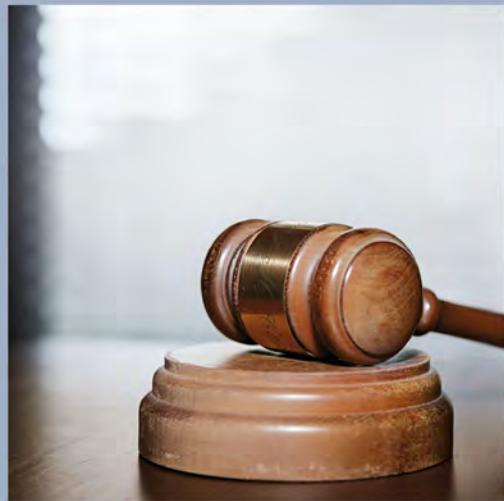


**vbw**

Die bayerische Wirtschaft



Rechtsprechungsreport

# Jahresreport 2025

<https://www.vbw-bayern.de>

# Inhalt

---

.....	1
Schlichtungsausschuss bei Streitigkeiten im Ausbildungsverhältnis Urteil vom 29.04.2025 (9 AZR 122/24) .....	1
<b>Arbeitsvertrag</b> .....	3
Frage des Ausschlusses von Teilzeitbeschäftigten von der Gewährung bezahlter Altersfreizeit Urteil vom 09.07.2024 (9 AZR 296/20) .....	3
Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zu einem ehemaligen Zeitarbeitnehmer Urteil vom 01.10.2024 (9 AZR 270/23) .....	5
Unwirksamkeit einer umfassenden arbeitsvertraglichen Vertraulichkeitsklausel Urteil vom 17.10.2024 (8 AZR 172/23) .....	7
Ausschluss des Konzernprivilegs bei Arbeitnehmerüberlassung Urteil vom 12.11.2024 (9 AZR 13/24) .....	9
Probezeitkündigung bei einem befristeten Arbeitsvertrag Urteil vom 05.12.2024 (2 AZR 275/23) .....	11
Einbeziehung virtueller Aktienoptionen in die Berechnung der Karenzentschädigung Urteil vom 27.03.2025 (8 AZR 63/24) .....	13
Umfang der Verbindungsaufnahme mit der Agentur für Arbeit bei der Stellenbesetzung Urteil vom 27.03.2025 (8 AZR 123/24) .....	15
Ablehnung eines Bewerbers jenseits der tarifvertraglichen Altersgrenze bei der Einstellung Urteil vom 08.05.2025 (8 AZR 299/24) .....	17
Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses eines Betriebsratsmitglieds Urteil vom 18.06.2025 (7 AZR 50/24) .....	19
Inhaltskontrolle bei beschränkter Verweisung auf einen Tarifvertrag Urteil vom 02.07.2025 (10 AZR 162/24) .....	21
<b>Arbeitszeit</b> .....	23
Lage der gesetzlichen Ruhepause und Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers Urteil vom 21.08.2024 (5 AZR 266/23) .....	23

Tarifvertraglicher Freistellungsanspruch bei ungleichmäßig verteilter Arbeitszeit Urteil vom 21.08.2024 (10 AZR 190/23) .....	25
Dienstplanmäßig vorgesehene Arbeitszeit bei Urlaub und Arbeitsunfähigkeit und tarifvertragliche Berücksichtigung von Umkleidezeiten Urteil vom 14.04.2025 (5 AZR 215/24) .....	27
<b>Beendigung des Arbeitsverhältnisses</b> .....	<b>29</b>
Sonderkündigungsschutz für Schwangere und nachträgliche Klagezulassung Urteil vom 03.04.2025 (2 AZR 156/24) .....	29
Kündigung eines Schwerbehinderten in der Wartezeit und Präventionsverfahren Urteil vom 03.04.2025 (2 AZR 178/24) .....	31
Umdeutung einer außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist Urteil vom 18.06.2025 (2 AZR 228/23) .....	33
<b>Betriebsverfassungsrecht</b> .....	<b>35</b>
Auswirkung eines nachträglich abgeschlossenen Tarifvertrags auf die Wirksamkeit einer Betriebsratswahl Urteil vom 20.02.2024 (7 TaBV 27/23) .....	35
Betriebsratswahl bei weniger Wahlbewerbern als Betriebsratssitzen Urteil vom 24.04.2024 (7 ABR 26/23) .....	37
Headset-System als technische Überwachungseinrichtung Urteil vom 16.07.2024 (1 ABR 16/23) .....	39
Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zu einer Versetzung Urteil vom 24.09.2024 (1 ABR 31/23) .....	41
Freistellung des Betriebsrats von Rechtsanwaltskosten Urteil vom 25.09.2024 (7 ABR 37/23) .....	43
Schriftliche Stimmabgabe bei der Betriebsratswahl in Zeiten von mobiler Arbeit und Kurzarbeit Urteil vom 23.10.2024 (7 ABR 34/23 ) .....	45
Keine Verpflichtung zur Nachholung eines Verhandlungsverfahrens über eine Arbeitnehmerbeteiligung bei einer ohne Arbeitnehmer tätigen Europäischen Gesellschaft Urteil vom 26.11.2024 (1 ABR 37/20) .....	47
Kein Mitbeurteilungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG bei Erhöhung der Vergütung eines freigestellten Betriebsratsmitglieds Urteil vom 26.11.2024 (1 ABR 12/23) .....	49

Entgeltanspruch des freigestellten Betriebsratsmitglieds Urteil vom 27.11.2024 (7 AZR 291/23) .....	51
Durchführung einer Betriebsratswahl als reine Briefwahl Urteil vom 22.01.2025 (7 ABR 23/23) .....	53
Fälligkeit der Sozialplanabfindung und Verzugszinsen Urteil vom 28.01.2025 (1 AZR 73/24) .....	55
Anspruch einer Gewerkschaft auf Herausgabe der oder Zugang zu den dienstlichen E-Mail- Adressen der Arbeitnehmer eines Betriebs Urteil vom 28.01.2025 (1 AZR 33/24) .....	57
Einseitige Erledigungserklärung im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren Urteil vom 25.02.2025 (1 ABR 18/24) .....	59
Vergütungsanpassung eines freigestellten Betriebsratsmitglieds Urteil vom 20.03.2025 (7 AZR 46/24) .....	61
Anfechtung eines Einigungsstellenspruchs Urteil vom 20.05.2025 (1 ABR 11/24) .....	63
Ladung von Ersatzmitgliedern und Rechtswirkung der Genehmigung eines Betriebsratsbeschlusses Urteil vom 20.05.2025 (1 AZR 35/24) .....	65
Mitbestimmung des Betriebsrats bei Frühstückspausen Urteil vom 20.05.2025 (1 AZR 120/24) .....	67
Mehrfache Wahlberechtigung von Führungskräften bei Matrix-Strukturen Urteil vom 22.05.2025 (7 ABR 28/24) .....	69
<b>Entgelt</b> .....	<b>71</b>
Anspruch eines freigestellten Personalrats auf eine Wechselschichtzulage und zusätzliche Urlaubstage Urteil vom 01.03.2024 (7 Sa 445/23) .....	71
Hinterbliebenenversorgung bei Spätehenklausel Urteil vom 05.07.2024 (4 SLa 95/24) .....	73
Rückzahlung von Studienkosten Urteil vom 09.07.2024 (9 AZR 227/23) .....	75
Kostentragungspflicht des AG für einem vom BR beauftragten Rechtsanwalt Urteil vom 16.07.2024 (1 ABR 24/23) .....	77

Anspruch des Arbeitnehmers auf den Feiertagszuschlag bei einer auswärtigen Beschäftigung Urteil vom 01.08.2024 (6 AZR 38/24) .....	79
Unwirksame Klausel im Zusammenhang mit der Rückzahlung von Fortbildungskosten Urteil vom 14.08.2024 (2 SLa 101/24) .....	81
Beweiswert der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung Urteil vom 21.08.2024 (5 AZR 248/23) .....	83
Höhe der Vergütung eines teilfreigestellten Betriebsratsmitglieds Urteil vom 28.08.2024 (7 AZR 197/23) .....	85
Erschütterung des Beweiswerts einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach Übergabe eine Eigenkündigung Urteil vom 18.09.2024 (5 AZR 29/24) .....	87
Entschädigungsanspruch nach Art. 15 Abs. 2 AGG und Einwand des Rechtsmissbrauchs Urteil vom 19.09.2024 (8 AZR 21/24) .....	89
Inflationsausgleichsprämie in der Altersteilzeit Urteil vom 12.11.2024 (9 AZR 71/24) .....	91
Annahmeverzug und Unmöglichkeit Urteil vom 04.12.2024 (5 AZR 276/23) .....	93
Unterlassener Zwischenverdienst nach Ablehnung der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen Urteil vom 15.01.2025 (5 AZR 135/24) .....	95
Beweiswert einer im Nicht EU-Ausland erstellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung Urteil vom 15.01.2025 (5 AZR 284/24) .....	97
Bezugnahme auf einen Tarifvertrag und Inhaltskontrolle Urteil vom 29.01.2025 (4 AZR 83/24) .....	99
Widerruf der privaten Nutzung eines Dienstwagens Urteil vom 12.02.2025 (5 AZR 171/25) .....	101
Immaterieller Schadensersatz nach Art. 82 Abs. 1 DS-GVO wegen verspäteter Auskunftserteilung Urteil vom 20.02.2025 (8 AZR 61/24) .....	103
Beteiligung am Mitarbeiteraktienoptionsprogramm und Verfallsregelung Urteil vom 19.03.2025 (10 AZR 67/24) .....	105
Gleichbehandlungsgrundsatz bei Gesamtzusage unter Vorbehalt Urteil vom 29.04.2025 (9 AZR 39/24) .....	107

Vorruhestandsgeld und Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten Urteil vom 29.04.2025 (9 AZR 287/24) .....	109
Anpassung von Versorgungsleistungen Urteil vom 06.05.2025 (3 AZR 142/24) .....	111
Anspruch auf eine Inflationsausgleichsprämie nach Eigenkündigung des Arbeitnehmers Urteil vom 21.05.2025 (10 AZR 121/24) .....	113
(Nicht)-Vorliegen einer Zusage auf betriebliche Altersversorgung Urteil vom 06.06.2025 (3 AZR 118/24) .....	115
Unterlassene Bestellung eines Inklusionsbeauftragten Urteil vom 26.06.2025 (8 AZR 276/24) .....	117
Immaterieller Schaden durch negative Gefühle nach unbefugter Datenübermittlung Urteil vom 04.09.2025 (C-655/23) .....	119
<b>Tarifrecht</b> .....	<b>121</b>
Mindestabstand zur tariflichen Vergütung bei einem außertariflichen Angestellten Urteil vom 23.10.2024 (5 AZR 22/24) .....	121
Anspruch auf tarifvertragliche Zulage zur Besitzstandswahrung Urteil vom 23.10.2024 (5 AZR 110/24) .....	123
Unterschiedliche Behandlung von Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten bei der Vergütung Urteil vom 04.12.2024 (10 AZR 185/20) .....	125
Reichweite einer Gleichstellungsabrede Urteil vom 11.12.2024 (4 AZR 44/24) .....	127
<b>Urlaub</b> .....	<b>129</b>
Urlaubsabgeltung für während mehrerer Beschäftigungsverboten nicht genommenen Urlaub Urteil vom 20.08.2024 (9 AZR 226/23) .....	129
Übertragung des tariflichen Mehrurlaubs in das übernächste Jahr Urteil vom 28.01.2025 (9 AZR 66/24) .....	131
Kein Urlaubsverzicht durch Prozessvergleich Urteil vom 03.06.2025 (9 AZR 104/24) .....	133
Urlaubsabgeltung nach Langzeiterkrankung Urteil vom 15.07.2025 (9 AZR 198/24) .....	135

Der Rechtsprechungsreport erscheint vierteljährlich in elektronischer Form. Diese Ausgabe stellt eine Sammelausgabe aller vier Quartale dar. Der Report erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Berücksichtigt sind in dieser Ausgabe im Berichtszeitraum von 10.12.2024 bis 04.12.2025 mit Urteilsgründen veröffentlichte Entscheidungen. Darüber hinaus werden im Rechtsprechungsreport einzelne Entscheidungen aufgeführt, zu denen zwar bislang lediglich eine Pressemitteilung veröffentlicht wurde, die uns jedoch wichtig erscheinen.

### **Haftungsausschluss**

Diese Information ersetzt keine rechtliche Beratung. Eine Haftung im Einzelfall übernehmen wir mit der Herausgabe dieser Information nicht. Für eine auf den Einzelfall bezogene Beratung wenden Sie sich bitte an Ihren Verband.

1

# Schlichtungsausschuss bei Streitigkeiten im Ausbildungsverhältnis

**BAG von**  
**29.04.2025**

**Aktenzeichen**  
9 AZR 122/24

**Stichwort**  
§ 11 Abs. 2 ArbGG, § 27 Abs. 4  
PsychThG;  
Berufsausbildungsverhältnis nach dem  
BBiG, Anspruch auf  
Mindestvergütung, Differenzanspruch

## Sachverhalt

Der Kläger, der vor dem 01. September 2020 ein Studium der Psychologie aufnahm, leistete in der Zeit vom 15. März bis zum 31. Dezember 2022 bei der Beklagten den praktischen Teil seiner Ausbildung zum Psychologischen Psychotherapeuten gemäß § 2 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 der Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für Psychologische Psychotherapeuten vom 18. Dezember 1998. In der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung wurde geregelt, dass Z vom 15. März 2022 bis 31. Dezember 2022 den praktischen Teil der Ausbildung zum psychologischen Psychotherapeuten ableisten kann. Die Tätigkeit umfasst 1.200 Stunden gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 PsychTh-APrV. Weiter war geregelt, dass sich die Parteien darüber einig sind, dass es sich nur um ein Ausbildungsverhältnis handelt, auf das keine TV

anzuwenden sind und auch kein Ausbildungsverhältnis im Sinne des BBiG vorliegt, sondern dass es Teil der Ausbildung zum psychologischen Psychotherapeuten ist. Für die Dauer der praktischen Tätigkeit erhält Z eine monatliche Vergütung gemäß § 27 Abs. 4 S. 1 PsychThG i. H. v. 1.000,00 Euro brutto bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 38,5 Stunden bzw. in Höhe von 779,22 Euro brutto als Teilzeitbeschäftigter bei einer wöchentlichen AZ von 30 Stunden. Die Vertragsurkunde lässt nicht erkennen, welche der beiden vorstehend genannten Alternativen bei der Vergütung von den Parteien gewählt wurde. Der AG zahlte Z, der vom 15. März bis 20. Dezember 2022 1.200 Stunden praktischer Ausbildung absolviert hat, eine Vergütung auf Basis von 779,22 Euro, insgesamt 7.163,79 Euro. Der AN forderte am 25. April 2023 vom AG die Vergütung auf der Grundlage einer monatlichen Ausbildungsvergütung von 1.000,00 Euro abzurechnen und den Differenzbetrag an ihn zu bezahlen. Er sei in Vollzeitform ausgebildet worden und habe deswegen Anspruch auf diese Höhe der Ausbildungsvergütung. Der AG berief sich darauf, dass Z nur in Teilzeit bei ihm tätig gewesen sei.

## Problematik

Gemäß § 111 Abs. 2 S. 5 ArbGG ist bei Streitigkeiten zwischen ausbildenden und Auszubildenden aus einem bestehenden Berufsausbildungsverhältnis vor Erhebung der Klage zwingend ein Schlichtungsverfahren durchzuführen. Hätte Z hier gemäß § 111 Abs. 2 S. 5 ArbGG vor Einleitung der Klage ein Schlichtungsverfahren durchführen müssen? Kommt es in dieser Frage darauf an, ob das Ausbildungsverhältnis zwischen den Parteien schon beendet war?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AG gegen die entgegenstehende Entscheidung des LAG war erfolglos. Z habe gegen den AG einen Anspruch auf eine monatliche Vergütung in Höhe von 1.000,00 Euro brutto für die von ihm beim AG erbrachten 1.200 Stunden praktischer Tätigkeit. Die Klage ist zulässig. Die Vorschrift des § 111 Abs. 2 ArbGG wurde hier nicht verletzt. Das Rechtsverhältnis aus dem Z die Klage erhoben hat, sei kein Berufsausbildungsverhältnis gemäß § 111 Abs. 2 S. 1 ArbGG. Ein Schlichtungsverfahren musste daher nicht vorab durchgeführt werden. Die Anrufung eines Schlichtungsausschusses sei außerdem dann nicht erforderlich, wenn das Ausbildungsverhältnis vor Klageerhebung beendet worden sei. Nach der Beendigung der Rechtsbeziehung zwischen Ausbildenden und Auszubildenden bestehe nicht mehr die Gefahr, dass ihr Verhältnis mit einem Rechtsstreit belastet werde. Der praktische Teil der Ausbildung, den Z beim AG absolvierte, endete mit Ablauf des 31. Dezember 2022 und damit vor Erhebung der Klage am 25. April 2023. Z stehe die geltend gemachte Differenzvergütung zu. Er absolvierte seine Ausbildung in Vollzeitform. Es müssen nicht geprüft werden, ab welcher konkreten Wochenstundenzahl eine solche Ausbildung vorliege. Zumindest in Fällen, in denen ein Psychologe, wie Z, den praktischen Teil seiner klinischen Ausbildung, hier 1.200 Praxisstunden in der Kürze vorgesehenen Zeit, nämlich innerhalb eines Jahres absolviert habe, liege eine Ausbildung in Vollzeit vor. Der systematische Zusammenhang innerhalb dessen § 27 Abs. 4 S. 1 PsychThG gelte, entspreche dieser Auslegung. Eine Ausbildung in Vollzeitform müsse in den Fällen vor, in denen ein Psychologe 1.200 Ausbildungsstunden in kürzest möglicher Zeit absolviere. Andernfalls wäre es einem Psychologen nicht möglich, den praktischen Teil seiner Ausbildung in Vollzeitform zu absolvieren, obwohl er die



gesetzlichen Anforderungen an den Ausbildungsumfang erfülle. Gemäß der Vereinbarungen der Parteien sei auch ein allgemein verbindlicher Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst hier nicht einschlägig. Für die Entscheidung des Rechtsstreits sei auch nicht erheblich, auf welches Vergütungsmodell sich die Parteien verständigt haben. Der Anspruch auf die Mindestvergütung der Ausbildung nach § 27 Abs. 4 S. 1 PsychThG trete als gesetzlicher Anspruch eigenständig neben den arbeitsvertraglichen Entgeltanspruch. Dabei bilde die gesetzliche Mindestvergütung, auf die jeder Auszubildende während einer in Vollzeit absolvierten, praktischen Tätigkeit Anspruch habe, eine Art Sockel, der in jedem höheren Entgeltanspruch enthalten sei. Soweit sich beide Vergütungsregelungen decken, bestehe zwischen ihnen Anspruchskonkurrenz. Sei die vereinbarte Vergütung höher als die gesetzlich bestimmte Ausbildungsvergütung, verbleibe es bei der vereinbarten Vergütung. Liege die vereinbarte Vergütung unterhalb der in § 27 Abs. 4 S. 1 PsychThG bezeichneten Grenze, führe dies zu einem Differenzanspruch. Seiner Rechtsnatur sei der Anspruch nach § 27 Abs. 4 S. 1 PsychThG damit ein die vertragliche Vergütungsabrede korrigierender gesetzlicher Anspruch. Z habe Anspruch auf die Differenz zwischen der Vergütung, die ihm nach der vertraglichen Absprache mit dem AG zustehe und der gesetzlichen Mindestvergütung. Beide Vertragsvarianten, die die Ausbildungsvereinbarung der Parteien nenne, senken die Vergütung, die Z aufgrund der Ausbildungsvereinbarung beanspruchen könne, auf ein Niveau, dass unterhalb der in § 27 Abs. 4 S. 1 PsychThG bestimmten Mindestvergütung liege. Die Summe der Differenzbeträge für den Vertragszeitraum vom 15. März bis 31. Dezember 2022 betrage 2.336,21 brutto.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass die in § 11 Abs. 2 S. 1 ArbGG genannten Schlichtungsausschüsse ausschließlich für Berufsausbildungsverhältnisse im Sinne des BBiG zuständig sind. Streitigkeiten aus anderen Ausbildungsverhältnissen können vor dem ArbG anhängig gemacht werden, ohne dass es zuvor der Durchführung eines Schlichtungsverfahrens bedarf. Die Anrufung eines Schlichtungsausschusses ist nicht erforderlich, wenn das Ausbildungsverhältnis vor Klageerhebung beendet worden ist. In diesem Fall besteht nicht mehr die Gefahr, dass das Verhältnis zwischen dem Ausbildenden und dem Auszubildenden mit einem Rechtsstreit belastet wird. Der Anspruch auf Mindestvergütung nach § 27 Abs. 4 S. 1 PsychThG tritt als gesetzlicher Anspruch eigenständig neben den arbeits- oder tarifvertraglichen Entgeltanspruch. Liegt die Vergütung, auf die sich die Parteien des Ausbildungsverhältnisses geeinigt haben, unterhalb der gesetzlich bestimmten Vergütung, führt dies zu einem Differenzanspruch.

3

## Frage des Ausschlusses von Teilzeitbeschäftigten von der Gewährung bezahlter Altersfreizeit

**BAG von**  
**09.07.2024**

**Aktenzeichen**  
9 AZR 296/20

**Stichwort**  
§ 4 Abs. 1 TzBfG; Diskriminierung

### **Sachverhalt**

Die am 14. Juli 1958 geborene Klägerin war seit 01. Oktober 2007 bis 31. Juli 2022 beim Unternehmen als Produktionshelferin in Teilzeit mit einer regelmäßigen wöchentlichen AZ von 20 Stunden im Rahmen eines tarifgebundenen Arbeitsverhältnisses beschäftigt. Der für sie einschlägige Manteltarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer/innen in der feinkeramischen Industrie der Bundesrepublik Deutschland vom 18. März 2012 (MTV) legt in § 2a Ziff. 1 und Ziff. 5 unter der Überschrift „Altersfreizeit“ fest: Arbeitnehmer, die das 58. Lebensjahr vollendet haben, erhalten eine

Altersfreizeit von zwei Stunden je Woche. Diese Regelung gelten nicht für Teilzeitbeschäftigte (...). Für die Arbeitszeit, die infolge einer Altersfreizeit ausfalle, werde das Arbeitsentgelt fortgezahlt, dass der AN erhalten hätte, wenn er gearbeitet hätte, einschließlich der tariflichen Schichtzulagenschläge, jedoch ohne alle sonstigen manteltariflichen Zuschläge und Zulagen. Nach Vollendung des 58. Lebensjahres verlangte die AN vom AG am 20. Dezember 2016 tarifliche Altersfreizeit von einer Stunde wöchentlich. Der AG lehnte dies ab. Daraufhin erhob die AN Klage. Ihr stehe trotz ihrer Teilzeittätigkeit ein Anspruch auf Altersfreizeit zu. § 2a Ziff. 1 Abs. 2 S. 1 MTV verletze das Benachteiligungsverbot des §§ 4 Abs. S. 2 Teilzeit und Befristungsgesetz und sei deshalb unwirksam. Sie könne im Wege einer „Anpassung nach oben“ die Gewährung tarifliche Altersfreizeit im Umfang von einer Stunde je Woche verlangen. Der AG berief sich auf den tariflichen Ausschluss teilzeitbeschäftigter von der Altersteilzeit gemäß § 2a Abs. 2 S. 1 MTV.

### **Problematik**

Gemäß § 4 Abs. 1 TzBfG darf ein teilzeitbeschäftigter AN wegen der Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter AN, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Einem teilzeitbeschäftigten AN ist Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner AZ an der AZ eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten AN entspricht. Wird die teilzeitbeschäftigte AN hier ohne sachlichen Grund schlechter behandelt als Vollzeitbeschäftigte? Gibt es einen allgemeinen Erfahrungssatz, dass ältere Teilzeitbeschäftigte keinen Entlastungsbedarf haben? Steht die Tarifautonomie des Art. 9 Abs. 3 GG einer Überprüfung der Regelung des MTV und damit dem Anspruch der AN entgegen? Muss der AG hier der teilzeitbeschäftigten AN tarifliche Altersfreizeit gewähren und kann er die ggf. bestehende Diskriminierung nur durch eine „Anpassung nach oben“ beseitigen?

### **Entscheidung des Gerichts**

Die Revision des AG gegen die entgegenstehende Entscheidung des LAG war erfolglos. Die AG müsse der AN von September 2016 bis Juli 2022 Altersfreizeit nach § 2a MTV von einer Stunde je Woche gewähren. Der Anspruch der AN auf die tarifliche Altersfreizeit entstand nicht unmittelbar nach § 2a Ziff. 1 MTV. Zwar hatte die AN im September 2016 das 58. Lebensjahr vollendet und damit die vorgesehene Altersschwelle, deren Erreichen Voraussetzung für den Anspruch sei, erreicht. Als Teilzeitbeschäftigte sei sie jedoch nach § 2a Ziff. 1 Abs. 2 S. 1 MTV von der tariflichen Leistung explizit ausgeschlossen. Ihr Anspruch auf Gewährung der tariflichen Altersfreizeit folge aber aus § 2a Ziff. 1 MTV i. V. m. § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG. § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG konkretisiere das allgemeine Diskriminierungsverbot des § 4 Abs. 1 S. 1 TzBfG für den Bereich des Entgelts. Eine Abweichung vom pro-rata-temporis-Grundsatz zum Nachteil Teilzeitbeschäftigter sei damit ohne sachlichen Grund unzulässig. § 2a Ziff. 1 Abs. 2 S. 1 MTV benachteilige teilzeitbeschäftigte AN wegen ihrer Teilzeittätigkeit gegenüber vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten. Eine Ungleichbehandlung bestehe, wenn die Dauer der AZ das Kriterium darstellt, an das die Differenzierung hinsichtlich der unterschiedlichen Arbeitsbedingungen anknüpfe. Nach der Rspr. des EuGH liege eine solche Ungleichbehandlung vor, wenn für Teilzeitbeschäftigte eine höhere individuelle Belastungsgrenze gezogen werde. Dies sei so, wenn sich der für Entstehung eines Anspruchs bei Vollzeitkräften maßgebende Schwellenwert bei Teilzeitbeschäftigten nicht proportional zu ihrer AZ vermindere. Die Regelungen in § 2a Ziff. 1 Abs. 1 und 2 MTV enthalten eine Differenzierung, die an die Dauer der AZ anknüpfe, da AN nach Vollendung des 58. Lebensjahres nur Anspruch auf die haben, wenn ihre wöchentliche

AZ einer Vollzeit Tätigkeit mit 38 Wochenstunden entspreche. § 2a Ziff. 1 Abs. 2 S. 1 MTV schließe Teilzeitbeschäftigte unabhängig vom Umfang der Teilzeit von der Gewährung der bezahlten tariflichen Altersfreizeit aus. § 2a MTV zudem in Ziff. 5 einen Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts. Teilzeitbeschäftigten werde eine teilbare geldwerte Leistung nicht in dem Umfang gewährt, der dem Anteil ihrer AZ an der AZ eines vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten entspreche. Die Herabsetzung der Wochen-AZ nach § 2a Ziff. 1 Abs. 1 MTV unter Entgeltfortzahlung nach § 2a Ziff. 5 MTV führe bei den Begünstigten zur Erhöhung des Arbeitsentgelts pro Arbeitsstunde. Teilzeitbeschäftigte, denen die anteilige Ermäßigung der AZ vorenthalten werde, obwohl sie das 58. Lebensjahr vollendet haben, erhalten eine im Vergleich geringere Vergütung pro geleisteter Stunde. Die Benachteiligung wegen der Teilzeittätigkeit sei nicht sachlich gerechtfertigt. Allein das unterschiedliche Arbeitspensum berechne nicht zur unterschiedlichen Behandlung von Vollzeit- und Teilzeitkräften. Eine Schlechterstellung könne sachlich gerechtfertigt sein, wenn sich ihr Grund aus dem Verhältnis von Leistungszweck und Umfang der Teilzeitarbeit herleiten lasse. Die Prüfung der sachlichen Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung müsse sich am Zweck der Leistung orientieren. Die Tarifautonomie des Art. 9 Abs. 3 stehe der Überprüfung des §§ 2a Ziff. 1 Abs. 2 S. 1 MTV am Maßstab des Benachteiligungsverbot des § 4 Abs. 1 TzBfG nicht entgegen. Tarifvertragliche Regelungen müssen mit höherrangigem Recht vereinbar sein. Die TVP haben zwar wegen Art. 9 Abs. 3 GG einen weiten Gestaltungsspielraum. Dieser dürfe aber nicht dazu führen, das Verbot der Diskriminierung teilzeitbeschäftigter AN auszuhehlen. Die Gewährung bezahlter Altersfreizeit nach dem MTV diene der Entlastung älterer AN durch Reduzierung ihrer AZ. Die Altersfreizeit sei monatlich zu zahlen und nicht nachzugewähren, wenn der AN sie nicht nutze. Die Regelungen verdeutlichen, dass eine kontinuierliche Entlastung älterer AN das Ziel und kein „Ansparen“ der Altersfreizeit gewollt sei. Der MTV gehe von einer mit zunehmenden Alter sinkenden Belastbarkeit und gesteigertem Erholungsbedürfnis der AN aus, die das 58. Lebensjahr vollendet haben. Die Differenzierung sei nicht durch Unterschiede im Tatsächlichen nach § 4 Abs. 1 TzBfG gerechtfertigt. Es gebe keinen allgemeinen Erfahrungssatz, wonach AN ab Vollendung des 58. Lebensjahres erst ab einer regelmäßigen wöchentlichen AZ von 38 Stunden qualitativ belastet werden. Es sei nicht ersichtlich, dass ältere teilzeitbeschäftigte AN keinen qualitativen Belastungen ausgesetzt seien, deren Minderung die Altersfreizeit bezwecke. Weder der TV noch das Vorbringen des AG spreche für einen solchen Erfahrungssatz. Rechtsfolge des Verstoßes gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG sei, dass die AN Anspruch auf die vorenthaltene vergütete Altersfreizeit in dem Umfang habe, der dem Anteil ihrer AZ an der AZ eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten AN entspreche. Die Diskriminierung sei durch die beantragte „Anpassung nach oben“ zu beseitigen.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass der vollständige Ausschluss Teilzeitbeschäftigter von der Gewährung bezahlter Altersfreizeit gemäß § 2a Nr. 1 II 1 MTV gegen § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG verstößt. Mit der Regelung haben die Tarifvertragsparteien ihre Rechtsetzungsbefugnis – auch unter Berücksichtigung ihres Beurteilungs- und Ermessensspielraums – überschritten. Die Tarifautonomie des Art. 9 III GG steht einer Überprüfung des tariflichen Ausschlusses Teilzeitbeschäftigter von der bezahlten Altersfreizeit am Maßstab des Benachteiligungsverbot des § 4 Abs. 1 TzBfG nicht entgegen. Tarifvertragliche Regelungen müssen mit höherrangigem Recht vereinbar sein. Die sich allein am Umfang der wöchentlichen AZ von älteren AN orientierende Differenzierung bei der Gewährung vergüteter Altersfreizeit ist nicht durch tatsächliche Unterschiede sachlich gerechtfertigt. Es gibt keinen allgemeinen Erfahrungssatz, der die Annahme rechtfertigen könnte, für AN ab Vollendung des 58. Lebensjahres bestehe eine qualitative Belastung erst ab einer regelmäßigen wöchentlichen AZ von 38 Stunden.

5

## Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zu einem ehemaligen Zeitarbeitnehmer

**BAG von**  
01.10.2024

**Aktenzeichen**  
9 AZR 270/23

**Stichwort**  
§§ 9, 10 AÜG, § 17 S. 1 TzBfG;  
Überlassungshöchstdauer, Hilfs- und  
Nebenbetrieb

### Sachverhalt

Der Kläger war seit 21. Mai 2010 als Zeit-AN, bei der T-GmbH angestellt. Sein Arbeitsverhältnis ging 2018 durch BÜ auf die A-GmbH über. Der AN wurde bis zum 30. Juni 2018 an die G-AG und nach deren Betriebsteilübergang auf die Beklagte ab 01. Juli 2018 an diese überlassen. Dabei wurde er durchgängig bis zum 31. Mai 2021 auf demselben Arbeitsplatz als Lagerarbeiter eingesetzt. Grundlage für den Einsatz bei der Beklagten war der zwischen der T-GmbH und der G-AG sowie weiteren Gesellschaft geschlossene Mastervertrag vom Dezember 2016, der bis November 2020 immer wieder erneuert wurde. Der Kläger ist in der Anlage zum

Rahmenvertrag zur Arbeitnehmerüberlassung vom 09. März 2021 namentlich erwähnt. Die Beklagte ist ebenso wie die G AG Mitglied im Verband der Metall- und Elektroindustrie NRW (Metall NRW). Der Kläger ist kein Gewerkschaftsmitglied. Die Beklagte war an die TV zur Leih-/Zeitarbeit für die Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalens (TV Leiz 2017) mit einer Höchstüberlassungsdauer von 48 Monaten gebunden. Die TV enthielten u. a. eine Regelung, dass eine abweichende Überlassungshöchstdauer durch BV festgelegt werden könne. Eine BV der Beklagten regelte, dass die Einsatzzeiten erst ab dem 01. Juni 2018 zu berücksichtigen seien und die Überlassungshöchstdauer (48 Monate) danach erstmalig zum 30. Juni 2022 erreicht wird. Der Kläger forderte gerichtlich die Feststellung, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht, und er als Lagerarbeiter zu beschäftigen ist. Zwischen den Parteien sei wegen Überschreitens der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Er sei für elf Jahre, also nicht nur vorübergehend, auf demselben Arbeitsplatz beschäftigt worden. Ein Überschreiten der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer sei nicht durch kollektivrechtliche Normen gerechtfertigt. Die Beklagte wandte ein, dass der Kläger seinen Feststellungsanspruch nicht rechtzeitig klageweise geltend gemacht habe. § 17 S. 1 TzBfG sei entsprechend anzuwenden. Der Kläger sei nicht über die zulässige Überlassungsdauer hinaus überlassen worden. Die Einsatzzeit vor dem 01. April 2017 bei der G-AG sei aufgrund der Übergangsvorschrift des § 19 Abs. 2 AÜG nicht zu berücksichtigen. Auch die weitere Einsatzzeit bis zum 30. Juni 2018 sei nicht beachtlich. Die Beklagte sei mit der ursprünglichen Entleiherin, der G-AG nicht personenidentisch. Dies sei so in § 1 Abs. 1b S. 1 AÜG vorausgesetzt. Der Kläger sei erst seit dem 01. Juli 2018 bei ihr eingesetzt worden. Da das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht zu ihr, sondern zur Verleiherin bestanden habe, werde es nicht vom Betriebsteilübergang erfasst. Der TV Leiz finde Anwendung, da die Beklagte Mitglied bei Metall NRW sei und der TV Leiz außerdem im Überleitungstarifvertrag Logistik ausdrücklich erwähnt werde. Die Beklagte unterhalte einen Hilfs- bzw. Nebenbetrieb der G-AG, in dem die Warenannahme und Einlagerung von G-Artikeln sowie die Kommissionierung und Verpackung entweder durch andere G-Werke oder externe Lieferanten erfolge. In diesem Bereich sei die IG Metall tarifzuständig.

### Problematisierung

Will der AN geltend machen, dass die Befristung eines AV rechtsunwirksam ist, so muss er nach § 17 S. 1 TzBfG innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des befristeten AV Klage beim ArbG auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis auf Grund der Befristung nicht beendet ist. Kann sich der AG hier darauf berufen, dass der Zeit-AN nicht rechtzeitig Klage erhoben hat? Zwischen Entleiher und Zeit-AN kommt nach § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zustande, wenn der AV zwischen Verleiher und Zeit-AN nach § 9 AÜG unwirksam ist. Dies ist nach § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG bei einem Überschreiten der nach § 1 Abs. 1b AÜG zulässigen Höchstdauer der Fall, es sei denn, der Zeit-AN gibt eine sog. Festhaltungserklärung ab. Nach § 1 Abs. 1b S. 1 AÜG darf der Verleiher denselben Zeit-AN nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen; der Entleiher darf denselben Zeit-AN nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate tätig werden lassen.

### Entscheidung des Gerichts

Die Revision des Beklagten gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war erfolglos. Zwischen den Parteien ist gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1b i. V. m. § 10 Abs. 2 S. 1 AÜG ein

Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Der Rechtsstreit sei daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Zwischen den Parteien sei nach § 9 Abs. 1 Nr. 1b i. V. m. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Die dreiwöchige Klagfrist nach § 17 Satz 1 TzBfG stehe der vom Kläger begehrten Feststellung nicht entgegen. Die Vorschrift sei nicht anzuwenden, da der Kläger nicht die Unwirksamkeit einer Befristung geltend mache. Für eine analoge Anwendung der Norm fehle es an einer planwidrigen Regelungslücke. Bei § 17 Satz 1 TzBfG handle es sich um eine Ausnahмовorschrift, die über das Befristungsfrist hinaus keinen allgemeinen Regelungsplan verfolge und deshalb nicht analog auf die Geltendmachung des Zustandekommens eines AV nach §§ 9, 10 AÜG anzuwenden sei. Eine dreiwöchige Klagfrist gerechnet ab Überschreiten der Überlassungshöchstdauer verträge sich auch systematisch nicht mit § 9 Abs. 1 Nr. 1b i. V. m. Abs. 2 AÜG. Danach könne der Zeit-AN die Unwirksamkeit seines Vertrags mit dem Verleiher verhindern, indem er schriftlich bis zum Ablauf eines Monats nach Überschreiten der zulässigen Überlassungshöchstdauer gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher erkläre, dass er an dem AV mit dem Verleiher festhalte. Hätte das Überschreiten einer dreiwöchigen Klagfrist bereits die Wirksamkeit des Vertrags zwischen Zeit AN und Verleiher zur Folge, nehme dies dem Zeit-AN die in § 9 Abs. 1 Nr. 1b i. V. m. Abs. 2 AÜG vorgesehene Möglichkeit, auch nach Ablauf dieser Frist über die Rechtsfolgen einer unzulässigen Überlassung zu entscheiden. Zwischen den Parteien sei spätestens am 01. Januar 2020 (18 Monate nach dem Betriebsteilübergang am 01. Juli .2018) gem. § 9 Abs. 1 AÜG i. V. m. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG wegen des Verstoßes gegen § 1 Abs. 1b AÜG ein Arbeitsverhältnis begründet wurde. Die Überlassungshöchstdauer sei weder tarifvertraglich noch in einer aufgrund eines TV getroffenen BV wirksam verlängert worden. Der Geltungsbereich des TV LeiZ erfasste die Beklagte nicht. Nach der Rspr. sei es für Hilfs- oder Nebenbetriebe kennzeichnend, dass von ihnen Leistungen erbracht werden, die dem arbeitstechnischen Zweck des Hauptbetriebs dienen. Im Unterschied zu einem Betriebsteil verfolge ein Hilfs- oder Nebenbetrieb einen anderen arbeitstechnischen Zweck als ein Hauptbetrieb. Er werde dennoch nach Maßgabe der TV dem Wirtschaftszweig des Hauptbetriebs zugeordnet, wenn er nach seinen ausschließlichen oder überwiegenden Tätigkeiten dazu bestimmt sei, für den arbeitstechnischen Zweck des Hauptbetriebs eine Hilfeleistung zu erbringen. Als Hilfs- oder Nebenbetriebe werden deshalb, wenn es um einen TV für einen industriellen Wirtschaftszweig geht, solche angesehen, die den Fertigungsprozess eines Hauptbetriebs unterstützen, weil dort Tätigkeiten am Produkt eines Betriebs der genannten Wirtschaftszweige zum Zwecke seiner Herstellung, Verbesserung, Reparatur, Ergänzung oder Zusammenfügung vorgenommen werden. Die Beklagte unterhalte keinen Hilfs- oder Nebenbetrieb im tarifvertraglichen Sinne, da die Tätigkeiten im Betrieb der Beklagten erst nach der Herstellung der Produkte einsetzen. Für die Einordnung als Hilfs- oder Nebenbetrieb sei nicht entscheidend, wo die Unterstützungsleistungen erbracht werden. Dass die Tätigkeiten im Betrieb der Beklagten innerhalb der Produktionsstätte stattfinden, ändere nichts. Der Ort der Tätigkeit sei allein nicht relevant für die Beurteilung, ob es sich um einen Nebenbetrieb handelt. Auch der bloße Umstand, dass das Produkt ohne Verpackung nicht versendet werden könnte, führe nicht dazu, dass die Verpackung noch zur Fertigung des – an sich bereits fertigen – Produkts gehören würde. Die Fertigstellung sei eine ausreichende Zäsur. Die fehlende Anwendbarkeit des TV LeiZ auf die Beklagte habe zur Folge, dass auch die BV die Überlassungshöchstdauer des Klägers nicht wirksam auf 48 Monate festgelegt hat. Es fehle an einem ermächtigenden TV der Einsatzbranche nach § 1 Abs. 1b S. 5 AÜG, der eine Abweichung von der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer zuließe.

### Konsequenzen

Das BAG stellt klar, dass der allgemeine Beschäftigungsanspruch neben einer arbeitsvertraglichen Verbindung der Parteien voraussetzt, dass das Interesse des AN an seiner Beschäftigung das des AG an seiner Nichtbeschäftigung überwiegt. Der Beschäftigungsanspruch ist gemäß § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, wenn die Beschäftigung dem AG tatsächlich unmöglich geworden ist. Weiter erklärt es, dass die dreiwöchige Klagfrist nach § 17 S. 1 TzBfG nicht analog auf Klagen anwendbar ist, mit denen das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses nach §§ 9, 10 AÜG geltend gemacht wird. Für Hilfs- oder Nebenbetriebe ist kennzeichnend, dass sie Leistungen erbringen, die dem arbeitstechnischen Zweck des Hauptbetriebs dienen. Geht es um einen Tarifvertrag für einen industriellen Wirtschaftszweig, werden als Hilfs- oder Nebenbetriebe solche angesehen, die den Fertigungsprozess eines Hauptbetriebs unterstützen, weil dort Tätigkeiten am Produkt eines Betriebs der genannten Wirtschaftszweige zum Zwecke seiner Herstellung, Verbesserung, Reparatur, Ergänzung oder Zusammenfügung vorgenommen werden. Für die Einordnung als Hilfs- oder Nebenbetrieb ist nicht entscheidend, wo die Unterstützungsleistungen erbracht werden. Die Tätigkeit muss jedoch vor der vollständigen Produktfertigstellung erbracht werden.

7

# Unwirksamkeit einer umfassenden arbeitsvertraglichen Vertraulichkeitsklausel

**BAG von**  
**17.10.2024**

**Aktenzeichen**  
8 AZR 172/23

**Stichwort**  
§ 17 Abs. 1 UWG aF i. V. m. §§ 823, 1004 Abs. 1 BGB, § 6 GeschGehG

## Sachverhalt

Der Beklagte war von 1988 bis 2016 beim Unternehmen, einem Hersteller von Füllmaschinen für Lebensmittel und Getränke sowie passendem Verpackungsmaterial (sog. Sleeves), zuletzt als Central Technology Manager beschäftigt. Er war an der Weiterentwicklung der automatischen Faltschachtelklebmaschinen (AFK-Maschinen) beteiligt und tauschte sich eng mit AN des Bereichs Forschung und Entwicklung aus. Sein AV enthielt eine Geheimhaltungsklausel, wonach er über alle Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie sonstige ihm bei der Tätigkeit zur Kenntnis gelangende Angelegenheiten und Vorgänge der Gesellschaft Stillschweigen zu bewahren hat. Er muss dafür sorgen, dass Dritte nicht unbefugt Kenntnis erlangen. Die Geheimhaltungspflicht besteht über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus. Der AN kündigte zum 31. Dezember 2016 und ist seit 01. Januar 2017 als Global Technology Logistiker beim Hauptkunden des früheren AG tätig. Der AG erfuhr 2018, dass der ehemalige AN im September, Oktober und Dezember 2015, unter einem Pseudonym E-Mails mit Anlagen zu spezifischen Leistungsdaten und Prozessparameter der AFK-Maschinen sowie Geometrie und Toleranzdaten der Sleeves des ehemaligen AG an die Gesellschafter eines damaligen Konkurrenzunternehmens versandt hatte. Weiter folgten qualitätsrelevante Angaben zur Mantelspannung bzw. Aufspringhöhe der Sleeves. Zudem informierte der AN den potenziellen Wettbewerber über Längsnahtgeometrie, Nahtdicke sowie Toleranzen. Am 12. Oktober 2018 mahnte der AG den früheren AN ab. Die geforderte Unterlassungserklärung verweigerte dieser. Der AG klagte daher auf Unterlassung. Der AN habe durch den Versand der E-Mails gravierend gegen seine arbeitsvertragliche Geheimhaltungspflicht verstoßen und sich des Verrats von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen gemäß § 17 Abs. 1 UWG in der bis 25. April 2019 geltenden Fassung (aF) schuldig gemacht. Hieraus folge ein Unterlassungsanspruch (§§ 3, 8 Abs. 1 UWG aF bzw. §§ 823, 1004 Abs. 1 BGB). Das erst am 26. April 2019 in Kraft getretene Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) sei nicht maßgeblich, weil dessen Anforderungen an den Schutz von Geschäftsgeheimnissen nicht rückwirkend erfüllbar seien. Darüber hinaus bestehe auch nach § 6 GeschGehG ein Unterlassungsanspruch gegenüber dem AN da es sich bei den fraglichen technischen Daten und Geschäftsgeheimnisse gemäß § 2 Nr. 1 GeschGehG handle. Die Informationen über den Fertigungsprozess der Sleeves sei nicht allgemein bekannt, sondern würden nach dem sog. "need-to-know-Prinzip" nur den AN aus dem Forschungs- und Entwicklungsteam zur Verfügung gestellt. Alle AN werden auf den wirtschaftlichen Wert der Informationen und deren Vertraulichkeit hingewiesen. Es seien eine angemessene IT-Sicherheit etabliert worden.

## Problematik

Richtet sich der Rechtsstreit nach dem früheren § 17 Abs. 1 UWG aF i. V. m. §§ 823, 1004 Abs. 1 BGB oder nach dem seit 26. April 2019 in Kraft getretenen GeschGehG oder erwachsen aus den unter dem nicht mehr geltenden § 17 UWG aF begangenen Straftaten keine Rechtsfolgen? Nach § 6 S. 1 GeschGehG kann der Inhaber des Geschäftsgeheimnisses den Rechtsverletzer auf Beseitigung der Beeinträchtigung und bei Wiederholungsgefahr auch auf Unterlassung in Anspruch nehmen. Kann der ehemalige AG dem früheren AN basierend auf dieser Bestimmung untersagen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse des AG, die ihm im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses anvertraut oder zugänglich gemacht worden sind, unbefugt an Dritte mitzuteilen oder weiterzugeben so wie dies hier erfolgt ist? Nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sind Bestimmungen in ABG unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Kann die Unterlassung auf die Regelung im AV gestützt werden oder benachteiligt diese den AN unangemessen?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des ehemaligen AG gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG blieb erfolglos. Der ehemalige AG habe keinen Anspruch auf die begehrte Unterlassung. Das Bestehen des Unterlassungsanspruchs beurteile sich nach § 6 GeschGehG und nicht nach § 17 Abs. 1 UWG aF i. V. m. §§ 823, 1004 Abs. 1 BGB. Das im April 2019 in Kraft getretene Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen

diene der Umsetzung der RL (EU) 2016/943 und habe ohne eine Übergangsregelung die §§ 17 bis 19 UWG aF abgelöst. Der Gesetzgeber habe den bisherigen Schutz von Geschäftsgeheimnissen als nicht ausreichend erachtet und keine gesonderte Regelung für sog. Altfälle getroffen, bei denen die rechtsverletzende Handlung noch vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen erfolgte. Daraus sei nicht zu folgern, dass unter Geltung von §§ 17 bis 19 UWG aF begangener Rechtsverletzungen keine Bedeutung mehr zukommen solle. Ein nach § 6 S. 1 GeschGehG auf Wiederholungsgefahr gestützter Unterlassungsanspruch bestehe, wenn das beanstandete Verhalten sowohl zum Zeitpunkt seiner Vornahme rechtswidrig war als auch zum Zeitpunkt der Entscheidung in der Revisionsinstanz rechtswidrig ist. Hier bestehe kein Unterlassungsanspruch wegen Wiederholungsgefahr nach § 6 S. 1 GeschGehG. Dabei könne zu Gunsten des AG unterstellt werden, dass der AN durch den noch im laufenden Arbeitsverhältnis 2015 unter falschem Namen vorgenommenen Versand der E-Mails an die potentielle Wettbewerberin gegen § 17 Abs. 1 UWG aF verstoßen und der AG deshalb wegen einer Wiederholungsgefahr den begehrten Unterlassungsanspruch hatte. Der AG könne die Unterlassung aber nicht nach § 6 S. 1 GeschGehG verlangen. Nach dieser Vorschrift kann der „Inhaber des Geschäftsgeheimnisses“ den Rechtsverletzer bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch nehmen. Der AG sei kein Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses in diesem Sinne, denn bei den fraglichen technischen Daten handle es sich nicht um Geschäftsgeheimnisse nach § 2 Nr. 1 GeschGehG. Unerheblich sei, ob diese Daten als Informationen nach § 2 Nr. 1a GeschGehG anzusehen sind. Es fehle jedenfalls an „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ nach § 2 Nr. 1 Buchst. b GeschGehG. Die zu ergreifenden Geheimhaltungsmaßnahmen hängen von der Art des Geschäftsgeheimnisses im Einzelnen und den konkreten Umständen der Nutzung ab. In Betracht kommen sowohl Zugangsbeschränkungen als auch vertragliche Sicherungsmechanismen. Im Streitfall muss der, der sich auf den Schutz eines ihm zustehenden Geschäftsgeheimnisses berufe, sowohl darlegen, dass und welche Geheimhaltungsmaßnahmen er getroffen hat, als auch deren Angemessenheit im konkreten Einzelfall. Ob im Einzelfall angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen im Sinne des § 2 Nr. 1 Buchst. b GeschGehG ergriffen wurden, unterliege einer nur eingeschränkt überprüfbaren Würdigung der Tatsachengerichte. Überprüfbar sei nur, ob der unbestimmte Rechtsbegriff „angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“ verkannt, gegen Denkgesetze, anerkannte Auslegungsgrundsätze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen wurde oder wesentliche Umstände außer Acht gelassen wurden. Dies sei nicht der Fall. Die vom AG vorgetragene Sicherungsmaßnahmen gewährleisteten mit Blick auf den behaupteten wirtschaftlichen Wert der technischen Daten keinen angemessenen Geheimnisschutz. Es fehle an arbeitsvertraglichen Verschwiegenheitsklauseln zu konkreten Informationen und der Einrichtung eines Kontrollsystems. Der Vortrag der Klägerin zu technischen Sicherheitsmaßnahmen und einer angemessenen IT-Sicherheit beschränke sich auf pauschale Behauptungen. Mangels eines Geschäftsgeheimnisses drohe auch keine erstmalige Rechtsverletzung nach § 6 S. 2 GeschGehG. Ein Anspruch auf Unterlassung könne nicht auf die Regelung im AV des ehemaligen AN gestützt werden. Die über das Ende des Arbeitsverhältnisses geltende Geheimhaltungsverpflichtung sei unwirksam. Es handle sich um eine sog. Catch-all-Klausel, die uneingeschränkt und unendlich zur Verschwiegenheit verpflichten soll. Damit benachteilige sie unangemessen nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Eine umfassende Stillschweigungsverpflichtung, wie sie hier vorliege, schränke die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit des AN übermäßig ein und stehe in Widerspruch zum gesetzlichen Konzept des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots nach §§ 74 ff. HGB. Wurde, wie hier, kein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart, sei der AN nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr verpflichtet, dem AG keinen Wettbewerb zu machen. Er dürfe sein im vorherigen Arbeitsverhältnis erworbenes Erfahrungswissen einschließlich der Kenntnis von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen beim neuen AG einsetzen und in den Kundenkreis des ehemaligen AG eindringen.

### Konsequenzen

Das BAG stellt klar, dass eine formularmäßig vereinbarte Vertragsklausel, die den AN bezüglich aller internen Vorgänge beim AG über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus zeitlich unbegrenzt zum Stillschweigen verpflichtet (sog. Catch-all-Klausel), den AN unangemessen benachteiligt und deshalb unwirksam ist. Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) am 26. April 2019 bestimmen sich die Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs mangels Übergangsregelung ausschließlich nach § 6 GeschGehG. Wird der Unterlassungsanspruch auf eine Wiederholungsgefahr gestützt, setzt § 6 S. 1 GeschGehG voraus, dass das beanstandete Verhalten sowohl zum Zeitpunkt seiner Vornahme nach dem damals geltenden Recht rechtswidrig war, als auch zum Zeitpunkt der Entscheidung des letztinstanzlichen Gerichts rechtswidrig ist. Im Prozess muss derjenige, der sich auf den Schutz eines ihm zustehenden Geschäftsgeheimnisses beruft, auch darlegen, dass er die nach § 2 Nr. 1 Buchst. b GeschGehG angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen getroffen hat.

# Ausschluss des Konzernprivilegs bei Arbeitnehmerüberlassung

**BAG von**  
**12.11.2024**

**Aktenzeichen**  
9 AZR 13/24

**Stichwort**  
§ 10 Abs. 1 AÜG, § 9 Abs. 1 AÜG;  
Einstellung zum Zweck der  
Überlassung

## Sachverhalt

Der Kläger war vom 14. Juli 2008 bis zum 31. Oktober 2020 bei einem Unternehmen der Automobilindustrie als Sitzfertiger angestellt. Er verrichtete zuletzt seine vertraglich geschuldete Tätigkeit auf dem Werksgelände des B in H. B und der AG waren während der Beschäftigung des AN konzernverbundene Unternehmen. Der AN meinte, zwischen den Parteien sei ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen, da er bei B im Rahmen einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung eingesetzt worden sei. Die vertragliche Zusammenarbeit zwischen B und dem AG sei nicht dienst- oder werkvertraglicher Natur gewesen, sondern als Arbeitnehmerüberlassung zu

qualifizieren. Er behauptete, auf dem Gelände des B in einen von diesem organisierten Arbeitsprozess eingegliedert gewesen zu sein und seine Weisungen von dessen Mitarbeitern erhalten zu haben. Er beantragte gerichtlich die Feststellung, dass zwischen den Parteien seit 01. Mai 2017 ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande gekommen sei. Für den Fall, dass dem Antrag stattgegeben werde, müsse B verurteilt werden, ihn als Sitzfertiger zu beschäftigen. B trug vor, dass der AG des AN aufgrund vertraglicher Vereinbarung auf dem Werksgelände in einem abgegrenzten Arbeitsbereich mit eigenem Personal Autositze hergestellt habe, die anschließend in die von ihm hergestellten Fahrzeuge eingebaut worden seien. Zu einer „Durchmischung“ von Personal aus den getrennt geführten Betrieben beider Unternehmen sei es nicht gekommen. Zudem können die Rechtsfolgen aus § 10 Abs. 1 AÜG i. V. m. § 9 Abs. 1 AÜG nicht zugunsten des AN eintreten, weil die Bestimmungen aufgrund des sog. Konzernprivilegs des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG nicht anwendbar seien.

## Problematic

Zwischen dem Entleiher und dem Zeit-AN kommt nach § 10 Abs. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zustande, wenn der AV zwischen dem Verleiher und Zeit-AN aus einem der in § 9 Abs. 1 AÜG aufgeführten Gründe unwirksam ist und der AN keine Festhaltenserklärung abgibt. Ist hier ein Arbeitsverhältnis zwischen dem AN und B zustande gekommen? Nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG ist das AÜG mit Ausnahme des § 1b S. 1 AÜG, des § 16 Abs. 1 Nr. 1f und Abs. 2 bis 5 AÜG sowie der §§ 17 und 18 AÜG nicht anzuwenden auf die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG, wenn der AN nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird. Kann sich B hier auf das Konzernprivileg stützen, so dass kein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien eingetreten ist?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AN gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war mangels ausreichender Begründung erfolgreich, der Rechtsstreit wurde an das LAG zurückverwiesen. Nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG sei das AÜG nicht anzuwenden auf die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen gemäß § 18 AktG, wenn der AN nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt werde. Hier habe das LAG angenommen, zwischen den Parteien sei kein Arbeitsverhältnis nach § 10 Abs. 1 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG begründet worden. Es habe offengelassen, ob der AN bei der Beschäftigung im Betrieb des B eingegliedert und gegenüber AN des B Weisungen unterworfen war. Denn B könne sich auf das Konzernprivileg des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG berufen, so dass die Schutzvorschriften des AÜG nicht gelten. Entgegen der Auffassung des LAG finde das Konzernprivileg des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift keine Anwendung, wenn der AN zwar nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt, aber zum Zweck der Überlassung beschäftigt werde. Die Verwendung der Konjunktion „und“ zwingt nicht zur Annahme, dass das Konzernprivileg nur ausgeschlossen sei, wenn beide Merkmale kumulativ vorliegen. Die Konjunktion „und“ könne auch eine Aufzählung oder Aneinanderreihung ausdrücken und beinhalte nicht immer ein kumulatives Verständnis. Auch der erklärte Wille des Gesetzgebers bedinge es, das Wort „und“ als „und/oder“ auszulegen. Dieser habe den Wortlaut des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG im Gesetzgebungsverfahren um die Worte „und beschäftigt“ ergänzt. Damit habe er erklärt, dass das Konzernprivileg nicht nur bei einer Überlassung von AN innerhalb eines Konzerns ausgeschlossen sei, die von vornherein „zum Zweck der Beschäftigung eingestellt“ worden sind, sondern auch, wenn sich ihr späterer Einsatz im Konzernunternehmen als



Beschäftigung „zum Zweck der Überlassung“ erweise. Im § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG sei somit zwischen einer im Grundsatz zulässigen Einstellung mit späterer Überlassung und einer unzulässigen Einstellung bzw. Beschäftigung zum Zweck der Überlassung zu unterscheiden. Der Anwendungsbereich des AÜG sei zudem unabhängig davon eröffnet, ob der AN zum Zweck der Überlassung an Dritte eingestellt worden sei. Eine Überlassung im Sinne des AÜG liege nach § 1 Abs. 2 S. 2 AÜG vor, wenn der AN in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sei und dessen Weisungen unterliege. Der Grundsatz der Gleichstellung in § 8 Abs. 1 S. 1 AÜG knüpfe ebenso an die „Zeit der Überlassung“ an wie § 9 Abs. 1 Nr. 1, 1a und 1b AÜG, die voraussetzen, dass der AN einem Dritten zur Arbeitsleistung tatsächlich überlassen werde. Diese Systematik lege nahe, dass das Konzernprivileg auch bei einer „Umwidmung“ eines Arbeitsverhältnisses durch eine rein tatsächliche Beschäftigung zum Zweck der Überlassung ausgeschlossen sein soll. Damit habe die Norm des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG einen eigenen Anwendungsbereich. Nicht jede Einstellung, in deren Zusammenhang eine Überlassung an ein Konzernunternehmen gestattet sei, erfolge „zum Zweck der Überlassung“. Nach dem gesetzlichen Leitbild dürfe eine Überlassung von AN im Konzern nicht auf Dauer angelegt sein. Der Schutzzweck des AÜG sei nur dann gewahrt, wenn der AN seine Arbeitsleistung „normalerweise“ gegenüber seinem Vertragsarbeitgeber erbringe und nur „anlassbezogen“ einer anderen Konzerngesellschaft zur Arbeitsleistung überlassen werde. Die Absicht und grundsätzliche Möglichkeit einer vertragsgemäßen Beschäftigung müsse weiterhin gegeben sein. Dies sei nicht der Fall, wenn der Vertrags-AG für den AN in seiner Betriebsstruktur auf Dauer keine Beschäftigungsmöglichkeit vorsehe. Eine „Einstellung zum Zweck der Überlassung“ liege vor, wenn der AV als Zeit-AV ausgestaltet sei und der Vertrags-AG bereits bei Einstellung das Ziel verfolge, den AN regelmäßig als Zeit-AN einzusetzen. Für eine Einstellung zum Zweck der Überlassung spreche, wenn der AN direkt nach der Einstellung an ein Konzernunternehmen verliehen werde, ohne dass für ihn beim Vertrags-AG eine Beschäftigung vorgesehen sei und er regelmäßig oder außergewöhnlich lange an Dritte innerhalb oder außerhalb des Konzerns überlassen werde. Dies beurteile sich nach dem Unternehmenszweck des Vertrags-AG, der Dauer und Häufigkeit der Überlassungen, sowie der Unterbrechungen und dem Anlass der Überlassung. Habe das überlassende Konzernunternehmen keine eigene Betriebsorganisation, sei dort eine regelmäßige Beschäftigung des AN nicht möglich. Dies spreche dafür, dass der AN zum Zweck der Überlassung eingestellt und/oder beschäftigt werden solle. Werde der AN, wie hier, seit Beschäftigungsbeginn mehrere Jahre durchgehend als Zeit-AN eingesetzt, indiziere dies eine Beschäftigung zum Zwecke der Überlassung. Das LAG habe aber nicht festgestellt, ob der AN tatsächlich in die Arbeitsorganisation des B eingegliedert war und deren Weisungen unterlag oder allein der AG gegenüber dem AN weisungsbefugt war. Dies sei zu prüfen.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass das Rechtsfolgensystem der § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG, § 9 Abs. 1 AÜG nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG auf die Überlassung zwischen Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG nicht anzuwenden ist, wenn der AN nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt worden ist (sog. Konzernprivileg). Die Konjunktion „und“ beschreibt ein alternatives Verhältnis der Merkmale Einstellung und Beschäftigung. Das Konzernprivileg ist danach bereits ausgeschlossen, wenn der AN zum Zweck der Überlassung eingestellt „oder“ beschäftigt wird. Die zwingenden Vorgaben des AÜG können nicht dadurch umgangen werden, dass der AV nach der Einstellung geändert und der AN zum Zweck der Überlassung als Zeit-AN beschäftigt wird.

# Probezeitkündigung bei einem befristeten Arbeitsvertrag

**BAG von**  
**05.12.2024**

**Aktenzeichen**  
2 AZR 275/23

**Stichwort**  
§ 622 Abs. 3 BGB, § 15 Abs. 3  
TzBfG; Probezeit als Gesamtdauer  
des Arbeitsverhältnisses,  
Intransparenz

## Sachverhalt

Der Kläger wurde ab 01. September 2022 als Serviceberater/Kfz-Meister eingestellt. Die Einstellung war mit einer Probezeit bis zum 28. Februar 2023 verbunden. Nach dem AV endet das Probearbeitsverhältnis, ohne dass es einer Kündigung bedarf. Wird das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit fortgesetzt, so gilt es als auf unbestimmte Zeit begründet. Während der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis beiderseits mit einer Frist von zwei Wochen schriftlich gekündigt werden. Der AG kündigte am 28. Oktober zum 11. November 2022. Der AN erhob Kündigungsschutzklage. Die Kündigung sei unwirksam, da in dem bis zum 28. Februar 2023 befristeten AV keine Kündigungsmöglichkeit wirksam vereinbart worden sei. Die dort geregelte

Probezeit stehe nicht im Verhältnis zu der erwarteten Dauer der Befristung und der Art der Tätigkeit. Der AG habe zudem nicht ordentlich gekündigt, sondern eine Kündigung eigener Art in der Probezeit zum 11. November 2022 erklärt. Eine hilfsweise Kündigung zum nächstmöglichen Zeitpunkt habe der AG nicht ausgesprochen, weshalb das Arbeitsverhältnis ungekündigt fortbestehe. Die Kündigung sei ihm erst am 29. Oktober 2022 zugegangen, da er mit einer Zustellung nach 12:00 Uhr nicht rechnen müssen. Er forderte die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 28. Oktober 2022 nicht zum 11. November 2022 beendet worden sei, sondern darüber hinaus fortbestehe.

## Problematik

Wird für ein befristetes Arbeitsverhältnis eine Probezeit vereinbart, so muss diese gemäß § 15 Abs 3 TzBfG im Verhältnis zu der erwarteten Dauer der Befristung und der Art der Tätigkeit stehen. War die mit dem AN vereinbarte Befristung zu lang im Verhältnis zur Gesamtdauer seines Arbeitsverhältnisses und deswegen unwirksam? Welche Konsequenzen ergeben sich aus der Unwirksamkeit der Regelung? Nach § 15 Abs. 4 TzBfG unterliegt ein befristetes Arbeitsverhältnis unterliegt nur dann der ordentlichen Kündigung, wenn dies einzelvertraglich oder im anwendbaren TV vereinbart ist.

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AN gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war teilweise erfolgreich. Das Arbeitsverhältnis zum AN ende erst mit Ablauf des 30. November 2022. Die Parteien haben nach dem AV gemäß § 622 Abs. 3 BGB, § 15 Abs. 3 TzBfG eine Probezeit von sechs Monaten vereinbart. Die Probezeitdauer sei im Vertragstext zwar nicht ausdrücklich genannt. In einer Zusammenschau der Regelungen, wonach die Einstellung zunächst zur Probe bis 28. Februar 2023 erfolge, könne ausgelegt werden, dass eine Probezeit von sechs Monaten bis 28. Februar 2023 vereinbart werden sollte. Die Auslegungsbedürftigkeit einer Vertragsklausel führe nicht automatisch zu deren Intransparenz. Jedoch verstoße die Vereinbarung einer Probezeit von sechs Monaten in dem auf sechs Monate befristeten Arbeitsverhältnis gegen § 15 Abs. 3 TzBfG, da sie unverhältnismäßig sei. Eine im befristeten Arbeitsverhältnis vereinbarte Probezeit müsse im Verhältnis zur erwarteten Dauer der Befristung und der Art der Tätigkeit stehen. Zwar enthalten weder Art. 8 Abs. 2 S. 1 der Arbeitsbedingungen-RL 2019/1152 noch § 15 Abs. 3 TzBfG nach ihrem Wortlaut ausdrückliche Regelungen zur zulässigen Dauer einer Probezeit im befristeten Arbeitsverhältnis. Im Schrifttum werde bei der Frage des angemessenen Verhältnisses von Befristungsdauer und Probezeit teils eine Probezeitdauer von 50 Prozent im Verhältnis zur Befristungsdauer bis maximal sechs Monaten mit Abweichungen nach der Tätigkeit als angemessen erachtet. Andere nehmen an, dass die Höchstdauer der Probezeit befristeten Arbeitsverhältnissen proportional anzupassen sei, wobei sie weniger als sechs Monate betragen solle. Zudem werde vertreten, dass bei einer Befristungsdauer von weniger als zwölf Monaten eine Probezeit von sechs Monaten nicht mehr pauschal möglich sei. Schließlich werde entsprechend der gesetzlichen Wertungen von § 622 Abs. 3 BGB und § 1 Abs. 1 KSchG vertreten, eine sechsmonatige Probezeit solle im befristeten Arbeitsverhältnis immer angemessen sein. Bereits nach den normativen Vorgaben sei ohne besondere Umstände die Vereinbarung einer Probezeit unwirksam, die der gesamten Dauer der Befristung entspreche. § 15 Abs. 3 TzBfG gebe vor, dass die Probezeitdauer „im Verhältnis“ zur Befristungsdauer stehen müsse. Das lasse nur die Auslegung zu, dass

die Probezeit, unabhängig von der Art der Tätigkeit, nur einen Teil der Befristung, nicht aber ihre gesamte Dauer umfassen könne. Man könne faktisch nichts ins Verhältnis setzen, wenn beide Bestandteile gleich lang seien. Auch § 8 der Arbeitsbedingungen-RL bestätige dies, wonach die Probezeit generell, auch im unbefristeten Arbeitsverhältnis, nicht länger als sechs Monate betragen solle. Zwar ermögliche Art. 8 Abs. 3 der Arbeitsbedingungen-RL für Ausnahmefälle längere Probezeiten, eine Ausnahmeregelung für das Verhältnis von Probezeit und Befristungsdauer gebe es aber nicht. Auch der nationale Gesetzgeber hatte in § 15 Abs. 3 TzBfG bei der Übernahme des Unionsrechts kein anderes Normverständnis. Nach dem Normzweck des § 15 Abs. 3 TzBfG sollen die Vertragsparteien nach einer angemessenen Erprobung das Arbeitsverhältnis nicht mehr mit einer kurzen Kündigungsfrist beenden können. Wenn für ein befristetes Arbeitsverhältnis nicht nur eine Kündbarkeit, sondern für die gesamte Dauer der Befristung auch eine unter Berufung auf Erprobungsgründe verkürzte Kündigungsfrist vereinbart werden könnte, würde der AN besonders der Unsicherheit einer kurzfristigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Ablauf der Befristung ausgesetzt. Die Vereinbarung einer zu langen Probezeit lasse die darauf bezogene Vereinbarung entfallen. Sie sei nicht auf das zulässige Maß zu verkürzen. Der AV beinhalte AGB gemäß § 305 Abs. 1 BGB oder vorformulierte Vertragsbedingungen gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB, sodass eine geltungserhaltende Reduktion auf das angemessene Maß nicht möglich sei. Damit fehle es an den Voraussetzungen zur Anwendung des § 622 Abs. 3 BGB (kurze Kündigungsfrist). Sind AGB ganz oder teilweise unwirksam, bleibe der Vertrag im Übrigen wirksam (§ 306 Abs. 1 BGB). Sein Inhalt richte sich nach den gesetzlichen Vorschriften (§ 306 Abs. 2 BGB). Die Unwirksamkeit der Probezeitvereinbarung lasse die ordentliche Kündbarkeit des Arbeitsverhältnisses an sich unberührt. Danach liegen die Voraussetzungen des § 15 Abs. 4 TzBfG auch bei einer unwirksamen Abrede über die Dauer der Probezeit noch vor, solange eine Kündbarkeit während der vereinbarten Probezeit und Dauer des befristeten AV vereinbart sei. Damit sei für den AN klargestellt, dass der AG während der Befristungsdauer vorzeitig kündigen könne. Dies sei hier passiert. Wegen der Unwirksamkeit der vertraglich vorgesehenen Probezeitvereinbarung konnte die Kündigung am 28. Oktober 2022 das Arbeitsverhältnis aber nicht zum 11. November 2022 beenden, sondern zum nächstmöglichen Zeitpunkt mit der Frist des § 622 Abs. 1 BGB, also dem 30. November 2022. Ein unbedingter Beendigungswille des AG sei ersichtlich.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass die Auslegungsbedürftigkeit einer Vertragsklausel nicht automatisch zu deren Intransparenz führt. Die vereinbarte Probezeit darf nicht der gesamten Befristungsdauer entsprechen. In Art. 8 Abs. 1 der Arbeitsbedingungen-RL 2019/1152 ist geregelt, dass die Probezeit generell – auch in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis – nicht länger als sechs Monate betragen soll. Zwar ermöglicht Art. 8 Abs. 3 der Arbeitsbedingungen-RL für Ausnahmefälle längere Probezeiten, enthält jedoch keine Ausnahmeregelung für das Verhältnis von Probezeit- und Befristungsdauer. Wäre eine solche Probezeit auch in auf diese Dauer befristeten Arbeitsverhältnissen angemessen, würde die Regelung des Art. 8 Abs. 2 der Arbeitsbedingungen-RL, wonach die Probezeitdauer im Verhältnis zur erwartbaren Befristungsdauer stehen muss, leerlaufen. Bei einer unverhältnismäßigen Dauer der Probezeit wird diese nicht wirksam vereinbart. Damit greift die verkürzte Kündigungsfrist des § 622 Abs. 3 BGB nicht.

# Einbeziehung virtueller Aktienoptionen in die Berechnung der Karenzentschädigung

**BAG von**  
**27.03.2025**

**Aktenzeichen**  
8 AZR 63/24

**Stichwort**  
§§ 74 Abs. 2, 74b Abs. 2 HGB; §  
611a BGB

## Sachverhalt

Der Kläger war vom 03. Juli 2019 bis 01. Oktober 2019 beim Unternehmen als Executive Director of Finance beschäftigt und erhielt ein festes Bruttojahresentgelt von 100.000,00 Euro. Im AV vereinbarten die Parteien ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot von zwölf Monaten. Nach dem AV erhält der AN vom AG für jedes Jahr des nachvertraglichen Verbots die Hälfte der vom AN zuletzt bezogenen vertragsgemäßen Leistungen. Der AG implementierte mit dem „Virtual Option Plan 2016 of h“ (Option Plan 2016) ein Programm mit virtuellen Aktienoptionen, an dem der AN teilnahm. Der AG

teilte dem AN daher virtuelle Optionsrechte zu. Das Programm verschafft den AN kein Recht auf den Erhalt von Aktien, sondern einen vertraglichen Anspruch gegen den AG auf Zahlung eines bestimmten Geldbetrags, sofern die Voraussetzungen für die Ausübung der Optionsrechte erfüllt sind. Vor der Ausübung muss eine sog. „Vesting Period“ abgelaufen sein, in der Optionsrechte über vier Jahre „gevestet“ (erdient) werden. Bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses können Optionsrechte abhängig davon verfallen, ob sie bereits gevestet sind und aus welchem Grund das Arbeitsverhältnis endet. Nach dem Option Plan 2016 stellen die virtuellen Optionen keine Gegenleistung für die vom jeweiligen AN in der Vergangenheit erbrachten Leistungen dar. Eine Ausübung der Optionsrechte ist nach Ablauf der Vesting Period erst bei Eintritt eines sog. „Exercise Event“ in Form eines Share Deals, Asset Deals oder eines Börsengangs möglich. Nach dem Eintritt eines solchen Ereignisses im September 2021 übte der AN „gevestete“ Optionsrechte aus, wofür der AG ihm 161.394,79 Euro auszahlte. Am 18. Januar 2022 vereinbarten die Parteien einen Aufhebungsvertrag zum 30. Juni 2022 und beschränkten das Wettbewerbsverbot auf sechs Monate bis 31. Dezember 2022. Der Aufhebungsvertrag regelt die Voraussetzungen, unter denen virtuelle Optionsrechte auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch ausgeübt werden können. Nach Ende des Arbeitsverhältnisses zahlte der AG dem AN für Juli bis Oktober 2022 monatlich eine Karenzentschädigung von 4.166,66 EUR brutto. Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses übte der AN weitere Optionsrechte aus, die der AG 2022 mit 17.706,32 EUR brutto abrechnete. Der AN meinte, sämtliche Zahlungen aufgrund der virtuellen Aktienoptionen seien in die Berechnung der Karenzentschädigung einzubeziehen.

## Problematik

Gemäß § 74 Abs. 2 HGB ist ein Wettbewerbsverbot nur verbindlich, wenn sich der Prinzipal verpflichtet, für die Dauer des Verbots eine Entschädigung zu zahlen, die für jedes Jahr des Verbots mindestens die Hälfte der von dem Handlungsgehilfen zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen erreicht. Soweit die dem Gehilfen zustehenden vertragsmäßigen Leistungen in einer Provision oder in anderen wechselnden Bezügen bestehen, sind sie nach § 74b Abs. 2 HGB bei der Berechnung der Entschädigung nach dem Durchschnitt der letzten drei Jahre in Ansatz zu bringen. Hat die für die Bezüge bei der Beendigung des Dienstverhältnisses maßgebende Vertragsbestimmung noch nicht drei Jahre bestanden, so erfolgt der Ansatz nach dem Durchschnitt des Zeitraums, für den die Bestimmung in Kraft war. Hat der AN danach hier Anspruch auf eine Berücksichtigung der virtuellen Aktienoptionen bei der Berechnung der Karenzentschädigung? Was gilt als „vertragsmäßige Leistung im Sinne des § 74 Abs. 2 HGB?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AG gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war erfolglos. Die Leistungen des AG an den AN aus dem Option Plan 2016 sind in die Berechnung der Karenzentschädigung einzubeziehen, soweit die virtuellen Aktienoptionsrechte im noch laufenden Arbeitsverhältnis ausgeübt worden sind. Daher hat der AN einen Anspruch auf eine weitere Karenzentschädigung in Höhe von 9.781,52 Euro brutto. Die Parteien haben ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot sowie die Zahlung einer Karenzentschädigung vereinbart und die Vereinbarung im Aufhebungsvertrag aufrechterhalten, nur die Dauer des Wettbewerbsverbots auf sechs Monate verkürzt. Der AN habe sich im Karenzzeitraum auch an das Wettbewerbsverbot gehalten und könne dafür die Karenzentschädigung beanspruchen. In die Berechnung der Höhe der Karenzentschädigung sei nach § 74 Abs. 3 HGB als zuletzt bezogene vertragsmäßige Leistung neben

der jährlichen Festvergütung von 100.000,00 Euro auch die 2021 bezogene Leistung aus dem Option Plan 2016 von 161.394,79 Euro als wechselnde Bezüge im Sinne von § 74b Abs. 2 HGB einzubeziehen. Bei den im AV erkennbar vorformulierten Vereinbarungen handelt es sich um AGB nach § 305 Abs. 1 und 2 BGB oder um vorformulierte Vertragsbedingungen nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB. Sie sind nach ihrem objektiven Inhalt und Sinn so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners zugrunde zu legen sind. Die Auslegung des AV ergebe, dass dem AN bei Einhaltung des Wettbewerbsverbots eine Karenzentschädigung in der in §§ 74, 74b HGB bestimmten Mindesthöhe zufließen soll. Der AN erhalte vom AG „für jedes Jahr des nachvertraglichen Verbots die Hälfte der vom AN zuletzt bezogenen vertragsgemäßen Leistungen“. Damit orientiere sich der AH hinsichtlich der Höhe der versprochenen Entschädigung am Wortlaut von § 74 Abs. 2 HGB. Im Übrigen gelten die einschlägigen Vorschriften des HGB. Bei der im Oktober 2021 abgerechneten Leistung aus dem Programm zu virtuellen Aktienoptionen in Höhe von 161.394,79 Euro handle es sich um zuletzt vom AN bezogene vertragsmäßige Leistungen nach § 74 Abs. 2 HGB. Als vertragsmäßig in diesem Sinn sei eine Leistung anzusehen, die auf dem Austauschcharakter des AV beruhe und als Vergütung für die geleistete Arbeit erbracht werde. Ausgangspunkt für die Bestimmung der „zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen“ sei alles, was der AN vom AG in der fraglichen Zeit als Gegenleistung für seine Arbeitsleistung erhalten habe. Auch Jahresvergütungen, Gratifikationen, zusätzliche Urlaubsgelder, Tantiemen und Sonderzuwendungen zählen dazu, selbst wenn sie der AG unter Ausschluss eines Rechtsanspruchs als freiwillige Leistung gewähre. Das Mitarbeiterbeteiligungsprogramm bezwecke, den Mitarbeiter an das Unternehmen zu binden. Ein zukunftsgerichteter Zweck wird durch das Vesting bzw. die Wartezeit bis zur Ausübbarkeit der Optionen und die Verfallklauseln bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses deutlich. Die Zuteilung der noch nicht gevesteten Optionen soll den Mitarbeiter danach zu künftiger Betriebszugehörigkeit in einem aktiven Arbeitsverhältnis anhalten. Die Leistung der AG an den AN im Oktober 2021 in Folge der Ausübung von virtuellen Aktienoptionsrechten im laufenden Arbeitsverhältnis stelle jedoch auch eine Gegenleistung für die Arbeitsleistung des AN dar. Jedenfalls deswegen sei sie als vertragsmäßige Leistung nach § 74 Abs. 2 HGB anzusehen. Dem stehe nicht entgegen, dass die virtuellen Optionsrechte nach dem Option Plan 2016 keine Gegenleistung für die Optionsinhaber in der Vergangenheit erbrachten Leistungen darstellen sollen. Der Vergütungscharakter folge zunächst aus dem Option Plan 2016. Danach werde die Vesting-Periode für Zeiten ausgesetzt, in denen das Arbeitsverhältnis ohne Vergütung ruhe wie etwa Berufsunfähigkeit, Elternzeit, unbezahltes Sabbatical, Arbeitsunfähigkeit ohne Entgeltfortzahlung oder unbezahlter Urlaub. Die virtuellen Optionen werden nur in den Zeiten des Arbeitsverhältnisses „erdient“, in denen der AN auch einen Entgeltanspruch hat. Dieser setzt nach dem Grundsatz „kein Lohn ohne Arbeit“ die Erbringung von Arbeitsleistung voraus. Das Vesting knüpft damit an den Austausch von Arbeitsleistung und Vergütung gemäß § 611a BGB an. Einer Einbeziehung der Leistung aus dem Option Plan 2016 des AG im laufenden Arbeitsverhältnis in die Berechnung der Karenzentschädigung stehe nicht entgegen, dass der Option Plan 2016 bereits beendet war, bevor das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien geendet hatte. Für die Berechnung der Karenzentschädigung sei ohne Bedeutung, mit welchen Zahlungen der AN in Zukunft sicher hätte rechnen können. Wie sich der Verdienst weiterentwickelt hätte, sei nicht maßgeblich; es komme allein darauf an, wie hoch der Verdienst bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses war.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass zu den zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen nach § 74 Abs. 2 HGB, die in die Berechnung der Karenzentschädigung einfließen, die Leistungen gehören, die auf dem Austauschcharakter des Arbeitsvertrags beruhen und als Gegenleistung für die geleistete Arbeit erbracht werden. Leistungen aus einem Programm zu virtuellen Aktienoptionen stellen regelmäßig eine solche Vergütung für die geleistete Arbeit dar. Ihr Ausübungswert ist bei der Ermittlung der Karenzentschädigung für ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot zu berücksichtigen.

15

## Umfang der Verbindungsaufnahme mit der Agentur für Arbeit bei der Stellenbesetzung

**BAG von**  
**27.03.2025**

**Aktenzeichen**  
8 AZR 123/24

**Stichwort**  
§ 164 Abs. 1 S. 2 SGB IX, § 15 Abs. 2  
AGG; Vermittlungsauftrag des  
Arbeitgebers, Diskriminierung von  
Schwerbehinderten

### Sachverhalt

Der AG schrieb im Internet eine Stelle als „Scrum Master / Agile Coach“ aus, auf die sich der Kläger unter Verweis auf seine Schwerbehinderung bewarb. Der AG, bei dem weder ein BR noch eine Schwerbehindertenvertretung gebildet waren, entschied sich für einen Mitbewerber und sandte diesem per E-Mail vom 24. August 2021 um 15:39 Uhr den Entwurf eines AV. Der Mitbewerber bestätigte den Eingang am 24. August 2021 um 16:01 Uhr und war mit dem Vertragsinhalt laut E-Mail vom 26. August 2021 um 10:03 Uhr einverstanden. Der beidseitig unterzeichnete AV ging dem AG am 03. September 2021 zu. Bis zu dem Tag war die Stellenausschreibung im Internet veröffentlicht. Auch dem AN wurde am 03. September mitgeteilt, dass seine

Bewerbung keinen Erfolg hatte. Der klagende AN forderte am 31. Dezember 2021 vom AG wegen einer von ihm angenommenen Diskriminierung aufgrund seiner Schwerbehinderung im Auswahlverfahren eine Entschädigung i. H. v. 1,5 Monatsgehältern. Er sei wegen seiner Schwerbehinderung im Auswahlverfahren diskriminiert worden. Denn der AG habe entgegen § 164 Abs. 1 S. 1 SGB IX nicht frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit aufgenommen habe. Die Stelle sei nur in unterschiedliche Stellenportale einschließlich der Jobbörse der Bundesagentur für Arbeit eingespeist worden. Der Agentur für Arbeit sei kein Vermittlungsauftrag erteilt worden. Diese Indizwirkung habe der AG nicht widerlegt. Insbesondere sei die Stelle bei Eingang seiner Bewerbung noch nicht mit dem Mitbewerber besetzt gewesen, sondern erst mit Abschluss des entsprechenden AV, d. h. frühestens am 03. September 2021. Daher sei die Stelle bis 03. September 2021 wegen des noch offenen Bewerbungsverfahrens im Internet ausgeschrieben gewesen. Er selbst habe erst am 03. September 2021 eine Absage erhalten. Dessen ungeachtet habe er sich „initiativ für andere vakante Stellen“ beworben. Der AG wandle ein, dass er als privater AG nicht verpflichtet sei, der Bundesagentur für Arbeit einen Vermittlungsauftrag zur Besetzung freier Stellen zu erteilen. Eine Diskriminierung liege nicht vor, weil der entscheidungsberechtigte Divisionsleiter bereits um 11:09 Uhr am 24. August 2021 per E-Mail die Einstellung des Mitbewerbers genehmigt habe. Damit sei das Auswahlverfahren vor Eingang der Bewerbung des AN beendet worden. Die folgende Benachrichtigung des Mitbewerbers und der Abschluss des AV hätten den Einstellungsprozess nur formal abgeschlossen.

### Problematik

Der Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG setzt einen Verstoß gegen das in § 7 Abs. 1 AGG geregelte Benachteiligungsverbot voraus. Das Benachteiligungsverbot in § 7 Abs. 1 AGG untersagt dem Anwendungsbereich des AGG eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, u. a. wegen einer Behinderung. Zudem dürfen AG nach § 164 Abs. 2 S. 1 SGB IX schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligen. Wurde der klagende AN hier wegen der Behinderung benachteiligt mit der Konsequenz, dass er einen Anspruch auf Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG hat?

### Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AN gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war erfolglos. Die Klage auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG sei nicht begründet. Der AG habe den AN nicht wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt. Der persönliche Anwendungsbereich des AGG sei eröffnet. Der Kläger sei formal Bewerber gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 AGG, weil er eine Bewerbung (fristgerecht) eingereicht habe. Der Beklagte sei AG gemäß § 6 Abs. 2 AGG. Der AN wurde unmittelbar gemäß § 3 Abs. 1 AGG benachteiligt, da er vom AG für die ausgeschriebene Stelle nicht berücksichtigt wurde und damit weniger günstig behandelt als der erfolgreiche Mitbewerber in vergleichbarer Situation. Darauf, ob es überhaupt andere Bewerber gegeben habe und ob deren Bewerbungen Erfolg hatten und ob sie die Stelle angetreten haben, komme es nicht an. Der AN habe ein ausreichendes Indiz gemäß § 22 AGG vorgetragen, dass eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung vermuten lasse. Der AG habe mit der Agentur für Arbeit nicht ordnungsgemäß nach § 164 Abs. 1 S. 2 SGB IX Verbindung aufgenommen. Es fehle an der Erteilung eines Vermittlungsauftrags. Zwischen der Benachteiligung und der Schwerbehinderung müsse ein

Kausalzusammenhang bestehen. Grundsätzlich trage die Person, die einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG geltend mache, die Darlegungslast für das Vorliegen seiner Voraussetzungen. § 22 AGG sehe für den Rechtsschutz bei Diskriminierungen im Hinblick auf den Kausalzusammenhang aber eine Erleichterung der Darlegungslast, eine Absenkung des Beweismaßes und eine Umkehr der Beweislast vor. Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweise, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes bzw. der Schwerbehinderung vermuten lassen, trage die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen haben. Hierzu ist ein Vortrag von Indizien erforderlich, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass eine Benachteiligung wegen eines im § 1 AGG genannten Grundes erfolgt sei. AG sind nach § 164 Abs. 1 S. 1 SGB IX verpflichtet, zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit Schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit arbeitsloser arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen besetzt werden können. Sie nehme nach § 164 Abs. 1 S. 2 SGB IX frühzeitig mit der Agentur für Arbeit Verbindung auf. Die Bundesagentur für Arbeit oder ein Integrationsfachdienst schlage den AG geeignete schwerbehinderte Menschen vor. Ein Verstoß dagegen könne die Vermutung einer Benachteiligung wegen Schwerbehinderung gemäß § 22 AGG begründen. Die frühzeitige Verbindungsaufnahme mit der Agentur für Arbeit gemäß § 164 Abs. 1 S. 2 SGB IX umfasse die ausdrückliche Erteilung eines Vermittlungsauftrags an die vorgesehene Stelle auf einem von der Bundesagentur dafür vorgesehenen Kommunikationsweg. Dies beinhalte die Angabe der für eine Vermittlung erforderlichen Daten. Erst dadurch werde in die § 164 Abs. 1 S. 3 SGB IX vorgesehene Unterbreitung von Vermittlungsvorschlägen durch die Bundesagentur für Arbeit ermöglicht und dem Gesetzeszweck entsprochen. Hier habe das LAG fehlerhaft angenommen, dass der AG keinen Vermittlungsauftrag erteilt habe, sondern nur automatisiert die Suchanzeige in die Jobbörse der Bundesagentur für Arbeit eingestellt habe. Jedoch habe der AG die Vermutung einer Benachteiligung des klagenden AN wegen seiner Schwerbehinderung widerlegt. Die nach § 22 AGG begründete Vermutung kann auch widerlegt sein, wenn der AG substantiiert vorträgt und beweist, dass das Auswahlverfahren bereits abgeschlossen war, bevor die Bewerbung der klagenden Partei bei ihm eingegangen ist. Die Schwerbehinderung kann dann nicht „Bestandteil eines Motivationsbündels“ gewesen sein, dass die Entscheidung des AG mitbeeinflusst habe. Maßgeblich sei der Zeitpunkt der Entscheidung, die Stelle nicht mit dem betroffenen Bewerber zu besetzen. Daher sei nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit dem erfolgreichen Bewerber abzustellen, sondern auf die durch den zuständigen Divisionsleiter getroffene Einstellungsentscheidung. Mit dieser sei nach dem vom AG bestimmten Auswahlprozess abschließend über die Besetzung der fraglichen Stelle entschieden worden. Da diese Entscheidung bereits vor Eingang der Bewerbung des klagenden AN getroffen wurde, könne seine Schwerbehinderung die Entscheidung des AG nicht beeinflusst haben.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass AG vor einer Stellenbesetzung nach § 164 Abs. 1 S. 2 SGB IX frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit aufzunehmen haben. Dies umfasst die Pflicht zur ausdrücklichen Erteilung eines Vermittlungsauftrags unter Berücksichtigung des von der Agentur für Arbeit vorgegebenen organisatorischen Ablaufs. Das bloße Einstellen einer Suchanzeige auf dem Vermittlungsportal der Bundesagentur für Arbeit (Jobbörse) ist nicht ausreichend. Ein Verstoß gegen § 164 Abs. 1 S. 2 SGB IX kann die Vermutung einer Benachteiligung wegen Schwerbehinderung § 22 AGG begründen. Die Vermutung kann widerlegt sein, sofern der AG substantiiert vorträgt und ggf. beweist, dass das Auswahlverfahren bereits abgeschlossen war, bevor die Bewerbung des klagenden AN bei ihm eingegangen ist.

# Ablehnung eines Bewerbers jenseits der tarifvertraglichen Altersgrenze bei der Einstellung

**BAG von**  
**08.05.2025**

**Aktenzeichen**  
8 AZR 299/24

**Stichwort**  
§ 1, § 3 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 8, § 15  
Abs. 2 AGG; Einstellung,  
Rechtfertigung einer Benachteiligung  
wegen des Alters, Diskriminierung

## Sachverhalt

Der öffentliche AG schrieb am 02. Februar 2023 eine auf 24 Monate befristete, nach der EG 6 TVöD vergütete Stelle als Sachbearbeiter/in für die Verwaltung der Volkshochschule in Vollzeit oder Teilzeit aus. Nach dem einschlägigen TV endet das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des Monats, in dem, der Beschäftigte das gesetzlich festgelegte Alter zum Erreichen der Regelaltersrente vollendet hat, es sei denn, dass zwischen den Parteien während des Arbeitsverhältnisses vereinbart worden ist, den Beendigungszeitpunkt hinauszuschieben. Der am 14. Mai 1956 geborene und als schwerbehinderter Mensch anerkannte Kläger ist ausgebildeter Großhandelskaufmann. Er bewarb sich auf die Stelle und wies auf seine

Schwerbehinderung hin. Am 27. März 2023 stellte der AG einen 1976 geborene Bewerberin befristet auf der ausgeschriebenen Stelle ein und sagte dem Kläger am 06. April 2023 ab. Bereits im Zeitpunkt der Einreichung seiner Bewerbung hatte der Kläger die Regelaltersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung überschritten. Demgegenüber hatten alle anderen 23 Personen, die sich auf die vom AG ausgeschriebene Stelle bewarben, die Regelaltersgrenze noch nicht erreicht. Der Kläger bat den AG schriftlich um Auskunft über die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung bzw. über die Gründe für die für die Absage, erhielt jedoch darauf keine Antwort. Am 13. Mai 2023 verlangte er erfolglos unter Berufung auf einen Verstoß gegen die Einladungspflicht gemäß § 165 Abs. 3 SGB IX die Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG in Höhe von 8.176,98 Euro. Er reichte Klage ein und erklärte, der AG habe ihn im Bewerbungsverfahren sowohl wegen seiner Schwerbehinderung als auch wegen seines Alters unzulässig benachteiligt. Nach § 165 S. 3 SGB IX hätte er zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werden müssen, was unterblieben sei. Danach sei zu vermuten, dass die Bewerbungsabsage wegen seiner Schwerbehinderung erfolgt sei. Das Erreichen der Regelaltersgrenze, auf das sich der AG zwischenzeitlich berufe, lasse die Einladungspflicht nicht entfallen.

## Problematik

Nach § 3 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes (z.B. Alter oder Behinderung) eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Gemäß § 8 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Ungeachtet des § 8 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters auch zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Derartige unterschiedliche Behandlungen können nach Nr. 3 die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung auf Grund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder auf Grund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand einschließen. Nach Nr. 5 kann eine Vereinbarung, die die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ohne Kündigung zu einem Zeitpunkt vorsieht, zu dem der oder die Beschäftigte eine Rente wegen Alters beantragen kann, gerechtfertigt sein. Wurde der bei der Stellenbewerbung nicht berücksichtigte Kläger hier wegen seines Alters diskriminiert? Haben schwerbehinderte Menschen sich um einen von Dienststellen der öffentlichen AG gegenüber der Arbeitsagentur gemeldeten Stellen beworben oder sind sie von der Bundesagentur für Arbeit oder einem von dieser beauftragten Integrationsfachdienst vorgeschlagen worden, werden sie zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Eine Einladung ist entbehrlich, wenn die fachliche Eignung offensichtlich fehlt. Wurde der Kläger wegen seiner Schwerbehinderung diskriminiert, weil er nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen worden war?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AN gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des AG und des LAG war erfolglos. Der AN habe keinen Anspruch gegen den AG auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. Zwar sei der persönliche Anwendungsbereich des AGG eröffnet. Der Kläger sei als Bewerber für ein



Beschäftigungsverhältnis „Beschäftigter“ gemäß § 6 Abs. 1 S. 2 AGG. Jedoch liegen die Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 AGG nicht vor, da der AG nicht gegen das Benachteiligungsverbot nach § 7 Abs. 1 AGG i. V. m. § 1 AGG bzw. § 164 Abs. 2 S. 2 SGB IX. Der AG habe den AN nicht wegen seines Alters unzulässig benachteiligt. Zwar wurde er unmittelbar wegen des Alters gemäß § 3 Abs. 1 AGG benachteiligt. Der AG habe die Bewerbung des Klägers wegen des Erreichens der Regelaltersgrenze nicht berücksichtigt und abgelehnt. Die auf den Grund des Alters gestützte Zurückweisung der Bewerbung sei nicht nach § 10 S. 3 AGG gerechtfertigt. Der AG berufe sich weder auf eine Höchstaltersgrenze für die Einstellung nach § 10 S. 3 Nr. 3 AGG noch auf eine Rechtfertigung nach § 10 S. 3 Nr. 5 AGG. Die unterschiedliche Behandlung des Klägers wegen seines Alters sei aber nach § 10 S. 1 i. V. m. S. 2 AGG zulässig. Der Kläger habe bei seiner Bewerbung die für im Jahr 1956 geborene Versicherte gemäß § 35 i. V. m. § 235 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI maßgebliche Regelaltersgrenze (zehn Monate nach Vollendung des 65. Lebensjahres) überschritten und bezog eine Altersrente. Daher sei die unterschiedliche Behandlung des Klägers wegen seines Alters gemäß § 10 S. 1 AGG, objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt. Zur Konkretisierung des in § 10 S. 1 AGG enthaltenen Begriffs des legitimen Ziels ist auf Art. 6 Abs. 1 der RL 2000/78/EG zurückzugreifen. Legitime Ziele sind demnach nur solche, die mit der Beschäftigungspolitik, dem Arbeitsmarkt und der beruflichen Bildung im Zusammenhang stehen, und damit nur rechtmäßige Ziele aus dem Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik, die als „sozialpolitische Ziele“ im Allgemeininteresse stehen. Bezüglich der Beendigung von Arbeitsverhältnissen sei anerkannt, dass Altersgrenzen im Sinne des § 10 S. 3 Nr. 5 AGG individualvertraglich oder kollektiv-rechtlich wirksam vereinbart werden können. Das legitime Ziel besteht insoweit in der besseren Beschäftigungsverteilung zwischen den Generationen durch Förderung des Zugangs jüngerer Menschen zur Beschäftigung. Angesichts der demographischen Entwicklung und des Mangels von Berufseinsteigern in bestimmten Branchen soll dieses Ziel nicht nur Jüngeren Beschäftigungsmöglichkeiten eröffnen. Jüngeren Menschen soll mit dem Ausscheiden Älterer aus dem Erwerbsleben auch ermöglicht werden, die Berufserfahrung anzusammeln, die bei beruflichem Aufstieg zu erweiterten Gestaltungsmöglichkeiten (z. B. in Führungspositionen) und höherer Vergütung führen kann. Dies diene als Teil der Generationengerechtigkeit der gesamten Gesellschaft. Das legitime Ziel der ausgewogenen Beschäftigungsverteilung zwischen den Generationen könne auch die Verweigerung der Wiedereinstellung eines wegen der Altersgrenze bereits ausgeschiedenen Beschäftigten rechtfertigen. Die hiermit verbundene Zielsetzung sei mit den Zielen einer Regelung § 10 S. 3 Nr. 5 AGG identisch. Es gehe sowohl bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses als auch bei der Verweigerung einer Einstellung wegen des Überschreitens einer festgelegten Altersgrenze um die Förderung der beruflichen Entwicklung jüngerer Menschen. Für die Legitimität eines solchen Ziels sei unerheblich, ob die an das Erreichen bzw. Überschreiten der Regelaltersgrenze geknüpfte Verweigerung der Einstellung eine Person betrifft, die zuvor aufgrund einer einschlägigen Altersgrenzenregelung aus dem Arbeitsverhältnis mit dem AG ausgeschieden ist, oder die Ablehnung der Einstellung sich auf einen Bewerber bezieht, bei dem dies nicht der Fall sei. Der AG verfolge mit seiner Entscheidung die gleichen Ziele wie die TVP mit der tarifvertraglichen Altersgrenzenregelung, als Teil der Generationengerechtigkeit vermehrt jüngere Bewerber einzustellen. Die Berufung auf das Ziel der Förderung der Berufschancen jüngerer Menschen sei nicht deshalb verwehrt, weil der AG dieses weder in der Stellenausschreibung benannt, noch dem Kläger auf dessen Anfrage die Gründe für die Ablehnung seiner Bewerbung mitgeteilt habe. Tarifvertragliche Altersgrenzen werden in sämtlichen TV des öffentlichen Dienstes seit Langem ohne wesentliche Änderungen unabhängig von der jeweiligen Arbeitsmarktlage vereinbart. Der Kläger wurde durch die Zurückweisung seiner Bewerbung auch nicht wegen der Schwerbehinderung unmittelbar benachteiligt. Zwischen der Benachteiligung und der Schwerbehinderung müsse ein Kausalzusammenhang bestehen. Dem AG war zwar die Schwerbehinderung des Klägers aufgrund dessen Bewerbungsschreiben bekannt. Er musste den Kläger jedoch aufgrund der Gründe, die eine Bewerbungsabsage wegen des Alters des Klägers rechtfertigten, nicht zum Vorstellungsgespräch einladen.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass ein an eine, auf das Erreichen der Regelaltersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung abstellende, tarifvertragliche Altersgrenzenregelung gebundener AG die Einstellung eines Bewerbers, der diese Altersgrenze überschritten hat, wegen des Alters ablehnen kann, falls ein jüngerer qualifizierter Bewerber zur Verfügung steht. Dies gilt unabhängig davon, ob der Bewerber zuvor aufgrund der tarifvertraglichen Altersgrenzenregelung aus einem Arbeitsverhältnis mit dem AG ausgeschieden ist und auch für die Einstellung in ein befristetes Arbeitsverhältnis. Die Ablehnung eines Bewerbers wegen Überschreitens der Regelaltersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung stellt zwar eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters § 3 Abs. 1 i. V. m. § 1 AGG dar. Eine solche Benachteiligung ist aber nach § 10 S. 1 und S. 2 AGG zulässig, wenn ein an eine tarifvertragliche Altersgrenzenregelung gebundener AG mit der Ablehnung das legitime Ziel der ausgewogenen Beschäftigungsverteilung zwischen den Generationen verfolgt und für die Stellenbesetzung ein jüngerer qualifizierter Bewerber vorhanden ist.

# Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses eines Betriebsratsmitglieds

**BAG von**  
**18.06.2025**

**Aktenzeichen**  
7 AZR 50/24

**Stichwort**  
§ 14 Abs. 2 TzBfG, § 78 S. 2 BetrVG,  
Art 7 RL 2002/14/EG;  
Schadensersatzanspruch,  
sachgrundlose Befristung,  
Benachteiligung wegen der BR-  
Tätigkeit

## Sachverhalt

Der Kläger war beim Unternehmen zunächst als Zeit-AN beschäftigt und schloss am 15. Februar 2021 einen bis zum 14. Februar 2022 befristeten AV zum AG. Dieser wurde am 01. Februar 2022 bis 14. Februar 2023 verlängert. Der AN war als sog. Sortation Associate tätig und seit 28. Juni 2022 Mitglied des dort erstmals gebildeten BR. Neben dem AN standen weitere 18 AN in einem bis 14. Februar 2023 befristeten Arbeitsverhältnis. Der AG unterbreitete 16 dieser AN im Anschluss an das Befristungsende ein Angebot auf Abschluss eines unbefristeten Folgevertrags. Neben dem AN erhielt auch H, der wie der AN über eine bestimmte Vorschlagsliste in den BR gewählt worden war, kein solches Angebot. Anders als der AN wies dieser AN erhebliche Arbeitsunfähigkeitszeiten auf. Der AN klagte gegen die Unwirksamkeit der Befristung zum 14. Februar 2023. Hilfsweise forderte er

die Verurteilung des AG zur Abgabe eines Vertragsangebots für einen unbefristeten AV. Die Anwendung von § 14 Abs. 2 TzBfG auf sachgrundlos befristete AV mit BR-Mitgliedern wegen der unionsrechtlichen Vorgaben von Art. 7 und Art. 8 der RL 2002/14/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der AN in der EG sei ausgeschlossen. Ihm sei allein wegen seiner Tätigkeit als BR bzw. dem Umstand, dass er als BR-Mitglied „auf der Gewerkschaftslager“ bestehe, kein unbefristeter Folgevertrag angeboten worden. Sein Einsatz beim AG sei beanstandungsfrei gewesen. Der AG meinte, das nationale Recht biete durch § 15 KSchG und § 78 BetrVG befristet beschäftigten BR-Mitgliedern ausreichende Sicherheiten gemäß Art. 7 der RL 2003/14/EG. Dem AN sei nicht wegen seiner BR-Tätigkeit kein Folgevertrag angeboten worden, sondern, weil der AG mit seinem persönlichen Verhalten und seiner Arbeitsleistung nicht zufrieden gewesen sei. So habe sich der AN am 25. August 2022 geweigert, eine bestimmte Tätigkeit zu übernehmen.

## Problematik

Nach § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG ist die Befristung eines AV ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Bis zu dieser Gesamtdauer ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines kalendermäßig befristeten AV zulässig. Hätte der AG hier dem AN einen Folgevertrag anbieten müssen und ihn durch die Nichtberücksichtigung aufgrund seiner Eigenschaft als BR-Mitglied ungerechtfertigt benachteiligt? Kann der AN hier argumentieren, dass § 14 Abs. 2 TzBfG auf sein Arbeitsverhältnis als BR-Mitglied nicht anwendbar ist, da er durch die Schutzvorschriften des § 15 KSchG und § 78 S. 2 BetrVG nicht ausreichend geschützt werde und das den Art. 7 und Art. 8 der RL 2002/14/EG zum Schutz der Arbeitnehmervertreter und Durchsetzung ihre Rechte widerspricht?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AN gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war erfolglos. Der Befristungskontrollantrag und der Hilfsantrag auf Abgabe einer Willenserklärung zum Abschluss eines unbefristeten AV seien unbegründet. Das Arbeitsverhältnis des AN endete aufgrund der Befristung im AV mit Ablauf des 14. Februar 2023. Die Befristung sei nach § 14 Abs. 2 TzBfG ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes zulässig. Der AN habe einen kalendermäßig befristeten AV zum AG geschlossen, dessen Gesamtdauer zwei Jahre nicht überschreite. Der Umstand, dass er zuvor bereits im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung beim AG beschäftigt war, sei unerheblich. Eine Vorbeschäftigung § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG liege nicht allein deshalb vor, weil der befristet eingestellte AN zuvor als Zeit-AN im gleichen Betrieb auf dem gleichen Arbeitsplatz gearbeitet hat. Die Tätigkeit des AN als Mitglied des BR stehen der Anwendung der nationalen Vorschriften zur Zulässigkeit der Befristung seines Arbeitsverhältnisses nicht entgegen. Entgegen der Auffassung des AN gebieten Art. 7 und Art. 8 der RL 2002/14/EG bei sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnissen mit BR-Mitgliedern kein Verständnis von § 14 Abs. 2 TzBfG dahingehend, dass die Vorschrift richtlinien-/unionsrechtskonform zu reduzieren und unanwendbar wäre. Das Fehlen einer Einschränkung der Zulässigkeit einer kalendermäßigen Befristung eines AV ohne Vorliegen eines sachlichen

Grundes für den Fall der Mitgliedschaft im BR in § 14 Abs. 2 TzBfG stelle keine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes dar, die dem von Art. 7 und Art. 8 der RL 2002/14/EG geforderten (Mindest-)Schutz von Arbeitnehmervertretern und der Gewährleistung der Durchsetzung ihrer Rechte zuwiderliefe. Nach der Rspr. des EuGH habe der Unionsgesetzgeber mit der RL 2002/14/EG den Mitgliedstaaten für die zu den Arbeitnehmervertretern zu treffenden Schutzmaßnahmen und zu bietenden Sicherheiten ein weites Ermessen eingeräumt. Das Ermessen beziehe sich neben dem ausreichenden Schutz auch auf die „zu bietenden“ ausreichenden „Sicherheiten“. Zwar sei die Kündigung eines BR-Mitglieds, die mit dessen Eigenschaft begründet wäre, mit dem in Art. 7 der RL 2002/14/EG geforderten Schutz nicht zu vereinbaren. Art. 7 der RL 2002/14/EG verlange aber nicht, Arbeitnehmervertretern einen verstärkten Kündigungsschutz zu gewähren. Dem von Art. 7 der RL 2002/14/EG geforderten Mindestmaß an ausreichendem Schutz und ausreichender Sicherheit eines BR-Mitglieds vor einer im Zusammenhang mit seiner Befristung stehenden Benachteiligung werde im nationalen Recht durch § 78 S. 2 BetrVG ausreichend Rechnung getragen. Danach dürfen Mitglieder des BR nicht wegen ihrer Tätigkeit benachteiligt werden; dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung. Soweit der AN meine, dieser Schutz sei unzureichend, weil das BR-Mitglied insoweit die Darlegungs- und Beweislast trage, obwohl ihm die Motivation des AG regelmäßig unbekannt sei, verkenne er, dass im Prozess ein abgestuftes System der Darlegungs- und Beweislast gilt, wenn zwischen einem BR-Mitglied und dem AG Streit darüber besteht, ob der AG das BR-Mitglied durch die Ablehnung eines Folgevertrags unzulässig wegen seiner BR-Tätigkeit benachteiligt hat. Auch in tatsächlicher Hinsicht bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Befristung des Arbeitsverhältnisses des AN nicht nach § 14 Abs. 2 TzBfG gerechtfertigt sein könnte. Der AG sei nicht verpflichtet, dem AN den unbefristeten AV anzubieten. Befristet beschäftigte BR-Mitglieder können aus § 78 S. 2 BetrVG i. V. m. § 280 Abs. 1, § 823 Abs. 2, § 249 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Abschluss eines Folgevertrags haben, wenn der AG einen solchen gerade wegen der BR-Tätigkeit ablehnt. Dabei gelte für die Frage, ob der AG das BR-Mitglied durch die Ablehnung eines Folgevertrags unzulässig wegen seiner Betriebsratstätigkeit benachteiligt hat, im Prozess ein abgestuftes System der Darlegungs- und Beweislast. Danach bestehe kein Anspruch auf Schadensersatz, da der AG nicht wegen der BR-Tätigkeit des AN oder wegen dessen Kandidatur für das BR-Amt auf der sog. Gewerkschaftsliste davon abgesehen hat, dem AN einen unbefristeten Folgevertrag anzubieten. Der AN dürfe hier zwar ohne genauere Kenntnis der inneren Motivation die Behauptung aufstellen, dass der AG ihm hier wegen seiner Betriebsratstätigkeit keinen Folgevertrag angeboten habe und müsse dafür keinen unmittelbaren Beweis anbieten, sondern könne Indizien vortragen. Zu diesen müsse sich der AG äußern. Auf den Vortrag, dass der AG 16 anderen, befristet beschäftigten AN Folgeverträge angeboten habe, habe der AG erklärt, dass er die Folgeverträge auch anderen Mitgliedern des BR, auch solchen die auf der Gewerkschaftsliste kandidiert haben, angeboten habe und damit entkräftet.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass ein befristet beschäftigtes BR-Mitglied im Wege des Schadensersatzes nach § 78 Abs. 2 BetrVG i. V. m. § 280 Abs. 1, § 823 Abs. 2, § 249 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Abschluss des Folgevertrags hat, wenn der AG wegen dessen BR-Tätigkeit den Abschluss eines unbefristeten Folgevertrags ablehnt und ihn dadurch benachteiligt. Erfolgt die Ablehnung des Folgevertrags aus anderen Gründen, besteht kein Anspruch für das BR-Mitglied.

21

# Inhaltskontrolle bei beschränkter Verweisung auf einen Tarifvertrag

**BAG von**  
**02.07.2025**

**Aktenzeichen**  
10 AZR 162/24

**Stichwort**  
§ 307 BGB, § 310 Abs. 4 S. 3 BGB;  
Rückzahlung einer Sonderzahlung,  
Bezugnahme auf einen Tarifvertrag

## Sachverhalt

Der nicht tarifgebundene Kläger war beim Unternehmen seit dem 15. April 2020 als Rettungssanitäter beschäftigt. Sein AV vom 31. März 2020 verweist auf den DRK-Reformtarifvertrag (DRK-RTV), enthält aber einzelne, davon zu Lasten des AN abweichende Regelungen, z. B. zu Nebentätigkeiten und Ausschlussfristen. Weiter ist im AV geregelt, dass ein AN, der am 01. Dezember in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis steht und mindestens seit 01. Juni beschäftigt ist, Anspruch auf eine Sonderzahlung hat. Nach dem DRK-RTV müssen AN, die bis 31. März des Folgejahres aus eigenem Verschulden oder auf eigenen Wunsch aus dem Arbeitsverhältnis

ausscheiden, bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses die erhaltene Sonderzahlung an den AG zurückzahlen. Der AG gewährte dem AN zusätzlich zum Gehalt für November 2021 eine Jahressonderzahlung in Höhe von 2.767,19 Euro brutto. Am 19. Januar 2022 kündigte der AN das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 31. März 2022. Der AG brachte von den Nettovergütungsansprüchen des AN für die Monate Januar bis März 2022 jeweils 446,00 Euro in Abzug. Der AN forderte mit seiner Klage die für die genannten Monate in Abzug gebrachten Beträge. Er meinte, die Regelung im DRK-RTV sei nicht anwendbar auf ihn, weil er erst mit Ablauf des 31. März 2022 ausgeschieden sei. Darüber hinaus benachteilige ihn die Rückzahlungsklausel unangemessen und sei daher unwirksam. Die Regelung unterliege einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB, weil der AV den DRK-RTV nicht vollständig in Bezug nehme.

## Problematik

Nach § 307 Abs. 1 S. 1 sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. § 307 Abs. 2 BGB nimmt eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel an, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Nach § 310 Abs. 4 S. 1 BGB findet das AGB-Recht auf TV keine Anwendung. Kann sich der AG hier darauf berufen, dass eine Inhaltskontrolle der tariflichen Regelung zur Rückzahlungsklausel nach § 310 Abs. 4 S. 1 BGB ausgeschlossen ist, weil der AV den RTV nicht vollumfänglich in Bezug nimmt und die tarifvertraglichen Regelungen nur ergänzt? Kann er argumentieren, dass die gesonderten arbeitsvertraglichen Abreden keine Entgeltfragen betreffen, der Regelungskomplex zum Entgelt aber vollständig in Bezug genommen wurde, so dass er berechtigt war, die Rückzahlung der Sondervergütung beim Entgelt des AN in Anrechnung zu bringen? Kann sich der AN hier darauf berufen, dass er erst mit Ablauf des 31. März 2022 aus dem Unternehmen ausgeschieden ist, so dass deswegen keine Rückzahlungspflicht besteht?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AG gegen die entgegenstehende Entscheidung des LAG war erfolglos. Der AN habe nach § 611a Abs. 2 BGB Anspruch auf begehrte Vergütung für die Monate Januar bis März 2022. Der AG hatte weder aufgrund gesonderter vertraglicher Vereinbarung noch nach dem RTV einen Anspruch auf Rückzahlung der an den AN geleisteten Jahressonderzahlung. Der RTV gelte mangels Tarifgebundenheit des AN im Arbeitsverhältnis der Parteien nicht nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG unmittelbar und zwingend. Bei den Bestimmungen des AV handle es sich um AGB im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB, deren Wirksamkeit nach §§ 305 ff. BGB zu überprüfen sei. Der AV nehme den RTV zeitdynamisch in Bezug. Unterwerfen nicht tarifgebundene AVP ihr Arbeitsverhältnis nicht pauschal einem bestimmten Tarifregime, sondern vereinbaren zu einzelnen Gegenständen darüber hinaus im AV ausformulierte Regelungen, erklären sie damit, dass unabhängig von dem in Bezug genommenen TV jedenfalls die in den AV aufgenommenen Bestimmungen für das Arbeitsverhältnis gelten sollen. Letztere haben nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen auch ohne ausdrückliche Vereinbarung Vorrang vor den tariflichen Regelungen. Damit beschränke sich die Wirkung der Bezugnahmeklausel auf den verbleibenden Teil des TV. Hier weichen Regelungen zur Nebentätigkeit und zu Ausschlussfristen von den MTV

geregelten Bestimmungen ab. Eine Kollisionsregel, nach der den tariflichen Regelungen im Verhältnis zu den ausdrücklich in den AV aufgenommenen Klauseln der Vorrang zukommen soll, haben die Parteien nicht vereinbart. Die Prüfung der Angemessenheit der vertraglich in Bezug genommenen Rückzahlungsklausel des RTV nach § 307 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 S. 1 BGB sei nicht nach § 310 Abs. 4 S. 3 i. V. m. § 307 Abs. 3 BGB ausgeschlossen, weil der AV der Parteien den RTV nicht insgesamt in Bezug nimmt und die abweichenden Regelungen des AV auch nicht ausschließlich zugunsten des Klägers wirken. Entgegen der Auffassung des AG ändere die Inbezugnahme des „Regelungskomplexes Entgelt“ daran nichts. Nach § 310 Abs. 4 S. 1 BGB finden die §§ 305 ff. BGB auf TV keine Anwendung. Diese sind von einer AGB-Kontrolle ausgenommen. Voraussetzung dafür ist nur, dass der TV das Arbeitsverhältnis in seinem räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich erfasse. Das Kontrollprivileg nach § 310 Abs. 4 S. 3 i. V. m. § 307 Abs. 3 BGB setze allerdings eine Inbezugnahme der Gesamtheit der Regelungen des einschlägigen TV voraus. Nur diese begründe die dem Kontrollprivileg zugrunde liegende Angemessenheitsvermutung. Beschränke sich die Bezugnahme auf einzelne Vorschriften eines TV, entfalle die durch § 310 Abs. 4 S. 3 BGB erzeugte Privilegierung. Dies gelte auch, wenn sich die beschränkte Verweisung auf sachlich und inhaltlich zusammenhängende geschlossene Regelungsbereiche oder -komplexe, wie hier das Entgelt beziehe. TV sind dem Sinn und Zwecke nach von der Inhaltskontrolle nach § 310 Abs. 4 S. 1 BGB ausgenommen, weil für sie wegen der Verhandlungsparität der Tarifpartner die Vermutung der Angemessenheit bestehe. Man könne davon ausgehen, dass das erzielte Verhandlungsergebnis der TVP richtig sei und die Interessen beider Seiten sachgerecht ausgleiche. Aber nur die Gesamtheit der Regelungen eines TV begründe die Vermutung, dass dieser die divergierenden Interessen angemessen ausgleiche. Danach unterliege die in Bezug genommene Rückzahlungsklausel des RTV einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 i. V. m. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Die vom RTV abweichenden arbeitsvertraglichen Bestimmungen wirken nicht ausschließlich zugunsten des AN. Die im AV in Bezug genommene Rückzahlungsklausel des RTV benachteilige den AN unangemessen nach § 307 Abs. 2 i. V. m. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Jahressonderzahlung nach dem RTV diene nicht nur der Honorierung vergangener und künftiger Betriebstreue, sondern auch der Vergütung für erbrachte Arbeitsleistung. Die Jahressonderzahlung sei aber nicht auf den genannten Zweck beschränkt. Bei ihr handelt es sich um Entgelt, das jedenfalls auch als Gegenleistung für die Erbringung der Arbeitsleistung geschuldet ist. Der Rückzahlungsvorbehalt im RTV sei unangemessen benachteiligend, weil er im Widerspruch zum Grundgedanken des § 611a Abs. 2 BGB steht und die nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers verkürze. Der Anspruch auf Zahlung verdienten Entgelts nach § 611a Abs. 2 BGB sei nicht davon abhängig, dass weitere Zwecke, wie die künftige Betriebstreue von AN erfüllt werden. Der Rückzahlungsvorbehalt verkürze außerdem in nicht zu rechtfertigender Weise die nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit des AN, weil er die Ausübung seines Kündigungsrechts unzulässig erschwere. Ein berechtigtes Interesse des AG dem AN Lohn für geleistete Arbeit ggf. vorenthalten zu können, sei nicht ersichtlich. Die Unwirksamkeit der Rückzahlungsregelung im RTV führt nach § 306 Abs. 1 BGB zu dessen ersatzlosem Wegfall unter Aufrechterhaltung der Bestimmung im Übrigen.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass arbeitsvertraglich in Bezug genommene tarifliche Regelungen nach § 310 Abs. 4 S. 3 BGB i. V. m. § 307 Abs. 3 BGB keiner Inhaltskontrolle unterliegen, wenn sich die Bezugnahme auf die Gesamtheit der Regelungen eines einschlägigen TV erstreckt. Eine beschränkte Verweisung auf einzelne Tarifnormen oder sachlich und inhaltlich zusammenhängende Regelungsbereiche oder -komplexe des Tarifvertrags führt hingegen nicht zu deren Kontrollfreiheit. Der Anspruch auf eine – jedenfalls auch – als Gegenleistung für die Erbringung der Arbeitsleistung geschuldete Jahressonderzahlung kann in AGB nicht durch eine Rückzahlungsklausel vom Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht werden. Entsprechende Regelungen sind unangemessen benachteiligend nach § 307 Abs. 2 i. V. m. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.

23

# Lage der gesetzlichen Ruhepause und Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers

**BAG von**  
**21.08.2024**

**Aktenzeichen**  
5 AZR 266/23

**Stichwort**  
§ 4 S. 1 ArbZG, § 106 S. 1 GewO;  
flexible Festlegung von Pausen  
aufgrund betrieblicher Erfordernisse,  
bezahlte Pause

## Sachverhalt

Der Kläger war von 1988 bis 2022 beim Unternehmen als Mitarbeiter in der Produktion mit einer Wochen-AZ von 35 Stunden zu einem Bruttomonatsentgelt von 2.819,00 Euro brutto in einem tarifgebundenen Arbeitsverhältnis beschäftigt. Der anwendbare Gemeinsame Manteltarifvertrag für die Beschäftigten und Auszubildenden in der Feinstblechpackungsindustrie (GMTV) vom 20. März 2018 regelt eine AZ von 35 Stunden ohne Pausen. AN im Dreischichtbetrieb wird die regelmäßige AZ, die durch die gesetzlich vorgeschriebene Ruhepause entfällt, bezahlt. Nach einer betrieblichen BV wurde im Streitzeitraum in der Produktion im vollkontinuierlichen Fünfschichtsystem mit einem Schichtrhythmus von 10 Wochen gearbeitet.

Nach je zwei Früh-, Spät- und Nachtschichten folgten vier freie Tage. Die tägliche AZ ohne Pausen betrug werktags sieben Stunden und 40 Minuten, sonntags 11 Stunden und 25 Minuten, im Durchschnitt also eine Wochen-AZ von 32,18 Stunden. Um die Differenz zur tariflichen Voll-AZ von 35 Stunden auszugleichen, vereinbarten die Betriebsparteien zusätzliche 19,18 sog. Einbringsschichten mit einer AZ von 7 Stunden und 40 Minuten. Die BV regelt zu pauschal geplanten Einbringzeiten: „Darüber hinaus werden jedem Mitarbeiter im Fünfschichtsystem pauschal 7,5 Einbringstunden pro Jahr für die Beibehaltung der flexiblen Pausengestaltung gutgeschrieben. Nur aus dringenden Gründen soll ein Mitarbeiter seine abgesprochene Pause unterbrechen müssen. Danach muss er den Rest der Pause nehmen können.“ Ohne hierzu verpflichtet zu sein, verbrachte der AN seine Pausen in der Betriebskantine, in der ein Monitor stand, der evtl. Störungen an Maschinen tonlos durch Blinken anzeigte. Der AN forderte am 15. Februar 2022 gerichtlich Vergütung seiner von Juli bis Dezember 2021 genommenen Ruhepausen. Der GMTV privilegiere AN im Dreischichtbetrieb, indem ihnen die Zeit der gesetzlich vorgeschriebenen Ruhepausen vergütet werde. „Entfallen“ im Sinne der Tarifnorm würde AZ auch dann, wenn AN wegen der Ruhepausen länger im Betrieb anwesend sein müssten. Die streitgegenständlichen Pausen seien vergütungspflichtige AZ gemäß Art. 2 Nr. 1 der RL 2003/88/EG. Er sei bei seinen Pausen in der Kantine in „Daueralarmbereitschaft“ gewesen. Allein die Möglichkeit, dass der Monitor dort durch Blinken einen Störfall an einer Maschine anzeigt und ihn ein Vorgesetzter hätte bitten können, die Pause zu unterbrechen, habe ihn eine permanente „Habachtstellung“ versetzt. Er habe sich nicht erholen können.

## Problematik

Gemäß § 4 S. 1 ArbZG ist die Arbeit durch im Voraus feststehende Ruhepausen von mindestens 30 Minuten bei einer AZ von mehr als sechs bis zu neun Stunden und 45 Minuten bei einer AZ von mehr als neun Stunden insgesamt zu unterbrechen. Hat der AN Anspruch auf zusätzliche Vergütung seiner Ruhepausen im Zimmer 2021? Kann sich der AG hier darauf berufen, dass er nach dem bei ihm mit dem BR vereinbarten und praktizierten Schichtenmodell durch die gesetzlichen Ruhepausen beim AN nicht, wie dies § 5 Nr. 5.5.7 GMTV verlange, regelmäßige AZ entfallen ist? Kann er hier argumentieren, dass der AN nicht verpflichtet gewesen sei, seine Pausen in der Kantine zu verbringen, und bei Störungen an einer Maschine, die äußerst selten aufgetreten wären, auch nicht von sich aus seine Pause habe unterbrechen müssen?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AN gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war erfolglos. Der AN habe keinen Anspruch auf Vergütung der streitgegenständlichen Pausen. Ein Vergütungsanspruch ergebe sich nicht aus § 5 Nr. 5.5.7 GMTV, der nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG anwendbar ist. Danach wird den AN im Dreischichtbetrieb die regelmäßige AZ, die durch die gesetzlich vorgeschriebene Ruhepause entfällt, bezahlt. Durch die genommenen Pausen ist beim AN im Dreischichtbetrieb mit der dadurch nach § 5 Nr. 5.5.1G MTV zulässig ungleichmäßig verteilten AZ jedoch keine „regelmäßige AZ“ entfallen. Der AN hat unstreitig im Durchschnitt die „normale Vollzeit“ nach § 5 Nr. 5.1G MTV – 35 Wochenstunden ohne Pausen – gearbeitet. Das tarifliche Erfordernis für die Vergütung von Pausen, also das Entfallen von regelmäßiger AZ durch die gesetzlich vorgeschriebene Ruhepause, kann nicht im Wege der Auslegung gleichsam „weginterpretiert“ werden. Schon

der Wortlaut des § 5 Nr. 5.5.7G MTV sei klar und eindeutig. Daher sei nicht anzunehmen, im Dreischichtbetrieb sei die gesetzlich vorgeschriebene Ruhepause auch dann, gleichsam als eine Art Erschwerniszulage, zu vergüten, wenn keine regelmäßige AZ entfalle. Wäre dies der übereinstimmende Wille der TVP gewesen, hätte er im Wortlaut ersichtlich werden müssen. Dies wäre auch einfach zu formulieren gewesen, z. B., dass den AN im Dreischichtbetrieb die gesetzlich vorgeschriebene Ruhepause bezahlt werde. Eine solche Regelungstechnik hatten die Parteien des GMTV grundsätzlich schon vor Augen. So haben sie an anderer Stelle bestimmt, dass die im Leistungsentgelt Beschäftigten als Ausgleich für arbeitsbedingte Ermüdung eine bezahlte Erholungszeit von 24 Minuten pro Schicht erhalten (§ 13 Nr. 13.5.1.1 und § 13.5.1.2 GMTV). Muss aber nach der Tarifnorm regelmäßige AZ „entfallen“, kann es dafür nicht ausreichen, dass sich durch die gesetzliche Ruhepause, die nach § 4 S. 1 ArbZG die AZ gerade unterbricht, die bloße Anwesenheitszeit des AN im Betrieb verlängerte. Dies sei kein Ausfall von AZ im Sinne des § 5 Nr. 5.5.7 GMTV, sondern Folge der gesetzlichen Pausenregelung. Verlange der Wortlaut des § 5 Nr. 5.5.7 GMTV als Voraussetzung für die Vergütung von Pausen das Entfallen von regelmäßiger AZ durch die gesetzliche Ruhepause, könne Sinn und Zweck einer solchen Tarifnorm nur darin liegen, dass den AN im Dreischichtbetrieb durch die Schichtgestaltung des AG kein finanzieller Nachteil entstehen dürfe und sie stets (zumindest) die tarifliche regelmäßige AZ vergütet erhalten. Zwar könne grundsätzlich Sinn und Zweck einer Vergütung von Pausen auch "eine Art Belastungsausgleich" sein, jedoch müsse dafür der Wortlaut der anzuwendenden Tarifnorm zumindest einen Anhaltspunkt enthalten. Die im Betrieb, gestützt auf § 106 S. 1 GewO, § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, mit Zustimmung des BR praktizierte Pausengewährung genüge nach nationalem Recht den Anforderungen an eine Ruhepause gemäß § 4 S. 1 ArbZG und stehe im Einklang mit der Rspr. des BAG. Verlangen betriebliche Erfordernisse eine flexible Festlegung der Pausen, sei der in § 4 S. 1 ArbZG vorgesehenen Anforderung des „im Voraus feststehend“ auch dann genügt, wenn der AN jedenfalls zu Beginn der Pause weiß, dass und wie lange er zum Zweck der Erholung Pause hat und frei über die Nutzung dieses Zeitraums verfügen könne. Dem stehe nicht entgegen, dass zu Beginn der täglichen AZ zumindest ein bestimmter zeitlicher Rahmen feststehen müsse, innerhalb dessen der AN seine Ruhepause beanspruchen kann. Dieser Rahmen werde weder im Gesetz noch in der Gesetzesbegründung näher zeitlich fixiert und könne durch die Rspr. auch nicht näher konkretisiert werden. Dies sei auch nicht nötig, weil sich der Rahmen letztlich aus dem Erfordernis ergebe, innerhalb von sechs bzw. neun Stunden die Pausenzeiten festzulegen. Die konkrete Ausübung der Pausenanordnung unterliege nach § 106 S. 1 GewO, § 315 Abs. 1 BGB der Billigkeitskontrolle. Zudem bestehe nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht des BR bei der Festlegung der Pausenzeiten. Bei der Anordnung von Ruhepausen sei weiter zu berücksichtigen, dass deren Zweck (insbesondere Erholung und Nahrungsaufnahme) in der Regel verlange, die Pausen nicht direkt an den Anfang oder kurz vor das Ende der AZ des AN zu legen. In diesem Rahmen könne der AG entsprechend den betrieblichen Interessen die Pausenzeiten festlegen, soweit nicht durch die BV anderes bestimmt sei. Hier habe der AN selbst vorgetragen, dass er die strittigen Pausen in der Kantine verbrachte und damit offenkundig nicht in der Produktion Arbeitsleistung erbrachte. Er habe auch keinen Fall geschildert, in dem er seine Pause wegen eines Defekts an der Maschine hätte abbrechen und vorzeitig zur Arbeit zurückkehren müssen. Auch habe er nicht dargelegt, dass er Pausen zwingend in der Kantine mit Blick auf den Monitor verbringen musste und ihm der AG die Pausenzeit einschränkte, so dass er sie nicht frei habe gestalten können.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass nur dann ein Vergütungsanspruch des AN nach § 5 Nr. 5.5.7 GMTV besteht, wenn durch die gesetzlich vorgeschriebene Ruhepause regelmäßige AZ entfällt. Arbeitet der AN im Durchschnitt die volle tarifliche AZ von 35 Stunden pro Woche ohne Pause, entfällt keine regelmäßige AZ.

25

# Tarifvertraglicher Freistellungsanspruch bei ungleichmäßig verteilter Arbeitszeit

**BAG von**  
**21.08.2024**

**Aktenzeichen**  
10 AZR 190/23

**Stichwort**  
§ 361 Abs. 1 BGB, § 2 TV T-Zug;  
Fünftagewoche als Bezugsgröße im  
TV, Ermittlung der Zahl der  
regelmäßigen Arbeitstage pro  
Kalenderwoche

## Sachverhalt

Der Kläger, Gewerkschaftsmitglied ist beim tarifgebundenen Unternehmen seit 1995 als Produktionsmitarbeiter in Vollzeit mit einer Wochen-AZ von 35 Stunden beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis fand der gemeinsame Manteltarifvertrag für die Beschäftigten und Auszubildenden der Feinstblechpackungsindustrie (GMTV) sowie der TV zum tariflichen Zusatzgeld (TV T-Zug) Anwendung. Der GMTV regelt, dass AN, die im Zeitmodell „Schicht“ arbeiten, das Recht haben, statt des tariflichen Zusatzgelds eine bezahlte Freistellung von acht Tagen pro Jahr in Anspruch zu nehmen, wenn sich die AZ regelmäßig auf fünf Tage pro Woche verteilt. In der Schichtgruppe, der der AN zugeteilt ist, gilt ein Rhythmus von sechs Arbeitstagen mit anschließend vier freien Tagen. Danach gilt für den AN eine durchschnittliche

Wochen-AZ von 32,18 Stunden, also 218,93 Arbeitstage pro Jahr. Die fehlenden Stunden werden über Einbringungsschichten ausgeglichen. Dadurch arbeitet der AN die arbeitsvertraglich vereinbarten durchschnittlichen 238,11 Arbeitstage pro Jahr und 4,56 Tage pro Woche (35 Stunden/Woche: 7,67 Stunden/Arbeitstag). Der AN machte bis Oktober 2020 gegenüber dem AG für 2021 eine Umwandlung des tariflichen Zusatzgeldes in Freistellungstage geltend. Der AG gewährte ihm nur sieben (nicht acht) Freistellungstage und schrieb ihm die 0,3 Freistellungstage entsprechende Stundenzahl auf dem Arbeitszeitkonto gut. Der AN meinte, ihm stehe für 2021 eine tarifliche Freistellung von acht Tagen gemäß dem GMTV zu. Die Regelung erfasse nicht nur den Grundfall einer Fünftagewoche. Der volle Freistellungsanspruch komme allen AN in Schicht mit einer individuellen regelmäßigen AZ von mindestens 35 Stunden zugute. Daher komme es auf die AZ an aufeinanderfolgenden Tagen an, d. h. auf die jeweilige Arbeitsphase. Bei ihm sei eine Regelmäßigkeit gegeben, weil er an sechs Tagen ohne Unterbrechung arbeite und danach vier Tage frei haben. Hinzu kämen die Einbringungsschichten. Für eine Umrechnung der Freistellungstage in entsprechende Arbeitstage fehle eine Regelung im GMTV. Auf die im Urlaubsrecht geltenden Grundsätze könne nicht zurückgegriffen werden, da dies Sinn und Zweck der tariflichen Regelung widerspreche. Mit den Freistellungstagen hätten die TVP bezweckt, die besondere Belastung von AN zu honorieren bzw. zu reduzieren, die regelmäßig Schichtarbeit leisteten und diese zu schützen. Eine Umrechnung, die den Anspruch herabsetze, sei damit nicht vereinbar. Sie führe dazu, dass in Schichtarbeit tätige, wie der AN, im Vergleich zu AN, die in Vollzeit gleichmäßig von Montag bis Freitag arbeiteten, ohne Sachgrund schlechter behandelt würden.

## Problematik

Hat der AN hier Anspruch auf den achten Freistellungstag? Kann sich der AG hier im Hinblick auf die erfolgte anteilige Kürzung des Freistellungsanspruchs auf den Wortlaut des die MTV berufen, wonach die AZ regelmäßig auf fünf Tage pro Kalenderwoche verteilt sein muss, sodass bei einer unregelmäßig verteilten wöchentlichen AZ ein Durchschnitt gebildet werden muss? Konnte der AG den Teilanspruch von 0,3 Freistellungstagen durch die Verbuchung von 2,31 Stunden auf dem Arbeitszeitkonto erfüllen?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AN gegen die entgegenstehende Entscheidung des ArbG und des LAG war teilweise erfolgreich. Dem AN stehe nicht der volle Anspruch auf acht Freistellungstage zu. Jedoch sei sein Teilanspruch von 0,3 Freistellungstagen durch die Verbuchung von 2,31 Stunden auf dem Arbeitszeitkonto nicht erfüllt worden. Der Anspruch des AN auf bezahlte Arbeitsfreistellung im Umfang von 0,3 Arbeitstagen für 2021 ergebe sich aus dem GMTV und dem TV T-Zug, die kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG unmittelbar und zwingend gelten. Nach den Bestimmungen dieser TV stand dem AN für 2021 einen Anspruch auf das tarifliche Zusatzgeld zu, der sich nach ausgeübtem Wahlrecht in einen Anspruch auf Freistellungstage umwandelte. Aufgrund der Verteilung seiner AZ auf durchschnittlich weniger als fünf Arbeitstage pro Woche hatte der AN für 2021 nur einen Anspruch auf 7,3 Freistellungstage. Der Anspruch auf bezahlte Freistellung im Umfang von acht Arbeitstagen sei an eine regelmäßige Arbeit in einer Fünftagewoche geknüpft. Sei die AZ regelmäßig auf weniger oder mehr als fünf Tage in der Kalenderwoche verteilt, vermindere



oder erhöhe sich der Anspruch. Dies ergebe die Auslegung des GMTV. Bereits der Wortlaut des GMTV deute darauf hin, dass der Freistellungsanspruch im Umfang von acht Tagen an den Normalfall der Verteilung der AZ auf fünf Tage pro Woche anknüpfe und sich nicht zwingend auf acht Tage belaufen müsse. Der Normtext stelle eine Beziehung zwischen dem Umfang des Freistellungsanspruchs und der regelmäßigen Verteilung der AZ her. Regelmäßig bedeute u. a. „nach einer bestimmten Rede (geschehen, verlaufend, eintretend), in gleichen Abständen (sich wiederholend)“. Es stehe ebenfalls für „gewöhnheitsmäßig, gewöhnlich, immer wieder“. Dies spreche dafür, dass für den Umfang der Freistellungstage maßgeblich sei, auf wie viele Tage gewöhnlich die Arbeit verteilt sei. Dies werde anhand der Systematik des GMTV deutlich. Ihr lasse sich entnehmen, dass die TVP die Fünftagewoche als Normalfall und Bezugsgröße festlegen wollten. Die Zeit der Freistellungstage werde damit in Relation zu den Tagen mit Arbeitspflicht gesetzt, nicht in Relation zur geschuldeten AZ. Sei die AZ auf weniger oder mehr als fünf Tagen der Kalenderwoche verteilt, vermindere oder erhöhe sich der Freistellungsanspruch entsprechend. Um für alle AN eine gleichwertige Freistellungsdauer zu sichern, sei die Zahl der Freistellungstage unter Berücksichtigung der für das Kalenderjahr maßgeblichen Verteilung der AZ auf die Wochentage zu ermitteln. Dies sei im GMTV angelegt. Auch Sinn und Zweck der Regelung stützen diesen Befund. Mit dem Freistellungsanspruch, der an die Stelle des tariflichen Zusatzgeldes trete, haben die TVP einen eigenständigen Tatbestand geregelt, der eine Ausnahme von dem im Arbeitsverhältnis geltenden Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ darstelle. Sie wollten einen bestimmten Kreis von AN einen Anspruch auf zusätzliche bezahlte Freizeit verschaffen und deren gesteigerten Bedürfnis nach zusätzlicher Freizeit Rechnung tragen. Daher liege nahe, die Zahl der zusätzlichen bezahlten freien Tage an die Zahl der Arbeitstage zu koppeln. Es sei auch von der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifaufonomie gedeckt, wenn die TVP den Umfang eines Tarifanspruchs auf bezahlte Freizeit an die Zahl der Tage koppeln, auf die die AZ regelmäßig verteilt ist. Damit hatte der AN für 2021 nur einen Anspruch auf 7,3 Freistellungstagen. Die Wochen-AZ des AN betrage 35 Stunden und arbeitstäglich mit 7,67 Stunden. Seine AZ verteile sich damit im Durchschnitt auf 4,56 Arbeitstage pro Woche (35 Stunden/Woche/7,67 Stunden/Arbeitstag). Der AN arbeitete somit durchschnittlich weniger als fünf Tage pro Woche, sodass der Anspruch auf Freistellung im Umfang von acht Tagen entsprechend zu reduzieren sei. Es liege keine Ungleichbehandlung darin, dass AN mit einer identischen Wochen-AZ von 35 Stunden einen Anspruch auf Freistellungstage in unterschiedlichem Umfang haben. Vielmehr erhalten AN mit einer durchschnittlich auf weniger als fünf Tage verteilten AZ gleichwertige Leistungen die Beschäftigte, deren AZ durchgängig auf eine Fünftagewoche verteilt sei. Der AN erhalte wie AN mit einer regelmäßig in der Fünftagewoche verteilten AZ für die Freistellung 56 Stunden vergütet. So führen 7,3 Freistellungstage mit jeweils 7,67 Stunden ebenso zu (gerundet) 56 zu vergütenden Stunden wie acht Freistellungstage mit jeweils 7 Stunden. Der Freistellungsanspruch des AN sei i. H. v. sieben Tagen durch Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB erloschen. Im Umfang von 0,3 Tagen bestehe er mangels Erfüllung fort. Er sei nicht durch die Gutschrift von einer 0,3 Tagen entsprechenden Stundenzahl auf dem AZ-Konto erfüllt worden. Die Freistellungstage seien weder mit dem gesetzlichen oder tariflichen Urlaub noch mit einem Guthaben auf dem AZ-Konto gleichzusetzen. Daher sei es unmöglich, Bruchteile eines Freistellungstages in AZ-Guthaben umzuwandeln.

### Konsequenzen

Das BAG stellt klar, dass sich der Freistellungsanspruch von acht Tagen nach dem GMTV entsprechend vermindert oder erhöht, wenn sich die AZ des AN regelmäßig auf weniger oder mehr als fünf Tage in der Kalenderwoche verteilt. Die Umrechnung des Anspruchsumfangs kann dazu führen, dass sich der Anspruch auf den Bruchteil eines Tages beläuft. Die Zahl der regelmäßigen Arbeitstage pro Kalenderwoche ist bei einer ungleichmäßig verteilten AZ grundsätzlich kalenderjahresbezogen zu ermitteln. Da die TVP hinsichtlich der Freistellungstage ein eigenes Regelungsregime geschaffen haben, kann der Freistellungsanspruch oder ein Bruchteil davon grundsätzlich nicht dadurch erfüllt werden, dass eine entsprechende Stundenzahl auf einem Arbeitszeitkonto gutgeschrieben wird. Etwas anderes gilt gemäß § 5.10.3 Abs. 2 S. 2 GMTV nur bei abweichender Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien.

27

# Dienstplanmäßig vorgesehene Arbeitszeit bei Urlaub und Arbeitsunfähigkeit und tarifvertragliche Berücksichtigung von Umkleidezeiten

**BAG von**  
14.04.2025

**Aktenzeichen**  
5 AZR 215/24

**Stichwort**  
§§ 3, 4 EFZG; Vergütung für die  
„Umkleidearbeit“

## Sachverhalt

Der Kläger ist seit 1996 bei der Beklagten, einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, in deren Kreisverband S als Rettungssanitäter im Rahmen eines beschäftigt. Bei Ausübung seiner Tätigkeit muss der AN Schutzkleidung tragen, die im Betrieb an- und abgelegt wird. Nach den tarifvertraglichen Bestimmungen zur Dauer der AZ in § 9 des einschlägigen MTV wird für jedes Kalenderjahr – ausgehend von einer wöchentlichen AZ von 38,5 Stunden – eine geschuldete Jahressollarbeitszeit berechnet, die „durch Arbeit und Abwesenheit, die der Arbeit gleichsteht (z. B. Urlaub, Krankheit)“ erbracht wird. Unter der Überschrift „Erfassung und Flexibilisierung der Arbeitszeit“ regelt § 11 MTV, dass für jeden Mitarbeiter ein Jahresarbeitszeitkonto einzurichten ist, auf dem die individuelle Jahressoll-AZ hinterlegt wird. Nach § 11 Abs. 2 MTV wird die geschuldete AZ „durch Arbeit und Abwesenheit, die der Arbeit gleichsteht (z. B. Urlaub, Krankheit) erbracht“, wobei bei solchen Abwesenheitszeiten die „jeweilig dienstplanmäßig vorgesehene AZ gutgeschrieben (wird)“. AN im Rettungsdienst erhalten nach § 23 Abs. 2 MTV für das An- und Ablegen der Schutzkleidung vor Dienstbeginn und nach Dienstende eine Zeitgutschrift von pauschal 12 Minuten pro geleisteter Schicht auf dem AZ-Konto. Diese Umkleidezeiten sollen – arbeitszeitschutzrechtlich – nach § 13 Abs. 11 S. 2 MTV Vollarbeit sein und keine Arbeitsbereitschaft enthalten. Die Zeitgutschrift für das An- und Ablegen der Schutzkleidung nach § 23 Abs. 2 MTV gewährt der AG den Rettungssanitätern nur, wenn der AN tatsächlich arbeitet, nicht jedoch, wenn er im Urlaub oder arbeitsunfähig krank ist. Dagegen wandte sich der AN, der darin einen Widerspruch zur tarifvertraglichen Regelung sah. Mittels Leistungsklage forderte er eine Zeitgutschrift von 5,8 Stunden für Zeiten krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit und 4,6 Stunden für Urlaubszeiten. Das Umkleiden der AN im Rettungsdienst sei vergütungspflichtige Arbeit. Mit der Zeitgutschrift nach § 23 Abs. 2 MTV brächten die TVP zum Ausdruck, dass das An- und Ablegen der Schutzkleidung von ihnen als dienstplanmäßige AZ bewertet wird.

## Problematisierung

Wird ein AN durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, so hat er nach § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den AG für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen. Nach dem in § 4 Abs. 1 EFZG verankerten modifizierten Entgeltausfallprinzip erhält der AN grundsätzlich die volle Vergütung, die er erhalten hätte, wenn er nicht arbeitsunfähig gewesen wäre. Ist auf dem AZ-Konto des AN nach § 11 Abs. 2 MTV nur die dienstplanmäßig vorgesehene AZ gutzuschreiben? Gewährt deswegen § 23 Abs. 2 MTV eine Zeitgutschrift nur für das tatsächliche Umkleiden, nicht jedoch für das Nichtumkleiden bei Abwesenheit wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit oder Urlaubs?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des Beklagten gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des LAG war erfolglos. Der AN habe Anspruch auf die begehrte Zeitgutschrift von 10,4 Stunden. Der Anspruch auf weitere Zeitgutschriften im Umfang von 5,8 Stunden ergebe sich für Zeiten der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit aus § 3 Abs. 1 S. 1, § 4 Abs. 1 EFZG i. V. m. § 16 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 MTV sowie im Umfang von 4,6 Stunden für Zeiten des Urlaubs aus § 1 BUrlG i. V. m. § 18 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 MTV. Die Zeitgutschrift nach § 23 Abs. 2 MTV ist für die AN im Rettungsdienst eine besondere Form der Arbeitsvergütung für das An- und Ablegen der Schutzkleidung. Ein AZ-Konto drückt nur in anderer Form den Vergütungsanspruch aus, so dass Gutschriften auf einem AZ-Konto nur eine andere Form von Entgelt sind, das nur nicht sofort ausgezahlt, sondern verrechnet wird. Deshalb sind im Krankheitsfall grundsätzlich auch Zeitgutschriften zu gewähren, unabhängig davon, ob das Arbeitsentgelt verstetigt ausgezahlt wird. Der AN sei verpflichtet, bei Ausübung der geschuldeten Tätigkeit als Rettungssanitäter eine spezielle Schutzkleidung zu tragen. Der Zeitaufwand für deren An- und Ablegen ist vergütungspflichtige Arbeit nach § 611a BGB. Denn das vorgeschriebene Umkleiden im Betrieb zur Ausübung

der geschuldeten Arbeitsleistung sei ausschließlich fremdnützig. Daher schulde der AG grundsätzlich auch Vergütung für die vom AN für das Umkleiden aufgewendete Zeit. Allerdings schließe eine solche Einordnung der Umkleidezeiten als Teil der im Dienste eines anderen erbrachten Arbeitsleistung nach § 611a Abs. 2 BGB individual- oder kollektivrechtliche Regelungen nicht aus, nach denen die dafür vom AN aufgewendete Zeit anders zu vergüten ist als die „eigentliche“ Tätigkeit. § 23 Abs. 2 S. 1 MTV bestimmt, dass die AN – unabhängig davon, wie lange das Umkleiden jeweils individuell dauert – für das An- und Ablegen der Schutzkleidung vor Dienstbeginn und nach Dienstende eine Zeitgutschrift von pauschal 12 Minuten pro geleisteter Schicht auf dem AZ-Konto erhalten. Diese Zeitgutschrift für die durch das An- und Ablegen der Schutzkleidung im Rettungsdienst erbrachte „Umkleidearbeit“ stellt eine derartige andere Vergütungsregelung, die die TVP in § 13 Abs. 11 S. 2 MTV auch arbeitszeitschutzrechtlich als Vollarbeit einordnen. Dieser Vergütung in Form einer Zeitgutschrift stehe nicht entgegen, dass die Umkleidezeit nicht zur Jahressollarbeitszeit nach §§ 9 ff. MTV zählt und die TVP ersichtlich unter „Arbeit“ nur die „eigentliche“ Tätigkeit verstehen. Die Gutschrift von 12 Minuten je Schicht auf dem AZ-Konto ist Teil des dem AN nach § 4 Abs. 1 EFZG „zustehenden Arbeitsentgelts“. Dass er das Arbeitsentgelt für die „eigentliche“ Tätigkeit verstetigt ausgezahlt erhält, ist dabei unerheblich. Die unveränderte Höhe des monatlich gezahlten Entgelts ändert nichts daran, dass bei der vom AG geübten Praxis die Wertigkeit des gezahlten Geldbetrags im Falle der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit geringer ist als bei tatsächlicher Arbeit, weil die Gutschrift von 12 Minuten für Umkleiden auf dem AZ-Konto je (ausgefallener) Schicht fehlt und sich daher die individuelle Jahressollarbeitszeit (§ 9 Abs. 1 MTV) nicht entsprechend verringert. Der MTV enthalte auch keine abweichende Bemessungsgrundlage des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts nach § 4 S. 1 EFZG. Nach § 16 Abs. 2 S. 1 MTV sind – entsprechend § 4 Abs. 1 EFZG jedenfalls die „stetigen Vergütungsbestandteile“ fortzuzahlen. Ein solcher ist im Rettungsdienst die Vergütung für Umkleidezeiten in Form einer Zeitgutschrift nach § 23 Abs. 2 MTV. Zur Berücksichtigung der Zeitgutschrift nach § 23 Abs. 2 MTV bei der Urlaubsvergütung der AN zwingt zudem, dass aus Gründen des Unionsrechts das für den Urlaub gezahlte Entgelt nicht geringer sein dürfe als das gewöhnliche Entgelt, das die AN in Zeiträumen der Arbeitsleistung erhalten. Das Urlaubsentgelt muss „wertgleich“ mit der verstetigten Vergütung für geleistete Arbeit sein. Für die AN im Rettungsdienst sei das nur der Fall, wenn die Zeitgutschrift nach § 23 Abs. 2 MTV Bestandteil der Urlaubsvergütung ist.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass das Umkleiden im Betrieb grundsätzlich vergütungspflichtige Arbeit ist, wenn der AN verpflichtet ist, bei Ausübung der geschuldeten Tätigkeit spezielle Schutzkleidung zu tragen. Diese Einordnung schließt aber individual- oder kollektivrechtliche Regelungen nicht aus, nach denen die für das innerbetriebliche Umkleiden aufgewendete Zeit anders zu vergüten ist als die „eigentliche Tätigkeit“. Eine solche besondere Form der Vergütung der „Umkleidearbeit“ kann auch eine pauschale Zeitgutschrift auf dem AZ-Konto sein. In diesem Fall ist die tarifvertraglich vorgesehene Zeitgutschrift für Umkleidezeiten auch bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit und Urlaub auf dem AZ-Konto gutzuschreiben, da sie eine besondere Form der Arbeitsvergütung darstellt.

## Sonderkündigungsschutz für Schwangere und nachträgliche Klagezulassung

**BAG von**  
**03.04.2025**

**Aktenzeichen**  
2 AZR 156/24

**Stichwort**  
§ 4 KSchG, § 17 MuSchG; Beginn der  
Klagefrist bei verspäteter Kenntnis der  
Schwangerschaft

### Sachverhalt

Die Klägerin, seit 2012 beim Unternehmen beschäftigt, erhielt am 13. Mai 2022 eine Kündigung zum 30. Juni 2022. Am 29. Mai 2022 führte sie einen Schwangerschaftstest mit positivem Ergebnis durch und informierte den AG sofort. Einen Termin bei der Frauenärztin erhielt sie erst für den 17. Juni 2022. Am 13. Juni 2022 reichte sie Kündigungsschutzklage beim ArbG ein und beantragte deren nachträgliche Zulassung. Am 21. Juni 2022 legte sie ein ärztliches Zeugnis vor, das die Schwangerschaft bestätigte. Der Mutterpass wies als Geburtstermin den 02. Februar 2023 aus, sodass die Schwangerschaft rückwirkend bereits am 28. April 2022 begonnen hatte. Die

AN meint, die Klage sei nach § 5 Abs. 1 S. 2 KSchG nachträglich zuzulassen. Ohne die ärztliche Feststellung habe sie keine sichere Kenntnis von der Schwangerschaft gehabt. Somit habe sie erst danach die nachträgliche Klagezulassung beantragen können. Sie beantragte, die Kündigungsschutzklage nachträglich zuzulassen und festzustellen, dass die Kündigung des AG vom 13. Mai 2022 das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht beendet hat. Der AG wandte ein, dass die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage ausscheide, weil die AN bereits durch das positive Ergebnis des am 29. Mai 2022 durchgeführten Tests Kenntnis von ihrer Schwangerschaft gehabt habe. Zu diesem Zeitpunkt sei die Frist des § 4 S. 1 KSchG noch nicht abgelaufen gewesen.

### Problematik

Nach § 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und S. 2 MuSchG ist die Kündigung gegenüber einer Frau während ihrer Schwangerschaft unzulässig, wenn dem AG zum Zeitpunkt der Kündigung die Schwangerschaft bekannt ist oder wenn sie ihm innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird. Das Überschreiten dieser Frist ist unschädlich, wenn die Überschreitung auf einem von der Frau nicht zu vertretenden Grund beruht und die Mitteilung unverzüglich nachgeholt wird. Will ein AN geltend machen, dass eine Kündigung sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist, so muss er nach § 4 S. 1 KSchG innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim ArbG auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist. Soweit die Kündigung der Zustimmung einer Behörde bedarf, läuft die Frist zur Anrufung des ArbG nach § 4 S. 4 KSchG erst von der Bekanntgabe der Entscheidung der Behörde an den AN ab. Kann sich die AN hierauf berufen, da sie bei der Kündigung schwanger war? Nach § 5 KSchG ist eine nachträgliche Klagezulassung möglich, wenn die AN trotz aller Sorgfalt verhindert war, die Klage rechtzeitig zu erheben – etwa, weil sie erst nach Ablauf der Klagefrist von ihrer Schwangerschaft erfährt. Der Antrag auf nachträgliche Klagezulassung muss dann innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis der Schwangerschaft gestellt werden. Kann die AN, die erst nach dem Termin beim Arzt definitiv das Bestehen der Schwangerschaft kannte, erfolgreich den Antrag auf nachträgliche Klagezulassung gemäß § 5 KSchG stellen? Kann der AG hier einwenden, dass sie schon vorher durch den Test ihre Schwangerschaft positiv kannte.

### Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AG gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war erfolglos. Die Kündigung des AG vom 13. Mai 2022 habe das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst und sei nach § 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und S. 2 MuSchG i. V. m. § 134 BGB unwirksam. Die AN habe die Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG nicht eingehalten, da ihr die Kündigung am 14. Mai 2022 zugegangen war, sie aber erst am 13. Juni 2022 beim ArbG geklagt habe. Die Klagefrist lief am 07. Juni 2022 ab. Das Anlaufen der Klagefrist wurde auch nicht durch § 4 S. 4 KSchG gehindert. Nach dieser Vorschrift läuft die Frist zur Anrufung des Arbeitsgerichts nach § 4 S. 1 KSchG, wenn die Kündigung der Zustimmung einer Behörde bedarf, erst von der Bekanntgabe der Entscheidung der Behörde an den AN ab. Zwar lag hier keine behördliche Zustimmung zur Kündigung der im Kündigungszeitpunkt schwangeren AN vor. Jedoch sei § 4 S. 4 KSchG nach der Rspr. des BAG nicht anwendbar, wenn der AG, wie hier, bei Zugang der Kündigung keine Kenntnis von den Umständen für den Sonderkündigungsschutz nach § 17 Abs. 1 Nr. MuSchG hatte. Daher begann die Klagefrist mit Zugang der Kündigung. Dieses Ergebnis verstoße nicht gegen Art 10 der RL 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992

(Mutterschutzrichtlinie) i. V. m. dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz. Die Regelung in § 17 Abs. 1 S. 1 MuSchG setze Art. 10 der besagten Mutterschutzrichtlinie um. Nach dessen Nr. 1 treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um die Kündigung der AN im Sinne des Art. 2 RL 92/85/EWG während der Zeit vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs nach Art. 8 Abs. 1 RL 92/85/EWG zu verbieten. Nach der Rspr. des EuGH soll das in Art. 10 Nr. 1 RL 92/85/EWG vorgesehene Kündigungsverbot verhindern, dass sich die Gefahr, aus Gründen entlassen zu werden, die mit dem Zustand der schwangeren AN in Verbindung stehen, schädlich auf ihre physische und psychische Verfassung auswirken kann. Der EuGH hat aber auch entschieden, dass die Festsetzung angemessener Ausschlussfristen für die Rechtsverfolgung im Interesse der Rechtssicherheit mit dem Unionsrecht vereinbar ist, da solche Fristen nicht die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich macht oder übermäßig erschwert. Damit habe der EuGH die Anwendung von § 4 S. 1 KSchG auf die Kündigung schwangerer AN ebenso wenig beanstandet, wie das System der nachträglichen Klagezulassung. § 5 Abs. 1 S. 2 KSchG verlange für die nachträgliche Klagezulassung die positive Kenntnis der Frau vom Bestehen ihrer Schwangerschaft zum Zeitpunkt der Kündigung. Positive Kenntnis vom Bestehen einer Schwangerschaft – zumal im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung – werde die AN regelmäßig erst aufgrund des entsprechenden Ergebnisses einer ärztlichen Untersuchung haben. Die AN müsse nicht aufgrund einer entsprechenden Vermutung oder bloß vager Anhaltspunkte sich unverzüglich Gewissheit über das Vorliegen einer Schwangerschaft im Kündigungszeitpunkt verschaffen, um dem Vorwurf zu entgehen, sie habe die verspätete Kenntniserlangung nach § 5 Abs. 1 S. 2 KSchG zu vertreten. Anderes könnte gelten, sobald die AN einen Schwangerschaftstest mit positivem Ergebnis durchgeführt hat. Dann könnte sie die Obliegenheit treffen, sich ohne schuldhaftes Zögern um eine frauenärztliche Untersuchung zu bemühen. Die Kündigungsschutzklage war auf Antrag der AN nachträglich zuzulassen. Sie habe aus einem von ihr nicht zu vertretenden Grund erst nach Ablauf der Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG Kenntnis davon erlangt, dass sie bei Zugang der Kündigung schwanger war. Zwar habe sie am 29. Mai 2022 und damit innerhalb der Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG einen Schwangerschaftstest durchgeführt. Es sei aber zweifelhaft, ob sie hierdurch – positive – Kenntnis von der Schwangerschaft „an sich“ erlangte. Jedenfalls konnte sie aufgrund des zu diesem Zeitpunkt durchgeführten Tests keine positive Kenntnis darüber erlangen, ob die – mögliche – Schwangerschaft bereits im mehr als zwei Wochen zurückliegenden Kündigungszeitpunkt (14. Mai 2022) bestanden hat. Dazu bedurfte es einer ärztlichen Untersuchung. Unerheblich sei, ob für die AN nach dem positiven Ergebnis des selbst durchgeführten Schwangerschaftstests eine Obliegenheit bestand, sich unverzüglich um eine Untersuchung zu bemühen. Die AN habe dies sofort nach dem 29. Mai 2022 getan. Sie konnte einen Termin bei ihrer Frauenärztin erst für den 17. Juni 2022 vereinbaren. Die Klägerin habe dann die Antragsfrist des § 5 Abs. 3 KSchG gewahrt. Die Antragsfrist begann frühestens am 18. Juni 2022 (Tag nach dem Termin bei der Frauenärztin) zu laufen und sie endete frühestens mit Ablauf des 01. Juli 2022.

### Konsequenzen

Das BAG stellt klar, dass § 4 S. 4 KSchG keine Anwendung findet, wenn der AG bei Zugang der Kündigung keine Kenntnis von dem Sonderkündigungsschutz gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 1 MuSchG begründenden Umständen hat. Das gilt auch, wenn die AN zunächst selbst nicht von ihrer Schwangerschaft weiß. Erlangt die AN schuldlos erst nach Ablauf der Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG Kenntnis von einer bei Zugang der Kündigung bereits bestandenen Schwangerschaft, ist die verspätet erhobene Kündigungsschutzklage auf ihren form- und fristgerechten Antrag gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 KSchG nachträglich zuzulassen.

# Kündigung eines Schwerbehinderten in der Wartezeit und Präventionsverfahren

**BAG von**  
**03.04.2025**

**Aktenzeichen**  
2 AZR 178/24

**Stichwort**  
§ 1 Abs. 1 KSchG; § 167 SGB IX, §§  
1, 3, 7 AGG; Zusammenhang  
zwischen Kündigung und Behinderung,  
Unterlassen einer angemessenen  
Vorgehrung

## Sachverhalt

Der schwerbehinderte Kläger arbeitete beim Unternehmen seit 01. Januar 2023 als Leiter für die Haus- und Betriebstechnik. Die Parteien vereinbarten eine Probezeit von sechs Monaten. Beim AG besteht weder ein Betriebsrat noch eine Schwerbehindertenvertretung. Bei Vertragsabschluss war dem AG die Schwerbehinderteneigenschaft des Klägers bekannt. Sie wurde bei der Stellenbesetzung im Hinblick auf das Anforderungsprofil und sein individuelles Leistungsvermögen berücksichtigt. Der AG kündigte das Arbeitsverhältnis am 30. März 2023 ordentlich zum 15. April 2023. Der AN erhob Kündigungsschutzklage. Er meinte, die Kündigung sei nach § 7 Abs. 1 i. V. m. § 134 BGB nichtig und im Übrigen gemäß § 242 BGB unwirksam. Der AG – unstreitig – kein Präventionsverfahren gemäß § 167 Abs. 1 SGB IX als

Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durchgeführt und gegen die Pflicht zum Angebot eines behinderungsgerechten Arbeitsplatzes verstoßen. Der AG wandte ein, dass sich der AN als fachlich ungeeignet erwiesen habe. Ein anderer freier Arbeitsplatz sei nicht vorhanden gewesen.

## Problematisierung

Der AG schaltet gemäß § 167 Abs. 1 SGB IX bei Eintreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten im Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnis, die zur Gefährdung dieses Verhältnisses führen können, möglichst frühzeitig die Schwerbehindertenvertretung und die in § 176 SGB IX genannten Vertretungen sowie das Integrationsamt ein, um mit ihnen alle Möglichkeiten und alle zur Verfügung stehenden Hilfen zur Beratung und mögliche finanzielle Leistungen zu erörtern, mit denen die Schwierigkeiten beseitigt werden können und das Arbeits- oder sonstige Beschäftigungsverhältnis möglichst dauerhaft fortgesetzt werden kann (sog. Präventionsverfahren. Eine ordentliche Kündigung, die einen AN, auf dessen Arbeitsverhältnis das KSchG keine Anwendung findet, aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe diskriminiert, ist nichtig. Wurde der AN hier wegen seiner Schwerbehinderung diskriminiert, weil der AG vor Ausspruch der Kündigung kein Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX eingeleitet hat? Ist dazu erforderlich, dass der AG eine Benachteiligungsabsicht hatte? Ist § 167 SGB IX während der Wartezeit anwendbar?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AN gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war erfolglos. Die Kündigung sei nicht wegen Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot aus §§ 1,3, 7 AGG i. V. m. § 134 BGB nichtig. Die Kündigung als solche knüpft nicht an die Diskriminierungsmerkmale des § 1 AGG an. Erst die dem Kündigungsentschluss zugrunde liegenden Erwägungen können einen Anhaltspunkt für den Zusammenhang zwischen der Kündigungserklärung und einem Merkmal nach § 1 AGG sein. Dieser kann sich aus der Kündigungsbegründung oder anderen Umständen ergeben. Dabei bedarf es keiner subjektiven Komponente im Sinn einer Benachteiligungsabsicht. Es genügt, dass eine Anknüpfung der Kündigung an ein Diskriminierungsmerkmal zumindest in Betracht kommt. Ein Verstoß des AG gegen Vorschriften, die Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthalten, stelle zwar für sich genommen keine Benachteiligung wegen der Behinderung nach § 7 Abs. 1, §§ 3 und 1 AGG dar. Er soll jedoch regelmäßig die Vermutung einer – unmittelbaren – Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung begründen, weil solche Pflichtverletzungen grundsätzlich den Anschein erwecken können, an der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen nicht interessiert zu sein. Nach Auffassung des Senats sei aber zweifelhaft, ob diese Vermutung unbesehen eingreifen kann, wenn der AG den betreffenden AN in Kenntnis seiner Schwerbehinderung eingestellt habe und sodann im Lauf des Arbeitsverhältnisses gegen behinderungsspezifische Regelungen verstoße. Das Argument eines „offensichtlichen Desinteresses“ an der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen komme in diesen Fällen zumindest nicht zum Tragen. Der AG habe nicht gegen § 167 Abs. 1 SGB IX verstoßen. Die Vorschrift komme während der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG nicht zur Anwendung. Sie gelte ausschließlich für Kündigungen im zeitlichen und sachlichen Anwendungsbereich des KSchG. Bereits der Wortlaut von § 167 Abs. 1 SGB IX mache unmissverständlich

deutlich, dass die Vorschrift nur Fälle erfasse, in denen das KSchG anwendbar ist. Eine ausdrückliche zeitliche Begrenzung oder Bezugnahme auf das KSchG enthalte die Vorschrift zwar nicht. Das Präventionsverfahren soll aber bei „Eintreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten im Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnis“ durchgeführt werden. Damit werde erkennbar an die Terminologie des KSchG, nämlich an die in § 1 Abs. 2 KSchG verwendeten Begriffe „Gründe ... in der Person“, „Gründe ... in dem Verhalten“ und „dringende betriebliche Erfordernisse“ angeknüpft. Dies zeige, dass das Präventionsverfahren wegen der aufgetretenen Schwierigkeiten nur zu durchlaufen sei, wenn das KSchG anwendbar ist und ein nach § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG geeigneter Grund erforderlich ist. Hätte der Gesetzgeber unabhängig von der Anwendbarkeit des KSchG die Durchführung des Präventionsverfahrens für erforderlich erachtet, hätte er generell „Schwierigkeiten im Arbeitsverhältnis“ als Voraussetzung benennen können. § 167 Abs. 1 SGB IX fordere anders als § 1 Abs. 2 KSchG nicht das Vorliegen von Kündigungsgründen, sondern lasse Schwierigkeiten und damit Unzuträglichkeiten ausreichen, die noch nicht den Charakter von Kündigungsgründen aufweisen. Grund dafür sei, dass § 167 Abs. 1 SGB IX ein präventives Verfahren regle, das dem Entstehen von Kündigungsgründen im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG zuvorkommen solle. Die Durchführung des Präventionsverfahrens nach § 167 Abs. 1 SGB IX sei keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für den Ausspruch einer Kündigung. Die Regelung sei vielmehr als eine Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes anzusehen. Dem AN werde in der Wartezeit mit dem Präventionsverfahren auch keine angemessene Vorkehrung gemäß Art. 5 der RL 2000/78/EG sowie von Art. 27 Abs. 1 S. 2 i. V. m. Art. 2 Unterabs. 3 und 4 UN-BRK vorenthalten. Das Verfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX ist selbst keine angemessene Vorkehrung im Sinne der genannten Bestimmungen, sondern stelle „lediglich“ einen Suchprozess dar, mit dem angemessene Vorkehrungen ermittelt werden können. Es ist – über das zu Recht unterbliebene Präventionsverfahren hinaus – nicht festgestellt, dass der AN durch die Kündigung unmittelbar oder mittelbar wegen seiner Schwerbehinderung diskriminiert worden wäre. Vielmehr erfolgte die Kündigung ausschließlich wegen seiner mangelnden fachlichen Eignung. Der Kläger habe nicht vorgetragen, dass dieser Eignungsmangel untrennbar auf seiner Behinderung beruhe. Er habe auch selbst nicht behauptet, dass ein entsprechender Eignungsmangel bei Arbeitnehmern mit Behinderung weitaus öfter vorliege.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass der AG nicht verpflichtet ist, vor einer ordentlichen Kündigung während der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG ein Präventionsverfahren im Sinne des § 167 SGB IX durchzuführen.

# Umdeutung einer außerordentlichen Kündigung mit Auslaufrist

**BAG von**  
**18.06.2025**

**Aktenzeichen**  
2 AZR 228/23

**Stichwort**  
§ 24 Nr. 4 BetrVG, § 8 Abs. 1 S. 1  
BetrVG, § 140 BGB, § 626 Abs. 2  
BGB; Umdeutung in eine ordentliche  
Kündigung zum selben Termin

## Sachverhalt

Der Kläger war seit 1997 bei der Beklagten angestellt. Von 2011 bis März 2017 war er in einer Betriebsstätte des AG in Berlin beschäftigt. Durch einen TV nach § 3 BetrVG wurden die Betriebsstätten der beteiligten Konzernunternehmen – darunter die Beklagte – in Berlin, Hamburg und Leipzig mit Wirkung ab Mai 2016 zu einer betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheit zusammengefasst, die als Region Nord-Ost bezeichnet wurde. Im März 2017 wurde der Kläger zum Mitglied des für diese Region errichteten BR gewählt. Seit April 2017 übte er mit seinem Einverständnis die Tätigkeit eines Technical Project Manager aus, wobei er zu 100 Prozent im Homeoffice tätig war und in dieser Position in einem virtuellen internationalen

Team arbeitete. Der bei einer englischen Gesellschaft angestellte Projektleiter verrichtete seine Tätigkeit von B (UK) aus. Mit Schreiben vom 30. Dezember 2020 stellte der AG den AN „bis auf Weiteres ... unwiderruflich“ frei. Er kündigte dem AN am 25. November außerordentlich unter Einhaltung einer der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechende Auslaufrist zum 30. Juni 2022 und bot ihm seine Weiterbeschäftigung als „Engineer Lab Support“ in Stuttgart an. Vor dieser Kündigung hatte der AG dem AN mehrfach erfolglos gekündigt. Der AN lehnte das Änderungsangebot ab und erhob Kündigungsschutzklage. Er berief sich u. a. darauf, dass er vom Wegfall des Beschäftigungsbedarfs am Standort Berlin nicht betroffen sei. Diesem sei er seit April 2017 nicht mehr zugeordnet. Damit sei das Arbeitsverhältnis durch die Änderungskündigung nicht aufgelöst, sondern bestehe zu unveränderten Arbeitsbedingungen fort.

## Problematik

Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt nach § 140 BGB das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde. Ist hier die außerordentliche Kündigung in eine ordentliche umzudeuten? Nach § 15 KSchG ist die Kündigung eines Mitglieds eines BR unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den AG zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen, und dass die nach § 103 des Betriebsverfassungsgesetzes erforderliche Zustimmung vorliegt oder durch gerichtliche Entscheidung ersetzt ist. Kann sich der AN auf den besonderen Kündigungsschutz nach § 15 KSchG berufen?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AN gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war erfolglos. Die Kündigung vom 25. November 2021 sei zwar als außerordentliche mit Auslaufrist unwirksam. Das Arbeitsverhältnis endete jedoch aufgrund einer durch Umdeutung gewonnenen ordentlichen Kündigung zum selben Termin. Deshalb sei die Kündigungsschutzklage insgesamt abzuweisen. Nach den bindenden Feststellungen des LAG übte der AN – mit seinem Einverständnis – von April 2017 bis zu seiner Freistellung Ende Dezember 2020 die Tätigkeit eines Technical Project Manager im Home Office aus. Er arbeitete in dieser Position in einem virtuellen internationalen Team und leitete Kundenmeldungen „in die N-Organisation“ weiter. Der Projektleiter verrichtete seine Tätigkeit von B (UK) aus und war bei einer englischen Gesellschaft angestellt. Der AN hat selbst ausdrücklich vorgetragen, dass er mit seiner letzten Tätigkeit nicht der Region Nord-Ost zugeordnet gewesen sei. Vielmehr sei auch für ihn ungewiss, welchem Betrieb er überhaupt angehört habe. Er habe keinen substantiierten Vortrag gehalten, wonach er ab April 2017 noch einen arbeitstechnischen Zweck eines anderen Betriebs des AG – und nicht nur eines Betriebs eines anderen Konzernunternehmens – gefördert hätte. Eine ordentliche Kündigung sei nicht gemäß § 15 Abs. 1 KSchG ausgeschlossen. Der AN war im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung nach seinem eigenen Vortrag weder Mitglied eines BR nach § 15 Abs. 1 S. 1 KSchG noch befand er sich im Nachwirkungszeitraum gemäß § 15 Abs. 1 S. 2 KSchG. Die Amtszeit eines BR-Mitglieds endet nach § 24 Nr. 4 BetrVG mit dem Verlust der Wählbarkeit gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 BetrVG. Das ist u. a. der Fall, wenn das Betriebsratsmitglied aus dem betreffenden Betrieb ausscheidet, z. B. durch Versetzung in einen anderen Betrieb. Danach endete die Amtszeit des Klägers als BR-Mitglied im April 2017. Seitdem war eine Eingliederung des Klägers in eine Betriebsstätte der Region Nord-Ost nicht erkennbar.



Vielmehr hat er auf den Hinweis des Senats seine diesbezügliche Zuordnung – wie schon in den Vorinstanzen – ausdrücklich verneint. Einer Zustimmung des BR zur Versetzung bedurfte es gemäß § 103 Abs. 3 S. 1 BetrVG nicht. Der Kläger war mit dieser einverstanden. Das Arbeitsverhältnis sei infolge einer durch Umdeutung gewonnenen ordentlichen Kündigung mit Ablauf des 30. Juni 2022 aufgelöst worden. Die Umdeutung entspreche dem mutmaßlichen Willen des AG. Dieser sei für den AN bereits im Kündigungszeitpunkt erkennbar. Der AG wollte das Arbeitsverhältnis – im Fall der Ablehnung des Änderungsangebots – mit Ablauf des 30. Juni 2022 beenden. Der Kündigung waren bereits mehrere (unwirksame) Kündigungen vorausgegangen. Der AN war seit Ende 2020 „bis auf Weiteres ... unwiderruflich“ freigestellt. Damit war offenkundig, dass der AG ihn in keinem Fall zu den bisherigen Vertragsbedingungen weiterbeschäftigen wollte, sondern in jedem Fall eine Änderung oder gegebenenfalls Beendigung des Arbeitsvertrags anstrebte. Die Kündigung vom 25. November 2021 sei als ordentliche Kündigung wirksam. Sie ist weder mangels sozialer Rechtfertigung nach § 1 Abs. 2 KSchG (hierzu rechne auch eine mögliche Unbestimmtheit des mit der Kündigung verbundenen Änderungsangebots) noch mangels einer auf sie bezogenen Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG unwirksam. Der AN war im Kündigungszeitpunkt nicht in einem Betrieb beschäftigt, für den der Erste Abschnitt des KSchG oder das BetrVG galt. Der insofern jeweils primär darlegungs- und beweisbelastete AN habe keine Tatsachen substantiiert vorgetragen, aufgrund derer er seinerzeit – noch – einem im Inland gelegenen Betrieb im kündigungs- oder betriebsverfassungsrechtlichen Sinn zugeordnet gewesen wäre. Einem Betrieb der Region Nord-Ost will er seit April 2017 ausdrücklich nicht mehr angehört haben. Das sei auch objektiv nicht ersichtlich. Sonstige Gründe für eine Unwirksamkeit der ordentlichen Kündigung hat der Kläger weder geltend gemacht, noch sind solche ersichtlich.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass eine aufgrund ihrer Unverhältnismäßigkeit unwirksame außerordentliche Änderungskündigung mit Auslauffrist in eine zulässige ordentliche Kündigung zum selben Zeitpunkt umgedeutet werden kann. Erweist sich eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist als unwirksam und endet das Arbeitsverhältnis aber aufgrund einer durch Umdeutung gewonnenen ordentlichen Kündigung zum selben Termin, ist die Kündigungsschutzklage insgesamt abzuweisen. Weiter erklärt es, dass die Amtszeit eines BR-Mitglieds nach § 24 Nr. 4 BetrVG mit dem Verlust der Wählbarkeit gemäß § 8 Abs. 1 BetrVG endet. Das ist u. a. der Fall, wenn das BR-Mitglied aus dem betreffenden Betrieb durch Versetzung in einen anderen Betrieb ausscheidet. Die Zustimmung des BR des abgehenden Betriebs zu einer solchen Versetzung ist nach § 103 Abs. 2 S. 1 BetrVG ist entbehrlich, wenn der betroffene AN mit der Versetzung einverstanden ist.

35

# Auswirkung eines nachträglich abgeschlossenen Tarifvertrags auf die Wirksamkeit einer Betriebsratswahl

**LAG München von  
20.02.2024**  
(nicht rechtskräftig)

**Aktenzeichen**  
7 TaBV 27/23

**Stichwort**  
§ 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, § 19 BetrVG;  
Wahlanfechtung, fehlerhafte Annahme  
eines Gemeinschaftsbetriebs

## Sachverhalt

In einem von vier Unternehmen gemeinsam genutzten Betrieb bestand ein Gemeinschaftsbetriebsrat für die Beteiligten 10 bis 13. Dieser hatte für die Wahlen 2022 einen Wahlvorstand bestellt. Der Wahlvorstand erließ ein Wahlausschreiben zur Einleitung der BR-Wahl für die vier Unternehmen. Die Wahlen fanden vom 01. März bis 04. März 2022 statt. Alle Kandidaten einer Liste, die keinen Sitz errungen hatten, fochten die Wahl an. Bei der BR-Wahl sei der Betriebsbegriff verkannt und gegen wesentliche Bestimmungen des Wahlrechts verstoßen worden. Aus dem Wahlausschreiben habe sich nicht ergeben, um welche Beschäftigte es sich bei der Wahl genau handeln solle und von welchem „Betrieb“ die Rede sei. Aus dem Wahlausschreiben sei auch

nicht hervorgegangen, dass es sich um den Wahlvorstand des Beteiligten zu 10 gehandelt habe. Dieser habe keine BR-Wahl für die Beteiligten zu 11 bis 13 durchführen dürfen. Die Beteiligten zu 11 bis 13 hätten jeweils eigene Leitungsapparate. Die Beteiligten zu 9 bis 13 hätten keinen gemeinsamen Betrieb geführt, insbesondere sei keine Führungsvereinbarung dargelegt worden. Es gäbe dort keine einheitliche Leitung, die sich auf die wesentlichen Funktionen eines AG in sozialen und personellen Angelegenheiten erstrecke. Die behauptete Form der unternehmerischen Zusammenarbeit habe hierfür nicht genügt, da sie nicht auf die gemeinschaftliche Erreichung eines einheitlichen arbeitstechnischen Zwecks gerichtet gewesen sei. Es habe auch keine organisatorische Einheit zwischen den Beteiligten zu 10 bis 13 bestanden. Die Personalabteilung des Beteiligten zu 10 sei nur für die dortigen AN zuständig gewesen. Der Wahlvorstand habe die BR-Wahl eingeleitet, ohne dass die Voraussetzungen dafür vorgelegen hätten. Damit habe eine Verknennung des Betriebsbegriffs vorgelegen. Daraus resultiere, dass der Wahlvorstand die AN der Beteiligten zu 11 bis 13 fehlerhaft bei der Größe des Betriebs mitgezählt habe. In Betrieben mit in der Regel 7001 bis 9000 AN bestehe der BR aus 35 Mitgliedern und nicht aus 37. Nach den Angaben im Wahlausschreiben seien 9.352 AN im Betrieb beschäftigt gewesen. Es sei nicht auszuschließen, dass 352 Beschäftigte bei dem Beteiligten zu 11 bis 13 tätig sein und folglich nicht zu den wahlberechtigten AN hätten gezählt werden dürfen. Der BR trug vor, dass am 24. Januar 2023 ein TV nach § 3 BetrVG über Betriebsratsstrukturen zwischen den Unternehmen und der IG Metall abgeschlossen worden sei (TV BR-Struktur), der rückwirkend zum 01. Oktober 2021 in Kraft getreten sei und einen gemeinsamen Betrieb schaffen sollte. Allerdings war dieser zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung noch nicht von allen Parteien unterzeichnet.

## Problematik

Nach § 19 BetrVG können innerhalb von 2 Wochen ab Bekanntgabe des Wahlergebnisses u. a. mindestens drei wahlberechtigte AN, die BR-Wahl anfechten, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen wurde und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. Betriebsratsfähige Organisationseinheiten liegen vor, wenn es sich bei den Einrichtungen um Betriebe nach § 1 Abs. 1 BetrVG, um selbständige Betriebsteile nach § 4 Abs. 1 S. 1 BetrVG oder um betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheiten nach § 3 Abs. 5 S. 1 BetrVG handelt. Im Falle einer tarifvertraglich gewillkürten Vertretungsstruktur liegt ein Verstoß gegen wesentliche Wahlvorschriften vor, wenn eine BR-Wahl unter Anwendung eines unwirksamen TV nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG durchgeführt wurde. Hat der Wahlvorstand hier den Betriebsbegriff verkannt und ist er u Unrecht vom Bestehen eines gemeinsamen Betriebes ausgegangen. Ist der TV, der einen gemeinsamen Betrieb festlegte, unwirksam, weil er rückwirkend für die Zeit ab dem 01. Oktober 2021 abgeschlossen worden ist? Liegt darin ein Anfechtungsgrund für die BR-Wahl?

## Entscheidung des Gerichts

Die Beschwerde des BR und der Beteiligten zur 10 bis 13 gegen den Beschluss des ArbG war unbegründet.

Die Beteiligten zu 10, 12 und 13 bilden mit der Beteiligten zu 11 keinen gemeinsamen Betrieb mit der Folge, dass mangels eines gemeinsamen Betriebs die Wahl eines BR für einen Gemeinschaftsbetrieb bestehend aus den Beteiligten zu 10 bis 13 wegen der Verkennung des Betriebsbegriffs unwirksam sei. Ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen liege vor, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel mehrerer Unternehmen zu arbeitstechnischen Zwecken zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat betriebsbezogen gesteuert wird. Die beteiligten Unternehmen müssen sich zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben, sodass der Kern der Arbeitgeberfunktionen im sozialen und personellen Bereich von derselben institutionellen Leitung ausgeübt werde. Eine nur unternehmerische Zusammenarbeit genüge nicht. Vorliegend ist nach den von den Beteiligten zu 10 bis 13 im Verfahren gegebenen Auskünften nicht einmal ansatzweise erkennbar, dass bezüglich der Beteiligten zu 11 der Kern der Arbeitgeberfunktionen im sozialen und personellen Bereich nicht von dieser ausgeübt wird, sondern auf eine gemeinschaftliche Leitung mit den Beteiligten zu 10, 12 und 13 übertragen wurde. Die Beteiligte zu 11 habe im Hinblick auf den personellen Bereich Ihren Verantwortungsbereich selbst ausgeübt und nicht auf andere Verfahrensbeteiligte übertragen. Die vorliegende Verkennung des Betriebsbegriffs mit der Folge der Unwirksamkeit der durchgeführten Wahl werde auch nicht durch den vorgelegten TV BR-Struktur geheilt. Unstreitig wurde dieser TV erst deutlich nach dem Ende der Wahl unterschrieben und sei jedenfalls ab diesem Zeitpunkt für die Zukunft in Kraft getreten. Soweit § 4 des TV eine Rückwirkung vorsehe, sei dies mit den Grundsätzen einer bereits nach demokratischen Grundsätzen durchgeführten Wahl nicht vereinbar. Das im TV BR-Struktur festgesetzte Rückwirkungsdatum sei schlichtweg willkürlich und demokratiegefährdend und damit unwirksam. Ein Rückwirkungsdatum, das eine bereits durchgeführte Wahl betreffe, berge die Möglichkeit einer Wahlmanipulation im Nachhinein und sei damit offensichtlich rechtswidrig. Es könne nicht sein, dass eine nach demokratischen Grundsätzen durchgeführte Wahl im Nachhinein unwirksam werde, weil durch einen TV ein neuer Betriebsbegriff geschaffen werde. Eine entsprechende Regelung nach § 3 BetrVG könne und dürfe nur für die Zukunft Wirkung haben. Andernfalls würde in unerträglicher Weise der Wählerwille, der sich bereits in der bereits durchgeführten Wahl manifestiert habe, ausgehebelt und missachtet.

### **Konsequenzen**

Das LAG München stellt klar, dass die Verkennung des Betriebsbegriffs mit der Folge der Unwirksamkeit der durchgeführten BR-Wahl nicht durch ein rückwirkendes Inkrafttreten eines TV nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG geheilt wird. Dies ist mit den Grundsätzen einer bereits nach demokratischen Grundsätzen durchgeführten Wahl nicht vereinbar. Denn ein Rückwirkungsdatum, das eine bereits durchgeführte Wahl betrifft, birgt die Möglichkeit einer Wahlmanipulation im Nachhinein und ist damit rechtswidrig. Es wurde Rechtsbeschwerde zum BAG eingelegt unter dem AZ 7 ABR 17/24.

# Betriebsratswahl bei weniger Wahlbewerbern als Betriebsratssitzen

**BAG von**  
**24.04.2024**

**Aktenzeichen**  
7 ABR 26/23

**Stichwort**  
§§ 1, 9, 11, 19 BetrVG; Anfechtbarkeit  
der Betriebsratswahl, ermäßigte Zahl  
von Betriebsratsmitgliedern

## Sachverhalt

Bei der im Frühjahr 2022 eingeleiteten BR-Wahl erließ der Wahlvorstand eines Klinikunternehmens mit 170 AN ein Wahlausschreiben u. a. mit der Angabe, dass der BR aus sieben Mitgliedern zu bestehen habe. Es kandidierten nur drei AN. Daraufhin forderte der AG den Wahlvorstand zum Abbruch der BR-Wahl auf. Hierzu teilte der Wahlvorstand dem AG am 30. April 2022 mit, dass sinngemäß § 11 BetrVG anzuwenden sei und auf eine Betriebsratsgröße entsprechend der Staffel in § 9 BetrVG zurückzugehen sei. Am 10. Mai 2022 fand die Wahl statt, bei der auf alle Bewerber Stimmen entfielen. Am 15. Mai 2022 gab der Wahlvorstand die drei Gewählten bekannt und es konstituierte

sich in der Folge ein dreiköpfiger BR. Der AG hielt die BR-Wahl für nichtig und fochte sie am 18. Mai 2022 beim Arbeitsgericht an, sie sei jedenfalls anfechtbar. Der BR sei nicht gesetzeskonform gebildet worden. Die Zahl seiner Mitglieder nach § 9 BetrVG sei zwingend, um die gremienbezogene Arbeitsfähigkeit zu sichern. Ein Fall der ermäßigten Zahl der BR-Mitglieder nach § 11 BetrVG liege nicht vor. Diese Ausnahмовorschrift sei auch nicht analog anzuwenden.

## Problematisierung

Die BR-Wahl kann u. a. vom AG beim Arbeitsgericht angefochten werden, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden ist und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. Nach § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG werden in Betrieben mit in der Regel mindestens fünf ständigen wahlberechtigten AN, von denen drei wählbar sind, BR gewählt. Die Zahl der zu wählenden BR-Mitglieder bestimmt sich gemäß § 9 BetrVG anhand der durch die Anzahl der in der Regel (wahlberechtigten) AN festgelegten Betriebsgröße. So bestehe gemäß § 9 BetrVG der BR in Betrieben mit in der Regel 101 bis 200 AN aus sieben Mitgliedern. Kann ein BR gebildet werden, wenn nicht sieben Mitglieder bei der Wahl zur Verfügung stehen? Hat ein Betrieb nicht die ausreichende Zahl von wählbaren AN, so ist nach § 11 BetrVG die Zahl der BR-Mitglieder der nächstniedrigeren Betriebsgröße zugrunde zu legen. Ist die Vorschrift hier anzuwenden? Ist die BR-Wahl hier nach § 19 BetrVG als nichtig anzusehen?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AG gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war erfolglos. Die Wahl ist nicht nichtig oder anfechtbar. Nach der Rspr. des BAG sei eine BR-Wahl nur ausnahmsweise nichtig. Voraussetzung dafür sei ein so eklatanter Verstoß gegen allgemeine Grundsätze jeder ordnungsgemäßen Wahl, dass auch der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl nicht mehr bestehe. Der Umstand, dass im Betrieb des AG mangels ausreichender Zahl an Wahlbewerbern kein, aus 7 Mitgliedern bestehender, sondern ein dreiköpfiger kleinerer BR gewählt worden sei, führe nicht zur Nichtigkeit der Wahl wegen eines schwerwiegenden Verstoßes gegen Wahlgrundsätze oder wesentliche Vorschriften des Wahlverfahrens. Auch führe dies nicht zur Anfechtbarkeit der Wahl. Zwar sei der Fall nicht ausdrücklich geregelt, dass es im Betrieb eine ausreichende Zahl an passiv wahlberechtigten AN gebe, sich aber bei einer BR-Wahl weniger Kandidaten um einen Betriebsratssitz bewerben als BR-Mitglieder zu wählen sind. Die bestehende Regelungslücke sei durch Rechtsfortbildung zu schließen, dass auch dann ein BR gewählt werden könne. Bei dessen Größe sei auf die (jeweils) nächstniedrige Stufe des § 9 BetrVG so lange zurückzugehen, bis die Zahl von Bewerbern für die Errichtung eines Gremiums mit einer ungeraden Anzahl an Mitgliedern ausreiche. Dazu müsse aber nicht § 11 BetrVG analog angewandt werden. Eine den Wortsinn übersteigende Gesetzesanwendung durch Analogie setze voraus, dass eine vom Gesetzgeber unbeabsichtigt gelassene Lücke bestehe und die Planwidrigkeit aufgrund konkreter Umstände positiv festgestellt werden könne. Analoge Gesetzesanwendung erfordere zudem, dass der gesetzlich ungeregelte Fall nach Maßgabe des Gleichheitssatzes und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen die gleiche Rechtsfolge erfordere, wie die gesetzlich erfassten Fälle. Richterliche Rechtsfortbildung dürfe nicht dazu führen, dass ein Gericht seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setze und in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten

Gesetzgebers eingreife. Nach herrschender Literaturmeinung gelte die Rechtsfolge des § 11 BetrVG einer ermäßigten Zahl von BR-Mitgliedern entsprechend, wenn der BR nicht mit der in § 9 vorgesehenen Zahl von BR-Mitgliedern besetzt werden könne, weil die Wahlvorschläge von vornherein nicht genügend Bewerber aufweisen oder bei einer Mehrheitswahl nicht genügend AN überhaupt eine Stimme erhalten haben oder nicht genügend Gewählte die Wahl annehmen. Der gesetzlich geregelte Fall, dass eine Belegschaft einen BR in der vom Gesetz vorgeschriebenen Größe aus rechtlichen Gründen nicht wählen könne, sei nicht vergleichbar mit dem Fall, dass eine Belegschaft einen BR – sich ausdrückend in einer zu geringen Zahl an Wahlbewerbern – nicht wählen wolle. Das BAG habe bereits entschieden, dass eine BR-Wahl wirksam sei, wenn die der Belegschaftsgröße nach § 9 BetrVG entsprechende Zahl der BR-Mitglieder nicht erreicht werde, weil nicht genügend Kandidaten aufgestellt worden sind. Hieran sei festzuhalten. Nach der in § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG wörtlich ausgedrückten Konzeption „werden“ im betriebsratsfähigen Betrieben BR gewählt (nicht: „können“ oder „sollen“ BR gewählt werden). Die Betriebsratsfähigkeit sei ohne weitere Voraussetzungen allein an eine bestimmte Anzahl von in der Regel ständig wahlberechtigten (mindestens fünf) AN gebunden, von denen mindestens drei wählbar sind. Das lasse die Intention des Gesetzgebers erkennen, dass möglichst in jedem betriebsratsfähigen Betrieb ein BR bestehe, auch wenn es keine gesetzliche Wahlpflicht gebe. Mit der in § 9 BetrVG festgelegten Staffelung der Größe des BR solle sichergestellt werden, dass die Zahl der BR-Mitglieder im angemessenen Verhältnis zur Zahl der betriebsangehörigen AN stehe. Die Abhängigkeit der BR-Größe von der Anzahl der im Betrieb beschäftigten AN trage dem Umstand Rechnung, dass hiervon der Tätigkeitsaufwand des BR maßgeblich bestimmt werde. Im Hinblick auf eine angemessene Interessenvertretung solle der BR, je mehr Arbeit für ihn anfalle, desto mehr Mitglieder haben. Dieses Prinzip sei aber nicht vorrangig gegenüber dem Konzept, dass in betriebsratsfähigen Betrieben ein BR auch tatsächlich zu errichten sei. Das Unterschreiten der Zahl der BR-Mitglieder nach § 9 BetrVG lasse keinen zwingenden Rückschluss darauf zu, dass der BR von vornherein arbeits- und beschlussunfähig wäre. Auch der Umstand, dass der Gesetzgeber mit § 11 BetrVG eine ermäßigte Zahl der BR-Mitglieder für eine bestimmte Fallgestaltung geregelt habe, zwinge nicht zur Annahme, er habe bewusst für weitere Fallgruppen auf eine Regelung verzichtet, mit der Folge, dass kein BR gewählt werde. Das Prinzip von § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG, das erfordere bei Wahlkandidatenmangel auf eine BR-Größe entsprechend der Staffel des § 9 BetrVG so lange zurückzugehen, bis eine Besetzung des BR mit zur Übernahme des Amtes bereiten wählbaren AN möglich sei, wurde hier eingehalten.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass ein BR auch gewählt werden kann, wenn weniger Wahlbewerber zur Verfügung stehen als Betriebsratssitze zu besetzen sind. Das folgt aus dem in § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG ausgedrückten gesetzgeberischen Leitbild, dass in betriebsratsfähigen Betrieben BR auch errichtet werden. Das in der Organisationsvorgabe des § 9 BetrVG ausgedrückte Prinzip, dass die Zahl der Betriebsratsmitglieder in einem angemessenen Verhältnis zur Zahl der betriebsangehörigen AN steht, hat demgegenüber keinen absoluten Vorrang.

# Headset-System als technische Überwachungseinrichtung

**BAG von**  
**16.07.2024**

**Aktenzeichen**  
1 ABR 16/23

**Stichwort**  
§ 50 Abs. 1 S. 1 BetrVG, § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

## Sachverhalt

2018 schlossen der AG mit dem GBR eine GBV zur Einführung und Anwendung von sog. IKT-Systemen, Datenschutz und Informationssicherheit. Danach sind mitbestimmungspflichtige IKT-Systeme sind durch eine Systemabsprache gemäß dem Rahmen der GBV zu verwenden. Der AG beschloss für die Kommunikation der AN innerhalb seiner Filialen Headsets zu nutzen. Daher schloss er 2021 eine Systemabsprache Die Headsets werden mithilfe einer Software betrieben. Dabei bilden alle AN einer Filiale, die es benutzen, eine gemeinsame Kommunikationsgruppe. Die Headsets sind

über eine – lokal eingerichtete – Basisstation miteinander verbunden und ermöglichen die drahtlose Übertragung von „Live-Kommunikation“ an die übrigen aktiven Geräte. Eine Übertragung in andere Filialen ist nicht möglich. Im Internetportal ist der Zeitpunkt der Verbindung ablesbar und erkennbar, wenn der AN mit der Basisstation in der Filiale verbunden ist. Das Portal wird von AN der zentralen IT-Abteilung des P Konzerns bedient. Das System wird von dort über das Internetportal technisch betreut und gewartet. Beim AG sind die Headset-Geräte keinen bestimmten AN zugeordnet. Sie werden täglich nach dem Zufallsprinzip aus dem Gerätepool entnommen und sind nach Arbeitsende dorthin zurückzulegen. Es wird weder durch das System noch außerhalb von ihm überprüft und aufgezeichnet, welcher AN wann welches Gerät genutzt hat. Auch eine Aufzeichnung von Sprachsignalen durch das System ist technisch unmöglich. Im Betrieb D sollen 34 Geräte eingesetzt werden. Es besteht für Führungskräfte und je einen AN in den Bereichen Kasse und Umkleidekabine einen Nutzungsverpflichtung. Im Übrigen verwenden die AN das System auf freiwilliger Basis. Der BR meinte die Nutzung der Headsets unterliege seine Mitbestimmung. Das Headset-System sei eine technische Einrichtung, die zur Überwachung des Verhaltens und der Leistung der AN geeignet sei. Da die Kommunikation nicht in andere Betriebe übertragen werde, sei er und nicht der GBR für die Angelegenheit zuständig. Er beantragte, dem AG zu untersagen, das Tragen von Headsets im Betrieb D ohne seine Zustimmung oder einen diese ersetzenden Spruch der Einigungsstelle anzuweisen oder zu dulden.

## Problematik

Der BR hat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen mitzubestimmen, sofern diese dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der AN zu überwachen. Besteht hier bei dem Headset System, durch das die Vorgesetzten die Kommunikation der AN mithören können eine technische Einrichtung, die zur Überwachung der AN nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bestimmt ist? Kommt es darauf an ob der AG eine Überwachungsabsicht hat oder nicht? Dem GBR ist nach § 50 Abs. 1 S. 1 BetrVG nur die Behandlung von Angelegenheiten zugewiesen, die das Gesamtunternehmen oder mehrere Betriebe betreffen und nicht durch die einzelnen BR innerhalb ihrer Betriebe geregelt werden können. Konnte hier der örtliche BR den Antrag auf Unterlassung überhaupt stellen?

## Entscheidung des Gerichts

Die Rechtsbeschwerde des BR gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war erfolglos. Für die Ausübung des bestehenden Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG sei nicht der örtliche BR, sondern der GBR zuständig. Der Unterlassungsantrag des BR beschränke sich nicht nur auf das bloße „Tragen“ der Headsets im Sinn einer bloßen Nutzung der Hardware. Das Headset-System ist ohne entsprechende Software nicht funktionsfähig. Er erstreckte sich sowohl auf die Einführung als auch die Nutzung des Headset-Systems. Die Einführung und Anwendung des Headsets-Systems unterliegen der betrieblichen Mitbestimmung. Das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG sei darauf gerichtet, AN vor Beeinträchtigungen ihres Persönlichkeitsrechts durch den Einsatz technischer Überwachungseinrichtungen zu bewahren, die nicht durch schützenswerte Belange des AG gerechtfertigt und unverhältnismäßig sind. Die Abläufe einer technikgestützten Datenermittlung sind für den AN häufig nicht wahrnehmbar. Er könne sich ihr nicht entziehen. Die Überwachung müsse durch die technische Einrichtung selbst bewirkt werden. Ausreichend sei, wenn nur ein Teil des Überwachungsvorgangs durch sie erfolge. Danach sei das vom AG eingeführte

Headsets System eine technische Einrichtung. Bei Nutzung des Headsets bewirke die Software, dass die Sprache der jeweiligen AN automatisch digitalisiert und über die Basisstation an die übrigen aktiven Headsets übertragen werde. Zudem werden die Registrierungsdaten der Headsets und der Zeitpunkt der Verbindung mit der Basisstation eigenständig vom Gerät erfasst und sind abrufbar. Die technische Einrichtung eigne sich auch dazu, das Verhalten oder die Leistung der AN zu überwachen. Ursächlich dafür sei nicht, dass AN der zentralen IT-Abteilung auf das Internetportal auf bestimmte gerätebezogene Daten zugreifen können. Die Überwachung erfordere, dass die erhobenen Daten einzelnen AN zugeordnet werden können, sie also identifizierbar sind. Werde nur das Gesamtverhalten oder die Gesamtleistung einer Personenmehrheit überwacht, unterliege dies nur der Mitbestimmung, wenn der auf die Gruppe ausgeübte Druck auf die einzelnen Mitglieder durchschlage. Daran fehle es hier. Die AN entnehmen die Headsets einem Gerätepool, ohne dass aufgezeichnet würde, welcher AN welches Gerät benutzt habe. Damit können die im Portal abrufbaren Daten nicht einzelnen Personen zugeordnet werden. Allein die theoretische Möglichkeit, dass ein Vorgesetzter den AN bei der Wahl des Headsets beobachten und zufällig die Identifizierungsdaten des am konkreten Tag vom AN verwendeten Geräts erfahre, genüge nicht. Die nicht individualisierte Datenerhebung erzeuge auch keinen gruppenbezogenen Druck, der auf die einzelnen AN der Filiale durchschlage. Das Headset-System sei aber zur Überwachung geeignet und somit gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bestimmt, weil die Führungskräfte der Filiale damit die Kommunikation der anderen AN, die ebenfalls ein Headset verwenden, jederzeit mithören können. Durch die gleichzeitige Übertragung des gesprochenen Worts an sämtliche Nutzer werde die im Betrieb stattfindende dienstliche Kommunikation technisch in einem Umfang zugänglich gemacht, wie es ohne Einsatz des Systems nicht möglich wäre. Die Vorgesetzten vor Ort können dadurch immer das Verhalten der in einer Schicht tätigen AN mit Headset verfolgen und überprüfen. Damit sind diese AN einem ständigen Überwachungsdruck ausgesetzt. Der einzelne AN könne sich dem nicht dadurch entziehen, dass er das Headset weisungswidrig absetze oder die Lautstärke auf Null reduziere. Auch damit lassen sich Rückschlüsse auf sein Verhalten ziehen, dass er seine Arbeit während dieser Zeit nicht ordnungsgemäß erfülle. Dies stelle eine indirekte Kontrolle dar. Dieser Überwachungsdruck bestehe, auch, ohne dass die Headsets einzelnen AN zugeordnet werden. Dabei komme es nicht darauf an, dass die Gespräche der AN nicht aufgezeichnet oder gespeichert werden. Das Mitbestimmungsrecht stehe aber nicht dem antragstellenden (örtlichen) BR, sondern dem GbR zu. Erforderlich ist, dass es sich um eine mehrere Betriebe betreffende Angelegenheit handle und objektiv ein zwingendes Erfordernis für eine unternehmenseinheitliche oder betriebsübergreifende Regelung bestehe. Das Headset-System ist im gesamten Unternehmen eingeführt worden und betrifft deshalb sämtliche Betriebe des AG. Es bestehe zudem ein zwingendes Erfordernis für eine unternehmenseinheitliche Regelung. Das System wird über das Portal von den AN der IT-Zentrale einheitlich betreut und gewartet. Der Betrieb in D verfüge über keine eigene IT-Abteilung.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass ein Headset-System, das es den Vorgesetzten ermöglicht, die Kommunikation unter AN mitzuhören, ist eine technische Einrichtung ist, die zur Überwachung der AN nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bestimmt ist. Seine Einführung und Nutzung unterliegt auch dann der betrieblichen Mitbestimmung, wenn die Gespräche nicht aufgezeichnet oder gespeichert werden. Auf die subjektive Überwachungsabsicht des Arbeitgebers kommt es für das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG nicht an. Werden allerdings mittels einer technischen Einrichtung Verhaltens- oder Leistungsdaten erhoben, die nicht einzelnen AN zugeordnet werden können, besteht regelmäßig kein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Kann eine technische Einrichtung, die unternehmensweit eingeführt wird, nur von einer zentralen IT-Abteilung für alle oder mehrere Betriebe betreut und gewartet werden, ist der GbR für die Ausübung des betrieblichen Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zuständig. Das zwingende Erfordernis für eine unternehmenseinheitliche Regelung gemäß § 50 Abs. 1 S. 1 BetrVG besteht auch dann, wenn eine Individualisierung der AN nur auf betrieblicher Ebene erfolgen kann.

## Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zu einer Versetzung

**BAG von**  
**24.09.2024**

**Aktenzeichen**  
1 ABR 31/23

**Stichwort**  
§ 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG, § 99 Abs. 2  
Nr. 1 BetrVG; Verwendung von  
Personalfragebogen,  
Beurteilungsgrundsätzen und  
Auswahlrichtlinien ohne Zustimmung  
des Betriebsrats

### Sachverhalt

Der AG schrieb 2022 die Stelle eines Koordinators Elektrotechnik aus, auf die sich vier AN bewarben, mit denen die Mitarbeiter B und O des AG Bewerbungsgespräche führten. B machte sich während der Gespräche handschriftliche Notizen in jeweils inhaltsgleichen Interviewbogen. Im Nachgang zu den Gesprächen füllten beide gemeinsam für jeden Bewerber einen Interviewbogen digital aus. Darin sind Fragen zu verschiedenen „Profilelementen der Stelle“ (u. a. „Selbstpräsentation“, „Motivation des Bewerbers“, „Charakter, Stärken und Schwächen“ sowie „fachliche Fragen“) aufgeführt, deren Beantwortung mit zum Schluss zu addierenden Punkten zu bewerten ist. Die meisten Punkte erhielt der bislang in der Abteilung Elektrotechnik als Elektriker beschäftigte AN G. Der AG bat den BR unter Vorlage der digital ausgefüllten Interview Bogen um Zustimmung zur

Versetzung des G auf die ausgeschriebene Stelle. Der BR verweigerte diese am 06. Mai 2022. Da er nicht ordnungsgemäß unterrichtet worden sei. Ihm sei nicht alle erforderlichen Unterlagen vorgelegt worden, er hätte die handschriftlichen Notizen von B bekommen müssen. Die vom AG verwendeten Interviewbogen hätten seiner Mitbestimmung bedurft. Daraufhin leitete der AG ein gerichtliches Zustimmungsersetzungsverfahren ein, dem stattgegeben wurde. Dagegen legte der BR Rechtsbeschwerde ein.

### Problematik

Die gerichtliche Zustimmungsersetzung nach § 99 Abs. 4 BetrVG setzt eine ordnungsgemäße Unterrichtung des Betriebsrats i. S. v. § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG voraus. Gemäß § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG hat der AG den BR über die geplante personelle Einzelmaßnahme unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen zu informieren und ihm Auskunft über die Person der Beteiligten und die Auswirkungen der geplanten Maßnahme zu geben. Wurde hier der BR nicht ordnungsgemäß im Rahmen des § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG unterrichtet? Hätte ihm der AG die handschriftlichen Unterlagen der B vorlegen müssen? Kann der BR die Zustimmung deswegen verweigern, weil der AG einen Interviewbogen verwendet hat, der nicht gemäß dem Mitbestimmungsrecht des BR nach § 94 (Personalfragebogen) oder § 95 BetrVG (Auswahlrichtlinien) mit ihm abgestimmt worden ist?

### Entscheidung des Gerichts

Die Rechtsbeschwerde des BR gegen die entgegenstehende Entscheidung des LAG war erfolglos. Der vom AG beantragte Zustimmung zur Versetzung des G wurde zu Recht erteilt. Der AG habe den BR ordnungsgemäß gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen unterrichtet. Bei einer Versetzung sei neben der Person des zu versetzenden AN, insbesondere der vorgesehene Arbeitsplatz oder Einsatzbereich mitzuteilen. Erforderlich und ausreichend sei eine Unterrichtung, durch die der BR aufgrund der mitgeteilten Tatsachen prüfen könne, ob einer der in § 99 Abs. 2 BetrVG genannten Zustimmungsverweigerungsgründe gegeben ist. Danach genüge die Unterrichtung den gesetzlichen Vorgaben. Der AG habe den BR über die beabsichtigte Versetzung des AN G, den in Aussicht genommenen Arbeitsplatz, die vorgesehene Entgeltgruppe und die Auswirkungen der Maßnahme im Betrieb informiert. Er habe seine Auswahlentscheidung begründet und dem BR, dem die Bewerbungsunterlagen aller Bewerber über ein gemeinsames Laufwerk zur Verfügung standen, die digital ausgefüllten Interviewbogen vorgelegt. Daraus ergebe sich, welche Fragen in den Bewerbungsgesprächen gestellt wurden und welche Themenbereiche bei der Auswahl eine Rolle spielten. Den Unterlagen lassen erkennen, welche der möglichen Punktzahlen die Bewerber bei den verschiedenen Aspekten erreicht haben und welche Schlüsse der AG daraus für seine Auswahl gezogen habe. Anhand der Informationen konnte der BR ausreichend prüfen, ob ein Verweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 BetrVG gegeben sei. Weitere Darlegungen zur Gewichtung der verschiedenen Antworten, zur Punktevergabe und sowie den Beurteilungsmaßstäben war nicht erforderlich. Der AG muss seine Auswahlentscheidung nicht gegenüber dem BR rechtfertigen, sondern ihm nur die wesentlichen Tatsachen und seine Einschätzungen mitteilen, die ihn zu der Entscheidung bestimmt haben. Diese Informationen habe der AG erteilt. Da die Punktevergabe nicht auf festgelegten Grundsätzen, sondern auf den subjektiven Einschätzungen von B und O beruhten, bedurfte es



insoweit keine Erläuterungen. Ob der AG bei der Aufstellung der während der Bewerbungsgespräche verwendeten Interviewbogen Mitbestimmungsrechte des BR nach § 94 oder § 95 Abs. 1 BetrVG verletzt habe, sei für die Frage, ob die Unterrichtung nach § 99 Abs. 1 BetrVG ordnungsgemäß war, unerheblich. Der AG war zunächst nicht verpflichtet, dem BR die handschriftlichen Notizen von B zu überlassen. Nach dem Normzweck des § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG sind dem BR auch solche Schriftstücke vorzulegen, die der AG allein oder zusammen mit dem jeweiligen Bewerber anlässlich seiner Bewerbung erstellt habe. Das setze aber voraus, dass diese Unterlagen bei der Auswahlentscheidung berücksichtigt wurden. Aufzeichnungen, die hierfür ohne jede Bedeutung sind, müsse der AG nicht vorliegen. Hier erfolgte die Auswahl des zu versetzenden AN aus dem Kreis der Bewerber nur auf der Grundlage der nach den Gesprächen digital ausgefüllten Interviewbogen. Die von B während der Bewerbungsgespräche verfassten Notizen waren deshalb für die Auswahlentscheidung des AG irrelevant. Gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG könne der BR die Zustimmung auch verweigern, wenn die personelle Maßnahme selbst gegen ein Gesetz verstoße. Es müsse hinreichend zum Ausdruck kommen, dass der Zweck der betreffenden Norm darin bestehe, die personelle Maßnahme selbst zu verhindern. Der Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG sei bei Versetzungen daher nur gegeben, wenn das Ziel der Verbotsnorm allein dadurch erreicht werden könne, dass die Versetzung insgesamt unterbleibe. Diese Anforderungen erfülle weder § 94 noch § 95 Abs. 1 BetrVG. Nach § 95 Abs. 1 S. 1 BetrVG bedürfen RL über die personelle Auswahl u. a. bei Versetzungen der Zustimmung des BR. Der Gesetzgeber wolle dadurch eine Transparenz und Versachlichung der bei personellen Maßnahmen angewandten Grundsätze erreichen. Das Mitbestimmungsrecht bei der Gestaltung der Auswahl-RL bezwecke nicht, die Versetzung von bestimmten AN zu verhindern. Es soll dem BR vielmehr bei der Aufstellung von Auswahlgrundsätzen Rechte gewähren. Entsprechendes gelte für das Mitbestimmungsrecht bei der Erstellung von Personalfragebogen nach § 94 Abs. 1 BetrVG. Durch die Einschaltung des BR solle sichergestellt werden, dass die Fragen auf die Gegenstände und den Umfang beschränkt bleiben, die für ein berechtigtes Auskunftsbedürfnis bestehen. Damit diene die Norm dem präventiven Schutz des Persönlichkeitsrechts des AN, das durch Fragen des AG nach persönlichen Verhältnissen, Eigenschaften oder Fähigkeiten beeinträchtigt werden könne. Es habe nicht das Ziel, Versetzungen zu verhindern. Der Einwand des BR, der Schutz seiner Mitbestimmungsrechte nach § 94 BetrVG erfordere, dass er bei einem Verstoß seine Zustimmung nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verweigern könne, greifen nicht. Der Zustimmungsverweigerungsgrund bezwecke nicht, Mitbestimmungsrechte des BR zu sichern.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass der BR keinen Zustimmungsverweigerungsgrund gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG bei einer beabsichtigten Versetzung geltend machen kann, wenn der AG im Rahmen eines Auswahlverfahrens Personalfragebogen, Beurteilungsgrundsätze oder Auswahlrichtlinien verwendet, denen der BR nicht vorher zugestimmt hat. Weiter erklärt es, dass entsprechend dem Normzweck des § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG dem BR auch solche Schriftstücke vorzulegen sind, die der AG allein oder zusammen mit dem jeweiligen Bewerber anlässlich seiner Bewerbung erstellt hat. Dies setzt aber voraus, dass diese Unterlagen bei der Auswahlentscheidung berücksichtigt wurden. Aufzeichnungen, die hierfür ohne jegliche Bedeutung sind, muss der AG nicht vorlegen. Der AG muss zudem seine Auswahlentscheidung nicht gegenüber dem BR rechtfertigen, sondern ihm nur die wesentlichen Tatsachen und seine Einschätzungen mitteilen, die ihn zu der getroffenen Entscheidung bestimmt haben.

## Freistellung des Betriebsrats von Rechtsanwaltskosten

**BAG von**  
**25.09.2024**

**Aktenzeichen**  
7 ABR 37/23

**Stichwort**  
§ 25 Abs. 2 BetrVG, § 40 Abs. 1 BetrVG; Beschlussfassung des Betriebsrats, Reihenfolge der Hinzuziehung von Ersatzmitgliedern, Genehmigung eines unwirksamen Betriebsratsbeschlusses

### Sachverhalt

Am 01. Oktober 2020 stellte der AG, ein Unternehmen mit fünf Standorten (für die ein BR mit 21 Sitzen errichtet ist, davon acht Frauen als Geschlecht in der Minderheit) eine Beschäftigte als HR-Leitung ein, ohne zuvor den BR zu beteiligen. Am 15. Oktober 2020 wurde dem BR mitgeteilt, dass diese Beschäftigte eine leitende Angestellte nach § 5 Abs. 3 BetrVG sei. Eine schriftliche Bitte des BR um weitere Informationen ließ der AG unbeantwortet. Am 23. November 2020 beschloss der BR vom AG die Aufhebung der personellen Maßnahme zu verlangen, ein Verfahren nach § 101 S. 1 BetrVG einzuleiten sowie die A Rechtsanwälte, mit der Durchführung des Verfahrens zu beauftragen. Der AG bestritt die Wirksamkeit der Beschlüsse. Der BR leitete ein Beschlussverfahren nach § 101 S. 1 BetrVG ein. Während der Probezeit kündigte der AG der als HR-Leitung beschäftigten AN. Das

Beschlussverfahren wurde am 22. März 2021 ohne Termin eingestellt. Der Gegenstandswert des Verfahrens wurde auf 15.000,00 Euro festgesetzt. Die Verfahrensbevollmächtigten des BR forderten am 15. Juli 2021 vom AG erfolglos Gebühren für ihre außergerichtliche Tätigkeit in Höhe von 1.003,40 Euro und für das Beschlussverfahren 526,58 Euro. Daher beschloss der BR am 17. Januar 2022 die Einleitung des vorliegenden Verfahrens und beauftragte die A Rechtsanwälte und bestätigte den Beauftragungsbeschlusses vom 23. November 2020. Die Wirksamkeit dieser Beschlüsse ist strittig. Nach Neuwahlen 2022 wurde im BR das Geschlecht in der Minderheit (Frauen) mit mindestens neun Sitzen berücksichtigt. Am 25. Juli 2022 fasste der BR einen Beschluss zum Thema „Beratung und Beschlussfassung: Einstellung HR-Leitung und Anwaltsbeauftragung“. Unter Wiederholung der Beschlussvorlage aus dem November 2020 wurde der Sachverhalt zur Einstellung der als HR-Leitung beschäftigten AN ergänzt, dass die Tätigkeiten der A Rechtsanwälte unter den dieser Angelegenheit zugehörigen Aktenzeichen ausdrücklich genehmigt werden. Auch die Wirksamkeit dieses Beschlusses rügte der AG. Der BR meinte, der AG müsse die Kosten für die Tätigkeit der beauftragten A Rechtsanwälte im Zusammenhang mit dem Verfahren nach § 101 S. 1 BetrVG zur Aufhebung der Einstellung der HR-Leitung im Oktober 2020 tragen. Er habe die Inanspruchnahme anwaltlicher Beratung und Vertretung im Zusammenhang mit der ohne seine Zustimmung erfolgten Einstellung der HR-Leitung für erforderlich halten dürfen. Die Beschlussfassungen am 23. November 2020 und am 17. Januar 2022 seien ordnungsgemäß erfolgt. Insbesondere seien die Ersatzmitglieder zu den Sitzungen zutreffend unter Beachtung der von § 25 Abs. 2 BetrVG vorgegebenen Reihenfolge und Geschlechterquote hinzugezogen gewesen. Nur ein schwerwiegender Verstoß gegen die einschlägigen betriebsverfassungsrechtlichen Ladungsvorschriften und zum Nachrücken von Ersatzmitgliedern im Fall des Ausscheidens bzw. der zeitweiligen Verhinderung von ordentlichen Mitgliedern führe zur Unwirksamkeit des Beschlusses.

### Problematik

Die durch die Tätigkeit des BR entstehenden Kosten trägt nach § 40 BetrVG der AG. Kann sich der AG hier darauf berufen, dass die Einleitung des Verfahrens sowie die anwaltliche Beauftragung sowie die Freistellung von den Kosten der anwaltlichen Tätigkeit auf keinem ordnungsgemäßen Beschluss des BR beruhen und deswegen die Kostenübernahme verweigern? Scheidet ein Mitglied des BR aus, so rückt nach § 25 Abs. 1 BetrVG ein Ersatzmitglied nach. Dies gilt entsprechend für die Stellvertretung eines zeitweilig verhinderten Mitglieds des BR. Die Ladung aller BR-Mitglieder ist nach § 29 BetrVG grundsätzlich wesentliche Voraussetzung für das ordnungsgemäße Zustandekommen eines BR-Beschlusses. Wird für ein zeitweilig verhindertes BR-Mitglied ein vorhandenes Ersatzmitglied nicht geladen, ist der BR an einer wirksamen Beschlussfassung gehindert, denn das Ersatzmitglied hat keine Gelegenheit, sich in die Beratung einzubringen. Kann der AG argumentieren, dass bei der Beschlussfassung am 23. November 2020 ein Ersatzmitglied, das zu laden gewesen wäre, nicht mitgewirkt hat, sodass ein schwerwiegender Verstoß vorliegt? Kann er weiter vorbringen, dass zur Sitzung am 17. Januar 2022 nicht die Ersatzmitglieder geladen waren, die nach der Reihenfolge von § 25 Abs. 2 BetrVG hinzuzuziehen gewesen wären?

### Entscheidung des Gerichts

Die Rechtsbeschwerde des AG gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war erfolglos. Der AG müssen den BR gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG von den mit Rechnungen der A Rechtsanwälte vom 15. Juli 2021 erhobenen Forderungen freizustellen. Zur Einleitung eines arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens und zur Beauftragung eines Rechtsanwalts ist ein ordnungsgemäßer Beschluss des BR erforderlich. Ist die Beschlussfassung unterblieben oder fehlerhaft, ist der BR im Beschlussverfahren nicht wirksam vertreten. Wird die ordnungsgemäße Beschlussfassung des BR über die Bevollmächtigung bestritten, muss der Nachweis eines wirksamen Gremiumsbeschlusses geführt werden. Die Unwirksamkeit eines BR-Beschlusses zur Einleitung eines Beschlussverfahrens und Beauftragung eines Rechtsanwalts kann durch einen späteren ordnungsgemäßen Beschluss geheilt werden. Die Genehmigung durch eine nachträgliche Beschlussfassung ist bis zur Prozessentscheidung, durch die der Antrag als unzulässig abgewiesen wird, möglich. Hier habe der BR die Einleitung des Verfahrens und die Beauftragung seiner Verfahrensbevollmächtigten, sofern man davon ausgeht, dass der frühere Beschluss vom 17. Januar 2022 wegen fehlerhafter Mitwirkung von nicht gemäß § 25 Abs. 2 BetrVG hinzugezogenen Ersatzmitgliedern unwirksam war, im Sinne einer Genehmigung beschlossen. Die Beschlussfassung am 25. Juli 2022 war ordnungsgemäß und unter Hinzuziehung der Ersatzmitglieder von einem zutreffend besetzten Gremium gefasst worden. Der Kostenerstattungsanspruch nach § 40 Abs. 1 BetrVG umfasse inhaltlich Honorarkosten für einen Rechtsanwalt, dessen Heranziehung in einem arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren der BR zur Durchsetzung eines Mitbestimmungsrechts für erforderlich halten durfte. Der AG habe nur die Kosten einer anwaltlichen Tätigkeit zu tragen, die auf eine Beauftragung aufgrund eines ordnungsgemäßen BR-Beschlusses zurückgehen. Der BR müsse sich als Gremium mit dem Sachverhalt befassen und durch Abstimmung eine einheitliche Willensbildung herbeigeführt haben, wobei er bei der Entscheidung über die Erforderlichkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts einen Beurteilungsspielraum habe. Die Beauftragung der Rechtsanwälte für die anwaltliche Tätigkeit im Zusammenhang mit dem Beschlussverfahren vor dem ArbG Nürnberg war erforderlich. Sie beruhte auf einem wirksamen Betriebsratsbeschluss. Zwar war der Beschluss vom 23. November 2020 unwirksam, da er auf einer Betriebsratssitzung gefasst wurde, zu der Ersatzmitglieder unter Verstoß gegen die in § 25 Abs. 2 BetrVG vorgegebene Reihenfolge herangezogen wurden. Auch habe das an sich gesetzlich vorgesehene Ersatzmitglied keine Gelegenheit, sich in die Sitzung und Beschlussfassung einzubringen. Durch die Teilnahme des nicht hinzuzuziehenden Ersatzmitglieds an der Sitzung und Beschlussfassung sei der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit von BR-Sitzungen (§ 30 Abs. 1 S. 4 BetrVG) tangiert. Jedoch habe der BR mit einer späteren Beschlussfassung die Anwaltsbeauftragung zur Freistellung von den anwaltlichen Kosten rechtswirksam gebilligt. Spätestens mit dem Beschluss vom 25. Juli 2022 sei eine rückwirkende Genehmigung erfolgt. Die Vereinbarung zwischen den A Rechtsanwälten und dem BR zur Geltendmachung und Durchsetzung seiner Rechte sei grundsätzlich genehmigungsfähig. Der zunächst gemäß § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksamen Vereinbarung habe der BR durch eine spätere ordnungsgemäße Beschlussfassung nachträglich zugestimmt. Eine solche Genehmigung wirke nach § 184 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück. Der Einwand des AG, es handele sich um eine anwaltliche Beauftragung und Kosten einer anwaltlichen Tätigkeit im Zusammenhang mit dem im Zeitpunkt des Genehmigungsbeschlusses bereits abgeschlossenen Beschlussverfahren vor dem ArbG sei unerheblich. Zwar könne ein BR die Einleitung eines Beschlussverfahrens sowie die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten zur Vertretung in diesem Verfahren durch eine nachträgliche Beschlussfassung nur bis zum Ergehen einer Prozessentscheidung genehmigen. Dies betreffe aber die Zulässigkeit der im Beschlussverfahren angebrachten Anträge. Vorliegend gehe es nicht um die Rechtswirksamkeit des Beschlusses vom 25. Juli 2022 hinsichtlich der Zulässigkeit der im Verfahren vor dem ArbG Nürnberg gestellten Anträge, sondern um die Kosten des Tätigwerdens der Rechtsanwälte im Zusammenhang mit der außergerichtlichen und gerichtlichen Durchsetzung einer vom BR beanspruchten Mitbestimmung nach §§ 99 ff. BetrVG. Eine zeitlich unbeschränkte Rückwirkung der Genehmigung sei nur bei einem hier nicht vorliegenden fristgebundenen Rechtsgeschäft ausgeschlossen. Die Rückwirkung der Genehmigung sei ansonsten nur durch die nach § 40 BetrVG gebotene Erforderlichkeitsprüfung begrenzt. Diese Erforderlichkeit lag hier vor.

### Konsequenzen

Das BAG stellt klar, dass der BR vom AG eine Freistellung von Anwaltskosten – vorbehaltlich deren Erforderlichkeit – für die außergerichtliche und gerichtliche Durchsetzung von Rechten auch dann verlangen kann, wenn er der zunächst auf einem unwirksamen Beschluss beruhenden Beauftragung des Anwalts durch einen später ordnungsgemäß gefassten Beschluss nachträglich zustimmt. Die nach § 40 Abs. 1 BetrVG vom AG zu tragenden Kosten der Tätigkeit des BR können auch Honorarkosten für einen Rechtsanwalt umfassen, dessen Heranziehung der BR in Wahrnehmung seiner betriebsverfassungsrechtlichen Rechte für erforderlich halten durfte. Voraussetzung für einen entsprechenden Kostenfreistellungsanspruch des BR ist, dass die

# Schriftliche Stimmabgabe bei der Betriebsratswahl in Zeiten von mobiler Arbeit und Kurzarbeit

**BAG von**  
**23.10.2024**

**Aktenzeichen**  
7 ABR 34/23

**Stichwort**  
§ 24 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 WO, § 20 Abs. 1 BetrVG; Anfechtung der Betriebsratswahl, Wahlbehinderung und -beeinflussung

## Sachverhalt

Beim AG wurde vom 14. bis 18. März 2022 eine Betriebsratswahl durchgeführt. Das am 11. November 2021 ausgehängte Wahlausschreiben wies 73 zu wählenden BR-Mitglieder aus. Zu dieser Zeit galt infolge der Covid-19-Pandemie die betriebliche Regelung, dass Möglichkeiten zur mobilen Arbeit „soweit wie möglich“ genutzt werden sollen. Ausgenommen waren AN, deren Eigenart der Tätigkeit eine ausschließliche Anwesenheit im Betrieb erforderte, z. B. AN in der Produktion und Logistik. Am 14. Januar 2022 wies der AG eine verpflichtende maximale Nutzung der mobilen Arbeit vorerst analog der aktuell gültigen Corona-Arbeitsschutz-VO bis zum 19. März 2022 an. Am 18. Januar 2022 beschloss der Wahlvorstand, allen Beschäftigten, die

grundsätzlich mobile Arbeiten können, Briefwahlunterlagen ohne ein gesondertes Verlangen zuzusenden. Daraufhin erhielten ca. 26.000 Wahlberechtigte die Unterlagen für eine schriftliche Stimmabgabe bei der BR-Wahl. Die Kandidaten betrieben unter anderem auf dem Betriebsgelände Wahlwerbung, wobei Wahlplakate und Flyer einiger Vorschlagslisten mehrfach zerstört, überklebt und entfernt worden sind. Daraufhin erhöhte der AG die Streifen beim Werkschutz. Zahlreiche der an den Wahlvorstand zurückgesandten Briefwahlunterlagen gingen in der zentralen Poststelle des AG ein. Die Poststelle sortierte die einen Wahlvorstand adressierte Post einschließlich der zurückgesandten Freiumsschläge (ca. 700-3000 Briefe täglich) aus und sammelte sie in offenen Kisten zu je etwa 300 Briefen, ohne sie zu zählen oder zu registrieren. Nicht mit der Post zurückgesandte Freiumsschläge wurden im Büro des Wahlvorstands abgegeben, in den Briefkasten vor dem Büro eingeworfen oder beim Werkschutz abgegeben. Am 11. April 2022 reichten AN einen Antrag auf Unwirksamkeit der Wahl ein und stützten dies auf einen Verstoß gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht oder über das Wahlverfahren. Die Zahl der BR-Mitglieder sei fehlerhaft auf 73 festgelegt worden. Die generelle Anordnung der Briefwahl für mobil Beschäftigte sowie die von Kurzarbeit Betroffenen sei nicht wahlrechtskonform. Aufgrund der zeitversetzten Übersendung hätten viele Wahlberechtigte die Briefwahlunterlagen verspätet oder gar nicht erhalten. Zudem sei der in § 3 Abs. 4 S. 4 WahlO geregelten Verpflichtung zur ergänzenden Übermittlung des Wahlausschreibens auf postalischem oder elektronischem Weg nicht genügt. Sowohl der Wahlumschlag als auch der mit einem Fenster versehene Freiumschlag sei mit einer handelsüblichen Taschenlampe durchleuchtbar gewesen. So sei angesichts der Anordnung der Listen auf dem Stimmzettel erkennbar gewesen, ob für die Listen 2, 3, 6 oder 7 gestimmt worden sei. Daher hätten gezielte Briefwahlunterlagen beseitigt werden können.

## Problematik

Nach § 19 BetrVG kann die Wahl beim ArbG von drei Wahlberechtigten angefochten werden, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden ist und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. Wurde die Betriebsratsgröße hier zutreffend ermittelt? Gemäß § 20 Abs. 1 BetrVG darf niemand die Wahl des BR behindern. Liegt hier eine Behinderung der Wahl in der Zerstörung der Plakate und Flyer? Dürfte der Wahlvorstand hier die Infrastruktur des AG im Zusammenhang mit der BR-Wahl nutzen oder besteht hier eine besondere Gefahr der Manipulation? Entspricht die Übermittlung des Wahlausschreibens sowie die ohne entsprechendes Verlangen der wahlberechtigten AN in mobiler Arbeit oder in Kurzarbeit erfolgte Übersendung der Unterlagen zur schriftlichen Stimmabgabe den Vorgaben der Wahlordnung? Greift der Einwand der anfechtenden AN, dass der Wahlumschlag als auch der Freiumschlag mit einer Taschenlampe durchleuchtbar gewesen ist?

## Entscheidung des Gerichts

Die Rechtsbeschwerde gegen die entgegenstehende Entscheidung des LAG war erfolgreich und führte zur Zurückverweisung an das LAG. Aufzuklären sei, ob der Wahlvorstand von der Übermittlung der Briefwahlunterlagen Wahlberechtigte mit „Business-essential-Tätigkeiten“ ausgenommen habe. Hierzu sei weitere Sachaufklärung veranlasst. Die Wahlanfechtung könne nicht auf eine unzutreffend bestimmte Zahl der

BR-Mitglieder gestützt werden. Die Größe des BR knüpfe an die Anzahl der im Betrieb beschäftigten (wahlberechtigten) AN an. Es komme nicht auf die Belegschaftsstärke an einem bestimmten Stichtag, z. B. am Tag der BR-Wahl oder des Erlasses des Wahlausschreibens an, sondern auf die Anzahl der „in der Regel“ beschäftigten AN. Zur Ermittlung sei der Personalbestand der Vergangenheit zugrunde zu legen, sowie die künftige, aufgrund konkreter Unternehmerentscheidungen zu erwartende Entwicklung einzubeziehen. Erforderlich sei eine rückwirkende Betrachtung in einem Zeitraum zwischen sechs Monaten bis zwei Jahren, als auch eine Prognose, bei der konkrete Veränderungsentscheidungen zu berücksichtigen sind. Maßgeblich sind die Verhältnisse bei Erlass des Wahlausschreibens. Bei der Feststellung der Beschäftigtenzahl stehe dem Wahlvorstand ein gewisser Beurteilungsspielraum im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens zu. Sein Erkenntnisrecht sei im Wahlanfechtungsverfahren nicht voll gerichtlich überprüfbar. In Betrieben mit einer hohen Fluktuation oder einer großen Anzahl beschäftigter AN reiche, dass die Feststellung vertretbar sei. Die Beurteilung des Wahlvorstands, dass aufgrund der Größe des Betriebs mit in der Regel weniger als 66.000 (und mehr als 63.000) AN ein BR mit 73 Mitgliedern zu wählen sei, sei vertretbar. Der Wahlvorstand habe bei der Feststellung der Betriebsgröße einen vom AG beabsichtigten Personalabbau berücksichtigt. Auch eine unzulässige Wahlbehinderung oder -beeinflussung liege nicht vor. Zwar darf kein AN in der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts beschränkt werden. Sie kann sich (auch) aus einer Beschränkung oder Unterbindung rechtmäßiger Wahlwerbung ergeben; insofern umfasst der Schutzbereich von § 20 Abs. 1 BetrVG die Wahlwerbung. Eine Wahlbehinderung liege vor, wenn die Einleitung oder Durchführung der Wahl durch ein rechtswidriges Verhalten erschwert oder unmöglich gemacht werde. Aber weder das Zerstören, Entfernen oder Überkleben von Wahlplakaten, Postern und Flyern von Vorschlagslisten begründen die Anfechtbarkeit der Wahl. Hierdurch werde die Wahl weder behindert noch beeinflusst. Für den AG und den Wahlvorstand können sich einzelfallbezogenen Pflichten zur Gewährleistung des Wahlschutzes ergeben. Bei Behinderungsakten haben sie zumutbare, auch vorbeugende Maßnahmen zu ergreifen. Anhaltspunkte, dass der AG oder der Wahlvorstand diese Behinderungen vorgenommen, veranlasst oder geduldet haben, sind nicht ersichtlich. Der AG habe hier durch eine Erhöhung der Anzahl der durch den Werkschutz abgehaltenen Streifen reagiert. Eine dauerhafte Überwachung sei nicht zumutbar oder umsetzbar. Die Beschaffenheit der für die schriftliche Stimmabgabe vorgehaltenen Wahl- und Freiumschläge verstoße nicht gegen wesentliche Wahlvorschriften. Die Wahlumschläge müssen nach § 24 WO die gleiche Größe, Farbe, Beschaffenheit und Beschriftung haben, außerdem ist ein (größerer) Freiumschlag erforderlich, der die Anschrift des Wahlvorstands und als Absender den Namen und die Anschrift der oder des Wahlberechtigten sowie den Vermerk „Schriftliche Stimmabgabe“ zu enthalten hat. Der Wahlumschlag müsse blickdicht sein, wobei dazu keine besonderen Vorgaben aus der Verordnung ersichtlich sind. Ein transparenter oder nicht verschließbarer Freiumschlag genüge nicht. Nicht erforderlich sei, dass der Umschlag auch mit Hilfsmitteln absolut nicht durchleuchtbar ist. Der Umschlag „an sich“ gewährleiste den Grundsatz der geheimen Wahl. Weder verbiete der Grundsatz der geheimen Wahl nach § 14 Abs. 1 BetrVG im Zusammenhang mit Briefwahlrückläufern die Inanspruchnahme einer vom AG vorgehaltenen Infrastruktur zum Postverkehr, noch gebiete er eine generalisierte Annahme der Manipulationsanfälligkeit bei dieser Inanspruchnahme. Der Wahlvorstand durfte einen eigenen Briefkasten für die Briefwahlunterlagen anbieten. Der Wahlvorstand durfte gemäß § 24 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 WO den AN in Kurzarbeit sowie mobil arbeitenden AN die Briefwahlunterlagen unaufgefordert zusenden. Es musste nur die Betriebsabwesenheit der betreffenden AN objektiv vorliegen, egal ob sie auf einer Vereinbarung oder Weisung des AG beruhe, dauerhaft oder nur vorübergehend war. Bei den Wahlberechtigten im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 1 WO können sich die Voraussetzungen für eine Übermittlung von Briefwahlunterlagen auch erst nach der eingeleiteten Wahl ergeben und sogar erst nach Ablauf der Frist für die Einreichung von Wahlvorschlägen erfüllt sein. In dem Fall genüge der Wahlvorstand mit der Übermittlung des Wahlausschreibens auch seiner Verpflichtung nach § 3 Abs. 4 S. 4 WO.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass nach § 9 BetrVG die Zahl der Mitglieder des BR an die mittels der Anzahl der in der Regel beschäftigten (wahlberechtigten) AN definierte Größe des Betriebs anknüpft. Der für die Wahl des Betriebsrats bestellte Wahlvorstand hat bei der Feststellung des regelmäßigen Beschäftigtenstands vor allem in Grenzfällen der in § 9 BetrVG vorgegebenen Staffel einen gewissen Beurteilungsspielraum im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens. Die Verbote der Wahlbehinderung und der unzulässigen Wahlbeeinflussung nach § 20 Abs. 1 und Abs. 2 BetrVG sichern die ungehinderte Durchführung der BR-Wahl. Zur Wahl gehört auch Wahlwerbung. Allerdings begründet nicht jegliches Überkleben und Zerstören von Wahlplakaten oder das Entfernen von Wahlflyern einen Wahlanfechtungsgrund. Weiter erläutert es, dass der Grundsatz der geheimen Wahl neben den in § 24 Abs. 1 S. 2 WO ausdrücklich geregelten Merkmalen die Blickdichte der Umschläge vorgibt. Hingegen kann nicht verlangt werden, dass deren Beschaffenheit von vornherein auch einen bewussten Bruch des Grundsatzes der geheimen Wahl – etwa bei einem Durchleuchten mit Hilfsmitteln – zu verhindern

47

# Keine Verpflichtung zur Nachholung eines Verhandlungsverfahrens über eine Arbeitnehmerbeteiligung bei einer ohne Arbeitnehmer tätigen Europäischen Gesellschaft

**BAG von**  
**26.11.2024**

**Aktenzeichen**  
1 ABR 37/20

**Stichwort**  
§§ 4, 16, 43 SEBG;  
Arbeitnehmerbeteiligung,  
Missbrauchsverbot

## **Sachverhalt**

Die Holding SE wurde 2013 nach EU-Recht gegründet, ohne dass vor der Eintragung Verhandlungen zur Arbeitnehmerbeteiligung stattfanden, da die Gründungsgesellschaften keine AN beschäftigten und auch nicht über Tochtergesellschaften verfügten, bei denen AN beschäftigt waren. Die Holding SE ist seit 2013 alleinige Gesellschafterin der O Holding GmbH (später O KG), die ca. 800 Mitarbeiter beschäftigt und Tochtergesellschaften mit insgesamt ca. 2.200 AN in der EU hat. Die O Management SE ist persönlich haftende Gesellschafterin, deren einzige Anteilseignerin die Holding SE ist. Die Holding SE hat 2017 ihren Sitz nach Hamburg verlegt. Der Konzern-BR meint,

dass die eigentlich vor Eintragung der SE durchzuführenden Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung nachgeholt werden müssen, da die Holding SE eine beherrschende Stellung innehat und ihr die AN der O KG und ihrer Tochtergesellschaften zuzurechnen seien. Er beantragt daher den Vorstand der Holding SE zur Bildung eines besonderen Verhandlungsgremiums gemäß § 4 Abs. 1 SEBG zu verpflichten. Darüber hinaus soll der Vorstand der Holding SE zur Information über die Struktur der beteiligten Gesellschaften, der betroffenen Tochtergesellschaften und Betriebe, deren Arbeitnehmervertretungen, die Zahl der beschäftigten AN und die Mitbestimmungsrechte gemäß § 4 Abs. 3 SEBG verpflichtet werden.

## **Problematisierung**

Nach dem Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer europäischen Gesellschaft (SE – Beteiligungsgesetz – SEBG) ist das besondere Verhandlungsgremium gemäß § 4 Abs. 1 SEBG aufgrund einer schriftlichen Aufforderung der Leitungen zu bilden. Es hat die Aufgabe, mit den Leitungen eine schriftliche Vereinbarung über die Beteiligung der AN in der SE abzuschließen. Die nachträgliche Einleitung eines Verhandlungsverfahrens gemäß §§ 11 ff. SEBG erfordert die Bildung eines besonderen Verhandlungsgremiums. Mit ihm soll der Leitung der SE entsprechend § 4 Abs. 1 und Abs. 2 SEBG aufgegeben werden, die hierfür vorgesehenen Handlungen vorzunehmen. Hat hier der Konzern-BR recht, dass die Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung nachgeholt werden müssen, da der Holding SE die AN der O KG und ihre Tochtergesellschaften zuzurechnen sind? Nach § 18 SEBG wird frühestens zwei Jahre nach dem Beschluss nach § 16 Abs. 1 SEBG auf schriftlichen Antrag von mindestens 10 Prozent der AN der SE, ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe oder von deren Vertretern ein besonderes Verhandlungsgremium erneut gebildet, mit der Maßgabe, dass an die Stelle der beteiligten Gesellschaften, betroffenen Tochtergesellschaften und betroffenen Betriebe die SE, ihre Tochtergesellschaften und Betriebe treten. Ergibt sich hieraus eine Pflicht zur Bildung eines besonderen Verhandlungsgremiums? Gemäß § 43 SEBG darf eine SE nicht dazu missbraucht werden, den AN Beteiligungsrechte zu entziehen oder Vorzug enthalten. Missbrauch wird vermutet, wenn ohne Durchführung eines Verfahrens nach § 18 Abs. 3 SEBG innerhalb eines Jahres nach Gründung der SE strukturelle Änderungen stattfinden, die bewirken, dass den AN Beteiligungsrechte vorenthalten oder entzogen werden. Liegt hier ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot des § 43 SEBG vor?

## **Entscheidung des Gerichts**

Die Rechtsbeschwerde des Konzern-BR gegen die entgegenstehende Entscheidung des ArbG und des LAG war erfolglos. Es gibt keine gesetzliche Pflicht, ein Verfahren zur Arbeitnehmerbeteiligung nachzuholen, wenn bei der Gründung einer SE keine AN vorhanden waren. Weder § 4 noch § 18 SEBG begründen eine Pflicht zur nachträglichen Durchführung von Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung, wenn bei Gründung der SE keine AN vorhanden waren. § 4 SEBG bezieht sich ausdrücklich auf die geplante Gründung einer SE, nicht auf die nachträgliche Durchführung eines Verfahrens in einer bereits gegründeten SE. § 18 SEBG setzt voraus, dass bei der Gründung bereits ein besonderes Verhandlungsgremium gebildet wurde, das die Verhandlungen abgelehnt oder abgebrochen hat. Das war hier nicht möglich, da keine AN vorhanden waren. Eine analoge

Anwendung der Vorschriften ist ausgeschlossen, weil keine unbeabsichtigte Regelungslücke bestehe. Das Gesetz schweige nicht versehentlich zu diesem Fall, sondern der Gesetzgeber habe bewusst keine Nachholpflicht vorgesehen. Nur wenn der Gesetzgeber unbeabsichtigt von seinem Regelungsplan abweicht, sei Analogie möglich – das sei hier nicht der Fall. Auch nach Unionsrecht (insbesondere nach der Richtlinie 2001/86/EG) gebe es keine Pflicht, ein Beteiligungsverfahren nachzuholen. Die RL sieht nur dann spätere Verhandlungen vor, wenn bei Gründung bereits ein besonderes Verhandlungsgremium eingesetzt wurde. Das Fehlen einer Nachholregelung sei eine bewusste Entscheidung des Unionsgesetzgebers, die auf einem Kompromiss zwischen verschiedenen Interessen beruhe. Auch ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot des § 43 SEBG liege nicht vor. Das Missbrauchsverbot des § 43 SEBG untersage zwar, die SE zur Umgehung von Arbeitnehmerrechten zu nutzen, schreibe aber keine nachträgliche Durchführung eines Verfahrens vor. Der Gesetzgeber setzt hier eher auf präventive Maßnahmen (z. B. Strafandrohung), nicht auf eine Nachholungspflicht. Die Norm sei ein Verbotsgesetz, das lediglich ein bestimmtes Verhalten untersage, aber keine aktiven Handlungspflichten (wie die nachträgliche Durchführung von Verhandlungen) begründe. Der nationale Gesetzgeber habe sich bei der Umsetzung der Richtlinie 2001/86/EG bewusst gegen eine Nachholpflicht entschieden und stattdessen auf präventive Maßnahmen wie Strafandrohung (§ 45 SEBG) gesetzt. Im Gegensatz dazu sehe das Gesetz über die Mitbestimmung bei grenzüberschreitendem Formwechsel (MgFSG) eine Pflicht zur Durchführung von Verhandlungen ausdrücklich vor, wenn Missbrauch vorliege. Diese bewusste Differenzierung zeigt, dass im SEBG keine Nachholpflicht gewollt sei.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass das Verhandlungsverfahren über eine Beteiligung der AN nicht nachträglich nachzuholen ist, wenn es bei Gründung und vor Eintragung einer SE in das Register eines Mitgliedstaats der Europäischen Union unterblieben ist, weil deren Gründungsgesellschaften keine AN beschäftigten. Eine Pflicht zur Nachholung eines solchen Verhandlungsverfahrens ergibt sich auch nicht aus § 43 SEBG. Ungeachtet der Frage, unter welchen Voraussetzungen nach dieser Norm ein Rechtsmissbrauch angenommen werden kann, hat der nationale Gesetzgeber diese Rechtsfolge – anders als in § 36 MgFSG – nicht vorgesehen. Eine den Wortlaut übersteigende Auslegung von § 43 SEBG kommt nicht in Betracht.

## Kein Mitbeurteilungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG bei Erhöhung der Vergütung eines freigestellten Betriebsratsmitglieds

**BAG von**  
**26.11.2024**

**Aktenzeichen**  
1 ABR 12/23

**Stichwort**  
§ 99 Abs. 1 BetrVG, § 37 Abs. 4 BetrVG, § 78 S. 2 BetrVG; keine Eingruppierung oder Umgruppierung bei der Anpassung des Arbeitsentgelts eines freigestellten Betriebsratsmitglieds

### **Sachverhalt**

Der AG, in dessen Betrieb ein BR gebildet war, vergütete den von seiner beruflichen Tätigkeit freigestellten Vorsitzenden des BR bis Ende Mai 2020 entsprechend der Vergütungsgruppe VI des Vergütungs-TV für die Beschäftigten der Mitgliedsbetriebe der Tarifgemeinschaft mitteldeutsches Kraftfahrzeuggewerbe in Sachsen (TV). Nachdem er im März 2021 ein für die Übernahme der Position des Werkstattleiters erforderliches „Führungskräftepotenzial Assessment Center“ absolviert hatte, zahlte der AG ihm rückwirkend ab dem 01. Juni 2020 ein Entgelt entsprechend der für diese Tätigkeit einschlägigen Vergütungsgruppe VIII TV. Der BR meinte, er hätte bei der Anpassung des Arbeitsentgelts des Vorsitzenden nach § 99 Abs. 1 beteiligt werden müssen und beantragte, den AG zu verpflichten, ihn bei der Eingruppierung des BR-Vorsitzenden in die Vergütungsgruppe VIII gemäß § 99

BetrVG zu beteiligen. Der AG meinte die Anpassung der Vergütung freigestellter BR-Mitglieder sei keine Ein- oder Umgruppierung gemäß § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG.

### **Problematik**

Nach § 101 S. 1 BetrVG kann der BR für den Fall, dass der AG eine personelle Maßnahme gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG ohne seine Zustimmung durchführt, beim ArbG beantragen, dem AG aufzugeben, die personelle Maßnahme aufzuheben. Eine Eingruppierung nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG ist die Einordnung der von einem AN zu verrichtenden Tätigkeit in eine betriebliche Vergütungsordnung nach Maßgabe der dafür geltenden Kriterien. Eine Umgruppierung ist jede Änderung dieser Einreihung. Nach § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG darf das Arbeitsentgelt von BR-Mitgliedern nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer AN mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Hat der BR hier ein Mitbestimmungsrecht bei der Anpassung des Arbeitsentgelts des freigestellten BR-Mitglieds, weil es sich insoweit bei der Anpassung der Vergütung des BR-Vorsitzenden um eine Eingruppierung oder Umgruppierung handelt oder stellt die Entgeltanpassung keine Einreihung in eine Vergütungsgruppenordnung dar?

### **Entscheidung des Gerichts**

Die Rechtsbeschwerde des AG gegen die entgegenstehende Entscheidung des ArbG und des LAG war erfolgreich. Der BR kann die Einleitung eines Verfahrens nach § 99 Abs. 1 BetrVG nicht verlangen. Grundsätzlich habe der BR bei einer Ein- oder Umgruppierung entsprechend § 101 S. 1 BetrVG einen Anspruch, dem AG die Einleitung eines Zustimmungsverfahrens nach § 99 Abs. 1 BetrVG oder nach dessen Abschluss die Durchführung eines Verfahrens nach § 99 Abs. 4 BetrVG aufzugeben. Bei einer Anpassung des Entgelts eines freigestellten BR-Mitglieds nach § 37 Abs. 4 oder § 78 S. 2 BetrVG handle es sich jedoch nicht um eine nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG der Mitbeurteilung des BR unterliegende Ein- oder Umgruppierung. Sowohl die Eingruppierung als auch die Umgruppierung als personelle Einzelmaßnahmen bestehen in der Zuordnung der zu verrichtenden Tätigkeit eines AN zu einer bestimmten Gruppe einer Vergütungsordnung nach Maßgabe der dafür vorgesehenen Kriterien. Eine solche Zuordnung fehle, wenn das Arbeitsentgelt eines freigestellten BR-Mitglieds nach § 37 Abs. 4 oder § 78 S. 2 BetrVG erhöht werde. Der AG nehme dann keine Einreihung der auszuübenden Tätigkeit in eine Vergütungsordnung vor. Vielmehr erfolge die Entgeltanpassung in diesen Fällen entweder entsprechend der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung vergleichbarer AN oder zur Vermeidung einer Benachteiligung, weil das BR-Mitglied nur infolge der Amtsübernahme nicht in eine höher vergütete Position aufsteigen konnte. Damit werde dem BR-Mitglied ein Anspruch auf Erhöhung seines Entgelts in dem Umfang gewährt, in dem das Entgelt vergleichbarer AN mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung steige. Dabei garantiere § 37 Abs. 4 BetrVG dem BR-Mitglied allerdings keine der Höhe nach absolut gleiche Vergütung. Sichergestellt werde nur, dass die Entgeltentwicklung des BR-Mitglieds während der Dauer seiner Amtszeit nicht hinter derjenigen zurückbleibe, die vergleichbare AN nach den betriebsüblichen Umständen



durchlaufen. Auch bei einer Entgeltanpassung nach § 78 S. 2 BetrVG erfolge keine Einreihung des freigestellten BR-Mitglieds in eine Vergütungsordnung gemäß § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG. Nach dem allgemeinen Benachteiligungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG müsse der AG den Mitgliedern der in § 78 S. 1 BetrVG genannten Arbeitnehmervertretungen eine berufliche Entwicklung gewährleisten, die derjenigen entspreche, die sie ohne ihre Amtstätigkeit durchlaufen hätten. Dies betreffe nicht nur die berufliche Tätigkeit, sondern auch das sich aus ihr ergebende Entgelt. Stelle sich die Zahlung einer geringeren Vergütung als Benachteiligung des BR-Mitglieds wegen seiner BR-Tätigkeit dar, könne ein BR-Mitglied, das nur wegen der Amtsübernahme nicht in eine höher vergütete Position mit höherer Vergütung aufgestiegen sei, den AG nach § 78 S. 2 BetrVG i. V. m. § 611 a Abs. 2 BGB unmittelbar auf Zahlung des höheren Entgelts in Anspruch nehmen. Auch in diesem Fall finde keine Zuordnung einer vom AN auszuübenden Tätigkeit zu einer bestimmten Gruppe einer Vergütungsordnung statt. Dies gelte selbst dann, wenn sich das Arbeitsentgelt für die höher vergütete Position, wie hier, nach einer betrieblichen Vergütungsordnung richte. Auch in diesem Fall werden nicht – wie für Ein- oder Umgruppierung erforderlich – die die zu verrichtenden Arbeitsplätze des BR-Mitglieds, sondern lediglich ein möglicher Arbeitsplatz bewertet. Die Personenunabhängige, abstrakte Bewertung von Arbeitsplätzen oder Tätigkeiten falle nicht unter § 99 BetrVG.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass es sich bei der Anpassung der Vergütung eines freigestellten BR-Mitglieds nach § 37 Abs. 4 oder § 78 S. 2 BetrVG nicht um eine Ein- oder Umgruppierung gemäß § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG handelt. Bei der Entgeltanpassung eines freigestellten Betriebsratsmitglieds nach § 37 Abs. 4 oder § 78 S. 2 BetrVG erfolgt keine Einreihung. Die Anpassung wird entsprechend der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung vergleichbarer AN durchgeführt oder zur Vermeidung einer Benachteiligung. Dem BR steht deshalb insoweit kein Mitbeurteilungsrecht zu. Daher ist die Einleitung eines Zustimmungsverfahrens nach § 99 Abs. 1 BetrVG nicht erforderlich.

# Entgeltanspruch des freigestellten Betriebsratsmitglieds

**BAG von**  
**27.11.2024**

**Aktenzeichen**  
7 AZR 291/23

**Stichwort**  
§ 37 Abs. 2 BetrVG; Sachbezüge als fortzuzahlendes Arbeitsentgelt, Abgrenzung von Vergütung und Aufwandsentschädigung

## Sachverhalt

Der Kläger A, BR-Mitglied, ist seit 1983 als Verkaufsberater im Außendienst beim Unternehmen beschäftigt sowie seit 2018 vollständig von seiner beruflichen Tätigkeit freigestellt. Der AG ermöglicht den AN einen kostenfreien Getränkeverzehr. Dazu sind alle AN berechtigt, während der AZ Getränke aus den vorgehaltenen Kühler zu entnehmen und zu konsumieren. Darüber hinaus steht nach einer GBV „Haustrunk“ jedem Vollzeit-AN ein Guthaben von 376 Marken für den Bezug von Haustrunk zur Verfügung. Die Marken können zum Erwerb von Getränken im Einzelhandel genutzt werden. Der Bezug von Haustrunk erfolgt über Guthabekarten bzw. -marken. Für den Außendienst ist geregelt, dass die Außendienst-AN ein zusätzliches Guthaben von 90 Marken

pro Quartal erhalten. Das zusätzliche Guthaben dient der „Unterwegsversorgung“ dieser Außendienstmitarbeiter während der AZ. Eine „Vorortverzehr“ ist damit nicht ausgeschlossen. Seit der Freistellung von der beruflichen Tätigkeit erhält A das für die Außendienstmitarbeiter vorgesehene zusätzliche Guthaben nicht mehr. Er forderte gerichtlich die Herausgabe von 270 Haustrunkmarken für die ersten drei Quartale für 2021. Bei den Marken handle es sich um Arbeitsentgelt. Außerdem sei er auch im Rahmen seiner BR-Tätigkeit an mehreren Tagen im Monat auswärts tätig. Der AG wandte ein, dass die zusätzlichen Marken einen pauschalierten Aufwandsersatz darstellen würden. Die „Unterwegsversorgung“ kompensiere die für die Außendienstmitarbeiter nicht bestehende Möglichkeit des „Vorortverzehrs“. Diese könne der nun vor Ort tätige A aber umfassend nutzen. Der zusätzliche Bedarf an Getränken falle für ihn nicht mehr an.

## Problematik

Nach § 37 Abs. 1 BetrVG führen die BR-Mitglieder ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt. Gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG sind sie von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Hat das BR-Mitglied hier Anspruch auf die begehrten Marken? Kann sich der AG hier darauf berufen, dass die zusätzlichen Marken einen pauschalierten Aufwandsersatz darstellen? Greift der Einwand, dass der AG mit den zusätzlichen Marken zur Unterwegsversorgung die für die Außendienst-AN nicht bestehende Möglichkeit des Vorortverzehrs kompensieren wollte und deshalb, das vorwiegend vor Ort tätige BR-Mitglied keinen Anspruch auf die Marken hat? Würde der AG gegen das Begünstigungsverbot nach § 78 S. 2 BetrVG verstoßen, wenn er dem BR-Mitglied die Leistung zugestehen würde?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AG gegen die entgegenstehen der Entscheidung des L AG war erfolglos. Der AG müsse dem AN für die ersten drei Quartale von 2021 270 Haustrunkmarken herausgeben. Der AN habe als nach § 38 BetrVG voll freigestelltes BR-Mitglied zudem einen Anspruch nach der GBV, § 611a Abs. 2 BGB i. V. m. § 37 Abs. 2 BetrVG auf zusätzliche 90 Marken pro Quartal. § 37 Abs. 2 BetrVG begründe keinen eigenständigen Vergütungsanspruch, sondern sichere den Entgeltanspruch des BR-Mitglieds und gelte für alle BR-Mitglieder unabhängig von einer Freistellung nach § 38 BetrVG. Das Verbot der Minderung des Arbeitsentgelts bedeute, dass dem BR-Mitglied das Arbeitsentgelt weiter zu zahlen sei, das es verdient hätte, wenn es keine BR-Tätigkeit geleistet, sondern gearbeitet hätte. Das Arbeitsentgelt sei nach dem Lohnausfallprinzip fortzuzahlen, wobei zur Berechnung der geschuldeten Vergütung hypothetisch zu ermitteln sei, welches Arbeitsentgelt das BR-Mitglied ohne die Arbeitsbefreiung verdient hätte. Das Verbot der Entgeltminderung soll die Bereitschaft des AN zur Übernahme eines BR-Amtes fördern und verhindern, dass er Einbußen durch die Wahrnehmung des Ehrenamts erleide. Das Ziel lasse sich nur erreichen, wenn der AN weiter alle Vergütungsbestandteile erhalte, die er ohne Freistellung bekommen hätte. Zum Arbeitsentgelt gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG zählen neben der Grundvergütung alle Zuschläge und Zulagen, die das BR-Mitglied ohne Arbeitsbefreiung verdient hätte. Auch bei einer zusätzlichen Gegenleistung für die geschuldete Arbeit in Form eines Sachbezug handle es sich um Arbeitsentgelt gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG. Dagegen sind nach § 37 Abs. 2 BetrVG keine Aufwandsentschädigungen fortzuzahlen, die Aufwendungen abgelten sollen, die beim BR-Mitglied wegen der

Befreiung von der Arbeitspflicht nicht anfallen. Zur Unterscheidung, ob es sich bei einer Leistung des AG um eine Vergütung nach § 37 Abs. 2 BetrVG oder um Aufwendungsersatz handle, komme es auf die inhaltliche Ausgestaltung und den objektiven Zweck der Leistung an. In den Fällen, für die die Leistung vorgesehen sei, müssen typischerweise besondere Aufwendungen anfallen, die jedenfalls in der Regel den Umfang der gewährten Leistung erreichen. Nicht erforderlich sei, dass die Aufwendungen bei jedem AN anfallen, der die Voraussetzung für die Gewährung erfülle, denn eine Pauschalierung des typischen Mehraufwand sei zulässig. Deren Sinn sei es gerade ohne Nachweis des tatsächlichen entstandenen Aufwands im Einzelfall die Gewährung der Pauschalleistung an leicht feststellbare objektive Umstände zu knüpfen, so dass nach der Lebenserfahrung eine hohe Wahrscheinlichkeit für das Entstehen solche Aufwendungen bestehe. Sei der AN weder rechtlich verpflichtet noch faktisch darauf angewiesen, entsprechende Mehraufwendungen zu tätigen, habe er es in der Hand, die Leistung zur Verbesserung seines Lebensstandards zu verwenden, so fehle regelmäßig, der für den Aufwendungsersatz erforderliche, enge, sachliche Zusammenhang mit wirklichen Mehraufwendungen. Dann handle es sich um zusätzliches Arbeitsentgelt. Diene die Leistung dazu, besondere Belastungen auszugleichen, insbesondere körperliche und nervliche Beanstandung, und könne die Leistung nicht hinreichend klar aufgespalten werden, so sei sie insgesamt kein Aufwendungsersatz. Danach handelt es sich bei der Unterwegsversorgung nach der GBV um fortzuzahlendes Arbeitsentgelt und nicht um eine Aufwandsentschädigung. Das Guthaben diene der Unterwegsversorgung der Außendienst-AN während der AZ. Dieser Zweck stehe der Annahme einer echten Aufwandsentschädigung entgegen. Darüber hinaus würden die zusätzlichen Getränkemarken für die im Außendienst beschäftigten AN kumulativ zum ebenfalls möglichen Vorortverzehr gewährt. Auch das Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG werde durch die Gewährung der Leistung an den AN nicht verletzt. Danach dürfe der Mandatsträger wegen seiner Anstellung keine weiter zu zahlende Vergütung zugesagt bekommen, die über das gesetzliche Maß hinausgehe. Da § 37 Abs. 2 BetrVG gerade die Gewährung eines zusätzlichen Guthabens an Haustrunkmarken entsprechend der GBV an den AN als frei gestelltes BR-Mitglied erfordere, stelle dieser Sachbezug keine über das gesetzlich geregelte Maß hinausgehende Vergütung dar. Vielmehr stelle die Gewährung der Marken an die Außendienst AN die Gleichbehandlung erst her, der Kläger werde nicht unzulässig begünstigt. Wäre er nicht freigestellt, hätte er seine Arbeitsleistung als Außendienst-AN erbracht. Die Vergleichsgruppe der aktiven Außendienst-AN erhalte ebenfalls 90 Marken pro Quartal und zwar auch, wenn sie aufgrund von Anwesenheiten am Standort den Vorortverzehr im Betrieb nutzen können. Es komme nicht darauf an, dass der AN vor Ort die Freitrunkmöglichkeit nutzen könne. Die Betriebsparteien gehen davon aus, dass die Außendienst-AN den Vorortverzehr nutzen, wenn sie am Standort sind. Auch ihnen wurde nichts angerechnet.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass zum Arbeitsentgelt im Sinne des § 37 Abs. 2 BetrVG neben der Grundvergütung alle Zuschläge und Zulagen zählen, die das BR-Mitglied ohne Arbeitsbefreiung verdient hätte. Auch bei einer zusätzlichen Gegenleistung für die geschuldete Arbeit in Form eines Sachbezugs handelt es sich um Arbeitsentgelt im Sinne des § 37 Abs. 2 BetrVG. Nach § 37 Abs. 2 BetrVG sind jedoch keine Aufwandsentschädigungen fortzuzahlen, die solche Aufwendungen abgelten sollen, die dem BR-Mitglied in Folge seiner Befreiung von der Arbeitspflicht nicht entstehen. Um Aufwandsentschädigungen handelt es sich nur, wenn in den Fällen, für welche die Leistung vorgesehen ist, typischerweise besondere Aufwendungen anfallen, die jedenfalls in der Regel den Umfang der gewährten Leistung erreichen. Eine dritte Kategorie von Leistungen des AG außer Arbeitsentgelt und Aufwendungsersatz ist der gesetzlichen Regelung des § 37 Abs. 2 BetrVG fremd. Eine etwaige steuerrechtliche Einordnung einer Sachleistung als Aufmerksamkeit ist aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht daher nicht ausschlaggebend.

# Durchführung einer Betriebsratswahl als reine Briefwahl

**BAG von**  
**22.01.2025**

**Aktenzeichen**  
7 ABR 23/23

**Stichwort**  
§§ 3, 19 BetrVG; keine Anordnung der schriftlichen Stimmabgabe aller Arbeitnehmer, Hauptbetrieb, Betriebsteile und Kleinstbetrieb

## Sachverhalt

Bei AG finden seit 2010 finden die BR-Wahlen gemäß TV nach § 3 BetrVG statt. Im Zuge dessen wurden BR-Bezirke, darunter auch der Bezirk „Nord West“ (BR-Bezirk 4) festgelegt. Der Wahlvorstand erließ am 24. März 2022 für den Bezirk ein Wahlausschreiben. Danach wurde für die AN aller Filialen die schriftliche Stimmabgabe (Briefwahl) beschlossen. Die Briefwahlunterlagen sollten den Wahlberechtigten unaufgefordert zugehen. Nach den Feststellungen des LAG gibt es nach übereinstimmendem Vorbringen der Beteiligten im BR-Bezirk 4 keinen „Hauptbetrieb“. Am 08. April 2022 machte der Wahlvorstand drei Vorschlagslisten bekannt. Sämtliche Antragsteller waren Kandidaten der Liste 1. Die BR-Wahl im BR-Bezirk 4 fand am 06. Mai

2022 als reine Briefwahl statt und führte zur Wahl eines 35-köpfigen BR. Die Wahl wurde durch acht AN angefochten. Sie meinten, dass die Wahl nicht als reine Briefwahl hätte durchgeführt werden dürfen, ohne dass einer der Ausnahmetatbestände des § 24 WO vorliege. Darüber hinaus sei die Wahl behindert worden und es habe eine unzulässige Anweisung eines Verkaufsleiters an Filialeiter gegeben, Briefwahlstimmen einzusammeln und zur Abholung durch den Verkaufsleiter bereitzustellen. Sie beantragten, die BR-Wahl für den BR-Bezirk 4 vom 06. Mai 2022 für unwirksam zu erklären.

## Problematisierung

Nach § 19 Abs. 1 und Abs. 2 BetrVG können mindestens drei wahlberechtigte AN, eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft oder der AG innerhalb von zwei Wochen ab Bekanntmachung des Wahlergebnisses die Betriebsratswahl anfechten, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen wurde und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. Nach § 24 Abs. 1 S. 1 WO hat der Wahlvorstand Wahlberechtigten, die im Zeitpunkt der Wahl wegen Abwesenheit vom Betrieb verhindert sind, ihre Stimme persönlich abzugeben, auf ihr Verlangen die Wahlunterlagen für die schriftliche Stimmabgabe auszuhändigen oder zu übersenden, damit sie per Brief wählen können. Konnte die Wahl hier als Briefwahl vom Wahlvorstand angeordnet werden, ohne dass explizit von den AN die Briefwahl entsprechend der Voraussetzungen des § 24 WO verlangt worden ist? Beinhaltet § 24 WO wesentliche Vorschriften über das Wahlverfahren gemäß § 19 Abs. 1 BetrVG, die zur Anfechtung berechtigen, sofern sie nicht eingehalten wurden? Kann die räumliche Entfernung der über 400 Filialen im BR-Bezirk 4 bei Fehlen eines Hauptbetrieb es rechtfertigen, in diesem Bezirk eine generelle Briefwahl anzuordnen? Kann argumentiert werden, dass aufgrund der zahlreichen Teilzeitkräfte in den Filialen eine Wahlurne etwa eine Woche in der Filiale aufgestellt sein müsste, um alle AN zu erreichen? Kann sich der AG darauf berufen, dass Sinn der Briefwahl sei, den Wahlberechtigten die Teilnahme an der Wahl zu erleichtern? Kann er sich darauf berufen, dass das Fehlen eines Hauptbetrieb es nicht ausschließt, dass es räumlich weit voneinander entfernte Kleinstbetriebe bzw. Betriebsteile gibt?

## Entscheidung des Gerichts

Die Rechtsbeschwerde der AN gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war mangels ausreichender Begründung erfolgreich und wurde an das LAG zurückverwiesen. Die Wahl hätte nicht als reine Briefwahl durchgeführt werden dürfen. Die schriftliche Stimmabgabe ist an die in § 24 WO festgelegten Voraussetzungen gebunden. Die Bindung der schriftlichen Stimmabgabe an näher definierte Maßgaben diene dem Ziel, eine sichere und geheime Wahl zu gewährleisten. Bei den in § 24 WO festgelegten Voraussetzungen der Briefwahl handle es sich um wesentliche Vorschriften über das Wahlverfahren gemäß § 19 Abs. 1 BetrVG. Die in § 24 WO festgelegten Voraussetzungen für eine ausschließlich schriftliche Stimmabgabe lagen nicht für alle Wahlberechtigten vor. Der Wahlvorstand habe nicht auf der Grundlage der Regelung des § 24 Abs. 3 WO die schriftliche Stimmabgabe für alle Wahlberechtigten beschließen können. Nach § 24 Abs. 3 S. 1 BetrVG könne der Wahlvorstand für Betriebsteile und Kleinstbetriebe, die räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt sind, die schriftliche Stimmabgabe beschließen. Danach sei die generelle Anordnung der schriftlichen Stimmabgabe für bestimmte Betriebsbereiche nicht in das Ermessen des Wahlvorstands gestellt, sondern nur für solche zum

Wahlbetrieb gehörende Betriebsteile oder Kleinstbetriebe zulässig, die räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt sind. § 24 Abs. 3 BetrVG stelle keine Grundlage für die Anordnung der schriftlichen Stimmabgabe für den gesamten Betrieb dar. Die Vorschrift setze das Vorliegen eines Hauptbetriebs voraus. Für diesen Hauptbetrieb sei die Anordnung der schriftlichen Stimmabgabe nicht vorgesehen. Dafür spreche schon der klare Wortlaut der Norm. Der Wahlvorstand könne die schriftliche Stimmabgabe nur für Betriebsteile und Kleinstbetriebe, die räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt sind, beschließen. Für den Fall, dass Betriebsteile oder Kleinstbetriebe räumlich weit entfernt liegen, sei hingegen nicht die Möglichkeit geregelt, auch für den Hauptbetrieb die schriftliche Stimmabgabe anzuordnen. Der Zweck der Vorschrift gebiete auch keine Erweiterung der Briefwahlmöglichkeit auf den gesamten Betrieb bzw. den Hauptbetrieb. Den AN soll die Möglichkeit zur Wahl erleichtert werden, wenn die Teilnahme an der Urnenwahl aufgrund der Entfernung Ihres Arbeitsortes vom Wahllokal mit unzumutbarem Aufwand verbunden sei. Das setze gerade voraus, dass im Hauptbetriebsteil ein Wahllokal existiere. Für die im Hauptbetriebsteil beschäftigten Wahlberechtigten sei es dagegen unproblematisch möglich, an der Urnenwahl teilzunehmen. Danach lag in der Anordnung der schriftlichen Stimmabgabe für alle Wahlberechtigten für die Wahl am 6. Mai 2022 ein Verstoß gegen eine wesentliche Vorschrift des Wahlverfahrens. Ginge man mit dem LAG davon aus, dass es keinen Hauptbetrieb gemäß § 24 Abs. 3 WO gebe, so eröffne dies nicht die Möglichkeit in analoger Anwendung der Regelung die schriftliche Stimmabgabe für alle Wahlberechtigten anzuordnen. Eine Vorschrift könne analog nur angewandt werden, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthalte, deren Planwidrigkeit aufgrund konkreter Umstände positiv festgestellt werden könne. Unabhängig von der Frage, ob überhaupt eine planwidrige Regelungslücke gegeben wäre, handle es sich jedenfalls nicht um die gleiche Rechtsfolge. Weil § 24 Abs. 3 WO die Anordnung der schriftlichen Stimmabgabe für den gesamten Betrieb nicht als Rechtsfolge vorsehe, könne dieses Ergebnis auch nicht doch eine analoge Anwendung der Regelung herbeigeführt werden. Die Befugnis, für alle Wahlberechtigten im BR-Bezirk 4 die schriftliche Stimmabgabe zu beschließen, folge auch nicht aus dem TV vom 18. Dezember 2009, der keine Regelungen zur schriftlichen Stimmabgabe enthalte. Der Verstoß gegen § 24 Abs. 3 WO konnte das Wahlergebnis beeinflussen. Es sei denkbar, dass wahlberechtigte AN der betroffenen Betriebsstätten, die ihre Stimme bei der Wahl nicht abgegeben haben, an der Wahl teilgenommen hätten, wenn die schriftliche Stimmabgabe für diese Bereiche nicht beschlossen worden wäre. Zudem kann eine Beeinflussung des Wahlverhaltens der AN nicht ausgeschlossen werden, die tatsächlich durch Briefwahl gewählt haben. Bei der schriftlichen Stimmabgabe müssen sich die Wähler regelmäßig bereits vor dem eigentlichen Wahltag entscheiden, damit ihr Wahlbrief rechtzeitig beim Wahlvorstand eingehe. Dadurch komme es zu für die einzelnen AN zeitlich versetzten Wahlen. Da zwischen der Stimmabgabe unter Umständen mehrere Tage liegen können, sei nicht auszuschließen, dass Wahlberechtigte anders gewählt hätten, wenn sie persönlich ihre Stimme abgegeben hätten.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass die schriftliche Stimmabgabe an die in § 24 WO festgelegten Voraussetzungen gebunden ist. Nach § 24 Abs. 3 WO kann nicht die schriftliche Stimmabgabe für alle AN angeordnet werden. Die AN im Hauptbetrieb wählen nach § 24 Abs. 3 WO in Präsenz. Die schriftliche Stimmabgabe kann der Wahlvorstand nur beschließen für Betriebsteile und Kleinstbetriebe, die räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt sind. Werden durch TV mehrere Betriebe nach § 3 Abs. 1 Nr. 1b BetrVG zusammengefasst, so kann in dem so gebildeten Betrieb nicht in analoger Anwendung von § 24 Abs. 3 WO für alle Wahlberechtigten die schriftliche Stimmabgabe angeordnet werden.

55

## Fälligkeit der Sozialplanabfindung und Verzugszinsen

**BAG von**  
**28.01.2025**

**Aktenzeichen**  
1 AZR 73/24

**Stichwort**  
§ 286 BGB, § 288 Abs. 1, § 286 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 2 BGB;  
Ausschluss des Schuldnerverzugs  
unverschuldeter Rechtsirrtum

### Sachverhalt

Die Klägerin war beim Unternehmen als AN im Callcenter beschäftigt. Der AG kündigte ihr am 27. Dezember 2018 zum 31. Juli 2019. Die AN erhob keine Kündigungsschutzklage. Im Mai 2019 beschloss eine vom AG und dem BR errichtete Einigungsstelle einen Sozialplan, nach dem der AN ein Abfindungsanspruch zustand. Nach den Regelungen des Sozialplans entstehen diese Ansprüche, sofern keine Kündigungsschutzklage erhoben wird, mit seinem Abschluss und werden mit der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig. Der AG focht den Einigungsstellenspruch wegen Überdotierung des Sozialplans an. Diesen Antrag wiesen das ArbG und das LAG ab. Der AG zahlte der AN am 20. Mai 2021 eine Abfindung i. H. v.

45.797,93 Euro brutto aus. Die AN forderte mit ihrer Klage noch Verzugszinsen auf diesen Betrag. Der AG meinte, der Anspruch der AN auf eine Sozialplanabfindung sei erst mit Rechtskraft der Entscheidung im Beschlussverfahren über die Wirksamkeit des Einigungsstellenspruchs fällig geworden. Jedenfalls habe er sich nicht schuldhaft im Verzug befunden, weil bis zum rechtskräftigen Abschluss des Beschlussverfahrens unklar gewesen sei, ob eine rechtliche Grundlage für die Zahlung einer Abfindung bestand.

### Problematik

Leistet gemäß § 286 Abs. 1 S. 1 BGB der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Nach § 286 Abs. 2 S. 1 bedarf es der Mahnung nicht, wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist (Nr. 1) oder der Leistung ein Ereignis vorauszugehen hat und eine angemessene Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem Kalender berechnen lässt (Nr. 2). War hier für den AG bestimmbar, ab wann der Anspruch fällig ist? Nach § 286 Abs. 4 BGB ist der Eintritt des Schuldnerverzugs ausgeschlossen, solange die Leistung aufgrund eines Umstands unterbleibe, den er nicht zu vertreten habe. Kann sich der AG darauf berufen, dass der Anspruch der AN auf die Abfindung nach dem Sozialplan erst mit der rechtskräftigen Entscheidung über die Wirksamkeit des Einigungsstellenspruchs im Beschlussverfahren fällig geworden ist, sodass auch erst ab diesem Zeitpunkt die Verzugszinsen fällig werden?

### Entscheidung des Gerichts

Die Revision der AN gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war erfolgreich. Die AN habe Anspruch auf die Verzugszinsen gemäß § 288 Abs. 1, § 286 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 2 BGB. Der AN stand nach dem auf einem Spruch der Einigungsstelle beruhenden Sozialplan ein Anspruch auf Abfindungszahlung zu, der mit Ablauf des 31. Juli 2019 fällig war. Nach den Regelungen des Sozialplans werden Sozialplanabfindungen mit der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig, sofern keine Kündigungsschutzklage erhoben wird. Die AN sei ohne Klageerhebung mit Ablauf des 31. Juli 2019 aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden, so dass ihr Abfindungsanspruch zu diesem Zeitpunkt fällig wurde. Der Fälligkeit des Anspruchs stehe nicht entgegen, dass der AG den Spruch der Einigungsstelle gerichtlich angefochten habe. Mit der rechtskräftigen antragsabweisenden Entscheidung des LAG im Beschlussverfahren stehe für die von ihm erfassten AN, also auch die Klägerin fest, dass der Sozialplan wirksam sei. Die Abweisung des auf die Feststellung der Unwirksamkeit des Einigungsstellenspruchs gerichteten Antrags des AG als unbegründet enthalte zugleich die positive Feststellung des kontradiktorischen Gegenteils. Entgegen der Annahme des LAG komme einer solchen Entscheidung keine rechtsgestaltende Wirkung zu. Werde der Spruch einer Einigungsstelle, mit der ein Sozialplan aufgestellt wurde, von einer der Betriebsparteien nach § 76 Abs. 5 S. 4 BetrVG gerichtlich angefochten, habe eine Entscheidung über die Wirksamkeit des Einigungsstellenspruchs nur feststellende Wirkung. Daher sei der Antrag auf die Feststellung der Unwirksamkeit des Spruchs und nicht auf seine Aufhebung zu richten. Die gerichtliche Überprüfung sei dabei auf eine Rechtskontrolle beschränkt, es werde keine Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 BGB vorgenommen. Gegenstand der Überprüfung sei nur die Wirksamkeit der kollektiven Regelung. Nach § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB war zum Verzugseintritt keine Mahnung. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB gelte zwar nicht. Dafür sei nicht ausreichend, wenn die Fälligkeitsregelung

einen zukünftigen, noch nicht feststehenden Zeitpunkt enthalte, also bestimmbar sei. Aus dem Sozialplan ergebe sich keine nach dem Kalender bestimmte Leistungszeit. Dort sei nur geregelt, dass die Abfindungsansprüche „mit der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ fällig werden, so dass die Fälligkeit nicht nach einem konkreten Datum bestimmt, sondern vom individuellen Beendigungszeitpunkt abhängig sei. Eine Mahnung war nach § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB nicht erforderlich, da der Leistung ein Ereignis vorausging und eine angemessene Zeit für die Leistung bestimmt war, die sich nach dem Kalender berechnen ließ. Hier ging der Fälligkeit der Sozialplanabfindung die Kündigung der AN zum 31. Juli 2019 voraus. Dadurch stand das Ende des Arbeitsverhältnisses der AN fest, sodass die Zahlungszeit nach dem Kalender bestimmbar war. Die ordentliche Kündigungsfrist gab dem AG zudem angemessene Zeit zur Leistung gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Der Schuldnerverzug sei auch nicht nach § 286 Abs. 4 BGB ausgeschlossen. Der Schuldner habe nach § 276 Abs. 1 S. 1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten und müsse das fehlende Verschulden darlegen und beweisen. Die geschuldete Leistung müsse dafür zum Fälligkeitszeitpunkt ohne sein Verschulden unterblieben sein. Das Verschulden müsse einheitlich für alle Verzugsfolgen, auch für den Verzugszins, festgestellt werden. Der AG habe nichts dargelegt, das einen Ausschluss des Schuldnerverzugs begründen könne, sondern nur gemeint, während des gerichtlichen Beschlussverfahrens über die Wirksamkeit des Einigungsstellenspruchs habe „Unsicherheit über die Grundlage der Leistungen“ bestanden. Dies stelle einen unbeachtlichen Rechtsirrtum dar, der ihn nicht entlaste. Der Ausschluss des Schuldnerverzugs wegen Rechtsirrtums komme nur in Betracht, wenn der Irrtum unverschuldet sei. Grundsätzlich erfordere der Geltungsanspruch des Rechts, dass der Schuldner das Risiko eines Rechtsirrtums selbst trage und nicht dem Gläubiger aufbürden könne. Der Schuldner müsse die Rechtslage genau prüfen, selbst Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rspr. beachten. Fahrlässig handle, wer sich erkennbar im Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewege. Eine Ausnahme davon gelte nur, wenn die Rechtslage besonders zweifelhaft sei und sich keine einheitliche Rspr. gebildet habe oder die Rechtslage gänzlich ungeklärt. Ein normales Prozessrisiko entlaste ihn dagegen nicht. Hier bestand kein unverschuldeter Rechtsirrtum. Für die Überprüfung eines auf einem Einigungsstellenspruch beruhenden Sozialplans wegen über Dotierung existiere eine ständige Rechtsprechung. Die Unsicherheit bei der Beurteilung, ob im konkreten Fall eine Überdotierung gegeben war, begründe lediglich ein normales Prozessrisiko. Daher stehen der AN ab 01. August 2019 als Tag nach Eintritt der Fälligkeit Verzugszinsen zu. Der Verzug endete mit der Zahlung am 20. Mai 2021.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass Abfindungsansprüche aus einem durch Spruch einer Einigungsstelle beschlossenen Sozialplan, der erfolglos gerichtlich angefochten wurde, zu dem im Sozialplan bestimmten Zeitpunkt und nicht erst mit Rechtskraft der Entscheidung in dem Beschlussverfahren über die Wirksamkeit des Einigungsstellenspruchs fällig werden. Ein – den Schuldnerverzug ausschließender – sog. unverschuldeter Rechtsirrtum kann nur angenommen werden, wenn die Rechtslage besonders zweifelhaft und schwierig ist und sich insoweit eine einheitliche Rechtsprechung noch nicht gebildet hat. Das normale Prozessrisiko entlastet den Schuldner nicht.

57

# Anspruch einer Gewerkschaft auf Herausgabe der oder Zugang zu den dienstlichen E-Mail-Adressen der Arbeitnehmer eines Betriebs

**BAG von**  
**28.01.2025**

**Aktenzeichen**  
1 AZR 33/24

**Stichwort**  
Art. 9 Abs. 3 GG; Art. 12 GG, Art. 4  
Nr. 1 DS-GVO, Art. 6 DS-GVO, § 26  
BDSG; digitaler Zugang der  
Gewerkschaft zum Netzwerk des  
Arbeitgebers, Zugriff auf E-Mail-  
Adressen

## Sachverhalt

Im Betrieb des AG mit 5.400 AN, in dem Sportartikel produziert und vertrieben werden, haben die AN keine fest zugewiesenen Schreibtischarbeitsplätze. Für die Erledigung ihrer Aufgaben stehen ihnen in den Betriebsgebäuden unterschiedliche Arbeitsumgebungen zur Verfügung. Zudem befinden sich auf dem Betriebsgelände von ihnen nutzbare Restaurants, Cafés, Kinderbetreuungseinrichtungen und verschiedene Sportstätten. Die AN können – sofern sich ihre Aufgaben und ihr Arbeitsplatz eignen – bis zu 40 Prozent ihrer wöchentlichen Arbeitszeit mobil außerhalb des Betriebs arbeiten. Ein erheblicher Teil der betriebsinternen Kommunikation erfolgt beim AG elektronisch. Zu diesem Zweck verfügen die meisten AN über ein vom AG überlassenes mobiles Endgerät und einen Microsoft-365-E-Mail-Account. Dazu besteht die BV über „die Neuausrichtung der Arbeitskultur – myArena“ vom

18. Dezember 2017. Erhebliche Teile der betriebsinternen Kommunikation finden über den Netzwerkzugang elektronisch statt. Nach Ziff. 2 der BV vom 21. April 2005 zur Nutzung von Personal Computern, E-Mail und Internet ist die private Nutzung der bereitgestellten Systeme beschränkt „auf den gelegentlichen Gebrauch und darf die Arbeitsabläufe nicht stören sowie keine zusätzlichen Kosten verursachen“. Der örtliche BR hat dort einen eigenen Auftritt. Jeder AN hat eine eigene Hover-Card und Zugriff auf die Hover-Cards der AN, auf der Name, Vorname, berufliche E-Mail-Adresse, Telefonnummer, Anschrift und Berichtslinie des AN in den Hierarchien gespeichert sind. Am 05. Mai 2020 forderte eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft erfolglos vom AG Zugang zur unternehmensinternen Kommunikation via E-Mail und Intranet. Mit Klage vom 16. November 2020 verlangte die Gewerkschaft die Herausgabe aller dienstlichen E-Mail-Adressen der AN des AG. Der Anspruch ergebe sich aus dem betriebsverfassungsrechtlich gewährleisteten Zugangsrecht zum Betrieb für Gewerkschaften nach § 2 Abs. 2 BetrVG sowie aus dem gewerkschaftlichen Betätigungsrecht des Art. 9 Abs. 3 GG. Angesichts gesellschaftlich veränderter Informations- und Kommunikationsformen sowie -mittel sei es für sie als Gewerkschaft von großer Bedeutung, die Arbeitnehmer auch auf diese Weise ansprechen zu können. Dies gelte vor allem für den Betrieb der AG, in dem die AN einen erheblichen Teil ihrer Arbeitszeit mobil außerhalb des Betriebsgeländes verbrächten. Datenschutzrechtliche Erwägungen stünden nicht entgegen.

## Problematisierung

Gemäß § 2 Abs. 2 BetrVG ist zur Wahrnehmung der in diesem Gesetz genannten Aufgaben und Befugnisse der im Betrieb vertretenen Gewerkschaften deren Beauftragten nach Unterrichtung des AG oder seines Vertreters Zugang zum Betrieb zu gewähren, soweit dem nicht unumgängliche Notwendigkeiten des Betriebsablaufs, zwingende Sicherheitsvorschriften oder der Schutz von Betriebsgeheimnissen entgegenstehen. Beinhaltet dieser Anspruch nur ein physisches Zugangsrecht der Gewerkschaft zum Betrieb oder kann die Gewerkschaft hierüber einen Zugang über das Intranet des Betriebs des AG beanspruchen? Folgt der Anspruch aus der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG? Kann sich der AG hier auf datenschutzrechtliche Bedenken berufen, weil die Gewerkschaft damit Zugang zu den personenbezogenen Daten der Mitarbeiter erhält und technisch nicht eingrenzbarer Zugang zu den dort ausgetauschten betriebsinternen Daten? Kann der AG die Gewerkschaft darauf verweisen, dass diese bereits digitalen Zugang zu den AN über die Seite des GBR und eine Verlinkung dort erhalten könne? Ist es ein unverhältnismäßiger Eingriff in das Eigentumsrecht nach Art. 14 GG des AG, wenn dieser die dienstlichen E-Mail-Adressen der AN herausgeben muss? Nach § 6 Abs. 1f DSGVO ist die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen. Liegt in dieser Vorschrift eine Anspruchsgrundlage für die Gewerkschaft begründet?

## Entscheidung des Gerichts



Die Revision gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war erfolglos. Die Gewerkschaft habe keinen Anspruch auf Vornahme einer der geforderten Handlungen des AG. Ein Anspruch einer tarifzuständigen Gewerkschaft gegen einen AG, ihr die betrieblichen E-Mail-Adressen der bei ihm beschäftigten AN zum Zweck der gewerkschaftlichen Information und Mitgliederwerbung mitzuteilen, sei gesetzlich nicht geregelt. Er könne sich auch nicht unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 GG ergeben. Zwar entfalte die Bestimmung Wirkungen auch innerhalb der Rechtsverhältnisse von Privatrechtssubjekten. Danach sind Abreden, die das durch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG geschützte Recht einschränken oder behindern, nichtig und hierauf gerichtete Maßnahmen rechtswidrig. Die Gewerkschaft wende sich jedoch nicht gegen eine auf eine Behinderung oder Beschränkung ihrer gewerkschaftlichen Betätigungsfreiheit gerichtete Maßnahme des AG. Vielmehr verlange sie von ihm Auskünfte, der AG solle also bestimmte Handlungen vornehmen. Die Gewerkschaft könne ihre Forderung auf fortlaufende Mitteilung der E-Mail-Adressen aller AN des Betriebs H nicht auf eine von den Gerichten vorzunehmende Rechtsfortbildung stützen, weil diese die Pflicht haben, die Koalitionsbetätigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG zu schützen. Art. 9 Abs. 3 GG verbürge als Doppelgrundrecht für jedermann und alle Berufe das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Das schließe das Recht ein, eine derartige Koalition zu gründen, ihr beizutreten oder fernzubleiben. Geschützt sei zudem die Koalition selbst im Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und ihren Betätigungen, soweit sie der Wahrung oder Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen. Zur Betätigungsfreiheit gehöre auch das Recht einer Koalition, ihre Schlagkraft durch Maßnahmen zu stärken, die dem Mitgliedererhalt bzw. der Mitgliedergewinnung dienen. Sonst bestehe die Gefahr, dass der Mitgliederbestand einer Gewerkschaft zurückgehe und sie ihrer Aufgabe, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu fördern, nicht mehr sachgemäß nachkommen könne. Zu den geschützten Tätigkeiten zähle auch die Information von Mitgliedern und Nichtmitgliedern über Aktivitäten, die der Erreichung des Koalitionszwecks, z. B. der Verbesserung der Arbeitsbedingungen, dienen. Der Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG sei dabei nicht von vornherein auf einen Kernbereich koalitionsgemäßer Betätigungen beschränkt, die für die Erreichung des Koalitionszwecks unerlässlich sind. Er erstrecke sich vielmehr auf alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen. Die Wahl der Mittel und Tätigkeiten, die die Koalitionen zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen für geeignet und erforderlich halten, ist ihnen grundsätzlich selbst überlassen. Die Art und Weise der Mitgliederwerbung und Information Dritter könne allerdings mit – ebenfalls verfassungsrechtlich gewährleisteten – Rechtspositionen des AG kollidieren. Ist die Gewerkschaft bei ihren Aktivitäten auf die Inanspruchnahme von sachlichen oder personellen Ressourcen des AG angewiesen, berühre dies seine Eigentumsgarantie in Art. 14 Abs. 1 GG und seine von Art. 12 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG geschützte wirtschaftliche Betätigungsfreiheit. Diese sei insbesondere bei Störungen des Betriebsablaufs oder des Betriebsfriedens betroffen. Der sich hieraus ergebende Konflikt zwischen den widerstreitenden Interessen gleichgeordneter Grundrechtsträger sei von der Rechtsordnung auszugestalten. Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit sei zwar vorbehaltlos gewährleistet, zugunsten der Grundrechte Dritter sowie sonstiger mit Verfassungsrang ausgestatteter Rechte und Gemeinwohlbelange aber beschränkbar. Die damit notwendige Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit durch die Rechtsordnung obliege dem Gesetzgeber. Sehe dieser hiervon ab, müssen die Gerichte, ihren staatlichen Schutzauftrag bei der Normauslegung ggf. im Weg der Rechtsfortbildung wahrzunehmen. Zwar gehe hier die Gewerkschaft zu Recht davon aus, dass zu der von Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Betätigungsfreiheit einer Gewerkschaft grundsätzlich auch die Befugnis gehört, betriebliche E-Mail-Adressen der AN zu Werbezwecken und für deren Information zu nutzen. Bei ihrer Antragstellung übersehe sie aber, dass diese von Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Befugnis einer Gewerkschaft nicht uneingeschränkt bestehe. Vielmehr seien die dadurch berührten verfassungsrechtlichen Belange des betroffenen AG aus Art. 14 und Art. 12 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG gegenüber ihrem Interesse an einer effektiven Werbung und Information durch den Versand von E-Mails an die AN abzuwägen. Dabei sei es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die konkreten Modalitäten – Häufigkeit, Umfang oder Inhalt – einer unaufgeforderten Übersendung von E-Mails zu Werbezwecken zur Störung des Betriebsablaufs oder des Betriebsfriedens und damit zu einem Vorrang der arbeitgeberseitigen Interessen führen können.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass ein AG nicht verpflichtet ist, der tarifzuständigen Gewerkschaft die dienstlichen E-Mail-Adressen seiner AN zum Zweck der Mitgliederwerbung zur Verfügung zu stellen. Eine solche Forderung kann nicht auf eine von den Gerichten vorzunehmende Ausgestaltung der durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Koalitionsbetätigungsfreiheit gestützt werden.

# Einseitige Erledigungserklärung im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren

**BAG von**  
**25.02.2025**

**Aktenzeichen**  
1 ABR 18/24

**Stichwort**  
§ 99 Abs. 4 BetrVG, § 100 Abs. 2 S. 3 BetrVG; Aufgabe des bisherigen Zustimmungsantrags und mehrfache Versetzung des AN auf denselben Arbeitsplatz

## Sachverhalt

Am 26. Januar 2022 bat der AG den BR um Zustimmung zur Versetzung der AN V auf die Stelle „Manager Operations“ am Standort F und zu deren Umgruppierung. Auf die interne Stellenausschreibung hatte sich neben V ein weiterer AN beworben. Der AG teilte dem BR zudem mit, dass die AN aus dringenden sachlichen Gründen bereits ab 01. Februar 2022 vorläufig versetzt werde. Der BR verweigerte am 28. Januar 2022 die Zustimmung zu beiden personellen Maßnahmen und bestritt die Dringlichkeit der vorläufigen Versetzung. Am 31. Januar 2022 leitete der AG ein Zustimmungsersetzungsverfahren ein und forderte die Feststellung, dass die Versetzung aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war. Ende Mai 2023 teilte der AG dem BR mit, dass er die personellen Maßnahmen für den 02.

Juni 2023 aufhebe und den Antrag vom 26. Januar 2022 zurücknehme. Gleichzeitig ersuchte er den BR um Zustimmung zur Versetzung der AN V auf dieselbe Stelle sowie zur Umgruppierung. Die Versetzung wolle er ab 05. Juni 2023 vorläufig durchführen. Nachdem der BR die Zustimmung am 02. Juni 2023 erneut verweigert hatte, leitete der AG am selben Tag beim ArbG ein weiteres Zustimmungsersetzungsverfahren ein und forderte die Feststellung, dass die Versetzung aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war. Das ArbG wies die Anträge ab. Im Februar 2024 schrieb der AG die Stelle „Manager Operations“ am Standort F erneut intern aus. Hierauf bewarben sich die AN V und ein weiterer AN, der sich bisher noch nicht beworben hatte. Der AG informierte den BR am 26. März 2024 darüber und teilte ihm mit, er hebe die personellen Maßnahmen, zu denen er ihn Ende Mai 2023 um Zustimmung gebeten habe, auf und nehme den Antrag zurück. Gleichzeitig bat er den BR um Zustimmung zur Versetzung der AN V auf dieselbe Stelle und zur entsprechenden Umgruppierung. Er informierte den BR über die vorläufig Durchführung der Versetzung ab 04. April 2024. Nach Verweigerung der Zustimmung durch den BR leitete der AG beim ArbG ein erneut ein Verfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG, § 100 Abs. 2 S. 3 BetrVG ein. Der AG hat das vorliegende Beschlussverfahren in 2. Instanz für erledigt erklärt. Der BR hat der Erledigung ausdrücklich nicht zugestimmt. Das LAG hat das Verfahren eingestellt. Dagegen wendet sich der BR mit seiner Rechtsbeschwerde.

## Problematik

Nach § 90 Abs. 2 i. V. m. § 83 Abs. 2 S. 1 ArbGG ist ein Beschlussverfahren in der Beschwerdeinstanz einzustellen, wenn die Beteiligten es für erledigt erklärt haben. Hat nur der Antragsteller das Verfahren für erledigt erklärt und stimmen andere Verfahrensbeteiligte diese Erklärung nicht zu, hat das Gericht zu prüfen, ob sich das Verfahren erledigt hat. Durfte das LAG hier das Verfahren einstellen? Hätte der AG die bisherigen Anträge auf Feststellung umstellen müssen im Hinblick auf die Erledigung des Verfahrens oder darf er während laufenden Zustimmungsersetzungsverfahrens einen neuen Einstellungs- oder Versetzungsvorgang – verbunden mit einer entsprechenden Ein- oder Umgruppierung nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG beginnen? Das Rechtsschutzbedürfnis verlangt als Sachentscheidungsvoraussetzung das Vorliegen eines berechtigten Interesses an der Inanspruchnahme der Gerichte. Fehlt es, ist ein Antrag als unzulässig abzuweisen. Sind die Anträge mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig?

## Entscheidung des Gerichts

Die Rechtsbeschwerde des BR gegen die entgegenstehende Entscheidung des LAG war erfolglos. Das LAG habe das Verfahren auf die einseitige Erledigungserklärung des AG zu Recht in entsprechender Anwendung von § 90 Abs. 2 i. V. m. § 83a Abs. 2 S. 1 ArbG G eingestellt. Das Verfahren hat sich erledigt, wenn nach Anhängigkeit des Beschlussverfahrens tatsächliche Umstände dazu führen, dass der Antrag des Antragstellers nunmehr als unzulässig oder unbegründet abgewiesen werden müsste. Das Verfahren ist dann von Amts wegen einzustellen, ohne dass über die Sachanträge der Beteiligten zu entscheiden wäre. Es komme nicht darauf an, ob diese bis dahin zulässig und begründet waren. Eine Umstellung der bisherigen Anträge auf Feststellung, dass das Verfahren erledigt ist, bedarf es nicht. Der Wunsch des AG, die mit Antrag vom 26. Januar 2022 erbetene Zustimmung des BR zur Versetzung und Umgruppierung der AN zu ersetzen sowie

festzustellen, dass die Versetzung aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war, hat sich erledigt. Die Anträge wären mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn der Antragsteller offensichtlich gerichtliche Hilfe zur Erreichung seines Ziels nicht mehr benötigt. Der Antrag eines AG, die Zustimmung des BR zu einer personellen Maßnahme nach § 99 Abs. 4 BetrVG gerichtlich zu ersetzen, setze deshalb voraus, dass der AG die Durchführung dieser Maßnahme noch beabsichtigt. Danach sei hier das Rechtsschutzbedürfnis für die Anträge auf Zustimmungsersetzung entfallen. Der AG wolle die personelle Maßnahme nicht mehr durchführen, zu der er die Zustimmung des BR und sodann die gerichtliche Ersetzung beantragt hatte. Daher habe sich auch sein Antrag nach § 100 Abs. 2 S. 3 BetrVG erledigt. Mangels Versetzung fehle das Feststellungsinteresse. Der AG könne auch während eines laufenden Zustimmungsersetzungsverfahrens einen neuen Einstellungs- oder Versetzungsvorgang, neben einer Ein- oder Umgruppierung nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG beginnen. Das gerichtliche Verfahren erledige sich dann, wenn der AG den ursprüngliche Zustimmungsantrag an den BR zurückziehe. Dies gelte auch, wenn er die Durchführung einer neuen, eigenständigen Maßnahme plane, die auf das gleiche Ziel gerichtet sei. Er könne während eines noch rechtshängigen Zustimmungsersetzungsverfahrens einen weiteren Zustimmungsantrag an den BR richten und bei Zustimmungsverweigerung ein darauf bezogenes Verfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG einleiten. Der AG könne den BR sogar mehrmals hintereinander um Zustimmung zur Einstellung oder Versetzung desselben AN auf denselben (neuen) Arbeitsplatz ersuchen und mehrere Zustimmungsersetzungsverfahren zeitlich parallel bei Gericht anhängig machen. Die Beschlussverfahren haben trotz des gleichen Rechtsschutzziels unterschiedliche Verfahrensgegenstände. Hier habe der AG die personellen Maßnahmen, zu denen er die Zustimmung beantragte, zurückgezogen. Unerheblich sei, dass er weiter mit seinem Gesuch vom 26. März 2024 die Zustimmung des BR zur Versetzung der AN V auf die Stelle „Manager Operations“ am Standort F und deren Umgruppierung erstrebte. Hier handelte es sich um neue, eigenständige personelle Maßnahmen, die nicht Gegenstand des vorliegenden Beschlussverfahrens sind. Der AG habe die besagte Stelle im Februar 2024 erneut intern ausgeschrieben und auf der Grundlage des veränderten Bewerberkreises eine neue Entscheidung über die Versetzung getroffen. Damit habe er an der ursprünglichen Versetzung und vorläufigen Durchführung nicht mehr festgehalten, sondern insoweit eine neue eigenständige Maßnahme beabsichtigt. Unerheblich sei, dass sowohl die zu besetzende Stelle als auch die von ihm ausgewählte AN identisch sind. Der AG könne den BR mehrfach um Zustimmung zur Versetzung desselben AN auf denselben neuen Arbeitsplatz ersuchen, soweit er, wie hier, erkennbar von der bisherigen personellen Maßnahme Abstand genommen habe. Auch hinsichtlich der Umgruppierung liege eine neue eigenständige Maßnahme vor. Der AG müsse bei jeder Versetzung prüfen, welcher Vergütungsgruppe einer im Betrieb geltenden Vergütungsordnung der AN aufgrund seiner Tätigkeit zuzuordnen sei. Dies gelte selbst auch, wenn die Beurteilung ergebe, dass die bisherige Eingruppierung unverändert bleibe. Daher müsse der AG im Zusammenhang mit der neuen Versetzung der V auch eine neue Entscheidung über deren Umgruppierung treffen. Es komme nicht darauf an, ob die AN V zuvor tatsächlich nicht mehr auf der neuen Stelle eingesetzt war.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass sich der ursprüngliche Zustimmungsantrag erledigt, wenn der AG von einer personellen Einzelmaßnahme Abstand genommen hat. Der AG ist in einem solchen Fall nicht gehindert, den BR erneut um Zustimmung zur Einstellung oder Versetzung desselben AN auf denselben Arbeitsplatz zu ersuchen. Der AG muss den Einsatz des AN auf der betreffenden Stelle vor Einleitung des Zustimmungsverfahrens zu einer neuen – eigenständigen – Maßnahme nicht tatsächlich beenden, wenn bislang aufgrund der vorläufigen Durchführung der Einstellung oder Versetzung nach § 100 BetrVG kein betriebsverfassungswidriger Zustand eingetreten ist.

## Vergütungsanpassung eines freigestellten Betriebsratsmitglieds

**BAG von**  
20.03.2025

**Aktenzeichen**  
7 AZR 46/24

**Stichwort**  
§§ 37, 38 BetrVG, § 78 S. 2 BetrVG;  
Korrektur einer mitgeteilten  
Vergütungserhöhung, vergleichbare  
Arbeitnehmer mit betriebsüblicher  
Entwicklung

### Sachverhalt

Der Kläger ist seit 1984 beim Unternehmen in einem tarifgebundenen Arbeitsverhältnis beschäftigt und war vor seiner Freistellung als BR-Mitglied im Jahr 2002 als Anlagenführer in der tariflichen Entgeltstufe 13 eingruppiert. Der AG hatte ihm ab 2002 schriftlich mehrfach mitgeteilt, dass die bei ihm bestehende „Kommission Betriebsratsvergütung“ sein Arbeitsentgelt jeweils entsprechend der mit ihm vergleichbaren AN mit betriebsüblicher Entwicklung gemäß § 37 Abs. 4 BetrVG angepasst habe. Danach wurde der AN zuletzt ab 01. Januar 2015 in die Entgeltstufe 20 eingruppiert. Im Oktober 2015 bot ihm der Fertigungsleiter an, bei der Wagenfertigstellung als Fertigungs Koordinator tätig zu werden. Er hielt den AN angesichts seiner Qualifikationen für die „Idealbesetzung“ der Stelle. Der AN bewarb sich nicht, weil er 2015 u. a.

Vorsitzender des GBR-Ausschusses geworden war und die Aufgabe nicht gleich aufgeben wollte. Nach der Entscheidung des BGH vom 10. Januar 2023 zur Untreuestrafbarkeit bei überhöhtem Arbeitsentgelt für ein BR-Mitglied unter Verstoß gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot musste der AG die den BR-Mitgliedern gewährten Vergütungen überprüfen. Er stellte unter Einbeziehung der nach seiner Ansicht mit dem AN vergleichbaren, im Prozess pseudonymisiert angegebenen AN fest, dass dem Kläger eine Vergütung nach Entgeltstufe 17 zustehe. Diese bezahlte er dem AN im Februar 2023, seit März 2023 vergütet er ihn nach Entgeltstufe 18. Der AG forderte für Oktober 2022 bis Januar 2023 vom AN eine Vergütungsüberzahlung von 2.592,96 Euro brutto zurück. Der AN zahlte zwar zurück, forderte aber gerichtlich vom AG die Differenz zwischen der ihm nach seiner Ansicht zustehenden Vergütung nach Entgeltstufe 20 und der vom AG gezahlten Vergütung nach Entgeltstufe 17 bzw. 18 für die strittigen Zeiträume in Höhe von 2.897,00 Euro. Zudem verlangte er die Rückzahlung der vermeintlichen Vergütungsüberzahlung von 2.592,96 Euro brutto. Der AG hielt die Mitteilungen über eine Vergütungserhöhung für bloße Informationen über die in der Vergangenheit vorgenommenen Anpassungen des Arbeitsentgelts des AN an das der vergleichbaren AN mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung nach § 37 Abs. 4 BetrVG, die sich als nicht rechtskonform dargestellt hatten. Da bei Amtsantritt des AN als BR-Mitglied keine der potenziellen Vergleichspersonen als Anlagenführer in Entgeltstufe 13 eingruppiert war, seien 11 andere AN mit einer Vergütung nach Entgeltstufe 12 mit vergleichbarer Qualifikation heranzuziehen gewesen. Der Median der Entgeltentwicklung der elf Vergleichspersonen liege bei der Entgeltstufe 16, was für den AN eine relative Medianentwicklung von plus vier Entgeltstufen im Vergleich zur Entgeltstufe 12 entspreche. Vor dem Hintergrund der Entscheidung des BGH vom 10. Januar 2023 und den entsprechenden Strafbarkeitsrisiken könne er die konkrete hypothetische Entwicklungsmöglichkeiten des AN aus Datenschutzgründen nicht berücksichtigen.

### Problematik

Nach § 37 Abs. 2 BetrVG sind BR-Mitglieder von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. § 37 Abs. 4 BetrVG sieht vor, dass das Arbeitsentgelt von BR-Mitgliedern einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer AN mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Kann sich der AN hier auf einen vertraglichen Anspruch aufgrund der Schreiben zu den Vergütungserhöhungen berufen, weil ihm betriebsverfassungsrechtlich die Vergütung entsprechend der mit ihm vergleichbaren AN und deren betriebsüblicher Entwicklung garantiert wurde? Kann er argumentieren, dass die Vergütungsunterschiede seiner hypothetischen Karriereentwicklung mit Blick auf die vom ihm im Oktober 2015 abgelehnte Stelle als Fertigungs Koordinator im Bereich der Wagenfertigstellung entsprechen? Gemäß § 78 S. 2 BetrVG dürfen BR-Mitglieder wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt werden; dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung. Ergibt sich daraus in Anspruch für den AN auf die geforderten Zahlungen? Kann der AG darauf berufen, dass er aus datenschutzrechtlichen Gründen daran gehindert ist, namentlich Vergleichspersonen zu benennen und deswegen keinen Vergleich aufstellen kann?

### Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AG gegen die entgegenstehenden Entscheidung des LAG war mangels ausreichender Begründung erfolgreich und führte zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das LAG. Ein vertraglicher Anspruch bestehe nicht. Die Parteien haben auf Grundlage der Mitteilungen des AG zur Vergütungserhöhung nach § 37 Abs. 4 BetrVG keine (Änderungs-)Vereinbarung(en) über die jeweilige Entgelthöhe getroffen. Der Zahlungsanspruch des AN könne sich aber unmittelbar aus § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG ergeben. Die Arbeitsentgeltgarantie des § 37 Abs. 4 S. 1 erstrecke sich auch auf allgemeine Zuwendungen des AG. Die Vorschrift garantiere dem BR-Mitglied nicht zwingend die der Höhe nach absolut gleiche Vergütung vergleichbarer AN. Es komme vielmehr darauf an, ob die Gehaltsentwicklung des BR-Mitglieds in Relation zu derjenigen vergleichbarer AN zurückgeblieben sei. § 37 Abs. 4 BetrVG stelle sicher, dass BR-Mitglieder weder wirtschaftlich noch beruflich gegenüber vergleichbaren AN mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung Nachteile erleiden. Dabei sind vergleichbar nach § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG AN, die im Zeitpunkt der Amtsübernahme ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt haben wie der Amtsträger und dafür wie dieser fachlich und persönlich qualifiziert waren. Üblich sei eine Entwicklung, die vergleichbare AN bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen haben. Zunächst habe das BR-Mitglied, das eine Vergütungsanpassung nach § 37 Abs. 4 BetrVG fordere, die Darlegungs- und Beweislast für die rechtsbegründenden Tatbestandsmerkmale. Dies könne für ihn mit Schwierigkeiten verbunden sein, weil es in der Regel keinen vollständigen Überblick über die Entgeltentwicklung vergleichbarer AN mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung habe. Korrigiere hingegen der AG eine gewährte Vergütungserhöhung, die sich für das BR-Mitglied nach der objektiven Sachlage als bloße Anpassung seines Entgelts entsprechend § 37 Abs. 4 BetrVG darstellen dürfte, müsse der AG darlegen und beweisen, dass die Vergütungserhöhung objektiv fehlerhaft war. Dies sei der Tatsache geschuldet, dass das BR-Mitglied grundsätzlich davon ausgehen dürfe, dass der AG seine Anpassungsverpflichtung erfülle. Zwar genieße ein BR-Mitglied grundsätzlich keinen Vertrauensschutz gegenüber nach § 78 S. 2 BetrVG unzulässig begünstigenden Maßnahmen und Leistungen. Es sei auch richtig, dass Mandatsträger nicht berechtigterweise auf die Weitergewährung gesetzeswidriger Leistungen vertrauen dürfen. Ebenso sei zutreffend, dass eine dem BR-Mitglied nur aufgrund seines Amtes gewährte Vergütungserhöhung gegen das betriebsverfassungsrechtliche Ehrenamtsprinzip des § 37 Abs. 1 BetrVG verstoße. Das Vertrauen des BR-Mitglieds in diese das Verbot der Begünstigung missachtende Entgelterhöhung sei nicht schutzwürdig. Das setze aber voraus, dass es hier ein Tatbestand der unzulässigen Begünstigung vorliege, was ausscheide, wenn die Vergütung des BR-Mitglieds nach § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG angepasst worden sei. Es komme daher nicht darauf an, dass der AN hier keine mit ihm vergleichbaren AN und deren betriebsübliche Entwicklung dargelegt habe. Das LAG müsse jetzt berücksichtigen, dass der AG mit seinem bisherigen Sachvortrag zur Korrektur der Vergütungserhöhung im Sinne des § 37 Abs. 4 BetrVG keine objektive Fehlerhaftigkeit der mitgeteilten und gewährten Entgeltanpassung aufgezeigt habe. Sein Vorbringen hierzu sei nicht hinreichend substantiiert. Der AG habe die einbezogenen Vergleichspersonen nicht namentlich angeführt, sondern Pseudonymen zugeordnet. Die Namensnennung der AN, an denen sich die Vergütungsanpassung des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG auszurichten habe, sei aber erforderlich. Andernfalls könne der AN weder nachvollziehen, welche konkreten AN der AG für vergleichbar halte, noch in Abrede stellen, dass diese Personen nicht mit ihm vergleichbar sind. Eine Einlassung zu den Vergleichspersonen allein anhand ihrer jeweiligen Endziffern der Personalnummer, ihrer Organisationseinheit und Tätigkeitsbeschreibung, ihrem Geburtsdatum, Eintrittsdatum sowie ihrer Qualifikation sowie ihrem Arbeitssystem sei dem AN nicht ohne weiteres möglich. Entgegen der Ansicht der AG stehen der namentlichen Benennung vergleichbarer Arbeitnehmer keine datenschutzrechtlichen Belange entgegen. Zwar liege in der Berücksichtigung der Daten vergleichbarer Arbeitnehmer einschließlich deren namentlicher Bezeichnung bei der Entscheidungsfindung der Gerichte für Arbeitssachen eine Datenverarbeitung im Sinne von Art. 4 Nr. 2 DSGVO wie in ihrer Einführung in den Prozess durch den AG. Diese sind aber jeweils rechtmäßig.

### Konsequenzen

Das BAG stellt klar, dass § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG den AG verpflichtet, den BR-Mitgliedern bis zu einem Jahr nach Beendigung deren Amtszeit das Arbeitsentgelt zu gewähren, das vergleichbare AN mit betriebsüblicher Entwicklung erzielen. Hat der AG dem BR-Mitglied eine Vergütungserhöhung gewährt, die sich nach der objektiven Sachlage für das BR-Mitglied als bloße Anpassung seines Entgelts entsprechend § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG darstellen dürfte, hat der AG deren objektive Fehlerhaftigkeit darzulegen und zu beweisen, wenn er die angepasste Vergütung nachträglich im Sinn einer Rücknahme oder Kürzung korrigiert. Der Sachvortrag des AG muss den Schluss darauf zulassen, dass – bezogen auf den Zeitpunkt der mitgeteilten (für den streitgegenständlichen Zeitraum maßgeblichen) Vergütungserhöhung – (nur) die Voraussetzungen der „nach unten“ korrigierten Vergütungsanpassung erfüllt waren. Der in diesem Zusammenhang erforderlichen namentlichen Benennung der nach § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG mit dem BR-Mitglied vergleichbaren AN stehen

# Anfechtung eines Einigungsstellenspruchs

**BAG von**  
**20.05.2025**

**Aktenzeichen**  
1 ABR 11/24

**Stichwort**  
§ 76 Abs. 3 S. 4, § 76 Abs. 5 S. 4  
BetrVG, § 3 Abs. 2 TVG;  
unvollständiger  
Einigungsstellenspruch,  
Teilanfechtung, Überschreiten der  
Ermessensgrenzen

## Sachverhalt

Der tarifgebundene AG und der BR einigten sich im Rahmen von Verhandlungen über eine neue BV zu Entgeltgrundsätzen, nachdem die ursprüngliche BV gekündigt worden war, nicht. Der im Betrieb anwendbare TV, das Entgeltrahmenabkommen in der Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalens (ERA NRW), sah für den Nichteinigungsfall als Konfliktlösung eine tarifliche Einigungsstelle vor, die die Betriebsparteien anriefen. Die Einigungsstelle fasste sodann einen Spruch, bestehend aus , zwei Teilen. Teil I des Spruchs enthielt insgesamt 31 Kostenstellen, es fehlte jedoch die Kostenstelle 1147 (Fertigbeize), die im zur Entscheidung gestellten und beschlossenen Spruch der Einigungsstelle zu Teil I enthalten war. Der Spruch der Einigungsstelle enthält in seinem Teil II eine BV über die Anwendung des Entgeltgrundsatzes Leistungsentgelt mit der Entgeltmethode Prämie (BV

2022). Der AG wies den Einigungsstellenvorsitzenden auf das Fehlen der Kostenstelle in Teil I hin. Dieser berichtigte daraufhin den Spruch entsprechend. Mit seinem am 07. Oktober 2022 beim ArbG eingegangenen Antrag hat der BR geltend gemacht, Teil I des Spruchs sei unwirksam. Die Einigungsstelle habe damit ihren Regelungsauftrag nicht erfüllt. Auch habe sie den Sachverhalt nicht hinreichend aufgeklärt. Das eingeholte Sachverständigengutachten bilde keine ausreichende Grundlage für eine Entscheidung. Zudem überschreite die Regelung in Teil I des Spruchs die Grenzen billigen Ermessens. Darüber hinaus sei die Berichtigung des Spruchs durch den Vorsitzenden der Einigungsstelle unzulässig.

## Problematik

Konnte der BR sich bei seiner Anfechtung isoliert auf Teil I des Einigungsstellenspruchs beschränken? Nach § 76 Abs. 3 S. 4 BetrVG sind die Beschlüsse der Einigungsstelle schriftlich niederzulegen und vom Vorsitzenden zu unterschreiben oder in elektronischer Form niederzulegen und vom Vorsitzenden mit seiner qualifizierten elektronischen Signatur zu versehen sowie AG und BR zuzuleiten. Die Überschreitung der Grenzen des Ermessens können der AG und der BR nach § 76 Abs. 5 S. 4 BetrVG nur binnen einer Frist von zwei Wochen, vom Tage der Zuleitung des Beschlusses an gerechnet, beim ArbG geltend machen. Durfte der Vorsitzende der Einigungsstelle den Spruch auf die Aufforderung des Arbeitgebers, ohne weitere Maßnahmen einzuleiten, rechtswirksam durch einen Berichtigungsbeschluss korrigieren?

## Entscheidung des Gerichts

Die Rechtsbeschwerde des BR gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war erfolgreich. Der Einigungsstellenvorsitzende hätte den Spruch nicht auf die Anforderung des AG korrigieren dürfen. Der Feststellungsantrag des BR konnte sich auch auf ein Teilrechtsverhältnis beschränken. Eine Teilanfechtung sei möglich, wenn sie sich auf ein selbstständig feststellbares Teilrechtsverhältnis bezieht und die Betriebsparteien die übrigen Regelungen übereinstimmend gelten lassen wollen. Danach sei Teil I des Spruchs isoliert anfechtbar, da er nicht nur eine tatsächliche Feststellung darüber enthalte, welche betrieblichen Kostenstellen dem Entgeltgrundsatz Zeitentgelt entsprechen. Die Systematik und der Gesamtzusammenhang zeigen, dass durch den Spruch, die nach ERA-NRW erforderliche Vereinbarung der Beteiligten über die Einführung des Entgeltgrundsatzes Zeitentgelt in den in Teil I genannten Kostenstellen ersetzt werden sollte. Der Spruch der Einigungsstelle enthält in seinem Teil II eine BV über die Anwendung des Entgeltgrundsatzes Leistungsentgelt mit der Entgeltmethode, Prämie (BV 2022). Damit sollte für die dort aufgeführten drei, auch unter den Geltungsbereich der BV 2022 fallenden Kostenstellen eine abschließende Entscheidung über eine Angelegenheit nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BetrVG getroffen werden. Diese Zielrichtung liegt auch Teil I des Spruchs zugrunde. Für die übrigen Kostenstellen sollte auch eine Regelung über den nach der Kündigung der BV 2016 zukünftig geltenden Entgeltgrundsatz (Zeitentgelt) geschaffen werden. Der Spruch sei inhaltlich teilbar. Die Regelungen der einzelnen Teile beziehen sich auf unterschiedliche Kostenstellen und erfassen nur die dort tätigen AN. Teil II des Spruchs erstreckte sich sowohl auf einen anderen räumlichen, fachlichen und personellen Geltungsbereich als Teil I. Die Unwirksamkeit des ersten Teils hätte daher nicht zur Folge, dass die Regelungen der im zweiten Teil enthaltenen BV 2022 nicht in sich verständlich wären. Etwas anderes folge auch nicht aus der BV 2022. Danach soll die BV 2016 mit Inkrafttreten der BV 2022 abgelöst werden und ihre Nachwirkung

verlieren. Selbst wenn man unterstellen würde, diese Regelung gelte auch für die von Teil I des Spruchs erfassten Kostenstellen, hätte dies nicht zur Folge, dass seine beiden Teile untrennbar zusammenhängen. Entsprechend ihrem Sinn und Zweck gelte die BV 2022 nur, soweit in den betrieblichen Kostenstellen ein neuer Entgeltgrundsatz und eine neue Entgeltmethode mitbestimmt und damit auf der Grundlage eines wirksamen Spruchs der Einigungsstelle eingeführt werden. Der angefochtene Teil I des Spruchs sei aber unwirksam, weil der Spruch nicht den formalen Vorgaben des § 76 Abs. 3 S. 4 BetrVG genüge. Durch die Zuleitung sollen die Betriebsparteien über den Inhalt des von der Einigungsstelle gefassten Spruchs rechtssicher informiert werden. Da der Spruch ihre Einigung ersetzt und das betriebsverfassungsrechtliche Rechtsverhältnis zwischen AG und BR unmittelbar ausgestalte, haben beide daran ein berechtigtes Interesse. Der Einigungsstellenspruch ist vom AG nach § 77 Abs. 1 BetrVG durchzuführen. Dieser Pflicht kann er nur genügen, wenn über den Inhalt des Spruchs ab dem Zeitpunkt seiner Zuleitung Rechtsklarheit bestehe. Beide Betriebsparteien sollen dadurch auch binnen der nach § 76 Abs. 5 S. 4 BetrVG mit der Zuleitung des Spruchs beginnenden zweiwöchigen Frist für die gerichtliche Geltendmachung seinen Inhalt auf Ermessensfehler überprüfen können. Werde der von der Einigungsstelle beschlossene Spruch den Betriebsparteien nicht in allen Bestandteilen zugeleitet, sei er nach § 76 Abs. 3 S. 4 BetrVG unwirksam. Der Spruch sei den Betriebsparteien nicht vollständig zugeleitet worden. In Teil I des mehrheitlich von den Mitgliedern der Einigungsstelle beschlossenen Spruchs sei die Kostenstelle 1147 (Fertigbeize) aufgeführt. Der den Beteiligten vom Einigungsstellenvorsitzenden zugeleitete schriftliche Spruch sei unvollständig, weil dort in Teil I die Kostenstelle 1147 fehle. Der Vorsitzende der Einigungsstelle konnte den Verstoß gegen das Zuleitungsgebot nicht durch einen „Berichtigungsbeschluss“ heilen. Das Einigungsstellenverfahren ist mit Zugang des mit Zuleitungswillen den Betriebsparteien übermittelten Einigungsstellenspruchs abgeschlossen und nur bei einer gerichtlich festgestellten Unwirksamkeit des Spruchs fortzusetzen. Eine rückwirkende Heilung durch Übersendung einer vollständigen Beschlussfassung sei nicht möglich. Selbst wenn ggf. analog § 1058 ZPO oder analog § 319 ZPO eine Berichtigung bloßer Schreibfehler oder ähnlicher offenkundiger Unrichtigkeiten eines Spruchs möglich wäre, hätte hierüber die Einigungsstelle als Ganzes und nicht allein ihr Vorsitzender zu entscheiden.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass ein Einigungsstellenspruch unwirksam ist, wenn der den Betriebsparteien vom Vorsitzenden der Einigungsstelle übermittelte Spruch im Vergleich zu dem von der Einigungsstelle beschlossenen nicht alle Bestandteile enthält und damit unvollständig ist. Die Anfechtung eines Einigungsstellenspruchs kann sich auf einen Teil des Spruchs beschränken, soweit es sich hierbei um ein selbständig feststellbares Teilrechtsverhältnis handelt und die Betriebsparteien die übrigen Regelungen übereinstimmend gelten lassen wollen.

# Ladung von Ersatzmitgliedern und Rechtswirkung der Genehmigung eines Betriebsratsbeschlusses

**BAG von**  
**20.05.2025**

**Aktenzeichen**  
1 AZR 35/24

**Stichwort**  
§ 77 Abs. 3 BetrVG, § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, § 29 Abs. 2 BetrVG;  
Nachladung bei kurzfristiger  
Verhinderung eines  
Betriebsratsmitglieds

## Sachverhalt

Der Kläger war bei dem – nicht tarifgebundenen – Unternehmen, die Metallwaren produziert und vertreibt, bis zum 31. Dezember 2022 beschäftigt. Am 04. Mai 2007 schloss der AG mit dem in ihrem Betrieb gebildeten dreizehnköpfigen BR die „Betriebsvereinbarung über NT ERA“ (BV 2007) ab, die zum 01. Januar 2008 in Kraft trat. Die BV enthält ein neues Vergütungssystem, das sich am Entgeltrahmen-Tarifvertrag für die Beschäftigten der Metall- und Elektroindustrie in Baden-Württemberg (ERA-TV) orientiert. Nach § 5 BV 2007 erhalten sog. Überschreiter die Differenz vom alten zum neuen Monatsentgelt als Sockelbetrag ausgezahlt. Weiter ist geregelt, dass eine Verrechnung mit künftigen Tarifierhöhungen nicht vorgenommen wird und der Sockelbetrag an künftigen Tarifierhöhungen

teilnimmt. Eine am 04. Dezember 2020 vom AG und dem BR-Vorsitzenden unterzeichnete BV „Nachtrag zur Betriebsvereinbarung über NT ERA“ (BV 2020) sieht vor, dass der Sockelbetrag zum 01. Januar 2022 um 25 Prozent gekürzt wird und die verbleibenden 75 Prozent nicht mehr an künftigen Entgeltanpassungen teilnehmen. Da Streit darüber bestand, ob der der Unterzeichnung der BV 2020 zugrunde liegende Betriebsratsbeschluss vom 01. Dezember 2020 wirksam war, beschloss der BR in seiner Sitzung vom 25. Juli 2023, die Beschlussfassung zu bestätigen. Zu dieser Sitzung, bei der acht BR-Mitglieder und zwei Ersatzmitglieder anwesend waren, waren am 20. Juli 2023 elf BR-Mitglieder und zwei Ersatzmitglieder geladen worden. Im Lauf des Vormittags des 25. Juli 2023 hatte ein weiteres BR-Mitglied mitgeteilt, krankheitsbedingt nicht an der für den frühen Nachmittag anberaumten Sitzung teilnehmen zu können. Für ihn wurde kein Ersatzmitglied geladen. Der AN hat im Rahmen seiner – im Jahr 2022 erhobenen – Feststellungsklage die Auffassung vertreten, er habe Anspruch auf Zahlung von Arbeitsentgelt nach der BV 2007, deren Geltung er stillschweigend akzeptiert habe. Die Regelung in der BV 2020 über die Kürzung des Sockelbetrags sei wegen Verstoßes gegen § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG unwirksam. Zudem habe der Unterzeichnung der BV 2020 durch den BR-Vorsitzenden kein wirksamer BR-Beschluss zugrunde gelegen. Daher sei die Kürzung des Sockelbetrags um 25 Prozent und der Ausschluss des verbleibenden Betrags an Tarifierhöhungen auf der Grundlage der BV vom 04. Dezember 2020 ihm gegenüber unwirksam.

## Problematik

Gemäß § 77 Abs. 3 BetrVG können Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch TV geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer BV sein. Dies gilt nicht, wenn ein TV den Abschluss ergänzender BV ausdrücklich zulässt. Der Verstoß gegen die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG führt zur Unwirksamkeit der BV. Verstößt die BV 2020 gegen § 77 Abs. 3 BetrVG mit der Folge ihrer Unwirksamkeit? War der BR hier an der wirksamen Beschlussfassung gehindert, weil er ein Ersatzmitglied nicht rechtzeitig zum Termin zur Beschlussfassung über die BV eingeladen hat? Konnte die BV durch den erneuten Betriebsratsbeschluss genehmigt werden?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AG gegen die entgegenstehende Entscheidung des LAG war erfolgreich. Der AN habe für 2022 keinen Entgeltanspruch nach der BV 2007, da die Regelung wirksam durch die BV 2020 abgelöst worden sei und die BV 2020 nicht gegen § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG verstoße. Eine tarifliche Regelung von Arbeitsbedingungen nach § 77 Abs. 3 BetrVG ist gegeben, wenn sie in einem einschlägigen TV enthalten ist und der Betrieb in dessen Geltungsbereich falle. Auf die Tarifgebundenheit des AG komme es nicht an. Die Sperrwirkung greife nicht, soweit es um Angelegenheiten geht, die nach § 87 Abs. 1 BetrVG der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen. Der Regelungsgegenstand der BV 2020 werde hier nicht von der Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG erfasst, da hier eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG vorliege. Nach dieser Vorschrift habe der BR bei der betrieblichen Lohngestaltung, bei der Aufstellung und Änderung von Entlohnungsgrundsätzen und der Einführung und Anwendung neuer Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung, mitzubestimmen. Entlohnungsgrundsätze nach § 87 Abs. 1 Nr.



10 BetrVG sind die abstrakt-generellen Grundsätze zur Lohnfindung, die das System bestimmen, nach dem das Arbeitsentgelt für die Belegschaft ermittelt oder bemessen werden solle. Dies umfasse die Grundentscheidung für eine Vergütung nach Zeit oder Leistung und daraus folgende Entscheidungen über die Ausgestaltung des jeweiligen Systems. Der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterliege die Einführung und Änderung von Entlohnungsgrundsätzen, nicht aber die konkrete Höhe des Arbeitsentgelts. Das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG werde bei einem nicht tarifgebundenen AG durch den Tarifvorbehalt des § 87 Abs. 1 Eingangshalbsatz BetrVG, wonach der BR nur mitbestimmen kann, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, weder beschränkt noch ausgeschlossen. Der tarifungebundene AG könne daher kollektivrechtlich das gesamte Volumen der von ihm zur Vergütung der AN bereitgestellten Mittel mitbestimmungsfrei festlegen. Mangels Tarifgebundenheit leiste er sämtliche Vergütungsbestandteile „freiwillig“. Bei der Verteilung der Gesamtvergütung habe der nicht tarifgebundene AG einen Entscheidungsspielraum, bei dessen Ausgestaltung der BR mitzubestimmen habe. Die BV 2020 enthalte eine nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungspflichtige Änderung eines betrieblichen Entlohnungsgrundsatzes. Die BV 2020 regle ebenso wie die BV 2007 nur einen abstrakten Grundsatz für die Entgeltbemessung, nicht die absolute Entgelthöhe. Durch die Kürzung des Sockelbetrags für eine bestimmte AN-Gruppe verschiebe sich der relative Abstand der jeweiligen Vergütungen zueinander. Dies ändere die betrieblichen Entlohnungsgrundsätze. Hier sei auch ein ordnungsgemäßer BR-Beschluss gefasst worden. Der BR habe den Abschluss der BV 2020 durch den Beschluss vom 25. Juli 2023 genehmigt. Zwar könne ein nicht ordnungsgemäßer BR-Beschluss schwebend unwirksam sein und daher keine Rechtswirkung entfalten. Eine spätere Genehmigung wirke aber entsprechend § 184 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Unterzeichnung der BV zurück. Die rechtzeitige Ladung der BR-Mitglieder und etwaiger Ersatzmitglieder unter Mitteilung der Tagesordnung sei wesentliche Voraussetzung zur Wirksamkeit von BR-Beschlüssen. Werde für ein zeitweilig verhinderte Mitglied ein vorhandenes Ersatzmitglied nicht geladen, sei der BR an der wirksamen Beschlussfassung gehindert. Etwas anderes gelte nur, wenn das BR-Mitglied oder das bereits geladene Ersatzmitglied plötzlich verhindert sei und es nicht mehr möglich sei, das weitere Ersatzmitglied rechtzeitig zu laden. Eine bestimmte Frist zur Nachmeldung von Ersatzmitgliedern sehe das Gesetz nicht vor. § 29 Abs. 2 S. 6 BetrVG bestimme nur, dass für ein verhinderten BR-Mitglied ein Ersatzmitglied zu laden sei. Auch die Ladung des Ersatzmitglieds müsse nach Maßgabe von § 29 Abs. 2 S. 3 BetrVG „rechtzeitig“ erfolgen. Welche Zeitspanne hierfür erforderlich sei, sei anhand der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung zu beurteilen. Dabei komme dem BR-Vorsitzenden bei der Frage, ob eine rechtzeitige Nachmeldung noch möglich sei, eine eigenes Einschätzungsermessen zu. Die Regelung in § 29 Abs. 2 S. 3 BetrVG diene mittelbar der Willensbildung des BR und ermögliche dem BR-Mitglied eine sachgerechte Sitzungsvorbereitung, um ihn vor unvorbereiteten Entscheidungen zu schützen. Für die Pflicht zur Ladung von Ersatzmitgliedern nach § 29 Abs. 2 S. 6 BetrVG gelte nach dem Zweck der Vorschrift nichts anderes, auch wenn das Gesetz dies nicht ausdrücklich regle. Der BR-Vorsitzende musste danach hier kein Ersatzmitglied für das BR-Mitglied nachladen, das seine Verhinderung erst wenige Stunden vor der BR-Sitzung mitgeteilt hatte.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass die Ladung eines Ersatzmitglieds zu einer BR-Sitzung nach § 29 Abs. 2 S. 6 BetrVG rechtzeitig im Sinne von § 29 Abs. 2 S. 3 BetrVG zu erfolgen. Ob dies im Fall einer kurzfristigen Verhinderung eines BR-Mitglieds noch möglich ist, richtet sich nach den objektiven Umständen des Einzelfalls. Dem BR-Vorsitzenden steht hierbei ein weiter Beurteilungsspielraum zu. Wird dem BR-Vorsitzenden die Verhinderung eines BR-Mitglieds erst im Lauf des Tags bekannt, an dem die BR-Sitzung stattfinden soll, darf er regelmäßig annehmen, dass die rechtzeitige Nachladung eines Ersatzmitglieds nicht mehr möglich ist. Ein BR-Beschluss, durch den der Abschluss einer BV genehmigt werden soll, wirkt entsprechend § 184 Abs. 1 BGB auf den Abschlusszeitpunkt zurück. Die damit verbundene rückwirkende Geltung der Normen begegnet keinen Bedenken im Hinblick auf Vertrauensschutz und Verhältnismäßigkeit.

# Mitbestimmung des Betriebsrats bei Frühstückspausen

**BAG von**  
**20.05.2025**

**Aktenzeichen**  
1 AZR 120/24

**Stichwort**  
§ 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG, § 87 Abs. 1  
Nr. 2 BetrVG; tarifliche  
Regelungssperre, Änderung eines  
tariflichen Entlohnungsgrundsatzes

## Sachverhalt

Der AN ist im Betrieb des AG als Werkstattmeister tätig. In seinem AV ist geregelt, dass Änderungen und Ergänzungen des AV zu ihrer Wirksamkeit schriftlich vereinbart werden müssen. Auch die Aufhebung des Schriftformerfordernisses bedarf der Schriftform. Der einschlägige TV, an den der AG gebunden ist, sieht ebenfalls vor, dass Nebenabreden schriftlich erfolgen müssen. Zudem enthält der TV Regelungen für den Fall einer „Arbeitsversäumnis“. Danach hat der AN persönliche Angelegenheiten außerhalb der AZ zu erledigen. Wird er unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts von der Arbeit freigestellt, erhält er das Arbeitsentgelt, das er bei regelmäßigem Verlauf seiner Arbeitszeit erhalten würde. Im TV sind konkrete

Anlässe benannt, bei denen der AN unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts im jeweils bestimmten Ausmaß „von der Arbeit freigestellt wird“. Außerdem gibt es Vorgaben zur Fortzahlung des Arbeitsentgelts bei der Erfüllung allgemeiner staatsbürgerlicher Pflichten sowie für eine Teilnahme an Tagungen durch gewählte gewerkschaftliche Vertreter. Eine weitere Regelung im TV sieht vor, bestimmt, dass der AG „in sonstigen dringenden Fällen Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung der Vergütung bis zu drei Arbeitstagen gewähren“ kann. Zudem kann in begründeten Fällen eine kurzfristige Arbeitsbefreiung ohne Fortzahlung der Vergütung gewährt werden, wenn die betrieblichen Verhältnisse es gestatten. Die AZ der AN im Werkstattbereich beginnt um 06:30 Uhr und endet – inklusive Umkleidezeit – um 14:42 Uhr. Neben der gesetzlichen Ruhepause von 12:30 Uhr bis 13:00 Uhr erhielten die AN über viele Jahre während ihrer AZ eine 15-minütige Frühstückspause unter Fortzahlung der Vergütung. Der AG schloss mit dem BR 2018 die BV zur Restrukturierung und Konsolidierung“, in der diese „bisher geübte Praxis der Vergütung einer 15-minütigen Frühstückspause im Werkstattbereich ... dauerhaft und mit sofortiger Wirkung abgeschafft wird. Seit September 2018 vergütet der AG die Frühstückspause nicht mehr. Der AN nimmt eine solche Pause seitdem nicht mehr in Anspruch. Er meint, beim AG habe es aber eine betriebliche Übung über die Bezahlung einer Frühstückspause im Werkstattbereich gegeben. Sie sei mangels Betriebsvereinbarungsoffenheit nicht durch die o. g. BV abgelöst worden. Die Regelung sei zudem wegen Verstoßes gegen § 77 Abs. 3 BetrVG unwirksam. Der AG müsse ihm dafür für jeden Arbeitstag zwischen 2019 und 2023, an dem er keine Frühstückspause gemacht habe, 15 Minuten auf seinem AZ-Konto gutschreiben.

## Problematik

Kann sich der AG hier darauf berufen, dass wegen des tariflichen Schriftformerfordernisses keine betriebliche Übung entstehen konnte? Gemäß § 77 Abs. 3 BetrVG können Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch TV geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer BV sein. Dies gilt nach S. 2 der Vorschrift dann nicht, wenn ein TV den Abschluss ergänzender BV ausdrücklich zulässt. Kann der AG hier einwenden, dass eine möglicherweise entstandene betriebliche Übung wirksam und dauerhaft durch die Regelung in der BV abgelöst worden ist? Kann der AG hier einwenden, dass die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG hier nicht greift, weil es bei der Regelung in der neuen BV um eine Angelegenheit geht, die nach § 87 Abs. 1 BetrVG der erzwingbaren Mitbestimmung des BR unterliegt?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AN gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war mangels ausreichender Begründung erfolgreich und führte zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das LAG. Die Regelung in § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG verdeutlicht, dass es den TVP vorbehalten bleibt, ob sie ergänzende BV zulassen wollen oder nicht. Eine tarifliche Regelung von Arbeitsbedingungen liegt vor, wenn sie in einem nach seinem räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich einschlägigen TV enthalten ist und der Betrieb in den Geltungsbereich dieses TV. Auf die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers komme es dabei nicht an. Der Verstoß gegen die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG führt zur Unwirksamkeit der BV. Die Sperrwirkung greift dagegen nicht, soweit es um Angelegenheiten geht, die nach § 87 Abs. 1 BetrVG der erzwingbaren Mitbestimmung des BR unterliegen. Die Bestimmung in der neuen BV zielt nach ihrem Wortlaut darauf ab, die

„Vergütung“ einer 15-minütigen Pause im Werkstattbereich zu beenden. Früher konnten die AN im Werkstattbereich während ihrer AZ arbeitstäglich eine Frühstückspause machen, ohne dass deswegen die Vergütung vom AG gekürzt worden wäre oder sie länger hätten arbeiten müssen. Damit handelte es sich bei der Pause nicht um eine zusätzlich vergütete Leistung, sondern vielmehr um eine zeitlich und situativ begrenzte tägliche Freistellung von der Arbeitspflicht. Dies solle nunmehr nicht mehr erfolgen. Die TVP haben im TV die Arbeitsversäumnis geregelt. Danach müssen AN persönliche Angelegenheiten grundsätzlich außerhalb der AZ erledigen. Die Normen bestimmen verschiedene Situationen, bei denen AN unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts von der Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung befreit werden. In dringenden Fällen kann der AG eine Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung der Vergütung gewähren. Damit enthält der TV Regelungen für eine Freistellung der AN von der Arbeitspflicht. Der Betrieb des AG fällt räumlich und fachlich in den für alle AN geltenden TV. Die Norm des § 77 Abs. 3 BetrVG dient der Sicherung der Tarifautonomie sowie der Erhaltung und Stärkung der Funktionsfähigkeit der Koalitionen. Sie soll verhindern, dass Gegenstände, derer sich die TVP angenommen haben, konkurrierend und sei es inhaltsgleich in BV geregelt werden. § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG sperrt auch solche Regelungen in BV, deren Inhalt nicht gegen die tariflichen Vorgaben verstößt. Die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG ist nicht unter dem Gesichtspunkt einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit nach § 87 Abs. 1 BetrVG aufgehoben. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG hat der BR zwar nicht nur bei Beginn und Ende der täglichen AZ, sondern auch bei der Lage der Pausen mitzubestimmen. Die in dieser Norm angesprochenen Pausen sind jedoch nur Ruhepausen, durch die die AZ unterbrochen wird, die also nicht selbst zur AZ gehören. Eine Bestimmung, nach der eine bezahlte Freistellung von der Arbeitspflicht für eine Frühstückspause nicht mehr erfolgt, wird daher vom Mitbestimmungstatbestand nicht erfasst. Gleiches gilt für § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG, wonach der BR ein Mitbestimmungsrecht bei der Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen AZ hat. Die Regelung in der BV betrifft aber nicht die Dauer der für die AN im Werkstattbereich geltenden AZ, sondern nur die bezahlte Freistellung von der Arbeitspflicht für eine Frühstückspause. Der Umfang der betriebsüblichen AZ im Werkstattbereich bleibt unverändert. Auch § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG greift nicht. Bei der Aufhebung einer täglichen, kurzzeitigen Freistellung von der Pflicht zur Erbringung von – ggf. schweren – Arbeiten handelt es sich nicht um eine auf den Arbeitsschutz abzielende Maßnahme. Schließlich ist in der BV keine Änderung eines bestehenden betrieblichen Entlohnungsgrundsatzes nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG enthalten, der alle Formen der Vergütung, die der AG aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewährt, unabhängig davon, ob es sich um Geld- oder Sachleistungen handelt und ob sie freiwillig, einmalig oder nachträglich für Leistungen des Arbeitnehmers gewährt werden. Lohncharakter haben nur vermögenswerte Leistungen des AG., mit denen er dem Vermögen der AN etwas zuwendet. Daran fehle es hier. Die nach den Behauptungen des AN bestehende betriebliche Übung – die durch die neue BV beendet werden sollte – bezieht sich nur auf eine Freistellung von der Arbeitspflicht, es wird keine vermögenswerte Leistung zugewendet. Die Einstellung einer solchen Praxis sagt auch nicht aus, dass sich der relative Abstand der jeweiligen Vergütungen zueinander geändert hätte. Zu prüfen sei hier aber noch, ob eine betriebliche Übung entstanden ist. Entscheidend dafür sei, ob die AN im Werkstattbereich das Verhalten des AG nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Umstände so verstehen mussten, dass dieser sich dauerhaft binden wollte, eine entsprechende Freistellung zu gewähren.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass eine Regelung in einer BV, nach der ein tarifgebundener AG den AN künftig keine Freistellung von der Arbeitspflicht für eine Frühstückspause während der AZ mehr gewährt, keine Änderung eines betrieblichen Entlohnungsgrundsatzes enthält und damit nicht der Mitbestimmung des BR unterliegt.

# Mehrfache Wahlberechtigung von Führungskräften bei Matrix-Strukturen

**BAG von**  
**22.05.2025**

**Aktenzeichen**  
7 ABR 28/24

**Stichwort**  
§ 7 S.1 BetrVG; Zugehörigkeit zu mehreren Betrieben

## Sachverhalt

Bei der im Sommer 2022 durchgeführten Wahl des BR im Betrieb Süd des Unternehmens waren in der Wählerliste neben 498 AN 128 Führungskräfte angeführt, welche auch AN des Betriebs Süd führen, aber einem anderen Betrieb angehören (33 dem Betrieb Zentrale, 23 dem Betrieb Nord-Ost, 19 dem Betrieb West und 53 dem Betrieb Mitte). Die Führungskräfte erfüllen in den Betrieben unterschiedliche Aufgaben und leiten AN u. a. in den Bereichen Business Application & Consulting Services, Corporate Development, Services, Sales sowie HR. Sie haben keine eigenständige Kompetenz zur

Einstellung oder Entlassung von AN, zur Erteilung von Abmahnungen, zur Gewährung von Gehaltserhöhungen oder zu Anordnungen neuer Aufgabenzuweisungen. In ihren AV ist regelmäßig ein Standort vereinbart; sie sind teilweise im Home-Office tätig, können aber auch in vom AG an sämtlichen Standorten vorgehaltenen Büroräumlichkeiten arbeiten. Ihre teils im europäischen Ausland und teils im Inland ansässigen Vorgesetzten sind leitende Angestellte im Sinne des BetrVG und auch bei einer Inlandstätigkeit nicht zwangsläufig demselben Betrieb wie die geführte Führungskraft zugeordnet. Aus der – in ihrem Ergebnis am 27. Juni 2022 bekanntgegebenen – Wahl ging ein 11-köpfiger BR hervor. Von 260 gültig abgegebenen Stimmen entfielen 104 Stimmen auf die Liste 1, 62 Stimmen auf die Liste 2 und 94 Stimmen auf die Liste 3. Der AG hat die Wahl am 11. Juli 2022 beim ArbG angefochten. Er meinte, die 128 vom Wahlvorstand als wahlberechtigt angesehenen Führungskräfte hätten kein aktives Wahlrecht im Betrieb Süd, weil sie diesem nicht angehörten. Die Führungskräfte seien anderen Betrieben zugeordnet und allein dort wahlberechtigt; es bestehe kein Bedürfnis für deren Mehrfachwahlberechtigung. Für die Wahlberechtigung nach § 7 S. 1 BetrVG komme es auch nicht auf die Maßgaben der Mitbestimmung des BR bei der Einstellung nach § 99 BetrVG an. Beurteilte man die 128 Führungskräfte als in den Betrieb Süd eingegliedert, verringerte sich zum einen das Stimmengewicht der „echten“ betriebszugehörigen AN und zum anderen wären sie im Gesamtbetriebsrat überrepräsentiert. Das verstoße gegen das Demokratieprinzip.

## Problematik

Gemäß § 19 BetrVG kann u. a. der AG die Betriebsratswahl anfechten, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen wurde und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. Nach § 7 S. 1 BetrVG sind alle AN des Betriebs wahlberechtigt, die das 16. Lebensjahr vollendet haben. Zählen als AN des Betriebs auch Führungskräfte die teilweise in unterschiedlichen Betrieben eingesetzt werden oder hat hier der BR gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht verstoßen? Kann sich der BR hier darauf berufen, die 128 Führungskräfte – die neben dem fachlichen Weisungsrecht auch über nicht unerhebliche Teile des disziplinarischen Weisungsrechts verfügen – seien (auch) in den Betrieb Süd eingegliedert und folglich (auch) dort wahlberechtigt?

## Entscheidung des Gerichts

Die Rechtsbeschwerde des BR gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war mangels ausreichender Begründung des LAG erfolgreich. Ob die Wahl anfechtbar ist, kann der Senat auf der Grundlage der vom LAG getroffenen Feststellungen nicht abschließend entscheiden. Die Sache ist daher zur neuen Anhörung und Entscheidung an das LAG zurückzuverweisen. Die Vorschrift des § 7 S. 1 BetrVG zur Wahlberechtigung sei eine wesentliche – weil zentrale und zwingende – Vorschrift über das Wahlrecht. Der Eintragung der 128 Führungskräfte in die Wählerliste komme dabei keine materiell-konstitutive Bedeutung für die Wahlberechtigung dieser Personen(gruppe) zu. Das aktive Wahlrecht hänge nur davon ab, ob die Voraussetzungen des § 7 BetrVG erfüllt sind. Der Eintragung der 128 Führungskräfte in die Wählerliste habe keine materiell-konstitutive Bedeutung für die Wahlberechtigung dieser Personen(gruppe). Das aktive Wahlrecht hänge ausschließlich davon ab, ob die Voraussetzungen des § 7 BetrVG erfüllt sind. Die in einer Wählerliste ausgedrückte Zulassung von nicht wahlberechtigten AN – ebenso wie die Nichtzulassung von Wahlberechtigten – berechtige zwar zur Anfechtung der Wahl, führe aber nicht zur Nichtigkeit der Wahl. Die Berechtigung von (in

einem Unternehmen tätigen) AN zur Wahl des BR sei aber nicht aus betriebsverfassungsrechtlichen Gründen von vornherein auf ausschließlich einen Betrieb beschränkt. AN im Sinne des § 7 S. 1 BetrVG sind AN, die in einem Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Betriebs stehen und innerhalb der Betriebsorganisation des AG abhängige Arbeitsleistungen erbringen. Betriebszugehörigkeit setzt voraus, dass der AN tatsächlich in die Betriebsorganisation eingegliedert ist. Dafür kommt es darauf an, ob der AG mithilfe des AN den arbeitstechnischen Zweck des Betriebs verfolgt. Da der Betriebsbegriff nicht ausschließlich räumlich (Betriebsgrundstück), sondern (vorrangig) funktional (Betriebszweck) zu verstehen ist, sind weder individualarbeitsvertragliche Vereinbarungen zu einem Arbeitsort noch überhaupt der Ort der Tätigkeit für sich gesehen ausschlaggebend. Das gilt ebenso für AN, die in standortübergreifenden Teams einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck verwirklichen oder für die Zugehörigkeit von AN zu aufgrund eines TV oder einer BV nach § 3 BetrVG gebildeten betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheiten, die nach § 3 Abs. 5 S. 1 BetrVG als Betrieb gelten. Bei der Beurteilung, ob ein Beschäftigter in einen Betrieb eingegliedert ist, steht dem BAG ein Beurteilungsspielraum zu. Fehlerhaft sei hier die Annahme des LAG, die Matrix-Führungskräfte gehörten im Hinblick auf den in ihren AV „regelmäßig vereinbarten Standort“ (nur) „diesem Stammbetrieb“ an. Damit werde vernachlässigt, dass die Betriebszugehörigkeit nach § 7 S. 1 BetrVG durch die Eingliederung im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn – mithin durch tatsächliche Umstände und nicht durch die einzelvertragliche Festlegung – vermittelt werde. Auch wenn der Vertragsarbeitgeber Inhaber mehrerer Betriebe sei, gebe die tatsächliche Eingliederung des AN in die Betriebsorganisation dessen betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung vor. Sei ein AN in mehrere Betriebe tatsächlich eingegliedert, könne er mehreren Betrieben anzugehören; die Betriebszugehörigkeit bestimmt sich nicht unter der Negativvoraussetzung, dass keine Zugehörigkeit zu einem anderen Betrieb bestehe. Im BetrVG gebe es keine ausdrücklichen Regelungen zum Ausschluss einer Mehrfachwahlberechtigung. Nur § 5 Abs. 1 S. 2 BetrVG ordne für die in Heimarbeit Beschäftigten – insoweit aber gesondert – an, dass sich die Betriebszugehörigkeit (und damit Wahlberechtigung) auf den Betrieb beschränkt, für den der Beschäftigte „hauptsächlich“ tätig werde. Werde ein AN von der mit seiner Eingliederung in den Betrieb verknüpften betrieblichen Rechtsetzung des BR erfasst, bestehe ein Repräsentations- und Legitimationsbedürfnis. Wenn die Mitbestimmung des BR Einfluss auf das Individualarbeitsverhältnis oder die Rechtsstellung eines AN haben könne, müsse eine Wahlberechtigung gegeben sein. Verwirkliche ein AN als Vorgesetzter zusammen mit AN eines anderen Betriebs durch die Wahrnehmung der Führungsaufgabe (auch) den arbeitstechnischen Zweck dieses anderen Betriebs, sei er in die Arbeitsorganisation des anderen Betriebs eingebunden und (auch) dort von mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten betroffen. In Betracht kommt vor allem die Mitbestimmung des BR nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 und 7 BetrVG sowie § 99 BetrVG. Dass mitbestimmte Angelegenheiten ggf. auch oder exklusiv in einem anderen Betrieb, dem der Vorgesetzte angehört, anfallen mögen, stehe der Mehrfachwahlberechtigung nicht entgegen. Ein „Übergewicht“ bei der betrieblichen Interessenvertretung sei mit der Mehrfachwahlberechtigung aufgrund einer mehrfachen Eingliederung nicht gegeben. Es gebe keine arbeitnehmergruppenspezifische Repräsentation in der Betriebsverfassung.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass das aktive Wahlrecht gemäß § 7 Abs. 1 BetrVG neben der Arbeitnehmereigenschaft und Vollendung des 16. Lebensjahres die Zugehörigkeit zum Betrieb voraussetzt. Die Betriebszugehörigkeit durch die tatsächliche Eingliederung in die Betriebsorganisation vermittelt wird; diese liegt wiederum dann vor, wenn der AG mithilfe des AN den arbeitstechnischen Zweck des Betriebs verfolgt. Dies bestimmt sich nach keinen anderen Maßgaben als bei der Mitbestimmung des BR bei der Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 BetrVG, die bei der (erstmaligen) Eingliederung des AN in den Betrieb besteht. Im Betriebsverfassungsrecht gilt kein Grundsatz, wonach ein AN ausschließlich in einem von mehreren Betrieben seines AG wahlberechtigt sein kann. Ist der AN tatsächlich in mehrere Betriebe eingegliedert, ist er in diesen Betrieben wahlberechtigt. Nichts anderes gilt für Führungskräfte eines AG in einer betriebsübergreifenden Matrix-Struktur.

# Anspruch eines freigestellten Personalrats auf eine Wechselschichtzulage und zusätzliche Urlaubstage

**LAG München von**  
**01.03.2024**  
(nicht rechtskräftig)

**Aktenzeichen**  
7 Sa 445/23

**Stichwort**  
§ 46 Abs. 2 S. 1 BayPersG (§ 37 Abs. 2 BetrVG); Versäumnis der Arbeitszeit und Konsequenzen, kein Gebrauch der vereinbarten Wechselschicht

## Sachverhalt

Der Kläger ist seit 01. August 2001 als Krankenpflegehelfer im Bereich Krankentransport beim Unternehmen, einem Krankenhaus der maximalen Versorgungstufe, beschäftigt. In der Abteilung Krankentransport sind 50 AN tätig, darunter eine Leitung und eine Stellvertretung. Seit 2018 ist der Kläger Mitglied der Arbeitnehmervertretung. Im Zuge dessen war er zunächst teilweise freigestellt, seit 01. Dezember 2019 ist er vollständig für Personalratsarbeit freigestellt. Der Kläger machte geltend, dass ihm auch in der Freistellung ein Zusatzurlaub bei Wechselschicht und eine Vergütung zustehe, die Zeitzuschläge für Nacht-, Sonntags-, Feiertags-, Samstagsarbeit und die Wechselschichtzulage erfasse. Er habe bis 2010 durchgängig in Wechselschicht gearbeitet. ohne die Freistellung hätte er so wie die Kollegen an Sonntagen, Feiertagen, Samstagen sowie in Wechselschicht gearbeitet.

Dabei würde er im Durchschnitt drei Nachtdienste pro Monat zu je neun Stunden geleistet haben, sowie im Durchschnitt mindestens je einen Samstag sowie einen Sonntag pro Monat sowie vier Feiertagsdienste pro Jahr. Er habe die nicht besetzte Leitungsfunktion der Abteilung Krankentransporte zusammen mit einem Kollegen kommissarisch übernommen. Diese Leitung habe sich mit der Wechselschicht wegen der erforderlichen Präsenz zu den anderen Schichten nicht vereinbart werden können. Anfang 2019 wurde ihm die Leitung der Abteilung Krankentransporte angeboten worden. Er habe dies abgelehnt, weil er dies mit seiner Teilfreistellung als nicht vereinbar angesehen habe. Nachdem die Leitung anderweitig besetzt worden war, habe er sich entschieden, wieder in Wechselschicht zu arbeiten. Dies habe er unstreitig im Oktober und November 2019 getan. Er forderte gerichtlich vom AG den Differenzbetrag für die nicht geleisteten Zulagen und Urlaub von 26 Tagen seinem Urlaubskonto zuzuschreiben. Der AG bestritt die vom Kläger geltend gemachten Tage mit Feiertags-, Samstags-, Sonntags- und Nachtarbeit. Der Kläger habe im Übrigen nur 2012 in einem Monat, 2014 in drei Monaten sowie 2019 in zwei Monaten Wechselschichttätigkeiten erbracht. An der Wechselschichtarbeit sei er auch nicht durch Leitungstätigkeiten verhindert gewesen. Der Kläger sei auch nicht mit den von ihm benannten Personen, die regelmäßig Wechselschicht geleistet haben, vergleichbar gewesen. Es gäbe allein 17 Personen, die mit dem Kläger vergleichbar seien, die uneingeschränkt einsetzbar gewesen und keine Nachtschicht und damit auch keine Wechselschicht abgeleistet hätten. Der Verlust der Wechselschichtzulage beruhe nicht auf der Arbeitsbefreiung, sondern dem Zeitpunkt der Arbeitsleistung.

## Problematik

Gemäß Art. 46 Abs. 2 S. 1 BayPersG (entsprechendes regelt im BetrVG § 37 Abs. 2 BetrVG) gilt, dass die Versäumnis von Arbeitszeit, die zur ordnungsgemäßen Durchführung der Aufgaben des Personalrats erforderlich ist, keine Minderung des Arbeitsentgelts zur Folge hat. Hat der AN im Rahmen seiner Freistellung Anspruch auf die geltend gemachte Wechselschichtzulage? Ist die arbeitsvertragliche Vereinbarung, wonach der Kläger Wechselschicht zu leisten habe, dadurch erloschen, dass der AG in der Vergangenheit nur selten von der Einteilung in Wechselschicht Gebrauch gemacht hat?

## Entscheidung des Gerichts

Die Berufung des AG gegen die entgegenstehende Entscheidung des ArbG war erfolglos. Der Kläger habe Anspruch auf die geltend gemachte Wechselschichtzulage. Vorliegend sei darauf abzustellen, ob der Kläger ohne die Personalratstätigkeit in Wechselschicht arbeiten würde und wenn dies der Fall wäre, hätte er dann auch im Rahmen seiner Freistellung unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks der Regelung Anspruch auf Bezahlung einer Wechselschichtzulage in der geltend gemachten Höhe. Arbeitsvertraglich haben die Parteien vereinbart, dass der AN in Wechselschicht arbeite. Diese Vereinbarung sei auch nicht dadurch gegenstandslos geworden, dass der AG in der Vergangenheit nicht von seinem Recht, den AN zur Wechselschicht einzusetzen, Gebrauch gemacht hat. Maßgeblich sei hier, dass eine Einteilung zur Wechselschicht vom AG, also aufgrund eines in dessen Sphäre erstellten Schichtplans erfolgt sei. Dies sei auch weiterhin der Fall, nachdem der AN auch jetzt wieder zur Wechselschicht eingeteilt worden ist. Es sei auch nicht, wie der AG

meine, darauf abzustellen, dass der AN hier nicht in Anwendung einer fiktiven Wechselschicht seine Betriebsratstätigkeit erbringe. Denn es sei ausschließlich darauf abzustellen, welche Einkünfte ihm auszugleichen sind, die er aufgrund seiner Tätigkeit als freigestelltes Personalratsmitglied nicht erarbeiten könne. Der Vorwurf des AG, dass der Kläger, um hier die Wechselschichtzulage geltend machen zu können, nochmals kurz vor der Freistellung in Wechselschicht gearbeitet habe, gehe ins Leere, denn der AG habe den AN zur Wechselschicht eingeteilt. Im Übrigen sei die Freistellung auch durch den Beschluss des Gremiums erfolgt und nicht vom AN initiiert worden. Außerdem berge die Vorgehensweise des AG auch die Gefahr, dass sich zukünftig niemand mehr als Personalrat freistellen lassen würde, wenn er kurz zuvor höhergruppiert worden wäre, da er dann um ansonsten bestehende Verdienstmöglichkeiten gebracht werde, wenn er diese finanziellen Vorteile wieder einbüßen müsste. Dies würde die Gefahr einer unzulässigen Beeinträchtigung der Personalratsarbeit bedeuten. Dementsprechend habe der AN auch Anspruch auf eine Gutschrift von Urlaubstagen infolge der Wechselschicht.

### **Konsequenzen**

Das LAG München stellt klar, dass ein freigestelltes Personalratsmitglied eine Wechselschichtzulage beanspruchen kann, auch wenn er wegen der Freistellung tagsüber arbeitet. Nach Art. 46 Abs. 2 S. 1 BayPersVG gilt, dass die Versäumnis von Arbeitszeit, die zur ordnungsgemäßen Durchführung der Aufgaben des Personalrats erforderlich ist, keine Minderung der Besoldung oder des Arbeitsentgelts zur Folge hat. Weiter bekräftigt es, dass ein freigestelltes Personalratsmitglied einen Anspruch auf einen Zusatzurlaub für Wechselschichtarbeit (hier nach § 48a BAT) hat, wenn es ohne Freistellung auf Grund seiner Arbeitsleistung einen Zusatzurlaubsanspruch erworben hätte. Es wurde Revision zum BAG eingelegt unter dem AZ 7 AZR 138/24.

# Hinterbliebenenversorgung bei Spätehenklausel

**LAG München von**  
**05.07.2024**  
(rechtskräftig)

**Aktenzeichen**  
4 SLa 95/24

**Stichwort**  
§§ 305c, 307 BGB; betriebliche  
Altersversorgung, Anspruch der  
Witwe aus Versorgungsleistungen,  
Rückausnahme, Ehedauer

## Sachverhalt

Der am 25. Juli 2022 verstorbene Ehemann der Klägerin war bis 01. Oktober 1996 beim Unternehmen, zuletzt als leitender Angestellter, beschäftigt. Seit seinem Ruhestand erhielt er vom AG eine monatliche Betriebsrente von 4.601,35 Euro brutto auf der Grundlage einer Versorgungsvereinbarung vom 01. September 1967. Diese enthielt für den Fall, dass der versorgungsberechtigte AN nach Eintritt des Versorgungsfalles stirbt, einen Anspruch für die Witwe auf Versorgungsleistungen. Ein Anspruch auf Witwenrente besteht neben zwei weiteren Ausschlussgründen nicht, wenn die Ehe nach Eintritt des Versorgungsfalles geschlossen wird, es sei denn die Ehe hat mindestens 15 Jahre bestanden. Ferner setzte der AG ab 1981 einen Versorgungsplan für die AN in Kraft. Dort war geregelt, dass die Ehefrau

eines verstorbenen versorgungsberechtigten Mitarbeiters Witwenrente unter den gleichen Voraussetzungen wie bei der gesetzlichen Rentenversicherung erhält. Die Witwenrente beträgt 60 Prozent der Betriebsrente, auf die der Ehemann bei seinem Ableben Anspruch oder Anwartschaft hatte. Auch hiernach besteht kein Anspruch auf Witwenrente, wenn die Ehe nach Eintritt des Versorgungsfalles geschlossen wird, es sei denn, sie hat mindestens 15 Jahre bestanden. Der AG zahlte der Klägerin keine Betriebsrente mehr ab Juli 2022, dem Sterbemonat ihres Ehemanns. Dagegen wandte sich die Klägerin, die seit 08. September 2010 mit dem Versorgungsempfänger verheiratet war und forderte Witwenrente nach dem Versorgungsplan des AG. Zwischen ihr und ihrem Ehemann habe vor der Eheschließung bereits eine rund 23-jährige Partnerschaft bestanden. Ein Anspruch auf Zahlung einer Witwenrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung habe sie nicht. Die Regelung nach dem Versorgungsplan des AG, die für ihren Fall eine Rentenzahlung ausschließe, sei unwirksam. Sie benachteilige sie unangemessen nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Forderung nach einer 15-jährigen Ehedauer sei nicht erforderlich, um Versorgungsehen aus dem Geltungsbereich auszuschließen. Außerdem fehle die Möglichkeit einer Rückausnahme. Beides werde von der höchststrichterlichen Rechtsprechung für die Wirksamkeit derartiger Klauseln gefordert.

## Problematik

Gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Benachteiligt die Regelung in der Versorgungsvereinbarung, die die Klägerin von der Witwenrente ausschließt, diese unangemessen? Nach § 305c BGB werden Bestimmungen in AGB, die nach den Umständen, insbesondere dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil. Ist die Klausel im Versorgungsplan überraschend, da sie den Eindruck erweckt, die Witwenrente werde „unter den gleichen Voraussetzungen wie bei der gesetzlichen Rentenversicherung“ gewährt? Kann sich die Klägerin darauf berufen, dass für den AG mit der zweiten Ehe ihres Mannes kein neues Risiko nach dem Eintritt des Versorgungsfalles hinzugekommen ist, sondern angesichts der ersten Ehe während der aktiven Zeiten nur ein Wechsel der Anspruchstellerin? Eine unmittelbare Diskriminierung liegt nach § 3 Abs. 1 AGG vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, z. B. wegen des Alters, eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation. Wird die AN hier wegen des Alters nach dem AGG mittelbar benachteiligt?

## Entscheidung des Gerichts

Die Berufung der Klägerin gegen die entgegenstehende Entscheidung des ArbG war erfolglos. Die Klägerin könne keine Witwenrente beanspruchen. Bei der Versorgungszusage und dem Versorgungsplan von 1981 handle es sich um AGB gemäß § 305 Abs. 1 S. 1 BGB. Eine Bestimmung in AGB sei überraschend gemäß § 305c Abs. 1 BGB, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweiche und dieser mit ihr nicht zu rechnen brauche. Die berechtigten Erwartungen des Vertragspartners bestimmen sich nach den konkreten Umständen bei Vertragsschluss sowie der Gestaltung des AV, also dessen äußeren Erscheinungsbild. So könne der ungewöhnliche äußere Zuschnitt einer Klausel oder ihre Unterbringung an unerwarteter Stelle die Bestimmung zur überraschenden Klausel machen. In dem Fall müssen die Verwender auf die Klausel besonders hinweisen oder sie drucktechnisch hervorheben. Danach liege keine überraschende



Klausel vor. Die Regelungen sind textlich kurz, übersichtlich und deutlich strukturiert. Die Ausschlussstatbestände sind nicht zu überlesen. Sie fallen drucktechnisch durch die untereinanderstehende Aufzählung auf. Auch, dass die allgemeine Zusage einer der gesetzlichen Rente entsprechenden Witwenversorgung an einer weiteren Stelle wieder durch eine Ausnahme ausgeschlossen werde, führe nicht zu einer überraschenden Klausel. Es sei eine üblich, in einer Vorschrift zunächst grundsätzliche Regelungen zu treffen, um anschließend Ausnahmen davon vorzunehmen. Die Klausel, wonach Witwen, deren Ehe nach Eintritt des Versorgungsfalles geschlossen wurde und die nicht 15 Jahre Bestand haben, von der Hinterbliebenenversorgung auszuschließen, benachteilige nicht unangemessen gemäß § 307 BGB. Abzuwägen sind die Interessen des Verwenders gegenüber den Interessen der typischerweise beteiligten Vertragspartner. Der AG könne Leistungen der Hinterbliebenenversorgung versprechen, eine Rechtspflicht habe er dazu nicht. Er könne die Voraussetzungen einer Hinterbliebenenrente enger als im gesetzlichen Rentenversicherungsrecht beschreiben. Die Klausel diene dem berechtigten Interesse des AG, die besonderen Risiken, die mit der Zusage einer Hinterbliebenenversorgung verbunden sind, zu begrenzen. Dadurch werden sie besser kalkulierbar, indem sie den Kreis der anspruchsberechtigten Hinterbliebenen auf Personen beschränken, für die der Versorgungsbedarf vor dem Eintritt des Versorgungsfalles beim Versorgungsberechtigten angelegt war. Die Anforderung, dass die Ehe vor dem Beginn des Ruhegeldbezugs des Versorgungsberechtigten geschlossen worden sein müsse, widerspreche nicht dem Verbot des Art. 6 Abs. 1 GG, die Ehe zu schädigen oder sonst zu beeinträchtigen. Ehepartnern entstehe durch diese Einschränkung kein Nachteil, den sie ohne die Heirat nicht gehabt hätten. Das Ausbleiben eines erhofften Vorteils sei kein rechtlicher Nachteil. Gleichzeitig berücksichtige die Regelung das Interesse des AN, seine Betriebszugehörigkeit bei der Hinterbliebenenversorgung berücksichtigt zu wissen. Die Regelung verknüpfe den Anspruch mit einem betriebsrentenrechtlichen Strukturprinzip und damit mit einem für alle Beteiligten nachvollziehbaren Moment. Dieser Ausgleich der Interessen sei zulässig. Daran ändere nichts, dass der Ehemann der Klägerin während seiner aktiven AZ bereits verheiratet war, die Ehe aber später geschieden wurde und die damalige Ehefrau damit vom Anspruch auf Hinterbliebenenrente ausgeschlossen war. Ein Nachrücken in den Anspruch sehen beide Versorgungsregelungen nicht vor. Eine Differenzierung hinsichtlich der Rentenberechtigung zwischen Ehefrauen, deren Ehe nach Eintritt des Versorgungsfalles geschlossen worden ist, danach, ob der versorgungsberechtigte Ehemann früher bereits verheiratet war oder nicht, erscheine nicht angemessen. Die Regelung stelle keine Anforderung an die Ehedauer als Voraussetzung des Anspruchs auf, sondern gewähre ausgeschlossenen Personen zur Kompensation bestehender Härten ausnahmsweise einen Anspruch. Dies diene der Kompensation der durch die Ehedauer verfestigten Erwartung, den bisherigen durch die Versorgung geprägten Lebensstandards auch nach dem Tod des hauptberechtigten Ehemanns weiter aufrecht erhalten zu können. Gleichzeitig sei das Zahlungsrisiko des AG durch das regelmäßig fortgeschrittene Alter danach begünstigter Witwen überschaubar. Eine Benachteiligung nach § 7 Abs. 1 AGG liege hier nicht vor. In Frage kommt nur eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters, weil durch die Vorgabe einer Eheschließung vor Eintritt des Versorgungsfalles regelmäßig vor allem ältere Personen ausgeschlossen sein werden, weil der häufigste Versorgungsfall der der Altersrente ist. Indes ist die Regelung durch das Ziel, das Kostenrisiko der Beklagten zu begrenzen, sachlich gerechtfertigt und als Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich. Die Rückausnahme für langbestehende Ehen ihrerseits stelle keine Benachteiligung älterer Personen, sondern allenfalls eine Begünstigung derselben dar.

### **Konsequenzen**

Das LAG München stellt klar, dass eine Regelung in einer Versorgungsordnung, wonach Witwen, deren Ehe nach Eintritt des Versorgungsfalles geschlossen worden ist und deren Ehe nicht 15 Jahre Bestand hatte, von der Hinterbliebenenversorgung ausgeschlossen sein sollen, weder nach § 305c Abs. 1 BGB überraschend ist noch zu einer unangemessenen Benachteiligung gemäß § 307 BGB führt.

## Rückzahlung von Studienkosten

**BAG von**  
**09.07.2024**

**Aktenzeichen**  
9 AZR 227/23

**Stichwort**  
§§ 307 ff. BGB; unangemessene  
Benachteiligung des Arbeitnehmers im  
Rahmen der AGB-Kontrolle,  
unzumutbare Härte gegenüber dem  
Arbeitnehmer

### Sachverhalt

2018 schlossen die Parteien einen Ausbildungs- und Studienvertrag, der auf die Vorschriften der Tarifverträge für Auszubildende des öffentlichen Dienstes (TVAöD) verwies. Die Studierende wurde darin verpflichtet, den Gesamtbetrag (Studienzulage, Studienentgelt, Studiengebühren sowie Fahrt und Unterkunftskosten bei Besuch einer auswärtigen Hochschule) bei Beendigung des dualen Studiums durch Kündigung aus einem von ihr zu vertretenden Grund oder durch Eigenkündigung ohne einen wichtigen Grund gemäß § 626 BGB sowie bei Ablehnung eines Beschäftigungsangebots nach erfolgreich absolviertem Studium zurückzuerstatten. Darauf könne nur verzichtet werden, soweit die Rückzahlungspflicht eine besondere Härte für die Studierende bedeuten würde. Nach Abschluss der Ausbildung kündigte die Studierende beim AG. Dieser forderte sie am 14. September 2021 erfolglos auf, Ausbildungskosten i. H. v. 8.122,14 Euro zu erstatten. Die Studierende berief sich darauf, dass die Erstattungsregelung sie unangemessen benachteilige und diese deshalb gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam sei. Der AG berief sich § 18 des TV für Studierende in ausbildungsintegrierten dualen Studiengängen im öffentlichen Dienst vom 29. Februar 2020 (TVSöD).

### Problematik

Gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Benachteiligt die Regelung im Ausbildungs- und Studienvertrag der Studierenden, wonach diese zur Rückzahlung der Gesamtkosten des Studiums verpflichtet wird, wenn sie selbst den Vertrag kündigt, diese unangemessen? Hätte hier nach den Gründen der Kündigung differenziert werden müssen? Nach § 307 Abs. 3 gelten die Regelungen zur unangemessenen Benachteiligung nur für Bestimmungen in AGB, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Kann sich der AG hier auf § 310 Abs. 4 S. 3 BGB berufen, wonach Tarifverträge Rechtsvorschriften im Sinne des § 307 Abs. 3 BGB gleichstehen, sodass durch den einschlägigen TV eine abweichende Regelung (zum Nachteil der Studierenden) getroffen werden durfte?

### Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AG gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war erfolglos. Ein Erstattungsanspruch gegen die Studierende bestehe nicht. Die Erstattungsregelung im Ausbildungs- und Studienvertrag benachteilige die Studierende entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen. Die im Ausbildungs- und Studienvertrag getroffenen Abreden stellen AGB gemäß § 305 Abs. 1 S. 1 BGB dar. Die dort getroffenen Abreden unterliegen der Kontrolle anhand der § 350c Abs. 2, §§ 306, 307 bis 309 BGB. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB stehe dem nicht entgegen. Nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB gelten die Abs. 1 und 2 der Vorschrift sowie die §§ 308 und 309 BGB nur für Bestimmungen in AGB, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder sie ergänzende Regelungen vereinbart werden. Dazu gehören auch Regelungen, die die Umstände des vom Verwender gemachten Hauptleistungsversprechens ausgestalten. Gemäß dem Ausbildungs- und Studienvertrags übernehme der AG die notwendigen Studiengebühren. Diese Regelung werde durch § 9 Abs. 2 Buchst. b des Ausbildungs- und Studienvertrags modifiziert. Unter den dort genannten Voraussetzungen müsse die Studierende die im Ausbildungs- und Studienvertrags im Einzelnen bezeichneten Kosten des Studiums erstatten. Die Auffassung des AG, dass hier nicht von Rechtsvorschriften abgewichen werde, da die Regelung im TV gemäß § 310 Abs. 4 S. 3 BGB einer gesetzlichen Regelung gleichstehe, übersehe er, dass zum für die AGB-Prüfung maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 08. März 2018 keine tarifvertragliche Regelung existierte. Der TVSöD sei überdies erst mit Wirkung zum 01. August 2020 in Kraft getreten. Die Regelung, die die Studierende mit den Kosten des dualen Studiums belaste, wenn sie das Arbeitsverhältnis ohne wichtigen Grund künde, benachteilige sie entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Unangemessen sei jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses des Vertragspartners, die nicht doch begründete und billigenswerte Interessen des Verwenders gerechtfertigt sei oder durch gleichwertige Vorteile ausgeglichen werde. Vereinbarungen über die Beteiligung des Vertragspartners

an den Kosten einer vom Verwender finanzierten Ausbildung benachteiligen den Vertragspartner nicht generell unangemessen. Es sei jedoch nicht zulässig, die Rückzahlungspflicht in jedem Fall an das Ausscheiden aufgrund einer Eigenkündigung des Vertragspartners zu knüpfen. Vielmehr müsse nach dem Grund des vorzeitigen Ausscheidens unterschieden werden. Verpflichte eine Klausel den Vertragspartner auch in den Fällen zur Erstattung von Schulungskosten, in denen der Grund für die Eigenkündigung aus der Sphäre des Verwenders stamme, liege hierin eine unangemessene Benachteiligung. Der Ausbildungs- und Studienvertrag differenziere hier nicht ausreichend. Die Regelung sehe eine Erstattungspflicht auch bei einer Vertragskündigung aus vom AG zu verantwortenden Gründen vor. Der in der Rückzahlungsklausel aufgenommene Ausnahmetatbestand, wonach die Rückzahlungsverpflichtung nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes entstehe, sei zu eng, da sie nur Gründe gemäß § 626 Abs. 1 BGB, nicht aber andere Gründe ausnehme, die aus der Sphäre des Verwenders stammen. Die Rückzahlungspflicht soll auch eintreten, wenn die Kündigung durch Umstände veranlasst worden sei, die zwar in der Sphäre des Verwenders liegen, aber nicht das Gewicht eines wichtigen Grundes haben. Die Rückzahlungspflicht entfalle nur, wenn der Vertragspartner infolge eines wichtigen Grundes den Vertrag kündigen könne. Damit werde der nicht fernliegende Fall, dass die Beendigung des Vertragsverhältnisses durch ein vertragswidriges Verhalten des Verwenders veranlasst wurde, das zwar nicht die Schwere eines wichtigen Grundes erreiche, dem Vertragspartner aber das Festhalten am Vertrag unzumutbar mache, nicht erfasst (z. B. Zahlungsverzug mit einem erheblichen Teil des nach dem Ausbildungs- und Studienvertrag geschuldeten Studienentgelts oder Verletzung von Schutzpflichten gegenüber der Studierenden). Die Härtefallregelung rechtfertige keine andere Entscheidung. Hier gehe es nur um die Abmilderung der Rechtsfolgen in Grenzfällen. Sie seien nicht dazu bestimmt, eine generelle Korrektur der Erstattungsgrundsätze zu ermöglichen. Die Unwirksamkeit des Ausbildungs- und Studienvertrags lasse die vertragliche Grundlage für einen Rückzahlungsanspruch des AG entfallen.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass Vereinbarungen über die Beteiligung des Studierenden an den Kosten einer vom AG finanzierten Ausbildung den Studierenden nicht generell unangemessen benachteiligen. Eine vom Verwender gestellte Klausel, die den Vertragspartner zur Erstattung von Studienkosten verpflichtet, wenn er das Vertragsverhältnis kündigt, kann den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unangemessen benachteiligen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Klausel eine Kostenerstattung auch in den Fällen vorsieht, in denen der Verwender den Grund für die Kündigung zu verantworten hat. Die Prüfung einer formulararbeitsvertraglichen Klausel anhand der §§ 307 ff. BGB wird durch § 307 Abs. 3 BGB nicht ausgeschlossen, wenn die tarifvertragliche Regelung, die gemäß § 310 Abs. 4 S. 3 BGB Rechtsvorschriften gleichsteht, erst zu einem späteren Zeitpunkt in Kraft getreten ist.

77

## Kostentragungspflicht des AG für einem vom BR beauftragten Rechtsanwalt

**BAG von**  
16.07.2024

**Aktenzeichen**  
1 ABR 24/23

**Stichwort**  
§ 40 Abs. 1 BetrVG; Erforderlichkeit  
der Beauftragung eines  
Verfahrensbevollmächtigten

### Sachverhalt

Der AG bat den BR im August 2021 um Zustimmung zur unbefristeten Einstellung sowie zur Eingruppierung von drei AN nach Maßgabe des von der GDL mit dem AGV MOVE abgeschlossenen Bundesrahmentarifvertrag für das Zugpersonal der Schienenbahnen des Personen- und Güterverkehrs in der Bundesrepublik Deutschland (BuRa-Zug TV). Der BR stimmte den Einstellungen zu, verweigerte seine Zustimmung jedoch in Bezug auf die vorgesehenen Eingruppierungen. Am 01. September 2021 leitete der BR durch seinen Verfahrensbevollmächtigten beim ArbG ein Verfahren ein, in dem er dem AG wegen gleichlautender Zustimmungsverweigerung zur Eingruppierung

weiterer sechs neu eingestellter AN die Durchführung von Zustimmungsersetzungsverfahren aufgeben lassen wollte. Darüber entschied das ArbG am 14. Januar 2022. Mit einer am 10. September 2021 bei demselben Gericht eingegangenen Antragsschrift leitete der BR wegen der Eingruppierung der drei AN das vorliegende Verfahren ein, das zunächst ebenfalls auf die Durchführung von Zustimmungsersetzungsverfahren gerichtet war. In der Beschwerdeinstanz erweiterte der BR seine Anträge um einen Kostenantrag. Er meinte, der AG sei verpflichtet, die durch die Führung des Verfahrens entstandenen Kosten für den von ihm beauftragten Verfahrensbevollmächtigten zu tragen.

### Problematik

Nach § 40 Abs. 1 BetrVG trägt der AG die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten. Hierzu gehören auch die Honorarkosten für einen Rechtsanwalt, dessen Heranziehung der BR in Wahrnehmung seiner betriebsverfassungsrechtlichen Rechte für erforderlich halten durfte. War die Beauftragung des Rechtsanwaltes hier erforderlich? Hätte der BR seine Anträge im Wege der Antragserweiterung in dem am 01. September 2021 zuvor bei demselben Arbeitsgericht eingeleiteten Beschlussverfahren anbringen müssen?

### Entscheidung des Gerichts

Die Rechtsbeschwerde gegen die entgegenstehende Entscheidung des LAG blieb erfolglos. Der BR habe keinen Anspruch auf Kostentragung für den von ihm beauftragten Verfahrensbevollmächtigten. Die Prüfung der Erforderlichkeit habe der BR nicht allein anhand seiner subjektiven Bedürfnisse vorzunehmen. Er müsse vielmehr die Interessen der Belegschaft an einer sachgerechten Ausübung des Betriebsratsamts einerseits und die berechtigten Interessen des AG andererseits gegeneinander abwägen. Der BR darf bei der Wahl seiner Rechtsverfolgung oder Verteidigung das Interesse des AG an der Begrenzung seiner Kostentragungspflicht nicht missachten. Er müsse wie jeder, der auf Rechnung eines anderen handeln dürfe, die Maßstäbe einhalten, die er anwenden würde, wenn er selbst bzw. seine beschließenden Mitglieder die Kosten tragen müssten. Die Pflicht des AG zur Tragung der Kosten entfalle, wenn das Vorgehen des BR offensichtlich aussichtslos oder mutwillig ist. Offensichtlich aussichtslos ist die Rechtsverfolgung, wenn die Rechtslage unzweifelhaft ist. Mutwilligkeit könne vorliegen, wenn das Interesse des AG an der Kostenbegrenzung missachtet werde. Habe der BR die Wahl zwischen mehreren gleich geeigneten Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung, dürfe er nur die für den AG kostengünstigere Lösung für erforderlich halten. Wähle er bei der Durchführung eines Beschlussverfahrens unter mehreren gleichermaßen in Betracht kommenden Möglichkeiten nicht den für den AG kostengünstigsten Weg, sei die gewählte Form der Rechtsdurchsetzung insoweit mutwillig. Dies könne dazu führen, dass der BR anstelle der Einleitung mehrerer selbstständiger Beschlussverfahren die Erweiterung der bereits in einem Verfahren angebrachten Anträge um weitere – gleichgelagerte – Begehren im Betracht ziehen müsse. Wähle er ohne nachvollziehbaren Grund einen kostenträchtigeren Weg, müsse der AG nur die Kosten für die Rechtsverfolgung oder Verteidigung des BR tragen, die dieser für erforderlich halten durfte. Danach sei der AG nicht verpflichtet, die Kosten zu tragen, die dem BR zur Durchführung dieses Beschlussverfahrens entstanden sind. Es mangle an der gebotenen Erforderlichkeit. Zwar durfte er die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts für die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen nach § 101 BetrVG grundsätzlich für notwendig erachten. Er hätte seine Anträge jedoch im Weg einer Antragserweiterung in dem erst wenige Tage zuvor bei demselben Arbeitsgericht eingeleiteten Beschlussverfahren anbringen müssen.

Wegen der – durch die objektive Antragshäufung bedingten – geringeren Gegenstandswerte und dem degressiven Anstieg der Rechtsanwaltsgebühren nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz wäre dies eine für den AG kostengünstigere Rechtsverfolgung gewesen. Entgegen der Annahme des BR war ihm ein solches Vorgehen auch möglich und zumutbar. Die dortigen Verfahrensgegenstände und die hiermit den früheren Anträgen angebrachten Forderungen auf Durchführung von Zustimmungsersetzungsverfahren waren tatsächlich und rechtlich gleichartig. Es sei auch nicht ersichtlich, dass eine zeitnahe Antragserweiterung den Abschluss des erst kurz zuvor eingeleiteten Beschlussverfahrens verzögert hätte.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass zu den vom AG nach § 40 Abs. 1 BetrVG zu tragenden Kosten des BR auch die Honorarkosten für einen Rechtsanwalt gehören, dessen Hinzuziehung der BR in Wahrnehmung seiner betriebsverfassungsrechtlichen Rechte für erforderlich halten durfte. Der AG hat die Kosten eines auf die Durchführung von Zustimmungsersetzungsverfahren gerichteten Beschlussverfahrens nicht zu tragen, wenn der BR dieses Begehren durch Antragserweiterung in einem erst kurz zuvor bei demselben ArbG eingeleiteten – tatsächlich und rechtlich gleichgelagerten – Beschlussverfahren auf Durchführung von Verfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG hätte geltend machen können

# Anspruch des Arbeitnehmers auf den Feiertagszuschlag bei einer auswärtigen Beschäftigung

---

**BAG von**  
**01.08.2024**

**Aktenzeichen**  
6 AZR 38/24

**Stichwort**  
§ 8 Abs. 1 TV-L; gesetzlicher Feiertag  
am regelmäßigen Beschäftigungsort

## Sachverhalt

Der Kläger ist im Rahmen eines tarifgebundenen Arbeitsverhältnisses beim beklagten Universitätsklinikum als technische Fachkraft angestellt bei der U GmbH in Nordrhein-Westfalen eingesetzt. Dort befindet sich auch sein regelmäßiger Beschäftigungsort. Der einschlägige TV für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) vom 12. Oktober 2006 regelt einen Feiertagszuschlag für die Arbeit am Feiertag. Der AN nahm auf Anordnung seines Vorgesetzten ab 01. November 2021 an einem fünftägigen Gerätelehrgang bei der Firma B in Hessen teil. Nach den jeweiligen landesrechtlichen Feiertagsbestimmungen ist das auf den 01. November eines Jahres fallende christliche Hochfest „Allerheiligen“ in Nordrhein-Westfalen, ein gesetzlicher Feiertag, nicht aber in Hessen. Der AG schrieb dem AN für die Teilnahme an der Fortbildung am 01. November 2021 insgesamt zehn Stunden auf seinem Arbeitszeitkonto gut. Einen Feiertagszuschlag gewährte es für diese Stunden nicht. Am 22. November 2021 forderte der AN vom AG Vergütung für die AZ am 01. November 2021 als „Überstunden mit den dazugehörigen Zeitzuschlägen“. Aufgrund der Zahlungsverweigerung durch den AG erhob er Klage und forderte 82,56 Euro brutto. Feiertagszuschlag. Für seinen Anspruch auf Feiertagszuschläge seien die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse am regelmäßigen Beschäftigungsort maßgeblich. Das sei für ihn auch am 01. November 2021 in Nordrhein-Westfalen gewesen.

## Problematik

Kann sich der AG darauf berufen, dass ein Anspruch auf Feiertagszuschlag nach der tariflichen Regelung nur besteht, wenn der AN die Arbeitsleistung tatsächlich an dem Ort erbringt, an dem an diesem Tag ein gesetzlicher Feiertag ist und aufgrund der Tätigkeit in Hessen keine Erschwernisse durch die Feiertagsarbeit auszugleichen sind?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AN gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des LAG war erfolgreich. Der AN könne die begehrten Feiertagszuschläge beanspruchen. Die tarifvertraglichen Regelungen über die Zahlung eines Zuschlags für Feiertagsarbeit knüpfen regelmäßig an die gesetzlichen Feiertage am Beschäftigungsort an. Damit bestimme sich der Anspruch auf einen tariflichen Feiertagszuschlag grundsätzlich nach dem Ort, an dem der AN seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen habe. Davon sind die TVP des einschlägigen Tarifvertrags nicht abgewichen. Zwar sei der Wortlaut des § 8 Abs. 1 TV-L für die Auslegungsfrage unergiebig. Dieser bestimme nur, dass der Beschäftigte für tatsächliche Arbeitsleistungen an Feiertagen Zuschläge in der konkret bezeichneten Höhe erhalte. Eine ausdrückliche Regelung, ob am Ort des tatsächlichen Arbeitseinsatzes oder am regelmäßigen Beschäftigungsort Feiertag sein müsse, sehe die Norm nicht vor. Aus Sinn und Zweck der tariflichen Feiertagszuschlagsregelung folge jedoch, dass für die Zuschlagsberechtigung auf den regelmäßigen Beschäftigungsort des AN abzustellen sei. Die TVP haben mit den verschiedenen Zeitzuschlägen in unterschiedlicher Höhe den jeweiligen Erschwernissen, die im Zusammenhang mit der Arbeit zu besonderen Zeiten auftreten, Rechnung getragen. Obwohl sämtliche Zeitzuschläge nach ihrem Sinn und Zweck einen finanziellen Ausgleich dafür gewähren sollen, dass die Arbeit zu diesen Zeiten erheblich auf den Lebensrhythmus des Beschäftigten einwirke, haben sie die Arbeit an Feiertagen zusammen mit der an Heiligabend und Silvester mit dem höchsten Zuschlag versehen. Hierdurch komme die besondere Bedeutung zum Ausdruck, die die TVP dem Recht der AN beigemessen haben, Zeiten der Arbeitsruhe und seelischen Erbauung, die in der sozialen Wirklichkeit insbesondere auch im Freundeskreis, einem aktiven Vereinsleben in der Familie stattfinden, gemeinsam zu gestalten. Die mit der Erbringung von Feiertagsarbeit verbundene fehlende Teilhabe des betroffenen AN hieran solle daher eine besondere Kompensation erfahren. Vor diesem Hintergrund stelle § 8 Abs. 1 des TV-L für die Zuschlagspflicht auf dem Beschäftigungsort ab, an dem der AN seine Arbeitsleistung nach dem Inhalt seines AV für gewöhnlich zu erbringen habe. Die TVP gehen davon aus,

dass dies der Ort sei, an dem der AN typischerweise ein dem Feiertagsgedanken entsprechendes soziales Umfeld habe, mit dem er diesen Tag verbringen und gestalten könne. Dies gelte jedenfalls, soweit sich dieser regelmäßige Beschäftigungsort nicht z. B. durch Abordnung, Versetzung oder Zuweisung ändere.

#### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass AN Anspruch auf Feiertagszuschläge nach den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes der Länder haben, wenn an ihrem regelmäßigen Beschäftigungsort ein gesetzlicher Feiertag ist.

# Unwirksame Klausel im Zusammenhang mit der Rückzahlung von Fortbildungskosten

**LAG Nürnberg von**  
**14.08.2024**  
(nicht rechtskräftig)

**Aktenzeichen**  
2 SLa 101/24

**Stichwort**  
§§ 305, 305c, 307, 310 BGB;  
Eigenkündigung des Arbeitnehmers  
wegen unverschuldeter  
Leistungsunfähigkeit

## Sachverhalt

Die beklagte AN war beim Unternehmen vom 15. Oktober 2020 bis 15. September 2023 als Altenpflegerin beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis endete durch eine Kündigung der AN. Am 15. Oktober 2021 hatten die Parteien einen vom AG vorformulierten Fortbildungsvertrag geschlossen. Dieser regelte auch die Rückzahlung der Fortbildungskosten. Danach war die AN verpflichtet, die Bruttobezüge, die sie während der Freistellung erhält, mit Ausnahme der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung i. H. v. 11.981,52 Euro sowie die vom AG übernommenen Kosten i. H. v. 3.550,40 Euro an den AG zurückzuzahlen, wenn das Arbeitsverhältnis innerhalb von 24 Monaten nach Beendigung der Fortbildung mit Ablegung der Abschlussprüfung aus von der AN zu vertretenden Gründen von der AN oder dem AG beendet wird oder ein

Aufhebungsvertrag infolge von verhaltensbedingten Pflichtverletzungen der AN geschlossen wird. Für jeden vollen Monat nach Beendigung der Fortbildung vermindert sich der Rückzahlungsbetrag um 1/24. Nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die AN forderte der AG die AN zur Rückzahlung des zum Ablauf des Monats September 2003 und 20 noch offenen Restbetrag i. H. v. 9347,00 Euro auf. Die AN bezahlte nicht. Daraufhin machte der AG die Forderung gerichtlich geltend.

## Problematik

Klauseln eines Fortbildungsvertrags unterliegen der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB. Nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Ist die Rückzahlungsklausel hier wirksam und hält sie insbesondere auch eine AGB-Kontrolle stand? Kann sich der AG darauf berufen, dass die Klausel nicht die Leistungsunfähigkeit der AN umfasst? Bezieht sich die Formulierung „aus von der Arbeitnehmerin zu vertretenden Gründen“ nur auf Eigenkündigungen, die von der AN aufgrund einer eigenverantwortlichen und damit in diesem Sinne zu vertretenden Entscheidungen ausgesprochen werden? Oder ist die Klausel so auszulegen, dass ein Vertretenmüssen des AN im Sinne einer Zurechnung auch dann vorliegt, wenn er wegen einer unverschuldeten Krankheit selbst kündigt?

## Entscheidung des Gerichts

Die Berufung des AG gegen die entgegenstehende Entscheidung des ArbG war erfolglos. Der AG hat keinen Anspruch auf die verlangte Rückzahlung der Fortbildungskosten. Die vertragliche Klausel benachteilige die AN unangemessen und sei daher unwirksam. Unangemessen sei jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses des AN, die nicht durch begründete und billigenwerte Interessen des AG gerechtfertigt ist oder durch gleichwertige Vorteile ausgeglichen wird. Grundsätzlich sind einzelvertragliche Vereinbarungen zulässig, nach denen sich ein AN an den Kosten einer vom AG finanzierten Ausbildung zu beteiligen hat, soweit er vor Ablauf bestimmter Fristen aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Sie benachteiligen den AN nicht generell unangemessen. Es sei jedoch nicht zulässig, die Rückzahlungspflicht schlechthin an das Ausscheiden aufgrund einer Eigenkündigung des AN innerhalb der vereinbarten Bindungsfrist zu knüpfen. Vielmehr müsse nach dem Grund des vorzeitigen Ausscheidens differenziert werden. Da Zahlungsverpflichtungen des AN das Grundrecht des AN auf freie Wahl des Arbeitsplatzes nach Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG einschränken können, muss die Rückzahlungspflicht einen begründeten billigenwertigen Interesse des AG entsprechen und den möglichen Nachteilen für den AN ein angemessener Ausgleich gegenüberstehen. Dies sei der Fall, wenn der AN mit der Ausbildungsmaßnahme eine angemessene Gegenleistung für die Rückzahlungsverpflichtung erhalte. Der Begriff des „Vertretenmüssens“ im Fortbildungsvertrag könne zweifach ausgelegt werden. Zum einen kann hier vom Begriff des Vertretenmüssens im Sinne des § 276 BGB ausgegangen werden. Danach habe der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses zu entnehmen ist. Vertretenmüssen im Sinne des Fortbildungsvertrags könnte dann als Verschulden im Sinne vorsätzlichen oder fahrlässigen Verhaltens interpretiert werden. Danach wäre der Fall der unverschuldeten Eigenkündigung etwa wegen dauerhafter



Leistungsunfähigkeit von der Klausel nicht erfasst und würde keine Rückzahlungspflicht auslösen. Zum anderen kommt auch die Auslegung in Betracht, wonach der Begriff des Vertretenmüssens alle Gründe umfasse, die aus der Sphäre des AN stammen. Nach der ersten Alternative der vertraglichen Klausel solle die AN zur Rückzahlung der Fortbildungskosten verpflichtet sein, wenn das Arbeitsverhältnis innerhalb von 24 Monaten nach Beendigung der Fortbildung von ihr selbst oder dem AG aus von der AN zu vertretenden Gründen gekündigt werde. Da sich diese Formulierung nicht nur auf eine Kündigung der AN, sondern auch auf eine Eigenkündigung beziehe, könnte sie auch ein schuldhaftes und damit an eine Pflichtverletzung des AG anknüpfendes Verhalten gemäß § 276 BGB beschreiben. Nach Auffassung des BAG sei ein zu vertretender Grund schon dann gegeben, wenn der Auslöser, Anlass oder die Ursache für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus dem alleinigen Verantwortungs- und Risikobereich des AN und damit ausschließlich aus seiner Sphäre stamme. Nach dieser Auslegung wäre die AN auch bei einer unverschuldeten Eigenkündigung (etwa wegen Leistungsunfähigkeit) zur Rückzahlung verpflichtet. Da keine der beiden Auslegungsmöglichkeiten den klaren Vorzug verdiene, geht dies nach § 350 Abs. 2 BGB zulasten des AG. Es sei die Auslegung zu wählen, die dem Vertragspartner des Verwenders, also der AN zum Erfolg ver helfe. Mit diesem Verständnis (Sphäre des AN) des „Vertretenmüssens“ erweise sich die Rückzahlungsklausel als unangemessen benachteiligend gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Sie begründe nämlich auch eine Rückzahlungspflicht, wenn zwar die Ursache der Kündigung aus der Sphäre der AN herrühre, ein Verhaltensvorwurf aber gerade nicht bestehe. Das BAG habe im Urteil vom 01. März 2022 (9 AZR 260/21) entschieden, dass eine unangemessene Benachteiligung vorliege, wenn ein AN, der das Arbeitsverhältnis vor Ablauf der Bindungsdauer künde, weil es ihm unverschuldet dauerhaft nicht möglich sei, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, zur Erstattung der Fortbildungskosten verpflichtet sein solle. Auch die hier im Streit stehende Klausel löse bei der zweiten Auslegungsvariante bei Leistungsunfähigkeit der AN eine Rückzahlungspflicht aus, weil die Leistungsunfähigkeit ausschließlich Ihrem Verantwortungsbereich bzw. ihrer Sphäre zuzurechnen sei. Damit habe die AN die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Sinne der Rückzahlungsklausel zu vertreten. Sie benachteilige die AN unangemessen.

### **Konsequenzen**

Das LAG Nürnberg stellt klar, dass eine Klausel, wonach Fortbildungskosten bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus vom Arbeitnehmer zu vertretenden Gründen (anteilig) zu erstatten sind, dahin auszulegen sein kann, dass alle Gründe aus der Sphäre des AN die Erstattungspflicht auslösen, also auch die Eigenkündigung wegen unverschuldeter Leistungsunfähigkeit. In dieser Auslegung ist die Klausel nach § 307 Abs. 1 S. 1 i. V. m § 305 c Abs. 2 BGB unwirksam. Revision zum BAG wurde eingelegt unter dem AZ 9 AZR 266/24.

## Beweiswert der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

**BAG von**  
**21.08.2024**

**Aktenzeichen**  
5 AZR 248/23

**Stichwort**  
§ 3 Abs. 1 EFZG, § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG; Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach Eigenkündigung und attestierter Arbeitsunfähigkeit

### Sachverhalt

Die Klägerin war von 2019 bis 2022 beim Unternehmen als Pflegeassistentin beschäftigt. Sie kündigte mit einem am 05. Mai 2022 verfassten Kündigungsschreiben, dem AG zugegangen am 11. Mai 2022 zum 15. Juni 2022. Sie bat dabei um Übersendung der Arbeitspapiere und des Zeugnisses per Post. Für die Zeit vom 05. Mai 2022 bis 15. Juni 2022 legte sie fünf von demselben Arzt ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vor. Dabei handelte es sich um eine Erstbescheinigung vom 05. Mai und eine Folgebescheinigung vom 10. Mai 2022, sowie um eine weitere Erstbescheinigung vom 12. Mai und zwei hierauf bezogene Folgebescheinigungen vom 19. Mai und vom 07. Juni 2022. Der AG leistete

für diesen Zeitraum keine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Die AN forderte Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall i. H. v. 3.277,72 Euro. Sie habe ihre Arbeitsunfähigkeit durch die vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nachgewiesen. Deren Beweiswert sei nicht erschüttert. Die Kündigungsfrist sei nicht durch eine passgenaue Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung abgedeckt worden. Vielmehr habe es sich um aufeinanderfolgend ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen mit unterschiedlichen Diagnosen gehandelt. Sie habe eine psychisch bedingte Arbeitsunfähigkeit infolge arbeitsplatzspezifischer Belastung gehabt, die sich in den ersten Tagen auch körperlich durch starke Magenschmerzen geäußert habe.

### Problematik

Ein AN hat nach § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den AG, wenn er durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist, ohne dass ihn ein Verschulden trifft. Kann sich der AG hier darauf berufen, dass der Beweiswert der vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen erschüttert ist, da sich die AN am 04. Mai 2022 zur Kündigung entschlossen habe, sich am Folgetag habe krankschreiben lassen und die vermeintliche Arbeitsunfähigkeit passgenau bis zum Ablauf der Kündigungsfrist angedauert hat?

### Entscheidung des Gerichts

Die Revision der AN gegen die entgegenstehende Entscheidung des LAG war erfolglos. Die AN hat im Zeitraum vom 05. Mai bis zum 15. Juni 2022 keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Der AN trage die Darlegungs- und Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG. Der Beweis krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit werde durch die Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG geführt. Nach § 7 Abs. 1 S. 1 EFZG reicht diese Vorlage aus, um dem AG das Recht zur Leistungsverweigerung zu entziehen. Die ordnungsgemäß ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung habe aufgrund der normativen Vorgaben im EFZG einen hohen Beweiswert. Der Richter kann den Beweis einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit bei Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im Rechtsstreit als erbracht ansehen. Aufgrund des hohen Beweiswert genüge in einem solchen Fall ein bloßes Bestreiten der Arbeitsunfähigkeit mit Nichtwissen durch den AG nicht. Vielmehr könne der AG den Beweiswert dieser Bescheinigung nur erschüttern, wenn er tatsächliche Umstände darlege und beweise, die Zweifel an der Erkrankung des AN ergeben. Den Beweiswert erschütternde Tatsachen können sich auch aus dem eigenen Sachvortrag des AN oder der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ergeben. Auffallend und ungewöhnlich ist es und damit geeignet, den Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu erschüttern, wenn zwischen der in Kenntnis einer Kündigung bescheinigten Arbeitsunfähigkeit und der Kündigungsfrist eine zeitliche Koinzidenz bestehe. Dies sei der Fall, wenn ein AN, der sein Arbeitsverhältnis kündigt, am Tag der Kündigung arbeitsunfähig krankgeschrieben werde und die bescheinigte Arbeitsunfähigkeit passgenau die Dauer der Kündigungsfrist umfasse. Eine solche zeitliche Koinzidenz zwischen der Arbeitsunfähigkeit und der Kündigungsfrist liege auch vor, wenn der AN einen später umgesetzten Kündigungsentschluss fasse, diesen – z. B. durch das Verfassen eines Kündigungsschreibens – manifestiere und im Anschluss daran Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorlege. Ob die Kündigung dem AG zum Zeitpunkt der Krankschreibung bereits zugegangen sei, sei dabei unerheblich. Ebenso kann bei der Kündigung durch den

AG für die Koinzidenz nicht deren Zugang, sondern eine schon vorher bestehende Kenntnis des AN von der bevorstehenden Kündigung von Bedeutung sein. Maßgeblich ist, dass der AN zu einem Zeitpunkt, zu dem feststeht, dass das Arbeitsverhältnis enden soll, arbeitsunfähig wird und bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bleibt. Ob eine oder mehrere Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen den Zeitraum der Kündigungsfrist abdecken ist demgegenüber nicht entscheidend. Hier liege eine zeitliche Koinzidenz zwischen der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit und der Kündigungsfrist vor. Die AN hatte das Kündigungsschreiben nach eigenem Vortrag bereits am 05. Mai 2022 und damit unmittelbar vor Beginn ihrer Arbeitsunfähigkeit selbst verfasst und es nur noch nicht versandt. In dem auf den 04. Mai 2022 datierten Schreiben manifestierte sich der ernsthafte Kündigungsentschluss der AN, den sie durch die Übergabe des Schreibens auch umsetzte. Dabei kommt es für die Frage der zeitlichen Koinzidenz der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zur Kündigungsfrist nicht darauf an, ob der AN für deren Dauer eine oder mehrere Bescheinigungen vorliegt. Ebenso sei unerheblich, ob diese dieselbe oder verschiedene nach ICD-10 codierte Diagnosen aufweisen. Entscheidend sei vielmehr, dass der AN zu einem Zeitpunkt zu dem er (subjektiv) davon ausgehe, dass das Arbeitsverhältnis enden solle, arbeitsunfähig werde und bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bleibe. Dass bei einer längeren Kündigungsfrist mehrere Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen erforderlich sind, um diesen Zeitraum abzudecken, sei durch § 5 Abs. 4 S. 1 der Arbeitsunfähigkeit-RL bedingt, wonach die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit nicht für einen mehr als zwei Wochen im Voraus liegenden Zeitraum bescheinigt werden solle. Die AN habe hier im Kündigungsschreiben auch um die Zusendung der Kündigungsbestätigung, der Arbeitspapiere sowie eines qualifizierten Arbeitszeugnisses an ihre Privatadresse gebeten. Sie habe sich des Weiteren für die bisherige Zusammenarbeit bedankt und dem Unternehmen alles Gute gewünscht. Daraus ergebe sich, dass die AN bereits am 05. Mai 2022 nicht nochmals in den Betrieb zurückzukehren wollte. Jedenfalls sei dies auffallend und hätte von der AN im Prozess erläutert werden müssen. Außerdem fehle ein ausreichender Sachvortrag zu weiteren entscheidungserheblichen Tatsachen durch die AN. Der bloße Verweis auf ein Beweisangebot in Form der Parteivernehmung oder eine informatorische Anhörung ersetze nicht den konkreten, schlüssigen Tatsachenvortrag, den die AN hätte leisten wollen. Ihre Aussage, es sei „gängige Praxis“, um die Übersendung von Zeugnis und Arbeitspapiere zu bitten, reichen hierfür nicht.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass das Vorliegen einer zeitlichen Koinzidenz zwischen der in Kenntnis einer – ggf. noch bevorstehenden – Kündigung bescheinigten Arbeitsunfähigkeit und der Kündigungsfrist auffallend und ungewöhnlich ist und damit im Regelfall geeignet, den Beweiswert entsprechender Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zu erschüttern. Wenn der AN zu einem Zeitpunkt, zu dem aus seiner Sicht davon auszugehen ist, dass das Arbeitsverhältnis enden soll, arbeitsunfähig wird und bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bleibt, ist von einer solchen zeitlichen Koinzidenz auszugehen. Ob die Kündigung zum Zeitpunkt der Krankschreibung bereits zugegangen ist, ist demgegenüber unerheblich, ebenso, ob die Kündigungsfrist durch eine oder mehrere Bescheinigungen abgedeckt wird. Bei der Kündigung durch den AG kann für die Koinzidenz nicht deren Zugang, sondern eine schon vorher bestehende Kenntnis des AN von der bevorstehenden Kündigung von Bedeutung sein. Maßgeblich dafür ist, dass der AN zu einem Zeitpunkt, zu dem feststeht, dass das Arbeitsverhältnis enden soll, arbeitsunfähig wird und bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bleibt.

# Höhe der Vergütung eines teilfreigestellten Betriebsratsmitglieds

**BAG von**  
**28.08.2024**

**Aktenzeichen**  
7 AZR 197/23

**Stichwort**  
§ 37 Abs. 2 BetrVG; Zahlung einer Wechselschichtzulage, Zuschläge für Nacht- und Sonntagsarbeit sowie Vergütung für Rufbereitschaft

## Sachverhalt

Der Kläger wurde 2013 vom Unternehmen, das einen Rettungsdienst betreibt, als Notfallsanitäter mit einer AZ von 38,5 Stunden pro Woche im Rahmen eines tarifgebundenen Arbeitsverhältnisses eingestellt. Er ist BR-Mitglied, ab März 2020 war er zunächst mit einem Zeitanteil von 80 Prozent seiner AZ, seit Juni 2022 ist er vollständig von seiner beruflichen Tätigkeit freigestellt. Vor dem Beginn der Freistellung war er nur in Wechselschicht tätig, weswegen er die im einschlägigen MTV geregelten Vergütungsbestandteile erhielt. Seine BR-Tätigkeit übt er von Montag bis Freitag zu sogenannten üblichen Bürozeiten (von ca. 08:00 Uhr bis ca. 17:00 Uhr) aus. Die Erbringung von Arbeitsleistung während dieser Zeiten erfüllt nicht die tariflichen

Voraussetzungen der streitgegenständlichen Zulagen und Zuschläge sowie der Rufbereitschaftsvergütung. Der AN forderte nach einer Tarifloohnerhöhung zunächst die Zahlung einer höheren tariflichen Wechselschichtzulage, von Zuschlägen für Nacht- und Sonntagsarbeit sowie von Vergütung für Rufbereitschaft in Höhe der jeweiligen Differenz zu der vom AG ohne Anerkennung einer Rechtspflicht tatsächlich gezahlten Wechselschichtzulage sowie einer sog. Zulagenpauschale für Januar 2021 bis Oktober 2021, insgesamt 2.236,57 Euro. Er habe Anspruch auf Fortzahlung der Zulagen, Zuschläge sowie der Vergütung für Rufbereitschaft, da er sie, wenn er nicht freigestellt wäre, aufgrund der Arbeit im Schichtsystem erhalten würde. Er habe seine BR-Arbeit nicht eigenständig oder infolge einer Vereinbarung mit dem AG in die Tagesarbeitszeiten verlegt, sondern übe sie zu den Zeiten aus, die seine Teilnahme an BR- und GbR-Sitzungen, die Wahrnehmung von Aufgaben gegenüber dem AG und die Ansprechbarkeit für die ausschließlich tagsüber tätigen AN vorgeben.

## Problematik

Gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG sind Mitglieder des BR von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Kann der AG hier einwenden, dass der AN dadurch, dass er die Zeiten seiner BR-Tätigkeit eigenständig aus der Wechselschicht heraus verlegt und der AG dies geduldet habe, keinen Anspruch auf die streitgegenständlichen Vergütungsbestandteile hat? Was gehört alles zum Arbeitsentgelt nach § 37 Abs. 2 BetrVG? BR-Mitglieder dürfen nach § 78 S. 2 BetrVG wegen ihrer Tätigkeit u. a. nicht begünstigt werden; dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung. Greift deswegen der weitere Einwand des AG, dass das BR-Mitglied, wenn es die geforderten Entgeltbestandteile gleichwohl erhalten würde, in unzulässiger Weise gegenüber den anderen in Tagschicht tätigen AN bevorzugt werden würde?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des BR-Mitglieds gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war erfolgreich und führte zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das LAG. Das BR-Mitglied habe grundsätzlich Anspruch auf die Zahlung der Wechselschichtzulage, Zuschläge sowie die Vergütung für Rufbereitschaft. In welcher Höhe konkret müsse mangels ausreichender Feststellungen vom LAG noch ermittelt werden. Das Verbot der Entgeltminderung soll die Bereitschaft des AN zur Übernahme eines BR-Amtes fördern, indem es ihm die Befürchtung nehme, Einkommenseinbußen durch die Wahrnehmung eines Ehrenamts zu erleiden. Die Regelung des § 37 Abs. 2 BetrVG begründe keinen eigenständigen Vergütungsanspruch, sondern konkretisiere hinsichtlich der Vergütung das allgemeine Benachteiligungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG. Die Vorschrift gelte für alle BR-Mitglieder unabhängig von einer etwaigen Freistellung nach § 38 BetrVG. Das Verbot der Minderung des Arbeitsentgelts bedeute, dass dem BR-Mitglied das Arbeitsentgelt weiterzuzahlen sei, das es verdient hätte, wenn es keine BR-Tätigkeit geleistet, sondern gearbeitet hätte. Das Arbeitsentgelt sei nach dem Lohnausfallprinzip fortzuzahlen. Die Berechnung der geschuldeten Vergütung nach dem Lohnausfallprinzip erfordere eine hypothetische Betrachtung, welches Arbeitsentgelt das BR-Mitglied ohne die Arbeitsbefreiung verdient hätte. Zum Arbeitsentgelt gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG gehören alle Vergütungsbestandteile, nicht dagegen Aufwendungsersatz. Zum Arbeitsentgelt zählen neben der Grundvergütung insbesondere Zuschläge für Mehr-, Über-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit. Maßgeblich für die Beurteilung sei allein, ob das BR-Mitglied,

hätte es im streitigen Zeitraum keine BR-Tätigkeit geleistet, sondern gearbeitet, diese Vergütungsbestandteile in der entsprechenden Höhe verdient hätte und nicht, ob es sich die streitgegenständlichen Vergütungsbestandteile durch eine entsprechende zeitliche Lage seiner BR-Tätigkeit „verdient“ habe. Werden im aktiven Arbeitsverhältnis Zuschläge für die Erschwernis der Arbeit zu ungünstigen Zeiten gewährt, etwa für Sonntagsarbeit, Nachtarbeit, Arbeit an Feiertagen, stehen diese einem vollständig oder teilweise freigestellten BR-Mitglied auch dann zu, wenn es aufgrund seiner Amtstätigkeit tatsächlich überhaupt keine Arbeitstätigkeiten und auch keine Tätigkeiten zu den zuschlagsrelevanten ungünstigen Zeiten geleistet habe. Im Rahmen der hypothetischen Betrachtung sei nicht der konkrete Zeitraum, zu dem das BR-Mitglied die Tätigkeiten für den BR erbracht habe (hier die sog. üblichen Bürozeiten) in den Blick zu nehmen. Zu untersuchen sei vielmehr der gesamte Zeitraum, für den das BR-Mitglied Entgelt fordere, also der Zeitraum von Januar 2021 bis September 2022. Für diesen Zeitraum sei zu ermitteln, wann das BR-Mitglied welche Arbeitsleistungen erbracht hätte, wenn es nicht (teilweise) von seiner beruflichen Tätigkeit freigestellt gewesen wäre. Der Umstand, dass das BR-Mitglied die BR-Tätigkeit während des sog. üblichen Bürozeiten erbracht habe, stelle keinen Anhaltspunkt dafür dar, dass er auch dann, wenn er nicht für die BR-Tätigkeit ganz oder teilweise freigestellt worden wäre, die Arbeit ebenfalls zu dieser Zeit erbracht hätte. Dies stehe auch nicht im Widerspruch zur Entscheidung des BAG vom 18. Mai 2016 (7 AZR 401/14). Die dortigen Parteien hatten sich auf eine generelle Teil-Freistellung des BR-Mitglieds in einer nicht zuschlagspflichtigen Zeit (11:00 Uhr bis 14:30 Uhr) geeinigt und einvernehmlich seinen tatsächlichen Arbeitsbeginn um zwei Stunden (von 04:00 Uhr auf 06:00 Uhr) aus dem nachzuschlagspflichtigen Zeitraum heraus verschoben. Der Entfall der mit der Wechselschicht verbundenen Erschwernisse beruhe vorliegend ausschließlich auf der Teil-Freistellung des BR-Mitglieds. Die Parteien haben keine Änderung des AV dahingehend vereinbart, dass das BR-Mitglied nicht mehr in Wechselschicht tätig werde, wenn das BR-Amt beendet bzw. keine Freistellung mehr vorliege. Es ergebe sich auch nichts anderes aus der Tatsache, dass der AN die zeitliche Lage seine BR-Tätigkeit eigenverantwortlich bestimmt und der AG dies geduldet und bei der Dienstplanung berücksichtigt haben solle. Allein aus einem solchen tatsächlichen Verhalten ergeben sich keine hinreichenden Anhaltspunkte für einen auf die Abänderung des AV gerichteten rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien. Das Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG sei durch die vom BR-Mitglied begehrte Zahlung nicht tangiert. Ergebe die hypothetische Betrachtung, dass das BR-Mitglied ohne die Teil-Freistellung seine Arbeitsleistung zu Zeiten erbracht hätte, die die Voraussetzungen der tariflichen Ansprüche erfüllen, entspreche Ihre Zahlung der den Vorgaben des § 37 Abs. 2 BetrVG. Das BR-Mitglied erhielte keine über das gesetzliche Maß hinausgehende Zahlung.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass die Ermittlung der Höhe des dem BR-Mitglied während seiner Freistellung von der beruflichen Tätigkeit nach dem Lohnausfallprinzip fortzuzahlenden Arbeitsentgelts auf Grundlage einer hypothetischen Betrachtung erfolgt. Es ist zu ermitteln, welches Arbeitsentgelt das BR-Mitglied verdient hätte, wenn es keine Betriebsratstätigkeit, sondern seine berufliche Tätigkeit geleistet hätte. In der Zahlung der so ermittelten Vergütung liegt regelmäßig kein Verstoß gegen das Begünstigungsverbot aus § 78 S. 2 BetrVG. Bei der Ermittlung von nach § 37 Abs. 2 BetrVG fortzuzahlenden Zulagen und Zuschlägen, die für die Erschwernis der Arbeit zu ungünstigen Zeiten gewährt werden, ist es unerheblich, ob die Betriebsratstätigkeit zu zuschlags- bzw. zulagenpflichtigen Zeiten erbracht wurde oder hätte erbracht werden müssen. Maßgeblich ist allein, ob bzw. in welchem Umfang das BR-Mitglied ohne seine Betriebsratstätigkeit zu solchen Zeiten tatsächlich gearbeitet hätte. Etwas Anderes kann allenfalls dann gelten, wenn der Umstand, dass die Arbeitsleistung nicht mehr zu zulagen- bzw. zuschlagspflichtigen Zeiten erbracht wird bzw. würde, nicht ausschließlich auf der (Teil-)Freistellung des BR-Mitglieds beruht, sondern auch auf einer anderen Ursache wie etwa einer einvernehmlichen Einigung der Arbeitsvertragsparteien über eine andere Lage der Arbeitszeit.

# Erschütterung des Beweiswerts einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach Übergabe einer Eigenkündigung

**BAG von**  
**18.09.2024**

**Aktenzeichen**  
5 AZR 29/24

**Stichwort**  
Erstellung einer  
Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach  
Ausspruch einer Kündigung des AN,  
ernsthafte Zweifel des Arbeitgebers

## Sachverhalt

Der schwerbehinderte Kläger war seit 2020 als Dozent in der Erwachsenenbildung beim Unternehmen zu einem Bruttomonatsgehalt von 3.800,00 Euro beschäftigt. Er hatte vom AG ein Mobiltelefon mit Zubehör zur Verfügung gestellt bekommen, zu dessen unverzügliche Rückgabe er sich im Fall einer Kündigung vertraglich verpflichtete. Am 29. April 2022 übergab der AN gegen 16:15 Uhr dem Geschäftsführer des AG seine Kündigung zum 31. Mai 2022. Zeitgleich übergab er die Kündigung seiner Kollegin Frau H, die zum selben Zeitpunkt kündigte. Sein Mobiltelefon befand sich in seinem Schreibtisch beim AG. Gegen 19:00 Uhr desselben Tages suchte die Abteilungsleiterin den AN zu Hause auf und forderte ihn zur Rückgabe des ihm überlassenen Laptops und iPads jeweils mit Zubehör sowie von Schlüsseln auf. Diese Gegenstände gab der AN heraus. Am Montag, dem 02. Mai 2022 erschien der AN nicht zur Arbeit. Er suchte seine Hausärztin auf, die ihn vom 02. bis 13. Mai 2022 mit Folgebescheinigung bis 31. Mai 2022 krankschrieb. Am 01. Juni 2022 nahm der AN wie auch Frau H eine neue Tätigkeit beim Konkurrenten des AG auf. Im Juni forderte er den AG erfolglos zur Zahlung der Entgeltfortzahlung für Mai auf. Seine Vorgesetzte, Frau M habe die Rückgabe der Arbeitsmittel mit den Worten begleitet „bereite dich mal am Montag schon auf einen Spießrutenlauf vor.“ Das habe bei ihm Depressionen ausgelöst, weshalb er am Wochenende an Schlafstörungen, Bauchschmerzen, Durchfall und Luftnot gelitten habe. Die Hausärztin habe somatoforme Störungen und ein Erschöpfungssyndrom diagnostiziert und ihm Ruhe und Sport empfohlen. Seine Kollegin sei mit dem Arbeitsklima beim AG ebenfalls nicht einverstanden gewesen, weshalb sie ihn aus Angst vor eine Auseinandersetzung gebeten habe, dem AG ihre Kündigung zu überbringen. Der AG meinte, der AN habe während der Arbeitsunfähigkeit versucht, Kunden (Kooperationsbetriebe) des AG abzuwerben. Er habe Kunden kontaktiert und wahrheitswidrig behauptet, dass der AG über keine Dozenten mehr verfüge und einem Kooperationsbetrieb seine Dienste angeboten. Der Kunde habe darauf die Geschäftsbeziehungen zum AG abgebrochen. Auch H sei während des Laufes der Kündigungsfrist arbeitsunfähig erkrankt gewesen und habe im Mai 2022 parallele Fehlzeiten aufgewiesen. Diese Umstände würden den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen erschüttern. Auch die exakte zeitliche Übereinstimmung zwischen der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit und dem Lauf der Kündigungsfrist sowie der Antritt einer neuen Tätigkeit unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sprächen gegen eine Arbeitsunfähigkeit des AN.

## Problematik

Ein AN nach § 3 Abs. 1 EFZG Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den AG für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen, wenn er durch Arbeitsunfähigkeit in Folge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist, ohne dass ihn ein Verschulden trifft. Nach allgemeinen Grundsätzen trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG. Der Beweis krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit wird in der Regel durch die Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (AuB) § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG geführt. Ist der Beweiswert der AuB des Klägers hier erschüttert?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AG gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war erfolgreich. Der AG habe den Beweiswert der AuB vom 02. Mai 2022 und vom 13. Mai 2022 erschüttert. Die ordnungsgemäß ausgestellte AuB sei das gesetzlich ausdrücklich vorgesehene wichtigste Beweismittel für das Vorliegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit. Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG reiche die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG aus, um dem AG das Recht zur Leistungsverweigerung zu entziehen. Der AG sei nicht auf die in § 275 Abs. 1a SGB V aufgeführten Regelbeispiele ernsthafte Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit beschränkt. Bei der Bestimmung der Anforderungen an die wechselseitige

Darlegungslast der Parteien sei zu berücksichtigen, dass der AG in aller Regel keine Kenntnis von den Krankheitsursachen habe und nur eingeschränkt Indiztatsachen zur Erschütterung des Beweiswerts der AuB vortragen könne. Der AG müsse gerade nicht, wie bei einer gesetzlichen Vermutung, Tatsachen darlegen, die den Beweis des Gegenteils zugänglich sind. Für die Erschütterung des Beweiswerts der AuB sei nicht entscheidend, ob es sich um eine Eigenkündigung des AN oder um eine Kündigung des AG handle. Bei der Kündigung durch den AN könne der Beweiswert der AuB erschüttert werden, wenn der AN unmittelbar nach dem Zugang der Kündigung erkrankt und nach den Gesamtumständen des zu würdigenden Einzelfalls Indizien vorliegen, die Zweifel am Bestehen der Arbeitsunfähigkeit begründen. Hierauf deute insbesondere eine zeitliche Koinzidenz zwischen Kündigungsfrist und Dauer der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit hin. Es sei nicht entscheidend, ob für die Dauer der Kündigungsfrist eine oder mehrere Bescheinigungen vorgelegt werden. Die ernsthaften Zweifel an der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit gründen darin, dass der AN zu einem Zeitpunkt, zu dem feststehe, dass das Arbeitsverhältnis enden solle, arbeitsunfähig wurde und bis zum Ablauf der Kündigungsfrist blieb. Gelingt dem AG, den Beweiswert der ärztlichen AuB zu erschüttern, müsse der AN konkrete Tatsachen darlegen und im Bestreitensfall beweisen, die den Schluss auf eine bestehende Erkrankung zu lassen. Hierzu sei substantiierter Vortrag erforderlich, welche Krankheiten vorgelegen haben, welche gesundheitlichen Einschränkungen bestanden haben und welche Verhaltensmaßnahmen oder Medikamente ärztlich verordnet wurden. Der AN müsse also zumindest laienhaft bezogen auf den gesamten Entgeltfortzahlungszeitraum schildern, welche konkreten gesundheitlichen Beeinträchtigungen mit welchen Auswirkungen auf seine Arbeitsfähigkeit bestanden haben. Hier habe das LAG nicht ausreichend berücksichtigt, dass zwischen der AuB vom 02. Mai 2022, der passgenauen Verlängerung der Arbeitsunfähigkeit in der Folgebescheinigung vom 13. Mai 2022 und der Kündigungsfrist eine zeitliche Koinzidenz bestand. Die durch den AN nach Übergabe der Kündigung zu erbringenden Arbeitstage wurden vielmehr passgenau durch die AuB abgedeckt. Zwischen dem Vortrag des AG zum Anlass und Grund der Arbeitsunfähigkeit und den Angaben in der ärztlichen Bescheinigung bestehen erhebliche Widersprüche. Der AN habe vor dem LAG vorgetragen, dass die Drohung der Vorgesetzten mit einem Speißrutenlauf bei ihm Ängste und Depressionen mit körperlichen Symptomen ausgelöst habe, weshalb er an Schlafstörungen, Übelkeit, Bauchschmerzen, Durchfall, Kurzatmigkeit und Luftnot gelitten habe. Solche akute Beschwerden aufgrund des vom AN angegebenen Vorfalls nenne das Attest nicht. Frau P habe vielmehr mitgeteilt, der Patient habe von einer ausgeprägten Erschöpfung und diversen „seit Wochen“ bestehenden Symptomen berichtet. Auslöser der Erkrankung sei die unbefriedigende Situation und ein „anhaltender“ Stress am Arbeitsplatz gewesen. Für die Erschütterung des Beweiswerts der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen aufgrund der zeitlichen Koinzidenz sei es nicht erforderlich, dass der AN die Kündigung und die AuB für die Zeit vom 2. bis zum 13. Mai 2022 „zeitgleich“ übergebe. Der AN habe unmittelbar nach der Übergabe der Kündigung die AuB vom 02. Mai 2022 vorgelegt. Das LAG habe nicht berücksichtigt, dass zwischen der Übergabe der Eigenkündigung des AN nach Beendigung der Arbeit am Freitag, dem 29. April 2022 gegen 16:15 Uhr, dem Fernbleiben von der Arbeit, dem Aufsuchen der Hausärztin am Montag, dem 02. Mai 2022 und der Vorlage der AuB vom selben Tag, nur das ohnehin für den AN arbeitsfreie Wochenende und der für ihn arbeitsfreie Feiertag des 01. Mai 2022 lag. Zwischen der Übergabe der Kündigung und der Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bestehe somit ein enger zeitlicher Zusammenhang.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass der Beweiswert von AuB, die nach Ausspruch einer Kündigung des AN ausgestellt worden sind, erschüttert sein kann, wenn der AN unmittelbar nach Ausspruch der Kündigung erkrankt und nach den Gesamtumständen des zu würdigenden Einzelfalls Indizien vorliegen, die Zweifel am Bestehen der Arbeitsunfähigkeit begründen. Solche Zweifel können bestehen, wenn eine oder mehrere AuB passgenau die nach der Kündigung noch verbleibende Dauer des Arbeitsverhältnisses abdecken. Ernsthafte Zweifel am Beweiswert einer AuB können auch dann bestehen, wenn bei einer Eigenkündigung des AN die Bescheinigung zeitlich erst nach Zugang der Kündigung – etwa am nächsten Arbeitstag – dem AG vorgelegt wird.

89

# Entschädigungsanspruch nach Art. 15 Abs. 2 AGG und Einwand des Rechtsmissbrauchs

**BAG von**  
**19.09.2024**

**Aktenzeichen**  
8 AZR 21/24

**Stichwort**  
§§ 6, 7, 11, 15 AGG, 242 BGB;  
Einwand der Benachteiligung wegen  
des Geschlechts eines erfolglosen  
Bewerbers, AGG-Hopper

## Sachverhalt

Der 1994 geborene Kläger hat Abitur und ist ausgebildeter Industriekaufmann. Er absolvierte ein Fernstudium zum Wirtschaftsjuristen. Er bewarb sich bei verschiedenen Arbeitgebern auf Stellenausschreibungen für eine „Sekretärin“ und führte im Nachgang Entschädigungsprozesse aufgrund einer behaupteten Benachteiligung wegen des Geschlechts. Anfang 2021 schrieb eine Kfz-Werkstatt eine Stelle für eine „Sekretärin“ auf dem Internet-Portal „eBay Kleinanzeigen“ aus. Der Kläger meldete sich dort über die Chat-Funktion des Portals und bewarb sich. Seine explizite Frage, ob das Unternehmen nur eine Frau suche, bejahte dieses. Der Kläger forderte vom Unternehmen die Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG, die er in der Berufung

zugesprochen bekam. Mit einem inhaltlich gleichen Anschreiben bewarb sich der AN mit dem Zusatz, er suche derzeit eine neue Herausforderung auf eine im August 2021 von einem Umzugsunternehmen über eBay Kleinanzeigen ausgeschriebene Stelle für eine „Sekretärin“. Auch hier wurde ihm mitgeteilt, dass nur nach einer Frau gesucht werde. Seine diesbezügliche Klage wurde in der Berufung abgewiesen mit der Begründung, sein Entschädigungsverlangen sei rechtsmissbräuchlich. Er habe binnen 15 Monaten elf Klagen aufgrund einer behaupteten Benachteiligung wegen des Geschlechts allein vor dem Arbeitsgericht Berlin erhoben. Stets habe er sich auf bei eBay Kleinanzeigen ausgeschriebene Stelle als Sekretärin beworben und im Nachgang Entschädigungsansprüche nach dem AGG geltend gemacht. Mit seinem Hinweis auf sein männliches Geschlecht und der Unterzeichnung mit dem Zusatz „Herr“ und der Nachfrage, ob nur eine Frau gesucht werde, habe er eine Absage geradezu provoziert. Der Kläger bewarb sich mit inhaltlich gleichen Schreiben auf Stellen als Sekretärin in Düsseldorf, Nagold, Hamburg, Hagen und Berlin. Im Januar 2023 bewarb sich der Kläger bei einer Ingenieurgesellschaft auf eine Stellenanzeige auf der Plattform „indeed“ als Bürokauffrau/Sekretärin. Er gab an, sieben Jahre Erfahrungen als Sekretär und in Microsoft Office zu haben. Konkrete zeitliche Nachweise zur Ausbildung sowie Vorbeschäftigungen enthielt das Dokument nicht. Er bekam keine Rückmeldung, die Stellenanzeige wurde auf der Webseite gelöscht und die Stelle vom Unternehmen mit einer Frau besetzt. Am 27. Februar 2023 klagte er erneut auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. Er meinte, die Stelle sei entgegen § 11 AGG unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG, nicht geschlechtsneutral ausgeschrieben, sondern nur an weibliche Personen adressiert gewesen. Die Vermutung, dass seine Bewerbung wegen seines männlichen Geschlechts keine Berücksichtigung gefunden habe, habe der AG nicht widerlegt.

## Problematik

Gemäß § 15 Abs. 2 AGG kann der oder die Beschäftigte wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Verhielt sich der Kläger hier rechtsmissbräuchlich durch die Häufung von Klagen auf Entschädigung in ähnlich gelagerten Fällen?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AG gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG blieb erfolglos. Die Klage auf Entschädigung sei rechtsmissbräuchlich. Daher bestehe kein Anspruch auf eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. Rechtsmissbrauch sei anzunehmen, sofern diese Person sich nicht beworben habe, um die ausgeschriebene Stelle zu erhalten, sondern es ihr darum ging, nur den formalen Status als Bewerber gemäß § 6 Abs. 1 S. 2 AGG zu erlangen, mit dem ausschließlichen Ziel, Ansprüche auf Entschädigung und/oder Schadensersatz geltend zu machen. Nach § 242 BGB sind durch unredliches Verhalten begründete oder erworbene Rechte oder Rechtsstellungen grundsätzlich nicht schutzwürdig. Allerdings führe nicht jedes Recht oder pflichtwidriges Verhalten stets zur Unzulässigkeit der Ausübung der erlangten Rechtstellung. Habe der Anspruchssteller sich die günstige Rechtsposition aber gerade durch ein treuwidriges Verhalten verschafft, liege eine unzulässige Rechtsausübung vor. Nach der Rspr. des EuGH, der sich das BAG angeschlossen habe, verlange die Feststellung eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens, ein objektiven und ein subjektives Element. Hinsichtlich des objektiven Elements müsse sich aus einer Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergeben, dass trotz formaler Einhaltung der in der Unionsregelung vorgesehenen Bedingungen das Ziel dieser



Regelung nicht erreicht wurde. In Bezug auf das subjektive Element müsse aus einer Reihe objektiver Anhaltspunkte die Absicht ersichtlich sein, sich einen ungerechtfertigten Vorteil aus der Unionsregelung dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden. Das Missbrauchsverbot sei allerdings nicht relevant, wenn das fragliche Verhalten auch eine andere Erklärung haben könne als nur die Erlangung eines Vorteils. Für die Voraussetzungen der Einwendung des Rechtsmissbrauchs sei der AG darlegungs- und beweisbelastet. Er müsse Indizien vortragen und beweisen, die den Einwand des Rechtsmissbrauchs begründen. Einen ersten Anhaltspunkt in diesem Sinne stelle angesichts einer mangelnden Umzugswilligkeit des Klägers und gleichzeitig fehlenden Vorbringens, wie er sich ein tägliches Pendeln vorgestellt habe, die räumliche Entfernung von ca. 170 km zwischen dem Wohnort des Klägers und der in Dortmund angesiedelten Stelle dar. Den Umständen nach lag es fern, dass der Kläger eine tägliche An- und Abreise zur Arbeitsstelle auf sich genommen hätte. Ein weiteres Anzeichen ergäbe sich daraus, dass die Bewerbung nach ihrer objektiven Erscheinung darauf angelegt gewesen sei, eine Absage zu provozieren. Auch sei nicht ersichtlich, dass der Kläger sein im Zeitpunkt der Bewerbung betriebenes Vollzeitstudium zugunsten der Aufnahme einer Tätigkeit auf der von der Beklagten ausgeschriebenen Vollzeitstelle habe aufgeben wollen. Ein weiterer objektiver Anhaltspunkt für Rechtsmissbrauch bestehe darin, dass sich unter Berücksichtigung der Vielzahl der gezielten Bewerbungen des Klägers auf in unterschiedlichen Bundesländern ausgeschriebene Stellen für eine „Sekretärin“ nebst der im Nachgang geführten Entschädigungsprozesse sein Entschädigungsverlangen sich als Teil eines systematischen und zielgerichteten Vorgehens im Rahmen eines „Geschäftsmodells in zweiter Generation“ darstelle, bei dem es dem Kläger allein darum gehe, neben dem Bezug von Bürgergeld zusätzliche Einnahmen zu erzielen. Auch das erforderliche subjektive Element liege vor. Es bestünden Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger in der Absicht gehandelt habe, sich einen ungerechtfertigten Vorteil zu verschaffen, indem er die Voraussetzungen für einen formalen Status eines Bewerbers nach § 6 Abs. 1 S. 2 AGG willkürlich herbeigeführt habe.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass das Verlangen eines erfolglosen Bewerbers auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG dem Rechtsmissbrauchseinwand ausgesetzt sein kann. Rechtsmissbrauch nach § 242 BGB ist anzunehmen, wenn sich aufgrund einer Würdigung aller Umstände des Einzelfalls ergibt, dass der Bewerber sich nicht beworben hat, um die ausgeschriebene Stelle zu erhalten, sondern es ihm darum ging, nur den formalen Status als Bewerber im Sinne des AGG mit dem ausschließlichen Ziel zu erlangen, Ansprüche auf Entschädigung geltend machen zu können.

# Inflationsausgleichsprämie in der Altersteilzeit

**BAG von**  
**12.11.2024**

**Aktenzeichen**  
9 AZR 71/24

**Stichwort**  
Art. 3 GG, § 4 Abs. 1 S. 1 und S. 2  
TzBfG; Ausschluss von  
Arbeitnehmern in der  
Freistellungsphase der Altersteilzeit,  
Ungleichbehandlung von  
Arbeitnehmern

## Sachverhalt

Der Kläger ist seit dem 16. Februar 2015 beim Unternehmen im Rahmen eines tarifgebundenen Arbeitsverhältnisses beschäftigt. Am 28. Mai 2018 vereinbarten die Parteien das Arbeitsverhältnis als Altersteilzeitarbeitsverhältnis im Blockmodell fortzuführen und einigten sich auf eine Arbeitsphase vom 01. Mai 2018 bis zum 30. April 2022 und eine Passivphase vom 01. Mai 2022 bis zum 30. April 2026. Die für den AG zuständigen TV P schlossen am 24. April 2023 den Tarifvertrag über eine einmalige Sonderzahlung gemäß § 3 Nr. 11c EStG (TV IAP). Dieser legte fest, dass AN, die am 31. Mai 2023 (Stichtag) in einem ungekündigten, nicht ruhenden Arbeitsverhältnis stehen, zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitsentgelt eine Einmalzahlung (Inflationsausgleichsprämie) erhalten. Mit der Einmalzahlung sollen die gestiegenen Verbraucherpreise abgemildert werden. Die Höhe der Einmalzahlung beträgt bei AN unabhängig von ihrem Beschäftigungsgrad 3.000,00 Euro. Weiter war geregelt, dass AN, die zum 31. Mai 2023 in der Passivphase der Altersteilzeit sind, keine Einmalzahlung erhalten. Zugleich vereinbarten die TVP eine Anhebung der Tabellenvergütung ab 01. April 2023 um sechs Prozent für 15 Monate und ab dem 01. Juli 2024 um weitere 4,5 Prozent für sechs Monate. Diese Erhöhungen wurden auch an die AN in der Passivphase der Altersteilzeit weitergereicht. Am 30. Mai 2023 schrieb der AG an die Tarifmitarbeiter, die sich nicht in der Passivphase der Altersteilzeit befanden, dass u. a. auch die Inflationsausgleichsprämie im Juni ausgezahlt werde. Der AN forderte die Zahlung der Inflationsausgleichsprämie i. H. v. 3.000,00 Euro mit der Begründung, der Leistungsausschluss von AN in der Passivphase der Altersteilzeit stelle eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung dar, weil sie allein eine Abmilderung der gestiegenen Verbraucherpreise für zum Stichtag ungekündigte AN bezwecke und nicht von einer zukünftigen Arbeitsleistung abhängig. Der Anspruch folge außerdem aus einer Gesamtzusage, die der E-Mail vom 30. Mai 2023 zu entnehmen sei.

## Problematisierung

Ein in Teilzeit beschäftigter AN darf nach § 4 Abs. 1 S. 1 TzBfG wegen der Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer in Vollzeit beschäftigter AN, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Nach § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG ist einem teilzeitbeschäftigten AN Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner AZ an der AZ eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspricht. Kann sich der AG darauf stützen, dass der Ausschluss von AN in der Passivphase ihrer Altersteilzeit vom Regelungsspielraum der TVP gedeckt ist? Kann der AG hier erfolgreich argumentieren, dass die Inflationsausgleichsprämie auch die Vergütung von Arbeitsleistung bezweckt, da wegen der Einigung über sie höhere Tarifabschlüsse vermieden worden sind? Kann er sich darauf stützen, dass AN in der Passivphase ihre Altersteilzeit ihr Ausscheiden schon zuvor fest vereinbart haben?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AN gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war erfolgreich. Der AN habe Anspruch auf die Inflationsausgleichsprämie aus dem TV IAP. Das Diskriminierungsverbot des § 4 Abs. 1 TzBfG stehe nach § 22 Abs. 1 TzBfG nicht zur Disposition der TVP. Der Ausschluss von AN in der Passivphase wegen ihrer Teilzeittätigkeit gegenüber vergleichbaren Vollzeit-AN. Sie werden wegen der Teilzeitarbeit ungleich behandelt, wenn die Dauer der AZ das Kriterium darstelle, an das die Differenzierung bezüglich der unterschiedlichen Arbeitsbedingungen anknüpfe. Die Regelung im TV IAP enthalte eine Differenzierung, die an die Teilzeit und damit die Dauer der AZ anknüpfe. Sie bestimme, dass AN, die am 31. Mai 2023 in der Passivphase der Altersteilzeit stehen, keine Prämie erhalten. Sie werden gegenüber Vollzeit-AN schlechter behandelt. Der Annahme der Ungleichbehandlung stehe nicht entgegen, dass nicht alle Teilzeitbeschäftigten vom Leistungsausschluss umfasst sind, sondern nur die AN in der Passivphase der ATZ. Eine unterschiedliche Behandlung einer Gruppe teilzeitbeschäftigter AN gegenüber den vollzeitbeschäftigten AN entfalle nicht dadurch, dass der AG eine andere Gruppe teilzeitbeschäftigter AN nicht benachteilige. Der Annahme einer Ungleichbehandlung stehe auch nicht

entgegen, dass Tarifloohnerhöhungen an AN in der Passivphase der Altersteilzeit weitergegeben wurden. Die Schlechterstellung werde auf diese Weise nicht kompensiert. Kompensieren können nur solche Leistungen, die im sachlichen Zusammenhang zum entstandenen Nachteil stehen. Unterschiedliche Leistungen müssen funktional gleichwertig sein. Leistungen, die auch Vollzeitbeschäftigte erhalten, komme keine kompensierende Wirkung zu. Die Weitergabe der Tarifloohnerhöhungen an AN in der Passivphase der Altersteilzeit gleiche ihre Schlechterstellung wegen der Inflationsausgleichsprämie nicht aus. Die Tarifloohnerhöhungen und die Inflationsausgleichsprämie seien funktional nicht äquivalent. Die Inflationsausgleichsprämie diene primär dem Ausgleich gestiegener Verbraucherpreise und setze keine konkrete Arbeitsleistung voraus. Dagegen bezwecken die Tarifloohnerhöhungen eine Erhöhung der Vergütung für erbrachte Arbeitsleistung. Die AN in der Passivphase der Altersteilzeit erhalten zudem durch die Tarifloohnerhöhungen keinen Vorteil gegenüber den Vollzeit-AN, da auch diese sie erhalten. Dem entstandenen Nachteil stehe damit im Verhältnis zu den Vollzeit-AN kein ausgleichender Vorteil gegenüber. Die Ungleichbehandlung wegen der Teilzeittätigkeit sei nicht sachlich gerechtfertigt. Allein das unterschiedliche Arbeitspensum berechne nicht zur unterschiedlichen Behandlung von Vollzeit- und Teilzeit-AN. Ein sachlicher Rechtfertigungsgrund könne sich aus dem Verhältnis von Leistungszweck und Umfang der Teilzeitarbeit herleiten lassen. Die Prüfung der sachlichen Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung müsse am Zweck der Leistung orientiert werden. Die Tarifautonomie des Art. 9 Abs. 3 GG stehe der Überprüfung der Tarifregelung am Maßstab des Benachteiligungsverbot des § 4 Abs. 1 TzBfG nicht entgegen. Zwar verfügen die TVP als Grundrechtsträger über einen weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum. Sie sind im Rahmen des Art. 9 Abs. 3 GG weitgehend frei darin, die Zwecke einer tariflichen Leistung sowie deren Gewicht und Verhältnis zueinander zu bestimmen. Mit der Regelung im einschlägigen TV haben sie aber ihre begrenzte Rechtsetzungsbefugnis überschritten. Der Ausschluss der AN in der Passivphase der Altersteilzeit sei unter Berücksichtigung der mit der Inflationsausgleichsprämie verfolgten Leistungszwecke sachlich nicht gerechtfertigt. Sie diene allein dem Ausgleich gestiegener Verbraucherpreise für alle AN, die zum Stichtag 31. Mai 2023 ungekündigt sind. Sie sei wieder Vergütungsbestandteil noch werden mit ihr Anreize für zukünftige Betriebstreue verfolgt. Auch weise sie keinen Vergütungscharakter auf. Die Stichtagsregelung im TV IAP spreche für den Zweck, erwiesene Betriebstreue zu honorieren. Da auch AN in Elternzeit mit ruhendem Beschäftigungsverhältnis anspruchsberechtigt sind, sei nicht zusätzlich das Regelungsziel der Leistungshonorierung umgesetzt worden. Teilzeit-AN sind in der Passivphase ihrer Altersteilzeit von den gestiegenen Verbraucherpreisen nicht weniger als Vollzeit-AN betroffen. Vielmehr haben sie typischerweise weniger Einkommen als Vollzeit-AN und sind als Verbraucher von den gestiegenen Preisen mindestens gleich betroffen. Auch in Bezug auf die geleistete Betriebstreue geben sich keine Aspekte für eine zulässige Ungleichbehandlung, da vergangene Betriebstreue auch die AN, in der Passivphase der Altersteilzeit, so wie die Vollzeit-AN aufweisen. Der AN habe Anspruch auf die Inflationsausgleichsprämie. Die diskriminierende Ausnahmeregelung im TV IAP sei nach § 134 BGB nichtig.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass der Ausschluss von AN, die sich in der Passivphase ihrer Altersteilzeit befinden, vom Bezug einer tarifvertraglich geregelten Inflationsausgleichsprämie unter Berücksichtigung der verfolgten Zwecke unwirksam sein kann. Der Ausschluss benachteiligt die ausgenommenen AN wegen ihrer Teilzeittätigkeit gegenüber vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten. Die Tarifautonomie des Art. 9 Abs. 3 GG steht einer Überprüfung des einschlägigen TV am Maßstab des Benachteiligungsverbots des § 4 Abs. 1 TzBfG nicht entgegen. Allerdings verfügen die Tarifvertragsparteien als selbstständige Grundrechtsträger aufgrund ihrer Tarifautonomie über einen weiten Einschätzung und Gestaltungsraum. Die Inflationsausgleichsprämie dient nach der Zweckbestimmung des einschlägigen TV allein dem Ausgleich gestiegener Verbraucherpreise. Sie ist weder Vergütungsbestandteil noch werden mit ihr Anreize für zukünftige Betriebstreue verfolgt.

## Annahmeverzug und Unmöglichkeit

**BAG von**  
**04.12.2024**

**Aktenzeichen**  
5 AZR 276/23

**Stichwort**  
§ 275 BGB, § 362 Abs. 2 BGB, §  
611a BGB, § 615 BGB, § 616 BGB;  
Nichtleistung wegen  
Arbeitsunfähigkeit, absolutes  
Fixgeschäft

### Sachverhalt

Der Kläger ist seit 2009 bei der Beklagten angestellt. Er war zunächst der Referent des damaligen Oberbürgermeisters im Fachbereich Verwaltungsleitung. Nachdem es zu Konflikten mit dem Oberbürgermeister kam, wurden ihm in den folgenden Jahren von der Beklagten andere Aufgaben zugeteilt. Dabei war strittig, ob es sich bei den zugewiesenen Aufgaben um vertragsgerechte Tätigkeiten gehandelt habe und ob der AN diese ordnungsgemäß erfüllt habe. Am 31. Mai 2019 kündigte die Beklagte dem AN ohne Erfolg außerordentlich sowie hilfsweise ordentlich zum 31. Dezember 2019. Der Kläger war 2019 vom 04. bis zum 08. Januar, vom 14. Januar bis zum 27. Februar und seit dem 29. April durchgehend bis jedenfalls zum 31. Mai 2020 arbeitsunfähig. Er forderte gerichtlich für die Zeit vom 01. Juni 2019

bis zum 31. Mai 2020 Zahlung der Arbeitsvergütung in Höhe von 78.380,19 Euro. Der AG habe ihm jedenfalls seit 11. April 2019 keine vertragsgemäße Beschäftigung mehr zugewiesen. Damit sei ihm die Arbeitsleistung bei Eintritt seiner Arbeitsunfähigkeit am 29. April 2019 zu einem Zeitpunkt unmöglich geworden, zu dem sich der AG im Annahmeverzug befunden habe. Er sei daher nach § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB zur Zahlung der Vergütung verpflichtet.

### Problematik

Nach § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung, wenn der Gläubiger für den Umstand, auf Grund dessen der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zu leisten braucht, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist. Gemäß § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung, wenn der vom Schuldner zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu der der Gläubiger im Annahmeverzug ist. Befand sich hier der AG im Annahmeverzug, sodass er zur Zahlung der Vergütung verpflichtet war, obwohl der AN arbeitsunfähig war? § 615 BGB bestimmt, dass dann, wenn der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug ist, der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen kann, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. In welchem Verhältnis stehen die Regelungen der § 326 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BG und § 615 BGB?

### Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AN gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG blieb erfolglos. Der AN habe vom 01. Juni 2019 bis 31. Mai 2020 keinen Anspruch auf Arbeitsvergütung gemäß § 611a Abs. 2, § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB. Das gelte auch, wenn man zugunsten des AN unterstelle, dass sich der AG im Annahmeverzug befunden habe. Der AN habe aber keine Entgeltfortzahlungsansprüche nach § 3 EFZG für diesen Zeitraum erhoben. Arbeitsleistung und Vergütung stehen im Arbeitsverhältnis in einem synallagmatischen Austauschverhältnis. Werde dem AN die Erbringung der Arbeitsleistung unmöglich, entfalle gemäß § 275 Abs. 1 BGB seine Leistungspflicht. Er verliere dann nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich den Anspruch auf die Gegenleistung, also die Arbeitsvergütung. Ausnahmen hiervon enthalte § 326 Abs. 2 S. 1 BGB, wonach der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung behalte, wenn der Gläubiger für den Umstand, aufgrund dessen der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zu leisten brauche, allein oder weit überwiegend verantwortlich sei. Gleiches gelte, wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintrete, zu der der Gläubiger im Annahmeverzug ist. Dadurch werden dem Gläubiger die wirtschaftlichen Folgen für die Leistungshindernisse nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB zugewiesen, weil sie ihm entweder aufgrund eines vorwerfbaren Fehlverhaltens oder spezieller Risikoerwägungen zuzurechnen sind. Mit dem Eintritt des Annahmeverzugs gehe die Gegenleistungsgefahr auf den Gläubiger über. Abweichend von der Grundregel des 326 Abs. 1 S. 1 BGB bleibe der Gläubiger mit Eintritt des Gläubigerverzugs zur Leistung verpflichtet, wenn der Umstand, der zum Ausschluss der Leistungspflicht nach § 75 Abs. 1 bis 3 BGB führe, während des Annahmeverzuges eintrete. Für Dienstverträge enthalte § 615 BGB eine Sonderregelung, die berücksichtige, dass der Dienstvertrag regelmäßig ein absolutes Fixgeschäft ist. Der Dienstverpflichtete müsse nicht leisten und habe Anspruch auf Vergütung, wenn der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienstleistung in Verzug ist. § 615 BGB beinhalte keine eigenständige Anspruchsgrundlage, sie halte nur bei Gläubigerverzug den

Vergütungsanspruch aus dem Dienstvertrag aufrecht und enthalte eine besondere Gefahrtragungsregel. Sie basiere darauf, dass der Schuldner wegen der fehlenden Mitwirkung des Gläubigers nicht leisten könne. Seine Mitwirkung sei aber unverzichtbare Voraussetzung der Vertragserfüllung. § 615 BGB bewirke damit zusammen mit §§ 293 ff. BGB, dass der Dienstverpflichtete bei Annahmeverzug des Dienstberechtigten den Anspruch auf die Gegenleistung behalte, ohne seine Dienstleistung nachholen zu lassen. Hieraus folge, dass § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB im Fall der Unmöglichkeit den Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung erhalte, wenn der Gläubiger für den zur Nichtleistung des Schuldners führenden Umstand allein oder weit überwiegend verantwortlich sei. Diese Bestimmung sei anwendbar, wenn sich der Gläubiger bei Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung nicht im Annahmeverzug befand. Dies komme in Betracht, wenn das Arbeitsverhältnis nicht erfüllbar war, ein Fall des § 297 BGB gegeben war oder der AN die Arbeitsleistung entgegen §§ 294 ff. BGB nicht angeboten hatte. In diesen Fällen fehle es an einer tatbestandlichen Schnittmenge mit § 615 BGB. Anderes gelte für das Verhältnis von § 615 BGB zu § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB. Die Anforderungen beider Vorschriften überlappen sich, weil jeweils Annahmeverzug Voraussetzung sei. § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB habe aber einen eigenständigen Regelungsinhalt. Er sei auf Sachleistungen zugeschnitten. Er weise dem Gläubiger zudem noch die Risiken zu, die erst aus zusätzlichen, außerhalb der Gläubigersphäre liegenden Umständen drohen. Bei § 615 BGB gehe es dagegen um den Fall, dass die angebotene, aber nicht angenommene Arbeitsleistung nach den konkreten Umständen nicht nachgeholt werden könne. Im Verhältnis zu § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB sei § 615 BGB daher spezieller. Für den Eintritt der Unmöglichkeit infolge Arbeitsunfähigkeit sei in § 616 zudem eine besondere Regelung getroffen worden. Für Arbeitsverhältnisse gelte insoweit noch spezieller § 3 EFZG. Beide Vorschriften gehen der allgemeinen Regelung in § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB vor. Im Dienstvertragsrecht regle § 616 BGB einen besonderen Fall der Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch den Dienstverpflichteten, wobei der Hinderungsgrund von seiner Person ausgehe. In dem Fall erhalte er trotzdem die Gegenleistung für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit. Die Vorschrift durchbreche für die Fälle, in denen beide Parteien kein Verschulden an der vorübergehenden Verhinderung treffe, die Grundregel des § 326 Abs. 1 S. 1 BGB. Damit bestehe hier kein Anspruch auf Annahmeverzugslohn.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass bei Unmöglichkeit der Arbeitsleistung § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB den Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung erhält, wenn der Gläubiger für den Umstand allein oder weit überwiegend verantwortlich ist, aufgrund dessen der Schuldner nicht zu leisten braucht. Diese Bestimmung kommt im Arbeitsverhältnis zur Anwendung, wenn sich der Gläubiger (AG) bei Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung nicht in Annahmeverzug befand, so etwa, wenn das Arbeitsverhältnis nicht erfüllbar war, ein Fall des § 297 BGB gegeben war oder der AN die Arbeitsleistung entgegen §§ 294 ff. BGB nicht angeboten hatte. Anderes gilt für das Verhältnis von § 615 BGB zu § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB, denn die tatbestandlichen Anforderungen beider Vorschriften überlappen sich, weil jeweils Annahmeverzug Tatbestandsvoraussetzung ist. § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB ist auf Sachleistungen zugeschnitten und weist dem Gläubiger auch die Risiken zu, die erst aus zusätzlichen, außerhalb der Gläubigersphäre liegenden Umständen drohen. Diese Regelung wird deshalb durch § 615 BGB als speziellere Regelung des Dienstvertragsrechts verdrängt. Für Fälle der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung infolge Arbeitsunfähigkeit ist im Dienstvertragsrecht in § 616 BGB eine besondere, von der allgemeinen Regelung in § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB abweichende Rechtsfolge vorgesehen. Der Anspruch des Dienstverpflichteten auf die Gegenleistung wird hiernach nur für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit aufrechterhalten. Für Arbeitsverhältnisse gilt insoweit noch spezieller § 3 EFZG. Beide Vorschriften gehen der allgemeinen Regelung in § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB vor („lex specialis derogat legi generali“).

95

# Unterlassener Zwischenverdienst nach Ablehnung der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen

**BAG von**  
15.01.2025

**Aktenzeichen**  
5 AZR 135/24

**Stichwort**  
§ 615 S. 2 BGB, § 11 Nr. 2 KSchG,  
Änderungskündigung,  
Leistungsfähigkeit, zumutbare Arbeit

## Sachverhalt

Die Klägerin ist seit 2011 beim Unternehmen als Verwaltungsangestellte in Teilzeit beschäftigt. Am 27. November 2020 kündigte der AG der AN zum 31. März 2021 und bot ihr die Fortsetzung zu geänderten Arbeitsbedingungen an. Bei gleichbleibender Tätigkeit sollte die AN 15 Stunden pro Woche beschäftigt werden, wobei sich der AG vorbehalten wollte, der AN eine andere zumutbare, ihren Kenntnissen und Fähigkeiten entsprechende Tätigkeit zu übertragen und sie an einen anderen Arbeitsort in Bayern zu versetzen. Die AN lehnte das Änderungsangebot ab und erhob Kündigungsschutzklage und machte einen „Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG“

geltend. Vom 15. bis zum 31. Januar 2021 und vom 22. bis zum 31. März 2021 war sie arbeitsunfähig. Vom 01. April 2021 bis zum 14. Februar 2023 war sie bei der Bundesagentur für Arbeit arbeitsuchend gemeldet. Vom 08. bis zum 30. April 2021 erhielt sie Arbeitslosengeld in Höhe von 723,58 Euro, für Mai 2021 bis Januar 2023 monatlich 943,80 Euro und vom 01. bis 14. Februar 2023 bekam sie 440,44 Euro. Die Agentur für Arbeit unterbreitete ihr fünf Vermittlungsvorschläge, auf die sich die AN erfolglos bewarb. Der AG übermittelte ihr weitere fünf Vorschläge, auf die sie sich erfolglos bewarb. Ohne Erfolg blieben auch zehn weitere eigeninitiativ erfolgte Bewerbungen. Die AN erteilte dem AG Auskunft zu ihren Erwerbsbemühungen unter Nennung der Tätigkeit und des AG. Am 05. Mai 2021 kündigte der AG ihr fristlos aus verhaltensbedingten Gründen, weil die Reaktion der AN auf die unrichtig ausgefüllte Arbeitsbescheinigung mit dem Antrag auf Erlass eines Bußgeldbescheids beim Arbeitsamt unverhältnismäßig sei und das Vertrauensverhältnis „weiter sehr stark beeinträchtigt“. Die AN klagte auch dagegen. Im Vorprozess bot der AG ihr am 09. September 2022 eine Prozessbeschäftigung zu den Bedingungen des Änderungsangebots an, die sie ablehnte. Am 09. Februar 2023 machte die AN gerichtlich erfolglos Vergütung wegen Annahmeverzug geltend. Das ArbG stellte am 10. Februar 2023 fest, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung des AG nicht aufgelöst wurde. Ab 15. Februar 2023 wird das Arbeitsverhältnis wieder vollzogen. Am 21. März 2023 forderte die AN zudem Vergütung wegen Annahmeverzugs für die Zeit vom 01. April 2021 bis 14. Februar 2023 abzüglich erhaltenen Arbeitslosengeldes. Sie sei im Streitzeitraum leistungsunfähig gewesen. Eine Anrechnung nach § 11 Nr. 2 KSchG habe nicht zu erfolgen, da ihr nicht zuzumuten gewesen sei, zu den Bedingungen des Änderungsangebots beim AG zu arbeiten.

## Problematic

Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete gemäß § 615 S. 1 BGB für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Besteht nach der Entscheidung des Gerichts das Arbeitsverhältnis fort, so muss sich der AN auf das Arbeitsentgelt, das ihm der AG für die Zeit nach der Entlassung schuldet, nach § 11 Nr. 2 KSchG anrechnen lassen, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen. Hat die AN hier Anspruch auf Annahmeverzugsvergütung? Kann sich der AG dagegen darauf berufen, dass die AN anderweitigen Verdienst gemäß § 11 Nr. 2 KSchG hätte erzielen können? Ein AN unterlässt böswillig gemäß § 11 Nr. 2 KSchG anderweitigen Verdienst, wenn ihm ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig bleibt und eine ihm nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl nach Art. 12 GG zumutbare anderweitige Arbeit nicht aufnimmt oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert. Böswilligkeit setzt dabei nicht voraus, dass der Arbeitnehmer in der Absicht handelt, den Arbeitgeber zu schädigen. Fahrlässiges, auch grob fahrlässiges Verhalten reicht allerdings nicht aus. Handelte die AN hier böswillig, als sie sich weigerte die vom AG angebotene Tätigkeit gemäß dem Änderungsangebot auszuführen?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision der AN gegen die entgegenstehende Entscheidung des LAG war erfolgreich. Die AN habe gegen den AG für den gesamten Streitzeitraum vom 01. April 2021 bis zum 14. Februar 2023 einen Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs. Die AN sei im gesamten Streitzeitraum leistungsfähig nach § 297 BGB gewesen. Der AG gerate unbeschadet der sonstigen Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 297 BGB nicht in Annahmeverzug, wenn der AN außerstande ist, die geschuldete Arbeitsleistung aus Gründen in seiner Person zu erfüllen. Die Leistungsunfähigkeit ist eine vom Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzung, die während des gesamten Annahmeverzuges vorliegen muss. Berufe sich der AG gegenüber dem Anspruch des AN auf Zahlung von Annahmeverzugslohn auf dessen Leistungsunfähigkeit gemäß § 297 BGB, müsse er die Voraussetzungen dieser Einwendung darlegen und beweisen. Weil der AG über den Gesundheitszustand des AN regelmäßig keine näheren Kenntnisse hat, gelte eine abgestufte Darlegungslast. Er genügt seiner primären Darlegungslast, indem er Indizien vortrage, aus denen auf eine Leistungsunfähigkeit im Annahmeverzugszeitraum geschlossen werden könne. Hierzu müsse er Tatsachen vortragen, dass der AN im Streitzeitraum für die geschuldete Tätigkeit nicht bzw. nicht uneingeschränkt leistungsfähig war. Habe der AG solche Indizien vorgetragen, sei es Sache des AN, die Indizwirkung dieser Tatsachen zu erschüttern. Er müsse erklären, warum aus dem Vortrag des AG nicht auf ein Leistungsvermögen geschlossen werden könne. Komme er dem nach und werde eine Beweisaufnahme erforderlich, trage der AG die Feststellungslast. Der AG habe keine ausreichenden Indizien vorgetragen, die darauf schließen lassen, dass die AN im Streitzeitraum für die geschuldete Tätigkeit nicht leistungsfähig gewesen sei. Das LAG habe richtigerweise die Arbeitsunfähigkeitszeiten der AN herangezogen und berücksichtigt, dass die AN während des gesamten Verzugszeitraums der Vermittlung durch die Agentur für Arbeit zur Verfügung stand. Sie habe sich auf die von der Agentur für Arbeit und dem AG übermittelten Vermittlungsvorschläge sowie eigeninitiativ beworben. Es bestand auch keine zeitliche Koinzidenz zwischen dem Verzugszeitraum und der von der AN behaupteten Leistungsfähigkeit. Rechtsfehlerhaft habe das LAG entschieden, dass die AN im Zeitraum vom 01. April bis 04. Mai 2021 es böswillig unterlassen haben solle, anderweitigen Verdienst zu erzielen. In § 11 Nr. 2 KSchG werde dem AN eine Pflicht zur angemessenen Rücksichtnahme auf die Belange des AG auferlegt. Der AN soll seine Annahmeverzugsansprüche nicht ohne Rücksicht auf den AG durchsetzen können. Maßgebend sind dabei die gesamten Umstände des Einzelfalls. Im Rahmen der Gesamtabwägung können die sozialrechtlichen Handlungspflichten (Verletzung der in § 38 Abs. 1 SGB III geregelten Pflicht, sich innerhalb von drei Tagen nach Erhalt einer außerordentlichen Kündigung bei der Bundesagentur für Arbeit arbeitsuchend zu melden) bei der Auslegung des Begriffs des böswilligen Unterlassens nicht außer Acht gelassen werden. Sozialrechtliche Handlungspflichten sind jedoch bei der Beurteilung des böswilligen Unterlassens nach § 11 Nr. 2 KSchG nicht unmittelbar anwendbar und ihre Wertungen nicht „eins zu eins“ zu übernehmen. Melde sich der AN nach einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend und gehe er deren Vermittlungsangeboten nach, sei ihm keine vorsätzliche Untätigkeit vorzuwerfen. Aus § 11 Nr. 2 KSchG könne allerdings nicht abgeleitet werden, der AN dürfe in jedem Fall ein zumutbares Angebot der Agentur für Arbeit abwarten. Vielmehr könne die Abwägung der Interessen für ihn auch die Obliegenheit begründen, ein eigenes Angebot abzugeben, wenn sich eine realistische zumutbare Arbeitsmöglichkeit biete. Auch der AG könne dem AN geeignete Stellenangebote übermitteln. Die andere Arbeit müsse aber zumutbar sein. Zu ermitteln sei, inwieweit eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen, z. B. nach der Art der Tätigkeit, der Arbeitszeit, des Ortes der anderweitigen Beschäftigung oder der Person des AG sowie hinsichtlich des Verdienstes hinnehmbar sei. Eine erhebliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen müsse der AN nicht hinnehmen. Die AN hatte eigene Bewerbungsbemühungen unternommen und auch den Auskunftsanspruch des AG erfüllt. Der AN war die Aufnahme der Arbeit nach dem Änderungsangebot des AG nicht zumutbar gemäß § 11 Nr. 2 KSchG, da mit dem Änderungsangebot eine erhebliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen verbunden gewesen wäre. Die Nettovergütung, die die AN in dieser Zeit erhalten hätte, habe unter dem Arbeitslosengeld I gelegen.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass die Ablehnung des AN das Arbeitsverhältnis zu geänderten Arbeitsbedingungen nach Ausspruch einer Änderungskündigung fortzusetzen, ein böswilliges Unterlassen einer zumutbaren Arbeit gemäß § 11 Nr. 2 KSchG beinhalten kann. Maßgeblich sind die jeweiligen Umstände des Einzelfalls. Unzumutbar ist dabei eine Tätigkeit, bei der der zu erzielende Nettoverdienst unter dem Arbeitslosengeld I während des Bezugszeitraums dieser Leistung liegt. Weiter erklärt es, dass sozialrechtliche Handlungspflichten bei der Auslegung des Begriffs des böswilligen Unterlassens nach § 11 Nr. 2 KSchG am Maßstab der gemeinsamen Vertragsbeziehung unter Berücksichtigung der Verkehrssitte nicht außer Acht gelassen werden können. Sie werden jedoch nicht Inhalt der privatrechtlichen Vertragsbeziehungen. Daher sind sie dort nicht unmittelbar anwendbar und ihre Wertungen nicht „eins zu eins“ bei der Auslegung und Anwendung des § 11 Nr. 2 KSchG zu übernehmen.

# Beweiswert einer im Nicht EU-Ausland erstellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

**BAG von**  
**15.01.2025**

**Aktenzeichen**  
5 AZR 284/24

**Stichwort**  
§ 3 Abs. 1 S. 1 EFZG, § 275 Abs. 1a SGB V; Differenzierung zwischen Erkrankung und mit Arbeitsunfähigkeit verbundene Krankheit, Gesamtwürdigung, Krankheit im Erholungsurlaub

## Sachverhalt

Der Kläger ist seit 2002 als Lagermitarbeiter zu einem Bruttomonatsgehalt von 3.612,94 Euro beschäftigt. In den Jahren 2017, 2019 und 2020 legte er dem AG im direkten zeitlichen Zusammenhang mit seinem Urlaub viermal Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vor, wobei es sich im Anschluss an den Sommerurlaub 2017 wegen der Entfernung von Nierensteinen stationär behandeln ließ. Vom 22. August bis 09. September 2022 gewährte der AG dem AN Urlaub, den dieser in Tunesien verbrachte. Am 07. September 2022 mailte der AN dem AG, dass er bis zum 30. September 2022 „krankgeschrieben und arbeitsunfähig“ sei. Beigefügt war ein in französischer Sprache verfasstes Attest vom selben Tag des Arztes Dr. H aus B in Tunesien. Darin bescheinigte Dr. H, dass dieser an „schweren Ischialbeschwerden“ im engen „Lendenwirbelkanal“ leide, der AN 24 Tage

strenge häusliche Ruhe bis zum 30. September 2022 benötige und er sich während dieser Zeit nicht bewegen und reisen dürfe. Einen Tag nach dem Arztbesuch buchte der AN am 08. September 2022 ein Fährticket für den 29. September 2022 und er reiste an diesem Tag mit seinem Pkw zunächst mit der Fähre von Tunis nach Genua und dann weiter nach Deutschland. Danach legte er dem AG eine Erstbescheinigung eines an seinem Wohnort in Deutschland niedergelassenen Facharzt für Orthopädie vom 04. Oktober 2022 vor, in der Arbeitsunfähigkeit bis 08. Oktober 2022 bescheinigt wurde. Der AG zweifelte die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach dem Attest vom 7. September 2022 an. Darauf legte der AN eine erläuternde Bescheinigung seines Arztes vom 17. Oktober 2022 vor, in der dieser erklärte, den AN am 07. September 2022 untersucht zu haben. Weiter heißt es: „Er hatte eine beidseitige Lumboischialgie, die eine Ruhepause mit Arbeitsunfähigkeit und Reiseverbot für 24 Tage vom 07. September 2022 bis 30. September 2022 erforderlich machte. Der AG lehnte die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ab und kürzte die Vergütung des AN um 1.583,02 Euro netto. Der AN erhob Klage und erklärte, er sei arbeitsunfähig erkrankt gewesen. Das Attest vom 07. September 2022 stelle ebenso wie die Bescheinigung vom 17. Oktober 2022 eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung dar, deren Beweiswert der AG nicht erschüttert habe.

## Problematik

Ein AN hat nach § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den AG für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen, wenn er durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist, ohne dass ihn ein Verschulden trifft. Hat der AN hier einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für den Zeitraum vom 07. September bis zum 30. September 2022? Kann sich der AG erfolgreich darauf berufen, dass der Beweiswert der ärztlichen Bescheinigung vom 17. Oktober 2022 aufgrund der gesamten Umstände, insbesondere aufgrund des Inhalts der Bescheinigung, des Verhaltens des AN und der bereits in der Vergangenheit wiederholt im Zusammenhang mit Urlaubszeiträumen aufgetretenen Krankheitszeiten, erschüttert ist?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AG gegen die entgegenstehenden Entscheidung des LAG war mangels ausreichender Begründung erfolgreich und führte zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das LAG. Der AG habe den Beweiswert der vom 07. bis zum 30. September 2022 vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen erschüttert. Der AN trage die Darlegungs- und Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG. Der Beweis krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit werde durch die Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung gemäß § 5 Abs. 1 S.2 EFZG geführt. Einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, die in einem Land außerhalb der Europäischen Union ausgestellt wurde, komme grundsätzlich der gleiche Beweiswert wie einer in Deutschland ausgestellten Bescheinigung zu. Die Bescheinigung müsse aber erkennen lassen, dass der ausländische Arzt zwischen einer bloßen Erkrankung und einer mit Arbeitsunfähigkeit verbundenen Krankheit unterschieden und damit eine den Begriffen des deutschen Arbeits- und Sozialversicherungsrechts entsprechende Beurteilung vorgenommen habe. Der AG, der Zweifel an einer



tatsächlich bestehenden Arbeitsunfähigkeit habe müsse sich im Hinblick auf seine Darlegungslast nicht nur auf die in § 275 Abs. 1a SGB V aufgeführten Regelbeispiele ernsthafter Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit beschränken. Er habe in aller Regel keine Kenntnis von den Krankheitsursachen und könne nur eingeschränkt Indiztatsachen zur Erschütterung des Beweiswerts vorbringen. Er müsse daher gerade nicht Tatsachen darlegen, mit denen der Beweis des Gegenteils geführt werden kann. Könne der AG den Beweiswert der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttern, müsse der AN konkrete Tatsachen darlegen und beweisen, die auf eine bestehende Erkrankung schließen lassen. Er muss detailliert erklären, welche Krankheiten und welche gesundheitlichen Einschränkungen bestanden haben und welche Verhaltensmaßregeln oder Medikamente ärztlich verordnet wurden. Der AN müsse zumindest laienhaft bezogen auf den gesamten Entgeltfortzahlungszeitraum schildern, welche konkreten gesundheitlichen Beeinträchtigungen mit welchen Auswirkungen auf seine Arbeitsfähigkeit bestanden haben. Die erläuternde ärztliche Bescheinigung des Dr. H vom 17. Oktober 2022 zum ärztlichen Attest vom 07. September 2022 habe eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung dargestellt. Sie enthalte eine ausdrückliche Aussage woran der AN erkrankt sei und unterscheide ausreichend zwischen Krankheit und Arbeitsunfähigkeit. Trotzdem begründe das Zusammentreffen ungewöhnlicher Umstände in der Gesamtschau ernsthafte Zweifel am Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Zu berücksichtigen sei, dass der Arzt in Tunesien dem AN am 07. September 2022 schwere „Ischialbeschwerden im engen Lendenwirbelkanal“ bestätigt und für 24 Tage strenge häusliche Ruhe mit der Maßgabe angeordnet habe, der AN dürfe sich nicht bewegen oder reisen. Die Dauer der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit überstieg dabei die in § 5 Abs. 4 S. 1 Arbeitsunfähigkeits-RL vorgesehene regelmäßige Höchstdauer von zwei Wochen erheblich. Ein Überschreiten dieses Zeitraums sei zwar möglich, aber nur, wenn es aufgrund der Erkrankung oder eines besonderen Krankheitsverlaufs sachgerecht erscheine. In diesem Fall könne eine Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von einem Monat bescheinigt werden. Die Bescheinigung vom 07. September 2022 stelle ebenso wenig wie die erläuternde Bescheinigung vom 17. Oktober 2022 klar, warum ein Zeitraum von 24 Tagen sachgerecht war. Dies hätte sich angesichts der Anordnung strenger häuslicher Ruhe mit dem Bewegungs- und Reiseverbot aufgedrängt. Der Arzt habe zudem auf eine Wiedervorstellung zur Nachkontrolle verzichtet. Aus der am 04. Oktober 2022 in Deutschland ausgestellten „Erstbescheinigung“ mit einer bestätigten Arbeitsunfähigkeit vom 04. bis 08. Oktober 2022 könne kein Rückschluss auf eine Arbeitsunfähigkeit und deren Dauer im Streitzeitraum gezogen werden, insbesondere wenn es sich tatsächlich um eine Erstbescheinigung handle. Denn dann liege eine neue Krankheitsursache vor. Sollte es sich um die gleiche Krankheitsursache gehandelt haben, stellte sich die Frage nach einer Fortsetzungserkrankung. Das LAG habe nicht festgestellt, aufgrund welcher Diagnose dem AN am 04. Oktober 2022 Arbeitsunfähigkeit bescheinigt wurde. Außerdem habe das LAG nicht ausreichend gewürdigt, dass der AN bereits einen Tag nach der bis zum 30. September 2022 attestierten Notwendigkeit häuslicher Ruhe und des Bewegungs- und Reiseverbots ein Fährticket für den 29. September 2022 buchte und mit dem Pkw nach Deutschland reiste. In Anbetracht der Schwere der Erkrankung und des Reiseverbots sei überraschend, dass der AN bereits einen Tag nach dem Arztbesuch ein neues Fährticket buchte und vor Ablauf der Frist die beschwerliche Rückreise antrat. Auch habe das LAG nicht berücksichtigt, dass der AN bereits in den Jahren 2017 bis 2020 unmittelbar nach seinem Urlaub Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorgelegt hatte.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, die in einem Land außerhalb der Europäischen Union (hier: Tunesien) ausgestellt wurde, grundsätzlich der gleiche Beweiswert wie einer in Deutschland ausgestellten Bescheinigung zukommt. Die Bescheinigung muss jedoch erkennen lassen, dass der ausländische Arzt zwischen einer Erkrankung und einer mit Arbeitsunfähigkeit verbundenen Krankheit unterschieden und damit eine den Begriffen des deutschen Arbeits- und Sozialversicherungsrechts entsprechende Beurteilung vorgenommen hat. Das Zusammentreffen von mehreren ungewöhnlichen Umständen in Bezug auf Zweifel an einer bescheinigten Arbeitsunfähigkeit kann in der Gesamtschau ernsthafte Zweifel am Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung begründen. Zweifel an der sachlichen Richtigkeit einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung können sich auch daraus ergeben, dass einem AN bereits in der Vergangenheit mehrfach im Zusammenhang mit gewährtem Erholungsurlaub eine Arbeitsunfähigkeit bestätigt worden ist.

# Bezugnahme auf einen Tarifvertrag und Inhaltskontrolle

**BAG von**  
**29.01.2025**

**Aktenzeichen**  
4 AZR 83/24

**Stichwort**  
§ 310 Abs. 4 BGB, § 307 Abs. 3 BGB;  
Bezugnahme auf die Gesamtheit der  
Regelungen eines einschlägigen  
Tarifvertrags, Voraussetzungen des  
Kontrollprivilegs

## Sachverhalt

Der Kläger war von 2008 bis 2022 als Ausbildungsleiter beim Unternehmen, das Mitglied im einschlägigen Arbeitgeberverband ist, mit außertariflichem Bruttomonatsgehalt (4.550,00 Euro, Jahresbrutto 60.000,00 Euro) beschäftigt. Sein AV enthielt eine Klausel zur pauschalen Abgeltung von Mehrarbeit. Im AV war ansonsten geregelt, dass sämtliche weiteren Vertragsbestandteile, wie Urlaubsanspruch, Urlaubsgeld, Sonderzahlung etc. sich nach den tarifrechtlichen Bestimmungen des MTV der Hessischen Metallindustrie richten. Für das Unternehmen galten ab Februar 2019 bis Dezember 2021 firmenbezogene Sanierungstarifverträge (San-TV), die eine Stundung (Kürzung) der Entgelte vorsahen. Der Kläger war nicht tarifgebunden, wurde aber dennoch am 15. Februar 2019 um eine Stundungsvereinbarung gebeten, die er

nicht unterzeichnete. Gleichwohl kürzte der AG dessen Entgelt entsprechend den Regelungen der San-TV ab Juni 2019 bis März 2021 sowie im Mai 2021 um 7.459,70 Euro brutto. Der AN machte das einbehaltene Entgelt im September und Dezember 2022 erfolglos geltend. In seiner Klage vom März 2023 meinte er, seine Entgeltansprüche seien nicht aufgrund der im einschlägigen MTV geregelten Ausschlussfristenregelung verfallen, da sie nicht wirksam in Bezug genommen worden sei. Die vertragliche Verweisung sei unklar nach § 305c Abs. 2 BGB. Die für ihn günstigere Auslegung führe dazu, dass nur die tariflichen Bestimmungen zum Urlaub und zu Sonderzahlungen in Bezug genommen worden seien.

## Problematik

Nach § 350c Abs. 1 BGB werden Bestimmungen in AGB, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil. Gemäß § 350c Abs. 2 BGB gehen Zweifel bei der Auslegung von AGB zu Lasten des Verwenders. War der Hinweis auf die Geltung der tarifrechtlichen Bestimmungen des MTV im AV an einer so ungewöhnlichen Stelle, dass der AN mit ihnen nicht zu rechnen brauchte oder kann sich der AG hier erfolgreich auf den Verfall des Anspruchs aufgrund der Nichteinhaltung der Ausschlussfrist berufen?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AN gegen die entgegenstehenden Entscheidung des LAG war erfolgreich. Der Rechtsstreit musste mangels ausreichender Begründung an das LAG zurückverwiesen werden. Der AG war nicht berechtigt, das Entgelt des AN in den Monaten Juni 2019 bis März 2021 sowie im Mai 2021 zu kürzen. Zu prüfen sei aber, ob die Ausschlussfristenregelung des MTV einer Inhaltskontrolle standhalte und ob sie im vorliegenden Fall wirksam sei. Die San-TV seien nicht aufgrund vertraglicher Bezugnahme anwendbar. Der AV verweise nur auf den MTV, nicht aber auf das gesamte Tarifwerk der Branche. Damit sind die unternehmensbezogenen Verbandssanierungstarifverträge nicht Teil des AV. Auch eine spätere Stundungsvereinbarung, die den AG zur Kürzung von Entgeltzahlungen berechtigt hätte, sei nicht zustande gekommen. Das Schreiben des AG vom 15. Februar 2019 wurde vom AN nicht unterzeichnet. Auch eine stillschweigende Stundung liege nicht vor. Ein AN muss ein solches Verhalten des AG nicht als Vertragsangebot verstehen, wenn Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis nicht erfüllt werden. Die Parteien haben im AV umfassend auf den MTV und damit auch auf die Ausschlussfristenregelung verwiesen, soweit der AV keine abweichende Regelung enthalte. Mit der anschließenden Aufzählung „wie Urlaubsanspruch, Urlaubsgeld, Sonderzahlung etc.“ sei keine Einschränkung oder Konkretisierung der Bezugnahme auf diese Vertragsbestandteile verbunden. Eine solche stände im Widerspruch zu der beabsichtigten umfassenden Bezugnahme. Für „sämtliche weiteren“, nicht im Vertrag ausdrücklich geregelten Vertragsbestandteile sollten die tariflichen Regelungen Anwendung finden. Aus den Begriffen „wie“ und „etc.“ ergibt sich vielmehr, dass diese Aufzählung nur beispielhaft und gerade nicht abschließend ist. Durch Einsichtnahme in den AV und den im Zeitpunkt der jeweiligen Anwendung geltenden MTV war für ihn bestimmbar, nach welchen Regelungen sich das Arbeitsverhältnis richte. Mangels vertraglicher Ausschlussfristenregelung sei durch die Inbezugnahme des

MTV dessen jeweilige Bestimmung insoweit maßgebend. Die Bezugnahme sei zeitdynamisch zu verstehen: Es gelte jeweils die aktuelle Fassung des MTV, da keine bestimmte Fassung (z. B. durch Datum) festgelegt wurde. Die Klausel sei klar und umfassend formuliert. Die Klausel sei auch nicht überraschend oder intransparent im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB, da dynamische Verweisungen auf TV im Arbeitsleben üblich sind. Die Klausel verstoße nicht gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, weil die jeweils geltenden Regelungen des MTV für den Arbeitnehmer bestimmbar sind. Die Bezugnahmeklausel finde sich nicht an einer im AV unerwarteten Stelle. Die Ausschlussfristenregelung des MTV gelte für alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, soweit der AV keine abweichende Regelung enthalte. Die dreimonatige Frist nach dem MTV gelte für alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, einschließlich gesetzlicher und vertraglicher Ansprüche, außer Zuschlägen und Mehrarbeitsvergütungen. Die in Bezug genommenen tariflichen Regelungen unterliegen wegen § 310 Abs. 4 BGB keiner Inhaltskontrolle. Nach § 310 Abs. 4 S. 1 BGB sind TV von der Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB ausgenommen, weil sie mit Rechtsvorschriften gleichgestellt werden. Dies gelte jedoch nur, wenn der gesamte TV (Globalverweisung) in Bezug genommen werde. Der Inhalt des MTV sei bis auf die vom AG vorgelegte Bestimmung des § 29 MTV nicht festgestellt. Das Kontrollprivileg setzt eine Inbezugnahme der Gesamtheit der Regelungen des einschlägigen TV voraus. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift sei eine Bezugnahme auf einen Tarifvertrag ausreichend. Dann bestehe die Vermutung, dass die Regelungen die divergierenden Interessen angemessen ausgleichen. Eine punktuelle Bezugnahme auf einzelne Regelungsbereiche reiche nicht aus. Der TV muss das Arbeitsverhältnis in seinem räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich erfassen. Das LAG habe nicht geprüft, ob die Parteien mit der Verweisung auf den MTV einen einschlägigen TV insgesamt in Bezug genommen haben. Der Inhalt des MTV sei bis auf die vom AG vorgelegte Bestimmung des § 29 MTV nicht festgestellt und der TV nicht zur Akte gereicht. Wäre der MTV insgesamt in Bezug genommen, wären die Entgeltansprüche des AN – die nicht den gesetzlichen Mindestlohnanspruch betreffen dürften – verfallen.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass eine Inhaltskontrolle eines arbeitsvertraglich insgesamt in Bezug genommenen einschlägigen TV nach § 310 Abs. 4 S. 1 BGB nicht stattfindet. Erst die Gesamtheit der Regelungen begründet die für die Bereichsausnahme erforderliche Vermutung der Angemessenheit. Einer Inbezugnahme des gesamten Tarifwerks bedarf es nicht.

# Widerruf der privaten Nutzung eines Dienstwagens

**BAG von**  
**12.02.2025**

**Aktenzeichen**  
5 AZR 171/25

**Stichwort**  
§§ 305 ff. BGB, § 315 BGB;  
Widerrufsvorbehalt im Arbeitsvertrag,  
billiges Ermessen,  
Interessenabwägung

## Sachverhalt

Der Kläger war vom 20. Oktober 2022 bis 31. August 2023 beim Unternehmen als kaufmännische und operative Leitung zu einem Bruttomonatsgehalt von 10.457,00 Euro beschäftigt. Ihm stand ein Dienstfahrzeug der Mittelklasse zu, das er auch privat nutzen durfte. Diese private Nutzung berücksichtigte der AG in den Entgeltabrechnungen mit 457,00 Euro brutto monatlich. Dies entsprach einem Prozent des Listenpreises des überlassenen Kraftfahrzeugs im Zeitpunkt der Erstzulassung. Im AV war geregelt, dass die private Nutzung des Dienstfahrzeugs vom AG widerrufen werden kann, wenn der AN das Dienstfahrzeug vertragswidrig benutzt, das Arbeitsverhältnis gekündigt ist und

der AG den AN berechtigt von seiner Pflicht zur Arbeitsleistung freigestellt hat und wenn der AN wegen Krankheit oder aus einem anderen persönlichen Grund für mehr als sechs Wochen an der Erbringung der Arbeitsleistung verhindert ist. Ein Anspruch des AN wegen des Entzugs der privaten Nutzung besteht in diesen Fällen nicht. Nach dem AV konnte der AG den AN im gekündigten Arbeitsverhältnis auch freistellen. Am 08. Mai 2023 kündigte der AG dem AN ordentlich zum 31. August 2023 aus betriebsbedingten Gründen. Die Wirksamkeit der Kündigung steht rechtskräftig fest. Mit der Kündigung stellte der AG den AN mit sofortiger Wirkung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses unwiderruflich von der Pflicht zur Arbeitsleistung frei. Zugleich verlangte er die Rückgabe des Dienstfahrzeuges zum 25. Mai 2023. Der AN, der der Aufforderung des AG nachkam meinte, ihm stünde wegen des Entzugs des Dienstfahrzeugs für die Zeit vom 23. Mai bis zum 31. August 2023 ein Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung zu. Diese belaufe sich auf Basis des steuerlichen Nutzungswertes auf jeweils 457,00 Euro netto für die drei vollen Kalendermonate und für Mai 2023 anteilig auf 137,10 Euro netto, insgesamt also 1.508,10 Euro netto. Der AN stellt insbesondere darauf ab, dass der Widerruf der privaten Nutzungsmöglichkeit durch den AG der Ausübungskontrolle nach § 315 BGB nicht standhalte.

## Problematisierung

Soll die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden, so ist nach § 315 Abs. 1 BGB im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist. Ist die vom Arbeitgeber formulierte Widerrufsklausel wirksam und konnte dadurch der AN nach Ausspruch der betriebsbedingten Kündigung berechtigt von der Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt werden? Hat der AG das vereinbarte vertragliche Widerrufsrecht unter Berücksichtigung der Vorgaben von § 315 Abs. 1 BGB auch wirksam ausgeübt?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AN gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war teilweise erfolgreich. Der AN habe vom 23. bis 31. Mai 2023 einen Anspruch auf Entschädigung für den Entzug der Privatnutzung des Dienstwagens nach § 280 Abs. 1 i. V. m. § 283 S. 1 BGB i. H. v. 137,10 EUR brutto. Die fragliche arbeitsvertragliche Regelung unterliege als AGB der Kontrolle am Maßstab der §§ 305 ff. BGB. Die Vereinbarung des Widerrufsvorbehalts weiche von Rechtsvorschriften ab, § 307 Abs. 3 BGB. Die Überlassung eines Dienstwagens auch zur privaten Nutzung stelle einen geldwerten Vorteil und Sachbezug gemäß § 107 Abs. 2 S. 1 GewO dar. Sie sei steuer- und abgabenpflichtiger Teil des geschuldeten Arbeitsentgelts. Die Gebrauchsüberlassung sei zusätzliche Gegenleistung für die geschuldete Arbeitsleistung und so lange geschuldet, wie der AG Arbeitsentgelt leisten müsse. Diese Rechtslage werde durch das vertragliche Widerrufsrecht geändert. Ohne den Widerrufsvorbehalt müsse der AG nach § 611a Abs. 2 BGB dem AN während des Arbeitsverhältnisses, also bis zum Ablauf der Kündigungsfrist die vereinbarte Privatnutzung eines Dienstwagens ermöglichen. Einseitige Leistungsbestimmungsrechte, die dem Verwender das Recht einräumen, die Hauptleistungspflichten zu verändern, unterliegen einer Inhaltskontrolle. Eine in AGB geregelter Widerrufsvorbehalt, der sich auf die Höhe der Arbeitsvergütung beziehe, müsse den Anforderungen des § 308 Nr. 4 BGB gerecht werden. Die Vorbehaltsklausel müsse transparent gefasst und klar und verständlich sein. Bei den Widerrufsründen müsse zumindest die Richtung angegeben werden, aus der der Widerruf möglich sein soll, z. B. wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des AN. Für den AN müsse ein gewisses

Mindestmaß an Kalkulierbarkeit der möglichen Leistungsänderung bestehen. Wenn die finanziellen Auswirkungen des vorbehaltenen Widerrufs genau feststehen, sind an die Präzisierung des Widerrufsgrundes in der Regel keine überhöhten Anforderungen zu stellen. Dann sei für den AN als Vertragspartner des Klauselverwenders die durch den Widerruf mögliche Leistungsänderung genau kalkulierbar. Diesem Transparenzgebot werde die Widerrufsklausel im AV gerecht. Sie sehe getrennt von anderen, Fallgruppen ausdrücklich vor, dass der AN im Falle einer berechtigten Freistellung nach einer Kündigung mit dem entschädigungslosen Entzug der Privatnutzung des Dienstfahrzeugs rechnen müsse. Damit sei der maßgebliche Grund für einen möglichen Widerruf ausreichend klar benannt. Wie sich der Widerruf auf die Vergütung des AN auswirken würde, war für ihn jedenfalls unter Berücksichtigung des in den Gehaltsabrechnungen ausgewiesenen geldwerten Vorteils eindeutig erkenn- und kalkulierbar. Die Widerrufsklausel sei auch materiell wirksam. Nach § 308 Nr. 4 BGB sei die Vereinbarung eines Widerrufsrechts zumutbar, wenn der Widerruf nicht grundlos erfolgen soll, sondern wegen der unsicheren Entwicklung der Verhältnisse als Instrument der Anpassung notwendig sei. Der Widerruf der Privatnutzung eines Dienstwagens im Zusammenhang mit einer wirksamen Freistellung des AN während der Kündigungsfrist sei zumutbar. Der AN müsse bis zum Kündigungstermin keine Arbeitsleistung erbringen, insbesondere entfallen Dienstfahrten mit dem Pkw. Ausgehend hiervon verknüpfte die Klausel die dienstliche und private Nutzung sachgerecht. Die Regelung einer Ankündigungs- bzw. Auslaufrist in der Widerrufsklausel sei keine Wirksamkeitsvoraussetzung. Hierfür gebe es keinen Ansatz im Gesetz. Der Entzug der Privatnutzung des Dienstwagens bedürfe auch keiner Änderungskündigung, wenn durch den Wegfall der privaten Nutzungsmöglichkeit das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung im Arbeitsverhältnis nicht grundlegend berührt sei. Das sei der Fall, wenn, wie hier, weniger als 25 Prozent des regelmäßigen Verdienstes betroffen sind. Der AG habe den AN nach der Kündigung berechtigt aufgrund überwiegender schutzwürdiger Interessen freigestellt. Aber die Ausübung des Widerrufsrechts entsprach nicht billigem Ermessen gemäß § 315 Abs. 1 BGB. Die finanziellen Auswirkungen der steuerrechtlichen Rechtslage wurden nicht ausreichend vom LAG gewürdigt. Nach § 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG könne der zu versteuernde geldwerte Vorteil nur monatlich nicht kalendertäglich angesetzt werden. Das führe dazu, dass der AN bei einer Rückgabe des Dienstwagens innerhalb des laufenden Monats die Steuerlast für den ganzen Monat trage und damit auch für die Zeit, in der dem Pkw nicht mehr nutzen konnte. Die sich daraus ergebende Einkommensminderung des AN habe das LAG nicht ausreichend gewichtet. Dass der AN das Fahrzeug rund 2 Wochen länger nutzen durfte, war zum Ausgleich der Einkommensminderung nicht geeignet. Nur ein Widerruf der Privatnutzung zum jeweiligen Monatsende entspreche billigem Ermessen. Das BAG könne eine Ersatzleistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 BGB vornehmen und einen Widerruf der Privatnutzung zum Monatsende festlegen.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass eine AGB wirksam ist, nach der ein AN ein auch privat nutzbares Dienstfahrzeug im Fall der berechtigten Freistellung während der Kündigungsfrist entschädigungslos an den AG zurückgeben muss. Nach dem Transparenzgebot des § 308 Nr. 4 BGB muss eine solche Klausel klar und verständlich gefasst sein und zumindest die Richtung angeben, aus der der Widerruf möglich sein soll. Hinsichtlich der möglichen Leistungsänderung muss für den AN ein gewisses Mindestmaß an Kalkulierbarkeit bestehen. Auch materiell ist die Widerrufsklausel wirksam, weil sie unter Berücksichtigung der Freistellung die dienstliche und private Nutzung sachgerecht verknüpft. Ein in einer AGB enthaltener Widerrufsvorbehalt unterliegt neben einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB auch der auf den konkreten Einzelfall bezogenen Ausübungskontrolle nach § 315 Abs. 1 BGB. Bei der Interessenabwägung sind das Interesse des Arbeitgebers an einer unverzüglichen Rückgabe und das Interesse des Arbeitnehmers an einer weiteren privaten Nutzung zu berücksichtigen. Da die private Nutzung eines Dienstwagens bei gewählter Pauschalversteuerung gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG auch dann mit der vollen Monatspauschale zu versteuern ist, wenn der Arbeitnehmer das Fahrzeug nicht im gesamten Kalendermonat nutzen kann, wird im Regelfall nur ein Widerruf zum Monatsende billigem Ermessen entsprechen. Entspricht ein Widerruf der Privatnutzung wegen einer zu kurz gewählten Auslaufrist nicht billigem Ermessen, können die Gerichte eine Ersatzleistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 BGB vornehmen.

# Immaterieller Schadensersatz nach Art. 82 Abs. 1 DS-GVO wegen verspäteter Auskunftserteilung

**BAG von**  
**20.02.2025**

**Aktenzeichen**  
8 AZR 61/24

**Stichwort**  
Art. 82 Abs. 1 DS-GVO; Befürchtung  
der rechtsmissbräuchlichen  
Verwendung personenbezogener  
Daten, verspätete Erfüllung,  
Kontrollverlust

## Sachverhalt

Der Kläger stand vom 01. Dezember bis 31. Dezember 2016 beim Rechtsvorgänger des AG in einem Arbeitsverhältnis. Er hatte bereits 2020 gemäß Art. 15 DS-GVO Auskunft bezüglich der Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten verlangt und erhalten. Am 1. Oktober 2022 forderte er vom AG mit Blick auf eine etwaige andauernde Datenverarbeitung erneut eine solche Auskunft und setzte eine Frist bis 16. Oktober 2022. Als der AG nicht reagierte, erneuerte er seine Forderung am 21. Oktober 2022 unter Fristsetzung bis 31. Oktober 2022. Am 27. Oktober 2022 erteilte der AG diese Auskunft. Der AN beanstandete am 04. November 2022, dass die erteilte Auskunft bezüglich der Dauer der Datenspeicherung, der Angabe der Empfänger und der Vollständigkeit der Datenkopie unzureichend sei. Nach

weiterem Schriftwechsel erteilte der AG am 1. Dezember 2022 die gewünschten Auskünfte. Der AN forderte am 30. Dezember 2022 erfolglos die Zahlung einer „Geldentschädigung“ nach Art. 82 Abs. 1 DS-GVO und erhob sodann gerichtlich Klage. Der AG habe mit der nach Art. 12 Abs. 3 DS-GVO verspäteten Auskunft gemäß Art. 82 Abs. 1 DS-GVO gegen die DS-GVO verstoßen. Er habe deshalb einen Anspruch auf Schadensersatz. Es bestehe ein immaterieller Schaden in Form eines wochenlangen Kontrollverlust bezüglich der Datenverarbeitung. Er habe deshalb etwaige Rechte nicht ausüben können. Der Vorgang rufe bei ihm zudem ein erhebliches Maß an Sorge bezüglich des Schicksals seiner Daten hervor. Er habe Angst, dass der AG „Schindluder“ mit seinen Daten treibe. Außerdem sei er wegen des durch den AG verursachten Aufwands der Rechtsverfolgung „genervt“. Er forderte daher eine Geldentschädigung mindestens i. H. v. 2.000,00 Euro.

## Problematik

Nach Art 82 Abs. 1 DS-GVO hat jede Person, der wegen eines Verstoßes gegen diese Verordnung ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist, Anspruch auf Schadenersatz gegen den Verantwortlichen oder gegen den Auftragsverarbeiter. Muss der AN hier die Auswirkungen oder die Erheblichkeit der Beeinträchtigung konkret nachweisen? Zählt der Verlust über die Kontrolle der Verarbeitung personenbezogener Daten nach der DS-GVO zu den ersatzfähigen Schäden? Genügt ein rein hypothetisches Risiko der missbräuchlichen Verwendung durch einen unbefugten Dritten, um einen Schadensersatzanspruch entstehen zu lassen? Reicht die bloße Berufung auf eine bestimmte Gemütslage aus, um einen Schadensersatzanspruch zu begründen? Gemäß Art. 12 Abs. 3 S. 1 DS-GVO stellt der Verantwortliche der betroffenen Person Informationen über die auf Antrag gemäß den Artikeln 15 bis 22 ergriffenen Maßnahmen unverzüglich, in jedem Fall aber innerhalb eines Monats nach Eingang des Antrags zur Verfügung. Diese Frist kann um weitere zwei Monate verlängert werden, wenn dies unter Berücksichtigung der Komplexität und der Anzahl von Anträgen erforderlich ist. Kann sich der AN hier auf Art. 12 Abs. 3 S. 1 DS-GVO berufen und daraus einen Schadensersatzanspruch wegen der verspäteten Erteilung der Auskunft herleiten?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AN gegen die entgegenstehende Entscheidungen des LAG blieb erfolglos. Der AN habe keinen Anspruch auf den begehrten Schadensersatz. Das Vorliegen eines „Schadens“ ist eine der drei Voraussetzungen für den Schadensersatzanspruch gemäß Art. 82 Abs. 1 DS-GVO, ebenso wie das Vorliegen eines Verstoßes gegen die DS-GVO und eines Kausalzusammenhangs zwischen dem erlittenen Schaden und dem Verstoß, wobei diese drei Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen. Die Person, die auf der Grundlage von Art. 82 Abs. 1 DS-GVO den Ersatz eines immateriellen Schadens verlangt muss hierbei nicht nur den Verstoß gegen die Bestimmungen der DS-GVO nachweisen, sondern auch, dass ihr durch diesen Verstoß ein solcher Schaden entstanden ist. Der AN habe hier keinen Schaden gemäß Art. 82 Abs. 1 DS-GVO dargelegt. Der selbst kurzzeitige Verlust der Kontrolle über personenbezogene Daten könne einen immateriellen Schaden gemäß Art. 82 Abs. 1 DS-GVO darstellen, der einen Schadensersatzanspruch begründet, sofern die betroffene Person den Nachweis erbringt, dass sie tatsächlich einen solchen Schaden, so geringfügig er auch sein mag, erlitten hat. Ein Kontrollverlust in Form eines Datenverlusts oder Datenmissbrauchs liege auch nach

der Darstellung des AN nicht vor. Der AN habe weder einen „gesetzwidrigen Datenabfluss“ noch eine „unzulässige Datenspeicherung“ behauptet. Er habe bereits 2020 eine Auskunft erhalten und auch diesbezüglich nicht behauptet, sie sei falsch gewesen oder habe „Schindluder“ befürchten lassen. Zwar könne ein Kontrollverlust auch gegeben sein, wenn konkret keine missbräuchliche Verwendung der betreffenden Daten zum Nachteil der geschützten Person erfolgt sein sollte. Denn es kann die entsprechende Gefahr bestanden haben. Die durch einen Verstoß gegen die DS-GVO ausgelöste Befürchtung einer betroffenen Person, ihre personenbezogenen Daten könnten von Dritten missbräuchlich verwendet werden, kann für sich genommen einen immateriellen Schaden gemäß Art. 82 Abs. 1 DS-GVO darstellen. Das rein hypothetische Risiko der missbräuchlichen Verwendung durch einen unbefugten Dritten kann jedoch nicht zu einer Entschädigung führen. Unter einem Kontrollverlust versteht der EuGH daher nur eine Situation, in der die betroffene Person eine begründete Befürchtung des Datenmissbrauchs hegt. Das bloße Berufen auf eine bestimmte Gefühlslage reiche dabei nicht aus. Das Gericht müsse vielmehr prüfen, ob das Gefühl unter Berücksichtigung der konkreten Umstände „als begründet angesehen werden kann“ (EuGH vom 14. Dezember 2023, C -340/21). Je gravierender die Folgen eines Verstoßes gegen die DS-GVO sind, desto näher liegt eine begründete Befürchtung des Datenmissbrauchs. So wird die Veröffentlichung von sensiblen Daten im Internet aufgrund eines Datenlecks eine Grundlage für solche Befürchtungen darstellen. Eine nur verspätete Auskunft begründe dagegen keinen Kontrollverlust über Daten im Sinne der Gefahr einer missbräuchlichen Verwendung, sondern nur einen Zeitverzug hinsichtlich der Auskunft. Dabei sei unbeachtlich, dass Art. 12 Abs. 3 S. 1 DS-GVO die unverzügliche Erteilung der Information als Regelfall vorsieht und den Zeitraum der Ungewissheit damit auf ein Minimum verkürzt. Eine ungerechtfertigte Verzögerung lässt dessen ungeachtet ohne weitere Anhaltspunkte nicht auf einen Datenmissbrauch schließen. Die vom AN hier geschilderte Gefühlslage begründe demnach keinen Schaden im Zusammenhang mit einem Kontrollverlust. Der AN habe keine konkreten Befürchtungen einer missbräuchlichen Verwendung seiner Daten dargelegt. Ein immaterieller Schaden kann allein in negativen Gefühlen bestehen. Dies betreffe Konstellationen, in denen der bloße Verstoß gegen die DS-GVO zu der Befürchtung eines Datenmissbrauchs führe. Da solche Gefühle für sich genommen nicht beweisbar sind, müsse die Gesamtsituation und die Glaubwürdigkeit nach einem substantiierten Sachvortrags beurteilt werden. Stehe ein Verstoß gegen Art. 82 Abs. 1 DS-GVO nach richterlicher Beweiswürdigung gemäß § 286 Abs. 1 zum Nachteil des AN als geschützter Person fest, mindere sich das Beweismaß bezüglich der Entstehung und der Höhe des Schadens nach § 287 Abs. 1 BGB. Das bloße Berufen auf abstrakte Befürchtungen reiche aber nicht aus. Andernfalls würde jeder Verstoß gegen Art. 15 DS-GVO zu einem immateriellen Schaden führen. Die eigenständige Voraussetzung des Schadens würde damit bedeutungslos und stets erfüllt. Dies sei mit dem Normverständnis des EuGH von Art. 82 Abs. 1 DS-GVO, das strikt zwischen Verstoß und Schaden unterscheidet, nicht zu vereinbaren. Der Verstoß gegen Art. 15 DS-GVO begründe auch dann keinen immateriellen Schaden im Sinne des Art. 82 Abs. 1 DS-GVO, wenn die verzögerte oder zunächst verweigerte Auskunftserteilung der Durchsetzung von Rechten entgegenstehe. Denn dies stehe in keinem Zusammenhang mit dem Zweck des Schadensersatzanspruchs, einer Ausgleichsfunktion, um den aufgrund des Verstoßes gegen diese Verordnung erlittenen Schaden auszugleichen.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass die durch einen Verstoß gegen die DS-GVO ausgelöste Befürchtung eines betroffenen AN, seine personenbezogenen Daten könnten von Dritten missbräuchlich verwendet werden, kann für sich genommen einen immateriellen Schaden im Sinne von Art. 82 Abs. 1 DS-GVO darstellen. Das rein hypothetische Risiko der missbräuchlichen Verwendung durch einen unbefugten Dritten kann jedoch nicht zu einer Entschädigung führen. Steht ein Verstoß des AG gegen die Datenschutz-Grundverordnung nach Art. 82 Abs. 1 DS-GVO nach richterlicher Beweiswürdigung gemäß § 286 Abs. 1 ZPO fest, mindert sich das Beweismaß hinsichtlich der Entstehung und der Höhe des Schadens nach § 287 Abs. 1 ZPO. Eine nur verspätete Erfüllung des Auskunftsanspruch begründet keinen immateriellen Schaden nach Art. 82 Abs. 1 DS-GVO.

105

## Beteiligung am Mitarbeiteraktienoptionsprogramm und Verfallsregelung

**BAG von**  
**19.03.2025**

**Aktenzeichen**  
10 AZR 67/24

**Stichwort**  
§ 307 Abs. 1 BGB; Verfall virtueller Optionsrechte eines Arbeitnehmers nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

### Sachverhalt

Der Kläger war vom 01. April 2018 bis zum 31. August 2020 beim Unternehmen beschäftigt, zuletzt als Senior Customer Success Manager. Das Arbeitsverhältnis endete durch Eigenkündigung. Am 24. August 2019 erhielt der AN ein in englischer Sprache verfasstes Angebot auf Zuteilung von 23 virtuellen Optionsrechten, das er annahm. Im sog. Allowance Letter wurde ihm Möglichkeit eingeräumt, sich mit 23 virtuelle Optionsrechten („virtuelle Optionen“) an dem (virtuellen) Mitarbeiter-Aktienoptionsprogramm der C-Unternehmensgruppe zu beteiligen. Dabei wurden die virtuellen Optionen ausschließlich als Anreiz für die Zukunft und nicht für in der Vergangenheit erbrachte Leistungen ohne Gegenleistung gewährt. Nach den Bestimmungen

des Mitarbeiter-Aktienoptionsplans (Employee Stock Option Provisions, kurz ESOP) führt die Ausübung der virtuellen Optionen zu einem Zahlungsanspruch gegen den AG. Die Ausübbarkeit der virtuellen Optionen setzt den Ablauf einer Vesting-Periode sowie ein Ausübungsereignis, wie z. B. einen Börsengang, voraus. Die zugeteilten virtuellen Optionen werden nach einer Mindestwartezeit von zwölf Monaten innerhalb einer Vesting-Periode von vier Jahren gestaffelt ausübbar. Die Vesting-Periode wird ausgesetzt, wenn und solange der AN von seiner Pflicht zur Arbeitsleistung ohne Gehaltsanspruch entbunden ist. Nach Nr. 4.2 ESOP verfallen bereits ausübbare „gevestete“, aber noch nicht ausgeübte virtuelle Optionen u. a., wenn das Arbeitsverhältnis durch Eigenkündigung des Arbeitnehmers endet. Zum Zeitpunkt des Ausscheidens des AN waren 31,25 Prozent der Optionsrechte des AN gevestet, was 7,1875 virtuellen Optionen entsprach. Aufgrund eines späteren sog. Stock Split im Verhältnis von 1 zu 20 entsprach jede zuvor gehaltene Aktie nach dem Split 20 Aktien, was sich entsprechend auf die Anzahl der virtuellen Optionen auswirkte. Am 02. Juni 2022 machte der AN erfolglos den Fortbestand seiner virtuellen Optionen geltend. Die ihm zugeteilten und gevesteten virtuellen Optionen seien als essenzieller Bestandteil des Vergütungspakets nicht mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses verfallen, da ihn die in den ESOP enthaltenen Verfallklauseln unangemessen benachteiligten. Er habe die Ausübbarkeit der Optionsrechte durch die Erbringung der Arbeitsleistung in der Vesting-Periode erarbeitet und damit der Anreizfunktion genügt. Die Optionen seien auch vor einem Ausübungsereignis nicht wertlos, sondern für einen erheblichen Wert verkäuflich gewesen.

### Problematik

Kann sich AG darauf berufen, dass nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Ausübung der virtuellen Optionsrechte durch den AN aufgrund der Verfallklausel keinen Zahlungsanspruch mehr auslösen konnten? Kann sich der AG darauf berufen, dass die virtuellen Optionen, die aktiv nicht handelbar seien, nur eine Verdienstchance beinhalten, so dass bei einem Verfall kein erdienter Lohn entzogen wird. Ist der mit den Verfallklauseln verfolgte Zweck, einen Anreiz zu schaffen, dem Unternehmen bis zum Eintritt eines Ausübungsereignisses treu zu bleiben von Bedeutung, noch dazu, da der Verfall ausübbarer Optionen im Bestfall erst zwei Jahre nach dem Ausscheiden des AN eintritt? Nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Ist die Verfallklausel intransparent und daher unwirksam?

### Entscheidung des Gerichts

Die Revision der AN gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war erfolgreich. Die gevesteten virtuellen Optionen des AN sind nicht wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verfallen. Ein Anspruch des AN auf die gevesteten virtuellen Optionen ist nach dem Allowance Letter vom 24. August 2019 entstanden. Beim Ausscheiden waren zum 31. August 2020 aufgrund der zurückgelegten Dauer des Arbeitsverhältnisses von einem Jahr und drei Monaten 7,1875 virtuelle Optionen an den ordentlichen Namensaktien des AG gevestet, was nach dem Split 143,75 virtuellen Optionen entspricht. Der Umstand, dass es sich bei der Gewährung der Optionen um eine freiwillige Leistung ohne Anspruch auf Gewährung weiterer Optionen handelt, stehe einem Anspruch nicht entgegen. Der Begriff „freiwillig“ drücke nur aus, dass der AG nicht bereits durch Gesetz, TV oder BV zur fraglichen Leistung verpflichtet ist. Die gevesteten virtuellen



Optionsrechte sind nicht verfallen. Bei den ESOP handelt es sich um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte, einseitig gestellte Vertragsbedingungen über virtuelle Mitarbeiteraktioptionsrechte, also um AGB nach § 305 Abs. 1 BGB, die der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 3 BGB unterliegen. Die ESOP sind wirksam in den Vertrag einbezogen worden. Der AN habe sich mit der Geltung der Bestimmungen am 29. Oktober 2019 einverstanden erklärt. Die Verfallklauseln stellen nach ihrem Inhalt keine überraschenden Klauseln nach § 305c Abs. 1 BGB dar und sind nicht intransparent nach § 307 Abs. 1 BGB. Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot liege nicht schon vor, wenn es dem AN nur erschwert möglich sei, die Regelung zu verstehen. Erst in der Gefahr, dass der Vertragspartner des Verwenders wegen unklar abgefasster AGB seine Rechte nicht wahrnimmt, liege eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 BGB. Die Verfallklauseln sind nicht intransparent, weil sie auf Englisch verfasst sind, der Begriff „vested“ für den AN unterschiedliche Übersetzungsmöglichkeiten eröffnet und die Bestimmungen der Auslegung bedürfen. Die Auslegungsbedürftigkeit einer Klausel führe nicht automatisch zu deren Intransparenz. Die Bestimmungen der ESOP verdeutlichen, dass auch gevestete virtuelle Optionen nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses einem Verfall unterliegen. Das ArbG hat den Begriff „vested“ abweichend von der in zweiter Instanz vorgelegten beglaubigten Übersetzung der ESOP nicht mit „ausübbar“, sondern mit „unverfallbar“ gleichgesetzt. Diese Übersetzung entspreche auch der Auffassung des AN. Im Schrifttum werde der Begriff nicht einheitlich verwendet. Überwiegend werden unter „gevesteten“ Optionen die Optionen verstanden, die der Berechtigte „erdient“ oder angespart hat. Eine Vesting-Regelung sieht vor, dass dem AN über einen bestimmten Zeitraum ein bestimmter Prozentsatz seiner virtuellen Beteiligung zuwächst. Die Vesting-Periode kennzeichne den Zeitraum, innerhalb dessen die virtuellen Rechte ansteigend erworben werden. Die Verfallklauseln sind nicht unverständlich, weil sich der Zeitpunkt des Verfalls der virtuellen Optionen aufgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht klar bestimmen ließe. Die virtuellen Optionen werden zunächst „erdient“ und dem Grunde nach ausübbar („vested“), sie dürfen nicht verfallen („forfeited“) sein und schließlich muss ein Ausübungsereignis („event of exercise“) vorliegen. In der Originalfassung der ESOP ist der Begriff „forfeited“ um einen Klammerzusatz mit dem deutschen Wort „verfallen“ ergänzt worden. Der Klammerzusatz finde sich auch in Abschnitt 4 ESOP in allen Bestimmungen, die den Verfall der Optionen regeln. Damit werde deutlich, dass der Begriff „vested“ den Anteil der zugeteilten Optionen beschreibe, zu deren Ausübung der AN aufgrund der durchlaufenen Vesting-Periode unter den Voraussetzungen der ESOP berechtigt ist. Nach dem Wortlaut trete der Verfall ein, wenn das Arbeitsverhältnis des AN vor einem Ausübungsereignis durch Kündigung ende. Das Ende des Arbeitsverhältnisses trete nicht mit Zugang der Kündigungserklärung, sondern erst mit dem durch die Kündigung bewirkten Ende des Arbeitsverhältnisses, bei fristgerechter Kündigung mit Ablauf der Kündigungsfrist ein. Der Zeitpunkt sei eindeutig bestimmbar. Beide Klauseln halten aber der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht stand. Der durch Eigenkündigung ausscheidende AN werde unangemessen benachteiligt, weil die Verfallklausel nicht berücksichtige, dass die gevesteten virtuellen Optionen und die verbundene Chance auf Partizipation an der Wertsteigerung des Unternehmens auch eine Gegenleistung für die in der Wartezeit erbrachte Arbeitsleistung darstellen. Darüber hinaus führe die Verfallklausel zu einer übermäßigen Erschwerung des durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Kündigungsrechts des AN. Die Klausel unterscheide nicht, aus welchen Gründen der AN eine Eigenkündigung ausgesprochen habe, Sie erfasse auch Fälle, in denen der AN das Arbeitsverhältnis wegen vertragswidrigen Verhaltens des AG gekündigt habe.

### Konsequenzen

Das BAG stellt klar, dass ein Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) nicht allein dadurch begründet wird, dass AGB auslegungsbedürftig sind und Fachbegriffe in englischer Sprache verwendet werden. Dies ist nur dann der Fall, wenn unter Berücksichtigung der Verständnismöglichkeiten der typischerweise an Verträgen dieser Art beteiligten Verkehrskreise die Gefahr besteht, dass der Vertragspartner des Verwenders von der Durchsetzung seiner vertraglichen Rechte abgehalten wird. Sehen Bestimmungen in einem Mitarbeiterbeteiligungsprogramm vor, dass virtuelle Optionsrechte an der Wertsteigerung des Unternehmens nur in Zeiten eines Arbeitsverhältnisses „erdient“ („gevestet“) werden, in denen der AN einen Entgeltanspruch hat, stellen die gevesteten Optionen auch eine Gegenleistung für die in der sog. Vesting-Periode erbrachte Arbeitsleistung dar. Der Umstand, dass die virtuellen Optionsrechte erst bei ihrer Ausübung zu einem Zahlungsanspruch führen können und vor einem sog. Ausübungsereignis nur eine Gewinnchance verkörpern, stellt deren Gegenleistungscharakter nicht infrage. Eine Klausel, die den sofortigen Verfall der gevesteten Optionsrechte nach einer Eigenkündigung vorsieht, steht dem Grundsatz des Austauschverhältnisses von Arbeit und Vergütung (§ 611a Abs. 2 BGB) entgegen und erschwert das Kündigungsrecht des AN unzulässig. Auch eine Klausel, die bestimmt, dass die virtuellen Optionen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses doppelt so schnell verfallen, wie sie gevestet sind, benachteiligt den AN unangemessen. Sie berücksichtigt die Zeit, die der AN durch Erbringung seiner Arbeitsleistung in der Vesting-Periode für die erdienten Optionsrechte aufgewandt hat, nicht hinreichend, ohne dass die kürzere Verfallfrist durch entgegenstehende Interessen des

107

# Gleichbehandlungsgrundsatz bei Gesamtzusage unter Vorbehalt

**BAG von**  
**29.04.2025**

**Aktenzeichen**  
9 AZR 39/24

**Stichwort**  
§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB, Art. 3 Abs. 1 GG, § 151 S. 1 BGB; ungekürzte Übergangsversorgung aufgrund einer Gesamtzusage, betriebliche Belange

## Sachverhalt

Der AG führt an 15 Flughäfen und in vier Kontrollzentralen Aufgaben der Flugverkehrskontrolle mit Fluglotsen und AN verschiedener Berufsgruppen, genannt Flugdatenbearbeiter (FDB) durch. Fluglotsen und FDB sind bestimmten Einsatzberechtigungsgruppen (EBG) eines Centers oder Towers zugeordnet. Die 1970 geborene Klägerin war seit 1991 beim AG als Fluglotsin in einem tarifgebundenen Arbeitsverhältnis eingesetzt. Die Firmen-TV des AG regelten ein Übergangsgeld für AN ab dem 52. Lebensjahr nach 15 Jahren erfolgter Tätigkeit im Flugverkehrskontrolldienst der Deutschen Flugsicherung als Fluglotsen und nunmehriger Beendigung dieser Erwerbstätigkeit. Das monatliche Übergangsgeld beträgt bei einer Inanspruchnahme ab der

Vollendung des 55. Lebensjahres 70 Prozent der im Vormonat zu beanspruchenden Vergütung nach § 18 des einschlägigen MTV. Für jeden Monat, in dem das Übergangsgeld vor der Vollendung des 55. Lebensjahres erstmals bezogen wird, wird es um 0,3 Prozent gekürzt. Für die beim AG tätigen FDB galt der einschlägige TV über die Übergangsversorgung für die bei der DFS Deutsche Flugsicherung GmbH beschäftigten FDB. Dieser lautet weitgehend gleich, ermöglicht jedoch den Wechsel in die Übergangsversorgung erst mit Vollendung des 59. Lebensjahres und einen vorzeitigen Wechsel mit Vollendung des 56. Lebensjahres. Die AN kündigte dem AG den Eintritt in die tarifvertragliche Übergangsversorgung ab 01. Januar 2023 an. Da sie zu dem Zeitpunkt die Voraussetzungen für eine vorzeitige Inanspruchnahme der Übergangsversorgung erfüllte, kürzte der AG das Übergangsgeld um monatlich 986,83 Euro. 2021 schloss der AG einen TV zum bedarfsgerechten Personaleinsatz in Pandemie-Zeiten ab, wonach 2022 bis 2024 die Möglichkeit eines Wechsels in die Übergangsversorgung zwischen dem 52. und 55. Lebensjahr ohne Kürzung des Übergangsgeldes vorgesehen war, sofern dem keine betrieblichen Belange entgegenstehen. Da sich die AN vor Inkrafttreten der neuen tariflichen Regelung entschieden hatte, in Vorruhestand zu gehen, unterlag ihr Übergangsgeld unverändert der Kürzung. Um Unmut vorzubeugen, verkündete der AG per E Mail, vom 08. April 2021 ein kürzungsfreies Übergangsgeld auch für vor 2021 angekündigte Wechsel zu gewähren, stellte diese Zusage jedoch unter den Vorbehalt nicht entgegenstehender betrieblicher Belange. Bei einigen Fluglotsen aus der Altersgruppe der AN kürzte der AG die Übergangsversorgung nicht, bei der AN jedoch unverändert. Dagegen klagte sie und berief sich u. a. auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

## Problematik

Eine Gesamtzusage ist die an alle AN des Betriebs oder einen nach abstrakten Merkmalen bestimmten Teil von ihnen in allgemeiner Form gerichtete ausdrückliche Willenserklärung des Arbeitgebers, bestimmte Leistungen erbringen zu wollen. Welche Wirkung hat die Gesamtzusage, die der AG hier im Zusammenhang mit der Übergangsversorgung abgegeben hat? Wird die AN durch die Einschränkung der Gesamtzusage entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen i. S. v. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB benachteiligt? Ist die Zusage wegen Verstoßes gegen das AGB-rechtliche Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 2 S. 2 BGB unwirksam, soweit sie die anspruchshindernde Voraussetzung unter Rückgriff auf den unbestimmten Rechtsbegriff der entgegenstehenden betrieblichen Belange beschreibt? Verstößt der AG hier gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, wonach der AG AN oder Gruppen von AN, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung einer selbst gegebenen Regelung gleich behandeln muss?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AG gegen die entgegenstehende Entscheidung des LAG war erfolgreich und führte mangels ausreichender Begründung zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das LAG. Der AG habe sich gegenüber AN, die vor dem 01. Januar 2021 für 2021 bis 2024 einen Wechsel in den Vorruhestand angekündigt haben, in einer Gesamtzusage rechtsverbindlich zur Leistung der ungekürzten Übergangsversorgung verpflichtet, sofern dem Wechsel in die Übergangsversorgung, wäre er unter dem Anwendungsbereich des Corona TV 2.0 erfolgt, keine betrieblichen Belange entgegengestanden hätten. Einer ausdrücklichen Annahme des in der Gesamtzusage enthaltenen Antrags nach § 145 BGB bedarf es nicht. Das darin liegende Angebot wird gemäß §

151 S. 1 BGB angenommen und Inhalt des AV, so dass die AN einzelvertraglich die zugesagten Leistungen beanspruchen können, wenn sie die Voraussetzungen erfüllen. Die Gesamtzusage werde bereits wirksam, wenn sie gegenüber AN in einer Form verlautbart wird, dass die AN von der Erklärung Kenntnis nehmen können. Auf die konkrete Kenntnis komme es nicht an. Die Zusage habe für alle AN den gleichen Inhalt, sofern der AG ihren Inhalt nicht zwischenzeitlich verändert oder für die Zukunft aufgehoben habe. Hier habe der AG mit der E-Mail vom 08. April 2021 mit Rechtsbindungswillen erklärt, die Regelungen aus dem Corona TV 2.0 zum Bezug des Übergangsgeldes auf AN zu erstrecken, die den Wechsel in die Übergangsversorgung bereits vor dem 01. Januar 2021 beantragt hatten. Dabei sollten nur die AN ein ungekürztes Übergangsgeld bekommen, mit denen der AG unter dem Regelungen des Corona TV 2.0 eine Vereinbarung über den Wechsel in die Übergangsversorgung getroffen hätte und bei denen keine betrieblichen Belange entgegenstehen. Der AG hatte demnach das Interesse, durch einen vorzeitigen Wechsel in die Übergangsversorgung einen infolge der Corona-Pandemie entstandenen Personalüberhang abzubauen. Personen, die diesen Effekt durch eine Antragstellung vor dem 01. Januar 2021 zeitlich vorweggenommen haben, sollen nicht schlechter stehen als AN, mit denen der AG später eine Vereinbarung auf der Grundlage des Corona TV 2.0 geschlossen hat. Sie sollen aber auch nicht privilegiert werden. Die Zahlung ungekürzten Übergangsgeldes sollte somit nicht vom formalen Zeitpunkt, zu dem der Wechsel in die Übergangsversorgung initiiert wurde, abhängen, sondern davon, ob das Ausscheiden des AN im personalwirtschaftlichen Interesse des AG liege. Hier könne nicht beurteilt werden, ob dem Wechsel der AN in die Übergangsversorgung betriebliche Belange entgegenstünden. Beurteilungszeitpunkt für das Vorliegen entgegenstehender betrieblicher Belange sei der Zugang der E-Mail am 08. April 2021. Die Zahlung ungekürzten Übergangsgeldes sei davon abhängig, dass den bereits veranlassten Wechseln in die Übergangsversorgung aufgrund einer bei Zugang der E-Mail abzustellenden Prognose keine betrieblichen Belange entgegenstünden. Dafür sei entscheidend, ob die EBG der AN bis zum Zeitpunkt, zu dem die AN das 55. Lebensjahr vollendet, nicht mit ausreichend Personalkapazität ausgestattet ist. Dies müsse der AG darlegen und beweisen mit Hilfe einer tatsachenbasierten Prognose des Personalbedarfs- und -bestands bezogen nur auf die EBG, für die die AN formal berechtigt ist. Bei der Personalberechnung sind die AN zu berücksichtigen, die einen Wechsel in die Übergangsversorgung vor dem 01. Januar 2021 veranlasst haben. In die Prognose sind die für den Berechnungszeitraum maßgeblichen und konkret absehbaren personalwirtschaftlichen Faktoren (z. B. geplante Um- oder Versetzungen oder Bestehen einer bestehenden Personalreserve) einzustellen. Hierzu wurden keine Feststellungen getroffen. Die AN wurde durch die eingeschränkte Gesamtzusage nicht entgegen Treu und Glauben unangemessen nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB benachteiligt. Den Betroffenen bleibe nur eine Vergünstigung vorenthalten, deren Leistungszweck sie objektiv nicht erfüllen. Die Intention des AG, die Aufstockung der Leistungen nur für „Altfälle“ vorzusehen, die nicht zu einer Unterdeckung des Personalbedarfs geführt haben, sei sachgerecht. Die Zusage verstoße auch nicht gegen das Transparenzgebot nach § 13 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Verwendung des Begriffs „entgegenstehende betriebliche Belange“ übersteige im konkreten Kontext nicht den Verständnishorizont des durchschnittlichen Vertragspartners. Auch der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz sei nicht verletzt. Der AG habe bei der Gewährung der freiwilligen Leistungsgruppen gebildet und nur einem Teil der Fluglotsen, die vor dem 01. Januar 2021 den Wechsel in die Übergangsversorgung beantragt haben, ein ungekürztes Übergangsgeld gewährt. Nur, wenn der AG gegenüber einer Gruppe von Fluglotsen sachgrundlos auf die anspruchshindernde Voraussetzung der entgegenstehenden betrieblichen Belange verzichtet hätte, hätte er freiwillige Leistungen erbracht, die auch alle anderen Fluglotsen beanspruchen könnten. Dies sei nicht feststellbar.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass eine Gesamtzusage des AG wirksam wird, wenn sie gegenüber AN in einer Form verlautbart wird, die die einzelnen Beschäftigten typischerweise in die Lage versetzt, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen, ohne dass es auf deren konkrete Kenntnis ankommt. Die leistungsbeschränkende Regelung in einer Gesamtzusage, der zufolge von der Kürzung des Übergangsgeldes wegen vorzeitigen Wechsels in die Übergangsversorgung nur dann abgesehen wird, wenn dem vorzeitigen Ausscheiden keine betrieblichen Belange entgegenstehen, benachteiligt die betroffenen AN nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen i. S. v. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Gewährt der AG einer Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer Leistungen aus einer Gesamtzusage und lässt er dabei bewusst – an sich einschlägige – leistungsbeschränkende Regelungen unangewendet, können sich daraus Ansprüche aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben. Dadurch, dass sich der AG bewusst in Widerspruch zu seinem eigenen Regelungswerk setzt, verfolgt er einen neuen Regelungsplan.

# Vorruhestandsgeld und Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten

**BAG von**  
**29.04.2025**

**Aktenzeichen**  
9 AZR 287/24

**Stichwort**  
§ 4 Abs. 1 TzBfG, § 139 BGB;  
Ausgestaltung eines Sozialplans,  
Teilnichtigkeit einer  
Betriebsvereinbarung

## Sachverhalt

Die am 04. Mai 1966 geborene Klägerin war seit 01. September 1982 bei der Beklagten, einem Unternehmen der Zigarettenindustrie, im Rahmen eines tarifgebundenen Arbeitsverhältnisses beschäftigt. Sie arbeitete zeitweise in Teilzeit. Vom 01. Juli 2007 bis zum 31. Dezember 2012 war sie mit 80 Prozent beschäftigt, am 01. Januar 2013 kehrte sie zu einer Beschäftigung in Vollzeit zurück. Zuletzt erhielt die AN eine Vergütung nach der Tarifgruppe/-stufe 015A/7 des Entgelttarifvertrags vom 06. Oktober 2022 (ETV) i. H. v. 8.141,00 Euro. Der einschlägige TV regelte, dass das Vorruhestandsgeld 70 Prozent des normalen Arbeitsentgelts beträgt. Bei AN, die ganz oder zeitweise teilzeitbeschäftigt waren, wird das normale Arbeitsentgelt eines

vergleichbaren vollzeitbeschäftigten AN in dem Verhältnis, in dem die AZ des AN während seiner gesamten Dienstzeit zu der AZ eines vollzeitbeschäftigten AN gestanden hat, verringert und als normales Arbeitsentgelt zugrunde gelegt (Mischrechnung). Der AG schloss am 27. November 2019 mit dem GBR einen Sozialplan, wonach für Mitarbeiter mit den entsprechenden Voraussetzungen die tarifliche Vorruhestandsregelung gilt. Auf Grundlage dieses Sozialplans trafen die Parteien unter dem 18. Juli 2022 eine Vorruhestandsvereinbarung. Seit dem Eintritt in den Vorruhestand am 01. April 2023 bezieht die AN vom AG ein Vorruhestandsentgelt von zuletzt 4.519,07 Euro brutto. Für die Berechnung der Ansprüche der AN ermittelte der AG im Wege der Mischrechnung nach dem einschlägigen Sozialplan und der geltenden Tarifregelung im MTV unter Zugrundelegung des Beschäftigungsgrads während des gesamten Arbeitsverhältnisses einen Beschäftigungsgrad von 84,06 Prozent und dementsprechend ein Vorruhestandsgeld von 58,84 Prozent des normalen Arbeitsentgelts im Sinne des § 2 Nr. 5 MTV. Die AN meinte, ihr stehe Vorruhestandsentgelt in ungekürzter Höhe von 70 Prozent des letzten normalen Arbeitsentgelts zu. Die tariflich vorgeschriebene, durch die Regelungen des Sozialplans modifizierte Mischrechnung benachteiligte sie zu Unrecht wegen ihrer Teilzeitbeschäftigung gegenüber vollzeitbeschäftigten AN, die – wie sie – 15 Jahre oder länger in Vollzeit tätig gewesen seien. Darüber hinausgehende Beschäftigungszeiten in Teilzeit könnten diesen Anspruch nicht mindern.

## Problematik

Gemäß § 4 Abs. 1 TzBfG darf ein teilzeitbeschäftigter AN wegen der Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter AN, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Einem teilzeitbeschäftigten AN ist Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner AZ an der AZ eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten AN entspricht. Wurde die AN hier wegen ihrer Teilzeitarbeit schlechter als vergleichbare Vollzeitbeschäftigte behandelt, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund besteht? Kann sich der AG demgegenüber darauf berufen, dass eine Mischrechnung nach dem pro rata temporis-Grundsatz des § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG gerechtfertigt ist, um eine Benachteiligung Vollzeitbeschäftigter zu vermeiden?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision der AN gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war erfolgreich. Der AG müsse ihr ab April 2023 monatlich ein Vorruhestandsentgelt i. H. v. 65,6 Prozent des Bruttoentgelts eines Vollzeitbeschäftigten der Tarifgruppe/-stufe 015A/7 ETV zahlen. Die Mischrechnung verstoße gegen das Verbot der Benachteiligung von in Teilzeit beschäftigten AN nach § 4 Abs. 1 TzBfG. Sie sei unwirksam, soweit bei der Ermittlung des Beschäftigungsgrads, der neben dem letzten „normalen“ Arbeitsentgelt für die Höhe des Vorruhestandsentgelts maßgebend ist, auch dann auf die gesamte individuelle Dienstzeit abgestellt wird, wenn diese 15 Jahre übersteigt. Die Vorruhestandsregelungen nach dem Sozialplan sind nicht an den Vorgaben zu messen, die für TVP gelten, sondern gemäß § 75 BetrVG nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit zu beurteilen. Der Sozialplan als erzwingbare Betriebsvereinbarung nach § 112 Abs. 1 S. 2 und § 112 Abs. 4 sei von der Regelungssperre des § 77 Abs. 3 ausgenommen und finde daher neben den tarifvertraglichen Bestimmungen Anwendung. Die dort getroffene Vorruhestandsregelung stellt gegenüber der tariflichen Regelung in § 14 MTV eine eigenständige Regelung dar. Zwar nehme der Sozialplans auf die tarifliche Regelung im

Allgemeinen und wegen der Berechnung des Vorruhestandsentgelts auf die einschlägigen Regelungen des MTV Bezug. Der Sozialplan verzichte auf die in § 14 MTV vorgesehene Staffelung und modifiziere damit die tariflichen Anspruchsvoraussetzungen in wesentlichen Punkten. Unter den im Sozialplan genannten Voraussetzungen können AN, die eine Betriebszugehörigkeit von mindestens 15 Jahren aufweisen, bereits Vorruhestand in Anspruch nehmen, sobald sie das 55. Lebensjahr vollendet haben. Ab Eintritt in den Vorruhestand erhalten sie bis zum frühestmöglichen Zeitpunkt, zu dem sie gesetzliche Altersrente beanspruchen können ein Vorruhestandsentgelt, dessen Höhe sich nach den tarifvertraglichen Vorgaben des Vorruhestandsgelds nach § 14 MTV bemisst. Der Sozialplan verstoße jedoch gegen § 4 Abs. 1 TzBfG. Die Betriebsparteien verfügen bei der Ausgestaltung von Sozialplänen über Beurteilung und Gestaltungsspielräume. Allerdings müssen sie hierbei den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 75 Abs. 1 BetrVG beachten und eine Gleichstellung von Personen in vergleichbarer Lage sicherstellen und eine gleichheitswidrige Gruppenbildung ausschließen. Bei einer personenbezogenen Ungleichbehandlung sei der betriebsverfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz bereits dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt werde, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass diese die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten. Bei der Ausgestaltung von Sozialplänen haben die Betriebsparteien auch das Verbot der Benachteiligung von den teilzeitbeschäftigten AN nach § 4 Abs. 1 TzBfG zu beachten. Teilzeitarbeit unterscheide sich von der Vollzeitarbeit nur quantitativ, nicht qualitativ. Eine geringere AZ dürfe daher grundsätzlich auch nur quantitativ, nicht qualitativ anders abgegolten werden. Teilzeitbeschäftigte werden wegen der Teilzeitarbeit ungleich behandelt, wenn die Dauer der AZ das Kriterium darstelle, an das die Differenzierung hinsichtlich der unterschiedlichen Arbeitsbedingungen anknüpfe. Die Kürzungsregelung im Sozialplan führe zu einer Minderung des Anspruchs auf Vorruhestandsentgelt, wenn der AN zu irgendeinem Zeitpunkt während der Beschäftigung nicht durchgängig in Vollzeit, sondern auch oder ausschließlich in Teilzeit gearbeitet habe. Der Sozialplan enthalte eine Differenzierung, die an die Teilzeitbeschäftigung, und damit an die Dauer der AZ anknüpfe. Infolge der Mischrechnung, die dem Beschäftigungsgrad anhand des über den gesamten Beschäftigungszeitraum betrachteten Verhältnisses zwischen Voll- und Teilzeitbeschäftigung herleite, haben Teilzeitbeschäftigte nur Anspruch auf Vorruhestandsgeld in dem Umfang, der dem Anteil ihrer individuell vereinbarten durchschnittlichen AZ an der regelmäßigen AZ vergleichbarer Vollzeitbeschäftigter entspreche. Damit enthalten sie ein geringeres Vorruhestandsentgelt als vollzeitbeschäftigte AN. Hierfür gebe es keine sachlichen Gründe. Allein das unterschiedliche Arbeitspensum berechne nicht zu einer unterschiedlichen Behandlung von Vollzeit- und Teilzeitkräften. Der Verstoß der Berechnungsvorschrift führe aber nicht zur Unwirksamkeit der gesamten Vorruhestandsregelung. Soweit darin, je nach individueller Dienstzeit, auf einen 15 Jahre übersteigenden Referenzzeitraum abgestellt werde, sei die Regelung teilunwirksam. Im Übrigen bleibe sie aufrechterhalten. Die Vorschrift des § 139 BGB sei nach ihrem Rechtsgedanken auch auf BV anzuwenden.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass eine Ungleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten wegen der Teilzeit vorliegt, die gemäß § 4 Abs. 1 TzBfG der Rechtfertigung durch einen Sachgrund bedarf, wenn in die Berechnung des Vorruhestandsgelds der Beschäftigungsgrad einfließt, mit dem der AN während des Arbeitsverhältnisses tätig war (sog. Mischrechnung). Besteht der Zweck des Vorruhestandsgelds darin, die Versorgungslücken auszugleichen, die mit dem vorzeitigen Ausscheiden des AN aus dem Erwerbsleben einhergehen, dürfen in die Mischrechnung nur solche Beschäftigungszeiten einfließen, die für die Bestimmung des zu sichernden Lebensstandards von Bedeutung sind. An diesem Erfordernis kann es bei länger in der Vergangenheit liegenden Zeiträumen fehlen. Der Rechtsgedanke des § 139 BGB, dem zufolge die Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts nicht zwingend dessen Gesamtnichtigkeit bedingt, ist auf BV anwendbar. Die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen hat hierbei die Unwirksamkeit der gesamten BV nur dann zur Folge, wenn der verbleibende Teil ohne die unwirksamen Bestimmungen keine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung mehr enthält.

# Anpassung von Versorgungsleistungen

**BAG von**  
**06.05.2025**

**Aktenzeichen**  
3 AZR 142/24

**Stichwort**  
§ 16 Abs. 1 S. 1 BetrAVG, § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG; Anpassungsprüfungs- und -entscheidungspflicht, Escape-Klausel

## Sachverhalt

Der im April 1951 geborene Kläger war vom 01. April 1981 bis 31. Dezember 2014 bei dem Unternehmen, eine regulierte Pensionskasse beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis des AN endete durch seine Kündigung zum 31. Dezember 2014. Bei Eintritt in das Arbeitsverhältnis erteilte der AG dem AN eine über ihn selbst durchgeführte Pensionskassenzusage. Er erhielt ab Oktober 2016 eine Betriebsrente in Höhe von monatlich 1.297,02 Euro. Die Parteien hatten 2020 nach einem Streit über die Höhe der zugesagten Leistungen ab Rentenbeginn einen außergerichtlichen Vergleich geschlossen, in dem sie sich auf einen Grundrentenbetrag von 1.326,63 Euro brutto zum 01. Oktober 2016 einigten, der auch für künftige Rentenanpassungen gelten sollte. Mit seiner Klage forderte der AN die Anpassung seiner Betriebsrente ab dem 01. Oktober 2019 und legte dabei die Entwicklung des Verbraucherpreisindex vom 01. September 2016 bis zum 01. September 2019 um 4,95050 Prozent zugrunde. Demgemäß verlangte er – ausgehend von der im Vergleich festgelegten Ausgangsrente von 1.326,63 Euro brutto – eine monatliche Erhöhung um 65,67 Euro verlangt. Er meinte, die Anpassungsverpflichtung des AG nach § 16 Abs. 1 BetrAVG sei nicht nach § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG ausgeschlossen, da § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG ein Auseinanderfallen von AG und Pensionskasse voraussetze. Ungeachtet dessen seien auch die Voraussetzungen des § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG nicht erfüllt. Insoweit stehe nicht unabdingbar rechtlich fest, dass ab Rentenbeginn sämtliche auf den Rentenbestand entfallende Überschussanteile zur Erhöhung der laufenden Leistungen verwendet werden.

## Problematik

Nach § 16 Abs. 1 BetrAVG hat der AG alle drei Jahre eine Anpassung der laufenden Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zu prüfen und hierüber nach billigem Ermessen zu entscheiden; dabei sind insbesondere die Belange des Versorgungsempfängers und die wirtschaftliche Lage des AG zu berücksichtigen. Die Verpflichtung nach § 16 Abs. 1 BetrAVG entfällt gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG, wenn die betriebliche Altersversorgung u. a. über eine Pensionskasse im Sinne des § 1b Abs. 3 BetrAVG durchgeführt wird und ab Rentenbeginn sämtliche auf den Rentenbestand entfallende Überschussanteile zur Erhöhung der laufenden Leistungen verwendet werden. Besteht hier ein Anspruch des AN auf Anpassung seiner Betriebsrente auf Basis der Erhöhung des Verbraucherpreisindex oder gilt dies nicht, wenn der AG selbst eine Pensionskasse ist? Kann sich der AG hier überhaupt auf § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG berufen?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AN gegen die entgegenstehende Entscheidung des LAG war erfolglos. Der Anpassungsanspruch des AN sei nach § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG entfallen, weil die betriebliche Altersversorgung über eine Pensionskasse im Sinne des § 1b Abs. 3 BetrAVG durchgeführt wird und ab Rentenbeginn sämtliche auf den Rentenbestand entfallenden Überschussanteile zur Erhöhung der laufenden Leistungen verwendet werden. Der Anwendung von § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG stehe nicht entgegen, dass der Kläger AN der beklagten Pensionskasse war, über die die von ihr zugesagte betriebliche Altersversorgung durchgeführt werde. Auch dann, wenn eine Pensionskasse ihren eigenen AN eine betriebsrentenrechtliche Versorgungszusage erteilt, die über sie selbst als Pensionskasse durchgeführt wird, kann die Pensionskasse bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen der Vorschrift von § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG Gebrauch machen. § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG verlange, dass „die betriebliche Altersversorgung“ u. a. „über eine Pensionskasse im Sinne des § 1b Abs. 3 BetrAVG durchgeführt wird“. Nach der Legaldefinition in § 1b Abs. 3 BetrAVG ist das der Fall, wenn die betriebliche Altersversorgung von einer rechtsfähigen Versorgungseinrichtung durchgeführt wird, die dem AN oder seinen Hinterbliebenen auf ihre Leistungen einen Rechtsanspruch gewährt. Diese Voraussetzungen sind auch gegeben, wenn eine Pensionskasse den eigenen Beschäftigten eine Versorgungszusage erteilt, die über sie selbst als Pensionskasse durchgeführt wird, und den versicherten AN nach Maßgabe der Satzung und der Versicherungsbedingungen Rechtsansprüche auf Leistungen einräume. Die Norm verlange demnach keine Personenverschiedenheit von AG und Pensionskasse. Entscheidend ist, dass die Zusage eine entsprechende Durchführung zum Gegenstand habe, also insbesondere keine Direktzusage gegeben wurde, die den AG unabhängig vom versicherungsförmigen Durchführungsweg unmittelbar selbst

verpflichtete. Dafür sprechen auch Sinn und Zweck der Norm. Ziel der Regelung sei es die Erhaltung und Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung zu gewährleisten und damit das Gesamtsystem der betrieblichen Altersversorgung auch für die Zukunft aufrechtzuerhalten. §16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG solle den AG Kalkulationssicherheit gewährleisten. Da Pensionskassen nur vorsichtig kalkulierte Renten vertraglich zusagen dürften, stünden die darüber hinaus erwirtschafteten Überschüsse für eine Leistungserhöhung zur Verfügung. Diese „Zinsdynamik“ sei „nach heutigem Erkenntnisstand“ eine gleichwertige Alternative zur Anpassungsprüfungspflicht nach § 16 Abs. 1 BetrAVG. Die Erwägungen, die den Gesetzgeber dazu bewogen haben, in der Verwendung der auf den Rentenbestand anfallenden Überschussanteile zur Erhöhung der Betriebsrenten eine gleichwertige Alternative zur Anpassungspflicht zu sehen (vorsichtige Rentenkalkulation, Kalkulations- und Planungssicherheit, Gewährleistung der Erhaltung und Verbreitung des Gesamtsystems der betrieblichen Altersversorgung) bleiben unberührt, wenn zusagender AG und durchführende Pensionskasse zusammenfallen. Die vom Gesetzgeber bei § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG angenommene Zinsdynamik bestehe unabhängig davon, ob ein AG, der selbst Pensionskasse ist, die Versorgung über sich selbst oder eine andere Pensionskasse zusage. Die Rechtsstellung des Versorgungsempfängers werde dadurch nicht verkürzt. Eine Abgrenzung der arbeitsvertraglichen von den versicherungsrechtlichen Beziehungen sei ebenso bei Identität von AG und durchführender Pensionskasse möglich. So kann die Pensionskasse ggf. aufgrund aufsichtsrechtlicher Vorgaben des Versicherungsaufsichtsgesetzes verpflichtet sein, in die von ihr zu erbringenden Versicherungsleistungen einzugreifen. Diese Eingriffe würden aber aufgrund ihrer arbeitsvertraglichen Leistungszusage nicht auf diese durchschlagen, soweit die Leistungen hinter der Versorgungszusage zurückbleiben. Entsprechend der Trennung der unterschiedlichen Rechtsbeziehungen erfolge auch eine Trennung der Vermögenswerte. Die Norm des § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG verlange weiter, dass ab Rentenbeginn alle auf den Rentenbestand entfallende Überschussanteile zur Erhöhung der laufenden Leistungen verwendet werden und dies rechtlich verbindlich bei Beginn der Betriebsrentenleistungen, dem Eintritt des Versorgungsfalls, feststehe. Eine nur praktische Handhabung, aufgrund derer die Pensionskasse so verfare, wie es § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG voraussetze, genüge nicht. Da es auf die Rechtslage zum Zeitpunkt des Eintritts des Versorgungsfalls ankommt, sei unerheblich, ob sich die Pensionskasse in ihrer tatsächlichen Handhabung an die rechtlichen Vorgaben halte und ob die Überschussverwendung und Zuführung zur Beitragsrückstellung bei der Entscheidung der Überschussverwendung ordnungsgemäß erfüllt werde. Ausreichend sei, wenn den Versorgungsberechtigten, wie hier, Ansprüche auf Durchsetzung rechtskonformer Überschussberechnung und -verwendung zustehen.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass die Anpassungsprüfungs- und -entscheidungspflicht des AG nach § 16 Abs. 1 S. 1 BetrAVG bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen nach § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG auch dann entfällt, wenn eine Pensionskasse ihren eigenen AN eine betriebsrentenrechtliche Versorgungszusage erteilt, die über sie selbst durchgeführt wird. Die Voraussetzungen des Wegfalls der Anpassungsprüfungs- und -entscheidungspflicht nach § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG müssen rechtlich verbindlich bei Eintritt des Versorgungsfalls feststehen. Eine bloß praktische Handhabung, aufgrund derer die Pensionskasse so verfährt, wie es § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG voraussetzt, genügt nicht. § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG fordert nicht, dass in jedem Fall eine Überschussbeteiligung und somit eine Anpassung laufender Renten durch entsprechende Überschussverwendung zu erfolgen hat. Eine solche kommt nur in Betracht, wenn die dauernde Erfüllbarkeit der sich aus den Versicherungsverträgen ergebenden Verpflichtungen des Unternehmens beachtet ist.

## Anspruch auf eine Inflationsausgleichsprämie nach Eigenkündigung des Arbeitnehmers

**BAG von**  
**21.05.2025**

**Aktenzeichen**  
10 AZR 121/24

**Stichwort**  
§§ 305 ff. BGB; Stichtagsregelung und Rückzahlungsklausel einer Gesamtzusage

### Sachverhalt

Der Kläger war seit 2011 beim Unternehmen in Vollzeit mit einem Bruttomonatsgehalt von 3.168,75 Euro beschäftigt. Der AG gewährte den AN nach einer Mitteilung im November 2022 eine Inflationsausgleichsprämie mit einer bestimmten Staffelung je nach Einkommenshöhe zur Abmilderung der aktuellen und finanziellen Mehrbelastungen. Die Gewährung der Inflationsausgleichsprämie stand unter der Bedingung, dass der AN nicht in der Zeit bis einschließlich 31. März 2023 aus eigenem Verschulden oder auf eigenen Wunsch beim Unternehmen ausscheidet. Er muss die Inflationsausgleichsprämie in voller Höhe zurückzahlen, wenn er bis

einschließlich 31. März 2023 das Arbeitsverhältnis durch Kündigung beendet, ohne dass für diese Kündigung ein wichtiger Grund besteht. Die Gesamtzusage sieht eine Verteilung des Budgets „nach sozialen Kriterien“ vor. Alle AN – mit Ausnahme der Geschäftsführung – erhalten eine Prämie, deren Höhe von einem sog. ‚Vergleichsgehalt‘ (= auf einen Beschäftigungsgrad von 100 Prozent umgerechnetes voraussichtliches Jahresgehalt für ein volles Kalenderjahr inkl. variabler Komponenten) abhängt. Generell gilt: Je niedriger das so ermittelte Vergleichsgehalt, desto höher ist die Prämienzahlung. Das Arbeitsverhältnis zum AN endete nach einer Eigenkündigung des AN mit Ablauf des 31. Dezember 2022. Der AG zahlte ihm keine Inflationsausgleichsprämie aus. Nach der vom AG vorgesehenen Staffelung hätte ihm eine Inflationsausgleichsprämie i. H. v. 3.000,00 Euro brutto zugestanden. Der AN meinte, die in der Zusage des AG enthaltene Stichtagsregelung sei unwirksam. § 3 Nr. 11c EStG lasse nicht zu, die Gewährung einer Inflationsausgleichsprämie von der zukünftigen Betriebstreue abhängig zu machen. Deren Zweck dürfe nur die Abmilderung der Kaufkrafteinbußen sein. Zudem benachteilige ihn die Stichtagsregelung unangemessen nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Zusage des AG knüpfe an eine bereits erbrachte Arbeitsleistung an. Die Gegenleistung hierfür könne nicht von der Betriebstreue abhängig gemacht werden. Hilfsweise stütze er seinen Anspruch auf den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Es sei nicht gerechtfertigt, dass er von der Prämienzahlung ausgeschlossen sei, während kürzer beschäftigte Mitarbeiter, die am 01. April 2023 kündigten, die Prämie erhielten. Er forderte daher die Verurteilung des AG zur Zahlung von 3.000,00 Euro brutto.

### Problematik

Nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung ist nach § 307 Abs. 2 BGB im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Durfte der AG hier die Auszahlung der Inflationsausgleichsprämie unter den Vorbehalt der Betriebstreue stellen und die Rückzahlung der Prämie bei vorzeitigem Ausscheiden des AN fordern? Benachteiligt die vom AG in den Bedingungen zur Inflationsausgleichsprämie festgelegte Regelung zur Betriebstreue und Rückzahlung bei vorzeitigem Ausscheiden die AN unangemessen mit der Konsequenz, dass sie unwirksam ist? Darf die zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn vom AG gewährte Prämie arbeitsrechtlich nur der Abmilderung der gestiegenen Verbraucherpreise dienen, so dass durch die zusätzlichen Regelungen der Gesamtzusagen ein Verstoß gegen § 3 Nr. 11c EStG vorliegt?

### Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AN gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war erfolgreich. Der AN habe gegen den AG einen Anspruch auf Zahlung einer Inflationsausgleichsprämie in Höhe von 3.000,00 Euro. Der Anspruch des AN auf Zahlung der Inflationsausgleichsprämie folge aus der an die AN gerichteten Intranet-Mitteilung des AG vom November 2022. Diese stelle eine Gesamtzusage dar, mit der sich der AG verpflichtet habe, allen AN unter der Bedingung, dass sie bis 31. März 2023 nicht verschuldet oder auf eigenen Wunsch aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden, im Dezember 2022 eine einkommensabhängige



Inflationsausgleichsprämie in gestaffelter Höhe bis maximal 3.000,00 Euro zu zahlen. Einer ausdrücklichen Annahme des in der Erklärung des AG enthaltenen Antrags gemäß § 145 BGB bedurfte es nicht. Das in der Zusage liegende Angebot wird gemäß § 151 S. 1 BGB angenommen und Inhalt des AV. Einem Anspruch des AN stehe weder die Stichtagsregelung noch die Rückzahlungsklausel der Gesamtzusage entgegen. Die Vorbehalte halten einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB nicht stand. Der Anspruch auf einen – jedenfalls auch – als Gegenleistung für die Erbringung der Arbeitsleistung geschuldet Inflationsausgleich kann in AGB nicht durch eine Stichtagsregelung oder eine Rückzahlungsklausel vom Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht werden. Entsprechende Regelungen sind unangemessen benachteiligend gemäß § 307 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 S. 1 BGB und daher unwirksam. Die Inflationsausgleichsprämie stelle Entgelt dar, das auch als Gegenleistung für die Erbringung der Arbeitsleistung geschuldet ist. Die Zahlung der Inflationsausgleichsprämie diene nach der Gesamtzusage zunächst dem Ausgleich der durch steigende Lebenshaltungskosten und hohe inflationsbedingte finanziellen Mehrbelastungen der AN. Den Regelungen der Gesamtzusage sei aber auch zu entnehmen, dass die Inflationsausgleichsprämie zusätzlich erbrachte Betriebstreue honorieren und Anreiz für zukünftige Betriebstreue sein sowie der Motivation von AN dienen solle, die nach der Auszahlung noch bis 31. März 2023 beschäftigt bleiben. Eine Regelung, die den Anspruch auf eine Sonderzahlung vom ungekündigten Bestand des Arbeitsverhältnisses abhängig mache, bezwecke typischerweise die Honorierung erwiesener Betriebstreue. Zukünftige Betriebstreue soll hingegen entlohnt werden, wenn die Sonderzuwendung nur bei Fortbestand des Arbeitsverhältnisses über einen Stichtag hinaus bis zum Ende eines zumutbaren Bindungszeitraums gezahlt werde oder der AN diese zurückzahlen muss, wenn das Arbeitsverhältnis vor Ablauf zumutbarer Bindungsfristen ende. Die Zahlung der Inflationsausgleichsprämie sei jedoch nicht auf die genannten Zwecke beschränkt. Aus der Gesamtzusage, wonach Teilzeitbeschäftigten der Anspruch nur entsprechend dem Grad ihrer Teilzeitbeschäftigung zustehe, ergebe sich, dass es sich um Arbeitsentgelt handle, das als Gegenleistung für die erbrachte Arbeitsleistung gezahlt werde. Nach der Mitteilung hänge die Höhe der Inflationsausgleichsprämie zunächst vom definierten „Vergleichsgehalt“ ab. Die Gesamtzusage sehe zudem eine Gewährung „nach sozialen Kriterien“ vor. Der zu zahlende Betrag stehe in einem umgekehrt proportionalen Verhältnis zum Vergleichsgehalt. Eine Benachteiligung folge nicht aus § 3 Nr. 11c EStG. Der steuerrechtliche Privilegierungstatbestand verlange nicht, dass die zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn vom AG gewährte Prämie arbeitsrechtlich nur der Abmilderung der gestiegenen Verbraucherpreise dienen müsse. Die AVP können weitere Leistungszwecke festlegen, wie die Honorierung erwiesener oder künftiger Betriebstreue. Die Frage, ob die Prämie unter Berücksichtigung weiterer Leistungszwecke steuerfrei sei, sei steuerrechtlicher Natur und nicht Gegenstand der Entscheidung durch das BAG. Jedoch stehe die Gesamtzusage im Widerspruch zum Grundgedanken des § 611a Abs. 2 BGB. Die Stichtagsregelung entziehe dem AN, obwohl er bis zum Auszahlungszeitpunkt Arbeitsleistung erbracht habe, seinen bereits erarbeiteten Lohn, zu dem die Inflationsausgleichsprämie gehöre. Nach § 611a Abs. 2 BGB sei der AG zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet, soweit zur Vorleistung verpflichtete AN die geschuldete Arbeitsleistung erbracht habe. Der Anspruch auf Zahlung verdienten Entgelts sei nicht davon abhängig, dass weitere Zwecke, wie erbrachte oder künftige Betriebstreue erfüllt werden. Sie verkürze zudem ungerechtfertigt die Berufsfreiheit des AN nach Art. 12 GG, weil sie sein Kündigungsrecht unzulässig erschwere. Auch die Regelung in der Gesamtzusage zur Rückzahlung der Inflationsausgleichsprämie bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses bis 31. März 2023 ohne wichtigen Grund, benachteilige den AN unangemessen nach § 307 BGB. Die Unwirksamkeit der Gesamtzusage führe nach § 306 Abs. 1 BGB zum ersatzlosen Wegfall der Bestimmungen unter Aufrechterhaltung der Gesamtzusage im Übrigen.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass der Anspruch auf eine jedenfalls auch als Gegenleistung für die Erbringung der Arbeitsleistung geschuldete Inflationsausgleichsprämie in einer Gesamtzusage weder durch eine Stichtagsregelung noch durch eine Rückzahlungsklausel vom Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht werden kann. Eine solche Regelung ist unangemessen benachteiligend gemäß § 307 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 S. 1 BGB. Vermindert sich die Höhe der Inflationsausgleichsprämie bei Teilzeitbeschäftigten entsprechend der Differenz zwischen ihrem Arbeitszeitvolumen und dem Arbeitszeitvolumen von Vollzeitbeschäftigten, bringt dies deutlich den jedenfalls auch bestehenden Entgeltcharakter der Leistung zum Ausdruck. § 3 Nr. 11 c EStG verlangt nicht, dass eine zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn vom Arbeitgeber gewährte Inflationsausgleichsprämie arbeitsrechtlich ausschließlich der Abmilderung der gestiegenen Verbraucherpreise dienen muss. Die Frage, ob die Prämie steuerfrei gewährt wird, ist steuerrechtlicher Natur.

# (Nicht)-Vorliegen einer Zusage auf betriebliche Altersversorgung

**BAG von**  
**06.06.2025**

**Aktenzeichen**  
3 AZR 118/24

**Stichwort**  
Betriebliche Altersversorgung,  
biometrisches Risiko,  
Bezugsberechtigter,  
Direktversicherung

## Sachverhalt

Die am 12. Februar 1959 geborene Klägerin war beim AG von 2008 bis 2022 in einem Arbeitsverhältnis zu einem Bruttomonatsgehalt von 2.393,19 Euro als Haushaltshilfe beschäftigt. Zugleich lebten die Parteien von 2008 bis 2021 in eine Lebensgemeinschaft. Der AG kam für die Kosten der Lebenshaltung der AN auf. Das Arbeitsverhältnis endete aufgrund ordentlicher Kündigung zum 31. Mai 2022. Der AG beantragte am 30. Dezember 2010 den Abschluss eines Versicherungsvertrags bei der A Lebensversicherung. Dort ist der AG als „Versicherungsnehmer“, die AN als „versicherte Person“ angegeben. Unter „Bezugsrecht“ ist sowohl der bei Versicherungsablauf als auch bei Tod der versicherten Person als „Bezugsberechtigter“ der AG durch Ankreuzen eines

Auswahlfeldes bestimmt. Zudem wurde durch Ankreuzen angegeben, dass der Vertrag zum Zweck der Altersvorsorge und Hinterbliebenenversorgung abgeschlossen wird. Nicht ausgewählt waren die in einer Rubrik „betriebliche Altersversorgung“ möglichen Angaben „Direktversicherung“ oder „Rückdeckungsversicherung“. Versicherungsbeginn war der 01. Februar 2011. Der Versicherungsvertrag sah jährliche Einzahlungen von 30.000,00 Euro vor. Der Rentenbeginn ist in der Anlage (Technische Daten) mit dem 01. Februar 2023 bei einer garantierten monatlichen Altersrente von 1.352,95 Euro angegeben. Mit Schreiben vom 07. Januar 2011 teilte der AG der AN mit, dass er eine Rentenversicherung neu abgeschlossen habe. Weiter erklärte er, dass er 30.000,00 Euro einbezahlt hat. Die AN solle eine Rente von mindestens 2000,00 Euro im Monat nach seinem Ableben erhalten. Die Summe wird aber nur ausbezahlt, wenn die AN bis zu seinem Ableben für ihn tätig sei. Am 09. Januar 2012 teilte der AG der AN weiter mit, dass er auch für 2011 nochmals 30.000,00 Euro einbezahlt habe, damit sie nach seinem Ableben eine auskömmliche Rente erhalten solle. Der Rentenbetrag werde aber nur ausbezahlt, wenn sie bis zu seinem Ableben für ihn tätig sei. Die AN meinte, der AG habe ihr Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zugesagt. Sie sei im Hinblick auf die im Versicherungsvertrag mit der Lebensversicherung vereinbarte Rentenleistung bezugsberechtigt. Die Rentenleistung sei aus Anlass ihres Arbeitsverhältnisses zur Alters- und Hinterbliebenenversorgung versprochen worden. Sie habe ab 01. Februar 2023, also dem Zeitpunkt des Erreichens ihres 64. Lebensjahres, beginnen sollen. Die Bedingung, wonach die Altersrente nur für den Fall gewährt werde, dass das Arbeitsverhältnis bis zum Ableben des AG bestehe, sei zwischen den Parteien nicht vereinbart worden und jedenfalls rechtswirksam. Der AG müsse ihr im Rahmen einer Betriebsrente die Rentenanwartschaft aus dem Vertrag gewähren. Hilfsweise müsse er an sie eine monatliche Betriebsrente ab 01. Februar 2023 von 1.352,95 Euro bezahlen.

## Problematik

Werden einem AN Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass seines Arbeitsverhältnisses vom AG zugesagt (betriebliche Altersversorgung), gelten nach § 1 Abs. 1 BetrAVG die Vorschriften dieses Gesetzes. Die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung kann unmittelbar über den AG oder über einen der in § 1b Abs. 2 bis 4 BetrAVG genannten Versorgungsträger erfolgen. Wird für die betriebliche Altersversorgung eine Lebensversicherung auf das Leben des AN durch den AG abgeschlossen und sind der AN oder seine Hinterbliebenen hinsichtlich der Leistungen des Versicherers ganz oder teilweise bezugsberechtigt (Direktversicherung), so ist der AG nach § 1b Abs. 2 BetrAVG verpflichtet, wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach Erfüllung der in Abs. 1 S. 1 und 2 genannten Voraussetzungen das Bezugsrecht nicht mehr zu widerrufen. Ist die Abdeckung des Risikos des Ablebens des AG eine betriebliche Altersversorgung und hat die AN hier Anspruch auf Gewährung einer Betriebsrente? Kann sie sich darauf berufen, dass sie mit Erreichen ihres 64. Lebensjahres Anspruch auf eine betriebliche Altersversorgung hat?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision der AN gegen die entgegenstehende Entscheidung des ArbG und des LAG war erfolglos. Die AN habe keinen Anspruch auf Zahlung der geltend gemachten Betriebsrente. Weder aus dem Versicherungsvertrag noch aus den Schreiben aus dem Jahr 2011 ergebe sich eine Zusage des AG auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung ab dem 01. Februar 2023. Im Zusammenhang mit dem von beiden Parteien unterzeichneten

Versicherungsantrag vom 30. Dezember 2010 habe der AG der AN weder ausdrücklich noch konkludent eine Versorgungszusage erteilt, aufgrund derer er verpflichtet wäre, ihr die im Versicherungsvertrag festgelegte Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zu verschaffen. Das Vorliegen einer Versorgungszusage im Durchführungsweg der Direktversicherung setze das Versprechen einer Lebensversicherung voraus, die vom AG auf das Leben des AN abgeschlossen werde und aus der der AN bezugsberechtigt sind (vgl. § 1b Abs. 2 BetrAVG). Daran fehle es hier. Im Antragsformular sei der AG als „Versicherungsnehmer“ und die AN als „versicherte Person“ angegeben. Unter „Bezugsrecht“ sei sowohl unter Versicherungsablauf als auch bei Tod der versicherten Person als „bezugsberechtigte Person“ der AG durch Ankreuzen eines Auswahlfeldes bestimmt. Daraus ergebe sich, dass ausschließlich der AG bezugsberechtigt war. Soweit die Klägerin unter Bezugnahme auf die Anlage „technische Daten“ zum Versicherungsantrag vom 30. März 2010 meint, ihr Bezugsrecht sei mit Vollendung des 64. Lebensjahres im Februar 2023 auf den 01. Februar 2023 vereinbart worden, treffe dies nicht zu. Auf diesem Zeitpunkt wurde nur der Rentenbeginn festgelegt. Der AG habe der AN auch in den Schreiben vom 07. Januar 2011 vom 09. Januar 2012 keine Zusage auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung i. S. v. § 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG in Form einer monatlichen Rentenzahlung aus der Versicherung ab 01. Februar 2023 erteilt. Zwar habe der AG der AN eine Versorgungszusage erteilt, die zugesagte Versorgungsleistung habe aber erst im Fall seines Todes erfolgen sollen. Im Schreiben vom 07. Januar 2011 habe der AG der AN zugesagt, die Versicherung werde „so aufgestockt, dass“ die AN „eine Rente nach (seinem) Ableben erhalten“ werde. Die Summe werde aber nur ausgezahlt, wenn die AN bis zu seinem Ableben für ihn tätig sei. Im Schreiben vom 09. Januar 2012 habe der AG gegenüber der AN ausgeführt, man habe auch für 2011 nochmals 30.000,00 Euro in die Versicherung einbezahlt, damit die AN nach seinem Ableben eine auskömmliche Rente erhalte. Die Auszahlung der Versicherungsleistung sollte auch danach – unter der Voraussetzung der Fortsetzung der Tätigkeit der AN für ihn bis zu diesem Zeitpunkt – erst zum Zeitpunkt seines Ablebens erfolgen. Das steht im Einklang mit der Festlegung im Versicherungsvertrag und den Angaben im Schriftverkehr, wonach der AG, nicht die AN bei Versicherungsablauf bezugsberechtigt war. Mit der Zusage ging es dem AG darum, der AN eine Versorgung für die Zeit zukommen zu lassen, in der er durch sein Versterben nicht mehr zu ihrer Versorgung in der Lage sein würde. Die AN könne demnach die begehrte monatliche Rentenzahlung ab 01. Februar 2023 auf Grundlage der Zusage des AG bereits deshalb nicht verlangen, weil der AG am Leben ist. Ungeachtet dessen habe der AG auch keine Zusage auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung i. S. v. § 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG erteilt. Die Zusage muss einem Versorgungszweck dienen, die Leistungspflicht nach dem Inhalt der Zusage durch ein im Gesetz genanntes biologisches Ereignis (Alter, Invalidität oder Tod) ausgelöst werden, und es muss sich um die Zusage eines AG aus Anlass eines Arbeitsverhältnisses handeln. Da die Zusage des Beklagten den Inhalt hat, dass die AN Ansprüche nur im Falle seines Ablebens erwerben soll, handle es sich schon deshalb nicht um eine unter das BetrAVG fallende Versorgungszusage, weil das versicherte biometrische Risiko (Ableben des AG) – ungeachtet des Umstands, dass es sich bislang nicht realisiert hat – nicht die AN betreffe. Die Abdeckung dieses Risikos sei keine betriebliche Altersversorgung im Sinne des BetrAVG. Allein das Erreichen eines bestimmten Lebensalters der AN führt nach dem Inhalt der Zusage gerade nicht zu Versorgungsansprüchen. Auf die Frage, ob die Zusage aus Anlass des Arbeitsverhältnisses erfolgte, komme es damit ebenso wenig an wie auf die Vereinbarkeit der weiteren Bedingung – Fortsetzung der Tätigkeit für den Beklagten bis zu dessen Ableben – mit dem BetrAVG oder anderen Rechtsvorschriften. Eine Gesamtschau der Erklärungen führe zu keinem anderen Ergebnis. Diese waren alle auf eine Versorgung der AN allein für den Fall des Ablebens des AG gerichtet.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass eine Versorgungszusage im Durchführungsweg der Direktversicherung das Versprechen einer Lebensversicherung voraussetzt, die vom AG auf das Leben des AN abgeschlossen wird und aus der der AN oder seine Hinterbliebenen bezugsberechtigt sind. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn nach dem Versicherungsvertrag allein der AG bezugsberechtigt ist. Sagt der AG dem AN eine Versorgung nur für den Fall seines Ablebens (also des Arbeitgebers) zu und führt das Erreichen eines bestimmten Lebensalters des AN nach dem Inhalt der Zusage nicht zu Versorgungsansprüchen, liegt keine Zusage auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung vor, weil das versicherte biometrische Risiko (Ableben) nicht den AN betrifft.

117

# Unterlassene Bestellung eines Inklusionsbeauftragten

**BAG von**  
**26.06.2025**

**Aktenzeichen**  
8 AZR 276/24

**Stichwort**  
§ 181 SGB IX, §§ 1, 7 AGG, § 15 Abs. 4 AGG, § 22 AGG;  
Inklusionsbeauftragter, Indiz einer Benachteiligung

## Sachverhalt

Die schwerbehinderte Klägerin ist seit 2001 beim Unternehmen als Packerin und Verleserin in Teilzeit in einer Dauernachtschicht beschäftigt und seit 2022 Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen. Eine Schwerbehindertenvertretung ist ebenfalls gewählt, jedoch hat der AG keinen Inklusionsbeauftragten bestellt. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die AN nur in Dauernachtschicht oder auch in Wechselschicht arbeiten kann. 2021 wurde beim AG auf ein Dreischicht-System umgestellt. In der Folge wurde die AN bis September 2022 nicht mehr im Umfang ihrer arbeitsvertraglich vereinbarten AZ eingesetzt, so dass ihr AZ-Konto im November 2022 einen Saldo von 180 Minusstunden aufwies. Am 29. November 2022 verlangte die

AN vom AG per Mail wegen ihrer gesundheitlichen Einschränkungen eine vorübergehende Reduzierung ihrer AZ nach § 164 Abs. 5 S. 3 SGB IX auf 15,2 Wochenstunden. Dem stimmte der AG am 29. November 2022 unter Bezugnahme auf § 8 TzBfG zu. Zugleich bat der AG die AN, sich hinsichtlich der Minusstunden mit ihren Vorgesetzten abzustimmen und den Abbau zu vereinbaren. Dies ließ die AN von ihren Prozessbevollmächtigten am 30. November 2022 zurückweisen, die Minusstunden seien zu streichen. Der AG mahnte die AN jeweils ab, weil sie sich geweigert hatte, den S-LKW abzuladen und eine Kollegin am Bedeckler 4 abzulösen. Der AG beteiligte die Schwerbehindertenvertretung vor dem Ausspruch der Abmahnungen nicht. Nach einer betriebsärztlichen Untersuchung der AN im Dezember 2022 untersagte der AG der AN unter Bezugnahme auf die Beurteilung der Betriebsärztin die Staplerfahrtätigkeit und wies sie an künftig vollschichtig mit 7,5 Stunden als Verleserin in Wechselschicht zu arbeiten. Nach einem Gerichtsverfahren dazu musste er die AN weiter in Dauernachtschicht beschäftigen. Die AN forderte vom AG 20.000,00 Euro netto als Entschädigung aufgrund einer Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung. Sie sei durch die nicht vertragsgemäß erfolgte Beschäftigung 2021 und 2022 wegen ihrer Behinderung benachteiligt worden. Dies gelte auch für die Aufforderung, die dadurch entstandenen Minusstunden abzubauen, die beiden Abmahnungen, den Entzug der Tätigkeit des Staplerfahrens und die Weisungen, vollschichtig als Verleserin in Wechselschicht zu arbeiten. Gleiches gelte für die fälschlicherweise nicht nach § 164 Abs. 5 S. 3 SGB, sondern nach dem TzBfG bewilligte Verringerung ihrer AZ. Ihre Behinderung sei jeweils kausal für die verschiedenen Benachteiligungen gewesen. Die wiederholte Nichtbeteiligung der Schwerbehindertenvertretung entgegen § 178 Abs. 2 S. 1 SGB IX begründe ebenso die Vermutungswirkung des § 22 AGG wie die unterbliebene Bestellung eines Inklusionsbeauftragten.

## Problematik

Beschäftigte dürfen nicht nach § 7 AGG nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes (hier Behinderung) benachteiligt werden. Nach § 15 Abs. 2 kann der Beschäftigte wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Gemäß § 15 Abs. 4 AGG muss ein Anspruch nach § 15 Abs. 2 innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden. Die Frist beginnt zu dem Zeitpunkt, in dem der Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt. Kann sich der AG hier darauf berufen, dass die AN hier bezüglich der Minusstunden der Jahre 2021 und 2022 die Frist des § 15 Abs. 4 AGG nicht eingehalten hat? Kann der AG hier einwenden, dass die Bitte, mit dem Vorgesetzten den Abbau der Minusstunden zu besprechen und die bewilligten AZ-Verringerung nach dem TzBfG keine Benachteiligung beinhalten? Hat er mit der Aussage recht, dass eine entschädigungspflichtige Benachteiligung nicht darin liegt, dass von ihm kein Inklusionsbeauftragter bestellt wurde. Kann er sich darauf berufen, dass die Betriebsärztin eine Beschäftigung der AN mit Staplerfahrtätigkeiten nicht mehr als möglich angesehen habe und er ihr eine andere Tätigkeit als Verleserin zuweisen musste?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision der AN gegen die entgegenstehende Entscheidung des LAG war mangels ausreichender Feststellungen erfolgreich und musste an das LAG zurückverwiesen werden. Die AN habe bezüglich der 180 Minusstunden im Zeitkonto bis Mitte September 2022 die Entschädigung nicht rechtzeitig nach § 15 Abs. 4 AGG ab der Kenntnis der behaupteten Benachteiligung schriftlich geltend gemacht. Sie wurde seit Mitte September

2022 wieder mit der vertraglich vereinbarten AZ beschäftigt, hat aber erst am 30. November 2022 und damit nach Ablauf der Frist des § 15 Abs. 4 AGG Ansprüche geltend gemacht. Etwas anderes ergebe sich auch nicht daraus, dass die AN auf zahlreiche in zeitlichem Zusammenhang stehende Benachteiligungen wegen der Schwerbehinderung hinweise. Sie mache gleichwohl einzelne Benachteiligungen geltend, die sich jeweils auf abgrenzbare und nicht einheitliche Lebenssachverhalte beziehen. Eine Entschädigung für die Benachteiligungen durch die Abmahnungen wurden zwar rechtzeitig geltend gemacht. Das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG untersage eine Benachteiligung wegen einer Behinderung. Zudem dürfen AG nach § 164 Abs. 2 S. 1 SGB IX schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligen. Eine unmittelbare Benachteiligung gemäß § 3 Abs. 1 AGG liege vor, wenn eine Person eine weniger günstige Behandlung erfahre, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt und zwischen der Benachteiligung und dem Grund des § 1 AGG ein Kausalzusammenhang bestehe. Bei der unterbliebenen Bestellung eines Inklusionsbeauftragten, der Aufforderung zum Abbau von Minusstunden und der Zustimmung zur Verringerung der AZ unter Bezugnahme auf § 8 TzBfG bestehe mangels Benachteiligung kein Entschädigungsanspruch. Allein durch die unterbliebene Bestellung eines Inklusionsbeauftragten durch den AG werde die AN nicht unabhängig von konkreten sie betreffenden Maßnahmen eine weniger günstig als eine andere Person in vergleichbarer Situation behandelt. Die unterlassene Bestellung eines Inklusionsbeauftragten an sich stelle eine Benachteiligung dar, die einen Entschädigungsanspruch begründe. Die Schreiben, wonach die AN mit ihren Vorgesetzten den Abbau entstandene Minusstunden abstimmen solle, sind auch nicht benachteiligend, da der AN bei objektiver Betrachtung kein Nachteil daraus entstehe, dass der AG sie zur Vereinbarung mit den Vorgesetzten zum Abbau der Minusstunden gebeten habe. Die AN hat weiter ihr Ziel der Verringerung der vertraglichen AZ erreicht und hat objektiv auch keinen Nachteil dadurch erlitten, dass der AG sich auf § 8 TzBfG anstelle von § 164 Abs. 5 S. 3 SGB IX berufen hat. Sie könne jedoch durch die Abmahnungen wegen ihrer Schwerbehinderung benachteiligt worden sein. Der AG wurde zwar zur Entfernung der Abmahnungen aus der Personalakte der AN verurteilt. Für eine Benachteiligung reiche aber die zwischenzeitliche Gefährdung des Arbeitsverhältnisses aus. Aktuell könne aufgrund der bisherigen Feststellungen nicht entschieden werden, ob die Abmahnungen im kausalen Zusammenhang zur Schwerbehinderung der AN stehen. Bei Schwerbehinderten begründe der Verstoß des AG gegen Verfahrens- oder Förderpflichten zugunsten Schwerbehinderter die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Behinderung. Nach § 178 Abs. 2 S. 1 SGB IX muss der AG die Schwerbehindertenvertretung in allen Angelegenheiten die einen Schwerbehinderten berühren, unterrichten und vor einer Entscheidung anzuhören. Durch die Abmahnung werden die spezifischen Belange der AN als schwer behinderter Mensch betroffen, wenn sie wegen der Weigerung abgemahnt worden wäre, Tätigkeiten zu verrichten, die nicht behinderungsgerecht gemäß § 164 Abs. 4 SGB IX sind. Die Pflicht des AG nach § 181 SGB IX einen Inklusionsbeauftragten zu bestellen, zählt zu den Verfahrens- und Förderpflichten zugunsten Schwerbehinderter, deren Verletzung ein Indiz gemäß § 22 AGG für den kausalen Zusammenhang zwischen der Schwerbehinderung und der Benachteiligung begründen kann. Allerdings kann die unterlassene Bestellung eines Inklusionsbeauftragten die Vermutung, dass die Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung erfolgt ist, nur begründen, wenn die benachteiligende Maßnahme die spezifischen Belange schwerbehinderter Menschen betrifft. Der Inklusionsbeauftragte vertritt nach § 181 SGB IX den AG nur in Angelegenheiten schwerbehinderter Menschen. Er muss darauf achten, dass der AG die ihm hier obliegenden Pflichten erfüllt. Voraussetzung für das Eingreifen der Indizwirkung ist daher ein Bezug zu einer Pflichtverletzung des AG gemäß § 181 S. 3 SGB IX. Das LAG müsse nunmehr prüfen ob die AN wegen der Weigerung abgemahnt worden ist, Tätigkeiten zu verrichten die nicht behinderungsgerecht gemäß § 164 Abs. 4 SGB IX sind. Solche Abmahnungen hätte ein Inklusionsbeauftragter nach § 181 S. 3 SGB IX durch Einflussnahme auf den AG verhindern können.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass die Verletzung der sich aus § 181 SGB IX ergebenden Pflicht des Arbeit-gebers, einen Inklusionsbeauftragten zu bestellen, ein Indiz im Sinne von § 22 AGG für den kausalen Zusammenhang zwischen der Schwerbehinderung und einer Benachteiligung begründen kann. Das setzt jedoch voraus, dass durch die benachteiligende Maßnahme die spezifischen Belange schwerbehinderter Menschen betroffen sind.

# Immaterieller Schaden durch negative Gefühle nach unbefugter Datenübermittlung

**EuGH von**  
**04.09.2025**

**Aktenzeichen**  
C-655/23

**Stichwort**  
Art. 17, 18, 79, 82 und 84 VO (EU) 2016/679 des Europ. Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG (DS-GVO)

## Sachverhalt

Der Kläger befand sich bei der Quirin Privatbank, einer Gesellschaft deutschen Rechts, in einem Bewerbungsprozess, der über ein Online-Karrierenetzwerk stattfand. Im Zuge dessen versandte eine Mitarbeiterin der Gesellschaft über den Messenger-Dienst des Netzwerks eine nur für den AN bestimmte Nachricht, in der sie ihn von der Ablehnung seiner Gehaltsvorstellungen informierte und ihm eine andere Vergütung anbot, an eine dritte, nicht am Bewerbungsprozess beteiligte Person. Dieser Dritte, der zuvor mit dem AN gearbeitet hatte und ihn deshalb kannte, leitete die Nachricht an ihn weiter und fragte, ob er auf Stellensuche sei. Der AN beantragte, die Quirin Privatbank zu verurteilen, zum einen jede Verarbeitung personenbezogener Daten über ihn, die im Zusammenhang mit seiner Bewerbung stehe, zu unterlassen, wenn dadurch die unbefugte Offenlegung dieser Daten durch Versenden der in Rede stehenden Nachricht wiederholt

wird, und ihm zum anderen Schadensersatz für den dadurch entstandenen immateriellen Schaden zu zahlen. Dieser Schaden liege in seinen Sorgen, weil nunmehr mindestens eine dritte, ihn kennende und in der gleichen Branche tätige Person, diese vertraulichen Daten an ehemalige oder potenzielle AG weiterzugeben könne und damit ihm gegenüber einen Vorteil in einer etwaigen Konkurrenzsituation bei einer Bewerbung habe. Zudem könne dieser die von ihm beim Unterliegen in seinen Gehaltsverhandlungen empfundene Schmach wahrnehmen. Nach Verurteilung der Quirin Privatbank zur Unterlassung und auf Zahlung eines Schadensersatzes an den AN war das zuständige LAG der Auffassung, dem AN stehe gegen die Quirin Privatbank nach Art. 17 Abs. 1 DS-GVO zwar ein Anspruch auf Unterlassung der künftigen Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten in einem vergleichbaren Fall zu, es bestehe eine Wiederholungsgefahr. Den Antrag auf Schadensersatz gem. Art. 82 DS-GVO wies es dagegen mit der Begründung ab, dass zwar durch die Übermittlung personenbezogener Daten an einen unbeteiligten Dritten gegen die Vorschriften zum Schutz solcher Daten verstoßen worden sei, dass aber der AN keinen Nachweis eines konkreten Schadens erbracht habe und selbst bei Unterstellung einer von ihm erlebten Schmach diese nicht als immaterieller Schaden zu bewerten sei. Der AN und die Quirin Privatbank legten beim BGH (Deutschland) Revision ein. Der BGH beschloss, das Verfahren auszusetzen und dem EuGH Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen.

## Problematik

Das vorlegende Gericht fragt sich u. a. ob die DS-GVO einer Person, deren personenbezogene Daten unrechtmäßig verarbeitet wurden, einen Anspruch gewährt, dass der Verantwortliche eine Wiederholung dieser Verarbeitung unterlässt, und zwar auch dann, wenn diese Person nicht die Löschung ihrer Daten fordert. Unter Berücksichtigung der nationalen Rspr. und der Diskussionen in der Literatur zu dieser Thematik möchte das Gericht wissen, ob sich ein solcher Anspruch – der nach seinen Ausführungen allein präventiv geltend gemacht wird – aus Art. 17 DS-GVO über das Recht auf Löschung, aus Art. 18 DS-GVO über das Recht auf Einschränkung der Verarbeitung, aus Art. 79 DS-GVO über das Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter oder aus einer anderen Bestimmung der DS-GVO ergibt? Nach Art. 82 Abs. 1 DS-GVO hat jede Person, der wegen eines Verstoßes gegen diese Verordnung ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist, Anspruch auf Schadensersatz gegen den Verantwortlichen oder den Auftragsverarbeiter. Das vorlegende Gericht will wissen, ob Art. 82 Abs. 1 DS-GVO dahin auszulegen ist, dass der Begriff „immaterieller Schaden“ in dieser Bestimmung negative Gefühle umfasst, die die betroffene Person infolge einer unbefugten Übermittlung ihrer personenbezogenen Daten an einen Dritten empfindet, wie z. B. Sorge oder Ärger, und die durch einen Verlust der Kontrolle über diese Daten, ihre mögliche missbräuchliche Verwendung oder eine Rufschädigung hervorgerufen werden.

## Entscheidung des Gerichts

Nach Auffassung des EuGH sind bei der Auslegung einer unionsrechtlichen Vorschrift nicht nur ihr Wortlaut, sondern auch ihr Kontext und die mit der Regelung verfolgten Ziele zu berücksichtigen. Bei jeder Verarbeitung

personenbezogener Daten müssen die in der DS-GVO aufgestellten Grundsätze für die Verarbeitung solcher Daten und die geregelten Rechte der „betroffenen Person“ i. S. v. Art. 4 Nr. 1 DS-GVO beachtet werden. Die Verarbeitung muss mit den in Art. 5 DS-GVO aufgestellten Grundsätzen für die Verarbeitung solcher Daten im Einklang stehen und die in Art. 6 DS-GVO aufgezählten Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung erfüllen. Art. 8 der Charta enthält in Abs. 1 das Recht auf Schutz personenbezogener Daten und verlangt in Abs. 2, dass diese Daten unter Einhaltung bestimmter Bedingungen verarbeitet werden, von denen die Rechtmäßigkeit der betreffenden Verarbeitung abhängt. Nach Auffassung des EuGH enthält die vorliegende Situation nicht die Möglichkeit für ein nationales Gericht einstweilige Anordnungen zu erlassen, sondern die Möglichkeit für die betroffene Person durch eine präventive Klage eine Anordnung zu erwirken, mit der dem Verantwortlichen untersagt wird, diese Rechte erneut zu verletzen. Insoweit enthält die DS-GVO keine Bestimmungen, die ausdrücklich oder implizit vorsehen, dass die betroffene Person über ein Recht verfügt, präventiv im Wege einer Klage zu verlangen, dass der für die Verarbeitung personenbezogener Daten Verantwortliche verpflichtet wird, einen künftigen Verstoß gegen die Bestimmungen dieser Verordnung, insbesondere in Form der Wiederholung einer rechtswidrigen Verarbeitung, zu unterlassen. Ein solches Recht könne weder aus Art. 17 noch Art. 18 DS-GVO hergeleitet werden. Kapitel VIII DS-GVO regelt u. a. die Rechtsbehelfe, mit denen die Rechte der betroffenen Person geschützt werden können, wenn ihre personenbezogenen Daten Gegenstand einer Verarbeitung gewesen sind, die mutmaßlich gegen die Bestimmungen dieser Verordnung verstößt. Keine der Bestimmungen von Kapitel VIII DS-GVO verpflichtet die Mitgliedstaaten, einen präventiven Rechtsbehelf vorzusehen. In Anbetracht des Wortlauts der Bestimmungen von Kapitel VIII DS-GVO und insbesondere der Tatsache, dass in Art. 79 Abs. 1 DS-GVO das Recht jeder betroffenen Person auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf „unbeschadet“ jeglichen anderen verwaltungsrechtlichen oder außergerichtlichen Rechtsbehelfs anerkannt wird, ist jedoch davon auszugehen, dass die Mitgliedstaaten einen solchen präventiven Rechtsbehelf mit dem Ziel vorsehen können, dem Verantwortlichen aufzuerlegen, jede weitere Verletzung dieser Rechte zu unterlassen. Diese Auslegung wird durch die mit der DS-GVO verfolgten Ziele bestätigt, die ein gleichmäßiges und hohes Datenschutzniveau für natürliche Personen bei der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten gewährleisten will. Die Möglichkeit für den betroffenen AN, Klage gegen den Verantwortlichen auf künftige Unterlassung eines Verstoßes gegen die materiellen Bestimmungen der DS-GVO zu erheben, kann die praktische Wirksamkeit dieser Bestimmungen verstärken und damit das angestrebte hohe Schutzniveau für die betroffenen Personen bei der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten verbessern. Nach der Rspr. des EuGH muss der Begriff „immaterieller Schaden“ im Sinne dieser Bestimmung eine einheitliche unionsrechtliche Definition erhalten. Der bloße Verstoß gegen die Verordnung reiche nicht, um einen Schadensersatzanspruch nach Art. 82 Abs. 1 DS-GVO zu begründen. Das Vorliegen eines materiellen oder immateriellen „Schadens“, eines Verstoßes gegen Bestimmungen dieser Verordnung sowie eines Kausalzusammenhangs zwischen dem Schaden und dem Verstoß stellen die drei kumulativen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches dar. Die betroffene Person, die Ersatz des immateriellen Schadens verlangt, muss nachweisen, dass ihr durch den Verstoß ein solcher Schaden entstanden ist. Nach Auffassung des EuGH steht Art. 82 Abs. 1 DS-GVO einer nationalen Regelung oder Praxis entgegen, die den Ersatz eines immateriellen Schadens davon abhängig macht, dass der der betroffenen Person entstandene Schaden einen bestimmten Grad an Erheblichkeit erreicht hat. Für den immateriellen Schaden muss keine „Bagatellgrenze“ überschritten sei, damit er ersatzfähig ist. Der Gesetzgeber wollte den bloßen „Verlust der Kontrolle“ über die eigenen personenbezogenen Daten wegen eines Verstoßes gegen die DS-GVO fassen, selbst wenn konkret keine missbräuchliche Verwendung der Daten erfolgt sein sollte. Ein Kontrollverlust genüge für den „immateriellen Schaden“ nach Art. 82 Abs. 1 DS-GVO, sofern nachgewiesen wird, dass tatsächlich ein solcher Schaden erlitten wurde, ohne dass der Nachweis zusätzlicher spürbarer negativer Folgen nötig wäre.

### Konsequenzen

Der EuGH stellt klar, dass Art. 82 Abs. 1 DS-GVO dahin auszulegen ist, dass der Begriff „immaterieller Schaden“ in dieser Bestimmung negative Gefühle umfasst, die die betroffene Person in Folge einer unbefugten Übermittlung ihrer personenbezogenen Daten an einen Dritten empfindet, wie z. B. Sorge oder Ärger, und die durch einen Verlust der Kontrolle über diese Daten, ihre mögliche missbräuchliche Verwendung oder eine Rufschädigung hervorgerufen werden, sofern die betroffene Person nachweist, dass sie solche Gefühle samt ihrer negativen Folgen aufgrund des in Rede stehenden Verstoßes gegen diese Verordnung empfindet. Art. 82 Abs. 1 DS-GVO ist dahin auszulegen, dass er dem entgegensteht, dass der Grad des Verschuldens des Verantwortlichen bei der Bemessung der Höhe des nach dieser Bestimmung geschuldeten Ersatzes eines immateriellen Schadens berücksichtigt wird.

121

# Mindestabstand zur tariflichen Vergütung bei einem außertariflichen Angestellten

**BAG von**  
**23.10.2024**

**Aktenzeichen**  
5 AZR 22/24

**Stichwort**  
§ 362 Abs. 1 BGB; Vergütungsabstand zur höchsten tariflichen Vergütung, TV und persönlicher Geltungsbereich, geldwerte materielle Arbeitsbedingungen, geringfügiges Überschreiten

## Sachverhalt

Der Kläger, Gewerkschaftsmitglied, ist seit 2013 beim tarifgebundenen Unternehmen als Entwicklungsingenieur auf der Grundlage eines als „außertariflich“ bezeichneten AV bei einer AZ von 40 Stunden und einem Bruttomonatsentgelt i. H. v. 8.212,00 Euro brutto beschäftigt. Das Entgelt in der höchsten tariflichen Entgeltgruppe betrug hochgerechnet auf 40 Wochenstunden 8.210,64 Euro brutto. Die einschlägigen TV der Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalens (Manteltarifvertrag MTV und das Entgeltrahmenabkommen vom 18. Dezember 2003 ERA NRW) nehmen von deren persönlichen Geltungsbereichen Beschäftigte aus, deren Arbeitsaufgaben, wie beim AN, eine tariflich näher bestimmte Einstufung übersteigen und bei denen „die geldwerten materiellen Arbeitsbedingungen unter Berücksichtigung einer individuellen regelmäßigen wöchentlichen AZ von

bis zu 40 Stunden in einer Gesamtschau diejenigen der höchsten tariflichen Entgeltgruppe regelmäßig überschreiten“ (§ 1 Nr. 3 MTV, § 1 Nr. 3 ERA NRW). Der Kläger forderte für Juni 2000 bis Februar 2023 eine höhere Vergütung. Die ihm gezahlte Vergütung wahre nicht den tariflich verlangten Abstand zur höchsten tariflichen Entgeltgruppe. Dieser müsse angelehnt an die sukzessiv ansteigende tarifliche Spreizung der Entgeltgruppen 1 bis 14 23,45 Prozent betragen. Somit stünden die monatlich weitere 1.924,03 Euro brutto zu.

## Problematik

Hat der AN hier Anspruch auf die von ihm verlangte höhere Vergütung?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AN gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war erfolglos. Der AN habe keinen Anspruch auf eine weitere Vergütung. Der AN habe mit Abschluss des als außertariflich bezeichneten AV im Mai 2022 den Status eines außertariflichen Angestellten erhalten. Damit habe er einen vertraglichen Anspruch auf eine Vergütung, die ihn, ohne dass es auf eine beiderseitige Tarifgebundenheit ankäme, nicht in den persönlichen Geltungsbereich des grundsätzlich auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden TV zurückfallen lasse und ggf. einen tarifvertraglich vorgesehenen Mindestabstand zur höchsten tariflichen Vergütung wahre. Dagegen lasse sich ein Vergütungsanspruch nicht unmittelbar aus § 1 Nr. 3 ERA NRW herleiten. Diese Tarifnorm regle nur den persönlichen Geltungsbereich des TV mit der Folge, dass es bei dessen Geltung bleibe, wenn bei dem betreffenden AN die Voraussetzungen für ein Herausfallen aus dem persönlichen Geltungsbereich des TV nicht erfüllt sind. Den danach bestehenden Vergütungsanspruch des AN habe der AG mit den geleisteten Zahlungen vollständig erfüllt. Der Anspruch sei daher gemäß § 362 Abs. 1 BGB erloschen. Der AN habe für den gesamten streitgegenständlichen Zeitraum ein Monatsgehalt von 8.212,00 Euro brutto und damit – wenn auch nur geringfügig – mehr erhalten, als das höchste Tarifentgelts vorsah. Das Erfordernis eines bestimmten prozentualen Abstands zwischen diesen Größen sehen die tariflichen Bestimmungen nicht vor. Nach § 1 Nr. 3 MTV i. V. m. § 1 Nr. 3 ERA NRW müssen die geldwerten materiellen Arbeitsbedingungen des außertariflichen Angestellten in einer Gesamtschau diejenigen der höchsten tariflichen Entgeltgruppe regelmäßig überschreiten, also – entsprechend dem allgemeinen Sprachverständnis – ein „Mehr“ sein. Anders als im Tarifbezirk Bayern sehen im Tarifbezirk Nordrhein-Westfalen der Metall- und Elektroindustrie wieder § 1 Nr. 3 MTV noch § 1 Nr. 3 ihrer NRW einen bestimmten prozentualen Mindestabstand der Vergütung bzw. der geldwerten materiellen Arbeitsbedingungen des außertariflichen Angestellten zum höchsten Tarifentgelts vor. Damit genügt nach diesen Tarifnormen jedes und damit auch nur ein geringfügiges Überschreiten des höchsten Tarifentgelts. Angesichts des klaren und eindeutigen Wortlauts und des Fehlens einer planwidrigen Regelungslücke verbiete sich eine ergänzende Tarifauflegung. Wollen die TVP für das Herausfallen aus dem TV einen bestimmten prozentualen Mindestabstand zwischen dem höchsten Tarifentgelt und dem Entgelt außertariflich Beschäftigte, müssen Sie eine entsprechende tarifliche Abstandsklausel hinreichend klar und deutlich in den TV aufnehmen. Die von Art. 9 Nr. 3 GG garantierte Tarifautonomie und der dadurch den TVP eingeräumte weite Gestaltung steht Spielraum verbiete ein „Nachbessern“ vermeintlich „ungerechter“ tariflicher



Bestimmungen durch die Gerichte zugunsten der einen oder anderen Seite. Der Kläger versuche hier das Erfordernis eines prozentualen Mindestabstands zum höchsten Tarifentgelt in das Verb „überschreiten“ hineinzuiinterpretieren, indem er meine, es handele sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Ausfüllung die TVP den AG nach billigem Ermessen überlassen hätten. Diese Auffassung sei nicht vertretbar. Unabhängig davon, ob eine solche „Regelungstechnik“ der TVP überhaupt tarifrechtlich zulässig wäre, sei es allein Sache der TVP, den persönlichen Geltungsbereich ihrer TV zu regeln und dabei die Voraussetzungen zu definieren, bei deren Vorliegen Beschäftigte nicht mehr unter den TV fallen sollen. Dies sei hier durch die TV P mittels der vereinbarten Regelungen erfolgt.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass für die durch die TVP erfolgte Herausnahme von Beschäftigten aus dem persönlichen Geltungsbereich eines TV, deren geldwerte materielle Arbeitsbedingungen die höchste tarifliche Vergütung regelmäßig überschreiten, jedes – und damit auch ein geringfügiges – Überschreiten genügt. Wollen die TVP für das Herausfallen aus dem persönlichen Geltungsbereich eines TV einen bestimmten Mindestabstand zwischen dem höchsten Tarifentgelt und dem Entgelt außertariflich Beschäftigter festlegen, müssen sie eine entsprechende tarifliche Abstandsklausel hinreichend klar und deutlich in den TV aufnehmen, so, wie dass beispielsweise im MTV für Bayern geregelt worden ist.

123

# Anspruch auf tarifvertragliche Zulage zur Besitzstandswahrung

**BAG von**  
**23.10.2024**

**Aktenzeichen**  
5 AZR 110/24

**Stichwort**  
§ 3 Abs. 1 Entgelt-TV; Auslegung des  
Tarifvertrags; Bestimmung des  
individuellen regelmäßigen  
monatlichen Durchschnittsentgelts

## Sachverhalt

Der Kläger ist seit 1997 bei einem Zulieferbetrieb der Automobilindustrie als Einrichter beschäftigt und Mitglied der IG Metall. 2021 verhandelten der AG und die IG-Metall über den Abschluss von Haus TV. Da wegen Umsatzrückgängen und der Coronakrise der Kapazitätsbedarf sank, sollte eine Anpassung der Belegschaftsstärke sowie eine Reduzierung der wöchentlichen AZ auf 35 Stunden erfolgen. Zugleich war Ziel der Vereinbarung, betriebsbedingte Kündigungen für die restlichen AN zu vermeiden und bei der Einführung des Entgeltrahmenabkommens der Metall- und Elektroindustrie in Thüringen von 15. Januar 2004 (ERA) ab dem 01. Februar 2022 eine Besitzstandswahrung zum bisherigen Arbeitsentgelt zu gewährleisten. Am 29. Juli 2021 schlossen die Verhandlungspartner den „FT Automotive Möve Mantelhaustarifvertrag (MTV) und den „FT Automotive Möve Entgelt Tarifvertrag“ (Entgelt-TV). Der Entgelt TV enthält die folgende Regelung einer Besitzstandswahrung: „(1) In einem ersten Schritt wird für alle AN das individuelle regelmäßige monatliche Durchschnittsentgelt 2021, das sog. individuelle Referenzentgelt, ermittelt. Dabei wird bei AN mit einer normalen Vollarbeitszeit (IRWAZ) von mehr als 35 Stunden das Durchschnittsentgelt auf 35 Stunden linear berechnet. (...). (2) AN, die nach erfolgter Eingruppierung in ERA mit ihrem Referenzentgelt bereits das Tabellenentgelt nach der F34 Entgelt- und Vergütungstabelle in Anlage 1 oder mehr verdienen (Überschreiter), erhalten eine Besitzstandswahrung. Die Differenz zwischen dem individuellen Referenzentgelt nach Eingruppierung und dem Ist-Entgelt zum 01. Januar 2022 wird in Form einer übertariflichen Zulage so lange beibehalten, bis das Tabellenentgelt nach der F34 Entgelttabelle in Anlage 1 erreicht ist. (...). (3) ...“ In der Fußnote 2 zu § 3 Abs. 2 Entgelt-TV heißt es: „Im worst case wird der Überschreiter weiterhin sein derzeitiges Entgelt, umgerechnet auf die 35 Std./Woche und entsprechend reduziert, erhalten.“ Der AN erhielt von Januar bis Juni 2021 ein monatliches Grundentgelt 2.996,50 Euro brutto zuzüglich Zulagen, Urlaubsgeld und Boni und ab Juli 2021 aufgrund einer Höhergruppierung ein monatliches Grundentgelt von 3.175,50 Euro brutto. Durchschnittlich erhielt er 2021 ein monatliches Grundentgelt von 3.086,00 Euro brutto und ein Entgelt mit Zulagen, Urlaubsgeld sowie Boni von 3.258,70 Euro brutto. Dies entspricht umgerechnet auf eine 35-Stunden-Woche monatlich einem Grundentgelt von 2.700,25 Euro brutto und einem Durchschnittsentgelt einschließlich Zulagen, Urlaubsgeld und Boni von 2.851,36 Euro brutto. Ab Januar 2022 arbeitete der Kl. in einer 35-Stunden-Woche. Die Bkl. zahlte ihm von Januar bis April 2022 monatlich 2.710 Euro brutto Grundentgelt, 75 Euro brutto Urlaubsgeld (fest), 203,25 Euro brutto Quartalsbonus und 5,65 Euro brutto Urlaubsgeld (variabel). Der AN forderte die Zahlung einer Zulage zur Besitzstandswahrung nach § 3 Abs. 2 S. 1 Entgelt-TV für Januar bis April 2022 von 274,00 Euro brutto. Für die Berechnung des individuellen Referenzentgelts sei nicht auf den Jahresdurchschnittsverdienst 2021, sondern auf das nach Höhergruppierung im Juli 2021 erzielte Durchschnittsentgelt abzustellen. Zudem sei sowohl für die Berechnung des Referenzentgelts nach § 3 Abs. 1 Entgelt-TV als auch des Tabellenentgelts nach § 3 Abs.1 Entgelt-TV allein das Grundentgelt maßgeblich.

## Problematisierung

Hat der AN hier entsprechend den Vorschriften im Entgelt-TV zur Zulage zur Besitzstandswahrung Anspruch auf die von ihm verlangte höhere Vergütung? Kann sich der AG demgegenüber darauf berufen, dass das Referenzentgelt anhand des für 2021 regelmäßigen monatlichen Durchschnittsentgelts unter Einbeziehung von Zulagen, Urlaubsgeld und Boni zu ermitteln ist und auch das Tabellenentgelt nach der F34 Entgelt- und Vergütungstabelle in Anlage 1 des Entgelt-TV anhand des Gesamtentgelts zu bestimmen ist?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AN gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war erfolglos. Der AN habe keinen Anspruch auf Zahlung einer Zulage zur Besitzstandswahrung nach § 3 Abs. 1 S. 1 Entgelt-TV. Anspruch auf eine übertarifliche Zulage zur Besitzstandswahrung nach § 3 Abs. 2 S. 1 Entgelt-TV haben alle AN, die nach der ERA-Eingruppierung mit ihrem Referenzentgelt bereits das Tabellenentgelt nach der F 34

Entgelt- und Vergütungstabelle in Anlage 1 des Entgelts TV oder mehr verdienen (Überschreiter). Diese Voraussetzungen erfülle der AN nicht. Der Geltungsbereich des Entgelt-TV (identisch mit dem Geltungsbereich des MTV) sei eröffnet. Der AN falle unter den Geltungsbereich nach § 1 MTV, da er am Standort der F 34 in M beschäftigt und IG Metall-Mitglied sei. Das individuelle Referenzentgelt des AN nach § 3 Abs. 1 Entgelt-TV betrage monatlich 2.851,36 Euro brutto. Dabei sei das regelmäßige monatliche Durchschnittsentgelt des AN des gesamten Jahres 2021 einschließlich Zulagen, Urlaubsgeld und Boni zu berücksichtigen. Dies ergebe die Auslegung der tarifvertraglichen Regelung. Die Auslegung des normativen Teils eines TV folge den zur Auslegung von Gesetzen geltenden Regeln. Zuerst sei vom Tarifwortlaut auszugehen. Dabei seien der wirkliche Wille der TVP und damit der Sinn und Zweck der Tarifnorm zu berücksichtigen, soweit sie in den Tarifnormen ersichtlich seien. Auch auf den tariflichen Gesamtzusammenhang sei abzustellen. Bei Zweifeln können ohne Bindung an eine Reihenfolge weitere Kriterien wie die Entstehungsgeschichte des TV, ggf. auch die praktische Tarifübung ergänzend herangezogen werden. Im Zweifel sei die Tarifauslegung vorzuziehen, die zu einer vernünftigen, sachgerechten, zweckorientierten und praktikablen Regelung führe. Zur Ermittlung des individuellen Referenzentgelts sei nicht nur der Zeitraum seit der Höhergruppierung des AN ab dem 01. Juli 2021, sondern das gesamte Jahr 2021 maßgeblich. Eine Auslegung des § 3 Abs. 1 S. 1 Entgelt TV wie vom AN gedacht, komme mangels planwidriger Regelungslücke nicht in Frage. Dies folge aus dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 Entgelt-TV, der ausdrücklich auf das gesamte Jahr 2021 als Referenzzeitraum abstelle. Die TVP haben gerade keine Stichtagsregelung gewählt, sondern das gesamte regelmäßige Durchschnittsentgelt für 2021 in Bezug genommen. Dafür sprechen auch Sinn und Zweck des § 3 Abs. 1 Entgelt-TV. Die Betrachtung des Durchschnittsentgelts ermögliche eine vereinfachte Handhabung der Berechnung der Zulage für sog. Überschreiter anhand pauschaler Werte. Mögliche Entgeltänderungen während des Jahres etwa durch Umgruppierungen, sind für das Arbeitsleben typisch und den TVP bekannt. Ohne Anhaltspunkte im TV sei nicht davon auszugehen, dass sie diesen Aspekt übersehen hätten. Auch der tarifliche Gesamtzusammenhang spreche gegen eine Verkürzung des Referenzzeitraums. Die in § 3 Abs. 2 S. 1 Entgelt-TV gewählte Formulierung „Ist-Entgelt zum 01. Januar 2022“ lasse erkennen, dass die TVP an anderer Stelle bewusst eine Stichtagsregelung vereinbart haben. Auch der Überschrift von § 3 Entgelt TV „Besitzstandswahrung bei Eingruppierung“ drücke nicht aus, welche Besitzstände miteinander verglichen werden sollen, sondern beziehe sich auf die zum 01. Januar 2022 geplante Eingruppierung nach ERA, die nach § 1 Abs. 1 und Abs. 2 Entgelt-TV für die beabsichtigte Einführung des ERA notwendig sei. Zur Bestimmung des individuellen regelmäßigen monatlichen Durchschnittsentgelts für 2021 sind neben dem Grundentgelt Zulagen, Urlaubsgeld und Boni einzubeziehen. Bereits der Wortlaut des § 3 Abs. 1 Entgelt-TV, der auf das „Durchschnittsentgelt“ und nicht ein „Durchschnittsgrundentgelt“ abstelle, spreche dafür, dass nicht nur das monatliche Grundentgelt maßgeblich sei, sondern alle regelmäßig bezahlten Entgeltbestandteile zu berücksichtigen sind. Nach allgemeinem Sprachverständnis werde „regelmäßig“ i. S. v. „nach einer bestimmten Regel (geschehend, verlaufend, eintretend), in gleichen Abständen (sich wiederholend)“ bzw. „immer, gewohnheitsmäßig“ verstanden. Es komme wegen der Formulierung als „regelmäßiges monatliches Durchschnittsentgelt“ nicht darauf an, ob die Zahlung dem AN jeden Monat und stets in gleicher Höhe zufließe oder ob eine jahres- oder quartalsweise Zahlung vorgesehen sei. Daher sind auch regelmäßig gezahlte Zulagen und Boni, sowie das Urlaubsgeld bei der Bestimmung des individuellen Referenzentgelts heranzuziehen. Nur außergewöhnliche Zahlungen wegen besonderer, nicht wiederkehrender Ereignisse (z. B. Sonderzahlungen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie) sind zur Bestimmung des individuellen monatlichen Durchschnittsentgelts nicht zu berücksichtigen. Auch der tarifliche Gesamtzusammenhang bestätige das Ergebnis der Wortlautauslegung. Selbst für den worst case sollen betroffene AN weiter ihr derzeitiges Entgelt und nicht nur das Grundentgelt, umgerechnet auf eine 35-Stunden-Woche und entsprechend reduziert erhalten.

### Konsequenzen

Das BAG stellt klar, dass bei der Bestimmung des individuellen regelmäßigen monatlichen Durchschnittsentgelts nach § 3 Abs. 1 S. 1 Entgelt-TV alle regelmäßig gezahlten Entgeltbestandteile Berücksichtigung finden, ohne dass es darauf ankommt, ob die Zahlung dem AN jeden Monat und stets in gleicher Höhe zufließt oder ob eine jahres- oder quartalsweise Zahlung vorgesehen ist. Bei der Bemessung des Anspruchs auf Zahlung einer tarifvertraglichen Zulage zur Besitzstandswahrung nach § 3 Abs. 2 S. 1 Entgelt-TV aufgrund der Einführung des Entgeltrahmenabkommens der Metall- und Elektroindustrie in Thüringen vom 15. Januar 2004 sind die Entgeltbestandteile zu berücksichtigen, die sowohl nach der ursprünglichen Vergütungsordnung gezahlt wurden als auch nach dem neuen Vergütungstarifvertrag gezahlt werden. Nur wenn Gleiches mit Gleichem verglichen wird, kann festgestellt werden, ob der Besitzstand gewahrt wird. Sollen bestimmte Entgeltbestandteile unberücksichtigt bleiben, muss sich dies aus dem TV ergeben.

125

# Unterschiedliche Behandlung von Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten bei der Vergütung

**BAG von**  
**04.12.2024**

**Aktenzeichen**  
10 AZR 185/20

**Stichwort**  
§ 4 Abs. 1 TzBfG; Unterschiedliche  
Behandlung von Teilzeit- und  
Vollzeitbeschäftigten bei der  
Vergütung,  
Mehrflugdienststundenvergütung,  
Bestimmtheit einer  
Bezugnahmeklausel

## Sachverhalt

Der Kläger ist bei einem Luftfahrtunternehmen seit 2001 in einem tarifgebundenen Arbeitsverhältnis als Flugzeugführer beschäftigt. Seit 2010 arbeitet er in Teilzeit (90 Prozent der Voll-AZ). Nach seinem AV bleiben die tarifvertraglichen Auslösegrenzen für die Mehrflugdienststunden nach dem einschlägigen TV unverändert. Flugdienststunden über die aufgrund der Teilzeit reduzierte AZ hinaus, werden bis zum Erreichen der Vollzeitmehrflugdienststundenauslösegrenzen mit dem individuellen Stundensatz nach dem einschlägigen TV vergütet. Seine Grundvergütung, die Zulagen sowie der Urlaub wurden um je zehn Prozent reduziert. Der AG und die Vereinigung Cockpit IV schlossen einen Vergütungstarifvertrag (VTV), einen Manteltarifvertrag (MTV) sowie in Eckpunktepapier. Mit der Deutschen Angestelltengewerkschaft schloss der AG den TV betriebliche Altersversorgung. Nach den Bestimmungen des VTV erhalten AN eine über

die Grundvergütung hinausgehende Mehrflugdienststundenvergütung, wenn eine bestimmte Zahl von Flugdienststunden im Monat geleistet und damit die Grenze für die erhöhte Vergütung überschritten würden. Abweichende Regelungen für Teilzeitbeschäftigte gibt es nicht. Entsprechend erhielt der AN eine erhöhte Mehrflugdienststundenvergütung erst, wenn er die Flugdienstzeiten für die Vollzeitbeschäftigten geltenden Auslösegrenzen überschreitet. Der AN meinte, er habe einen Anspruch auf die erhöhte Vergütung bereits dann, wenn er die nach seinem Teilzeitfaktor abgesenkten Auslösegrenzen überschreite. Die Bestimmungen, die identische Auslösegrenzen für Voll- und Teilzeitarbeit enthielten, verstießen gegen das Verbot, Teilzeitbeschäftigte im Vergleich zu Vollzeitbeschäftigten schlechter zu behandeln. Einen sachlichen Grund dafür gebe es nicht. Mit der Mehrflugdienststundenvergütung hätten die TVP nicht bezweckt, besondere Belastungen auszugleichen, sondern den individuellen Freizeitbereich der AN zu schützen. Mit Blick auf seine geleisteten Flugdienststunden, die im Umfang denen von Vollzeit-AN gleichkämen, verlange er hilfsweise die Feststellung, dass zwischen ihm und dem AG kein Teilzeitarbeitsverhältnis vereinbart sei. Zur Berechnung der Jahresrentenbausteine seien die tatsächlich erbrachten Flugstunden zu berücksichtigen. Da er fast dieselbe Zahl an Flugstunden erbracht habe, wie in Vollzeit tätige Flugzeugführer, sei der pro rata temporis Grundsatz nicht anwendbar. Er forderte vom AG 12.115,65 Euro sowie eine nach seiner AZ korrigierte Berechnung seiner Jahresrentenbausteine.

## Problematik

Ein teilzeitbeschäftigter AN darf nach § 4 Abs.1 TzBfG wegen der Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter AN, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Einem teilzeitbeschäftigten AN ist Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Arbeitszeit an der AZ eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten AN entspricht. Kann sich der AG darauf berufen, dass die Bestimmungen zur Mehrflugdienststundenvergütung wirksam sind und für die unterschiedliche Behandlung von Teilzeit und Vollzeitbeschäftigten ein sachlicher Grund besteht, nämlich der Ausgleich der besonderen Arbeitsbelastung bei Überschreiten der Auslösegrenzen?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AN gegen die entgegenstehende Entscheidung des LAG war mangels ausreichender Begründung des LAG erfolgreich und führte zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das LAG. Es fehlen konkrete Feststellungen, welche TV in welcher Fassung auf das Arbeitsverhältnis des AN auf der Grundlage der arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel im Streitzeitraum Anwendung fanden. Unklar sei, welche tariflichen Bestimmungen überhaupt am Maßstab des § 4 Abs. 1 TzBfG zu prüfen sind. Die vom AN verfolgten Ansprüche auf eine Mehrflugdienststundenvergütung nach den Auslösegrenzen, die entsprechend seinem Teilzeitfaktor abgesenkt sind, setzen ebenso wie die Ansprüche auf eine abweichende Berechnung der Jahresrentenbausteine zunächst voraus, dass entsprechende TV, die eine Mehrflugdienststundenvergütung

sowie eine betriebliche Altersversorgung regeln, für das Arbeitsverhältnis im Streitzeitraum gelten. Es sei Sache des Klägers, auf das Arbeitsverhältnis anwendbare TV, die „nur“ vertraglich in Bezug genommen wurden, konkret zu bezeichnen und deren Inhalt vorzutragen. Anhand der Feststellungen des LAG lasse sich nicht klären, ob die vom AN und vom LAG herangezogenen TV auf der Grundlage der Bezugnahmeklausel im Streitzeitraum anwendbar sind. Soweit das LAG zu bestimmten TV ohne nähere Bezeichnung nach TVP und Fassung ausführe, dass diese gelten, liege darin keine nach § 559 ZPO bindende Feststellung. Dem stehe entgegen, dass das LAG die arbeitsvertraglichen Vereinbarungen der Parteien ebenfalls in Bezug nehme. Die dort enthaltenen Verweisungsklauseln legen aber das Bezugsobjekt nicht eindeutig fest. Da der AG mit mindestens zwei Gewerkschaften TV geschlossen habe, sei unklar, welche tariflichen Normen im Streitzeitraum gelten. Beim Arbeits- und dem Teilzeit-AV der Parteien handle es sich um Formular-AV, die nach den Regelungen über AGB auszulegen sind. Danach sollen auf das Arbeitsverhältnis die TV Anwendung finden, an die der AG normativ gebunden ist. Der AV des AN verwies auf die TV in ihrer jeweils geltenden Fassung. Diese Regelung werde unverändert im Teilzeit-AV bestätigt. Dies sei so zu verstehen, dass die für den AG geltenden TV auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden sollen. Nach § 4 Abs. 1 TVG „gelten“ die Rechtsnormen eines TV, die den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, unmittelbar und zwingend zwischen den nach § 3 Abs. 1 TVG Tarifgebundenen. Sie „gelten“ gemäß § 4 Abs. 5 TVG auch nach ihrem Ablauf weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Die Bezugnahmeregelung sei sowohl zeitdynamisch als auch inhaltldynamisch ausgestaltet. Sie erfasse auch die TV, an die der AG zukünftig gebunden sein werde. Es liege nahe, dass bei Abschluss der arbeitsvertraglichen Regelungen beim AG von unterschiedlichen Gewerkschaften abgeschlossene Tarifwerke galten. War dies der Fall, hätten die Parteien mit ihrer Bezugnahmeregelung Tarifwerke von unterschiedlichen Gewerkschaften in Bezug genommen. Anhaltspunkte dafür, die Verweisung sei auf das Tarifwerk einer bestimmten Gewerkschaft oder nicht auf die Tarifwerke als Ganzes, sondern auf einzelne TV gerichtet, sodass es im Einzelfall auch zur Anwendung von TV verschiedener Gewerkschaften kommen könnte, bestehen nicht. Diesem Verständnis würde auch der Zweck der Verweisungsklausel widersprechen. Bei einer umfassenden Bezugnahme auf ein Tarifwerk sollen alle einzelnen, aufeinander bezogenen und einander ergänzenden TV Anwendung finden, um eine Gesamtregelung der arbeitsvertraglichen Bedingungen sicherzustellen. Dies wäre bei der Kombination aus einzelnen TV unterschiedlicher TVP nicht gewährleistet. Der Auslegung als umfassende Bezugnahme stehe nicht entgegen, dass nach dem Teilzeit-AV die tarifvertraglichen Auslösegrenzen für alle Teilzeitmodelle unverändert bleiben sollen. Insoweit werde klargestellt, dass der pro-rata-temporis-Grundsatz hinsichtlich der Auslösegrenzen nicht anwendbar ist. Eine Beschränkung der Reichweite der Bezugnahme auf nur einen TV oder auf das Tarifwerk einer TVP sei darin nicht zu sehen. War der AG beim Vertragsschluss an TV mit verschiedenen Gewerkschaften gebunden, führe dies nicht zur Unwirksamkeit der gesamten Bezugnahmeklausel. Sie sei wirksam, wenn das Bezugnahmeobjekt eindeutig bestimmbar sei. Dies sei der Fall, solange inhaltlich gleichlautende TV geschlossen wurden. Dies sei nicht festgestellt worden. Eine Kollisionsregel für den Fall, dass mit verschiedenen Gewerkschaften Tarifwerke unterschiedlichen Inhalts abgeschlossen werden, gebe es nicht. Daher wäre das Bezugnahmeobjekt der Verweisungsklausel ab dem Zeitpunkt nicht mehr bestimmbar, ab dem beim AG Tarifwerke unterschiedlichen Inhalts galten. Das führte zur Teilunwirksamkeit der Klausel und damit zum Wegfall der vereinbarten Dynamik. Damit wären auf das Arbeitsverhältnis die zuletzt vereinbarten tarifvertraglichen Regelungen statisch anwendbar. Nun müsse der AN zu den im Streitzeitraum im Arbeitsverhältnis anwendbaren TV vortragen.

### Konsequenzen

Das BAG stellt klar, dass die Wirksamkeit einer arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel voraussetzt, dass die in Bezug genommenen Tarifnormen, die die Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis regeln, jedenfalls im Zeitpunkt ihrer Anwendung eindeutig bestimmbar sind. Ist dies im Fall einer Verweisung auf inhaltlich unterschiedliche Tarifwerke verschiedener Gewerkschaften auch durch Auslegung nicht möglich, ist die Klausel unwirksam. War das Bezugnahmeobjekt einer arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel zunächst bestimmbar, entfällt die Bestimmbarkeit aber zu einem späteren Zeitpunkt, ohne dass die Bezugnahmeklausel – ggf. nach (ergänzender) Vertragsauslegung – eine Kollisionsregelung enthält, führt dies regelmäßig nicht dazu, dass die gesamte Verweisungsklausel unwirksam ist, sondern nur dazu, dass ihre Dynamik entfällt. Anwendbar bleiben die zuletzt übereinstimmenden Tarifwerke. Beruht die Anwendung eines TV auf einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung, ist es grundsätzlich Sache der klagenden Partei, den TV konkret zu bezeichnen und seinen Inhalt vorzutragen.

# Reichweite einer Gleichstellungsabrede

**BAG von**  
**11.12.2024**

**Aktenzeichen**  
4 AZR 44/24

**Stichwort**  
§§ 3, 4 TVG; Auslegung einer  
vertraglichen Bezugnahmeregelung,  
Verdienstsicherung, Wechsel des  
Arbeitsorts

## Sachverhalt

Der Kläger, der kein Gewerkschaftsmitglied ist, ist seit 1990 beim Unternehmen beschäftigt. Seine „Einstellungsnachricht“ vom 01. März 1990 enthält folgende Regelung: „Für das Arbeitsverhältnis gelten die gesetzlichen Vorschriften, die Tarifbestimmungen für Arbeiter der Metallindustrie in Nordwürttemberg und Nordbaden sowie die Betriebsordnung und die Betriebsvereinbarungen unseres Unternehmens.“ Der AG ist Mitglied des Verbands der Metall- und Elektroindustrie Baden- Württemberg e. V. (Südwestmetall) als auch der PfalzMetall – Verband der pfälzischen Metall- und Elektroindustrie e. V.) (PfalzMetall). Er unterhält mehrere Standorte, u. a. in L in Baden-Württemberg und in S in Rheinland-Pfalz. Der AN war zunächst in L tätig und erhielt dort zuletzt eine Vergütung nach der EG 3 des zwischen Südwestmetall und der IG Metall geschlossenen ERA-TV für das Tarifgebiet Nordwürttemberg/Nordbaden vom 16. September 2003. Am 30. Januar 2019 teilte der AG dem AN mit, er habe die Anspruchsvoraussetzungen für die von den Tarifparteien vereinbarte Alterssicherung erfüllt. Sie berechnete einen Alterssicherungsbetrag i. H. v. 4.044,57 Euro und verwies hinsichtlich der Einzelheiten auf § 6 MTV. Der AG legte die Produktion am Standort L nach Abschluss eines Interessenausgleichs und Sozialplans stufenweise bis zum 31. Dezember 2022 stehen. Am 26. März 2021 wies er dem AN ab 01. Oktober 2021 eine Tätigkeit in S zu. Das Schreiben hat folgenden Wortlaut: „(...) In dem mit Ihnen geschlossenen AV haben wir uns das Recht vorbehalten, Sie bei dringenden betrieblichen Erfordernissen zu versetzen bzw. Ihnen eine andere Tätigkeit zuzuweisen. Mit Wirkung vom 01. Oktober 2021 ändern sich für Sie Ihre Arbeitsbedingungen wie folgt: „Arbeitsort S, Position Montagearbeiter, Eingruppierung EG 2 gemäß ERA-TV für die Metall- und Elektroindustrie Rheinland-Pfalz, Arbeitszeit 35 Stunden pro Woche (2-Schicht). Auf Ihre tarifvertraglich zugesicherte und entgeltgruppenbezogene Grundvergütung hat der Wechsel an den zuvor genannten Standort keine Auswirkung. Für die bisher gewährten außertariflichen Zulagen (...) gelten die betrieblichen Regelungen des aufnehmenden Betriebs. Im Übrigen verbleibt es bei den bisherigen arbeitsvertraglichen Bedingungen. Für den Fall, dass Sie der Versetzung widersprechen, kündigen wir vorsorglich das (...) Arbeitsverhältnis außerordentlich unter Einhaltung einer sozialen Auslauffrist entsprechend der Kündigungsfrist zum 30. September 2021.“ Der AN widersprach der Versetzung nicht und ist seit 01. Oktober 2021 in S tätig und bekommt eine Vergütung nach EG 2 des ERA-TV für die Metall- und Elektroindustrie in Rheinland-Pfalz vom 06. Juli 2004. Darüber hinaus erhält er eine als „Ausgleich Wahloption“ bezeichnete monatliche Zahlung in Höhe der Vergütungs Differenz zwischen den Tabellenentgelten der EG 3 ERA-TV NW/NB und der EG 2 ERA-RP abzüglich einer ERA-RP Korrekturprämie i. H. v. 71,96 Euro. Die monatliche Vergütung des AN liegt jeweils unterhalb des Alterssicherungsbetrags von 4.044,57 Euro. Am 26. Januar 2022 forderte der AN die weitere Durchführung der Alterssicherung nach den für den Tarifbezirk Nordwürttemberg/Nordbaden geltenden tariflichen Regelungen. Diese sei nach wie vor von der vertraglichen Bezugnahmeklausel erfasst. Der Wechsel des Arbeitsortes habe insoweit zu keiner Änderung geführt. Der AG habe zudem am 26. März 2021 zugesichert, dass es bei den bisherigen arbeitsvertraglichen Bedingungen verbleibe. Auf einer Betriebsversammlung sei ihm darüber hinaus verbindlich mitgeteilt worden, die Alterssicherung werde auch nach dem Ortswechsel fortgeführt. Er forderte vom AG eine Zahlung i. H. v. 5.409,47 Euro als restlichen Lohn für die Oktober 2021 bis April 2022.

## Problematik

Kann sich der AG darauf berufen, dass die Bezugnahmeklausel aufgrund ihres Charakters als sog. Gleichstellungsabrede nunmehr auf den Rheinland-Pfalz geltenden tariflichen Regelungen gerichtet ist? Kann er argumentieren, dass das Arbeitsverhältnis des AN nach dem Wechsel des Arbeitsortes in den räumlichen Geltungsbereich dieses Bundeslandes fällt? Sind die tariflichen Regelungen für Nordwürttemberg/Nordbaden nunmehr nicht mehr einschlägig und damit nicht mehr anzuwenden?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AG gegen die entgegenstehende Entscheidung des LAG war erfolglos. Der AN könne aufgrund der Bezugnahme Klausel in der Einstellungsnachricht die Durchführung der Alterssicherung und damit die Nachzahlung der eingeklagten Vergütung verlangen. Die Verweisung auf die „Tarifbestimmungen für Arbeiter

der Metallindustrie in Nordwürttemberg und Nordbaden“ sei eine zeitdynamische Bezugnahme auf die genannten TV, deren Dynamik nach der früheren Rspr. des Senats mit dem Ende der Tarifgebundenheit des AG entfalle, sog. Gleichstellungsabrede. Bei der Einstellungsnachricht handle es sich um einen Formularvertrag, der nach den Regelungen über AGB auszulegen ist. Nach der früheren Rspr. des Senats galt die Auslegungsregel, dass es einem an die vertraglich in Bezug genommenen TV tarifgebundenen AG nur darum ging, durch die Bezugnahme die nicht organisierten AN mit den organisierten hinsichtlich der Geltung dieser TV „gleichzustellen“. Eine solche Verweisung auf einen TV in der jeweils geltenden Fassung wurde deshalb so ausgelegt, dass in den Inhalt der übereinstimmenden Willenserklärungen über den Wortlaut hinaus eine auflösende Bedingung hineingelesen wurde, nach der die Dynamik nur so weit reichte, wie dies bei einem tarifgebundenen AN der Fall wäre. Diese endete dann, wenn der AG wegen Wegfalls der eigenen Tarifgebundenheit nicht mehr normativ an zukünftige Tarifentwicklungen gebunden war. Diese Auslegungsregel wendet der Senat des BAG aus Gründen des Vertrauensschutzes bei vor dem 01. Januar 2002 vereinbarten Bezugnahmeklauseln weiter an. Daher handle es sich bei der Regelung in der Einstellungsnachricht um eine dynamische Bezugnahme auf die Tarifbestimmungen für die Beschäftigten in der Metall- und Elektroindustrie in Nordwürttemberg/Nordbaden in Form einer Gleichstellungsabrede gemäß der früheren Rspr.. Die arbeitsvertraglichen Bedingungen der Einstellungsnachricht sind vor dem 01. Januar 2002 vereinbart worden. Am 01. März 1990 war der AG kraft Mitgliedschaft bei Südwestmetall an die TV der Metall- und Elektroindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden gebunden. Der AN ist in L und damit dem Geltungsbereich der in Bezug genommenen TV tätig geworden. Es handele sich um eine dynamische Bezugnahme. In der Einstellungsnachricht werde kein konkretes Abschlussdatum hinsichtlich der in Bezug genommenen TV genannt. In einem solchen Fall sei anzunehmen, dass die TV in ihrer jeweiligen Fassung anzuwenden sind. Einer ausdrücklichen „Jeweiligkeitsklausel“ bedürfe es nicht. Aufgrund der Versetzung des AN in das Tarifgebiet Rheinland-Pfalz ab 01. Oktober 2021 sei die zeitliche Dynamik der Bezugnahmeregelung entfallen. Die TV sind aber weiter mit dem Regelungsbestand vom 30. September 2021 anzuwenden. Die Versetzung des AN nach S und damit in das Tarifgebiet Rheinland-Pfalz habe nicht zur Anwendung der dort geltenden Tarifregelungen geführt. Die vertragliche Vereinbarung erfasse nicht die TV, an die der AG jeweils gebunden sei (sog. große dynamische Bezugnahmeklausel oder Tarifwechselklausel). Eine dynamische Verweisung auf ein bestimmtes Tarifwerk ist über ihren Wortlaut hinaus nur dann als Verweis auf die jeweils für den AG geltenden tariflichen Vereinbarungen auszulegen, wenn sich dies aus den besonderen Umständen ergebe. Die frühere Rspr. des Senats hatte nicht den Inhalt, den am Vertrag beteiligten AN tarifrechtlich wie einen an den in Bezug genommenen TV durch Mitgliedschaft gebundenen AN zu behandeln. Er sollte nur vertraglich hinsichtlich des in Bezug genommenen Tarifvertrages oder Tarifwerks so gestellt werden, als wäre er an diese Bestimmungen kraft Mitgliedschaft gebunden. Hier sei die Bezugnahmeklausel allein auf die „Tarifbestimmungen für Arbeiter der Metallindustrie in Nordwürttemberg und Nordbaden“ gerichtet. Andere Tarifbezirke wie der Bezirk Rheinland-Pfalz sind nicht erwähnt. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem Verweis auf die „Betriebsordnung und die Betriebsvereinbarungen unseres Unternehmens“. Die arbeitsvertragliche „Bezugnahme“ auf TV einerseits und BV andererseits betreffe unterschiedliche Normenwerke mit grundlegend verschiedenen Wirkungen. Während BV nach § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG „automatisch“ unmittelbar und zwingend für das Arbeitsverhältnis gelten, erfassen die Namen von TV grundsätzlich nur die kongruent tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien. Für die Auslegung der Verweisung auf TV ergeben sich daraus keine Anhaltspunkte. Der Wechsel des Arbeitsorts des AN habe nicht dazu geführt, dass die in Bezug genommenen TV keine Geltung mehr beanspruchen können, sondern nur zum Eintritt der in der Bezugnahmeklausel enthaltenen auflösenden Bedingung und damit zum Wegfall der Dynamik. Die in Bezug genommenen Tarifverträge finden in diesem Fall nur noch statisch mit demjenigen Stand Anwendung, den sie zum Zeitpunkt des Bedingungseintritts hatten.

### Konsequenzen

Das BAG stellt klar, dass eine vertragliche Bezugnahmeregelung (im Sinne einer sog. große dynamischen Bezugnahmeklausel oder Tarifwechselklausel) nur dann auf die jeweils für den AG geltenden TV gerichtet ist, wenn dies im Wortlaut der Vereinbarung erkennbar zum Ausdruck kommt. Allein die Tatsache, dass es sich bei der Bezugnahme um eine sog. Gleichstellungsabrede nach der früheren Rspr. des BAG handelt, ist hierfür ebenso wenig ausreichend wie der Verweis auf eine „Betriebsordnung“ oder auf „Betriebsvereinbarungen“. Weiter stellt das BAG fest, dass eine arbeitsvertragliche dynamische Bezugnahme auf TV, bei der es sich um eine Gleichstellungsabrede im Sinne der früheren Rspr. handelt, unter der auflösenden Bedingung steht, dass ihre Dynamik endet, wenn die Voraussetzungen für die Annahme einer solchen Abrede entfallen. Diese tritt nicht nur bei Ende der Tarifgebundenheit der Arbeitgeberin ein, sondern u. a. auch dann, wenn der AN an einen Arbeitsort versetzt wird, der außerhalb des Geltungsbereichs des in Bezug genommenen TV liegt. In der Folge sind die in Bezug genommenen TV ab diesem Zeitpunkt nur noch statisch, mit dem dann bestehenden Inhalt, anwendbar.

129

## Urlaubsabgeltung für während mehrerer Beschäftigungsverboten nicht genommenen Urlaub

**BAG von**  
**20.08.2024**

**Aktenzeichen**  
9 AZR 226/23

**Stichwort**  
§ 7 Abs. 4 BurlG, § 24 S. 2 MuSchG;  
Ausfallzeiten während  
Beschäftigungsverboten

### Sachverhalt

Die Klägerin war vom 08. Februar 2017 bis zum 31. März 2020 beim Unternehmen als Zahnärztin zu einem Bruttomonatsgehalt von 4.182,62 Euro angestellt und hatte einen vertraglichen Urlaubsanspruch von 28 Tagen im Jahr. Mit Wirkung zum 01. Dezember 2017 sprach der AG für die seinerzeit schwangere AN ein Beschäftigungsverbot aus. Zu diesem Zeitpunkt standen ihr aus dem laufenden Kalenderjahr fünf Tage Resturlaub zu. Aufgrund der Mutterschutzfristen und Stillzeiten für ihre im Juli 2018 sowie am 07. September 2019 geborenen Kinder schlossen sich bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses nahtlos mehrere Beschäftigungsverbote an. Die AN

forderte am 26. Juni 2020 die Abgeltung von insgesamt 68 Tagen Urlaub aus den Jahren 2017 bis 2020 (fünf Tage Resturlaub aus dem Jahr 2017, jeweils 28 Tage aus den Jahren 2018 und 2019 und sieben Tage aus dem Jahr 2020) mit je 193,04 Euro brutto pro Urlaubstag, insgesamt sie 13.126,72 Euro brutto. Sie meinte, zusätzlich zu dem Resturlaub für 2017 seien während der Beschäftigungsverbote Urlaubsansprüche für die Jahre 2018 und 2019 in voller Höhe und für das Jahr 2020 anteilig entstanden und bis zur rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. März 2020 nicht erloschen. Der AG meinte, während der Beschäftigungsverbote seien keine Urlaubsansprüche entstanden. Für die Zeiten nahtlos ineinandergreifender Beschäftigungsverbote bestünde keine Arbeitspflicht, die ein Erholungsbedürfnis habe begründen können. Jedenfalls seien Urlaubsansprüche gemäß § 7 Abs. 3 BurlG mit Ablauf des Monats März des jeweiligen Folgejahres erloschen.

### Problematik

Nach § 7 Abs. 4 BurlG ist Urlaub abzugelten, der wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden kann. Der Anspruch setzt voraus, dass zum Zeitpunkt der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses offene Urlaubsansprüche bestehen, die nicht mehr erfüllt werden können, weil das Arbeitsverhältnis beendet ist. Gemäß § 24 MuSchG gelten für die Berechnung des Anspruchs auf bezahlten Erholungsurlaub die Ausfallzeiten wegen eines Beschäftigungsverbots als Beschäftigungszeiten. Hat eine Frau ihren Urlaub vor Beginn eines Beschäftigungsverbots nicht oder nicht vollständig erhalten, kann sie nach dem Ende des Beschäftigungsverbots den Resturlaub im laufenden oder im nächsten Urlaubsjahr beanspruchen. Hat die AN hier noch Anspruch auf die Abgeltung des rückständigen Urlaubs? Kann sich demgegenüber der AG hier auf § 24 S. 2 MuSchG berufen, mit der Begründung, dass nur Urlaub nicht verfällt, den eine Frau „vor“ Beginn eines Beschäftigungsverbots nicht oder nicht vollständig erhalten hat? Die Vorschrift beziehe sich somit nicht auf Urlaubsansprüche, die – wie im Fall der AN – „während“ eines Beschäftigungsverbots entstanden sind.

### Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AG gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war erfolglos. Der ArbG müsse der AN den Urlaub in Höhe von 13.126,72 Euro brutto abgelden. Zum Zeitpunkt der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. März 2020 standen der AN noch 68 Arbeitstage Urlaub aus den Jahren 2017 bis 2020 zu. Die Urlaubsansprüche der AN sind hier entstanden, obwohl sie ihre Tätigkeit als Zahnärztin in der Zeit vom 01. Dezember 2017 bis zur rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. März 2020 nicht ausüben konnte. Ihre Ausfallzeiten beruhten auf nahtlos aneinander anschließende Beschäftigungsverboten. Sie werden nach § 24 S. 1 MuSchG bei der Berechnung des Anspruchs auf bezahlten Erholungsurlaub als Beschäftigungszeiten behandelt. Während § 3 Abs. 1 BurlG die Zahl der Urlaubstage ausgehend vom Erholungszweck grundsätzlich in Abhängigkeit von der zur Anzahl der Arbeitstage mit Arbeitspflicht bestimme, stelle § 24 MuSchG Ausfallzeiten wegen eines Beschäftigungsverbots bei der Urlaubsberechnung den Zeiten tatsächlicher Arbeitsleistung gleich. Bei unionrechtskonformem Verständnis erfasse diese Ausnahmeregelung nicht nur den gesetzlichen Mindesturlaub, sondern auch einen diesen übersteigenden Mehrurlaub. Die Beschäftigungsfiktion erfasse unterschiedslos Ausfallzeiten, die auf generellen oder individuellen Beschäftigungsverboten beruhen. Für § 24 S. 2 MuSchG folge dies aus § 2 Abs. 3 S. 1



MuSchG, der den Begriff des Beschäftigungsverbots im Sinn des MuSchG unter Bezugnahme auf die Beschäftigungsverbote nach den §§ 3 bis 6, 10 Abs. 3, § 13 Abs. 1 Nr. 1 und § 16 MuSchG abschließend („nur“) gesetzlich definiert. Als Beschäftigungszeiten für die Urlaubsberechnung gelten danach Schutzfristen vor und nach der Entbindung sowie Beschäftigungsverbote wegen und verantwortbar Gefährdungen sowie unzulässige Tätigkeiten und Arbeitsbedingungen für stillende Frauen. Die Urlaubsansprüche aus den Jahren 2017 bis 2020, deren Abgeltung die AN fordere, sind vor dem Zeitpunkt zu dem das Arbeitsverhältnis der Parteien endete, nicht gemäß § 7 Abs. 3 BUrlG verfallen. § 24 S. 2 MuSchG stehe einem Erlöschen des Urlaubs entgegen. Die Vorschrift des § 24 S. 2 MuSchG regle eine Ausnahme vom Grundsatz des § 7 Abs. 3 S. 1 BUrlG, dass der Erholungsurlaub im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden müsse. Sie knüpfe fortlaufend an das Ende eines jeden einzelnen Beschäftigungsverbots an. Folgen mehrere Beschäftigungsverbote nahtlos aufeinander, kann die AN ihren ggf. über mehrere Beschäftigungsverbote angesammelten Urlaub nicht vor Beginn des letzten Beschäftigungsverbots „erhalten“. Die AN kann in diesem Fall den gesamten bis dahin aufgelaufenen Urlaub gemäß § 24 S. 2 MuSchG nach Ende des letzten Beschäftigungsverbots im laufenden oder nächsten Kalenderjahr beanspruchen. Dies folge bereits aus dem Gesetzeswortlaut, der darauf abstelle, dass die Frau ihren Urlaub vor Beginn „eines“ Beschäftigungsverbots nicht oder nicht vollständig erhalten habe. Die Norm differenziere weder nach der Art des Beschäftigungsverbots noch danach, aus welchen Gründen der Urlaub zuvor nicht genommen werden konnte. Sie beziehe sich auf sämtliche der in § 2 Abs. 3 S. 1 MuSchG genannten Beschäftigungsverbote an erfasse auch während eines Beschäftigungsverbots entstandene Ansprüche auf Erholungsurlaub. Maßgeblich sei allein, dass der Urlaub vor Beginn des (jeweils neuen) Beschäftigungsverbots nicht genommen werden konnte. In Fällen, in denen mehrere Beschäftigungsverbote aufgrund mehrerer Schwangerschaften, aufeinanderfolgen, werde gemäß § 24 S. 2 MuSchG das Urlaubsjahr für den bis zum Beginn des letzten Beschäftigungsverbots nicht genommenen Urlaub fortlaufend neu festgelegt. Das Risiko der Leistungsstörung durch ein in den festgelegten Urlaubszeitraum fallendes mutterschutzrechtliche Beschäftigungsverbot werde damit uneingeschränkt dem AG zugewiesen. Diesem Verständnis entspreche auch Sinn und Zweck des § 24 S. 2 MuSchG, den geschützten Frauen wie anderen AN zu ermöglichen, Urlaub nach einem Beschäftigungsverbot auf ein Kalenderjahr zu verteilen und nicht innerhalb eines an das Entstehungsjahr anknüpfenden Übertragungszeitraums nehmen zu müssen. Diese Auslegung entspreche auch den unionsrechtlichen Vorgaben des Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG. Danach haben die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit jeder AN bezahlten Mindesturlaub von vier Wochen nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme die Gewährung erhalte, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind. Nach der Rspr. des EuGH müsse gewährleistet sein, dass AN, die ihre Aufgaben wieder wegen Mutterschaftsurlaubs nicht erfüllen können, den bezahlten Erholungsurlaub zu einer anderen Zeit als der ihres Mutterschaftsurlaubs beanspruchen können.

### Konsequenzen

Das BAG stellt klar, dass nach § 24 S. 2 MuSchG der aus der Zeit vor Beginn eines Beschäftigungsverbots stammende, nicht oder nicht vollständig erfüllte Urlaubsanspruch nach dem Ende des Beschäftigungsverbotes im laufenden Kalenderjahr oder im nächsten Kalenderjahr beansprucht werden kann. Diese Rechtsfolge des § 24 S. 2 MuSchG greift auch ein, wenn mehrere Beschäftigungsverbote nahtlos aufeinanderfolgen. § 24 S. 1 MuSchG stellt klar, dass die Zeiten mutterschutzrechtlicher Beschäftigungsverbote der Arbeitszeit gleichgestellt werden. Damit entsteht auch während des Beschäftigungsverbotes ein Urlaubsanspruch.

# Übertragung des tariflichen Mehrurlaubs in das übernächste Jahr

**BAG von**  
**28.01.2025**

**Aktenzeichen**  
9 AZR 66/24

**Stichwort**  
§ 4 Abs. 3 TVG, § 242 BGB; Verfall  
tariflichen Mehrurlaubs, Verlängerung  
tariflicher Verfallfristen,  
Günstigkeitsprinzip

## Sachverhalt

Der schwerbehinderte Kläger ist bei der Beklagten als Forstwirt in einem tarifgebundenen Arbeitsverhältnis beschäftigt. AN haben dort nach dem einschlägigen TV im Kalenderjahr einen Urlaubsanspruch von 30 Arbeitstagen. Im Fall der Übertragung muss der Urlaub in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahres angetreten werden. Kann der Urlaub wegen Arbeitsunfähigkeit oder aus betrieblichen Gründen nicht bis zum 31. März angetreten werden, ist er bis 31. Mai anzutreten. Zusätzlich war zum Verfall des Erholungsurlaubs für Beamte in der niedersächsischen Erholungsurlaubsverordnung (NEUrIVO) geregelt, dass nur der Urlaub, der nicht bis zum Ablauf der ersten neun Monate des folgenden Urlaubsjahres angetreten worden ist, verfällt. Ein späteren Version der Verordnung wurde die Verfallsfrist noch weiter verlängert. Der jährliche Urlaubsanspruch des AN belief sich auf 35 Tage (20 Tage gesetzlicher Urlaub, 10 Tage tariflicher Mehrurlaub und fünf Tage Schwerbehindertenzusatzurlaub). 2022 wies das Urlaubskonto des AN 35 Tage Urlaub aus dem Vorjahr aus. Der AG informierte den AN mit Schreiben, die den monatlichen Entgeltabrechnungen für 2022 beigelegt waren, über die Höhe seines Gesamturlaubsanspruchs und wies hin, dass Urlaubstage des Vorjahres, die über den tariflichen Anspruch hinaus bestehen, bis 30. September eines jeden Jahres angetreten werden müssten, um nicht zu verfallen. Der AG gewährte dem Anfang 2022 sechs Tage Urlaub aus 2021. Der AN stimmte sich mit dem Vorgesetzten ab, von den 29 Urlaubstagen für 2021 im Mai 2022 15 Tage zu nehmen. Da aufgrund von Personalengpässen die Betreuung der Auszubildenden nicht gewährleistet war, sah der AN vom geplanten Urlaubs ab und wollte ihn erst nach der Rückkehr seines Kollegen nehmen. Hierzu kam es nicht, weil der AN am 11. Mai 2022 einen Arbeitsunfall erlitt und bis Dezember 2022 arbeitsunfähig war. Am 17. Oktober 2022 wies der AG ihn darauf hin, dass sein gesetzlicher Urlaubsanspruch aufgrund der Arbeitsunfähigkeit fortbestehe, der Tarifurlaub aus 2021 aber zum 30. September 2022 verfallen sei. Der AN erhob Klage auf Gutschrift von zehn Tagen Tarifurlaubs. Für den Verfall seiner Urlaubsansprüche gelten nach dem einschlägigen Durchführungshinweisen die beamtenrechtlichen Regelungen in der jeweils gültigen Fassung und damit auch der gegenüber dem einschlägigen TV günstigere Regelung der letzten NEUrIVO. Der tarifliche Mehrurlaub für 2021 habe danach nicht vor dem 31. März 2023 verfallen können. Zudem handle der AG rechtsmissbräuchlich, wenn er sich auf den Verfall des tariflichen Mehrurlaubs für 2021 berufe, da er diesen Urlaub allein aus Rücksicht auf die betrieblichen Interessen des AG nicht genommen habe.

## Problematisierung

Kann sich der AG hier erfolgreich auf den Verfall des tariflichen Mehrurlaubs berufen oder handelt er insoweit rechtsmissbräuchlich und entgegen von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB, da der AN den Urlaub aufgrund von Personalengpässen nicht genommen hat?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AN gegen die entgegenstehenden Entscheidungen des ArbG und des LAG war mangels ausreichender Begründung erfolgreich und führte zur Zurückverweisung an das LAG. Das LAG muss bei der erneuten Entscheidung beachten, dass bei einer Kollision zwischen einer per arbeitsvertraglicher Bezugnahme geltenden Rechtsverordnung und den normativ wirkenden Bestimmungen eines Tarifvertrags das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG Anwendung findet. Das LAG hatte angenommen, der tarifliche Mehrurlaub von zehn Tagen für 2021 sei verfallen, da das Schreiben des Finanzministeriums vom 07. Februar 2001 in Verbindung mit dem einschlägigen TV nicht unmittelbar für das Arbeitsverhältnis gelte. Verwaltungsvorschriften wie das Schreiben des Finanzministeriums vom 07. Februar 2001 haben grundsätzlich nur interne Wirkung und richten sich an nachgeordnete Behörden, ohne unmittelbare Rechtswirkung gegenüber AN. Eine Bindung der AN setze voraus, dass solche Vorschriften ausdrücklich an sie gerichtet sind oder arbeitsvertraglich einbezogen wurden. Das LAG muss daher prüfen, ob und wie das Schreiben beim AG tatsächlich arbeitsvertraglich umgesetzt wurde. Darüber hinaus ist zu klären, ob beamtenrechtliche Regelungen

zum Urlaubsverfall auf das Arbeitsverhältnis anwendbar sind und in welchem Umfang. Sind beide Parteien tarifgebunden, gelten die tariflichen Regelungen grundsätzlich unmittelbar und zwingend, es sei denn, eine arbeitsvertragliche Regelung ist für den AN günstiger. Ob eine abweichende Regelung günstiger ist, ergibt sich aus einem Vergleich der Regelungen; maßgeblich ist ein Sachgruppenvergleich, bei dem die inhaltlich zusammenhängenden Teilaspekte gegenübergestellt werden. Ist nicht eindeutig feststellbar, dass die individualvertragliche Regelung günstiger ist, verbleibt es bei der zwingenden Geltung der tariflichen Bestimmungen. Ambivalente Regelungen, deren Günstigkeit von den Umständen des Einzelfalls abhängt, erfüllen die Voraussetzungen des § 4 Abs. 3 TVG nicht. Die TVP haben die Verfallzeitpunkte für den tariflichen Mehrurlaub eigenständig geregelt, nicht jedoch die Voraussetzungen, unter denen Verfallfristen nach § 7 Abs. 3 BUrlG in Gang gesetzt werden. Die Länge der Verfallfristen für den tariflichen Mehrurlaub ist gegenüber dem gesetzlichen Urlaubsanspruch eigenständig geregelt. Der TV regelt den Verfall des Mehrurlaubs so, dass der Urlaub im Übertragungszeitraum angetreten werden muss; bei Arbeitsunfähigkeit oder betrieblichen Gründen verlängert sich die Frist bis zum 31. Mai des Folgejahres. Bei langanhaltender Krankheit ist der Übertragungszeitraum für den tariflichen Mehrurlaub kürzer als für den gesetzlichen Mindesturlaub. Die NEUrlVO sehe längere Fristen vor: Der Urlaub verfällt erst, wenn er nicht bis zum 30. September des Folgejahres genommen wird, bei Langzeiterkrankung sogar erst nach Ablauf der ersten drei Monate des zweiten Folgejahres. Allerdings knüpft die NEUrlVO den Verfall des Mehrurlaubs nicht an Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers, anders als der Tarifvertrag. Für den gesetzlichen Mindesturlaub besteht die Pflicht des AG, den AN konkret und transparent auf den drohenden Verfall hinzuweisen und zur Urlaubsnahme aufzufordern. Diese Mitwirkungspflichten gelten auch für den tariflichen Mehrurlaub, auch wenn der TV sie nicht ausdrücklich regelt. Im vorliegenden Fall habe der AG den AN regelmäßig über den Stand des Resturlaubs und den drohenden Verfall informiert, sodass der Anspruch auf Mehrurlaub bis zum 30. September 2022 befristet war und danach verfallen konnte. Das LAG muss abschließend prüfen, ob die tariflichen Bestimmungen durch die vertragliche Einbeziehung der beamtenrechtlichen Regelungen abgeändert wurden und ob der Urlaubsanspruch tatsächlich verfallen ist. Sind die Voraussetzungen für den Verfall erfüllt, ist es dem AG nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf das Erlöschen des Anspruchs zu berufen. Der AG habe den AN nicht an der Urlaubsnahme gehindert. Ein freiwilliger Verzicht oder eine Verschiebung des Urlaubs wegen Krankheit stelle keinen Rechtsmissbrauch dar und liege außerhalb seines Verantwortungsbereichs. Insgesamt muss das LAG im neuen Verfahren sorgfältig prüfen, welche Regelungen im konkreten Arbeitsverhältnis gelten, wie diese umgesetzt wurden und ob der Urlaubsanspruch unter Berücksichtigung aller Mitwirkungs- und Hinweisspflichten tatsächlich verfallen ist.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass allein der Umstand, dass der AN zwar auf Veranlassung des AG, im Ergebnis aber freiwillig auf die Inanspruchnahme seines ursprünglich geplanten Urlaubs verzichtet, keinen Rechtsmissbrauch des AG begründet, wenn der Urlaub des AN als solcher nicht in Frage stand, sondern lediglich auf einen späteren Zeitpunkt verschoben werden sollte, der AN diesen Urlaub aber wegen seiner Arbeitsunfähigkeit nicht mehr innerhalb der Verfallfrist antreten konnte. Für einen Günstigkeitsvergleich sind die abstrakten Regelungen maßgebend, nicht das Ergebnis ihrer Anwendung im konkreten Einzelfall. Hängt es von dessen Umständen ab, ob die betreffende Regelung günstiger ist oder nicht (sog. ambivalente Regelung), ist keine „Günstigkeit“ im Sinne von § 4 Abs. 3 TVG gegeben.

## Kein Urlaubsverzicht durch Prozessvergleich

**BAG von**  
03.06.2025

**Aktenzeichen**  
9 AZR 104/24

**Stichwort**  
§§ 5 Abs. 1c, § 7 Abs. 4, § 13 Abs. 1  
BUrlG, Art. 7 Abs. 2 RL 2003/88/EG

### Sachverhalt

Der Kläger war beim Unternehmen vom 01. Januar 2019 bis 30. April 2023 als Betriebsleiter zu einem Bruttomonatsgehalt in Höhe von 5.000,00 Euro beschäftigt und hatte einen arbeitsvertraglichen Anspruch auf 30 Tage Jahresurlaub. Die Parteien verständigten sich in einem gerichtlichen Vergleich auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 30. April 2023. Bis zum Beendigungstermin war der AN im Kalenderjahr 2023 durchgehend arbeitsunfähig erkrankt. Im Vorfeld des Vergleichs hatte die Prozessbevollmächtigte des AN dem Rechtsanwalt des AG im mitgeteilt,

dass der AN auf den gesetzlichen Mindesturlaub nicht wirksam verzichten könne. Er sei bereit, im Wege einer Gesamteinigung nur die Abgeltung auf des Mindesturlaub 2023 von sieben Tagen zu berücksichtigen. Aus den Vorjahren wären ansonsten noch nicht gewährte Urlaubstage in beträchtlicher Höhe abzugelten. Der Rechtsanwalt des AG schrieb, dass weitergehende Zahlungsforderungen über das Abfindungsangebot hinaus nicht getätigt werden und das Vergleichsangebot final sei. Im Vergleich wurde sodann neben der Beendigung und einer Abfindungszahlung durch den AG erklärt, dass Urlaubsansprüche in natura gewährt sind. Im Vergleich wurde auch geregelt, dass der AN Arbeitsmaterial zurückgeben muss, Firmendaten von seinen privaten Endgeräten zu löschen und seine Privatgegenstände aus den Betriebsräumen des AG zu entfernen hat. Darüber hinaus erfolgte eine Abgeltungsklausel im Hinblick auf weitere Ansprüche aus und i. V. m. dem Arbeitsverhältnis, gleich aus welchem Rechtsgrund. Am 29. März 2023 teilte die Prozessbevollmächtigte des AN münden ihr Einverständnis mit dem Vergleichsvorschlag mit, wies aber auch erhebliche Bedenken im Hinblick auf den Urlaubsverzicht hin. Am 15. Juli 2023 forderte der AN den AG erfolglos auf, die noch offenen sieben Tage gesetzlichen Mindesturlaubs aus dem Jahr 2023 mit einem Betrag in Höhe von 1.615,11 EUR (7 x 230,73 EUR) abzugelten. Er meinte, der in dem gerichtlichen Vergleich geregelte Verzicht auf den unabdingbaren Mindesturlaub sei unwirksam. Deshalb könne er Urlaubsabgeltung beanspruchen. Er habe sich auch nicht widersprüchlich verhalten da er vor Vergleichsabschluss explizit auf den nicht möglichen Verzicht auf den gesetzlichen Mindesturlaub hingewiesen habe.

### Problematisierung

Nach § 7 Abs. 4 BUrlG ist Urlaub abzugelten, der wegen der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden kann. Gemäß § 13 Abs. 1 S. 3 BUrlG kann abgesehen von § 7 Abs. 2 S. 2, von den Bestimmungen des BUrlG nicht zuungunsten des AN abgewichen werden. Ist der Anspruch des AN auf Abgeltung des Urlaubs erloschen, weil im Vergleich festgelegt wurde, dass Urlaubsansprüche in Natur eingebracht worden sind? Konnte der AN hier rechtswirksam auf den Urlaub verzichten oder steht dem § 13 Abs. 1 S. 3 BUrlG entgegen?

### Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AG gegen die entgegenstehende Entscheidung des LAG war erfolglos. Der AG müsse dem AN 1.615,11 Euro brutto bezahlen. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses hatte der AN gemäß § 5 Abs. 1c BUrlG einen Teilurlaubsanspruch von sieben Arbeitstagen als gesetzlichen Mindesturlaub für 2023. Der Entstehung des Urlaubsanspruchs stand die bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses durchgehende krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des AN nicht entgegen. AN, die wegen einer Krankschreibung während des Bezugszeitraums nicht arbeiten stehen denen, die während dieses Zeitraums gearbeitet haben, hinsichtlich Entstehung und Berechnung des Urlaubsanspruchs gleich. Daran ändert auch nichts die im Vergleich der Parteien begründete Pflicht des AN, unverzüglich bei Arbeitsmaterial zurückzugeben, Firmendaten zu löschen und Privatgegenstände aus den Betriebsräumen zu entfernen. Diese Regelungen lassen keinen Rückschluss darauf zu, dass eine von der fortbestehenden Arbeitsunfähigkeit des AN unabhängige, separate Befreiung von der Arbeitspflicht vereinbart werden sollte, die den Urlaubsanspruch vermindern sollte. Der Anspruch des AN auf Urlaubsabgeltung ist auch nicht durch die vergleichsweise Regelung, dass Urlaub in Natur eingebracht worden ist, erloschen. Diese Vereinbarung verstößt wegen des enthaltenen Verzichts auf den gesetzlichen Mindesturlaubs für 2023 gegen § 13 Abs. 1 S. 3 BUrlG und ist gemäß § 134 BGB unwirksam. Im bestehenden Arbeitsverhältnis kann der AN auch durch gerichtlichen Vergleich nicht über seinen gesetzlichen Mindesturlaub verfügen. Die Vorschrift dient dem Schutz des AN und sichert dem AN im laufenden Arbeitsverhältnis den

Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub. Ferner sichert sie den Anspruch des AN auf Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs, den der AG wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gewähren kann. Der gesetzliche Schutzzweck würde verfehlt, wenn der Urlaubs- oder Urlaubsabgeltungsanspruch während des Arbeitsverhältnisses durch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung der AVP ausgeschlossen werden könnte. Der gesetzliche Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub darf auch dann nicht beschränkt werden, wenn das noch bestehende Arbeitsverhältnis durch gerichtlichen (Abfindungs-)Vergleich vollständig „bereinigt“ werden soll. Zu den abweichenden Vereinbarungen der Vertragsparteien nach § 13 Abs. 1 S. 3 BUrlG zählen Erlassverträge nach § 397 Abs. 1 BGB und konstitutive negative Schuldanerkenntnisse nach § 397 Abs. 2 BGB, durch die bereits entstandene Ansprüche auf den gesetzlichen Mindesturlaub im bestehenden Arbeitsverhältnis ausgeschlossen oder eingeschränkt werden sollen. Ein Erlassvertrag ist anzunehmen, wenn die Parteien vom Bestehen einer bestimmten Schuld ausgehen, diese aber übereinstimmend nicht mehr erfüllt werden soll. Ein konstitutives negatives Schuldanerkenntnis liegt vor, wenn der Wille der Parteien darauf gerichtet ist, alle oder eine bestimmte Gruppe von bekannten oder unbekannten Ansprüchen zum Erlöschen zu bringen. Im bestehenden Arbeitsverhältnis können die Parteien über einen Anspruch auf gesetzlichen Mindesturlaub nicht wirksam durch Erlassvertrag oder konstitutives negatives Schuldanerkenntnis verfügen. § 13 Abs. 1 S. 3 BUrlG ist nach Maßgabe von Art. 7 Abs. 2 RL 2003/88/EG unionsrechtskonform auszulegen. Art 7 Abs. 2 der RL 2003/88/EG sieht vor, dass der bezahlte Mindestjahresurlaub außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden kann. Art. 7 Abs. 2 RL 2003/88/EG stellt ebenso wie § 7 Abs. 4 BUrlG auf die rechtliche und nicht lediglich auf die tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses ab. Erst mit der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses entfällt das Verbot, den gesetzlichen Mindesturlaub abzugelten. Im bestehenden Arbeitsverhältnis kann der AN somit nicht gegen und erst recht nicht ohne finanziellen Ausgleich auf den gesetzlichen Mindesturlaub „verzichten“, selbst wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bereits feststeht. Eine Disposition der Parteien vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses erlaubt das Gesetz auch nicht ausnahmsweise, wenn sich im Zeitpunkt des Vergleichs konkret abzeichnet oder bereits feststeht, dass der AN seinen gesetzlichen Mindesturlaub wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nicht in Anspruch nehmen kann. Im bestehenden Arbeitsverhältnis können Urlaubsansprüche vor Ablauf eines Zeitraums von 15 Monaten nach dem Ende des Urlaubsjahres nicht erlöschen, wenn der AN aus gesundheitlichen Gründen an seiner Arbeitsleistung gehindert war. Der Anspruch des AN auf Teilurlaub aus dem Jahr 2023 ist auch nicht aufgrund der im Vergleich geregelten Ausgleichsklausel erloschen. Soweit diese die Urlaubsansprüche überhaupt erfasst, steht deren Erlöschen aus den vorgenannten Gründen ebenfalls § 13 Abs. 1 S. 3 BUrlG entgegen.

### **Konsequenzen**

Das BAG stellt klar, dass nach § 13 Abs. 1 S. 2 BUrlG der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden darf. Dies gilt auch dann, wenn das noch bestehende Arbeitsverhältnis durch gerichtlichen (Abfindungs-)Vergleich vollständig „bereinigt“ werden soll. Im laufenden Arbeitsverhältnis kann der AN auch nicht über den erst künftig – mit der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses – entstehenden Anspruch auf Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs disponieren. Dies ist selbst dann ausgeschlossen, wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bereits feststeht und absehbar ist, dass der AN bis dahin seinen Urlaub wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nicht in Anspruch nehmen können. § 13 Abs. 1 S. 3 BUrlG gestattet jedoch Vergleiche über die tatsächlichen Voraussetzungen des Urlaubs(abgeltungs-)anspruchs, weil sich die Parteien darin nicht über den rechtlichen Wegfall einer Forderung, sondern über das Bestehen der anspruchsrelevanten Voraussetzungen verständigen. Ein zulässiger Tatsachenvergleich setzt jedoch voraus, dass die Parteien eine tatsächlich bestehende Unsicherheit durch gegenseitiges Nachgeben ausräumen. Allein aus einer gegen § 13 Abs. 1 S. 3 BUrlG verstoßenden „Verzichtserklärung“ in einem gerichtlichen Vergleich entsteht noch nicht der für den Einwand widersprüchlichen Verhaltens erforderliche Vertrauenstatbestand, der AN werde später die Unwirksamkeit seiner Erklärung nicht mehr geltend machen und keine Urlaubsabgeltung verlangen.

135

# Urlaubsabgeltung nach Langzeiterkrankung

**BAG von**  
15.07.2025

**Aktenzeichen**  
9 AZR 198/24

**Stichwort**  
§ 7 Abs. 3 BUrlG, Art. 7 RL  
2003/88/EG, § 305 Abs. 1 BGB;  
Auslegung von AGB

## Sachverhalt

Die Klägerin war beim Unternehmen von 2010 bis 2023 als Pflegekraft in einem tarifgebundenen Arbeitsverhältnis zu einem Bruttomonatsgehalt von 3.053,00 Euro angestellt und hatte einen arbeitsvertraglichen Urlaubsanspruch von 35 Arbeitstagen pro Kalenderjahr, zusammengesetzt aus dem gesetzlichen Urlaubsanspruch von 24 Arbeitstagen sowie einem darüber hinausgehenden Urlaubsanspruch von elf Arbeitstagen. Eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr erfolgt nur bei dringenden betrieblichen oder in der Person des AN liegende Gründen. Der übertragene Urlaub verfällt, wenn er nicht innerhalb der ersten vier Monate des Folgejahres (Übertragungszeitraum) genommen wird. Ist der AN infolge einer ärztlich nachgewiesenen krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit daran gehindert, den übertragenen Urlaub bis 30. April des Folgejahres zu nehmen, besteht der Urlaubsanspruch auch über den Übertragungszeitraum hinaus fort, allerdings maximal bis zur Höhe des noch bestehenden gesetzlichen Urlaubsanspruch. Die einschlägige tarifliche Arbeitsvertragsrichtlinie (AVR) regelte in § 28 Abs. 7 zum Verfall von Urlaubsansprüchen folgendes: „Der Urlaub ist spätestens bis zum Ende des Urlaubsjahres anzutreten. Kann der Urlaub bis zum Ende des Urlaubsjahres nicht angetreten werden, ist er bis zum 30. April des folgenden Urlaubsjahres anzutreten. Kann der Urlaub (...) wegen Dienstunfähigkeit nicht bis zum 30. April angetreten werden, ist er bis 30. Juni anzutreten. (...) Urlaub, der nicht innerhalb der genannten Zeiträume angetreten wird, verfällt“. Die AN war vom 31. Juli 2015 bis zur rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durchgehend arbeitsunfähig. Am 14. Juli 2023 forderte sie den AG erfolglos zur Abgeltung ihres Resturlaubs im Umfang des gesetzlichen Mindesturlaubs für 2016 bis 2021 i. H. v. 16.908,92 Euro auf. Der gesetzliche Mindesturlaub, den sie wegen der Arbeitsunfähigkeit bis zum Ablauf des Übertragungszeitraums am 30. April des auf das Urlaubsjahr folgenden Jahres nicht habe nehmen können, unterliege nach ihrem AV keinem Verfall. Der AV enthalte eine gegenüber dem einschlägigen TV eigenständige Regelung zum Verfall des Urlaubs, die sowohl die Tarifregelung als auch die gesetzlichen Bestimmungen zum Urlaubsverfall verdränge. Der AG wandte ein, dass die Parteien hätten unmissverständlich die Geltung des einschlägigen TV mit den AVR vereinbart hätten, bei deren Anwendung der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub bei einer langanhaltenden Erkrankung des AN mit Ablauf 15-Monatsfrist verfalle. Der AV schließe nicht aus, die Tarifregelung zumindest ergänzend anzuwenden.

## Problematik

Nach § 7 Abs. 3 BUrlG muss der Urlaub im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden. Eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr ist nur statthaft, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen. Im Fall der Übertragung muss der Urlaub in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahrs gewährt und genommen werden. Gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG i. V. m. dem AV der Parteien ist der gesetzliche Mindesturlaub abzugelten, der wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden kann. Der Anspruch setzt voraus, dass zum Zeitpunkt der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses offene Urlaubsansprüche bestehen, die nicht mehr erfüllt werden können, weil das Arbeitsverhältnis beendet ist. Hat die AN hier Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub dafür sie die einschlägige Regelung aus ihrem AV gilt? Kann der AG hier zurecht einwenden, dass die Tarifregelungen und § 7 Abs. 4 BUrlG den Verfall der Urlaubsansprüche enthalten? Sind die Urlaubsansprüche aufgrund der lang andauernden Erkrankung der AN mit Ablauf von 15 Monaten nach Beendigung des jeweiligen Urlaubsjahres erloschen?

## Entscheidung des Gerichts

Die Revision des AG gegen die entgegenstehende Entscheidung des LAG war erfolglos. Die AG müsse der AN den gesetzlichen Mindesturlaub für 2016 bis 2021 mit 16.908,92 Euro brutto abgelden. Am 30. Juni 2023 hatte die AN noch 144 Arbeitstage gesetzlichen Mindesturlaub für 2016 bis 2021. Der Entstehung des Anspruchs auf den gesetzlichen Mindesturlaub stand die bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses anhaltende Arbeitsunfähigkeit der AN nicht entgegen. AN, die wegen einer Krankschreibung während des Bezugszeitraums nicht arbeiten und die, die während dieses Zeitraums gearbeitet haben, sind hinsichtlich Entstehung und Berechnung des Urlaubsanspruchs gleichgestellt. Die Urlaubsansprüche sind nicht aufgrund der lang andauernden Erkrankung

der AN mit Ablauf von 15 Monaten nach Beendigung des Urlaubsjahres erloschen. Die Parteien haben den Verfall des gesetzlichen Urlaubsanspruchs nach § 7 Abs. 3 BUrlG bei Vorliegen einer Langzeiterkrankung wirksam vertraglich ausgeschlossen. War die AN seit Beginn des Urlaubsjahres durchgehend bis 31. März des 2. auf das Urlaubsjahr folgenden Kalenderjahres, d. h. bis 15 Monate nach Beendigung des Urlaubsjahres arbeitsunfähig, verfallt der Anspruch auf den Mindesturlaub bei unionsrechtskonformer Auslegung von § 7 Abs. 3 BUrlG, unabhängig davon, ob der ArbG seinen Mitwirkungsobliegenheiten zu den inhaltlichen Anforderungen nachgekommen sei. Dieser Übertragungszeitraum gelte auch für den gesetzlichen Mindesturlaub, wenn eine kollektivrechtliche Vereinbarung dem AN einen den Mindesturlaub übersteigenden Urlaubsanspruch einräume, jedoch wie § 28 Abs. 7 AVR für den Gesamturlaubsanspruchs einheitlich einen kürzeren Übertragungszeitraum für den Fall einer Langzeiterkrankung vorsehe. Eine solche Regelung sei bezüglich des gesetzlichen Urlaubs gemäß § 134 BGB i. V. m. § 13 Abs. 1 BUrlG teilweise nichtig. An ihre Stelle trete § 7 Abs. 3 BUrlG in seiner unionsrechtskonformen Auslegung. Hier haben die Parteien im AV § 7 Abs. 3 BUrlG in seiner unionsrechtskonformen Auslegung jedoch verdrängt und einen Verfall des gesetzlichen Mindesturlaubs bei einer Langzeiterkrankung zugunsten der AN ausgeschlossen. Bei den Regelungen des AV handle es sich nach dem Inhalt und äußeren Erscheinungsbild um AGB nach § 305 Abs. 1 BGB. AGB sind nach ihrem Inhalt und typischen Sinn so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der beteiligten Verkehrskreise verstanden werden. Ansatzpunkt zur Auslegung von AGB sei der Vertragswortlaut, der Regelungszweck und die erkennbare Interessenlage der Beteiligten. Danach haben die Parteien eine von § 7 Abs. 3 BUrlG und § 28 Abs. 7 AVR abweichende Regelung zum Nichtverfall des gesetzlichen Mindesturlaubs bei langdauernder Erkrankung des AN getroffen. § 7 Abs. 3 S. 3 des AV nehme den Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub zugunsten der AN ausdrücklich vom Verfall am Ende des Übertragungszeitraums aus, wenn sie wegen Arbeitsunfähigkeit gehindert war, ihn innerhalb des Übertragungszeitraums zu nehmen. Hier handle es sich um eine gegenüber den in Bezug genommenen AVR eigenständige Regelung. Nach dem Wortlaut der Klausel bestehen daran keine Zweifel. Sie bestimme, dass der aus dem Vorjahr übertragene Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub, den der AN wegen der Arbeitsunfähigkeit nicht bis 30. April des Folgejahres nehmen konnte, fortbestehe. Damit bleibe der gesetzliche Mindesturlaub über den Übertragungszeitraum hinaus aufrechterhalten und verfallt auch später nicht. Stattdessen regle der AV die Urlaubsabgeltung, wenn er bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommen werden könne. Auf die AVR müsse auch nicht ergänzend zum Verfall von Urlaub zurückgegriffen werden. Beziehe ein AG in einem Formular-AV geltende AVR mit einer Bezugnahme-Klausel in das Arbeitsverhältnis ein, werde erkennbar, dass es danach gestaltet werden solle. Nur bei besonderen Anhaltspunkten sei anzunehmen, mit weiteren Regelungen des AV solle eine Besser- oder Schlechterstellung gegenüber diesen AVR vereinbart werden. Solche Anhaltspunkte gebe es hier. Die Parteien haben eine abweichende Systematik zum Verfall von Urlaub gewählt, die, mit Ausnahme von Langzeiterkrankungen, zu einem früheren Erlöschen von Urlaubsansprüchen führe. Während der Urlaub nach dem AV bereits verfallt, wenn er nicht im laufenden Kalenderjahr bzw. in den ersten vier Monaten des Folgejahres genommen werde, könne er nach den AVR erst erlöschen, wenn der AN ihn nicht bis zum Ende des Übertragungszeitraums antrete. Somit verfallt der Urlaub nach dem AV tageweise bis zum Erreichen des jeweiligen Stichtags, nach den AVR geschehe dies erst mit Ablauf des Übertragungszeitraums. Die AVR verzichten auf eine vergleichbare Regelung, die gesetzliche Urlaubsansprüche bei Langzeiterkrankten vom Verfall ausnehme. Dies bedeute, dass die dazu im AV ausdrücklich getroffene Bestimmung diesen Sachverhalt abschließend regle.

### Konsequenzen

Das BAG stellt klar, dass eine individualvertragliche Regelung zum Fortbestehen von gesetzlichen Mindesturlaubsansprüchen bei Langzeiterkrankung eine in Bezug genommene Arbeitsvertragsrichtlinie sowie § 7 Abs. 3 BUrlG in seiner unionsrechtskonformen Auslegung verdrängt. Die von der Rspr. entwickelte 15-Monatsfrist ist nicht zulasten des AN zwingend. Die Bestimmung steht für den AN günstigeren individual- oder kollektivrechtlichen Regelungen nicht entgegen. Eine AGB-Klausel, der zufolge aufgrund krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nicht genommener Urlaub über den Übertragungszeitraum hinaus fortbesteht, schließt dessen Verfall auch bei einer Langzeiterkrankung zugunsten des AN wirksam aus.

# Abkürzungsverzeichnis

---

**a. A.**  
anderer Ansicht

**a. F.**  
alte Fassung

**AGG**  
Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

**AN**  
Arbeitnehmer

**ArbG**  
Arbeitsgericht

**ArbuR**  
„Arbeit und Recht“

**ARSt**  
„Arbeitsrecht in Stichworten“

**AtG**  
Altersteilzeitgesetz

**Azubi**  
Auszubildender

**BB**  
„Betriebs-Berater“

**BDSG**  
Bundesdatenschutzgesetz

**BeschFG**  
Beschäftigungsförderungsgesetz

**BetrVG**  
Betriebsverfassungsgesetz

**BGBI**  
Bundesgesetzblatt

**Bildschirm-ArbV**  
Bildschirmarbeits-Verordnung

**a. a. O.**  
am angegebenen Ort

**AG**  
Arbeitgeber

**AktG**  
Aktiengesetz

**AP**  
„Arbeitsrechtliche Praxis“

**ArbSchG**  
Arbeitsschutzgesetz

**ArbZG**  
Arbeitszeitgesetz

**ASiG**  
Arbeits-sicherheitsgesetz

**AÜG**  
Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

**BAG**  
Bundesarbeitsgericht

**BBiG**  
Berufsbildungsgesetz

**BEM**  
Betriebliches Eingliederungsmanagement

**BeschSchG**  
Beschäftigungsschutzgesetz

**BGB**  
Bürgerliches Gesetzbuch

**BGH**  
Bundesgerichtshof

**BPersVG**  
Bundespersönlichkeitsvertretungsgesetz



**BR**  
Betriebsrat

**BRAO**  
Bundesrechtsanwaltsordnung

**BV**  
Betriebsvereinbarung

**BVerwG**  
Bundesverwaltungsgericht

**DB**  
„Der Betrieb“

**EuGH**  
Europäischer Gerichtshof

**GewO**  
Gewerbeordnung

**GRCh**  
Charta der Grundrechte der Europäischen Union

**JArbSchG**  
Jugendarbeitsschutzgesetz

**JV**  
Jugendvertretung

**KO**  
Konkursordnung

**KUG**  
Kurzarbeitergeld

**LFG**  
Lohnfortzahlungsgesetz

**MBR**  
Mitbestimmungsrecht

**NJW**  
„Neue Juristische Wochenschrift“

**NZA-RR**  
NZA Rechtsprechungsreform

**PW**  
Personalwirtschaft

**BRAGO**  
Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung

**BSHG**  
Bundessozialhilfegesetz

**BVerfG**  
Bundesverfassungsgericht

**BwKoopG**  
Kooperationsgesetz d. Bundeswehr

**EFZG**  
Entgeltfortzahlungsgesetz

**GBR**  
Gesamtbetriebsrat

**GG**  
Grundgesetz

**InsO**  
Insolvenzordnung

**JAV**  
Jugend- u. Auszubildendenvertretung

**KBR**  
Konzernbetriebsrat

**KSchG**  
Kündigungsschutzgesetz

**LAG**  
Landesarbeitsgericht

**LStR**  
Lohnsteuer-Richtlinien

**MuSchG**  
Mutterschutzgesetz

**NZA**  
„Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht“

**PersVG**  
Personalvertretungsgesetz

**RA**  
Rechtsanwalt

**RAG**  
Reichsarbeitsgericht

**Schwbg**  
Schwerbehindertengesetz

**SGB**  
Sozialgesetzbuch

**StGB**  
Strafgesetzbuch

**TVG**  
Tarifvertragsgesetz

**u. a.**  
unter anderem

**UStG**  
Umsatzsteuergesetz

**WO**  
Wahl-Ordnung

**SAE**  
„Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen“

**SG**  
Sozialgericht

**SprAuG**  
Sprecherausschussgesetz

**TV**  
Tarifvertrag

**TzBfG**  
Teilzeit- und Befristungsgesetz

**UmwG**  
Umwandlungsgesetz

**UVV**  
Unfallvergütungsvorschrift

**ZPO**  
Zivilprozessordnung

## **Ansprechpartner**

### **Dr. Sandra Beck**

Grundsatzabteilung Recht

Telefon 089-551 78-229

sandra.beck@vbw-bayern.de

### **Nicola Glück**

Geschäftsstelle München-Oberbayern

Telefon 089-551 78-168

nicola.glueck@vbw-bayern.de

## **Impressum**

Alle Angaben dieser Publikation beziehen sich ohne jede Diskriminierungsabsicht grundsätzlich auf alle Geschlechter.

Herausgeber:

### **vbw**

Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e.V.

Max-Joseph-Straße 5

80333 München

[www.vbw-bayern.de](http://www.vbw-bayern.de)

© vbw Dezember 2025