

Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

für die Oktoberausgabe unseres Arbeitsrechts-Newsletters hatten wir zunächst vorgesehen, unter der Rubrik „Gesetzgebung“ über das von Arbeitsminister Olaf Scholz geplante „[Gesetz zum Beschäftigten-datenschutz](#)“ zu informieren. Angesichts des Ergebnisses der Bundestagswahl am 27.09.2009 und der sich nunmehr abzeichnenden Koalition von CDU/CSU und FDP haben wir uns entschlossen, Ihnen anstelle dessen einen Überblick über die arbeitsmarktpolitischen Positionen der künftigen Berliner Koalitionsparteien zu geben.

Aus dem Bereich des europäischen Arbeitsrechts schienen uns die Schlussanträge des Generalanwalts Yves Bot vom 03.09.2009 in der Rechtssache Colin Wolf gg. Stadt Frankfurt am Main (C-229/08) interessant. Erstens nämlich betrifft dieser aus Deutschland stammende Vorlagefall die (wieder) aktuelle und höchst umstrittene Frage, ob die Festsetzung eines Einstellungshöchalters mit dem Verbot der Altersdiskriminierung vereinbar ist. Zweitens ist der Generalanwalt - anders als das vorliegende Verwaltungsgericht (VG) Frankfurt am Main - der Ansicht, eine Altersgrenze von 30 Jahren für die Einstellung im mittleren feuerwehrtechnischen Dienst sei mit der Richtlinie 2000/78/EG vereinbar, so dass angesichts dieser Meinungsunterschiede eine genauere Betrachtung der Argumentation des Generalanwalts lohnt.

Schließlich besprechen wir wie in jedem Newsletter einige Entscheidungen der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit. Besonders interessant sind dabei drei Urteile des Bundesarbeitsgerichts (BAG). Eines betrifft die Voraussetzungen für eine Geldentschädigung wegen einer gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verstoßenden ausländerfeindlichen Belästigung (Urteil vom 24.09.2009, 8 AZR 705/08), ein weiteres die Zulässigkeit sogenannter Flashmobaktionen im Rahmen eines Arbeitskampfes (Urteil vom 22.09.2009, 1 AZR 972/08) und das dritte die Pflicht des öffentlichen Arbeitgebers zur Durchführung von Vorstellungsgesprächen mit schwerbehinderten Stellenbewerbern (Urteil vom 21.07.2009, 9 AZR 431/08).

Im Abspann finden Sie einen kurzen Kommentar zu dem Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 17.09.2009 (5 StR 521/08). Mit diesem wies der BGH die Revision des vom Landgericht (LG) Braunschweig zu einer Haftstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilten ehemaligen VW-Betriebsratsvorsitzenden Klaus Volkert zurück.

Auch diesmal viel Spaß bei der Lektüre,

Ihr Redaktionsteam

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

GESETZGEBUNG

- Welche Änderungen im Arbeitsrecht bringt die neue Berliner Regierungskoalition?

EUROPÄISCHES RECHT

- Einstellungshöchsteralter von 30 Jahren für den mittleren Feuerwehrdienst: Schlussanträge des Generalanwalts Yves Bot vom 03.09.2009 (Colin Wolf gg. Stadt Frankfurt am Main, Rs. C-229/08)

RECHTSPRECHUNG

- Pflicht des Arbeitgebers, gegen ausländerfeindliche Parolen vorzugehen: BAG, Urteil vom 24.09.2009, 8 AZR 705/08
- Flashmobaktionen im Rahmen von gewerkschaftlichen Streiks sind zulässig: BAG, Urteil vom 22.09.2009, 1 AZR 972/08
- Pflicht zur Einladung eines schwerbehinderten Bewerbers zum Vorstellungsgespräch auch bei schlechten Examensnoten: BAG, Urteil vom 21.07.2009, 9 AZR 431/08
- Einverständnis mit einer Kündigung und Kündigungsschutz: LAG München, Urteil vom 06.08.2009, 4 Sa 375/09
- Genauigkeit des Änderungsangebots bei einer Änderungskündigung: Arbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 02.06.2009, 7 Ca 1010/09

SONSTIGES

- Entscheidung im Strafverfahren gegen den VW-Betriebsratsvorsitzenden Klaus Volkert: BGH, Urteil vom 17.09.2009, 5 StR 521/08

IMPRESSUM

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

GESETZGEBUNG

Welche Änderungen im Arbeitsrecht bringt die neue Berliner Regierungskoalition?

von Rechtsanwältin Svenja Sottorf, Berlin

Nach der Wahl zum Bundestag wird voraussichtlich in Zukunft eine Koalition aus CDU/CSU und FDP die Bundesregierung stellen. Eine solche Regierungsmehrheit wird einige arbeitsrechtliche Regelungen ändern oder zumindest auf den Prüfstand stellen.

Welche Partei sich mit ihren programmatischen Forderungen gegenüber ihren künftigen Koalitionspartnern (und gegen die Opposition) durchsetzen wird, steht natürlich noch nicht fest. Trotzdem lohnt vor dem Hintergrund der nunmehr zu führenden Koalitionsverhandlungen ein Blick auf die arbeitsrechtspolitischen Positionen der kommenden Regierungsparteien.

Mindestlohn

In Deutschland gibt es trotz jahrelanger politischer Querelen nach wie vor keinen für alle Arbeitnehmer geltenden, d.h. bundeseinheitlichen und branchenübergreifenden [Mindestlohn](#). Das erst Anfang dieses Jahres reformierte [Arbeitnehmerentendegesetz \(AEntG\)](#) sieht Mindestlöhne bislang nur für acht Branchen auf Basis jeweils unterschiedlicher Branchentarifverträge vor. Dabei zeichnet sich bereits jetzt ab, dass die hinter diesem gesetzlichen Konzept stehende Trippelstrategie dauerhaft erhebliche Schutzlücken zur Folge haben wird, nicht zuletzt aufgrund der kleinteilig bzw. in jedem einzelnen Mindestlohntarifvertrag gesondert festgelegten Anwendungsvoraussetzungen und der daraus folgende Rechtsunsicherheit, vor allem auf Arbeitnehmerseite. Das Thema Mindestlohn ist daher schon allein aufgrund der reichlich verkorksten Gesetzeslage nicht vom Tisch. Fraglich ist, ob hier Änderungen zu erwarten sind.

Die FDP ist strikt gegen Mindestlöhne. Diese sind nach ihrer Ansicht kontraproduktiv, weil sie zu einer Verdrängung von Arbeitsplätzen führen ([Die Mitte stärken. Deutschlandprogramm der FDP. S.16](#)).

Die CDU ist bei diesem Thema zwiesgespalten. Im Wahlprogramm 2009 spricht sie sich zwar gegen Mindestlöhne aus ([Wir haben die Kraft. Gemeinsam für unser Land. Regierungsprogramm 2009-2013; S.30](#)) und befürwortet stattdessen ein Mindesteinkommen, d.h. die Aufstockung niedriger Gehälter durch den Staat. In der Großen Koalition hat die CDU aber dennoch die Einführung eines Mindestlohns mitgetragen und sich sogar für eine Ausweitung der Mindestlöhne auf die Leiharbeitsbranche ausgesprochen (die dort allerdings nach den Vorstellungen der CDU niedriger hätten ausfallen müssen als nach denen der SPD).

Vermutlich wird die Konsequenz dieser politischen Grundhaltungen sein, dass die in den letzten zwei Jahren neu eingeführten Branchenmindestlöhne nicht angetastet werden, aber auch keine neue Branchen bzw. neue Branchenmindestlöhne eingeführt werden, geschweige denn, dass es zu einem deutschlandweit geltenden Mindestlohn kommen wird.

Lässt man das Thema Mindestlohn politisch einfach liegen, bräuchte es dazu keine Änderung des AEntG. Die dort vorgesehene Kooperation zwischen Tarifparteien (sie müssen sich auf einen branchenbezogenen Mindestlohntarifvertrag einigen) und Staat (er muss den Mindestlohntarif bewerten lassen und ggf. für branchenweit anwendbar erklären) setzt nämlich ein aktives Handeln aller Beteiligten „pro Mindestlohn“ voraus, d.h. insbesondere auch der Bundesregierung bzw. des Arbeitsministeriums.

Und hier zeichnet sich ab, dass die neue Regierung alle möglichen politischen Themen als wichtig ansehen wird, nur eben nicht den Min-

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

destlohn. Dementsprechend signalisierte der Vorsitzende des Parlamentskreises Mittelstand, der CDU-Wirtschaftspolitiker Michael Fuchs, in einem Radiointerview mit dem Berliner Inforadio am 05.10.2009, das Thema Mindestlohn werde in seiner Bedeutung völlig überschätzt.

Betriebliche Mitbestimmung

In Betrieben mit mindestens fünf Arbeitnehmern besteht die Möglichkeit, einen Betriebsrat zu gründen ([§ 1 Betriebsverfassungsgesetz - BetrVG](#)). Dieser hat beispielsweise bei der [Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen \(§ 87 BetrVG\)](#) oder bei [Kündigungen \(§ 102 BetrVG\)](#) Mitbestimmungsrechte.

Bei Betrieben ab 200 Beschäftigten, muss ein Teil der Betriebsratsmitglieder, deren Zahl mit der Betriebsgröße steigt, von jeglicher beruflicher Tätigkeit freigestellt werden, damit sich die Freigestellten ganz der Betriebsrats Tätigkeit widmen können ([§ 38 BetrVG](#)).

Die FDP fordert in ihrem Wahlprogramm ([Die Mitte stärken. Deutschlandprogramm der FDP., S.13](#)), die Kosten der betrieblichen Mitbestimmung zu begrenzen. Konkret soll das bedeuten, dass ein Betriebsrat erst bei Betrieben mit mindestens 20 Beschäftigten gegründet werden kann und zudem ein Wahlquorum von 50 erforderlich ist. Freistellungen soll es erst in Betrieben ab 500 Beschäftigten geben.

Während der Arbeitnehmerflügel der CDU, so etwa der CDU-Politiker Karl-Josef Laumann in einem [Interview mit der Berliner Zeitung vom 30.09.2009](#), an der betrieblichen Mitbestimmung nicht rütteln möchte, hält sich die CDU im Übrigen zu diesem Thema bedeckt. Im Wahlprogramm findet sich hierzu nichts. Dies wird man den traditionell deutlichen Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitnehmer- und Wirtschaftsflügel der CDU in arbeitsrechtlichen Fragen zuschreiben können.

Da der Schwellenwert von 5 Arbeitnehmern für die Anwendbarkeit des BetrVG bereits seit lan-

gem gilt und es dementsprechend viele kleine mitbestimmte Betriebe gibt, wäre eine Heraufsetzung des Schwellenwertes entsprechend den Vorstellungen der FDP mit erheblichen Konflikten verbunden und ist daher eher unwahrscheinlich. Denkbar ist schon eher, dass sich CDU/CSU und FDP auf eine Verringerung der Anzahl der freigestellten Betriebsratsmitglieder einigen.

Kündigungsschutz

Will der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer [ordentlich bzw. fristgemäß kündigen](#), braucht er dazu im allgemeinen keinen Grund, d.h. es besteht Kündigungsfreiheit. Damit ist es aber vorbei, wenn der gekündigte Arbeitnehmer allgemeinen [Kündigungsschutz](#) nach dem [Kündigungsschutzgesetz \(KSchG\)](#) genießt.

Dann ist eine ordentliche Kündigung nur wirksam, wenn der Arbeitgeber sich auf einen der in [§ 1 Abs.2 Kündigungsschutzgesetz \(KSchG\)](#) aufgeführten Gründe berufen kann. Er muss bei Anwendbarkeit des KSchG eine ordentliche Kündigung auf betriebliche, verhaltensbedingte oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe stützen können, damit die Kündigung wirksam ist - und vor Gericht im Falle einer [Kündigungsschutzklage](#) Bestand hätte.

Kündigungsschutz haben Arbeitnehmer derzeit nach einer mehr als sechs Monate dauernden Beschäftigung ([§ 1 Abs.1 KSchG](#)) in Betrieben, in denen mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt sind ([§ 23 Abs.1 KSchG](#)). Der Kündigungsschutz ist bei Anwendbarkeit des KSchG zwingend, d.h. der Arbeitnehmer kann hierauf nicht verzichten.

Auch bei Arbeitnehmern die Kündigungsschutz genießen, endet eine Klage gegen eine ordentliche Kündigung fast nie mit dem Erhalt des Arbeitsplatzes, da sich die Parteien in aller Regel auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung einigen; zudem gibt es als „Draufgabe“ oft ein gutes Zeugnis. Diese Möglichkeit der Optimierung der Aus-

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

stiegsbedingungen haben Arbeitnehmer ohne Kündigungsschutz nicht. Aus Arbeitgebersicht ist das gut, senkt es doch die Kosten und (Verhandlungs-)Mühen der Vertragsbeendigung.

Die FDP fordert, dass Arbeitnehmer erst nach einer Beschäftigungsdauer von zwei Jahren in Betrieben mit mehr als 20 Arbeitnehmern Kündigungsschutz haben. Zudem sollen Arbeitnehmer bei betriebsbedingten Kündigungen freiwillig auf ihren Kündigungsschutz schon bei Unterzeichnung des Arbeitsvertrages verzichten können, wenn sie für den Fall einer Kündigung die Zahlung einer Abfindung in bestimmter Höhe oder eine vom Arbeitgeber zu finanzierende Weiterbildung vereinbaren ([Die Mitte stärken. Deutschlandprogramm der FDP, S.13](#)).

Die Meinung der CDU ist diesbezüglich nicht einheitlich. Kanzlerin Merkel und der Arbeitnehmerflügel der CDU haben gegen eine Aufweichung des Kündigungsschutzes Stellung bezogen. So sagte beispielsweise Karl-Josef Laumann in einem [Interview mit der Berliner Zeitung vom 30.09.2009](#) zu den Forderungen nach Änderungen beim Kündigungsschutz, da könne sich die FDP „auf den Kopf stellen“, sie werde die von ihr gewünschten Änderungen „nicht bekommen“. Demgegenüber sprach sich der CDU-Wirtschaftspolitiker Michael Fuchs grundsätzlich für Einschnitte beim Kündigungsschutz aus und unterstützte damit die Forderungen der FDP ([Reuters, 30.09.2009, „CDU-Wirtschaftspolitiker will Kündigungsschutz lockern“](#)).

Nachteilige Folgen für die aus dem Kündigungsschutz herausgefallenen Arbeitnehmer hätten Einschnitte beim Kündigungsschutz nicht im Falle der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, sondern schon im Vorfeld bzw. auch dann, wenn es gar nicht zu Entlassungen kommt: Wer seinen Arbeitsplatz jederzeit - nach einer mehr oder weniger langen Kündigungsfrist - durch Arbeitgeberkündigung verlieren kann, wird jederzeit zu Gesprächen über Vertragsänderungen bereit sein (müssen).

Ob solche rechtlichen Einbußen auf Arbeitnehmerseite mit einer größeren Bereitschaft zu Neueinstellungen auf Arbeitgeberseite einhergehen, ist unklar und seit langem umstritten.

Schon eher absehbar ist dagegen, dass die von der FDP vorgeschlagene Möglichkeit, den Kündigungsschutz gegen einen Abfindungsanspruch einzutauschen, bei vielen Arbeitgebern auf wenig Interesse stoßen wird, und zwar aus finanziellen Gründen: Wer sagt denn, dass die Beendigung eines soeben erst begründeten Arbeitsverhältnisses bei Geltung des KSchG mit Abfindungskosten verbunden sein wird? Und warum sollte man dann schon lange im Vorhinein einen solchen Anspruch des Arbeitnehmers rechtsverbindlich festschreiben? Die bisherigen Erfahrungen mit § 1a KSchG deuten darauf hin, dass von einer solchen Wahlmöglichkeit selten Gebrauch gemacht werden würde.

Wie dem auch sei: Auf – wohl eher geringfügige - Einschnitte beim Kündigungsschutz muss man sich angesichts der hohen politischen Bedeutung des Kündigungsschutzes einstellen.

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [FDP: Die Mitte stärken. Deutschlandprogramm der FDP.](#)
- [CDU: Wir haben die Kraft. Gemeinsam für Deutschland. Regierungsprogramm 2009-2013](#)
- [Berliner Zeitung, 30.09.2009, „Da kann sich die FDP auf den Kopf stellen“](#)
- [Reuters, 30.09.2009, „CDU-Wirtschaftspolitiker will Kündigungsschutz lockern“](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Mindestlohn](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Kündigungsschutz](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten](#)

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

EUROPÄISCHES RECHT

Einstellungshöchstalter von 30 Jahren für den mittleren Feuerwehrdienst: Schlussanträge des Generalanwalts Yves Bot vom 03.09.2009 (Colin Wolf gg. Stadt Frankfurt am Main, Rs. C-229/08)

von Rechtsanwalt Dr. Martin Hensche, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Zu welcher Rechtsfrage hat sich der Generalanwalt geäußert?

Der Streit um die Vereinbarkeit von Einstellungshöchstgrenzen mit dem Verbot der Altersdiskriminierung im Erwerbsleben ist derzeit wieder voll entbrannt.

Grundlage der Diskussion ist die [Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf \(Richtlinie 2000/78/EG\)](#), die Diskriminierungen im Erwerbsleben wegen persönlicher Merkmale wie u.a. des Alters verhindern soll, und das [Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz \(AGG\)](#), das die Vorgaben der Richtlinie 2000/78/EG seit dem 18.08.2006 in deutsches Recht umsetzen soll.

Sowohl nach der Richtlinie als auch nach dem AGG sind Altershöchstgrenzen, die einer Einstellung entgegenstehen, unbestritten eine Schlechterstellung älterer Personen im Vergleich zu den jüngeren, da diese sich ja um die zu besetzende Stelle bewerben können, d.h. nicht von vornherein wegen ihres Alters aus dem Rennen sind. Sowohl die Richtlinie wie auch das AGG erlauben aber altersbedingte Schlechterstellungen unter bestimmten Voraussetzungen, d.h. nicht jede altersbedingte Schlechterstellung ist eine verbotene Diskriminierung.

Eine Schlechterstellung ist gemäß [Art.6 der Richtlinie 2000/78/EG](#) sowie nach [§ 10 AGG](#) nämlich keine Diskriminierung, wenn sie „ob-

jektiv und angemessen“ und durch „legitime Ziele“ gerechtfertigt ist. Solche Ziele können im Bereich der Beschäftigungspolitik, des Arbeitsmarktes und der beruflichen Bildung angesiedelt sein. Außerdem müssen die Mittel, mit denen diese Ziele erreicht werden sollen, ihrerseits „angemessen und erforderlich“ sein.

Als Beispiel für eine solche Schlechterstellung, die nicht unbedingt eine verbotene Diskriminierung darstellt, nennt [Art.6 Abs.1 Satz 2 Buchstabe c\) der Richtlinie 2000/78/EG](#) ausdrücklich die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand.

Seit Inkrafttreten der Richtlinie 2000/78/EG bzw. des AGG werden nunmehr nach und nach einstellungshindernde Altershöchstgrenzen rechtlich in Frage gestellt und die Gerichte in Europa mit der Frage konfrontiert, ob diese traditionell anerkannten Altersgrenzen diskriminierend sind oder nicht. Eine dieser Altersgrenzen lag dem Verwaltungsgericht (VG) Frankfurt am Main zur Beurteilung vor, nämlich die gemäß hessischem Beamtenrecht geltende Grenze von 30 Jahren für die Einstellung eines Beamtenanwärters für den mittleren feuerwehrtechnischen Dienst. Das VG Frankfurt am Main hatte die Frage, ob diese Grenze gegen die Vorgaben der Richtlinie 2000/78/EG verstößt, im April 2008 dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) vorgelegt und um eine sog. Vorabentscheidung gebeten ([Beschluss vom 21.04.2008, 9 E 3856/07](#) – wir berichteten darüber in [Arbeitsrecht aktuell 08/074: Mit 31 Jahren zu alt für die Feuerwehr?](#)).

Nunmehr hat der zuständige Generalanwalt beim EuGH Yves Bot im Rahmen seiner Schlussanträge zu dieser Streitfrage Stellung genommen ([Schlussanträge vom 03.09.2009](#)). Sie werden hier besprochen, da der EuGH den Schlussanträgen seiner Generalanwälte in den meisten Fällen folgt.

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

Welcher Sachverhalt lag den Schlussanträgen zugrunde?

Ein im Jahre 1976 geborener Stellenbewerber bekundete Ende 2006 in Frankfurt sein Interesse an einem Ausbildungsplatz bei der Feuerwehr für den mittleren feuerwehrtechnischen Dienst. Mit Blick auf den nächsten voraussichtlichen Einstellungstermin (01.02.2008) teilte ihm die Branddirektion unter Berufung auf die in Hessen geltenden beamtenrechtlichen Vorschriften der Feuerwehrlaufbahnverordnung (FeuerwLVO) mit, dass man seine Bewerbung nicht mehr berücksichtigen könne, da er am 01.02.2008 das in der FeuerwLVO vorgesehene Einstellungshöchstalter von 30 Jahren überschritten haben würde.

Der Bewerber verklagte daraufhin die Stadt Frankfurt am Main vor dem dortigen VG und begehrte eine Entschädigung von drei Monatsgehältern, mindestens aber von 6.650,73 EUR. Zur Begründung verwies er darauf, er sei bei im Bewerbungsverfahren wegen seines Alters in einer rechtlich unzulässigen Weise diskriminiert worden. Die verklagte Stadt verteidigte sich mit dem Argument, die Altersgrenze von 30 Jahren sei keine verbotene Diskriminierung, sondern eine sachlich gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung. Ohne die Altersgrenze gebe es kein angemessenes Verhältnis zwischen der Beschäftigungszeit als Beamter und dem Anspruch auf Versorgung im Ruhestand. Das Einstellungshöchstalter von 30 Jahren sei erforderlich, um die Funktionsfähigkeit der beamtenrechtlichen Versorgung zu gewährleisten. Letztlich sei es rechtlich sogar ausdrücklich erlaubt, ein Höchstalter für Einstellungen festzusetzen.

Das VG begründete seinen [Vorlagebeschluss](#) damit, dass die streitige Altersgrenze von 30 Jahren für die Aufnahme in den mittleren Feuerwehrdienst eine verbotene Altersdiskriminierung sei. Daher würde es dem Kläger die begehrte Entschädigung gemäß [§ 15 Abs. 2 AGG](#) zusprechen, falls der EuGH nicht klarstellen sollte, dass in Fällen der vorliegenden Art doch

keine Altersdiskriminierung gegeben sei. Dabei stützte sich das VG im Wesentlichen auf folgende Überlegung: Bei einer gesetzlich vorgesehenen Berentung mit 60 Jahren und einem Einstellungshöchstalter von 30 Jahren ergibt sich eine aktive Zeit von mindestens 30 Jahren, die unangemessen lang ist, d.h. auch kürzer ausfallen könnte. Konkret war das VG der Meinung, eine aktive Zeit von knapp 20 Jahren vor der Berentung sei ausreichend, um dem Interesse des Dienstherrn an einer genügend langen aktiven Zeit Rechnung zu tragen.

Abweichend von dieser Argumentation verwies die Bundesregierung in dem Verfahren vor dem EuGH darauf, dass die Tätigkeit von Feuerwehrbeamten im mittleren feuerwehrtechnischen Dienst teilweise mit erheblichen körperlichen Anstrengungen verbunden ist, vor allem bei den Kernaufgaben der Brandbekämpfung und der Personenrettung. Hier sind die Anforderungen an die körperliche Leistungsfähigkeit der Beamten nach dem Vorbringen der Bundesregierung so hoch, dass praktisch kein Beamter im Alter von über 45 bis 50 Jahren mit diesen Dienstaufgaben betraut werde. Unter diesem Aspekt verkürzt sich die „Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand“ bei einem Einstellungshöchstalter von 30 Jahren auf 15 bis 20 Jahre, wobei noch die Ausbildungszeit von etwa zwei Jahren in Abzug zu bringen ist, so dass sich bei einem Einstellungsalter von 30 Jahren eine aktive Zeit von 13 bis 18 Jahren ergibt.

Wie lautet der Entscheidungsvorschlag des Generalanwalts?

Der Generalanwalt hat sich von der „präzisen und ausführlichen Antwort, die die deutsche Regierung auf die während des Verfahrens gestellten Fragen des Gerichtshofs gegeben hat“, offenbar beeindruckt lassen. Der Entscheidungsvorschlag lautet dementsprechend, die Vorlagefrage des VG Frankfurt am Main in dem Sinne zu beantworten, dass die hier fraglichen Vorschriften der [Richtlinie 2000/78/EG](#) einer Höchstaltersgrenze von 30 Jahren für die Ein-

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

stellung in den mittleren feuerwehrtechnischen Dienst nicht entgegenstehen.

Mit großer Ausführlichkeit schildern die Schlussanträge die Besonderheiten des Einsatzes von Beamten des mittleren feuerwehrtechnischen Dienstes bei der Brandbekämpfung und der Personenrettung. Allein die bei der Brandbekämpfung eingesetzte Schutzbekleidung kann, so der Generalanwalt, bis zu 30 kg wiegen. Wegen des altersbedingten Verlusts der körperlichen Leistungsfähigkeit, so heißt es weiter, gebe es „praktisch keinen Beamten“, der im Alter von mehr als 45 bis 50 Jahren noch bei der Brandbekämpfung oder Personenrettung tätig sei. Den Beamten würden daher nach Überschreiten dieser Altersgrenze andere Aufgaben zugewiesen, bei denen die körperlichen Anforderungen geringer seien.

Vor diesem Hintergrund steht für den Generalanwalt „außer Zweifel“, dass das streitige Einstellungshöchstalter durch [Art.4 Abs.1](#) und zudem durch [Art.6 der Richtlinie 2000/78/EG](#) gerechtfertigt ist.

Nach Art.4 Abs.1 kann das fortgeschrittene Alter Grund für eine erlaubte Schlechterstellung sein, wenn ein jüngeres Alter aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit (hier: der Brandbekämpfung und der Lebensrettung) oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ ist. Das nimmt der Generalanwalt ohne weitere Begründung an, obwohl die altersbedingt abnehmende körperliche Leistungsfähigkeit den o.g. beiden beruflichen Aufgaben erst ab einem Alter von 45 Jahren entgegensteht (und nicht schon ab 30 Jahren).

Und nach Art.6 Abs.1 können legitime Ziele der Beschäftigungspolitik altersbedingte Ungleichbehandlungen rechtfertigen, wobei der Generalanwalt hier das Ziel einer ausgewogenen Altersstruktur als ein solches, d.h. „legitimes“, Ziel ansah, da nur bei ausreichend vielen jungen Beamten, die die körperlichen Anforderungen der Brandbekämpfung erfüllen, das

„ordnungsgemäße Funktionieren“ der Feuerwehr gewährleistet sei.

Angesichts der im Verfahren vor dem EuGH zutage getretenen Besonderheiten des Feuerwehrdienstes bei der Brandbekämpfung und Lebensrettung ist dem Entscheidungsvorschlag zuzustimmen, da die Feuerwehr schließlich ausreichend viele voll verwendungsfähige Dienstkräfte haben muss, um mit ihnen ihre o.g. beiden Kernaufgaben erfüllen zu können.

Obwohl sich der Generalanwalt in diesem konkreten Fall mit ziemlich dünnen Worten für die europarechtliche Zulässigkeit der hier streitigen Altersgrenzen ausgesprochen hat, heißt das nicht, dass der Hinweis auf eine vom Dienstherrn bzw. Arbeitgeber angestrebte „Altersstruktur“ eine überall verwendbare Begründung für Einstellungsaltersgrenzen wäre.

Das zeigt gerade der vorliegende Fall, dass die Altersstruktur nur dann altersbedingte Ungleichbehandlungen bei der Einstellung rechtfertigen kann, wenn sie ihrerseits durch Besonderheiten der Arbeitsaufgaben bzw. der daraus folgenden Anforderungen an die körperliche bzw. gesundheitliche Verfassung der Arbeitnehmer gerechtfertigt ist. Und diese Besonderheiten sollte der Arbeitgeber möglichst konkret, d.h. mit Fakten, Zahlen und arbeitsmedizinischen Untersuchungen belegen können. Kann er das nicht, ist das Ziel eines bestimmten Altersaufbaus der Belegschaft nur ein anderes Wort für die Diskriminierung jüngerer oder älterer Arbeitnehmer.

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [Schlussanträge des Generalanwalts Yves Bot vom 03.09.2009, Rs. C-229/08 \(Colin Wolf gg. Stadt Frankfurt am Main\)](#)
- [Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 21.04.2008, 9 E 3856/07](#)
- [Arbeitsrecht aktuell 08/074: Mit 31 Jahren zu alt für die Feuerwehr?](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Diskriminierung](#)

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

RECHTSPRECHUNG

Pflicht des Arbeitgebers, gegen ausländerfeindliche Parolen vorzugehen: BAG, Urteil vom 24.09.2009, 8 AZR 705/08

von Rechtsanwältin Eva-Maria Reuter, Stuttgart

Über welche Rechtsfrage hat das BAG entschieden?

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) dient dem Schutz der Arbeitnehmer vor Diskriminierungen. Dazu zählt der Gesetzgeber auch „Belästigungen“, wenn sie aufgrund bestimmter Merkmale wie etwa Alter, Herkunft, Religion oder Geschlecht erfolgen (§ 1 AGG).

Die Anforderungen, die an eine „Belästigung“ gestellt werden, sind nach der Gesetzesfassung hoch. Erforderlich ist gemäß § 3 Abs. 3 AGG eine systematische Anfeindung am Arbeitsplatz, die bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kann der betroffene bzw. diskriminierte Arbeitnehmer gemäß § 15 Abs.2 AGG eine Geldentschädigung, also eine Art „Schmerzensgeld“, vom Arbeitgeber verlangen, wenn er oder eine von ihm eingesetzte Führungskraft den Diskriminierungen tatenlos zuschaut.

Typischerweise sind dies Fälle, in denen der Arbeitgeber gegen wiederholte Anfeindungen nicht vorgeht. Einmalige Vorfälle überschreiten die Grenze einer Belästigung im Sinne des AGG nämlich nicht. Fraglich ist, wie einmalige, aber andauernde Vorfälle (Dauertatbestände) zu behandeln sind und wann ein „tatenloses Zuschauen“ des Arbeitgebers gegeben ist. Mit diesen Fragen befasst sich ein aktuelles Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) (BAG, Urteil vom 24.09.2009, 8 AZR 705/08 - Pressemitteilung 97/09).

Welcher Sachverhalt lag dem Urteil des BAG zugrunde?

Im Warenlager des beklagten Arbeitnehmers hatten Unbekannte ein Hakenkreuz und rassistische Parolen an die Wand geschmiert, u.a. „Scheiß Ausländer, ihr Hurensöhne, Ausländer raus, ihr Kanaken“. Vier türkischstämmige Arbeitnehmer fühlten sich davon diskriminiert und sahen hierin eine „Belästigung“ aufgrund ihrer Herkunft im Sinne des AGG.

Nach ihren Angaben wurde der Niederlassungsleiter im September 2006 von den Parolen informiert, unternahm jedoch nichts dagegen, da „die Leute eben so denken würden“. Der Arbeitgeber meint dagegen, er habe erst im März 2007 von den Schmierereien erfahren, die er Anfang April 2007 beseitigen ließ.

Mitte April 2007 verlangten die vier Arbeitnehmer aufgrund der Vorfälle schriftlich eine Geldentschädigung von ihrem Arbeitgeber. Da dieser nicht zahlte, verklagten sie ihn auf Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 10.000 EUR pro Kopf.

Sowohl das Arbeitsgericht Essen als auch das Landesarbeitsgericht (LAG) Düsseldorf (Urteil vom 18.06.2009, 7 Sa 383/08) wiesen die Klage ab.

Das LAG vertrat die Auffassung, dass einerseits die Parolen auf zwei von fünf Herrentoiletten nicht ausreichten, um eine „Belästigung“ darzustellen, da dies mehrfache systematisch verübte und aufeinander aufbauende Handlungen voraussetze.

Außerdem, so das LAG, hatten die Arbeitnehmer den Arbeitgeber nicht rechtzeitig schriftlich aufgefordert, ihnen eine Entschädigung zu zahlen. Denn § 15 Abs.4 AGG sieht dafür eine Frist von zwei Monaten ab dem Vorfall vor. Das LAG geht dabei von der Darstellung der Arbeitnehmer aus, dass der Arbeitgeber im September 2006 von den Vorfällen erfahren und „tatenlos zugeschaut“ hatte. Danach hätte der Arbeitgeber

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

ber zur Zahlung einer Entschädigung spätestens im November 2006 und nicht erst Mitte März 2007 aufgefordert werden müssen.

Wie hat das BAG entschieden?

Das BAG gelangt zum selben Ergebnis wie die Vorinstanzen, d.h. es lehnt einen Entschädigungsanspruch ab. Soweit der bisher vorliegenden Pressemitteilung entnommen werden kann, ähnelt auch die Begründung des BAG den Urteilsgründen der Vorinstanzen.

Das BAG verneint schon das Vorliegen einer „Belästigung“. Hierbei argumentiert es aber nicht mit der Anzahl von Vorfällen. Vielmehr liegt nach Ansicht des BAG nur dann ein feindliches Umfeld vor, wenn der Arbeitgeber von Übergriffen weiß und nichts dagegen unternimmt. Das war aber zwischen den vier Arbeitnehmern und dem Arbeitgeber gerade umstritten. Letztlich konnten die vier klagenden Arbeitnehmer vor Gericht nicht beweisen, dass ihr Vorgesetzter schon 2006 von den Vorfällen erfahren hatte und nichts unternahm.

Das BAG folgt dem LAG außerdem darin, dass die vier Arbeitnehmer den Arbeitgeber zu spät zur Zahlung einer Entschädigung aufforderten. In diesem Punkt geht das BAG offenbar von der Kenntnis und Inaktivität des Arbeitgebers im September 2006 und somit dem Verfall der Ansprüche im November 2006 aus.

Fazit: Bei diskriminierenden Belästigungen im Sinne von § 3 Abs.3 AGG kommt es aus zwei Gründen entscheidend auf den Zeitpunkt der Unterrichtung des Arbeitgebers bzw. des ihn repräsentierenden Vorgesetzten an:

Erstens zeichnet sich in der Rechtsprechung die Tendenz ab, dass für eine Belästigung im Rechtssinne erforderliche diskriminierende „Umfeld“ nur dann anzunehmen, wenn auch der Arbeitgeber bzw. seine Repräsentanten dem Kesseltreiben tatenlos zusehen, d.h. die Untätigkeit des Arbeitgebers in Kenntnis der Situation ist elementarer Bestandteil einer

systematischen Diskriminierung bzw. „Belästigung“.

Und zweitens tickt ab dem Zeitpunkt der Unterrichtung des Arbeitgebers bzw. des Vorgesetzten durch den Betroffenen die Uhr, d.h. es läuft die Ausschlussfrist des [§ 15 Abs.4 AGG](#). Ab dem Zeitpunkt der Unterrichtung des Arbeitgebers durch den Betroffenen hat dieser nämlich Kenntnis von seiner Benachteiligung (da ihm dann nämlich die bewusste Untätigkeit des Arbeitgebers bekannt ist).

Auch der Betriebsrat sollte aufgrund seiner ihm von [§ 17 Abs.1 AGG](#) zugewiesenen Verantwortung ausländerfeindliche Parolen umgehend dem Arbeitgeber melden. Unternimmt dieser nichts, kann dies dazu führen, dass eine Belästigung im Sinne von § 3 Abs.3 AGG vorliegt. Der Betriebsrat kann daher durch eine zielgerichtete Information des Arbeitgebers daran mitwirken, dass dieser „bösgläubig“ gemacht wird und handeln muss, will er der Pflicht zur Zahlung einer Geldentschädigung entgehen.

Problematisch ist das Urteil im Hinblick auf die in § 15 Abs.4 AGG geregelten Ausschlussfristen, die möglicherweise gegen die [Richtlinie 2000/78/EG](#) verstoßen. Immerhin sieht diese einen derartig kurzfristigen Verfall von Ansprüchen diskriminierter Personen nicht vor. Daher hatte vor kurzem das Verwaltungsgericht (VG) Frankfurt am Main dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob nationale Rechtsvorschriften, die solche Ausschlussfristen enthalten, mit den Anforderungen der 2000/78/EG im Einklang stehen (VG Frankfurt am Main, Beschluss vom 21.04.2009, 9 E 3855/07).

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 24.09.2009, 8 AZR 705/08, Pressemitteilung 97/09](#)
- [LAG Düsseldorf, Urteil vom 18.06.2008, 7 Sa 383/08](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Diskriminierung](#)

Hensche Rechtsanwälte Büro Berlin

Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

Hensche Rechtsanwälte Büro Frankfurt am Main

Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

Hensche Rechtsanwälte Büro Hamburg

Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

Hensche Rechtsanwälte Büro Hannover

Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

Hensche Rechtsanwälte Büro Köln

Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

Hensche Rechtsanwälte Büro München

Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

Hensche Rechtsanwälte Büro Nürnberg

Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

Hensche Rechtsanwälte Büro Stuttgart

Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

Flashmobaktionen im Rahmen von gewerkschaftlichen Streiks sind zulässig: BAG, Urteil vom 22.09.2009, 1 AZR 972/08

von Rechtsanwalt Dr. Martin Hensche, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Über welche Rechtsfrage hat das BAG entschieden?

Obwohl Streiks, die von einer Gewerkschaft zur Erzwingung eines Tarifvertrags geführt werden, als Bruch des Arbeitsvertrags an sich gegen das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) verstoßen, sind sie rechtlich erlaubt, da sie von der Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer und der Gewerkschaft (Art.9 Abs.3 Grundgesetz - GG) abgedeckt sind. Denn ohne das Recht zum Streik bzw. ohne glaubwürdige Streikdrohung wären die von den Gewerkschaften aufgestellten Tarifforderungen kaum mehr als „kollektives Betteln“, wie das Bundesarbeitsgericht (BAG) in mehreren Entscheidungen deutlich herausgestellt hat. Und da das Aushandeln von Tarifverträgen von der Koalitionsfreiheit umfasst ist, muss dies auch für Streiks gelten, da diese ein notwendiges Machtmittel im Rahmen von Tarifverhandlungen sind. Im Ergebnis laufen diese Rechtsgrundsätze auf ein an Tarifverhandlungen gebundenes „Recht zum (begrenzten) Rechtsbruch“ hinaus.

Obwohl das Streikrecht an sich allgemein anerkannt ist, ist die Zulässigkeit konkreter Streiks und streikbegleitender Aktionen bei vielen und vor allem bei hart geführten Tarifkonflikten umstritten und zuweilen sogar Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen. Denn Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände tun sich verständlicherweise schwer mit der Einsicht, dass das gezielte Lahmlegen von Betrieben in der Absicht der wirtschaftlichen Schädigung erlaubt sein soll. Hinzu kommt, dass Streikaktionen hin und wieder eskalieren und sich dann hart an der Grenze der Nötigung (z.B. von Streikbrechern, Kunden oder Lieferanten) oder des Hausfriedensbruchs (bei Betriebsbesetzungen) bewegen. Juristisch fragt sich in solchen Fällen, ob die Streikaktion „verhältnismäßig“ ist.

Diese Frage stellt sich auch bei sog. Flashmobaktionen, mit denen Einzelhandels- und Dienstleistungsunternehmen unter Druck gesetzt werden sollen. Bei einem Flashmob stürmen plötzlich viele (Schein-)Kunden in den Laden und legen den Betrieb lahm, indem sie massenhaft Bestellungen aufgeben oder das Servicepersonal in anderer Weise beanspruchen. An einem Flashmob beteiligen sich, anders als das bei einem „normalen“ Streik der Fall ist, oft auch Personen, die weder Mitglied der Gewerkschaft sind noch Arbeitnehmer des vom Flashmob betroffenen Betriebs.

Zu der Frage, ob streikbegleitende Flashmobaktionen im Einzelhandel erlaubt sind, hat vor kurzem das Bundesarbeitsgericht (BAG) Stellung bezogen (Urteil vom 22.09.2009, 1 AZR 972/08).

Welcher Sachverhalt lag dem Urteil des BAG zugrunde?

Die Dienstleistungsgewerkschaft ver.di führte im Dezember 2007 Arbeitskampfmaßnahmen im Berliner Einzelhandel durch und rief dabei zu einer Flashmobaktion auf. Betroffen war ein Einzelhandelsbetrieb in Berlin. An der Aktion beteiligten sich etwa 40 Personen für knapp eine Stunde.

Die an der Aktion beteiligten Personen tauchten dabei plötzlich in dem Filialgeschäft auf, forderten eine der dort tätigen Arbeitnehmerinnen zum Streik auf und hängten ein Flugblatt auf. Sie kauften Pfennigsartikel und füllten Einkaufswagen mit Ware. Insgesamt wurden etwa 40 Einkaufswagen gefüllt und ohne Begründung oder mit dem Vorwand, das Geld vergessen zu haben, stehen gelassen. Eine der Teilnehmerinnen fuhr mit einem Einkaufswagen, der mit Kleinstartikeln gefüllt war, zur Kasse und gab dort zunächst an, bezahlen zu können. Nachdem die Kassiererin die Artikel mit einem Gesamtwert von 371,78 EUR gebongt hatte, erklärte sie, ihr Geld vergessen zu haben, und stellte den Einkaufswagen unter Beifall der übrigen Beteiligten an der Kasse ab.

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

Der Arbeitgeberverband ging daraufhin im Februar 2008 gerichtlich gegen ver.di vor mit dem Ziel, ihr den Aufruf zu derartigen Flashmobaktionen untersagen zu lassen. Aus seiner Sicht lag hier ein „Streikexzess“ vor, und zwar in Gestalt einer verbotenen Betriebsblockade, eines strafbaren Hausfriedensbruchs und einer Sachbeschädigung, da die Einkaufswagen von den Aktivisten teilweise mit verderblichen Lebensmitteln gefüllt wurden. Hier konnte ver.di allerdings darauf verweisen, dass man in dem Aufruf zum Flashmob gebeten hatte, keine Frischware in die Einkaufswagen zu legen.

Das Arbeitsgericht Berlin (Urteil vom 01.04.2008, 34 Ca 2402/08) und das in der zweiten Instanz zuständige Landesarbeitsgericht (LAG) Berlin-Brandenburg ([Urteil vom 22.09.2008, 5 Sa 967/08](#)) wiesen die Klage des Arbeitgeberverbandes ab.

Sowohl das Arbeitsgericht als auch das LAG betonten dabei die grundrechtlich abgesicherte Freiheit der Gewerkschaft bei der Wahl ihrer Arbeitskämpfungsmittel, d.h. das Recht, neben dem Streik auch andere Kämpfungsmittel einzusetzen. Die Flashmobaktion sah das LAG auch deshalb als zulässig an, weil keine Betriebsblockade vorgelegen habe.

Wie hat das BAG entschieden?

Das BAG bestätigte das Urteil des LAG und entschied damit ebenfalls zugunsten der Gewerkschaft ver.di, die damit über drei Instanzen gewonnen hatte.

Soweit man dies der derzeit vorliegenden Pressemitteilung des BAG entnehmen kann, war für das BAG wesentlich, dass der hier betroffene Arbeitgeber die Möglichkeit der Gegenwehr hatte. Dies unterschied die hier streitige Flashmobaktion von einer Betriebsblockade. Im vorliegenden Fall konnte der Arbeitgeber nämlich durch Ausübung seines Hausrechts oder durch eine kurzfristige Betriebsschließung dem Flashmob ein Ende setzen. Da dem Arbeitgeber bei Flashmobaktionen dieser Art somit Ab-

wehrmöglichkeiten bleiben, sind sie nicht generell unverhältnismäßig und daher auch nicht allgemein verboten.

Der Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen, da das in [Art.9 Abs.3 GG](#) verankerte Grundrecht der Gewerkschaft zum Arbeitskampf nicht mit dem Streikrecht identisch ist, sondern auch andere Arbeitskämpfformen umfasst. Auch Boykottmaßnahmen oder Flashmobaktionen sind vom Koalitionsgrundrecht gedeckt, da die Gewerkschaften (wie auch die Arbeitgeberverbände) rechtlich frei sind in der Wahl ihrer Arbeitskämpfungsmittel (Mittelwahlfreiheit als Teil der Arbeitskämpfungsfreiheit).

Fazit: Liegen im Rahmen einer Tarifauseinandersetzung die Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Streik vor, kann sich die Gewerkschaft auch dazu entscheiden, anstelle oder in Kombination mit einem Streik Flashmobaktionen durchzuführen. Dies gilt jedenfalls dann, solange der Flashmob nicht mit vorhersehbaren Sachbeschädigungen verbunden ist und sich nicht so viele Personen daran beteiligen, dass es zu einer völligen Betriebsblockade kommt.

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 22.09.2009, 1 AZR 972/08 \(Pressemittelung Nr.95/09\)](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Streik](#)

Pflicht zur Einladung eines schwerbehinderten Bewerbers zum Vorstellungsgespräch auch bei schlechten Examensnoten: BAG, Urteil vom 21.07.2009, 9 AZR 431/08

von Rechtsanwältin Svenja Sottorf, Berlin

Über welche Rechtsfragen hat das BAG entschieden?

Das [allgemeine Gleichbehandlungsgesetz \(AGG\)](#) soll Arbeitnehmer vor [Diskriminierungen](#), d.h. vor sachlich nicht gerechtfertigten Benachteiligungen im Berufsleben, schützen. Verboten

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

sind gemäß [§ 1 AGG](#) u.a. Diskriminierungen wegen einer Behinderung. Sie müssen gemäß [§ 2 Abs.1 Nr.1 AGG](#) in Verbindung mit [§ 7 Abs.1 AGG](#) insbesondere bei Einstellungen unterbleiben, d.h. auch behinderte Stellenbewerber genießen Diskriminierungsschutz.

Um den Betroffenen die Rechtsverfolgung zu erleichtern, sieht [§ 22 AGG](#) vor, dass sie im Streitfall vor Gericht lediglich Indizien (Vermutungstatsachen) für eine Diskriminierung nachweisen müssen. Liegen solche Indizien vor, ist es Aufgabe des Arbeitgebers zu beweisen, dass keine Diskriminierung vorgelegen hat.

Ein solches Indiz ist der Verstoß gegen abstrakte Rechtspflichten, die Diskriminierungen vorbeugen sollen wie z.B. der Verstoß gegen das gesetzliche Gebot, Stellenausschreibungen diskriminierungsfrei auszuschreiben, d.h. ohne Benachteiligung potentieller Bewerber wegen ihres Alters, ihres Geschlechts usw. ([§ 11 AGG](#)). Sucht der Arbeitgeber z.B. in einer Ausschreibung einen „Abteilungsleiter“, wird vermutet, dass eine Frau, die sich trotzdem auf die Stelle beworben hat, bei der Stellenbesetzung wegen ihres Geschlechts benachteiligt wurde. Diese Vermutung zu widerlegen, ist für den Arbeitgeber schwer.

Kann der Arbeitgeber die einmal eingetretene Vermutung der Diskriminierung eines Stellenbewerbers nicht widerlegen, steht diesem gemäß [§ 15 Abs. 2 S.2 AGG](#) eine Entschädigung in Höhe von bis zu drei Monatsgehältern zu.

Um schwerbehinderte Menschen im Berufsleben zu fördern, sieht [§ 71 SGB Neuntes Buch Sozialgesetzbuch \(SGBB IX\)](#) vor, dass die öffentliche Hand und größere private Arbeitgeber mindestens fünf Prozent ihrer Stellen mit schwerbehinderten Menschen besetzen müssen. Öffentliche Arbeitgeber müssen darüber hinaus gemäß [§ 82 Satz 2, 3 SGB IX](#) schwerbehinderte Menschen, die sich auf eine ausgeschriebene Stelle beworben haben, zu einem Vorstellungsgespräch einladen, es sei denn, der Bewerber ist für die Stelle „offensichtlich ungeeignet“.

Ähnlich wie im Falle einer nicht diskriminierungsfreien Stellenausschreibung besteht die Vermutung der behinderungsbedingten Diskriminierung bei der Bewerberauswahl, wenn der öffentliche Arbeitgeber einen schwerbehinderten Bewerber entgegen § 82 Satz 2, 3 SGB IX nicht zum Bewerbungsgespräch einlädt. Gelingt dem Arbeitgeber nicht die Widerlegung dieser Vermutung, hat er eine Entschädigung zu zahlen ([§ 15 Abs.2 Satz 2 AGG](#)). Von wesentlicher Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich der Arbeitgeber darauf berufen kann, dass der Bewerber für die ausgeschriebene Stelle, auf die er sich beworben hat, „offensichtlich ungeeignet“ ist, so dass bereits aus diesem Grunde eine Einladung zum Gespräch unterbleiben konnte.

Mit dieser Frage befasst sich eine aktuelle Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 21.07.2009 ([9 AZR 431/08](#)).

Welcher Sachverhalt lag der Entscheidung des BAG zugrunde?

Der Kläger war ein schwerbehinderter Mensch und Rechtsanwalt. Er hatte beide juristischen Examen mit einer schlechten Note, nämlich mit „ausreichend“ bestanden. Danach hatte er einige Jahre in der Rechtsabteilung einer Stadt gearbeitet. Im Anschluss daran war er als selbstständiger Rechtsanwalt u.a. mit dem Schwerpunkt Verwaltungsrecht tätig.

Er bewarb sich auf eine von einem Landkreis ausgeschriebene Stelle. Gesucht wurde in der öffentlichen Ausschreibung ein Jurist mit beiden Examen, der Aufgaben der Rechtsberatung und Prozessführung für die Kreisverwaltung übernehmen sollte und gute Kenntnisse im Verwaltungsrecht besitzen sollte.

Bei der Auswahl, wer von den gut 180 Bewerbern zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werden sollte, wurde der Bewerber aussortiert. Der beklagte Landkreis hatte nämlich entsprechend einem intern erstellten Anforderungspro-

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

fil, in dem durch Examensnoten nachgewiesene ausgezeichnete Rechtskenntnisse gefordert wurden, alle Bewerber, die nur ausreichende Examina aufweisen konnten, sofort aussortiert. Eingeladen wurden schließlich nur einige wenige Bewerber mit überdurchschnittlich guten Examen (sog. Prädikatsexamen).

Nachdem er die Stelle nicht erhalten hatte, war der Bewerber der Ansicht, er sei im Rahmen der Bewerberauswahl wegen seiner Behinderung diskriminiert worden, wobei er als Indiztatsache darauf verwies, dass er zu einem Vorstellungsgespräch nicht eingeladen worden war. Daher verklagte er den Landkreis vor dem Arbeitsgericht Nienburg auf Zahlung einer Entschädigung in Höhe von drei Monatsgehältern.

Der Landkreis meint, der Bewerber sei wegen seiner schlechten Examina für die Stelle offensichtlich ungeeignet gewesen, so dass eine Einladung zum Vorstellungsgespräch unterbleiben durfte bzw. rechtlich nicht nötig gewesen sei.

Das Arbeitsgericht Nienburg (Urteil vom 14.06.2007, 1 Ca 129/07) und das Landesarbeitsgerichts (LAG) Niedersachsen (Urteil vom 24.04.2008, 4 Sa 1077/07) wiesen die Klage ab. Daraufhin legte der Kläger Revision zum BAG ein.

Wie hat das BAG entschieden?

Das BAG gab dem Kläger recht und verwies die Sache zur näheren Aufklärung und Festsetzung der Höhe der Geldentschädigung an das LAG zurück.

Aufgrund der gesetzlich geregelten rechtlichen Pflicht des öffentlichen Arbeitgebers, hier also des beklagten Landkreis, schwerbehinderte Menschen im Falle der Teilnahme an einem Bewerbungsverfahren im Allgemeinen zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, vermutete das BAG hier eine Diskriminierung des Klägers aufgrund seiner Behinderung. Diese Vermutung hatte der beklagte Landkreis nach Ansicht des BAG im Prozess nicht widerlegt.

Das BAG hält den Bewerber entgegen den Ausführungen des Landkreises nicht für „offensichtlich ungeeignet“ im Sinne von § 82 Satz 3 SGB IX. Denn auf das rein interne Anforderungsprofil, demzufolge gute Examensnoten wichtig sind, konnte sich der Landkreis angesichts seiner öffentliche Stellenausschreibung nicht berufen, da dort von solchen Anforderungen nicht die Rede war.

Der Arbeitgeber konnte das BAG außerdem nicht mit dem Argument überzeugen, die Examensnoten hätten mit der Behinderung des Bewerbers nichts zu tun. Es sei letztlich nicht ausgeschlossen, so jedenfalls das BAG, „dass die Behinderung im Motivbündel des Beklagten nicht doch enthalten war“.

Wegen der Höhe der dem Bewerber zustehenden Entschädigung deutete das BAG an, dass es eine Entschädigung von drei Monatsgehältern für zu hoch hält, da der Bewerber einer anderweitigen beruflichen Tätigkeit mit existenzsicherndem Einkommen nachging und die Stelle, auf die er sich ohne Erfolg beworben hatte, auf zwei Jahre befristet war.

Die Entscheidung ist auf den ersten Blick seltsam, da es in dem vorliegenden Fall schwer vorstellbar ist, dass der beklagte Landkreis den Rechtsanwalt wirklich wegen seiner Behinderung nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen hat. Immerhin ist es üblich, dass Arbeitgeber juristische Stellenbewerber anhand der Examensnoten bewerten und bei einer Vielzahl von Bewerbungen diejenigen mit den schlechtesten Noten vorab aussortieren.

Demgegenüber ist aber zu bedenken, dass die Regelung in [§ 82 Satz 2, 3 SGB IX](#) den öffentlichen Arbeitgeber ausdrücklich dazu verpflichtet, schwerbehinderte Bewerber zum Vorstellungsgespräch einzuladen, um ihnen angesichts ihrer Benachteiligung auf dem Arbeitsmarkt die Chance zu geben, im persönlichen Gespräch von ihren Fähigkeiten zu überzeugen. Dies soll Benachteiligungen wegen einer Behinderung ausgleichen bzw. dazu führen, dass es zu einer

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

solchen Benachteiligung im konkreten Fall gar nicht erst kommt. Diese Anstrengung zur Vermeidung einer behinderungsbedingten Diskriminierung hatte der Landkreis hier aber unstreitig nicht auf sich genommen.

Eine solche Gesprächsführungspflicht ist dem Arbeitgeber auch zuzumuten. Sie kommt nur bei wenigen Bewerbern zum Tragen und schränkt die Freiheit, sich nach dem Vorstellungsgespräch gegen eine Einstellung zu entscheiden, nicht ein. Allerdings würde die Gesprächspflicht leerlaufen, wenn der Arbeitgeber auf rein interne und daher dem Bewerber unbekannt „Anforderungen“ verweisen könnte, die die Bewerbung als „offensichtlich“ ungeeignet erscheinen lassen würden.

Fazit: Die Pflicht des öffentlichen Arbeitgebers, einen schwerbehinderten Bewerber zum Vorstellungsgespräch einzuladen, entfällt wegen offensichtlichen Fehlens der fachlichen Eignung nur, wenn der Arbeitgeber seine Anforderungen in der öffentlichen Stellenausschreibung deutlich gemacht hat. Verstößt die Nichteinladung zum Gespräch demnach gegen § 82 Satz 2, 3 SGB IX, kann der Arbeitgeber die Vermutung der behinderungsbedingten Diskriminierung nur schwer widerlegen.

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [BAG, Urteil vom 21.07.2009, 9 AZR 431/08](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Diskriminierung](#)

Einverständnis mit einer Kündigung und Kündigungsschutz: LAG München, Urteil vom 06.08.2009, 4 Sa 375/09

von Rechtsanwältin Eva Hüttl, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Hamburg

Über welche Rechtsfrage hat das LAG München entschieden?

Wenn der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer ordentlich kündigt, kann dieser dagegen

Kündigungsschutzklage erheben mit dem Ziel der gerichtlichen Feststellung, dass die Kündigung im Sinne des § 1 Abs. 2 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) sozial ungerechtfertigt und damit unwirksam ist. Macht er dies nicht innerhalb der Dreiwochenfrist des § 4 KSchG, ist die Kündigung rechtlich in jedem Fall als wirksam anzusehen.

Eine solche Rechtskontrolle arbeitgeberseitig erklärter ordentlicher Kündigungen setzt voraus, dass der Arbeitnehmer Kündigungsschutz hat, d.h. dass er schon länger als sechs Monate bei dem Arbeitgeber beschäftigt ist und es in dessen Betrieb mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt sind (§ 1 Abs.1, § 23 KSchG).

Dem Arbeitnehmer steht es frei, bereits vor Einleitung gerichtlicher Schritte zu erklären, dass er auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage verzichtet, die Kündigung also akzeptiert. Praktisch kommt dies vor allem im Zusammenhang mit Zugeständnissen des Arbeitgebers vor, die als Abfindungsversprechen Bestandteil eines Aufhebungsvertrags oder eines Abwicklungsvertrags sein können.

Erhebt der Arbeitnehmer nach einer solchen Zusage dennoch Kündigungsschutzklage, kann der Arbeitgeber hiergegen einwenden, dass der Arbeitnehmer sich widersprüchlich verhalten habe und die Klage deshalb wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) von vornherein abzuweisen sei.

Aus Sicht des Arbeitnehmers ist problematisch, dass ein solcher Klageverzicht formfrei, d.h. mündlich möglich ist. Als Arbeitnehmer kann man daher durch eine unbedachte Äußerung gegenüber dem Arbeitgeber den Kündigungsschutz verlieren. Die Einhaltung der Schriftform ist gesetzlich nur vorgeschrieben für Aufhebungsverträge (§ 623 Bürgerliches Gesetzbuch - BGB).

Aus Sicht des Arbeitgebers besteht das Problem darin, dass ein mündlicher Klageverzicht nur

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

schwer nachzuweisen ist. Außerdem prüfen die Arbeitsgerichte ein solches Vorbringen aufgrund der einschneidenden Folgen eines Klageverzichts für den von einer Kündigung betroffenen Arbeitnehmer natürlich sehr genau.

Mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein mündlicher Klageverzicht wirksam sein kann, befasst sich ein aktuelles Urteil des Landesarbeitsgerichts (LAG) München ([Urteil vom 06.08.2009, 4 Sa 375/09](#)).

Welcher Sachverhalt lag dem Urteil des LAG München zugrunde?

Der klagende Arbeitnehmer war Serviceleiter in dem Restaurant des beklagten Arbeitgebers. Aufgrund längerer Krankheitszeiten verhandelte er Ende 2007 mit seinem Arbeitgeber über eine mögliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Diesbezüglich fand ein Gespräch zwischen dem Serviceleiter und seinem Arbeitgeber statt, zu dem der Rechtsanwalt des Arbeitgebers telefonisch zugeschaltet war.

Was dort besprochen wurde, ist zwischen den Parteien umstritten. Jedenfalls erhielt der Serviceleiter am nächsten Tag die ordentliche Kündigung. Hiergegen erhob er innerhalb der Dreiwochenfrist Kündigungsschutzklage und machte zugleich Vergütungsansprüche geltend.

Der Arbeitgeber wandte daraufhin ein, die Klage sei treuwidrig, weil die Kündigung auf Initiative des Serviceleiters ausgesprochen worden sei. Der Rechtsanwalt, der bei dem Gespräch zugeschaltet worden war, sagte als Zeuge aus, seinen Vorschlag, einen Aufhebungsvertrag zu schließen, habe der Serviceleiter abgelehnt. Der Rechtsanwalt habe daraufhin eine Kündigung vorgeschlagen und aus dem Hintergrund ein „okay“ gehört, ob von dem Serviceleiter oder dem Arbeitgeber konnte der Rechtsanwalt nicht sagen. Jedenfalls hatte der Serviceleiter der Kündigung nicht widersprochen.

Das Arbeitsgericht München (Urteil vom 26.03.2009, 3 Ca 16593/07) gab der Klage

statt, da es das geschilderte Geschehen für einen Klageverzicht nicht für ausreichend hielt. Hiergegen ging der Arbeitgeber in Berufung.

Wie hat das LAG München entschieden?

Das LAG München wies die Berufung des Arbeitgebers zurück, gab also ebenfalls dem Serviceleiter recht.

In dem Verhalten des Serviceleiters lag weder die Erklärung eines Klageverzichts, noch der Abschluss eines Aufhebungs- oder Abwicklungsvertrages, so das LAG.

Erforderlich für einen Klageverzicht ist nämlich ein unmissverständliches und endgültiges Einverständnis des Arbeitnehmers mit der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses durch eine Kündigung. Das LAG spricht von einem „dezierten“ und „aktiven“ Verhalten des Arbeitnehmers. Dafür reicht die bloße widerspruchslose Hinnahme der Kündigung nicht aus. Dass der Serviceleiter aktiv sein Einverständnis mit einer Kündigung zum Ausdruck brachte, konnte der Arbeitgeber nicht beweisen.

Zwar hat der Arbeitnehmer die Klage vorliegend gewonnen, aber der Fall macht deutlich, welches Risiko ein Arbeitnehmer eingeht, der „alleine“ zu einem Gespräch über eine Beendigung seines Arbeitsverhältnisses geht oder seine ablehnende Haltung gegenüber einer Kündigung dabei nicht deutlich macht. Und für Arbeitgeber besteht kein Grund, faire oder sogar aus Sicht des Arbeitnehmers attraktive Beendigungsvereinbarungen bloß mündlich zu vereinbaren.

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [LAG München, Urteil vom 06.08.2009, 4 Sa 375/09](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Abwicklungsvertrag](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Aufhebungsvertrag](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Kündigungsschutzklage](#)

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

Genauigkeit des Änderungsangebots bei einer Änderungskündigung: Arbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 02.06.2009, 7 Ca 1010/09

von Rechtsanwältin Nina Lüking, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Hannover

Über welche Rechtsfrage hat das Arbeitsgericht Düsseldorf entschieden?

Will ein Arbeitgeber den [Arbeitsvertrag](#) ändern und lässt sich der Arbeitnehmer darauf nicht ein, kann er eine [Änderungskündigung](#) aussprechen. In diesem Fall erklärt er eine Kündigung, lässt dem Arbeitnehmer aber gleichzeitig die Wahl, das Arbeitsverhältnis nach Maßgabe des mit der Kündigung unterbreiteten Änderungsangebots fortzusetzen.

Akzeptiert der Arbeitnehmer nicht - jeweils ohne „Gegenwehr“ - entweder die Kündigung oder die ihm angebotene Vertragsänderung, kann er die Kündigung mit einer [Kündigungsschutzklage](#) angreifen, riskiert dabei aber den Verlust seines Arbeitsplatzes. Die in der Regel beste Reaktion des Arbeitnehmers besteht daher darin, von der Möglichkeit des [§ 2 Kündigungsschutzgesetz \(KSchG\)](#) Gebrauch zu machen, d.h. das Änderungsangebot unter dem Vorbehalt anzunehmen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial gerechtfertigt ist, und sodann die rechtliche Haltbarkeit der Vertragsänderung im Wege der Änderungsschutzklage überprüfen zu lassen. Diese Vorgehensweise setzt natürlich voraus, dass das KSchG aufgrund der mehr als sechsmonatigen Beschäftigungsdauer und der Größe des Betriebs (mehr als zehn Arbeitnehmer) anwendbar ist.

Stellt das Arbeitsgericht fest, dass die Änderung bzw. Verschlechterung der Vertragsbedingungen sozial nicht gerechtfertigt war, bleibt der Arbeitnehmer zu den alten Bedingungen beschäftigt. Andernfalls bleibt es bei den geänderten Bedingungen, denen der Arbeitnehmer bereits unter dem Vorbehalt des § 2 KSchG

zugestimmt hatte. Wie auch immer der Änderungsprozess ausgeht: Der Bestand des Arbeitsverhältnisses ist außer Streit und daher nicht gefährdet.

Vor einigen Monaten hatte das Bundesarbeitsgericht (BAG) erneut deutlich gemacht, dass die Genauigkeit des vom Arbeitgeber unterbreiteten Änderungsangebotes Voraussetzung einer wirksamen Änderungskündigung ist (BAG, Urteil vom 15.01.2009, 2 AZR 641/07). Bereits die einfache Annahmeerklärung des Arbeitnehmers („Ja, einverstanden“) muss ausreichen, um einen genau festgelegten neuen Vertragsinhalt in Geltung zu setzen. Dass der Arbeitgeber hierbei über seine eigenen Beine stolpern kann, zeigt ein aktuelles Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf ([Urteil vom 02.06.2009, 7 Ca 1010/09](#)).

Welcher Sachverhalt lag dem Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf zugrunde?

Der klagende Arbeitnehmer war bei dem beklagten Software-Unternehmen als „Regional Sales Manager ITSM“ beschäftigt. Er arbeitete von zu Hause bzw. einem dort eingerichteten Heimarbeitsplatz aus, d.h. er besuchte von dort aus die Kunden des Arbeitgebers. Sein Jahresgehalt betrug 90.000 EUR brutto zuzüglich variabler Vergütungsbestandteile.

Nachdem der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer schon einmal gekündigt, die Kündigung dann jedoch wieder zurückgenommen hatte, nahm er einen erneuten Anlauf und sprach zum 30.04.2009 eine ordentliche Änderungskündigung aus. Er bot dem Arbeitnehmer dabei an, künftig im Innendienst als „Customer Relationship Manager“ zu einem Fixgehalt von nur noch 50.000 EUR brutto pro Jahr zu arbeiten.

Neben der mehr als hälftigen Reduzierung der Vergütung störte es den Arbeitnehmer, dass die ihm angebotene Tätigkeit wenig verantwortungsvoll und abwechslungsreich war. Nach seinem Vorbringen sollte er fortan nur noch mögliche Neukunden im Internet herausuchen

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

und Termine für Außendienstmitarbeiter vereinbaren.

Der Arbeitnehmer nahm das Änderungsangebot vor diesem Hintergrund unter dem Vorbehalt seiner sozialen Rechtfertigung an und erhob Änderungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht Düsseldorf.

Wie hat das Arbeitsgericht Düsseldorf entschieden?

Das Arbeitsgericht Düsseldorf gab dem Arbeitnehmer recht, und zwar mit dem Argument, dass das Änderungsangebot des Arbeitgebers zu unbestimmt gewesen war.

Der Arbeitnehmer konnte nämlich nach Ansicht des Arbeitsgerichts nicht erkennen, wie seine künftige Tätigkeit entsprechend dem Änderungsangebot aussehen sollte. Dazu heißt es in den Urteilsgründen, dass der Begriff „Customer Relation Manager“, also Kundenbeziehungsmanager, nichtssagend sei und die künftig geschuldete Tätigkeit daher nicht beschreibe.

Um eine Kundepflege, so das Gericht, müssten sich Betriebe nahezu jeder Branche bemühen, so dass diese Aufgabe ein „weites Feld“ sei. Darunter könne die Gewinnung neuer Kunden, die Reaktivierung alter Kundenbeziehungen oder die Pflege von Bestandskunden verstanden werden. Dementsprechend kann Kundenpflege auf völlig unterschiedliche Tätigkeiten hinauslaufen: So kann es um die Betreuung von Datenbeständen, die Auswertung von Daten oder auch um Kontaktierung von Kunden und Angebotserstellung gehen.

Welche Aufgaben im vorliegenden Fall vom klagenden Arbeitnehmer künftig hätten verrichtet werden sollen, hätte der Arbeitgeber daher in seinem Änderungsangebot genauer als mit „Customer Relationship Manager“ erklären müssen. Möglicherweise hat sich der Arbeitgeber bei seinem Änderungsangebot von der Scheinpräzision englischer Aufgabenbezeichnungen blenden lassen. Vielleicht hatte er auch zu sehr den

für ihn interessanten Teil der Vertragsänderung, nämlich die Vergütungsabsenkung, im Auge.

Der Entscheidung des Arbeitsgerichts Düsseldorf ist zuzustimmen. Der Arbeitnehmer muss auf der Grundlage des Änderungsangebots in der Lage sein zu entscheiden, ob er die Vertragsänderung – ggf. nur vorläufig bzw. unter dem Vorbehalt des § 2 KSchG - annehmen oder das Arbeitsverhältnis beenden möchte. Diese Entscheidung kann er aber nur treffen, wenn der Arbeitgeber die zukünftige Tätigkeit genau beschreibt und sich nicht mehr oder minder leerer Worthülsen bedient.

Diese Grundsätze haben auch Bedeutung im Rahmen der Anhörung des Betriebsrats gemäß [§ 102 Betriebsverfassungsgesetz \(BetrVG\)](#). Im Falle einer geplanten Änderungskündigung muss der Arbeitgeber nicht nur die Sozialdaten des betroffenen Arbeitnehmers sowie den Grund und die Art der geplanten Kündigung mitteilen. Vielmehr sind bei einer Änderungskündigung auch die Einzelheiten des Änderungsangebots dem Betriebsrat mitzuteilen. Ist der Betriebsrat auf der Grundlage der Anhörung nicht dazu in der Lage, sich ein Bild von den künftigen Arbeitsaufgaben zu machen, dürfte auch die Anhörung unwirksam sein.

Dies gilt sinngemäß auch für die Information über die geplante Versetzung des Arbeitnehmers, die in der Regel Folge einer Änderungskündigung ist: Auch die hier vom Arbeitgeber zu erteilenden Informationen entsprechend nicht den Anforderungen des [§ 99 Abs. 1 BetrVG](#), wenn die künftige Tätigkeit des Arbeitnehmers im Dunkeln bleibt.

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [Arbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 02.06.2009, 7 Ca 1010/09](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Kündigung - Änderungskündigung](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Kündigungsschutz](#)

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

SONSTIGES

Entscheidung im Strafverfahren gegen den VW-Betriebsratsvorsitzenden Klaus Volkert: BGH, Urteil vom 17.09.2009, 5 StR 521/08

von Rechtsanwältin Svenja Sottorf, Berlin

Der arbeitsrechtliche Hintergrund

Das Betriebsratsamt ist gemäß den Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) ein Ehrenamt, d.h. Betriebsräte werden für ihre Tätigkeit nicht gesondert bezahlt (§ 37 Abs.1 BetrVG).

Ein Betriebsratsmitglied erhält demzufolge die Vergütung, die ihm gemäß seinem Arbeitsvertrag zusteht. Das gilt auch im Falle einer Freistellung von der Arbeit. Allerdings ist das Gehalt bei freigestellten Betriebsräten von Zeit zu Zeit anzupassen, da ein Betriebsratsmitglied keine Nachteile dadurch erleiden soll, dass ein beruflicher Aufstieg infolge der Freistellung faktisch nicht erfolgen kann (§ 37 Abs.4 BetrVG).

Im Modell führt diese Regelung dazu, dass ein Betriebsratsmitglied gegenüber Kollegen weder bevorzugt noch benachteiligt wird. Allerdings kann ein Missverhältnis zwischen der Vergütung eines Betriebsratsmitglieds und seinen Aufgaben bestehen, wenn er als Betriebsratsvorsitzender in einem großen Unternehmen die soziale (Mit-)Verantwortung für viele tausend Arbeitskollegen trägt. Immerhin verhandelt der Betriebsratsvorsitzende hier „auf Augenhöhe“ mit Geschäftsleitungsmitgliedern, deren Einkommen in der Regel um ein Vielfaches höher ist als das eigene.

In einigen großen Unternehmen wird das Gehalt von (freigestellten) Betriebsratsmitgliedern deshalb teilweise auf der Grundlage freiwilliger Betriebsvereinbarungen nach oben hin „korrigiert“, was mit Blick auf den Grundsatz der Ehrenamtlichkeit rechtlich nicht ganz unbedenklich ist.

Dass eine vom Gesetz nicht vorgesehene Managementvergütung weitere Begehrlichkeiten wecken kann, hat das Strafverfahren gegen den VW-Betriebsratsvorsitzenden Klaus Volkert gezeigt. Er war vom Landgericht (LG) Braunschweig zu einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren verurteilt worden (Urteil vom 22.02.2008, 6 KLS 20/07) und legte darauf Revision zum Bundesgerichtshof (BGH) ein. Über die Revision wurde Mitte September 2009 entschieden (BGH, Urteil vom 17.09.2009, 5 StR 521/08).

Die VW-Affäre: Sonderboni für den Betriebsratschef und Geld für seine Geliebte

Klaus Volkert war seit 1978 freigestelltes Betriebsratsmitglied bei VW. Seit 1990 war er Betriebsratsvorsitzender, Konzern- und Gesamtbetriebsratsvorsitzender. Später bekam er darüber hinaus den Hut des sog. Euro- und des Weltkonzernbetriebsratsvorsitzenden und war in diesen Funktionen (mit)verantwortlich für die Arbeitsbedingungen von über 300.000 Beschäftigten.

Das Gehalt von Betriebsratsmitgliedern wurde bei VW nach bestimmten Regeln aufgestockt, über deren Umsetzung eine Kommission zu entscheiden hatte. Das von Herrn Volkert bezogene Gehalt entsprach zuletzt dem eines sog. „Topmanagers“ bei VW, d.h. es betrug etwa 200.000 EUR jährlich.

1993 warb VW den zuletzt bei GM tätigen Topmanager José Ignacio López de Arriortúa von dort ab und setzte ihn als Vorstandsvorsitzenden ein. López erhielt bei VW ein immenses Gehalt, das um ein Vielfaches das von Volkert bezogene Gehalt überstieg. Volkert konnte sich damit nicht abfinden, eine Gehaltsanpassung aber auf legalem Weg nicht durchsetzen. Auf Betreiben des damaligen Personalvorstands Peter Hartz und unter Umgehung der dafür zuständigen hausinternen Kommission wurden ihm daraufhin regelmäßig Sonderboni gezahlt, die eigentlich nur ausnahmsweise bei außergewöhnlichen Leistungen gewährt werden konn-

Hensche Rechtsanwälte Büro Berlin

Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

Hensche Rechtsanwälte Büro Frankfurt am Main

Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

Hensche Rechtsanwälte Büro Hamburg

Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

Hensche Rechtsanwälte Büro Hannover

Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

Hensche Rechtsanwälte Büro Köln

Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

Hensche Rechtsanwälte Büro München

Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

Hensche Rechtsanwälte Büro Nürnberg

Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

Hensche Rechtsanwälte Büro Stuttgart

Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

ten. Insgesamt erhielt Volkert auf diesem Wege Sonderbonuszahlungen von fast 2 Millionen Euro.

Daneben begann Volkert unter Umgehung der üblichen Kontrollmechanismen damit, private Ausgaben und Privatreisekosten in großem Umfang als Geschäftsausgaben abzurechnen und sich erstatten zu lassen.

Dazu gehörten auch Aufwendungen für den Besuch bei Prostituierten und für Schmuck, der seiner brasilianischen Geliebten zugeordnet war. Auch die Miete für eine Wohnung in Brasilien wurde von VW getragen. Insgesamt erhielt Volkert dadurch weitere 230.000 EUR.

Schließlich schlossen Volkert und die Mitglieder des VW-Vorstands zugunsten der brasilianischen Geliebten Volkerts einen Scheinvertrag, der suggerieren sollte, dass die Geliebte für VW arbeitete, was nicht den Tatsachen entsprach. Ihr wurden auf dieser rechtlichen „Grundlage“ insgesamt fast 400.000 EUR ausbezahlt.

Als dies entdeckt wurde, kam es zu einer Reihe spektakulärer Strafverfahren. Dabei wurde unter anderem Peter Hartz als Haupttäter nach einem „Deal“ im Verfahren zu zwei Jahren Freiheitsstrafe auf Bewährung und einer hohen Geldstrafe verurteilt.

Am härtesten traf es Volkert. Er wurde zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 9 Monaten verurteilt wegen Beihilfe und Anstiftung zur schweren Untreue ([§ 266 Abs.1 und 2; § 26; § 27 Strafgesetzbuch - StGB](#)) und Anstiftung zur Betriebsratsbegünstigung ([§ 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG](#)). Da eine Freiheitsstrafe in diesem Umfang nicht mehr zur Bewährung ausgesetzt werden kann, wird Volkert eine Gefängnisstrafe antreten müssen.

Hiergegen legte er Revision ein. Er bemängelte insbesondere, dass er härter bestraft worden sei als der „Haupttäter“ Peter Hartz. Dieser allerdings hatte eine Absprache getroffen, so

dass die beiden Fälle nicht in allen Hinsichten miteinander vergleichbar sind.

Wie hat der BGH entschieden?

Der BGH verneinte zwar die Strafbarkeit Volkerts hinsichtlich der Anstiftung zur Betriebsratsbegünstigung, einer Strafvorschrift aus dem Betriebsverfassungsgesetz (§ 119 BetrVG), da der dazu erforderliche Strafantrag nicht korrekt gestellt worden war.

Im Übrigen bestätigte er aber das Urteil des LG Braunschweig. Auch das Strafmaß beanstandete er nicht. Damit ist die Verurteilung Volkerts nunmehr rechtskräftig.

Der BGH schließt sich damit der Auffassung des LG Braunschweig an, dass Volkert sich der Beihilfe und Anstiftung zur Untreue strafbar gemacht hat. Dass sich Volkert selber wegen Untreue strafbar gemacht hat, ist juristisch nicht möglich, weil dies erfordert hätte, dass er die spezifische Aufgabe hatte, das Vermögen von VW zu betreuen - was auf ihn als Betriebsratsvorsitzender nicht zutraf: Als Betriebsratsvorsitzender hatte er mit der Betreuung des VW-Vermögens nichts zu tun.

Auch die Ausführungen zum Strafmaß des LG bemängelte der BGH nicht. Das hohe Strafmaß begründete das LG mit den hohen Summen, um die sich Volkert als Betriebsratsvorsitzender bereichert hatte sowie damit, dass er im Unterschied zu den anderen verurteilten VW-Vorstandsmitgliedern nur zu seinem eigenen Vorteil handelte.

Dies sind gängige Kriterien, die ein höheres Strafmaß begründen, da bei jedem Angeklagten individuell geprüft wird, was für oder gegen sein Verhalten spricht. Es kann daher durchaus sein, dass derjenige, der den Hauptbeitrag zur Straftat geleistet hat, eine geringere Strafe erhält als ein Anstifter oder Gehilfe, weil persönlich entlastende Umstände für ihn sprechen, die nicht oder nicht in dem Maße beim Anstifter oder Gehilfen gegeben sind.

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

Fazit: Wenn man das Prinzip der Ehrenamtlichkeit der Betriebsratsarbeit in Frage stellt, sollte man zur Kenntnis nehmen, dass gerade bei VW auf der Grundlage der hier praktizierten Sonderregelung für die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern genau in die andere Richtung gearbeitet wurde, d.h. man hat die Tätigkeit eines Betriebsratsmitglieds im Prinzip wie eine bezahlte Managementtätigkeit betrachtet und bezahlt. Anscheinend ist eine „reguläre“ und durchaus nicht kleinliche Bezahlung von Betriebsratsmitgliedern kein Schutz gegen Korruption. Und schließlich: Je höher eine offizielle Bezahlung der Betriebsratsarbeit ausfällt, desto größer der Druck auf das vom Arbeitgeber bezahlte Betriebsratsmitglied, bei seiner Amtstätigkeit „loyal“ zu sein.

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [BGH, Urteil vom 17.09.2009, 5 StR 521/08, PM 185/09](#)
- [Landgericht Braunschweig, Urteil vom 22.02.2008, 6 KLS 20/07](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Betriebsratsmitglied](#)

IMPRESSUM

v.i.S.d.P. für den gesamten Inhalt dieses Newsletters ist
Rechtsanwalt Dr. Martin Hensche
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Lützowstraße 32, 10785 Berlin
Telefon: 030 / 26 39 62 0;
Telefax: 030 / 26 39 62 499

E-Mail: kanzlei@hensche.de

[Berlin](#) [Frankfurt](#) [Hamburg](#) [Hannover](#)
[Köln](#) [München](#) [Nürnberg](#) [Stuttgart](#)

Hensche Rechtsanwälte Büro Berlin

Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

Hensche Rechtsanwälte Büro Frankfurt am Main

Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

Hensche Rechtsanwälte Büro Hamburg

Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

Hensche Rechtsanwälte Büro Hannover

Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

Hensche Rechtsanwälte Büro Köln

Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

Hensche Rechtsanwälte Büro München

Pilotostraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

Hensche Rechtsanwälte Büro Nürnberg

Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

Hensche Rechtsanwälte Büro Stuttgart

Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796