

Hopfner | Erdmann

Praxishandbuch Arbeitsrecht

Beginn, Durchführung und Beendigung des
Arbeitsverhältnisses

Mit Musterformularen
und Checklisten



Sebastian Hopfner | Kay Uwe Erdmann (Hrsg.)

Praxishandbuch Arbeitsrecht

Beginn, Durchführung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Herausgegeben von
Sebastian Hopfner | Kay Uwe Erdmann

Praxishandbuch Arbeitsrecht

Beginn, Durchführung und Beendigung des
Arbeitsverhältnisses

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2017 VVW GmbH Karlsruhe

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urhebergesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung der VVW GmbH, Karlsruhe. Jegliche unzulässige Nutzung des Werkes berechtigt die VVW GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer. Bei jeder autorisierten Nutzung des Werkes ist die folgende Quellenangabe an branchenüblicher Stelle vorzunehmen:

© 2017 VVW GmbH, Karlsruhe

Jegliche Nutzung ohne die Quellenangabe in der vorstehenden Form berechtigt die VVW GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

Beachten Sie bitte stets unseren Aktualisierungsservice auf unserer Homepage unter **vww.de** → **Service** → **Ergänzungen/Aktualisierungen**. Dort halten wir für Sie wichtige und relevante Änderungen und Ergänzungen zum Download bereit.



Gleichstellungshinweis

Zur besseren Lesbarkeit wird auf geschlechtsspezifische Doppelnennungen verzichtet.

ISBN 978-3-89952-808-4

Vorwort

Mit diesem Stichwortkommentar liegt nunmehr eine Arbeitshilfe für den arbeitsrechtlichen Praktiker vor, die – anders als ein Kommentar und anders als ein Lehrbuch – schnelle und praktisch leicht umsetzbare Unterstützung im Arbeitsrecht leistet.

Die Herausgeber Dr. Sebastian Hopfner und Kay Uwe Erdmann sind Experten im Arbeitsrecht, die als Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht, Verbandsgeschäftsführer, Vorstand/Geschäftsführer von Versicherungsunternehmen tätig sind.

Sie haben ein Team von ca. 30 Experten um sich versammelt, die allesamt ausgewiesene Spezialisten aus den Bereichen Anwaltschaft, Richterschaft, Wirtschaft, Wissenschaft und Verbände sind. Diese Anzahl und Auswahl der Autoren und die Fokussierung auf ein oder wenige Kapitel je Autor ist Garant dafür, dass die einzelnen Kapitel sorgfältig, fachlich fundiert und aktuell bearbeitet wurden.

Besonders wichtig war den Herausgebern der klare Praxisbezug. Nicht umständliche Streitstände, sondern klare an der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ausgerichtete Handlungsempfehlungen, prägen dieses Buch. Zudem wurde ein einprägsamer einheitlicher Aufbau der jeweiligen Kapitel anhand der Gliederungspunkte Individualarbeitsrecht, Mitbestimmung des Betriebsrats, Tarifrechtliche Einflüsse und Muster/Arbeitshilfen gewählt. Ein besonderes Augenmerk wird auf „FAQ“ gelegt, weil diese Herangehensweise auch in rechtlichen Zusammenhängen zunehmend an Bedeutung und Wertschätzung gewinnt.

Das Handbuch ist geschrieben von „Praktikern für Praktiker“. Es richtet sich an alle Branchen, wenngleich bei den tarifrechtlichen Einflüssen in der Regel der Versicherungstarifvertrag zu Grunde gelegt wurde. Vor diesem Hintergrund ist es auch ein besonderer arbeitsrechtlicher Stichwortkommentar für die Finanzwirtschaft, der in dieser Form neuartig ist. In dieser Erstauflage werden zunächst die wichtigsten arbeitsrechtlichen Stichworte behandelt. Weitere Stichworte sind für die Folgeauflagen vorgesehen.

Die Herausgeber danken dem Verlag Versicherungswirtschaft, insbesondere der Lektorin, Frau Katja Widmann, sowie dem aus hoch angesehenen und erfahrenen Rechtsanwälten, Richtern, Professoren sowie Verbands- und Wirtschaftsjuristen bestehenden Autorenteam für die professionelle Zusammenarbeit. Anregungen und Kritik zu dem vorliegenden Stichwortkommentar sind unter benjamin.heider@agv-vers.de jederzeit willkommen.

München/Köln, im Mai 2017

Dr. Sebastian Hopfner
Kay Uwe Erdmann

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Dr. Benjamin Heider Abmahnung	1
Betina Kirsch Altersteilzeit	43
Dr. Martin Kock Antidiskriminierungsrecht	87
Prof. Dr. Arnd Diring Arbeitnehmer – Leitende Angestellte – Außertarifliche Angestellte	143
Tobias Hohenadl Arbeitnehmerdatenschutz	215
Hartmut Koch Arbeitnehmerhaftung	251
Dr. Philipp Leydecker Arbeitsgerichtsverfahren	287
Dr. Martin Lützel Arbeits- und Gesundheitsschutz	331
Kerstin Römelt Arbeitsvertragsrecht / Arbeitsvertragsgestaltung	485
Dr. Martin Kock Arbeitszeitrecht	547
Marc Strerath Arbeitszeugnis	593
Dr. Jens-Wilhelm Oberwinter Befristungsrecht	625
Kay Uwe Erdmann / Dr. Andreas Hofelich Betriebliche Altersversorgung	659
Dr. Christian Ley Die betriebliche Übung	771
Ylva Zimmermann Betriebliches Eingliederungsmanagement	799

Katharina Müller Betriebsübergang	841
Julia Glaser Arbeitsrechtliche Compliance – Korruptionsprävention – Mitarbeiterüberwachung	901
Dr. Steffen Blessing Direktions- und Weisungsrecht	945
Michael Schrock / Alfred Wurm Elternzeit	971
Peter Staudacher / Dr. Oliver Deeg Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall	1019
Dr. Paul Melot de Beauregard Der Allgemeine Arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz	1061
Dr. Guido Norman Motz Insolvenzarbeitsrecht	1091
Dr. Sebastian Hopfner Kündigungsschutzrecht	1161
Kerstin Römelt Mutterschutz	1261
Peter Staudacher / Dr. Oliver Deeg Nebenflichten	1319
Anne Hümmer Pflegezeitrecht	1341
Dr. Annika Hesser Teilzeitrecht	1377
Verena Richter Urlaubsrecht	1415
Daniela Hangarter Vergütung	1497
Abkürzungsverzeichnis	1547
Literaturverzeichnis	1559
Stichwortverzeichnis	1579

Dr. Benjamin Heider

Abmahnung

Inhalt

1 Individualarbeitsrecht.	5
1.1 Grundsätze.	5
1.2 Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten	7
1.3 Anwendungsbereich.	8
1.4 Formale Voraussetzungen	13
1.4.1 Sorgfältige Darstellung der Pflichtverletzung	13
1.4.2 Warnfunktion	16
1.4.3 Keine Schriftform.	16
1.4.4 Keine Anhörung des Arbeitnehmers	17
1.4.5 Fristen	18
1.4.6 Materielle Voraussetzungen	18
2 Mitbestimmung des Betriebsrats	20
3 Tarifrrechtliche Einflüsse.	22
4 Häufig gestellte Fragen (FAQ)	23
4.1 Wie viele Abmahnungen?	23
4.2 Abmahnung bei Organen?	24
4.3 Abmahnung außerhalb des KSchG?	24
4.4 Kann wegen derselben abgemahnten Pflichtverletzung gekündigt werden?	25
4.5 Kann auch ein Betriebsratsmitglied abgemahnt werden?	28
4.6 Kann auch im neuen Arbeitsverhältnis noch eine Abmahnung beim alten Arbeitgeber „herausgeklagt“ werden?	30
4.7 Wer darf abmahnen?	31
4.8 Welche Rechtsschutzmöglichkeiten hat der Arbeitnehmer?	31
4.9 Wie klagt man gegen die Abmahnung?	32
5 Muster – Arbeitshilfen.	33
5.1 Verwarnung	33
5.2 Checkliste Abmahnung.	34
5.3 Grundmuster Abmahnung	35
5.4 Abmahnung wegen Verletzung der Anzeigepflicht bei Krankheit.	37

5.5	Verletzung der Nachweispflicht im Falle der Erkrankung (§ 5 EFZG)	38
5.6	Abmahnung wegen Alkohol	39
5.7	Abmahnung wegen – unerlaubter – Nebentätigkeit	40
5.8	Teilnahme an einer nicht erforderlichen Schulungsmaßnahme des Betriebsrats	41
5.9	Abmahnung eines nicht freigestellten Betriebsratsmitglieds wegen Verletzung der Abmeldepflicht	41
5.10	Erneuerung einer entwerteten Warnfunktion/„allerletzte“ Abmahnung	42

1 Individualarbeitsrecht

1.1 Grundsätze

Das **Rechtsinstitut** der Abmahnung gehört wohl zu den bekanntesten im Arbeitsrecht und vermutlich gibt es kaum jemanden, der im Arbeitsverhältnis steht oder gestanden hat, der nichts mit dem Begriff Abmahnung anzufangen wüsste. „Pass bloß auf, sonst wirst Du abgemahnt.“ Dabei besteht verbreitet schon ein Missverständnis über die Funktion der Abmahnung. Wie beim Verweis in der Schule oder etwa dem „Fernsehverbot“ bei der Kindererziehung wird der Abmahnung ein Sanktionscharakter unterstellt. Tatsächlich hat die Abmahnung aber keinen solchen Strafcharakter. Vielmehr wird der Abgemahnte durch die Abmahnung an seine arbeitsvertraglichen Pflichten erinnert und gleichzeitig auf die Verletzung dieser Pflichten aufmerksam gemacht (Rügefunktion) (BAG 27.11.2008, 2 AZR 675/07, NZA 2009, 842). Zugleich wird er für die Zukunft zu einem vertragstreuen Verhalten angehalten und auf arbeitsrechtliche Konsequenzen für den Fall einer erneuten Pflichtverletzung hingewiesen (Warnfunktion) (BAG 27.11.2008, 2 AZR 675/07, NZA 2009, 842). Erst die Warnfunktion macht die Abmahnung zur Abmahnung (BAG 10.11.1988, 2 AZR 215/88, NZA 1989, 633).

Ein weiterer grundlegender Irrtum im Zusammenhang mit der Frage der Berechtigung zur Abmahnung besteht in der Annahme, es könne – ähnlich wie im Strafrecht – nur schuldhaftes Verhalten abgemahnt werden, die Pflichtverletzung müsse also dem Abgemahnten subjektiv vorwerfbar sein.

Beispiel: Der gutgläubige Angestellte

Der Versicherungsmitarbeiter *Vergesslich* wird zu einem Außeneinsatz zur Begutachtung eines Schadens gerufen. Er vergisst „Dienstgang“ zu stempeln. Daraufhin ruft er aus dem Auto seinen Kollegen *Hilfreich* an und bittet diesen, für ihn Dienstgang zu stempeln.

Der Arbeitgeber erteilt *Vergesslich* eine Abmahnung, da dieser mit der Beauftragung gegen die Gleitzeitordnung verstoßen habe, die ausdrücklich verbietet, Stempelvorgänge für Dritte vorzunehmen.

Vergesslich lässt sich dahingehend ein, dass er zum einen überhaupt kein Arbeitszeitvergehen beabsichtigt und auch nicht begangen habe, da er tatsächlich auf einer Dienstreise war und insofern objektiv ein Dienstgang vorlag. Im Übrigen hätte er nach der Gleitzeitordnung im Nachhinein unproblematisch einen Zeitkorrekturantrag stellen können, wenn er das Stempeln einmal – wie vorliegend – vergessen habe.

Der Arbeitgeber dagegen meint, dass dennoch ein Verstoß gegen die Gleitzeitordnung vorliege, weil diese ausdrücklich jede Vertretung beim Stempelvorgang untersage und er grundsätzlich jeden Arbeitszeitverstoß – auch bei

nur formalem Fehlverhalten – abmahne. Es gehe ihm darum, gar nicht erst „Graubereiche“ entstehen zu lassen.

Lösung

Die Abmahnung ist wirksam. Ob der Mitarbeiter mit krimineller Energie handelt oder – wie vorliegend – einfach nur bequem war und/oder die entsprechende Regelung in der Gleitzeitordnung gar nicht kannte oder vergaß, ist unerheblich. Entscheidend ist, dass der Mitarbeiter objektiv gegen eine bestehende Rechtsvorschrift, die er hätte zur Kenntnis nehmen können, verstoßen hat. Die Abmahnung ist eben keine Sanktion und dient nicht dazu, den Arbeitnehmer zu bestrafen. Sie erinnert lediglich an Pflichten und weist auf Pflichtverletzungen hin. In Abwandlung zum strafrechtlichen Grundsatz gilt: Unwissenheit schützt vor Abmahnung nicht.

Tatsächlich wird mit der Abmahnung also nicht subjektiv gewolltes Fehlverhalten gerügt, sondern lediglich eine objektive Pflichtverletzung.

- 4 Die Abmahnung war zunächst – wie so vieles im Arbeitsrecht – reines „**Richterrecht**“. Erstmals erwähnt vom BAG wurde die Abmahnung wohl in einem Urteil v. 3.2.1954 (1 AZR 150/54, DB 1955, 148; vgl. Neumann/Hampe DB 2014, 1258). In der fehlenden Kodifizierung liegen zahlreiche Anwendungsprobleme und Unschärfen im Zusammenhang mit der Abmahnung begründet. Seit der Schuldrechtsreform vom 1.1.2002 ist jedenfalls das Erfordernis der Abmahnung bei Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund im Falle einer Pflichtverletzung in § 314 Abs. 2 BGB geregelt. Ferner wird die Abmahnung in § 12 Abs. 3 AGG genannt. Was dagegen die genauen formellen und materiellen Voraussetzungen einer Abmahnung sind, lässt sich diesem Gesetz und auch keinem anderen entnehmen. Erwähnt wird die Abmahnung auch noch in dem am 18.8.2006 in Kraft getretenen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG, § 12 Abs. 3):

Verstoßen Beschäftigte gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1, so hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung wie **Abmahnung**, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung zu ergreifen.

- 5 Die Abmahnung ist Ausübung eines arbeitsvertraglichen Gläubigerrechts (BAG 27.11.2008, 2 AZR 675/07, NZA 2009, 842) und gleichzeitig Aufforderung an den Vertragspartner, vertragswidriges Verhalten unverzüglich zu beenden, verbunden mit der Warnung, dass im Wiederholungsfall der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet ist (BAG 17.2.1994, 2 AZR 616/93, NZA 1994, 656).

Dieses **Gläubigerrecht** steht – was ebenfalls häufig nicht bekannt ist – beiden Parteien des synallagmatischen Arbeitsvertrags zu. Nicht nur der Arbeitgeber kann demnach Pflichtverletzungen abmahnen, sondern auch der Arbeitnehmer. Letzteres spielt in der Rechtspraxis eine untergeordnete Rolle. Dennoch sind

Fälle denkbar, in denen ein Arbeitnehmer – etwa bei wiederholter Nichtzahlung oder verzögerter Zahlung des Entgelts – vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung den Arbeitgeber abmahnt (BAG 17.1.2002, 2 AZR 494/00, NZA 2003, 816). Gelegentlich wird dieses Mittel auch von offensiven Arbeitnehmeranwälten in Trennungssituationen genutzt, um die „Abfindung“ in die Höhe zu treiben oder den Arbeitgeber zu provozieren.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat den Begriff Abmahnung wie folgt definiert 6
(BAG 19.7.2012, 2 AZR 782/11, DB 2012, 2939).

Mit einer Abmahnung übt der Arbeitgeber seine arbeitsvertraglichen Gläubigerrechte in doppelter Hinsicht aus. Zum einen weist er den Arbeitnehmer als seinen Schuldner auf dessen vertragliche Pflichten hin und macht ihn auf die Verletzung dieser Pflichten aufmerksam (Rüge bzw. Dokumentationsfunktion). Zum anderen fordert er ihn für die Zukunft zu einem vertragstreuen Verhalten auf und kündigt, sofern ihm dies angebracht erscheint, individualrechtliche Konsequenzen für den Fall einer erneuten Pflichtverletzung an (Warnfunktion).

1.2 Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten

Unterhalb der Schwelle der Abmahnung gibt es verschiedene „**Vorstufen**“ der Abmahnung. Hierunter werden Beanstandungen ohne Warnfunktion verstanden wie zB Belehrung, Vorhaltung, Verweis, Ermahnung, Verwarnung, Missbilligung, Ratschlag usw. Vorgenannte Maßnahmen haben ein geringeres arbeitsrechtliches Gewicht als die Abmahnung. Nach zutreffender, wenn auch umstrittener Ansicht, besteht im Gegensatz zur Abmahnung kein Anspruch auf Entfernung vorgenannter arbeitsrechtlicher Maßnahmen aus der Personalakte (LAG SH 14.3.1986, 6 (3) Sa 79/85; aA LAG HM 25.9.2009, 19 Sa 383/09). Ein Anspruch auf Entfernung aus der Personalakte besteht nur dann, wenn die Maßnahme für den Bestand des Arbeitsverhältnisses *unmittelbar relevant* ist. Als zulässig wird man dagegen uU auch bei diesen unterschweligen Maßnahmen eine Gegenüberstellung betrachten müssen – jedenfalls dann, wenn diese zur Personalakte genommen wurden. 7

Daneben gibt es noch die **Betriebsbuße**, mit welcher eine kollektivrechtlich begründete betriebliche Ordnungsstrafe verhängt wird (BAG 30.1.1979, 1 AZR 342/76, BB 1979, 1451). Die Betriebsbuße als kollektive Abmahnung kommt nur in Betracht, wenn es eine kollektive Bußordnung gibt und gegen die kollektive betriebliche Ordnung verstoßen wurde (BAG 17.10.1989, 1 ABR 100/88, NZA 1990, 193). Verstößt der Arbeitnehmer zugleich gegen arbeitsvertragliche und betriebliche Pflichten aus der Bußordnung, muss der Arbeitgeber entscheiden, welche Pflichtverletzung er abmahnen will und dies auch in der Abmahnung deutlich machen (BAG 7.11.1979, 5 AZR 962/77, AP BetrVG 1972 § 87 Betriebsbuße Nr. 3). Die Verbreitung derartiger Bußordnungen ist jedoch gering. 8

1.3 Anwendungsbereich

- 9 Notwendigerweise muss die Abmahnung die **Rüge- und Warnfunktion** erfüllen. Dagegen ist das In-Aussicht-Stellen bestimmter kündigungrechtlicher Maßnahmen (zB ordentliche oder außerordentliche Beendigungskündigung) nicht zwingend erforderlich (BAG 19.4.2012, 2 AZR 258/11, DB 2012, 2404); es ist jedoch zu empfehlen, um den Arbeitnehmer „wachzurütteln“.
- 10 Der Arbeitgeber hat in erster Linie ein Interesse daran, das gestörte Arbeitsverhältnis durch die Abmahnung wieder „in die richtige Spur“ zu bringen. Natürlich ist es ihm wichtig, die einmal meist mit finanziellem (Ausschreibungen, Headhunter), aber auch emotionalem (Bewerbungsgespräche, Auswahlverfahren, Absagen) Aufwand gewonnenen Mitarbeiter möglichst langfristig an das Unternehmen zu binden. Die Wirtschaftlichkeit und Prosperität eines Unternehmens korreliert idR auch mit langfristigen Betriebszugehörigkeiten. Eine hohe Fluktuation, insbesondere aber häufige arbeitsrechtliche Auseinandersetzungen, führen in der Regel zu Unruhe und sind dem **Betriebsfrieden** nicht dienlich. Die durchschnittliche Beschäftigungsdauer in der Versicherungswirtschaft, die als Branche nicht nur der größte Steuerzahler in Deutschland ist, sondern auch im Branchenvergleich sehr hohe Vergütungen bezahlt, beträgt 16,9 Jahre im Innendienst (vgl. Flexible Personalstatistik des Arbeitgeberverbandes der Versicherungsunternehmen in Deutschland AGV, Stichtag 31.12.2015, Tabelle 1.8). Die Fluktuation (Abgänge in % des durchschnittlichen Personalbestandes) betrug 2015 nur 4,6 % (vgl. AGV, Fluktuationserhebung).
- 11 Dennoch ist die Realität im Hinblick auf den Ausspruch einer Abmahnung oft eine andere. Könnte man annehmen, dass es (wie auch in jeder anderen zwischenmenschlichen Beziehung) im Arbeitsverhältnis gelegentlich zu Konflikten kommt und mit der Abmahnung ein gewöhnlicher Bereinigungsprozess einhergehen kann, so lässt sich in der betrieblichen Praxis dagegen oftmals beobachten, dass mit Ausspruch der Abmahnung ein **Trennungsprozess** eingeleitet wird. Insofern wird die Abmahnung als vorbereitendes Instrument zur Kündigung eingesetzt. Dies hängt damit zusammen, dass nach der Rechtsprechung des BAG die Wirksamkeit einer verhaltensbedingten Kündigung idR von einer vorherigen Abmahnung als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes abhängig ist.
- 12 Das Kündigungsschutzgesetz differenziert in seinem Anwendungsbereich nach den drei Kündigungsarten, der verhaltens-, personen- und betriebsbedingten Kündigung (s. Kapitel Kündigungsschutzrecht). Dabei kann die Abmahnung ihren Sinn, zukünftiges vertragsgerechtes Verhalten zu erreichen, nur erfüllen, wenn an ein willensgesteuertes Verhalten des Arbeitnehmers angeknüpft wird, das dieser aufgrund seines subjektiven Wollens abändern kann (Schiefer Die Abmahnung 47). Der Prüfungsmaßstab zur Ermittlung der Erforderlichkeit einer Abmahnung muss daher sein, ob die Störung des Arbeitsverhältnisses auf steuerbarem Verhalten beruht und ob verloren gegangenes Vertrauen wiederhergestellt werden kann (BAG 10.6.2010, 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227) Im Kern geht es um

Vertrauen. Nur wenn sich die Arbeitsvertragsparteien (wieder) vertrauen können, muss das Arbeitsverhältnis aufrechterhalten werden. Die Rechtsprechung verbindet mit dem Erfordernis der Abmahnung bei steuerbarem Verhalten den Glauben an das Gute im Menschen. Das BAG geht von einem positiven Menschenbild aus und glaubt, dass Kritik und Warnung zu Verhaltensänderungen führen können. Der grundsätzliche Vorrang der Abmahnung vor einer verhaltensbedingten Kündigung ist letztlich Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (BAG 23.10.2008, 2 AZR 483/07, NZA-RR 2009, 362). Die Abmahnung dient in diesem Zusammenhang der Objektivierung der negativen Prognose. Ist der Arbeitnehmer ordnungsgemäß abgemahnt worden und verletzt er dennoch seine arbeitsvertraglichen Pflichten erneut, kann der vernünftige Arbeitgeber berechtigterweise annehmen, es werde auch zukünftig zu weiteren Vertragsstörungen kommen (Schiefer Die Abmahnung 48).

Nur ausnahmsweise kann eine Abmahnung vor verhaltensbedingter Kündigung **entbehrlich** sein. Das ist einerseits dann der Fall, wenn offensichtlich ist, dass auch eine Abmahnung nicht zur Verhaltensänderung führen wird (BAG 9.6.2011, 2 AZR 381/10, DB 2012, 240) oder es sich andererseits um eine so schwere Pflichtverletzung (insbesondere Straftaten gegen den Arbeitgeber) handelt, dass der Arbeitnehmer unter keinen Umständen annehmen durfte, der Arbeitgeber würde dieses Verhalten tolerieren (BAG 23.6.2009, 2 AZR 283/08, AuA 2009, 726; BAG 25.10.2012, 2 AZR 495/11, DB 2013, 706; vgl. zum „Stalking“ BAG 19.4.2012, 2 AZR 258/10, AuA 2013, 247 f.).

13

Beispiel: Entbehrlichkeit der Abmahnung

14

Mitarbeiter *Zornig* erklärt mehrfach und lautstark in der Betriebskantine, aber auch im Personalgespräch gegenüber seinem Vorgesetzten unter Anwesenheit eines Betriebsratsmitglieds, dass er mit der neuen Gleitzeitregelung nicht einverstanden sei. Diese sei ungerecht und auch die Beteiligung des Betriebsrats unwirksam, weil dieser nur seine eigenen Interessen und nicht die der Belegschaft vertrete. Insbesondere missfalle ihm die neue Regelung zu den Raucherpausen. Er sei jetzt über 25 Jahre im Unternehmen und habe als starker Raucher (*Roth-Händle*) immer (kurze) Raucherpausen gemacht, ohne dass er hierfür extra ausstempeln hätte müssen. Die Raucherpausen seien zeitlich zu vernachlässigen; außerdem komme er danach immer mit höherer Arbeitsintensität und -motivation an den Arbeitsplatz zurück. Es sei im Übrigen bei so starken Rauchern wie ihm wissenschaftlich erwiesen, dass diese „von Zeit zu Zeit der Auffrischung des Nikotinspiegels“ bedürften (vgl. LAG RP 6.5.2010, 10 Sa 712/09, Quelle: Justiz Rheinland-Pfalz). Er werde sein *Verhalten nicht ändern*. Daran könne ihn auch kein Mobbing durch den Arbeitgeber hindern, insbesondere von einer Abmahnung werde er sich nicht abschrecken lassen.

Nachdem *Zornig* sein Verhalten nicht ändert nimmt der Arbeitgeber dies zum Anlass, diesen ordentlich verhaltensbedingt zu kündigen. Vor dem Hintergrund der öffentlichen Einlassungen des Mitarbeiters und dem Personalgespräch hat der Arbeitgeber auf eine vorherige Abmahnung verzichtet.

Lösung

Die Abmahnung war entbehrlich. Der Arbeitnehmer hat klar und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass er sein Verhalten nicht ändern wird. Eine etwaige Abmahnung hätte ihre Appellfunktion nicht mehr erfüllen können. Sie wäre als *reine Förmerei* überflüssig gewesen. Ob die ausgesprochene Kündigung erfolgreich war, soll hier nicht weiter diskutiert werden. Entgegenstehen könnten Grundsätze einer betrieblichen Übung oder konkludenten Vertragsänderung. Was im Ergebnis aber aufgrund der unterschiedlichen Dauer der jeweiligen Pausen nicht der Fall sein dürfte (LAG Nürnberg 5.11.2015, 5 Sa 58/15, DB 2016, 600). Auch im Rahmen der Interessenabwägung könnte eine langjährig unbeanstandete Betriebszugehörigkeit zugunsten des Arbeitnehmers sprechen.

- 15 Die Grundsätze der vorrangigen Abmahnung gelten grundsätzlich selbst bei Störungen des Vertrauensbereichs durch **Straftaten** gegen das Vermögen oder Eigentum des Arbeitgebers (BAG 10.6.2010, 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227; vgl. auch jüngst ArbG Hamburg 1.7.2015, 27 Ca 87/15, BeckRS 2015, 69853, zur Entwendung von acht Brötchenhälften durch eine Krankenschwester). Auch wenn gelegentlich in Arbeitsverträgen Auflistungen von Tatbeständen zu finden sind, die eine fristlose Kündigung rechtfertigen sollen, kann hierdurch eine Kündigung abstrakt nicht gerechtfertigt werden.
- 16 Anderenfalls stünde es im Ermessen des Arbeitgebers zu definieren, wann sein Vertrauen verloren und eine gedeihliche weitere Zusammenarbeit ausgeschlossen ist. „**Absolute**“ **Kündigungsgründe** kennt das deutsche Arbeitsrecht nicht. Selbst bei Straftaten ist immer eine konkrete Einzelfallprüfung erforderlich, ob nicht doch objektiv die Prognose gerechtfertigt sein kann, dass der Arbeitnehmer sich künftig nach einer Abmahnung vertragstreue verhalten wird. Andererseits dürfte bei Straftaten in den meisten Fällen die Abmahnung entbehrlich sein, weil der Arbeitnehmer unter keinen Umständen damit rechnen durfte, der Arbeitgeber werde dieses Verhalten tolerieren.
- 17 Vor Ausspruch einer **personenbedingten Kündigung** ist dagegen grundsätzlich keine Abmahnung erforderlich. Dennoch ist sie auch hier idR empfehlenswert, weil es für den Arbeitgeber im Vorfeld einer Kündigung manchmal nicht eindeutig identifizierbar ist, ob die Schwierigkeiten im Verhalten oder der Person begründet liegen. Oftmals liegen auch beide Ursachen kumulativ vor. Man spricht dann von Mischtatbeständen.

Sogar im Fall einer (nur) krankheitsbedingten Kündigung kann nach neuerer Rechtsprechung eine vorsorgliche Abmahnung geboten sein, wenn die Erkrankung durch ein steuerbares Verhalten beseitigt werden kann (vgl. Urteil des LAG HE 18.3.2014, 13 Sa 1207/13, openJur 2014, 13980, wo es um die Wiederaufnahme der unterbrochenen Medikation mit Psychopharmaka ging). Auch das BAG hat in einer aktuellen Entscheidung im Rahmen einer personenbedingten Kündigung wg. Alkohols im Rahmen der Interessenabwägung eine vom Arbeitgeber ausgesprochene Abmahnung gewürdigt, mit welcher dieser dem Arbeitnehmer deutlich vor Augen geführt habe, welche Bedeutung er seiner Abstinenz beimesse (BAG 20.3.2014, 2 AZR 565/12, Rn. 38, NZA 2014, 602).

Beispiel: Personenbedingte Kündigung

Mitarbeiter *Kränklich* hat eine schlechte physische Verfassung. In den letzten fünf Jahren hat sich sein Zustand dauerhaft verschlechtert. War er im Jahr 2009 schon sieben Wochen arbeitsunfähig krank, hat sich dies bis zum Jahr 2014 auf nunmehr sogar zehn Krankheitswochen pro Kalenderjahr erhöht.

Versicherungsunternehmen *Capitol* kann die, durch die andauernden Kurzerkrankungen von *Kränklich* verursachten, Arbeitsausfälle nicht mehr kompensieren. Die Kollegen können die zusätzlichen Aufgaben nicht mehr bewältigen. *Capitol* sieht sich gezwungen, *Kränklich* krankheitsbedingt zu kündigen. Personalreferent *Schlau* überlegt, ob er nicht „zur Sicherheit“ noch eine Abmahnung ausspricht, „um den *Kränklich* aufzurütteln“.

Ergebnis

Die Abmahnung ist entbehrlich. Zwar könnte eine Abmahnung ausgesprochen werden. Diese ist jedenfalls nicht schädlich. Erforderlich ist sie jedoch nicht. Geht man davon aus, dass es sich bei den Krankheiten des *Kränklich* tatsächlich um Krankheiten, also regelwidrige Körperzustände handelt, auf die der Mitarbeiter keinen Einfluss hat, könnte die Abmahnung ihren Zweck, das Verhalten des *Kränklich* zu ändern, gar nicht erfüllen.

Anders wäre es allenfalls dann, wenn man dem Mitarbeiter einen Vorwurf machen kann, dass seine hohen Krankenstände auf steuerbarem Verhalten beruhen, er zB willentlich eine Medikation unterbricht. Das könnte auch dann der Fall sein, wenn es gelingt, dem Mitarbeiter nachzuweisen, dass er einen außerordentlich ungesunden und gefährlichen Lebenswandel führt, der letztlich zu seinen häufigen Erkrankungen führt. Dieser Vortrag ist allerdings sehr schwierig, weil der Vorwurf in den privaten Lebensbereich des Mitarbeiters hineineinreicht. Nur unter ganz besonderen Umständen ist es denkbar, dem Mitarbeiter Vorhaltungen in Bezug auf seinen Lebenswandel zu machen. Das mag in Ausnahmefällen etwa bei hoch riskanten Sportarten der Fall sein, die nicht mehr als sozialadäquat und üblich bewertet werden können.

Auch im Bereich der alkoholbedingten Arbeitsunfähigkeit ist zunächst noch an ein steuerbares Verhalten zu denken. Man kann hier daran anknüpfen, dass der Mitarbeiter sich zunächst bewusst in einen alkoholisierten Zustand versetzt hat und damit die Arbeitsunfähigkeit billigend in Kauf nahm. Gerade im Bereich „Alkohol“ sind aber die Grenzen fließend und oftmals wird man hier eher von der Krankheit „Alkoholismus“ ausgehen müssen, als dass noch steuerbares Verhalten vorliegt.

Im Ergebnis war die Abmahnung entbehrlich, weil es sich um eine nicht steuerbare Krankheit handelt. Aus Gründen der anwaltlichen Sorge war die Abmahnung jedoch trotzdem richtig und empfehlenswert, weil häufig auch im Fall der Krankheit, insbesondere bei Alkohol, nicht ausgeschlossen werden kann, dass auch verhaltensmäßige Aspekte angesprochen werden können und ein „Appell an die Abstinenz“ Wirkung entfalten könnte.

- 18 Der Anwendungsbereich der Abmahnung ist zudem nur dann eröffnet und die Warnfunktion erfüllt, wenn der Kündigungssachverhalt ein wiederholtes, gleichartiges Verhalten betrifft (BAG 13.12.2007, 2 AZR 818/06, NZA 2008, 589). In diesem Bereich besteht erfahrungsgemäß viel Unsicherheit, weil die Personalverantwortlichen oftmals nicht sicher sind, was genau mit „gleichartigem Verhalten“ gemeint ist.

Nicht gemeint ist hierbei eine völlige Identität der Pflichtverletzungen. MaW: Ein Zuspätkommen ist nicht nur dann kündigungsrelevant, wenn der Arbeitnehmer bereits vorher mehrfach zu spät gekommen und entsprechend abgemahnt worden ist. Vielmehr geht es darum, Pflichtenkreise zu identifizieren und damit **gleichartige Pflichtverletzungen** abzumahnern. Ein solcher Pflichtenkreis kann zB „Sorgfalt im Arbeitsverhältnis“ sein. Hierunter wird man Verstöße wie Zuspätkommen, Flüchtigkeitenfehler bei der Arbeitserfüllung, Versäumnisse bei Anzeigepflichten usw. subsumieren können. Gleichwohl ist in diesem Bereich Vorsicht geboten. Wenn möglich sollte der Pflichtenkreis möglichst eng gefasst und nur in Ausnahmefällen soweit gezogen werden, wie vorstehend beschrieben. Von der Rechtsprechung als zulässig erkannte Pflichtenkreise sind zB die verspätete Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung einerseits und die verspätete „Zuspätmeldung“ (BAG 19.6.2004, 2 AZR 406/03, NZA 2005, 459). Auch zwischen Verspätungen und vorzeitigem Verlassen des Arbeitsplatzes einerseits und unentschuldigtem Fehlen andererseits besteht ein Zusammenhang (Grobys/Panzer-Regh Kommentar Arbeitsrecht Kap. 2 Rn. 8 mVa. BAG 10.12.1992, 2 ABR 32/92, NZA 1993, 501).

1.4 Formale Voraussetzungen

1.4.1 Sorgfältige Darstellung der Pflichtverletzung

Bei der Abfassung der Abmahnung ist im Hinblick auf **Form** und Inhalt mit größter Sorgfalt zu verfahren (Schiefer Die Abmahnung 20). Der Abmahnende (Personalverantwortliche) sollte sich stets bewusst sein, dass die Abmahnung nicht nur Korrektiv zur Verbesserung des Arbeitsverhältnisses ist, sondern oftmals die Grundlage einer Kündigung. Jeder, der aber schon einmal ein Verfahren vor einem deutschen Arbeitsgericht geführt hat, weiß, wie gerne sich die Gerichte auf Formfehler „stürzen“. Das deutsche Arbeitsrecht ist sehr formalisiert, was dazu führt, dass auch die ultimativ vertrauenszerstörende Pflichtverletzung nichts wert ist, wenn der Betriebsrat fehlerhaft angehört wurde oder Mängel bei Vertretung oder Schriftform vorlagen – oder eben auch die einer verhaltensbedingten Kündigung zwingend vorausgehende Abmahnung(en) fehlerhaft war(en). Dieser Umstände sollte sich der Personalverantwortliche immer bewusst sein, wenn er den Abmahnungsprozess einleitet. Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit an dieser Stelle können zu einem späteren Zeitpunkt viel Geld und Emotionen sparen.

An dieser Stelle sei auch auf den praktisch relevanten Fall hingewiesen, dass die Fehlerhaftigkeit der Abmahnung erst im Kündigungsschutzverfahren relevant wird:

Beispiel: Die fehlerhafte Abmahnung

20

Mitarbeiter *Träge* schiebt in seinem elektronischen Aktenkorb regelmäßig einen erheblichen Rückstand vor sich her. Im Juni 2014 waren dies bereits 42 Vorgänge, womit er in der Abteilung seines Callcenters „einsame Spitze“ war. Sein Chef vom Dienst (CvD) spricht ihn mehrmals hierauf an und verweist auf die entsprechende einschlägige Betriebsvereinbarung. *Träge* schert das alles herzlich wenig. Er räumt zwar eine gewisse „Gedankenträgheit“ (vgl. BAG 21.5.1992, 2 AZR 551/91, NZA 1992, 1028, im Fall eines deutlich unterdurchschnittlich leistenden ärztlichen Gutachters) ein, ändert aber in der Folge an seinem Verhalten nichts.

Die Personalleitung ist nicht gewillt, die erheblichen Rückstände weiter hinzunehmen. Man entschließt sich zur Abmahnung. Die Abmahnung wird begründet mit „unterdurchschnittlichen Leistungen“. Infolge eines Versehens werden im Sachverhalt der Abmahnung *Träge* teilweise Aktenrückstände zugeordnet, die eigentlich im Bereich eines Kollegen liegen.

Als sich auch im Folgenden das Arbeitsverhalten des *Träge* nicht ändert und er bei seiner Aktenbearbeitung deutlich, über einen Zeitraum von acht Monaten mehr als 35 % unter den durchschnittlichen Leistungen vergleichbarer Kollegen zurückbleibt, spricht die Personalleitung eine „Low-Performer-Kündigung“ aus. Der Anwalt des Unternehmens hatte hierzu geraten, weil die

Rechtsprechung des BAG in diesem Bereich eine solche, bei dauerhafter Unterschreitung der durchschnittlichen Leistungen vergleichbarer Kollegen um mehr als ein Drittel, rechtfertige und im konkreten Fall anhand der klar strukturierten Prozesse im Callcenter die Vergleichsgruppe sich anschaulich und „gerichtsfest“ darstellen lasse.

Mitarbeiter *Träge* ist empört und geht sofort zum DGB-Rechtsschutz. Der zuständige Rechtssekretär eröffnet ihm, dass die zwischen Anwalt und *Träge* im Vorfeld besprochene Taktik, dass man zunächst gegen die Abmahnung nicht vorgehen wolle, genau richtig gewesen sei. So habe man den Arbeitgeber „austricksen“ können und ihm seien die Sachverhaltsverwechslungen verborgen geblieben.

Wie entscheidet das Arbeitsgericht?

Lösung

Das Arbeitsgericht wird die Kündigung zurückweisen. Es fehlt an einer formwirksamen Abmahnung in zweierlei Hinsicht.

Zunächst ist bereits der dem Arbeitnehmer vorgeworfene Sachverhalt fehlerhaft. Handelt es sich hierbei tatsächlich um Akten, die dem *Träge* nicht zuzuordnen sind, so fällt es schwer, hier noch eine Appellfunktion anzunehmen. Zwar wird letztere zum Teil auch bei formfehlerhaften Abmahnungen von der Rechtsprechung angenommen. Dann müsste aber dem Arbeitnehmer auch infolge der formfehlerhaften Abmahnung unmissverständlich klar gewesen sein, was ihm vorgeworfen wird und dass er bei Fortsetzung dieses Verhaltens mit einer Kündigung rechnen muss. Im vorliegenden Fall kann man hiervon wohl kaum sprechen, wenn es um fremde Aktenrückstände geht.

Jedenfalls aber krankt die Abmahnung daran, dass *Träge* eine Arbeitspflicht unterstellt wird, die so nicht besteht. Kein Arbeitnehmer schuldet eine „durchschnittliche“ Leistung. Vielmehr gilt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ein subjektiver Leistungsbegriff und individueller Maßstab. Der Arbeitnehmer schuldet nicht mehr Leistung, als er bei angemessener Anspannung seiner geistigen und körperlichen Kräfte auf Dauer ohne Gefährdung seiner Gesundheit zu leisten im Stande ist (BAG 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784).

Die Taktik von *Träge* und dem Gewerkschaftssekretär ist aufgegangen. In diesem Fall war es sinnvoller, eine fehlerhafte Abmahnung in der Personalakte zu belassen, als diese umgehend herauszuklagen oder mit Gegendarstellung zu neutralisieren. Anderenfalls hätte *Träge* den Arbeitgeber auf sein Versehen hingewiesen und dieser hätte jederzeit eine neue formwirksame Abmahnung aussprechen können, die dann auch im Kündigungsschutzprozess verwendbar gewesen wäre.

Weiterhin lehrt dieser Beispielsfall, dass es meist sinnvoll ist, verschiedene Sachverhalte in verschiedenen Abmahnungen zu verorten. Stellt sich später heraus, dass ein in der Abmahnung vorgeworfenes Verhalten so nicht stattgefunden hat oder beweisbar ist, werden jedenfalls andere tatsächlich zutreffende Sachverhalte von der fehlerhaften Abmahnung nicht „infiziert“. Gleichwohl ist auch in diesen Fällen zunehmend eine großzügige Rechtsprechung festzustellen, wonach die zutreffenden Vorwürfe als mündliche Abmahnung ihre Wirkung behalten sollen (BAG 5.8.1992, 5 AZR 531/91, AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 8 = NZA 1993, 838).

Auch wenn oben darauf hingewiesen wurde, dass die Abmahnung sorgfältig, was Sachverhalt und Formalien betrifft, vorbereitet werden muss, kann sie auch noch dann ihren Zweck erfüllen, wenn **Fehler** gemacht wurden. Auch wenn im Einzelnen vieles streitig ist, kann doch eine Tendenz der Gerichte ausgemacht werden, wonach auch fehlerhafte Abmahnungen ihre Warnfunktion erfüllen können. Dies gilt für den Fall einer wegen der unterbliebenen Anhörung des Arbeitnehmers nach einer tariflichen Regelung formell unwirksamen Abmahnung (BAG 21.5.1992, 2 AZR 551/91, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 28 = NZA 1992, 1028). Im Ausspruch einer solchen Abmahnung sei nur eine rechtsgeschäftliche Handlung (Ausübung eines Rügerechts), die die rein faktische Warnfunktion unabhängig von rechtlichen Formvorschriften auszufüllen in der Lage ist, zu sehen (BAG 19.2.2009, 2 AZR 603/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 46 = NZA 2009, 894). Nach anderer Auffassung soll jede rechtswidrige Abmahnung eine generelle Warnfunktion erfüllen (Schunck, NZA 1993, 828 ff.). Eine Abmahnung, die wegen einer Mehrzahl von Vorwürfen ausgesprochen worden ist und entfernt werden muss, weil ein Teil der Vorwürfe unzutreffend ist, behält hinsichtlich der zutreffenden Vorwürfe als mündliche Abmahnung ihre Geltung (BAG 5.8.1992, 5 AZR 531/91, AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 8 = NZA 1993, 838). Einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 2001 (BAG 15.3.2001, 2 AZR 147/00, EzA § 626 BGB nF Nr. 185) lässt sich entnehmen, dass es zur Erfüllung der Warnfunktion keiner formell wirksamen Abmahnung bedarf (APS/Vossen/Dörner KSchG § 1 Rn. 403 f.).

Noch weitergehend ist die Auffassung des LAG Köln, wonach auch eine sachlich nicht berechnigte oder in ihrer Berechnigung umstrittene Abmahnung zur Erfüllung der Warnfunktion genüge (LAG K 5.2.1999, 11 Sa 565/98, ARST 1999, 282).

Das BAG hat dagegen im Urteil vom 23.6.2009 offen gelassen, ob eine Abmahnung ausnahmsweise auch dann die kündigungrechtliche Warnfunktion erfüllen kann, wenn sie in der Sache nicht gerechtfertigt ist (2 AZR 283/08, AP KSchG 1969 § 1 Abmahnung Nr. 5 = NZA 2009, 1168).

21

1.4.2 Warnfunktion

- 22 Notwendiger Inhalt der Abmahnung ist die **Warnfunktion**. Es muss also ein Hinweis auf die Folgen im Wiederholungsfall enthalten sein (BAG 9.8.1984, 2 AZR 400/83, NZA 1985, 124). Ausreichend ist es, wenn unmissverständlich deutlich wird, dass der Arbeitgeber im Wiederholungsfall den Bestand des Arbeitsverhältnisses als gefährdet ansieht und entsprechende Maßnahmen ergreifen wird (BAG 26.1.1995, 2 AZR 649/94, NZA 1995, 517).

1.4.3 Keine Schriftform

- 23 Die Abmahnung ist formfrei. Sie kann daher auch mündlich ausgesprochen werden (Küttner/Eisemann Personalbuch 2015 Kap. 2 Rn. 24). Auch wenn die **Schriftform** kein Wirksamkeitserfordernis der Abmahnung ist, sollte jede Abmahnung schriftlich ausgesprochen werden. Dies hat mit der Darlegungs- und Beweislast im arbeitsgerichtlichen Verfahren zu tun. Der Arbeitgeber, der dem Arbeitnehmer eine Pflichtverletzung vorwirft, ist hierfür darlegungs- und beweispflichtig. Ist einmal eine Abmahnung – aus welchen Gründen auch immer – nur mündlich ausgesprochen worden, heißt dies dennoch nicht, dass diese nicht mehr verwertbar wäre. Wenn der Ausspruch der Abmahnung bewiesen werden kann – zB durch anwesende dritte Personen (Zeugen) – kann auch die nur mündliche Abmahnung im Kündigungsschutzprozess die Kündigung tragen.

- 24 **Beispiel: Die mündliche Abmahnung**

In der Versicherungsagentur der *Capitol Versicherungen* in F. hat sich einiges aufgestaut. Der Agenturleiter *Stromberg* ist mit seinem Mitarbeiter B. unzufrieden, weil dieser ständig das Telefon klingeln lässt, ohne Kundenanfragen zu bearbeiten. Zudem ist er oftmals unhöflich am Telefon. Dies hat schon zu einigen Kündigungen verärgelter Versicherungsnehmer geführt.

Stromberg platzt der Kragen. Als er einmal wieder mitbekommt, dass B. das Telefon klingeln lässt und in aller Seelenruhe seinen Joghurt aufisst, rügt er ihn „vor versammelter Mannschaft“. Er stellt klar, dass es die Pflicht von B. sei, Kundenanrufe anzunehmen und mit einer gewissen Höflichkeit zu bearbeiten. Er werde dieses Verhalten nicht länger hinnehmen. Irgendwann sei Schluss. Dann könne B. seinen Job hier „an den Nagel hängen“.

Als es zu weiteren Vorfällen kommt und *Stromberg* sich zur Kündigung entschließt und die beiden sich dann im arbeitsgerichtlichen Kammertermin gegenüber sitzen, grinst B. frech und vertritt den Standpunkt, dass die Kündigung unwirksam sei, weil es keine Abmahnung gebe.

Lösung

An der fehlenden Abmahnung jedenfalls scheitert die Kündigung nicht. *Stromberg* dürfte es ein Leichtes sein, den Ausspruch der Abmahnung durch andere damals anwesende Mitarbeiter und ggf. Kunden zu beweisen. Man wird auch annehmen können, dass durch die von *Stromberg* geäußerten Vorhaltungen die Warn- und Rügefunktion einer Abmahnung ausreichend erfüllt wurden.

Die (schriftliche) Abmahnung sollte aus Dokumentations- und Beweisgründen auch in ihrer Überschrift klar und unmissverständlich als Abmahnung bezeichnet sein. Auch hier gelten das Transparenzgebot und der Grundsatz, dass Zweifel zu Lasten des Abmahnenden, also (meist) des Arbeitgebers, gehen.

1.4.4 Keine Anhörung des Arbeitnehmers

Es stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer vor Ausspruch einer Abmahnung anzuhören ist.

Fall: Abmahnung ohne Anhörung

25

Mitarbeiter *Schlau* erhält eine Abmahnung. Diese hält er für „völlig unberechtigt“. Allerdings fällt es ihm schwer, den Vorwürfen substantiiert entgegenzutreten.

Da erinnert er sich an sein (abgebrochenes) Jurastudium. Im Verwaltungsrecht, so meint er sich dunkel zu erinnern, muss doch vor dem Erlass belastender Verwaltungsakte auch dem Bürger Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden. Auch im Strafrecht war es doch wohl so, dass dem Beschuldigten immer Gelegenheit gegeben werden muss, die gegen ihn erhobenen Vorwürfe zu entkräften. Schließlich hat er gehört, dass auch im Arbeitsrecht der Arbeitnehmer vor einer „Verdachtskündigung“ angehört werden muss. Insofern meint er, hierin einen allgemeingültigen Rechtssatz zu erkennen und ist froh, dass er endlich einmal seine Rechtsschutzversicherung gebrauchen und sich an einen Anwalt wenden kann, mit dem Ziel die Abmahnung „herauszuklagen“.

Wie wird der Rechtsanwalt beraten?

Schlau droht eine Enttäuschung. Im Abmahnungsrecht besteht kein Erfordernis der vorherigen Anhörung des Arbeitnehmers (BAG 21.5.1992, 2 AZR 551/91, NZA 1992, 1028).

Allerdings ist es denkbar, dass zusätzliche Pflichten vor Ausspruch einer Abmahnung in Kollektivvereinbarungen geregelt werden. In diesem Fall muss der Arbeitgeber sich selbstverständlich hieran halten.

1.4.5 Fristen

- 26 Eine Regelausschlussfrist, innerhalb derer eine Abmahnung auszusprechen ist, besteht nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht (BAG 15.1.1986, 5 AZR 70/84, NZA 1986, 421).

Versuche, andere gesetzliche oder tarifliche Fristen heranzuziehen, blieben erfolglos. Die gesetzliche Erklärungsfrist von zwei Wochen gem. § 626 Abs. 2 BGB gilt nicht (BAG 15.1.1986, 5 AZR 70/84, NZA 1986, 421); auch vertragliche oder tarifvertragliche Ausschlussfristen sind nicht übertragbar (BAG 14.12.1984, 5 AZR 137/94, NZA 1995, 676).

Der Arbeitgeber ist daher grundsätzlich berechtigt, auch wegen länger zurückliegender Pflichtverletzungen abzumahnen.

- 27 Die zeitliche Grenze liegt dabei im Recht der **Verwirkung**. Verwirkung bedarf eines sog. Zeit- und Umstandsmoments. Das soll dann vorliegen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund des Zeitablaufs und des Verhaltens des Arbeitgebers darauf vertrauen durfte, das Abmahnungsrecht werde nicht mehr geltend gemacht (BAG 14.12.1994, 5 AZR 137/94, NZA 1995, 676).

Trotzdem sollte man keine zu lange zurückliegenden Pflichtverletzungen abmahnen. Hierdurch kann die Warnfunktion verloren gehen. (vgl. Grobys/Panzer-Regh Kommentar Arbeitsrecht Kap. 2 Rn. 23). Auch wenn sich schematische Angaben grundsätzlich verbieten, wird man sagen können, dass ein Abmahnungssachverhalt möglichst innerhalb eines Jahres verwertet werden sollte und nach zwei Jahren kaum mehr verwertbar sein dürfte.

Anders ist es nur dann, wenn dem Arbeitgeber die Pflichtverletzung erst viel später bekannt wird. In einem solchen Fall kann der Arbeitgeber, sofern ihm die Pflichtverletzung jedenfalls nicht schuldhaft verborgen geblieben ist, auch noch Jahre später abmahnen.

1.4.6 Materielle Voraussetzungen

- 28 Kern der Abmahnung ist die **Pflichtverletzung**. Es muss besonderer Wert darauf gelegt werden, die Pflichtverletzung herauszuarbeiten. Das mag in vielen Fällen unproblematisch sein. Man wird im Falle einer Beleidigung oder Beschimpfung des Vorgesetzten nicht darüber diskutieren müssen, dass es zu den Nebenpflichten des Arbeitnehmers gehört, seine Vorgesetzten angemessen zu behandeln und dass ein cholerisches oder lautstarkes Verhalten hierunter nicht fällt.

Dagegen sind aber auch viele Konstellationen vorstellbar, wo es gar nicht so einfach ist, eine entsprechende Arbeitspflicht darzustellen. Das gilt insbesondere bei qualitativen oder quantitativen Minderleistungen. Aber auch in vielen anderen Fällen wird sich die gerügte Pflicht selten aus Arbeitsvertrag oder Tätigkeitsbe-

schreibung explizit entnehmen lassen. Insofern ist hier einige Sorgfalt und Kreativität gefragt.

Als weitere wesentliche materielle Voraussetzung muss die Abmahnung dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** genügen. Dieser gilt nicht nur für Kündigungen, sondern eben auch für die Abmahnung (BAG 27.11.2008, 2 AZR 675/07, NZA 2009, 842). Allerdings geht die Rechtsprechung hier von einem geringeren Maßstab aus und beschränkt die Prüfung auf eine Übermaß- und Rechtsmissbrauchskontrolle (BAG 31.8.1994, 7 AZR 893/93, NZA 1995, 225). Die Abmahnung wird nur dann am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit scheitern, wenn ein krasses Missverhältnis zwischen Sachverhalt und Abmahnung besteht, der Arbeitgeber also erheblich über das Ziel hinausschießt. Daran könnte man denken, wenn der Arbeitgeber gegen Verhaltensweisen vorgeht, die man eindeutig als sozialadäquat einstufen würde, zB eine kurze Unterhaltung unter Kollegen.

Aber – und das soll an dieser Stelle unmissverständlich klar gestellt werden – eine Pflichtverletzung ist und bleibt eine Pflichtverletzung. Auch eine nur dreiminütige Verspätung zum vereinbarten Arbeitsbeginn muss der Arbeitgeber nicht akzeptieren und kann im Wiederholungsfall und bei mehrfacher wirksamer Abmahnung zur Kündigung berechtigen. Der Arbeitgeber muss sich nicht dafür rechtfertigen, dass er die vollständige Einhaltung der arbeitsvertraglichen Regeln einfordert.

2 Mitbestimmung des Betriebsrats

- 30 Eine häufig gestellte Frage ist es, ob, und wenn ja wie, der Betriebsrat im Abmahnungsverfahren zu beteiligen ist. Die Antwort ist klar und eindeutig: Nein! Der Betriebsrat ist vor Ausspruch der Abmahnung nicht anzuhören. Es gibt kein entsprechendes betriebsverfassungsrechtliches Mitbestimmungsrecht.

Anders verhält es sich jedoch im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses. Braucht der Arbeitgeber im Rahmen der Verhältnismäßigkeit eine wirksame Abmahnung, so muss er dem Betriebsrat vorher die Abmahnung(en) mitgeteilt und ihn entsprechend angehört haben (BAG 18.12.1980, 2 AZR 1006/78, NJW 1981, 2316). Der Betriebsrat muss wissen, ob und wann der Arbeitnehmer abgemahnt wurde, wenn er eine Entscheidung auf vollständiger Tatsachengrundlage treffen will. Der Betriebsrat ist „vollständig“ zu unterrichten. Ihm sind daher auch entlastende Umstände mitzuteilen. Vor diesem Hintergrund sollte dem Betriebsrat aus anwaltlicher Sorge auch eine etwaige, in der Personalakte befindliche, Gegen Darstellung im Anhörungsverfahren zugeleitet werden (BAG 18.12.1980, 2 AZR 1006/78, NJW 1981, 2316).

- 31 ► **Exkurs: Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung gem. § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX**

Hiernach hat der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung in allen Angelegenheiten der Schwerbehinderten unverzüglich und umfassend zu unterrichten. Dazu zählen auch Abmahnungen. Auch das Datenschutzgesetz dürfte dem nicht entgegenstehen (BAG 17.8.2010, 9 ABR 83/09, DB 2011, 1059; Kleinebrink, DB 2012, 1508 (1511)). Da jedoch § 95 SGB IX keine echte Wirksamkeitsvoraussetzung der Abmahnung ist, wird diese (und ggf. eine spätere Kündigung) bei Verletzung der Pflicht nicht automatisch unwirksam (Neumann/Hampe, DB 2014, 1258 mVa. LAG Berlin-Brandenburg, 5.11.2010, 13 Sa 1695/10).

- 32 Gelegentlich wird von Betriebsräten im Rahmen der Generalklausel gem. § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG behauptet, es bestehe ein **Auskunftsanspruch** über erteilte Abmahnungen. Der Betriebsrat benötige diese Information zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben (LAG HM 17.2.2012, 10 TaBV 63/11, BB 2012, 2124).

Dem tritt das Bundesarbeitsgericht – zu Recht – entgegen (BAG 17.9.2013, 1 ABR 26/12, NZA 2014, 269). Hiernach kommt ein Anspruch auf Informationen über Abmahnungen nur in Betracht, wenn diese zur Aufgabenwahrnehmung erforderlich sind. Aus der individualrechtlichen Bedeutung der Abmahnung ergibt sich eine solche Aufgabe des Betriebsrats nicht. Dieser ist, außerhalb des Mitwirkungsverfahrens bei Kündigung nach § 102 BetrVG, bei der Erteilung von Abmahnungen nicht zu beteiligen. Macht der Betriebsrat geltend, die Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben erfordere die Vorlage aller Abmahnungsschreiben, hat er aufzuzeigen, für welche Aufgaben er die Abmahnungs-

schreiben benötigt. Der allgemeine Hinweis auf Mitbestimmungsrechte aus § 87 BetrVG ist unzureichend.

Nach diesen Grundsätzen hat der Betriebsrat keinen Anspruch auf generelle Informationen über Abmahnungen. Eine entsprechende betriebsverfassungsrechtliche Aufgabe ist nicht ersichtlich. Man kann auch nicht allgemein behaupten, dass durch Abmahnungen Mitbestimmungsrechte aus § 87 BetrVG betroffen seien. Es sind Fälle denkbar, in denen offensichtlich Mitbestimmungsrechte nicht betroffen sind, zB Arbeitsvertragsverletzungen. Sofern der Betriebsrat nicht substantiiert darlegt, für welche betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben er die Vorlage der Abmahnungen benötigt, sind ihm diese nicht vorzulegen.

Fazit

Im Bereich der Abmahnung lässt sich die Trennung zwischen Individual- und Kollektivarbeitsrecht sehr gut nachvollziehen. Abmahnungen betreffen das Individualverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Der Betriebsrat hat hier nicht mitzubestimmen. Er kann nicht verlangen, dass ihm alle, ab einem bestimmten Zeitpunkt erteilten, Abmahnungen vorgelegt werden.

3 Tarifrrechtliche Einflüsse

- 33 Vereinzelt enthalten Tarifverträge zusätzliche Hürden für das Abmahnungsverfahren. Meist wird sich dabei an den früheren Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) angelehnt. § 13 Abs. 2 S. 2 BAT sah vor, dass der Angestellte über Beschwerden und Behauptungen tatsächlicher Art, die für ihn ungünstig sind oder ihm nachteilig werden können, vor Aufnahme in die Personalakten gehört werden muss. Seine Äußerung ist zu den Personalakten zu nehmen. Ein solches Recht zur vorherigen Anhörung ist im TVöD nicht mehr geregelt (vgl. Ruge/Krömer/Pawlak/Rabe v. Pappenheim Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst 2014 7) und bspw. im Tarifvertrag der privaten Versicherungswirtschaft (PVT) nicht enthalten.

Besteht jedoch weiterhin nach Tarifvertrag oder Arbeitsvertrag die Pflicht zur Anhörung vor Abmahnung, sollte sich der Arbeitgeber selbstverständlich hieran halten. Trotzdem wird die Abmahnung wohl auch bei Verstoß gegen eine solche Formvorschrift ihre Warnfunktion behalten (BAG 21.5.1992, 2 AZR 551/91, NZA 1992, 1028) – es sei denn, die jeweilige Rechtsgrundlage verhält sich auch hierzu und erklärt bspw. eine Kündigung unter Verstoß gegen das Anhörungserfordernis für unwirksam.

4 Häufig gestellte Fragen (FAQ)

4.1 Wie viele Abmahnungen?

In der Praxis stellt sich für den Personalverantwortlichen häufig die Frage, wie viele Abmahnungen vor Ausspruch einer Kündigung erforderlich sind. Hartnäckig hält sich die Legende, dass immer dreimal abgemahnt werden müsse. Das ist unzutreffend. Die Frage richtet sich ausschließlich nach dem Einzelfall. Wie viele Abmahnungen vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung tatsächlich ausgesprochen werden müssen, ist im Rahmen der Interessenabwägung ua. nach der Schwere der Pflichtverletzungen, der Betriebszugehörigkeit, der Häufigkeit früherer gleichartiger Pflichtverletzungen und danach zu beurteilen, ob etwaige Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe vorliegen (Grobys/Panzer-Regh Kommentar Arbeitsrecht Kap. 2 Rn. 11).

34

Der Grundsatz jedoch ist, dass eine Abmahnung ausreicht. Nur bei geringfügigen Pflichtverletzungen oder lang zurückliegenden Abmahnungen kann es – ausnahmsweise – zur Erhaltung der Warnfunktion erforderlich sein, den Arbeitnehmer vor Ausspruch einer Kündigung erneut oder ausnahmsweise mehrmals abzumahnern (BAG 15.11.2001, 2 AZR 609/00, EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 56). Es bedarf aber nicht stets einer zweiten oder dritten Abmahnung. Vielmehr kann durch eine nicht dringend gebotene mehrmalige Wiederholung die Erinnerungs- und Warnfunktion der Abmahnung auch entwertet werden (KR-Fischermeier, § 626 BGB Rn. 288).

Der Arbeitgeber befindet sich also in einem Dilemma. Hat er nach Auffassung des Gerichts zu wenige Abmahnungen ausgesprochen, so ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht gewahrt, weil der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine weitere „Chance“ hätte gewähren müssen. Hat der Arbeitgeber dagegen nach Auffassung des Gerichts zu viele Abmahnungen im selben Pflichtenkreis ausgesprochen, so ist die Kündigung ebenfalls unwirksam, weil die Häufigkeit der Abmahnungen die Warnfunktion entwertet haben kann. Der Arbeitnehmer habe bei den vielen Abmahnungen nicht mehr damit rechnen müssen, dass es der Arbeitgeber „ernst“ meine. Zahlreiche Abmahnungen wegen gleichartiger Pflichtverletzungen, denen keine weiteren Konsequenzen folgen, können die Warnfunktion der Abmahnung abschwächen (BAG 15.11.2001, 2 AZR 609/00, NZA 2002, 968).

Der Arbeitgeber ist gut beraten, sparsam und konsequent mit Abmahnungen umzugehen. Es sollte in der betrieblichen Praxis möglichst vermieden werden, mehr als drei Abmahnungen auszusprechen. Am besten ist es, wenn der Arbeitgeber von vornherein eine klare Strategie entwickelt und sich hieran hält. Dabei sollte der Arbeitgeber davon ausgehen, dass nur in besonderen Ausnahmefällen mehr als drei Abmahnungen ausgesprochen werden sollen.

Merke

Je schwerwiegender die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung, desto weniger Abmahnungen sind erforderlich. Je leichter die dem Arbeitnehmer vorgeworfenen Pflichtverletzungen, desto eher kommt eine zweite und gegebenenfalls dritte Abmahnung in Betracht. Auch aus dem Gesichtspunkt der Fürsorgepflicht wird man die Regel ableiten können, dass ein langes unbeanstandetes Beschäftigungsverhältnis es erfordert, dass der Arbeitgeber hier eher noch eine weitere Abmahnung ausspricht, bevor er kündigt (vgl. zum sog. Vertrauenskapital die „Emmely-Entscheidung“ des BAG 10.6.2010, 2 AZR 541/09, DB 2010, 2395).

Schließlich wird man davon ausgehen müssen, dass mit längerer Zeitdauer eine Abmahnung ihre Wirkintensität verliert und deshalb eher eine weitere Abmahnung erforderlich werden kann.

Sind mehrere Abmahnungen ausgesprochen worden, so ist es erforderlich, dass der Arbeitgeber seiner „letzten“ Abmahnung einen finalen Charakter gibt. Er muss also in der Abmahnung darauf hinweisen, dass es sich jetzt wirklich um die allerletzte Warnung handelt und hiernach die Kündigung folgt (BAG 15.11.2001, 2 AZR 609/00, NZA 2002, 968).

4.2 Abmahnung bei Organen?

- 35 Es stellt sich die Frage, ob auch Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften (insbesondere GmbH und AG) vor Ausspruch einer Kündigung abgemahnt werden müssen. Aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip folgend ist die Abmahnung notwendig und gegenüber der Kündigung milderes Mittel. Für das Dienstverhältnis eines GmbH-Geschäftsführers wird dagegen auch nach der Neuregelung in § 314 Abs. 2 BGB das Abmahnungserfordernis mangels Schutzbedürftigkeit verneint (BGH 2.7.2007, II ZR 71/06, NJW-RR 2007, 1520). Allerdings ist diese Auffassung umstritten (Winzer, GmbHR 2007, 1190 (1194)) und wird vom BAG (8.8.2002, 8 AZR 574/01, NZA 2002, 1323) offen gelassen. Vor diesem Hintergrund sollte jedenfalls in Fällen einer vergleichbaren Schutzbedürftigkeit, insbesondere des GmbH-Fremdgeschäftsführers, eine Abmahnung erfolgen.

4.3 Abmahnung außerhalb des KSchG?

- 36 Das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) findet gem. § 23 bekanntlich erst nach sechs Monaten und in Betrieben mit mehr als zehn Mitarbeitern Anwendung. Außerhalb des KSchG bedarf eine Kündigung also keines Kündigungsgrundes. Dennoch muss sie höherrangigem Recht entsprechen. Eine diskriminierende oder unter Verstoß gegen § 612a BGB ausgesprochene Kündigung ist gleichwohl

unwirksam. Besteht kein Bestandsschutz und braucht der Arbeitgeber insofern keinen Kündigungsgrund, ist auch nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Abmahnung nicht erforderlich (BAG 21.2.2001, 2 AZR 579/99, NZA 2001, 951 (954)). Der Arbeitgeber muss also nur die Kündigungsfrist einhalten und darf nicht vergessen, den Betriebsrat anzuhören. Dieser ist gem. § 102 BetrVG vor jeder Kündigung zu hören – also auch vor der Probezeitkündigung oder im Kleinbetrieb. Liegt der Probezeitkündigung in tatsächlicher Hinsicht allerdings ein vom Arbeitgeber beanstandetes Fehlverhalten des Arbeitnehmers zugrunde, muss der Arbeitgeber dies bei der Betriebsratsanhörung berücksichtigen. Der Arbeitgeber ist auch bei einer Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes verpflichtet, dem Betriebsrat „die Gründe für die Kündigung“ gem. § 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG mitzuteilen. Auch wenn der Arbeitgeber keinen Kündigungsgrund iSd. § 1 Abs. 2 KSchG vortragen muss, muss er dennoch die ihn subjektiv veranlassenden Gründe dem Betriebsrat mitteilen. Dabei ist es ausreichend, wenn er die Kündigung mit einem subjektiven Werturteil begründet – auch wenn dem Werturteil Tatsachen zugrunde liegen (BAG 12.9.2013, 6 AZR 121/12, NZA 2013, 1412). Nach neuerer Rechtsprechung des BAG gilt nur dann etwas anderes, wenn in Wirklichkeit nicht das Werturteil, sondern eine konkrete Verhaltensweise bzw. eine bestimmte Tatsache Anlass der Kündigung war. In diesem Fall kann der Arbeitgeber einer verstärkten Substantiierungspflicht unterliegen. Die Gefahr einer fehlerhaften Betriebsratsanhörung mit der Folge einer unwirksamen Kündigung steigt. Vor diesem Hintergrund ist es empfehlenswert, auch in Fällen, die außerhalb des KSchG eine Abmahnungspflicht begründen würden, nicht auf den konkreten Kündigungsanlass in der Betriebsratsanhörung abzustellen, sondern lediglich ein Werturteil mitzuteilen, zB „Arbeitnehmer mangelt es an Motivation“, „Arbeitnehmer erbringt unzureichende Leistungen“, „Arbeitnehmer ist ungeeignet“.

4.4 Kann wegen derselben abgemahnten Pflichtverletzung gekündigt werden?

Nein! Der Arbeitgeber muss sich vor Ausspruch der Abmahnung überlegen, ob er den ihm bekannten Kündigungssachverhalt durch Abmahnung verbrauchen will. Wird eine Abmahnung ausgesprochen, dann kommt eine Kündigung nur dann in Betracht, wenn der Arbeitgeber neuen kündigungsrelevanten Sachverhalt aufdeckt und zum Gegenstand der Kündigung macht. Gelegentlich kommt es vor, dass Personalverantwortliche zeitgleich verschiedene Pflichtverletzungen aufdecken und eine davon zum Gegenstand einer Abmahnung, eine weitere zum Gegenstand der Kündigung machen wollen. Das geht so nicht. Dem Arbeitnehmer muss nach Ausspruch der Abmahnung Gelegenheit gegeben werden, sein Verhalten zu ändern. Wird dagegen ein Kündigungssachverhalt abgemahnt und zeitlich nachfolgend eine Kündigung mit einem – durchaus auch pflichtengleichen – Fehlverhalten begründet, welches jedoch bereits vor Ausspruch der Ab-

37

mahnung liegt, dann hatte der Arbeitnehmer in diesem Fall gar keine Möglichkeit mehr, sein Fehlverhalten zu korrigieren. In einem solchen Fall kann allenfalls darüber nachgedacht werden, die beanstandeten Pflichtverletzungen zusammenzufassen und in ihrer Gesamtheit zu werten. Nur wenn man hier zu dem Ergebnis kommt, dass die festgestellten Pflichtverletzungen kumulativ so umfangreich und schwerwiegend waren, dass eine Abmahnung entbehrlich war, kann unmittelbar gekündigt werden.

Mit Ausspruch der Abmahnung wird also auf das Kündigungsrecht verzichtet (BAG 26.11.2009, 2 AZR 751/08, NZA 2010, 823). Dies gilt sogar im Fall einer Abmahnung während der Wartezeit iSd. § 1 Abs. 1 KSchG (BAG 13.12.2007, 6 AZR 145/07, NZA 2008, 403). Von einer Abmahnung während der Probezeit kann nur abgeraten werden. Grundsätzlich ist es Sinn und Zweck der Probezeit (genauer: der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses als Anwendungsvoraussetzung des KSchG) den Mitarbeiter auf seine fachlichen und sozialen Fähigkeiten in dem Betrieb zu testen. Kommt es bereits während dieses Zeitraums zu so erheblichen Konflikten oder Mängeln, dass der Arbeitgeber sich zum Ausspruch einer Abmahnung genötigt sieht, spricht in diesem Fall viel dafür, das Arbeitsverhältnis gar nicht erst über die Probezeit hinaus zu verlängern (abgesehen von rechtlich möglichen Konstruktionen, das Arbeitsverhältnis zB durch Ausspruch einer Kündigung mit verlängerter Kündigungsfrist zur Ausweitung des Probezeitrahmens zu beenden). Wenn der Arbeitgeber meint, dass den Mängeln/Verfehlungen des Mitarbeiters in der Probezeit nicht durch unterschwellige Maßnahmen (zB Ermahnung) abgeholfen werden kann, ist auch eine weitere gedeihliche Zusammenarbeit nicht zu erwarten. Hier sollte der Arbeitgeber sich immer wieder bewusst machen, dass nach Ablauf der sechs Monate eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung nur noch unter erschwerten Voraussetzungen möglich ist.

Hat der Arbeitgeber gleichwohl eine Abmahnung ausgesprochen und anschließend gekündigt und die Kündigung mit demselben Sachverhalt begründet, hat er möglicherweise einen nicht mehr gut zu machenden Fehler begangen: Der Kündigungssachverhalt ist durch die Abmahnung verbraucht. Er kann nicht mehr zum Gegenstand einer weiteren Kündigung gemacht werden. Greift der Arbeitnehmer diese Kündigung innerhalb der Dreiwochen-Frist gem. §§ 4, 7 KSchG an und stellt das Arbeitsgericht die Unwirksamkeit der Kündigung fest und sind zwischenzeitlich die ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses vorbei, genießt der Arbeitnehmer den vollen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz.

Beispiel: Die Probezeitkündigung

38

Mitarbeiter *Fröhlich* befindet sich in der Probezeit. Innerhalb der ersten drei Monate ist er bereits viermal zu spät gekommen – jeweils zwischen 20 Minuten und eineinhalb Stunden – ohne seine Vorgesetzten vorher von der Verspätung in Kenntnis zu setzen. Der Arbeitgeber meint es gut mit *Fröhlich*. Er hat Verständnis für „die jungen Leute“ und möchte dem *Fröhlich* die Karriere nicht schon zu früh verbauen. Er entschließt sich, eine Abmahnung wegen Verspätung auszusprechen und führt in der Abmahnung die einzelnen Verspätungssachverhalte auf.

Zum Ende der ersten sechs Monate des Beschäftigungsverhältnisses stellt der Arbeitgeber dann doch fest, dass die Zusammenarbeit mit *Fröhlich* nicht erfolversprechend ist und entscheidet, das Arbeitsverhältnis zu kündigen. Personalsachbearbeiter *Schlau* erklärt der Geschäftsführung, dass dies völlig unproblematisch möglich sei, weil *Fröhlich* ja noch in der Probezeit sei und deshalb die Kündigung keiner Gründe iSd. Kündigungsschutzgesetzes bedürfe. *Schlau* hört den Betriebsrat an und teilt diesem mit, dass das Arbeitsverhältnis „wegen zahlreicher Verspätungen, insbesondere am [*Datum*]“ gekündigt werden solle.

Fröhlich erhebt Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht. Als es zum Kammertermin kommt, liegt der Beginn des Arbeitsverhältnisses bereits zehn Monate zurück. *Schlau*, der die Entscheidung bei der Geschäftsstelle abfragt, muss völlig konsterniert zur Kenntnis nehmen, dass das Arbeitsgericht die Kündigung für unwirksam erklärt hat. Die Geschäftsleitung „tobt“.

Lösung

Dieses Ergebnis hätte einfach vermieden werden können. In der Betriebsratsanhörung hätte lediglich ein subjektives Werturteil zur Begründung der Kündigung stehen müssen, zB dass *Fröhlich* die in ihn gesetzten Erwartungen nicht erfüllt hat. Indem der Arbeitgeber allerdings konkret auf denselben Kündigungssachverhalt abstellt, den er bereits abgemahnt hat, verhält er sich widersprüchlich. *Fröhlich* durfte berechtigt erwarten, dass mit der Abmahnung die darin dargestellten Sachverhalte für den Arbeitgeber erledigt waren (BAG 6.3.2003, 2 AZR 128/02, NZA 2003, 1388).

4.5 Kann auch ein Betriebsratsmitglied abgemahnt werden?

- 39 Hier gilt es zu unterscheiden. Das Betriebsratsmitglied hat nämlich zwei „Hüte“ im Unternehmen auf. Einerseits ist es Betriebsratsmitglied und erfüllt kollektivrechtliche Aufgaben; andererseits ist es auch „normaler“ Arbeitnehmer. Beide Rollen sind streng auseinanderzuhalten, weil sie unterschiedliche Sanktionen erfordern.

Will der Arbeitgeber Pflichtwidrigkeiten rügen, welche das Betriebsratsmitglied in seiner Rolle als Betriebsrat begeht, spricht man von Amtspflichten. Ein Verhalten verletzt Amtspflichten, wenn das Betriebsratsmitglied gegen „kollektivrechtliche“ Pflichten verstößt. In einem solchen Fall kommt nur das Sanktionsverfahren gem. § 23 Abs. 1 BetrVG zur Anwendung. Hiernach können mindestens ein Viertel der wahlberechtigten Arbeitnehmer, der Arbeitgeber oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft beim Arbeitsgericht den Ausschluss eines Mitglieds aus dem Betriebsrat oder die Auflösung des Betriebsrats wegen grober Verletzung seiner gesetzlichen Pflichten beim Arbeitsgericht beantragen. Geht es demnach ausschließlich um die Verletzung von Amtspflichten so ist nur das vorgenannte Verfahren einschlägig (LAG HE 23.5.2013, 9 TaBV 17/13, BeckRS 2013, 70451, zum Ausschluss eines Betriebsratsvorsitzenden wegen Hitlervergleichs).

Geht es jedoch um die Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, kommt auch eine „normale“ Abmahnung in Betracht (BAG 19.7.2012, 2 AZR 989/11, BB 2013, 115). Allerdings muss der Arbeitgeber genau darauf achten, dass er Tatbestand und Rechtsfolgenandrohung beider Institute nicht vermengt. Unzulässig und damit aus der Personalakte zu entfernen ist eine Abmahnung mit der Amts-Fehlverhalten (hier gem. § 78 BetrVG) gerügt, als Sanktion aber die Kündigung des Arbeitsverhältnisses angedroht wird (BAG 9.9.2015, 7 ABR 69/13, NZA 2016, 57).

Merke

Auch die Abmahnung eines Arbeitnehmers während der Dauer des Betriebsratsmandats ist möglich und sinnvoll. Zwar genießt das Betriebsratsmitglied Sonderkündigungsschutz gem. § 15 Abs. 2 KSchG iVm. § 103 BetrVG, wonach es nur noch aus wichtigem Grund und bei Zustimmung des Betriebsrats kündbar ist. Vielfach führt diese – zugegeben – hohe Hürde dazu, dass Personalverantwortliche eine Kündigung des Betriebsratsmitglieds gar nicht erst in Erwägung ziehen.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass es in der Praxis auch zu erfolgreichen Kündigungen von Betriebsratsmitgliedern kommt. Dabei kann im Rahmen einer Kündigung aus wichtigem Grund der Ausspruch einer vorherigen Abmahnung erforderlich sein. Nicht jede Kündigung aus wichtigem Grund macht eine vorherige Abmahnung entbehrlich. Der wichtige Grund und die Erforderlichkeit einer vorherigen Abmahnung unterliegen einem unterschiedlichen Prüfungsmaßstab und unterscheiden sich geringfügig. Deshalb ist

also in diesem Zusammenhang eine Abmahnung des Betriebsratsmitglieds aus individualrechtlichen Gründen sinnvoll, weil sie eine notwendige Voraussetzung im Kündigungsverfahren sein kann, aber unter Umständen auch deshalb, um ein „Zeichen“ zu setzen.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass eine während der Amtszeit des Betriebsratsmitglieds ausgesprochene Abmahnung durchaus auch noch nach Ende der Amtszeit und Ablauf des nachfolgenden einjährigen Sonderkündigungsschutzes Wirkung entfalten kann, zu einem Zeitpunkt also, wo es weder eines wichtigen Grundes zur Kündigung bedarf noch die Zustimmung des Betriebsratsgremiums erforderlich ist. Vielmehr gilt nur noch das „normale“ Anhörungsverfahren gem. § 102 BetrVG.

Die Zulässigkeit einer Abmahnung von Betriebsratsmitgliedern wegen Amtspflichtverletzungen ist umstritten (dagegen BAG 25.10.1975, 1 AZR 94/74, DB 1976, 583; dafür GK-BetrVG/Wiese, § 87 BetrVG Rn. 251) und wird nach hiesiger Auffassung nicht für erforderlich gehalten. Entweder das Fehlverhalten hat die Qualität einer groben Pflichtverletzung iSd. § 23 Abs. 1 BetrVG oder nicht. Das Betriebsratsmitglied hat keinen Anspruch auf Sonderbehandlung. Hält man die Betriebsrats-Abmahnung für notwendig kommt sie ua wegen folgender Tatbestände in Betracht (vgl. Schiefer Die Abmahnung 93).

- Arbeitsverweigerung zum Zwecke nicht erforderlicher Betriebsratstätigkeit
- Verletzung der An- und Rückmeldepflicht vor und nach der Betriebsratstätigkeit, § 37 Abs. 2 BetrVG
- Teilnahme an einer – objektiv erkennbar – nicht erforderlichen Schulungsmaßnahme gem. § 37 Abs. 6 BetrVG
- ggf. Gewerkschaftswerbung im Betrieb
- Teilnahme des Betriebsratsmitglieds an einer Betriebsratssitzung trotz einer vom Arbeitgeber aufgezeigten notwendigen arbeitsvertraglichen Tätigkeit.

Schließlich kann noch das Betriebsratsgremium als solches nach Auffassung des ArbG Solingen betriebsverfassungsrechtlich abgemahnt werden (18.2.2016, 3 BV 15/15, DB 2016, 1381ff.). Nach dieser Auffassung soll so der Auflösungsantrag gem. § 23 Abs. 1 BetrVG vorbereitet werden können. Folgt man dieser Auffassung muss dann aber auch spiegelbildlich die betriebsverfassungsrechtliche Abmahnung des Arbeitgebers durch den Betriebsrat gem. § 23 Abs. 3 BetrVG möglich sein.

4.6 Kann auch im neuen Arbeitsverhältnis noch eine Abmahnung beim alten Arbeitgeber „herausgeklagt“ werden?

- 41 Es kann vorkommen, dass ein Arbeitnehmer beim alten Arbeitgeber bereits ausgeschieden ist und einen neuen Job gefunden hat. Trotzdem möchte er auch beim alten Arbeitgeber eine „weiße Weste“ behalten. Einen solchen Fall hatte das LAG Sachsen zu entscheiden. Es war der Auffassung, dass ein entsprechender Entfernungsanspruch nicht gegeben sei. Ein solcher Anspruch bestehe nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich nicht. Dieser sei nur im Ausnahmefall gegeben, in dem das berufliche Fortkommen dadurch beeinträchtigt sei. Das habe aber die Arbeitnehmerin weder dargelegt noch habe sie sich gegen das Arbeitszeugnis gewendet. Schließlich spreche auch die Tatsache, dass sie zwischenzeitlich ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen sei, gegen eine Beeinträchtigung ihrer Interessen (LAG SN 14.1.2014, 1 Sa 266/13, BeckRS 2014, 67005).

Nach der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte kann der Arbeitnehmer die Entfernung einer zu Unrecht erteilten Abmahnung aus seiner Personalakte verlangen, wenn zB

- die Abmahnung unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält,
- sie formell nicht ordnungsgemäß zu Stande gekommen ist,
- der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt wurde oder
- kein schutzwürdiges Interesse am Verbleib der Abmahnung in der Personalakte aus sonstigen Gründen mehr besteht (zB weil die Wirkungsdauer abgelaufen ist).

Hinsichtlich des letzten Punktes bestehen allerdings aufgrund der jüngeren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Fall „Emmely“ Zweifel, ob dieser Beseitigungsanspruch noch in dieser Form aufrechterhalten werden kann. Das BAG hatte im Rahmen der Interessenabwägung einen neuen Prüfungspunkt „Vertrauenskapital“ entwickelt. In diesem Zusammenhang muss man aus Arbeitgebersicht der alten Rechtsprechung zum Entfernungsanspruch entgegenhalten, dass auch Abmahnungen, die ggf. infolge Zeitablaufs ihre Wirkung als Voraussetzung einer Kündigung verloren haben, dennoch ihre Berechtigung im Rahmen der Interessenabwägung behalten. Das Argument ist, dass der Arbeitgeber nur so einer späteren Behauptung, es sei ein langjähriges unbeanstandetes Vertrauensverhältnis entstanden und insoweit Vertrauenskapital gegeben, erfolgreich entgegentreten kann (vgl. Schrader, NZA 2011, 180ff. sowie NJW 2012, 342 ff.). Das BAG stellt fest, dass ein Entfernungsanspruch voraussetze, dass der Arbeitgeber kein berechtigtes Interesse mehr an der Dokumentation der gerügten Pflichtverletzung hat. Dieses Interesse hänge vom konkreten Einzelfall ab und sei nicht per se gegeben, weil eine Abmahnung irgendwann einmal im Rahmen einer Interessenabwägung eine Rolle spielen könne. Vielmehr könne ein hinrei-

chend lange zurückliegender, nicht schwerwiegender und durch beanstandungsfreies Verhalten faktisch überholter Pflichtenverstoß seine Bedeutung auf für eine später erforderlich werdende Interessenabwägung gänzlich verlieren. Eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung im Vertrauensbereich demgegenüber werde für eine erhebliche Zeit von Bedeutung sein (BAG 19.7.2012, 2 AZR 782/11, NZA 2013, 91).

4.7 Wer darf abmahnen?

Oftmals stellt sich die Frage, wer überhaupt abmahnen darf. Insbesondere in dezentral organisierten Unternehmen mit vielen verschiedenen Standorten, Vertriebsdirektionen und Außenstellen kommt es immer wieder vor, dass Abmahnungen „unkoordiniert“ ausgesprochen werden. Das sollte – wenn möglich – vermieden werden. Es besteht ansonsten die Gefahr, dass keine einheitliche Unternehmenspolitik verfolgt wird und Personen Abmahnungen aussprechen, die dafür gar nicht ausreichend geschult oder dazu nicht berechtigt sind. Wichtig ist auch eine einheitliche „Abmahnungs-Politik“, also materielle Grundsätze, wann abgemahnt werden muss und wann nicht. Insofern droht dann die Gefahr, dass die Abmahnung ihren Zweck nicht mehr erfüllt und gegebenenfalls aufgrund von Formfehlern im Kündigungsschutzprozess nichts wert ist. 42

Grundsätzlich ist das Abmahnungsrecht weit gefasst. Es ist nicht auf reine Linienvorgesetzte oder Disziplinarvorgesetzte beschränkt, sondern steht jedem zu, der „weisungsbefugt“ gegenüber dem jeweiligen Arbeitnehmer ist (BAG 18.1.1980, 7 AZR 75/78, AuR 1981, 221). Dies ist ein entscheidender Unterschied zur Kündigung, bei der das Kündigungsrecht auf den „Kündigungsberechtigten“ eng beschränkt ist. Das ist in der Regel derjenige, der auch über die Einstellung entscheidet.

4.8 Welche Rechtsschutzmöglichkeiten hat der Arbeitnehmer?

Der Arbeitnehmer kann jederzeit Einsicht in seine Personalakte nehmen (§ 83 Abs. 1 S. 1 BetrVG). Er kann hierzu ein Mitglied des Betriebsrats hinzuziehen (§ 83 Abs. 1 S. 2 BetrVG). Außerdem kann der Arbeitnehmer eine Gegendarstellung zur Abmahnung in die Personalakte aufnehmen lassen (§ 83 Abs. 2 BetrVG). 43

Auch kann sich der Arbeitnehmer – wenn vorhanden – bei einer zuständigen Stelle des Betriebs über die Abmahnung beschweren (§ 84 Abs. 1 S. 1 BetrVG). Schließlich kann der Arbeitnehmer den Betriebsrat hinzuziehen, der, wenn er die Beschwerde für berechtigt hält, beim Arbeitgeber auf Abhilfe dringen muss (§ 85 Abs. 1 BetrVG). Grundsätzlich sieht das Beschwerdeverfahren nach § 25 Abs. 2 BetrVG vor, dass im Falle der fehlenden Einigung über die Berechtigung der Be-

schwerde der Betriebsrat die Einigungsstelle anrufen kann. Dies gilt jedoch nicht bei einer Beschwerde, die sich gegen eine Abmahnung des Arbeitgebers richtet (LAG RP 17.1.1985, 5 TaBV 36/84, NAZ 1985, 190).

4.9 Wie klagt man gegen die Abmahnung?

- 44 Die Rechtsprechung erkennt einen Anspruch auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte und stützt diesen auf §§ 242, 1004 BGB (BAG 23.6.2009, 2 AZR 606/08, NZA 2009, 1011). Der Anspruch setzt voraus, dass die Abmahnung in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht unzutreffend ist oder der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzt oder kein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers am Verbleib der Abmahnung in der Personalakte besteht (Grobys/Panzer-Regh Kommentar Arbeitsrecht Kap. 2 Rn. 32 mVa. BAG 20.8.2009, 2 AZR 499/08, NZA 2010, 227).

Die Darlegungs- und Beweislast trägt im Abmahnungsprozess der Arbeitgeber, weil er – ähnlich wie bei einer Kündigung – dem Arbeitnehmer Pflichtverletzungen vorwirft (BAG 26.1.1994, 7 AZR 640/92, BeckRS 1994, 30915379).

Der Streitwert einer Abmahnung beträgt in der Regel eine Monatsvergütung (vgl. den Streitwertkatalog der Streitwertkommission der Landesarbeitsgerichte v. 15.7.2014. Dort heißt es: „Orientierung am Monatsgehalt ohne starre Anbindung“).

5 Muster – Arbeitshilfen

5.1 Verwarnung

Will ein Arbeitgeber im Falle einer Vertragspflichtverletzung durch einen Mitarbeiter nicht zu einer Abmahnung greifen, welche als Vorstufe zu einer verhaltensbedingten Kündigung dient und insofern von Relevanz für den Fortbestand des Anstellungsverhältnisses sein kann, so kann er stattdessen auch eine Verwarnung, die teilweise auch als Ermahnung, Rüge oder Beanstandung bezeichnet wird, aussprechen. Die Verwarnung bietet sich deshalb insbesondere bei „kleineren“ Vertragsverstößen als Sanktionsinstrument des Arbeitgebers an. 45

Verwarnung

46

[Briefkopf Arbeitgeber]

Herrn/Frau [Name und Anschrift des Mitarbeiters, ggf. auch »im Hause«]

Betreff: Verwarnung [Datum]

Sehr geehrte/r Frau/Herr [Name],

leider sehen wir uns gezwungen, Sie aus folgendem Grunde zu verwarnen:

Wie mit Ihnen bereits am heutigen Tage besprochen, haben Sie wiederholt, nämlich am [Datum] und am [Datum], als Rezeptionist am Empfang Getränke und Essen auf Ihrem Arbeitstisch platziert, sodass für Besucher und Gäste unseres Hauses ein unordentlicher und ungepflegter erster Eindruck entstehen musste. Nach der bei uns geltenden und Ihnen bekannten Arbeitsordnung ist es aber untersagt, Essen und Getränke auf den Tischen zu platzieren.

Im Sinne eines einheitlichen Erscheinungsbildes unserer Mitarbeiter und Räumlichkeiten ist uns die Beachtung dieser Regeln aber wichtig und wir fordern Sie hiermit auf, sich künftig bitte stets an die betrieblichen Regeln zu halten.

Eine Durchschrift dieses Schreibens werden wir zu der Personalakte nehmen.

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift des Arbeitgebers]

Zur Kenntnis genommen

[Ort], den [Datum]

[Unterschrift des Mitarbeiters]

(vgl. auch das Beispiel bei Liebers/Jensen, FB ArbR, 429 (430))

5.2 Checkliste Abmahnung

- 47 (vgl. Ruge/Krömer/Pawlak/Rabe v. Pappenheim Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst 2014 7)

a) Feststellung des Sachverhalts

Welches konkrete Verhalten soll abgemahnt werden?

Schilderung des Verhaltens unter Angabe von Ort, Datum, Uhrzeit und Namen der Beteiligten

Welche Beweismittel (Fotos, Zeugen, Aufzeichnungen) stehen zur Verfügung?

b) Feststellung der Rechtslage

Gegen welche Pflichten (zB aus Arbeitsanweisungen, Arbeitsverträgen, Betriebsvereinbarungen, Tarifverträgen usw.) wurde verstoßen?

Ist die Abmahnung erforderlich oder entbehrlich? Entbehrlich, wenn der Verstoß so schwerwiegend und/oder beharrlich ist, dass eine sofortige Kündigung ausgesprochen werden kann oder die Pflichtverletzung so gering und sozialadäquat ist, dass eine Ermahnung oder gar keine Sanktion erforderlich ist.

Ist wegen gleichartigen Pflichtverstoßes (oder zumindest im selben Pflichtenkreis) bereits abgemahnt worden? Wenn ja: ggf. Ausspruch einer Kündigung!

Ist (nach Tarif- oder Arbeitsvertrag) eine Anhörung vor Abmahnung des Arbeitnehmers erforderlich? Grundsätzlich ist dies nicht der Fall.

Gibt es eine Vereinbarung mit dem Betriebsrat zur Anhörung des Arbeitnehmers vor Abmahnung? Auch dieser Fall ist äußerst selten.

c) Vorüberlegungen zur Formulierung der Abmahnung

Ist (nach Tarif- oder Arbeitsvertrag) eine schriftliche Abmahnung erforderlich? Wenn nein: mit Blick auf die Dokumentationsfunktion dennoch in jedem Fall ratsam.

Wird der Pflichtverstoß detailliert (Art, Ort und Zeit) dargelegt?

Wird die Pflichtwidrigkeit des abgemahnten Verhaltens deutlich?

Wird der Arbeitnehmer aufgefordert, sich künftig pflichtgemäß zu verhalten?

Werden für den Wiederholungsfall konkrete arbeitsrechtliche Konsequenzen (Kündigung) angedroht? Möglichst auch das Wort Kündigung verwenden.

Sammelabmahnung bei mehreren Verstößen ist nicht ratsam. Besser: gesonderte Abmahnung für jeden einzelnen Verstoß.

d) Sonstiges

Wurde die Abmahnung durch eine dazu berechnigte Person erklärt?

Hat der Arbeitnehmer den Empfang bzw. die Kenntnisnahme der Abmahnung bestätigt bzw. kann die (ggf. auch mündliche) Abmahnung anderweitig (zB durch Zeugen) bewiesen werden?

5.3 Grundmuster Abmahnung

In den folgenden Mustern sind die am häufigsten vorkommenden Pflichtverletzungen dargestellt. (Vgl. auch die ausgezeichneten Muster bei Schiefer Die Abmahnung, welche zT als Grundlage genutzt wurden.)

Abmahnung wg. verschiedener Pflichtverletzungen

48

Herrn/Frau [*Name*]

Abteilung Personal-Nr. ...

Sehr geehrte/r Frau/Herr [*Name*],

• Fernbleiben von der Arbeit

Nach unseren Feststellungen sind Sie am [*Tag*], dem [*Datum*], der Arbeit in der Frühschicht von 8.00 Uhr bis 14.00 Uhr ferngeblieben.

• Verspätung

haben sie am [*Tag*], dem [*Datum*], am [*Tag*], dem [*Datum*], sowie am [*Tag*], dem [*Datum*], die Arbeitszeit zu der um 6.00 Uhr beginnenden Frühschicht um jeweils ____, ____, ____, (Minuten) verspätet aufgenommen.

• Verletzung der Anzeigepflicht bei Erkrankung

haben Sie Ihre Erkrankung in der Zeit von [*Datum*] bis [*Datum*] nicht unverzüglich angezeigt und/oder die ärztliche Bescheinigung über Ihre Arbeitsun-

fähigkeit und deren voraussichtliche Dauer erst nach Ablauf des vierten Kalendarstages nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit, d. h. am *[Datum]* vorgelegt.

Durch Ihr unentschuldigtes Fehlen von der Arbeit/durch Ihre wiederholte verspätete Arbeitsaufnahme/durch die Nichtanzeige/verspätete Anzeige Ihrer Erkrankung haben Sie gegen Ihre arbeitsvertraglichen Pflichten aus ... § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG ... verstoßen. Zudem sind bei unserer täglichen Personaldisposition erhebliche Schwierigkeiten entstanden, da – wie Sie wissen – kurzfristige Arbeitsausfälle nur schwer kompensiert werden können und den Arbeitsablauf behindern.

Wir teilen Ihnen mit, dass wir Ihr Verhalten nicht hinnehmen und sprechen Ihnen hiermit eine arbeitsrechtliche

Abmahnung

aus. Wir ersuchen Sie dringend, sich in Zukunft vertragsgemäß zu verhalten und Ihren Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag zu genügen.

Wir machen Sie zugleich darauf aufmerksam, dass wir im Falle eines weiteren Verstoßes gegen Ihre arbeitsvertraglichen Pflichten, der nicht auf die Wiederholung der oben genannten Pflichtverletzungen unmittelbar beschränkt ist, uns vorbehalten, Ihr Arbeitsverhältnis – ggf. auch fristlos – zu kündigen.

oder

Wir weisen Sie ausdrücklich darauf hin, dass Sie im Wiederholungsfall bei einem gleichgelagerten oder einem ähnlichen Verhalten mit weiteren arbeitsrechtlichen Schritten bis hin zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechnen müssen.

Eine Durchschrift dieser Abmahnung werden wir zu der Personalakte nehmen.

Hochachtungsvoll

[Name].....

Ich bestätige hiermit, dass ich heute – während der Arbeitszeit – die Abmahnung vom *[Datum]* erhalten habe.

Der Unterzeichnete hat Herrn/Frau *[Name]* die Abmahnung vom *[Datum]* am Arbeitsplatz, in seinem Büro übergeben; der/die Arbeitnehmer/in war nicht bereit, den Empfang der schriftlichen Abmahnung zu quittieren.

5.4 Abmahnung wegen Verletzung der Anzeigepflicht bei Krankheit

Gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber bei Arbeitsunfähigkeit deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen (sog. **Anzeigepflicht**). Unverzüglich (vorheriger Arztbesuch ist nicht notwendig) bedeutet, ohne schuldhaftes Zögern. Im Normalfall muss die beim Arbeitgeber zuständige Stelle – zB Personalabteilung, Vorgesetzter – mündlich oder schriftlich – persönlich während der üblichen Betriebsstunden informiert werden. Das Arbeitsverhältnis ist ein sog. personales Rechtsverhältnis, der Arbeitnehmer kann sich daher grundsätzlich auch der Anzeigepflicht und dem ggf. unangenehmen persönlichen Anruf beim Vorgesetzten nicht dadurch entziehen, dass er jemand anderes, zB den Partner „vorschickt“. Nur in Ausnahmefällen kommt dies in Betracht, zB dann wenn der Arbeitnehmer so krank ist (Fieber), dass ein persönlicher Anruf den Heilungsverlauf gefährdet oder unmöglich (Heiserkeit) ist.

Verstößt der Arbeitnehmer gegen die Anzeigepflicht, kommt folgende Abmahnung in Betracht (BAG 16.8.1991, 2 AZR 604/90, NZA 1993, 17).

Abmahnung

50

Sehr geehrte/r Frau/Herr [*Name*],

am [*Datum*] sind Sie nicht zur Arbeit erschienen. Sie haben uns an diesem Tag nicht über Ihr Fernbleiben informiert.

Erst am [*Datum*] haben Sie gegenüber dem Personalleiter erklärt, Sie seien krank gewesen.

Sie haben hierdurch gegen Ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. Gem. § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG sind Sie verpflichtet, die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen.

Im Interesse eines ordnungsgemäßen Betriebsablaufs müssen wir darauf bestehen, dass diese gesetzliche Verpflichtung eingehalten wird. Wir weisen ausdrücklich darauf hin, dass wir Ihr Fehlverhalten nicht hinnehmen können und wollen.

Sollten Sie sich weitere derartige Pflichtverletzungen zu Schulden kommen lassen, müssen Sie mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechnen.

5.5 Verletzung der Nachweispflicht im Falle der Erkrankung (§ 5 EFZG)

- 51 Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, hat der Arbeitnehmer gem. § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer spätestens am darauffolgenden Tag vorzulegen (sog. **Nachweispflicht**, vgl. zum Problemkreis des „Gefälligkeitsattests“ Heider, NJW 2015, 1051 unter IV.).

Hinweis

Der Arbeitgeber ist nach § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG berechtigt, die Vorlage der ärztlichen Bescheinigung früher zu verlangen. Diese Regelung eröffnet ihm nicht nur das Recht der zeitlich früheren Anforderung, sondern daneben das Recht, den Nachweis der Arbeitsunfähigkeit durch Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung auch für Zeiten zu verlangen, die nicht länger als 3 Tage andauern, zB auch für eine eintägige Arbeitsunfähigkeit. Das Verlangen nach § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG bedarf weder einer Begründung noch eines sachlichen Grundes oder gar besonderer Verdachtsmomente auf Vortäuschung einer Erkrankung in der Vergangenheit. Es steht im sog. „nicht gebundenen Ermessen“ des Arbeitgebers. Außerhalb von Willkür kann der Arbeitgeber daher diese Pflicht auch individuell bestimmen, ohne dass hiermit eine Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebotes einhergeht (BAG 14.11.2012, 5 AZR 886/11, PuR 2012, 245).

Bei Verletzung der Verpflichtung zur Vorlage eines Attestes kommt die folgende Abmahnung in Betracht.

52 Abmahnung

Herrn/Frau [*Name*]

Abteilung Personal-Nr. ...

Sehr geehrte/r Frau/Herr [*Name*],

in der Zeit vom [*Datum*] bis [*Datum*] sind Sie nicht zur Arbeit erschienen. Sie haben uns zwar am [*Datum*] mitgeteilt, dass Sie krank gewesen seien, aber entgegen § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG die am [*Datum*]ausgestellte ärztliche Bescheinigung über Ihre Arbeitsunfähigkeit uns erst am [*Datum*] zukommen lassen.

Durch dieses Verhalten haben Sie gegen Ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. Wir weisen darauf hin, dass wir dieses Fehlverhalten nicht hinnehmen können und wollen. Sollten Sie sich weitere Pflichtverletzungen zu Schulden kommen lassen, müssen Sie damit rechnen, dass wir das Arbeitsverhältnis kündigen werden.

Alternative

Sie sind in der Zeit vom [Datum] bis [Datum] krankheitsbedingt nicht zur Arbeit erschienen. Sie haben uns zwar am [Datum] von Ihrer Erkrankung unterrichtet, aber die ärztliche Bescheinigung über Ihre Arbeitsunfähigkeit uns erst am [Datum] zukommen lassen. Damit haben Sie gegen Ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. Gem. § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG ist dann, wenn eine Erkrankung länger als drei Kalendertage dauert, die ärztliche Bescheinigung spätestens am darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen. Das wäre somit der [Datum] gewesen. Wir mahnen Sie wegen Verletzung der Nachweispflicht ab und fordern Sie auf, bei künftigen Erkrankungen die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung jeweils rechtzeitig vorzulegen. Sollten Sie sich weitere Pflichtverletzungen zu Schulden kommen lassen, müssen Sie damit rechnen, dass wir das Arbeitsverhältnis kündigen.

5.6 Abmahnung wegen Alkohol

Natürlich braucht der Arbeitgeber Alkohol- und/oder Drogenkonsum am Arbeitsplatz nicht zu dulden und kann hierauf eine Abmahnung und ggf. Kündigung begründen. 53

Abmahnung wg. Alkohol

Sehr geehrte/r Frau/Herr [Name],

Wir haben am [Datum] um [Uhrzeit] Uhr festgestellt, dass Sie in erheblich alkoholisiertem Zustand am Arbeitsplatz erschienen sind. Sie hatten eine Alkoholfahne und haben am Telefon gelallt, sodass es zu Beschwerden von Kunden und Kollegen gekommen ist. Ihre Vorgesetzte, Frau [Name] musste Sie deshalb von Ihrem Arbeitsplatz entfernen und nach Hause schicken. Ihr Verhalten stellt eine Verletzung Ihrer arbeitsvertraglichen Pflichten/einen Verstoß gegen das betriebliche Alkoholverbot dar. Darunter ist das Verbot zu verstehen, Alkohol im Betrieb zu konsumieren sowie in alkoholisiertem Zustand zur Arbeit zu erscheinen. Wir sind nicht gewillt, ein derartiges Verhalten weiterhin zu dulden und fordern Sie auf, Ihre arbeitsvertraglichen Pflichten zukünftig uneingeschränkt zu erfüllen/das betriebliche Alkoholverbot zukünftig strengstens zu beachten. Wir weisen ausdrücklich darauf hin, dass Sie im Wiederholungsfall mit der Kündigung Ihres Arbeitsverhältnisses zu rechnen haben.

5.7 Abmahnung wegen – unerlaubter – Nebentätigkeit

- 54 In der Privatwirtschaft kann eine Nebentätigkeit nur abgemahnt werden, wenn sie zulässigerweise untersagt worden ist oder durch sie das Arbeitsverhältnis erheblich beeinträchtigt wird. Dies kann der Fall sein bei Konkurrenz­­tätigkeit oder so erheblicher Beanspruchung durch die Nebentätigkeit, dass die Haupt­­tätigkeit dadurch beeinträchtigt wird. Soweit danach eine Abmahnung in Betracht kommt, könnte sie wie folgt aussehen:

Abmahnung

Sehr geehrte/r Frau/Herr [*Name*],

wir sind darüber informiert worden, dass Sie entgegen der im Arbeitsvertrag festgehaltenen Vereinbarung eine Nebentätigkeit/Nebenbeschäftigung/Beschäftigung als [*Berufsbezeichnung*] ausüben, ohne hierfür die vorherige Zustimmung von uns eingeholt zu haben. Sie sind mehrmals in der Woche abends und nachts als Bedienung in der Gastwirtschaft [*Name*] tätig.

Dadurch, dass Sie nicht unsere vorherige Zustimmung eingeholt haben, haben Sie gegen den Arbeitsvertrag verstoßen. Wir fordern Sie auf, bei künftigen Nebentätigkeiten künftig vorher unsere Zustimmung einzuholen. Gleichzeitig weisen wir darauf hin, dass die von Ihnen ausgeübte Nebentätigkeit – jedenfalls im bisherigen Umfang – nicht genehmigungsfähig ist, weil Sie regelmäßig übermüdet am Arbeitsplatz erscheinen und dadurch das Hauptarbeitsverhältnis mit uns unzumutbar beeinträchtigt wird. Ihre Arbeitsergebnisse sind seit Aufnahme der Nebentätigkeit stark zurückgegangen und auch in arbeitsschutzrechtlicher Hinsicht haben wir Bedenken, dass die Arbeit infolge Übermüdung gefährlich ist.

Wir erwarten von Ihnen, dass Sie diese unerlaubte Nebentätigkeit/Nebenbeschäftigung/Beschäftigung als [*Berufsbezeichnung*] unverzüglich einstellen.

Ihr Verhalten stellt eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung dar, die wir ausdrücklich missbilligen. Sie müssen deshalb mit einer Kündigung rechnen, wenn Sie sich erneut nicht vertragsgemäß verhalten.

5.8 Teilnahme an einer nicht erforderlichen Schulungsmaßnahme des Betriebsrats

Abmahnung

55

(angelehnt an BAG 11.10.1993, 7 AZR 682/92, DB 1994, 2554)

„Vom [Datum] bis [Datum] haben Sie an dem Seminar „Ökosystem Watt – Personalarbeit in Zeiten der Erderwärmung“, veranstaltet durch das Biologische Forschungsamt Sylt, teilgenommen. Wir haben mit Schreiben vom [Datum] und [Datum] ausdrücklich Ihrer Teilnahme an diesem Seminar widersprochen, da wir der Auffassung waren und sind, dass dieses Seminar für die Betriebsratsarbeit in unserem Unternehmen in keinerlei Hinsicht erforderlich ist. Sie haben – ungeachtet unseres Widerspruchs – an dem Seminar teilgenommen und uns sogar die Kosten in Rechnung gestellt.

Wir betrachten Ihr Verhalten als unentschuldigtes Fernbleiben von der Arbeit. Wir erteilen Ihnen deshalb diese Abmahnung und fordern Sie auf, zukünftig Ihren arbeitsvertraglichen Verpflichtungen nachzukommen. Im Wiederholungsfall müssen Sie mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechnen.“

5.9 Abmahnung eines nicht freigestellten Betriebsratsmitglieds wegen Verletzung der Abmeldepflicht

Anlass zu Streit gibt häufiger die Frage der Abmeldepflicht von nicht freigestellten Betriebsratsmitgliedern zur Betriebsratsarbeit. Die Betriebsräte pochen darauf, dass sie nicht sagen müssen, welcher konkreten Betriebsratsarbeit sie gerade nachgehen wollen; die Arbeitgeber bestehen auf der Verpflichtung, dass die Betriebsräte sich jedenfalls beim Vorgesetzten abmelden und sicherstellen, dass infolge des Verlassens des Arbeitsplatzes keine Schäden entstehen. Auch freigestellte Betriebsräte haben sich nach einer aktuellen Entscheidung des BAG bei Verlassen des Betriebsgeländes abzumelden (BAG 24.2.2016, 7 ABR 20/14, NZA 2016, 831).

56

Abmahnung

„Am [Datum] haben Sie sich vom Arbeitsplatz entfernt und gegenüber dem Kollegen [Name] angegeben, Sie müssten jetzt „Betriebsratsarbeit“ machen. Tatsächlich verließen Sie die Geschäftsräume, um an einer Gewerkschaftsveranstaltung in Ihrer Funktion als Gewerkschaftsmitglied teilzunehmen.

Wir machen Sie hiermit darauf aufmerksam: Wenn Sie Rechte aus § 37 BetrVG wahrnehmen, sind Sie verpflichtet, sich zuvor abzumelden, und zwar beim Arbeitgeber. Es geht nicht an, dass Sie dritten Arbeitnehmern gegenüber irgendwelche Infos hinterlassen. Sie haben gegen Ihre Abmeldepflichtung verstoßen.

Zudem war die Abwesenheit auch inhaltlich nicht vom Freistellungsanspruch gem. § 37 BetrVG gedeckt. Hiervon ist nur echte Betriebsratsarbeit, nicht aber Gewerkschaftsarbeit gedeckt.

So wie Sie sich verhalten, geht es nicht und wird es auch in Zukunft nicht gehen. Wir werden dieses Verhalten unter keinen Umständen tolerieren. Wir erteilen Ihnen hiermit eine Abmahnung mit dem Hinweis, dass im Wiederholungsfalle Konsequenzen arbeitsrechtlicher Art gezogen werden und Sie mit einer Kündigung rechnen müssen“ (BAG 15.7.1992, 7 AZR 466/91, DB 1993, 438; BAG 29.6.2011, 7 ABR 135/09, DB 2012, 747).

5.10 Erneuerung einer entwerteten Warnfunktion/ „allerletzte“ Abmahnung

- 57 Hat der Arbeitgeber – was grundsätzlich zu vermeiden ist – bereits zu viele Abmahnungen erteilt, so muss er versuchen, die Kündigungsoption wieder herzustellen und den Fehler durch eine neue Abmahnung wieder zu heilen.

Abmahnung

Sehr geehrte/r Frau/Herr [Name],

Sie haben am [Datum] wie folgt gegen Ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen: ...

Dies ist unsere **letztmalige Abmahnung**; wir hoffen in Zukunft auf Ihr pflichtgemäßes Verhalten. Bei einer erneuten Pflichtverletzung werden wir das mit Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis definitiv kündigen.

Diese Abmahnung werden wir zu Ihrer Personalakte nehmen.

Betina Kirsch

Altersteilzeit

Inhalt

1 Individualarbeitsrecht.	49
1.1 Überblick	49
1.2 Steuer- und Beitragsfreiheit der Aufstockungsleistungen nach ATG ..	50
1.2.1 Progressionsvorbehalt	50
1.2.2 Steuer- und Beitragsfreiheit setzt Altersteilzeit iSd. ATG voraus	51
1.3 Voraussetzungen eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses	51
1.3.1 Vorab: Kein Rechtsanspruch auf Altersteilzeit	51
1.3.1.1 Überforderungsschutz	52
1.3.1.2 Freiwillige Gewährung versus allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz	52
1.3.2 Aufstockungsleistungen nach § 3 Abs. 1 ATG	53
1.3.2.1 Aufstockung des Regelarbeitsentgelts	54
1.3.2.1.1 Ungekürzte regelmäßig gezahlte Entgeltbestandteile während der Altersteilzeit	55
1.3.2.1.2 Gestaltungsspielräume bei der Ermittlung des Altersteilzeitentgelts	55
1.3.2.2 Zusätzliche Beiträge zur Rentenversicherung	56
1.3.3 Begünstigter Personenkreis gem. § 2 ATG	57
1.3.3.1 Reduzierung der bisherigen wöchentlichen Arbeitszeit um die Hälfte	57
1.3.3.1.1 Blockmodell	58
1.3.3.1.2 Kombination aus kontinuierlichem Modell und Blockmodell	59
1.3.3.2 Altersrentenzugang mit Ende der Altersteilzeit	60
1.3.3.3 Schriftform der Altersteilzeitvereinbarung	63
1.3.3.4 Dauer der Altersteilzeit	63
1.3.3.4.1 Mindestdauer	63
1.3.3.4.2 Maximale Dauer im kontinuierlichen Modell	63
1.3.3.4.3 Maximale Dauer im Blockmodell	64
1.3.3.4.3.1 Tarifvorbehalt	64
1.3.3.4.3.2 Ausnahmen vom Tarifvorbehalt	66

1.4	Ende der Altersteilzeit.	66
1.4.1	Vereinbarung über Endzeitpunkt der Altersteilzeit	66
1.4.2	Ende kraft Gesetzes	67
1.4.3	Kündigung	67
1.4.3.1	Aktivphase.	68
1.4.3.2	Freistellungsphase	68
1.4.4	Aufhebungsvertrag	68
1.5	Störfälle während der Altersteilzeit.	69
1.5.1	Sozialversicherungsrechtliche Folgen.	69
1.5.2	Arbeitsrechtliche Folgen	69
1.6	Insolvenzversicherung während der Altersteilzeit	70
2	Mitbestimmung des Betriebsrats	72
2.1	Echte Mitbestimmungsrechte.	72
2.2	Sonstige Beteiligungsrechte.	73
3	Tarifrechtliche Einflüsse.	74
4	Häufig gestellte Fragen (FAQ)	76
4.1	Darf der Arbeitnehmer während der Aktivphase der Altersteilzeit freigestellt werden?	76
4.2	Darf der Arbeitnehmer während der Aktivphase der Altersteilzeit Mehrarbeit leisten?	76
4.3	Kann der Altersteilzeitarbeitnehmer während der Freistellungsphase beim selben Arbeitgeber weiterbeschäftigt werden?	77
4.4	Darf der Arbeitnehmer während der Altersteilzeit Nebenbeschäftigungen bei einem anderen Arbeitgeber oder selbstständige Tätigkeiten bei seinem eigenen Arbeitgeber ausüben? . . .	78
4.5	Darf die Laufzeit der Altersteilzeit im Nachgang einvernehmlich geändert werden?	78
4.6	Wie ist zu verfahren, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn der Altersteilzeit erkrankt ist?	79
4.7	Wie ist zu verfahren, wenn der Arbeitnehmer beim Blockmodell in der Arbeitsphase erkrankt? Wer füllt das fehlende Wertguthaben auf?	80
4.7.1	Innerhalb der Entgeltfortzahlung.	80
4.7.2	Nach Ablauf der Entgeltfortzahlung.	80

4.8	Wie ist zu verfahren, wenn der Arbeitnehmer erst während der Freistellungsphase erkrankt?	82
4.9	Was passiert, wenn dem Altersteilzeitarbeitnehmer eine Rente wegen Erwerbsminderung bewilligt wird?	82
4.9.1	Volle Erwerbsminderungsrente	82
4.9.2	Teilweise Erwerbsminderungsrente	83
4.10	Welchen Urlaubsanspruch hat der Arbeitnehmer während der Altersteilzeit im Blockmodell?	84
4.11	Kann sich der Arbeitnehmer nach Ablauf der Altersteilzeit arbeitslos melden?	85
4.12	Kann der Arbeitnehmer nach Ende der Altersteilzeit wieder eingestellt werden?	86

1 Individualarbeitsrecht

1.1 Überblick

Als arbeitsmarktpolitisches Nachfolgeinstrument zum Vorruhestand, der bis zum 31.12.1988 von der Agentur für Arbeit gefördert wurde und ein vollständiges Ausscheiden aus dem Erwerbsleben vorsah, ermöglicht die Altersteilzeit (geregelt im ATG vom 23.7.1996) bei **Reduzierung der Arbeitszeit um die Hälfte** einen gleitenden und **gesetzlich subventionierten Übergang in die gesetzliche Altersrente**. Intention des Gesetzgebers war es, durch das Freiwerden von Arbeitsplätzen und deren anschließende Wiederbesetzung mit arbeitslosen Arbeitnehmern, den Arbeitsmarkt zu beleben. 1

Die gesetzliche Subventionierung besteht **nach geltender Rechtslage** maßgebend darin, dass **Aufstockungsleistungen des Arbeitgebers** zum Teilzeitentgelt in den gesetzlichen Grenzen des bisherigen Vollzeitnettoehalts **steuer- und sozialversicherungsfrei** sind und damit einen effektiven Anreiz darstellen, die Arbeitszeit hälftig zu reduzieren. Dies ist nach heutiger Rechtslage der besondere Mehrwert einer Teilzeit in Form der Altersteilzeit. Ursprünglicher Wesenskern der Altersteilzeit war die **Förderung** der Altersteilzeit durch die **Bundesagentur für Arbeit (BA)**. Der Arbeitgeber konnte sich die geleisteten Aufstockungsleistungen weitgehend von dieser erstatten lassen, wenn der freigemachte Arbeitsplatz mit einem Arbeitslosen wiederbesetzt wurde. Diese Form der gesetzlichen Subventionierung, die auf sechs Jahre beschränkt war, spielt für die Praxis ab dem Jahr 2016 kaum eine Rolle mehr. Die Förderung durch die BA kann nur noch für Altersteilzeitarbeitsverhältnisse beansprucht werden, bei denen die Fördervoraussetzungen vor dem 1.1.2010 vorgelegen haben. **Das Förderrecht der BA ist daher nicht Gegenstand dieses Kapitels.** 2

Ungeachtet des Ablaufs der Förderung durch die BA ist die Altersteilzeit (insbesondere in Form des Blockmodells) aufgrund der Steuer- und Beitragsfreiheit der vom Arbeitgeber geleisteten Zuschüsse ein beliebtes, da sozialverträgliches Frühverrentungs- und Personalabbauinstrument, das Gegenstand zahlreicher Sozialpläne ist. Der Gesetzgeber hat in § 1 Abs. 3 ATG ausdrücklich geregelt, dass die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Privilegierung der Altersteilzeit trotz Auslaufen der Förderung durch die BA bestehen bleibt.

In fast allen bedeutenden Wirtschaftszweigen existieren Tarifverträge zur Umsetzung der gesetzlichen Regelung (BAG 18.9.2001, 9 AZR 397/00, NZA 2002, 1161). Dies hängt vor allem damit zusammen, dass das ATG in erster Linie das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Bundesagentur für Arbeit regelt und zahlreiche arbeitsrechtliche Fragen offen lässt. Ferner hat der Gesetzgeber bei der Altersteilzeit im Blockmodell, die in der Praxis den Regelfall darstellt, nur den Tarifvertragsparteien das Recht vorbehalten, eine Verblockung von Aktiv- bzw. Freistellungsphase über drei Jahre hinaus zu vereinbaren (sog. Tarifvorbehalt).

Zusammenfassung

Das ATG definiert mittlerweile nach Auslaufen der Förderung durch die BA die maßgebenden Voraussetzungen der Steuer- und Sozialversicherungsfreiheit der Zuschussleistungen des Arbeitgebers zum Teilzeitentgelt, die nur dann gegeben sind, wenn eine Altersteilzeit iSd. ATG vorliegt.

1.2 Steuer- und Beitragsfreiheit der Aufstockungsleistungen nach ATG

- 3 Nach § 3 Nr. 28 EStG sind steuerfrei
- die Aufstockungsbeträge zum Altersteilzeitentgelt (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 a ATG)
 - die erhöhten Beiträge zur Rentenversicherung (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 b ATG) bzw. die Aufwendungen iSd. § 4 Abs. 2 ATG, wenn der Arbeitnehmer von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht gem. § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 oder § 231 Abs. 1 und 2 SGB VI befreit ist.

Die Beitragsfreiheit der vorgenannten Arbeitgeberleistungen folgt aus § 1 Abs. 1 Nr. 1 SVEV, wonach Zuschüsse, die zusätzlich zu Löhnen und Gehältern gezahlt werden, nicht dem beitragspflichtigem Arbeitsentgelt zuzuordnen sind, sofern sie lohnsteuerfrei sind.

Die Steuerfreiheit besteht nach R 3.28 Abs. 3 LStR 2015 jedoch nur, soweit die Aufstockungsbeträge zusammen mit dem während der Altersteilzeitarbeit bezogenen Nettoarbeitslohn monatlich 100 % des maßgebenden Arbeitslohns nicht übersteigen. Maßgebend ist bei laufendem Arbeitslohn der Nettoarbeitslohn, den der Arbeitnehmer im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum ohne Altersteilzeitarbeit üblicherweise erhalten hätte (Berechnungsbeispiel s. LStH 3.28).

1.2.1 Progressionsvorbehalt

- 4 Die Aufstockungszahlungen nach § 3 Abs. 1 a ATG unterliegen dem Progressionsvorbehalt nach § 32 b Abs. 1 Nr. 1 g EStG, der erst iRd. Einkommenssteueranlagung zur Anwendung kommt. D.h. die Aufstockungsbeträge bleiben zwar steuerfrei, aber das übrige steuerpflichtige Einkommen wird mit dem Steuersatz besteuert, der sich ergäbe, wenn die Aufstockungsbeträge der Steuer unterliegen würden. Daher sind Steuernachzahlungen bei Altersteilzeitfällen keine Seltenheit. Die damit verbundenen Nachteile trägt ohne besondere Vereinbarung der Arbeitnehmer.

Die zusätzlichen Beiträge zur Rentenversicherung gem. § 3 Abs. 1 b ATG fallen nicht unter den Progressionsvorbehalt (Küttner/Seidel Personalbuch 2015 Altersteilzeit Rn. 28).

Hinweis

In der Zusage des Arbeitgebers, das Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers während der Altersteilzeit auf einen Prozentsatz des um die gesetzlichen Abzüge verminderten Arbeitsentgelts aufzustocken (Nettogarantie), liegt nicht ohne Weiteres die Verpflichtung des Arbeitgebers, die steuerliche Mehrbelastung zu übernehmen, die dadurch entsteht, dass zwar der Aufstockungsbetrag selbst steuerfrei bleibt, sich jedoch der Steuersatz für das zu versteuernde Einkommen erhöht (BAG 25.6.2002, 9 AZR 155/01, DB 2002, 2491).

1.2.2 Steuer- und Beitragsfreiheit setzt Altersteilzeit iSd. ATG voraus

Die steuer- und beitragsrechtlichen Begünstigungen greifen nur dann ein, wenn die Voraussetzungen einer Altersteilzeit iSd. ATG erfüllt sind (s. R 3.28 LStR 2015). Jegliche Abweichungen von den gesetzlichen Voraussetzungen gefährden die gesetzliche Subventionierung.

5

Daher ist es besonders wichtig, die einzelnen Voraussetzungen der Altersteilzeit zu befolgen.

Hinweis

Die Spitzenverbände der Sozialversicherung haben am 2.11.2010 für Altersteilzeitarbeitsverhältnisse, die ab dem 1.7.2004 beginnen ihr Rundschreiben vom 9.3.2004 zur Altersteilzeit überarbeitet. Zahlreiche Fallkonstellationen und Problematiken aus der Praxis, die im Laufe der Altersteilzeit eintreten können, werden dort ausführlich beleuchtet. Insbesondere werden die für die Beitragsfreiheit der Aufstockungsbeträge maßgebenden Voraussetzungen der Altersteilzeit definiert. Wenngleich das Rundschreiben rechtlich keine bindende Wirkung hat, empfiehlt sich die Lektüre und Befolgung in der Praxis, um Streitigkeiten mit der Sozialversicherung zu vermeiden.

1.3 Voraussetzungen eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses

1.3.1 Vorab: Kein Rechtsanspruch auf Altersteilzeit

Das ATG normiert keinen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf Altersteilzeit. Ein Anspruch kann sich nur aus einem Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder individualvertraglich ua. aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung ergeben.

6

1.3.1.1 Überforderungsschutz

- 7 Für kollektivrechtliche Vereinbarungen ist überdies zum Schutze des Arbeitgebers eine Anspruchsschranke im ATG selbst enthalten. § 3 Abs. 1 Nr. 3 ATG steht einem Kontrahierungszwang entgegen, wenn die Altersteilzeit auf Basis kollektivrechtlicher Vorschriften (Tarifvertrag, Haustarifvertrag, erzwingbare Betriebsvereinbarung auf Basis eines Tarifvertrags) gewährt wird. Danach muss bei einer über 5 % der Arbeitnehmer des Betriebs hinausgehenden Inanspruchnahme der Altersteilzeitarbeit die freie Entscheidung des Arbeitgebers, ob er Altersteilzeit gewähren will, sichergestellt sein oder eine Ausgleichskasse der Arbeitgeber oder eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien bestehen. Der Gesetzgeber wollte damit eine Überforderung des Arbeitgebers vermeiden. Die Beschäftigung von Arbeitnehmern über die gesetzliche Quote hinaus ist ein negatives Tatbestandsmerkmal, das bereits die Entstehung des Anspruchs hindert (BAG 15.11.2011, 9 AZR 387/10, NZA 2012, 218).

Der Überforderungsschutz greift jedoch dann nicht ein, wenn der Arbeitgeber durch freiwillige Betriebsvereinbarung einen Anspruch auf Altersteilzeit einräumt, ohne dass in der Betriebsvereinbarung ein Überforderungsschutz geregelt ist (Nimscholz/Oppermann/Ostrowicz Altersteilzeit Ziff. 6.1). Eine solche Betriebsvereinbarung kann durch den Betriebsrat nicht erzwungen werden und bedarf daher dieser Kontrahierungsschranke nicht.

In einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung können Auswahlkriterien geregelt werden, wenn mehr als 5 % der Arbeitnehmer Altersteilzeit beantragen.

Zur Vertiefung: Nimscholz/Oppermann/Ostrowicz Altersteilzeit Ziff. 6.

1.3.1.2 Freiwillige Gewährung versus allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz

- 8 Entschließt sich der Arbeitgeber auf freiwilliger Basis Altersteilzeit anzubieten, ist er dennoch hinsichtlich der Frage, **mit wem** er eine Altersteilzeit vereinbaren will nicht „vogelfrei“. Er muss die Grundsätze billigen Ermessens wahren und sachlich über den Antrag entscheiden (BAG 10.2.2004, 9 AZR 89/03, NZA 2004, 872). Kommt Altersteilzeitarbeit nur für einen Teil der Arbeitnehmer eines Bereiches oder einer Abteilung in Betracht, etwa wegen Reduzierung des Personals in diesem Bereich, so muss der Arbeitgeber die Auswahl nach sachlichen Kriterien bspw. nach Dauer der Betriebszugehörigkeit sowie Lebensalter treffen (mvN Nimscholz/Oppermann/Ostrowicz Altersteilzeit Ziff. 5.4). Zudem darf seine Entscheidung nicht gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz verstoßen.

Hingegen ist der Arbeitgeber bei der Vorfrage, ob er generell Altersteilzeit gewähren will, in seiner Entscheidung vollständig frei und nicht einmal an die Grundsätze billigen Ermessens gebunden (BAG 10.12.2013, 1 ABR 39/12, NZA 2014, 1040).

Ein **Anspruch auf Altersteilzeit** aus dem **Grundsatz der Gleichbehandlung** 9 kann sich für den Arbeitnehmer trotz im Übrigen fehlender Anspruchsgrundlage ergeben, wenn der Arbeitgeber bei der Bewilligung von Altersteilzeitarbeit **schematisch nach bestimmten Grundsätzen verfährt**, zB Altersteilzeitarbeit für bestimmte rentennahe Jahrgänge in einer Abteilung anbietet, und dabei einzelne Personen ausnimmt. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet dem Arbeitgeber, Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung seiner selbstgegebenen Regelung gleich zu behandeln. Einzelne Arbeitnehmer der betroffenen Gruppe dürfen nur dann von der Altersteilzeitarbeit ausgenommen werden, wenn hierfür sachliche Gründe vorliegen, wie zB, dass der betroffene Arbeitnehmer erst seit einem halben Jahr bei dem Arbeitgeber beschäftigt ist oder eine Funktion hat, bei der die Nachfolgeplanung gefährdet ist.

Unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung ist es zudem sachlich gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber einen Stichtag benennt, ab dem er weitere Abschlüsse von Altersteilzeitarbeitsverträgen ablehnen will. Der Arbeitgeber kann sich für die Wahl des Zeitpunkts darauf berufen, die Rücklagen, die er zum Zweck der Absicherung der aus der Altersteilzeit erwachsenden finanziellen Belastung gebildet hat, seien verbraucht (BAG 15.11.2011, 9 AZR 387/10 NZA 2012, 218).

Hinweis

Sofern der Arbeitgeber trotz zahlreicher Anträge auf Altersteilzeit nur wenigen Arbeitnehmern Altersteilzeit bewilligt, ist darin noch kein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz zu sehen, da nicht willkürlich einzelne Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen ungleich behandelt werden, sondern lediglich einzelne privilegiert. Die Besserstellung einzelner Arbeitnehmer ist grds. zulässig. So hat das BAG (Urteil v. 13.2.2003, 5 AZR 713/00, NZA 2003, 215) entschieden, dass die Begünstigung von weniger als 5 % der insgesamt betroffenen Arbeitnehmer als nicht gleichheitswidrige Privilegierung Einzelner zu bewerten ist.

1.3.2 Aufstockungsleistungen nach § 3 Abs. 1 ATG

Altersteilzeit setzt voraus, dass der Arbeitgeber gegenüber einem Arbeitnehmer, der unter den begünstigten Personenkreis des ATG fällt (§ 2 ATG), folgende Leistungen – sei es aufgrund eines Tarifvertrags, einer Betriebsvereinbarung oder eines Arbeitsvertrags – erbringt: 10

- a) Aufstockung des Regelarbeitsentgelts für die Altersteilzeit um **mindestens 20 %**, wobei die Aufstockung auch weitere Entgeltbestandteile umfassen kann und

- b) Zahlung zusätzlicher Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung des Arbeitnehmers mindestens in Höhe des Beitrags, der auf 80 % des Regelarbeitsentgelts für die Altersteilzeit, begrenzt auf den Unterschiedsbetrag zwischen 90 % der monatlichen Beitragsbemessungsgrenze und dem Regelarbeitsentgelt, entfällt – höchstens bis zur Beitragsbemessungsgrenze.

Im Falle der Befreiung von der Rentenversicherungspflicht nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 oder § 231 Abs. 1 und 2 SGB VI sind die Beiträge an die entsprechenden Einrichtungen (berufsständische Versorgung bzw. an die befreiende Lebensversicherung) zu entrichten (§ 4 Abs. 2 ATG).

1.3.2.1 Aufstockung des Regelarbeitsentgelts

- 11 Das Regelarbeitsentgelt wird in § 6 ATG definiert.

Definition

Das **Regelarbeitsentgelt** für die Altersteilzeit ist das auf einen Monat entfallende vom Arbeitgeber **regelmäßig zu zahlende** sozialversicherungspflichtige **Arbeitsentgelt, soweit es die Beitragsbemessungsgrenze des Dritten Buches Sozialgesetzbuch nicht überschreitet**. Entgeltbestandteile, die nicht laufend gezahlt werden, sind nicht berücksichtigungsfähig.

Es handelt sich somit grundsätzlich um die Hälfte des ohne Altersteilzeit maßgeblichen **laufenden Arbeitsentgelts** (sog. Vollzeitarbeitsentgelt) – **jedoch nur bis zur Höhe der Beitragsbemessungsgrenze (BBG) des SGB III**.

Merke

Selbst wenn das laufende Entgelt des Mitarbeiters während der Altersteilzeit die BBG des SGB III überschreitet, ist der Arbeitgeber nach Gesetz nur verpflichtet, das auf die BBG des SGB III begrenzte Regelarbeitsentgelt um 20 % aufzustocken. Das laufende Altersteilzeitentgelt und das Regelarbeitsentgelt als Bemessungsgrundlage für die Aufstockung sind daher nicht identisch.

Zum Regelarbeitsentgelt können – neben dem laufenden Arbeitsentgelt – bspw. gehören:

Vermögenswirksame Leistungen, Prämien und Zulagen, Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit, Sachbezüge und sonstige geldwerte Vorteile wie Kraftfahrzeugüberlassung zum privaten Gebrauch des Arbeitnehmers (s. Rd-Schr. Spitzenverbände vom 2.11.2010 zum Altersteilzeitgesetz Ziff. 2.2.4).

Sonderzahlungen, Jahrestantiemen, Boni, Jubiläumszahlungen fallen dagegen **nicht** unter das **Regelarbeitsentgelt**.

Einmalzahlungen, die in jedem Monat zu einem Zwölftel ausgezahlt werden, verlieren ihren Charakter als Einmalzahlungen und erhöhen damit das Regelarbeitsentgelt.

1.3.2.1.1 Ungekürzte regelmäßig gezahlte Entgeltbestandteile während der Altersteilzeit

Erhält der Altersteilzeitarbeitnehmer während der Gesamtlaufzeit der Altersteilzeit regelmäßig anfallende Entgeltbestandteile in ungekürztem Umfang (bspw. Dienstwagen) so muss der Arbeitgeber gem. § 3 Abs. 1a ATG hierfür keine Aufstockung gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1a ATG vornehmen. Anderenfalls wäre der Mitarbeiter besser gestellt als die Vollzeitkräfte. 12

1.3.2.1.2 Gestaltungsspielräume bei der Ermittlung des Altersteilzeitentgelts

Bei den vorgenannten Voraussetzungen handelt es sich um sog. **Mindestbedingungen der Altersteilzeit**, deren Einhaltung für die Steuer- und Sozialversicherungsfreiheit der Aufstockungsbeträge maßgebend ist. Förderrechtlich war der Erstattungsanspruch des Arbeitgebers gegen die BA auf die gesetzlichen Mindestaufstockungsleistungen beschränkt, mag er selber auch höhere Aufstockungsleistungen erbracht haben. 13

Hinweis

In der Praxis sehen insbesondere Tarifverträge über den gesetzlichen Mindeststandard hinausgehende Aufstockungsleistungen vor. Häufig wird dort geregelt, dass das gesamte Altersteilzeitentgelt inklusive Sonderzahlungen ohne Begrenzung auf die BBG des SGB III aufzustocken ist (vgl. § 2 Abs. 2 ATzA private Versicherungswirtschaft). Solange der bisherige Nettolohn nicht überschritten wird, sind diese zusätzlichen Aufstockungsleistungen steuer- und beitragsfrei (s. Ziff. 1.2).

Abweichend von den gesetzlichen Vorgaben hat der Arbeitgeber Gestaltungsspielräume bei der Berechnung des Altersteilzeitentgelts **solange nur sichergestellt ist, dass die gesetzliche Mindestaufstockung gewahrt bleibt**. Denkbar wäre, bspw. bestimmte regelmäßig zu zahlende Entgeltbestandteile, die Regelarbeitsentgelt darstellen, vertraglich aus der Aufstockung gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 a ATG herauszunehmen und dafür im Gegenzug etwaig geleistete Sonderzahlungen (Jahrestantieme), die nicht unter das Regelentgelt fallen, in die Bemessungsgrundlage zur Ermittlung der Aufstockung einzubeziehen oder die Mindestaufstockung von 20 % auf 30 % zu erhöhen.

Anhand einer Vergleichsberechnung ist bei Zweifeln sicherzustellen, dass der Arbeitgeber in jedem Fall die gesetzliche Mindestaufstockung wahrt. 14
Anderenfalls liegt keine Altersteilzeit iSd. Gesetzes vor, mit negativen Folgen für die Steuer- und Beitragsfreiheit der Aufstockungsleistungen.

Beispiel

Vor Beginn der Altersteilzeit erhält der Arbeitnehmer ein monatliches Gehalt in Höhe von 4.000 € brutto sowie eine Verantwortungszulage (VZ) in Höhe von 400 € monatlich. Das Entgelt wird während der Altersteilzeit zur Hälfte weitergezahlt.

Der Arbeitgeber stockt während der Altersteilzeit das Altersteilzeitentgelt abweichend vom ATG um 30 % auf, nimmt jedoch die VZ aus:

Vergleichsberechnung:

Gesetzliche Mindestaufstockung: $2.200 \text{ € (Gehalt + VZ)} \times 20 \% = 440 \text{ €}$

Vom Arbeitgeber praktizierte Verfahrensweise: $2000 \text{ € (nur Gehalt ohne VZ)} \times 30 \% = 600 \text{ €}$

Die gesetzliche Mindestaufstockung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 a ATG ist somit gewahrt.

1.3.2.2 Zusätzliche Beiträge zur Rentenversicherung

- 15 Zusätzlich zu den gesetzlichen Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung für das Altersteilzeitarbeitsentgelt muss der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer zusätzliche Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung entrichten. Die zusätzliche Rentenversicherungs-Aufstockung hat dergestalt zu erfolgen, dass der Arbeitgeber Beiträge zur Rentenversicherung (berechnet nach dem allg. Beitragssatz in der gesetzlichen Rentenversicherung (2015: 18,7 %)) aus dem Betrag zu leisten hat, der sich aus 80 % des Regelarbeitsentgelts für die Altersteilzeit ergibt.

Beispiel

Vollzeitarbeitsentgelt	3.000 €
Altersteilzeit-Regelarbeitsentgelt	1.500 €
80 % des Altersteilzeitregelarbeitsentgeltes = Berechnungsgrundlage für den Rentenversicherungs-Aufstockungsbetrag	1.200 €
Rentenversicherungs-Aufstockungsbetrag (1.200 € x 18,7 %)	224 €

Die zusätzlichen Leistungen, die der Arbeitgeber zur Rentenversicherung zu leisten hat, sind begrenzt auf den Unterschiedsbetrag zwischen **90 % der monatlichen Beitragsbemessungsgrenze** (2015: $6.050 \text{ €} \times 90 \% = 5.445 \text{ €}$ in den alten Bundesländern) und dem Regelarbeitsentgelt. Der Arbeitnehmer soll im Ergebnis die Rentenversicherungsbeiträge erhalten, die 90 % seines bisherigen Arbeitsentgelts entsprechen (Nimscholz/Oppermann/Ostrowicz Altersteilzeit Ziff. 5.2.2). Auch Arbeitnehmer, die vor der Altersteilzeit deutlich oberhalb der Beitragsbe-

messungsgrenze verdient haben, müssen daher in der Altersteilzeit eine Einbuße in der Rentenversicherung von 10 % hinnehmen.

Darüber hinausgehende zusätzliche Beiträge bis zum Betrag der monatlichen Beitragsbemessungsgrenze sind möglich. Der Arbeitnehmer hat jedoch hierauf keinen Anspruch. Eine solche Verpflichtung des Arbeitgebers kann sich uU aus einer einzelvertraglichen Zusage ergeben.

Im Rahmen der Berechnung der zusätzlichen Beiträge zur Rentenversicherung sind **laufende ungekürzte Entgeltbestandteile** während der Altersteilzeit anders als bei der Entgeltaufstockung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 a ATG **dennoch zu berücksichtigen**. Hierfür sieht das Gesetz keine Ausnahme vor.

Zusätzliche Rentenversicherungsbeiträge sind für das Vorliegen von Altersteilzeit nicht erforderlich, wenn das Arbeitsentgelt aus der Altersteilzeitarbeit bereit 90 % der monatlichen Beitragsbemessungsgrenze erreicht bzw. überschreitet (Rd-Schr. Spitzenverbände vom 2.11.2010 zum Altersteilzeitgesetz Ziff. 2.2.5).

1.3.3 Begünstigter Personenkreis gem. § 2 ATG

Unter den begünstigten Personenkreis fallen gem. § 2 Abs. 1 ATG Arbeitnehmer, die bei Antritt der Altersteilzeit das 55. Lebensjahr vollendet haben und gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 ATG innerhalb der letzten fünf Jahre vor Beginn der Altersteilzeitarbeit mindestens 1.080 Kalendertage eine versicherungspflichtige Beschäftigung iSd. SGB III (vgl. § 24 ff. SGB III) ausgeübt haben.

16

Zusätzlich müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

1.3.3.1 Reduzierung der bisherigen wöchentlichen Arbeitszeit um die Hälfte

Der Arbeitnehmer muss nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 ATG seine Arbeitszeit in der Altersteilzeit auf die Hälfte der bisherigen wöchentlichen Arbeitszeit vermindern (**Häftigkeitsgrundsatz**). Was unter bisheriger wöchentlicher Arbeitszeit zu verstehen ist, definiert § 6 Abs. 2 ATG. Als bisherige wöchentliche Arbeitszeit ist die wöchentliche Arbeitszeit zugrunde zu legen, die mit dem Arbeitnehmer vor dem Übergang in die Altersteilzeitarbeit vereinbart war. Zugrunde zu legen ist höchstens die Arbeitszeit, die im Durchschnitt der letzten 24 Monate vor dem Übergang in die Altersteilzeit vereinbart war.

17

Hinweis

Eine Ermittlung der bisherigen wöchentlichen Arbeitszeit anhand einer Durchschnittsberechnung der letzten 24 Monate vor dem Übergang in die Altersteilzeit wird insbesondere dann zu erfolgen haben, wenn der Arbeitnehmer innerhalb der letzten 24 Monate vor Antritt der Altersteilzeit von einer Teilzeitbeschäftigung in eine Vollzeitbeschäftigung gewechselt ist. In diesen Fällen ist als bisherige wöchentliche Arbeitszeit der ermittelte Durchschnittswert innerhalb der letzten 24 Monate zugrunde zu legen, der niedriger ist als die Arbeitszeit, die unmittelbar vor Antritt der Altersteilzeit vereinbart war.

Beispiel

Der Arbeitnehmer geht am 1.1.2016 in Altersteilzeit. Im Jahr 2015 hat er in einer 40-Stunden-Woche gearbeitet. Im Jahr 2014 hat er 30 Stunden pro Woche gearbeitet.

Für die Altersteilzeit ist daher folgende Arbeitszeit maßgebend:

$(40 \text{ Stunden} \times 12) + (30 \text{ Stunden} \times 12) \div 24 = 35 \text{ Stunden}$

- 18 Die bisherige wöchentliche Arbeitszeit kann entweder im **kontinuierlichen Modell**, **Blockmodell** oder einer Kombination aus beiden um die Hälfte reduziert werden. Im kontinuierlichen Modell vermindert der Arbeitnehmer gleichmäßig über den gesamten Zeitraum der Altersteilzeit seine bisherige wöchentliche Arbeitszeit um die Hälfte. Er arbeitet somit Teilzeit im herkömmlichen Sinne.

1.3.3.1.1 Blockmodell

- 19 Die Altersteilzeit im Blockmodell ist in der Praxis der Regelfall. Sie soll in 90 % der Fälle gewählt werden (Zwanziger, RdA 2005, 226 (229)).

Bei Durchführung der Altersteilzeit im Blockmodell leistet der Arbeitnehmer in der ersten Hälfte des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses Vollzeitarbeit während er in der zweiten Hälfte ganz von der Arbeit freigestellt wird. Dadurch ergibt sich über den Gesamtzeitraum eine Halbierung der Arbeitszeit. Die Altersteilzeit im Blockmodell stellt eine Wertguthabenvereinbarung iSd. § 7 b SGB IV dar, sodass die §§ 7 b ff. SGB IV ergänzend Anwendung finden, soweit das ATG keine spezielleren Regelungen enthält.

In der Aktivphase erhält der Arbeitnehmer trotz voller Arbeitsleistung nur die hälftige Vergütung. Die nicht ausgezahlte andere Hälfte seines Arbeitsentgelts wird in das Wertguthaben eingestellt, und während des Zeitraums der Freistellungsphase „spiegelbildlich“ für die entsprechenden Monate der Arbeitsphase gezahlt.

Das Blockmodell der Altersteilzeit

Beispiel: 6-jährige Altersteilzeit

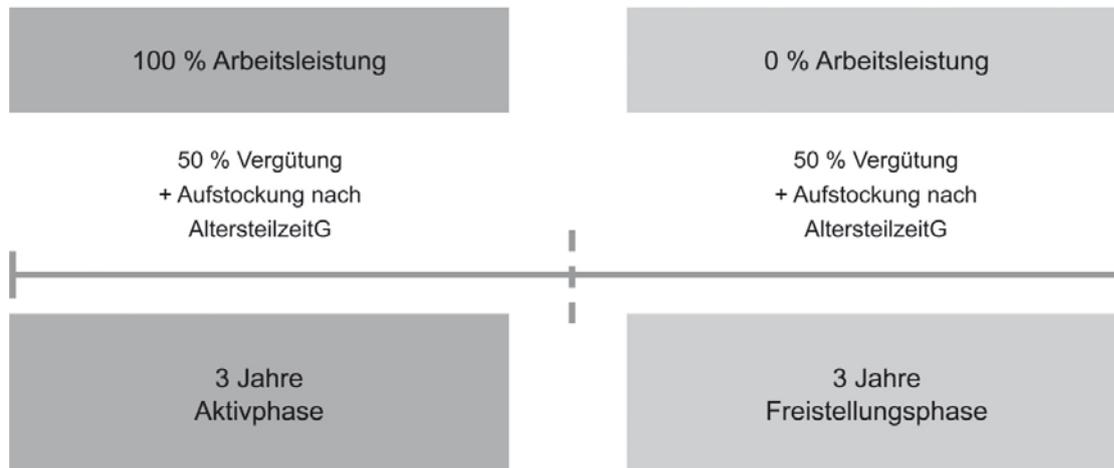


Abb. 1 Das Blockmodell der Altersteilzeit

Aufgrund des sog. Häufigkeitsgrundsatzes, der die Altersteilzeit prägt, gibt es vor allem bei der Altersteilzeit im Blockmodell, die sich in eine Aktiv- und Freistellungsphase gliedert, viele Fallgestaltungen in der Praxis, die nicht ohne Weiteres mit dem ATG kompatibel sind und auf die in den FAQs dieses Kapitels eingegangen wird (ua. Mehrarbeit während der Aktivphase, Fortbeschäftigung während der Passivphase, längere Freistellung während der Aktivphase etc.).

1.3.3.1.2 Kombination aus kontinuierlichem Modell und Blockmodell

Ein innovatives Modell für einen gleitenden Übergang in die Altersrente ist eine Kombination der Altersteilzeit aus Blockmodell und kontinuierlichem Modell dergestalt, dass mit der Aktivphase der Altersteilzeit begonnen wird, anschließend klassisch Teilzeit gearbeitet wird und am Ende der Übergang in die Freistellungsphase erfolgt. Bei Einhaltung einer maximalen Verblockung von drei Jahren ist für dieses Modell keine tarifvertragliche Grundlage erforderlich (s. 1.3.3.4.4):

20

Beispiel: Vereinbarung einer Altersteilzeit von sechs Jahren

Arbeitsphase Blockmodell: 1.1.2015 bis 30.6.2016

Kontinuierliches Modell: 1.7.2016 bis 30.6.2019 („klassische Teilzeit“)

Freistellungsphase Blockmodell: 1.7.2019 bis 31.12.2020

1.3.3.2 Altersrentenzugang mit Ende der Altersteilzeit

- 21 Als weitere Voraussetzung muss die Altersteilzeitvereinbarung sich gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 ATG zumindest bis zu einem Zeitpunkt erstrecken, zu dem der Arbeitnehmer eine – sei es auch geminderte – Altersrente in Anspruch nehmen kann. In Abweichung von § 41 S. 2 SGB VI ermöglicht § 8 Abs. 3 ATG, das Arbeitsverhältnis auf einen Zeitpunkt vor Erreichen der Regelaltersgrenze zu befristen (ErfK/Rolfs SGB VI § 41 Rn.12).

Für die Praxis wird empfohlen, mittels Rentenauskunft sicherzustellen, dass der Arbeitnehmer unmittelbar mit Ende der Altersteilzeit einen Altersrentenzugang vorweisen kann.

Hinweis

Die Rentenversicherungsträger erteilen Versicherten, die das 55. Lebensjahr vollendet haben, von Amts wegen eine **Rentenauskunft**. Sie enthält eine Übersicht aller gespeicherten Versicherungszeiten und Angaben der bisher zu erwartenden Rentenhöhe. Auf Antrag besteht die Möglichkeit, schon vorher eine Rentenauskunft zu erhalten.

Der Endzeitpunkt der Altersteilzeit muss jedoch nicht auf den frühestmöglichen Rentenzugang gelegt werden. Maßgeblich ist, dass mit Ende der Altersteilzeit überhaupt ein Anspruch auf Altersrente besteht. Der Bezug einer Erwerbsminderungsrente ist nicht ausreichend.

- 22 Sofern die Bewilligung der Altersteilzeit durch den Arbeitgeber an die Bedingung des Arbeitnehmers geknüpft ist, mit dem frühestmöglichen Rentenbezug auszuscheiden, könnte eine solche tarifliche, betriebliche oder individualvertragliche Regelung nach neuerer Rechtsprechung des EuGH (EuGH 6.12.2012, C-152/11 (Odar/Baxter), NZA 2012, 1435, aA BAG 18.11.2003, 9 AZR 122/03, NZA 2004, 545) bei schwerbehinderten Arbeitnehmern sowie Frauen (geboren vor 1952) eine nicht gerechtfertigte mittelbare **Benachteiligung nach dem AGG** beinhalten. Sowohl die vor 1952 geborenen Frauen als auch schwerbehinderte Menschen haben mit der Altersrente für Frauen bzw. der Altersrente für schwerbehinderte Menschen einen im Vergleich zu den übrigen Arbeitnehmern vorzeitigen Rentenzugang (mit 60 Jahren plus – s. nachfolgende Tabelle der DRV (Rn. 24)). Dies hätte zur Folge, dass das Altersteilzeitarbeitsverhältnis bei diesen Gruppen deutlich vorher enden würde als bei den anderen Arbeitnehmern, die erst mit 63 Jahren bei Bezug der Altersrente für langjährig Versicherte aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden. Mit dem vorzeitigen Austritt sind finanzielle Nachteile verbunden. Abgesehen davon, dass die Rente niedriger sein dürfte als die Altersteilzeitbezüge, haben sowohl die betroffenen Frauen als auch die schwerbehinderten Menschen höhere Rentenabschläge zu tragen und können weniger Rentenanwartschaften aufbauen.

Hinweis

23

Beenden die Arbeitsvertragsparteien das Arbeitsverhältnis zu einem Zeitpunkt, zu dem nur ein vorgezogener Altersrentenzugang besteht und wird dieser in Anspruch genommen, ergeben sich für den Arbeitnehmer **Rentenabschläge**. Jeder Monat des vorgezogenen Rentenbeginns hat einen 0,3 % Abschlag zur Folge (§ 77 Abs. 2 Nr. 2 SGB VI). Pro Jahr des vorzeitigen Rentenbezugs ergibt sich somit eine Minderung der Rente um 3,6 %, die sich auf die gesamte Laufzeit der Rente auswirkt.

Sofern der Arbeitnehmer vorzeitig ausscheidet, jedoch die vorgezogene Altersrente nicht in Anspruch nimmt und den ungeminderten Rentenzugang abwartet, entfällt der Rentenabschlag.

Zum Teil sehen Tarifverträge Ausgleichszahlungen vor, wenn die Altersteilzeit mit Bezug einer geminderten Altersrente endet (s. § 2 Abs. 9 ATzA für die private Versicherungswirtschaft).

Renten wegen Alters sind:

24

1. Regelaltersrente, § 35 SGB VI
2. Altersrente für langjährig Versicherte, § 36 SGB VI
3. Altersrente für besonders langjährig Versicherte, § 38 SGB VI
4. Altersrente für Frauen, § 237 a SGB VI
5. Altersrente wegen Arbeitslosigkeit oder nach Altersteilzeit, § 237 SGB VI
6. Altersrente für schwerbehinderte Menschen, § 37 SGB VI

Die nachfolgende Checkliste der DRV (Die richtige Altersrente für Sie, 10. Aufl. (7/2015)) fasst die unterschiedlichen Rentenzugangsmöglichkeiten und die daran anknüpfenden Voraussetzungen anschaulich zusammen und bietet eine gute Hilfestellung für die Praxis:

Checkliste: Wann Sie Ihre Altersrente bekommen können			
Voraussetzungen	Regelaltersrente	langjährig Versicherte	besonders langjährig Versicherte
Mindestalter	65, schrittweise Anhebung von 65 auf 67 ab Jahrgang 1947	63	63
normale Altersgrenze	65, schrittweise Anhebung von 65 auf 67 ab Jahrgang 1947	65, schrittweise Anhebung von 65 auf 67 ab Jahrgang 1949	63, schrittweise Anhebung von 63 auf 65 ab Jahrgang 1953
Wartezeit	5 Jahre	35 Jahre	45 Jahre

Besonderheit	Vertrauensschutz: wenn vor dem 1.1.1955 geboren und vor dem 1.1.2007 Altersteilzeitarbeit vereinbart wurde* → Altersgrenze weiterhin 65	Vertrauensschutz: wenn vor dem 1.1.1955 geboren und vor dem 1.1.2007 Altersteilzeitarbeit vereinbart wurde → normale Altersgrenze: weiterhin 65 Mindestalter: → für nach Oktober 1949 und vor 1955 geborene Versicherte 62 Jahre	Einführung im Jahr 2012 Altersgrenze 63 ab 1.7.2014, Altersgrenze 65 ab 2029
Checkliste: Wann Sie Ihre Altersrente bekommen können			
Voraussetzungen	Frauen*	nach Altersteilzeit oder Arbeitslosigkeit*	schwerbehinderte Menschen
Mindestalter	60	Schrittweise Anhebung von 60 auf 63	60, schrittweise Anhebung von 60 auf 62 ab Jahrgang 1952
normale Altersgrenze	65	65	63, schrittweise Anhebung von 63 auf 65 ab Jahrgang 1952
Wartezeit	15 Jahre	15 Jahre	35 Jahre
Besonderheit	mehr als zehn Jahre Pflichtbeitragszeit nach dem 40. Lebensjahr nötig	→ entweder ein Jahr Arbeitslosigkeit nach 58 Jahren und sechs Monaten oder mindestens zwei Jahre Altersteilzeitarbeit → innerhalb der letzten zehn Jahre vor Rentenbeginn mindestens acht Jahre Pflichtbeiträge → bei Vorliegen von Vertrauensschutz Mindestalter 60	Schwerbehinderung (vom Versorgungsamt bescheinigt), bei Versicherten bis Jahrgang 1950 auch Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit ausreichend; Vertrauensschutz: wenn vor dem 1.1.1955 geboren, vor dem 1.1.2007 Altersteilzeitarbeit vereinbart und am 1.1.2007 schwerbehindert oder wenn vor dem 1.1.1964 geboren, am 1.1.2007 schwerbehindert und Anpassungsgeld für entlassene Arbeitnehmer des Bergbaus bezogen, Mindestalter 60 und normale Altersgrenze 63
* Diese Rentenart entfällt für Versicherte, die ab 1. Januar 1952 geboren sind.			

Abb. 2 Quelle: DRV Bund, Die richtige Altersrente für Sie, 10. Aufl. (7/2015)

1.3.3.3 Schriftform der Altersteilzeitvereinbarung

Die Altersteilzeitvereinbarung muss **schriftlich** abgeschlossen werden. Dies ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem ATG, folgt aber mittelbar aus § 623 BGB bzw. § 14 Abs. 4 TzBfG. Nach den in diesen Vorschriften zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken bedarf die Altersteilzeitvereinbarung als besonders geartete Form der Aufhebung bzw. Befristung eines Arbeitsvertrags zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Die **unterschiedene Altersteilzeitvereinbarung** muss daher **bei Antritt der Altersteilzeit** bereits vorliegen (Küttner/Kreitner Personalbuch 2014 Altersteilzeit Rn. 3). Nachträgliche Schriftform reicht nicht aus. Die Befristung wäre gem. § 14 Abs. 4 TzBfG ansonsten unwirksam (BAG 16.4.2008, 7 AZR 1048/06, NZA 2008, 1184). 25

Die rückwirkende Vereinbarung von Altersteilzeit ist aufgrund der Auswirkungen von Altersteilzeitarbeit auf das Versicherungsverhältnis grds. ausgeschlossen, da in abgewickelte Versicherungsverhältnisse nicht eingegriffen werden darf (hierzu ausf. RdSchr. Spitzenverbände vom 2.11.2010 zum Altersteilzeitgesetz Ziff. 2.3). Nur wenn die Vertragsänderung das Ergebnis einer gerichtlichen Auseinandersetzung ist, aufgrund derer der Arbeitnehmer seinen rechtzeitig geltend gemachten Anspruch auf Begründung eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses mit Erfolg durchsetzt, darf das Arbeitsverhältnis mit Rückwirkung geändert werden (BAG 4.5.2010, 9 AZR 155/09, AP ATG § 3 Nr. 21). 26

1.3.3.4 Dauer der Altersteilzeit

1.3.3.4.1 Mindestdauer

Das ATG sieht grundsätzlich **keine Mindestdauer der Altersteilzeit** vor. Eine **Mindestdauer von 24 Monaten** galt nur für Jahrgänge bis einschließlich 1951, wenn die **Altersrente wegen Arbeitslosigkeit und nach Altersteilzeit (§ 237 SGB VI)** nach Ende der Altersteilzeit in Anspruch genommen wurde bzw. genommen werden soll. 27

Hinweis

Die Altersrente wegen Arbeitslosigkeit und nach Altersteilzeit setzt voraus, dass für mind. 24 Monate Aufstockungsbeträge zum Arbeitsentgelt nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 a ATG und zusätzliche Beiträge zur Rentenversicherung gezahlt werden.

1.3.3.4.2 Maximale Dauer im kontinuierlichen Modell

Bei Durchführung der Altersteilzeit im kontinuierlichen Modell beträgt die maximale Laufzeit 12 Jahre – ausgehend davon, dass die Altersteilzeit frühestens mit Vollendung des 55. Lebensjahres beginnen kann und gem. § 5 Abs. 1 Nr. 2 ATG spätestens mit Erreichen der Regelaltersrente (67. Lebensjahr ab Jahrgang 1964) enden muss.

1.3.3.4.3 Maximale Dauer im Blockmodell

- 28 Für die Altersteilzeit im Blockmodell gelten hinsichtlich der möglichen Dauer besondere Vorschriften. **Ohne tarifvertragliche Grundlage** kann die Altersteilzeit im Blockmodell gem. § 2 Abs. 2 Nr. 1 ATG **nur bis zu drei Jahre** durchgeführt werden (1 ½ Jahre Arbeitsphase / 1 ½ Jahre Freistellungsphase). Der Gesetzgeber ging dabei von der Erwägung aus, dass bei einer längeren Verblockung das Risiko einer Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers zunimmt und der Arbeitnehmer eher Gefahr läuft, sein angespartes Wertguthaben zu verlieren. Den Tarifvertragsparteien hat es der Gesetzgeber jedoch zugetraut, entsprechende Vorkehrungen für den Fall der Insolvenz zu treffen und daher den Tarifvorbehalt gesetzlich manifestiert. Mit Einführung der zwingenden Insolvenzsicherung nach § 8 a ATG zum 1.7.2004 mag der Tarifvorbehalt zwar seine originäre Existenzberechtigung verloren haben, ungeachtet dessen steht er jedoch weiterhin im Gesetz und ist damit für Altersteilzeitfälle mit längerer Verblockung zwingend zu beachten.

1.3.3.4.3.1 Tarifvorbehalt

- 29 Bei Anwendung eines Tarifvertrags (dh. beidseitige Tarifbindung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer), der entsprechende Regelungen vorsieht bzw. eine entsprechende Öffnungsklausel für Betriebsvereinbarungen enthält, beträgt die maximal zulässige gesetzliche Verblockung gem. § 2 Abs. 2 iVm. Abs. 3 ATG insgesamt 12 Jahre (vgl. Rittweger/Petri/Schweikert Altersteilzeit § 2 Rn. 42).

Die Erforderlichkeit einer tarifvertraglichen Regelung für eine bis zu 12-jährige Verblockung folgt aus dem Verweis in § 2 Abs. 3 ATG, der eine Verblockung von mehr als sechs Jahren regelt, auf § 2 Abs. 2 ATG, der für eine bis zu sechsjährige Verblockung (drei Jahre Arbeitsphase / drei Jahre Freistellungsphase) zwingend einen Tarifvertrag voraussetzt.

► Exkurs: Blockmodell mit einem Verteilzeitraum von mehr als sechs Jahren

§ 2 Abs. 3 ATG, der etwas missverständlich formuliert ist und im Schrifttum kaum Beachtung gefunden hat, sieht für Altersteilzeitverträge im Blockmodell, die eine Laufzeit von mehr als sechs Jahren haben, Ausnahmen von zwingenden Altersteilzeitvoraussetzungen vor, ohne die Altersteilzeit für den Gesamtzeitraum zu gefährden. Die Aufstockungsleistungen sind gem. § 2 Abs. 3 S. 2 ATG nur in dem genannten Zeitraum von sechs Jahren zu erbringen. Der Arbeitgeber soll ausweislich der Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drs. 13/10033, 21) nicht dazu verpflichtet werden, die Aufstockungsleistungen nach ATG für einen über den maximalen Förderzeitraum von sechs Jahren hinausgehenden Zeitraum zu erbringen.

Die Spitzenverbände der Sozialversicherung führen hierzu Folgendes aus (RdSchr. Spitzenverbände vom 2.11.2010 zum Altersteilzeitgesetz Ziff. 2.2.3):

Sofern Altersteilzeitarbeit im Blockmodell im Rahmen des § 2 Abs. 3 ATG über mehr als sechs Jahre vereinbart wird, **ist es für die Annahme von Altersteilzeit im Gesamtzeitraum** unter den übrigen Voraussetzungen ausreichend, wenn die Arbeitszeit innerhalb des Gesamtzeitraums im Durchschnitt eines Zeitraums von **sechs Jahren** die Hälfte der bisherigen Arbeitszeit nicht übersteigt. Dabei ist die zeitliche Lage dieses Zeitraums im Gesamtzeitraum – unabhängig von einer Förderung nach § 4 ATG – unerheblich.

In Betracht käme daher nach meiner Interpretation bei Altersteilzeitarbeitsverhältnissen im Blockmodell, die sechs Jahre überschreiten, für den darüber hinausgehenden Zeitraum Aufstockungsleistungen unterhalb der gesetzlichen Mindestaufstockung zu vereinbaren, ohne dass dies altersteilzeitschädlich wäre. Anderenfalls macht die Norm keinen Sinn. Warum sonst sollten die Arbeitsvertragsparteien eine 10-jährige Altersteilzeit im Blockmodell abschließen, wenn etwaig geleistete Aufstockungsleistungen des Arbeitgebers, zu denen er über die sechs Jahre hinaus nicht verpflichtet ist, weder steuer- noch beitragsfrei sind? Ebenso sind ausweislich des Gesetzeswortlauts Verstöße gegen den Häufigkeitsgrundsatz in dem darüberhinausgehenden Zeitraum unbeachtlich.

Verbindliche sowie verständliche Aussagen der Sozialversicherung bzw. Finanzverwaltung zur Auslegung der Norm sind nicht bekannt.

Damit der Tarifvertrag den gesetzlichen Anforderungen des vorgenannten Tarifvorbehalts genügt, muss er noch Geltung haben. Die **Nachwirkung** eines abgelaufenen Tarifvertrags reicht ebenfalls aus; dh. es kann auch noch im Nachwirkungszeitraum eines Tarifvertrags die längere Blockzeit gemäß dem Tarifvertrag vereinbart werden (Nimscholz/Oppermann/Ostrowicz Altersteilzeit Ziff. 3.3.2.2; RdSchr. Spitzenverbände vom 2.11.2010 zum Altersteilzeitgesetz Ziff. 2.2.2.2; aA Zwanziger, RdA 2005, 226 (229)). Ist der Tarifvertrag bspw. wegen Befristung ausgelaufen, kann über seinen zeitlichen Anwendungsbereich hinaus keine Altersteilzeit mit Verteilzeiträumen über drei Jahre hinaus vereinbart werden.

30

Ist der **Arbeitgeber tarifgebunden**, **nicht** jedoch der **Arbeitnehmer** kann die tarifliche Regelung durch vertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag zur Anwendung gebracht werden. Die Bezugnahme muss auf den gesamten Altersteilzeittarifvertrag erfolgen (Nimscholz/Oppermann Altersteilzeit Ziff. 3.3.2.2). Dessen Bestimmungen sind bindend; insbesondere wäre es unzulässig, auf die gesetzlichen Bestimmungen zurückzugreifen und geringere als die tariflichen, nämlich nur die gesetzlichen Aufstockungen zu erbringen.

Fehlt es an der Tarifbindung des Arbeitgebers so kann im Geltungsbereich eines Tarifvertrags der Tarifvertrag durch Betriebsvereinbarung oder, wenn ein Betriebsrat nicht besteht, durch einzelvertragliche Bezugnahme Anwendung finden. Hinsichtlich des Geltungsbereichs kommt es auf den fachlichen und zeitlichen Geltungsbereich an (Nimscholz/Oppermann/Ostrowicz Altersteilzeit Ziff.3.3.2.2). Die Tarifübernahme muss alle Regelungen zur Altersteilzeit umfassen (Rittweger/Petri/Schweikert Altersteilzeit ATG § 2 Rn. 49).

Zusammenfassung

Ohne tarifvertragliche Grundlage darf Altersteilzeit im Blockmodell nur bis zu einer Gesamtdauer von drei Jahren vereinbart werden. Wird dagegen verstoßen, liegt keine steuer- und beitragsrechtlich begünstigte Altersteilzeit vor.

Bevor auf Seiten des Arbeitgebers erwogen wird, Altersteilzeit im Blockmodell über einen Verteilzeitraum von mehr als drei Jahren anzubieten, sollte vorab die Tarifsituation und die damit verbundenen Möglichkeiten geprüft werden.

1.3.3.4.3.2 Ausnahmen vom Tarifvorbehalt

- 31 Abweichend von diesen Grundsätzen ist auch ohne Tarifvertrag eine Altersteilzeit im Blockmodell mit einem Verteilzeitraum von mehr als drei Jahren bis zu maximal 12 Jahren durch Betriebsvereinbarung oder – falls ein Betriebsrat nicht besteht – individualvertraglich möglich, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:
- In dem Bereich des Arbeitgebers sind keine tarifvertraglichen Regelungen über die Verteilung der Arbeitszeit getroffen bzw. werden üblicherweise nicht getroffen (§ 2 Abs. 2 S.5 ATG). Hierunter fallen ua. die freien Berufe wie Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer sowie Unternehmensberater, Makler, Handelsvertreter, Werbeagenturen (m. zahlr. Bsp. Nimscholz/Oppermann/Ostrowicz Altersteilzeit Ziff. 3.3.2.3).
 - Mit **leitenden Angestellten**, die grds. nicht in den Anwendungsbereich eines Tarifvertrags fallen, können Verteilzeiträume über drei Jahre hinaus stets individualvertraglich vereinbart werden (Diller, NZA 1998, 792 (796)).

1.4 Ende der Altersteilzeit

1.4.1 Vereinbarung über Endzeitpunkt der Altersteilzeit

- 32 Die Altersteilzeit endet grundsätzlich mit dem **vertraglich vereinbarten Endzeitpunkt**. Der Endzeitpunkt der Altersteilzeit muss hierbei gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 ATG so gewählt werden, dass der Mitarbeiter **unmittelbar mit Ende** der Altersteilzeit Anspruch auf eine – sei es auch nur geminderte – **Altersrente** hat. Sofern der Arbeitnehmer zum Endzeitpunkt der Altersteilzeit keinen Altersrentenzugang vorweisen kann, handelt es sich um keine Altersteilzeit iSd. Gesetzes.

Ergeben sich nach Abschluss der Altersteilzeitvereinbarung unvorhergesehene Änderungen, die zur **Verschiebung** des **frühestmöglichen Rentenzugangs** führen, zB bei Wegfall der Schwerbehinderteneigenschaft, so ist der Altersteilzeitvertrag in der Regel nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) oder durch ergänzende Vertragsauslegung entsprechend anzupassen. Gleiches dürfte für den Fall gelten, dass der Gesetzgeber die Altersgrenzen für den Rentenzugang weiter anhebt und gesetzliche Vertrauensschutzregelungen nicht eingreifen.

Ergibt sich nach Abschluss der Altersteilzeitvereinbarung eine neue Rentenzugangsmöglichkeit für den Arbeitnehmer (wie bspw. im Falle der **Rente für besonders langjährig Versicherte**, die am 1.7.2014 für bestimmte Jahrgänge auf „63 Jahre plus“ vorgezogen wurde) und eröffnet diese dem Arbeitnehmer einen finanziell günstigeren Rentenzugang als die Rente für langjährig Versicherte, die der Altersteilzeit ursprünglich zu Grunde gelegt wurde, ist dies kein Umstand, der eine zwingende Anpassung des Altersteilzeitvertrags nach sich zieht bzw. eine Störung der Geschäftsgrundlage rechtfertigt. Hier gilt das alte Sprichwort „pacta sunt servanda“. Anders wäre die Sachlage zu beurteilen, wenn der Arbeitnehmer die Altersteilzeit auf den Zeitpunkt der Regelaltersrente abgeschlossen hat und in einem anwendbaren Tarifvertrag geregelt wäre, dass die Altersteilzeit unabhängig von der vereinbarten Dauer stets dann endet, wenn der Arbeitnehmer Anspruch auf ungeminderte Rente hat. In diesem Fall würde der Arbeitnehmer mit Bezugsmöglichkeit der Rente für besonders langjährig Versicherte vorzeitig ausscheiden.

1.4.2 Ende kraft Gesetzes

Das Altersteilzeitarbeitsverhältnis kann sozialversicherungsrechtlich nur bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze vereinbart werden und endet spätestens mit Ablauf des Kalendermonats vor dem Kalendermonat, in dem der Arbeitnehmer die Regelaltersgrenze erreicht (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 ATG).

33

Zudem endet die Altersteilzeit, wenn der Arbeitnehmer eine Altersrente bezieht (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 ATG).

Hinweis

Die Fortführung der Altersteilzeit über diesen Zeitpunkt hinaus ist im Hinblick auf die Aufstockungsleistungen steuer- und beitragschädlich.

1.4.3 Kündigung

Das Altersteilzeitarbeitsverhältnis als befristetes Arbeitsverhältnis kann gem. § 15 Abs. 3 TzBfG nur **ordentlich gekündigt** werden, wenn dies **einzelvertraglich oder im anwendbaren Tarifvertrag vereinbart** ist.

34

Die außerordentliche Kündigung gem. § 626 BGB hingegen ist bei Vorliegen eines wichtigen Grundes jederzeit möglich.

Für die Altersteilzeit im Blockmodell gelten wegen der Aufspaltung in Arbeits- und Freistellungsphase einige Besonderheiten. Die Kündigung führt dort sozialversicherungsrechtlich zur Abwicklung eines Störfalls, da ein erarbeitetes Wertguthaben nicht vereinbarungsgemäß verwendet werden kann (s. unter 1.5).

1.4.3.1 Aktivphase

Nachdem Arbeitnehmer in der Aktivphase der Altersteilzeit ihre Arbeitsleistung weiterhin erbringen, gelten diesbezüglich keine kündigungsrechtlichen Besonderheiten. Es kommen neben verhaltensbedingten Gründen sowohl personenbedingte als auch betriebsbedingte Kündigungsgründe in Betracht (s. Kapitel Kündigungsschutzrecht).

Die Stilllegung des Betriebs stellt ein dringendes betriebliches Erfordernis iSv. § 1 Abs. 2 KSchG dar, das die Kündigung eines dort beschäftigten Arbeitnehmers auch dann bedingt, wenn er sich in der Arbeitsphase der Altersteilzeit nach dem Blockmodell befindet (BAG 16.6.2005, 6 AZR, NZA 2006, 270).

Während der **Arbeitsphase** im Blockmodell sind die Altersteilzeitarbeitnehmer grundsätzlich mit den übrigen Vollzeitarbeitnehmern zu vergleichen. Sie sind bei einer **betriebsbedingten Kündigung** grundsätzlich wie Vollzeitarbeitnehmer in die Sozialauswahl einzubeziehen (Stück, NZA 2000, 749 (751)). Gem. § 8 Abs. 1 ATG darf der Aspekt der Altersteilzeit im Rahmen der sozialen Auswahl nicht zu Lasten des Arbeitnehmers ins Gewicht fallen.

1.4.3.2 Freistellungsphase

Für den Fall der betriebsbedingten **Kündigung während der Freistellungsphase** hat das BAG hingegen entschieden, dass die Stilllegung des Betriebes kein dringendes betriebliches Erfordernis darstellt, das nach § 1 Abs. 2 KSchG die Kündigung eines Arbeitnehmers, der sich in der Freistellungsphase des Blockmodells befindet, sozial rechtfertigen kann (BAG 5.12.2002, 2 AZR 571/01, NZA 2003, 789). Dies gilt nach Ansicht des BAG auch für eine Kündigung durch den Insolvenzverwalter.

Während der Freistellungsphase der Altersteilzeit, in der der Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung mehr erbringt, kommen ohnehin nur verhaltensbedingte Kündigungsgründe unter dem Gesichtspunkt der Verletzung von Nebenpflichten in Betracht (mwN BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 405). Personenbedingte Gründe (Krankheit etc.) können sich innerhalb der Freistellungsphase in der Regel nicht auswirken.

1.4.4 Aufhebungsvertrag

- 35 Im Laufe von Altersteilzeitarbeitsverhältnissen sind verschiedene Sachverhalte denkbar, die einer ordnungsgemäßen Abwicklung des Altersteilzeitverhältnisses wie vereinbart entgegenstehen (Beispiele: Der Arbeitnehmer erkrankt dauerhaft, der Arbeitnehmer erhält eine befristete volle Erwerbsminderungsrente, die Vertragsparteien wollen zurück zur Vollzeitarbeit etc.). In solchen Fallkonstellationen kann es Sinn machen, das Altersteilzeitverhältnis aufzuheben.

Der Abschluss eines Aufhebungsvertrags führt bei Altersteilzeit im Blockmodell zur Abwicklung eines Störfalls.

1.5 Störfälle während der Altersteilzeit

Ein Störfall iSd. Sozialversicherungsrechts tritt dann ein, wenn das Altersteilzeit-arbeitsverhältnis im Blockmodell vor dem vereinbarten Zeitpunkt endet und das angesparte Wertguthaben nicht vereinbarungsgemäß verwendet werden kann (§ 23 b SGB IV). 36

Beispiel

- Abschluss eines Aufhebungsvertrags
- Kündigung des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses
- Tod des Altersteilzeitarbeitnehmers
- Ende des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses aufgrund tariflicher Beendigungsklausel wegen Bezugs einer vollen unbefristeten Erwerbsminderungsrente

1.5.1 Sozialversicherungsrechtliche Folgen

§ 10 Abs. 5 ATG sieht für den Bereich der Rentenversicherung einerseits sowie für die Bereiche der Kranken-, Pflege-, und Arbeitslosenversicherung andererseits eine unterschiedliche beitragsrechtliche Behandlung des Wertguthabens vor. Für die Rentenversicherung gibt es einen gesonderten Berechnungsmodus, da hier berücksichtigt werden muss, dass der Arbeitgeber bereits während der laufenden Altersteilzeit erhöhte Beiträge zur Rentenversicherung geleistet hat.

Im Rahmen der sozialversicherungsrechtlichen Störfallabwicklung ist von folgendem Grundgedanken auszugehen: Es sollen die Sozialversicherungsbeiträge nachgezahlt werden, die der Einzugsstelle zugestanden hätten, wenn der Mitarbeiter während der Arbeitsphase Vollzeitentgelt erhalten hätte. Bei der sozialversicherungsrechtlichen Störfallabwicklung wird durch den Faktor „SV Luft“ sichergestellt, dass eine Verbeitragung nur innerhalb der Beitragsbemessungsgrenzen erfolgt. Im Rahmen der Rentenversicherung ist idR nur ein kleiner Betrag nachzuzahlen, da der Arbeitnehmer über die vom Arbeitgeber finanzierten zusätzlichen Beiträge zur Rentenversicherung schon ca. für 90 % der Vollzeittätigkeit Beiträge an die Rentenversicherung gezahlt hat (Einzelheiten hierzu s. RdSchr. Spitzenverbände vom 2.11.2010 zum Altersteilzeitgesetz, Ziff. 3.8.1).

1.5.2 Arbeitsrechtliche Folgen

Das ATG als reines Subventionsgesetz enthält keine Bestimmungen dazu, wie bei einer vorzeitigen Beendigung der Altersteilzeit arbeitsrechtlich mit dem angesparten Wertguthaben zu verfahren ist. Endet ein im Blockmodell geführtes Altersteilzeitarbeitsverhältnis vor Ablauf der vertraglich vereinbarten Zeit, so ist 37

die vom Arbeitnehmer erbrachte Vorleistung auszugleichen (BAG 14.10.2003, 9 AZR 146/03, NZA 2004, 860). Die Rückabwicklung erfolgt nach den allgemeinen Grundsätzen des Bereicherungsrechts. Der Arbeitnehmer hat, soweit der Freizeitausgleich noch nicht erfolgt ist, einen Anspruch auf Zahlung der Differenz zwischen der erhaltenen Vergütung und dem Entgelt für den Zeitraum seiner tatsächlichen Beschäftigung, das er ohne Eintritt in die Altersteilzeitarbeit erzielt hätte (Nimscholz/Oppermann/Ostrowicz Altersteilzeit Ziff. 11.6.). Mit dem Gleichheitssatz unvereinbar wäre hingegen eine Regelung, die zu einer Kürzung des Entgelts für die Arbeitszeit führte, das der Arbeitnehmer ohne den Wechsel in das Altersteilzeitarbeitsverhältnis erhalten hätte (BAG 14.10.2003, aaO).

Vorrangig ist zu prüfen, ob sich eine konkrete Handhabe aus einem anwendbaren Tarifvertrag ergibt. Insbesondere steht es den Tarifvertragsparteien frei, in einer Ausgleichsregelung die dem Arbeitnehmer zugeflossenen Aufstockungsleistungen auf das Entgelt anzurechnen, das ihm für seine Vollzeittätigkeit zugestanden hätte (BAG 14.10.2003, aaO). Auch ohne ausdrückliche Vereinbarung ist eine solche Anrechnung mE möglich. Da der Aufstockungsbetrag immer Arbeitsentgelt darstellt, ist er bei einer Gesamtabrechnung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber als Zahlung zuzuordnen (Zwanziger, RdA 2005, 226 (238); aA LAG NI 25.6.2003, 2 Sa 1556/02, NZA-RR 04, 254).

Hinweis

Gem. R 3.28 LStR ändert die vorzeitige Beendigung der Altersteilzeit nichts am Charakter der bis dahin erbrachten Arbeitgeberleistungen. Das ATG sieht insoweit keine Rückzahlung vor. Die Steuerfreiheit der Aufstockungsbeträge bleibt daher bis zum Eintritt des Störfalls erhalten.

1.6 Insolvenzsicherung während der Altersteilzeit

- 38 Für die im Blockmodell durchgeführte Altersteilzeit ist in § 8 a ATG eine zwingende Verpflichtung zur Insolvenzsicherung des angesparten Wertguthabens geregelt. Sie wurde am 1.7.2004 in das Gesetz eingefügt. Davor war die Insolvenzsicherung nur unverbindlich in § 7 d SGB IV aF geregelt. Sie tritt dann ein, wenn das angesparte Wertguthaben den Betrag des Dreifachen des Regelarbeitsentgelts nach § 6 Abs. 1 ATG einschließlich des darauf entfallenden Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag übersteigt. Die Aufstockungsbeträge sind nicht Teil des Wertguthabens und müssen daher nicht abgesichert werden.

Das Gesetz regelt keine abschließenden Sicherungsmechanismen und eröffnet daher Spielräume zugunsten des Arbeitgebers. Sicherungsmechanismen, die sich jedoch nicht bewährt haben, werden ausdrücklich ausgenommen. Das betrifft vor allem bilanzielle Rückstellungen sowie zwischen Konzernunternehmen

begründete Einstandspflichten, insbesondere Bürgschaften, Patronatserklärungen oder Schuldbeitritte (§ 8 a Abs. 1 S. 2 ATG).

Insolvenzrechtlich maßgebend ist, dass das Sicherungsvermögen vom sonstigen Vermögen des Arbeitgebers eindeutig getrennt ist und dadurch nicht in die Insolvenzmasse fällt (s. Zwanziger, aaO, 239 mwN). In Betracht kommen ua. Kautionsversicherungen, Bankbürgschaften, Verpfändungsmodelle, Treuhandmodelle.

Daneben regelt § 8 a ATG in Abs. 3, wie (in Textform) und wie oft (mit der ersten Gutschrift und danach alle sechs Monate) der Arbeitgeber ggü. dem Arbeitnehmer die getroffene Sicherungsmaßnahme nachzuweisen hat. Für den Fall, dass der Arbeitgeber seiner Verpflichtung zur Insolvenzsicherung nicht oder nicht ordnungsgemäß nachkommt, sieht § 8 a ATG mögliche Maßnahmen des Arbeitnehmers vor. Er kann verlangen, dass Sicherheit in Höhe des bestehenden Wertguthabens geleistet wird.

Die Insolvenzsicherung ist gem. § 8 a Abs. 5 ATG zwingend. Abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Arbeitnehmers sind nicht zulässig.

Vertiefende Ausführungen mwN s. Nimscholz/Oppermann/Ostrowicz Altersteilzeit Ziff.17.

2 Mitbestimmung des Betriebsrats

- 39 Ist der Arbeitgeber tarifgebunden und sind die Modalitäten der Altersteilzeit durch Tarifvertrag geregelt, so scheiden Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats aufgrund der in § 77 Abs. 3 BetrVG normierten Regelungssperre aus. Eine Mitbestimmung kommt nur dort in Betracht, wo der Tarifvertrag entsprechende Öffnungsklauseln für Betriebsvereinbarungen enthält.

Ein **nicht tarifgebundener** Arbeitgeber kann im (zeitlichen und fachlichen) Geltungsbereich eines Tarifvertrags die tarifliche Regelung durch Betriebsvereinbarung übernehmen und so auch längere Verteilzeiträume der Altersteilzeit im Blockmodell praktizieren. Für den Abschluss einer entsprechenden Betriebsvereinbarung, welche die tariflichen Vorschriften gem. § 2 Abs. 2 S. 2 ATG vollständig in Bezug nimmt, ist die Mitwirkung des Betriebsrats selbstredend erforderlich.

Darüber hinaus dürfte bei **nicht tarifgebundenen Arbeitgebern**, die unter den Geltungsbereich eines Tarifvertrags mit Altersteilzeitregelungen fallen, die Regelungssperre nach § 77 Abs. 3 BetrVG Mitbestimmungsrechte weitestgehend vereiteln. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats gem. dem Katalog des § 87 Abs. 1 BetrVG, der bei tarifungebundenen Arbeitgebern nach der vorherrschenden Vorrangtheorie § 77 Abs. 3 BetrVG verdrängt, dürften weitestgehend nicht eingreifen, da es sich bei der Thematik Altersteilzeit und den meisten damit zusammenhängenden Regelungen nicht um Sachverhalte der erzwingbaren Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG handelt (zur Vorrangtheorie s. Fitting BetrVG § 77 Rn. 78). Die Gestaltungsmacht der Betriebsparteien ist natürlich dann nicht eingeschränkt, wenn der Tarifvertrag ergänzende Betriebsvereinbarungen zulässt.

2.1 Echte Mitbestimmungsrechte

Echte Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats sind daher vor allem in solchen Wirtschaftszweigen denkbar, die keinem Tarifbereich zuzuordnen sind (bspw. freie Berufe, Gewerkschaften, Wirtschaftsprüfer, Werbeagenturen etc.) oder falls der Geltungsbereich eines Tarifvertrags eröffnet wäre, dort, wo Tarifverträge keine (abschließenden) Regelungen enthalten.

Bei der Einführung von Altersteilzeit hat der Betriebsrat kein erzwingbares Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 BetrVG. Der Arbeitgeber ist in seiner Entscheidung frei, ob er Altersteilzeit einführen will (BAG 10.12.2013, 1 ABR 39/12, NZA 2014, 1040). Entschließt sich der Arbeitgeber allerdings zur Einführung von Altersteilzeit und stellt er für die Aufstockungsleistungen (§ 3 Abs. 1 ATG) finanzielle Mittel zur Verfügung, unterliegt deren Verteilung als betrieblicher Entlohnungsgrundsatz dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG (BAG 10.12.2013, 1 ABR 39/12, NZA 2014, 1040). Entschließt sich der Arbeitgeber den von ihm ausgewählten Personenkreis die Altersteilzeit

unter Leistung der gesetzlichen Mindestaufstockung zu gewähren, reduziert sich die Mitbestimmung des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG auf Null, da eine gegenteilige Meinung zur Folge hätte, dass der Betriebsrat den Dotierungsrahmen einer freiwilligen Leistung beeinflussen könnte. Der sogenannte Geldfaktor ist jedoch nicht Gegenstand des Mitbestimmungsrechts (BAG 30.10.2012, 1 ABR 61/11, NZA 2013, 522). Nur dort, wo sich der Arbeitgeber entschließt, Aufstockungsleistungen über dem gesetzlichen Mindestniveau zu gewähren und ein entsprechendes Budget zur Verfügung stellt, bestehen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats.

Da die Frage nach dem „Ob“ der Altersteilzeit entscheidend von der mit der Leistung verfolgten Zwecksetzung des Arbeitgebers abhängt, ist auch dessen Festlegung und damit die des begünstigten Personenkreises ebenfalls mitbestimmungsfrei (Fitting BetrVG § 87 Rn. 446). Die Entscheidung des Arbeitgebers, Altersteilzeit nur in Abteilungen zu praktizieren, in denen ein Personalabbau bevorsteht, unterliegt daher nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats.

Insbesondere findet auch § 95 BetrVG keine Anwendung, da es sich bei Altersteilzeitregelungen nicht um Auswahlrichtlinien bei der Einstellung, Versetzung, Umgruppierung oder Kündigung handelt (Nimscholz/Oppermann/Ostrowicz Altersteilzeit Ziff. 13.3.2.6).

Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG zwar kein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Dauer der Arbeitszeit, jedoch hinsichtlich ihrer Verteilung. Deshalb besteht ein Mitbestimmungsrecht dahingehend, ob die Altersteilzeit im kontinuierlichem Modell oder Blockmodell erfolgt (vgl. Zwanziger, RdA 2005, 226 (237)).

2.2 Sonstige Beteiligungsrechte

Der Wechsel in ein Altersteilzeitarbeitsverhältnis ist auch keine mitbestimmungspflichtige Einstellung iSv. § 99 Abs. 1 BetrVG. Eine Verkürzung der Arbeitszeit ist grds. keine Einstellung (BAG 25.1.2005, 1 ABR 59/03, NZA 2005, 945).

Gem. § 92 a Abs. 1 BetrVG kann der Betriebsrat Vorschläge zur Beschäftigungssicherung machen; dazu zählt auch die Altersteilzeit. Der Arbeitgeber hat die Vorschläge mit dem Betriebsrat zu beraten.

3 Tarifrrechtliche Einflüsse

- 40 Das ATG ist ein Subventionsgesetz, das vorrangig die Fördervoraussetzungen zwischen Arbeitgeber und BA zum Gegenstand hat und daneben die Mindestbedingungen für die Steuer- und Beitragsfreiheit der vom Arbeitgeber geleisteten Aufstockungsbeträge definiert. Das Arbeitsrecht der Altersteilzeit ist nur partiell in § 8 ATG geregelt.

Angesichts dieser unvollständigen Regelung der arbeitsrechtlichen Materie sowie der Tatsache, dass nur auf Basis einer tarifvertraglichen Grundlage über drei Jahre hinausgehende Verteilzeiträume bei der Altersteilzeit im Blockmodell möglich sind (§ 2 Abs. 2 ATG), haben nahezu alle Branchen entsprechende Tarifverträge abgeschlossen.

Das Altersteilzeitabkommen für die private Versicherungswirtschaft für den Innendienst (ATzA) vom 22.12.2005 enthält unter Berücksichtigung der durch das ATG geregelten Mindestbedingungen ua. folgende konkretisierende bzw. ergänzende Regelungen:

- In § 1 Abs. 1 ATzA wird in Anwendung von § 2 Abs. 2 und Abs. 3 ATG als möglicher Verteilzeitraum für die Altersteilzeit im Blockmodell die gesetzlich vorgesehen Höchstgrenze – also 12 Jahre – definiert.
- In § 1 Abs. 2 ATzA wird ein Rechtsanspruch auf Altersteilzeit ausgeschlossen. Der Arbeitgeber entscheidet nach billigem Ermessen.
- Abweichend vom Gesetz regelt das Abkommen in § 2 Abs. 1 und Abs. 2 ATzA eine verbindliche Aufstockung der „Hälfte des bisherigen Bruttoarbeitsentgelts“ um 30 %. Betriebliche und tarifliche Sonderzahlungen werden ebenfalls aufgestockt; die Aufstockung erfolgt auch für Entgeltbestandteile oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze des SGB III.
- § 2 Abs. 4 ATzA stellt klar, dass das Arbeitsentgelt für die Altersteilzeit und damit mittelbar auch die Aufstockungsleistungen entsprechend der linearen Tarifgehaltssteigerung erhöht werden.
- In § 2 Abs. 6 ATzA sind arbeitsrechtliche Regelungen für den Fall der vorzeitigen Beendigung der Altersteilzeit (Störfall) enthalten. Der Nachzahlungsbetrag an den Arbeitnehmer wird in der Weise ermittelt, dass der Summe des **Nettoentgelts**, das dem Arbeitnehmer während der bisherigen Dauer der Altersteilzeit gezahlt worden ist, die Summe desjenigen **Nettoentgelts** gegenübergestellt wird, das er während der Arbeitsphase erhalten hätte, wenn er nicht in Altersteilzeit eingetreten wäre, sondern normal weitergearbeitet hätte. Dabei werden die Aufstockungszahlungen zum Arbeitsentgelt nach § 2 Abs. 2 ATzA in Ansatz gebracht. Eine etwaige Differenz ist dem Mitarbeiter ausuzahlen.
- § 2 Abs. 8 ATzA normiert, auf welche Entgeltbestandteile der Arbeitnehmer nach Ablauf der Entgeltfortzahlung Anspruch hat. Neben den Aufstockungszahlungen kann der Arbeitnehmer einen Krankengeldzuschuss bzw. eine

Krankenzulage beanspruchen. Diese wird in zeitlicher Hinsicht abhängig von der Unternehmenszugehörigkeit gewährt.

- In § 2 Abs. 9 ATzA wird definiert, unter welchen Voraussetzungen Altersteilzeitarbeitnehmer einen hälftigen Ausgleich des nachweislich erlittenen Rentenabschlags geltend machen können. Dies setzt bei mindestens zehnjähriger Unternehmenszugehörigkeit eine maximal sechsjährige Altersteilzeit voraus, die punktgenau mit Vollendung des 63. Lebensjahres endet. Der Aufwand des Arbeitgebers wird auf 3,6 % der individuellen Sozialversicherungsrente begrenzt.
- In § 9 ATzA ist eine Öffnungsklausel für einzelvertragliche Vereinbarungen sowie freiwillige Betriebsvereinbarungen geregelt. Vom ATzA abweichende Regelungen sind hiernach zulässig, soweit tarifliche Rechte nicht beeinträchtigt werden, insbesondere der tarifliche Dotierungsrahmen nicht unterschritten wird. Die Öffnungsklausel ermöglicht bspw. betriebliche Sonderzahlungen aus der Aufstockung nach § 2 Abs. 2 ATzA herauszunehmen.

Zur Vertiefung: Hopfner/Kirsch Tarifverträge für die private Versicherungswirtschaft ATzA.

4 Häufig gestellte Fragen (FAQ)

Hinweis

Nachdem die Altersteilzeit im Blockmodell das in der Praxis vorwiegend praktizierte Modell darstellt, werden nachfolgend die damit zusammenhängenden Fragen behandelt. Dabei wird angesichts des Auslaufens der Förderung durch die BA unterstellt, dass es sich um keinen Förderfall handelt.

4.1 Darf der Arbeitnehmer während der Aktivphase der Altersteilzeit freigestellt werden?

- 41 Eine dauerhafte Freistellung des Arbeitnehmers während der Arbeitsphase der Altersteilzeit im Blockmodell ist unzulässig (BAG 10.2.2004, 9 AZR 401/02, NZA 2004, 606). In diesem Fall mangelt es gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 ATG an der Reduzierung der bisherigen Arbeitszeit um die Hälfte. Dies jedoch ist wesentliche Voraussetzung der Altersteilzeit und damit der Steuer- und Beitragsfreiheit der Aufstockungszahlungen.

Eine dauerhafte Freistellung in der Arbeitsphase der Altersteilzeit ist ausnahmsweise dann zulässig, wenn ein bereits vor der Altersteilzeit angesammeltes Wertguthaben in dieser Freistellungsphase abgebaut wird (RdSchr. Spitzenverbände vom 2.11.2010 zum Altersteilzeitgesetz Ziff. 2.5.3.1)

Sofern der Arbeitgeber den Arbeitnehmer aus betriebsbedingten Gründen lediglich **vorübergehend von der Arbeitsleistung freistellt**, ist dies unschädlich. Vorübergehende Freistellungen liegen nur vor, wenn kurzfristige betriebsbedingte Anlässe die Arbeitsleistung nicht mehr zulassen und unplanbar eingetreten sind. Der Arbeitnehmer muss jedoch weiterhin dienstbereit bleiben, der Verfügungsmacht des Arbeitgebers unterstehen und auch tatsächlich wieder eine Tätigkeit aufnehmen, wenn der vorübergehende betriebsbedingte Anlass weggefallen ist (RdSchr. Spitzenverbände vom 2.11.2010 zum Altersteilzeitgesetz Ziff. 2.5.6).

4.2 Darf der Arbeitnehmer während der Aktivphase der Altersteilzeit Mehrarbeit leisten?

- 42 Sowohl beim kontinuierlichen Altersteilzeitmodell als auch während der Aktivphase der Altersteilzeit im Blockmodell kann Mehrarbeit in mehr als geringfügigem Umfang geleistet werden ohne dass dies negative Auswirkungen auf die Altersteilzeit hätte. Die Mehrarbeit darf jedoch nicht zu einer dauerhaften Erhöhung der arbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitszeit führen.

Die Mehrarbeit inklusive etwaiger anfallender Zuschläge kann sowohl in Arbeitsentgelt oder Freizeit vergütet werden. In der Aktivphase der Altersteilzeit wird die

Mehrarbeitsvergütung zu 100 % ausgezahlt. Sie ist nicht in die Bemessungsgrundlage für Aufstockungsleistungen einzubeziehen (RdSchr. Spitzenverbände vom 2.11.2010 zum Altersteilzeitgesetz Ziff. 2.5.2).

Lediglich in Fällen, in denen die Altersteilzeit durch die BA gefördert wurde, war die Mehrarbeit gem. § 5 Abs. 4 ATG auf die Geringfügigkeitsgrenze des § 8 SGB IV begrenzt.

4.3 Kann der Altersteilzeitarbeitnehmer während der Freistellungsphase beim selben Arbeitgeber weiterbeschäftigt werden?

Eine **Dauerarbeitsleistung während der Freistellungsphase** der Altersteilzeit ist aufgrund des in § 2 Abs. 1 Nr. 2 ATG geregelten Häufigkeitsgrundsatzes **altersteilzeitschädlich** mit negativen Auswirkungen auf die Steuer- und Beitragsfreiheit der Aufstockungsbeträge. 43

Die Beschäftigung bei demselben Arbeitgeber während der Freistellungsphase ist nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen möglich. Die Arbeit darf **nur vorübergehend und in geringfügigem Umfang** geleistet werden. Hinsichtlich der Definition der Geringfügigkeit findet § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV keine Anwendung. Entscheidend ist ein betriebsbedingter wesentlicher Anlass, bspw. der Abschluss eines Projektes, in dem der Altersteilzeitarbeitnehmer unabkömmlich ist. Die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung verweisen in ihrem Rundschreiben vom 2.11.2010 zum Altersteilzeitgesetz Ziff. 2.5.2 darauf, dass in jedem Einzelfall eine Absprache mit der zuständigen Rentenversicherung erfolgen soll.

Hinweis

Sollte der Altersteilzeitarbeitnehmer während der Freistellungsphase vorübergehend im geringfügigem Umfang fortbeschäftigt werden und Entgelt unterhalb der 450 € Grenze verdienen, ist zu beachten, dass er keinen „Minijob“ iSd. § 8 SGB IV ausübt. De facto leistet er nicht zuschlagspflichtige „Mehrarbeit“, da er seine vertraglich geschuldete Tätigkeit bei demselben Arbeitgeber fortsetzt (das Altersteilzeitarbeitsverhältnis läuft schließlich parallel weiter). Die zusätzliche Vergütung für den vorübergehenden Einsatz wird mit der Altersteilzeitvergütung zusammengerechnet.

Sollte aus betrieblichen Gründen in der Freistellungsphase der Altersteilzeit eine längere und umfangreichere Beschäftigung des Altersteilzeitarbeitnehmers notwendig sein, so wäre eine Unterbrechung der Altersteilzeit mit anschließender Rückkehr zur Vollzeittätigkeit denkbar (RdSchr. Spitzenverbände vom 2.11.2010 zum Altersteilzeitgesetz Ziff. 2.5.7). Die Vertragslaufzeit der Altersteilzeit wäre in diesem Fall anzupassen. Entweder wird die Altersteilzeit um den Zeitraum der 44

Unterbrechung verlängert oder Aktiv- und Passivphase werden entsprechend dem Häufigkeitsgrundsatz um den Zeitraum der Unterbrechung verkürzt.

Die Ausübung einer mehr als geringfügigen Nebentätigkeit in einem Konzernunternehmen steht der Altersteilzeit hingegen nicht entgegen.

4.4 Darf der Arbeitnehmer während der Altersteilzeit Nebenbeschäftigungen bei einem anderen Arbeitgeber oder selbstständige Tätigkeiten bei seinem eigenen Arbeitgeber ausüben?

- 45 Bei einem **anderen Arbeitgeber** ausgeübte Nebentätigkeiten oder selbstständige Tätigkeiten, die in mehr als geringfügigem Umfang ausgeübt werden, sind sowohl in der Aktiv- als auch Freistellungsphase unschädlich für die steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Privilegierungen der Altersteilzeit (RdSchr. Spitzenverbände vom 2.11.2010 zum Altersteilzeitgesetz Ziff. 2.4.5) . Nur bei Förderfällen durch die BA ist im Interesse des Erstattungsanspruchs gegen die BA darauf zu achten, dass die Nebentätigkeit in geringfügigem Umfang erfolgt (§ 5 Abs. 3 ATG) bzw. der Mitarbeiter die Tätigkeit schon länger als fünf Jahre ausübt (§ 5 Abs. 3 S. 4 ATG).
- 46 **Im besonderen Einzelfall** kann auch die Ausübung einer **selbstständigen Tätigkeit beim eigenen Arbeitgeber** unschädlich sein, wenn diese nicht im Rahmen eines einheitlichen Beschäftigungsverhältnisses erfolgt und in keinem Zusammenhang zur Altersteilzeittätigkeit steht (RdSchr. Spitzenverbände vom 2.11.2010 zum Altersteilzeitgesetz Ziff. 2.4.5).

Beispiel

Der in der Freistellungsphase der Altersteilzeit befindliche Underwriter bei der Pfefferminzia Versicherung arbeitet nebenbei auf selbstständiger Basis als Gärtner. Er wird vom Facility Management der Pfefferminzia Versicherung beauftragt, eine Kirschlorbeerhecke zu pflanzen.

4.5 Darf die Laufzeit der Altersteilzeit im Nachgang einvernehmlich geändert werden?

- 47 Ein bereits abgeschlossener Altersteilzeitvertrag kann auch nach Antritt der Altersteilzeit noch hinsichtlich seiner Laufzeit verkürzt bzw. verlängert werden. Dies gilt nach offiziellem Schreiben der Deutschen Rentenversicherung Bund sogar für solche Altersteilzeitverträge, die auf Basis der Vertrauensschutzregelung des RV-Altersgrenzenanpassungsgesetzes gem. §§ 235 Abs. 2 S. 3, 236 Abs. 2 S. 3

SGB VI vor dem 1.1.2007 vereinbart wurden und für die aufgrund einer Vereinbarung von Altersteilzeit vor dem Stichtag 1.1.2007 keine Anhebung der Regelaltersrente bzw. Rente für langjährig Versicherte erfolgt.

Folgende drei Voraussetzungen sind bei entsprechenden Änderungen zu beachten:

- In jeden Fall muss der Arbeitnehmer mit Ende der Altersteilzeit einen Altersrentenzugang haben.
- Die Altersteilzeit darf nicht über den Zeitpunkt der individuellen Regelaltersrente vereinbart werden.
- Der in § 2 ATG geregelte Häufigkeitsgrundsatz ist strikt zu beachten. Bei Altersteilzeit im Blockmodell müssen sich Aktiv- und Passivphase zeitlich entsprechen.

4.6 Wie ist zu verfahren, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn der Altersteilzeit erkrankt ist?

Besteht zu Beginn der vereinbarten Altersteilzeitarbeit Arbeitsunfähigkeit bzw. erfolgt eine medizinische Rehabilitation, kann Altersteilzeitarbeit sozialversicherungsrechtlich nur vorliegen, während der Zeit der Entgeltfortzahlung sowie während des anschließenden Bezugs einer Entgeltersatzleistung, dem ausschließlich Regelentgelt aus der Altersteilzeitarbeit zu Grunde liegt (RdSchr. Spitzenverbände vom 2.11.2010 zum Altersteilzeitgesetz Ziff. 2.4.6).

48

Bezieht der Altersteilzeitarbeitnehmer jedoch bei Beginn der Altersteilzeit Krankengeld, das sich aus dem bisherigen Vollzeitentgelt errechnet, so kann nach Auffassung der Spitzenverbände der Sozialversicherung für den Zeitraum der Entgeltersatzleistung (Krankengeld) keine Altersteilzeit vorliegen. Es empfiehlt sich, den Beginn der Altersteilzeit unter Beachtung der unter Ziff. 4.5. aufgeführten Grundsätze nach hinten zu verlegen (RdSchr. Spitzenverbände vom 2.11.2010 zum Altersteilzeitgesetz Ziff. 2.4.6.).

Bezieht der Arbeitnehmer bei Beginn der Altersteilzeit Krankentagegeld von einem privaten Krankenversicherungsunternehmen (§ 10 Abs. 2 ATG) steht dies der Altersteilzeit nicht entgegen. Hier kommt es ausweislich des Gesetzeswortlauts, anders als beim gesetzlichen Krankengeld, nicht darauf an, welches Entgelt Bemessungsgrundlage für das gezahlte Krankentagegeld ist.

4.7 Wie ist zu verfahren, wenn der Arbeitnehmer beim Blockmodell in der Arbeitsphase erkrankt? Wer füllt das fehlende Wertguthaben auf?

4.7.1 Innerhalb der Entgeltfortzahlung

- 49 Solange sich der Arbeitnehmer im sechswöchigen Entgeltfortzahlungszeitraum befindet, greift § 3 EFZG und das dort geregelte Lohnausfallprinzip ein. Der Arbeitgeber schuldet das Altersteilzeitentgelt samt dessen Aufstockung sowie die zusätzlichen Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung. Wird die Altersteilzeit im Blockmodell durchgeführt, ist der Arbeitgeber zudem verpflichtet, das Wertguthaben aufzufüllen; schließlich arbeitet der Arbeitnehmer in der Arbeitsphase zu 100 %, sodass er ohne Krankheit das Wertguthaben erarbeitet hätte.

4.7.2 Nach Ablauf der Entgeltfortzahlung

- 50 Nach Ablauf der Entgeltfortzahlung stellt sich der Sachverhalt wie folgt dar:

Der Arbeitnehmer erarbeitet wegen seiner Krankheit nicht ausreichend Wertguthaben zur Finanzierung der Freistellungsphase, sodass ohne Zutun der Vertragsparteien je nach Länge der Krankheit am Ende der Freistellungsphase eine „Entgeltlücke“ entsteht, die zum Ende des Versicherungsschutzes des Arbeitnehmers führt.

Merke

Gem. § 7 Abs. 3 SGB IV gilt eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt als fortbestehend, solange das Beschäftigungsverhältnis ohne Anspruch auf Arbeitsentgelt fort dauert, jedoch **nicht länger als einen Monat**.

Um eine vorzeitige Beendigung des Versicherungsschutzes in der Freistellungsphase zu verhindern, bestehen folgende Möglichkeiten (RdSchr. Spitzenverbände vom 2.11.2010 zum Altersteilzeitgesetz Ziff. 2.5.4):

- Der Arbeitnehmer verkürzt die Freistellungsphase, indem er die Hälfte der Krankheitszeit **nacharbeitet**.
 - Der Arbeitgeber stockt das Wertguthaben in der Höhe auf, in der aufgrund von Krankheit kein Wertguthaben aufgebaut werden konnte. Dies muss zwingend vor Beginn der Freistellungsphase erfolgen.
- 51 Wird weder nachgearbeitet noch das Wertguthaben aufgestockt, verkürzt sich die Altersteilzeit de facto, wenngleich das Altersteilzeitarbeitsverhältnis arbeitsrechtlich betrachtet als „leere Hülle“ bis zum vereinbarten Rentenbeginn fortbesteht. **Unerheblich ist nach Auffassung der Spitzenverbände, dass die Altersteilzeit nicht mehr bis zum frühestmöglichen Beginn einer Altersrente oder einer vergleichbaren Leistung läuft.** Maßgebend ist, dass im Zeitpunkt des Al-

tersteilzeitvertragsabschlusses die erforderlichen Voraussetzungen erfüllt waren. Der Arbeitnehmer muss sich in diesem Fall um seinen Versicherungsschutz bis zum Erreichen des Rentenzugangs kümmern.

Hinweis

Die Streckung des Wertguthabens durch eine geringere Entspargung oder die Reduzierung fälligen Arbeitsentgelts in der Arbeitsphase zugunsten der Erhöhung des Wertguthabens für die Freistellungsphase sind hingegen unzulässig (RdSchr. Spitzenverbände vom 2.11.2010 zum Altersteilzeitgesetz Ziff. 2.5.4).

Das ATG enthält keine Regelung dazu, wie in einer solchen Situation zu verfahren ist. Etwaige Regelungen zur Nacharbeit oder zur Aufstockung des Wertguthabens können in Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen oder einzelvertraglich vereinbart werden.

Hinweis

Nach Ablauf der Entgeltfortzahlung hat der Arbeitnehmer vorbehaltlich einer tariflichen, betrieblichen oder individualvertraglichen Anspruchsgrundlage keinen Anspruch auf Zahlung der Aufstockungsbeträge nach § 3 Abs. 1 ATG. Werden nach Ablauf der Entgeltfortzahlung bei Bezug von Krankengeld keine Aufstockungsleistungen mehr entrichtet, stellen diese Zeiten keine Altersteilzeit iSd. Altersrente nach Altersteilzeit oder wegen Arbeitslosigkeit (§ 237 SGB VI) dar. Dies ist jedoch nur für Jahrgänge bis einschließlich 1951 relevant, die noch Anspruch auf die Rente nach Altersteilzeit geltend machen konnten.

Krankheit reicht bis in die Freistellungsphase rein

Besteht zu Beginn der vereinbarten Freistellungsphase einer Altersteilzeit im Blockmodell die Arbeitsunfähigkeit noch fort und reicht das in der Arbeitsphase erzielte Wertguthaben zur Finanzierung der gesamten Freistellungsphase nicht aus, wird von den Krankenkassen zunächst für die weitere Dauer der Arbeitsunfähigkeit Krankengeld gezahlt (RdSchr. Spitzenverbände vom 2.11.2010 zum Altersteilzeitgesetz Ziff. 2.5.4). Der Anspruch auf Krankengeld ruht erst mit dem Zeitpunkt, ab dem das Wertguthaben ausreichend hoch ist, um das Altersteilzeitentgelt bis zum vereinbarungsgemäßen Ende der Freistellungsphase zahlen zu können.

Für den Arbeitnehmer kann es daher finanziell vorteilhaft sein, wenn sich die Krankheit bis in die Freistellungsphase erstreckt.

52

4.8 Wie ist zu verfahren, wenn der Arbeitnehmer erst während der Freistellungsphase erkrankt?

Erkrankt der Arbeitnehmer erst während der Freistellungsphase der Altersteilzeit, hat dies keine Auswirkungen auf die Verpflichtung des Arbeitgebers, das angesparte Altersteilzeitentgelt samt Aufstockungsbeträgen fortzuzahlen. Der Arbeitnehmer erhält aufgrund seiner vorgeleisteten Arbeit das Altersteilzeitentgelt und die Aufstockungsleistungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ATG fort. Der Krankengeldanspruch ruht insoweit (§ 49 Abs. 1 Nr. 6 SGB V).

4.9 Was passiert, wenn dem Altersteilzeitarbeiter eine Rente wegen Erwerbsminderung bewilligt wird?

4.9.1 Volle Erwerbsminderungsrente

- 53 Da die Altersteilzeitarbeit gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 ATG Versicherungspflicht iSd. SGB III voraussetzt, liegt keine Altersteilzeitarbeit mehr vor, wenn dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf eine Rente wegen voller Erwerbsminderung zuerkannt ist. Der Mitarbeiter ist dann in der jeweiligen Beschäftigung versicherungsfrei gem. § 28 Abs. 2 SGB III. Die Versicherungsfreiheit tritt mit Beginn der Erwerbsminderungsrente ein. Für die Zeit vom Rentenbeginn bis zum Zugang des Rentenbescheids (mit dem dritten Tag nach Aufgabe zur Post – Bescheiddatum) verbleibt es bei der Altersteilzeit (RdSchr. Spitzenverbände vom 2.11.2010 zum Altersteilzeitgesetz Ziff. 2.5.5).

Das Arbeitsverhältnis endet nicht automatisch bei Zuerkennung einer befristeten oder unbefristeten vollen Erwerbsminderungsrente. Es bedarf daher immer einer arbeitsrechtlichen Transformation (Debler, NZA 2001, 1285 (1287)). Etwaige tarifliche sowie vertragliche Beendigungsklauseln bei Zuerkennung einer vollen Erwerbsminderungsrente sind nur unter strengen Voraussetzungen zulässig (APS/Backhaus TzBfG § 14 Rn. 162). Eine im Tarifvertrag geregelte auflösende Bedingung, wonach das Arbeitsverhältnis bei Gewährung einer **Rente wegen voller Erwerbsminderung auf unbestimmte Dauer** durch den Rentenversicherungsträger endet, ist durch einen sonstigen Sachgrund iSv. § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG gerechtfertigt und damit zulässig (BAG 10.12.2014, 7 AZR 1002/12, AP-News 2015, 134). Vertragliche Beendigungsklauseln werden zusätzlich an der strengen AGB-Kontrolle gemessen.

Endet das Arbeitsverhältnis aufgrund einer Beendigungsklausel ist ein Störfall abzuwickeln, da das angesparte Wertguthaben nicht mehr ordnungsgemäß verwendet werden kann.

Keine Beendigungsklausel vorhanden

Sollte das Altersteilzeitarbeitsverhältnis mangels Beendigungsklausel nicht automatisch enden, kommt es zu einer Unterbrechung der Altersteilzeit (s. Nimscholz/Oppermann/Ostrowicz Altersteilzeit Ziff. 3.6.2.; RdSchr. Spitzenverbände vom 2.11.2010 zum Altersteilzeitgesetz Ziff. 2.5.7). Die Parteien müssen gemeinsam vereinbaren, wie sie mit dieser Situation arbeitsrechtlich umgehen wollen. 54

Soll das Arbeitsverhältnis ruhen, ist eine dementsprechende Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien erforderlich (Debler, NZA 2001, 1285 (1287)). Diese kann auch konkludent erfolgen.

Bei einer **vollen Erwerbsminderungsrente auf Zeit** wäre denkbar, die Altersteilzeit im Anschluss an den Unterbrechungstatbestand fortzusetzen. Eine Beratung durch die Deutsche Rentenversicherung Bund (DRV) bzw. die Einzugsstelle wird dringend empfohlen.

Bei einer **dauerhaften vollen Erwerbsminderungsrente** ist der Abschluss eines Aufhebungsvertrags mit dem Arbeitnehmer zu empfehlen bzw. bei dessen Weigerung, der Ausspruch einer personenbedingten krankheitsbedingten Kündigung. Die Zuerkennung einer dauerhaften Erwerbsminderungsrente impliziert eine negative Zukunftsprognose, die Voraussetzung für die Wirksamkeit der krankheitsbedingten Kündigung ist.

4.9.2 Teilweise Erwerbsminderungsrente

Wird dem Arbeitnehmer während der Arbeitsphase der Altersteilzeit eine Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung zugebilligt und wird die versicherungspflichtige Beschäftigung gem. § 7 Abs. 1 SGB IV in reduziertem Umfang weiterhin ausgeübt, besteht ab diesem Zeitpunkt eine neue bisherige Arbeitszeit. In der Freistellungsphase bestehen folgende Möglichkeiten das Wertguthaben zu entsparen (s. RdSchr. Spitzenverbände vom 2.11.2010 zum Altersteilzeitgesetz Ziff. 2.5.5): 55

- spiegelbildlich (jeweils bemessen an den unterschiedlichen bisherigen Arbeitszeiten in der Arbeitsphase)
- durchschnittlich (bemessen an den unterschiedlichen bisherigen Arbeitszeiten in der Arbeitsphase)
- nach dem letzten niedrigeren Arbeitsentgelt (das verbleibende Wertguthaben ist im Rahmen eines Störfalls zu verbeitragen).

4.10 Welchen Urlaubsanspruch hat der Arbeitnehmer während der Altersteilzeit im Blockmodell?

56

Zusammenfassung

In Kalenderjahren, die ausschließlich aus **Zeiten der Aktivphase** bestehen und in denen der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung voll erbringt, richtet sich der Urlaubsanspruch nach den allgemeinen Grundsätzen. Gem. § 3 BUrlG beträgt der gesetzliche Mindesturlaub 20 Tage bei einer 5-Tage-Woche. Das Urlaubsentgelt bemisst sich nach § 11 BUrlG am reduzierten Altersteilzeitentgelt.

Im Jahr des Übergangs von der Aktiv- in die Freistellungsphase entsteht der Urlaub nach dem Umrechnungsgrundsatz nur anteilig pro-rata-temporis (LAG HE 11.6.2013, 8 SaGa 224/13, BeckRS 2013, 72575).

In Kalenderjahren, in denen der Arbeitnehmer sich ausschließlich in der Freistellungsphase befindet, reduziert sich der Urlaubsanspruch pro-rata-temporis auf Null.

Die für Zeiten der Freistellungsphase vertretene pro-rata-temporis Kürzung bedarf angesichts der neueren Urlaubsrechtsprechung (s. Kapitel Urlaubsrecht) einer ausführlicheren Begründung, zumal das ATG keine Kürzungsregelung für die Freistellungsphase der Altersteilzeit enthält.

Grds. entsteht nach erfüllter Wartezeit der volle Urlaubsanspruch zum 1.1. eines jeden Jahres. Dies gilt nach der Rechtsprechung des BAG v. 6.5.2014 auch für ruhende Arbeitsverhältnisse, in denen keine Arbeitsleistung geschuldet wird (9 AZR 678/12, NZA 2014, 959). Diese Rechtsprechung ist für Zeiten der Freistellungsphase der Altersteilzeit nicht übertragbar, da es sich bei der Freistellungsphase der Altersteilzeit **um kein ruhendes Arbeitsverhältnis handelt, sondern um ein solches mit reduzierter Arbeitszeit, spezifischer: um eines solches mit der Arbeitszeit Null**. Dieser Umstand ist bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs zu berücksichtigen, umso mehr, da diese Arbeitszeitreduzierung bereits bei Beginn des Bezugszeitraums feststeht (LAG HE 11.6.2013, aaO).

Rechtsgrundlage dieser Umrechnung für Zeiten der Freistellungsphase ist § 3 BUrlG, der bei Abweichungen vom Arbeitszeitmodell der Fünf-Tage-Woche eine Anpassung nach oben bzw. unten vorsieht. Sofern die reduzierte Arbeitszeit unregelmäßig verteilt ist, ist bei der Umrechnung des Urlaubsanspruchs nicht auf einen Wochenzeitraum abzustellen, sondern auf einen längeren Zeitraum, ggf. einen Jahreszeitraum (BAG 22.10.1991, 9 AZR 621/90, NZA 1993, 79). Bei der Altersteilzeit im Blockmodell liegt im Jahr des Übergangs von der Aktiv- in die Freistellungsphase eine solche Arbeitszeitreduzierung mit unregelmäßiger Verteilung der Arbeitszeit vor, sodass eine Umrechnung in Anwendung der allgemeinen Grundsätze denklogisch vorzunehmen ist (s. Kapitel Urlaubsrecht, Rn. 51 ff.).

Der Urlaubsanspruch entsteht damit im Ergebnis nur anteilig für die Monate der Arbeitsphase. Der in der Aktivphase erworbene Urlaubsanspruch bleibt nach Maßgabe des BAG v. 10.2.2015 (9 AZR 53/14, NZA 2015, 998) in Anlehnung an den EuGH in den Sachen Brandes (Beschluss v. 13.6.2013, C-415/12, NZA 2013, 775) und Tirol (Urteil v. 22.4.2010, C-486/08, NZA 2010, 557) von der pro rata temporis Kürzung in der Freistellungsphase unberührt. Sollte der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Arbeitsphase, in der er noch Vollzeitarbeit leistet, eine im Verhältnis zur Arbeitsphase überproportional hohe Anzahl an Urlaubstagen geltend machen, empfiehlt es sich für den Arbeitgeber mit Blick auf die Rechtslage den Urlaubsanspruch insoweit (nur was den überproportionalen Anteil angeht) gem. § 7 Abs. 1 BUrlG abzulehnen. Mit Eintritt in die Freistellungsphase findet die Umrechnung nach § 3 BUrlG statt, sodass der Arbeitnehmer auch keine Schadenersatzansprüche wegen Vereitelung der Urlaubsnahme geltend machen kann.

Eine gegenteilige Auffassung würde zu absurden Ergebnissen führen. Arbeitnehmer in Altersteilzeit erhielten ansonsten überproportional viele Urlaubstage gemessen an der Zahl ihrer Arbeitstage; zudem könnten sie am Ende der Freistellungsphase bei Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis ggf. Urlaubsabgeltung fordern (LAG HE 11.6.2013, aaO).

Wie das BAG diesen Sachverhalt nach „neuem Urlaubsrecht“ letztlich einordnen wird, bleibt abzuwarten.

4.11 Kann sich der Arbeitnehmer nach Ablauf der Altersteilzeit arbeitslos melden?

Der Arbeitnehmer kann sich nach Ende der Altersteilzeit auch arbeitslos melden, anstelle eine geminderte Rente zu beziehen. Nur dann, wenn der Arbeitnehmer das für die Regelaltersrente maßgebende Lebensalter erreicht hat, besteht kein Anspruch auf Arbeitslosengeld mehr (§ 136 Abs. 2 SGB III).

57

Anders als beim gesetzlichen Vorruhestand werden während der Altersteilzeit Beiträge zur Arbeitslosenversicherung weitergezahlt, sodass die für den Bezug von Arbeitslosengeld erforderlichen Versicherungszeiten erfüllt werden.

Die Agentur für Arbeit wird jedoch eine Sperrzeit gegen den Arbeitnehmer verhängen, sofern er nicht nachweisen kann, dass er für die Lösung des Arbeitsverhältnisses durch Altersteilzeit einen wichtigen Grund hatte. Ein solcher wäre dann gegeben, wenn anderenfalls eine rechtmäßige betriebsbedingte Kündigung des Arbeitgeber gedroht hätte (Dienstanweisungen der Agentur für Arbeit § 159 SGB III S. 30; BSG 21.7.2009, B 7 AL 6/08 R, NZA-RR 2010, 323).

4.12 Kann der Arbeitnehmer nach Ende der Altersteilzeit wieder eingestellt werden?

- 58 Der Arbeitnehmer kann nach Beendigung der Altersteilzeit wieder bei demselben Arbeitgeber beschäftigt werden. Der Umstand, dass der Arbeitnehmer eine vorzeitige Rente beziehen könnte, rechtfertigt jedoch nicht für sich allein einen Sachgrund, für die etwaige Befristung des anschließenden Arbeitsverhältnisses (BAG 11.2.2015, 7 AZR 17/13, DB 2015, 1727 L).

Dr. Martin Kock

Antidiskriminierungsrecht

Inhalt

1 Individualarbeitsrecht.	91
1.1 Diskriminierungsverbot.	91
1.1.1 Diskriminierungsmerkmale	91
1.1.2 Kausalität und Vorsatz	94
1.1.3 Reichweite des Diskriminierungsverbots	94
1.1.4 Geschützte Personen	95
1.1.5 Verpflichtete Personen	96
1.2 Begriff der Benachteiligung	97
1.2.1 Unmittelbare Benachteiligung	98
1.2.2 Mittelbare Benachteiligung	99
1.2.3 Belästigung	102
1.2.4 Sexuelle Belästigung.	103
1.2.5 Anweisung zur Benachteiligung	104
1.3 Zulässige Ungleichbehandlung	104
1.3.1 Berufliche Anforderung	104
1.3.2 Religionsgemeinschaften	106
1.3.3 Alter.	108
1.3.4 Positive Maßnahmen	115
1.4 Rechtsfolgen einer Diskriminierung	115
1.4.1 Überblick	115
1.4.2 Schadenersatz	115
1.4.3 Entschädigung	118
1.4.4 Ausschluss- und Klagefrist	119
1.4.5 Sonstige Rechte der Betroffenen	121
1.5 Darlegungs- und Beweislast.	122
1.6 Organisationspflichten des Arbeitgebers	130
1.6.1 Überblick	130
1.6.2 Diskriminierungsfreie Stellenausschreibung	130
1.6.3 Prävention von Verstößen.	132
1.6.4 Reaktion auf Verstöße.	134

2	Mitbestimmung des Betriebsrats	135
2.1	Antidiskriminierungsregelungen	135
2.2	Beschwerdestelle und -verfahren	135
2.3	Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch	136
3	Tarifrechtliche Einflüsse	137
3.1	Abweichende Ausschlussfrist	137
3.2	Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch	137
4	Häufig gestellte Fragen (FAQ)	138
4.1	Darf der Arbeitgeber im Vorstellungsgespräch nach einer Schwerbehinderung oder Schwangerschaft fragen?	138
4.2	Scheidet eine Benachteiligung im Rahmen einer Auswahl- entscheidung aus, wenn die Stelle gar nicht besetzt wird?	138
4.3	Muss der Arbeitgeber im Absageschreiben eine Begründung nennen?	138
4.4	Hat ein diskriminierter Bewerber Anspruch auf Einstellung?	139
4.5	Hat ein Bewerber, der sich nur zum Schein bewirbt, Anspruch auf eine Entschädigung?	139
4.6	Wann darf ich bewusst einen Mann oder eine Frau für eine Stelle suchen?	140
4.7	Ist die Kündigung eines behinderten Arbeitnehmers zulässig, wenn dieser aufgrund seiner Behinderung seine Arbeit nicht mehr verrichten kann?	141
4.8	Was muss der Arbeitgeber bei einer sexuellen Belästigung tun? . . .	142

1 Individualarbeitsrecht

1.1 Diskriminierungsverbot

Das Ziel des AGG besteht darin, **Benachteiligungen** aus Gründen der **Rasse** 1 oder wegen der **ethnischen Herkunft**, des **Geschlechts**, der **Religion** oder **Weltanschauung**, einer **Behinderung**, des **Alters** oder der **sexuellen Identität** zu **verhindern** oder zu beseitigen (§ 1 AGG). Um dieses Ziel zu erreichen, normiert das AGG als Kernvorschrift ein **umfassendes Benachteiligungsverbot** von Beschäftigten wegen der og. Merkmale (§ 7 Abs. 1 AGG). Eine Benachteiligung aus **anderen Gründen** fällt nicht unter das AGG, kann aber aufgrund anderer Vorschriften (zB wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts) unzulässig sein.

1.1.1 Diskriminierungsmerkmale

Verboten ist eine Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität (§ 1 AGG). 2

Der Begriff **Rasse oder ethnische Herkunft** ist weit zu verstehen und bezeichnet die **Zugehörigkeit zu einer Menschengruppe**, die kulturell, sozial, historisch und genetisch insb. durch Hautfarbe, Sprache, Abstammung, Nationalität, Physiognomie, Tradition und Volkstum **eine Einheit** bildet. Rheinländer, Bayern oder Ostfriesen können bspw. eine Ethnie darstellen, nicht dagegen „Ossis“ (ArbG S 15.4.2010, 17 Ca 8907/09, NZA-RR 2010, 344 (345)). Nicht dem Begriff der ethnischen Herkunft zuzurechnen ist die **Staatsangehörigkeit** (BAG 21.6.2012, 8 AZR 364/11, NZA 2012, 1345), gleichwohl kann das Diskriminierungsmerkmal verwirklicht sein, wenn der Arbeitnehmer eine bestimmte Gruppe von Menschen, zB Türken oder Griechen, benachteiligt, wenn diese aufgrund og. Merkmale eine Menschengruppe bilden und der Arbeitgeber hieran bei seiner Unterscheidung anknüpft. Wird ein ausländischer Arbeitnehmer angewiesen, an einem **Deutschkurs** teilzunehmen, um arbeitsnotwendige Sprachkenntnisse zu erwerben, liegt darin kein Anknüpfen an die Rasse oder ethnische Herkunft. Die Beherrschung der deutschen Sprache ist von einer Rasse oder Ethnie unabhängig. Auch Mitglieder fremder Ethnien können die deutsche Sprache fehlerfrei in Wort und Schrift beherrschen (BAG 22.6.2011, 8 AZR 48/10, NZA 2011, 1226). 3

Das **Geschlecht** meint das **biologische Geschlecht**, d. h. männlich, weiblich, 4 Transsexualität, Zweigeschlechtlichkeit. Unter das Merkmal des Geschlechts fällt auch das Anknüpfen an die **Schwangerschaft** oder **Mutterschaft** (§ 3 Abs. 1 S. 2 AGG), da Schwangerschaft und Mutterschaft untrennbar mit dem Geschlecht verbunden sind. Diese können als Differenzierungsmerkmale ausschließlich Frauen nachteilig treffen (BAG 18.9.2014, 8 AZR 753/13, BeckRS 2014, 73584). Erfasst sind aber nur Umstände die mit Geburt bzw. Entbindung zusammenhängen. Der

Umstand, **Mutter eines siebenjährigen Kinds** zu sein, fällt daher nicht mehr unter das Merkmal Mutterschaft (BAG 18.9.2014, 8 AZR 753/13, BeckRS 2014, 73584). Eine unmittelbare Benachteiligung einer Frau wegen ihres Geschlechts ist aber nicht auf die Fälle einer ungünstigeren Behandlung wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft begrenzt. Eine arbeitgeberseitige Äußerung, die Männern ggü. nicht gemacht worden wäre, kann ebenfalls eine geschlechtsbezogene Benachteiligung darstellen, wenn ausschließlich Arbeitnehmer eines der beiden Geschlechter davon betroffen sind. Darunter können auch Äußerungen fallen, die von **tradierten Rollenmustern** ausgehen und diese als Grundlage der Personalauswahl verdeutlichen. Dies kann auch eine arbeitgeberseitige Bezugnahme auf die tradierte Rollenverteilung in Familien einschließlich der damit einhergehenden pauschalen Annahme sein, eines der beiden Geschlechter sei hauptsächlich für die **Kinderbetreuung zuständig** und als Arbeitskraft deshalb weniger flexibel oder nur mit Einschränkungen verfügbar (BAG 18.9.2014, 8 AZR 753/13, BeckRS 2014, 73584).

- 5 Unter **Religion** oder **Weltanschauung** werden **Fundamentalkonzepte** über die Welt, die Natur und das Wesen des Menschen verstanden, zB religiöse, ideologische, politische und ähnliche Leitauffassungen vom Leben, Menschen und von der Welt als einem Sinn Ganzen (BVerwG 7.7.2004, 6 C 17/03, NJW 2005, 85 (88)). Es geht um eine mit der Person des Menschen verbundene Gewissheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft und zum Ziel des menschlichen Lebens. Die Religion legt eine den Menschen überschreitende und umgreifende („transzendente“) Wirklichkeit zugrunde, während sich die Weltanschauung auf innerweltliche („immanente“) Bezüge beschränkt (BAG 22.3.1995, 5 AZB 21/94, NZA 1995, 823 (827)). **Sonstige Überzeugungen** müssen ein hohes, der **Religion vergleichbares Niveau** haben (LAG M 10.1.2012, 7 Sa 851/11, BeckRS 2014, 71543). Einfache **parteipolitische** oder links-/ rechts-extremistische Überzeugungen allein sind daher **nicht ausreichend** (BVerwG 7.7.2004, 6 C 17/03, NJW 2005, 85 (88) für NPD-Mitgliedschaft), die **politische Überzeugung Marxismus-Leninismus** als gesamtgesellschaftliche Theorie dagegen schon (ArbG BE 30.7.2009, 33 Ca 5772/09, NZA-RR 2010, 70 (71)). **Scientology** ist in Deutschland weder eine Religion noch eine Weltanschauung (BAG 22.3.1995, 5 AZB 21/94, NZA 1995, 823 (827)). **Sympathien für ein Land** (zB für die Volksrepublik China), seine Regierung oder die diese Regierung tragende Partei sind **keine Weltanschauung** iSd. AGG (BAG 20.6.2013, 8 AZR 482/12, NZA 2014, 21).
- 6 Eine **Behinderung** iSd. AGG liegt vor, wenn die körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit eines Menschen **langfristig eingeschränkt** ist und dadurch – in **Wechselwirkung mit verschiedenen sozialen Kontextfaktoren** (Barrieren) – seine Teilhabe an der Gesellschaft, wozu auch die **Teilhabe am Berufsleben** gehört, **substanziell beeinträchtigt** sein kann. Dabei ist allerdings zu beachten, dass das Verständnis von Behinderung **nicht statisch** ist (BAG 19.12.2013, 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372; vgl. auch EuGH 11.4.2013, C-335/11, C-337/11, NZA 2013, 553; 11.7.2006, C-13/05, NZA 2006, 839 (840)). Diese De-

definition entspricht dem **Behindertenbegriff der UN-BRK** (Braunroth/Franke NJ 2014, 187 (189)) und deckt sich weitgehend mit der Definition der **Behinderung im Sozialrecht** (§ 2 Abs. 1 SGB IX). Der Begriff der Behinderung ist **nicht auf Schwerbehinderte** iSv. § 2 Abs. 2 SGB IX **beschränkt** (LAG B 4.12.2008, 26 Sa 343/08, BeckRS 2011, 67066; BT-Drs. 16/1780, 31; Rolfs/Paschke BB 2002, 1260 (1261)). Auch auf einen bestimmten **Grad der Behinderung** (GdB) kommt es nicht an (BAG 19.12.2013, 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372). Der Behindertenbegriff des AGG geht über das **defizitorientierte Verständnis** („man ist behindert“) des SGB IX hinaus, da auch **gesellschaftliche Reaktionen** und andere **Umweltbedingungen** für die Beeinträchtigung der Teilhabe Berücksichtigung finden („man ist nicht behindert, man wird behindert“). Eine Behinderung kann daher auch erst durch das Behindern eines Menschen **durch seine Umwelt** entstehen (BAG 19.12.2013, 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372 (378); Braunroth/Franke NJ 2014, 187 (190); Günther/Frey NZA 2014, 584 (587)).

Der Begriff der Behinderung erfasst daher auch einen Zustand, der durch eine **ärztlich diagnostizierte heilbare oder unheilbare Krankheit** verursacht wird, wenn diese Krankheit eine **Einschränkung** mit sich bringt, die insb. auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können, und wenn diese Einschränkung von langer Dauer ist. 7

Eine **Behinderung** liegt daher bspw. vor, wenn ein Arbeitnehmer aufgrund seiner **Adipositas** an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, gehindert wäre, und zwar aufgrund eingeschränkter Mobilität oder dem Auftreten von Krankheitsbildern, die ihn an der Verrichtung seiner Arbeit hindern oder zu einer Beeinträchtigung der Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit führen (EuGH 18.12.2014, C-354/13, NZA 2015, 33 (35)). Eine **symptomlose HIV-Infektion** stellt ebenfalls eine Behinderung dar. Das gilt so lange, wie das gegenwärtig auf eine solche Infektion zurückzuführende **soziale Vermeidungsverhalten** sowie die darauf beruhenden **Stigmatisierungen** andauern (BAG 19.12.2013, 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372). 8

Mit dem **Alter** ist das **biologische Lebensalter** gemeint, d. h. sowohl **junge** als auch **alte Menschen** werden vom Benachteiligungsverbot erfasst. Verboten ist damit jede ungerechtfertigte unterschiedliche Behandlung, die an das Lebensalter anknüpft (BT-Drs. 16/1780, 31). 9

Sexuelle Identität meint die **sexuelle Veranlagung und Ausrichtung**, zB heterosexuell, homosexuell, bisexuell, transsexuell oder Zwischengeschlechtlichkeit (BT-Drs. 16/1780, 31). Dies gilt aber nur im Rahmen des **gesetzlich Erlaubten**. Nicht geschützt sind daher sexuelle Neigungen wie zB Pädophilie. 10

1.1.2 Kausalität und Vorsatz

- 11 Die Benachteiligung muss „wegen“ eines verbotenen Diskriminierungsmerkmals erfolgen. Nicht erforderlich ist, dass ausschließlich wegen eines verbotenen Merkmals benachteiligt wurde. Ausreichend ist, wenn das Verhalten des Benachteiligten auch durch ein verbotenes Merkmal motiviert wurde, d. h. ein verbotenes Merkmal zumindest **eines von mehreren Motiven** aus einem **Motivbündel** war, welches die Entscheidung beeinflusst hat (BAG 18.9.2014, 8 AZR 753/13, BeckRS 2014, 73584; BGH 23.4.2012, II ZR 163/10, NZA 2012, 797 (800)).
- 12 In subjektiver Hinsicht ist **kein schuldhaftes Handeln** und **keine Benachteiligungsabsicht** erforderlich (BAG 24.1.2013, 8 AZR 429/11, NZA 2013, 498 (501); 16.2.2012, 8 AZR 697/10, NZA 2012, 667). Umgekehrt genügt es, wenn der Benachteiligte gar nicht Träger des Merkmals ist, der Benachteiligende das Vorliegen eines Diskriminierungsmerkmals jedoch **irrtümlich angenommen** hat (§ 7 Abs. 1 Halbs. 2 AGG; BAG 17.12.2009, 8 AZR 670/08, NZA 2010, 383).

1.1.3 Reichweite des Diskriminierungsverbots

- 13 Die Antidiskriminierungsregeln erfassen **alle Phasen des Arbeitsverhältnisses** von der Stellenausschreibung bzw. Bewerbung bis zur Kündigung bzw. Pensionierung des Arbeitnehmers. Erfasst sind sowohl **individual-** als auch **kollektivrechtliche Vereinbarungen** und Maßnahmen. Das AGG nennt ausdrücklich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, Beschäftigungs-, Arbeits- und Entlassungsbedingungen, die Durchführung und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses sowie den beruflichen Aufstieg (§ 2 Abs.1 AGG).
- 14 Für **Kündigungen** sollen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten (§ 2 Abs. 4 AGG). Gleichwohl sind auch bei Kündigungen die Diskriminierungsverbote des AGG zu beachten. Findet das **KSchG keine Anwendung**, ist eine **diskriminierende Kündigung** unmittelbar nach § 134 BGB iVm. §§ 7 Abs. 1 AGG **unwirksam** (BAG 23.7.2015, 6 AZR 457/14, ArbRAktuell 2015, 375; 19.12.13, 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372 (374); Oberthür ArbRB 2014, 212).
- 15 **Beispiel**

In einer ärztlichen Gemeinschaftspraxis werden fünf Arbeitnehmer (Arzthelfer) beschäftigt. Der Arbeitgeber entschließt sich, das Personal um einen Arzthelfer zu reduzieren. Dem ältesten Arzthelfer wird gekündigt, da dieser „inzwischen pensionsberechtigt“ ist. Die Kündigung ist unwirksam, da ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nach § 7 Abs. 1 AGG vorliegt. Das AGG (einschließlich der Beweislastregelung des § 22 AGG) gilt auch in **Kleinbetrieben** (BAG 23.7.2015, 6 AZR 457/14, ArbRAktuell 2015, 375).

Im **Anwendungsbereich des KSchG** ergibt sich die Unwirksamkeit einer diskriminierenden Kündigung dagegen nicht aus dem AGG, dafür aber aus dem KSchG, d. h. eine **diskriminierende Kündigung ist sozial ungerechtfertigt** iSv. § 1 Abs. 2 KSchG (BAG 6.11.2008, 2 AZR 523/07, NZA 2009, 361). Ein **Schadenersatz- oder Entschädigungsanspruch** kann sich in beiden Fällen, d. h. auch wenn das KSchG einschlägig ist, aus § 15 AGG ergeben (BAG 12.12.2013, 8 AZR 838/12, NZA 2014, 722; 19.12.2013, 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372).

Für einen **Schadenersatzanspruch** dürfte jedoch regelmäßig **kein Raum** sein, da eine diskriminierende Kündigung unwirksam ist, sodass für die Zukunft aufgrund des fortbestehenden Arbeitsverhältnisses kein Schaden entsteht und etwaig entgangener Verdienst für die Vergangenheit wegen Annahmeverzug vom Arbeitgeber zu ersetzen ist (Günther/Frey NZA 2014, 584 (588)).

Für die **betriebliche Altersversorgung** soll nur das BetrAVG gelten (§ 2 Abs. 2 S. 2 AGG). Hierbei handelt es sich um eine reine Kollisionsregelung. Das **AGG bleibt** trotz der Regelung **anwendbar**, soweit im **BetrAVG** keine **Sonderregeln** bestehen (BAG 18.3.2014, 3 AZR 69/12, NZA 2014, 606; 15.10.2013, 3 AZR 653/11, NZA 2014, 308).

1.1.4 Geschützte Personen

Gegen Diskriminierungen sind alle „**Beschäftigten**“ geschützt (§ 6 Abs. 1 AGG). Unter den Beschäftigtenbegriff fallen **alle Arbeitnehmer**. Es gilt der allgemeine arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff (vgl. BAG 26.9.2002, 5 AZB 19/01, NZA 2002, 1412). Erfasst sind auch die zu ihrer **Berufsbildung Beschäftigten** (§ 26 BBiG), d. h. neben **Auszubildenden** auch **Praktikanten** oder Volontäre; ferner **Leiharbeiter** und **arbeitnehmerähnliche Personen**, zB eine **freie Mitarbeiterin**, die als Radio- und Onlineredakteurin beschäftigt ist (BAG 20.6.2013, 8 AZR 482/12, NZA 2014, 21).

Ebenfalls erfasst sind **Bewerber**. Dabei spielt es keine Rolle, ob ein Bewerber für die ausgeschriebene Tätigkeit objektiv geeignet ist (BAG 24.1.2013, 8 AZR 429/11, NZA 2013, 498 (500); 13.10.2011, 8 AZR 608/10, BeckRS 2012, 65090). **Bewerber** ist jedoch nur, wer sich mit dem **Ziel einer Einstellung bewirbt**. Wer dagegen nur eine **formale Bewerbung** einreicht, um im Falle der Ablehnung Ansprüche nach § 15 AGG erheben zu können, hat sich nicht ernsthaft beworben und fällt nicht unter den Schutzbereich des AGG, da er sich als **Scheinbewerber rechtsmissbräuchlich** verhält (EuGH 28.7.2016, C-423/15, NZA 2016, 1014; BAG 18.6.2015, 8 AZR 848/13, BeckRS 2015, 69900; 14.11.2013, 8 AZR 997/12, NZA 2014, 489 (504)).

Das AGG gilt auch für **Betriebsrentner**, also Personen, deren Arbeitsverhältnis bereits beendet ist. Dies betrifft idR Sachverhalte mit Bezug zur **betrieblichen Altersversorgung**.

- 22 Soweit Bedingungen für den **Zugang zur Erwerbstätigkeit** sowie für den **beruflichen Aufstieg** betroffen sind, werden gem. § 6 Abs. 3 AGG auch **Selbstständige** (zB freie Mitarbeiter, Handels- und Versicherungsvertreter) und **Organmitglieder** (insb. Geschäftsführer, Vorstand, Aufsichtsrat) geschützt (Bauer/Göpfert/Krieger DB 2005, 595 (598); Reufels/Molle NZA-RR 2011, 211). Unter das Merkmal Zugang zur Erwerbstätigkeit fallen sowohl der **Abschluss des Dienstvertrags** als auch die **Bestellung des Organmitglieds** (BGH 23.4.2012, II ZR 163/103, NZA 2012, 797 (798)). Erfasst ist auch der Fall, dass sich ein Geschäftsführer, dessen Bestellung und Anstellung infolge einer **Befristung** abläuft, erneut um das Amt des Geschäftsführers bewirbt (BGH 24.4.2012, II ZR 163/103, NZA 2012, 797).
- 23 Soweit das AGG anwendbar ist, bietet es **Selbstständigen** und **Organmitgliedern denselben Schutz wie Beschäftigten** (OLG K 29.7.2010, 18 U 196/09, NZA 2011, 211 (214); Reufels/Molle NZA-RR 2011, 281 (284)). Nicht anwendbar ist das AGG bzgl. dieser Personen dagegen auf die **Beschäftigungs- und Entlassungsbedingungen**. Die Entscheidung über Beschäftigungs- und Entlassungsbedingungen soll der Auftraggeber bzw. das zuständige Gesellschaftsorgan in einer weitgehend freien, nur am Unternehmenswohl orientierten und allein an der Grenze der Sittenwidrigkeit und des Verstoßes gegen Treu und Glauben zu messenden Entscheidung treffen. Soll folglich das **Vertragsverhältnis beendet** oder die **Bestellung widerrufen** werden, wird diese Entscheidung **nicht am AGG gemessen**.
- 24 Mittelbar sind auch **Externe**, zB Kunden oder Mitarbeiter von Drittunternehmen, geschützt.

25 **Beispiel**

Arbeitnehmer A sagt zur Reinigungskraft R, die im Betrieb des A für ein externes Reinigungsunternehmen arbeitet, dass Sie „schöne Brüste“ habe und berührt sie mit seinen Händen an der Brust. Hierdurch begeht A eine sexuelle Belästigung und verstößt zugleich gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten (BAG 20.11.2014, 2 AZR 651/13, NZA 2015, 294).

1.1.5 Verpflichtete Personen

- 26 Das Benachteiligungsverbot gem. § 7 Abs. 1 AGG enthält keinen ausdrücklichen Adressaten. Aus der Gesetzesbegründung und Systematik des Gesetzes (insb. aus §§ 7 Abs. 3, 12, 13 AGG) ergibt sich jedoch, dass das Benachteiligungsverbot für **Arbeitgeber, Vorgesetzte, Kollegen** und **Dritte**, zB Kunden und Geschäftspartner, gilt.
- 27 Allerdings haben die Benachteiligten nur ggü. ihrem (potentiellen) **Arbeitgeber** Ansprüche aus dem AGG gem. §§ 13 ff. AGG (BAG 23.1.2014, 8 AZR 118/13, BeckRS 2014, 66478; LAG K 25.6.2014, 5 Sa 75/14, BeckRS 2014, 72115). Der

Arbeitgeber hat allerdings **mittelbar** auch für Handlungen seiner Arbeitnehmer, Geschäftspartner und Kunden einzustehen. Bedient sich der Arbeitgeber zB bei der Stellenbesetzung einer **anderen Konzerngesellschaft**, der **Arbeitsagentur** oder eines **Personalvermittlers**, so ist ihm deren Verhalten idR **zuzurechnen** (BAG 17.12.2009, 8 AZR 670/08, NZA 2010, 383).

Dagegen hat der diskriminierte Stellenbewerber **keinen Anspruch** gegen die **Arbeitsagentur** oder den **Personalvermittler**, egal von wem die diskriminierende Handlung ausgeht (BAG 23.1.2014, 8 AZR 118/13, BeckRS 2014, 66478). Gleiches gilt, wenn ein Auswahlverfahren für eine Pilotenausbildung von der **Muttergesellschaft** des Konzerns durchgeführt, der Schulungsvertrag bei einer erfolgreichen Bewerbung jedoch mit ihrer **Tochtergesellschaft** abgeschlossen wird. Ansprüche aus dem AGG bestehen dann nur gegen die Tochtergesellschaft (LAG K 25.6.2014, 5 Sa 75/14, BeckRS 2014, 72115). 28

Gegen **andere Personen** als den Arbeitgeber, zB Kollegen oder Vorgesetzte, können sich **Schadenersatzansprüche** ergeben, insb. Ansprüche aus unerlaubter Handlung wegen **Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts** (§ 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG). Die Anforderungen hierfür sind jedoch sehr hoch. Bei **sexualbezogenen Gesprächen**, Witzen und anderen gleichgerichteten Äußerungen von Arbeitskollegen oder Vorgesetzten liegt noch keine Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor, wenn das Verhalten sich **nicht gezielt** gegen eine Person richtet, sondern in einem Arbeitsumfeld stattfindet, in dem solche Verhaltensweisen an der Tagesordnung sind (OLG F 26.8.1999, 15 U 103/97, NJW-RR 2000, 976). Ansprüche kommen idR erst bei sexueller Belästigung oder beim volkstümlich „Mobbing“ genannten Verhalten gem. § 3 Abs. 3 AGG in Betracht. 29

Das Benachteiligungsverbot gilt auch für die **Tarifvertrags- und Betriebsparteien** (EuGH 20.3.2003, C-187/00, NZA 2003, 506 (509)). 30

1.2 Begriff der Benachteiligung

Das AGG verwendet die Begriffe **Ungleichbehandlung**, **Benachteiligung** und **unzulässige Benachteiligung**. Eine Ungleichbehandlung ist eine Benachteiligung. Wenn die Benachteiligung nicht gerechtfertigt ist (vgl. §§ 5, 8 bis 10 AGG), ist diese eine unzulässige Benachteiligung und wird zur Diskriminierung (BAG 20.11.2014, 2 AZR 651/13, NZA 2015, 294). 31

Benachteiligung ist sowohl das **Vorenthalten von Vorteilen** (BAG 12.6.2002, 10 AZR 340/01, NZA 2002, 1389 (1390); 7.11.2002, 2 AZR 742/00, NZA 2003, 1139 (1141)) als auch die **Zufügung von Nachteilen**, zB wenn ein Bewerber nicht in die Auswahl einbezogen wird, sondern eine Absage erhält. Die Benachteiligung liegt dann in der **Versagung einer Chance** (BAG 16.2.2012, 8 AZR 697/10, NZA 2012, 667 (669); 28.5.2009, 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016 (1018)). 32

- 33 Ob eine Vereinbarung oder Maßnahme idS benachteiligend ist, kann nur durch einen **Vergleich** festgestellt werden. Ein subjektives Element, gar eine Benachteiligungsabsicht, ist nicht erforderlich. Es genügt die **objektive Ungleichbehandlung** (BAG 25.2.2010, 6 AZR 911/08, NZA 2010, 561).
- 34 Das **Alter** ist ein ambivalentes, relatives Differenzierungsmerkmal. Eine Benachteiligung liegt daher nicht bereits dann vor, wenn ein Arbeitnehmer **objektiv anders** als ein älterer oder jüngerer Arbeitnehmer behandelt wird. Erforderlich ist vielmehr, dass sich die Differenzierung zwischen unterschiedlich alten Arbeitnehmern für eine **bestimmte Altersgruppe negativ auswirkt** und diese zurücksetzt. Es fehlt daher bspw. an einer Ungleichbehandlung, wenn der Arbeitgeber im Rahmen eines Freiwilligenprogramms nur jüngeren Arbeitnehmern den Abschluss eines Aufhebungsvertrags gegen Zahlung einer Abfindung anbietet (BAG 25.2.2010, 6 AZR 911/08, NZA 2010, 561 (564)).
- 35 Das AGG definiert in **§ 3 AGG** die fünf möglichen **Benachteiligungsformen**:
- unmittelbare Benachteiligung
 - mittelbare Benachteiligung
 - Belästigung
 - Sexuelle Belästigung
 - Anweisung zur Benachteiligung
- 36 Es handelt sich um gesetzliche **Legaldefinitionen**, die sich an der bisherigen Rechtsprechung orientieren oder wörtlich den zugrundeliegenden europäischen Richtlinien entnommen sind.

1.2.1 Unmittelbare Benachteiligung

- 37 Eine **unmittelbare Benachteiligung** liegt vor, wenn eine Person weniger günstig behandelt wird als eine andere Person in einer **vergleichbaren Situation** (§ 3 Abs. 1 AGG). D. h. die Unterscheidung erfolgt gerade **wegen eines verbotenen Diskriminierungsmerkmals**, zB wenn einem Mann in der Probezeit gekündigt wird, weil er homosexuell ist (vgl. BAG 23.6.1994, 2 AZR 617/93, NZA 1994, 1080 (1081 f.)) oder wenn ein befristeter Arbeitsvertrag bei einem ausländischen Arbeitnehmer nicht entfristet wird, in vergleichbaren Fällen bei deutschen Arbeitnehmern dagegen schon (BAG 21.6.2012, 8 AZR 364/11, NZA 2012, 1345 (1347)).
- 38 Im Falle einer **Bewerbung** kommt eine Benachteiligung nur dann in Betracht, wenn der Bewerber **objektiv für die ausgeschriebene Stelle geeignet** ist. Andernfalls liegt **keine vergleichbare Situation** vor (BAG 14.11.2013, 8 AZR 997/12, NZA 2014, 489 (491); 24.1.2013, 8 AZR 429/11, NZA 2013, 498 (501)). Es kommt nicht darauf an, ob der Arbeitgeber von der objektiven Nichteignung Kenntnis hatte. Eine Diskriminierung scheidet auch bei **Nichtkenntnis des Arbeitgebers** von der Nichteignung aus (BAG 14.11.2013, 8 AZR 997/12, NZA

2014, 489 (492)). Grds. ist für die objektive Eignung nicht auf das formelle Anforderungsprofil, welches der Arbeitgeber erstellt hat, abzustellen, sondern auf die **Anforderungen**, die der **Arbeitgeber** an einen Bewerber **berechtigterweise stellen** durfte. Der Arbeitgeber darf über den Zuschnitt einer Stelle und die dafür aus seiner Sicht erforderlichen Qualifikationen des Stelleninhabers zwar frei entscheiden, er darf aber nicht durch **willkürlich gewählte Anforderungen**, die für die Ausfüllung der Stelle nicht erforderlich sind, den Schutz des AGG faktisch beseitigen (BAG 24.1.2013, 8 AZR 429/11, NZA 2013, 498 (501); 7.4.2011, 8 AZR 679/09, NZA-RR 2011, 494).

Für die **Dauer des Auswahlverfahrens** bleibt der Arbeitgeber an das in der veröffentlichten Stellenbeschreibung bekanntgegebene **Anforderungsprofil gebunden** (BAG 13.10.2011, 8 AZR 608/10, BeckRS 2012, 65090; 21.7.2009, 9 AZR 431/08, NJW 2009, 3319). 39

Bei Arbeitgebern des **öffentlichen Dienstes** muss die Festlegung des Anforderungsprofils dem **Grds. der Bestenauslese** Rechnung tragen und im Hinblick auf die Anforderungen der zu besetzenden Stelle sachlich nachvollziehbar sein (BAG 7.4.2011, 8 AZR 679/09, NZA-RR 2011, 494 (497); 24.1.2013, 8 AZR 429/11, NZA 2013, 498 (501)). Ein Bewerber, der die Anforderungen der zu besetzenden Stelle nicht erfüllt, ist daher bereits objektiv nicht geeignet. 40

Auch für die **Privatwirtschaft** ist davon auszugehen, dass es bereits an der **objektiven Eignung** des Bewerbers **fehlt**, wenn der Arbeitgeber in der Stellenausschreibung zB eine bestimmte **Examensnote** verlangt und der Bewerber diese Note **nicht erreicht** hat. Zwar gilt der Grds. der Bestenauslese nur für den öffentlichen Dienst, nicht aber für die Privatwirtschaft. Dies bedeutet aber nur, dass der private Arbeitgeber keine Bestenauslese vornehmen muss. Er kann sich jedoch dafür entscheiden, auf die gleichen Kriterien wie der öffentliche Dienst abzustellen (LAG K 20.11.2013 5 Sa 317/13, BeckRS 2014, 66362). 41

Es ist ausreichend, wenn eine hinreichend konkrete **Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr** hinsichtlich einer Ungleichbehandlung besteht (BT-Drs. 16/1780, 32). 42

1.2.2 Mittelbare Benachteiligung

Eine **mittelbare Benachteiligung** liegt vor, wenn dem Anschein nach **neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren** dazu führen, dass Personen ggü. anderen Personen in besonderer Weise benachteiligt werden. Dies gilt nicht, wenn die unterschiedliche Behandlung durch ein **rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt** ist und die **Mittel** zur Erreichung dieses Ziels **angemessen und erforderlich** sind (§ 3 Abs. 2 AGG). In dieser besonders praxisrelevanten Gruppe ergibt sich die Benachteiligung erst **als Folge** einer nach **wertneutralen Kriterien** getroffenen Unterscheidung. Eine mittelbare unterschiedliche Behandlung wegen der **sexuellen Orientierung** von gleichgeschlechtlichen Partnerschaften liegt zB vor, 43

wenn eine Regelung an den **Familienstand** anknüpft (EuGH 1.4.2008, C-267/06, NZA 2008, 459; BAG 11.12.2012, 3 AZR 684/10, BeckRS 2013, 67716). Ein Tarifvertrag einer Fluggesellschaft, der für den **Zugang zur Pilotenausbildung** eine **Mindestgröße von 165 cm** verlangt, benachteiligt Frauen mittelbar wegen ihres **Geschlechts** (LAG K 25.6.2014, 5 Sa 75/14, BeckRS 2014, 72115).

- 44 Die unterschiedliche Betroffenheit der beiden Gruppen muss vom Anspruchsteller nachgewiesen werden. Zu vergleichen ist die Gruppe derjenigen, die durch die Verwendung des zu überprüfenden Kriteriums belastet wird, mit der Gruppe derer, die durch das Kriterium begünstigt oder jedenfalls nicht belastet wird. Erforderlich ist, dass die erste Gruppe **signifikant stärker betroffen** ist (EuGH 10.3.2005, C-196/02, NZA 2005, 807 (809)). Auf eine exakte Zahlenrelation hat sich die Rspr. bislang nicht festgelegt. Die unterschiedliche Betroffenheit kann insb. durch einen **statistischen Vergleich** festgestellt werden. Dieser muss für die **konkrete Situation** jedoch **aussagekräftig** sein (BAG 18.9.2014, 8 AZR 753/13, BeckRS 2014, 73584; 22.7.2010, 8 AZR 1012/08, BeckRS 2010, 75924).
- 45 Im Bereich der **Altersdiskriminierung** bedarf es **nicht des statistischen Nachweises**, dass die in Frage stehende Regelung eine bestimmte Altersgruppe tatsächlich benachteiligt. Es ist ausreichend, wenn die Regelung hierzu **typischerweise geeignet** ist (BAG 18.8.2009, 1 ABR 47/08, NZA 2010, 222), zB wenn ein „**Berufsanfänger**“ gesucht wird, da dieses Kriterium typischerweise von **jungen Menschen** erfüllt wird.
- 46 Eine **mittelbare Benachteiligung scheidet** bereits tatbestandlich **aus**, wenn ein **rechtfertigender Grund** vorliegt. Für einen rechtfertigenden Grund **reichen unspezifische Behauptungen**, zB über die geringere betriebliche Verbundenheit von Teilzeit- oder nebenberuflich Beschäftigten, ihre vermeintlich geringere Arbeitsmotivation oder ihre geringere soziale Schutzbedürftigkeit **nicht aus** (BAG 23.1.1990, 3 AZR 58/88, NZA 1990, 778 (780)). Demgegenüber können die **Dauer der Betriebszugehörigkeit**, wenn durch sie erhöhte fachliche Kenntnisse vermittelt werden, die **Flexibilität** oder die **Berufsausbildung**, soweit sie für die vereinbarte Arbeitsleistung erforderlich sind, als Differenzierungsgründe anerkannt werden (EuGH 17.10.1989, Rs 109/88, NZA 1990, 772 (774)). Die Dauer der Betriebszugehörigkeit geht nämlich mit der Berufserfahrung einher, und diese befähigt den Arbeitnehmer üblicherweise, seine Arbeit besser zu verrichten (EuGH 3.10.2006, C-17/05, NZA 2006, 1205 (1206)). Für die Rechtfertigung muss die unterschiedliche Behandlung einem **wirklichen Bedürfnis des Unternehmens** dienen, für die Erreichung der unternehmerischen Ziele **geeignet** und nach dem **Grds. der Verhältnismäßigkeit erforderlich** sein.

Beispiel

47

Die Anweisung an einen ausländischen Arbeitnehmer, einen **Deutschkurs** zu besuchen, stellt keine unmittelbare, jedoch eine **mittelbare Diskriminierung** wegen der **ethnischen Herkunft** dar, ist jedoch **gerechtfertigt**, wenn der Sprachkurs dazu dient, dem Arbeitnehmer die **arbeitsnotwendigen Sprachkenntnisse** für eine **zulässigerweise angeordnete Tätigkeit** zu vermitteln. Sowohl die Verfolgung eines legitimen Zwecks als auch die Geeignetheit der Maßnahme sind gegeben. Die Anweisung ist erforderlich und angemessen. Dabei ist davon auszugehen, dass die Verständigungsmöglichkeit mit Kunden und anderen Arbeitnehmern für die Tätigkeit erforderlich ist und die von dem Arbeitnehmer geleisteten Tätigkeiten den vertraglichen Vereinbarungen entsprechen und zulässigerweise angeordnet sind. Durch die Absolvierung eines Sprachkurses können – ebenso wie bei deutschen Arbeitnehmern, die zur Erfüllung der von ihnen geschuldeten Tätigkeiten eine Fremdsprache beherrschen müssen – die arbeitsnotwendigen Sprachkenntnisse vermittelt werden. Die Anweisung, einen Sprachkurs zu besuchen, war erforderlich, weil die arbeitsnotwendige Sprachkompetenz hergestellt werden kann (BAG 22.6.2011, 8 AZR 48/10, NZA 2011, 1226 (1230)).

Beispiel

48

Die Beschränkung von Bewerbern für die **Ausbildung als Pilot** auf Personen mit einer **Körpergröße von mindestens 165 cm** ist als **mittelbare Diskriminierung von Frauen** dagegen **nicht gerechtfertigt**. Eine bestimmte Mindestgröße ergibt sich nicht aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Diese schreiben lediglich eine „ausreichende Körpergröße“ vor. Damit ist nicht gesagt, dass die Festlegung einer Mindestgröße ausgeschlossen ist. Es gibt jedoch andere Fluggesellschaften, die eine geringere Mindestgröße für Piloten verlangen. Dies verdeutlicht, dass die Flugsicherheit auch dann gewährleistet werden kann, wenn Piloten eingesetzt werden, die eine geringere Körpergröße als 165 cm aufweisen. Der Arbeitgeber hat auch nicht dargelegt, dass bestimmte Flugzeugmuster dem Piloten hinsichtlich der Körpergröße mehr abverlangen als andere. Wenn dem so sein sollte, bestünde zudem die Möglichkeit, kleinere Piloten auf diesen Flugzeugmustern nicht einzusetzen. Diese Einschränkung ihrer Planungsfreiheit wäre dem Arbeitgeber angesichts der Alternative, dass ansonsten einem erheblichen Anteil der Frauen der Zugang zum Pilotenberuf gänzlich verwehrt wäre, zuzumuten (LAG K 25.6.2014, 5 Sa 75/14, BeckRS 2014, 72115).

Im Falle von **Bewerbern** setzt eine **mittelbare Diskriminierung**, ebenso wie eine unmittelbare Benachteiligung voraus, dass der Bewerber für die ausgeschriebene Stelle **objektiv geeignet** war (LAG K 20.11.2013 5 Sa 317/13, BeckRS 2014, 66362; s. Rn. 38).

1.2.3 Belästigung

- 50 Eine Belästigung gilt als Benachteiligung, wenn **unerwünschte Verhaltensweisen** bezwecken oder bewirken, dass die **Würde** der betroffenen Person **verletzt** wird **und** ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes **Umfeld entsteht** (§ 3 Abs. 3 AGG), umgangssprachlich auch als „**Mobbing**“ bezeichnet (BAG 22.7.2010, 8 AZR 1012/08, NZA 2011, 93 (102)), zB wiederholte Verleumdungen, Beleidigungen, abwertende Äußerungen, Anfeindungen und Drohungen und/oder körperliche Übergriffe durch Kollegen (BT-Drs. 16/1780, 33). Eine Verhaltensweise unterhalb der „Lästigkeitsschwelle“, welche sich in einem einzelnen Zwischenfall erschöpft, führt noch nicht zu einem feindlichen Umfeld. „Gekennzeichnet“ ist ein Umfeld erst dann von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen, wenn diese für das **Umfeld charakteristisch oder typisch** sind. Maßgeblich ist, ob eine bestimmte Verhaltensweise oder ein bestimmter Vorfall das Umfeld kennzeichnet, also für dieses charakteristisch oder typisch ist. Deshalb führt einmaliges Verhalten grds. nicht zur Schaffung eines feindlichen Umfeldes. Vielmehr ist dafür regelmäßig ein **Verhalten von gewisser Dauer** erforderlich. Dies schließt umgekehrt nicht aus, dass im Einzelfall das Umfeld auch durch ein (besonders schwerwiegendes) **einmaliges Verhalten** gekennzeichnet sein kann (BAG 24.9.2009, 8 AZR 705/08, NZA 2010, 387 (390)).
- 51 Alle Handlungen bzw. Verhaltensweisen, die systematisch ein bestimmtes Umfeld schaffen, sind in die Betrachtung mit einzubeziehen. Deshalb dürfen einzelne zurückliegende Handlungen oder Verhaltensweisen bei der Beurteilung nicht unberücksichtigt gelassen werden. Wesensmerkmal der als „**Mobbing**“ bezeichneten Form der Rechtsverletzung des Arbeitnehmers ist die **systematische, sich aus vielen einzelnen Handlungen** oder Verhaltensweisen **zusammensetzende** Verletzung, wobei den einzelnen Handlungen oder Verhaltensweisen für sich allein betrachtet oft keine rechtliche Bedeutung zukommt. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass im Arbeitsleben übliche Konfliktsituationen, die sich auch über einen längeren Zeitraum erstrecken können, von der rechtlichen Bewertung auszunehmen sind. Vielmehr sind die kritischen Verhaltensweisen aufgrund einer objektiven Betrachtungsweise und ohne Rücksicht auf das subjektive Empfinden des betroffenen Arbeitnehmers zu bewerten.
- 52 Dies gilt auch im Verhältnis zu **Vorgesetzten**. Entsprechend stellen **Weisungen**, die sich im Rahmen des Direktionsrechts des Arbeitgebers bewegen, und denen sich nicht eindeutig eine schikanöse Tendenz entnehmen lassen, idR keine Verletzung des Persönlichkeitsrechts dar. Gleiches kann für den Rahmen des Direktionsrechts überschreitende Weisungen gelten, denen jedoch **sachlich nachvollziehbare Erwägungen** des Arbeitgebers zu Grunde liegen. Daneben kann es an der die einzelnen Handlungen zusammenfassenden Systematik fehlen, wenn verschiedene Vorgesetzte handeln und nicht zusammenwirken oder wenn zwischen den einzelnen Teilakten lange zeitliche Zwischenräume liegen (BAG 22.7.2010, 8 AZR 1012/08, NZA 2011, 93 (102)).

Für das Bewirken genügt der **bloße Eintritt** der **Belästigung**, ein vorsätzliches Verhalten der für dieses Ergebnis objektiv verantwortlichen Person ist nicht erforderlich (BAG 9.6.2011, 2 AZR 323/10, NZA 2011, 1342). Das **Verhalten** muss objektiv gesehen **unerwünscht** sein. Ein aktiver Widerspruch oder ein Handeln trotz ausdrücklich ablehnender Einstellung des Opfers ist nicht erforderlich. Maßgeblich ist einzig, ob die Unerwünschtheit der Verhaltensweise für den oder die Handelnden **objektiv erkennbar** war (BAG 20.11.2014, 2 AZR 651/13, NZA 2015, 294 (295); 9.6.2011, 2 AZR 323/10, NZA 2011, 1342), auf die subjektive Sicht der Handelnden kommt es nicht an.

Das AGG ist gleichwohl **kein „Anti-Mobbinggesetz“**. § 3 Abs. 3 AGG erfasst nur Verhalten **wegen eines der in § 1 AGG genannten Diskriminierungsmerkmale** (BAG 22.7.2010, 8 AZR 1012/08, NZA 2011, 93 (102)).

1.2.4 Sexuelle Belästigung

Eine sexuelle Belästigung gilt als Benachteiligung, wenn **unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten** eine Verletzung der Würde bezweckt oder bewirkt, insb. wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird (§ 3 Abs. 4 AGG). Wie bei der (einfachen) Belästigung genügt für das Bewirken der bloße **Eintritt der Belästigung**. Vorsätzliches Verhalten ist nicht erforderlich (BAG 9.6.2011, 2 AZR 323/10, NZA 2011, 1342). Entscheidend ist, dass das Verhalten objektiv **unerwünscht** ist. Die betroffene Person muss ihre ablehnende Einstellung zu den fraglichen Verhaltensweisen nicht aktiv verdeutlicht haben. Maßgeblich ist allein, ob die Unerwünschtheit der Verhaltensweise für den Täter **objektiv erkennbar** war. Unmaßgeblich ist daher, wie der Täter selbst sein Verhalten zunächst eingeschätzt und empfunden haben mag und verstanden wissen wollte (BAG 20.11.2014, 2 AZR 651/13, NZA 2015, 294 (295); 9.6.2011, 2 AZR 323/10, NZA 2011, 1342).

Im Unterschied zur Belästigung genügt hier stets ein **einmaliger Vorfall** (BAG 9.6.2011, 2 AZR 323/10, NZA 2011, 1342 (1343)). Auch ist nicht erforderlich, dass ein feindliches Umfeld geschaffen wird. Dies ist lediglich ein Anwendungsbeispiel einer Würdeverletzung.

Eine sexuelle Belästigung muss **nicht** mit einer **körperlichen Berührung** verbunden sein wie ein „Klaps“ mit dem Handrücken auf den Po (LAG K 7.7.2005, 7 Sa 508/04, NZA-RR 2006, 237), sondern kann auch durch ein sonstiges Verhalten mit sexuellem Inhalt verwirklicht werden, zB eine **Bemerkung** über die „schönen Brüste“ einer Frau (BAG 20.11.2014, 2 AZR 651/13, NZA 2015, 294), oder das sichtbare **Aufhängen eines Kalenders** mit **pornographischen Bildern** im Büro (BAG 9.6.2011, 2 AZR 323/10, NZA 2011, 1342 (1343)).

1.2.5 Anweisung zur Benachteiligung

58 Auch die **Anweisung** eines **weisungsbefugten Vorgesetzten**, einen nachgeordneten Arbeitnehmer zu benachteiligen, gilt bereits als Benachteiligung (§ 3 Abs. 5 AGG). Unerheblich ist, ob die angewiesene Handlung tatsächlich ausgeführt worden ist oder ob der Anweisende sich über die Verbotswidrigkeit der Handlung bewusst war (BT-Drs. 16/1780, 33).

59 Beispiel

Der Personalchef weist einen Abteilungsleiter an, aus Imagegründen eine Frau in sein Team aufzunehmen und daher aus dem Kreis der drei internen Bewerber (zwei Männer, eine Frau) die Frau auf den zu besetzenden Posten zu befördern.

1.3 Zulässige Ungleichbehandlung

60 Nicht jede Ungleichbehandlung bzw. Benachteiligung stellt eine unzulässige Benachteiligung dar, sondern nur eine solche **ohne Rechtfertigung**. Das AGG erlaubt Benachteiligungen ausnahmsweise in § 5 sowie §§ 8–10 AGG. Dort geht es um die Rechtfertigung der **unmittelbaren Benachteiligung**.

61 Bei der **mittelbaren Benachteiligung** wird die Rechtfertigung in Form des rechtfertigenden Grundes bereits tatbestandlich mitgeprüft (s. Rn. 46 ff.).

62 Eine Rechtfertigung einer (**sexuellen**) **Belästigung** oder einer **Anweisung zur Belästigung** ist bereits gedanklich ausgeschlossen (BT-Drs. 16/1780, 35).

1.3.1 Berufliche Anforderung

63 Eine Ungleichbehandlung ist zulässig, wenn das Diskriminierungsmerkmal **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 (§ 8 Abs. 1 AGG). Die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung ist nur unter **sehr begrenzten Bedingungen** anzuerkennen (EuGH 15.5.1986, Rs. 222/84, AP Nr. 18 zu Art. 119 EWG-Vertrag; 23. Begründungserwägung RL 2000/78/EG). Bloße Erwägungen der **Zweckmäßigkeit** oder **sachliche Gründe** sind deshalb **nicht ausreichend**. Vielmehr muss die Ungleichbehandlung erforderlich sein und dem Grds. der Verhältnismäßigkeit zwischen beruflichem Zweck und dem Schutz vor Benachteiligung standhalten (BT-Drs. 16/1780, 35; 11. Begründungserwägung RL 2002/73/EG).

Eine Ungleichbehandlung ist daher nur zulässig, wenn die **vertragsgemäße Leistung** andernfalls **nicht oder nicht ordnungsgemäß erbracht** werden könnten. Hierbei ist auf die konkret vom Arbeitnehmer auszuübende Tätigkeit abzustellen, die sich nach dem vom Arbeitgeber festgelegten **Unternehmenskonzept** richtet (BAG 18.3.2010, 8 AZR 77/09, NZA 2010, 872 (875); 28.5.2009, 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016). Das vom Arbeitgeber geforderte Merkmal muss, um **wesentlich** sein zu können, für die vom Arbeitgeber vorgegebene berufliche Anforderung eine **prägende Bedeutung** haben, wobei es nicht darauf ankommt, welcher zeitliche Anteil der Tätigkeit betroffen ist, sondern darauf, ob das Merkmal für die Erreichung des unternehmerischen Zwecks erforderlich ist. Das Differenzierungsmerkmal darf nicht nur für unbedeutende, für den Arbeitsplatz nicht charakteristische Tätigkeiten notwendig sein (BAG 18.3.2010, 8 AZR 77/09, NZA 2010, 872 (875); 28.5.2009, 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016).

Aus Gründen der **Authentizität** darf bspw. ein **China-Restaurant** ausschließlich asiatisches Bedienpersonal einstellen (Thüsing NZA 2001, 1061 (1062)) und ein **Finanzdienstleistungsunternehmen**, das sich mit einem speziellen **Programm** gezielt an **weibliche Kunden** richtet, darf die Beratungstätigkeit ausschließlich von **Frauen** wahrnehmen lassen (ArbG Bonn 8.3.2001, 1 Ca 2980/00, NZA-RR 2002, 100 ff.). Die Tatsache, dass eine Tätigkeit **große physische Anstrengungen**, zB das Tragen von 50 kg-Säcken, verlangt, berechtigt **nicht** dazu, **Frauen** als Bewerber **auszusortieren**. Die körperliche Kraft eines Bewerbers kann nicht bereits aufgrund seiner Geschlechtszugehörigkeit, sondern nur aufgrund seiner individuellen Konstitution beurteilt werden (LAG K 8.11.2000, 3 Sa 974/00, NZA-RR 2001, 232 (233)).

Eine berufliche Anforderung kann sich auch aus der **Wahrung der Intimsphäre** bzw. dem **Schamgefühl** der Kunden oder Patienten ergeben (BAG 28.5.2009, 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016; LAG NI 19.4.2012, 4 SaGa 1732/11, BeckRS 2014, 72814). Daher ist es zB zulässig, wenn ein Einzelhandelsgeschäft mit Anprobemöglichkeit für den **Verkauf von Damenober- und Badebekleidung** eine weibliche Verkäuferin sucht (LAG K 19.7.1996, 7 Sa 499/96, NZA-RR 1997, 84). Die Stelle einer **Erzieherin in einem Mädcheninternat** darf geschlechtsspezifisch ausgeschrieben werden, wenn ein nicht unerheblicher Teil der Arbeitszeit mit Nachtdienst belegt ist, bei dem die Nachtwache auch die Schlafräume, Waschräume und Toiletten der Internatsschülerinnen betreten muss (BAG 28.5.2009, 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016).

Dagegen kann eine Ungleichbehandlung idR **nicht** mit dem Umstand gerechtfertigt werden, dass **Kunden bestimmte Erwartungen** an die Beschäftigten haben. Ansonsten würden in der Gesellschaft bestehende Vorurteile und Rollenverständnisse zementiert, was dem Gesetzesziel diametral zuwiderliefe (Novara NZA 2015, 142 (147); Annuß BB 2006, 1629 (1633)). Einer **Verkäuferin** in einem Kaufhaus, die ihre Tätigkeit nur mit einem islamischen **Kopftuch** ausüben will, kann daher nicht mit der Begründung gekündigt werden, dass die Kunden eine ein Kopftuch tragende Verkäuferin nicht akzeptieren würden. Vielmehr ist

die Verkäuferin trotz Kopftuchs weiterhin in der Lage, ihre vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen (BAG 10.10.2002, 2 AZR 472/01, NZA 2003, 483 (485)).

- 68 Kann ein Bewerber oder Arbeitnehmer aufgrund seiner **Behinderung** die vertraglich geschuldete Leistung nicht (mehr) ausüben, stellt dies an sich einen Rechtfertigungsgrund nach § 8 Abs. 1 AGG dar. Das gilt allerdings nur, wenn der Arbeitgeber nicht im Stande ist, das in Folge der Behinderung vorliegende Beschäftigungshindernis durch **angemessene Vorkehrungen zu beseitigen**. Dies hat der Arbeitgeber darzulegen. Beurteilungsgrundlage für die Rechtfertigungsprüfung ist dabei nicht der ursprüngliche (ausgeschriebene) Arbeitsplatz, sondern der mit **verhältnismäßigem Aufwand** geänderte Arbeitsplatz. Anderenfalls könnte der Arbeitgeber stets berufsbezogen argumentieren und behinderte Arbeitnehmer berechtigt von der Teilhabe am Berufsleben ausschließen. Kann der **Arbeitsplatz mit zumutbaren Anstrengungen angepasst** werden, ist der Arbeitnehmer für die geschuldete Tätigkeit geeignet (EuGH 11.7.2006, C-13/05, NZA 2006, 839 (841); BAG 19.12.2013, 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372 (378)).
- 69 Entsprechende Vorkehrungen können zB die Umgestaltung der Räumlichkeiten oder eine Anpassung des Arbeitsgeräts sein, aber auch die Verringerung der Arbeitszeit, die Freistellung von belastender Schicht- oder Nachtarbeit oder die Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes, der den Arbeitnehmer weniger belastet. Der Arbeitgeber ist jedoch **nicht** verpflichtet, einen **zusätzlichen Arbeitsplatz** erst neu zu **schaffen** (Günther/Frey NZA 2014, 584 (588)). Die Vorkehrungen dürfen den Arbeitgeber nicht über Gebühr belasten. Dafür kommt es insb. auf den **finanziellen Aufwand** an. Dieser darf im Verhältnis zur Größe und Finanzkraft des Arbeitgebers **nicht unverhältnismäßig** sein. Einen Anhaltspunkt dafür stellen die Voraussetzungen in § 81 Abs. 4 SGB IX dar (Günther/Frey NZA 2014, 584 (588)).

1.3.2 Religionsgemeinschaften

- 70 Für **Religionsgemeinschaften** gilt ein besonderer Rechtfertigungsgrund, wenn diese die Beschäftigung von **Anhängern anderer Religionen oder Weltanschauungen** verweigern wollen (§ 9 AGG). Der Rechtfertigungsgrund gilt auch für die den Religionsgemeinschaften **zugeordneten Einrichtungen** (zB Caritas, Diakonie) und **religiöse Vereinigungen** (zB kirchliche Orden) ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform, wenn sie nach dem Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft, ihrem Zweck und ihrer Aufgabe entsprechend berufen sind, ein Stück des Auftrags der Religionsgemeinschaft wahrzunehmen und zu erfüllen (BVerfG 4.6.1985, 2 BvR 1703/83 ua., NJW 1986, 367; BT-Drs. 16/1780, 35).
- 71 Eine Ungleichbehandlung ist zulässig, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung einer Person **nach der Art der Tätigkeit oder angesichts des Selbstverständnisses der Organisation eine gerechtfertigte berufliche Anforderung** darstellt. Dies ist nur bei Tätigkeiten im **verkündigungsnahen Be-**

reich der Fall (ArbG HH 4.12.2007, 20 Ca 105/07, BeckRS 2008, 52272; ArbG BE 18.12.2013, 54 Ca 6322/13, BeckRS 2014, 65182; aA LAG B 28.5.2014, 4 Sa 157/14 ua., BeckRS 2014, 71446; Jousen NZA 2008, 675 (678)).

Den **verkündungsnahen Bereich definiert die Religionsgemeinschaft autonom** und für die Arbeitsgerichte verbindlich, insb. was spezifische Aufgaben der Religionsgemeinschaft sind und was „Nähe“ zu ihnen bedeutet (BVerfG 4.6.1985, 2 BvR 1703/83 u.a., NJW 1986, 367). Zum verkündungsnahen Bereich gehören idR religionslehrende, katechetische, pastorale, seelsorgerische und leitende Tätigkeiten. Eine Religionsgemeinschaft kann nach ihrem Selbstverständnis über die og. Bereiche hinaus weitere **Personen**, die nur **iwS am Verkündigungsauftrag** beteiligt sind, erfassen, zB die Kindergärtner eines konfessionellen Kindergartens. Auf **alle Arbeitnehmer** lässt sich das Erfordernis einer bestimmten Religionszugehörigkeit mangels eines entsprechenden Selbstverständnisses der Religionsgemeinschaft allerdings idR **nicht erstrecken** (Kamanabrou RdA 2006, 321 (328)). Unzulässig wäre es daher, bspw. die Stelle einer Küchenkraft oder in der Buchhaltung vom „korrekten“ Bekenntnis abhängig zu machen. 72

Die Religionsgemeinschaften und ihre Organisationen dürfen von den für sie arbeitenden Personen trotz des allgemeinen Diskriminierungsverbots ein **loyales und aufrichtiges Verhalten** iSd. jeweiligen Selbstverständnisses fordern (§ 9 Abs. 2 AGG) Auch diese Verhaltensanforderungen **definiert die Religionsgemeinschaft autonom** und für die Arbeitsgerichte verbindlich, insb. welches die **wesentlichen Grds. der Glaubens- und Sittenlehre** sind (zB Verbot der Wiederheirat, Verbot homosexuellen Verhaltens, Kirchenaustritt) und was als (schwerer) **Verstoß** gegen diese anzusehen ist (BVerfG 4.6.1985, 2 BvR 1703/83 ua., NJW 1986, 367). 73

Die Verhaltensanforderungen **gelten für alle Arbeitnehmer** der Religionsgemeinschaft. Eine kirchliche Schule darf einen Hausmeister zwar nicht ablehnen, weil er Atheist ist. Sie darf von ihm aber verlangen, dass er den Schülern ggü. keine atheistischen Bemerkungen macht (Kamanabrou RdA 2006, 321 (328)). Von einer Krankenschwester in einem Caritas-Pflegeheim darf verlangt werden, kein muslimisches Kopftuch im Pflegeheim zu tragen (Fischermeier RdA 2014, 257 (259); aA ArbG K 6.3.2008, 19 Ca 7222/07, BeckRS 2008, 53977). 74

Bei den wesentlichen Grds. der Glaubens- und Sittenlehre kommt es aber auf die **Tätigkeit des Arbeitnehmers** an, d. h. dessen „Nähe“ **zum Verkündigungsauftrag** (Fischermeier RdA 2014, 257 (259)). 75

76 **Beispiel**

Ein **Sozialpädagoge** ist in einem sozialen Zentrum der **Caritas** tätig, in dem Grundschulkinder nachmittags betreut werden. Sein **Kirchenaustritt** ist ein Verstoß gegen die Glaubens- und Sittenlehre der katholischen Kirche und zugleich ein **illoyales Verhalten**. Die Benachteiligung ist nach § 9 AGG gerechtfertigt. Die Wahrnehmung erzieherischer Aufgaben ist Gegenstand des karitativen Wirkens der katholischen Kirche und ihrer Einrichtungen. Die mit erzieherischen Aufgaben betrauten Arbeitnehmer katholischer Dienstgeber verkörpern daher auch dann, wenn die religiöse Unterweisung der von ihnen betreuten Kinder nicht Gegenstand ihrer Tätigkeit ist, in besonderem Maße das **Ethos der katholischen Kirche**. Sie leisten im Sinne christlicher Caritas unmittelbar Dienst am Menschen, der nach dem Ethos der katholischen Kirche die Übereinstimmung mit ihren Glaubensüberzeugungen verlangt (BAG 25.4.2013, 2 AZR 579/12, NZA 2013, 1131 (1136)).

- 77 **Nicht** von § 9 AGG erfasst ist die Ungleichbehandlung aufgrund **anderer in § 1 AGG genannter Merkmale**, zB des Geschlechts. Ebenfalls **keine Privilegierung** erfahren andere **Tendenzunternehmen** wie Rundfunk- und Presseunternehmen oder politische Parteien.

1.3.3 Alter

- 78 Eine Benachteiligung wegen des Alters ist unter **erleichterten Bedingungen** möglich. Nach § 10 S. 1 und S. 2 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters über die allgemeine Regelung in § 8 Abs. 1 AGG hinaus zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein **legitimes Ziel gerechtfertigt** ist. Das **angewandte Mittel** muss **angemessen** und **erforderlich** sein (BT-Drs. 16/1780, 36).
- 79 Die Benachteiligung muss einem **legitimen Ziel sozialpolitischer Art** dienen, sonst scheidet eine Rechtfertigung nach § 10 AGG bereits aus diesem Grunde aus. Dazu gehören insb. die Bereiche **Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt** oder **berufliche Bildung** (EuGH 13.9.2011, C-447/09, NZA 2011, 1039 (1044); BAG 18.1.2012, 7 AZR 112/08, NZA 2012, 575 (579)). Der Gesetzgeber hat ferner durch die **gesetzlichen Beispiele** in § 10 S. 3 Nr. 1–6 AGG zum Ausdruck gebracht, dass diese grds. als ein von einem **legitimen Ziel getragenes Mittel** iSv. § 10 S. 1 und S. 2 AGG zulässig sein sollen (BAG 18.3.2014, 3 AZR 69/12, NZA 2014, 606 (608)). Kein legitimes Ziel sozialpolitischer Art ist dagegen die **Flugsicherheit**. Eine **Altersgrenze für Piloten** kann daher nicht mit dieser Erwägung begründet werden (EuGH 13.9.2011, C-447/09, NZA 2011, 1039; BAG 18.1.2012, 7 AZR 112/08, NZA 2012, 575).
- 80 Die Ziele müssen dem **Allgemeininteresse** dienen (EuGH 21.7.2011, C-159/10, C-160/10, NVwZ 2011, 1249 (1251); 5.3.2009, C-388/07, NZA 2009, 305 (308)). Damit ist aber nicht ausgeschlossen, dass der Arbeitgeber oder die Tarifvertrags-

parteien **betriebs- oder unternehmensbezogene Interessen** verfolgen. Ob ein betriebs- oder unternehmensbezogenes Ziel legitim ist, muss unter Berücksichtigung der fachlich-beruflichen Zusammenhänge aus Sicht des Arbeitgebers oder der Tarifvertragsparteien beurteilt werden (BAG 24.1.2013, 8 AZR 429/11, NZA 2013, 498 (502); 22.1.2009, 8 AZR 906/07, NZA 2009, 945 (949); BT-Dr 16/1780, S. 36).

Ein legitimes Ziel ist bspw. der **Erhalt einer ausgewogenen Altersstruktur** in der Belegschaft (EuGH 21.7.2011, C-159/10, C-160/10, NVwZ 2011, 1249, BAG 24.1.2013, 8 AZR 429/11, NZA 2013, 498 (502)), die **Anerkennung der Betriebszugehörigkeit** (EuGH 3.10.2006, C-17/05, NZA 2006, 1205; 8.9.2011, C-297/10, C-298/10, NZA 2011, 1100; 19.6.2014, C-501/12 ua., BeckRS 2014, 81016) oder der **Ausgleich drohender Nachteile durch den Verlust des Arbeitsplatzes** in Form von **Abfindungszahlungen** (BAG 12.4.2011, 1 AZR 743/09, NZA 2011, 985 (986)). Auch **gesundheitliche Erwägungen** oder ein mit zunehmendem Alter steigendes **Erholungsbedürfnis** (BAG 20.3.2012, 9 AZR 529/10, NZA 2012, 803) oder die Sicherstellung einer **angemessenen Altersversorgung** stellen ein legitimes, im Allgemeininteresse liegendes Ziel dar (BAG 17.4.2012, 3 AZR 481/10, NZA 2012, 929). Nicht ausreichend sind dagegen rein individuelle Beweggründe, zB die **bloße Kostenreduzierung** oder die **Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit** (EuGH 21.7.2011, C-159/10, C-160/10, NVwZ 2011, 1249 (1251); 5.3.2009, C-388/07, NZA 2009, 305 (308); BAG 5.11.2010, 2 AZR 676/08, NZA 2010, 457).

Die unterschiedliche Behandlung muss nach § 10 S. 1 AGG **objektiv gerechtfertigt** sein. Es ist dabei zu prüfen, ob das verfolgte Interesse auf tatsächlichen und nachvollziehbaren Erwägungen beruht und ob die Ungleichbehandlung nicht nur aufgrund von bloßen Vermutungen oder subjektiven Einschätzungen vorgenommen wird. Sie muss ferner **angemessen** sein. Dies erfordert eine **Verhältnismäßigkeitsprüfung**. Danach muss das verfolgte Ziel in einem angemessenen Verhältnis zu der Ungleichbehandlung stehen. Dafür ist eine Abwägung zwischen dem Schutz vor Ungleichbehandlung und dem verfolgten Ziel vorzunehmen. Die Ungleichbehandlung muss letztlich durch das verfolgte Ziel sachlich gerechtfertigt sein. Nach § 10 S. 2 AGG ist ferner zu prüfen, ob auch die **eingesetzten Mittel** zur Erreichung des Ziels **verhältnismäßig** sind (BAG 24.1.2013, 8 AZR 429/11, NZA 2013, 498 (502); 22.1.2009, 8 AZR 906/07, NZA 2009, 945).

Gesetzliche Beispiele einer grds. **zulässigen Ungleichbehandlung** wegen des Alters sind in § 10 S. 3 Nr. 1–6 AGG aufgeführt. Die Aufzählung ist **nicht abschließend** („insbesondere“). Die aufgeführten Beispiele sind jedoch nicht automatisch gerechtfertigt. Erforderlich ist vielmehr stets, dass die Voraussetzungen von § 10 S. 1 und S. 2 AGG im konkreten Fall gegeben sind.

Danach kommt eine **Rechtfertigung** zB in Betracht bei der Festlegung besonderer Bedingungen für den **Zugang zur Beschäftigung** und zur beruflichen Bildung sowie besondere **Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen**, einschließlich der Bedingungen für Entlohnung und **Beendigung des Beschäftigungsverhält-**

nisses, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Beschäftigten und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen (§ 10 S. 3 Nr. 1 AGG). Hier geht es insb. um Regelungen, **die älteren Arbeitnehmern eine günstigere Position** einräumen.

- 85 Eine **Staffelung der Vergütung anhand des Lebensalters** (zB im **BAT**) stellt eine **unzulässige Diskriminierung** wegen des Alters dar (EuGH 8.9.2011, C-297/10, C-298/10, NZA 2011, 1100; BAG 25.3.2015, 5 AZR 459/13, BeckRS 2015, 70717; 10.11.2011, 6 AZR 148/09, NZA 2012, 161). Entsprechende **Überleitungsregelungen** zu einem neuen, nicht auf dem Lebensalter aufsetzenden, objektiven System sind dagegen zulässig, obwohl die Überleitungsregelungen an die alten diskriminierenden Regelungen anknüpfen, sofern dies dazu dient, den Übergang zum neuen System ohne Einkommensverluste zu gewährleisten (BAG 8. 12. 2011, 6 AZR 319/09, NZA 2012, 275; EuGH 19.6.2014, C-501/12 ua., C-541/12, NZA 2014, 831; 8.9.2011, C-297/10, C-298/10, NZA 2011, 1100). Eine **Erhöhung des Urlaubsanspruchs** für ältere Arbeitnehmer kann aufgrund des Gesundheitsschutzes gerechtfertigt sein (BAG 21.10.2014, 9 AZR 956/12, NZA 2015, 297; 20.3.2012, 9 AZR 529/10, NZA 2012, 803). Eine betriebliche Regelung, die ältere **Piloten** seltener auf den (stärker belastenden) **Kurzstreckenflügen** einsetzt, ist dagegen unwirksam (BAG 14.5.2013, 1 AZR 44/12, NZA 2013, 1160).
- 86 Bei **Kündigungen** verstoßen die gesetzlichen **Regelungen zur Sozialauswahl**, d. h. Sozialauswahlkriterien, Leistungsträgerklausel, Altersgruppenbildung, Punkteschema, Namensliste (§ 1 Abs. 3–5 KSchG) **nicht** gegen das **Verbot der Altersdiskriminierung**. Das Ziel, ältere Arbeitnehmer zu schützen, und das Ziel, die berufliche Eingliederung jüngerer Arbeitnehmer sicherzustellen, werden zu einem angemessenen Ausgleich gebracht. Dies dient zugleich der sozialpolitisch erwünschten Generationengerechtigkeit und der Vielfalt im Bereich der Beschäftigung (BAG 15.12.2011, 2 AZR 42/10, NZA 2012, 1044; 5.11.2009, 2 AZR 676/08, NZA 2010, 457 (459)). Gleiches gilt für die **Schaffung einer ausgewogenen Altersstruktur** durch Bildung von Altersgruppen im **Insolvenzverfahren** (§ 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Halbs. 2 InsO). Dies ist durch das legitime Ziel der Sanierung eines insolventen Unternehmens gerechtfertigt (BAG 19.12.2013, 6 AZR 790/12, NZA-RR 2014, 185). Eine **Altersgruppenbildung** muss allerdings gem. § 10 AGG auch im konkreten Einzelfall gerechtfertigt sein. Es muss dargelegt werden, welche konkrete Personalstruktur geschaffen oder erhalten werden soll und aus welchen Gründen. Schlagwortartige Bezeichnungen genügen dafür nicht. Andernfalls kann nicht überprüft werden, ob die Ungleichbehandlung durch das verfolgte Ziel gerechtfertigt ist (BAG 24.1.2013, 8 AZR 429/11, NZA 2013, 498 (502)). Bei der Schaffung einer ausgewogenen Altersstruktur im Insolvenzverfahren muss ein Sanierungskonzept deutlich werden (BAG 19.12.2013, 6 AZR 790/12, NZA-RR 2014, 185). Die mit zunehmender Betriebszugehörigkeit sich **verlängernden Kündigungsfristen** gem. § 622 BGB sind **nicht altersdiskriminierend** (BAG 18.9.2014, 6 AZR 636/13, NZA 2014, 1400). Die Regelung, dass **Beschäftigungszeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres unberücksich-**

tigt bleiben (§ 622 Abs. 1 S. 2 BGB) dagegen schon (EuGH 19.1.2010, C-555/07, NZA 2010, 85).

Tarifliche **Vereinbarungen der Unkündbarkeit** von älteren Arbeitnehmern mit einer bestimmten Betriebszugehörigkeit, stellen idR keine unzulässige Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer dar. Die Unkündbarkeitsregelung muss allerdings, um sich in Auswahl-situationen als angemessen iSd. § 10 S. 1 AGG sowie gesetz- und verfassungskonform iSv. § 1 Abs. 3 KSchG, Art. 12 I GG zu erweisen, gewährleisten, dass sie zumindest **grobe Auswahlfehler vermeidet** (BAG 20.6.2013, 2 AZR 295/12, NZA 2014, 208 (213)).

87

Beispiel

88

Die in der **Metallbranche** übliche tarifvertragliche **ordentliche Unkündbarkeit** für Arbeitnehmer nach **Vollendung des 53. Lebensjahres mit einer Betriebszugehörigkeit von mindestens drei Jahren** ist **grds. zulässig**. Im Einzelfall darf diese jedoch nicht zu einer grob fehlerhaften Sozialauswahl führen. D. h. absolut angewendet könnte die Regelung bewirken, dass ein 50 Jahre alter, seit 25 Jahren im Betrieb beschäftigter Arbeitnehmer, der zwei Personen zum Unterhalt verpflichtet ist, seinen Arbeitsplatz zu Gunsten eines 53 Jahre alten, seit drei Jahren beschäftigten, nicht unterhaltsverpflichteten Arbeitnehmer verliert. Dieses Ergebnis ist mit Blick auf die gesetzlichen Vorgaben zur Sozialauswahl nicht zu rechtfertigen. Es führt zu einer unverhältnismäßigen Verkürzung des Kündigungsschutzes der von der Tarifregelung nicht erfassten Arbeitnehmer. Im Ergebnis könnten sich dann die von der Tarifregelung erfassten, aber eigentlich nach den gesetzlichen Vorgaben zur Sozialauswahl weniger schutzbedürftigen Arbeitnehmer auf den tariflichen Ausschluss der ordentlichen Kündigung berufen. Gleichzeitig wäre aber die Kündigung eines nach den gesetzlichen Sozialauswahlkriterien stärker geschützten Arbeitnehmers ebenfalls unzulässig, wenn damit ein grob fehlerhaftes Auswahlresultat verbunden wäre. Der Arbeitgeber kann dann weder den tariflich geschützten, noch den von der Sozialauswahl geschützten Arbeitnehmer ordentlich kündigen. Die **Auslegung** der tariflichen Unkündbarkeitsregelung kann jedoch ergeben, dass der Ausschluss ordentlicher Kündigungen nicht gilt, falls er bei der Sozialauswahl zu einem grob fehlerhaften Auswahlresultat führen würde (BAG 20.6.2013, 2 AZR 295/12, NZA 2014, 208 (213 f.)). Der Arbeitgeber sollte daher zunächst eine Sozialauswahl ohne Einbeziehung und dann eine Sozialauswahl unter Einbeziehung der „unkündbaren“ Arbeitnehmer durchführen. Ergibt der Vergleich der zu kündigenden Arbeitnehmer ein Ergebnis, welches grob fehlerhaft erscheint, sind die „unkündbaren“ Arbeitnehmer doch in die Sozialauswahl einzubeziehen (Schäfer öAT 2014, 131 (133)).

Die Festlegung von **Mindestanforderungen an das Alter**, die **Berufserfahrung** oder das **Dienstal**ter für den **Zugang zur Beschäftigung** oder für bestimmte

89

mit der Beschäftigung verbundene Vorteile kann zulässig sein (§ 10 S. 3 Nr. 2 AGG), zB ein Mindestalter als Qualifikationserfordernis, etwa die Vollendung des 21. Lebensjahres zur Fahrgastbeförderung (§ 48 Abs. 4 FeV) oder ein **Vergütungssystem, das an das Dienstalter** anknüpft. Das Dienstalter geht nämlich mit der Berufserfahrung einher, und diese befähigt den Arbeitnehmer üblicherweise, seine Arbeit besser zu verrichten (EuGH 3.10.2006, C-17/05, NZA 2006, 1205 (1206)).

- 90 Ferner nennt das Gesetz die **Festsetzung eines Höchstalters** für die Einstellung aufgrund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand (§ 10 S. 3 Nr. 3 AGG). Dies betrifft insb. **Höchstaltersgrenzen im öffentlichen Dienst** für bestimmte Laufbahngruppen. Derartige Altersgrenzen sind idR nicht zulässig. Sie dienen zwar der Schaffung einer ausgeglichenen Altersstruktur, zielen jedoch nicht darauf ab, neue Einstellungen zu fördern, sodass diese Maßnahme **keinem legitimen Ziel** dient. Als legitimes Ziel kommen aber die spezifischen Ausbildungsanforderungen des betreffenden Arbeitsplatzes und die Notwendigkeit einer **angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand** in Betracht. Für dieses Ziel ist die Begrenzung des Höchstalters für die Einstellung von örtlichen Polizeibeamten auf die Vollendung des 30. Lebensjahres aber nicht gem. § 10 AGG als erforderlich anzusehen (EuGH 13.11.2014, C-416/13, NVwZ 2015, 427 (431)).
- 91 **Ausnahmsweise** kann eine **Höchstaltersgrenze** mit einer **besonderen körperlichen Eignung als wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung** (§ 8 Abs. 1 AGG) gerechtfertigt sein, zB ein Höchstalter von 30 Jahren bei **Feuerwehrlern** im mittleren technischen Dienst. Die Tätigkeiten des mittleren technischen Dienstes sind vordergründig **körperlicher Art** und können nur von den jüngeren Beamten erfüllt werden. Die älteren Beamten nehmen andere Aufgaben wahr. Eine Einstellung im fortgeschrittenen Alter hätte daher zur Folge, dass eine zu große Zahl von Beamten nicht für die körperlich anspruchsvollsten Aufgaben eingesetzt werden könnte (EuGH 12.1.2010, C-229/08, NVwZ 2010, 244 (246 f.)).
- 92 Die **Festsetzung von Altersgrenzen** bei den **betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit** als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente oder von Leistungen bei Invalidität einschließlich der Festsetzung unterschiedlicher Altersgrenzen im Rahmen dieser Systeme für bestimmte Beschäftigte oder Gruppen von Beschäftigten und die Verwendung von Alterskriterien im Rahmen dieser Systeme für versicherungsmathematische Berechnungen kann ebenfalls zulässig sein (§ 10 S. 3 Nr. 4 AGG). Daher ist die Festsetzung von Altersgrenzen oder Mindestbetriebszugehörigkeiten in einem **betrieblichen Versorgungssystem** grds. zulässig (BAG 11.8.2009, 3 AZR 23/08, NZA 2010, 408). Die in der Versorgungsregelung bestimmte konkrete Altersgrenze muss jedoch nach § 10 S. 2 AGG angemessen sein. Angemessen ist eine anspruchsbegründende **Mindestbetriebszugehörigkeit von 15 Jahren** bis zur Regelaltersgrenze

in der gesetzlichen Rentenversicherung (BAG 12.2.2013, 3 AZR 100/11, NZA 2013, 733) oder eine **Höchstaltersgrenze von 50 Jahren** für die Aufnahme in den von der Versorgungsregelung begünstigten Personenkreis (BAG 12.11.2013, 3 AZR 356/12, NZA 2014, 848). Unzulässig ist es dagegen, wenn Arbeitnehmer ausgeschlossen werden, die bei Erfüllung der nach der Versorgungsordnung vorgesehenen **zehnjährigen Wartezeit das 55. Lebensjahr bereits vollendet** haben. Dadurch werden Arbeitnehmer, die bei Beginn ihres Arbeitsverhältnisses das 45. Lebensjahr vollendet haben, von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung ausgeschlossen, obwohl sie noch mindestens 20 Jahre betriebsstreu sein können (BAG 18.3.2014, 3 AZR 69/12, NZA 2014, 606). Geht es um einen Anspruch auf eine **Invalidenrente** bei Berufsunfähigkeit, kann dieser davon abhängig gemacht werden, dass der Arbeitnehmer bei Eintritt des Versorgungsfalles mindestens das **50. Lebensjahr vollendet** hat (BAG 10.12.2013, 3 AZR 796/11, NZA 2015, 50).

Angesichts der **Anhebung der Regelaltersgrenze** in der gesetzlichen Rentenversicherung von der Vollendung des 65. auf das 67. Lebensjahr, dürfte zukünftig nicht mehr das 50. Lebensjahr, sondern das **52. Lebensjahr** die Grenze der Angemessenheit darstellen (Natzel RdA 2014, 365 (369); Rolfs, NZA 2008, 553 (556)). 93

Eine grds. zulässige Ungleichbehandlung wegen des Alters ist eine Vereinbarung, die die **Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ohne Kündigung** zu einem Zeitpunkt vorsieht, zu dem der Arbeitnehmer eine **Rente wegen Alters** beantragen kann (§ 10 S. 3 Nr. 5 AGG). Es muss sich um eine **ungekürzte Rente**, zB aufgrund des Erreichens der **Regelaltersgrenze**, handeln (EuGH 12.10.2010, C-45/09, NZA 2010, 1167). 94

Zulässig sind idR auch Differenzierungen von **Leistungen in Sozialplänen**, wenn die Parteien eine **nach dem Alter oder der Betriebszugehörigkeit gestaffelte Abfindungsregelung** geschaffen haben, in der die wesentlich vom Alter abhängenden Chancen auf dem Arbeitsmarkt durch eine verhältnismäßig starke Betonung des Lebensalters erkennbar berücksichtigt worden sind (§ 10 S. 3 Nr. 6 Alt. 1 AGG). Die Betriebsparteien haben hierbei einen **weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum**. Dieser schließt Typisierungen und Pauschalierungen ein (BAG 26.5.2009, 1 AZR 198/08, NZA 2009, 849 (851)). Die Betriebspartner dürfen daher typisierend davon ausgehen, dass sich die Arbeitsmarktchancen der betroffenen Arbeitnehmer mit zunehmendem Alter fortschreitend verschlechtern (BAG 12.4.2011, 1 AZR 743/09, NZA 2011, 985). Zulässig sind daher weiterhin die **üblichen Sozialplanabfindungsformeln**, die auch das Lebensalter berücksichtigen (BAG 23.4.2013, 1 AZR 916/11, NZA 2013, 980 (981)). Sieht ein Sozialplan zB vor, dass Arbeitnehmer **erst ab dem 40. Lebensjahr die volle Abfindung**, vom 30. bis zum 39. Lebensjahr dagegen nur 90 % und bis zum 29. Lebensjahr nur 80 % erhalten, werden hierdurch jüngere Arbeitnehmer idR nicht unzulässig wegen ihres Lebensalters benachteiligt (BAG 12.4.2011, 1 AZR 764/09, NZA 2011, 988). Gleiches gilt, wenn Arbeitnehmer zusätzlich zu der sich 95

nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit und dem Arbeitsverdienst errechnenden Grundabfindung mit dem Erreichen des 45. und des 50. Lebensjahres einen **Alterszuschlag** (zB ab 45. Lebensjahr 15.000 EUR; ab 50. Lebensjahr 25.000 EUR zusätzlich) erhalten (BAG 12.4.2011, 1 AZR 743/09, NZA 2011, 985). Auch **Abfindungshöchstgrenzen** sind weiterhin zulässig. Darin liegt keine verbotene Benachteiligung älterer Arbeitnehmer. Eine solche Höchstgrenze behandelt alle davon betroffenen Arbeitnehmer gleich (BAG 21.7.2009, 1 AZR 566/08, NZA 2009, 1107; 2.10.2007, 1 AZN 793/07, BeckRS 2007, 48899).

- 96 Arbeitnehmer können von **Sozialplanleistungen ausgeschlossen** werden, wenn sie wirtschaftlich abgesichert sind, weil sie, ggf. nach Bezug von Arbeitslosengeld, **rentenberechtigt** sind (§ 10 S. 3 Nr. 6 Alt. 2 AGG). Dies gilt jedenfalls dann, wenn sie zuvor die Fortsetzung ihres Arbeitsverhältnisses an einem anderen Unternehmensstandort abgelehnt haben (BAG 9.12.2014, 1 AZR 102/13, NZA 2015, 365). Mit der Regelung in § 10 S. 3 Nr. 6 Alt. 2 AGG wollte der Gesetzgeber den Betriebsparteien entsprechend dem zukunftsgerichteten Entschädigungscharakter von Sozialplanleistungen ermöglichen, sich bei rentennahen Arbeitnehmern stärker an den tatsächlich eintretenden wirtschaftlichen Nachteilen zu orientieren, die den Arbeitnehmern durch den bevorstehenden Arbeitsplatzverlust und eine darauf zurückgehende Arbeitslosigkeit drohen. Durch diese Gestaltungsmöglichkeit kann das Anwachsen der Abfindungshöhe, die mit der Verwendung der Parameter Betriebszugehörigkeit und/oder Lebensalter bei der Bemessung der Abfindung zwangsläufig verbunden ist, bei abnehmender Schutzbedürftigkeit im Interesse der Verteilungsgerechtigkeit zu Gunsten der jüngeren Arbeitnehmer begrenzt werden (BAG 26.3.2013, 1 AZR 813/11, NZA 2013, 921 (923); 23.4.2013, 1 AZR 916/11, NZA 2013, 980 (981)). Daher ist eine **Begrenzung der Sozialplanabfindung** für rentennahe Arbeitnehmer zulässig. Hierbei kann grds. auf den **frühestmöglichen Renteneintritt** abgestellt werden, zB indem die Abfindung der Höhe nach so bemessen ist, dass (nur) die wirtschaftlichen Nachteile ausgeglichen werden, welche rentennahe Arbeitnehmer in der Zeit nach der Erfüllung ihres Arbeitslosengeldanspruchs bis zum frühestmöglichen Bezug einer Altersrente erleiden. Dies ist stets der Fall, wenn die Abfindungshöhe für diesen Zeitraum den Betrag der zuletzt bezogenen Arbeitsvergütung erreicht (BAG 26.3.2013, 1 AZR 813/11, NZA 2013, 921 (923); 23.4.2013, 1 AZR 916/11, NZA 2013, 980 (981)).
- 97 Eine **Ausnahme** gilt für **schwerbehinderte Arbeitnehmer**. Diese können früher als nicht schwerbehinderte Arbeitnehmer Rente beziehen, sodass eine **Begrenzung** der Sozialplanabfindung auf den **frühestmöglichen Rentenbezug** bei ihnen zu einer unzulässigen **Diskriminierung** wegen der **Behinderung** führt (EuGH 6.12.2012, C-152/11, NZA 2012, 1435 (1440)).
- 98 Ein **Freiwilligenprogramm** zum **Personalabbau** kann auf jüngere Arbeitnehmer beschränkt werden. Ältere Arbeitnehmer werden durch die Herausnahme aus dem Personalabbau ggü. jüngeren Arbeitnehmern, die unter Zahlung einer Abfindung freiwillig aus dem Unternehmen ausscheiden können und sich eine

neue Erwerbschancen suchen müssen, idR nicht weniger günstig behandelt. Der Zweck des Diskriminierungsverbots wegen des Alters wird grds. gerade durch den weiteren Verbleib älterer Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis verwirklicht (BAG 25.2.2010, 6 AZR 911/08, NZA 2010, 561).

1.3.4 Positive Maßnahmen

Zulässig ist eine Ungleichbehandlung ferner, wenn dadurch **bestehende Nachteile** tatsächlicher oder struktureller Art wegen eines Diskriminierungsmerkmals verhindert oder ausgeglichen werden sollen (§ 5 AGG). Hierbei geht es um die gezielte Förderung bisher benachteiligter Gruppen. **Starre Quoten** oder ein **absoluter Vorrang** der zu fördernden Gruppe sind jedoch **unzulässig**. Derartige Regelungen dienen nicht mehr der Förderung der Chancengleichheit. Die Grenzen einer zulässigen Förderungsmaßnahme hält eine Vorrangregelung nur ein, wenn die Bevorzugung entfällt, sofern in der Person eines Mitbewerbers **schwerwiegende Gründe** vorliegen (BAG 21.1.2003, 9 AZR 307/02, NZA 2003, 1036 (1038)).

99

1.4 Rechtsfolgen einer Diskriminierung

1.4.1 Überblick

Diskriminierende Vereinbarungen und Maßnahmen sind **unwirksam** (§§ 7 AGG, 134 BGB). Ferner liegt ein (vor-)vertraglicher **Pflichtenverstoß** vor (§§ 7 Abs. 3 AGG, 280 BGB, § 241 Abs. 2 BGB). Ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot gibt jedoch **keinen Anspruch auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses**, Berufsausbildungsverhältnisses oder eine Beförderung (§ 15 Abs. 6 AGG). Der Benachteiligte ist auf die **nachfolgenden Rechte beschränkt**:

100

- Schadenersatz und Entschädigung
- Unterlassung und Beseitigung
- Beschwerde
- Leistungsverweigerung

Die zentralen Rechtsfolgen einer Diskriminierung aufgrund des AGG sind hierbei die **Schadenersatz- und Entschädigungspflicht** des Arbeitgebers.

1.4.2 Schadenersatz

Bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ist der Arbeitgeber gem. § 15 Abs. 1 AGG verpflichtet, den entstandenen **materiellen Schaden** zu ersetzen. Der Anspruch auf **Schadenersatz** ist **verschuldensabhängig** (BT-Drs. 16/1780, 38). Das **Verschulden** des Arbeitgebers wird jedoch **vermutet** (§ 15

101

Abs. 1 S. 2 AGG; vgl. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB „Dies gilt nicht, wenn ...“). Liegt ein Verstoß vor, muss der **Arbeitgeber** folglich **beweisen**, dass er diesen **nicht zu vertreten hat**.

- 102 Das **Verhalten Dritter** wird dem Arbeitgeber gem. § 278 BGB **zugerechnet** (BT-Drs. 16/1780, 38). Dafür ist erforderlich, dass der Dritte als **Erfüllungsgehilfe** des Arbeitgebers anzusehen ist. Dabei ist es jedoch erforderlich, dass die Handlung des als Erfüllungsgehilfe des Arbeitgebers Handelnden in einem **inneren sachlichen Zusammenhang** mit den Aufgaben steht, die der Arbeitgeber ihm als Erfüllungsgehilfen zugewiesen hat. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn der Erfüllungsgehilfe ggü. dem betroffenen Arbeitnehmer die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers konkretisiert bzw. wenn er ihm ggü. Weisungsbefugnis hat, also bei **Vorgesetzten**, dagegen nicht bei einfachen **Arbeitskollegen**, da diese keine Arbeitgeberrechte ausüben (BAG 25.10.2007, 8 AZR 593/06, NZA 2008, 223 (227); Stoffels RdA 2009, 204 (208); Simon/Greßlin BB 2007, 1782 (1783)). D. h. eine Haftung des Arbeitgebers kommt zB in Betracht, wenn ein Abteilungsleiter einen ihm Unterstellten bei der Beförderung benachteiligt, nicht dagegen, wenn ein Mitarbeiter der IT-Abteilung seinen Arbeitskollegen sexuell belästigt. **Externe Dritte**, zB Mitarbeiter von Drittunternehmen oder Kunden, sind idR **keine Erfüllungsgehilfen**. Ausgeschlossen ist dies aber nicht. Bedient sich der Arbeitgeber bei der Stellensuche zB eines Personalvermittlers oder der **Agentur für Arbeit**, üben diese für die Stellensuche Arbeitgeberrechte aus, was sie zum Erfüllungsgehilfen des Arbeitgebers macht (Simon/Greßlin BB 2007, 1782 (1783); vgl. auch BAG 5.2.2004, 8 AZR 112/03, NZA 2004, 540 (544)).
- 103 Der Arbeitgeber haftet auf das **Erfüllungsinteresse** (§ 249 ff. BGB). D. h. der Benachteiligte ist so zu stellen, wie er ohne die benachteiligende Handlung stehen würde. Die **Begründung eines Arbeitsverhältnisses** ist allerdings gesetzlich **ausgeschlossen** (§ 15 Abs. 6 AGG). Nach § 252 BGB umfasst der zu ersetzende Schaden auch den **entgangenen Gewinn** bzw. das entgangene Arbeitsentgelt, wenn zB ein abgelehnter Bewerber ohne die Benachteiligung eingestellt worden wäre (BAG 19.8.2010, 8 AZR 530/09, NZA 2010, 1412 (1417)). Es reicht jedoch nicht aus, dass ein **Bewerber** im Laufe des Bewerbungsverfahrens diskriminiert worden ist, um den materiellen Schaden wegen entgangenen Arbeitsentgelts geltend machen zu können. Einem Bewerber, der auch ohne die Benachteiligung **nicht eingestellt** worden wäre, entsteht kein materieller Schaden wegen entgangenen Gewinns. Vielmehr kann diesen Schaden nur derjenige geltend machen, der ohne die benachteiligende Handlung auch **tatsächlich eingestellt worden wäre**, idR also der **bestqualifizierteste Bewerber**. D. h. alle Voraussetzungen für eine Übernahme des Bewerbers in ein Arbeitsverhältnis müssen vorgelegen haben und der Vertragsschluss darf einzig nur an der Differenzierung wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals gescheitert sein.
- 104 Gleiches gilt für die **Verlängerung eines befristeten Vertrags**. Die Beweislast hierfür trägt der Benachteiligte. Dazu muss er zB vortragen, der Arbeitgeber habe kundgetan, den Vertrag ansonsten eigentlich schließen bzw. verlängern zu wollen oder, dass der Bewerber besser qualifiziert war, als der eingestellte Bewerber.

ber. Die **Beweiserleichterung** gem. **§ 22 AGG findet keine Anwendung** (BAG 20.6.2013, 8 AZR 482/12, NZA 2014, 21 (25); 19.8.2010, 8 AZR 530/09, NZA 2010, 1412 (1417)). Ohne Kenntnis der anderen Bewerber ist es dem Benachteiligten folglich nicht möglich, darzulegen, dass er am besten qualifiziert gewesen ist. Ein **Auskunftsanspruch** steht ihm jedoch grds. nicht zu (BAG 25.4.2013, 8 AZR 287/08, BeckRS 2013, 68457).

Der zu leistende Schadenersatz in Form des **entgangenen Gewinns** sind die Einkünfte, die nach dem **gewöhnlichen Lauf der Dinge** oder nach den besonderen Umständen, insb. nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden können (ArbG K 28.11.2013, 15 Ca 3879/13, BeckRS 2013, 74222). Ist der Bewerber einkommenslos, besteht der entgangene Gewinn in der Vergütung der ausgeschriebenen Stelle, sonst in der Vergütungsdifferenz zwischen der derzeit erhaltenen Vergütung und der Vergütung, die auf der ausgeschriebenen Stelle gezahlt worden wäre.

105

Beispiel

106

Eine **Bewerberin** wurde aufgrund ihrer Körpergröße **nicht** in eine **Pilotenausbildung übernommen** und daher wegen des **Geschlechts diskriminiert**. Sie machte **entgangenen Gewinn** i.H.v. 120.000 EUR geltend. Vorliegend hätte die Bewerberin nach dem **gewöhnlichen Lauf der Dinge** die Pilotenausbildung begonnen und hierfür zunächst 60.000 EUR gezahlt. Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass ca. 10 % der Bewerber die Prüfung nicht bestehen, kann schon nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Bewerberin nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Ausbildung abgeschlossen hätte. Angesichts des derzeitigen Pilotenüberschusses ist weiterhin nicht absehbar, ob die Bewerberin anschließend bei dem Ausbildungsunternehmen die Tätigkeit einer Co-Pilotin hätte aufnehmen können. Anschließend hätte es weiterer Einkünfte als Co-Pilotin bedurft, um die Schulden aus der Ausbildung i.H.v. 60.000 EUR abzuarbeiten. Ein **entgangener Gewinn** nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ist nach alledem **weder absehbar noch bezifferbar**. Die Ausbildung als solche hat ohne bestandene Prüfung und ohne anschließendes Engagement als Co-Pilotin keinen Wert (ArbG K 28.11.2013, 15 Ca 3879/13, BeckRS 2013, 74222).

Der Anspruch auf **Schadenersatz ist nicht auf den Zeitraum bis zur ersten Kündigungsmöglichkeit begrenzt** (LAG B 26.11.2008, 15 Sa 517/08, BeckRS 2008, 58124; Treber NZA 1998, 856 (858); aA Bauer NZA 2006, 893, (894)). Bei der Schadenshöhe muss andererseits berücksichtigt werden, dass ein Arbeitnehmer voraussichtlich **nicht bis zur Rente** im Unternehmen verbleibt. D. h. die durchschnittliche, auf die jeweilige Tätigkeit und Branche bezogene Verweildauer einerseits und etwaige Alternativbeschäftigungen des Benachteiligten andererseits bilden eine realistische Grundlage für die Schadensermittlung (vgl. Stoffels RdA 2009, 204 (213)).

107

1.4.3 Entschädigung

- 108 Wegen **immaterieller Schäden** kann der Benachteiligte eine **angemessene Entschädigung** vom Arbeitgeber verlangen (§ 15 Abs. 2 AGG). Ein **Verschulden** des Arbeitgebers ist **nicht erforderlich** (BAG 22.1.2009, 8 AZR 906/07, NZA 2009, 945 (951)); BT-Drs. 16/1780, 38). D. h. allein der Verstoß gegen das AGG ist ausreichend, um die Entschädigungspflicht auszulösen.
- 109 Eine **Höchstgrenze** sieht das Gesetz nicht vor. Lediglich bei einem **Bewerber**, der auch bei beanstandungsfreier Auswahl **nicht eingestellt worden** wäre, darf die Entschädigung **drei Monatsgehälter** nicht übersteigen (§ 15 Abs. 2 S. 2 AGG). Bei der Ermittlung der angemessenen Entschädigung sind **alle Umstände des Einzelfalls** zu berücksichtigen. Zu diesen zählen zB die Art und Schwere der Benachteiligung, ihre Dauer und Folgen, der Anlass und der Beweggrund des Handelns, der Grad der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers, geleistete Wiedergutmachung oder erhaltene Genugtuung und das Vorliegen eines Wiederholungsfalls. Ferner ist der Sanktionszweck der Norm zu berücksichtigen, sodass die Höhe auch danach zu bemessen ist, was zur **Erzielung einer abschreckenden Wirkung** erforderlich ist. Dabei ist zu beachten, dass die Entschädigung geeignet sein muss, eine wirklich abschreckende Wirkung ggü. dem Arbeitgeber zu haben, und in jedem Fall in einem **angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen** muss (BAG 19.8.2010, 8 AZR 530/09, NZA 2010, 1412 (1416); 22.1.2009, 8 AZR 906/07, NZA 2009, 945 (952)). Mit der Aufnahme einer anderweitigen Beschäftigung endet nicht denkbare die mit einer Entschädigung ausgleichende immaterielle Beeinträchtigung (BAG 21.6.2012, 8 AZR 364/11, NZA 2012, 1345).
- 110 Gleichwohl gibt es in Deutschland bei Entschädigungszahlungen **keine „amerikanischen Verhältnisse“** (Walker NZA 2009, 5 (7)). Als Entschädigung zugesprochen wurden zB knapp zwei Monatsgehälter für einen Verstoß gegen die Pflicht, zu prüfen, ob ein Arbeitsplatz mit einem schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann (ArbG F 3.7.2014, 14 Ca 8641/12, BeckRS 2015, 67899); 1.500 EUR für die wiederholte Kündigung einer Schwangeren ohne Beteiligung der Schutzbehörde (ArbG BE 13.5.2015, 28 Ca 18485/14, BeckRS 2015, 69271); 1.000 EUR für die Zuordnung von älteren Arbeitnehmern zum Personalüberhang (BAG 22.1.2009, 8 AZR 906/07, NZA 2009, 945); ein Monatsgehalt für eine altersdiskriminierende Stellenanzeige (BAG 19.8.2010, 8 AZR 530/09, NZA 2010, 1412).
- 111 Bei **Tarifverträgen, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen** trifft den Arbeitgeber eine Entschädigungspflicht nur bei **vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Verhalten** (§ 15 Abs. 3 AGG). Dies gilt im Falle von Tarifverträgen auch, wenn deren Geltung mangels Tarifbindung im Arbeitsvertrag einzelvertraglich vereinbart ist oder im Falle der Allgemeinverbindlichkeit (BT-Drs. 16/1780, 38). Die Norm ist jedoch einschränkend auszulegen. Bei europarechtskonformer Auslegung fällt unter die Privilegierung weder eine Betriebs- oder Dienstvereinbarung, noch ein

Haustarifvertrag, sondern nur ein **Verbandstarifvertrag** (ArbG K 28.11.2013, 15 Ca 3879/13, BeckRS 2013, 74222).

Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn sich der **diskriminierende Charakter** einer Regelung **objektiv aufdrängt**. Das ist insb. der Fall, wenn es eine höchstgerichtliche Rspr. oder zumindest eine „gefestigte“ LAG-Rspr. zu einer bestimmten Meinung gibt (Lingemann/Gotham NZA 2007, 663 (669); aA ArbG K 28.11.2013, 15 Ca 3879/13, BeckRS 2013, 74222: Bei Vorliegen einer ersten Gerichtsentcheidung, welche die diskriminierende Wirkung der Tarifnorm zum Gegenstand hat). Die **falsche Anwendung einer diskriminierungsfreien Kollektivvereinbarung** wird von § 15 Abs. 3 AGG dagegen nicht erfasst. (BAG 16.2.2012, 8 AZR 697/10, NZA 2012, 667 (673)). 112

1.4.4 Ausschluss- und Klagefrist

Ansprüche auf **Schadenersatz** oder **Entschädigung** unterliegen einer **Ausschlussfrist** (§ 15 Abs. 4 AGG). Nach Ablauf der Frist **verfällt der Anspruch** (BAG 24.9.2009, 8 AZR 705/08, NZA 2010, 387). 113

Die Ansprüche müssen zunächst **außergerichtlich** innerhalb einer Frist von **zwei Monaten** beim Arbeitgeber **schriftlich** oder in **Textform** geltend gemacht werden (BAG 16.2.2012, 8 AZR 697/10, NZA 2012, 667), es sei denn die Tarifvertragsparteien haben etwas anderes vereinbart (§ 15 Abs. 4 S. 1 AGG). Nicht erforderlich ist, dass der Benachteiligte die Entschädigungsforderung beziffert (BAG 21.6.2012, 8 AZR 364/11, NZA 2012, 1345 (1346); 19.8.2010, 8 AZR 466/09, NZA 2011, 203). 114

Die **Frist beginnt** erst zu laufen, wenn der Benachteiligte **von der Benachteiligung Kenntnis** erlangt hat. Grob fahrlässige Unkenntnis genügt nicht (BAG 15.3.2012, 8 AZR 160/11, BeckRS 2012, 72176). 115

Die **Frist beginnt** im Falle einer **Bewerbung** (auch beim beruflichen Aufstieg) mit dem **Zugang der Ablehnung** (§ 15 Abs. 4 S. 2 AGG). Dies setzt eine individuell auf den Bewerber bezogene Ablehnung voraus, schriftlich oder mündlich. Ein allgemeiner Aushang am Schwarzen Brett ist daher nicht ausreichend (BAG 22.8.2013, 8 AZR 574/12, BeckRS 2014, 65162). Entgegen des Gesetzeswortlauts ist für den Fristbeginn **zusätzlich erforderlich**, dass neben dem Zugang der Ablehnung auch die **Kenntnis von der Benachteiligung** beim Bewerber vorliegt. Dies ist nicht erst der Fall bei positiver Kenntnis der Benachteiligungsgründe, sondern bereits bei **Kenntnis von Indizien iSd. § 22 AGG** (BAG 15.3.2012, 8 AZR 37/11, NZA 2012, 910). Allein der **Zugang des Ablehnungsschreibens reicht** dagegen **nicht** aus, um die Ausschlussfrist in Gang zu setzen. Damit bleibt der Fristbeginn für den Arbeitgeber idR im Ungewissen, obwohl der Arbeitgeber für das Eingreifen der Ausschlussfrist die Beweislast trägt. Daher muss es zunächst genügen, dass der Arbeitgeber vorträgt, die Zweimonatsfrist ab Zugang der Absage sei abgelaufen. Dann ist es Sache des Bewerbers unter konkreter 116

Darlegung der späteren Kenntniserlangung darzulegen, dass die Frist erst nach dem Zugang der Absage zu laufen begann. Die Frist kann vom Arbeitgeber dann wiederum (auch mit Nichtwissen) bestritten werden.

- 117 Verweigert der Arbeitgeber die Zahlung, muss **Klage** innerhalb einer Frist von **drei Monaten**, nachdem der Anspruch schriftlich geltend gemacht worden ist, vor Gericht erhoben werden, sofern es sich um einen Anspruch auf **Entschädigung** gem. § 15 Abs. 2 AGG handelt (§ 61b Abs. 1 ArbGG). Auf den **Schadenersatzanspruch** gem. § 15 Abs. 1 AGG **findet § 61 b ArbGG keine Anwendung** (BAG 20.6.2013, 8 AZR 482/12, NZA 2014, 21 (23)).
- 118 Es ist unschädlich, wenn der Benachteiligte seine Ansprüche **unmittelbar** durch **Klage vor Gericht erhebt**, ohne seine Ansprüche vorher ggü. dem Arbeitgeber außergerichtlich geltend gemacht zu haben. Allerdings muss der Benachteiligte trotzdem die zweimonatige außergerichtliche Ausschlussfrist einhalten. Diese ist gewahrt, wenn die **Klage innerhalb der Frist beim Beklagten zugestellt** wird. Ausreichend ist es aber auch, wenn die Klage innerhalb der Frist beim Gericht anhängig gemacht worden ist und die **Zustellung „demnächst“** erfolgt (§ 167 ZPO), selbst wenn die Zustellung dann tatsächlich erst **nach Ablauf der Zweimonatsfrist** erfolgt (BAG 22.5.2014, 8 AZR 662/13, BeckRS 2014, 70733).
- 119 Die Ausschlussfrist gem. § 15 Abs. 4 AGG erfasst **alle Schadenersatzansprüche**, die auf **denselben Lebenssachverhalt** einer Benachteiligung wie der Schadenersatzanspruch des § 15 Abs. 1 AGG gestützt werden (BAG 21.6.2012, 8 AZR 188/11, NJW 2013, 555; Bauer/Evers NZA 2006, 893 (897)). Von der Ausschlussfrist nicht erfasst sind lediglich Ansprüche aus **unerlaubter Handlung** wegen **Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts** (§ 823 Abs. 1 BGB, Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG). Die Anforderungen für eine Persönlichkeitsrechtsverletzung sind jedoch sehr hoch und kommen nur bei **schwerwiegenden Verletzungen** des Persönlichkeitsrechts in Betracht, zB bei zielgerichteter **sexueller Belästigung** oder beim volkstümlich „**Mobbing**“ genannten Verhalten gem. § 3 Abs. 3 AGG (BAG 22.7.2010, 8 AZR 1012/08, NZA 2011, 93 (102); vgl. auch BAG 11.12.2014, 8 AZR 838/13, NJW 2015, 2061 (2062)). Auch eine nach Form oder Inhalt die Person des Bewerbers **herabwürdigende Ablehnung**, zB eine ausländerfeindliche Äußerung oder der Aussage, der Bewerber sei zu blöd zum Lesen (vgl. OLG KO 29.7.1998, 1 Ss 165/99, NStZ-RR 2000, 44), kann den Tatbestand erfüllen. Bloße **Unhöflich- und Taktlosigkeiten**, sofern sie nicht aufgrund ihrer groben Form doch als Ausdruck der Ehrverletzung erscheinen, sind dagegen nicht ausreichend. Nicht als Persönlichkeitsrechtsverletzung zu werten sind eine **altersspezifische Stellenanzeige**, die Mitteilung, der Bewerber passe nicht ins gesuchte Profil, eine **Verletzung von Verfahrensvorschriften** zur Förderung schwerbehinderter Menschen gem. §§ 81 ff. SGB IX (BAG 15.3.2012, 8 AZR 37/11, NZA 2012, 910) oder eine **mittelbare Frauendiskriminierung** in einem Tarifvertrag, der für die Pilotenausbildung eine Mindestgröße von 165 cm vorgibt (LAG K 25.6.2014, 5 Sa 75/14, BeckRS 2014, 72115). Auf diese nicht von § 15 Abs. 4 AGG erfassten Ansprüche oder sonstige Schadenersatzansprüche,

zB wegen „Mobbings“ (ohne Bezug zu einem Diskriminierungsmerkmal), ist die Ausschlussfrist auch nicht analog anzuwenden. Die Ausschlussfrist ist eng auszulegen und daher grds. **nicht analogiefähig** (BAG 11.12.2014, 8 AZR 838/13, NJW 2015, 2061).

Die **Ausschlussfrist gem. § 61b Abs. 1 ArbGG** kommt für **sonstige Schadenersatzansprüche nicht zum Tragen**, da die Frist aufgrund ihres Wortlauts nur Ansprüche auf Entschädigung erfasst, nicht jedoch Schadenersatzansprüche. 120

1.4.5 Sonstige Rechte der Betroffenen

Neben Schadenersatz- und Entschädigungsansprüchen hat der benachteiligte Arbeitnehmer einen **Anspruch auf Beseitigung** sowie **Unterlassung zukünftiger Diskriminierungen**. Dies betrifft insb. die Fälle der (sexuellen) Belästigung. 121

Jeder Arbeitnehmer hat ferner das Recht, sich bei der **zuständigen Stelle des Betriebs zu beschweren**, wenn er sich vom Arbeitgeber, Vorgesetzten, Kollegen oder Dritten diskriminiert fühlt (§ 13 Abs. 1 S. 1 AGG). Für die Beschwerde gilt keine besondere Form, sie kann daher auch **mündlich** vorgebracht werden. Die Beschwerde ist von der Beschwerdestelle inhaltlich zu prüfen. Dem Benachteiligten ist das **Ergebnis der Prüfung mitzuteilen**. Auch für diese Mitteilung besteht keine besondere Form. Im Falle der Ablehnung ist diese **zu begründen**. Wenn der Beschwerde nicht abgeholfen werden soll bzw. infolge der Beschwerde keine konkreten Maßnahmen ergriffen werden, ist es für den Betroffenen wichtig, die Gründe dafür zu erfahren (BT-Drs. 16/1780, 37; Gach/Julis, BB 2007, 773 (778)). 122

Ein Benachteiligter ist nicht verpflichtet, das Beschwerdeverfahren zunächst durchzuführen, bevor er Ansprüche, zB auf Unterlassung oder Entschädigung, gegen den Arbeitgeber erhebt. Das **vorherige Beschwerdeverfahren ist keine Anspruchsvoraussetzung** (BT-Drs. 16/1780, 37). 123

Ein Arbeitnehmer kann sich mit seiner Beschwerde auch an den **Betriebsrat** gem. § 85 BetrVG wenden. Dieses Recht wird durch § 13 AGG **nicht eingeschränkt**. 124

Ferner haben Benachteiligte die Möglichkeit, sich an die **Antidiskriminierungsstelle des Bundes zu wenden** (§ 27 AGG). Die Antidiskriminierungsstelle kann allgemein und umfassend über etwaige Ansprüche und Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung informieren, eine Beratung auch durch andere Stellen vermitteln und eine gütliche Beilegung zwischen den Beteiligten anstreben (§ 27 Abs. 2 AGG). Hierbei kann die Antidiskriminierungsstelle die Beteiligten um eine Stellungnahme ersuchen (§ 28 Abs. 1 AGG). Eine Verpflichtung zur Abgabe einer Stellungnahme besteht jedoch nicht (BT-Drs. 16/1780, 52). 125

Ergreift der Arbeitgeber keine oder offensichtlich **ungeeignete Maßnahmen** zur Unterbindung einer (sexuellen) **Belästigung** am Arbeitsplatz, ist der Arbeitnehmer berechtigt, seine **Tätigkeit ohne Verluste des Arbeitsentgelts einzustellen**. 126

len (§ 14 AGG). Die Vorschrift dient dem Schutz vor weiteren (sexuellen) Belästigungen. Das **Leistungsverweigerungsrecht** besteht allerdings nur, soweit es **zum Schutz erforderlich** ist (BT-Drs. 16/1780, 37). Dies ist der Fall, wenn dem Arbeitnehmer kein anderes, milderer Mittel zur Beseitigung der (sexuellen) Belästigung zur Verfügung steht. Das kann insb. der Fall sein, wenn der Arbeitgeber auf eine berechtigte Beschwerde nicht ausreichend reagiert oder bei einer (sexuellen) Belästigung durch den Arbeitgeber oder Vorgesetzten selbst (BT-Drs. 16/1780, 37).

1.5 Darlegungs- und Beweislast

- 127 Für Ansprüche aus dem AGG gelten grds. die **normalen Beweisregeln**. Das bedeutet, der **Benachteiligte** als Anspruchsteller muss beweisen, dass eine **Benachteiligung vorliegt** (BT-Drs. 16/2022, 30). Bei einer Belästigung muss der Arbeitnehmer zB detailliert die einzelnen unerwünschten und belästigenden Verhaltensweisen darlegen und beweisen. Im Falle eines **Schadenersatzanspruchs** muss er zusätzlich **Kausalität** und **materiellen Schaden** nachweisen.
- 128 Ferner muss der Benachteiligte darlegen und beweisen, dass er **wegen eines Diskriminierungsmerkmals** iSv. § 1 AGG benachteiligt worden ist. Daher ist es nicht ausreichend für ein **schlüssiges Klagevorbringen**, wenn der Benachteiligte im Prozess lediglich vorträgt, er erfülle ein solches Merkmal in seiner Person und wegen dieses Merkmals habe er eine ungünstigere Behandlung als eine andere Person erfahren (BAG 25.4.2013, 8 AZR 287/08, NJOZ 2013, 1699 (1702)).
- 129 Wenn sich bspw. eine Frau im fortgeschrittenen Alter mit russischer Herkunft in der IT-Branche bewirbt, gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass die Einladung zu einem Vorstellungsgespräch wegen des Geschlechts, des Alters oder der ethnischen Herkunft mitursächlich unterblieben ist (LAG HH 19.2.2014, 3 Sa 39/13, NZA-RR 2014, 343 (345)).
- 130 Allerdings gilt für den Vortrag ein **erleichtertes Beweismaß**. Der Benachteiligte muss diesen Umstand nicht vollständig beweisen, sondern gem. § 22 AGG zunächst nur **Indizien vortragen und beweisen**, die diesen Umstand vermuten lassen (sog. Vermutungstatsachen), da der Benachteiligte idR keine Kenntnis von den Motiven des Arbeitgebers hat. Für diese **Vermutungstatsachen** ist kein zu strenger Maßstab anzulegen. Es ist nicht erforderlich, dass die Tatsachen einen zwingenden Indizienschluss für eine Verknüpfung der Benachteiligung mit einem Benachteiligungsmerkmal zulassen. Vielmehr ist es ausreichend, wenn aus objektiver Sicht und **nach allgemeiner Lebenserfahrung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit** für das benachteiligende Motiv spricht (BAG 25.4.2013, 8 AZR 287/08, NJOZ 2013, 1699 (1702); 22.7.2010, 8 AZR 1012/08, NZA 2011, 93 (98)). Für die Würdigung, ob (genügend) Indizien vorliegen, um eine Benachteiligung iSd. AGG vermuten zu lassen, sind **alle und nicht nur einzelne Umstände zu berücksichtigen** (BAG 26.6.2014, 8 AZR 547/13, NJOZ 2015, 1065 (1068)).

Beispiel

131

Ein öffentlicher Arbeitgeber sucht über eine diskriminierungsfreie Stellenausschreibung einen „Communitymanager“ und lädt einen offensichtlich schwerbehinderten Bewerber zu zwei Vorstellungsrunden unter ordnungsgemäßer Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung ein. Allerdings hatte der Arbeitgeber es unterlassen, zu prüfen, ob die ausgeschriebene Stelle mit arbeitslosen schwerbehinderten Menschen besetzt werden könnte (§ 81 Abs. 1 S. 4 SGB IX). Der Arbeitgeber sagte dem Bewerber schließlich ab. In der **Gesamtschau** liegen hier trotz des Verstoßes gegen die Prüfpflicht aus § 81 Abs. 1 S. 4 SGB IX **keine ausreichenden Indizien** für eine Benachteiligung wegen der Behinderung vor (BAG 26.6.2014, 8 AZR 547/13, NJOZ 2015, 1065).

Trotz § 22 AGG ist ein **schlüssiger Tatsachenvortrag** erforderlich. Für einen solchen genügt es nicht, wenn der Benachteiligte lediglich Mutmaßungen aufstellt. Ungenügend ist es daher, wenn er eine **Behauptung** lediglich „**ins Blaue hinein**“ aufstellt, ohne dass er tatsächliche Anhaltspunkte für seine Behauptung darlegt (BAG 25.4.2013, 8 AZR 287/08, NJOZ 2013, 1699 (1702); BT-Drs. 16/1780, 47).

132

Allein die **Kenntnis** des Arbeitgebers von der **Schwangerschaft** einer Arbeitnehmerin zum Zeitpunkt der Entscheidung über eine Bewerbung lässt eine Benachteiligung noch **nicht vermuten**. Zusammen mit weiteren Umständen, zB einer Bemerkung des Arbeitgebers, die Arbeitnehmerin solle sich doch über ihr Kind freuen, kann dies ausreichend sein (BAG 24.4.2008, 8 AZR 257/07, NZA 2008, 1351 (1354)).

133

Notiert der Arbeitgeber auf dem **Lebenslauf einer Bewerberin** neben der Angabe „verheiratet, 1 Kind“ mit der Hand nebst Unterstreichung „**7 Jahre alt!**“, kann dies **neutral sein**, wenn die Notiz bei allen sich bewerbenden Eltern, **unabhängig vom Geschlecht** und aus einer Motivation heraus gemacht wurde, die mit dem AGG offensichtlich in Einklang steht, zB weil der Arbeitgeber sich besonders für die **berufliche Entwicklung von Eltern stark** macht und bevorzugt diese bei Einstellungen berücksichtigen möchte. Die Notiz kann aber auch ein **Indiz für eine Diskriminierung** aufgrund des Geschlechts sein, wenn der Arbeitgeber die Notiz **nur bei Müttern** macht. Dann ist eine solche Notiz **nicht neutral**, sondern unmittelbar auf die Bewerberin als Frau bezogen. Es ist zwar nicht Aufgabe der Personalpolitik, die **gesellschaftliche Rollenverteilung** zu ändern, sie darf jedoch in der konkreten Personalentscheidung auch nicht zu Lasten einer Bewerberin an solche gesellschaftlichen Rollenverteilungen anknüpfen und sie in die Motivation der ablehnenden Entscheidung einbeziehen. Für ein Indiz kann insb. die Unterstreichung der Notiz sowie das **Ausrufezeichen** sprechen sowie die Tatsache, dass die Bewerberin bei ihrer Bewerbung das Alter ihres Kindes nicht angegeben hat, sondern dieses vom Arbeitgeber erst aufwändig selbst errechnet wurde (BAG 18.9.2014, 8 AZR 753/13, BeckRS 2014, 73584).

134

- 135 Nur das **Bestehen eines Altersunterschiedes** zwischen zwei Bewerbern stellt prinzipiell ebenfalls kein hinreichendes Indiz dar, welches eine ungünstigere Behandlung wegen eines verbotenen Merkmals vermuten lässt (LAG SH 9.4.2014, 3 Sa 401/13, BeckRS 2014, 69694).
- 136 Die **(Nach-)Frage**, welche **Einschränkungen** sich aus einer in den Bewerbungsunterlagen angegebenen **Behinderung** ergeben, ist unter der Voraussetzung unbedenklich, dass damit die Verpflichtung des Arbeitgebers zu „angemessenen Vorkehrungen“ von Menschen mit Behinderungen zum Tragen kommen soll, um etwaige Barrieren zu beseitigen, die deren volle und wirksame Teilhabe am Berufsleben behindern. Die Frage muss deshalb einen objektiven – und wünschenswerterweise zu Beginn der Nachfrage darzulegenden – **Anlass** haben. Bspw. kann es um die Klärung gehen, ob ergänzende Maßnahmen der **Herstellung von Barrierefreiheit** dienen können, um die tatsächliche Arbeitsaufnahme zu ermöglichen, zB der Einbau von weiteren Handläufen im Treppenhaus oder die Bereitstellung eines ebenerdigen Arbeitsraums außerhalb der Abteilung (BAG 26.6.2014, 8 AZR 547/13, NJOZ 2015, 1065 (1069)). Die gleichen Grds. gelten für die **Frage nach der Schwerbehinderung** oder der Anerkennung als Schwerbehinderter. Auch hier kommt es auf den **Anlass** bzw. inhaltlichen Zusammenhang der Frage an. Der Arbeitgeber kann die Frage zB aus dem Grund gestellt haben, **bevorzugt Schwerbehinderte einstellen** zu wollen (BAG 7.7.2011, 2 AZR 396/10, NZA 2012, 34 (37)). Im **bestehenden Arbeitsverhältnis** kann die Frage gestellt worden sein zur **Vorbereitung von betriebsbedingten Kündigungen** (BAG 16.2.2012, 6 AZR 553/10, NJW 2012, 2058). In den genannten Fällen begründet die Frage daher **kein Indiz** iSv. § 22 AGG.
- 137 Aus **Quoten** oder **Statistiken** können sich grds. Indizien für eine Diskriminierung ergeben. Diese müssen sich allerdings **konkret** auf den betreffenden Arbeitgeber beziehen und **aussagekräftig** sein, was sein Verhalten ggü. der Merkmalsträgergruppe anbelangt (BAG 21.6.2012, 8 AZR 364/11, NZA 2012, 1345 (1348)). Allein der Tatsache, dass in derselben Branche in der **vergleichbaren Hierarchieebene** der **Frauenanteil** höher ist als bei dem betroffenen Arbeitgeber, kommt **keine Indizwirkung** für eine geschlechtsbezogene Diskriminierung von Frauen bei Einstellungs- oder Beförderungsentscheidungen zu. Gleiches gilt für den Umstand, dass in den oberen Hierarchieebenen des Arbeitgebers ein deutlich geringerer Frauenanteil vorliegt als im Gesamtunternehmen (BAG 22.7.2010, 8 AZR 1012/08, NZA 2011, 93). Die bloße **Unterrepräsentation einer Gruppe** von Beschäftigten ist ebenfalls nicht zwingend ein Indiz für eine diskriminierende Personalpolitik. Daher ist der Umstand, dass ein Arbeitgeber im gesamten Unternehmen Arbeitnehmer aus 13 Nationen beschäftigt, in einem Betrieb jedoch zeitweise keine Arbeitnehmer nichtdeutscher Herkunft, nicht aussagekräftig (BAG 21.6.2012, 8 AZR 364/11, NZA 2012, 1345).
- 138 Im Hinblick auf eine **mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts** muss sich aus den verfügbaren **statistischen Daten** ergeben, dass ein wesentlich geringerer Prozentsatz der weiblichen als der männlichen Arbeitnehmer die durch

diese Regelung aufgestellten Voraussetzungen erfüllen kann (EuGH 6.12.2007, C-300/06, AP EG Art. 141 Nr. 17). Auch hier gilt wie bei der unmittelbaren Benachteiligung, dass die **statistischen Daten** für die konkrete Situation **aussagefähig** sein müssen (EuGH 27.10.1993, C-127/92, NZA 1994, 797).

Beispiel

139

Eine tarifvertragliche Regelung, die für die Pilotenausbildung eine **Mindestgröße von 165 cm** vorschreibt, stellt eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts dar. Dies ergibt sich aus der (aussagekräftigen) **Statistik des Sozio-Oekonomischen Panels** zur Größe der über Zwanzigjährigen in Deutschland. Danach erfüllen 40 % der Frauen, aber weniger als 3 % der Männer die geforderte Mindestgröße von 165 cm nicht (LAG K 25.6.2014, 5 Sa 75/14, BeckRS 2014, 72115). Allein anhand der statistischen Daten des **Mikrozensus** kann dagegen nicht auf eine **mittelbare Benachteiligung** einer abgelehnten **Bewerberin** wegen des Geschlechts geschlossen werden. Der Mikrozensus untersucht nur, aufgeteilt in Lebensformen, die jeweilige Quote der Beschäftigung und in diesem Zusammenhang auch die Verteilung auf die Geschlechter. Aus den Daten des Mikrozensus können jedoch keine Zahlenangaben oder Geschlechterquoten hinsichtlich des Erfolges oder Misserfolges von Bewerbungen oder angestrebten Beschäftigungen entnommen werden (BAG 18.9.2014, 8 AZR 753/13, BeckRS 2014, 73584).

Testing-Verfahren können ein **Indiz darstellen**. Hierbei wird zB eine **Vergleichsperson eingesetzt**, um zu überprüfen, ob ein Verhalten ggü. einer Person, bei der eines der in § 1 AGG genannten Merkmale vorliegt, gleichermaßen auch ggü. der Vergleichsperson, bei der dies nicht der Fall ist, erfolgt (BT-Drs. 16/1780, 47). Als alleiniges Indiz für eine Diskriminierung kommt ein Testing-Verfahren in Betracht, wenn **zwei völlig identische Bewerbungen** eingereicht werden, die sich nur im Hinblick auf ein Diskriminierungsmerkmal (zB das Geschlecht) und den Namen unterscheiden (Krieger/Günther NZA 2015, 262 (263)). Bei weiteren Abweichungen ist im Einzelfall zu prüfen, ob noch eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für ein diskriminierendes Motiv vorliegt. Dafür muss neben **objektiv größtmöglicher Vergleichbarkeit** der Testpersonen auch die zugrunde liegende Situation mit dem Ausgangsfall vergleichbar sein und die Wahrscheinlichkeit bestehen, dass die Auswahlentscheidung nicht von anderen, nicht diskriminierenden Aspekten oder vom Zufall abhängt. Die objektive Vergleichbarkeit richtet sich nach den üblichen Gegebenheiten des Arbeitslebens oder der Verkehrsauffassung (LAG SH 9.4.2014, 3 Sa 401/13, BeckRS 2014, 69694; ähnlich Krieger/Günther NZA 2015, 262 (263)).

140

Eine unter **Verstoß gegen § 11 AGG** formulierte **Stellenausschreibung** setzt ein Indiz iSv. § 22 AGG, dass der Arbeitgeber bei der Einstellung gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen hat (BAG 24.1.2013, 8 AZR 429/11, NZA 2013, 498 (502); vgl. auch Rn. 147 ff.). Ein solches Indiz lässt sich **nicht** mehr **nachträglich**

141

beseitigen, indem der Bewerber nach bereits **zuvor erfolgter Absage nachträglich** doch noch **zum Vorstellungsgespräch eingeladen** (BAG 26.6.2014, 8 AZR 547/13, NJOZ 2015, 1065 (1068 f.)) oder die Stelle gar nicht besetzt wird (BAG 23.8.2012, 8 AZR 285/11, NJW 2012, 3805).

- 142 Wird ein Bewerber **nicht** zu einem **Vorstellungsgespräch eingeladen**, lässt dies allein nicht darauf schließen, dies sei kausal auf einen in § 1 AGG genannten Grund zurückzuführen. Dies gilt auch dann, wenn der Bewerber sämtliche in der **Stellenausschreibung genannten Anforderungen erfüllt** oder nach objektiven Kriterien der „beste“ Bewerber war (BAG 25.4.2013, 8 AZR 287/08, NJOZ 2013, 1699 (1703); LAG HH 19.2.2014, 3 Sa 39/13, NZA-RR 2014, 343 (345)). Ein Bewerber, der bereits die geforderten Stellenanforderungen nicht erfüllt, ist für die Stelle objektiv nicht geeignet und befindet sich damit bereits **nicht in einer vergleichbaren Situation** mit den Bewerbern, die diese Anforderungen erfüllen (BAG 21.2.2013, 8 AZR 180/12, NZA 2013, 840; s. Rn. 38). Erfüllt der Bewerber das gesuchte Stellenprofil, kann eine **Absage** dennoch **vielfältige Ursachen** haben. Private Arbeitgeber sind (anders als öffentliche Arbeitgeber) nicht zur Bestenauslese gem. Art. 33 Abs. 2 GG verpflichtet. Das AGG verbietet auch nicht die unsachliche Behandlung aus anderen als in § 1 AGG genannten Gründen und verlangt daher von **privaten Arbeitgebern nicht, alle objektiv geeigneten Bewerber** bei der Auswahlentscheidung zu berücksichtigen. Das äußere Erscheinungsbild des Bewerbungsschreibens oder dessen Inhalt kann bspw. bereits ausschlaggebend für die Auswahlentscheidung des Arbeitgebers sein (BAG 25. 4. 2013, 8 AZR 287/08, NJOZ 2013, 1699 (1703); LAG HH 19.2.2014, 3 Sa 39/13, NZA-RR 2014, 343 (345)). Ebenso können **andere Eignungskriterien** (auch außerhalb der Qualifikation) ausschlaggebend gewesen sein (LAG NI 19.2.2008, 6 Sa 675/07, NZA 2009, 148 (150)).
- 143 Anders ist die Situation im **öffentlichen Dienst** im Falle von **schwerbehinderten Bewerbern**. Diese müssen zum Vorstellungsgespräch eingeladen werden, es sei denn, sie sind für die ausgeschriebene Stelle fachlich **offensichtlich ungeeignet** (§ 82 S. 2 und 3 SGB IX). Dies gilt selbst dann, wenn andere Bewerber formal deutlich besser qualifiziert sind (BVerwG 3.3.2011, 5 C 16/10, NZA 2011, 977). **Unterbleibt die Einladung** eines nicht offensichtlich ungeeigneten Bewerbers, ergibt sich daraus ein **Indiz** für eine Diskriminierung aufgrund der Behinderung (BAG 24.1.2013, 8 AZR 188/12, NZA 2014, 82; 12.9.2006, 9 AZR 807/05, NZA 2007, 507). Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber dem schwerbehinderten Bewerber zwar die Einladung zu einem Vorstellungsgespräch in Aussicht stellt, ihm aber gleichzeitig mitteilt, dessen Bewerbung habe nach der Papierform nur eine geringe Erfolgsaussicht, weshalb der schwerbehinderte Bewerber mitteilen möge, ob er das Vorstellungsgespräch wahrnehmen wolle (LAG BW 3.11.2014, 1 Sa 13/14, NZA-RR 2015, 163).
- 144 Der Arbeitgeber muss allerdings **positive Kenntnis** von der Schwerbehinderung oder Gleichstellung haben oder zumindest Anlass dazu gehabt haben, eine solche anzunehmen. Dazu hat der Arbeitgeber die Erledigung seiner Personalan-

gelegenheiten so zu **organisieren**, dass er seine gesetzlichen Pflichten zur Förderung schwerbehinderter Bewerber erfüllen kann. Die für den Arbeitgeber handelnden Personen sind daher verpflichtet, das **Bewerbungsschreiben vollständig zu lesen** und zur Kenntnis zu nehmen. Allerdings muss der Bewerber seinerseits in einer Weise auf die **Schwerbehinderung hinweisen**, dass ein **gewöhnlicher Leser** der Bewerbung diese besondere Information, über die nicht jeder Bewerber verfügt, **zur Kenntnis nehmen** kann (BAG 13.10.2011, AZR 608/10, BeckRS 2012, 65090; LAG M 25.6.2012, 7 Sa 1247/10, BeckRS 2012, 75317). Dazu muss auf die **Behinderung** oder Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch entweder **im Bewerbungsschreiben** selbst unter Angabe des GdB, ggf. einer Gleichstellung, **hingewiesen** werden, da der Arbeitgeber gehalten ist, bei jeder Bewerbung das eigentliche Bewerbungsschreiben zur Kenntnis zu nehmen. Ausreichend ist es auch, wenn die Information **im Lebenslauf** enthalten ist. Dann muss dies jedoch an **hervorgehobener Stelle** und **deutlich**, etwa durch eine besondere Überschrift, geschehen. Es ist dagegen nicht ausreichend, wenn es sich lediglich um „eingestreute“ oder unauffällige Informationen handelt, zB indirekte Hinweise in beigefügten Dokumenten oder eine in den weiteren Bewerbungsunterlagen befindliche Kopie des Schwerbehindertenausweises etc. (BAG 18.9.2014, 8 AZR 759/13, BeckRS 2014, 73585; 26.9.2013, 8 AZR 650/12, NZA 2014, 258). Es genügt daher bspw. nicht, wenn der Bewerber eine Kopie des Schwerbehindertenausweises auf Seite 24 seiner insgesamt 29 Seiten umfassenden Bewerbung beilegt (BAG 18.9.2014, 8 AZR 759/13, BeckRS 2014, 73585).

Hatte der Bewerber ordnungsgemäß auf seine Schwerbehinderung hingewiesen und wurde trotz grds. Eignung nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen, ist es zur Entkräftung des Indizes **nicht ausreichend**, wenn der Arbeitgeber nachweisen kann, dass er bei der Ablehnung der Bewerbung **von der Schwerbehinderung keine Kenntnis** hatte, da eine Bürokratie auf dem von ihr für jeden Bewerber anzulegenden Übersichtsblatt die im Bewerbungsschreiben angegebene Behinderung **versehentlich nicht aufgeführt** hatte. Übersehen die für den Arbeitgeber handelnden Personen den Hinweis auf die Schwerbehinderteneigenschaft und verstößt der Arbeitgeber deshalb gegen seine Pflichten aus §§ 81 ff. SGB IX, wird eine Benachteiligung wegen einer Behinderung vermutet. Die unterlassene Kenntniserlangung der in seinem Einflussbereich eingesetzten Personen wird dem Arbeitgeber als **objektive Pflichtverletzung** zugerechnet. Auf ein Verschulden der handelnden Personen kommt es nicht an (BAG 16.9.2008, 9 AZR 791/07, NZA 2009, 79).

145

Auch aus der **Verletzung** von sonstigen **Verfahrens- und Förderpflichten** zu Gunsten **schwerbehinderter Menschen** gem. §§ 81 ff. SGB IX, kann die **Vermutungswirkung** abgeleitet werden. Hierzu gehört **für alle Arbeitgeber** insb. die **Prüfpflicht**, ob ausgeschriebene Stellen mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden können (§ 81 Abs. 1 S. 1 SGB IX). Dazu hat der Arbeitgeber insb. auf die **Bewerberdaten der Arbeitsagentur** zurückzugreifen. Deshalb sollte ein Arbeitgeber bei jeder Stellenbesetzung bei der Arbeitsagentur geeignete schwer-

146

behinderte Bewerber abfragen. Es ist zB möglich, in der **Online-Bewerberdatenbank** mit dem Filter „nur schwerbehinderte Bewerber“ zu arbeiten (Fuhlrott/Wesemann GWR 2014, 298; Hoppe/Fuhlrott ArbRAktuell 2013, 91 (93)). Auch die Verletzung der **Unterrichtungspflicht der Schwerbehindertenvertretung** bei Eingang von Bewerbungen schwerbehinderter Menschen kann ein Indiz begründen. Verstößt der Arbeitgeber gegen die Verfahrens- oder Förderpflichten, ist dieser Umstand geeignet, den Anschein zu erwecken, an der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen uninteressiert zu sein und sogar möglichen Vermittlungsvorschlägen und Bewerbungen von arbeitssuchenden schwerbehinderten Menschen aus dem Weg gehen zu wollen (BAG 26.6.2014, 8 AZR 547/13, NJOZ 2015, 1065 (1069); 13.10.2011, 8 AZR 608/10, BeckRS 2012, 65090; vgl. aber auch Rn. 125 f.).

- 147 Hat der Arbeitgeber gegen die og. Pflichten verstoßen und dem Bewerber bereits eine **Absage erteilt**, ist es nicht mehr möglich, den Verstoß **nachträglich** durch eine **Einladung** zu heilen (BAG 26.6.2014, 8 AZR 547/13, NJOZ 2015, 1065 (1068 f.); LAG BW 3.11.2014, 1 Sa 13/14, NZA-RR 2015, 163 (167)).
- 148 Ein **standardisiertes Ablehnungsschreiben** führt nicht dazu, eine Benachteiligung zu vermuten. Der Arbeitgeber ist nicht gehalten, individuell auf die jeweiligen Bewerbungen einzugehen. Er muss auch **nicht** von sich aus die **Absage sachlich begründen**. Eine entsprechende Verpflichtung des Arbeitgebers normiert das AGG nicht (BAG 25.4.2013, 8 AZR 287/08, NJOZ 2013, 1699 (1704)). Bei **schwerbehinderten Bewerbern** ist allerdings **§ 81 Abs. 1 S. 9 SGB IX** zu beachten. Besteht nach dieser Norm für den Arbeitgeber die Pflicht, die getroffene Besetzungsentscheidung unverzüglich mit **allen Beteiligten zu erörtern**, kann aus der Verletzung dieser Pflicht eine Indizwirkung iSv. § 22 AGG abgeleitet werden (BAG 21.2.2013, 8 AZR 180/12, NZA 2013, 840).
- 149 **Verweigert** der Arbeitgeber dem abgelehnten Bewerber **Auskunft** über den eingestellten Bewerber bzw. über die Gründe für die getroffene Personalauswahl, ist dies allein **kein Indiz** für eine Diskriminierung, da **kein Auskunftsanspruch** nach deutschem oder europäischem Recht besteht (EuGH 19.4.2012, C-415/10, NJW 2012, 2497; BAG 25.4.2013, 8 AZR 287/08, NJOZ 2013, 1699 (1704 f.)). Ein Indiz für eine Diskriminierung kann sich aus der Auskunftsverweigerung nur **ausnahmsweise** ergeben, wenn der abgelehnte **Bewerber schlüssig darlegt**, dass und warum es ihm durch die vom Arbeitgeber verweigerte Information **unmöglich gemacht** oder zumindest **unzumutbar erschwert** wird, Vermutungstatsachen iSv. § 22 AGG darzulegen, die eine unzulässige Benachteiligung vermuten lassen, oder warum die **Auskunftsverweigerung selbst ein Indiz** iSv. § 22 AGG für eine unzulässige Benachteiligung **darstellt** (EuGH 19.4.2012, C-415/10, NJW 2012, 2497; BAG 25.4.2013, 8 AZR 287/08, NJOZ 2013, 1699 (1705)). Dagegen kann es ein **Indiz** für eine Diskriminierung darstellen, wenn ein Arbeitgeber bei der Auskunftserteilung **Gründe** angibt, die **im Widerspruch** zu seinem sonstigen Verhalten stehen. Ebenso können gegebene, aber **wechselnde Begründungen** des Arbeitgebers Indizwirkung für eine benachteiligende Maßnahme haben (BAG 21.6.2012, 8 AZR 364/11, NZA 2012, 1345).

Hat der **Arbeitnehmer durch Vermutungstatsachen bewiesen**, dass die Ungleichbehandlung wegen eines Diskriminierungsmerkmals erfolgte, „kippt“ die Beweislast und der **Arbeitgeber** muss nunmehr **vollständig beweisen**, dass **keine unzulässige Benachteiligung** vorliegt (§ 22 AGG). Der Arbeitgeber muss nunmehr das Gericht davon überzeugen, dass die Benachteiligung nicht (auch) auf einem Diskriminierungsmerkmal iSv. § 1 AGG beruht. Damit muss er Tatsachen vortragen und ggf. beweisen, aus denen sich ergibt, dass es **ausschließlich andere Gründe** waren, die zu der weniger günstigen Behandlung geführt haben, und ein Diskriminierungsmerkmal in seinem **Motivbündel nicht als Kriterium enthalten** war (BAG 24.1.2013, 8 AZR 188/12, NZA 2013, 896 (899); 24.1.2013, 8 AZR 429/11, NZA 2013, 498 (504)).

Bei einer **unmittelbaren Benachteiligung** (§ 3 Abs. 1 AGG) muss der Arbeitgeber folglich beweisen, dass sein Verhalten in **keinerlei Zusammenhang** mit einem verbotenen Diskriminierungsmerkmal stand (BAG 5.2.2004, AZR 112/03, NZA 2004, 540 (544)), sondern dass ausschließlich andere Gründe zu der Entscheidung geführt haben (BAG 24.1.2013, 8 AZR 429/11, NZA 2013, 498 (504)). Es ist daher nicht ausreichend, wenn der Arbeitgeber sich nur auf **andere sachliche Gründe** für die Ungleichbehandlung beruft, da es für eine Benachteiligung ausreichend ist, wenn diese zumindest auch durch ein Diskriminierungsmerkmal (mit-)motiviert war.

Es genügt zB nicht, wenn der Arbeitgeber lediglich vorträgt, ein **anderer Bewerber** sei **besser qualifiziert** gewesen (BAG 5.2.2004, 8 AZR 112/03, NZA 2004, 540 (544)). Er muss vielmehr vortragen, dass die Entscheidung **nachweislich ausschließlich** anhand nicht diskriminierender Gründe, zB der Qualifikation, erfolgt ist. Für den **öffentlichen Dienst** ergibt sich bereits aus der Verfassung die **Pflicht zur Bestenauslese** nach der Qualifikation (BAG 24.1.2013, 8 AZR 429/11, NZA 2013, 498 (504)).

Beispiel

Der Arbeitgeber beweist durch Unterlagen sowie Zeugenbeweis, dass die **Auswahl** der Bewerber **nur nach Examensnoten** getroffen wurde und nur diejenigen Bewerber für ein Vorstellungsgespräch in Betracht gezogen wurden, deren Examensnoten gut oder sehr gut waren (BAG 24.1.2013, 8 AZR 429/11, NZA 2013, 498 (504)).

Sofern der Arbeitgeber **nachträglich Gründe** geltend macht, die weder in der Ausschreibung noch während des Auswahlverfahrens formuliert worden waren, muss der Arbeitgeber zusätzlich darlegen, dass der nachträglich vorgebrachte Grund **nicht** nur **vorgeschoben** ist. Ein solcher Umstand kann zB darin liegen, dass sich während des Einstellungsverfahrens die Aufgabenstellung und damit die Anforderungen an die Qualifikation des Einstellenden geändert haben. Denkbar ist auch, dass sich ein Arbeitnehmer bewirbt, der für die ihm zugeordnete Aufgabe geradezu prädestiniert ist, mit dessen Bewerbung aber zur Zeit

der Ausschreibung vernünftigerweise nicht gerechnet werden konnte (BVerfG 16.11.1993, 1 BvR 258/86, NZA 1994, 745 (746); BT-Drs. 16/1780, 47).

- 155 Bei **schwerbehinderten Bewerbern im öffentlichen Dienst** können für eine Nichteinladung zu einem Vorstellungsgespräch außerhalb der offensichtlichen Nichteignung nur solche **Gründe** herangezogen werden, die **nicht die fachliche Eignung** betreffen. Hierfür enthält die in § 82 S. 3 SGB IX geregelte Ausnahme mit dem Erfordernis der **offensichtlichen Nichteignung** eine abschließende Regelung (BAG 24.1.2013, 8 AZR 188/12, NZA 2013, 896 (899)).
- 156 Alternativ muss der Arbeitgeber beweisen, dass ihm ein **Rechtfertigungsgrund** (§§ 5, 8–10 AGG) zur Seite steht.
- 157 Bei der **mittelbaren Benachteiligung** (§ 3 Abs. 2 AGG) muss der Arbeitgeber beweisen, dass **sachliche Gründe** für die unterschiedliche Behandlung vorgelegen haben (BAG 15.2.2005, 9 AZR 635/03, NZA 2005, 870 (872)).

1.6 Organisationspflichten des Arbeitgebers

1.6.1 Überblick

- 158 Die §§ 11, 12 AGG enthalten die **zentralen Organisationspflichten** des Arbeitgebers. § 11 AGG begründet die Verpflichtung des Arbeitgebers, **Arbeitsplätze nicht unter Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot** des § 7 Abs. 1 AGG **auszuschreiben**. Nach § 12 Abs. 1 AGG ist der Arbeitgeber verpflichtet, in seinem Unternehmen die erforderlichen **Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligungen** zu schaffen. Dazu gehören sowohl **präventive** als auch **sanktionierende** (Organisations-)Maßnahmen, um Diskriminierung gar nicht erst entstehen zu lassen bzw. wirksam zu unterbinden.

1.6.2 Diskriminierungsfreie Stellenausschreibung

- 159 Ein **Arbeitsplatz** darf nicht unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG **ausgeschrieben** werden (§ 11 AGG). Eine **entgegen § 11 AGG formulierte Stellenausschreibung** begründet die **Vermutung**, dass der Arbeitgeber bei der Einstellung gegen das **Benachteiligungsverbot verstoßen** hat (BAG 24.1.2013, 8 AZR 429/11, NZA 2013, 498 (502)). Ein solcher Verstoß lässt sich auch nicht mehr nachträglich beseitigen, indem der Bewerber nach bereits **zuvor erfolgter Absage** nachträglich doch noch zum Vorstellungsgespräch eingeladen wird (BAG 26.6.2014, 8 AZR 547/13, NJOZ 2015, 1065 (1068 f.)).
- 160 Eine Stellenausschreibung, die **nicht geschlechtsneutral ausgeschrieben** ist, da in dieser zB die Begriffe „Volljuristin“, „Anwältin“ und „Wiedereinsteigerin“ aufgeführt sind, begründet ein hinreichendes **Indiz** für eine **Diskriminierung** aus Gründen des **Geschlechts** (BAG 5.2.2004, 8 AZR 112/03, NZA 2004, 540 (543)).

Gleiches gilt für eine Stellenanzeige, in der ein „**Geschäftsführer**“ ohne weitere Zusätze gesucht wird. Der verwendete Begriff ist keine geschlechtsneutrale, sondern eine männliche Berufsbezeichnung (OLG KA 13.9.2011, 17 U 99/10, NZA-RR 2011, 632). Eine Stellenausschreibung ist **geschlechtsneutral formuliert**, wenn sich diese nach ihrem **Gesamteindruck sowohl an Männer wie auch Frauen wendet** (OLG KA 13.9.2011, 17 U 99/10, NZA-RR 2011, 632 (633)).

Dies ist zB der Fall, wenn in der **Überschrift** die Berufsbezeichnung in ausschließlich männlicher oder weiblicher Form, aber mit dem **Zusatz „(m/w)“** formuliert ist. Dann ist es auch unschädlich, wenn im weiteren Fließtext der Ausschreibung nicht mehr zwischen männlicher und weiblicher Form differenziert, sondern nur noch die männliche oder weibliche Form verwendet wird. Durch den Zusatz „(m/w)“ macht der Arbeitgeber hinreichend deutlich, dass sowohl männliche als auch weibliche Kandidaten gesucht werden (LAG HM 4.2.2014, 7 Sa 1026/13, NZA-RR 2014, 413 (415); LAG SH 13.11.2012, 2 Sa 217/12, BeckRS 2013, 65280). Umgekehrt ist dies nicht der Fall bei einer Stellenausschreibung mit einer ausschließlich männlichen Berufsbezeichnung ohne weitere Zusätze, wenn nicht im weiteren Text der Anzeige auch weibliche Bewerber angesprochen werden (OLG KA 13.9.2011, 17 U 99/10, NZA-RR 2011, 632). 161

Bei einer Stellenausschreibung, in der die Begriffe „**Hochschulabsolventen**“, „**Berufsanfänger**“ und „**Young Professionals**“ verwendet werden, ergibt sich aus einer **Gesamtschau** die Intention des Arbeitgebers, dass Bewerber **eher jung** sein sollten, sodass die Vermutung besteht, ein bereits 36-jähriger Bewerber mit Berufserfahrung wurde **wegen des Alters** nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen (BAG 24.1.2013, 8 AZR 429/11, NZA 2013, 498). Eine Stellenausschreibung, in der ein „**Junior Consultant**“ gesucht wird, begründet demgegenüber keine Vermutung für eine altersbedingte Benachteiligung. Die Suche nach einem „Junior Consultant“ bezeichnet lediglich die **betriebliche Rangstellung** (LAG RP 10.2.2014, 3 Sa 27/13, BeckRS 2014, 69594). Sucht ein Arbeitgeber Bewerber mit „**null bis zwei Jahren Berufserfahrung**“, benachteiligt dies ältere Bewerber mittelbar wegen ihres Alters. Die Diskriminierung kann nicht mit dem Hinweis gerechtfertigt werden, der Arbeitgeber habe das Ziel verfolgt, Personalkosten zu senken bzw. zu begrenzen (LAG K 20.11.2013, 5 Sa 317/13, BeckRS 2014, 66362). 162

Eine Anforderung „**sehr gutes Deutsch**“ für die Suche nach einem Softwarespezialisten kann je nach den Umständen des Einzelfalls eine Indiztatsache für die mittelbare Benachteiligung eines nicht zum Vorstellungsgespräch geladenen **Bewerbers mit Migrationshintergrund** wegen dessen ethnischer Herkunft sein. Dabei ist aber auf die **Stellenanzeige als Ganzes** abzustellen. Gegen eine Bewertung als Indiz spricht es z. B., wenn sich bereits aus der Stellenanzeige ergibt, dass die Anforderungen an die Sprachfähigkeit durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels erforderlich und angemessen sein könnten (LAG N 5.10.2011, 2 Sa 171/11, BeckRS 2011, 77811). Gleiches gilt für die Anforderung „**sehr gute Deutsch-, und Englisch-** 163

kenntnisse in einer Stellenausschreibung. Darin kann nicht per se eine Benachteiligung iSd. AGG gesehen werden. Vielmehr kann die Anforderung gem. § 3 Abs. 2 AGG wegen des sonstigen Anforderungspotentials sachlich gerechtfertigt sein (LAG HM 4.2.2014, 7 Sa 1026/13 NZA-RR 2014, 412).

- 164 Die Formulierung unter gesuchten Eigenschaften „**flexibel und belastbar**“ stellt noch **kein Indiz** dafür dar, dass **behinderte Bewerber nicht erwünscht** sind (LAG N 19.2.2008, 6 Sa 675/07, NZA 2009, 148).
- 165 Bei **Stellenanzeigen** muss stets unterschieden werden, ob durch den Anzeigentext tatsächlich ein **Auswahlkriterium** oder nur die **werbende Selbstdarstellung** des Arbeitgebers zum Ausdruck kommt (Hoppe/Fuhlrott ArbRAktuell 2013, 91). Heißt es bspw. in einer Stellenanzeige „**Arbeit in jungem dynamischen Team**“, kann darin ein Indiz liegen, dass hier gerade das **Lebensalter** Gegenstand der Beschreibung ist (LAG RP 10.2.2014, 3 Sa 27/13, BeckRS 2014, 69594; LAG HH 23.6.2010, 5 Sa 14/10, BeckRS 2010, 72954) oder lediglich eine **werbende Aussage des Unternehmens** (LAG M 13.11.2012, 7 Sa 705/12, BB 2013, 570; LAG N 16.5.2012, 2 Sa 574/11, BeckRS 2012, 71383). Arbeitgeber sollten daher entsprechende Formulierungen zu „jung“ in Stellenanzeigen ganz vermeiden. Sofern diese unvermeidlich erscheinen, sollte klar zwischen der Beschreibung des Unternehmens und der Beschreibung der Stelle unterschieden werden, zB indem ein gesonderter Textblock über die Beschreibung des Unternehmens inhaltlich abgesetzt von der Beschreibung der Stelle vorgenommen wird (Hoppe/Fuhlrott ArbRAktuell 2013, 91).

1.6.3 Prävention von Verstößen

- 166 Zunächst müssen der **Gesetzestext des AGG** und des **§ 61b ArbGG** sowie **Informationen über die betriebliche Beschwerdestelle** durch Aushang, Auslegung an geeigneter Stelle oder mittels Einsatz der üblichen Informationstechnik vom Arbeitgeber im Unternehmen **bekannt gemacht werden** (§ 12 Abs. 5 AGG). Entscheidend ist, dass die Arbeitnehmer eine **zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme** haben. Ein Aushang am **Schwarzen Brett** oder das Einstellen der entsprechenden Informationen ins **Intranet** ist daher ausreichend (BT-Drs. 17/1680/37). Ein einmaliges Rundschreiben genügt dagegen nicht – es geht um eine dauerhafte Bekanntmachung (aA Grobys NJW 2006, 2950 (2951)).
- 167 Der Arbeitgeber muss eine **Beschwerdestelle** für Betroffene einrichten (§ 13 Abs. 1 AGG). Die Einrichtung der Beschwerdestelle fällt in die **Organisationshoheit des Arbeitgebers**. Gleiches gilt für die **personelle Besetzung** der Beschwerdestelle (BAG 21.7.2009, 1 ABR 42/08, NZA 2009, 1049). Der Arbeitgeber kann zB die Stelle eines Gleichbehandlungs- oder Diskriminierungsbeauftragten schaffen. Es ist aber **nicht erforderlich**, eine **besondere Stelle zu schaffen**, die ausschließlich für die Behandlung von Beschwerden nach § 13 AGG zuständig ist (Oetker NZA 2008, 264 (267)). Es ist ausreichend, wenn die Beschwerdestelle als Funktion innerhalb der bestehenden Strukturen eingerichtet wird. Be-

schwerdestelle kann daher zB die **Personalabteilung**, ein **Vorgesetzter** oder der **Betriebsrat** sein (BT-Drs. 16/1780, 37). Der Betriebsrat kann allerdings nur mit dessen Zustimmung betriebliche Beschwerdestelle sein (Oetker NZA 2008, 264 (267)). Existiert bereits eine betriebliche Beschwerdestelle, kann auch diese die Aufgaben nach § 13 AGG mitübernehmen.

Es ist Sache des Arbeitgebers zu entscheiden, ob er Beschwerden an einer zentralen Stelle bündeln oder diese dezentral, zB durch die Fachvorgesetzten, entgegen nehmen lassen will. Das Gleiche gilt für die Entscheidung, ob er die Beschwerdestelle auf **Unternehmensebene**, auf **Betriebsebene** oder auf beiden Ebenen ansiedeln möchte (LAG B 28.2.2008, 5 TaBV 2476/07, BeckRS 2011, 66985; Oetker NZA 2008, 264 (266)). Die zuständige Stelle muss jedoch dem Betrieb oder Unternehmen zugeordnet sein. Eine **einzigste Stelle** für den **gesamten Konzern** oder eine **externe Stelle**, zB bei einem Rechtsanwalt, **genügt nicht** (Oetker NZA 2008, 264 (266); Gach/Julis BB 2007, 773). 168

Soweit **keine ausdrückliche Bestimmung** der zuständigen Stellen vorgenommen wird, ist zuständige Stelle entweder der unmittelbare Vorgesetzte bzw. der nächsthöhere **Vorgesetzte**, falls sich die Beschwerde gegen den unmittelbar Vorgesetzten richtet (Gach/Julis BB 2007, 773 (774)) oder die **Personalabteilung** (Oetker NZA 2008, 264 (267)). 169

Ferner muss der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer in geeigneter Art und Weise, insb. im Rahmen der **Aus- und Fortbildung**, auf die **Unzulässigkeit von Benachteiligungen hinweisen** und darauf hinwirken, dass diese unterbleiben. Hat der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer in geeigneter Weise zum Zwecke der Verhinderung von Benachteiligungen **geschult**, gilt dies **als Erfüllung seiner Organisationspflichten** aus § 12 Abs. 1 AGG (§ 12 Abs. 2 S. 2 AGG). Kommt es dennoch zu Verstößen gegen das AGG, kann sich der Arbeitgeber auf die Erfüllung seiner (präventiven) Pflichten berufen (Grobys NJW 2006, 2950 (2952)). Wenn aufgrund besonderer Umstände, zB **akuter Benachteiligungen**, weitere Maßnahmen nach § 12 Abs. 3 und 4 AGG erforderlich werden, sind diese Pflichten nicht mehr durch die Schulung als erfüllt anzusehen. Der Arbeitgeber muss dann erneut tätig werden und zu anderen Mitteln greifen (Willemsen/Schweibert NJW 2006, 2583 (2590)). 170

Welche **Maßnahmen konkret geboten** sind, ist nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen und kann **je nach Größe des Unternehmens** unterschiedlich sein. Die Verpflichtung geht nur so weit, wie der Arbeitgeber rechtlich und tatsächlich zur Pflichtenerfüllung in der Lage ist (BT-Drs. 16/1780, 37). Der Arbeitgeber sollte die **Durchführung der Schulungsveranstaltungen** ebenso wie die **Teilnahme der Arbeitnehmer dokumentieren**. Ferner muss er dafür Sorge tragen, dass auch neu eintretende Arbeitnehmer geschult werden. 171

1.6.4 Reaktion auf Verstöße

- 172 Kommt es zu einer Diskriminierung durch Beschäftigte, muss der Arbeitgeber reagieren und **Sanktionen** gegen den Täter verhängen. Diese müssen **zur Unterbindung der Diskriminierung** geeignet, erforderlich und angemessen sein (§ 12 Abs. 3 und 4 AGG), zB **Ermahnung, Abmahnung, Versetzung** oder **Kündigung** des Arbeitnehmers. Soweit es sich um **Dritte** handelt ist der Ausspruch eines **Hausverbots** denkbar.
- 173 Welche Maßnahmen der Arbeitgeber als verhältnismäßig ansehen darf, hängt von den konkreten Umständen ab. § 12 Abs. 3 AGG schränkt das Auswahlermessen allerdings bei Verstößen von Arbeitnehmern insoweit ein, als der Arbeitgeber die **Diskriminierung zu unterbinden** hat. Geeignet iSd. Verhältnismäßigkeit sind daher nur solche Maßnahmen, von denen der Arbeitgeber annehmen darf, dass sie die Benachteiligung für die Zukunft abstellen, d. h. eine **Wiederholung ausschließen** (BAG 20.11.2014, 2 AZR 651/13, NZA 2015, 294 (296); 9.6.2011, 2 AZR 323/10, NZA 2011, 1342).
- 174 Ob zB eine **sexuelle Belästigung** zur **außerordentlichen Kündigung berechtigt**, ist abhängig von den **Umständen des Einzelfalls**, unter anderem von ihrem Umfang und ihrer Intensität (BAG 9.6.2011, 2 AZR 323/10, NZA 2011, 1342). Dagegen kann der benachteiligte Arbeitnehmer nicht verlangen, dass der Täter gekündigt wird (BAG 25.10.2007, 8 AZR 593/06, NZA 2008, 223 (225)).
- 175 Bei **Verstößen von Dritten**, ein Auslieferungsfahrer wird bspw. von **Kunden** wegen seiner ethnischen Herkunft schikaniert, geht die Pflicht des Arbeitgebers nicht ganz so weit. Nach § 12 Abs. 4 AGG hat der Arbeitgeber die im **Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten** zu ergreifen. Gerade in Kundenbeziehungen ist die Form einer angemessenen Reaktion anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu bestimmen (BT-Drs. 17/1680, 37). Dazu reicht es zB aus, wenn der Arbeitgeber den Dritten auf den Verstoß hinweist und zur Abhilfe bzw. zum Unterlassen weiterer Benachteiligungen auffordert. Eine **Kündigung des Vertrags zum Kunden** wird nur in extremen und krassen Benachteiligungsfällen erforderlich werden.

2 Mitbestimmung des Betriebsrats

2.1 Antidiskriminierungsregelungen

Maßnahmen des Arbeitgebers zum Schutz seiner Arbeitnehmer sind **mitbestimmungspflichtig**, wenn diese das **Verhalten der Arbeitnehmer oder die Ordnung des Betriebs** betreffen (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG). Die Einführung von **Antidiskriminierungsregeln**, zB eines **Leitfadens für die Arbeitnehmer** oder einer **Ethikrichtlinie**, kann daher abhängig von der **jeweiligen Regelung** mitbestimmungspflichtig sein. Ein Mitbestimmungsrecht an einzelnen Regelungen begründet jedoch nicht notwendig ein Mitbestimmungsrecht am Gesamtwerk (BAG 22.7.2008, 1 ABR 40/07, NJW 2008, 3731; LAG D 14.11.2005, 10 TaBV 46/05, NZA-RR 2006, 81 (84 f.)). Bleibt der Arbeitgeber untätig, kann der Betriebsrat aufgrund seines **Initiativrechts** die **Einführung** entsprechender Regelungen zum Schutz der Arbeitnehmer vor Diskriminierung **erzwingen**. 176

2.2 Beschwerdestelle und -verfahren

Die Einrichtung und personelle Besetzung einer **Beschwerdestelle** gem. § 13 AGG liegt in der Organisationshoheit des Arbeitgebers. Der Betriebsrat hat hier **kein Mitbestimmungsrecht**. Ein Mitbestimmungsrecht folgt weder aus dem AGG noch aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Es handelt sich insoweit nicht um eine Frage der Ordnung des Betriebs oder des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb, sondern um eine mitbestimmungsfreie organisatorische Entscheidung des Arbeitgebers (BAG 21.7.2009, 1 ABR 42/08, NZA 2009, 1049). 177

Der Betriebsrat hat gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG jedoch bei der Einführung und Ausgestaltung des **Verfahrens einer Beschwerdestelle** mitzubestimmen (BAG 21.7.2009, 1 ABR 42/08, NZA 2009, 1049). Lässt der Arbeitgeber das Beschwerdeverfahren unregelt, hat der Betriebsrat die Möglichkeit, ein solches von sich aus einzufordern. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Einführung und Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens umfasst auch ein entsprechendes **Initiativrecht** (BAG 21.7.2009, 1 ABR 42/08, NZA 2009, 1049). 178

Das Mitbestimmungsrecht steht dem **örtlichen Betriebsrat** zu, wenn der Arbeitgeber im örtlichen Betrieb eine Beschwerdestelle einrichtet. Errichtet der Arbeitgeber eine **überbetriebliche Beschwerdestelle**, steht das Mitbestimmungsrecht beim Beschwerdeverfahren nicht dem örtlichen Betriebsrat, sondern dem **Gesamtbetriebsrat** zu (BAG 21.7.2009, 1 ABR 42/08, NZA 2009, 1049). 179

2.3 Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch

- 180 Bei **groben Verstößen des Arbeitgebers** gegen seine Pflichten aus dem AGG kann der Betriebsrat **beim Arbeitsgericht** beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, eine Handlung zu unterlassen, die Vornahme einer Handlung zu dulden oder eine Handlung vorzunehmen (§§ 17 Abs. 2 S. 1 AGG, 23 Abs. 3 BetrVG). Hierdurch hat der Betriebsrat die Möglichkeit, Benachteiligungen im Betrieb wirksam zu unterbinden. Die Norm unterstreicht zugleich, dass auch der Betriebsrat für die Einhaltung des AGG durch den Arbeitgeber verantwortlich ist (BT-Drs. 16/1780, 39). Mit dem Antrag dürfen allerdings nicht Ansprüche des Benachteiligten selbst geltend gemacht werden (§ 17 Abs. 2 S. 2 AGG). Die **Beweiserleichterung** aus § 22 AGG findet **keine Anwendung** (Besgen/Roloff NZA 2007, 670 (673)).
- 181 Ein grober Verstoß des Arbeitgebers gegen seine sich aus dem AGG ergebenden Pflichten liegt vor, wenn es sich um eine **objektiv erhebliche und offensichtlich schwerwiegende Pflichtverletzung** handelt, wobei es auf ein Verschulden nicht ankommt. Ein grober Verstoß ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Arbeitgeber mehrfach und erkennbar gegen seine sich aus dem AGG ergebenden Pflichten verstoßen hat. Allerdings scheidet ein grober Verstoß des Arbeitgebers dann aus, wenn er seine Rechtsposition in einer schwierigen und **ungeklärten Rechtsfrage** verteidigt (BAG 18.8.2009, 1 ABR 47/08 NZA 2010, 222 (225)).
- 182 **Beispiel**

Ein Arbeitgeber schreibt wiederholt und trotz Widerspruchs des Betriebsrats innerbetrieblich **Stellen** aus mit der **Beschränkung auf das erste Berufsjahr**. Der Pflichtverstoß des Arbeitgebers ist objektiv erheblich. Die Beschränkung der Stellenausschreibungen auf Arbeitnehmer im ersten Berufsjahr führt dazu, dass bestimmte Arbeitsplätze für den überwiegenden der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer verschlossen bleiben. Es handelt sich auch nicht nur um eine einmalige Pflichtverletzung. Der Arbeitgeber hat die Ausschreibungspraxis trotz der hiergegen vom Betriebsrat erhobenen Einwendungen fortgesetzt (BAG 18.8.2009, 1 ABR 47/08 NZA 2010, 222).

3 Tarifrechtliche Einflüsse

3.1 Abweichende Ausschlussfrist

Die **Ansprüche auf Schadenersatz und Entschädigung** aus § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG unterliegen einer **Ausschlussfrist**. Auf der ersten Stufe müssen sie innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden, es sei denn, die Tarifvertragsparteien haben etwas anderes vereinbart (§ 15 Abs. 4 S. 1 AGG). Besteht eine abweichende tarifvertragliche Regelung, kommt diese nur zur Anwendung, wenn der Tarifvertrag durch **beiderseitige Tarifgebundenheit** Geltung entfaltet und die tarifvertragliche Ausschlussfrist den Anspruch erfasst. Die normative und zwingende Wirkung eines Tarifvertrags erfordert neben der Tarifbindung der Arbeitsvertragsparteien, dass das Arbeitsverhältnis unter den **Geltungsbereich des Tarifvertrags** fällt (BAG 15.3.2012, 8 AZR 37/11, NZA 2012, 910 (912)).

183

3.2 Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch

Bei **groben Verstößen des Arbeitgebers** gegen seine Pflichten aus dem AGG kann neben dem Betriebsrat auch eine **im Betrieb vertretene Gewerkschaft** beim Arbeitsgericht beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, eine Handlung zu unterlassen, die Vornahme einer Handlung zu dulden oder eine Handlung vorzunehmen (§§ 17 Abs. 2 S. 1 AGG, 23 Abs. 3 BetrVG, s. Rn. 180 ff.).

184

4 Häufig gestellte Fragen (FAQ)

4.1 Darf der Arbeitgeber im Vorstellungsgespräch nach einer Schwerbehinderung oder Schwangerschaft fragen?

- 185 Es ist bisher **nicht** höchstrichterlich **geklärt**, ob die **Frage nach einer Schwerbehinderung** im **Vorstellungsgespräch ohne Bezug zur konkreten Tätigkeit** zulässigerweise gestellt werden darf (offen gelassen von BAG 7.7.2011, 2 AZR 396/10, NZA 2012, 34 (35)). Die Frage **dürfte** jedoch **unzulässig** sein (Husemann RdA 2014, 16 (17) mwN) und sollte daher im Vorstellungsgespräch oder in einem Personalfragebogen nicht abgefragt werden (Fuhlrott/Wesemann GWR 2014, 298 (299)). Die Frage **kann** als **Indiz** für eine **Benachteiligung von Behinderten** gem. § 22 AGG gewertet werden. Es kommt jedoch auf den **Anlass** bzw. inhaltlichen Zusammenhang der Frage an. Der Arbeitgeber kann die Frage zB aus dem Grund gestellt haben, **bevorzugt Schwerbehinderte einstellen** zu wollen (BAG 7.7.2011, 2 AZR 396/10, NZA 2012, 34 (37)). Dann begründet die Frage **kein Indiz** iSv. § 22 AGG.
- 186 Die Frage nach einer **Schwangerschaft** ist unzulässig. Sie stellt eine unmittelbare Benachteiligung wegen des **Geschlechts** dar (BAG 6.2.2003, 2 AZR 621/01, NZA 2003, 848; LAG K 11.10.2012, 6 Sa 641/12, NZA-RR 2013, 232). Die Frage begründet ein **Indiz** iSv. § 22 AGG für eine Benachteiligungsabsicht.

4.2 Scheidet eine Benachteiligung im Rahmen einer Auswahlentscheidung aus, wenn die Stelle gar nicht besetzt wird?

- 187 Eine Ungleichbehandlung liegt bereits dann vor, wenn ein Bewerber nicht in die Auswahl einbezogen wird. Die Benachteiligung liegt in der **Versagung einer Chance**. Es ist daher unerheblich, ob später ein anderer Bewerber eingestellt wird oder nicht (BAG 23.8.2012, 8 AZR 285/11, NJW 2012, 3805).

4.3 Muss der Arbeitgeber im Absageschreiben eine Begründung nennen?

- 188 Eine **Absage** muss **nicht begründet** werden. Auch auf Nachfrage hin nicht. Es besteht **kein Auskunftsanspruch** des abgelehnten Bewerbers (BAG 25.4.2013, 8 AZR 287/08, NJOZ 2013, 1699 (1704)). Der Arbeitgeber ist auch nicht gehalten, individuell auf die jeweiligen Bewerbungen einzugehen. Ein standardisiertes Ablehnungsschreiben führt daher nicht dazu, eine Benachteiligung iSd. AGG zu

vermuten. Bei **schwerbehinderten Bewerbern** sind allerdings die weitergehenden Pflichten aus **§ 81 Abs. 1 S. 9 SGB IX** zu beachten (BAG 21.2.2013, 8 AZR 180/12, NZA 2013, 840). Ein **Indiz** für eine **Diskriminierung** kann sich nur **ausnahmsweise** aus der Auskunftsverweigerung ergeben. Dazu muss der abgelehnte Bewerber schlüssig darlegen, dass und warum es ihm durch die vom Arbeitgeber verweigerte Information unmöglich gemacht oder zumindest unzumutbar erschwert wird, Vermutungstatsachen iSv. § 22 AGG darzulegen, die eine unzulässige Benachteiligung vermuten lassen, oder warum die Auskunftsverweigerung selbst ein Indiz iSv. § 22 AGG für eine unzulässige Benachteiligung darstellt (BAG 25.4.2013, 8 AZR 287/08, NJOZ 2013, 1699 (1705)). Dazu genügt es jedoch nicht, wenn der abgelehnte Stellenbewerber lediglich behauptet, diskriminiert worden zu sein, und vorträgt, er habe sich beworben, sei unberücksichtigt geblieben und erfülle das in der Ausschreibung geforderte Anforderungsprofil sowie zumindest eines der in § 1 AGG genannten Merkmale. Allein ein solcher Sachvortrag verpflichtet den Arbeitgeber noch nicht zur Darlegung, welche Personalentscheidung er letztlich getroffen hat und aus welchen Gründen (BAG 21.2.2013, 8 AZR 180/12, NZA 2013, 840 (844); 20.5.2010, 8 AZR 287/08, NZA 2010, 1006). Erst wenn der abgelehnte Bewerber darüber hinaus **besondere Umstände** geltend macht, die zwar noch keine Vermutungstatsachen iSv. § 22 AGG sind, jedoch auf einen Diskriminierungsverdacht zumindest hindeuten, sollte der Arbeitgeber auf das Auskunftsverlangen hin eine sachliche Begründung liefern.

4.4 Hat ein diskriminierter Bewerber Anspruch auf Einstellung?

Wird ein Bewerber bei der Einstellung diskriminiert, hat er **keinen Anspruch auf Einstellung**, selbst wenn er ohne die Diskriminierung eingestellt worden wäre – es sei denn, ein Anspruch ergibt sich aus einem anderen Rechtsgrund (§ 15 Abs. 6 AGG), zB aus Art. 33 Abs. 2 GG für den **öffentlichen Dienst**. Ein diskriminierter Bewerber ist folglich grds. auf **Schadenersatz und Entschädigung beschränkt**. 189

4.5 Hat ein Bewerber, der sich nur zum Schein bewirbt, Anspruch auf eine Entschädigung?

Bewerber, die **kein Interesse** an einer **Einstellung** haben, sondern nur das **Ziel verfolgen**, eine **Entschädigung** nach dem AGG zu erhalten, werden auch als **Scheinbewerber** oder „**AGG-Hopper**“ bezeichnet. Diese haben selbst im Falle einer Diskriminierung **keinen Anspruch auf Entschädigung** nach dem AGG, da „Bewerber“ iSv. § 6 AGG nur derjenige ist, der sich **subjektiv ernsthaft beworben** hat. Andernfalls ist die Anspruchstellung rechtsmissbräuchlich (EuGH 190

8.7.2016, C-423/15, NZA 2016, 1014; BAG 18.6.2015, 8 AZR 848/13, BeckRS 2015, 69900). Für die fehlende Ernsthaftigkeit der Bewerbung, d. h. den Rechtsmissbrauch, ist der Arbeitgeber darlegungs- und beweisbelastet. Der **Arbeitgeber muss Indizien vortragen**, die geeignet sind, den Schluss auf die **fehlende Ernsthaftigkeit** zuzulassen. Dazu gehört zB ein **krasses Missverhältnis** zwischen **Anforderungsprofil** der zu vergebenden Stelle und der **Qualifikation** des Bewerbers (BAG 24.1.2013, 8 AZR 429/11, NZA 2013, 498 (504); Kaufmann, BB 2013, 2997 (3000)). Dass ein Bewerber eine **Vielzahl von Bewerbungen** verschickt und mehrere **Entschädigungsprozesse** geführt hat, spricht für sich allein noch nicht zwingend gegen die Ernsthaftigkeit der Bewerbung (BAG 24.1.2013, 8 AZR 429/11, NZA 2013, 498 (504)). Anders liegt der Fall, wenn sich jemand ausschließlich auf altersdiskriminierende Stellenausschreibungen bewirbt (LAG HM 26.6.2008, 15 Sa 63/08, BeckRS 2008, 57044; LAG B 31.10.2013, 21 Sa 1380/13, BeckRS 2014, 65616). Auch aus der **Form und dem Inhalt der Bewerbungsschreiben** kann auf eine fehlende subjektive Ernsthaftigkeit geschlossen werden (LAG HH 12.1.2009, 3 Ta 26/08, BeckRS 2009, 53021). Ein Anzeichen für einen Rechtsmissbrauch kann sich auch aus dem **Aufstellen weit überhöhter Entschädigungsforderungen** unter Verwendung **formularmäßiger**, kaum auf den Anlassfall bezogener **Schriftsätze** ergeben (LAG HM 25.7.2014, 10 Sa 503/14, BeckRS 2014, 72204).

4.6 Wann darf ich bewusst einen Mann oder eine Frau für eine Stelle suchen?

- 191 Eine geschlechtsspezifische Stellenbesetzung ist nur unter sehr engen Bedingungen zulässig. Diese kann nach § 8 AGG **wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit** oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine **wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung** darstellen. Eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts ist daher ausnahmsweise zulässig, wenn die **vertragsgemäße Leistung** andernfalls **nicht oder nicht ordnungsgemäß erbracht** werden könnte. Hierbei ist auf die konkret vom Arbeitnehmer auszuübende Tätigkeit abzustellen, die sich nach dem **Unternehmenskonzept** richtet (BAG 18.3.2010, 8 AZR 77/09, NZA 2010, 872 (875); 28.5.2009, 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016). Die Zugehörigkeit zum männlichen oder weiblichen Geschlecht muss, um **wesentlich** sein zu können, für die Tätigkeit eine **prägende Bedeutung** haben (BAG 18.3.2010, 8 AZR 77/09, NZA 2010, 872 (875); 28.5.2009, 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016). Ein **Finanzdienstleistungsunternehmen**, das sich mit einem speziellen **Programm** gezielt an **weibliche Kunden** richtet, darf daher die Beratungstätigkeit ausschließlich von **Frauen** wahrnehmen lassen (ArbG Bonn 8.3.2001, 1 Ca 2980/00, NZA-RR 2002, 100 ff.). Gleiches gilt, wenn ein Einzelhandelsgeschäft mit Anprobemöglichkeit für den **Verkauf von Damenober- und Badebekleidung** eine weibliche Verkäuferin sucht (LAG K 19.7.1996, 7 Sa 499/96, NZA-RR 1997, 84). Die Stelle einer **Erzieherin in einem Mädcheninternat** darf ebenfalls nur für

Frauen ausgeschrieben werden, wenn ein nicht unerheblicher Teil der Arbeitszeit mit Nachtdienst belegt ist, bei dem die Erzieherin im Rahmen der Nachtwache auch die Schlafräume, Waschräume und Toiletten der Internatsschülerinnen betreten muss (BAG 28.5.2009, 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016).

Dagegen kann die Suche nach einem Mann oder einer Frau **nicht** damit begründet werden, dass **Kunden bestimmte Erwartungen** an die Beschäftigten haben. (Novara NZA 2015, 142 (147); Annuß BB 2006, 1629 (1633)). 192

Beispiel

193

Einer **Verkäuferin** in einem Kaufhaus, die ihre Tätigkeit nach der Rückkehr aus der Elternzeit nur mit einem islamischen **Kopftuch** ausüben will, kann nicht mit der Begründung gekündigt werden, dass die Kunden eine ein Kopftuch tragende Verkäuferin nicht akzeptieren würden. Vielmehr ist die Verkäuferin trotz Kopftuchs weiterhin in der Lage, ihre **vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen** (BAG 10.10.2002, 2 AZR 472/01, NZA 2003, 483 (485)).

4.7 Ist die Kündigung eines behinderten Arbeitnehmers zulässig, wenn dieser aufgrund seiner Behinderung seine Arbeit nicht mehr verrichten kann?

Die **Kündigung** eines **behinderten Arbeitnehmers** wegen **fehlender Einsatzmöglichkeiten** ist nur wirksam, wenn der Arbeitgeber nicht im Stande ist, das in Folge der Behinderung vorliegende **Beschäftigungshindernis durch angemessene Vorkehrungen zu beseitigen**. Dies hat der Arbeitgeber darzulegen. Beurteilungsgrundlage für die Rechtfertigungsprüfung ist dabei nicht der ursprüngliche Arbeitsplatz, sondern der mit verhältnismäßigem Aufwand geänderte Arbeitsplatz. Anderenfalls könnte der Arbeitgeber stets berufsbezogen argumentieren und behinderte Arbeitnehmer berechtigt von der Teilhabe am Berufsleben ausschließen. Kann der **Arbeitsplatz mit zumutbaren Anstrengungen angepasst** werden, ist der Arbeitnehmer für die geschuldete Tätigkeit geeignet. Auf eine Rechtfertigung nach § 8 AGG kommt es dann grds. nicht mehr an. Nur dann, wenn der Arbeitnehmer zwar auf dem zumutbar angepassten Arbeitsplatz eingesetzt werden kann, aber trotzdem wegen der Behinderung schlechter gestellt wird, zB weil er nicht im Schichtbetrieb eingesetzt wird und deshalb eine Schichtzulage nicht erhält, kann noch eine Rechtfertigung dieser gleichwohl erfolgenden Benachteiligung nach § 8 Abs. 1 AGG in Betracht kommen. Hierfür muss der Arbeitgeber darlegen, dass und warum gerade im Hinblick auf den angepassten Arbeitsplatz ein berufsbezogener weiterer Grund eine Benachteiligung des Behinderten rechtfertigt (BAG 19.12.2013, 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372 (378)). 194

4.8 Was muss der Arbeitgeber bei einer sexuellen Belästigung tun?

- 195 Der Arbeitgeber hat im Falle einer **sexuellen Belästigung** iSv. § 3 Abs. 4 AGG die im Einzelfall **geeigneten, erforderlichen und angemessenen arbeitsrechtlichen Maßnahmen** zur Unterbindung der Benachteiligung wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung zu ergreifen (§ 12 Abs. 3 AGG). Welche Maßnahmen der Arbeitgeber als verhältnismäßig ansehen darf, hängt von den **konkreten Umständen** ab, allerdings muss die Maßnahme geeignet sein, die Benachteiligung zu „unterbinden“. Geeignet iSd. Verhältnismäßigkeit sind daher nur solche Maßnahmen, von denen der Arbeitgeber annehmen darf, dass sie die **Benachteiligung für die Zukunft abstellen**, d. h. eine Wiederholung ausschließen (BAG 20.11.2014, 2 AZR 651/13, NZA 2015, 294 (296); 9.6.2011, 2 AZR 323/10, NZA 2011, 1342). Ob die sexuelle Belästigung im Einzelfall zur **außerordentlichen Kündigung** berechtigt, ist abhängig von den Umständen des Einzelfalls, ua. von ihrem Umfang und ihrer Intensität (BAG 9.6.2011, 2 AZR 323/10, NZA 2011, 1342).

Prof. Dr. Arnd Diring

**Arbeitnehmer –
Leitende Angestellte –
Außertarifliche Angestellte**

Inhalt

1	Der Arbeitnehmerbegriff	149
1.1	Bedeutung	149
1.1.1	Arbeitsrecht als Schutzrecht	149
1.1.2	Zwingendes Recht	150
1.2	Bisherige gesetzliche Vorgaben	151
1.2.1	Arbeitsrechtliche Gesetze	151
1.2.2	Der Arbeitnehmerbegriff in anderen Rechtsgebieten	151
1.2.3	Einheitlicher Arbeitnehmerbegriff im Arbeitsrecht	152
1.3	Konkretisierung des Arbeitnehmerbegriffs	152
1.3.1	Rechtsprechung des BAG	152
1.3.2	Andere Begriffsbestimmungen	153
1.3.3	Gesetzliche Neuregelung, § 611a BGB	153
1.3.4	Kriterien für die Beurteilung	154
1.4	Die einzelnen Merkmale des Arbeitnehmerbegriffs	154
1.4.1	Privatrechtlicher Vertrag	154
1.4.1.1	Begründung des Arbeitsverhältnisses durch Vertrag	154
1.4.1.2	Grundsatz und Ausnahmen	155
1.4.1.3	Bedeutung für den Arbeitnehmerbegriff	156
1.4.1.4	Abgrenzungen	157
1.4.2	Dienstleistung für einen anderen	158
1.4.2.1	Der Arbeitsvertrag als Unterfall des Dienstvertrags	158
1.4.2.2	Abgrenzung vom Werkvertrag	159
1.4.2.3	Abgrenzung vom Auftragsvertrag	159
1.4.2.4	Abgrenzung vom Gesellschafterbeitrag	160
1.4.2.5	Abgrenzung zum Einfühlungsverhältnis	161
1.4.3	Persönliche Abhängigkeit	162
1.4.3.1	Bedeutung	162
1.4.3.2	Weisungsrecht als wesentliches Indiz	162
1.4.3.3	Weitere Indizien	163
1.4.3.4	Formale Kriterien	164
1.4.3.5	Wechsel in der Vertragsbeziehung, mehrere Rechtsverhältnisse	165

2	Leitende Angestellte	167
2.1	Begriff des Leitenden Angestellten	167
2.1.1	Bedeutung	167
2.1.1.1	Sonderstellung leitender Angestellter	167
2.1.1.2	Der Begriff des „leitenden Angestellten“ als Rechtsbegriff	167
2.1.1.3	Vertragliche Vereinbarungen	168
2.1.2	Leitende Angestellte iSd. § 5 Abs. 3 BetrVG	169
2.1.2.1	Gesetzliche Vorgaben	169
2.1.2.2	Allgemeine Voraussetzungen	169
2.1.2.3	Berechtigung zur selbstständigen Einstellung und Entlassung, § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BetrVG	170
2.1.2.4	Generalvollmacht oder Prokura, § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BetrVG	171
2.1.2.5	Wahrnehmung sonstiger Aufgaben, § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BetrVG	173
2.1.2.6	Zweifelsregelung des § 5 Abs. 4 BetrVG	175
2.1.2.7	Sonderregelungen für angestellte Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer	176
2.1.3	Leitende Angestellte iSd. § 14 Abs. 2 KSchG	176
2.1.3.1	Gesetzliche Vorgaben	176
2.1.3.2	Geschäftsführer und Betriebsleiter	177
2.1.3.3	Ähnliche leitende Angestellte	177
2.1.3.4	Berechtigung zur Einstellung oder Entlassung	178
2.1.3.5	Leitende Personen, § 17 Abs. 5 Nr. 3 KSchG	179
2.1.4	Der Begriff des leitenden Angestellten in anderen Gesetzen	179
2.2	Die rechtliche Sonderstellung leitender Angestellter	180
2.2.1	Grundsatz	180
2.2.2	Arbeitszeitgesetz	180
2.2.3	Betriebsverfassungsgesetz	180
2.2.4	Sprecherausschussgesetz	181
2.2.4.1	Bedeutung	181
2.2.4.2	Bildung von Sprecherausschüssen	182
2.2.4.3	Beteiligungsrechte	182
2.2.5	Weitere gesetzliche Sonderregelungen	183
2.3	Der Kündigungsschutz leitender Angestellter	183
2.3.1	Gesetzliche Vorgaben	183

2.3.2	Kündigungsgründe	184
2.3.2.1	Grundsätze	184
2.3.2.2	Personenbedingte Kündigung	185
2.3.2.3	Verhaltensbedingte Kündigungen	185
2.3.2.4	Verdachtskündigungen	187
2.3.3	Besonderer gesetzlicher Kündigungsschutz	188
2.3.3.1	Grundsätze	188
2.3.3.2	Schutz von Mitgliedern des Sprecherausschusses.	189
2.3.4	Tarifvertraglicher Kündigungsschutz	189
2.3.4.1	Grundsätze	189
2.3.4.2	Besonderheiten bei arbeitsvertraglichen Bezug- nahmeklauseln	190
2.3.5	Beteiligungsrechte der Arbeitnehmervertretungen	190
2.3.5.1	Mitteilungspflicht gem. § 105 BetrVG	190
2.3.5.2	Anhörung des Betriebsrats gem. § 102 BetrVG	192
2.3.5.3	Kündigungseinspruch gem. § 3 KSchG	192
2.3.5.4	Anhörung des Sprecherausschusses gem. § 31 Abs. 2 SprAuG.	193
2.3.5.5	Betriebsverfassungsrechtlicher Weiter- beschäftigungsanspruch	194
2.3.5.6	Massenentlassungsanzeige gem. § 17 KSchG.	195
2.3.6	Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Urteil, §§ 9, 14 Abs. 2 S. 2 KSchG	197
2.3.6.1	Vorgaben des § 9 KSchG	197
2.3.6.2	Sonderregelung für leitende Angestellte, § 14 Abs. 2 S. 2 KSchG.	197
2.3.6.3	Höhe der Abfindung.	199
3	Außertarifliche Angestellte.	201
3.1	Begriff und Abgrenzungen	201
3.1.1	Begriff	201
3.1.2	Tarifvertragliche Kriterien	201
3.1.2.1	Verdiensthöhe	201
3.1.2.2	Stellung im Betrieb oder Unternehmen	203
3.1.3	Arbeitsvertragliche Vereinbarungen	204
3.1.3.1	Grundsätze	204
3.1.3.2	Formerfordernisse	204

3.1.4	Abgrenzung zu anderen außertariflichen Beschäftigungsverhältnissen	204
3.1.4.1	Ausgangslage	204
3.1.4.2	Bedeutung	205
3.1.5	Abgrenzung zu leitenden Angestellten	206
3.1.6	Abgrenzung zu übertariflichen Angestellten	207
3.1.6.1	Begriff	207
3.1.6.2	Bedeutung	207
3.1.6.3	Sonderfälle	207
3.2	Rechtsstellung außertariflicher Angestellter	208
3.2.1	Individualvertragliche Vereinbarungen	208
3.2.1.1	Grundsätze	208
3.2.1.2	Arbeitszeit	208
3.2.1.3	Vergütung	209
3.2.2	Betriebsverfassungsrecht	210
3.2.2.1	Grundsätze	210
3.2.2.2	Mitbestimmung bei der Lohngestaltung	211
4	Häufig gestellte Fragen (FAQ)	212
4.1	Ist es möglich, dass ein Arbeitnehmer für das gleiche Unternehmen Leistungen auf der Basis eines Dienst- oder Werkvertrags erbringt?	212
4.2	Gelten die arbeitsrechtlichen Schutzgesetze auch für leitende Angestellte?	212
4.3	Kann man einen Mitarbeiter zum leitenden Angestellten befördern?	212
4.4	Sind leitende Angestellte iSd. § 5 Abs. 3 BetrVG auch leitende Angestellte im Sinne anderer arbeitsrechtlicher Gesetze?	213
4.5	Genießen leitende Angestellte Kündigungsschutz nach dem KSchG?	213
4.6	Was sind AT-Angestellte?	213
4.7	Was sind ÜT-Angestellte?	213
4.8	Sind Mitarbeiter, die ein übertarifliches Entgelt erhalten, AT-Mitarbeiter?	214
4.9	Sind leitende Angestellte immer auch AT-Angestellte?	214
4.10	Kann arbeitsvertraglich vereinbart werden, dass ein Arbeitnehmer AT-Angestellter ist?	214

1 Der Arbeitnehmerbegriff

1.1 Bedeutung

1.1.1 Arbeitsrecht als Schutzrecht

Das Arbeitsrecht wird zumeist als „Schutzrecht der Arbeitnehmer“ bezeichnet. 1
Daher sind auch die arbeitsrechtlichen Regelungen grundsätzlich nur dann von Bedeutung, wenn es um Rechte und Pflichten von Arbeitnehmern geht. Das gilt für die gesetzlichen Vorgaben ebenso wie für Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen.

Was zunächst profan klingt, hat weitreichende Folgen. Das zeigt sich bereits bei 2
der **Wahl des Rechtswegs**. Die Arbeitsgerichte sind nur für Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern zuständig (vgl. § 2 ArbGG). Wird eine Arbeitsleistung dagegen auf der Grundlage eines freien Dienst- oder Werkvertrags erbracht, ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet, beamtenrechtliche Streitigkeiten werden durch die Verwaltungsgerichte entschieden.

Als „Schutzrecht der Arbeitnehmer“ knüpfen auch die **materiellen Bestimmungen des Arbeitsrechts** an den Arbeitnehmerbegriff an. Die teilweise sehr starren 3
gesetzlichen Vorgaben müssen beachtet werden, wenn Arbeitnehmer eine Arbeitsleistung erbringen, nicht aber wenn andere Personen tätig werden.

Beispiel

So dürfen Arbeitnehmer – vorbehaltlich der Sonderregelungen der §§ 18 bis 21 ArbZG – zB grundsätzlich nur acht Stunden täglich, wöchentlich 48 Stunden arbeiten (§ 3 ArbZG). Sie müssen Ruhepausen und Ruhezeiten einhalten (§§ 4 und 5 ArbZG). Für Selbstständige gelten diese Einschränkungen nicht.

Dass arbeitsrechtliche Vorschriften grundsätzlich nur auf Arbeitnehmer anzuwenden sind, ist umso bedeutsamer, als viele Tätigkeiten im privaten und staatlichen 4
Bereich von Arbeitnehmern ebenso ausgeführt werden können, wie von anderen Personengruppen.

Beispiel

So kann zB ein Versicherungsvertreter sowohl als Arbeitnehmer als auch als freier Mitarbeiter tätig sein (vgl. LAG N 17.12.1997, 4 Sa 670/97, BeckRS 1998, 30465586). Die Unterstützung durch Familienmitglieder in einem inhabergeführten Unternehmen, beispielsweise einer Gastwirtschaft, kann auf Grundlage eines Arbeitsverhältnisses oder auf familienrechtlicher Basis erfolgen. Im staatlichen Bereich werden für gleiche Tätigkeiten (zB als Lehrer) zum Teil Beamte, zum Teil Arbeitnehmer eingesetzt.

- 5 Teilweise wird der Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher Gesetze allerdings auch auf andere Personengruppen ausgedehnt. Das ist regelmäßig dann der Fall, wenn sich diese im Hinblick auf ihre soziale Schutzbedürftigkeit oder sonstige besondere Gegebenheiten in einer Arbeitnehmern vergleichbaren Situation befinden.

Beispiel

So gelten zB kraft gesetzlicher Fiktion auch Beamte und Soldaten, die in Betrieben privatrechtlich organisierter Unternehmen tätig sind, gem. § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG als Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes. § 12a TVG legt fest, dass die Vorschriften des Tarifvertragsgesetzes für sog. arbeitnehmerähnliche Personen entsprechend gelten.

1.1.2 Zwingendes Recht

- 6 Für die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, kommt es grundsätzlich nur darauf an, wie die rechtliche Beziehung objektiv einzuordnen ist. Das ist anhand der **ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen** und der **praktischen Durchführung des Vertrags** zu bestimmen. Steht die vertragliche Vereinbarung im Widerspruch zur tatsächlichen Durchführung, ist allein letztere maßgebend (BAG 21.4.2005, 2 AZR 125/04, BeckRS 2005, 42775).
- 7 Irrelevant ist, ob die Vertragsparteien davon ausgehen, dass ein Arbeitsverhältnis oder eine sonstige Rechtsbeziehung (zB ein freies Dienstverhältnis) zwischen ihnen begründet wird. Der rechtliche Status eines Arbeitnehmers richtet sich nicht nach ihren subjektiven Vorstellungen (vgl. BAG 12.9.1996, 5 AZR 1066/94, NZA 1997, 194). Erst recht kann die Anwendung des Arbeitsrechts nicht dadurch umgangen oder eingeschränkt werden, dass die Parteien bewusst andere Bezeichnungen wählen (einen Arbeitnehmer also zB als freien Mitarbeiter bezeichnen).

8 Hinweis

Diese Grundsätze gelten nach der Rechtsprechung des BAG jedoch nur, wenn die Parteien ihr Rechtsverhältnis nicht als Arbeitsverhältnis, sondern zB als freies Dienstverhältnis bezeichnet haben. Haben die Parteien dagegen ausdrücklich ein Arbeitsverhältnis vereinbart, ist es in aller Regel auch als solches einzuordnen (BAG 21.4.2005, 2 AZR 125/04, BeckRS 2005, 42775).

1.2 Bisherige gesetzliche Vorgaben

1.2.1 Arbeitsrechtliche Gesetze

Obwohl der Arbeitnehmer-Begriff der zentrale Anknüpfungspunkt für die Anwendung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen ist, gab es bislang **keine gesetzliche Definition**. 9

Zwar wird in einigen arbeitsrechtlichen Gesetzen ausgeführt, dass „Arbeitnehmer im Sinne des Gesetzes (...) Arbeiter und Angestellte“ sind (vgl. zB §§ 2 BUrlG, 2 Abs. 2 ArbZG). Damit ist jedoch lediglich klargestellt, dass nicht (mehr) zwischen diesen beiden Beschäftigtengruppen unterschieden wird. Der Begriff des Arbeitnehmers ist damit aber nicht festgelegt. Arbeiter und Angestellte sind lediglich Untergruppen des Arbeitnehmerbegriffs und können daher ohne ihn nicht definiert werden. 10

Auch § 106 S. 1 GewO enthält keine Begriffsbestimmung. Die Norm konkretisiert zwar das für ein Arbeitsverhältnis typische Weisungsrecht („Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen“). Sie setzt aber, ebenso wie andere arbeitsrechtliche Regelungen, eine bereits existente Definition des Arbeitnehmerbegriffs voraus. 11

1.2.2 Der Arbeitnehmerbegriff in anderen Rechtsgebieten

Aus anderen Rechtsgebieten, insbesondere dem **Sozialversicherungs- und Steuerrecht**, lässt sich keine für das Arbeitsrecht verbindliche Definition ableiten. 12

Zwar bestimmt § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV, dass Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis, ist. Als Anhaltspunkte für eine Beschäftigung nennt S. 2 der Norm eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. 13

Gemäß §§ 2 Abs. 1 Nr. 4, 38 EStG sind Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit zu versteuern, § 2 Abs. 1 LStDV definiert als Arbeitslohn „alle Einnahmen, die dem Arbeitnehmer aus dem Dienstverhältnis zufließen“.

Der im Sozial- und Steuerrecht verwandte Begriff des Beschäftigten bzw. des Arbeitnehmers bedarf jedoch seinerseits der Konkretisierung und kann schon im Hinblick auf die unterschiedliche Zielsetzung der Rechtsgebiete nicht auf das Arbeitsrecht übertragen werden. Daher kann für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft auch nicht auf die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung eines Dienstverhältnisses abgestellt werden (vgl. BAG 29.11.1995, 5 AZR 422/94, BeckRS 1995, 30923461). Diese kann allenfalls als Indiz herangezogen werden, ausschlaggebend ist sie nicht (vgl. BAG 26.5.1999, 5 AZR 469/98, NZA 1999, 983). 14

1.2.3 Einheitlicher Arbeitnehmerbegriff im Arbeitsrecht

- 15 Einigkeit besteht indes darüber, dass im Arbeitsrecht von einem **einheitlichen Arbeitnehmerbegriff** auszugehen ist. Arbeitnehmer iSd. BetrVG sind daher immer auch Arbeitnehmer iSd. KSchG, des BUrlG und der sonstigen arbeitsrechtlichen Gesetze.
- 16 Das bedeutet aber nicht, dass jedes Gesetz für jedes Arbeitsverhältnis Bedeutung hat. Viele Gesetze, etwa das MuSchG, setzen schon vom Regelungsgehalt her eine spezifische Situation der Arbeitnehmer voraus. Teilweise werden aber auch bestimmte Arbeitnehmergruppen vom Geltungsbereich gesetzlicher Schutzbestimmungen ausgenommen.

Beispiel

So findet zB das Arbeitszeitgesetz keine Anwendung auf leitende Angestellte iSd. § 5 Abs. 3 BetrVG sowie Chefärzte (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG). Das Gleiche gilt zB auch für Leiter von öffentlichen Dienststellen und deren Vertreter sowie Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst, die zu selbstständigen Entscheidungen in Personalangelegenheiten befugt sind (§ 18 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG).

1.3 Konkretisierung des Arbeitnehmerbegriffs

1.3.1 Rechtsprechung des BAG

- 17 Für die Konkretisierung des arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs wird zumeist auf eine von Hueck entwickelte Definition zurückgegriffen. Arbeitnehmer ist danach, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags oder eines anderen Rechtsverhältnisses im Dienst eines anderen zur Arbeit verpflichtet ist. (Hueck/Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts Band 1 § 9 II).
- 18 Auch das BAG hat sich an diese Begriffsbestimmung angelehnt, sie aber zugleich präzisiert und durch das Merkmal der „persönlichen Abhängigkeit“ ergänzt.

Arbeitnehmer ist danach, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. (st. Rspr., vgl. zB BAG 17.4.2013, 10 AZR 272/12, NZA 2013, 903)

1.3.2 Andere Begriffsbestimmungen

In der juristischen Literatur sind vielfach **alternative Begriffsbestimmungen** entwickelt worden. Der bekannteste Gegenentwurf zur Rechtsprechung des BAG stammt von Wank (Arbeitnehmer und Selbstständige, 1988, ders., DB 1992, 90). 19

Für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen stellt er, anders als das BAG, nicht auf die persönliche Abhängigkeit, sondern auf das „Unternehmerrisiko“ ab. Kennzeichnend für einen Arbeitnehmer sei die auf Dauer angelegte Arbeit für nur einen Auftraggeber, die in eigener Person und im Wesentlichen ohne eigenes Kapital und ohne eigene Organisation erbracht wird. Diese Auffassung hat aber, ebenso wie andere Versuche zur Neubestimmung des Arbeitnehmerbegriffs, kaum Anhänger in Literatur und Rechtsprechung gefunden.

1.3.3 Gesetzliche Neuregelung, § 611a BGB

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) hat Ende 2015 einen Entwurf zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vorgelegt, in dem unter anderem die Einfügung eines neuen § 611a BGB vorgesehen war. Dieser enthielt in Absatz 2 einen umfangreichen Kriterienkatalog, um Arbeitnehmer von Selbstständigen abzugrenzen. Ziel der Neuregelung war es die sog Scheinselbständigkeit zu bekämpfen. 20

Dieser Entwurf wurde nach massiver Kritik aus der Wirtschaft und aus den Reihen der Regierungskoalition vom BMAS zurückgezogen und anschließend neu gefasst. In dem nunmehr voraussichtlich zum 1. April 2017 in Kraft tretenden neuen § 611a BGB wird auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des BAG gesetzlich festgelegt, welche Personen als Arbeitnehmer anzusehen sind.

Hinweis

§ 611a BGB neue Fassung: „Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann; der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.“

- 21 Änderungen zur bisherigen Rechtslage ergeben sich dadurch nicht. Wie in der Begründung des Gesetzentwurfs ausgeführt handelt es sich um „die 1:1-Kodifizierung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung, (die) die Rechtslage in Deutschland unverändert lässt“.

1.3.4 Kriterien für die Beurteilung

- 22 Aus der vom BAG in ständiger Rechtsprechung verwandten und künftig in § 611a BGB statuierten Definition lassen sich **drei Merkmale** ableiten, die für die Klassifizierung als Arbeitnehmer maßgeblich sind:
- Privatrechtlicher Vertrag
 - Dienstleistung für einen anderen
 - Persönliche Abhängigkeit

Anhand dieser Kriterien erfolgt die **Abgrenzung zu anderen Personengruppen**, die zwar auch Arbeitsleistungen erbringen, aber nicht von den arbeitsrechtlichen Bestimmungen erfasst werden.

1.4 Die einzelnen Merkmale des Arbeitnehmerbegriffs

1.4.1 Privatrechtlicher Vertrag

1.4.1.1 Begründung des Arbeitsverhältnisses durch Vertrag

- 23 Früher wurde zum Teil vertreten, dass ein Arbeitsverhältnis erst durch die tatsächliche Tätigkeitsaufnahme im Betrieb entsteht (sog. **Eingliederungstheorie**, vgl. dazu Nikisch, RdA 1960, 1 ff.). Mittlerweile besteht Einigkeit, dass ein Arbeitsverhältnis bereits durch den Abschluss des Arbeitsvertrags begründet wird (sog. **Vertragstheorie**).
- 24 Das bedeutet zwar nicht, dass alle Rechte und Pflichten bereits zu diesem Zeitpunkt entstehen. So hat der Arbeitnehmer beispielsweise vor dem vereinbarten Tätigkeitsbeginn keinen Anspruch auf Urlaub oder Entgelt (vgl. BAG 2.11.1978, 2 AZR 74/77, NJW 1980, 1015). Andere arbeitnehmerschützende Vorschriften, etwa die gesetzlichen Kündigungsfristen, sind dagegen schon davor zu beachten.