

Christian Buchmüller

# **Arbeitsrecht 2023: Fünf wichtige gerichtliche Entscheidungen für die Praxis**

**Rechts-  
praxis**

**ifV** Akademie e.V.  
Gelsenkirchen

**ifV** Institut  
für Verwaltungs-  
wissenschaften gGmbH



## **ifV – Rechtspraxis R-2024/ 2**

---

## **Inhalt**

<b>A. Einleitung</b> .....	<b>3</b>
<b>B. Arbeitsrechtliche Entscheidungen</b> .....	<b>4</b>
I. BAG: Anforderungen an die Darlegung des Indizes einer Benachteiligung .....	4
II. BAG: Erschütterung des Beweiswertes der AU-Bescheinigung .....	7
III. BAG: Arbeitgeberseitige Weisungen während der Freizeit.....	11
IV. EuGH: Zusätzliche tarifliche Vergütung von Teilzeitbeschäftigten .....	14
V. BAG: Kündigung bei rassistischen/menschenverachtenden Äußerungen in Chatgruppen.....	19
<b>C. Schlussbetrachtung und Ausblick</b> .....	<b>22</b>

## A. Einleitung

Das Wort des Jahres 2023 lautete „Krisenmodus“. Die Gesellschaft für deutsche Sprache begründete diese Wahl mit der gefühlten Ballung und Notwendigkeit der Bewältigung diverser Krisen wie etwa den Klimawandel, die Kriege in der Ukraine und im Nahen Osten, Inflation auf hohem Niveau und die (erneute) Zuspitzung der Staatsverschuldung in der Eurozone.<sup>1</sup> Hinzu kam die Entscheidung des BVerfG<sup>2</sup> zur Verfassungswidrigkeit des zweiten Nachtragshaushaltsgesetzes 2021<sup>3</sup>, welche die Bundesregierung zeitweise in eine „Haushaltskrise“<sup>4</sup> versetzte und die zukünftig zumindest mittelbar ebenfalls Auswirkungen auf die Ausstattung des öffentlichen Dienstes haben dürfte. Nicht zuletzt mag es bei Arbeitgebern im öffentlichen Dienst im vergangenen Jahr im Zuge der – stellenweise im Hauruckverfahren vorzunehmenden – Umsetzung der Vorgaben des HinSchG<sup>5</sup> sowie des sogenannten „Stechuhrurteils“ des BAG<sup>6</sup>, wo gesetzgeberseitig inzwischen Stillstand im Zusammenhang mit der Reform des ArbZG<sup>7</sup> eingetreten zu sein scheint<sup>8</sup>,

zuweilen krisenartige Zustände gegeben haben.

Im Gegensatz hierzu dürften Arbeitgeber im öffentlichen Dienst die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte im Jahr 2023 in positiverer Erinnerung behalten. So wurden an verschiedenen Stellen Entscheidungen getroffen, die insgesamt als arbeitgeberfreundlich zu bezeichnen sind. Gleichwohl ergingen in diesem Jahr wiederum auch Entscheidungen, welche die Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes – aller Voraussicht nach – vor Herausforderungen stellen werden.

Nachfolgend werden fünf Entscheidungen präsentiert, denen zwar Sachverhalte aus der Privatwirtschaft zugrunde lagen, die sich jedoch im Kern ebenfalls auf die Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes übertragen lassen. Hierzu wird für jede Entscheidung der zugrundeliegende Sachverhalt und die maßgeblichen Entscheidungsgründe pointiert wiedergegeben. Sodann wird die jeweilige Entscheidung im Lichte des öffentlichen Dienstes betrachtet und im Hinblick auf das rechtliche Gesamtgefüge bewertet. Zuletzt wird ein Praxisausblick – teilweise ergänzt um Handlungsempfehlungen – gegeben.

<sup>1</sup> Pressemitteilung der GfdS vom 8. Dezember 2023, verfügbar unter <https://gfdS.de/wort-des-jahres-2023/>, zuletzt abgerufen am 19.02.2024.

<sup>2</sup> BVerfG, Urt. v. 15.11.2023 – 2 BvF 1/22 – juris.

<sup>3</sup> Gesetz über die Feststellung eines Zweiten Nachtrags zum Bundeshaushaltsplan für das Haushaltsjahr 2021 (Zweites Nachtragshaushaltsgesetz 2021) vom 17. Februar 2022 (BGBl. I S. 194).

<sup>4</sup> So die Begrifflichkeit in diversen Medien wie etwa Zeit Online im Artikel „Ampelkoalition erzielt Einigung im Haushaltsstreit“ vom 13. Dezember 2023, verfügbar unter <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2023-12/ampelkoalition-erzielt-einigung-im-haushaltsstreit>, zuletzt abgerufen am 19.02.2024.

<sup>5</sup> Gesetz für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen (Hinweisgeberschutzgesetz - HinSchG) vom 31. Mai 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 140).

<sup>6</sup> Beschl. v. 13.09.2022 – 1 ABR 22/21 – juris, siehe hierzu im Einzelnen *Buchmüller/Immich*, ifV-Rechtspraxis R-2023/2, 1, 10 ff., verfügbar unter [https://www.ifv.de/fileadmin/user\\_upload/ifV\\_-\\_R-2023-2-Buchmueller-Immich.pdf](https://www.ifv.de/fileadmin/user_upload/ifV_-_R-2023-2-Buchmueller-Immich.pdf), zuletzt abgerufen am 19.02.2024.

<sup>7</sup> Arbeitszeitgesetz vom 6. Juni 1994 (BGBl. I S. 1170, 1171), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3334) geändert worden ist.

<sup>8</sup> So die Berichterstattung von tagesschau.de „Wo bleibt das Gesetz zur Arbeitszeiterfassung“ vom 31. Oktober 2023, verfügbar unter <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/arbeitszeiterfassung-gesetz-100.html>, zuletzt abgerufen am 19.02.2024.

[gesetz-100.html](https://www.tagesschau.de/wirtschaft/arbeitszeiterfassung-gesetz-100.html), zuletzt abgerufen am 19.02.2024.

## B. Arbeitsrechtliche Entscheidungen

Nachdem der EuGH noch im Jahr 2022 dem Arbeitsrecht insbesondere im Urlaubsrecht seinen Stempel aufgedrückt hat,<sup>9</sup> standen für die Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes im Jahr 2023 Entscheidungen des BAG im Fokus.

Das Gericht stellte hierbei einen wesentlichen Aspekt im Zusammenhang mit Entschädigungsfordernungen nach dem AGG<sup>10</sup> klar, schärfte die Maßstäbe der Kündigungsmöglichkeit bei menschenverachtenden/rassistischen Äußerungen des Arbeitnehmers im (vermeintlichen) Privatbereich weiter aus und setzte neue rechtliche Maßstäbe bezüglich des Beweiswertes von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen sowie arbeitgeberseitiger Weisungen während der Freizeit des Arbeitnehmers. Aber auch eine Entscheidung des EuGH zur zusätzlichen tariflichen Vergütung des Bordpersonals der Lufthansa CityLine hat, obwohl in der Privatwirtschaft angesiedelt, potenziell weitgehende Auswirkungen ebenfalls auf die tariflichen (Teilzeit-)Beschäftigten des öffentlichen Dienstes.

### I. BAG: Anforderungen an die Darlegung des Indizes einer Benachteiligung

Im Anwendungsbereich des AGG gilt eine komplexe, im deutschen Recht einzigartige Regelung in Bezug auf die Darlegungs- und Beweislast im Zusammenhang mit einer diskriminierenden Benachteiligung.<sup>11</sup> Die entsprechende Regelung findet sich in § 22 AGG: Gelingt es dem Benachteiligungskläger Indizien zu beweisen, die eine Benachteiligung im Sinne des Gesetzes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat. Zweck der Regelung ist es, dem klagenden Beschäftigten – hierzu zählen nach § 6 Abs. 1 S. 2 auch Bewerber<sup>12</sup> auf eine Stelle – den vollumfänglichen Nachweis von

Tatsachen zu ersparen, die ihm unbekannt sind, weil sie aus dem Einflussbereich des (potenziellen) Arbeitgebers stammen.<sup>13</sup> Die Regelung des § 22 AGG hat damit für die Praxis ganz erhebliche Bedeutung, insbesondere im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen nach § 15 Abs. 2 AGG durch erfolglose Bewerber. Mit Urteil vom 14. Juni 2023<sup>14</sup> hat sich das BAG nunmehr deutlich dahingehend positioniert, welche Anforderungen es an die Darlegung des Indizes einer Benachteiligung durch den Bewerber stellt. Die Hürden sind hierfür nicht sonderlich hoch.

#### 1. Sachverhalt

Im August 2019 reichte der Kläger unter Hinweis auf seine Schwerbehinderung eine Bewerbung bei der Beklagten auf eine ausgeschriebene Stelle als „Scrum Master Energy (w/m/d)“ ein. Die Beklagte sagte dem Kläger wenige Tage später zunächst ohne Begründung ab. Im Anschluss machte der Kläger binnen Zwei-Monats-Frist im Oktober 2019 einen Anspruch auf Entschädigung aus § 15 Abs. 2 AGG geltend.

Diesen Anspruch wies die Beklagte im November 2019 mit der Argumentation zurück, die Absage erteilt zu haben, weil K die Anforderungen der Stellenausschreibung nicht erfülle. Ende November 2019 forderte der Kläger die Beklagte schriftlich auf, ihm nachzuweisen, dass sie bezüglich der Auswahlkriterien alle Bewerber gleichbehandelt habe. Hierauf erfolgte keine Reaktion der Beklagten.

Der Kläger machte daraufhin klageweise die geforderte Entschädigung geltend. Er vertrat dabei die Auffassung, die Beklagte habe ihn unter Verletzung der entsprechenden gesetzlichen Pflichten wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt. Die Beklagte habe gegen diverse Pflichten aus § 164 Abs. 1 SGB IX<sup>15</sup> verstoßen. Insbesondere habe die Beklagte die Pflicht nach § 164 Abs. 1 S. 4 SGB IX verletzt, den bei ihr eingerichteten Betriebsrat über seine Bewerbung unmittelbar nach deren Eingang zu unterrichten.

Die Beklagte war demgegenüber der Ansicht, dass der Kläger durch seinen Vortrag keine Indizien im

<sup>9</sup> EuGH, Urt. v. 22.09.2022 – C 120/21 – juris, sowie C-518/20 und C-727/20 (*Fraport*) – juris.

<sup>10</sup> Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2510) geändert worden ist.

<sup>11</sup> *Schlachter* in ErfK, 24. Aufl. 2024, § 22 AGG Rn. 1; *Thüsing* in MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 22 AG Rn. 3 m.w.N.

<sup>12</sup> Der Bewerberstatus im Sinne des AGG wird mit Zugang der Bewerbung bei dem potenziellen Arbeitgeber erreicht, ohne dass dieser tatsächlich von der Bewerbung Kenntnis nehmen muss, BAG, Urt. v. 23.01.2020 – 8 AZR 484/18 – juris, Rn. 18 f.

<sup>13</sup> *Schlachter* in ErfK, 24. Aufl. 2024, § 22 AGG Rn. 1.

<sup>14</sup> 8 AZR 136/22 – juris.

<sup>15</sup> Neuntes Buch Sozialgesetzbuch vom 23. Dezember 2016 (BGBl. I S. 3234), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 6. Juni 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 146) geändert worden ist (SGB IX)

Sinne des § 22 AGG dargelegt habe, aufgrund derer auf eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes bzw. der Schwerkbehinderung zu schließen sei. Selbst für den Fall, dass dem Kläger in Ermangelung eigener Erkenntnismöglichkeiten Erleichterungen bei der Darlegungslast zugutekommen müssten, sei sein Vortrag nicht ausreichend. Die Äußerung von Vermutungen genüge nur dann den Anforderungen an die Darlegungslast, wenn es hierfür nachvollziehbare Anknüpfungstatsachen als Grundlage gebe. Derartige Tatsachen habe der Kläger nicht angeführt. Er habe lediglich unbeachtliche Behauptungen „*ins Blaue hinein*“ aufgestellt.

Im Hinblick auf den Vorhalt, dass sie den Betriebsrat nicht unmittelbar über die Bewerbung des Klägers nach deren Eingang informiert habe, zog sich die Beklagte während des Rechtsstreits auf den Standpunkt zurück, sie sehe aus „*prinzipiellen Erwägungen*“ von einer Erwiderung zu diesem Aspekt ab.

## 2. Entscheidungsgründe

Nachdem erstinstanzlich das ArbG Hamburg die Klage noch abgewiesen<sup>16</sup> und das LAG Hamburg die Berufung des Klägers hiergegen zurückgewiesen<sup>17</sup> hatte, hob das BAG das Urteil des LAG Hamburg auf und änderte das Urteil des ArbG Hamburg dahingehend ab, dass der Arbeitgeber verurteilt wurde, an den Kläger eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG in Höhe von 7.500 Euro zu zahlen. Dies entsprach 1,5 Bruttomonatsverdiensten, die auf der Stelle erzielbar waren.

Anders als die Vorinstanzen wertete das BAG dabei den Vortrag des Klägers, dass die Beklagte gegen diverse Pflichten aus § 164 S. 1 SGB IX verstoßen und in diesem Zusammenhang insbesondere den Betriebsrat nicht über die Bewerbung des Klägers unmittelbar nach deren Eingang unterrichtet habe, nicht als Behauptung „*ins Blaue*“.

So müsse der Kläger zwar Indizien für eine Benachteiligung darlegen und beweisen, damit § 22 AGG greife und die Beklagte nachweisen müsse, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen habe. Allerdings seien an die Substantiierungslast, also die Pflicht der darlegungs- und beweisbelasteten Partei, im Prozess situativ den Sachvortrag näher zu konkretisieren und zu belegen,<sup>18</sup> keine überzogenen Anfor-

derungen zu stellen. So sei es nicht erforderlich, den streitigen Lebenssachverhalt bis in das letzte Detail wiederzugeben. Ausreichend sei vielmehr, dass die darlegungs- und beweisbelastete Partei Tatsachen vortrage, „*die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich [seien], das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen.*“ Darüberhinausgehender Sachvortrag sei nicht notwendig. Nach Auffassung des Gerichts ist es mit anderen Worten für eine schlüssige Darlegung des Lebenssachverhalts, auf den die vortragende Partei eine Rechtsfolge stützt, bereits ausreichend, dass sich die hiermit verknüpften rechtlichen Voraussetzungen in den geschilderten Tatsachen wiederfinden. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des BAG sowie des BGH.<sup>19</sup>

Bei der Darlegung des Lebenssachverhalts dürfe die vortragende Partei ebenfalls Tatsachen behaupten, die sie lediglich annehme. Die Verwendung derartiger Annahmen sei zulässig, wenn die Partei in Ermangelung entsprechender Erkenntnisquellen oder Expertise kein zuverlässiges Wissen besitze und auch nicht erwerben könne, die Tatsachen aber nach den Gegebenheiten für naheliegend oder zumindest möglich halte. Die Grenze zur – unzulässigen – Behauptung „*ins Blaue*“ sei dabei erst erreicht, wenn der Tatsachenvortrag völlig willkürlich sei. Willkürliche Behauptungen seien aber grundsätzlich erst dann anzunehmen, wenn es keinerlei tatsächliche Anhaltspunkte für den Tatsachenvortrag gebe. Dies entspricht wiederum der ständigen Rechtsprechung des BAG sowie des BGH.<sup>20</sup>

In Anbetracht dieser prozessualen Grundsätze sei der Kläger durch die Behauptung, die Beklagte habe unter Verstoß gegen § 164 S. 1 SGB IX den Betriebsrat nicht zeitgerecht über seine Bewerbung unterrichtet, der Substantiierungslast in ausreichender Weise nachgekommen. Zwar habe der Kläger diesen Verstoß lediglich vermutet. Jedoch spiele sich ein entsprechender Lebenssachverhalt ausschließlich in der Sphäre der Beklagten ab.

Insofern fehle es dem Kläger an der Kenntnis von einer fehlenden Unterrichtung des Betriebsrats und der Möglichkeit, diese Kenntnis zu erlangen. Denn der Kläger habe faktisch keine Einsicht in die Sphäre der Beklagten und können diese auch nicht in zumutbarer Weise erlangen. Weder habe der Kläger vorab den Betriebsrat – hier war anscheinend der

<sup>16</sup> Urt. v. 02.09.2020 – 28 Ca 142/20 – juris.

<sup>17</sup> Urt. v. 02.07.2021 – 2 Sa 58/20 – juris.

<sup>18</sup> *Prütting* in MüKo ZPO, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 286 Rn. 139.

<sup>19</sup> BAG, Urt. v. 14.12.2011 – 10 AZR 517/10 – juris, Rn. 13; BGH, Urt. v. 29.01.2020 – VIII ZR 80/18 – juris Rn. 55, jeweils m.w.N.

<sup>20</sup> BAG, Urt. v. 10.09.2014 – 10 AZR 959/13 – juris, Rn. 29; BGH, Beschl. v. 10.01.2023 – VIII ZR 9/21 – juris, Rn. 15, m.w.N.

Name des Betriebsratsvorsitzenden bekannt – bezüglich der Frage nach der Unterrichtung zu kontaktieren, da gegenüber dem Kläger keine Pflicht des Betriebsrats existiere, diese Information preiszugeben. Noch habe der Kläger den Versuch zu unternehmen, die Information unmittelbar von der beklagten Arbeitgeberin vor der Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs aus § 15 Abs. 2 AGG im Wege eines Auskunftsanspruchs zu erlangen. Es sei bereits fraglich, ob die Geltendmachung eines derartigen Anspruchs vor dem Hintergrund des kurzen Fristenregimes aus § 15 Abs. 4 AGG (schriftliche Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs binnen zwei Monaten ab Zugang der Ablehnung) und § 61b Abs. 1 ArbGG<sup>21</sup> (Klageerhebung binnen drei Monaten nachdem der Entschädigungsanspruch geltend gemacht worden ist) zumutbar sei. Jedenfalls widerspreche ein vorgeschaltetes Auskunftserteilungsverfahren dem europarechtlichen Rahmen des AGG<sup>22</sup>, da hierdurch die Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs unter Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz übermäßig erschwert werde.<sup>23</sup>

Dementsprechend habe der Kläger über die Äußerung der Vermutung der unterbliebenen Unterrichtung des Betriebsrats hinaus keine konkreten Tatsachen hinsichtlich des Vorgangs bei der Beklagten darzulegen und zu beweisen. Insofern sei ihm keine Willkür vorzuwerfen. Mangels Kenntnis der Vorgänge bei der Beklagten und der Unzumutbarkeit, sich diesbezüglich Erkenntnisse zu verschaffen, sei dem Kläger lediglich die Möglichkeit geblieben, zur Substantiierung des Sachvortrags die entsprechende Vermutung zu äußern. Demgegenüber habe die Beklagte Kenntnis der tatsächlichen Umstände im Zusammenhang mit der Unterrichtung des Betriebsrats gehabt und hätte hierzu ohne Weiteres Angaben im Verfahren machen können. Zuletzt sei die Annahme, dass der Kläger dem Erfordernis substantiierten Vortrags nachgekommen sei, auch in Anbetracht des europarechtlichen Rahmens des AGG angezeigt. Bei indizierter Benachteiligung sei durch die Gerichte sicherzustellen, dass die Verweigerung der beklagten Partei, Informationen – hier bezüglich der unmittelbaren Unterrichtung des Betriebsrats – bereitzustellen, nicht die mit den entsprechenden Richtlinien des Diskriminierungs-

schutzes<sup>24</sup> verfolgten Ziele zu beeinträchtigen drohe.<sup>25</sup>

Die Beklagte habe die Behauptung des Klägers, dass sie den Betriebsrat nicht unmittelbar nach Eingang der Bewerbung unterrichtet habe, nicht bestritten. Der Klägervortrag gelte somit nach § 138 Abs. 3 ZPO<sup>26</sup> als zugestanden. Folglich sei wegen des Verstoßes gegen § 164 Abs. 1 S. 4 SGB IX die Benachteiligung des Klägers gemäß §§ 7 Abs. 1, 3 Abs. 1, 1 AGG wegen seiner Behinderung indiziert gewesen.<sup>27</sup> Denn ein derartiger Verstoß des Arbeitgebers gegen Vorschriften, die Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthielten, begründe in der Regel die Vermutung einer Benachteiligung wegen der (Schwer-)Behinderung, weil derartige Pflichtverletzungen grundsätzlich geeignet seien, den Anschein zu erwecken, an der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen nicht interessiert zu sein.<sup>28</sup> Weder habe die Beklagte dieses Indiz widerlegen<sup>29</sup> können, noch sei dem Kläger im Zusammenhang mit seiner Bewerbung rechtsmissbräuchliches Verhalten<sup>30</sup> nach § 242 BGB<sup>31</sup> vorzuwerfen.

<sup>24</sup> Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse und der ethnischen Herkunft (Abl. L 180 vom 19.07.2000, S. 22), Richtlinie 2000/78/EG (Fn. 22) und Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung) (Abl. L 204 vom 26.07.2006, S. 23).

<sup>25</sup> EuGH, Urt. v. 19.04.2012 – C-415/10 (*Meister*) – juris, Rn. 40.

<sup>26</sup> Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 411) geändert worden ist.

<sup>27</sup> So schon BAG, Urt. v. 25.11.2021 – 8 AZR 313/20 – juris, Rn. 31.

<sup>28</sup> Ständige Rechtsprechung, siehe beispielsweise BAG, Urt. v. 02.06.2022 – 8 AZR 191/21 – juris, Rn. 30, m.w.N.

<sup>29</sup> Zu den Anforderungen an die Widerlegung einer indizierten Benachteiligung siehe beispielsweise BAG, Urt. v. 23.01.2020 – 8 AZR 484/18 – juris, Rn. 36 f.

<sup>30</sup> Zu dem Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens siehe beispielsweise BAG, Urt. v. 19.01.2023 – 8 AZR 437/21 – juris, Rn. 43 ff.; zuletzt LAG Hamm, Urt. v. 15.12.2023 – 6 Sa 896/23 – juris, Rn. 86 ff.

<sup>31</sup> Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 34 Absatz 3 des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 411) geändert worden ist.

<sup>21</sup> Arbeitsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Juli 1979 (BGBl. I S. 853, 1036), das zuletzt durch Artikel 17 des Gesetzes vom 8. Oktober 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 272) geändert worden ist

<sup>22</sup> Hier Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Abl. L 303 vom 02.12.2000, S. 16).

<sup>23</sup> EuGH, Urt. v. 16.01.2014 – C-429/12 (*Pohl*) – juris, Rn. 23.

### 3. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Mit seiner Entscheidung verknüpft das BAG konsequent die Grundsätze, die es in der Vergangenheit zum einen zu der Substantierungslast der darlegungsbelasteten Parteien und zum anderen zu der Indizwirkung im Zusammenhang mit Verstößen gegen die Verfahrens- und/oder Förderpflichten des SGB IX zugunsten schwerbehinderter Menschen entwickelt hat. In der Folge gelangt im Hinblick auf die Substantierungslast eine Rechtsprechung zur Anwendung, die faktisch sehr hohe Anforderungen dafür setzt, dass eine unzulässige Behauptung „*ins Blaue*“ vorliegt.<sup>32</sup> Diese Rechtsprechung tritt in eine Wechselwirkung mit dem ohnehin bereits durch § 22 AGG – aus guten Gründen – herabgesetzten Maßstab der Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf Verstöße gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung. Im Ergebnis genügt die bloße Behauptung des Verstoßes gegen Verfahrens- und/oder Förderpflichten des SGB IX, um die Benachteiligung nach § 22 AGG zu indizieren.<sup>33</sup> Dies gilt freilich nur dann, wenn der Arbeitgeber die Einhaltung der entsprechenden Verfahrens- und Förderpflichten des SGB IX nicht nachweisen kann.

Die Entscheidung des BAG betraf einen Sachverhalt der Privatwirtschaft, lässt sich aber ohne weiteres auf die Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes übertragen. Der Umstand, dass der unterlegene Bewerber im Stellenbesetzungsverfahren des öffentlichen Dienstes einen nach Art. 33 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG<sup>34</sup> abzuleitenden Anspruch auf Akteneinsicht hat, um die schriftlich fixierten, wesentlichen Auswahlerwägungen nachzuvollziehen und gegebenenfalls gerichtlich angreifen zu können,<sup>35</sup> ändert hieran nichts. Denn auch in diesem Fall würde jedenfalls die Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG unter Verstoß gegen den europarechtlichen

<sup>32</sup> Ebenso *Stadler* in Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl. 2023, § 138 Rn. 6; a.A. *Fritsche* in MüKo ZPO, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 138 Rn. 8 ff., m.w.N., der jegliche Tatsachenvermutung als zulässig ansieht, es sei denn, es handle sich um wissentlich unwahres Vorbringen.

<sup>33</sup> Kritisch *Eufinger*, GWR 2023, 361 („Hürden für den Indizvortrag nach § 22 AGG noch einmal heruntergeschraubt“); *Jesgarzewski*, AA 2023, 203, 204 („Entscheidung legt die Schwelle für den klägerischen Vortrag sehr niedrig an“); *Wieberneit*, EWIR 2024, 28, 29 („marginale Anforderungen“ an den Sachvortrag).

<sup>34</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2478) geändert worden ist.

<sup>35</sup> BVerfG, Beschl. v. 09.07.2007 – 2 BvR 206/07 – juris, Rn. 21, m.w.N.

Effektivitätsgrundsatz wesentlich erschwert.

Die Entscheidung verdeutlicht, dass ein äußerst sorgfältig geführtes Stellenbesetzungsverfahren der einzige Weg für Arbeitgeber ist, sich vor Entschädigungsansprüchen gemäß § 15 Abs. 2 AGG zu schützen. Gerade im Bereich des Schwerbehindertenrechts existieren diverse Verfahrens- und Förderpflichten – insbesondere bezüglich der unmittelbaren Unterrichtung des Personalrats und der Schwerbehindertenvertretung nach § 164 Abs. 1 S. 4 SGB IX, der Einladung von Bewerbern mit Schwerbehinderung zum Vorstellungsgespräch nach § 165 S. 3 SGB IX<sup>36</sup> und der frühzeitigen Einbeziehung der Arbeitsagentur im Stellenbesetzungsverfahren nach § 165 S. 1 SGB IX<sup>37</sup> –, die Arbeitgeber (des öffentlichen Dienstes) ohne Wenn und Aber einhalten und entsprechend dokumentieren müssen. Denn durch das Errichten einer Mauer des Schweigens kann sich der Arbeitgeber bei dem Verstoß gegen eine Verfahrens- und Förderpflicht faktisch nicht dem Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG entziehen.

### II. BAG: Erschütterung des Beweiswertes der AU-Bescheinigung

Arbeitnehmer haben bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung bis zur Dauer von sechs Wochen. Dies ergibt sich aus § 22 Abs. 1 S. 1 TVöD<sup>38</sup>/TV-L<sup>39</sup> bzw. – bei Arbeitnehmern, die nicht tariflich im öffentlichen Dienst beschäftigt sind – aus § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG<sup>40</sup>. Hierbei handelt es sich

<sup>36</sup> Zuletzt zu dem Erfordernis einen Ersatztermin bei Vorliegen eines hinreichend gewichtigen Verhinderungsgrundes des Bewerbers anzubieten BAG, Ur. v. 23.11.2023 – 8 AZR 164/22 – juris, Rn. 39 f.

<sup>37</sup> Siehe hierzu im Einzelnen *Buchmüller/Immich*, ifV-Rechtspraxis R-2023/2, 1, 4 ff., verfügbar unter [https://www.ifv.de/fileadmin/user\\_upload/ifV\\_-\\_R-2023-2-Buchmueller-Immich.pdf](https://www.ifv.de/fileadmin/user_upload/ifV_-_R-2023-2-Buchmueller-Immich.pdf), zuletzt abgerufen am 19.02.2024.

<sup>38</sup> Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) vom 13. September 2005, zuletzt geändert durch Änderungstarifvertrag Nr. 21 vom 22. April 2023.

<sup>39</sup> Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) vom 12. Oktober 2006, zuletzt geändert durch Änderungstarifvertrag Nr. 13 vom 9. Dezember 2023.

<sup>40</sup> Für Beschäftigte des Landes Hessen ergibt sich dies aus § 22 Abs. 1 S. 1 des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst des Landes Hessen (TV-H) vom 1. September 2009 in der Fassung des Änderungstarifvertrages Nr. 22 vom 27. Oktober 2022.

<sup>41</sup> Entgeltfortzahlungsgesetz vom 26. Mai 1994 (BGBl. I S. 1014, 1065), das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 22. November 2019 (BGBl. I S. 1746) geändert worden ist.

um eine gesetzliche Ausnahme zu dem Grundsatz, dass ohne entsprechende Arbeitsleistung des Arbeitnehmers keine Vergütung zu entrichten ist („Kein Lohn ohne Arbeit“).<sup>43</sup>

Im Zusammenhang mit ordentlichen Kündigungen entfalten die Regelungen praktische Relevanz, wenn der Arbeitnehmer im Zeitraum der Kündigungsfrist bei Vorlage einer entsprechenden AU-Bescheinigung erkrankt. Hier kann sich die Frage des Beweiswertes einer solchen AU-Bescheinigung stellen. Über eine derartige Konstellation hat das BAG mit Urteil vom 13. Dezember 2023<sup>44</sup> entschieden.

## 1. Sachverhalt

Ab März 2021 war der Kläger bei der Beklagten, der Betreiberin einer Zeitarbeitsfirma, beschäftigt. Der Kläger meldete sich, nachdem er von der Beklagten seit dem 21. April 2022 nicht mehr eingesetzt worden war, am 2. Mai 2022 unter Vorlage einer auf denselben Tag datierten, ärztlichen AU-Bescheinigung zunächst bis einschließlich zum 6. Mai 2022 krank.

Mit Schreiben vom selben Tag, zugegangen am 3. Mai 2022, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristgerecht zum 31. Mai 2022. Durch Folgebescheinigungen vom 6. sowie 20. Mai 2022 wurde die Arbeitsunfähigkeit des Klägers zuletzt bis zum 31. Mai 2022 festgestellt. Am 1. Juni 2022 nahm der Kläger eine neue Beschäftigung für einen anderen Arbeitgeber auf.

Die Beklagte verweigerte daraufhin die Entgeltfortzahlung an den Kläger für den Zeitraum vom 2. bis zum 31. Mai 2022. Sie vertrat dabei die Auffassung, der Beweiswert der vorgelegten AU-Bescheinigungen sei dadurch erschüttert, dass der Kläger sich „gleichzeitig“ mit Kündigungsausspruch seitens der Beklagten krankgemeldet habe und der Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit passgenau zur verbleibenden restlichen Zeit des Arbeitsverhältnisses gewesen sei.

<sup>42</sup> Weitere Voraussetzung ist nach § 3 Abs. 3 EFZG eine mindestens vierwöchige ununterbrochene Dauer des Arbeitsverhältnisses.

<sup>43</sup> Müller-Glöge in MüKo BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 3 EFZG Rn. 3.

<sup>44</sup> 5 AZR 137/23, bislang nur verfügbar als PM 45/23 unter <https://www.bundesarbeitsgericht.de/presse/erschuetterung-des-beweiswerts-von-arbeitsunfaehigkeitsbescheinigungen/>, zuletzt abgerufen am 19.02.2024.

## 2. Verfahrensgang

Das ArbG Hildesheim gab der sich anschließenden Klage auf Entgeltfortzahlung statt<sup>45</sup>, da es keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Erschütterung des Beweiswertes der AU-Bescheinigungen sah, die der Kläger vorgelegt hatte. Der Umstand, dass die Arbeitsunfähigkeit des Klägers mit Ablauf der Kündigungsfrist wiederhergestellt gewesen sei, reiche nicht aus, um den Beweiswert der AU-Bescheinigung zu erschüttern.

Auch die gegen das Urteil gerichtete Berufung der Beklagten vor dem LAG Niedersachsen wurde zurückgewiesen.<sup>46</sup> Zwar erkannte das Gericht an, dass der Beweiswert einer AU-Bescheinigung in Ausnahmefällen erschüttert sein könne. So sei der Beweiswert der AU-Bescheinigung nach neuerer Rechtsprechung des BAG<sup>47</sup> erschüttert, wenn der Arbeitnehmer die Kündigung ausspreche und die (vermeintliche) Arbeitsunfähigkeit sodann passgenau vom Tag des Kündigungsausspruchs bis zum letzten Tag des Arbeitsverhältnisses andauere. Auch könne man diese Rechtsprechung gegebenenfalls auf die Situation der Arbeitgeberkündigung entsprechend übertragen. Jedoch sei die neuere Rechtsprechung des BAG in dem zu entscheidenden Sachverhalt nicht einschlägig. Es sei keine Koinzidenz zwischen der arbeitgeberseitigen Kündigung und der Arbeitsunfähigkeit des Klägers gegeben, weil der Zugang der Kündigung erst einen Tag nach Vorlage der AU-Bescheinigung erfolgt sei.

Dementsprechend könne den Kläger nicht der Erhalt der arbeitgeberseitigen Kündigung bewogen haben, den Arzt aufzusuchen, um die AU-Bescheinigung zu erhalten. Die weiteren Umstände des Sachverhalts würden nicht für die Annahme der Erschütterung des Beweiswertes der AU-Bescheinigung genügen. Die bloße Tatsache, dass der Kläger über mehrere Wochen bis zu dem letzten Tag des Arbeitsverhältnisses erkrankt gewesen sei, reiche hierfür nicht aus. Gleichwohl ließ das LAG Niedersachsen die Revision zum BAG zu.

## 3. Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten vor dem BAG war teilweise erfolgreich. Im Hinblick auf den Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit vom 7. Bis zum 31. Mai 2022, also ab dem Zeitpunkt der Ausstellung der ersten Folgebescheinigung, hielt das Gericht den Beweiswert der AU-Bescheinigungen für erschüttert.

<sup>45</sup> Urt. v. 26.10.2022 – 2 Ca 190/22, n.v.

<sup>46</sup> Urt. v. 08.03.2023 – 8 Sa 859/22 – juris.

<sup>47</sup> Urt. v. 08.09.2021 – 5 AZR 149/21 – juris.



Für die Erschütterung des Beweiswertes komme es darauf an, dass ein zeitlicher Zusammenhang in Form der passgenauen Ausstellung der AU-Bescheinigung für den Zeitraum der Kündigungsfrist bestehe und der Arbeitnehmer unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses (und damit der attestierten Arbeitsunfähigkeit) eine neue Beschäftigung aufnehme. Dies gelte unabhängig davon, welche Partei des Arbeitsverhältnisses, also Arbeitgeber oder Arbeitnehmer, die Kündigung ausgesprochen habe. Auch sei unerheblich, ob für den Beweis der Arbeitsunfähigkeit lediglich eine oder mehrere AU-Bescheinigungen vorgelegt worden seien.<sup>48</sup>

In Anbetracht dessen sei der Beweiswert der ursprünglichen AU-Bescheinigung, die den Zeitraum vom 2. bis einschließlich 6. Mai 2022 abdeckte, nicht erschüttert. Insofern fehle es an der zeitlichen Koinzidenz zwischen dem Lauf der AU-Bescheinigung und dem Lauf der Kündigungsfrist, der erst durch die arbeitgeberseitige Kündigungserklärung vom 3. Mai 2022 in Gang gesetzt wurde. Für die Zeit ab Geltung der ersten Folgebescheinigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist gelte dies allerdings nicht mehr. In diesem Zeitraum sei die erforderliche Koinzidenz gegeben. Zudem habe der Kläger unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die neue Beschäftigung begonnen. Daher sei der Beweiswert der Folgebescheinigungen erschüttert und die für den Entgeltfortzahlungsanspruch aus § 3 Abs. 1 EFZG erforderliche Arbeitsunfähigkeit (derzeit) nicht nachgewiesen.

Dementsprechend treffe den Kläger nun (wieder) die volle Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich seiner Arbeitsunfähigkeit im Zeitraum vom 7. bis 31. Mai 2022. Vor diesem Hintergrund war die Sache in Bezug auf diesen Aspekt zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das LAG Niedersachsen zurückzuverweisen.

#### 4. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Obwohl die Entscheidung des BAG bislang lediglich als Pressemitteilung vorliegt,<sup>49</sup> hat sie bereits zum jetzigen Zeitpunkt positive Resonanz erfahren.<sup>50</sup> Zu Recht, denn das Gericht tariert mit dieser Entschei-

<sup>48</sup> So auch im Fall einer passgenauen arbeitnehmerseitigen Kündigung LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 02.05.2023 – 2 Sa 203/22 – juris, Rn. 53 f., Revision beim BAG anhängig unter Az. 5 AZR 248/23.

<sup>49</sup> Siehe Fn. 44.

<sup>50</sup> Schuster, ArbRAktuell 2024, 14 („Entwicklung ist zu begrüßen“); Heinsius, BRuR 2024, 37, 38 (BAG hat seine Rechtsprechung „weiterentwickelt“).

dung die wechselseitigen Interessen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer weiter aus, die auf dem Gebiet der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall insbesondere durch manche Instanzrechtsprechung aus dem Gleichgewicht geraten waren.

Ausgangspunkt bei Rechtsstreitigkeiten, in denen die Frage nach dem Beweiswert einer AU-Bescheinigung im Zentrum steht, ist die in ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung – vollkommen zutreffend – formulierte Prämisse, dass einer solchen Bescheinigung grundsätzlich ein hoher Beweiswert zukommt.<sup>51</sup> Denn nach § 7 Abs. 1 EFZG ist die ärztliche AU-Bescheinigung im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG das schon von Gesetzes wegen vorgesehene Instrument des Arbeitnehmers, um die Entgeltfortzahlung von dem Arbeitgeber durchsetzen zu können. Mit Vorlage der ordnungsgemäß ausgestellten AU-Bescheinigung entfällt das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers; diese grundlegende gesetzgeberische Entscheidung hat folglich auch Einfluss auf den Maßstab der beweisrechtlichen Würdigung.<sup>52</sup>

Konsequenterweise stellt die Rechtsprechung an die Erschütterung des Beweiswertes einer AU-Bescheinigung hohe Anforderungen. Um einem (vermuteten) missbräuchlichen Verhalten des Arbeitnehmers entgegenzutreten zu können, muss der Arbeitgeber Tatsachen darlegen und im Bestreitensfall beweisen, welche die Erkrankung des Arbeitnehmers in Zweifel ziehen und zur Folge haben, dass der AU-Bescheinigung der Beweiswert genommen wird.<sup>53</sup> So hat das BAG die Erschütterung des Beweiswertes etwa in Fällen angenommen, in denen der Arbeitnehmer sein „Krankfeiern“ im Vorhinein angekündigt hatte<sup>54</sup>, während attestierter Arbeitsunfähigkeit für einen anderen Arbeitgeber tätig war<sup>55</sup> oder sich die Erkrankung regelmäßig an den Erholungsurlaub anschloss<sup>56</sup>.

Demgegenüber hatte das LAG Thüringen in jüngster Vergangenheit keine Zweifel an der Erkrankung des Arbeitnehmers bei vorliegender AU-Bescheinigungen in einem Fall, in dem der behandelnde Arzt und der Arbeitnehmer miteinander ver-

<sup>51</sup> BAG, Urt. v. 08.09.2021 – 5 AZR 149/21 – juris, Rn. 12, m.w.N.; Urt. v. 11.08.1976 – 5 AZR 422/75 – juris, Rn. 10; kritisch Prütting in GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING, ArbGG, 10. Aufl. 2022, § 58 Rn. 53.

<sup>52</sup> BAG, Urt. v. 08.09.2021 – 5 AZR 149/21 – juris, Rn. 12.

<sup>53</sup> BAG, a.a.O – juris, Rn. 13.

<sup>54</sup> BAG, Urt. v. 14.10.1978 – 5 AZR 326/77 – juris, Rn. 31 f.

<sup>55</sup> BAG, Urt. v. 26.08.1993 – 2 AZR 154/93 – juris, Rn. 48 f.

<sup>56</sup> BAG, Urt. v. 20.02.1985 – 5 AZR 180/83 – juris, Rn. 23.

schwächt waren.<sup>57</sup> Die 5. Kammer des LAG Mecklenburg-Vorpommern zog die AU-Bescheinigung eines Arbeitnehmers nicht in Zweifel, der sich gegen Ende seiner Kündigungsfrist – wohlgermerkt nicht passgenau – mit der Diagnose Bluthochdruck, Kopfschmerzen, HWS-Syndrom und Muskelverhärtung krankschreiben ließ und hierfür von seinem Arbeitsort eine Strecke von annähernd 1.000 km zu seiner Hausärztin an seinem Wohnort reiste.<sup>58</sup> Die 3. Kammer des LAG-Mecklenburg-Vorpommern hatte keine Bedenken hinsichtlich des Beweiswertes einer AU-Bescheinigung in einem Fall, in dem der Arbeitnehmer nach seiner Eigenkündigung einige Tage weiter arbeitete, dann sein Büro räumte und die Schlüssel zurückließ und im Anschluss bis zum Ende der Kündigungsfrist krankgeschrieben war.<sup>59</sup>

Höchststrichterlich entschieden ist bereits seit dem Jahr 2021, dass der Beweiswert einer AU-Bescheinigung bei einer arbeitnehmerseitigen Kündigung dann erschüttert ist, wenn der Arbeitnehmer mit Ausspruch der Kündigung eine passgenaue AU-Bescheinigung für den Lauf der Kündigungsfrist einreicht, die mit der Aufnahme einer Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber endet.<sup>60</sup> Unklar war bislang, ob dies auch bei arbeitgeberseitigen Kündigungen und in solchen Fällen gilt, in denen der Arbeitnehmer mehrere AU-Bescheinigungen während des Laufs der Kündigungsfrist vorlegt. Hier kamen die Instanzgerichte zu teilweise divergierenden Ergebnissen.<sup>61</sup> Beide Fragen hat das BAG nunmehr konsequent und folgerichtig bejaht und damit die Position der Arbeitgeberseite gestärkt.

Darüber hinaus hat das BAG im vergangenen Jahr in einer anderen Sache klargestellt, dass der Beweiswert einer AU-Bescheinigung dann ebenfalls erschüttert sein kann, wenn der ausstellende Arzt gegen die AURL<sup>62</sup> verstößt.<sup>63</sup> In der AURL ist im

Hinblick auf gesetzlich Krankenversicherte bestimmt, welche Regelungen der Vertragsarzt bei Feststellung und Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit zu befolgen hat.<sup>64</sup> Im Arbeitsverhältnis ist die AURL nicht verbindlich; gleichwohl leitet das BAG nunmehr aus Verstößen des behandelnden Arztes gegen solche Vorschriften der AURL, welche die medizinischen Erkenntnisse zur sicheren Feststellbarkeit der Arbeitsunfähigkeit betreffen, die Erschütterung des Beweiswertes der hierauf basierenden AU-Bescheinigung her.<sup>65</sup> So bedarf die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit etwa gemäß § 4 Abs. 5 S. 1, 2 AURL grundsätzlich der persönlichen ärztlichen Untersuchung.<sup>66</sup> Ferner soll die AU-Bescheinigung nicht für einen mehr als zwei Wochen im Voraus liegenden Zeitraum und kann unter besonderen Umständen nur bis zur voraussichtlichen Dauer von einem Monat bescheinigt werden, § 5 Abs. 4 S. 1, 2 AURL. Ungereimtheiten in diesem Zusammenhang können dementsprechend zugleich den Anspruch auf Entgeltfortzahlung zu Fall bringen.

Der Ausgang von Streitigkeiten rund um die Entgeltfortzahlung entscheidet sich in der Praxis häufig bei der Frage nach dem (vermeintlich erschütterten) Beweiswert der AU-Bescheinigung. Hierbei liegt ein besonderer Fokus auf Entgeltfortzahlungsverlangen, die im zeitlichen Zusammenhang mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses auftreten. Unabhängig davon, welche Partei die Kündigung ausgesprochen hat, besteht arbeitgeberseitig in dieser Situation häufig, wenn nicht Misstrauen dann doch ein Bauschmerzgefühl bezüglich des Wahrheitsgehaltes der AU-Bescheinigung.

Mit den Entscheidungen der vergangenen Jahre hat das BAG nunmehr Klarheit geschaffen, in welchen Fällen der Beweiswert der AU-Bescheinigung als erschüttert anzusehen ist. Dies kann Arbeitgebern als Blaupause zur Abschätzung dienen, ob sich die Leistungsverweigerung bei der Entgeltfortzahlung

<sup>57</sup> Urt. v. 31.05.2023 – 4 Sa 131/19 – juris, Rn. 28.

<sup>58</sup> Urt. v. 13.07.2023 – 5 Sa 1/23 – juris, Rn. 37 ff.; kritisch *Eufinger*, GWR 2023, 384.

<sup>59</sup> Urt. v. 08.02.2023 – 3 Sa 135/22 – juris, Rn. 25 ff., wobei der Arbeitnehmer aus der Sicht des Gerichts glaubhaft dargelegt hatte, dass zu keinem Zeitpunkt persönliche Gegenstände im Büro aufbewahrt und den Schlüssel schlichtweg vergessen habe; kritisch *Eufinger*, ArbRAktuell 2023, 416; siehe auch LAG Mecklenburg-Vorpommern – 2 Sa 156/22 – juris, Rn. 32 ff.

<sup>60</sup> BAG, Urt. v. 08.09.2021 – 5 AZR 149/21 – juris, Rn. 19 f.

<sup>61</sup> Für die Erschütterung des Beweiswertes LAG Niedersachsen, Urt. v. 08.03.2023 – 8 Sa 859/22 – juris, Rn. 34 ff.; LAG Schleswig-Holstein Urt. v. 02.05.2023 – 2 Sa 203/22 – juris, Rn. 52 ff., Revision beim BAG anhängig unter Az. 5 AZN 389/23; dagegen LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 15.08.2023 – 5 Sa 12/23 – juris, Rn. 29 ff.

<sup>62</sup> Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über

die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit und die Maßnahmen zur stufenweisen Wiedereingliederung nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 SGB V (Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie) vom 14. November 2013 (BAnz AT 2014 27.01.2014 B4), zuletzt geändert durch Beschluss über eine Änderung der Arbeitsunfähigkeits-RL vom 7. Dezember 2023 (BAnz AT 27.12.2023 B5).

<sup>63</sup> BAG, Urt. v. 28.06.2023 – 5 AZR 335/22 – juris, Rn. 13 ff.

<sup>64</sup> Siehe hierzu die Ausführungen des G-BA, verfügbar unter <https://www.g-ba.de/richtlinien/2/>, zuletzt abgerufen am 19.02.2024.

<sup>65</sup> BAG, Urt. v. 28.06.2023 – 5 AZR 335/22 – juris, Rn. 17; zustimmend *Fuhlrott*, NZA-RR 2023, 675; *Thüsing/Mantsch*, EWiR 2024, 57, 58 f.

<sup>66</sup> So auch schon im Hinblick auf den Bezug von Krankengeld BSG, Urt. v. 22.03.2005 – B 1 KR 22/04 R – juris, Rn. 29.

lohnt, gegebenenfalls auch um in einem eventuell bei einer Arbeitgeberkündigung parallellaufenden Kündigungsschutzverfahren den Druck hochzuhalten. Allerdings muss sich der Arbeitgeber bei diesem Vorgehen darüber im Klaren sein, dass die erfolgreiche Erschütterung des Beweiswertes der AU-Bescheinigung nicht zwangsläufig dazu führt, dass ebenfalls der Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltfortzahlung endgültig entfällt. Der Arbeitnehmer hat weiterhin die Möglichkeit, den Beweis auf andere Art und Weise zu führen. In der Praxis geschieht dies in der Regel durch die Benennung des behandelnden Arztes als Zeugen, nachdem der Arbeitnehmer diesen von der ärztlichen Schweigepflicht entbunden hat.<sup>67</sup>

### III. BAG: Arbeitgeberseitige Weisungen während der Freizeit

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers dient der einseitigen Konkretisierung hinsichtlich des Inhalts, des Ortes und der Zeit der im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig geregelten Leistungspflicht des Arbeitnehmers.<sup>68</sup> Seine Grenzen findet das Weisungsrecht in den Regelungen des Einzelarbeitsvertrags, geltenden tariflichen Bestimmungen sowie Bestimmungen in Betriebs- beziehungsweise Dienstvereinbarungen sowie in den gesetzlichen Vorgaben; zusätzlich muss jede Weisung innerhalb des so gesteckten Rahmens billigem Ermessen entsprechen, § 106 GewO<sup>69</sup>. Insofern ist allerdings anerkannt, dass der Arbeitnehmer bei arbeitgeberseitigen Notfällen auch Leistungen erbringen muss, die von dem allgemeinen Weisungsrecht bezüglich des Inhaltes, des Ortes und der Zeit nicht erfasst sind.<sup>70</sup>

Die Ausübung des Weisungsrechts erstreckt sich dabei auf den beruflichen Bereich. Es entspricht bereits seit längerem ständiger Rechtsprechung, dass der Arbeitgeber durch Weisungen grundsätzlich nicht in den Bereich der privaten Lebensführung des Arbeitnehmers eingreifen darf.<sup>71</sup> Unklar war hingegen bislang, ob der Arbeitnehmer in seiner

<sup>67</sup> BAG, Urt. v. 08.09.2021 – 5 AZR 149/21 – juris, Rn. 15.

<sup>68</sup> Preis in ErfK, 24. Aufl. 2024, § 106 GewO Rn. 2; ferner erstreckt sich das Weisungsrecht des Arbeitgebers auch auf Vorgaben zur betrieblichen Ordnung.

<sup>69</sup> Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202), die zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 17. Januar 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 12) geändert worden ist.

<sup>70</sup> BAG, Urt. v. 08.10.1962 – 2 AZR 550/61 – juris, Rn. 16; siehe auch Preis in ErfK, 24. Aufl. 2024, § 106 GewO Rn. 6; Spinner in MüKo BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 106 GewO Rn. 935.

<sup>71</sup> BAG, Urt. v. 23.08.2012 – 8 AZR 804/11 – juris, Rn. 24, m.w.N.; Urt. v. 11.07.2000 – 1 AZR 551/99 – juris, Rn. 34.

Freizeit Weisungen des Arbeitgebers betreffend den beruflichen Bereich entgegennehmen und diese dann mit Beginn der Arbeitszeit umsetzen muss. Diese Frage hat das BAG mit Urteil vom 23.08.2023<sup>72</sup> geklärt und zugleich eine Reihe weiterer Fragen aufgeworfen.

#### 1. Sachverhalt

Die Beklagte führt in fünf Kreisen in Schleswig-Holstein den Rettungsdienst durch. Der Kläger ist seit dem 1. Januar 2003 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgänger als Notfallsanitäter in Vollzeit tätig. Im Betrieb gab es eine Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit, in der unter anderem folgendes geregelt war:

*„Zur Umsetzung von Dienstplänen sind Springerdienste und Rufbereitschaften zur Kompensation von Ausfallzeiten des Einsatzdienstes notwendig. [...] Aus dringenden betrieblichen Gründen können schichtgleiche Änderungen im Dienstplan vorgenommen werden. [...] Unkonkret zugeteilte Springerdienste können für Tag- und Spätdienste bis 20 Uhr des Vortags vor Dienstbeginn im Dienstplan weiter konkretisiert werden. Für Nachtdienste gilt diese Regelung bis 16 Uhr am Vertretungstag. Geschieht dies nicht, findet sich der Mitarbeiter zu Dienstbeginn am vom Arbeitgeber zugewiesenen Dienort ein.“*

Die Mitarbeiter der Beklagten können über das Internet den aktuellen Ist-Dienstplan einsehen. Am 6. April 2021 endete der Dienst des Klägers um 19:00 Uhr. Zu jenem Zeitpunkt war seit dem 4. April 2021 für den 8. April 2021 – den nächsten Arbeitstag des Klägers (der 7. April 2021 war dienstfrei) – im Ist-Dienstplan ein unkonkreter Springerdienst eingetragen.

Am 7. April 2021 um 13:20 Uhr teilte die Beklagte dem Kläger für den 8. April 2021 einen Dienst in der Tagschicht mit Dienstbeginn um 06:00 Uhr zu und trug dies in den Ist-Dienstplan ein. Versuche, den Kläger telefonisch zu erreichen, schlugen fehl. Die Beklagte übersandte dem Kläger um 13:27 Uhr eine SMS mit der Aufforderung, am kommenden Tag zum Dienst zu erscheinen.

Am 8. April 2021 zeigte der Kläger um 07:30 Uhr telefonisch seine Bereitschaft zur Arbeitsleistung an (was zu diesem Zeitpunkt wegen der Coronapandemie anstelle des Einfindens am Dienort für Fälle vorgesehen war, in denen keine Konkretisierung des Dienstes stattgefunden hatte). Er wurde von der Beklagten, die zwischenzeitlich einen Mitarbeiter aus der Rufbereitschaft herangezogen hatte,

<sup>72</sup> 5 AZR 349/22 – juris.

nicht weiter eingesetzt. Die Beklagte ermahnte den Kläger, bewertete den Tag als unentschuldigtes Fehlen und zog dem Kläger elf Stunden von seinem Arbeitszeitkonto ab. Ein vergleichbarer Sachverhalt ereignete sich am 15. September 2021, woraufhin die Beklagte dem Kläger eine Abmahnung erteilte sowie entsprechend Stunden von seinem Arbeitszeitkonto abzog.

Der Kläger klagte gegen den Abzug von Stunden von seinen Arbeitszeitkonten und begehrte die Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte. In diesem Zusammenhang behauptete er, den Ist-Dienstplan im Internet nicht gelesen zu haben. Die SMS habe er möglicherweise gelöscht, ohne zuvor von deren Inhalt Kenntnis zu nehmen.

## 2. Verfahrensgang

Das ArbG Elmshorn wies die Klage im Wesentlichen mit der Begründung ab, dass die Beklagte im Rahmen der geltenden Betriebsvereinbarung den Arbeitszeitbeginn einseitig festlegen konnte und der Kläger arbeitsvertraglich verpflichtet war, auch während seiner Freizeit hiervon Kenntnis zu nehmen.<sup>73</sup>

Die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers vor dem LAG Schleswig-Holstein<sup>74</sup> führte zur Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils in den maßgeblichen Teilen. Das Gericht sah die Klage in allen Anträgen als begründet an.

Bei einer Weisung des Arbeitgebers handele es sich als Wahrnehmung eines Gestaltungsrechts um eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Eine Willenserklärung unter Abwesenden werde gemäß § 130 Abs. 1 BGB erst mit ihrem Zugang bei dem Empfänger wirksam. Der Zugang sei dann bewirkt, wenn die Willenserklärung in den Machtbereich des Empfängers gelange und unter normalen Umständen mit ihrer Kenntnisnahme zu rechnen sei.<sup>75</sup>

Der Umstand, dass der Kläger Kenntnis von der Eintragung der Tagschicht mit Beginn um 06:00 Uhr vom 7. April 2021 für den Folgetag durch Einsicht in den Ist-Dienstplan im Internet erlangt habe, sei von der Beklagten zu beweisen. Dieser Beweis sei der Beklagten nicht gelungen. Der Kläger habe zudem von der Änderung des Dienstplanes telefonisch keine Kenntnis erlangt, da die entsprechenden

Anrufe der Beklagten nicht entgegengenommen sein worden. Hingegen sei die SMS von 13:27 Uhr mit der Aufforderung, am kommenden Tag um 06:00 Uhr zum Dienst zu erscheinen, in den Machtbereich des Klägers gelangt. Es stellte sich nun entscheidend die Frage, zu welchem Zeitpunkt der Kläger in seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer unter normalen Umständen von dem Inhalt der SMS hätte Kenntnis nehmen müssen.

Das LAG Schleswig-Holstein beantwortete diese Frage dahingehend, dass unter normalen Umständen erst zum regulären Dienstbeginn des Folgetages, also am 8. April 2021 um 07:30 Uhr, mit der Kenntnisnahme des Inhalts der SMS seitens des Klägers zu rechnen gewesen sei. Das Lesen einer dienstlichen SMS durch den Arbeitnehmer sei Arbeitszeit, da eine derartige Tätigkeit im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehe. In der Freizeit sei der Arbeitnehmer allerdings nicht verpflichtet, eine dienstliche SMS aufzurufen, mithin zu arbeiten.

Während seiner Freizeit habe der Arbeitnehmer ein selbstbestimmtes „Recht auf Unerreichbarkeit“.<sup>76</sup> Die Freizeit des Arbeitnehmers sei gerade dadurch gekennzeichnet, dass der Arbeitnehmer frei entscheiden könne, wie er sie gestalte und für diesen Zeitraum nicht für den Arbeitgeber erreichbar sein müsse. Während der Freizeit müsse der Arbeitnehmer weder fremdnützig für den Arbeitgeber tätig sein, noch sei er als Arbeitskraft in die fremdbestimmte Organisationseinheit des Arbeitgebers eingebunden.

In dieser Situation sei es Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers eigenständig bestimmen zu können, ob und für wen er in dieser Zeit verfügbar sei oder gegebenenfalls nicht. Insofern werde durch das „Recht auf Unerreichbarkeit“ der Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers durch die Sicherstellung ausreichender Ruhezeiten (§ 5 Abs. 1 ArbZG) ergänzt. Hierneben trete der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers. Weil von einer Weisung während der Freizeit – und sei es durch minimalen Aufwand in Form der Kenntnisnahme des Inhalts einer SMS – stets das allgemeine Persönlichkeitsrecht tangiert sei, spiele der Aspekt des geringen Umfangs der Arbeitszeit bei der Bewertung keine Rolle.

Schließlich sei dem Kläger auch kein treuwidriges Verhalten im Sinne des § 242 BGB in Bezug auf die unterbliebene Entgegennahme der Telefonanrufe

<sup>73</sup> Urt. v. 27.01.2022 – 5 Ca 1023 a/21 = BeckRS 2022, 30090, Rn. 49 ff.

<sup>74</sup> Urt. v. 27.09.2022 – 1 Sa 39 öD/22 – juris.

<sup>75</sup> Ständige Rechtsprechung, so etwa BGH, Urt. v. 21.01.2004 – XII ZR 214/00 – juris, Rn. 13, m.w.N.; Urt. v. 03.11.1976 – VIII ZR 140/75 – juris, Rn. 13; BAG, Urt. v. 11.11.1992 – 2 AZR 328/92 – juris, Rn. 33.

<sup>76</sup> In diese Richtung ebenfalls schon LAG Thüringen, Urt. v. 16.05.2018 – 6 Sa 442/17 – juris, Rn. 38 ff., wonach regelmäßig kein Anspruch des Arbeitgebers auf Mitteilung der privaten Telefonnummer des Arbeitnehmers besteht; zustimmend Siebert, öAT 2018, 172; Eufinger, GWR 2019, 219; ablehnend Gaul/Roters, DB 2023, 1989, 1990 f.

der Beklagten sowie der unterbliebenen Kenntnisnahme des Inhalts der SMS vorzuwerfen. Der Kläger habe nicht willkürlich den Erhalt der Weisung verhindert, sondern sich innerhalb der ihm zustehenden Rechte bewegt. Es verhalte sich im Gegenteil die Beklagte widersprüchlich, wenn sie dem Kläger Freizeit gewähre und dann von ihm die Erbringung einer Arbeitsleistung erwarte. Insofern treffe den Kläger keine arbeitsvertragliche Nebenpflicht, sich während seiner Freizeit nach den aktuellen Dienstzeiten zu erkundigen.

### 3. Entscheidungsgründe

Diese Einschätzung teilte das BAG nicht und stellte durch Aufhebung des Urteils des LAG Schleswig-Holstein und Zurückweisung der Berufung gegen das Urteil des ArbG Elmshorn das erstinstanzliche Urteil wieder her.

Für den Kläger habe im Rahmen des Arbeitsverhältnisses die Nebenpflicht bestanden, in der Freizeit die Zuteilung des Dienstes zur Kenntnis zu nehmen. Dies folge aus der entsprechenden Regelung der bei der Beklagten geltenden Betriebsvereinbarung, ergebe sich aber auch aus der Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB, die dem Schuldner auferlege, im Miteinander mit dem anderen Teil die Grundlagen für die erfolgreiche Umsetzung des Vertrags zu schaffen, Erfüllungshindernisse gar nicht erst aufkommen zu lassen oder auszuräumen und den Leistungserfolg herbeizuführen.<sup>77</sup>

Demnach habe die Beklagte den Dienstplan des Klägers, der sich im unkonkret zugeteilten Springerdienst befand, für den 8. April 2021 entsprechend der Betriebsvereinbarung noch bis 20:00 Uhr des Vorabends konkretisieren können. Der Kläger habe spätestens ab diesen Zeitpunkt davon ausgehen müssen, einer konkretisierten Weisung für den Dienstbeginn am folgenden Tag zu unterliegen. Er habe in diesem Fall die Pflicht, von der Weisung – in der Freizeit – Kenntnis zu nehmen, da andernfalls der anvisierte Leistungserfolg in Form des zugewiesenen Dienstantritts verhindert sei.

Zur Erfüllung dieser Pflicht habe der Kläger nicht ohne Unterbrechung für die Beklagte erreichbar sein müssen. Er habe selbst in der Hand gehabt, wann und wo die Kenntnisnahme von der SMS erfolge. So hätte der Kläger erst nach Ablauf des Konkretisierungszeitraums für den Springerdienst ab 20:00 Uhr die SMS oder am Morgen des Diensttages vor 06:00 Uhr zur Kenntnis nehmen können. Eine Kontaktaufnahme mit der Beklagten sei in keinem Fall erforderlich gewesen.

<sup>77</sup> BAG, Urt. v. 02.11.2016 – 10 AZR 596/15 – juris, Rn. 26.

Diese Art der Pflichterfüllung des Klägers stehe nicht im Widerspruch zu den Regelungen des ArbZG sowie der ihm zugrundeliegenden Richtlinie 2003/88/EG.<sup>78</sup> Die Kenntnisnahme der Weisung sei keine Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinne. Danach liege Arbeitszeit in solchen Zeiträumen vor, in denen der Arbeitnehmer arbeitsbedingt Einschränkungen derart auferlegt bekomme, dass er in seiner freien Zeitgestaltung objektiv ganz erheblich beeinträchtigt sei.<sup>79</sup> Demgegenüber stelle es keine Arbeitszeit dar, wenn die Einschränkungen einen derartigen Intensitätsgrad nicht erreichen und stattdessen dem Arbeitnehmer die freie Verfügbarkeit über seine Zeit, ohne größere Einschränkung der eigenen Interessen ermöglichen würden.<sup>80</sup> Der zu entscheidende Sachverhalt falle insofern in die zweite Kategorie, da der Kläger frei entscheiden können, zu welchem Zeitpunkt er die Weisung zu Kenntnis nehme und der Vorgang der Kenntnisnahme selbst dann völlig geringfügig sei.

### 4. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung des BAG ist im Ergebnis verständlich. Gerade im Notfallsanitätsdienst muss ein reibungsloser Dienstplanablauf gewährleistet sein. Der von dem Gericht gewählte Begründungsansatz über eine entsprechende Nebenpflicht zur Kenntnisnahme der aktuell geltenden Dienstpläne ist nachvollziehbar und pragmatisch.

Überraschend ist allerdings, dass sich das BAG in seinem Urteil an keiner Stelle mit den seitens des LAG Schleswig-Holstein angestellten und durchaus einleuchtenden Überlegungen zu dem Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch Erteilung der Weisung in der Freizeit auseinandersetzt. Immerhin handelt es sich hierbei um ein Grundrecht, welches das BVerfG unmittelbar aus Art. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG ableitet.<sup>81</sup> Eingriffe in dieses Grundrecht bedürfen einer besonderen Rechtfertigung.<sup>82</sup> Dabei entfaltet das allgemeine

<sup>78</sup> Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Abl. L 299 vom 18.11.2003, S. 9).

<sup>79</sup> EuGH, Urt. v. 11.11.2021 – C-214/20 (*Dublin City Council*) – juris, Rn. 38; Urt. v. 09.03.2021 – C-344/19 (*Radotelevizija Slovenija*) – juris, Rn. 37.

<sup>80</sup> EuGH, Urt. v. 09.03.2021 – C-580/19 (*Stadt Offenbach am Main*) – juris, Rn. 39; Urt. v. 09.03.2021 – C-344/19 (*Radotelevizija Slovenija*) – juris, Rn. 38; BAG, Urt. v. 27.07.2021 – 9 AZR 448/20 – juris, Rn. 47.

<sup>81</sup> So zuletzt etwa BVerfG, Beschl. v. 19.05.2023 – 2 BvR 78/22 – juris, Rn. 24.

<sup>82</sup> Siehe etwa die Darstellung von *Rixen* in Sachs, Grund-

Persönlichkeitsrecht auch im Privatrecht Wirkung und ist von der Rechtsprechung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung von arbeitgeberseitigen Maßnahmen zu berücksichtigen.<sup>83</sup> Insofern ist im Anwendungsbereich des § 106 GewO ohne weiteres anerkannt, dass Grundrechte des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind.<sup>84</sup> Weshalb das BAG diesen Aspekt gleichwohl kommentarlos übergeht, bleibt Geheimnis der Mitglieder des in diesem Fall erkennenden 5. Senats. Vielleicht wollte man dem Kläger in der Angelegenheit keinen gesonderten Anreiz geben, das Verfahren vor dem BVerfG weiterzuführen.

Allgemeingültig lässt sich aus der Entscheidung des BAG jedenfalls wohl ableiten, dass es für den Arbeitnehmer kein uneingeschränktes „Recht auf Unerreichbarkeit“ – der Begriff findet sich an keiner Stelle des Urteils wieder – in der Freizeit gibt.<sup>85</sup> Gewisse Einschränkungen in dieser Hinsicht hat der Arbeitnehmer bereits im Zuge der ihn treffenden Rücksichtnahmepflichten aus § 241 Abs. 2 BGB hinzunehmen. Die grundlegende Frage ist somit – vorbehaltlich der dargestellten verfassungsrechtlichen Bedenken – geklärt.

Zugleich wirft die Entscheidung eine Reihe von Folgefragen auf, beispielsweise: Worauf darf sich eine arbeitgeberseitige Weisung beziehen, die dem Arbeitnehmer zur Kenntnisnahme in der Freizeit zugeht (Zeit, Ort und Inhalt der Arbeitsleistung)? Welchen inhaltlichen Umfang darf die Weisung haben? Wieviel zeitlichen Vorlauf zur Kenntnisnahme muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einräumen? Auf diese Fragen gibt das Urteil des BAG, das sich sehr eng an den Regelungen der im Einzelfall streitentscheidenden Betriebsvereinbarung orientiert, keine Antwort – auch nicht im Wege eines *obiter dictum*. Die Grenzen einer „Pflicht auf Erreichbarkeit“ während der Freizeit werden daher

gesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 103 ff.

<sup>83</sup> BAG, Beschl. v. 29.06.2004 – 1 ABR 21/03 – juris, Rn. 14, m.w.N.; Schmidt in ErfK, 24. Aufl. 2024, Art. 2 GG Rn. 65 f.

<sup>84</sup> Preis in ErfK, a.a.O., § 106 GewO Rn. 11, m.w.N.

<sup>85</sup> Die Spannweite der Interpretation des Urteils in der Literatur ist groß: Ick/Fuhlrott, GWR 2024, 28, sprechen die Existenz eines „Rechts auf Unerreichbarkeit“ in Anbetracht der BAG-Entscheidung vollumfänglich ab („Es gibt kein Recht zur Nichterreichbarkeit in der Freizeit“); Gaul/Roters, ArbRB 2024, 15, 18, teilen die hier vertretene Auffassung („Ein absolutes Recht auf Unerreichbarkeit besteht also nicht“), wohingegen Kühnel, ArbRB 2024, 6, 7 auf die Besonderheiten des Einzelfalls verweist („Jedoch darf die Entscheidung nicht missverstanden werden. Das BAG hat nicht entschieden, dass Arbeitnehmer in ihrer Freizeit generell Weisungen zur Kenntnis zu nehmen hätten. Maßgeblich war vielmehr, dass es hierfür eine Grundlage in den (betrieblichen) Regelungen zur Arbeitszeit gab.“).

Wohl oder Übel im Zuge zukünftiger Verfahren austariert werden müssen.

#### IV. EuGH: Zusätzliche tarifliche Vergütung von Teilzeitbeschäftigten

Im öffentlichen Dienst wird viel gearbeitet. So hat sich allein bei der nordrhein-westfälischen Polizei in den letzten Jahren ein Berg von über fünf Millionen Mehrdienststunden angestaut.<sup>86</sup>

Für die tariflich Beschäftigten des öffentlichen Dienstes sieht § 6 Abs. 5 TVöD/TV-L<sup>87</sup> grundsätzlich die Pflicht vor, im Rahmen begründeter betrieblicher/dienstlicher Notwendigkeiten Überstunden zu leisten. Nach § 7 Abs. 7 TVöD/TV-L<sup>88</sup> sind Überstunden die auf Anordnung des Arbeitgebers geleisteten Arbeitsstunden, die über die im Rahmen der regelmäßigen Arbeitszeit von Vollbeschäftigten für die Woche dienstplanmäßig beziehungsweise betriebsüblich festgesetzten Arbeitsstunden hinausgehen und nicht bis zum Ende der folgenden Kalenderwoche ausgeglichen werden. Die betreffenden Beschäftigten erhalten sodann gemäß § 8 Abs. 1 lit. a) TVöD/TV-L<sup>89</sup> Zeitzuschläge für die danach geleisteten Überstunden.

Im Jahr 2021 hat das BAG<sup>90</sup> in diesem Zusammenhang hinsichtlich der Teilzeitbeschäftigten im öffentlichen Dienst entschieden, dass diese Überstundenzuschläge erst dann erhalten, wenn im Referenzzeitraum die regelmäßige Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten überschritten wird. Zur Begründung führte der zuständige 6. Senat zum damaligen Zeitpunkt im Wesentlichen an, dass eine Ungleichbehandlung mit Blick auf die Vollzeitbeschäftigten im öffentlichen Dienst nicht vorliege, weil Voll- und Teilzeitbeschäftigte im Rahmen des – im zu entscheidenden Sachverhalt – TVöD generell unterschiedlich behandelt würden. So könne der öffentliche Arbeitgeber insbesondere gem. § 6 Abs. 5 TVöD Überstunden gegenüber Vollzeitbeschäftigten

<sup>86</sup> Stellungnahme 18/634 zu Drucksache 18/4132 der Deutschen Polizeigewerkschaft, Landschaftsverband Nordrhein-Westfalen, vom 31.07.2023, verfügbar unter <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST18-634.pdf> zuletzt abgerufen am 13.02.2024.

<sup>87</sup> Für Beschäftigte des Landes Hessen ergibt sich dies aus § 6 Abs. 5 TV-H.

<sup>88</sup> Für Beschäftigte des Landes Hessen ergibt sich dies aus § 7 Abs. 7 TV-H.

<sup>89</sup> Für Beschäftigte des Landes Hessen ergibt sich dies aus § 8 Abs. 1 lit. a) TV-H.

<sup>90</sup> Urt. v. 15.10.2021 – 6 AZR 253/19 – juris, Verfassungsbeschwerde beim BVerfG anhängig unter Az. 1 BvR 1198/22.

einseitig anordnen, wohingegen bei Teilzeitbeschäftigten grundsätzlich deren Zustimmung zu der Erbringung der Überstunden erforderlich sei. Auch vermochte der erkennende Senat zum damaligen Zeitpunkt keinen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nach § 4 Abs. 1 TzBfG<sup>91</sup> oder des AGG zu erkennen. Eine Vorlage der Rechtssache an den EuGH im Hinblick auf die Vereinbarkeit dieser Rechtsprechung mit dem Europarecht hielt der Senat nicht für erforderlich.

Faktisch erhalten Teilzeitbeschäftigte im öffentlichen Dienst dementsprechend Überstundenzuschläge nur im Ausnahmefall. Allerdings könnte nunmehr Bewegung in diese Rechtsprechung kommen. Denn der 10. Senat des BAG<sup>92</sup> hatte dem EuGH eine vom Sinngehalt vergleichbare tarifliche Regelung bei der Lufthansa CityLine zur Prüfung vorgelegt. Insofern hat der EuGH<sup>93</sup> jetzt festgestellt, dass eine derartige Unterscheidung bei Voll- und Teilzeitbeschäftigten europarechtlich zu einer Ungleichbehandlung führt.

## 1. Sachverhalt

Der Kläger ist Pilot bei der beklagten Lufthansa CityLine GmbH und arbeitet seit mehr als zehn Jahren in Teilzeit (90%). Die Grundvergütung des Klägers ist *pro rata temporis* um 10% herabgesetzt. Im Gegenzug erhält der Kläger 37 zusätzliche freie Tage pro Kalenderjahr. An seinen Arbeitstagen leistet der Kläger Flugdienststunden ohne jegliche Reduktion.

Der Kläger ist tariflich beschäftigt und fällt unter den Manteltarifvertrag (MTV) Nr. 4, den Vergütungstarifvertrag (VTV) Nr. 6 für die Mitarbeiter des Cockpitpersonals der Lufthansa CityLine GmbH sowie das zugehörige „Eckpunktepapier „Jump““. Die Tarifverträge sehen vor, dass Flugdienststunden bis zu einer gewissen Grenze mit der Grundvergütung entlohnt werden. Über diese Grenze hinausgehende Stunden werden als Mehrflugdienststunden nach einem gestaffelten System mehrvergütet. Hinsichtlich der Auslösungsgrenze für die Mehrflugdienststunden wird nicht zwischen voll- und teilzeitbeschäftigten Piloten unterschieden, sodass der Kläger die Mehrvergütung nur erhält, sobald seine Flugdienstzeit die für in Vollzeit beschäftigtes Cockpitpersonal geltenden Grenzen überschreitet.

<sup>91</sup> Teilzeit- und Befristungsgesetz vom 21. Dezember 2000 (BGBl. I S. 1966), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1174) geändert worden ist.

<sup>92</sup> EuGH-Vorlage v. 11.11.2020 – 10 AZR 185/20 (A) – juris.

<sup>93</sup> Urt. v. 19.10.2023 – C 660/20 (*Lufthansa CityLine*) – juris.

Der Kläger vertritt die Auffassung, er müsse bereits ab dem Moment Mehrvergütung erhalten, in dem er die Auslösungsgrenze entsprechend seinem Teilzeitfaktor von 90% überschreite. Andernfalls werde er ohne sachlichen Grund schlechter gestellt als Vollzeitbeschäftigte. Demgegenüber ist die Lufthansa CityLine GmbH der Auffassung, der sachliche Grund für eine Ungleichbehandlung liege in dem Umstand, dass die Mehrvergütung eine besondere Arbeitsbelastung ausgleichen solle, die erst mit Überschreitung der Auslösungsgrenze eintrete.

## 2. Verfahrensgang

Nachdem das ArbG München der Klage des Klägers auf Zahlung der Mehrvergütung stattgegeben hatte,<sup>94</sup> hob das LAG München<sup>95</sup> das erstinstanzliche Urteil in der Berufungsinanz auf und wies die Klage ab. Zugleich ließ das LAG München die Revision zu.

Im Verfahren vor dem BAG äußerte der zuständige 10. Senat europarechtliche Bedenken. Diese folgen aus der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit.<sup>96</sup> In der Rahmenvereinbarung ist in Paragraph 4 Nr. 1 geregelt, dass Teilzeitbeschäftigte nicht nur deswegen in ihren Beschäftigungsbedingungen schlechter gegenüber Vollzeitbeschäftigten behandelt werden dürfen, weil sie teilzeitbeschäftigt sind, es sei denn, die unterschiedliche Behandlung ist aus objektiven Gründen gerechtfertigt. Wo dies angemessen ist, gilt nach Paragraph 4 Nr. 2 der *Pro-rata-temporis*-Grundsatz.

Vor diesem Hintergrund erkannte der 10. Senat unterschiedliche Ansätze des EuGH bei der Ermittlung einer unterschiedlichen, schlechteren Behandlung im Sinne der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit. Nach einem Ansatz habe der EuGH in der Vergangenheit eine unterschiedliche, schlechtere Behandlung im Wege einer Gesamtbetrachtung der Vergütung (erst) dann angenommen, wenn im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses bei gleicher Zahl absolvierter Stunden die Gesamtvergütung Vollzeitbeschäftigter höher sei als die Gesamtvergütung Teilzeitbeschäftigter.<sup>97</sup> Wende man diesen Ansatz in der Rechtssache der Lufthansa CityLine

<sup>94</sup> Urt. v. 29.05.2019 – 12 Ca 13601/18 = BeckRS 2019, 39684.

<sup>95</sup> Urt. v. 19.11.2019 – 6 Sa 370/19 – juris.

<sup>96</sup> Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP and EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit – Anhang: Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit (Abl. L 14 vom 20.01.1998, S. 9).

<sup>97</sup> Urt. v. 15.12.1994 – C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93, C-78/93 (*Helmig*) – juris, Rn. 26.

GmbH an, führe dies dazu, dass keine unterschiedliche Behandlung festzustellen sei, weil sowohl voll- als auch teilzeitbeschäftigte Piloten bei Überschreiten der einheitlichen Auslösungsgrenze die gleiche Vergütung erhielten. Demgegenüber habe der EuGH an anderer Stelle entschieden, dass im Hinblick auf die gleiche Vergütung männlicher und weiblicher Beschäftigter jeder Entgeltbestandteil individuell auf die Gleichbehandlung Voll- und Teilzeitbeschäftigter zu überprüfen sei.<sup>98</sup> In jener Entscheidung habe der EuGH festgehalten, dass eine Benachteiligung von teilzeitbeschäftigten (regelmäßig weiblichen) Lehrkräften vorliege, wenn in Bezug auf Mehrarbeitsvergütung die Zahl der zusätzlichen Unterrichtsstunden, ab der ein solcher Anspruch erwachse, nicht proportional zu ihrer Arbeitszeit im Vergleich zu vollzeitbeschäftigten Lehrkräften vermindert werde. Sofern dieser Ansatz gelte, läge eine unterschiedliche, schlechtere Behandlung vor, weil teilzeitbeschäftigte Piloten nicht bereits dann erhielten, sobald die Auslösungsgrenze entsprechend dem individuellen Teilzeitfaktor überschritten sei.

Der 10. Senat betonte, dass er nunmehr seit dem Jahr 2018 dem zweitgenannten Ansatz gefolgt sei.<sup>99</sup> Jedoch werde von Teilen der Rechtsprechung<sup>100</sup> und Lehre<sup>101</sup> auch der erstgenannte Ansatz zugrunde gelegt. In Anbetracht dieser Divergenz könne nicht davon ausgegangen werden, dass bezüglich der Frage der anzuwendenden Methode kein vernünftiger Zweifel existiere. Dementsprechend seien die Fragen dem EuGH vorzulegen, ob – sinngemäß – das Regelungsgefüge zu der Mehrvergütung bei Piloten der Lufthansa CityLine GmbH eine unterschiedliche, schlechtere Behandlung im Sinne von Paragraph 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit darstelle und – bejahendenfalls – ob die Ungleichbehandlung im Lichte von Paragraph 4 Nr. 1, 2 der Rahmenvereinbarung gerechtfertigt sei, wenn mit der zusätzlichen Vergütung der Zweck verfolgt werde, eine besondere Arbeitsbelastung auszugleichen.

### 3. Entscheidungsgründe

Der EuGH stellte bezüglich der ersten Frage fest, dass das Regelungsgefüge zu der Mehrvergütung bei Piloten der Lufthansa CityLine GmbH eine

schlechtere Behandlung der Teilzeitbeschäftigten im Sinne von Paragraph 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung darstelle.

Paragraph 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung sei in diesem Zusammenhang nur die spezifische Niederlegung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes, der ein wesentliches Prinzip des Unionsrechts sei.<sup>102</sup> Folglich dürfe die Regelung nicht restriktiv ausgelegt werden.<sup>103</sup> Fragen rund um die Höhe der Vergütung und etwaige Unterschiede zwischen Voll- und Teilzeitbeschäftigten würden dabei unter die Regelung des Paragraphen 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung fallen.<sup>104</sup>

Hinsichtlich der Vergleichbarkeit der voll- und teilzeitbeschäftigten Piloten bei der Lufthansa CityLine GmbH sei zu prüfen, ob die Arbeitnehmer unter Berücksichtigung einer Gesamtheit von Faktoren wie Art der Arbeit, Ausbildungsanforderungen und Arbeitsbedingungen als in einer vergleichbaren Situation befindlich angesehen werden könnten; würden voll- und teilzeitbeschäftigte Piloten die gleichen Aufgaben ausüben oder die gleiche Arbeitsstelle bekleiden, sei insofern davon auszugehen, dass die Situation vergleichbar sei.<sup>105</sup> Dies sei bei voll- und teilzeitbeschäftigten Piloten der Lufthansa CityLine GmbH der Fall, sodass sie miteinander vergleichbar seien.

Zuletzt liege auch eine unterschiedliche Behandlung voll- und teilzeitbeschäftigter Piloten vor. Denn teilzeitbeschäftigte Piloten würden – anders als ihre Kollegen in Vollzeit – die Mehrvergütung nicht erhalten, sobald die individuelle Auslösegrenze überschritten sei, sondern erst dann, wenn die für vollzeitbeschäftigte Piloten geltende Auslösegrenze überschritten werde. Unter diesen Umständen würden teilzeitbeschäftigte Piloten die Auslösungsgrenzen für Mehrvergütung nicht oder nur mit deutlich geringerer Wahrscheinlichkeit erreichen als Piloten in Vollzeitbeschäftigung. Die identischen Auslösungsgrenzen von voll- und teilzeitbeschäftigten Piloten würden demzufolge gemessen an der Gesamtarbeitszeit zu einem längeren Flugstunden dienst von teilzeitbeschäftigten Piloten führen und diese damit in einem höheren Maße belasten als vollzeitbeschäftigte Piloten. Teilzeitbeschäftigte Piloten seien deshalb benachteiligt mit Blick auf das

<sup>98</sup> Urt. v. 27.05.2004 – C-285/02 (*Elsner-Lakeberg*) – juris, Rn. 15.

<sup>99</sup> Urt. v. 19.12.2018 – 10 AZR 231/18 – juris, Rn. 58.

<sup>100</sup> Etwa BAG, Urt. v. 16.06.2004 – 5 AZR 448/03 – juris, Rn. 49.

<sup>101</sup> *Thüsing/Mathy*, SR 2019, 292, 296 ff.; *Rambach*, ZTR 2022, 67, 75 f.; a.A. *Wiefeld*, RdA 2021, 337, 342 ff.

<sup>102</sup> EuGH, Urt. v. 05.05.2022 – C-265/20 (*Universiteit Antwerpen u.a.*) – juris, Rn. 42.

<sup>103</sup> EuGH, Urt. v. 07.07.2022 – C-377/21 (*Zone de secours Hainaut - Centre*) – juris, Rn. 43.

<sup>104</sup> EuGH, Urt. v. 07.07.2022 – C-377/21 (*Zone de secours Hainaut - Centre*) – juris, Rn. 51 f.; Urt. v. 07.04.2022 – C-236/20 (*Ministero della Giustizia u.a.*) – juris, Rn. 36.

<sup>105</sup> EuGH, Urt. v. 15.12.2022 – C-40/20, C-173/20 (*Presidenza del Consiglio dei Ministri u.a.*) – juris, Rn. 102.



Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.

Bezüglich der zweiten Frage stellte der EuGH im Grundsatz fest, dass der Ausgleich einer besonderen Arbeitsbelastung als verfolgter Zweck einer zusätzlichen Vergütung, die für voll- und teilzeitbeschäftigte Piloten an dieselben Auslösegrenzen knüpfe, den Regelungen in Paragraph 4 Nr. 1, 2 der Rahmenvereinbarung entgegenstehe und daher die mit dem Regelungsgefüge bei der Lufthansa City-Line GmbH einhergehende Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen könne.

Insofern bedürfe die benachteiligende Ungleichbehandlung von teil- gegenüber vollzeitbeschäftigten Piloten einer Rechtfertigung in Form eines sachlichen Grundes. Ob ein derartiger Sachgrund vorliege, könne nur durch das vorliegende Gericht, nicht jedoch durch den EuGH selbst geprüft werden, da dieser nicht befugt sei, die Normen des Unionsrechts auf einen Einzelfall anzuwenden. Allerdings sei der EuGH gehalten, Hinweise bezüglich der Prüfung des Vorliegens eines etwaigen Sachgrundes zu geben.<sup>106</sup> Bei der Prüfung eines etwaigen Sachgrundes unter Berücksichtigung aller maßgebenden Aspekte habe das Gericht dementsprechend Erwägungen des EuGH zu berücksichtigen.

Hierbei sei zunächst zu beachten, dass eine Ungleichbehandlung von Beschäftigten in Teilzeit gegenüber solchen in Vollzeit nicht allein deshalb gerechtfertigt sei, weil sie in einer innerstaatlichen Norm wie einem Tarifvertrag vorgesehen sei.<sup>107</sup> Entscheidend sei vielmehr, dass mit Blick auf die konkreten Umstände ein echter Bedarf an der Ungleichbehandlung anhand objektiver und transparenter Kriterien feststellbar sein müsse. Derartige konkrete Umstände könnten etwa aus einer besonderen Aufgabenart folgen, für welche die Teilzeitverträge geschlossen seien, ihren Wesensmerkmalen oder eines rechtmäßigen sozialpolitischen Effekts, den ein Mitgliedstaat anstrebe.<sup>108</sup> Dabei müsse die Ungleichbehandlung zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und erforderlich sein.

Unter Bezugnahme auf die Situation bei der Lufthansa CityLine GmbH stellte der EuGH fest, dass nach deren Darstellung mit den Regelungen zur Mehrvergütung das Ziel verfolgt werde, besondere Arbeitsbelastungen im Zusammenhang mit dem Flugdienst auszutariieren und hierbei die Fluggesellschaften von einer übermäßigen Inanspruchnahme der Piloten abzuhalten. Derartige Ziele seien aber in

dem entsprechenden Regelwerk nicht explizit niedergelegt und seien anhand der systematischen Auslegung durch das vorliegende Gericht zu ergründen. Diesbezüglich sei zu berücksichtigen, dass die Auslösegrenzen anscheinend nicht auf objektiv ermittelten Werten, wissenschaftlichen Erkenntnissen oder sonstigen allgemeinen Erfahrungswerten beruhen würden, weswegen es wohl keine objektiven und transparenten Kriterien zu geben scheine, die einen echten Bedarf an der Ungleichbehandlung zwischen Teil- und Vollzeitbeschäftigten dokumentieren würden. Ferner stelle sich die Frage der Geeignetheit und Erforderlichkeit des vermeintlich verfolgten Ziels in kohärenter und systematischer Weise.<sup>109</sup> Dies sei im Hinblick auf die Festlegung starrer Auslösegrenzen für Piloten zweifelhaft, weil die individuellen Auswirkungen der Arbeitsbelastung bei diesem System außer Acht blieben und die eigentlichen Gründe für die Inanspruchnahme von Teilzeit, etwa außerberufliche Belastungen des Piloten, unberücksichtigt blieben. So sei es auch denkbar, dass anderweitige Systeme, etwa ein System zum Arbeitsstundenausgleich oder ein Ruhetagssystem, geeignetere Maßnahmen darstellen würden, um das (vermeintlich) verfolgte Ziel der Verringerung der Arbeitsbelastung im Einzelfall zu erreichen. Im Übrigen führe das derzeitige System zu dem Problem, dass es die Fluggesellschaft eher dazu verleite, teilzeitbeschäftigte Piloten zu übermäßiger Arbeit heranzuziehen, da die Mehrvergütung erst mit dem Erreichen der Auslösegrenze bei Vollzeitbeschäftigten anfalle. Zuletzt sei darauf hinzuweisen, dass wirtschaftliche Erwägungen die Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten nicht rechtfertigen könne; hierzu sei ebenfalls die sparsame Personalbewirtschaftung zu zählen.<sup>110</sup>

#### 4. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung verdeutlicht, welchen hohen Stellenwert der EuGH dem Schutz von Beschäftigten in Teilzeit beimisst. Europarechtlich wird hier eine konsequente Gleichbehandlung von Teil- und Vollzeitbeschäftigten herbeigeführt.

Dies geschieht zunächst dadurch, dass der Gradmesser für eine Schlechterbehandlung von Teilzeitbeschäftigten im Vergleich zu Beschäftigten in Vollzeit in Entgeltfragen sehr fein justiert wird. Anstatt diesen Aspekt im Rahmen einer Gesamtschau sämtlicher Entgeltbestandteile zu ermitteln, hat sich

<sup>106</sup> EuGH, Urt. v. 10.03.2022 – C-519/20 (*Landkreis Gifhorn*) = NVwZ 2022, 783, 785 bei Rn. 47.

<sup>107</sup> EuGH, Urt. v. 01.03.2012 – C-393/10 (*O'Brien*) – juris, Rn. 64.

<sup>108</sup> EuGH, a.a.O.

<sup>109</sup> EuGH, Urt. v. 12.01.2010 – C-341/08 (*Pedersen*) – juris, Rn. 53; Urt. v. 21.01.2021 – C-843/19 (*INSS*) – juris, Rn. 32.

<sup>110</sup> EuGH, Urt. v. 22.04.2010 – C-486/08 (*Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*) – juris, Rn. 46.

der EuGH nunmehr (anscheinend) final derart positioniert, dass jeder Entgeltbestandteil individuell auf die Gleichbehandlung Voll- und Teilzeitbeschäftigter anhand der faktischen Gemengelage zu überprüfen ist.<sup>111</sup> In diesem Zusammenhang werden in vielen Fällen Teil- und Vollzeitbeschäftigte ohne weiteres vergleichbar sein, weil Aufgabenbereiche beziehungsweise Arbeitsstellen üblicherweise nicht streng unterschieden danach verteilt werden, ob Beschäftigte in Teil- oder Vollzeit angestellt sind.

Liegt nach diesen Grundsätzen eine Schlechterbehandlung von Teilzeitbeschäftigten im Vergleich zu Vollzeitbeschäftigten vor, sind die Anforderungen an die Rechtfertigung einer derartigen Ungleichbehandlung sehr hoch. Dies liegt daran, dass unter Berücksichtigung der konkreten Umstände ein echter Bedarf an der Ungleichbehandlung mittels objektiver und transparenter Kriterien ermittelbar sein muss. Es bedarf dementsprechend handfester Kriterien wie objektiv ermittelter Werte, wissenschaftlicher Erkenntnisse oder sonstiger allgemein anerkannter Erfahrungswerte, um eine Schlechterstellung von Teilzeitbeschäftigten rechtfertigen zu können.<sup>112</sup> Auf die Motive der Tarifvertragsparteien kommt es hingegen nicht in erster Linie an. Selbst wenn objektive und transparente Kriterien die Schlechterstellung von Teilzeitbeschäftigten im Grundsatz rechtfertigen könnten, muss das hierdurch verfolgte Ziel dann noch geeignet und erforderlich sein. Hier dürfte es in vielen Fällen mildere Mittel als eine Ungleichbehandlung in der Vergütung zwischen Teil- und Vollzeitbeschäftigten geben, um das jeweilige Ziel zu erreichen.<sup>113</sup>

Wendet man diese vom EuGH aufgestellten Grundsätze auf die Regelung in § 7 Abs. 7 TVöD/TV-L unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des 6. Senats des BAG an, ist festzustellen, dass diese Rechtsprechung europarechtlich nicht haltbar sein dürfte.<sup>114</sup>

Kernargument des BAG für die Annahme, dass bereits keine Ungleichbehandlung zwischen Teil- und Vollzeitbeschäftigten vorliege, ist die systematische Unterscheidung in den Tarifwerken, wonach der öffentliche Arbeitgeber gegenüber Vollzeitbeschäftigten einseitig Überstunden anordnen dürfe, wohingegen bei Teilzeitbeschäftigten – nach dem Regelwerk gemäß § 6 Abs. 5 TVöD/TV-L – deren Zustimmung zur Erbringung der Überstunden nötig

sei. Diese Argumentation trägt nicht, weil – so räumt der 6. Senat selbst ein – faktisch Voll- und Teilzeitbeschäftigte *de facto* gleichgestellt werden, indem öffentliche Arbeitgeber in ihren Vertragsmustern ein Einverständnis zur Erbringung von Überstunden vorsehen.<sup>115</sup> Darüber hinaus üben Voll- und Teilzeitbeschäftigte im öffentlichen Dienst und unabhängig von dem geltenden Regelungskorsett die gleichen Aufgaben aus oder bekleiden gleiche Arbeitsstellen, sind daher miteinander vergleichbar und werden dennoch unterschiedlich behandelt, dass Teilzeitbeschäftigte Zeitzuschläge für geleistete Überstunden erst erhalten, sobald die regelmäßige Arbeitszeit von Vollbeschäftigten erreicht wird. Im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH erreichen Teilzeitbeschäftigte im öffentlichen Dienst dementsprechend die Zeitzuschläge für geleistete Überstunden nicht oder nur mit geringerer Wahrscheinlichkeit als Vollzeitbeschäftigte.<sup>116</sup> Die Regelung in § 7 Abs. 7 TVöD/TV-L führt demnach gemessen an der Gesamtarbeitszeit zu längeren Dienststunden bei Teilzeitbeschäftigten und in der Folge zu einer höheren Belastung als bei Vollzeitbeschäftigten.

Hierfür ist kein sachlicher Grund zur Rechtfertigung ersichtlich. Ausdrücklich findet sich im TVöD/TV-L keine Begründung für die unterschiedliche Behandlung von Teil- und Vollzeitbeschäftigten mit Blick auf die Zahlung von Zeitzuschlägen. Aus der Systematik der Tarifwerke lässt sich hingegen ableiten, dass Teilzeitbeschäftigte eher Freizeitausgleich statt Vergütung für über die regelmäßige Arbeitszeit hinausgehende Arbeitszeiten erhalten sollen, wohingegen bei Vollzeitbeschäftigten der finanzielle Ausgleich im Vordergrund steht.<sup>117</sup> Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass diese Grundsatzentscheidung auf objektiv ermittelten Werten, wissenschaftlichen Erkenntnissen oder sonstigen allgemeinen Erfahrungswerten fußt. Ferner ist aus dieser Grundsatzentscheidung kein konkretes Ziel ableitbar, das die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte.<sup>118</sup> Selbst wenn es hier ein anzuerkennendes Ziel geben sollte, wäre die Erforderlichkeit und Geeignetheit des Mittels wiederum zweifelhaft, weil auch das System im öffentlichen Dienst die individuellen Auswirkungen der Arbeitsbelastung außer Acht lässt und die eigentlichen Gründe für die Inanspruchnahme von Teilzeit letztlich unberücksichtigt bleiben. Zuletzt

<sup>111</sup> Zustimmend *Stach*, NZA 2023, 1379, 1383; ablehnend *Thüsing/Mantsch*, BB 2023, 2676, 2677.

<sup>112</sup> Ablehnend *Thüsing/Mantsch*, BB 2023, 2676, 2679.

<sup>113</sup> Im Ergebnis auch *Stach*, NZA 2023, 1379, 1384.

<sup>114</sup> A.A. wohl *Fieberg* in GKÖD, Bd. 4, Lfg. 1/22, § 7 TVöD/TV-L Rn. 68d.

<sup>115</sup> BAG, Urt. v. 15.10.2021 – 6 AZR 253/19 – juris, Rn. 39, mit Verweis auf *Fieberg* in GKÖD, a.a.O., § 7 TVöD/TV-L Rn. 53.

<sup>116</sup> In diese Richtung auch *Fieberg* in GKÖD, a.a.O., § 7 TVöD/TV-L Rn. 68c.

<sup>117</sup> BAG, Urt. v. 15.10.2021 – 6 AZR 253/19 – juris, Rn. 43.

<sup>118</sup> In diese Richtung wohl auch *Stach*, NZA 2023, 1379, 1384.

führt das momentane System im öffentlichen Dienst wiederum zu dem Problem, dass öffentliche Arbeitgeber in der Versuchung sind, Teilzeitbeschäftigte zu übermäßiger Arbeit heranzuziehen, denn die Zeitzuschläge sind dann erst später zu leisten als bei Vollzeitbeschäftigten.

In der Gesamtschau spricht demnach vieles dafür, dass hinsichtlich der Zahlung von Zuschlägen bei der Ableistung von Überstunden zwischen den teilzeitbeschäftigten Piloten bei der Lufthansa City-Line und Teilzeitbeschäftigten des öffentlichen Dienstes Parallelen zu ziehen sind. Dabei gibt es gute Gründe für die Europarechtswidrigkeit der entsprechenden Regelungen.

## V. BAG: Kündigung bei rassistischen/menschenverachtenden Äußerungen in Chatgruppen

Auch außerdienstliches Fehlverhalten kann die (außerordentliche) Kündigung des Arbeitnehmers rechtfertigen. Grundvoraussetzung dafür ist, dass sich das außerdienstliche Fehlverhalten konkret innerdienstlich auswirkt.<sup>119</sup> Grobe Beleidigungen des Arbeitgebers, seiner Vertreter und Repräsentanten oder von Arbeitskollegen, die diese Personen einschneidend in ihrer Ehre herabsetzen, bedeuten eine erhebliche Nebenpflichtverletzung aus § 241 Abs. 2 BGB, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen kann. Gleiches gilt für rassistische oder menschenverachtende Äußerungen.<sup>120</sup> Für den öffentlichen Dienst ist dabei anerkannt, dass hoheitlich agierende Arbeitnehmer durch ihr außerdienstliches Verhalten nicht das Ansehen des öffentlichen Arbeitgebers beeinträchtigen dürfen.<sup>121</sup>

Insoweit gewährten die Gerichte den Arbeitnehmern bislang einen geschützten Raum im (vermeintlichen) Privatbereich. Wurden beleidigende, rassistische oder menschenverachtende Äußerungen in einer Privatunterhaltung geäußert, fielen diese unter die Vertraulichkeit der Kommunikation in der Privatsphäre, die grundsätzlich über das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 in Verbindung mit

<sup>119</sup> BAG, Urt. v. 27.11.2008 – 2 AZR 98/07 – juris, Rn. 21, m.w.N.

<sup>120</sup> BAG, Urt. v. 01.07.1999 – 2 AZR 676/98 – juris, Rn. 23; LAG Sachsen, Urt. v. 27.02.2018 – 1 Sa 515/17 – juris, Rn. 29, 32; LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 15.01.2020 – 4 Sa 19/19 – juris, Rn. 42; derartige Äußerungen lassen sich nicht durch die Berufung auf die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG rechtfertigen, BVerfG, Beschl. v. 02.11.2020 – 1 BvR 2727/19 – juris, Rn. 18

<sup>121</sup> BAG, Urt. v. 20.06.2013 – 2 AZR 583/12 – juris, Rn. 25 f.; Vossen in A/P/S, Kündigungsrecht, 7. Aufl. 2024, § 626 BGB Rn. 81.

Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist.<sup>122</sup> Dies galt jedenfalls solange der Arbeitnehmer die Vertraulichkeit nicht selbst aufhob, wohingegen die Aufhebung der Vertraulichkeit durch den Gesprächspartner gegen den Willen des Arbeitnehmers arbeitsrechtlich nicht zu dessen Lasten ging.<sup>123</sup>

Diese Rechtsprechung führte bislang im Ergebnis dazu, dass Arbeitgeber rechtlich faktisch kaum eine Handhabe gegen Arbeitnehmer hatten, die sich auf die Vertraulichkeit der Kommunikation in der Privatsphäre berufen konnten, selbst wenn diese abscheulichste beleidigende, rassistische und menschenverachtende Äußerungen tätigten.<sup>124</sup> Insofern hat das BAG mit Urteil vom 24.08.2023<sup>125</sup> präzisierende Klarstellungen vorgenommen.

### 1. Sachverhalt

Der Kläger war bei der Beklagten seit dem Jahr 1999 beschäftigt. Seit dem Jahr 2014 war er zunächst mit fünf weiteren Arbeitnehmern Mitglied einer privaten Chatgruppe bei WhatsApp. Im November 2020 wurde ein ehemaliger Kollege als weiteres Gruppenmitglied aufgenommen, der im Januar 2021 wieder aus der Chatgruppe ausschied. Alle Mitglieder der Gruppe waren langjährig befreundet, zwei miteinander verwandt.

Neben rein privaten Themen äußerte sich der Kläger – und ebenso mehrere andere, aber nicht sämtliche Gruppenmitglieder – in beleidigender, rassistischer, sexistischer und menschenverachtender Weise unter anderem über Vorgesetzte und Arbeitskollegen. Dabei wurde auch zur Gewalt aufgerufen. So äußerte der Kläger in dem Chat wörtlich unter anderem folgendes: „*aber erst den Polakken umnieten der ist der schlimmste*“, „*Alle aufknüpfen, den Polen zuerst*“, „*neues „Opfer“ für den Grab-scher von Bosporus Frau A.*“, „*Und die Neeger kommen*“ und „*ja, die Moslems sind dem gemeinen Juden recht ähnlich was Geschäfte angeht, allerdings 7 Klassen tiefer, Ziegen, Kiosk und gebrauchte statt Banken, Medien und Firmen*“.

Im Rahmen eines Gesprächs über einen Arbeitsplatzkonflikt zeigte der ehemalige Kollege einem

<sup>122</sup> BAG, Urt. v. 10.10.2002 – 2 AZR 418/01 – juris, Rn. 26, m.w.N.; Urt. v. 10.12.2009 – 2 AZR 534/08 – juris, Rn. 18, m.w.N.; Vossen in A/P/S, a.a.O., § 626 BGB Rn. 230.

<sup>123</sup> BAG, Urt. v. 10.10.2002 – 2 AZR 418/01 – juris, Rn. 26; Urt. v. 10.12.2009 – 2 AZR 534/08 – juris, Rn. 18; Urt. v. 30.11.1972 – 2 AZR 79/72 – juris, Rn. 17; Vossen in A/P/S, a.a.O.

<sup>124</sup> Ein gutes Beispiel für die Auswirkungen dieser Rechtsprechung ist die Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 19.07.2021 – 21 Sa 1291/20 – juris.

<sup>125</sup> 2 AZR 17/23 – juris.

Mitarbeiter der Beklagten den Chatverlauf auf dem Smartphone. Der Mitarbeiter leitete eine Kopie hiervon an sich weiter, die im Nachgang zu dem Betriebsratsvorsitzenden bei der Beklagten gelangte. Dieser informierte im Anschluss den Personalleiter der Beklagten und übersandte ihm ein 316-seitiges Word-Dokument mit dem Inhalt des Chatverlaufs für den Zeitraum vom 19. November 2000 bis zum 17. Januar 2021. Im Juli 2021 bestätigte der ehemalige Kollege gegenüber der Beklagten die inhaltliche Richtigkeit des Chatverlaufs. Es fand sodann eine Anhörung statt in deren Zuge der Kläger eine schriftliche Stellungnahme zu den Geschehnissen abgab.

Nach Anhörung des Betriebsrats kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 28. Juli 2021 den Kläger außerordentlich fristlos. Hiergegen erhob der Kläger Kündigungsschutzklage und vertrat dabei insbesondere die Auffassung, dass die Beklagte den Inhalt des Chatverlaufs nicht für die Begründung der Kündigung habe heranziehen dürfen und dieser auch im Verfahren nicht verwertet werden dürfe, weil es sich um eine vertrauliche Kommunikation gehandelt habe.

## 2. Entscheidungsgründe

Das ArbG Hannover<sup>126</sup> gab der Klage im Hinblick auf die begehrte Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung statt. Das LAG Niedersachsen<sup>127</sup> bestätigte das erstinstanzliche Urteil insoweit in der Berufung. Beide Instanzen verneinten in diesem Zusammenhang ein Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbot,<sup>128</sup> nahmen aber an, dass die Äußerungen des Klägers unter die Vertraulichkeit der Kommunikation in der Privatsphäre fielen und daher keine Basis für einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB zu der außerordentlichen Kündigung bilden konnten<sup>129</sup>.

Das BAG nahm ebenfalls kein Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbot hinsichtlich des Chatprotokolls an. Ein Verwertungsverbot – auch rechtswidrig – erlangter Beweismittel könne sich nur dann ergeben, falls dies „wegen einer grundrechtlich geschützten Position einer Prozesspartei zwingend geboten“ sei. Hierfür müsse bereits im Zuge der Informations- und Beweisbeschaffung in das allge-

meine Persönlichkeitsrecht der betreffenden Person eingegriffen worden sein, ohne dass es hierfür eine Rechtfertigung gebe.<sup>130</sup> Insofern sei kein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG des Klägers zu erkennen. Die Äußerungen des Klägers würden allenfalls seinen Privatbereich tangieren, wobei der Kläger mit Blick auf die Mitgliederzahl der Chatgruppe offensichtlich selbst bloß einen eingeschränkten Willen zur Geheimhaltung der dort ausgetauschten Informationen gehabt habe. Ferner hätten die Äußerungen keinen höchstpersönlichen Charakter, sondern seien auf die Diskreditierung, Diffamierung und Beleidigung Dritter gerichtet. In Anbetracht dessen bestehe keine Notwendigkeit, den seinerseits als grundrechtsgleiches Recht über Art. 103 Abs. 1 GG geschützten Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör zu beschränken.

Abweichend von den Vorinstanzen erteilte das BAG sodann jedoch mit klaren Worten der Auffassung des Klägers eine Absage, er habe eine berechtigte Erwartung gehabt, dass die Kommunikation in dem Gruppenchat vertraulich gewesen sei. Zwar bestehe auch bei ehrverletzenden Äußerungen über abwesende Personen eine durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützte Sphäre für den Äußernden. Dies allerdings nur dann, wenn solche Äußerungen gegenüber Personen getroffen würden, zu denen ein besonderes Vertrauensverhältnis bestehe, und keine begründete Möglichkeit ihrer Weitergabe existiere.<sup>131</sup> Derartige Personen seien nicht nur Ehepartner oder nahe Verwandte, sondern könnten ebenfalls Personen sein, zu denen ein Freundschaftsverhältnis bestehe, sofern das Verhältnis vergleichbar sei mit dem zu nahestehenden Familienangehörigen.<sup>132</sup>

Übertragen auf die Situation im Arbeitsverhältnis dürfe der Arbeitnehmer bei vertraulichen Gesprächen im Kollegenkreis grundsätzlich davon ausgehen, dass seine Äußerungen nicht nach außen getragen würden. Allerdings sei eine lediglich einseitige Vertraulichkeitserwartung nicht ausreichend.<sup>133</sup> Maßgeblich sei, ob der Arbeitnehmer sicher davon ausgehen dürfe, dass die Kollegen die Äußerungen nicht preisgeben würden.<sup>134</sup> Eine derartige Vertraulichkeitserwartung sei nicht in jedem Fall gleichermaßen anzunehmen. Dies sei zum einen abhängig von der Anzahl der Gesprächsteilnehmer, wobei bei einer größeren Zahl an Ge-

<sup>126</sup> Urt. v. 24.02.2022 – 10 Ca 147/21 = BeckRS 2022, 49957.

<sup>127</sup> Urt. v. 19.12.2022 – 15 Sa 284/22 – juris.

<sup>128</sup> LAG Niedersachsen, a.a.O. – juris, Rn. 65 f.; ArbG Hannover, a.a.O. – BeckRS 2022, 49957, Rn. 27 ff.

<sup>129</sup> LAG Niedersachsen, a.a.O. – juris, Rn. 70 ff.; ArbG Hannover, a.a.O. – BeckRS 2022, 49957, Rn. 35 ff.

<sup>130</sup> BAG, Urt. v. 15.11.2022 – 3 AZR 42/22 – juris, Rn. 33.

<sup>131</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.03.2021 – 2 BvR 194/20 – juris, Rn. 33.

<sup>132</sup> BVerfG, a.a.O. – juris, Rn. 34.

<sup>133</sup> BAG, Urt. v. 18.11.1999 – 2 AZR 903/98 – juris, Rn. 48.

<sup>134</sup> BAG, Urt. v. 17.02.2000 – 2 AZR 927/98 – juris, Rn. 25.

sprächspartnern Zweifel angezeigt sein könnten, dass die Inhalte stets vertraulich bleiben würden.<sup>135</sup> Zum anderen sei der Gesprächsinhalt maßgeblich, da gerade bei Äußerungen, die potenziell geeignet seien, den Betriebsfrieden in besonderem Maße zu stören und das Vertrauensverhältnis zu dem Arbeitgeber erheblich zu belasten, der Äußernde die berechnete Erwartung haben müsse, dass die Gesprächspartner den Kern der Aussagen teilen beziehungsweise akzeptieren würden oder zumindest aufgrund besonderer Umstände die Weitergabe der Gesprächsinhalte an Dritte ausgeschlossen sei.

Damit sich der Arbeitnehmer auf den Schutz vertraulicher Kommunikation bei beleidigenden und menschenverachtenden Äußerungen berufen könne, müsse dementsprechend sicher sein, dass er die berechnete Vertraulichkeitserwartung in Anbetracht der Größe und Gruppenstruktur haben dürfe, seine Äußerungen würden von keinem Gruppenmitglied gegenüber Dritten preisgegeben. Diese Situation werde es bei einem Nachrichtenaustausch im Gruppenchat nur im Ausnahmefall geben.

So könne die „Ende-zu-Ende“ Verschlüsselung im Gruppenchat keine Vertraulichkeitserwartung begründen, weil hierdurch (vermeintlich) das Ausspähen der ausgetauschten Daten durch Gruppenexterne verhindert werde, nicht aber die Weitergabe der empfangenen Nachrichten durch ein Gruppenmitglied. Ferner spreche die Verwendung mobiler Endgeräte für die Versendung der Nachrichten in dem Gruppenchat gegen eine Vertraulichkeitserwartung, weil diese Form des Austauschs auf Schnelligkeit und niederschwellige Möglichkeit der Vervielfältigung ausgerichtet sei. Auch die Gruppenzusammensetzung müsse im Hinblick auf die gesteigerten Anforderungen an die Vertraulichkeitserwartung beleuchtet werden. Mit steigender Gruppenstärke sinke grundsätzlich das unmittelbare persönliche Verhältnis der Gruppenmitglieder untereinander und damit die Vertraulichkeitserwartung, zumal bei einer zeitversetzten Kommunikation im Gruppenchat nicht oder nur schwer abzuschätzen sei, ob sich die Beteiligten der Vertraulichkeit der Kommunikation gewahr seien. Ferner sei die Zusammensetzung der Gruppe zu berücksichtigen. Sofern die Gruppenmitglieder nicht insgesamt ein kohärentes Verhalten hinsichtlich der Äußerungen an den Tag legen würden, könnten einzelne nicht darauf vertrauen, dass ihre Äußerungen insgesamt akzeptiert und nicht an Dritte weitergeleitet werden würden. Ebenso spreche Fluktuation in der Zusammensetzung der Mitglieder gegen die Annahme, dass im Rahmen des Gruppenchats eine besondere Vertraulichkeitserwartung gelte. Der Umstand, dass

einzelne Mitglieder der Gruppe miteinander verwandt seien, führe ebenso wenig zwingend zu Vertraulichkeit wie langjährige Freundschaften zwischen Gruppenmitgliedern, wo es in freundschaftlichen Verhältnissen zahlreiche Abstufungen der Verbundenheit geben könne.

Zuletzt sei zweifelhaft, ob bei Äußerungen, die im besonderen Maße menschenverachtend seien oder zu Gewalt aufwiegelten würden, überhaupt die Grundlage für eine berechnete Vertraulichkeitserwartung existieren könne. So sei es nicht abwegig, dass Gruppenmitgliedern aus Empörung, moralischen Zweifeln oder Großtueren derartige Äußerungen mit Dritten teilen könnten.

Im Ergebnis hob das BAG das Berufungsurteil unter anderem in Bezug auf den Bestandsschutzantrag auf und verwies die Sache an das LAG zurück.

### 3. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Der Entscheidung ist beizupflichten. Mit überzeugender Argumentation entzieht das Gericht einer etwaigen Vertraulichkeit (vermeintlich) privater Kommunikation in Gruppenchats mit beleidigenden, rassistischen und menschenverachtenden Äußerungen die Existenzgrundlage. Denn die nachvollziehbaren Anforderungen, die das BAG an die besondere Vertraulichkeitserwartung gerade mit dem Fokus auf die Gruppenzusammensetzung stellt, sind sehr hoch. Der Nachweis, dass die Vertraulichkeitserwartung bestand, ist damit durch den Arbeitnehmer, der entsprechende Äußerungen getätigt hat, kaum zu führen. Darüber hinaus tendiert das BAG wohl zu der Auffassung, dass bei menschenverachtenden Äußerungen keinerlei Vertraulichkeitserwartung existieren kann, sodass derartige Verlautbarungen ohne Weiteres Grundlage einer außerordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber sein können, sofern er von ihnen Kenntnis erlangt.

Es bleibt abzuwarten, ob dieses Urteil ebenfalls Auswirkungen im Rahmen von Sachverhalten haben wird, in denen Arbeitnehmer mündlich in der (vermeintlichen) Privatsphäre beleidigende, rassistische oder menschenverachtende Äußerungen treffen. Dies könnte etwa eine Rolle im Rahmen des derzeit anhängigen Verfahrens einer Mitarbeiterin der Stadt Köln spielen, der wegen ihrer vermeintlichen Teilnahme an einem Treffen radikaler Rechter im November 2023 fristlos gekündigt wurde.<sup>136</sup>

<sup>135</sup> BAG, Urt. v. 10.12.2009 – 2 AZR 534/08 – juris, Rn. 23.

<sup>136</sup> Berichterstattung verfügbar unter <https://www1.wdr.de/nachrichten/cdu-beschliesst-parteiausschluss-in-obk-100.html>, zuletzt abgerufen am 19.02.2024.

## C. Schlussbetrachtung und Ausblick

Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung ist ständigem Wandel unterlegen. Daran wird sich auch im Jahr 2024 nichts ändern. Neben dem „Dauerbrenner“ Arbeitszeiterfassung und der rechtlichen Auswirkungen der Verwendung künstlicher Intelligenz (AI) im Arbeitsverhältnis<sup>137</sup> könnte in diesem Jahr insofern neue Bewegung in das Thema Urlaubsabgeltung kommen.

Der EuGH hat in der Vergangenheit in einer Reihe von Entscheidungen zum deutschen Urlaubsrecht herausgestellt, dass den Arbeitgeber gegenüber den Beschäftigten eine Initiativlast bei der Inanspruchnahme des Urlaubs trifft.<sup>138</sup> So muss der Arbeitgeber auf den drohenden Verfall nicht genommener Urlaubstage ausdrücklich hinweisen, da andernfalls nicht die entsprechende Rechtsfolge aus § 7 Abs. 3 BUrlG<sup>139</sup> eintritt. Das BAG hat die Vorgaben des EuGH umgesetzt. Dementsprechend wird die gesetzliche Verjährungsfrist im Hinblick auf den Urlaubsanspruch bei Verstoß gegen die Initiativlast seitens des Arbeitgebers nicht in Gang gesetzt.<sup>140</sup> Folglich können sich im laufenden Arbeitsverhältnis bei konsequentem Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Initiativlast „ewige“ Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers akkumulieren.<sup>141</sup>

Ganz anders stellt sich die Situation im Hinblick auf den Abgeltungsanspruch aus § 7 Abs. 4 BUrlG dar. Nach der Regelung ist Urlaub (monetär) abzugelten, wenn er wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden kann. Der Anspruch entsteht von Gesetzes wegen durch Umwandlung des nicht erfüllten Urlaubsanspruchs.<sup>142</sup> Nach der neueren Rechtsprechung des BAG unterliegen Ansprüche aus § 7 Abs. 4 BUrlG sowohl (tarif-)vertraglichen Ausschlussfris-

ten<sup>143</sup> als auch der gesetzlichen Verjährung<sup>144</sup>, selbst wenn der Arbeitgeber im laufenden Arbeitsverhältnis gegen seine Initiativlast verstoßen hat. Das BAG begründet diese offenkundige Diskrepanz zu der Rechtsprechung rund um § 7 Abs. 3 BUrlG maßgeblich damit, dass mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses die strukturell schwächere Stellung des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber, aus welcher der EuGH die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers bei der Inanspruchnahme von Urlaub ableite, ende und der Arbeitnehmer damit von etwaigen Zwängen befreit sei, die ihn daran hindern könnten, Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber geltend zu machen.<sup>145</sup> Nach Auffassung des BAG wirkt sich der Verstoß gegen die Initiativlast demzufolge nicht auf den Abgeltungsanspruch im nachvertraglichen Bereich aus. Diese Rechtsprechung hat in der Literatur Zustimmung gefunden.<sup>146</sup>

Diese Rechtsprechung des BAG mutet seltsam an: Im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, in dem der Arbeitgeber beharrlich seiner Initiativlast nicht nachkommt, können sich über Jahrzehnte nicht genommene Urlaubstage akkumulieren, ohne dass diese verjähren, nur damit nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses die durch Umwandlung entstandenen Urlaubsabgeltungsansprüche binnen kürzester Zeit ausgeschlossen oder verjährt sind. Im Ergebnis würde der im laufenden Arbeitsverhältnis kontinuierlich rechtswidrig handelnde Arbeitgeber nachträglich für sein Verhalten belohnt. Dies steht im diametralen Gegensatz zu der Intention des EuGH, der gerade betont, dass kein schützenswertes Interesse des Arbeitgebers vorliegt, wenn dieser durch den Verstoß gegen die Initiativlast selbst die Situation verursacht hat, in der er noch nach langer Zeit mit Anträgen auf Urlaub oder finanzielle Vergütung konfrontiert werden kann und dann zulasten des Arbeitnehmers Nutzen ziehen könnte.<sup>147</sup>

In seinen Entscheidungen zu dem Abgeltungsanspruch aus § 7 Abs. 4 BUrlG sah das BAG – nach seinem Begründungsansatz konsequent – gleichwohl keine Veranlassung, dem EuGH im Wege der Vorabentscheidung die Fragen vorzulegen, ob der Ausschluss und die Verjährung dieses Anspruchs auch bei vorherigem Verstoß gegen die Initiativlast während des laufenden Arbeitsverhältnisses eintre-

<sup>137</sup> Hierzu existiert nunmehr eine erste Entscheidung bezüglich der Mitbestimmung im Zusammenhang mit der Verwendung von ChatGPT des ArbG Hamburg, Beschl. v. 16.01.2024 – 24 BVGa 1/24 – juris.

<sup>138</sup> Grundlegend EuGH, Urt. v. 06.11.2018 – C-684/16 (*Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*) – juris, Rn. 45; siehe auch Urt. v. 22.09.2022 – C-120/21 – juris, Rn. 48 ff.; Urt. v. 22.09.2022 – C-727/20, C-518/20 (*Fraport*) – juris, Rn. 40, m.w.N.

<sup>139</sup> Bundesurlaubsgesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 800-4, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 3 Absatz 3 des Gesetzes vom 20. April 2013 (BGBl. I S. 868) geändert worden ist.

<sup>140</sup> BAG, Urt. v. 20.12.2022 – 9 AZR 266/20 – juris, Rn. 38.

<sup>141</sup> Siehe hierzu im Einzelnen *Buchmüller/Immich*, ifV-Rechtspraxis R-2023/2, 1, 6 ff., verfügbar unter [https://www.ifv.de/fileadmin/user\\_upload/ifv\\_-\\_R-2023-2-Buchmueller-Immich.pdf](https://www.ifv.de/fileadmin/user_upload/ifv_-_R-2023-2-Buchmueller-Immich.pdf), zuletzt abgerufen am 19.02.2024.

<sup>142</sup> *Gallner* in ErfK, 24. Aufl. 2024, § 7 BUrlG Rn. 71.

<sup>143</sup> BAG, Urt. v. 31.01.2023 – 9 AZR 244/20 – juris, Rn. 52, 67.

<sup>144</sup> BAG, Urt. v. 31.01.2023 – 9 AZR 456/20 – juris, Rn. 18, 42.

<sup>145</sup> BAG, Urt. v. 31.01.2023 – 9 AZR 244/20 – juris, Rn. 53 und 9 AZR 456/20 – juris, Rn. 43.

<sup>146</sup> *Oberthür*, ArbRB 2023, 112, 114; *Fuhlrott/Schmechel*, GWR 2023, 236; *Pionteck*, ArbuR 2024, 32 f.

<sup>147</sup> EuGH, Urt. v. 22.09.2022 – C-120/21 – juris, Rn. 53.

ten könne. Allerdings könnte die deutsche Gerichtsbarkeit zu Beginn dieses Jahres durch die Hintertür gezwungen worden sein, diese Fragen noch einmal aufzugreifen.

Denn der EuGH hatte ein italienisches Vorlageverfahren zu entscheiden. Dort ging es um einen Beschäftigten des öffentlichen Dienstes, der auf eigenen Wunsch aus dem Dienst ausgeschieden war, um in den vorzeitigen Ruhestand einzutreten. Sein Verlangen auf monetäre Abgeltung von Urlaub, den er im laufenden Arbeitsverhältnis nicht genommen hatte, lehnte sein Dienstherr mit Verweis auf die einschlägige Regelung des italienischen Rechts ab, wonach bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter anderem wegen Kündigung, Eintritt in den Ruhestand oder Erreichen der Höchstaltersgrenze in keinem Fall Anspruch auf Auszahlung finanzieller Ersatzleistungen bestehen sollte. Mit Urteil vom 18. Januar 2024<sup>148</sup> hat der EuGH nunmehr festgestellt, dass das Europarecht grundsätzlich einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, nach der am Ende eines Zeitraums der nicht genommene bezahlte Jahresurlaub nicht mehr durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden kann, und zwar auch im Fall der späteren Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Dies setze allerdings stets voraus, dass der Arbeitgeber im Rahmen seiner Initiativlast während des laufenden Arbeitsverhältnisses den Arbeitnehmer in die Lage versetzt habe, seinen Urlaub zu nehmen.<sup>149</sup> Demzufolge verstoße das Ausbleiben einer finanziellen Vergütung für nicht genommenen Jahresurlaub gegen die europarechtlichen Vorgaben, wenn der Arbeitgeber nicht nachweisen könne, dass er mit aller gebotenen Sorgfalt gehandelt habe, um den Arbeitnehmer tatsächlich in die Lage zu versetzen, den ihm zustehenden bezahlten Jahresurlaub zu nehmen.<sup>150</sup>

Die Entscheidung verdeutlicht, dass vor dem Hintergrund des Europarechts Verstöße gegen die Initiativlast – entgegen der Auffassung des BAG – sehr wohl in den nachvertraglichen Bereich ausstrahlen können. Dies sollte in der Folge Anlass geben, die eingeschlagene Rechtsprechung im Hinblick auf den Ausschluss und die Verjährung von Abgeltungsansprüchen nach § 7 Abs. 4 BUrlG bei vorherigem Verstoß gegen die Initiativlast einer kritischen Würdigung zu unterziehen.

---

<sup>148</sup> C-218/22 (*Commune di Copertino*) – juris.

<sup>149</sup> EuGH, Urt. v. 18.01.2024 (*Commune die Copertino*) – juris, Rn. 48 ff.

<sup>150</sup> EuGH, a.a.O. – juris, Rn. 50.

## **Der Autor:**

*Dr. Christian Buchmüller ist Professor am Kölner Standort der HSPV NRW. Dort lehrt er die Fächer Arbeitsrecht, Zivilrecht und juristische Methodik. Daneben lehrt er das Modul Personalrecht im berufsbegleitenden Masterstudiengang Öffentliches Management/Public Administration (MPA) an der Managementschool der Universität Kassel (UNIKIMS). Am ifV leitet er im Bereich Personalrecht regelmäßig Seminare zur Einführung in das Arbeits- und Tarifrecht sowie aktueller Rechtsprechung im Arbeitsrecht.*

Dieser Aufsatz gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Verfassers wieder. Zur besseren Lesbarkeit wird die männliche Form verwendet. Hiermit sind geschlechtsneutral alle Geschlechter gemeint.

*Erstellungsdatum: 19. Februar 2024*

*Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die Wiedergabe dieses Werkes oder wesentlicher Teile in anderen Editionen wie auch die Einstellung dieses Werkes in Datenbanken ist nur mit Zustimmung des Instituts für Verwaltungswissenschaften gGmbH gestattet. Die Wiedergabe von einzelnen Textpassagen hat unter einer Quellenangabe mit Nennung der Autoren und des Instituts für Verwaltungswissenschaften gGmbH als Herausgeber zu erfolgen.*