

ARBEITSRECHT NEWS

NEUES ZUM URLAUBSRECHT

von **Georg Mikes**

Frankfurt
 Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht
gmikes@jonesday.com
 ++49 69 9726 3939

Dass die „schönste Zeit des Jahres“ zuweilen Anlass zu gerichtlichen Auseinandersetzungen bietet, verwundert kaum. Wie vielfältig die Fallgestaltungen sein können und wie stark mittlerweile auch im Urlaubsrecht der Einfluss der EU-Rechtsprechung ist, sorgt hingegen oft für Verwunderung. Nachfolgend daher eine Zusammenstellung neuerer Urteile aus diesem Bereich.

■ URLAUB, ARBEITSFÄHIGKEIT UND DAS VERFALLEN VON URLAUB

Sehr instruktiv für das deutsche Verständnis des Urlaubs als bezahlte Freistellung von Arbeit ist das Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 18. März 2014 (9 AZR 877/13). In dem betreffenden Fall verlangte der Kläger, ein zeitweilig fluguntauglicher Pilot, von seinem Arbeitgeber, einer Fluggesellschaft, die Gewährung von Urlaub für das Jahr 2009. Der Kläger scheiterte jedoch in allen Instanzen.

Nach dem Bundesurlaubsgesetz (BurlG) entsteht der volle Urlaubsanspruch jeweils am 1. Januar eines Kalenderjahres, sofern der betreffende Arbeitnehmer bereits 6 Monate beschäftigt ist (Wartezeit). Natürlich erlischt der Urlaubsanspruch, wenn tatsächlich Urlaub gewährt wird. Ein Erlöschen tritt aber auch dann ein, wenn bestimmte Zeiten verstreichen. Im Grundsatz erlischt der auf das Kalenderjahr bezogene Urlaub sogar schon mit dem Jahresende, denn das BurlG bestimmt,

INHALT

Neues zum Urlaubsrecht	1
Entschädigungsanspruch bei diskriminierender Kündigung	4
Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Ebola	6
Diskriminierung und kein Ende – Indiztatsachen, Beweislast und andere Gesichtspunkte	8

dass der Urlaub „im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden“ muss (§ 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG). Rein vom Gesetzeswortlaut her stellt es bereits eine Ausnahme dar, dass der Urlaub auch noch ins nächste Kalenderjahr übertragen werden kann, wenn die Gewährung im eigentlichen Kalenderjahr wegen dringender betrieblicher Gründe (etwa hohe Arbeitsbelastung) oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe (etwa Krankheit) nicht erfolgte. Für diesen Fall bestimmt jedoch § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG ganz ausdrücklich, dass der Urlaub in diesem Fall in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahres gewährt und genommen werden muss. In der Praxis ist diese Urlaubsübertragung ins erste Quartal des Folgejahres bei vielen Arbeitgebern gewohnheitsrechtlich auch dann anerkannt, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der Übertragung gar nicht vorlägen.

Probleme treten aber oft vor allem dann auf, wenn krankheitsbedingt auch innerhalb des gesetzlichen Übertragungszeitraums der Urlaub nicht genommen werden kann. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Urlaub dann abzugelten ist. Denn eine Abgeltung des nicht genommenen Urlaubs sieht das Gesetz nur im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor (§ 7 Abs. 4 BUrlG). Bereits aus dem

Vorstehenden wird ferner ersichtlich, dass die Gewährung von Urlaub voraussetzt, dass der Arbeitnehmer arbeitsfähig ist, denn nur dann kommt eine Arbeitspflicht in Betracht, von der man freigestellt werden kann.

Wenn der Urlaub aber weder gewährt werden kann noch abzugelten ist, kann sein rechtliches Schicksal nur sein, dass er verfällt. Anders als man angesichts des § 7 Abs. 3 BUrlG erwarten würde, tritt im Falle der Krankheit das Verfallen aber nicht schon mit Ablauf des ersten Quartals des Folgejahres ein. Vielmehr kommt eine *europarechtliche Komponente* ins Spiel:

Im Jahr 2009 hatte der Europäische Gerichtshof (EuGH) darüber zu entscheiden, ob eine Bestimmung zum Verfallen des Urlaubs, wie sie § 7 Abs. 3 BUrlG darstellt, auch dann mit Europarecht vereinbar ist, wenn der Urlaub wegen langandauernder Krankheit nicht genommen werden kann. In dieser Schultz-Hoff-Entscheidung (Rs. C- 350/06) kam der EuGH vereinfacht dargestellt zum Ergebnis, dass eine nationale Bestimmung dieser Art tatsächlich einen Verstoß gegen die Arbeitszeitrichtlinie (Richtlinie 2003/88/EG) darstellen würde. Die Formulierung des EuGH-Urteils löste jedoch Befürchtungen aus, dass bei lang andauernder Krankheit



gewissermaßen unbegrenzt über Jahre hinweg Urlaub angesammelt werden könnte und so irgendwann erhebliche Abgeltungszahlungen entstehen können. Der EuGH sah sich genötigt, hierauf in der KHS-Entscheidung vom 22. November 2011 (Rs. C-314/10) zu reagieren und hat, wiederum vereinfacht dargestellt, zu verstehen gegeben, dass krankheitsbedingt angesammelte Urlaubsansprüche dann doch immerhin nach 15 Monaten verfallen können.

Die nationale Rechtsprechung des BAG ihrerseits reagierte hierauf erstaunlich flexibel und kam zum Ergebnis, dass § 7 Abs. 3 BurlG - trotz seines Wortlauts - eben „unionsrechtskonform“ dahingehend auszulegen sei, dass in Fällen dieser Art ein Erlöschen des Urlaubs nach 15 Monaten anzunehmen ist.

So überrascht es nicht mehr, dass das BAG im Fall des fluguntauglichen Piloten wie folgt argumentierte: Die Fluguntauglichkeit bedeutete Arbeitsunfähigkeit, so dass Urlaub als Befreiung von der Arbeitspflicht nicht möglich war. Der Urlaub des Jahres 2009 mag dann zwar noch zum Urlaubsanspruch des Jahres 2010 hinzugetreten sein und unterfiel „damit erneut dem Fristenregime des § 7 Abs. 3 BurlG“. Spätestens jedoch mit Ablauf des ersten Quartals 2011 verfiel der Urlaub dann doch, denn auch das Unionsrecht gebietet keine weitere Aufrechterhaltung. Der offenbar wieder flugtaugliche Pilot konnte also keine Gewährung des Urlaubs verlangen. Eine Abgeltung war, soweit ersichtlich, nicht Streitgegenstand, jedoch hat das BAG ausdrücklich auch einen Schadenersatz hinsichtlich des Urlaubsentgelts abgelehnt: Mangels Erfüllbarkeit des Urlaubsanspruchs kommt auch kein Schadenersatz in Betracht. Dies gelte gerade dann, wenn man mit dem EuGH davon ausginge, dass ein einheitlicher Anspruch auf bezahlten Urlaub besteht: Wenn der Anspruch auf Freistellung von Arbeit nicht erfüllbar ist, kann nicht ein andere Teil, nämlich der des Urlaubsentgelts, erfüllbar sein.

■ URLAUBSENTGELT

Um das Urlaubsentgelt ging es auch in einer Entscheidung des EuGH vom 22. Mai 2014 (Rs. C- 539/12; Lock-Entscheidung). In der betreffenden Entscheidung hat der EuGH geurteilt, dass beim Urlaubsentgelt nicht nur das Grundgehalt zu zahlen ist, sondern auch Verkaufsprovisionen.

Ausgangsfall war eine Streitigkeit vor einem englischen Gericht. Der Arbeitnehmer hatte eine Vergütungsregelung, die zwar ein Grundgehalt vorsah, bei der aber rund 60 %

der Gesamteinkünfte durch Verkaufsprovisionen erzielt wurden. Während eines Urlaubs im Dezember 2011 bekam er vom Arbeitgeber zwar neben dem Grundgehalt auch Provisionsvergütung gezahlt. Bei dieser Provision handelte es sich jedoch um Vergütung für früher von ihm abgeschlossene Geschäfte. Hingegen wurde kein zusätzliches Urlaubsentgelt im Hinblick auf weitere Provision gezahlt. Da in der Urlaubszeit natürlich auch keine provisionspflichtigen Geschäfte abgeschlossen wurden, machte sich die fehlende Zahlung später bemerkbar. Dagegen klagte der Arbeitnehmer beim Employment Tribunal Leicester, welches schließlich dem EuGH die Frage vorlegte, ob eine solche Handhabung mit der Arbeitszeitrichtlinie zu vereinbaren sei. Der EuGH verneinte dies. Als wesentliche Begründung führte er an, dass bei derartiger Handhabung der Arbeitnehmer zwar während der Urlaubszeit über eine Vergütung verfüge, die derjenigen während normaler Arbeitszeit entspricht. Jedoch könnte der Arbeitnehmer wegen des hinausgeschobenen finanziellen Nachteils davon absehen, sein Recht auf Jahresurlaub auszuüben.

Für das deutsche Recht bringt die Entscheidung eigentlich nichts Neues. Denn die Berechnung des Urlaubsentgelts ist in § 11 Abs. 1 BurlG geregelt. Diese Bestimmung sieht vor, dass das Urlaubsentgelt nach dem durchschnittlichen Verdienst der 13 Wochen vor Beginn des Urlaubs bemessen wird. Ausgenommen werden lediglich Überstundenvergütungen und Verdiensterhöhungen vorübergehender Natur. Demnach würden Verkaufsprovisionen automatisch erfasst. Dennoch entspricht eine solche Handhabung vielfach nicht der praktischen Übung, und der Druck hin zu entsprechender korrekter Urlaubsentgeltgewährung könnte künftig steigen.

■ URLAUBSGELD

Anders als das Urlaubsentgelt (also volle Bezahlung der Vergütung während des Urlaubs) ist das Urlaubsgeld gesetzlich nicht gefordert. Es handelt sich um eine Leistung, die sich als Zusatzleistung darstellt. Wenn das Urlaubsgeld auch beispielsweise nicht durch einen Tarifvertrag vorgegeben ist, kann sich der Arbeitgeber nicht nur überlegen, ob er es überhaupt gewähren will, sondern auch, welchen Zweck er gegebenenfalls damit verbindet.

Letzteres sollte sich der Arbeitgeber auch recht genau überlegen, wie die Entscheidung des BAG vom 22. Juli 2014 (9 AZR 981/12) neuerlich verdeutlicht: Im betreffenden Fall hatte der Arbeitgeber arbeitsvertraglich ein Urlaubsgeld

zugesagt. Die Gewährung war verbunden mit der Bestimmung: „Voraussetzung für die Auszahlung ist ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis“.

Zum Streit mit der Klägerin kam es, nachdem der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis gegen Ende März 2011 kündigte. In der Folgezeit, also während der Kündigungsfrist, wurde der Klägerin teils im April und teils im Mai Urlaub gewährt. Da der Arbeitgeber die Zahlung von Urlaubsgeld verweigerte, klagte die Klägerin auf entsprechende Zahlung. Sie war in 1. Instanz vor dem Arbeitsgericht erfolgreich, verlor aber sowohl die Berufung als auch die Revisionsverhandlung.

Wie zu erwarten war, prüfte das BAG den Arbeitsvertrag nach dem Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), betrachtete also den Arbeitgeber als „Verwender“ von AGB und die Klägerin als (grundsätzlich schutzbedürftige) „Verbraucherin“. Das BAG kam aber zu dem Ergebnis, dass der Arbeitsvertrag einer AGB-Prüfung standhält.

Besonders bedeutsam ist insoweit, dass die Urlaubsgeldbestimmung nicht als unangemessene Benachteiligung im Sinne der § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB angesehen wurde. Ein solches Ergebnis ist nicht ganz selbstverständlich, weil das BAG vielfach auf Kündigungser schwerungen recht sensibel reagiert. Auf den ersten Blick hätte eine solche Kündigungser schwerung im Falle der Eigenkündigung des Arbeitnehmers darin gesehen werden können, dass das Urlaubsgeld verloren geht. Jedoch führte das BAG aus, dass dem Arbeitgeber „nicht schlechthin“ versagt ist, Sonderzahlungen mit Bindungsklauseln zu versehen, „solange die Zahlungen nicht (auch) Gegenleistung für schon erbrachte Arbeit sind“. Dies dürfte eine der wichtigsten Aussagen der Entscheidung sein. Hätte nämlich die Auslegung des BAG zum Zweck der Klausel ergeben, dass der Arbeitgeber mit dem Urlaubsgeld auch Arbeitsleistung vergüten will, wäre es zwangsläufig zum Ergebnis gekommen, dass die Forderung der Klägerin zu Recht besteht – schließlich darf Arbeitsentgelt nicht nach Belieben entzogen werden, erst recht nicht als Sanktion bei Kündigung. Vorliegend meinte das BAG jedoch, dass nur eine Treueprämie beabsichtigt war. Es oblag dem Arbeitnehmer zu entscheiden, ob er die Verdienstchancen bei einem Arbeitsplatzwechsel vorzieht oder die Treueprämie in Anspruch nimmt. Ersichtlich nahm das BAG insoweit eine generell-typisierende Prüfung der Klausel vor, denn die konkrete Klägerin stand nicht wirklich vor dieser Wahl, da ihr ja durch den Arbeitgeber gekündigt worden war. Auch

im Übrigen sah das BAG keine unangemessene Benachteiligung vorliegen, billigte also den in der gewählten Formulierung liegenden Stichtag.

Nicht zuletzt kam das BAG auch zu dem Ergebnis, dass kein Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) vorliegt. Der Begriff „ungekündigt“ ist hinreichend klar und nicht missverständlich. Die Gefahr, dass diese Formulierung von der Durchsetzung bestehender Rechte abhält, hat nicht bestanden.

Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass das Bestehen oder Nichtbestehen von Ansprüchen von einigen wenigen Worten abhängen kann, die mit Bedacht gewählt werden sollten.

ENTSCHÄDIGUNGSANSPRUCH BEI DISKRIMINIERENDER KÜNDIGUNG

von **Inga Schmalz**, LL.M.

Düsseldorf
Rechtsanwältin
ischmalz@jonesday.com
++49 211 540 655 00

Das BAG hat Ende 2013 entschieden, dass ein Arbeitnehmer nicht nur die Unwirksamkeit einer Kündigung, sondern zugleich auch Entschädigungsansprüche wegen Benachteiligung geltend machen kann (Urteil vom 12. Dezember 2013, 8 AZR 838/12). Eine Kombination, die bisher nach allgemeiner Meinung nicht möglich war (vgl. § 2 Abs. 4 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – „AGG“):

Obwohl der Arzt der Arbeitnehmerin aufgrund ihrer Schwangerschaft ein generelles Beschäftigungsverbot bescheinigt hatte, drängte ihr Arbeitgeber sie, doch weiter zu arbeiten. Dem Drängen folgte sie jedoch nicht. Nachdem sie ihr Kind verloren hatte und den entsprechenden Eingriff vornehmen lassen musste, fand sie nach ihrer Rückkehr aus dem Krankenhaus die betriebsbedingte Kündigung in ihrem Briefkasten. Vorsorglich kündigte der Arbeitgeber nochmals knapp einen Monat später und dann nochmals, außerordentlich, nach Erhalt des Berufungsurteils. Die Kündigung wurde bereits in den Vorinstanzen wegen Verstoßes gegen die Vorschriften des Mutterschutzgesetzes für unwirksam erklärt; das BAG hatte nur noch über die Entschädigung nach dem AGG zu entscheiden.

■ **ENTSCHÄDIGUNG NEBEN KÜNDIGUNGSSCHUTZ**

Das BAG beurteilte nicht die Wirksamkeit der Kündigung am Maßstab des AGG, denn hierfür gilt der besondere Kündigungsschutz für Schwangere, sondern setzte sich nur mit dem Entschädigungsanspruch auseinander. Dieser sei zu gewähren, wenn die Belastung durch eine diskriminierende Kündigung über das Normalmaß hinausgehe. Er ist nach § 15 Abs. 3 AGG auf drei Bruttomonatsgehälter begrenzt.

Die Regelung des § 2 Abs. 4 AGG, wonach für die Kündigungen „ausschließlich“ die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten, stünden einem gleichzeitigen Entschädigungsanspruch nicht entgegen. Auch wenn eine diskriminierende Kündigung aus Gründen des allgemeinen Kündigungsschutzes bereits unwirksam ist, könne der diskriminierte Arbeitnehmer daneben eine auf das AGG gestützte Entschädigung für erlittene immaterielle Schäden geltend machen.

■ **DISKRIMINIERUNG**

Für die Frage, ob die Klägerin durch Kündigung aufgrund der Schwangerschaft eine ungünstigere Behandlung erfahren hat als andere Arbeitnehmer, kommt es einmal mehr auf einen sauberen Vortrag der Arbeitgeber an: Wenn mit der Kündigung gegen eine Schutzvorschrift verstoßen wird, gilt hier das Mutterschutzgesetz (der Arbeitgeber hatte der Klägerin gekündigt, obwohl er von der Schwangerschaft wusste), wird die Ursächlichkeit der Schwangerschaft für die Benachteiligung erst einmal angenommen. Es obliegt dann dem Arbeitgeber, zu beweisen, dass er nicht wegen der Schwangerschaft, sondern aus anderen Gründen, etwa betriebsbedingt, gekündigt hat. Dies war dem Arbeitgeber im entschiedenen Fall nicht gelungen.

■ **BESONDERE SCHWERE DER BENACHTEILIGUNG**

Als besonders schwerwiegend und über das Normalmaß hinausgehend hat es das BAG angesehen, dass der Arbeitgeber



ein zweites Mal nach der Schwangerschaft gekündigt hatte, um sicher zugehen, dass nunmehr die Schutzvorschriften des MuSchG nicht mehr greifen. Dies lege es nahe, dass zuvor gerade wegen der Schwangerschaft gekündigt worden sei. Schließlich hat das BAG eine Kündigung zur Unzeit angenommen, weil der Arbeitgeber die Klägerin nach diesem persönlichen Schicksalsschlag (dem Verlust des Kindes und der Gefahr für das eigene Leben) gekündigt und damit ihre persönlichen Belange missachtet hatte.

■ EMPFEHLUNG FÜR DIE PRAXIS

Auf den ersten Blick lässt das Urteil die Gefahr besorgen, jede Kündigung werde nun auch noch am AGG gemessen mit der Folge, dass die Abfindungsforderungen der Arbeitnehmer in die Höhe getrieben werden. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass die Wirksamkeit einer Kündigung selbst nicht am AGG scheitern wird. Hierfür gelten nach wie vor die kündigungsrechtlichen Vorschriften. Außerdem verlangt das BAG wie bei den Persönlichkeitsrechtsverletzungen, die einen Entschädigungsanspruch begründen, eine Beeinträchtigung, die über das Normalmaß hinausgeht.

Dennoch sollte die Kündigung sorgfältig vorbereitet sowie im Prozess gründlich dargelegt werden. Dies zahlt sich an zwei Stellen aus: zum einen soweit die Wirksamkeit der Kündigung selbst in Frage steht, zum anderen aber, um von vornherein dem Vorwurf einer Diskriminierung entgegen zu treten.

Problematisch bleibt jedoch, dass durch den Diskriminierungsvorwurf und die daraus folgende Forderung nach einer Entschädigung der „Wert“ des Prozesses und damit dessen Kosten erhöht werden. Der behauptete Entschädigungsanspruch wird bei dem Vergleich, der in der Praxis häufig das Arbeitsverhältnis unter Zahlung einer Abfindung beendet, künftig im Rahmen des „Gesamtpakets“ vermutlich „preisteigernd“ wirken. Dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass das BAG in seiner Entscheidung ausdrücklich offen gelassen hat, ob nicht auch ein materieller Schaden – etwa Gehaltseinbußen – zu berücksichtigen ist.

Außerdem verschieben sich die Fristen: da die Kündigung innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung angegriffen werden muss, hat der Arbeitgeber relativ schnell Sicherheit über deren Wirksamkeit. Schäden wegen Benachteiligung kann der Arbeitnehmer binnen zwei Monaten gegenüber seinem Arbeitgeber geltend machen. Für die gerichtliche Geltendmachung hat er sogar sechs Monate Zeit. Daher kann der Arbeitgeber auch nach Ablauf der Frist für eine Kündigungsschutzklage noch mit einer Entschädigungsklage wegen Diskriminierung konfrontiert werden.



ARBEITSRECHTLICHE FRAGEN IM ZUSAMMENHANG MIT EBOLA

von **Dr. Markus Kappenhagen**

Düsseldorf
Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht
mkappenhagen@jonesday.com
++49 211 54065 500

Die Ebola-Epidemie in Westafrika mag in Deutschland noch als weit entfernte Bedrohung wahrgenommen werden. Doch mehren sich die Berichte, wonach Erkrankte zur Behandlung nach Europa geflogen werden. Tausende Freiwillige haben sich als Helfer beim Deutschen Roten Kreuz gemeldet, die in Sierra Leone, Liberia oder Guinea in Ebola-Krankenstationen helfen wollen. Von einem solchen Einsatz in Liberia ist kürzlich ein amerikanischer Arzt mit einer Infektion in die USA zurückgekehrt.

Das Ebola-Virus wird durch direkten Kontakt mit Blut und anderen Körperflüssigkeiten von erkrankten Personen übertragen. Die Weltgesundheitsorganisation (WHO) hat die Epidemie im August 2014 zum „internationalen Gesundheitsnotfall“ erklärt. Das Auswärtige Amt rät dringend davon ab, Reisen in die betroffenen Länder zu unternehmen und forderte alle deutschen Staatsbürger auf, die Länder Guinea, Sierra Leone und Liberia zu verlassen. Seitens der Bundeszentrale für Gesundheitliche Aufklärung heißt es, eine Schutzimpfung stehe „nicht zur Verfügung“.

Damit stellen sich auch Fragen zur Arbeitspflicht des Arbeitnehmers und zu Schutzpflichten des Arbeitgebers. So ist fraglich, ob der Arbeitgeber seine Vertriebsmitarbeiter anweisen darf, eine Geschäftsreise nach Liberia zu unternehmen. Kann der Mitarbeiter dies unter Hinweis auf die Ansteckungsgefahr oder die Reisewarnung des Auswärtigen Amtes verweigern? Mitarbeiter der deutschen Konzernmutter könnten es ablehnen, Besprechungstermine in Deutschland mit Kunden wahrzunehmen, die aus Sierra Leone nach Deutschland gereist sind. Kann der Vertriebsbeauftragte in Guinea, der der Ausreiseaufforderung des Auswärtigen Amtes gefolgt ist eine andere Beschäftigung in Deutschland verlangen? Der Flugkapitän könnte sich weigern, einen Flug nach Westafrika zu unternehmen, die Krankenschwester will unter Umständen nicht das Krankenzimmer eines nach Frankfurt eingeflogenen infizierten Helfers betreten.

1. SCHUTZPFLICHT DES ARBEITGEBERS

Ausgangspunkt ist die Fürsorgepflicht des Unternehmers als Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis. Der Arbeitgeber muss seine Rechte aus dem Arbeitsverhältnis so ausüben, dass die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers so gewahrt werden, wie dies unter Berücksichtigung der Belange des Betriebes und der Interessen der gesamten Belegschaft billigerweise möglich ist. Nach § 618 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) muss der Arbeitgeber Dienstleistungen, die unter seiner Leitung vorzunehmen sind, so regeln, dass der Arbeitnehmer gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet. Diese Generalklausel wird durch zahlreiche weitere Schutzvorschriften in Spezialgesetzen weiter konkretisiert. Diese Regelungen konkretisieren das Weisungsrecht des Arbeitgebers (§ 106 Gewerbeordnung), also das Recht des Arbeitgebers, das „wann, wo und wie“ der Arbeitsleistung durch Anweisungen an seine Mitarbeiter zu konkretisieren.

Hinsichtlich einer Ansteckungsgefahr bzw. Erkrankungsrisiken muss der Arbeitgeber seine Mitarbeiter über die Sicherheit sowie den Unfall- und Gesundheitsschutz fortlaufend, zunächst dann, wenn sich die Gefahrenlage ändert, unterrichten (§ 12 Abs. 1 Arbeitsschutzgesetz). Dies gilt nicht nur zu Beginn der Tätigkeit, sondern fortlaufend, also insbesondere dann, wenn sich die Gefahrenlage ändert. Kommt der Arbeitgeber diesen Informationspflichten über die möglichen Gefahren einer Ansteckung bei der dienstlichen Tätigkeit nicht hinreichend nach, verstößt er gegen seine Nebenpflichten aus dem Arbeitsverhältnis und macht sich unter Umständen schadensersatzpflichtig.

Der Arbeitgeber muss außerdem dafür Sorge tragen, dass Mitarbeiter vor einer Ansteckung durch andere erkrankte Kollegen, aber auch durch Dritte, mit denen der Arbeitnehmer in Folge seiner Tätigkeit in Kontakt kommt, hinreichend geschützt sind. Wenn die konkrete Möglichkeit einer Infektion besteht, muss der Arbeitgeber geeignete Gegenmaßnahmen ergreifen, wie z. B. medizinische Aufklärung des Mitarbeiters über die Risikolage sowie die bestehenden Möglichkeiten, eine Ansteckung zu vermeiden.

Hierbei ist jedoch abzuwägen: Nicht jedes Risiko muss ausgeschlossen werden, ein gewisses, noch akzeptables Risiko muss der Arbeitnehmer hinnehmen. Je höher die potentiellen Gefahren und Schäden für den Arbeitnehmer sein können, um so höher sind die Anforderungen an die Schutzpflichten des Arbeitgebers um den Eintritt dieser Gefahren zu verhindern.

Unter Umständen muss der Arbeitgeber einen gefährdeten Mitarbeiter auf einen anderen Arbeitsplatz versetzen. Im Fall des auf Grund einer behördlichen Ausreiseempfehlung aus dem Infektionsgebiet zurückgekehrten Außendienstlers besteht unter Umständen eine solche Pflicht zur Versetzung, bis die Infektionsgefahr vorüber ist. Das heißt, der Mitarbeiter hat das Recht, aber auch die Pflicht, im Heimatland oder im sicheren Ausland vorübergehend eine andere als die an sich in Westafrika geschuldete Vertriebstätigkeit auszuführen. Bietet der Arbeitgeber dem Mitarbeiter eine solche zumutbare Stelle nicht an, muss er aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs gleichwohl die Vergütung zahlen. Zur Schaffung eines neuen Arbeitsplatzes ist der Arbeitgeber nach herrschender Meinung aber nicht verpflichtet.

2. LEISTUNGSVERWEIGERUNGSRECHT DES ARBEITNEHMERS

Das Direktionsrecht des Arbeitgebers findet dort seine Grenze, wo von dem Arbeitnehmer Leistungen verlangt werden, die ihn in seiner Gesundheit über das übliche Maß hinaus gefährden.

Der Arbeitnehmer darf die Arbeitsleistung verweigern, wenn sie ihm nicht zugemutet werden kann (§ 275 Abs. 3 BGB). Dies ist der Fall, wenn die Tätigkeit für den Mitarbeiter eine objektive, erhebliche Gefahr oder zumindest den ernsthaften, objektiv begründeten Verdacht einer Gefährdung für Leben oder Gesundheit darstellt.

Eine Geschäftsreise nach Sierra Leone mit Kundenkontakten dort kann der Mitarbeiter daher verweigern, wenn eine tatsächliche Gesundheitsgefährdung zu erwarten ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts reicht eine vermeintliche, nur subjektiv empfundene Gefährdung nicht aus. Die Weigerung ist aber begründet, wenn sowohl Weltgesundheitsorganisation als auch Auswärtiges Amt davor warnen, Reisen in die betroffenen Gebiete in Westafrika zu unternehmen.

Wenn der Arbeitnehmer also begründeterweise sein sogenanntes Zurückbehaltungsrecht geltend macht, kann der Arbeitgeber dementsprechend auch keine Disziplinarmaßnahmen (Abmahnung, Kündigung) wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung verhängen. Auch das Gehalt ist weiter zu zahlen.

Anders ist die Lage bei „berufstypischen“ Risiken. Krankenhauspersonal, Feuerwehrleute und ähnliche Berufsgruppen können eine Tätigkeit mit infizierten Personen nicht ohne weiteres verweigern. Bei diesen Berufsgruppen gehört es zur Natur ihrer Tätigkeit, dass sie einem erhöhten Infektionsrisiko ausgesetzt sind. Auch dies gilt aber nicht unbegrenzt: So wird eine Krankenschwester ihren Dienst verweigern dürfen, wenn der Arbeitgeber notwendige und zumutbare Schutzmaßnahmen unterlässt.

Wenn sich – wie in einem der Eingangsbeispiele genannt – der Mitarbeiter weigert, in Deutschland mit westafrikanischen Kunden zusammenzutreffen, wird man abwägen müssen. Nur wenn es Anzeichen für eine Erkrankung der Besucher gibt, wird man hier ein Leistungsverweigerungsrecht anerkennen können. Allerdings ist der Arbeitgeber verpflichtet, zumutbare Schutzvorkehrungen zu treffen, also zumindest die Besucher

nach einer möglichen Erkrankung zu befragen oder auch eine vorherige Untersuchung durchführen zu lassen.

3. „BEHANDLUNG“ EINES INFIZIERTEN MITARBEITERS

Denkbar ist auch der Fall, dass ein Mitarbeiter von einer Reise nach Westafrika zurückkehrt und sich infiziert hat. In akuten Verdachtsfällen kann der Mitarbeiter verpflichtet sein, sich auf Aufforderung ärztlich untersuchen zu lassen. Sofern er nicht ohnehin arbeitsunfähig erkrankt dem Dienst fernbleibt, hat der Arbeitgeber hier das Recht, ihn von der Arbeitspflicht freizustellen, um die übrige Belegschaft zu schützen. Der Mitarbeiter hat keinen Anspruch auf Beschäftigung. Streitig kann die Frage werden, ob Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht. Dies ist i. d. R. der Fall, wenn der Mitarbeiter arbeitsunfähig ist. Ist der Arbeitnehmer hingegen trotz einer ausdrücklichen Reisewarnung des Auswärtigen Amtes zu einer Urlaubsreise nach Sierra Leone geflogen und mit einer Infektion zurückgekehrt, könnte eine selbstverschuldete Erkrankung vorliegen, die zum Verlust des Entgeltfortzahlungsanspruchs führt.

Weitere arbeitsrechtliche Themen könnten die Offenbarungspflicht des Mitarbeiters gegenüber seinem Arbeitgeber sein, Probleme von Datenschutz und Diskriminierung sowie die etwaige Pflicht des Arbeitgebers zur medizinischen Betreuung im Ausland und zur Übernahme der Kosten für den Rücktransport. Es bleibt zu hoffen, dass sich diese Fragen in der betrieblichen Praxis nicht all zu oft stellen werden. Fälle der Vergangenheit (Vogelgrippe, Mexikanische Schweinegrippe) zeigen jedoch, dass diese arbeitsrechtlichen Fragen durchaus real werden können.

DISKRIMINIERUNG UND KEIN ENDE – INDIZTATSACHEN, BEWEISLAST UND ANDERE GESICHTSPUNKTE

von **Georg Mikes**

Frankfurt
Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht
gmikes@jonesday.com
++49 69 9726 3939

■ DISKRIMINIERT SEIN ODER NICHT SEIN – DAS IST HIER DIE FRAGE

Auch wenn sich die Befürchtungen vor massiven Klagewellen bei Einführung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes („AGG“) im Jahre 2006 nicht bewahrheitet haben: Das AGG beschäftigt die Arbeitsgerichtsbarkeit in einigem Umfang.



Meist sind es Klagen von abgelehnten Stellenbewerbern, die den Arbeitgebern Sorgen bereiten. Dies liegt an der Struktur des Gesetzes. Denn das AGG will Benachteiligungen auf der Grundlage von Rasse, ethnischer Herkunft, Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexueller Orientierung vermeiden. Verstößen Arbeitgeber dagegen, drohen ihnen Schadenersatzansprüche. Sehen sich Arbeitnehmer oder Bewerber durch eine Handlung des Arbeitgebers benachteiligt, haben zwar zunächst sie die

Beweislast. Jedoch genügt es, dass zunächst „Indiztatsachen“ vorgebracht werden, die eine Benachteiligung wegen eines der genannten Gründe vermuten lassen (§ 22 AGG). Ist dies dem Arbeitnehmer oder Bewerber gelungen, obliegt es dem Arbeitgeber, sich zu entlasten. Die Konsequenz dieser Gesetzesstruktur kann demnach sein, dass ein Arbeitgeber sogar ohne tatsächliche Benachteiligungsabsicht zur Schadenersatzzahlung verurteilt werden kann. Da zudem die Rechtsprechung bei der Annahme von Indiztatsachen recht

großzügig ist, muss es im Interesse von Arbeitgebern liegen, nicht nur die Benachteiligung selbst, sondern schon deren Anschein zu vermeiden.

■ BEHINDERUNG

Eine gewisse Sonderstellung nimmt unter den Diskriminierungsmerkmalen die Schwerbehinderung ein. Bei ihr ist nämlich eine Wechselwirkung zwischen AGG und dem Sozialgesetzbuch IX („SGB IX“) festzustellen, welches sich mit Schwerbehinderten befasst (terminologisch korrekt ist von „schwerbehinderten Menschen“ die Rede). Nach § 71 SGB IX haben Arbeitgeber, die normalerweise über mindestens 20 Arbeitsplätze verfügen, eine „Pflichtquote“ von 5 % schwerbehinderten Beschäftigten zu erfüllen.

Vor allem in § 81 SGB IX wird den Arbeitgebern jedoch eine ganze Latte von Aufgaben auferlegt: Es ist zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit Schwerbehinderten besetzt werden können; insoweit hat der Arbeitgeber zwingend die Schwerbehindertenvertretung und den Betriebsrat anzuhören. Derartige geeignete freie Arbeitsplätze muss der Arbeitgeber faktisch der Agentur für Arbeit melden, denn nur so kann er der ausdrücklichen gesetzlichen Verpflichtung entsprechen, zu prüfen, ob eine Besetzung mit arbeitssuchend gemeldeten Schwerbehinderten in Betracht kommt. Der Arbeitgeber hat die weitere ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung, den Betriebsrat und die Schwerbehindertenvertretung unmittelbar nach dem Eingang von Bewerbungen Behinderter zu unterrichten. Wenn der Arbeitgeber außerdem die Pflichtquote an Schwerbehinderten nicht erfüllt, oder ist der Betriebsrat oder die Schwerbehindertenvertretung mit der beabsichtigten Personalentscheidung des Arbeitgebers nicht einverstanden, muss er diese Entscheidung unter Darlegung der Gründe mit dem Betriebsrat bzw. der Schwerbehindertenvertretung erörtern, wobei der Schwerbehinderte zwingend anzuhören ist. Ferner muss der Arbeitgeber all diese Beteiligten über die getroffene Entscheidung unter Darlegung der Gründe unterrichten, letztlich also seine Ablehnungsentscheidung gegenüber dem Schwerbehinderten begründen.

Von praktischer Bedeutung ist nun, welche Konsequenzen die Rechtsprechung an Verstöße gegen diese Pflichten knüpft. Zusammenfassend kann in etwa gesagt werden, dass schon ein Verstoß gegen eine einzelne dieser Pflichten als Indiztatsache für Diskriminierung anzusehen ist. So schnell kann also eine Beweislastumkehr eintreten.

Als kleiner Gegenpol zu dieser strengen Rechtsprechung ist aber immerhin kürzlich eine Entscheidung ergangen, die gegebenenfalls den Anwendungsbereich des § 81 SGB IX etwas reduziert. In der Entscheidung vom 18. September 2014 (8 AZR 759/13; siehe auch Pressemitteilung 45/14) hat das BAG klargestellt, dass ein Schwerbehinderter, der den besonderen Schutz des SGB IX in Anspruch nehmen will, die Schwerbehinderteneigenschaft auch grundsätzlich im Bewerbungsschreiben mitteilen muss. Dies muss im Bewerbungsanschreiben oder unter deutlicher Hervorhebung im Lebenslauf erfolgen. Das BAG ließ es weder genügen, dass sich eine Kopie des Schwerbehindertenausweises auf Seite 24 (von 29 Seiten) des Anlagenkonvoluts fand, noch dass der Kläger bereits Monate vorher bei einer anderen Bewerbung an denselben Arbeitgeber auf die Schwerbehinderung hingewiesen hatte.

Eine punktuelle Einschränkung der schnellen Annahme von gegen den Arbeitgeber sprechenden Indiztatsachen ist auch einer anderen neueren Entscheidung zu entnehmen. Lange war nämlich umstritten, ob eine Absage ohne Angabe der Gründe auch dann als Indiztatsache gegen den Arbeitgeber gilt, wenn dieser die Schwerbehindertenquote erfüllt. Erst der Entscheidung des BAG vom 21. Februar 2013 (8 AZR 180/12, siehe auch Pressemitteilung 13/13) konnte entnommen werden, dass in einer derartigen Situation aus dem Fehlen der Ablehnungsgründe keine Indizwirkung abgeleitet werden kann.

■ UNGLEICHBEHANDLUNG BEI ALTERSUNTERSCHIEDEN

In der Entscheidung des BAG vom 21. Oktober 2014 (9 AZR 956/12; siehe auch Pressemitteilung Nr. 57/14) ging es um freiwillig vom Arbeitgeber gewährten Urlaub. Dieser wurde nach der betrieblichen Regelung Arbeitnehmern, die das 58. Lebensjahr vollendet hatten, im Umfang von 36 Tagen pro Jahr gewährt. Die Klägerin, die immerhin 34 Tage Urlaub erhielt, sah sich auf der Grundlage ihres Alters (36 Jahre) diskriminiert. Sie klagte auf die Feststellung, dass auch ihr 36 Tage zustehen. Dem folgte das BAG jedoch nicht. Es ging davon aus, dass der Arbeitgeber (hier ein Schuhhersteller) eine Einschätzungsprärogative habe, nach der es geeignet, erforderlich und angemessen ist, älteren Arbeitnehmern die beiden zusätzlichen Urlaubstage zu gewähren. In der Sache wurde damit nach § 10 AGG eine Ungleichbehandlung für zulässig erklärt, bei der die Rechtfertigung aus dem erhöhten Erholungsbedürfnis älterer Arbeitnehmer abgeleitet wird. Ergänzend wies das BAG darauf hin, dass der Manteltarifvertrag der Schuhindustrie, der vorliegend keine

Anwendung fand, ebenfalls zwei zusätzliche Urlaubstage ab dem 58. Lebensjahr vorsieht. Die Entscheidung des BAG wäre aber sicherlich auch ohne die Parallele zum Tarifvertrag in gleicher Weise ergangen.

■ **SCHADENERSATZ, ABER VON WEM?**

Immer wieder kommt es in der Praxis vor, dass Unternehmen, die eine Stelle zu besetzen haben, sich für die Besetzung der Stelle der Hilfe Dritter bedienen. Wenn ein derartiger Dritter denkbare Verstöße gegen das AGG begeht, stellt sich die Frage, gegen wen sich Schadenersatzansprüche gemäß § 15 Abs. 2 AGG richten können. Erwähnung verdient deshalb die Entscheidung des BAG vom 23. Januar 2014 (8 AZR 118/13). In dem betreffenden Fall verlangte ein abgewiesener Bewerber wegen behaupteter Diskriminierung Schadenersatz von der Gesellschaft, die das Bewerbungsverfahren über eine Internet-Anzeige eingeleitet hatte. Sie wäre im Falle erfolgreicher Bewerbung jedoch nicht die zugehörige Arbeitgeberin geworden, sondern diene lediglich als Personalvermittlerin. Aus diesem Grund hat das BAG gar nicht erst die sachliche Berechtigung des behaupteten Verstoßes geprüft. Vielmehr wertete es die Klage schon als unzulässig, nicht lediglich als unbegründet. Das BAG führte aus, dass zwar in § 15 Abs. 2 AGG der Anspruchsgegner nicht genannt ist. Aus systematischen Gründen kann es sich aber nur um den Arbeitgeber handeln, denn Ansprüche gegen Dritte sieht das Gesetz in § 15 AGG nicht vor. In diesem Zusammenhang hat das BAG noch betont, dass ein Arbeitgeber, der gegen ein Benachteiligungsverbot verstößt, verschuldensunabhängig in Anspruch genommen werden kann. Das BAG zitierte ferner anerkennend Literaturmeinungen, wonach § 15 AGG keine Ansprüche gewährt gegen Personalvermittler, selbst wenn diese die endgültige Auswahl in eigener Verantwortung durchführen. Die Klage des hiesigen Klägers scheiterte daher, wie schon in den Vorinstanzen, weil er schlicht die „falsche“ Beklagte in Anspruch nahm.

IHRE ANSPRECHPARTNER

FRANKFURT

NEXTOWER
Thurn-und-Taxis-Platz 6
60313 Frankfurt
Tel.: ++49.69.9726.3939
Fax: ++49.69.9726.3993

Georg Mikes
Rechtsanwalt/Fachanwalt
für Arbeitsrecht
gmikes@jonesday.com

DÜSSELDORF

Neuer Stahlhof
Breite Straße 69
40213 Düsseldorf
Tel.: ++49.211.5406.5500
Fax: ++49.211.5406.5501

Dr. Markus Kappenhagen
Rechtsanwalt/Fachanwalt
für Arbeitsrecht
mkappenhagen@jonesday.com

MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 11
80538 München
Tel.: ++49.89.20.60.42.200
Fax: ++49.89.20.60.42.293

Friederike Göbbels
Rechtsanwältin/Fachanwältin
für Arbeitsrecht
fgoebbels@jonesday.com

JONES DAY BÜROS WELTWEIT

ALKHOBAR	COLUMBUS	INDIEN	MEXIKO-STADT	PERTH	SILICON VALLEY
AMSTERDAM	DALLAS	IRVINE	MIAMI	PITTSBURGH	SINGAPUR
ATLANTA	DUBAI	JEDDAH	MOSKAU	RIAD	SYDNEY
BOSTON	DÜSSELDORF	LONDON	MÜNCHEN	SAN DIEGO	TAIPEH
BRÜSSEL	FRANKFURT	LOS ANGELES	NEW YORK	SAN FRANCISCO	TOKIO
CHICAGO	HONGKONG	MADRID	PARIS	SÃO PAULO	WASHINGTON
CLEVELAND	HOUSTON	MAILAND	PEKING	SCHANGHAI	

Die hier dargebotenen Informationen, Meinungen und Rechtsansichten sind nicht als fallspezifische juristische Beratung gedacht und erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Jones Day haftet nicht für die Richtigkeit des Inhalts.