



Europarechtliches Symposium 2022

**Bundesarbeitsgericht
Erfurt, 12. - 13. Mai 2022**

Referat von

Dr. Sandra B. Carlson, LL.M.
Rechtsanwältin, Nürnberg

zum Thema

**„Aktuelle Tendenzen des EuGH und deren
Auswirkungen auf das nationale Recht“**

Antidiskriminierungsrecht: Aktuelle Tendenzen des EuGH und deren Auswirkungen auf das nationale Recht

Dr. Sandra B. Carlson, LL.M. – Manske & Partner, Nürnberg

Der Vortrag hat die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zum Antidiskriminierungsrecht und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht zum Gegenstand. Seit dem Vortrag von Herrn *Professor Jacobs* zum Antidiskriminierungsrecht im Rahmen des letzten Europarechtlichen Symposium im Jahr 2018¹ sind zahlreiche Urteile des EuGH zum Antidiskriminierungsrecht ergangen. Ich habe eine Auswahl von sechs Entscheidungen getroffen, um Tendenzen der EuGH-Rechtsprechung und deren Auswirkungen auf das nationale Recht zu erörtern.

Die Auswahl der Entscheidungen ist naturgemäß höchst subjektiv: Es handelt sich um solche Entscheidungen, die meines Erachtens für sich betrachtet oder mit Blick auf die nationale Rechtsprechung zu dem entsprechenden Themenkreis für die Rechtspraxis oder auch unter rechtsdogmatischen Gesichtspunkten von besonderem Interesse sind.

Bei den ersten drei Entscheidungen liegt der Fokus auf dem unmittelbar anwendbaren Primärrecht, namentlich dem Verbot der Benachteiligung von Männern und Frauen in Bezug auf das Entgelt gem. Art. 157 AEUV und den Diskriminierungsverboten aus Art. 21 GRCh, im konkreten Fall einer Diskriminierung wegen der Religion. Um Fragen der Diskriminierung wegen der Religion geht es auch in der Entscheidung des EuGH zum Verbot von Kopftüchern sowie anderen religiösen und weltanschaulichen Zeichen am Arbeitsplatz. Hier steht die Auslegung der sekundärrechtlichen Normen der GleichbehandlungsrahmenRL 2000/78/EG im Mittelpunkt. Dasselbe gilt für die beiden Urteile am Schluss des Vortrags: Sie haben Fragen der Diskriminierung wegen einer Behinderung zum Gegenstand: Zum einen lag dem EuGH die Frage zur Entscheidung vor, ob eine Diskriminierung im Sinne der GleichbehandlungsrahmenRL auch innerhalb einer Gruppe möglich ist, auf die dasselbe Diskriminierungsmerkmal zutrifft. Zum anderen hatte der EuGH darüber zu entscheiden, ob eine Diskriminierung wegen des Merkmals „Behinderung“ vorliegen kann, wenn das Arbeitsverhältnis mit einem Beschäftigten während einer Probe- bzw. Wartezeit beendet wird.

1. Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, EuGH v. 3.6.2021 – Rs. C-624/19 – Tesco Stores

In der Rechtssache *Tesco Stores*² aus dem Jahr 2021 geht es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen Art. 157 AEUV unmittelbar im Privatrechtsverhältnis anwendbar ist. Art. 157 Abs. 1 AEUV normiert den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs entfaltet Art. 157 AEUV in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten, in denen ein Verstoß gegen den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei „gleicher Arbeit“ geltend gemacht wird, unmittelbare

¹ *Jacobs RdA* 2018, 263.

² EuGH v. 3.6.2021 – Rs. C-624/19, NZA 2021, 855 – Tesco Stores Ltd.

Wirkung.³ Beschäftigte können aus dieser Norm Ansprüche herleiten. Der Gerichtshof hat sich in der Rechtssache *Tesco Stores* nun erstmalig zu der Frage geäußert, ob die Vorschrift auch dann unmittelbare Anwendung findet, wenn ein Verstoß gegen den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei „gleichwertiger Arbeit“ geltend gemacht wird.

Der Sachverhalt

Tesco ist das größte britische Einzelhandelsunternehmen. Es vertreibt Waren über Supermärkte und im Online-Handel. Letzterer wird aus 24 Vertriebszentren abgewickelt. Die Klägerinnen - und wohlgerne auch Kläger - des Ausgangsverfahrens arbeiteten in *Tesco*-Supermärkten. Sie machten einen Anspruch auf Zahlung einer höheren Vergütung aufgrund einer mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts geltend, da sie eine gleichwertige Tätigkeit ausübten wie eine Gruppe von überwiegend männlichen Beschäftigten, die in den Vertriebszentren tätig waren, jedoch schlechter bezahlt wurden als diese. Das *Watford Employment Tribunal* setzte die Verfahren der männlichen Kläger aus und legte dem EuGH die Frage zur Entscheidung vor, ob Art. 157 Abs. 1 AEUV unmittelbare Anwendung auf Klagen findet, mit denen ein Verstoß gegen den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei „gleichwertiger Arbeit“ geltend gemacht wird.

Das Urteil des Gerichtshofs

Der Gerichtshof bejaht die Frage und stellt fest, dass Art. 157 AEUV auch in diesen Fällen unmittelbar anwendbar sei.⁴ Er verwirft den Gedanken, dass die Bestimmung „gleichwertiger Arbeit“ durch nationales Recht konkretisiert werden müsse und deshalb eine unmittelbare Anwendung nicht in Betracht komme.⁵ Die Beantwortung der Frage, ob eine „gleichwertige Arbeit“ vorliegt, bleibt der Entscheidung zu Folge der nationalen Gerichtsbarkeit überlassen.⁶ Diesbezüglich ergäben sich keine Besonderheiten gegenüber der Beurteilung des Tatbestands der „gleichen Arbeit“.

Der Gerichtshof stellt ferner fest, dass es nicht darauf ankomme, ob die Beschäftigten in unterschiedlichen Betrieben arbeiteten. Für die Feststellung der Ungleichbehandlung sei ausschlaggebend, dass diese auf einer „einheitlichen Quelle“ beruhe.⁷ Diese müsse für die Ungleichbehandlung verantwortlich sein und sie wieder beseitigen können.

³ EuGH v. 8.4.1976 – Rs. 43/75, NJW 1976, 2068, Rn. 40 – Defrenne II; EuGH v. 27.6.1990 – Rs. C-33/89, NZA 1990, 771; *Franzen* in Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.) Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl., 2022, Art. 157 Rn. 4; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, § 10 Rn. 3.

⁴ EuGH v. 3.6.2021 – Rs. C-624/19, NZA 2021, 855, Rn. 20; vgl. dazu *Krimphove*, ArbArbRAktuell 2021, 385, 386; *Forst*, EWIR 2021, 475.

⁵ EuGH v. 3.6.2021 – Rs. C-624/19, NZA 2021, 855, Rn. 19 ff. Unter Hinweis auf das Defrenne II-Urteil (EuGH v. 8.4.1976 – Rs. C-43/75, NJW 1976, 2068, Rn. 16 ff. war zum Teil die Auffassung vertreten worden, dass Art. 157 AEUV im Hinblick auf gleichwertige Arbeit nicht unmittelbar gewendet werden könne, vgl. *Krebber* in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 157 AEUV Rn. 6; zum Meinungsstand *Wienbracke*, NZA-RR 2021, 449. Zur „gleichwertigen Arbeit“ konnte der Gerichtshof sich in der Rechtssache Defrenne II streng genommen nicht äußern, weil dieses Tatbestandsmerkmal erst durch den Vertrag von Amsterdam (1997/1999) eingefügt wurde. Gleichwohl zog der EuGH unter Verweis auf das Völkerrecht bereits in dieser Rechtssache eine Parallele zwischen der mittelbaren Diskriminierung und der „gleichwertigen Arbeit“, ohne diesen Zusammenhang jedoch näher zu beleuchten (Rz. 16, 20 a. E.); dazu *Forst*, Forst, EWIR 2021, 475 476.

⁶ EuGH v. 3.6.2021 – Rs. C-624/19, NZA 2021, 855, Rn. 30; Der EuGH hat wiederholt entschieden, dass zur Feststellung der Gleichwertigkeit eine Gesamtheit von Faktoren, wie Art der Arbeit, Ausbildungsanforderungen und Arbeitsbedingungen zu berücksichtigen sind, die zu dem Ergebnis führen, dass eine vergleichbare Situation der Beschäftigung vorliegt (vgl. EuGH v. 28. 2. 2013 – Rs. C-427/11, NZA 2013, 315, 317, Rn. 27 m.w.N. – *Kenny* u.a.). § 4 Abs. 2 EntgTranspG bildet diese Rechtsprechung ab.

⁷ EuGH v. 3.6.2021 – Rs. C-624/19, NZA 2021, 855, Rn. 37ff.

Älteren Entscheidungen des EuGH lässt sich entnehmen, dass von einer „einheitliche Quelle“ unter Umständen auch dann auszugehen ist, wenn Beschäftigte für verschiedene Arbeitgeber tätig sind.⁸ Dies setzt jedoch voraus, dass die Möglichkeit der Einflussnahme eines Arbeitgebers auf die Entgeltstrukturen besteht. Bei Vorgaben innerhalb eines Konzerns zum Entgelt- und zu sonstigen Arbeitsbedingungen dürfte demnach eine einheitliche Quelle zu bejahen sein.⁹ Es bleibt abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung hierzu weiterentwickelt.

Einordnung der Entscheidung und Auswirkungen auf das deutsche Recht

Mit der Entscheidung setzt der EuGH seine Rechtsprechung zu Art. 157 AEUV konsequent fort. Der Gerichtshof betont die zentrale Bedeutung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen und unterstreicht erneut, dass die Auslegung der Norm sich daran zu orientieren habe, dass die praktische Wirksamkeit sichergestellt und die Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels gefördert wird.

Hervorzuheben ist mit Blick auf den Ausgangsfall, in dem sowohl Frauen als auch Männer geklagt hatten, dass im Fall der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts auch Angehörige des nicht diskriminierten Geschlechts Ansprüche aus Art. 157 AEUV herleiten können.¹⁰ Verwehrt man im Fall einer mittelbaren Diskriminierung von Frauen den Männern diesen Anspruch, die unter den gleichen (diskriminierenden) Bedingungen wie die Frauen beschäftigt werden, würden die Männer ihrerseits in unzulässiger Weise unmittelbar wegen des Geschlechts diskriminiert. Auch die in den Supermärkten beschäftigten Kläger im Ausgangsverfahren können also Ansprüche aus Art. 157 AEUV herleiten, wenn diese für die weiblichen Beschäftigten bejaht werden.

Die deutsche Rechtsprechung kann sich durch das Urteil des EuGH bestätigt sehen. Bezüglich der unmittelbaren Anwendbarkeit hat man schon zuvor „gleiche Arbeit“ und „gleichwertige Arbeit“ im Kontext mit Art. 157 AEUV ohne Weiteres gleichgesetzt.¹¹

Übereinstimmung gibt es auch hinsichtlich des Ziels, die praktische Wirksamkeit von Art. 157 AEUV sicherzustellen. Dies zeigt das Urteil des 8. Senats vom 21. Januar 2021.¹² Es stärkt die Möglichkeit zur Durchsetzung von Ansprüchen aus Art. 157 AEUV für Beschäftigte in Deutschland erheblich.¹³

Streitgegenständlich waren Entgeltansprüche einer Abteilungsleiterin. Dieser war auf ihr Auskunftsverlangen gem. § 10 EntgTranspG unter anderem mitgeteilt worden, dass das Vergleichsentgelt, d.h. das Medianentgelt der vergleichbaren Männer, ca. 900 € höher war als ihr Entgelt. Die Abteilungsleiterin klagte auf Zahlung dieses und weiterer Differenzbeträge.

⁸ EuGH v. 17. 9. 2002 - Rs. C-320/00, NZA 2002, 1144, 1145, Rn. 17 – Lawrence.

⁹ *Dette/Gottbehüt* in Däubler/Beck (Hrsg.) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 5. Aufl. 2022, § 7 AGG Rn. 117; ebenso der Generalanwalt in den Schlussanträgen in der Entscheidung EuGH 17.9.2002 – Rs. C-320/00, NJW 2002, 3160; die Frage offen lassend *Schuster*, ArbRAktuell 2021, 351.

¹⁰ *Kreber* in Calliess/Ruffert EUV/AEUV 4. Aufl. Art. 157 AEUV Rn. 65; *Kocher* in Schlachter/Heinig, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2. Aufl. § 5 Rn. 179; vgl. auch BAG v. 21.11.2013 - 6 AZR 89/12, JURIS Rn. 25.

¹¹ BAG v. 21.1.2021 - 8 AZR 488/19, NZA 2021, 1011, 1014, Rn. 18.

¹² BAG v. 21.1.2021 - 8 AZR 488/19, NZA 2021, 1011.

¹³ *Stein*, NZA 2022, 328, 331.

Der 8. Senat traf keine abschließende Entscheidung, stellte jedoch fest, dass ein Anspruch auf gleiches Entgelt aus Art. 157 AEUV und ein inhaltsgleicher Anspruch aus § 3 Abs. 1 und § 7 EntgTranspG gegeben sein könnten. Im Ergebnis einer unionsrechtskonformen Auslegung bringt der 8. Senat die Beweislastregel des § 22 AGG auf diese Normen zur Anwendung. Er stützt sich zur Begründung maßgeblich auf unionsrechtliche Vorgaben und stellt fest: allein die Tatsache, dass der Arbeitgeber der Klägerin eine geringere Vergütung als das Vergleichsentgelt zahle, begründe die vom Arbeitgeber widerlegbare Vermutung, dass die Klägerin die Entgeltbenachteiligung „wegen des Geschlechts“ erfahren habe.

Es ist sehr zu begrüßen, dass die Entscheidung die Durchsetzung von Ansprüchen auf gleiches Entgelt ungeachtet des alles andere als überzeugend gestalteten Auskunftsanspruchs aus § 10 EntgTranspG erleichtert. Die Entscheidung steht im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH, der einen sogenannten Paarvergleich für die Begründung der Darlegungs- und Beweiserleichterung gem. Art. 19 RL 2006/54/EG für ausreichend erachtet.¹⁴ Der in der Literatur geäußerten Kritik an der Entscheidung des 8. Senats verbunden mit dem Appell an Instanzgerichte, dem 8. Senat die Gefolgschaft zu verweigern¹⁵, vermag ich daher nicht zu folgen.

Zum Abschluss möchte ich darauf hinweisen, dass das unionsrechtliche Entgeltgleichheitsgebot und der Anspruch auf gleiches Entgelt gem. §§ 3 und 7 EntgTranspG, keine Beschränkung auf „den Betrieb“ kennen. Dies macht die Entscheidung in Sachen *Tesco Stores* noch einmal besonders deutlich. Maßgeblich ist allein, dass die Zahlungen von „derselben Quelle“ stammen, sodass danach regelmäßig ein unternehmens- und unter Umständen sogar ein konzernweiter Vergleich der gezahlten Entgelte zu erfolgen hat.¹⁶ Der Auskunftsanspruch nach dem EntgTranspG beschränkt sich hingegen auf den Betrieb.¹⁷ Eine weitere Beschränkung liegt darin, dass der Auskunftsanspruch nur in Betrieben mit mehr als 200 Beschäftigten besteht. Die Limitierung des Auskunftsanspruchs ändert an der Reichweite des Entgeltgleichheitsgebots selbstverständlich nichts. Es wäre sehr zu begrüßen, wenn diese Diskrepanzen zukünftig beseitigt werden, um die Voraussetzungen für eine effektive Durchsetzung der Rechte zu verbessern.¹⁸ In diesem Sinne ist auch die Schaffung kollektivrechtlicher Durchsetzungsinstrumente oder Verbandsklagerechte wünschenswert, da viele Beschäftigte im laufenden Arbeitsverhältnis die Durchsetzung ihrer Rechte auf dem Klageweg scheuen.¹⁹

¹⁴ *Franzen* in *Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg.), *Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht*, 4. Aufl. 2022, Art. 157 AEUV Rn. 54 unter Verweis auf EuGH 28.2.2013 – Rs. C-427/11, NZA 2013, 315 Rn. 18 ff – Kenny (zur Vorgängernorm des Art 141 EG und zu RL 75/117).

¹⁵ *Annuß*, NZA 2021, 1538, 1539 und 1540.

¹⁶ Hierzu *Gola* BB 2921, 116

¹⁷ Kritisch dazu *ErfKom-Schlachter*, § 12 AGG, Rn. 2; dazu auch *Gola* BB 2021, 116 ff.

¹⁸ Die EU-Kommission hat im März 2021 einen Vorschlag für eine Richtlinie zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Lohntransparenz und Durchsetzungsmechanismen (EntgTranspRL-V) vorgelegt. Im Vergleich zum deutschen Entgelttransparenzgesetz stellt dieser höhere Anforderungen an die Arbeitgeber und stärkt zugleich die Rechte der Beschäftigten – insbesondere im Hinblick auf den Auskunftsanspruch und die Entgeltberichterstattung. Es wäre sehr zu begrüßen, wenn mit einer Richtlinie Lohntransparenz und Durchsetzungsmechanismen gestärkt und in deren Umsetzung die diversen Defizite des EntgTranspG beseitigt würden.

¹⁹ *Gola*, BB 2021, 116, auf das im Gesetzgebungsprozess diskutierte Verbandsklagerecht verweisend; *Hinrichs* in *Däubler/Beck* § 10 AGG Rn. 4 unter Hinweis auf den Entwurf der SPD-Fraktion für ein Gesetz zur Durchsetzung des Entgeltgleichheitsgebotes für Frauen und Männer von Mai 2012.

2. Volle Entlassungsentschädigung trotz reduzierter Arbeitszeit in Elternzeit - EuGH v. 8. Mai 2019 – C - 486/18 – Praxair MRC

In der Rechtssache *Praxair*²⁰ ging es ebenfalls um eine Diskriminierung wegen des Geschlechts und den Anspruch auf gleiches Entgelt aus Art. 157 AEUV, jedoch nicht im Hinblick auf das laufende Entgelt, sondern in Bezug auf die Zahlung einer Entlassungsentschädigung.

Der Sachverhalt

Beim Ausgangsverfahren handelt es sich um einen Fall aus Frankreich. Die Klägerin hatte vorübergehend mit einem Fünftel ihrer ursprünglichen Arbeitszeit in Elternzeit gearbeitet. Ihr Arbeitsverhältnis wurde im Rahmen einer Massenentlassung aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt. Das französische Recht sieht einen Abfindungsanspruch vor. Die Abfindung wird auf der Grundlage des durchschnittlichen Bruttoentgelts der letzten zwölf Monate berechnet. Dieses Entgelt war im Falle der Klägerin aufgrund der Teilzeitbeschäftigung in Elternzeit niedriger als das Entgelt vergleichbarer Vollzeitbeschäftigter. Die Klägerin erhob daher Klage, insbesondere mit dem Ziel, die Zahlung einer Abfindung auf Basis ihres Vollzeitgehalts durchzusetzen.²¹

Das Urteil des Gerichtshofs

Der Gerichtshof bejaht neben einem Verstoß gegen die geltende Richtlinienvorschrift, die den Erhalt der zu Beginn des Elternurlaubs erworbenen Rechte bis zu dessen Ende schützt²², auch einen Verstoß gegen Art. 157 Abs. 1 AEUV. Dem Gerichtshof zu Folge ist die Entlassungsentschädigung Entgelt im Sinne des Art. 157 Abs. 2 AEUV.²³ Dies entspricht seiner ständigen Rechtsprechung, die durch eine weite Auslegung des Begriffs des Entgelts geprägt ist.²⁴ Der Umstand, dass bestimmte Leistungen nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses gewährt werden, schließt dem Gerichtshof zu Folge nicht aus, dass sie als Entgelt im Sinne von Art. 157 Abs. 2 AEUV zu klassifizieren sind.²⁵

²⁰ EuGH v. 8. Mai 2019 – Rs. C-486/18, NZA 2019, 1131– Praxair MRC; umfassend zur Entscheidung *Wietmann*, EuZA 2020, 246; *Krebber* ZfA 2020.

²¹ Zudem ging es um Zuwendungen für Zeiten eines neunmonatigen sogenannten „Wiedereingliederungsurlaubs“ gem. Art. L. 1233-71 Code du travail. Dieser Wiedereingliederungsurlaub kann Beschäftigten gewährt werden, denen aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt werden soll, damit sie sich in dieser Zeit zum Beispiel fortbilden können, um ihre Chancen auf dem Arbeitsmarkt für die Zeit nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses zu verbessern. Die Zuwendungen fielen aufgrund der Teilzeitbeschäftigung während der Elternzeit ebenfalls niedriger aus.

²² Einschlägig war aufgrund der zeitlichen Gegebenheiten des Ausgangsverfahrens § 2 Nr. 6 der Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub, Anhang zur Richtlinie 96/34. Diese wurde durch Richtlinie 2010/18/EU abgelöst. Den Schutz erworbener Rechte regelt § 5 Abs. 2 der Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub, im Anhang zu RL 2010/18/EU. Die Richtlinie 2010/18/EU wird mit Ablauf der Umsetzungsfrist am 2.8.2022 durch RL 2019/1158/EU aufgehoben. Der Erhalt erworbener Rechte ist durch Art. 10 Abs. 1 geschützt.

²³ EuGH v. 8. Mai 2019 – Rs. C-486/18, NZA 2019, 1131 Rn. 71f.; Dies gilt auch für die ebenfalls streitgegenständlichen Zuwendungen für den Wiedereingliederungsurlaub.

²⁴ EuGH v. 17.5.1990 – C 262/88, NZA 1990, 775, Rn. 13 – Barber; EuGH v. 19.9.2018 – Rs. C 312/17, NZA 2018, 1268, Rn. 33 – Bedi.

²⁵ EuGH v. 17. Mai 1990 – C 262/88, NZA 1990, 775, Rn. 13 – Barber; EuGH v. 19.9.2018 – Rs. C 312/17, NZA 2018, 1268, Rn. 33 – Bedi.

Der Gerichtshof bejaht die Vergleichbarkeit von Vollzeitbeschäftigten und solchen, die einen Elternurlaub auf Teilzeitbasis in Anspruch nehmen.²⁶ Entscheidend sei, dass die einseitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses in beiden Fällen den fortbestehenden Vollzeitarbeitsvertrag betreffe. Eine mittelbare Diskriminierung läge vor, da in Frankreich 96 % der Beschäftigten, die Teilzeit in Elternzeit arbeiten, Frauen sind. Ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung ist für den EuGH nicht erkennbar.²⁷

Das Urteil in Sachen *Praxair MRC* reiht sich nahtlos in die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Entschädigungen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein. Neu ist, dass ausdrücklich ein Anspruch aus Art. 157 AEUV von Beschäftigten bejaht wird, die Teilzeit in Elternzeit arbeiten und bei der Berechnung von Entlassungsentschädigungen diskriminiert wurden.

Auswirkungen auf das deutsche Recht

Die Entscheidung ist in erster Linie im Zusammenhang mit der Ausgestaltung und Durchsetzung von Sozialplanabfindungen von großer praktischer Bedeutung. Sie ist außerdem in Bezug auf die Berechnung von Abfindungen nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) relevant.

Bei der Ausgestaltung von Sozialplänen ist zu gewährleisten, dass bei der Berechnung der Abfindung eine Reduzierung der Arbeitszeit während der Elternzeit und eine damit verbundene Reduzierung des Entgelts unberücksichtigt bleibt. Maßgeblich muss das Entgelt sein, das die Beschäftigten ohne die elternzeitbedingte Reduzierung ihrer Arbeitszeit zu dem laut Sozialplan für die Abfindungsberechnung maßgeblichen Zeitpunkt bzw. in dem für die Berechnung maßgeblichen Zeitraum erzielt hätten. Dies gilt meines Erachtens auch dann, wenn die Beschäftigten vor Beginn der Elternzeit nicht in Vollzeit tätig waren. Diese Fallkonstellation war jedoch bisher nicht Gegenstand der Rechtsprechung.

Fehlt es in einem Sozialplan an ausdrücklichen Regelungen zur Berechnung des Abfindungsanspruchs für Beschäftigte in Elternzeit, können die Beschäftigten einerseits den Weg gehen, den ihnen der 1. Senat zuletzt mit Beschluss vom 15. Mai 2018 vorgezeichnet hat und versuchen einen Anspruch aus dem Sozialplan selbst geltend zu machen.²⁸ Der 1. Senat kam im Wege der Auslegung des Sozialplans zu dem Ergebnis, dass es bei einer Teilzeitbeschäftigung während der Elternzeit auf das Entgelt ankäme, das dem Arbeitnehmer für die seinem Arbeitsverhältnis zu Grunde liegende Vollzeitbeschäftigung zugestanden habe, nicht auf das temporär reduzierte Entgelt während der Elternzeit.

Die Entscheidung in Sachen *Praxair* macht deutlich, dass Beschäftigte ihren Anspruch auch auf Art. 157 AEUV stützen können. Da dieser Anspruch an besondere Voraussetzungen gebunden ist, namentlich an das Vorliegen einer Diskriminierung wegen des Geschlechts, spricht viel dafür, dass es sich um einen anderen Streitgegenstand handelt, der eines darauf abgestimmten Sachvortrags bedarf. Es sind Indizien darzulegen und zu beweisen, die für eine

²⁶ EuGH v. 8.5.2019 – Rs. C-486/18, NZA 2019, 1131, Rn. 77; die Vergleichbarkeit hatte der EuGH auch in der Rechtssache *Meerts* bejaht, dort allerdings im Kontext mit § 2 Nrn. 6 und 7 der Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub, vgl. EuGH v. 22.10.2009 – Rs. C-116/08, NJW 2010, 1582, Rn. 52 ff.

²⁷ EuGH v. 8.5.2019 – Rs. C-486/18, NZA 2019, 1131, Rn. 82.

²⁸ BAG v. 15.5.2018 – 1 AZR 20/17, NZA 2018, 1198.

Benachteiligung wegen des Geschlechts sprechen. Dies kann z.B. dadurch geschehen, dass mit Hilfe von Statistiken dargelegt wird, dass der Anteil der Frauen, die Teilzeit in Elternzeit arbeiten, deutlich höher ist als der Anteil der Männer.²⁹

In der Praxis finden sich häufig Sozialpläne, die für Beschäftigte in Elternzeit auf die Höhe des letzten Entgelts vor Beginn der Elternzeit abstellen. Wurde das Entgelt zwischenzeitlich kollektiv erhöht – was bei einer längeren Elternzeit oft der Fall sein dürfte – bleiben die Entgelterhöhungen für Beschäftigte in Elternzeit demnach außer Betracht. Auch eine solche Regelung geht meines Erachtens mit einer sachlich nicht gerechtfertigten Benachteiligung der Beschäftigten in Elternzeit einher.³⁰

Dasselbe gilt, wenn der Sozialplan explizit vorsieht, dass für Teilzeitbeschäftigte in Elternzeit lediglich eine reduzierte Abfindung auf Basis des Teilzeitgehalts zu zahlen ist.³¹ Kann der Arbeitgeber den Begünstigten die gewährten Leistungen nicht mehr entziehen, ist die zur Beseitigung der Diskriminierung erforderliche „Anpassung nach oben“ selbst dann gerechtfertigt, wenn sie zu erheblichen finanziellen Belastungen des Arbeitgebers führt.³²

Es spricht viel dafür, dass auch solche Beschäftigte einen Anspruch aus Art. 157 AEUV geltend machen können, die von der Möglichkeit einer zeitlich begrenzten Verringerung der Arbeitszeit gem. § 9a TzBfG, der sog. „Brückenteilzeit“ Gebrauch machen. Auch hier darf die Abfindung nicht auf Basis des temporär reduzierten Entgelts berechnet werden, wenn darin eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts liegt.

Die Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache *Praxair* ist nicht nur im Hinblick auf Sozialplanabfindungen relevant, sondern auch dann, wenn eine Abfindung ausnahmsweise gesetzliche Rechtsfolge ist. § 10 Abs. 3 KSchG ist in diesen Fällen unionsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass der Begriff „Monatsverdienst“ sich bei einer Teilzeitbeschäftigung während der Elternzeit auf das nicht reduzierte Gehalt bezieht.³³ Über § 10 Abs. 3 KSchG hinaus wird man dies auch bei Vergleichsverhandlungen im Blick behalten müssen.

3. „Karfreitag für alle“ EuGH v. 22.1.2019 – Rs. C-193/17 – Cresco Investigations

Mit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Cresco Investigations*³⁴ aus dem Jahr 2019 verlasse ich den Anwendungsbereich von Art. 157 AEUV, bleibe aber bei der unmittelbaren

²⁹ Im Jahr 2020 betrug die Teilzeitquote der Frauen mit minderjährigen Kindern ca. 66 %, die der Männer mit minderjährigen Kindern ca. 6 %, siehe <https://de.statista.com/infografik/20957/anteil-der-in-teilzeit-arbeitenden-muetter-und-vaeter-in-deutschland>.

³⁰ Auch der 1. Senat stellt auf das fiktive Entgelt zum maßgeblichen Berechnungszeitpunkt ab, BAG v. 15.5.2018 - 1 AZR 20/17, NZA 2018, 1198, Rn. 15.

³¹ Der Anspruch kann auch darauf gestützt werden, dass die Regelung gem. § 15 Abs. 2 S. 6 BEEB unwirksam ist. Vgl. dazu *Schneider* in Brose/Weth/Volk (Hrsg), Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, 9. Auf. 2020, § 15 BEEG Rn. 30.

³² BAG v. 16.7.2019 – 1 AZR 842/16, NZA NZA 2019, 1432, 1434 Rn. 21.

³³ Hierzu *Wietfeld* EuZA 2020, 246, 254; *Baas*, AuA 2019, 436; zuvor nur kurz angedeutet von *Fabritius*, BB 2011, 192; *Merkes*, ZESAR 2010, 134, 136

³⁴ EuGH, 22.1.2019 – C-193/17, NZA 2019, 297 – Cresco Investigation; umfassend zu den Implikationen der Entscheidung für Feiertage in Deutschland *Hentzschel*, EuZA 2019, 482.

Anwendbarkeit primärrechtlicher Diskriminierungsverbote im Verhältnis zwischen Privatpersonen, in diesem Fall von Art. 21 GRCh. Art. 21 GRCh verbietet Diskriminierungen aufgrund diverser Merkmale, unter anderem wegen des Alters, einer Behinderung oder der Religion.

Der Sachverhalt

Der Entscheidung lag ein Fall aus Österreich zu Grunde: Nach österreichischem Gesetz war der Karfreitag nur für solche Beschäftigten ein bezahlter Feiertag, die bestimmten christlichen Kirchen angehörten. Voraussetzung für die Gewährung des bezahlten Feiertags war, dass die Beschäftigten vorher einen Antrag beim Arbeitgeber stellten. Wenn diese Beschäftigten am Karfreitag arbeiteten, hatten sie Anspruch auf ein erhöhtes Feiertagsentgelt. Ein Mitarbeiter einer Privatdetektei, der am Karfreitag arbeitete, machte das erhöhte Feiertagsentgelt geltend, obwohl er keiner der im Gesetz genannten christlichen Kirchen angehörte. Der oberste Gerichtshof legte die Sache dem EuGH vor.

Das Urteil des Gerichtshofs

Der Gerichtshof stellt fest, dass die Regelung alle Arbeitnehmer, die nicht den im Gesetz genannten Kirchen angehören, unmittelbar wegen ihrer Religion diskriminiert.³⁵ Er bejaht daher einen Verstoß der österreichischen Regelung gegen die GleichbehandlungsrahmenRL 2000/78/EG.

Hervorzuheben sind die Rechtsfolgen, die der Gerichtshof aus dem Verstoß ableitet. Er weist zunächst darauf hin, dass eine Richtlinie nach ständiger Rechtsprechung nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründe, Beschäftigte also gegenüber ihrem Arbeitgeber aus einem Richtlinienverstoß keine unmittelbaren Rechte ableiten könnten. In Abweichung vom Schlussantrag des Generalanwalts³⁶ stellt der EuGH sodann fest, dass das in Art. 21 GRCh niedergelegte Verbot jeder Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts zwingenden Charakter habe und Horizontalwirkung entfalte. Die Beschäftigten könnten sich gegenüber ihrem Arbeitgeber direkt auf die Norm berufen.³⁷

Demnach haben im konkreten Fall alle Beschäftigten ungeachtet ihrer Religionszugehörigkeit aus Art. 21 GRCh ein Recht auf eine bezahlte Freistellung an Karfreitag, wenn sie zuvor – wie im österreichischen Gesetz vorgesehen – mit dem Anliegen an ihren Arbeitgeber herangetreten sind.³⁸ Werden sie an diesem Tag dennoch beschäftigt, ist ihnen ein Feiertagsentgelt zu zahlen.

³⁵ EuGH, 22.1.2019 – Rs. C-193/17, NZA 2019, 297, Rn. 52 – Cresco Investigation; Der EuGH bezieht sämtliche Beschäftigten in seine Vergleichsbetrachtung ein – unabhängig von der Religionszugehörigkeit. Er stellt maßgeblich darauf ab, dass die Beschäftigten, denen der Feiertag gewährt wird, an diesem Tag nicht eine bestimmte religiöse Pflicht erfüllen, sondern nur formal einer bestimmten Kirchen angehören müssen. Es stünde ihnen frei, die auf diesen Feiertag entfallende Zeit nach ihrem Belieben, zB zu Erholungs- oder Freizeitzwecken, zu nutzen. Ihre Situation unterscheide sich in dieser Hinsicht nicht von derjenigen anderer Beschäftigter, die an einem Karfreitag gerne Zeit zur Erholung oder für Freizeitbeschäftigungen hätten.

³⁶ Schlussanträge des *GA Bobek* v. 25.7.2018 – Rs. C-193/17, ECLI:EU:C:2018:614 Rn 138 – Cresco Investigation.

³⁷ EuGH, 22.1.2019 – Rs. C-193/17, NZA 2019, 297, Rn. 77 – Cresco Investigation.

³⁸ EuGH, 22.1.2019 – Rs. C-193/17, NZA 2019, 297, Rn. 85 – Cresco Investigation.

Das Urteil im Kontext der bisherigen Rechtsprechung

Mit seinem Urteil in der Rechtssache *Cresco Investigations* führt der Gerichtshof seine Rechtsprechung zur unmittelbaren Horizontalwirkung von Art. 21 GRCh weiter und hebt sie auf die nächste Stufe: Der Gerichtshof bejaht erstmalig einen Anspruch der Beschäftigten aus Art. 21 GRCh gegen ihren Arbeitgeber auf Zulagen, die ihnen aufgrund einer in unzulässiger Weise diskriminierenden gesetzlichen Regelung verwehrt wurden.

Ihren Ausgangspunkt hat diese Entwicklung in der Rechtssache *Mangold*³⁹. Sie fand ihre Fortsetzung in den Rechtssachen *Kücükdeveci*⁴⁰, *Dansk Industrie*⁴¹, *Egenberger*⁴² und *IR*⁴³. In diesen Entscheidungen hat der Gerichtshof für den Fall des Konflikts zwischen einer die Grundrechte konkretisierenden Richtlinie und nationalem Recht folgende Rechtsgrundsätze entwickelt⁴⁴:

- Richtliniennormen entfalten keine unmittelbare Wirkung zwischen Privaten. Eine Privatperson kann sich gegenüber anderen Privaten, also im Horizontalverhältnis, nicht auf die Richtlinie als solche berufen, da Art. 288 Abs. 3 AEUV (nur) die Mitgliedstaaten zur Umsetzung verpflichtet.
- Die Gerichte als Teil des umsetzungsverpflichteten Mitgliedsstaates sind zu einer richtlinienkonformen Auslegung verpflichtet. Die Pflicht zu unionsrechts- bzw. richtlinienkonformer Auslegung nationalen Rechts besteht bis zur contra legem-Grenze.
- Ist die nationale Vorschrift ihrem Wortlaut nach so eindeutig, dass sie einer richtlinienkonformen Auslegung nicht zugänglich ist, muss sie unangewendet bleiben. Art. 21 GRCh verleiht dem Einzelnen ein unmittelbar anwendbares subjektives Recht und verpflichtet die nationalen Gerichte auch in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten, von der Anwendung entgegenstehender nationaler Vorschriften abzusehen. Mit den Entscheidungen in den Rechtssachen *Egenberger*⁴⁵ und *IR*⁴⁶ wurde klargestellt, dass dies nicht nur für Diskriminierungen wegen des Alters gilt, sondern ebenso für die Religion. Es spricht viel dafür, dass dasselbe auch im Falle der Diskriminierung wegen der weiteren in Art. 21 GRCh genannten Merkmale gilt.⁴⁷

Auf der Basis dieser Grundsätze gelang es dem Gerichtshof, Diskriminierungen im Sinne der GleichbehandlungsrahmenRL 2000/78/EG zu unterbinden, ohne sich in Widerspruch zu seiner gefestigten Rechtsprechung zu begeben, nach der Richtlinien im Horizontalverhältnis keine unmittelbare Wirkung entfalten.

In den bisherigen Verfahren hatte sich der Gerichtshof aufgrund anderer Ausgangslagen nicht dazu geäußert, ob Art. 21 GRCh als Grundlage für konkrete Ansprüche der Beschäftigten in

³⁹ EuGH v. 22.11.2005 – Rs. C-144/04, NZA 2005, 1345 ff. – *Mangold*.

⁴⁰ EuGH v. 19.1.2010 – Rs. C-555/07, NZA 2010, 85 ff. – *Kücükdeveci*.

⁴¹ EuGH v. 19.4.2016 – Rs. C-441/14, NZA 2016, 537 – *Dansk Industri*.

⁴² EuGH v. 17.4.2018 – Rs. C-414/16, NZA 2018, 569 ff. – *Egenberger*.

⁴³ EuGH 11.9.2018 – R. C-68/17, NZA 2018, 1187 – *IR*.

⁴⁴ Hierzu *Kainer* NZA 2018, 894.

⁴⁵ EuGH v. 17.4.2018 – Rs. C-414/16, NZA 2018, 569 ff. – *Egenberger*.

⁴⁶ EuGH v. 11.9.2018 – Rs. C-68/17, NZA 2018, 1187ff. – *IR*.

⁴⁷ In diese Richtung aus *Kainer*, NZA 2018, 894, 898.

Betracht kommt, die diese in einem privaten Arbeitsverhältnis geltend machen können.⁴⁸ Die bisherigen Verfahren betrafen gesetzliche Regelungen, die es privaten Arbeitgebern unter bestimmten Voraussetzungen erlaubten, zu Ungunsten von Beschäftigten von bestimmten allgemeinen Regelungen abzuweichen. Die Diskriminierung konnte jeweils durch die Nichtanwendung der benachteiligenden Normen beseitigt werden.

Mit der Entscheidung in Sachen *Cresco Investigations* erkennt der EuGH erstmalig einen Anspruch auf Gewährung einer Leistung im Verhältnis von Privaten aus Art. 21 GRCh an. Der Gerichtshof weist erneut darauf hin, dass nach seiner ständigen Rechtsprechung die Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes nur dadurch sichergestellt werden kann, dass den Angehörigen der benachteiligten Gruppe dieselben Vorteile gewährt würden wie den Angehörigen der begünstigten Gruppe, also in der Regel eine Anpassung nach oben erfolgt.⁴⁹

Zu beachten ist, dass das Gebot zur „Anpassung nach oben“ nur solange gilt, wie der nationale Gesetzgeber keine anderen Maßnahmen zur Wiederherstellung der Gleichbehandlung erlassen hat.⁵⁰ Der Gesetzgeber kann sich also auch für eine „Anpassung nach unten“ entscheiden. So hat es der österreichische Gesetzgeber gehandhabt: Die bisherige gesetzliche Regelung zum Karfreitag wurde aufgehoben. Stattdessen erhielten alle Beschäftigten ungeachtet ihrer Religion Anspruch auf die einseitige Festlegung eines Urlaubstages, den ihnen der Arbeitgeber nicht verwehren darf. Dabei kann es sich um jeden beliebigen Tag handeln unabhängig davon, ob dieser Tag ein religiöser Feiertag ist. Der einseitig festlegbare Urlaubstag ist Teil des normalen Urlaubskontingents und kein zusätzlicher freier Tag.⁵¹

Nicht geklärt ist meines Erachtens die Frage, ob Art. 21 GRCh genau wie Art. 157 AEUV auch Ansprüche zwischen Privaten begründet, wenn Tarifverträge sowie Verträge zwischen Privatpersonen diskriminierende Regelungen enthalten. In der Rechtssache *Praxair* war Gegenstand der Prüfung kein privates Verhalten, sondern die mitgliedstaatliche Normsetzung und damit ein hoheitliches Handeln. Art. 21 GRCh entfaltete in diesem Fall somit nur reflexartige Wirkung in der privaten Rechtsbeziehung, indem die nationale Norm im Sinne einer „Anpassung nach oben“ auch auf Sachverhalte anzuwenden war, die nach dem Willen des Gesetzgebers nicht erfasst sein sollten.⁵² Gleichzeitig bekräftigte der Gerichtshof allerdings den bereits in der Rechtssache *Egenberger* formulierten Grundsatz, dass Art. 21 GRCh sich „in seiner Bindungswirkung grundsätzlich nicht von den verschiedenen Bestimmungen der Gründungsverträge unterscheidet, die verschiedene Formen der Diskriminierung auch dann verbieten, wenn sie aus Verträgen zwischen Privatpersonen resultieren“.⁵³ Dies spricht dafür, dass Beschäftigte auch dann Ansprüche aus Art. 21 GRCh geltend machen können, wenn die diskriminierende Regel nicht in einem Gesetz, sondern etwa in einem Tarif- oder Einzelvertrag enthalten ist.⁵⁴ Dieser Anspruch träte dann neben den Anspruch aus §§ 1, 7 AGG.

⁴⁸ *Klocke*, BB 2019, 1204, 1207.

⁴⁹ EuGH, 22.1.2019 – Rs. C-193/17, NZA 2019, 297, Rn. 79.

⁵⁰ EuGH, 22.1.2019 – Rs. C-193/17, NZA 2019, 297, Rn. 87.

⁵¹ Gegen diese Regelung gerichtete Klagen mehrerer Kirchen vor dem österreichischen Verfassungsgerichtshof waren erfolglos, Verfassungsgerichtshof v. 10.3.2020 - G 228-233/2019-12.

⁵² *Fornasier*, GPR 2019, 141, 148.

⁵³ EuGH, 22.1.2019 – Rs. C-193/17, NZA 2019, 297, Rn. 77 – *Cresco Investigations*; EuGH v. 17.4.2018 – Rs. C-414/16, NZA 2018, 569, Rn. 77 – *Egenberger*.

⁵⁴ Kritisch dazu Mohr in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 21 GRCh Rn. 1.

Einer Bestätigung bedarf auch noch die These, dass Art. 21 GRCh nur in Bezug auf jene Diskriminierungsmerkmale unmittelbar angewendet werden kann, die durch eine konkretisierende Richtlinie ausgeformt werden.⁵⁵ An einer solchen Ausformung durch eine Richtlinie fehlt es z.B. für die Diskriminierungsmerkmale Sprache, Geburt und Vermögen, die auch nicht Gegenstand des AGG sind.

Unabhängig von der Beantwortung dieser Fragen ist zu begrüßen, dass der Gerichtshof auch weiterhin die Aufforderung von Generalanwalt Bot im Fall *Kücükdeveci* konsequent beherzigt, sich nicht mit dem Verweis auf Staatshaftungsansprüche aufgrund unterbliebener Richtlinienumsetzung zu begnügen und stattdessen „zur Bekämpfung der gemeinschaftsrechtswidrigen Diskriminierungen einem ehrgeizigeren Ansatz zu folgen“.⁵⁶ Mit seiner Rechtsprechung stärkt der EuGH den Schutz vor Diskriminierung und sichert die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts. Die Mitgliedstaaten sind gezwungen, die Antidiskriminierungsrichtlinien konsequent umzusetzen, wenn sie nicht die Gestaltungshoheit verlieren wollen.⁵⁷ Sofern sie säumig bleiben, müssen die Beschäftigten nicht auf ein gesetzgeberisches Tätigwerden warten, sondern können ihr Recht auf diskriminierungsfreie Gewährung von Leistungen aus Art. 21 GRCh direkt gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen.

4. Religiöse Kleidung und Zeichen am Arbeitsplatz, EuGH v. 15.07.2021 – Rs. C-804/18, C-341/19 – WABE und MH Müller

Eine Diskriminierung wegen der Religion ist auch Gegenstand der Entscheidung des EuGH in den verbundenen Rechtssachen *WABE/MH Müller Handels GmbH* aus dem Jahr 2021.⁵⁸ Die Entscheidung hat die Frage zum Gegenstand, ob und unter welchen Voraussetzungen Arbeitgeber das Tragen religiöser Symbole am Arbeitsplatz verbieten können. Sie genoss große mediale Aufmerksamkeit und erzeugte Schlagzeilen wie „Kommerz schlägt Gott“.⁵⁹ Damit hätten vorhergehende Entscheidungen des EuGH zu dieser Thematik durchaus treffend zusammengefasst werden können, nicht jedoch das aktuelle Urteil.⁶⁰ Es setzt im Vergleich zu bisherigen Entscheidungen des EuGH neue Akzente und formuliert strengere Voraussetzungen, unter denen religiöse Kleidung und Zeichen am Arbeitsplatz verboten werden können.⁶¹

Der Sachverhalt

Im Ausgangsverfahren in der Rechtssache *WABE* hatte die Arbeitgeberin – Betreiberin einer Kindertagesstätte - das Tragen jeglicher sichtbarer politischer, weltanschaulicher oder religiöser Zeichen verboten. In der Rechtssache *MH Müller* untersagte eine Drogeriemarktkette den Beschäftigten am Arbeitsplatz politische, weltanschauliche oder religiöse Zeichen zu

⁵⁵ *Kainer*, NZA 2018, 894, 898; dazu auch *Klocke*, BB 2019, 1204, 1209.

⁵⁶ *Heuschmid* AuR 2018, 265; Die Rechtsprechung des EuGH hingegen als methodisch verfehlt ablehnend *Wank*, Die unmittelbare Wirkung von Unionsrecht unter Privaten im Arbeitsrecht, RdA 2020, 1, 5.

⁵⁷ Diese Feststellung *Preis/Temming*, NZA 2010, 185, 190, die mit Blick auf die Entscheidung in der Rechtssache *Mangold* (EuGH v. 22.11.2005 – Rs. C-144/04, NZA 2005, 1345 ff.), hat an Aktualität nichts verloren.

⁵⁸ EuGH v. 15.7.2021 – C-804/18, C-804/18, NZA 2021, 1085 – *WABE/Müller*; siehe dazu *Seeland*, AuR 2022, 75; *Krieger*, ArbRAktuell 2021, 469; *Sura*, EWiR 2021, 695.

⁵⁹ *Janisch*, Süddeutsche Zeitung vom 15. Juli 2021.

⁶⁰ So auch *Jungbauer*, NZA-RR 2021, 645, 647.

⁶¹ *Walter/Tremml*, NZA 2021, 1453.

tragen, wobei das Verbot in diesem Fall auf auffällige und großflächige Zeichen beschränkt war. In beiden Fällen wehrten sich Beschäftigte, die aufgrund ihres islamischen Glaubens weiterhin bei der Arbeit ein Kopftuch tragen wollten, gegen diese Verbote bzw. die zu deren Durchsetzung ergriffenen Sanktionen. In der Rechtssache WABE erging ein Vorlagebeschluss durch das Arbeitsgericht Hamburg, in der Rechtssache Müller nach dem Obsiegen der Klägerin vor dem *ArbG Nürnberg*⁶² und dem *LAG Nürnberg*⁶³ durch den 10. Senat.⁶⁴

Die vorhergehenden Urteile des Gerichtshofs

Das Verbot von religiösen Zeichen am Arbeitsplatz hatte den Gerichtshof schon 2017 intensiv beschäftigt. In den Rechtssachen *Achbita* (auch als *G4S Secure Solutions* bezeichnet)⁶⁵ und *Bougnaoui*⁶⁶ hatte der EuGH entschieden, dass ein Arbeitgeber das Tragen von Kopftüchern und anderen religiösen Zeichen gestützt auf ein Neutralitätsinteresse verbieten darf.⁶⁷ Eine mittelbare Diskriminierung sei zwar vorstellbar, liege aber nicht vor, wenn der Arbeitgeber den berechtigten Wunsch hege, seinen Kunden den Eindruck von Neutralität zu vermitteln und sein Mittel eine unterschiedslos anzuwendende Regelung sei, die angemessen und erforderlich ist. Einen konkreten Grund für seine Neutralitätspolitik musste der Arbeitgeber nicht darlegen.⁶⁸ Das Verbot musste lediglich auf einer allgemeinen Regel beruhen. Bei Einzelfallmaßnahmen, die auf keinen allgemeinen Neutralitätsvorgaben beruhten, legte der EuGH einen strengeren Maßstab an. Beschwerden einzelner Kunden, aufgrund derer Einzelfallmaßnahmen ergriffen wurden, reichten als Rechtfertigung für eine Diskriminierung nicht.⁶⁹

Diese Entscheidungen erzeugten ein Spannungsverhältnis zwischen der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts auf der einen sowie des EuGH auf der anderen Seite. Dieses resultierte unter anderem daraus, dass der EuGH das Thema nahezu ausschließlich aus Sicht der Diskriminierungsverbote betrachtete. Die Freiheitsrechte der Beschäftigten, namentlich Art. 9 EMRK und den korrespondierenden Art. 10 GRC fanden zwar Erwähnung, der EuGH stellte jedoch keine praktische Konkordanz zwischen den Grundrechtspositionen her. Damit unterschied sich die Rechtsprechung grundlegend von der des Bundesarbeitsgerichts und Bundesverfassungsgericht, die Religionsfreiheit der Beschäftigten in den Mittelpunkt ihrer Betrachtung stellen deutlich höhere Anforderungen an die Rechtfertigung einer betrieblichen Neutralitätspolitik formulieren. Der reine Wille des Arbeitgebers genügt demnach nicht.⁷⁰ Die Ausübung der Religionsfreiheit müsse nur dann hinter der Unternehmerfreiheit als Grundrecht zurückstehen, wenn die Gefahr betrieblicher Störungen oder wirtschaftlicher Einbußen konkret dargelegt würde.⁷¹ Rein abstrakte Gefährdungen genügen nicht.

Aus den Entscheidungen des Gerichtshofs aus dem Jahr 2017 leiteten einige Unternehmen die Möglichkeit zur Implementierung einer Neutralitätspolitik ohne Beachtung der strengen

⁶² ArbG Nürnberg v. 28.3.2017 – 8 Ca 6967/14, JURIS.

⁶³ LAG Nürnberg v. 27.3.2018 – 7 Sa 304/17, NZA-RR 2018, 356, dazu *Sendelbeck*, ArbRAktuell 2018, 260.

⁶⁴ BAG v. 30.1.2019 – 10 AZR 299/18 (A), NZA 2019, 693.

⁶⁵ EuGH v. 14.3.2017 – Rs. C-157/15, NZA 2017, 373 ff. – *Achbita*.

⁶⁶ EuGH v. 14.3.2017 – Rs. C-188/15, NZA 2017, 375 ff. – *Bougnaoui*.

⁶⁷ Dazu ausführlich *Jacobs*, RdA 2018, 263, 265.

⁶⁸ EuGH v. 14.3.2017 – Rs. C-157/15, NZA 2017, 373, 375, Rn. 37 ff. – *Achbita*.

⁶⁹ EuGH v. 14.3.2017 – Rs. C-188/15, NZA 2017, 375, 377 Rn. 34 ff. – *Bougnaoui*.

⁷⁰ Zuletzt BVerfG 18.10.2016 – 1 BvR 354/11, NZA 2016, 1522.

⁷¹ vgl. BVerfG v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10, NJW 2015, 1359, 1364 f., Rn. 112 ff.; BAG v. 27.8.2020 – 8 AZR 62/19, NZA 2021, 189, 194 ff. Rn. 57 ff.

Anforderungen des Bundesarbeitsgerichts und des Bundeiverfassungsgerichts ab. Dieser These wurde mit der Entscheidung in den Rechtssachen *Wabe/Müller* nun eine Absage erteilt.

Das Urteil des Gerichtshofs

Der EuGH stellt in Abweichung von seiner bisherigen Rechtsprechung fest, dass der Neutralitätswunsch des Arbeitgebers allein nicht für eine sachliche Rechtfertigung ausreicht. Vielmehr müsse ein „wirkliches Bedürfnis“ des Arbeitgebers vorliegen, dass er nachzuweisen habe. Ein „wirkliches Bedürfnis“ könne sich auch aus den Rechten und berechtigten Erwartungen der Kunden ergeben. Der Arbeitgeber muss ferner nachweisen, dass er nachteilige Konsequenzen zu tragen hätte, wenn er auf eine Neutralitätspolitik verzichtet. Indem der EuGH für die sachliche Rechtfertigung ein „wirkliches Bedürfnis“ als erforderlich erachtet, nähert er sich der deutschen Rechtsprechung an. Allerdings zieht der EuGH die Grenzen für die Begründung der „nachteiligen Konsequenzen“ weiter, da auch bloße „Erwartungen“ von Kunden relevant bleiben sollen.⁷²

Der EuGH verlangt ferner, dass die Neutralitätsvorgabe konsequent und systematisch befolgt wird. Dazu muss sich die Vorgabe stets auf sichtbare Zeichen politischer, weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen beziehen. Unzulässig ist laut dem EuGH dagegen eine Neutralitätsvorgabe, welche ein Verbot nur auf auffällige bzw. großflächige Zeichen beschränke. Darin liege eine unmittelbare Diskriminierung, die nicht gerechtfertigt werden könne.

Außerdem billigt der EuGH dem Vorschlag des Generalanwalts folgend den Mitgliedstaaten einen Wertungsspielraum bei der Umsetzung des Grundsatzes der Religions- und Gewissensfreiheit zu und gestattet neben der Anwendung des Unionsrechts auch die Anwendung nationalen Verfassungsrechts.⁷³ Die bisherige nationale Rechtsprechung kann daher fortgeführt werden.⁷⁴ Der EuGH hat auf diesem Weg eine Eskalation des Konflikts zwischen Unionsrecht und deutschem Verfassungsrecht verhindert.⁷⁵ Für die Beschäftigten bedeutet dies, dass sie Einschränkungen ihrer Religionsfreiheit nur dann hinnehmen müssen, wenn der Arbeitgeber die konkrete Gefahr betrieblicher Störungen oder wirtschaftlicher Einbußen darlegen kann.

Zu kritisieren ist, dass der Gerichtshof bei einem Verbot aller sichtbaren Zeichen politischer, weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen erneut nur eine mittelbare Diskriminierung annimmt.⁷⁶ Eine unmittelbare Diskriminierung, die nur bei Vorliegen enger Voraussetzungen gerechtfertigt werden kann, bejaht der EuGH nur dann, wenn sich das Verbot lediglich auf bestimmte großflächige Zeichen beschränkt. Eine Diskriminierung „wegen“ der Religion ergibt sich jedoch bereits daraus, dass die unternehmerischen Vorschriften zum Verbot des Tragens

⁷² *Sura*, EuZW 2022, 65, 67.

⁷³ EuGH v. 15.7.2021 – C-804/18 und C-341/19, NZA 2021, 1085, 1087f., Rn. 43 ff., insb. Rn. 82.

⁷⁴ *Sura*, EuZW 2022, 65 charakterisiert die Rechtsprechungsentwicklung als „Fahrt im Kreis“, da man nun wieder dort angekommen sei, wo die Rechtsprechung in Deutschland ihren Ausgangspunkt genommen habe.

⁷⁵ *Schlachter*, ZESAR 2021, 477, 483.

⁷⁶ EuGH v. 15.7.2021 – Rs. C-804/18 und Rs. C-341/19, NZA 2021, 1085, 1087f., Rn. 43ff, insb. Rn. 53; kritisch hierzu *Walter/Tremml*, NZA 2021, 1453, 1454; *Krimphove*, ArbRAktuel 2021, 457, 458; *Sura*, EuZW 2022, 65, 66.

bestimmter Kleidungsstücke und Zeichen ausdrücklich an deren religiösen Charakter anknüpfen.⁷⁷

Es bleibt abzuwarten, ob der EuGH in Zukunft diesbezüglich Kurskorrekturen vornimmt. Anlass dazu gäbe ein Vorabentscheidungsersuchen aus Belgien, welches sehr ausdifferenzierte Fragen nach der Möglichkeit einer unmittelbaren Diskriminierung stellt.⁷⁸ Darüber hinaus wird auch die Frage der Geschlechtsdiskriminierung religiös gebundener Frauen adressiert, zu der sich der EuGH in den bisherigen Entscheidungen nicht geäußert hat.⁷⁹

5. Diskriminierung innerhalb einer Gruppe durch Stichtagsregelung, EuGH v. 26.1.2021 – Rs. C-16/19 – Szpital Kliniczny

In der Rechtssache *Szpital Kliniczny*⁸⁰ hat der Gerichtshof erstmal darüber entschieden, ob eine Diskriminierung wegen einer Behinderung auch dann vorliegen kann, wenn Beschäftigte mit Behinderung im Verhältnis zu anderen behinderten Beschäftigten benachteiligt werden, die Diskriminierung also innerhalb einer Gruppe stattfindet, auf die dasselbe Diskriminierungsmerkmal zutrifft.

Der Sachverhalt

Der Entscheidung in der Rechtssache *Szpital Kliniczny* lag der Fall einer behinderten Beschäftigten zu Grunde, die in einem polnischen Krankenhaus beschäftigt war. Der Krankenhausträger wollte seine Ausgleichszahlungen an den Staatsfonds für die Rehabilitation von Menschen mit Behinderungen reduzieren. Je mehr Menschen mit Behinderung beschäftigt werden, desto geringer sind diese Ausgleichszahlungen. Auf einer Personalversammlung animierte der Direktor daher alle Beschäftigten, die über eine Bescheinigung über die Anerkennung einer Behinderung verfügten, diese einzureichen. Im Gegenzug sollten die Beschäftigten zusätzlich 250 Zloty (ca. 60 Euro) monatlich erhalten. Diese Zulage wurde jedoch nur denjenigen gewährt, die die Bescheinigung nach dem Tag der Personalversammlung einreichten. Die Klägerin hatte dies schon lange zuvor getan. Ihr wurde die Zahlung der Zulage daher versagt. Sie macht daraufhin geltend, diskriminiert worden zu sein.

Das Urteil des Gerichtshofs

Der Gerichtshof bejaht die Möglichkeit einer Diskriminierung im Sinne von Art. 2 GleichbehandlungsrahmenRL 2000/78/EG.⁸¹ Es komme nach dem Wortlaut der Richtlinie auf eine Benachteiligung „wegen“ einer Behinderung an. Nach Auffassung des EuGH könne daraus nicht geschlossen werden, dass das Diskriminierungsverbot auf Ungleichbehandlungen zwischen Menschen mit und ohne Behinderung beschränkt sei. Eine Diskriminierung sei auch

⁷⁷ So auch *Jacobs* RdA 2018, 263, 265; *Schubert* NJW 2017, 2582, 2584; aA *Meyer* EuZA 2020, 206, 214; *Schlachter*, EuZA 2018, 173, 178.

⁷⁸ Vorabentscheidungsersuchen Tribunal du travail francophone de Bruxelles (Belgien) v. 27.07.2020 Rs. C-344/20 – S.C.R.L.

⁷⁹ Dazu *Schlachter*, ZESAR 2021, 477, 478.

⁸⁰ EuGH v. 26.1.2021 – Rs. C-16/19, NZA 2021, 267 ff. – V / *Szpital Kliniczny* im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie (Krankenhaus J. Babiński, selbstständige öffentliche Einrichtung des Gesundheitswesens, Krakau), im Folgenden kurz *Szpital Kliniczny*.

⁸¹ EuGH v. 26.1.2021 – Rs. C-16/19, NZA 2021, 267, 268, Rn. 29 ff. insb. Rn. 36 – *Szpital Kliniczny*.

zwischen verschiedenen Gruppen von Menschen mit Behinderung möglich. In Betracht komme sowohl dabei eine unmittelbare als auch eine mittelbare Diskriminierung.⁸²

Eine unmittelbare Diskriminierung läge vor, wenn die vom Arbeitgeber aufgestellte zeitliche Bedingung ein Kriterium sei, das mit der Behinderung der Arbeitnehmer, denen dieser Zuschlag versagt wurde, untrennbar verbunden ist.⁸³ Dafür scheint nach Auffassung des EuGH zu sprechen, dass die Einreichung der Bescheinigung über die Anerkennung einer Behinderung spezifische Rechte eröffne, die nur Beschäftigten mit Behinderung gewährt werden. Sofern eine unmittelbare Diskriminierung von den nationalen Gerichten bejaht würde, sei diese nicht gerechtfertigt.

Im Kontext mit der Möglichkeit einer mittelbaren Diskriminierung betont der EuGH, dass eine Benachteiligung innerhalb der Gruppe von Beschäftigten mit Behinderung nur dann relevant sei, wenn sie in Abhängigkeit von der Behinderung erfahren werden.⁸⁴ Die Stichtagsregelung könne dann zu einer mittelbaren Diskriminierung führen, wenn z.B. diejenigen Beschäftigten bereits vor dem Stichtag die Bescheinigung über die Anerkennung einer Behinderung vorgelegt haben, deren Behinderung mit einem besonderen Anpassungsbedarf bezüglich des Arbeitsplatzes oder der Arbeitszeit einhergehe. Diese Beschäftigten könnten wegen ihrer Behinderung – anders als die später vom Arbeitgeber Begünstigten – mit der Vorlage der Bescheinigung nicht zuwarten und werden durch diesen Umstand später benachteiligt.⁸⁵

Auswirkungen des Urteils

Zum Teil wird die Auffassung vertreten, es handele sich um eine „spektakuläre Fehlentscheidung“⁸⁶, weil der EuGH Schwierigkeiten gehabt habe, den angemessenen Vergleichsmaßstab zu wählen. Dem vermag ich nicht zu folgen. Dem EuGH ist darin zuzustimmen, dass es auch eine Benachteiligung innerhalb einer Gruppe geben kann, auf die ein bestimmtes Diskriminierungsmerkmal zutrifft, sofern Gruppenmitglieder gegenüber den anderen aufgrund dieses Merkmals benachteiligt werden.⁸⁷

Die Besonderheit des Falles bestand darin, dass die Zulage für behinderte Beschäftigte daran geknüpft wurde, dass diese sich erst nach einem bestimmten Stichtag meldeten. Wer dies schon zuvor getan hatte, erfüllte die Anspruchsvoraussetzungen nicht. Mit hoher Wahrscheinlichkeit werden gerade diejenigen von der Leistung ausgeschlossen, die aufgrund ihrer Behinderung auf Maßnahmen des Arbeitgebers zur Anpassung ihres Arbeitsplatzes angewiesen sind, während Beschäftigte ohne entsprechende Beeinträchtigungen die Leistung erhalten.

Praktisch häufiger dürften andere Regelungen sein, etwa Stichtagsregelungen, die eine Meldung der Behinderung bis zu einem bestimmten Stichtag verlangen – z.B. im Zusammenhang mit Zusatzabfindungen in Sozialplänen. Hier führt die Stichtagsregelung nicht zu einer Benachteiligung wegen der Behinderung, da alle - die barrierefreie Kommunikation

⁸² EuGH v. 26.1.2021 – Rs. C-16/19, NZA 2021, 267, 269, Rn. 41 ff. – Szpital Kliniczny.

⁸³ Dies umfassend in die Rechtsprechung einordnend *Wank*, NZA 2022, 320, 326f.

⁸⁴ EuGH v. 26.1.2021 – Rs. C-16/19, NZA 2021, 267, 270, Rn. 55 ff. – Szpital Kliniczny.

⁸⁵ EuGH v. 26.1.2021 – Rs. C-16/19, NZA 2021, 267, 271, Rn. 57. – Szpital Kliniczny

⁸⁶ *Krimphove*, ArbR Aktuell 2021, 679, 681;

⁸⁷ So auch *Hlava*, AuR 2021, 423 ff.

der Regelungen vorausgesetzt - gleichermaßen die Möglichkeit haben, sich zu melden und eine vorzeitige Meldung unschädlich ist.

Auch eine Differenzierung der Höhe von Zusatzabfindungen nach dem GdB führt nicht zu einer unzulässigen Diskriminierung, da mit dem GdB typischerweise auch die Schwierigkeit steigt, eine Anschlussbeschäftigung zu finden.

Als Zwischenfazit ist festzuhalten: Das Urteil des EuGH steht weder typischen Stichtagsregelungen noch gängigen Differenzierungen zwischen verschiedenen Gruppen von Beschäftigten mit Behinderung entgegen. Die Entscheidung erging im Kontext mit einer untypischen Sonderkonstellation, in der es wahrscheinlich war, dass gerade solche Beschäftigten keine Leistungen erhalten, die einen besonders hohen GdB haben.

Mit Spannung darf erwartet werden, ob die Entscheidung über das Diskriminierungsmerkmal der Behinderung und sogar über die GleichbehandlungsrahmenRL 2000/78 hinaus relevant wird. Anlass zur Klärung dieser Frage könnte das Vorabentscheidungsersuchen des 8. Senats vom 28.10.2021 geben.⁸⁸ Das Vorabentscheidungsersuchen umfasst unter anderem die Frage, ob die Ausführungen des Gerichtshofs in der Rechtssache *Szpital Kliniczny* auch für Art. 157 AEUV und die Richtlinie 2006/54/EG Bedeutung haben.⁸⁹

In dem Verfahren machte eine in Teilzeit beschäftigte Klägerin einen Anspruch auf Überstundenzuschläge bei Überschreitung ihrer individuellen Arbeitszeit geltend, obwohl der geltende Tarifvertrag einen solchen Zuschlag erst bei Überschreiten der Arbeitszeit von Vollzeitbeschäftigten vorsieht.⁹⁰ Die Klägerin meint, dass sie als Teilzeitbeschäftigte durch diese Regelung diskriminiert wird.

Im Kontext mit Teilzeitbeschäftigung liegt die Möglichkeit einer mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts nahe. In Deutschland ist der Anteil der teilzeitbeschäftigten Frauen an der Gesamtbeschäftigung mit knapp 50 % deutlich höher als der Anteil der Männer mit ca. 10 %. Das Unternehmen, in dem die Klägerin tätig ist, zeichnet sich jedoch insgesamt durch einen außerordentlich hohen Anteil von Arbeitnehmerinnen aus: 77% der Beschäftigten sind Frauen. Von den Teilzeitbeschäftigten sind ca. 85 % weiblich. Aber auch in der Gruppe der Vollzeitbeschäftigten überwiegt der Anteil der Frauen mit 68 % erheblich.

Der 6. Senat verneinte in einem ähnlich gelagerten Fall, in dem das äußerst differenziert ausgestaltete Regelungssystem des TVöD-K zu Mehrarbeit und Überstunden für Teil- und Vollzeitbeschäftigte zur Anwendung kam, eine Ungleichbehandlung.⁹¹ Der 8. Senat geht ebenfalls davon aus, dass die Regelung zur Überstundenvergütung nicht zu einer Ungleichbehandlung von Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten führt. Er legt dem EuGH die Frage

⁸⁸ BAG v. 28.10.2021 - 8 AZR 370/20 (A), AuR 2021, 522 (Kurzwidergabe).

⁸⁹ Daneben liegt dem EuGH ein Vorabentscheidungsersuchen des 10. Senats vor, welches die Frage der Ungleichbehandlung von teilzeit- und vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern bei Überstundenzuschlägen zum Gegenstand hat: BAG v. 11.11.2020 –10 AZR 185/20 (A), NZA 2021, 57. Dieses enthält Fragen zur Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit im Anhang der RL 97/81/EG; vgl. dazu *Herms/Degen*, RdA 2021, 311.

⁹⁰ Einen Überblick über die Rechtsprechung des BAG zur Frage der Ungleichbehandlung von teilzeit- und vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern bei Überstundenzuschlägen gibt *Arnold*, FD-ArbR 2021, Ausgabe 46, 443336.

⁹¹ BAG v. 15.10.2021 – 6 AZR 253/19 - NZA 2022, 115.

vor, ob Art. 157 AEUV und die konkretisierende Richtlinienbestimmung so auszulegen sind, dass sie dieses Verständnis decken.⁹²

Für den Fall, dass der EuGH entgegen der Auffassung des 8. Senats eine Ungleichbehandlung bejaht, wird sodann eine bisher nicht beantwortete Grundsatzfrage gestellt: Reicht es für die Feststellung einer Diskriminierung der Frauen aus, dass unter den Teilzeitbeschäftigten erheblich mehr Frauen als Männer sind, oder muss hinzukommen, dass unter den Vollzeitbeschäftigten erheblich mehr Männer sind.

In Anbetracht der Tatsache, dass sowohl die Mehrheit der Teilzeitbeschäftigten als auch die Mehrheit der Vollzeitbeschäftigten im Ausgangsfall Frauen sind, lenkt der 8. Senat sodann den Blick auf die Entscheidung des Gerichtshofs in Sachen *Szpital Kliniczny*. Er will wissen, ob diese Entscheidung auch für Art. 157 AEUV und die Richtlinie 2006/54/EG Bedeutung habe. Konkret wird gefragt, ob bei einer Geschlechterverteilung wie der oben beschriebenen die Ungleichbehandlung von Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigten innerhalb einer Gruppe von Frauen unter den Begriff der Diskriminierung wegen des Geschlechts fällt.

Es bleibt abzuwarten, ob der Gerichtshof die Frage beantwortet, da sie sich nur dann stellt, wenn im ersten Schritt eine Ungleichbehandlung von Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigten bejaht wird. Ich wäre überrascht, wenn die Entscheidung in Sachen *Szpital Kliniczny* mit Blick auf Art. 157 AEUV und die RL2006/54/EG Bedeutung erlangen würde, denn mit der Differenzierungsregelung müsste eine besondere Benachteiligung wegen des Geschlechts im Verhältnis zu anderen Personen desselben Geschlechts einhergehen. Da Frauen in Teilzeit sich hinsichtlich des Geschlechts nicht von Frauen in Vollzeit unterscheiden, ist dies meines Erachtens kaum vorstellbar.

6. Diskriminierung wg. Behinderung – Probezeitkündigung, EuGH v. 10.02.2022 – Rs. C-485/20 – HR Rail

Mit dem noch sehr jungen Urteil in der Rechtssache *HR Rail* aus Februar 2022 liegt eine weitere Entscheidung des Gerichtshofs vor, die eine Diskriminierung wegen Behinderung zum Gegenstand hat. Es befasst sich mit der Frage, ob das Beschäftigungsverhältnis eines Arbeitnehmers mit Behinderung, der seine Funktion aufgrund der Behinderung nicht ausüben kann, während einer Probe- bzw. Wartezeit ohne weiteres beendet werden darf oder ob – und ggf. unter welchen Voraussetzungen – die Weiterbeschäftigung auf einer anderen Stelle ermöglicht werden muss.

Der Sachverhalt

Der Kläger im Ausgangsverfahren war für die Wartung und Instandhaltung von Gleisanlagen bei der belgischen Eisenbahn eingestellt worden. Er befand sich noch in der Probezeit, als ihm ein Herzschrittmacher implantiert und infolgedessen eine Behinderung anerkannt wurde. Aufgrund des Herzschrittmachers konnte der Kläger nicht mehr an den Gleisanlagen arbeiten. Er wurde daraufhin als Lagerist eingesetzt und schließlich entlassen. Das Unternehmen teilte

⁹² BAG v. 28.10.2021 - 8 AZR 370/20 (A), JURIS Rn. 24; Zur (verneinten) Frage der Diskriminierung der Regelung für Zuschläge bei Mehrarbeit gem. § 8 Abs 1 S 1 TVöD-K siehe BAG v. 15.10.2021 - 6 AZR 253/19.

ihm mit, dass für Bedienstete mit einer Behinderung in der Probezeit - anders als für endgültig eingestellte Bedienstete - keine Verwendung an einem anderen Arbeitsplatz vorgesehen sei.

Das Urteil des Gerichtshofs

Der Gerichtshof hat entschieden, dass ein Arbeitnehmer auf einer anderen freien Stelle einzusetzen sei, wenn er aufgrund seiner Behinderung die Funktionen der bisherigen Stelle nicht erfüllen könne. Dies gelte ausdrücklich auch während einer Probezeit. Die Verpflichtung zum Einsatz auf einer anderen freien Stelle folge aus Art. 5 der GleichbehandlungsrahmenRL 2000/78/EG. Art. 5 bestimmt, dass „angemessene Vorkehrungen“ für Menschen mit Behinderung zu treffen sind, um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu gewährleisten.⁹³ Der Begriff der "angemessene Vorkehrungen" ist dem Gerichtshof zu Folge weit auszulegen. Er umfasse die Beseitigung der verschiedenen Barrieren, die die volle und wirksame Teilhabe von Menschen mit Behinderung am Berufsleben erschweren.

Ihre Grenze finde die Verpflichtung des Arbeitgebers zu angemessenen Vorkehrungen dort, wo sie für ihn eine unverhältnismäßige Belastung bedeutet. Ob eine unverhältnismäßige Belastung vorliegt, ist dem Gerichtshof zu Folge anhand verschiedener Kriterien zu prüfen. Dazu zählten insbesondere der finanzielle Aufwand, die Größe und die finanziellen Ressourcen sowie der Gesamtumsatz der Organisation oder des Unternehmens, öffentliche Mittel oder andere Unterstützungsmöglichkeiten. Eine unverhältnismäßige Belastung läge unter anderem dann vor, wenn der Arbeitgeber keine freie Stelle hat und diese zusätzlich schaffen müsste.

Auswirkungen auf das deutsche Recht

In Reaktion auf das Urteil des EuGH war zu lesen, dass die Entscheidung „die deutsche Gesetzssystematik auf den Kopf“ stelle⁹⁴ und das Bundesarbeitsgericht nun seine Rechtsprechung ändern müsse.⁹⁵ Beides trifft aus meiner Sicht nicht zu.

Der 6. Senat des Bundesarbeitsgerichts hat bereits im Jahr 2013 festgestellt, dass außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes, also unter anderem während der Wartezeit, die Kündigung eines behinderten Arbeitnehmers wegen fehlender Einsatzmöglichkeiten nur wirksam sei, wenn der Arbeitgeber das infolge der Behinderung vorliegende Beschäftigungshindernis nicht durch angemessene Vorkehrungen beseitigen könne.⁹⁶ Im konkreten Fall ging es um die Kündigung eines Beschäftigten mit einem GdB von 10 aufgrund einer symptomlosen HIV-Infektion, dessen Arbeitsverhältnis der Arbeitgeber in der Wartezeit beenden wollte.

Zu betonen ist, dass die Pflicht zur Beseitigung von Beschäftigungshindernissen durch angemessene Vorkehrungen weder nach der Rechtsprechung des BAG noch nach der

⁹³ Umfassend zu Art. 5 RL 2000/78/EG Brose, EuZA 2020, 157.

⁹⁴ *Quink-Hamdan*, EuGH: Erhöhtes Kündigungsschutzniveau für schwerbehinderte Menschen?, abrufbar unter <https://kliemt.blog/2022/02/21/eugh-erhoehtes-kuendigungsschutzniveau-fuer-schwerbehinderte-menschen/>.

⁹⁵ *Düwell*, Der Personalrat Heft 4/2022.

⁹⁶ BAG v. 19.12.2013 - 6 AZR 190/12 NZA 2014, 372, 378 Rn. 53: Die Pflicht, angemessene Vorkehrungen zu treffen, folgt aus einer unionsrechtskonformen Auslegung von § 241 Abs. 2 BGB.

Rechtsprechung des EuGH voraussetzt, dass eine Schwerbehinderung vorliegt oder eine Gleichstellung erfolgt ist. Jede Behinderung löst die entsprechende Verpflichtung aus.⁹⁷

Nach der Entscheidung des BAG findet die Verpflichtung zu angemessenen Vorkehrungen ihre Grenze dort, wo sie den Arbeitgeber unzumutbar belasten. Die Prüfungskriterien decken sich im Wesentlichen mit jenen, die der EuGH in seinem Urteil nennt. Wenn der 6. Senat 2013 abschließend festgestellt hat, dass die Grenze für angemessene Vorkehrungen bei einer Kündigung während der Wartezeit dort erreicht werde, wo die Beschäftigung zum „Zuschussgeschäft“ wird, ist nicht erkennbar, dass dies im Widerspruch zu den vom EuGH vorgegebenen Bewertungskriterien der Zumutbarkeit steht, die die nationalen Gerichte bei der Entscheidungsfindung anzuwenden haben. Vor diesem Hintergrund kann nicht davon gesprochen werden, dass die Entscheidung die deutsche Gesetzessystematik auf den Kopf stelle.

Sofern mit Blick auf das Urteil des EuGH eine Änderung der Rechtsprechung für notwendig erachtet wird, geschieht dies auch nicht mit Blick auf die Entscheidung des 6. Senats aus 2013, sondern unter Verweis auf das Urteil des 8. Senats vom 21. April 2016.⁹⁸ In diesem Verfahren stand die Frage im Mittelpunkt, ob eine Beschäftigte mit Behinderung Anspruch auf Entschädigung gem. § 15 Abs. 2 AGG hat, weil vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG kein Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX (vor 2018: § 84 Abs. 1 SGB IX aF.) durchgeführt worden war. Dem 8. Senat zu Folge trifft den Arbeitgeber innerhalb der Wartezeit keine Verpflichtung zur Durchführung des Präventionsverfahrens. Eine solche könne auch nicht aus einer richtlinienkonformen Auslegung abgeleitet werden. Das Präventionsverfahren sei ein Prozess zur Ermittlung von Maßnahmen und als solcher keine „angemessene Vorkehrung“ im Sinne von Art. 5 Satz 1 der RL 2000/78/EG.

Die Frage, ob Art. 5 S. 1 der GleichbehandlungsrahmenRL dahingehend auszulegen ist, dass der Arbeitgeber vor der Kündigung eines Beschäftigten mit Behinderung zunächst ein bestimmtes, durch das nationale Recht geschaffenes Präventionsverfahren durchführen muss, war nicht Gegenstand der Rechtssache *HR Rail* und wird durch die Entscheidung des EuGH daher auch nicht beantwortet. Gegen ein unionsrechtliches Gebot zur Durchführung eines Präventionsverfahrens spricht, dass sich unter den in Art. 5 und Erwägungsgrund 20 der GleichbehandlungsrahmenRL 2000/78/EG genannten angemessenen Vorkehrungen keine Verfahrensregelungen finden.⁹⁹ Stärkere Argumente für eine Verpflichtung zur Durchführung des Präventionsverfahrens während der Wartezeit finden sich im nationalen Recht: Da die Verpflichtung zur Kündigungsprävention nicht mit §§ 1, 23 KSchG verknüpft worden ist, spricht viel dafür, dass die Pflicht auch während der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses gilt.¹⁰⁰

⁹⁷ Der Begriff der Behinderung i.S.d. AGG und im Sinne des Unionsrechts sind nicht vollständig deckungsgleich; zu den Begriffen ausführlich *Kocher* in Schlachter/Heinig, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2. Aufl, 2021, § 5 Rn. 118 ff.).

⁹⁸ BAG v. 21.04.2016 – 8 AZR 402/14, NZA 2016, 1131.

⁹⁹ *Wietfeld*, SAE 2017, 22, 29.

¹⁰⁰ *Kohte* in Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 7. Aufl. 2021, § 167 SGB IX Rn. 9, ErfK/Rolfs § 167 SGB IX, Rn. 1; *Deinert* Anm. zu BAG 28.6.2007 – 6 AZR 750/06, AP BGB § 307 Nr. 27.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der Arbeitgeber während der Wartezeit antidiskriminierungsrechtlichen Kündigungsbeschränkungen unterliegt. Gibt es aufgrund einer Behinderung Beschäftigungshindernisse, ist der Arbeitgeber verpflichtet, angemessene Vorkehrungen zu deren Beseitigung zu treffen. Möchte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis während der Wartezeit aus anderen Gründen beenden, ohne dass er hierzu (unter anderem) durch behinderungsbedingte Beschäftigungshindernisse motiviert wird, ist dies ohne weiteres möglich.

7. Fazit

Der EuGH hat eine wichtige Kurskorrektur seiner Rechtsprechung in Bezug auf Verbote religiöser und weltanschaulicher Zeichen und Kleidungsstücke vorgenommen: Er stellt strengere Anforderungen an die betriebliche Neutralitätspolitik und lässt die Einbeziehung nationalen Rechts zu, sofern es für die Beschäftigten günstiger ist.

Im Übrigen führt der Gerichtshof seine Rechtsprechung zum Antidiskriminierungsrecht konsequent fort. Sie wird auch weiterhin geprägt von dem Willen, dem Antidiskriminierungsrecht zu effektiver Wirksamkeit zu verhelfen. Dies wird durch eine weite Auslegung der primär- und sekundärrechtlichen Normen und die unmittelbare Anwendung bestimmter primärrechtlicher Bestimmungen erreicht.

Die Auswirkungen der Entscheidungen des EuGH zum Antidiskriminierungsrecht auf das nationale Recht lassen sich kaum einheitlich bewerten. Es kann lediglich konstatiert werden, dass die Entscheidungen nicht immer jene drastischen Konsequenzen für das deutsche Recht haben, die ihnen zuweilen plakativ zugeschrieben werden. Von Ausnahmebereichen abgesehen geht die nationale Rechtsprechung vielfach mit der des EuGH Hand in Hand und beide entwickeln sich im Dialog weiter.

Trotz der fortschreitenden Konturierung des Antidiskriminierungsrechts sind noch zahlreiche Einzel- und Grundsatzfragen offen. Im Interesse eines effektiven Schutzes vor Diskriminierungen wäre es sehr zu begrüßen, wenn sich die Beschäftigten nicht stets individuell in Rechtsstreitigkeiten begeben müssten, um diese zu klären und ihre Rechte durchzusetzen.