

zugesprochen und es wird festgestellt, dass die R+V-Versicherung ihm alle materiellen Schäden aus seiner Nichteinstellung erstatten muss. Aus dem umfänglich begründeten Urteil interessieren vor allem die Ausführungen zum Rechtsmissbrauch. Hierzu steht in enger Anlehnung an die Rechtsprechung des BAG zu lesen: „Das Entschädigungs- und Schadensersatzverlangen des Kl. ist auch nicht dem Einwand des Rechtsmissbrauchs im Sinne des § 242 BGB ausgesetzt, mit der Folge dass diese geltend gemachten Ansprüche nicht bestehen würden. Rechtsmissbrauch im vorliegenden Zusammenhang durch den Kl. wäre dann anzunehmen, sofern er sich nicht beworben haben sollte um die ausgeschriebene Stelle zu erhalten, sondern es ihm darum gegangen sein sollte, nur den formalen Status als Bewerber im Sinne von § 6 I 2 AGG zu erlangen mit dem ausschließlichen Ziel, Ansprüche auf Entschädigung/- oder Schadensersatz geltend zu machen. Dabei führt nicht jedes rechts- oder pflichtwidrige Verhalten stets oder auch nur regelmäßig zur Unzulässigkeit zur Ausübung der hierdurch erlangten Rechtstellung. (...) Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen, die den rechtshindernden Einwand des Rechtsmissbrauchs begründen, trägt nach den allgemeinen Regeln der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast derjenige, der diesen Einwand geltend macht.“ Das LAG kommt dann auf einige von der Bekl. vorgebrachte Punkte zu sprechen, hält sie jedoch allesamt nicht für aussagekräftig. So ließen sich dem Bewerbungsschreiben des Kl. allein keine hinreichenden objektiven Umstände entnehmen, die den Schluss auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Kl. erlauben würden. Auch die Absage des Bewerbungsgesprächs, zu dem der Kl. eingeladen war, enthalte keine verwertbaren Anknüpfungspunkte. Die Vielzahl erfolgloser Bewerbungen und die Tatsache, dass in der Vergangenheit mehrere Entschädigungsprozesse geführt worden sind, erlaubten ebenfalls noch nicht den Schluss auf einen Rechtsmissbrauch. Nicht heranziehen möchte das LAG die Straftakte des Kl., die aus einem gegen ihn gerichteten Strafverfahren wegen Betrugs resultiert, das allerdings bislang noch nicht zu einer Verurteilung geführt hat. Abgelehnt wird schließlich auch eine Gesamtbetrachtung: „Auch wenn die Bekl. in ihrem tatsächlichen Vorbringen deutlich macht, dass bei der Bewerbung des Kl. bei der Bekl. eine Gesamtbetrachtung geboten ist, so entspricht dies nicht den klaren Vorgaben der vorzitierten Rechtsprechung des *EuGH* und des *BAG*. Es geht nämlich darum, ob es tatsächliche Umstände gibt, aus denen sicher angenommen werden kann, dass nur der formale Status als Bewerber vom Kl. angestrebt worden ist.“ Die Revision zum *BAG* ist nicht zugelassen worden. Allerdings hat die Bekl. dem Vernehmen nach Beschwerde gegen die Nichtzulassung eingelegt.

Nach Auffassung des Verfassers hat die Rechtsprechung die Latte für die Anerkennung des Einwands des Rechtsmissbrauchs zu hoch gelegt. Zwar hat das *BAG* – zu Recht – von dem einschränkenden Kriterium der vergleichbaren Bewerbersituation als Voraussetzung für eine Benachteiligung Abstand genommen. Dann hätten aber im Gegenzug nicht auch noch die Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchseinwands so hoch geschraubt werden sollen. Die Folge sind dann instanzgerichtliche Urteile, die jedenfalls im Ergebnis das Betreiben von AGG-Klagen weiterhin als ein lukratives Geschäftsmodell erscheinen lassen.

## Veranstaltungsbericht

**16. Göttinger Forum zum Arbeitsrecht: Arbeitszeit – Wer bestimmt? – Arbeitszeitgestaltung im Spannungsfeld von Unternehmens- und Beschäftigteninteressen.** Am 25.10.2018 fand das vom Verein zur Förderung der Arbeitsrechtsvergleichung und des internationalen Arbeitsrechts e.V. sowie dem Institut für Arbeitsrecht der Georg-August-Universität ausgerichtete 16. Göttinger Forum zum Arbeitsrecht statt. Der Einladung zur Veranstaltung folgten auch dieses Jahr namhafte Vertreter aus Wissenschaft und

Praxis als Vortragende sowie rund 150 teilnehmende Gäste aus unterschiedlichsten Branchen, die gemeinsam Leitfragen zur Arbeitszeitgestaltung erörterten.

Nach der Begrüßung durch Prof. em. *Dr. Hansjörg Otto*, dem Vorsitzenden des Fördervereins, der den Sponsoren seinen Dank aussprach und an den in diesem Jahr verstorbenen Vereinsgründer Prof. *Dr. Dres. h. c. Franz Gamillscheg* erinnerte, stellte Prof. *Dr. Olaf Deimert* (Institut für Arbeitsrecht der Universität Göttingen), die erste Referentin Prof. *Dr. Katja Nebe* von der Martin-Luther-Universität Halle vor. Die Referentin sprach zum Thema „Flexible Arbeitszeitmodelle – Was ist zulässig und welche Reformen sind zu erwarten?“ und legte zunächst grundlegend verschiedene Dimensionen der Flexibilisierung von Arbeitszeit dar. Diese betrafen einerseits Fragen von Umfang, Lage, Beginn und Ende sowie Verteilung der Arbeitszeit; andererseits stünden sowohl das öffentlich-rechtliche Arbeitszeitrecht als auch die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit im Fokus. *Nebe* widmete sich dann der Darstellung der gesetzlichen Grundlagen des Arbeitszeitrechts und betonte vorab den engen Bezug von Arbeitszeitrecht und Gesundheitsschutz. Allgemeine rechtliche Vorgaben ergäben sich aus Art. 31 GRCh sowie der Arbeitszeitrichtlinie, die grundlegend von den Gegenbegriffen Arbeitszeit und Ruhezeit ausgingen, was eine trennscharfe Zuordnung erforderlich mache. Im nächsten Abschnitt erfolgte eine Gegenüberstellung der Vorgaben der Richtlinie, die in Art. 6 RL 2003/88/EG von maximal 48 Stunden pro 7-Tages-Zeitraum ausgehe und dabei grundsätzlich einen Bezugszeitraum von 4 Monaten zugrundelege (Art. 16 RL 2003/88/EG). Dem entspreche das deutsche Recht in § 3 ArbZG hinsichtlich der Höchstarbeitszeit, allerdings nicht hinsichtlich des Ausgleichszeitraums, der nach § 3 S. 2 ArbZG 6 Monate betrage und mithin unionsrechtswidrig sei. Die aktuelle rechtspolitische Diskussion, die eine Streichung der täglichen Arbeitszeitgrenze und eine Regulierung allein über wöchentliche Höchstarbeitszeiten vorsehe, sei zwar unionsrechtskonform, missachte jedoch die mit Einführung des § 3 ArbZG 1994 zum Ausdruck gebrachte Erkenntnis, dass der 8-Stunden-Tag essentiell für Gesundheits- und Unfallchutz sei. Auch die europarechtlich und in § 5 I ArbZG vorgegebenen 11 Stunden ununterbrochener Ruhezeit seien trotz berechtigter Kritik nicht allein auf Grund eines Vollzugsdefizits abzuschaffen. Insgesamt böten die tarifvertraglichen Opt-out-Möglichkeiten in § 7 ArbZG bereits eine Reihe von Flexibilisierungspotentialen, wie etwa die Herabsetzung der Ruhezeit auf bis zu 9 Stunden. Im Kontext von „Arbeit 4.0“ und der Verbreitung mobiler Endgeräte und ständiger Erreichbarkeit forderte *Nebe* die vollständige Umsetzung der RL 2003/88/EG innerhalb des ArbZG, um sicherzustellen, dass der Arbeitsrhythmus dem Gesundheitsschutz Rechnung trage. Solange diese Umsetzung nicht stattfinde, sei eine unionsrechtskonforme Auslegung erforderlich, die gesundheitsgefährdenden Arbeitszeitgestaltungen über §§ 3 und 5 ArbSchG aufzufangen müsse. In ihrem Fazit betonte *Nebe* die Notwendigkeit gesamteuropäischer Regelungen, weil Arbeitszeit eine Frage der Solidarität sowie gleicher Wettbewerbschancen und deshalb ein europaweit hohes Schutzniveau wünschenswert sei. Gleichwohl bestehe Raum für kontrollierte Flexibilisierung durch konkrete Regelungen auf betrieblicher Ebene, und zwar auch ohne umfassende Opt-out-Möglichkeiten. Daran anschließend folgten drei Statements aus der Praxis. *Dr. Sebastian Hopfner* (stellv. Hauptgeschäftsführer AGV Versicherungen) warf die Frage auf, ob es genüge, allein über mögliche Reformen des ArbZG zu sprechen und ob nicht vielmehr die Arbeitszeit-Richtlinie reformbedürftig sei. Außerdem sprach er sich für Tariföffnungsklauseln für Sonn- und Feiertagsarbeit, die Herabsetzung der Ruhezeit auf 0 Stunden und die Abschaffung des Tages- zugunsten eines Wochenbezuges bei der Höchstarbeitszeit aus.

Daran schloss *Dr. Klaus-Peter Stiller* (Hauptgeschäftsführer BAVC) an, der sich ebenfalls für die Ausweitung von Öffnungsklauseln aussprach, nicht zuletzt da diese die Tarifbindung erhöhen würden. Darüber hinaus dürfe das Vollzugsdefizit des

ArbZG nicht ignoriert werden, dieses müsse dem betrieblichen Bedarf besser Rechnung tragen. Letztlich sei die Trennung von Arbeitszeit und Freizeit auch eine Frage der Selbstorganisation. *Christian Jungvogel* (Abteilungsleiter Tarifpolitik IG BCE) forderte demgegenüber eine Ausrichtung des ArbZG an der 5-Tage-Woche, da dieses immer noch von einer 6-Tage-Woche ausgehe. Ferner führten attraktive Arbeitszeitmodelle zu Volumengewinnen. In der anschließenden Diskussion unter der Leitung von *Deimert* wurden einige Aspekte aus den Referaten der Vortragenden *Nebe* bzw. *Hopfner*, *Stiller* und *Jungvogel* aufgegriffen und kontrovers diskutiert. So zeigte *Nebe* sich kritisch gegenüber der Forderung, Opt-out-Möglichkeiten weiter auszudehnen und damit den Tarifvertragsparteien weiteren Regelungsspielraum zu überlassen. Letztlich stelle die Opt-out-Möglichkeit eine besonders rechtfertigungsbedürftige Ausnahme dar.

Als nächstes referierte der mittels Videotechnik zugeschaltete *Stefan Gryglewski* (Personalleiter *Trumpf*-GmbH) über „Die betriebliche Praxis der Arbeitszeitgestaltung“. Dabei stellte er die lebensphasenorientierte Arbeitszeitgestaltung bei der *Trumpf*-GmbH vor. Diese basiere auf einer strikten Trennung der Zugriffsmöglichkeiten des Arbeitgebers und der Arbeitnehmer auf die verwendeten Arbeitszeitkonten. Neben Langzeitkonten nach Maßgabe des „Flexi-II Gesetzes“, bei denen auf eine Anspannung eine steuerlich vorteilhafte Entnahmephase folge, bestehe die Möglichkeit, Sabbaticals mit reduziertem Entgelt nach Vorbild der Altersteilzeit durchzuführen. Arbeitnehmer könnten vertraglich eine Basis-Arbeitszeit festlegen, auf die dann eine flexible bis zu zwei Jahre dauernde Wahlarbeitszeit folge. Hinzu trete die Möglichkeit eines agilen Zeitsystems, das nur noch die Jahresarbeitszeit vorgebe. Darüber hinaus bestehe die Möglichkeit, bis zu 20 % der Arbeitszeit durch mobiles Arbeiten örtlich und zeitlich flexibel zu erledigen. *Gryglewski* schloss mit dem Fazit, dass bei hoher Selbststeuerung durch die Arbeitnehmer klassisches „Minutenzählen“ nicht länger Sinn ergebe. Nach einigen Nachfragen etwa zur tatsächlichen Nutzung, die für deutsche Standorte hinsichtlich der Wahlarbeitszeit bei 15 % bis 20 % liege, schloss Prof. Dr. *Rüdiger Krause* (Institut für Arbeitsrecht der Universität Göttingen) die Diskussion.

Nach der Mittagspause leitete *Krause* den zweiten Teil des Göttinger Forums zum Arbeitsrecht ein und übergab das Wort an *Dr. Mario Eylert* (Vorsitzender Richter am BAG a.D.), der „Die Rolle der Betriebsparteien bei der Gestaltung flexibler Arbeitszeitregime“ beleuchtete. Seinen Ausführungen voran stellte *Eylert* die Annahme, dass „Arbeit 4.0“ zunehmend vernetzter, digitaler, mobiler und flexibler werde. Um diesen Herausforderungen Rechnung zu tragen eröffne das BetrVG breite Möglichkeiten zu betrieblichen Regelungen. Gegen den Willen des Betriebsrats sei eine Arbeitszeitgestaltung auf Grund der Mitbestimmungstatbestände des § 87 I Nr. 2 und 3 BetrVG kaum möglich. Dem stehe der Tarifvorbehalt des § 87 I BetrVG insoweit nicht entgegen, als dass er einerseits zwingende Regelungen erfordere und andererseits in Tarifverträgen nur weite Rahmenbedingungen gesetzt würden, die Raum für betriebsnahe Regelungen lassen. Grundsätzlich seien jedoch einvernehmliche Lösungen zu suchen, weil das Einigungsstellenverfahren (§ 76 BetrVG) für beide Seiten im Voraus schwer abzuschätzen sei und am Ende keine flexiblen Regelungen ermögliche. Im Anschluss entwickelte sich eine durch *Krause* geleitete Diskussion, in der verschiedene Aspekte des Vortrags näher ausgeleuchtet wurden. Prof. Dr. *Martin Franzen* von der Ludwig-Maximilians-Universität München trug im Folgenden zum Thema „Reduzierung und Wiederverlängerung der regelmäßigen Arbeitszeit“ vor. Im Zentrum stand die Bewertung des mittlerweile beschlossenen Regierungsentwurfs des Gesetzes zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts vom 14.6.2018 (BT-Drs. 281/18). Die ursprünglich positiv bewertete Teilzeit werde mittlerweile kritisch gesehen, weil nach derzeitiger Rechtslage ertragsschwache Arbeitsverhältnisse gefördert würden. Der Gesetzesentwurf enthalte unter anderem eine Regelung zur Brückenteil-

zeit in § 9 a TzBfG-E, der einen eigenständigen Anspruch neben § 8 TzBfG vorsehe, nach dem Arbeitnehmer ihre Arbeitszeit für einen Zeitraum zwischen einem und fünf Jahren verringern könnten. Hierdurch werde die Möglichkeit freiwilliger Teilzeitarbeit, ohne die Gefahr des unfreiwilligen Verbleibs in Teilzeit geschaffen. Das gesetzgeberische Anliegen der Verbesserung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf bewertete *Franzen* grundsätzlich positiv, wenngleich zusätzliche Ansprüche auf Arbeitnehmerseite mit personalpolitischen Flexibilisierungsmöglichkeiten auf Arbeitgeberseite korrespondieren müssten. Dem werde, wie etwa die Verschärfung des AÜG zeige, nicht Rechnung getragen. Weiter komme das gesetzgeberische Anliegen nicht hinreichend in den Anspruchsvoraussetzungen zum Tragen, und der Entwurf ignoriere die Änderung der Bewertung der Teilzeit. Den letzten Vortrag hielt *Jörg Lautenbach* (stellv. Hauptgeschäftsführer NiedersachsenMetall) zum Thema „Die tarifliche Gestaltung des Arbeitsvolumens und deren betriebliche Umsetzung“ und berichtete aus der Praxis. Dabei stellte er Flexibilisierungspotentiale des Tarifabschlusses der IG Metall vom Februar 2018 vor. Besonderes Augenmerk lege er dabei auf das tarifliche Zusatzgeld (T-ZUG), das eine Einmalzahlung von 27,5 % des Monatsentgelts als Zusatz vorsehe. Dieses könne von Beschäftigten mit Kindern, pflegebedürftigen Angehörigen oder in Schichtarbeit in einen Wahlarbeitszeitbaustein mit einem Volumen von 8 Tagen umgewandelt werden. Mittlerweile zeige sich, dass 70 % bis 80 % der Anspruchsberechtigten die zusätzliche Freizeit in Anspruch nehmen wollen. In der anschließenden von *Krause* geleiteten Diskussion wurden die vorangegangenen Referate diskutiert.

Im Schlusswort dankte *Stiller* allen Referenten, Teilnehmern und Helfern und stellte die Digitalisierung einerseits und den demografischen Wandel sowie den damit verbundenen Fachkräftemangel andererseits als wiederkehrende Narrative der Tagung heraus, die als Motoren der unterschiedlichen Spannungsverhältnisse in denen sich Fragen der Arbeitszeit bewegen, verstanden werden könnten. Das 17. Göttinger Forum zum Arbeitsrecht findet am 12.9.2019 zum Thema „Die Bedeutung der IAO-Standards für das Arbeitsrecht“ statt.

*Jan Armin Gärtner, wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Rüdiger Krause, Georg-August-Universität Göttingen*

## Veranstaltungen

**Praktikerkreis Personal und Arbeitsrecht.** Die Veranstaltung findet statt am 6.12.2018, 18 Uhr, Gebäude RWHG, H 13. Thema: „Aktuelle Entwicklungen im Recht der Teilzeitarbeit“. Referent: Prof. Dr. *Frank Bayreuther*, LS für Bürgerl. Recht und Arbeitsrecht, Universität Passau. Nachweis gem. § 15 FAO über zwei Zeitstunden; die Bescheinigungen werden gegen eine Gebühr von 35 Euro nur im Anschluss an die Veranstaltungen ausgestellt. Um vorherige Anmeldung per E-Mail ([lehrstuhl.maschmann@jura.uni-regensburg.de](mailto:lehrstuhl.maschmann@jura.uni-regensburg.de)) oder Fax wird gebeten. Weitere Informationen: Prof. Dr. *Frank Maschmann*, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht, Universität Regensburg, Sekretariat: Tel.: 0941/943 - 2647; Fax: - 4495; E-Mail: [lehrstuhl.maschmann@jura.uni-regensburg.de](mailto:lehrstuhl.maschmann@jura.uni-regensburg.de)

## Redaktionelle Mitteilungen

**Vorschau.** Eine Auswahl aus den Beiträgen der nächsten Hefte der NZA finden Sie hier: *Diller/Günther*, Arbeitgeber-Strategien bei kriselnder Pensionskasse; *Matthießen*, Die Rechtsprechung zum Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung in den Jahren 2016 – 2018 (Teil 1); *Naber/Schulte*, Hemmung von Ausschlussfristen nach § 203 S.1 BGB; *Fieseler/Berger*, Mitbestimmung von Maßnahmen des Gesundheitsschutzes; *Eisemann*, Sozialplan „zero“?