

Auch bei dem Zuschuß zum Mutterschaftsgeld nach § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG handelt es sich um Entgelt i.S.d. Art. 119 EG-Vertrag bzw. der Richtlinie 75/117/EWG. Der Zuschuß ist eine Leistung des Arbeitgebers und beruht auf dem Arbeitsverhältnis.

Die nach § 14 Abs. 1 Satz 2 MuSchG vorgeschriebene Berechnung des Zuschusses nur nach dem kalendarischen Verdienst in der Zeit vor Beginn der Schutzfristen hat zur Folge, daß alle Entgelterhöhungen außer Betracht bleiben, die erst nach Beginn der Schutzfristen wirksam werden. Dies ist mit dem Grundsatz des gleichen Entgeltes für Männer und Frauen, wie er in Art. 119 EG-Vertrag und der Richtlinie 75/117/EWG niedergelegt ist, insoweit nicht zu vereinbaren, als während der Schutzfristen wirksam werdende allgemeine Erhöhungen des Arbeitsentgeltes unberücksichtigt bleiben. Das betrifft sowohl allgemeine Erhöhungen der Tarifvergütung als auch allgemein vorgesehene Entgelterhöhungen, die – wie hier beim Ortszuschlag – auf die Geburt des Kindes zurückzuführen sind. Insoweit ist § 14 Abs. 1 Satz 2 MuSchG nicht anzuwenden. Während männliche Arbeitnehmer an beiden Erhöhungen gleichermaßen teilhaben, sind Frauen hiervon wegen der Schutzfristen ausgeschlossen, auch wenn sie noch im Arbeitsverhältnis stehen. Daher sind bei der Berechnung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld die allgemeinen Erhöhungen vom jeweiligen Wirksamkeitszeitpunkt an gleichermaßen zu berücksichtigen, wie sie auch Männern zuteil werden.

In seinem Urteil vom 13. Februar 1996 – Rs C-342/93 – hat der Europäische Gerichtshof erkannt, daß Leistungen, die der Arbeitgeber einer Arbeitnehmerin aufgrund gesetzlicher Vorschriften oder aufgrund eines Tarifvertrages während ihres Mutterschaftsurlaubs zahlt, unter dem Begriff Entgelt im Sinne des Art. 119 EG-Vertrag bzw. der Richtlinie 75/117/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgeltes für Männer und Frauen fallen. Soweit bei der Berechnung dieser Leistungen auf einen Lohn abgestellt werde, den die Arbeitnehmerin vor Beginn des Mutterschaftsurlaubs erhalten hat, seien in diese Leistungen solche Lohnerhöhungen einzubeziehen, die zwischen dem Beginn des Zeitraums, für den die Referenzlöhne gezahlt worden sind, und dem Ende des Mutterschaftsurlaubs erfolgt sind, und zwar ab Inkrafttreten der jeweiligen Lohnerhöhung. Nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs liegt eine Geschlechtsdiskriminierung vor, wenn die Arbeitnehmerin von einer solchen Lohnerhöhung während ihres Mutterschaftsurlaubs ausgeschlossen würde. Wenn sie nämlich nicht schwanger gewesen wäre, hätte sie den höheren Lohn erhalten.

### *Beschluß*

BAG, § 10 GleichstG BE

### **Arbeitszeitreduzierung wegen Kinderbetreuung**

*Durch die Einschulung ihrer Kinder kann für eine Arbeitnehmerin ein dringendes Interesse an einer Arbeitszeitverkürzung entstehen.*

*§ 10 GleichstG BE gibt einen Anspruch auf ertesensfehlerfreie Entscheidung über den Antrag auf Arbeitszeitverkürzung für die Arbeitnehmerin.*

*Die Ausübung einer Leitungsfunktion steht der Arbeitszeitverkürzung nicht entgegen.*

Beschluß des BAG vom 29.11.1995 – 5 AZR 753/94 –

### Aus den Gründen

#### I.

Die Parteien haben darüber gestritten, ob das beklagte Land verpflichtet war, die regelmäßige Arbeitszeit der Klägerin für die Zeit vom 1. August 1993 bis zum 31. August 1995 auf 3/4 eines Vollzeitarbeitsverhältnisses zu reduzieren. Die Parteien haben den Rechtsstreit in der Revisionsinstanz für erledigt erklärt.

Die Klägerin ist bei dem beklagten Land als Leiterin einer Kindertagesstätte für Kinder im Vorschulalter angestellt. Sie ist

vollzeitbeschäftigt; ihre regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit beträgt 38,5 Stunden. Sie ist mit einem Grundschullehrer verheiratet und hat zwei Kinder. Der Sohn ist etwa elf Jahre alt; die 1986 geborene Tochter wurde im August 1993 eingeschult.

Die Klägerin hat beantragt, zur Betreuung ihrer Tochter ihre Arbeitszeit vorübergehend auf 75 % der regelmäßigen vollen Arbeitszeit herabzusetzen. Die Klägerin berief sich auf § 10 des Berliner Landesantidiskriminierungsgesetzes (später Landesgleichstellungsgesetz – GleichstG BE) vom 31. Dezember 1990 (GVBl. 1991 S. 8, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Juni 1994 – GVBl. 1994 S. 182). Die Vorschrift lautet auszugsweise:

„§ 10 Arbeitszeit

(1) Unter Beachtung der dienstlichen Belange soll das Interesse der Dienstkräfte an flexibler, auf die individuellen Bedürfnisse zugeschnittener Gestaltung der Arbeitszeit berücksichtigt werden. ...

(3) Die Reduzierung der wöchentlichen Arbeitszeit zur Betreuung von Kindern und pflegebedürftigen Angehörigen steht der Wahrnehmung von gehobenen und Leitungspositionen nicht entgegen.

(4) Bei einer befristeten Arbeitszeitverkürzung zur Betreuung von Kindern oder pflegebedürftigen Angehörigen ist der Dienstkraft nach Ablauf der Frist ein gleichwertiger Vollzeit-arbeitsplatz anzubieten. ...“

Das beklagte Land lehnte den Antrag der Klägerin mit Schreiben vom 18. Mai 1993 ab; aus dienstlicher Sicht sei eine Reduzierung der Arbeitszeit beim Leitungspersonal in Kindertagesstätten nicht zu vertreten.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Mit ihrer Revision hat die Klägerin ihren ursprünglichen Klageantrag weiterverfolgt.

## II.

Nach dem bisherigen Sach- und Streitstand hätte die Revision der Klägerin Erfolg haben müssen. Der Klage wäre entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts stattzugeben gewesen.

1. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, da sich weder aus § 10 GleichstG BE noch aus anderen Rechtsgrundlagen ein Anspruch auf Herabsetzung der Arbeitszeit ergeben könne. Dieser Auffassung folgt der Senat nicht.

§ 10 GleichstG BE enthält entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht lediglich einen rechtsfolgenlosen politischen Programmsatz, sondern eine bindende Anweisung an die zuständigen Dienststellen. Ein Rechtsanspruch eines Arbeitnehmers auf Modifizierung seiner Arbeitszeit kann entstehen, wenn das Land das Gesetz nicht rechtsfehlerfrei anwendet, sei es, daß das Land seinen Entscheidungsspielraum nicht richtig anwendet, etwa sich von unsachlichen Erwägungen leiten läßt, sei es, daß es die Vorgaben des Gesetzes nicht hinreichend berücksichtigt.

Da es sich um eine Sollvorschrift handelt, steht die Entscheidung über das Gesuch eines Arbeitnehmers um Gewährung einer modifizierten Arbeitszeit nicht im freien Ermessen oder gar Belieben des Landes. Von einer Sollvorschrift darf nur abgewichen werden, wenn es hierfür einsichtige und vernünftige

Gründe gibt (BAG Beschluß vom 13. November 1991 – 7 ABR 8/91 – BAGE 69, 41, 47 = AP Nr. 9 zu § 26 BetrVG 1972, zu B 2 der Gründe, m.w.N.).

§ 10 Abs. 1 GleichstG BE, der von „flexibler Gestaltung der Arbeitszeit“ spricht, betrifft nicht nur die Lage, sondern auch den Umfang der Arbeitszeit. Das folgt entgegen der Auffassung des beklagten Landes aus den weiteren Gesetzesbestimmungen. In § 10 Abs. 1 Satz 3 und in den Absätzen 2 bis 6 GleichstG BE ist jeweils auch die Arbeitszeitreduzierung ausdrücklich als Fall der flexiblen Arbeitszeitgestaltung genannt.

Nach § 10 Abs. 3 GleichstG BE steht die Wahrnehmung von gehobenen oder Leitungsfunktionen der Reduzierung der wöchentlichen Arbeitszeit dann nicht entgegen, wenn die Reduzierung begehrt wird, um Kinder oder pflegebedürftige Angehörige zu betreuen. In dieser Regelung kommt zum Ausdruck („steht ... nicht entgegen“), daß allein die gehobene oder Leitungsfunktion bei der Abwägung dann nicht zugunsten der dienstlichen Belange durchschlagen darf, wenn Kinder oder pflegebedürftige Angehörige Ursache dafür sind, eine herabgesetzte Arbeitszeit zu begehren. Sollen die dienstlichen Belange in solchen Fällen stärker gewichtet werden als das individuelle Interesse, bedarf es zusätzlicher Gründe.

2. Hieran gemessen hätte das beklagte Land dem Antrag der Klägerin auf zeitweise Herabsetzung ihrer wöchentlichen Arbeitszeit von 38,5 auf 28,9 Stunden stattgeben müssen.

a) Das beklagte Land hat nicht in Abrede gestellt, daß die Klägerin ein durchaus verständliches, wenn nicht dringendes Interesse daran hatte, anlässlich der Einschulung ihrer Tochter ihre familiären Probleme durch eine Verkürzung ihrer Arbeitszeit zu lösen. Die Klägerin hat ihre Schwierigkeiten detailliert und nachvollziehbar dargestellt, die sich aus der Berufstätigkeit ihres Ehemannes, der Schulpflichtigkeit ihres Sohnes und der Notwendigkeit einer Betreuung der gerade erst schulpflichtigen Tochter ergaben. Gleichwohl hat das beklagte Land den dienstlichen Belangen den Vorrang eingeräumt. Zur Begründung hat das Land im Grunde nur ausgeführt, die Stellung der Klägerin als Leiterin der Kindertagesstätte dulde keine Reduzierung der Arbeitszeit.

Diese Begründung reichte nicht aus, den Antrag der Klägerin abzulehnen. Das beklagte Land hat unbeachtet gelassen, daß nach § 10 Abs. 3 GleichstG BE die Wahrnehmung einer Leitungsposition gerade nicht genügt, eine Arbeitszeitverkürzung zu verweigern.

b) Zudem läßt das beklagte Land unberücksichtigt, daß die von der Klägerin geleitete Kinderta-

gesstätte ohnehin länger geöffnet ist, als die Vollzeitarbeit der einzelnen dort beschäftigten Mitarbeiter beträgt. So ist die Kindertagesstätte auch schon morgens zwei Stunden vor dem Dienstbeginn der Klägerin geöffnet. Auch in diesen Zeiten muß, nach der Darstellung des beklagten Landes, die Leitungsfunktion ausgeübt werden. Das kann dann aber nur durch die Stellvertreterin der Klägerin geschehen. Warum bei einer Reduzierung der Arbeitszeit der Klägerin um ca. zehn Stunden wöchentlich, also ca. zwei Stunden täglich, nicht auch insoweit eine Vertretungsregelung Platz greifen könnte, hat das beklagte Land nicht einsichtig machen können. Der nach Darstellung des beklagten Landes unabdingbare Informationsaustausch zwischen Leiterin und stellvertretender Leiterin der Kindertagesstätte kann nicht nennenswert beeinträchtigt sein, wenn die Klägerin zwei Stunden am Tag weniger an ihrer Arbeitsstätte anwesend ist. Überdies hat die Klägerin gerade hierzu zusammen mit ihrer Vertreterin von sich aus eine Konzeption erarbeitet, die den diesbezüglichen Bedenken des beklagten Landes Rechnung trägt. Schlüssige Einwendungen dagegen hat das beklagte Land nicht vorgetragen. Schließlich hat das beklagte Land unberücksichtigt gelassen, daß es der Klägerin nicht um eine unbefristete Herabsetzung der Arbeitszeit ging, sondern nur um eine Übergangszeit von zwei Jahren.

### Urteil

#### ArbG Hamburg, §§ 615, 626 BGB Arbeitszeitreduzierung wegen Kinderbetreuung

*Ein Arbeitgeber darf an den Arbeitnehmer keine betrieblich nicht zwingenden Ansprüche stellen, die die Vereinbarkeit von Familie und Beruf verhindern.*

Urteil des ArbG Hamburg v. 4.12.1995 – 21 Ca 290/95 – n.rk.

Aus dem Sachverhalt:

Die Parteien verband ein Arbeitsverhältnis. Sie streiten um die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung sowie um die Zahlung von Arbeitsentgelt.

Die Beklagte betreibt gewerbsmäßig Arbeitnehmerüberlassung. Sie beschäftigt ungefähr 300 Arbeitnehmer.

Seit dem 21. März 1991 ist die Klägerin für die Beklagte als Hilfskraft tätig. Im Arbeitsvertrag heißt es, daß sich die Arbeitszeit nach den Bedürfnissen des Kunden richtet. Es ist eine wöchentliche Arbeitszeit von 37 Stunden vereinbart, der Bruttostundenlohn beträgt 11,50 DM.

Die Klägerin wohnte zunächst in Hamburg. Sie zog dann nach K. um. In der Zeit vom 23.6.1992 bis 22.6.1995 hatte sie Mutterschafts- und Erziehungsurlaub. Am 23.6.1995 meldete sie sich bei der Beklagten, um ihren Arbeitseinsatz zu besprechen. Die Klägerin kann ihre zwischenzeitlich geborene Tochter morgens um 7.00 Uhr zu einer Tagesmutter bringen und kann ungefähr um 8.00 Uhr am Hauptbahnhof in Hamburg sein. Dies teilte sie der Beklagten mit. Die Beklagte hielt der Klägerin vor, daß sie ihr eine Arbeit, die erst um 8.30 Uhr beginne, nicht

anbieten könne. Sie riet der Klägerin zu kündigen. Damit war die Klägerin nicht einverstanden.

Mit Schreiben vom 26.6.1995 erteilte die Beklagte der Klägerin eine Abmahnung. Darin warf die Beklagte der Klägerin vor, daß sie erst Einsätze ab 8.00 Uhr wahrnehmen könne und wies darauf hin, daß die Einsätze der Beklagten bei den Kunden in der Regel zwischen 6.00 und 7.00 Uhr beginnen würden. Mit Schreiben vom 27.6.1995 kündigte die Beklagte fristgemäß zum 31.7.1995. Mit Telegramm und Schreiben vom 30.6.1995 kündigte die Beklagte fristlos.

Mit ihrer am 21.7.1995 bei Gericht eingegangenen Klage macht die Klägerin geltend, daß die fristlose Kündigung unwirksam sei. Im Hinblick darauf, daß sie die Frist des § 4 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) in bezug auf die fristgemäße Kündigung nicht einhielt, akzeptiert sie die Wirksamkeit der fristgemäßen Kündigung. Die Klägerin verlangt des weiteren Arbeitsvergütung für die Zeit vom 23.6. bis 31.7.1995. Für 27 Tage à 8 Stunden à 11,50 DM brutto ergibt sich ein Betrag von 2.484,- DM brutto. Diese Summe ist der Höhe nach zwischen den Parteien unstreitig.

Aus den Gründen:

Die Klage ist zulässig und begründet. Die fristlose Kündigung der Beklagten ist rechtsunwirksam. Das Arbeitsverhältnis der Parteien bestand bis zum 31.7.1995 fort. Die Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin Arbeitsentgelt für die Zeit vom 23.6. bis 31.7.1995 in Höhe von 2.484,- DM brutto zu zahlen. Diese Entscheidung beruht in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht kurz zusammengefaßt im wesentlichen auf folgenden Erwägungen:

Die fristlose Kündigung der Beklagten vom 30.6.1995 ist rechtsunwirksam, weil ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB nicht besteht und die Klägerin die Kündigung innerhalb der Frist des § 4 KSchG gerichtlich angegriffen hat.

A. Das Gericht hat die fristlose Kündigung in zweierlei Hinsicht geprüft. Zum einen war geltend gemacht worden, daß die Klägerin dauerhaft wegen ihres Kindes nicht mehr imstande sei, die von ihr geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Des weiteren ist das Gericht dem Vorwurf der Beklagten nachgegangen, die Klägerin habe mehrfach ihr zugewiesene Arbeit nicht angetreten. Beide Vorwürfe erwiesen sich als nicht stichhaltig:

1. Die Klägerin hat die Arbeit nicht beharrlich verweigert. Die Beklagte hat nicht bewiesen, daß sie der Klägerin überhaupt in der Zeit zwischen dem 23.6.1995 und dem 30.6.1995 Arbeit zugewiesen hätte.

2. Die Klägerin ist auch weiterhin imstande, ihre Arbeitsleistung zu erbringen. Der Umstand, daß sie bis morgens 7.00 Uhr durch die Ausübung der elterlichen Sorge gegenüber ihrem Kind gebunden ist, macht die Durchführung des Arbeitsverhältnisses nicht unmöglich. Die Beklagte kann sie ab 7.30 Uhr im Norden Hamburgs, ab 8.00 Uhr in Hamburg und ab 8.30 Uhr im Süden Hamburgs einsetzen. Dies ist der Beklagten möglich. Die Beklagte ist auch gehal-