

und Männer nicht Gesetzesentsprechend verwirklichen. Die ganz herrschende Meinung gewährt daher dem benachteiligten Arbeitnehmer einen Erfüllungsanspruch im Umfang der Differenz zu der begünstigenden Abrede (vgl. Münchener Kommentar-Schaub, BGB, § 612 Randnummer 273; Staudinger-Richardi, BGB, § 612 Randnummer 65; Palandt-Putzo, BGB, § 612 Anmerkung 4; Soergel-Kraft, BGB § 612 Randnummer 20; vgl. auch BAG, AP Nr. 11 zu Artikel 119 EWG-Vertrag; BAG, 3 AZR 58/88 vom 23. Januar 1990). Dies muß jedenfalls für diejenige Zeit gelten, während der der Arbeitgeber für gleiche oder gleichwertige Arbeit einem Arbeitnehmer anderen Geschlechts tatsächlich die höhere Vergütung zahlt. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall für den Anspruchszeitraum gegeben.

Mitgeteilt von RAin Alexandra Goy, Berlin

Urteil

ArbG Hamburg, § 134 BGB i.V.m.
Art. 119 EWG-Vertrag, Art. 3 II GG
**Keine Kürzung des Weihnachtsgeldes
bei Erziehungsurlaub**

Eine vom Arbeitgeber vorgenommene (disproportionale) Kürzung der Weihnachtsgratifikation wegen unbezahlter Fehlzeiten ist als mittelbare Diskriminierung nichtig, wenn dadurch in erster Linie diejenigen betroffen sind, die Erziehungsurlaub in Anspruch nehmen.

Urteil des ArbG Hamburg vom 11.6.1990

Aus dem Sachverhalt:

Die Parteien streiten in rechnerisch unstrittiger Höhe um einen Teil der Weihnachtsgratifikation für das Jahr 1987.

Die Klägerin war vom 1. Januar 1986 bis zum 30. September 1989 als Steuerreferentin bei der Firma T. bzw. ihrer Rechtsnachfolgerin, der Beklagten, beschäftigt. Das monatliche Bruttogehalt betrug 1987 DM 5.076,-. Nach dem schriftlichen Arbeitsvertrag stand der Klägerin als garantiertes Weihnachtsgeld ein halbes Monatsgehalt zu. Der gleiche Betrag sollte zusätzlich als freiwilliges Weihnachtsgeld gezahlt werden. Nach Ziff. 6 des Arbeitsvertrages lag die Zahlung von freiwilligen Gratifikationen im freien Ermessen des Arbeitgebers und begründete weder dem Grunde noch der Höhe nach einen Rechtsanspruch. Nach der „Weihnachtsgeldbroschüre“ für 1987 behielt sich der Arbeitgeber vor, „den freiwilligen Teil der Weihnachtsgratifikation bei unbezahlten Fehlzeiten im Jahr 1987 zu kürzen. Der Anspruch auf Weihnachtsgeld entfällt, wenn der Mitarbeiter während des gesamten Jahres unbezahlt abwesend gewesen ist“. Entsprechend einer mit dem Betriebsrat getroffenen Betriebsvereinbarung sollte sich der freiwillige Teil des Weihnachtsgeldes für jede Woche unbezahlter Abwesenheit im Bezugszeitraum um 1/10 vermindern. Da die Klägerin 1987 18 Wochen wegen des von ihr genommenen Erziehungsurlaubs gefehlt hatte, wurde ihr der freiwillige Teil des Weihnachtsgeldes verweigert.

Aus den Gründen:

Die zulässige Klage ist begründet. Der Klägerin steht für 1987 die geltend gemachte zweite Hälfte der Weihnachtsgratifikation zu. Die Kürzungsregelung bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten ist wegen mittelbarer Frauendiskriminierung nichtig, soweit sich der Kürzungsvorbehalt objektiv überwiegend bei Frauen auswirkt, die Erziehungsurlaub genommen haben (vgl. I.). Auch bei unterstellter Wirksamkeit der Kürzungsregelung wäre im Einzelfall der Klägerin der Klageanspruch zumindest teilweise begründet (vgl. II.).

I.

Die Kürzungsregelung bei der Beklagten ist – soweit sie dem Anspruch der Klägerin entgegensteht – gemäß § 134 BGB in Verbindung mit dem Lohnleichheitsgebot aus Art. 119 EWG-Vertrag und Art. 3 Abs. 2 Grundgesetz nichtig.

1.

Nach nunmehr ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind kollektivrechtliche oder einzelvertragliche Regelungen, die gegen das Lohnleichheitsgebot verstoßen, nichtig. Dies gilt auch für Vergütungsregeln, die nur mittelbar nach dem Geschlecht differenzieren. Eine mittelbare Diskriminierung ist dann gegeben, wenn eine Regelung oder Maßnahme zwar unterschiedslos auf Männer oder Frauen anzuwenden ist, diese aber für Personen eines Geschlechts wesentlich nachteiligere Wirkungen entfaltet als bei Personen des anderen Geschlechts und diese nachteiligen Wirkungen auf dem Geschlecht oder der Geschlechtsrolle beruhen. Ein die unterschiedliche Behandlung der Geschlechter rechtfertigender Grund ist nur dann gegeben, wenn die unterschiedliche Behandlung einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens dient, für die Erreichung der unternehmerischen Ziele geeignet und nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit erforderlich ist. Der Arbeitgeber hat Tatsachen vorzutragen und zu beweisen, die diese unterschiedliche Behandlung rechtfertigen sollen (zusammenfassend BAG, Urteil vom 14. März 1989, DB 1989, 2336 mit umfangreichen Nachweisen).

2.

Nach diesen von der Kammer geteilten Maßstäben ist die Kürzungsregelung unwirksam. Es ist dabei unerheblich, ob man sie individualrechtlich begründet (Ausübung des einzelvertraglichen Vorbehalts oder des Vorbehalts aus der als Gesamtzusage begriffenen „Weihnachtsgeldbroschüre“) oder aber kollektivrechtlich (als Betriebsvereinbarung oder Regelungsabrede).

a) Die Kürzungsregelung wird zwar unterschiedslos auf Männer und Frauen angewendet. Sie wirkte sich 1987 im Betrieb der Rechtsvorgängerin der

Beklagten aber für Frauen nachteiliger aus, was auf deren Geschlechtsrolle beruhte. Entscheidend ist dabei allein die objektiv geschlechtsdiskriminierende Tendenz der Kürzungsregelung; auf eine entsprechende Absicht des Arbeitgebers kommt es nicht an.

Die Beklagte hat ohne Differenzierung im einzelnen vorgetragen, sie erfasse mit dem Begriff der unbezahlten Fehlzeiten im wesentlichen 5 Fallgruppen. Bei der Betrachtung, wie sich die Kürzungsregelung empirisch auswirkt, können zwei Fallgruppen vernachlässigt werden: Bei einem Frauenanteil von 80% können die Zeiten des Grundwehrdienstes insgesamt keine nachhaltige Rolle spielen. Ähnliches gilt, soweit die Beklagte sich auf unentschuldigte Fehlzeiten (also ohne Krankmeldung) beruft. Es ist nicht vorstellbar, daß die Beklagte Fehlzeiten dieser Art von mehr als 10 Wochen jährlich hinnimmt, ohne das Arbeitsverhältnis zu beenden. Relevant für die 10-Wochen-Grenze der Kürzungsregelung erscheinen daher die Zeiten des Erziehungsurlaubs, des unbezahlten Urlaubs und der Arbeitsunfähigkeit ohne Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Angesichts des Frauenanteils bei der Beklagten und der maximalen Länge des Erziehungsurlaubs 1987 von 10 Monaten (§§ 4 Abs. 1, 15 Abs. 1 Bundeserziehungsgeldgesetz), die – wie die Kammer aus dienstlich gewonnener eigener Sachkunde beurteilen kann – die durchschnittliche Länge von Zeiten der Arbeitsunfähigkeit ohne Anspruch auf Entgeltfortzahlung übersteigt, spricht der Beweis des ersten Anscheins dafür, daß durch die Kürzungsregelung in erster Linie diejenigen betroffen sind, die Erziehungsurlaub in Anspruch nehmen.

Nach dem (insoweit unbestrittenen) klägerischen Vortrag, der Lebenserfahrung und auch den allgemein zugänglichen statistischen Werten, wird Erziehungsurlaub aber ganz überwiegend nicht von den Vätern, sondern von den Müttern genommen. Die Ursachen dafür sind vielfältig (traditionelles Rollenverhalten, Karrierebrüche bei den Männern, niedrigere Gehälter der Frauen). Es muß ihnen im einzelnen nicht nachgegangen werden. Fest steht, daß bei der Inanspruchnahme von Erziehungsurlaub „globalere Daten eine geschlechtsspezifische Verschiebung aufweisen“, so daß die Klägerin ihrer „Verpflichtung zum Glaubhaftmachen von Tatsachen, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen“ nachgekommen ist. Es war daher Aufgabe der Beklagten darzulegen, daß in ihrem Betrieb die globalen geschlechtsspezifisch verschobenen Daten nicht in vergleichbarer Weise auftreten (Pfarr/Bertelsmann, Diskriminierung im Erwerbsleben, 1989, S. 126). Das hat die Beklagte nicht getan. Sie hat insbesondere nicht unter Beweisantritt dargelegt, daß abweichend vom Üblichen in ihrem Betrieb 1987

überwiegend Männer Erziehungsurlaub genommen haben oder daß die umstrittene Kürzungsregelung sich tatsächlich in erster Linie (geschlechtsneutral) bei den 2 anderen relevanten Fallgruppen ausgewirkt hat.

b) Die demnach festzustellende nachteilige Wirkung der Kürzungsregelung auf die Vergütungsansprüche von Frauen, die Erziehungsurlaub genommen haben, beruht auf dem weiblichen Geschlecht oder dieser Geschlechtsrolle. Trotz der geschlechtsneutralen Konzeption des Bundeserziehungsgeldgesetzes ist Erziehungsurlaub heute wie 1987 „Frauen-Sache“. Von der Kürzungsregelung sind wesentlich mehr Frauen als Männer nachteilig betroffen. Für den Ausschluß der Erziehungsurlauberinnen, die typischerweise mehr als 10 Wochen im Kalenderjahr gefehlt haben, vom freiwilligen Teil des Weihnachtsgeldes sind keine anderen Gründe als solche des Geschlechts oder der Geschlechtsrolle der Frau maßgebend.

c) Für diese mittelbare Diskriminierung bestanden keine objektiv rechtfertigenden Gründe.

An die Zulässigkeit einer Differenzierung sind, wie sich aus der einleitend zitierten BAG-Rechtsprechung ergibt, strenge Anforderungen zu stellen. Das folgt, soweit es um Erziehungsurlaub geht, nicht nur aus der Bedeutung und dem verfassungsrechtlichen Gewicht des Gedankens der Gleichberechtigung, sondern auch aus dem Schutzzweck des Bundeserziehungsgeldgesetzes (vgl. dazu BAG, 7. Dezember 1989, DB 1990, 842, 843: „Gesellschaftspolitisch erwünschte Entscheidung für Kinder und deren elterliche Betreuung in den ersten Lebensmonaten“).

Als möglicherweise rechtfertigenden Grund hat die Beklagte lediglich vorgetragen, das freiwillige Weihnachtsgeld solle die im Kalenderjahr geleistete Arbeit zusätzlich honorieren. Dafür ist es jedoch nicht erforderlich, Erziehungsurlauberinnen durch eine disproportionale Kürzung bereits nach 10 Wochen Abwesenheit leer ausgehen zu lassen. Eine solche Regelung ist auf jeden Fall unverhältnismäßig, wie sich bereits aus dem von der Beklagten zitierten Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 8. Oktober 1986 ergibt (DB 87, 795 = AP Nr. 7 zu § 8 a Mutterschutzgesetz 1968). Danach durften jährliche Sonderzahlungen, durch die „Betriebsstreu“ belohnt werden sollte, gar nicht und Leistungen des Arbeitgebers mit zumindest teilweisem Entgeltcharakter wegen Inanspruchnahme des Mutterschaftsurlaubs nur zeitanteilig gekürzt werden (im Fall der Klägerin 18/52). Ob eine solche proportionale Kürzung mit dem Gebot der Lohngleichheit vereinbar wäre, kann dahinstehen, da die Beklagte sich zu einer solchen Regelung nicht entschlossen hat.

d) Die Weihnachtsgeldregelung der Beklagten ist nach § 134 BGB nichtig, soweit der Vorbehalt disproportionaler Kürzung sich auf den Anspruch derjenigen Frauen, die Erziehungsurlaub genommen haben, auswirkt. Im übrigen bleibt die Gesamtregelung gültig. Denn die Regel des § 139 BGB, daß im Zweifel Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts anzunehmen sei, ist nicht anzuwenden, wenn eine Teilregelung – wie hier – gegen Arbeitnehmerschutzrechte verstößt, weil die geschützten Personen sonst durch die Nichtigkeit stärker geschädigt würden als durch den Verstoß. Es kann nicht festgestellt werden, daß der Arbeitgeber bei Kenntnis von der Unwirksamkeit des Vorbehalts disproportionaler Kürzung den freiwilligen Teil des Weihnachtsgeldes insgesamt gestrichen hätte. Der Klägerin steht daher die gesamte Klagforderung zu.

II.

Selbst wenn die Kürzungsregelung nicht wegen Verstoßes gegen Europa- und Verfassungsrecht nichtig sein sollte, stehen der Klägerin zumindest DM 1.660,-- brutto zu. Von der Klagforderung wären zeitanteilig (18/52) lediglich DM 878,-- abzuziehen. Davon ist bereits das oben zitierte Urteil vom 8. Oktober 1986 ausgegangen. Mit Urteil vom 15. Februar 1990 (Az. 6 AZR 381/88; DB 1990, 1416) hat das BAG zwar die Auffassung vertreten, eine freiwillig gewährte Weihnachtsgatifikation könne aufgrund vertraglichen Vorbehalts bei Fehlzeiten auch disproportional gekürzt werden. Es hat jedoch einschränkend hervorgehoben, daß die Überlegungen des Urteils ausschließlich krankheitsbedingte Fehlzeiten betreffen. Eine Übertragung dieser Überlegungen auf den Erziehungsurlaub würde an Art. 119 EWG-Vertrag scheitern; Erziehungsurlaub ist (noch) „Frauen-Sache“, Kranksein nicht.

Auch eine im Grundsatz zulässige disproportionaler Kürzung wegen Inanspruchnahme des Erziehungsurlaubs würde jedoch der richterlichen Kontrolle entsprechend § 315 BGB dahinter unterliegen, ob die wechselseitigen Interessen der Vertragsparteien gewahrt sind. Dies wäre – wie in dem Urteil vom 15. Februar 1990 unter II. 5. der Gründe für den Fall der krankheitsbedingten Fehlzeit entwickelt wird – nicht mehr der Fall, „wenn die Interessen des Arbeitgebers an der Minderung der Fehlzeiten und der Belohnung der Arbeitnehmer ... nicht mehr erkennbar sind und die Kürzung der Jahressonderzahlung ihre Steuerungsfunktion verliert und Sanktionscharakter erhält“. Danach soll eine Gratifikation wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten erst dann auf null gekürzt werden dürfen, wenn der Arbeitnehmer 12 Wochen gefehlt hat. Berücksichtigt man die lediglich 18wöchige Abwesenheit der Klägerin, den Schutzzweck des Bundeserziehungsgeldgesetzes, die Ausstrahlungswirkung der Art. 3 Abs. 1 und 6 Grundgesetz auf die privatrechtlichen Generalklauseln und die Verpflichtung, diese europarechtsfreundlich auszulegen, ergibt sich selbst nach den Maßstäben des Urteils vom 15. Februar 1990, daß im konkreten Fall der Klägerin die Kürzungsregelung der Beklagten einer Überprüfung nach § 315 BGB nicht standhält. Auch deshalb steht der Klägerin zumindest zeitanteiliges Weihnachtsgeld zu.

Mitgeteilt von RAin Sabine Scholz, Hamburg