkreuz durch den Kläger ein Verwenden oder Verbreiten im Sinne des § 86a StGB darstellt; für die kündigungsrechtliche Bewertung ist nicht die strafrechtliche Beurteilung maßgeblich, sondern es kommt entscheidungserheblich auf die **Schwere der Vertragspflichtverletzung** an (so auch BAG vom 12.05.2010 – 2 AZR 845/18).

Abmahnung war nicht erforderlich

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses kommt jedoch nur in Betracht, wenn es **mildere Mittel**, eine Vertragsstörung zukünftig zu beseitigen, **nicht gibt**. Bei verhaltensbedingten Verstößen kommt als mildere Reaktion grundsätzlich eine **Abmahnung** in Betracht, wobei es dieser dann nicht bedarf, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach Abmahnung nicht zu erwarten steht.

Vorliegend wog das Verhalten des Mitarbeiters jedoch **so schwer**, dass nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg eine **vorherige Abmahnung nicht erforderlich** war.

Wer nationalsozialistische Kennzeichen in eine Dienststelle einbringt und sie dort zeigt, handelt nach Auffassung der Richter **nicht nur besonders gedankenlos**, wenn der Mitarbeiter zu seinem Verhalten ausführt, die Bedeutung des Buches „Mein Kampf“ von Adolf Hitler wie vorliegend nicht gekannt zu haben und es sich um ein Augenblicksversagen gehandelt habe. Das Buch sei **nicht versehentlich in das Eigentum** des Mitarbeiters gelangt und es wurde auch **nicht versehentlich mit zur Arbeit gebracht** sowie zeitweise so gehalten, dass das Hakenkreuz sichtbar war.

Das offensichtliche Vorführen gegenüber dem Schichtleiter in Gegenwart der Kollegen lässt sich allein mit einem **(Besitzer-) Stolz** erklären oder aber mit dem **klaren Willen zur Provokation**.

Da das Verhalten des Mitarbeiters nach Ansicht des Gerichts damit nicht nur eine gedankenlose Eselei war, lässt es letztlich eine Einstellung erkennen, die zwar nicht offen, aber verdeckt durchscheinen lässt, dass er mit der **Verwendung nationalsozialistischer Kennzeichen bzw. Symbole keine besonderen Probleme** hat.

Mit dieser Entscheidung verdeutlicht das LAG Berlin-Brandenburg, dass insbesondere im öffentlichen Dienst die Verwendung nationalsozialistischer Symbole sowie Literatur nicht geduldet werden kann. Eingeschränkt dürfte diese Entscheidung auch auf private Betriebe übertragbar sein.

Tipps: Formvorschrift bei der Ablehnung eines Teilzeitantrages (BAG vom 27.06.2017 – 9 AZR 368/16)

Ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis **länger als 6 Monate** bestanden hat, kann verlangen, dass **seine vertraglich vereinbarte Arbeitszeit verringert** wird, § 8 Abs. 1 TzBfG. Des Weiteren ist Voraussetzung für diesen Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit, dass der Arbeitgeber, unabhängig von der Anzahl der Personen in Berufsbildung, in der Regel **mehr als 15 Arbeitnehmer** beschäftigt, § 8 Abs. 7 TzBfG.

Wenn der Arbeitnehmer rechtzeitig seinen Antrag auf Verringerung unterbreitet hat und der Arbeitgeber mit der Verringerung der Arbeitszeit aus betrieblichen Gründen nicht einverstanden ist, muss der Arbeitgeber die Arbeitszeitverringerung – nach erfolglosen Verhandlungen mit dem Mitarbeiter - **spätestens einen Monat vor deren gewünschten Beginn schriftlich ablehnen**.

Das Bundesarbeitsgericht musste sich mit der Frage befassen, was „**schriftlich**“ in diesem Zusammenhang bedeutet (Urteil vom 27.06.2017 – 7 AZR 368/16).

Beispiel:

Mitarbeiterin M möchte nach 5 Jahren Elternzeit bei ihrem Arbeitgeber, einem deutschen Luftverkehrsunternehmen, wieder ihre Tätigkeit aufnehmen, jedoch nicht mehr in Vollzeit, sondern in Teilzeit. Der Wiedereintritt sollte im Januar 2015 erfolgen, weshalb die Mitarbeiterin im Juni 2014 einen entsprechenden Antrag auf Verringerung der Arbeitszeit gestellt hat.

Daraufhin teilte der Arbeitgeber der Mitarbeiterin M in einem **maschinell erstellten und nicht unterzeichneten** Schreiben vom 01.08.2014 mit, dass der Antrag auf Teilzeitarbeit wegen der eingeschränkten Angabe von alternativen Wunschmodellen aus Senioritätsgründen nicht berücksichtigt werden kann.

Aus Sicht der M erfolgte durch ihren Arbeitgeber keine ordnungsgemäße Ablehnung des Teilzeitantrages, weshalb dieser unwirksam ist und sich die Arbeitszeit damit **automatisch reduziere**.

Da der Arbeitgeber diese Auffassung nicht teilte, ließ M diese Frage vor den Arbeitsgerichten klären.

Mit Erfolg?

Teilzeitantrag und Ablehnung

Für den **Antrag auf Verringerung der Arbeitszeit** sieht das Gesetz **keine Schriftform** vor, sodass ein Antrag z.B. auch **per Fax oder E-Mail** durch den Mitarbeiter gestellt werden kann. Sogar eine **mündliche Geltendmachung** wäre denkbar, was jedoch aus Gründen der Beweisbarkeit und zur Vermeidung weiterer Streitigkeiten nicht zu empfehlen ist.

Möchte der Arbeitgeber in der Folge den Antrag auf Verringerung der Arbeitszeit **zurückweisen**, da aus seiner Sicht betriebliche Gründe entgegenstehen, muss er die Ablehnung spätestens einen Monat vor dem gewünschten Beginn der beantragten Arbeitszeitverringerung verfassen, § 8 Abs. 5 TzBfG.

Hinweis

Für dieses Ablehnungsschreiben sieht der Gesetzgeber die **Schriftform** vor, § 8 Abs. 5 Satz 1 TzBfG.

Schriftform

In der Literatur ist umstritten, wie das Merkmal „schriftlich“ auszulegen ist. Die strenge Ansicht fordert, dass das Ablehnungsschreiben auf einem **Blatt Papier** verfasst werden muss, das vom **Arbeitgeber unterzeichnet** und im **Original an den Arbeitnehmer ausgehändigt** wird (wie bei Ausspruch einer Kündigung).

Andererseits wird auch die Auffassung vertreten, dass es ausreiche, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Ablehnung der gewünschten Teilzeit **in Textform** erklärt. In diesem Fall würde § 126b BGB gelten und es würde demzufolge eine **E-Mail oder eine andere elektronische Benachrichtigung** genügen, die den Arbeitgeber als Aussteller erkennen lässt, vom Arbeitnehmer gelesen werden und dauerhaft gespeichert werden kann, wie das beispielsweise bei E-Mail üblich ist.

Hinweis

Eine **mündliche** Ablehnung der Verringerung der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber ist in jedem Fall ausgeschlossen!

BAG vom 27.06.2017 – 9 AZR 368/16

Im dargestellten Beispielsfall hatte das Luftverkehrsunternehmen den Teilzeitantrag der Mitarbeiterin mit einem maschinell erstellten und nicht unterzeichneten Schreiben abgelehnt.

Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts erfüllte dieses Ablehnungsschreiben **nicht das Formerfordernis** der „Schriftlichkeit“ gemäß § 8 Abs. 5 Satz 1 TzBfG. Vielmehr hätte die Ablehnung des Verringerungsverlangens unter Einhaltung der **(strengen) Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB** erfolgen müssen.

Verwendet der Gesetzgeber den Begriff „schriftlich“ im Zusammenhang mit einer Willenserklärung, meint er – so die Auffassung der Richter – regelmäßig die Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB.

Die Wahrung der genannten Schriftform bei der Ablehnung eines Verringerungsverlangens nach dem TzBfG bewirke **Rechtssicherheit** für die Arbeitsvertragsparteien sowie eine **Beweiserleichterung** im Rechtsstreit, ob der hierzu berechtigte den Antrag des Arbeitnehmers abgelehnt hat oder nicht.

Damit verbunden ist auch die Rechtssicherheit darüber, ob eine **Fiktion nach § 8 Abs. 5 TzBfG** eingetreten ist. Durch die Unterzeichnung und deren Verbindung mit dem Erklärungstext würde gewährleistet, dass die Erklärung inhaltlich vom Unterzeichner herührt.

Für die Geltung des strengen Formerfordernisses spreche nach Ansicht des BAG darüber hinaus die **Gesetzeshistorie**. Insbesondere mache diese deutlich, dass entgegen der Auffassung des Luftverkehrsunternehmens eine Ablehnung in Textform nicht genüge.

Zwar galt § 126b BGB bei Inkrafttreten des TzBfG zum 01. Januar 2001 noch nicht, diese Vorschrift wurde erst einige Monate später ins Gesetz eingeführt.

Dennoch hat der Gesetzgeber seitdem davon abgesehen, das Wort „schriftlich“ durch die Formulierung „in Textform“ zu ersetzen.

Arbeitgeber, die einen Teilzeitantrag gemäß § 8 TzBfG ablehnen möchten, sollten dies daher **zwingend schriftlich** und mit konkreter Begründung vornehmen, d.h. unter Hinweis auf ein bestimmtes Organisationskonzept, das mit der gewünschten Arbeitszeitverringerung und/oder mit der gewünschten Arbeitszeitverteilung nicht vereinbar ist.