

eltern zu berücksichtigen. Davon ließ sich auch die bisherige Praxis der Beklagten leiten. Sie trug damit dem Umstand Rechnung, daß der anteilig in der Aufwandsentschädigung enthaltene Betrag für die Leistungen der Pflegeeltern nicht dadurch seinen Charakter verliert, daß diese sozialhilfebedürftig geworden sind.

Die Honorierung der Leistungsbereitschaft der Pflegeeltern darf nicht dadurch gegenstandslos gemacht werden, daß sie als Mittel angesehen wird, um der Sicherung des allgemeinen Lebensunterhalts zu dienen. Das Wohl des Pflegekindes, dem die Erhaltung der Leistungsbereitschaft der Pflegeeltern dient, kann nicht von möglichen Schwankungen in den Einkommensverhältnissen seiner Pflegeeltern abhängig gemacht werden.

Sollte die Beklagte verhindern wollen, daß Sozialhilfeempfänger sich aus wirtschaftlichen Überlegungen — wegen der Nichtanerkennung der Aufwandsentschädigung als Einkommen im Sinne des § 76 Abs. 1 BSHG — um ein Pflegekind zu bemühen, so verbleibt ihr die Möglichkeit, im Rahmen der Erteilung der Pflegeerlaubnis (§§ 27 ff. JWG) die wirtschaftlichen Verhältnisse der Pflegeperson zum Wohle des Pflegekindes gebührend zu berücksichtigen.

Eine Verrechnung des Sozialhilfeanspruchs der Klägerin mit der ihr anteilig zufließenden Aufwandsentschädigung ist indes mit dem Gesetz nicht zu vereinbaren.

Mitgeteilt von RAin Jutta Bahr-Jendges, Bremen

Urteil

Umsetzung einer Schwangeren gem. § 11 MuSchG

Will ein Arbeitgeber eine von einem Beschäftigungsverbot nach dem Mutterschutzgesetz betroffene Schwangere gegen ihren Willen auf eine nicht vereinbarte Tätigkeit umsetzen (§ 11 MuSchG), bedarf es der Änderungskündigung.

ArbG Oldenburg — Urt. v. 3. November 1978 — 2 Ca 1380/78 —

Aus dem Sachverhalt:

Die Klägerin ist als Krankenschwester im Nachtdienst beschäftigt und hat 10 Wachen monatlich in der Zeit von 20.30 bis 6.00 morgens zu leisten. Sie hat 2 Kinder zu versorgen.

Das ältere Kind der Klägerin besucht vormittags einen Kindergarten, das jüngere wird den ganzen Tag über im elterlichen Haushalt betreut. An den Tagen, an denen die Klägerin Dienst gehabt hatte, pflegte ihr ebenfalls berufstätiger Ehemann morgens beide Kinder zu versorgen und das ältere auf dem Weg zu seiner Arbeitsstelle zum Kindergarten zu bringen. Das jüngere schlief oder spielte in seinem Zimmer. Mittags holte die Klägerin in Begleitung dieses Kindes das weitere Kind vom Kindergarten ab.

Als die Klägerin erneut schwanger wurde, wies das beklagte Kuratorium sie an, tagsüber Dienst zu tun. Dies faßte die Klägerin als Änderungskündigung auf und beantragte zunächst, deren Unwirksamkeit festzustellen.

Das Arbeitsgericht sah in der Beklagtenanweisung rein tatsächlich keine Änderungskündigung und entsprach daraufhin dem von der Klägerin gestellten Hilfsantrag, mit der Feststellung, daß die Klägerin nicht verpflichtet sei, zu den von der Beklagten genannten Zeiten (tagsüber) zu arbeiten.

Aus den Gründen:

a) Nach der Rechtsprechung des BAG kann ein Arbeitgeber eine schwangere Arbeitnehmerin, die die vereinbarte Arbeit infolge eines der in § 11 MuSchG genannten Beschäftigungsverbots nicht erbringen darf, zwar auf nicht vereinbarte, für die Schwangere erlaubte Arbeiten umsetzen, diese Umsetzungsbefugnis erstreckt sich jedoch nur auf Arbeiten, die der Arbeitnehmerin zumutbar sind (vgl. BAG, Urteil vom 31. März 1969, AP-Nr. 2 zu § 11 MuSchG 1968).

Im vorliegenden Fall hätte die Umsetzung von dem arbeitsvertraglich vereinbarten Nachtdienst auf den Tagesdienst für die Klägerin die Konsequenz, daß zumindest zeitweilig weder ihr Mann noch sie selbst zur Betreuung der Kinder zur Verfügung stünden. Soweit dies der Fall ist, ist die Umsetzung der Klägerin nicht zumutbar. Das beklagte Kuratorium kann die Klägerin nicht darauf verweisen, daß sie ja eine Hilfskraft einstellen könne, denn die von der werdenden Mutter nach der Rechtsprechung des BAG zu erwartende Rücksichtnahme geht nicht so weit, daß diese finanzielle Aufwendungen machen muß, um den Arbeitgeber zu entlasten (vgl. BAG, Urteil vom 14. April 1972, AP-Nr. 6 zu § 11 MuSchG 1968).

b) Unabhängig von der Frage der Zumutbarkeit des Tagesdienstes ist die Klägerin nach Ansicht der Kammer aber schon deshalb nicht verpflichtet, außerhalb der Nachtwachenzeit zu arbeiten, weil sie nach dem Arbeitsvertrag nur Nachtdienst zu tun hatte.

Der Rechtsprechung des BAG, die dem Arbeitgeber eine besondere über das allgemeine durch den Arbeitsvertrag begrenzte Direktionsrecht hinausgehende mutterschutzrechtliche Umsetzungsbefugnis einräumt, kann nicht gefolgt werden. Es läuft auf eine Aushöhlung des von § 9 MuSchG mitverbürgten Schutzes vor Änderungskündigungen hinaus, wenn man dem Arbeitgeber unter Berufung auf die Treuepflicht des Arbeitnehmers erlaubt, sich über den Arbeitsvertrag einer von einem Beschäftigungsverbot nach § 11 MuSchG betroffenen Arbeitnehmerin in seinen Weisungen schlicht hinwegzusetzen, um auf diese Weise der Pflicht zur Fortzahlung des Entgelts ohne Gegenleistung zu entgehen.

Die Interessen des Arbeitgebers sind hinreichend durch § 9 III MuSchG gewahrt, der bestimmt, daß die Kündigung einer Schwangeren in besonderen Fällen ausnahmsweise für zulässig erklärt werden kann. Der Arbeitgeber, der eine von einem Beschäftigungsverbot betroffene Schwangere gegen ihren Willen auf eine nicht vereinbarte ihr erlaubte Tätigkeit umsetzen will, hat die Möglichkeit, gemäß die-

ser Bestimmung die behördliche Zustimmung zu einer Änderungskündigung zu beantragen.

Die Verwaltungsbehörde hat über einen derartigen Antrag nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden und dabei unter Abwägung der beiderseitigen Interessen insbesondere zu prüfen, ob die vom Arbeitgeber angestrebten neuen Arbeitsbedingungen der Schwangeren zumutbar waren.

Während die Rechtsauffassung des BAG nahezu zwangsläufig zu einem für die Schwangere enorm belastenden Streit mit ihrem Arbeitgeber über die Frage, ob die den Arbeitsvertrag überschreitenden Weisungen befolgt werden müssen, führt, findet nach der hier vertretenen Ansicht die Auseinandersetzung um die Zumutbarkeit der Umsetzung in erster Linie im Verhältnis von Arbeitgeber und Verwaltungsbehörde statt. Erst wenn die Verwaltungsbehörde zu Ungunsten der Schwangeren entschieden hat, kann der Arbeitgeber sie durch eine Änderungskündigung mit seinen Umsetzungswünschen konfrontieren.

Mitgeteilt von RAin Malin Bode, Bochum

Beschluß

Unzulässigkeit frauendiskriminierender Stellenausschreibung

Verlangt ein Betriebsrat eine innerbetriebliche Stellenausschreibung gem. § 93 BetrVG, so kann er die Zustimmung der daraufhin beabsichtigten Versetzung eines Betriebsangehörigen gem. § 99 II S. 5 BetrVG verweigern, wenn iSv § 611 b BGB die verlangte Ausschreibung nicht sowohl Männer als auch Frauen angesprochen hat.

ArbG. Berlin Beschl. v. 25.4.83 — 42 BV 14/82 —

Aus den Entscheidungsgründen:

Eine Fluggesellschaft beantragt beim Arbeitsgericht gegen ihren Betriebsrat, der die Zustimmung zu einer beabsichtigten Versetzung verweigert hat, diese Zustimmung gem. § 99 IV BetrVG ersetzen zu lassen. Zu besetzen war eine Stelle, die dem Operation Manager German Division, dem unter anderem der Bodendienst auf allen deutschen Flughäfen unterstellt ist, als Adjutant zugeordnet ist.

Der Betriebsrat hatte die Zustimmung versagt, da er beanstandete, die auf englisch abgefaßte Ausschreibung habe nur auf männliche Bewerber abgezielt. In der Ausschreibung ist von „he“ (er) und „job-holder“ (Beschäftigter) die Rede. Die Fluggesellschaft hält dies für geschlechtsneutrale Bezeichnungen. Der Betriebsrat weist darauf hin, daß in vergangenen Ausschreibungen he/her (er/sie) und his/her (sein/ihr) verwandt wurde, bzw. „open to female and male staff“ (zugänglich für weibl. und männl. Personal) ergänzt worden war.

Der Antrag der Fluggesellschaft wurde als unbegründet zurückgewiesen.

Eine Zustimmungsersetzung nach § 99 Abs. 4 BetrVG mußte unterbleiben, weil der Antragsgegner seine Zustimmung nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG zu Recht verweigert hat. Die Antragstellerin hatte die vakante Stelle zwar auf Verlangen des Antragsgegners gemäß § 93 BetrVG im Betrieb ausgeschrieben. Eine „erforderliche“ Ausschreibung ist jedoch auch dann unterblieben, wenn sie unter Verstoß

gegen § 611 b BGB vorgenommen worden ist (Fitting/Auffarth/Kaiser, a.a.O., Rz 2a, 5 zu § 93; vgl. Corts, in: Handbuch Betrieb + Personal, Fach 4 Rz 102).

Nach § 611 b BGB soll der Arbeitgeber einen Arbeitsplatz weder öffentlich noch innerhalb des Betriebes nur für Männer oder nur für Frauen ausschreiben, es sei denn, daß ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für diese Tätigkeit ist. Diesen Anforderungen genügten die Ausschreibungen vom 1. September und 1. November 1982 nicht.

Es ist der Antragstellerin allerdings zuzugeben, daß die Verwendung des englischen Begriffs „jobholder“ für sich gesehen geschlechtlich neutral ist. Ob dies auch für das darauf bezogene Personalpronomen „he“ zutrifft, erscheint bereits fraglich. Keinesfalls aber kann dies gelten, wenn im Betrieb bei anderen Ausschreibungen ausdrücklich „he/she“ zur geschlechtsneutralen Umschreibung vakanter Stellen verwendet worden ist. Dann besteht nämlich die Gefahr, daß nunmehr ein weiblicher Interessent eine Bewerbung für eine allein mit „he“ ausgeschriebene Stelle von vorn herein für aussichtslos hält. Dementsprechend hat sich die Antragstellerin ja auch veranlaßt gesehen, in einem Fall eine Ausschreibung ausdrücklich dahin zu korrigieren, daß die vakante Stelle für weibliches und männliches Personal (female and male staff) offenstehen sollte.

Mitgeteilt von RAin Malin Bode, Bochum