

DER ARBEITSRECHTSREPORT

herausgegeben von den Rechtsanwälten der Sozietät

GLAUBER & PARTNER



INHALT

EDITORIAL

BAG AKTUELL:

- Entgeltgleichheit von Männern und Frauen

AUS DER RECHTSPRECHUNG:

- Verfall von Urlaub bei Langzeiterkrankung
- Beginn des Kündigungsverbotes während der Schwangerschaft
- Dienstliche Mitteilungen in der Freizeit
- Heimliche Aufzeichnung von Personalgesprächen

EDITORIAL

Wir möchten Sie wieder über einige aktuelle Entscheidungen des BAG und der Instanzgerichte sowie zu besonders relevanten Themen für Ihre Personalarbeit informieren.

Hinweisen möchten wir Sie insbesondere auf die Entscheidung des BAG, wonach individuelle Gehaltsverhandlungen allein keinen Rechtfertigungsgrund für die unterschiedliche Bezahlung von Männern und Frauen darstellen können. Zudem hat das BAG seine Rechtsprechung zum Verfall und zur Verjährung von Urlaubsansprüchen in Umsetzung der Vorgaben des EuGH weiterentwickelt.

Wir hoffen, dass der ARBEITSRECHTSREPORT wieder Ihr Interesse findet.

BAG AKTUELL:

Entgeltgleichheit von Männern und Frauen BAG, Urteil vom 16.02.2023 (Az.: 8 AZR 450/21)

Die Klägerin war seit dem 01.03.2017 bei der Beklagten zu einem einzelvertraglich vereinbarten Gehalt in Höhe von € 3.500 brutto als Außendienstmitarbeiterin im Vertrieb beschäftigt. Ab August 2018 richtete sich ihre Vergütung nach einem Haustarifvertrag.

Neben der Klägerin war bei der Beklagten seit dem 01.01.2017 ein männlicher Außendienstmitarbeiter im Vertrieb beschäftigt, dem die Beklagte ein Grundgehalt in gleicher Höhe angeboten hatte, was dieser jedoch ablehnte. Auf seine Forderung hin erhielt dieser bis zum Einsetzen einer leistungsabhängigen Vergütung im Oktober 2017 stattdessen ein Grundgehalt in Höhe von € 4.500 brutto. Von November 2017 bis Juni 2018 erhielt der männliche Kollege wie die Klägerin ein Grundgehalt in Höhe von € 3.500 brutto zzgl. leistungsabhängiger Zusatzvergütung. Für den Monat Juli 2018 vereinbarte die Beklagte mit diesem sodann eine Erhöhung seines Grundgehalts auf € 4.000 brutto mit der Begründung, er folge einer ausgeschiedenen, besser vergüteten Vertriebsmitarbeiterin nach. Ab August 2018 zahlte die Beklagte dem männlichen Kollegen ein tarifvertragliches Grundentgelt nach derselben Entgeltgruppe wie der Klägerin.

Die Klägerin beehrte mit ihrer Klage u.a. die Zahlung rückständiger Vergütung für die Zeiträume März bis Oktober 2017 i.H.v. jeweils € 1.000 brutto sowie für den Monat Juli 2018 i.H.v. € 500 brutto.

Arbeitsgericht und LAG wiesen die Klage ab, die Revision der Klägerin vor dem BAG hatte dagegen Erfolg.

Nach der Entscheidung des BAG hat die Beklagte die Klägerin aufgrund ihres Geschlechts benachteiligt, indem sie ihr ein niedrigeres Gehalt zahlte als ihrem männlichen Kollegen, obwohl beide die gleiche

Geringeres Gehalt bei gleicher Arbeit begründet Vermutung der Benachteiligung.



Arbeit verrichteten. Die Klägerin habe daher Anspruch aus Art. 157 AEUV, §§ 3 Abs. 1, 7 EntgTranspG auf das gleiche Grundgehalt wie ihr männlicher Kollege. Der Umstand, dass die Klägerin für die gleiche Arbeit ein niedrigeres Gehalt erhalten habe als ihr Kollege, begründe die Vermutung nach § 22 AGG, dass die Benachteiligung aufgrund des Geschlechts erfolgt ist.

Der Beklagten sei es nicht gelungen, diese Vermutung zu widerlegen. Nach Ansicht des BAG könne sich die Beklagte für den Zeitraum März bis Oktober 2017 nicht allein darauf berufen, das höhere Grundgehalt des Kollegen beruhe nicht auf dem Geschlecht, sondern auf dem Umstand, dass dieser ein höheres Entgelt ausgehandelt habe. Für den Monat Juli 2018 könne die Beklagte die Vermutung nicht mit der Begründung widerlegen, der Kollege sei einer besser vergüteten ausgeschiedenen Arbeitnehmerin nachgefolgt.

Hinweisen möchten wir darauf, dass Differenzierungen in Bezug auf das Entgelt auch weiterhin zulässig sind, wenn sie objektiv und geschlechtsneutral begründet werden können. Dies sollte daher gegebenenfalls entsprechend dokumentiert werden. In § 3 III 2 EntgTranspG werden beispielhaft „arbeitsmarkt-, leistungs- und arbeitsergebnisbezogene Kriterien“ genannt. In diesem Zusammenhang bleibt die Begründung des Urteils des BAG abzuwarten, das bislang lediglich als Pressemitteilung vorliegt.

Verhandlungsgeschick ist keine Rechtfertigung für ungleiche Bezahlung.

Höheres Entgelt muss objektiv und geschlechtsneutral begründet sein.

AUS DER RECHTSPRECHUNG: Verfall von Urlaub bei Langzeiterkrankung BAG, Urteil vom 20.12.2022 (Az.: 9 AZR 245/19)

Der schwerbehinderte Kläger war bei der beklagten Arbeitgeberin als Frachtfahrer beschäftigt. Wegen voller Erwerbsminderung konnte er vom 01.12.2014 bis August 2019 seine Arbeitsleistung nicht erbringen und aus demselben Grund auch keinen Urlaub nehmen. Mit seiner Klage machte er Resturlaub aus dem Jahr 2014 im Umfang von 24 Tagen geltend.

Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab. Die Revision des Klägers hatte Erfolg.

Nach dem Urteil des BAG war der für das Jahr 2014 noch nicht erfüllte Urlaubsanspruch abzugelten.

Nach der neueren Rechtsprechung des BAG erlöschen Urlaubsansprüche am Ende des Kalenderjahres oder eines zulässigen Übertragungszeitraumes grundsätzlich nur dann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor durch Erfüllung sog. Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten in die Lage versetzt hat, seinen Urlaub wahrzunehmen, und der Arbeitnehmer den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat. Besonderheiten bestehen, wenn der Urlaub aus gesundheitlichen Gründen nicht genommen werden konnte.

Nach der bisherigen Rechtsprechung gingen gesetzliche Urlaubsansprüche im Falle fortdauernder Arbeitsunfähigkeit ohne Weiteres mit Ablauf des 31. März des zweiten Folgejahres („15-Monatsfrist“) unter. Diese Rechtsprechung hat der Senat in Umsetzung der Vorgaben des EuGH aufgrund Vorabentscheidung vom 22.09.2022 (C-518/20 und C-727/20 – [Fraport]) nun weiterentwickelt. Danach verfällt der Urlaubsanspruch weiterhin mit Ablauf der 15-Monatsfrist, wenn der Arbeitnehmer seit Beginn des Urlaubsjahres durchgehend bis zum 31. März des zweiten auf das Urlaubsjahr folgenden Kalenderjahres aus gesundheitlichen Gründen daran gehindert war, seinen Urlaub anzutreten. Auf die Einhaltung der Mitwirkungspflichten des Arbeitgebers komme es in diesem Fall nicht an, da diese nicht zur Inanspruchnahme des Urlaubs hätten beitragen können.

Urlaub verfällt nach Ablauf der 15-Monats-Frist nur bei Arbeitsunfähigkeit im gesamten Jahr.

Anders verhalte es sich jedoch, wenn der Arbeitnehmer – wie vorliegend der Kläger – im Urlaubsjahr tatsächlich noch gearbeitet hat, bevor er erwerbsgemindert oder krankheitsbedingt arbeitsunfähig geworden ist. In diesem Fall setze der Verfall des Urlaubsanspruchs regelmäßig voraus, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer rechtzeitig vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit in die Lage versetzt hat, seinen Urlaub auch tatsächlich zu nehmen. Dies war vorliegend nicht der Fall.

Hingewiesen sei darauf, dass das BAG mit Urteil vom gleichen Tag (Az.: 9 AZR 266/20) auch entschieden hat, dass der gesetzliche Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub der Verjährung unterliegt, die dreijährige Verjährungsfrist allerdings erst am Ende des Kalenderjahres beginnt, in dem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über seinen konkreten Urlaubsanspruch und die Verfallfristen belehrt und der Arbeitnehmer den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat

Verjährungsfrist des Urlaubsanspruchs beginnt erst nach Belehrung über konkreten Urlaubsanspruch.

Beginn des Kündigungsverbotes während der Schwangerschaft BAG, Urteil vom 24.11.2022 (Az.: 2 AZR 11/22)

Die Beklagte kündigte am 07.11.2020 das mit der Klägerin seit dem 15.10.2020 bestehende Arbeitsverhältnis ordentlich innerhalb der Probezeit. Die Klägerin erhob Kündigungsschutzklage. Im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens teilte sie mit, in der sechsten Woche schwanger zu sein. Die Beklagte erfuhr hiervon erst einen Monat nach Ausspruch der Kündigung, als ihr der anwaltliche Schriftsatz der Klägerin zugestellt wurde, welchem eine Schwangerschaftsbestätigung vom 26.11.2020 beigefügt war. Im Zuge des erstinstanzlichen Verfahrens legte die Klägerin eine weitere Schwangerschaftsbescheinigung vor, welche den 05.08.2020 als voraussichtlichen Geburtstermin testierte.

Die Beklagte hat das Vorliegen einer Schwangerschaft bei Ausspruch der Kündigung bestritten. Jedenfalls habe die Klägerin sie zu spät über ihre Schwangerschaft informiert.

Nachdem Arbeitsgericht und LAG die Klage abgewiesen hatten, hatte die Revision der Klägerin vor dem BAG weitgehend Erfolg.

Das BAG erteilte der Auffassung der Vorinstanzen, wonach bei der Ermittlung des Beginns der Schwangerschaft und damit des Kündigungsverbots auf die durchschnittliche Schwangerschaftsdauer von 266 Tagen abzustellen sei, eine Absage und bestätigte seine bisherige Rechtsprechung. Danach wird der Beginn des Kündigungsverbots aus § 17 I 1 MuSchG bei natürlicher Empfängnis in der Weise bestimmt, dass von dem ärztlich festgestellten mutmaßlichen Tag der Entbindung 280 Tage zurückgerechnet wird. Dieser Zeitraum umfasse die mittlere Schwangerschaftsdauer. Er markiere die äußerste zeitliche Grenze, innerhalb derer bei normalem Zyklus eine Schwangerschaft vorliegen könne. Damit würden auch Tage einbezogen, in denen das Vorliegen einer Schwangerschaft unwahrscheinlich sei. Insoweit gehe es nicht um die tatsächliche Bestimmung des tatsächlichen - naturwissenschaftlichen - Beginns der Schwangerschaft im konkreten Fall, sondern um eine Berechnungsmethode für die Bestimmung des Kündigungsverbots wegen Schwangerschaft, der prognostische Elemente innewohnen und die am verfassungsrechtlichen Schutzauftrag orientiert sei.

Mittlere Schwangerschaftsdauer von 280 Tagen maßgeblich.

Das BAG verwies die Sache dennoch zurück an das LAG, da noch zu klären sei, ob die Arbeitnehmerin die Zwei-Wochen-Frist des § 17 I 2 MuSchG unverschuldet überschritten hat. Denn grundsätzlich muss dem Arbeitgeber eine Schwangerschaft innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt werden. Das Überschreiten dieser Frist ist jedoch unschädlich, wenn die Überschreitung auf einem von der Frau nicht zu vertretenden Grund beruht und die Mitteilung unverzüglich nachgeholt wird.

Schwangerschaft ist innerhalb von zwei Wochen nach der Kündigung anzuzeigen.

Dienstliche Mitteilungen in der Freizeit LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 27.09.2022 (Az.: 1 Sa 39 öD/22)

Der bei der Beklagten als Notfallsanitäter tätige Kläger war für einen sogenannten unkonkreten Springerdienst eingeteilt, der die Mitarbeiter verpflichtet, sich um 7:30 Uhr telefonisch einsatzfähig zu melden, sofern der Schichtbeginn nicht bis 20 Uhr des Vortages konkretisiert worden ist. Am für den Kläger arbeitsfreien Vortag teilte die Beklagte den Kläger zu einer Schicht in der Rettungswache mit Beginn um 6:00 Uhr ein. Nachdem die Beklagte den Kläger telefonisch nicht erreichte, sendete sie ihm eine SMS auf sein privates Mobiltelefon. Der Kläger nahm diese SMS nicht zur Kenntnis und zudem auch keine Einsicht in den im Internet aktualisierten Dienstplan. Als der Kläger sich um 7:30 Uhr einsatzbereit meldete, hatte die Beklagte bereits einen anderen Mitarbeiter herangezogen und setzte den Kläger nicht weiter ein. Die Beklagte wertete dieses Verhalten als unentschuldigtes Fehlen und zog dem Kläger elf Stunden von seinem Arbeitszeitkonto ab. Mit seiner Klage verlangte der Kläger u.a. die Gutschrift der abgezogenen Dienstzeiten auf seinem Arbeitszeitkonto.

Nachdem das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen hatte, gab das LAG Schleswig-Holstein dieser statt. Nach dem Urteil des LAG waren die in Rede stehenden elf Stunden dem Arbeitszeitkonto des Klägers gutzuschreiben, da sich die Beklagte mit der Annahme der Arbeitsleistung des Klägers in Annahmeverzug befand (§ 615 S. 1 BGB).

Der Kläger habe seine Arbeitsleistung zur rechten Zeit am rechten Ort angeboten. Da die Beklagte nicht nachweisen konnte, dass dem Kläger die kurzfristige Änderung des Dienstplans tatsächlich zugegangen war, liege kein unentschuldigtes Fehlen vor. Es sei zwar davon auszugehen, dass die SMS der Arbeit-

geberin auf dem Handy des Klägers eingegangen sei, jedoch durfte diese erst mit seinem Dienstbeginn damit rechnen, dass der Kläger auch von der SMS Kenntnis nehmen würde. Arbeitnehmer seien während ihrer Freizeit nicht dazu verpflichtet, dienstliche SMS anzurufen, um sich über ihre Arbeitszeit zu informieren. Beim Lesen einer SMS, mit der der Arbeitgeber sein Direktionsrecht bezüglich Arbeitszeit und Arbeitsort ausübt, handele es sich um Arbeitszeit.

Keine Pflicht, sich in der Freizeit über Arbeitszeitänderung zu informieren.

Arbeitnehmern stehe in ihrer Freizeit ein „Recht auf Unerreichbarkeit“ zu. Es gehöre zu den vornehmsten Persönlichkeitsrechten, dass ein Mensch selbst entscheidet, für wen er in seiner Freizeit erreichbar sein will oder nicht.

Recht auf Unerreichbarkeit in der Freizeit.

Auch habe der Kläger nicht treuwidrig gehandelt, indem er nicht auf die Anrufe der Beklagten reagierte, deren SMS nicht zur Kenntnis nahm und es unterließ, den Dienstplan im Internet einzusehen. Eine Nebenpflicht, sich in der Freizeit nach seinen Dienstzeiten zu erkundigen, bestehe nicht. Ausdrücklich offen blieb Frage, ob der Kläger einer Weisung, die ihm in seiner Freizeit zufällig zugeht, Folge leisten müsste. Es bleibt abzuwarten, wie das BAG über die in dieser Sache anhängige Revision (5 AZR 349/22) entscheiden wird.

Heimliche Aufzeichnung von Personalgesprächen ArbG Freiburg, Urteil vom 27.10.2022 (Az.: 2 Ca 193/22)

Nachdem der Kläger für ihn überraschend zu einem Personalgespräch eingeladen worden war, in dem ihm die Beklagte mitteilte, sich von ihm trennen zu wollen, fühlte dieser sich in die Ecke gedrängt und überrumpelt. Angesichts seiner Verunsicherung aufgrund dieses Gesprächs erstellte er von dem nächsten Gespräch mit der Beklagten eine Tonaufzeichnung. Seine Gesprächspartner hatte der Arbeitnehmer hierüber weder informiert noch deren Zustimmung eingeholt. Der Kläger gab an, er habe sich mit der Tonaufzeichnung selbst schützen wollen und nicht beabsichtigt, die Aufnahme in irgendeiner Weise zu verwenden. Dass derartige Aufnahmen verboten seien, habe er nicht gewusst.

Nachdem die Beklagte ihm gekündigt hatte, bot der Kläger die Tonaufzeichnung im Kündigungsschutzverfahren als Beweis an. Auf diese Weise erfuhr die Beklagte von der Aufzeichnung und kündigte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos sowie hilfsweise fristgerecht zum nächstmöglichen Termin. Hiergegen wehrte sich der Kläger mit einer Kündigungsschutzklage.

Nach dem Urteil des Arbeitsgerichts wurde das Arbeitsverhältnis durch die ordentliche Kündigung, nicht jedoch durch die fristlose Kündigung beendet.

Das heimliche Aufzeichnen eines Personalgesprächs sei an sich geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Der Kläger habe die Vertraulichkeit des Wortes im Sinne von § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB und auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 GG) und damit die ihm nach § 241 II BGB obliegende Pflicht zur Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen der Beklagten verletzt.

Heimliches Aufzeichnen von Personalgespräch kann fristlose Kündigung rechtfertigen.

In seiner Interessenabwägung hielt das Arbeitsgericht die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Dauer der Kündigungsfrist für die Beklagte für zumutbar und daher die außerordentliche Kündigung für unwirksam. Die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung sei jedoch auch ohne vorherige Abmahnung sozial gerechtfertigt. Eine dauerhafte Zusammenarbeit sei der Beklagten nicht zumutbar, nachdem die Beklagte das Vertrauen in die Person des Klägers verloren habe. Gegen die Entscheidung wurde Berufung eingelegt.

GLAUBER & PARTNER

Rathausstraße 13 | D - 20095 Hamburg
Tel. + 49 - 40 - 32 33 99 - 0 | Fax + 49 - 40 - 32 33 99 - 11
rechtsanwaelte@glauber.de | www.glauber.de

Ihre Ansprechpartner im Arbeitsrecht sind:

Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Dr. Dirk Uhlmannsiek

Rechtsanwältin
Anja Krüger

www.der-arbeitsrechtsreport.de