

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial manufacturing environment. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a metal fixture. Below it, another similar gear is partially visible, resting on a surface. The background is filled with various pieces of industrial machinery, including conveyor belts and structural frames, all slightly out of focus. The overall lighting is bright and even, typical of a factory setting.

**LOSCHELDER**

**Newsletter Arbeitsrecht  
November 2023**

## **Inhalt**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**EuGH: Überstundenzuschläge für Teilzeitbeschäftigte**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Vorsicht vor konkludentem Kündigungsverzicht**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**BAG: Keine Mitbestimmung bei Verbot der privaten Handynutzung am Arbeitsplatz**

## Neues aus der Rechtsprechung

### **EuGH: Überstundenzuschläge für Teilzeitbeschäftigte**

*Machen tarifvertragliche Bestimmungen eine zusätzliche Vergütung von Mehrarbeit davon abhängig, dass eine bestimmte Zahl von Gesamtarbeitsstunden überschritten wird, kann dies eine unzulässige Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten darstellen, wenn für diese dieselbe Stundenzahl maßgeblich ist wie für Vollzeitbeschäftigte. Die Maßstäbe für die Feststellung einer Benachteiligung waren in der Rechtsprechung zuletzt uneinheitlich angelegt worden. Der EuGH (Urteil vom 19. Oktober 2023, Az. C-660/20) fällt nun die lange erwartete Entscheidung über einen Vorlagebeschluss des BAG vom 11. November 2020.*

Der Kläger ist seit 2001 bei dem beklagten Luftfahrtunternehmen als Pilot mit einem Teilzeitanteil von 90% beschäftigt. Tarifvertraglich ist bestimmt, dass die sogenannte „Flugdienstzeit“ ein Teil der mit dem Grundgehalt vergüteten Arbeitszeit ist. Eine über diese hinausgehende Mehrflugdienststundenvergütung wird geleistet, wenn ein Arbeitnehmer eine bestimmte Zahl von Flugdienststunden im Monat (die „Auslösegrenze“) überschreitet. Diese Auslösegrenze hängt nicht davon ab, ob ein Arbeitnehmer in Voll- oder Teilzeit beschäftigt wird.

Der Kläger verlangte Mehrvergütung auf der Grundlage einer entsprechend abgesenkten Auslösegrenze. Er machte geltend, das Heranziehen von identischen Auslösegrenzen für Voll- und Teilzeitbeschäftigte verstoße gegen das Teilzeitdiskriminierungsverbot in § 4 Abs. 1 TzBfG. Insbesondere gebe es keinen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung, da mit der Mehrflugdienststundenvergütung die Tarifvertragsparteien entgegen der Auffassung der Beklagten nicht bezweckt hätten, besondere Arbeitsbelastungen auszugleichen, sondern allein den individuellen Freizeitbereich der Arbeitnehmer haben schützen wollen.

Die Beklagte war der Auffassung, sie schulde die vom Kläger geforderte Zahlung nicht, da es einen sachlichen Grund für die unterschiedliche Behandlung von Teilzeit- und von Vollzeitbeschäftigten gebe. Da die Mehrvergütung eine besondere Arbeitsbelastung ausgleichen solle, werde sie nur dann geschuldet, wenn die Auslösegrenzen überschritten seien.

Das ArbG München hatte der Klage auf die Vergütungsdifferenzen stattgegeben; das LAG München hatte sie in der Berufung abgewiesen. Das BAG hat den EuGH um Vorabentscheidung der folgenden Fragen ersucht:

1. Nach welcher Methodik ist zu prüfen, ob eine nationale Vorschrift Teilzeitbeschäftigte hinsichtlich des Entgelts gegenüber Vollzeitbeschäftigten schlechter im Sinne von 4 Nr. 1 der Teilzeitrichtlinie 97/81/EG behandelt? Ist dabei die Gesamtvergütung oder der einzelne Entgeltbestandteil in den Blick zu nehmen?
2. Kann der Zweck, eine besondere Arbeitsbelastung auszugleichen, die schlechtere Behandlung im Sinne von § 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung und ein Abweichen vom Pro-rata-temporis-Grundsatz nach § 4 Nr. 2 der Teilzeitrichtlinie 97/81/EG rechtfertigen?

Der EuGH hat das Vorabentscheidungsverfahren in seinem nun verkündeten Urteil zugunsten der Auffassung des Klägers entschieden.

Demnach ist – so die Antwort auf die erste Vorlagefrage – in einer Regelung, die die Zahlung einer zusätzlichen Vergütung für Teilzeitbeschäftigte und für vergleichbare Vollzeitbeschäftigte einheitlich daran knüpft, dass dieselbe Zahl Arbeitsstunden bei einer bestimmten Tätigkeit wie dem Flugdienst eines Flugzeugführers überschritten wird, eine „schlechtere“ Behandlung der Teilzeitbeschäftigten im Sinne von § 4 Nr. 1 der Teilzeitrichtlinie 97/81/EG zu sehen.

Der EuGH stützt seine Entscheidung insoweit vor allem darauf, dass ein teilzeitbeschäftigter Flugzeugführer die Mehrvergütung nicht mit der ersten Stunde erhalte, mit der seine individuelle Auslösegrenze überschritten wird, sondern erst dann, wenn er die für vollzeitbeschäftigte Flugzeugführer geltende Auslösegrenze überschreite. Somit müsse der teilzeitbeschäftigte Flugzeugführer, um die Mehrvergütung zu erhalten, dieselbe Zahl Flugdienststunden wie ein vollzeitbeschäftigter Flugzeugführer verrichten, ohne dass diese Schwelle herabgesetzt werde. Unter diesen Bedingungen erreichten Teilzeitbeschäftigte die erforderlichen Auslösegrenzen nur mit deutlich geringerer Wahrscheinlichkeit. Es komme so letztlich zu einer nachteiligen Beeinflussung von Leistung und Gegenleistung.

Mit Blick auf die zweite Frage urteilte der EuGH, die Richtlinie stehe einer Regelung entgegen, die die Zahlung einer zusätzlichen Vergütung für Teilzeitbeschäftigte und für vergleichbare Vollzeitbeschäftigte einheitlich daran knüpft, dass dieselbe Zahl Arbeitsstunden bei einer bestimmten Tätigkeit wie dem Flugdienst eines Flugzeugführers überschritten wird, um eine besondere Arbeitsbelastung bei dieser Tätigkeit auszugleichen.

Nach § 4 Abs. 1 der Teilzeitrichtlinie sei eine Ungleichbehandlung wie die vorliegende zwar durch einen „sachlichen Grund“ zu rechtfertigen. Der Ausgleich einer besonderen Arbeitsbelastung stelle einen solchen allerdings nicht dar. Es bestehe schon Zweifel daran, dass die einheitliche Grenze überhaupt zur Erreichung des Ziels geeignet sei. Sie laufe nämlich darauf hinaus, dass individuelle Auswirkungen, die sich aus der Arbeitsbelastung und den flugspezifischen Zwängen ergeben, grundsätzlich außer Betracht bleiben. Zudem würden die eigentlichen Gründe für die Teilzeitarbeit – z. B. etwaige außerberufliche Belastungen – keine Berücksichtigung finden. Ferner führe die einheitliche Grenze entgegen der eigentlichen Intention des Tarifvertrags möglicherweise dazu, dass eher Teilzeitkräfte als Vollzeitkräfte zu übermäßiger Arbeit herangezogen würden.

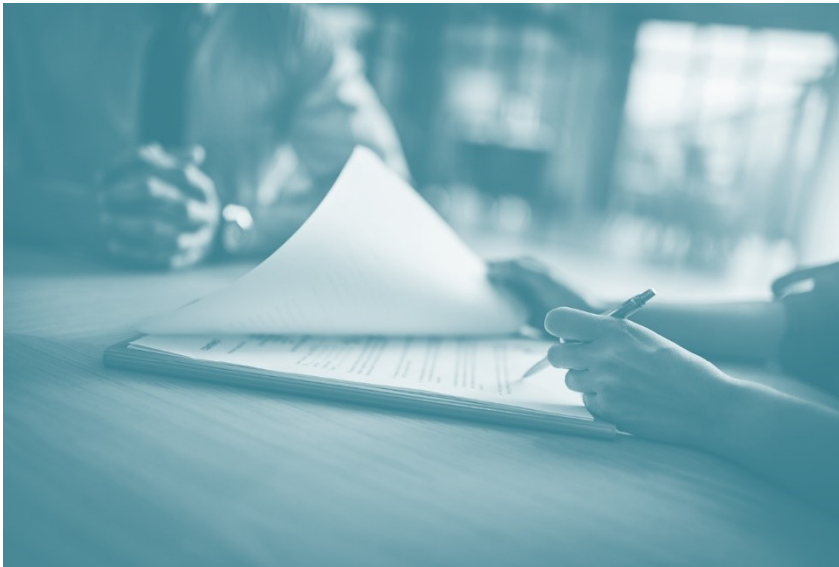
Mit der Entscheidung des EuGH wird die in der Praxis benötigte Klarheit für die Gestaltung tariflicher Mehrarbeitszuschläge geschaffen.

Die Entscheidung ist auf den ersten Blick überraschend. Sie steht im Widerspruch zu den Schlussanträgen des Generalanwalts Emiliou vom 01.12.2022, welcher eine Vereinbarkeit der Regelung mit Unionsrecht gesehen hatte, weil jede geleistete Arbeitsstunde eines Arbeitnehmers gleich hoch vergütet werde, unabhängig davon, ob er in Teilzeit arbeite oder nicht. Zudem beantwortet sie die erste Vorlagefrage – Vergleich von Entgeltbestandteilen oder Gesamtvergütung – streng genommen nicht.

Die bisherige Rechtsprechung des BAG konzentrierte sich vorwiegend auf die Frage der Feststellung einer Ungleichbehandlung, wobei die Methodik hierfür unter den Senaten des Gerichts umstritten war. Teilweise haben diese einen Vergleich der Gesamtvergütung angestellt und eine Ungleichbehandlung gesehen, wenn für die gleiche Zahl von Arbeitsstunden eine ungleiche Vergütung geleistet wurde. In anderen Entscheidungen wurden einzelne Entgeltbestandteile isoliert verglichen.

Der EuGH nimmt in seiner Entscheidung ohne Weiteres an, dass eine Ungleichbehandlung hier darin liegt, dass die Überstundenmehrvergütung für Teilzeitkräfte schwieriger zu erreichen ist.

Mit der nun ergangenen Entscheidung des EuGH ist daher zu erwarten, dass sich der Fokus auf die Frage verlagern wird, wie eine – wie auch immer geartete – Ungleichbehandlung zu rechtfertigen ist. Bei der Gestaltung zukünftiger Regelungswerke ist verstärkt darauf zu achten, dass eine entgeltendifferenzierende Regelung nicht nur einen Zweck (hier: Ausgleich bei übermäßiger Beanspruchung) hat, sondern dass dieser Zweck auch zuverlässig erreicht wird und nicht durch anderweitige Nachteile für Teilzeitbeschäftigte konterkariert wird. Exemplarisch für eine solche nachteilige Nebenwirkung für Teilzeitbeschäftigte ist etwa der – vom EuGH hervorgehobene – Aspekt, dass diese sich unter Geltung der streitgegenständlichen Regelung einer erhöhten Gefahr der übermäßigen Inanspruchnahme ausgesetzt sähen, da ihre Überstunden für den Arbeitgeber tendenziell günstiger seien.



## Neues aus der Rechtsprechung

### Vorsicht vor konkludentem Kündigungsverzicht

*Nach einem Fehlverhalten von Arbeitnehmern stellt sich häufig die Frage, wie der Arbeitgeber darauf reagieren soll. Regelmäßig kommen neben der bloßen Ermahnung die Abmahnung und die ordentliche/außerordentliche Kündigung in Betracht. Nicht selten neigen Arbeitgeber dazu, hier unmittelbar reagieren zu wollen und dem Arbeitnehmer die Konsequenzen sofort vor Augen zu führen. Dabei ist Vorsicht geboten. Abhängig vom Inhalt der Reaktion des Arbeitgebers kann diese einen Verzicht auf den Ausspruch einer später dann womöglich doch ins Auge gefassten Kündigung beinhalten, der – auch außerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes – einer Kündigung endgültig im Wege steht. Über einen solchen Fall hat das Landesarbeitsgericht Hannover entschieden (Urteil vom 27. Juni 2023, Az. 10 Sa 762/22).*

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Kündigung. Der Mitarbeiter war als Domkantor (Leitung der kirchenmusikalischen Arbeit am Dom) bei der evangelischen Kirche angestellt. Sofern verpflichtete sich der Mitarbeiter u.a., an das Bekenntnis und Recht der Kirche gebunden zu sein, in seinem dienstlichen Handeln und in seiner Lebensführung dem Auftrag des Herrn verpflichtet zu sein und dass Evangelium in Wort und Tat zu bezeugen.

Der Mitarbeiter beabsichtigte gemeinsam mit seinem Ehemann seinen persönlichen Kinderwunsch im Wege einer Leihmutterschaft zu erfüllen. Darüber informierte er den Arbeitgeber. Er plante, den Wunsch nach einer solchen Leihmutterschaft in Kolumbien zu verwirklichen. Auch darüber setzte er den Arbeitgeber in Kenntnis. Daraufhin erhielt er ein Schreiben der Personalabteilung der Arbeitgeberin. Dieses Schreiben enthielt den Satz:

*„Das Kollegium hat zwar aus verschiedenen Gründen von einer außerordentlichen Kündigung abgesehen, hält jedoch die Glaubwürdigkeit Ihres Dienstes am Dom trotzdem für schwer beschädigt.“*

Im Nachgang fanden verschiedentliche Gespräche statt, in denen über die folgenden internen Veröffentlichungen des Arbeitgebers zur Thematik gestritten wurde, sowie der Mitarbeiter zu erkennen gab, sich Gedanken dazu zu machen, ob er die beabsichtigte Vorgehensweise bezüglich der Leihmutterschaft weiterhin beibehalten wolle. Letztlich erklärte der Arbeitgeber daraufhin die Kündigung.

Sowohl das Arbeitsgericht als auch das LAG hielten die Kündigungsschutzklage für begründet. Im Ergebnis scheiterte die Kündigung an der gegenüber dem Mitarbeiter abgegebenen Erklärung der Personalabteilung. Diese stände dem Ausspruch einer Kündigung entgegen. Es handele sich um einen Kündigungsverzicht.

Der Fall verdeutlicht die Gefahr, die mit vorschnellen Äußerungen zu Pflichtverletzungen von Arbeitnehmern verbunden sind. Jedenfalls ein ausdrücklicher Kündigungsverzicht durch den Arbeitgeber sowie der Ausspruch einer Abmahnung führen dazu, dass das Kündigungsrecht bezüglich des dem Arbeitgeber zu diesem Zeitpunkt bekannten Sachverhalts verbraucht ist. Ein entsprechender Kündigungsverzicht kann nämlich auch konkludent erklärt werden. Nach Ausspruch einer Abmahnung ist also eine Kündigung nur dann möglich, wenn sich nach Ausspruch der Abmahnung eine weitere, gleichartige Pflichtverletzung ereignet. Umstritten ist zudem, ob sogar eine Ermahnung bereits dazu führen kann, dass das Kündigungsrecht verbraucht ist.

Insgesamt ist daher große Vorsicht bei vorschnellen Reaktionen auf arbeitnehmerseitiges Fehlverhalten geboten. Dies gilt umso mehr, als dass die Kündigungsberechtigung nicht zwingend gleichlaufend ist mit der Abmahnungsberechtigung. Hier kann es also durchaus sein, dass ein Mitarbeiter ausdrücklich oder konkludent dazu berechtigt ist, eine Abmahnung gegenüber anderen Mitarbeitern auszusprechen, ohne gleichzeitig kündigungsberechtigt zu sein. Es ist daher sinnvoll, die internen Abläufe dahingehend festzulegen, dass die Kündigungs- und Abmahnungsberechtigungen nicht zu weit auseinanderlaufen; jedenfalls sollte sichergestellt werden, dass Berechtigte nicht vorschnell von ihrer Abmahnungsbefugnis Gebrauch machen.





### Neues aus der Rechtsprechung

#### **BAG: Keine Mitbestimmung bei Verbot der privaten Handynutzung am Arbeitsplatz**

*Unabhängig davon, ob ein Smartphone zur Erfüllung der Arbeitsleistung erforderlich ist oder nicht, haben die meisten Arbeitnehmer das Smartphone auch während der Arbeitszeit jederzeit griffbereit. Kleinere Unterbrechungen zur Nutzung des Smartphones gehören zur Realität der Arbeitswelt. Selbstverständlich ist das jedoch nicht – der Arbeitgeber kann vielmehr die private Handynutzung untersagen. Bislang war ungeklärt, ob dem Betriebsrat bei einem solchen generellen Verbot der privaten Handynutzung ein Mitbestimmungsrecht zusteht. Das Bundesarbeitsgericht hat nunmehr entschieden, dass dies nicht der Fall ist (Beschluss vom 17. Oktober 2023, Az. 1 ABR 24/22).*

Bei dem in der Entscheidung zugrundeliegenden Fall handelte es sich bei der Arbeitgeberin um einen produzierenden Betrieb im Bereich der Automobilzuliefererindustrie mit ca. 200 Mitarbeitern. Die Arbeitgeberin wies ihre Mitarbeiter per Aushang darauf hin, dass jede Nutzung von Mobiltelefonen während der Arbeitszeit nicht gestattet sei. Dabei drohte sie im Fall von Verstößen mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen. Der vorhandene Betriebsrat berief sich daraufhin auf sein **Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG** und verlangte von der Arbeitgeberin, das ausgesprochene Verbot unverzüglich zurückzunehmen. Da die Arbeitgeberin dem nicht nachkam, leitete der Betriebsrat ein Beschlussverfahren ein.

Die Vorinstanzen wiesen den Antrag des Betriebsrats zurück (siehe [NL Juli 2023](#)). Das Bundesarbeitsgericht hat sich den Entscheidungen der Vorinstanzen angeschlossen und die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats zurückgewiesen. Bislang sind die Urteilsgründe noch nicht veröffentlicht, gleichwohl dürfte sich das Bundesarbeitsgericht im Wesentlichen auf die in Rechtsprechung und Literatur bereits diskutierten Argumente berufen haben:

§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, auf den sich der Betriebsrat hier berief, gewährt ein **Mitbestimmungsrecht in Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer** im Betrieb. Gegenstand des Mitbestimmungsrechts ist damit das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer. Dagegen sind Regelungen und Weisungen, die sich auf das **konkrete Arbeitsverhalten** beziehen, **nicht mitbestimmungspflichtig**. Sollte sich eine Maßnahme sowohl auf das Ordnungs- als auch auf das Arbeitsverhältnis auswirken, kommt es darauf an, welcher objektive Regelungszweck überwiegt. Unter Berücksichtigung dieser Abgrenzung ist das Bundesarbeitsgericht offensichtlich zu dem Ergebnis gelangt, dass ein Verbot der Privatnutzung eines Handys während der Arbeitszeit das konkrete Arbeitsverhalten betrifft, nicht jedoch das Ordnungsverhalten. Das ist überzeugend, da ein Arbeitnehmer, der sein Handy privat nutzt, in dieser Zeit keine Arbeitsleistung erbringt. Die Handynutzung wirkt sich somit konkret auf die Arbeitsleistung aus.



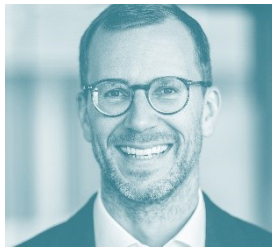
## Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm  
+49 (0) 221 650 65-129  
[detlef.grimm@loschelder.de](mailto:detlef.grimm@loschelder.de)



Dr. Martin Brock  
+49 (0) 221 650 65-233  
[martin.brock@loschelder.de](mailto:martin.brock@loschelder.de)



Dr. Sebastian Pelzer  
+49 (0) 221 650 65-263  
[sebastian.pelzer@loschelder.de](mailto:sebastian.pelzer@loschelder.de)



Arne Gehrke, LL.M.  
+49 (0) 221 650 65-263  
[arne.gehrke@loschelder.de](mailto:arne.gehrke@loschelder.de)



Dr. Stefan Freh  
+49 (0) 221 650 65-129  
[stefan.freh@loschelder.de](mailto:stefan.freh@loschelder.de)



Farzan Daneshian, LL.M.  
+49 (0) 221 65065-263  
[farzan.daneshian@loschelder.de](mailto:farzan.daneshian@loschelder.de)



Dr. Sebastian Krülls, LL.M.  
Telefon: +49 221 65065-129  
[sebastian.kruells@loschelder.de](mailto:sebastian.kruells@loschelder.de)

## Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

[info@loschelder.de](mailto:info@loschelder.de)

[www.loschelder.de](http://www.loschelder.de)