

Abhandlungen zum deutschen und
internationalen Arbeits- und Sozialrecht

Band 17

Maßregelungsschutz und Beweislast

Eine Untersuchung sekundärrechtlicher
Beweiserleichterungen zum Schutz der Wahrnehmung
von Richtlinienrechten und ihren Konsequenzen
für das deutsche Recht

Von

Nicolas T. Pohl



Duncker & Humblot · Berlin

NICOLAS T. POHL

Maßregelungsschutz und Beweislast

Abhandlungen zum deutschen und
internationalen Arbeits- und Sozialrecht

Band 17

Maßregelungsschutz und Beweislast

Eine Untersuchung sekundärrechtlicher
Beweiserleichterungen zum Schutz der Wahrnehmung
von Richtlinienrechten und ihren Konsequenzen
für das deutsche Recht

Von

Nicolas T. Pohl



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln hat diese Arbeit
im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimplar
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2747-9021
ISBN 978-3-428-19031-7 (Print)
ISBN 978-3-428-59031-5 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln im Sommersemester 2023 als Dissertation angenommen. Entwicklungen in der Gesetzgebung, Rechtsprechung und nach Einreichung der Arbeit erschienene Literatur konnten noch bis zum 30.06.2023 berücksichtigt werden.

Herzlich gedankt sei an erster Stelle meinem Doktorvater, Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Preis, für die Betreuung und engagierte Förderung der Entstehung dieser Arbeit. Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hanns Prütting danke ich für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens und seine hilfreichen Anmerkungen für die Druckfassung.

Meine Partnerin, meine Familie, Freunde und Kollegen haben mich während der Promotionszeit begleitet – dafür sei ihnen an dieser Stelle ebenfalls herzlich gedankt. Insbesondere danke ich Hannah Schmid, LL.B. (UCL), Regina Harms, M.Sc., Daniel Djamadi und Leo Wiesener für ihre Unterstützung.

Köln, im Juli 2023

Nicolas T. Pohl

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	23
I. Anlass und Ziel der Untersuchung	23
II. Gang der Untersuchung	27

1. Kapitel

Grundlagen des Maßregelungsschutzes im deutschen Recht	29
A. Einordnung des allgemeinen Maßregelungsverbots (§ 612a BGB)	29
I. Systematik und Schutzzweck	29
1. Verhältnis zu Generalklauseln und Grundrechten	30
a) Beziehung zu den §§ 138, 242 BGB	30
b) Einordnung als Generalklausel	32
2. Schutzzweck	34
a) Willensfreiheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung	34
b) Rang- und Ergänzungsverhältnis	35
c) Begrenzung durch Hilfskriterien	36
d) Kritische Würdigung	38
II. Ebenen des nationalen Maßregelungsschutzes	40
III. Notwendigkeit und Nutzen eines allgemeinen Maßregelungsverbots	41
1. Zweifel an der Notwendigkeit der Vorschrift	41
2. Argumente für ein allgemeines Maßregelungsverbot	42
B. Kausalzusammenhang und Benachteiligungsbegriff bei § 612a BGB	44
I. Der Kausal- bzw. Unmittelbarkeitszusammenhang	45
1. Doktrin des tragenden Beweggrunds	45
2. Konkretisierung der Voraussetzung	47
a) Anforderungen an den Vorsatzgrad	47
b) Irrtümer des Arbeitgebers	49
II. Benachteiligung	50
1. Kein Vergleich zu anderen Personen	50
2. Zeitliche Reihenfolge von Rechtswahrnehmung und Benachteiligung	51
III. Maßregelung durch ansonsten rechtmäßige Maßnahmen	53
1. Verschlechterung einer bestehenden Rechtsposition	53
2. Nichtgewährung von Vorteilen als Anwendungsfall des Maßregelungsverbots	55
a) Einschlägigkeit von Gleichbehandlungsgrundsatz und Maßregelungsverbot	55

b) Ausgangspunkt der Abgrenzung	56
c) Ansätze in Rechtsprechung und Schrifttum	57
aa) Relevanz im Kausalzusammenhang	58
(1) Entwicklung der Rechtsprechung	58
(2) Zuspruch und Kritik im Schrifttum	60
(3) Berücksichtigung objektiver Kriterien im Kausalzusammenhang ...	61
bb) Ausschluss einer Benachteiligung	62
(1) Position des V. Senats des BAG	62
(2) Gleichbehandlungsverstoß als Voraussetzung für Benachteiligung	63
IV. Kritische Würdigung	65
1. Zur Doktrin des tragenden Beweggrunds	65
2. Einheitlicher Benachteiligungsbegriff	67
3. Relevanz von Alternativbegründungen im Kausalzusammenhang	68
a) Bedeutung sachlicher Gründe der Ungleichbehandlung	68
b) Kündigungsgründe	69
V. Zwischenfazit	70
C. Das Verhältnis von Maßregelungs- und Diskriminierungsschutz	71
I. Begriffliche Abgrenzung	71
1. Diskriminierung	71
2. Das Maßregelungsverbot als Benachteiligungsverbot	72
II. Unterschiede im Begriff der Benachteiligung	73
1. Fehlender Vergleichsgruppenbezug beim Maßregelungsschutz	74
2. Kausalität und subjektiver Tatbestand beim Diskriminierungsschutz	75
3. Mittelbare Diskriminierung und „mittelbare Maßregelung“	75
a) Rechtslage im Diskriminierungs- und Gleichbehandlungsrecht	76
b) Abgrenzung vom Maßregelungsverbot	77
4. Vergleichbarkeit hinsichtlich der Rechtsfolgen	77
III. Maßregelung und Diskriminierung im AGG	79
1. Weiterer Anwendungsbereich/Schutzbereich	80
2. Übereinstimmung der Tatbestandsvoraussetzungen mit § 612a BGB	81
a) Anforderungen an das Verhalten des Arbeitnehmers	81
b) Benachteiligung und Kausalzusammenhang	83
IV. Zwischenfazit	84

2. Kapitel

Darlegungs- und Beweislast beim Maßregelungsschutz im deutschen Recht	85
A. Terminologie	85
I. Beweislast	85
1. Grundregel der Beweislast	86

2. Abgrenzung zur Darlegungslast und zum Beweismaß	87
II. Beweislastumkehr	88
1. Kategorie von Normen, die eine Grundregel modifizieren	88
2. Rechtsfortbildung in Abweichung von der normativen Grundlage	89
3. Begriffsdefinition für die weitere Untersuchung	90
B. Ausgangspunkt der Beweisschwierigkeiten	91
I. Subjektiv verstandener Kausalzusammenhang	91
II. Grenzen des mittelbaren Beweises	92
III. Beweiserleichterung im Diskriminierungsrecht	93
1. Gegenstand der Beweiserleichterung	94
a) Primärbenachteiligung	94
b) Sekundäre Benachteiligung (Maßregelung)	95
2. Dogmatische Einordnung von § 22 AGG	96
a) Beweiserleichterung sui generis	96
b) Vermutung im Sinne des § 292 ZPO	97
3. Rechtliche Wirkungen	99
a) Erste Stufe	99
b) Zweite Stufe	101
c) Mittelbare Dokumentationsobliegenheit	102
IV. Keine Analogie beim allgemeinen Maßregelungsverbot	103
C. Beweiserleichterungen bei § 612a BGB	104
I. Anscheinsbeweis	104
1. Wirkungsweise	104
a) Grundsätze	104
b) Beziehung zum Beweismaß	106
c) Keine gesetzliche Regelung	107
2. Grundsätzliche Möglichkeit der Anwendung bei § 612a BGB	108
a) Kein Ausschluss wegen unzulässiger Rechtsfortbildung	108
b) Anwendung bei psychisch-individuellen Vorgänge	109
3. Erfahrungssätze bei § 612a BGB	110
a) Bekannte Maßregelungen in der Vergangenheit	111
b) Zeitliche Nähe	111
aa) Eignung als Erfahrungssatz	111
bb) Keine klare Definition	113
cc) Stellungnahme	114
c) Anscheinsbeweis bei Nichtgewährung von Vorteilen	115
aa) Beweissituation beim Gleichbehandlungsgrundsatz	115
bb) Anwendung des Anscheinsbeweises	116
cc) Stellungnahme	118
II. Abgestufte Darlegungs- und Beweislast	119
1. Anwendungsbereich und Regelungselemente	120

2. Funktionsweise der Abstufung	121
a) Vorbringen des Arbeitnehmers	121
b) Sekundäre Darlegungslast	122
aa) Rechtsgrundlage und systematische Einordnung	122
bb) Voraussetzungen und Rechtsfolge	124
c) Beweismaßsenkung als prozessuale Absicherung des Mindestkündigungsschutzes	124
3. Anwendung bei § 612a BGB	126
a) Stand der Rechtsprechung	126
b) Die gesetzgeberische Entscheidung gegen eine Beweiserleichterung	128
aa) Abstufung der Darlegungslast	129
bb) Beweismaßsenkung als Bestandteil eines effektiven Schutzkonzepts ...	130
(1) Keine Umgehung der gesetzgeberischen Entscheidung	130
(2) Vereitelung der Geltung des Maßregelungsverbots in typischen Fällen	131
c) Richtlinienkonforme Auslegung bei diskriminierenden Maßregelungskündigungen	132
d) Anwendungsbereich über Mindestkündigungsschutz hinaus	132
III. Vorrang des Anscheinsbeweises	133
D. Zwischenfazit	134

3. Kapitel

Maßregelungsschutz im Unionsrecht 136

A. Ausgangspunkt	136
I. Einfluss der Diskriminierungsrichtlinien	136
II. Rechtsprechung des EuGH	137
1. Rs. Coote	137
2. Rs. Fuß I	138
3. Rs. Hakeľbracht	139
III. Auswirkungen primärrechtlichen Viktimisierungsschutzes	141
1. Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 47 GRCh)	141
2. Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung (Art. 30 GRCh)	143
IV. Maßregelungsschutz als unionsrechtlicher Grundsatz	143
B. Maßregelungsschutz in ABRL und EZRL	145
I. Einfluss der ESSR	145
II. Persönlicher Anwendungsbereich	147
1. Arbeitnehmerbegriff in der ABRL	147
a) Einordnung der Formulierung in Art. 1 Abs. 2 ABRL	147
b) Kein unionsautonomer Begriff	149

c) Die Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs	150
aa) Keine Umsetzungspflicht bzgl. unionsrechtlicher Begriffselemente	151
bb) Kodifikation einer Willkürkontrolle	152
cc) Konsequenzen der Regelung	153
d) Entwurf der Richtlinie zur Regulierung von Plattformarbeit	156
e) Zwischenfazit	156
2. Arbeitnehmerbegriff in der EZRL	157
3. Arbeitgeber	158
III. Sachlicher Anwendungsbereich und deutsche Schutzvorschriften	159
1. Rechte aus der ABRL	159
a) Erweiterung der Nachweispflichten	159
b) Materielle Mindestanforderungen	160
aa) Mehrfachbeschäftigung	160
bb) Probezeit	161
(1) Probezeit bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen	161
(2) Probezeit und Befristung	162
(3) Folgeänderungsbedarf bei der Wartezeit nach § 1 KSchG	164
cc) Regulierung flexibler Arbeitszeiten	165
(1) Planbarkeitssicherung bei Abrufarbeit	165
(2) Planbarkeitssicherung bei Null-Stunden-Verträgen	168
dd) Fortbildungskosten	169
c) Einschlägige Maßregelungsschutzvorschriften	169
2. Rechte aus der EZRL	170
a) Überblick über die Richtlinienrechte	171
aa) Flexible Arbeitsgestaltung	171
bb) Vaterschafts- und Elternurlaub	172
cc) Freistellung aufgrund von höherer Gewalt	173
dd) Urlaub für pflegende Angehörige	174
b) Sonderkündigungsschutz im deutschen Recht	174
3. Zwischenergebnis	175
IV. Schutz des Arbeitnehmers bei Rechtswahrnehmung	175
1. Benachteiligungsschutz der Art. 17 ABRL, Art. 14 EZRL	175
a) Regelungsgehalt	176
b) Implikationen für den Maßregelungsschutz im deutschen Recht	177
c) Beziehung zwischen Art. 14 und Art. 11 EZRL	178
aa) Meinungsstand im Schrifttum	179
bb) Kritische Würdigung	180
d) Zwischenfazit	182
2. Besonderheiten beim Schutz vor maßregelnden Kündigungen	182
a) Regelungsgehalt des Kündigungsverbots	182

b) Kündigungen sowie vorbereitende Maßnahmen	184
aa) Auslegung von „Vorbereitung auf eine Kündigung“	184
(1) Wortlaut	184
(2) Entstehung der Norm	185
(3) Systematik und Regelungszweck	186
bb) Kündigungen nach Ende des Freistellungszeitraums	187
cc) Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung	187
(1) Auslegung	188
(2) Einordnung gängiger Arbeitgebermaßnahmen	189
(a) Aufhebungsverträge	189
(b) Nichtverlängerung eines befristeten Vertrags	191
(c) Anfechtung des Arbeitsvertrages	191
(d) Abmahnungen	192
c) Bedeutung für das deutsche Recht	192
aa) Konsequenzen für § 612a BGB	192
bb) Erforderliche Änderungen durch Art. 12 Abs. 1 EZRL	193
d) Benachbarte Vorschriften und Umsetzungsbedarf	194
3. Zwischenergebnis	195
C. Repressalienschutz der WBRL	195
I. Regelungsgehalt der WBRL	196
1. Anwendungsbereich des Hinweisgeberschutzes	196
2. Meldekanäle und Offenlegungsmöglichkeit	197
II. Einordnung des Hinweisgeberschutzes	199
1. Struktur des Repressalienschutzes in der WBRL	199
2. Begrenzte Parallelen zum Diskriminierungsrecht	200
3. Anknüpfungspunkte im deutschen Recht	201
a) § 612a BGB	201
aa) Begriff der Repressalien aus der WBRL im Vergleich zu § 612a BGB	202
bb) Sorgfaltsanforderungen und subjektiver Horizont des Hinweisgebers	204
b) Benachteiligungsschutz in Spezialgesetzen	205
c) Kündigungsschutz des Hinweisgebers durch das BAG	206
III. Zwischenergebnis	206

4. Kapitel

Regelungsgehalt der sekundärrechtlichen Beweiserleichterungen	208
A. Unionsrechtliche Grundlagen	208
I. Überblick	208
1. Zweistufige Regelung mit vorgeschalteter Begründungspflicht	208
2. Abweichender Ansatz der WBRL	210

II. Ursprung des zweistufigen Regelungsansatzes	212
1. Modifizierte Übertragung aus dem Diskriminierungsrecht	212
2. Rechtsprechung des EuGH	213
3. Sekundärrechtliche Vorgängerregelungen	214
a) Einschlägige Richtlinien	214
b) Vergleich zu den Regelungen in ABRL und EZRL	215
aa) Formulierung der Diskriminierungsrichtlinien	215
bb) Partielle Übereinstimmung des Wortlauts	216
B. Der Komplex aus Begründungspflicht und Beweiserleichterung	218
I. Begründungsanspruch	219
1. Erfasste Maßnahmen des Arbeitgebers	219
2. Voraussetzungen	220
a) Ausgangspunkt: bloßer Verdacht	220
b) Einschränkung der Voraussetzungen	221
c) Stellungnahme	222
3. Rechtsfolgen	222
a) Inhaltliche Anforderungen an die Begründung	223
b) Form	225
c) Frist	226
4. Zwischenfazit	227
II. Beweiserleichterung	228
1. Anwendungsbereich und erfasste Maßnahmen	228
2. Tatbestand und Rechtsfolgen der Beweiserleichterungen	229
a) Bezugspunkt der Beweiserleichterungen	229
b) Anforderungen an das Vorbringen auf der ersten Stufe	231
aa) Mosaikprinzip der Operabilität	231
bb) Geringere Anforderungen an den Vortrag	232
(1) Kein Erfordernis einer Beweismaßsenkung bezüglich der Hilfstat-	
sachen	233
(a) Regelungsgehalt der Vorgängervorschriften	233
(b) Übertragung auf die Neuregelungen	235
(2) „die darauf schließen lassen“	236
(a) Wortlaut	236
(b) Entstehungsgeschichte und Systematik	237
(c) Sinn und Zweck	238
(3) Zwischenergebnis	240
cc) Vorgaben für die Berücksichtigung des Gegenvortrags	240
(1) Entkräftung des „Anscheins“	240
(a) Stand der Rechtsprechung des EuGH	240
(b) Auslegung der Neuregelungen	243
(c) Waffengleichheit	244

(2) Entkräftung der angeführten Tatsachen	245
(a) Abgrenzung zwischen Hilfsatsache und eigentlichem Beweis- thema	245
(b) Auswirkungen des Gebots der Waffengleichheit im Prozess	246
(3) Zwischenergebnis	247
c) Rechtsfolgen	248
aa) Regelungsgehalt	248
bb) Nachschieben von Gründen	249
(1) Nachträgliche Begründungen im deutschen Recht	249
(2) Vorgaben in ABRL und EZRL	250
3. Zwischenfazit	251
III. Richtlinienkonformität des deutschen Rechts	251
1. Unionsrechtskonforme Rechtslage durch Richterrecht	252
a) Transparenz- und Rechtssicherheitsgebot	252
b) Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum	254
aa) Position des EuGH	254
bb) Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung	255
cc) Meinungsstand im Schrifttum	257
(1) Restriktive Ansätze	257
(2) Grundsätzliche Möglichkeit der Umsetzung durch Richterrecht	258
(3) Vermittelnde und differenzierende Ansätze	259
c) Kritische Würdigung	260
2. Umsetzungsbedarf und Transparenzgebot bei „horizontalen Bestimmungen“	262
3. Beweiserleichterungen beim allgemeinen Maßregelungsverbot	263
a) Zum Anscheinsbeweis	263
b) Partieller Ergebnisgleichlauf durch abgestufte Darlegungs- und Beweislast	264
c) Notwendigkeit einer gesetzlichen Beweiserleichterung	265
4. Umsetzungsbedarf unter Berücksichtigung weiterer Schutzvorschriften	267
a) Spezielle Maßregelungsverbote und Sonderkündigungsschutz	267
b) Abgleich mit den Anforderungen der Richtlinien	268
c) Bedeutung von Transparenzgebot und Regressionsverbot	270
5. Zwischenfazit	271
C. Beweiserleichterung für Hinweisgeber	272
I. Persönlicher Anwendungsbereich	272
II. Sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich	272
III. Funktionsweise	273
1. Darlegungs- und Beweislast des Hinweisgebers	273
2. Beweislast des Prozessgegners	275
IV. Bedeutung für das deutsche Recht	276
1. Belastung des (mutmaßlichen) Rechtsverletzers	276
a) Whistleblowing als Vorwand	276
b) Schwierigkeit des Gegenbeweises	277

c) Berechtigung und Verhältnismäßigkeit der Regelung	278
2. Konsequenzen der Beweislastumkehr für Kündigungen	279
3. Umsetzungsbedarf	280

5. Kapitel

Herausforderungen bei der Integration ins deutsche Recht	282
A. Reibungen durch die Begründungspflicht	282
I. Kein Wertungswiderspruch zum Diskriminierungsrecht	282
1. Aufklärungspflichten im Diskriminierungsrecht	282
2. Abweichende Interessenlage	283
3. Kritische Würdigung	284
II. Kein unauflösbarer Konflikt mit Lastenverteilung im deutschen Recht	285
1. Kritik am Regelungsansatz	285
2. Grenzen der Begründungsfreiheit	286
a) Aufklärungspflichten im Zivilprozess	286
b) Vorprozessuale Aufklärungspflichten	288
c) Materiell-rechtliche Auskunftsansprüche	289
3. Einschätzung der Konsequenzen der Begründungspflicht	290
III. Zwischenfazit	292
B. Zweistufige Beweiserleichterung	292
I. Ursachen der Widersprüche	292
1. Unstimmigkeiten durch Beweismaßveränderung	292
a) Unterschiedliche Beweismaße für denselben Umstand	293
b) Unklare Konsequenzen einer Begrenzung der Beurteilungsgrundlage	294
2. Flexible Beweislast	294
3. Gesetzliche Vermutung als nur eingeschränkt taugliche Umsetzungsoption	295
4. Bedeutung für die Art. 18 Abs. 3 ABRL, Art. 12 Abs. 3 EZRL	295
II. Möglichkeiten zur Ausgestaltung im deutschen Recht	296
1. Vorläufige Überzeugung nach Wahrscheinlichkeitsprüfung	296
a) Parallelen zum Anbeweis und zur „vorläufigen Überzeugung“	297
b) Reduziertes Beweismaß im Rahmen einer vorläufigen Überzeugung mit beschränkter Tatsachengrundlage	298
c) Keine Notwendigkeit einer Beweismaßsenkung für die Hilfstatsachen	299
2. Beweismaßsenkung insgesamt	300
3. Vollständige Beweislastumkehr	301
III. Zwischenfazit	302
C. Wertungswidersprüche durch eine Minimalumsetzung	303
I. Abtrennung der Umsetzung der WBRL	303

II. Begrenzung auf die Absicherung der Richtlinienrechte	305
1. Anpassung zahlreicher Spezialgesetze	305
2. Kein zwingender Anpassungsbedarf bei § 612a BGB	306
III. Fehlende wertungsmäßige Folgerichtigkeit	307
IV. Einheitlichkeit des Schutzes als Verfassungsgebot	308
1. Paralleles Problem bei der Umsetzung der WBRL	308
2. Verfassungsrechtliche Implikationen einer Begrenzung auf Richtlinienrechte	308
a) Prüfungsmaßstab	309
b) Verfassungsrechtliche Grenzen nationaler Regelungsautonomie	311
c) Ungleichbehandlung	312
d) Keine Rechtfertigung	313
V. Zwischenfazit	314
D. Gesetzgebungsvorschlag zu den Vorgaben in ABRL und EZRL	314
I. Umsetzung in § 612a BGB	314
1. Umsetzung der neuen Vorgaben in einer Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts	314
2. Relevanz besonderer Maßregelungsverbote	315
3. Wiederkehrender Regelungsansatz	316
4. Einheitliche Beweiserleichterungen für alle Arbeitgebermaßnahmen	317
II. Umsetzung der Begründungspflicht	318
1. Festlegung des sachlichen Anwendungsbereichs	319
2. Formulierung	320
3. Folgen bei Verletzung der Begründungspflicht	321
III. Neufassung einer Beweiserleichterung	322
1. Formulierung	322
2. Angleichung des persönlichen Schutzbereichs	323
3. Vorschlag für § 612a BGB n.F.	324
IV. Folgeänderungen bei spezialgesetzlichen Maßregelungsverböten	325
1. Rein individualschützende Maßregelungsverböte	325
a) § 5 TzBfG und vergleichbare Regelungen	325
b) § 16 AGG, § 21 GenDG	326
2. Benachteiligungsverböte mit Kollektivbezug	327
a) §§ 78 S. 2; 84 Abs. 3 BetrVG	327
b) § 20 Abs. 1,2 BetrVG	328
V. Angleichung ausgewählter Sonderkündigungsschutzvorschriften	329
1. § 18 BEEG	329
2. § 5 PflegeZG (teilw. i. V. m. § 2 Abs. 3 FPflZG)	330
3. § 17 MuSchG	330

6. Kapitel

Rechtslage nach Ablauf der Umsetzungsfristen	332
A. Maßregelungsschutz für Rechte aus der ABRL und EZRL	332
I. Möglichkeiten richtlinienkonformer Auslegung und Rechtsfortbildung	332
1. Methodische Grenzen	332
2. Ermittlung des Gesetzgeberwillens bei der Umsetzung der ABRL	335
3. Richtlinienkonforme Auslegung im Einzelnen	336
a) Beweiserleichterung	336
b) Richtlinienkonformes Verständnis bestehender Begründungspflichten	337
4. Zwischenfazit	339
II. Umsetzungspflicht des Gesetzgebers und richtlinienkonforme Auslegung	339
1. Weiterbestehende Pflicht zur Schaffung gesetzlicher Beweiserleichterung	339
2. Weitere Konsequenzen der Nichtumsetzung	341
III. Das „Vereinbarkeitsrichtlinienumsetzungsgesetz“	342
1. Ausweitung des Sonderkündigungsschutzes	342
2. Ausweitung der Kompetenzen der Gleichbehandlungsstelle	343
3. Keine vollständige Richtlinienumsetzung	344
IV. Zusammenfassung	344
B. Beweislast bei Maßnahmen gegen Hinweisgeber	345
I. Hintergrund	345
II. Die Beweislastumkehr bei Repressalien	346
1. Begrenzung des Anwendungsbereichs	346
2. Unklare Vermutungsregelung	348
a) Kritik an der Definition der Repressalien	349
b) Keine klare Definition des Kausalzusammenhangs	349
c) Weitere Anhaltspunkte	351
III. Richtlinienkonforme Auslegung	352
C. Gesamtbetrachtung	353
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	356
Literaturverzeichnis	360
Stichwortverzeichnis	385

Abkürzungsverzeichnis

ABRL	Arbeitsbedingungenrichtlinie – Richtlinie 2019/1152/EU des europäischen Parlaments und des Rates über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union v. 20.06.2019 (Arbeitsbedingungenrichtlinie, Abl. EU 2019 L 186/105)
ESSR	Europäische Säule sozialer Rechte in 20 Grundsätzen dargestellt, abrufbar unter: https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/ce37482a-d0ca-11e7-a7df-01aa75ed71a1 (zuletzt am 30.06.2023)
EZRL	Elternzeitrichtlinie – Richtlinie 2019/1158/EU des europäischen Parlaments und des Rates zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates v. 20.06.2019, Abl. EU 2019 L 188/79
HinSchG-RefE-I	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, Bearbeitungsstand v. 26.11.2020 21:05 Uhr abrufbar unter https://www.whistleblower-net.de/wp-content/uploads/2021/02/2020_11_26-Referentenentwurf-Whistleblowing-BMJV-1.pdf (zuletzt am 30.06.2023)
HinSchG-RegE	Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, BT-Ds. 20/3442
PARL-E	Europäische Kommission, Vorschlag für eine des europäischen Parlaments und des Rates zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit v. 09.12.2021, COM(2021) 762 final
VRUG	Vereinbarkeitsrichtlinienumsetzungsgesetz – Gesetz zur weiteren Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1158 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates v. 19.12.2022, BGBl. I, S. 2510
VSSAR	Vierteljahresschrift für Sozial- und Arbeitsrecht

WBRL Whistleblowerrichtlinie – Richtlinie 2019/1937/EU des europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden v. 23.10.2019, Abl. EU 2019 L 305/17

Im Übrigen sei verwiesen auf: *Kirchner*, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Aufl., Berlin 2021.

Einleitung

I. Anlass und Ziel der Untersuchung

Setzen Arbeitnehmer ihre Rechte aus Angst vor Repressalien nicht gegenüber dem Arbeitgeber durch, steht das Arbeitsrecht nur „auf dem Papier“.¹ Die Beobachtung von Dieterich, dass die gesetzlich zugesicherten Arbeitnehmerrechte daher häufig erst zur Geltung kommen, wenn das Arbeitsverhältnis ohnehin mittels Abfindungsvergleichs im Kündigungsschutzprozess „generalbereinigt“ wird,² verwundert zunächst: Aus materiell-rechtlicher Sicht ist die Angst des Arbeitnehmers nämlich völlig unbegründet. Die Wertung des Maßregelungsverbots, nach der der Arbeitgeber den Arbeitnehmer für die zulässige Wahrnehmung seiner Rechte nicht strafen darf, scheint in einem Rechtsstaat eine Selbstverständlichkeit zu sein. So ist es wenig überraschend, dass die Niederlegung dieses anerkannten und vorher nur rudimentär geregelten Grundsatzes in § 612a BGB in den ersten Jahren auf eine eher verhaltene Resonanz in Rechtsprechung und Schrifttum gestoßen ist.³ Selbst der Gesetzgeber ging davon aus, dass der Regelungsgehalt der Vorschrift bereits vom damals geltenden Recht abgebildet wurde.⁴ Es lässt sich daher bezweifeln, ob die ausdrückliche Regelung des § 612a BGB zwingend notwendig ist.⁵ Allerdings entfaltet die im Vergleich zu §§ 138, 242 BGB präzisere Vorschrift über § 134 BGB eine starke rechtliche Wirkung mit einem weiten Anwendungsbereich, weil sie auch die Ausübung von Grundrechten des Arbeitnehmers schützt⁶. Dem Maßregelungsverbot kommt besondere Bedeutung zu, wenn das KSchG keine Anwendung findet: Einerseits werden die Grenzen zulässiger (Grund-)Rechtswahrnehmung bereits durch die Grundsätze der verhaltensbedingten Kündigung adressiert, wenn das KSchG Anwendung findet (etwa im Falle politischer Meinungsäußerungen im Betrieb). Andererseits bietet § 612a BGB im Kleinbetrieb oder in der Probezeit einen wichtigen Angriffspunkt gegen die erleichterte Kündigung.⁷

Das Maßregelungsverbot hat jedoch aus praktischer Sicht eine entscheidende Schwäche: Die Voraussetzungen für die Feststellung eines Verstoßes sind außerordentlich hoch. Der Arbeitnehmer muss nach ständiger Rechtsprechung des BAG

¹ Dieterich, Richterleben, S. 43.

² Ebenda.

³ Wilken, Maßregelungsverbot, S. 21.

⁴ BTDrucks. 8/3317, S. 10.

⁵ Thüsing, NZA 1994, 728, 732; ErfK/Preis, BGB, § 612a Rn. 3.

⁶ Statt vieler ErfK/Preis, BGB, § 612a Rn. 2.

⁷ DHSW/Kraushaar/Däubler, BGB, § 612a Rn. 1.

nachweisen, dass die Rechtsausübung tragender Grund, also wesentlicher Beweggrund für die Maßnahme des Arbeitgebers war.⁸ Wer sich vor Gericht auf das Maßregelungsverbot berufen will, befindet sich aufgrund des subjektiv verstandenen Kausalzusammenhangs in einer schwierigen Beweissituation. Der Arbeitnehmer hat regelmäßig keine Kenntnis aller Motive des Arbeitgebers. Wirklich leicht fällt dem Arbeitnehmer die Beweisführung nur, wenn sich der Arbeitgeber selbst belastet.⁹ Dass die Rechtswahrnehmung des Arbeitnehmers gegenüber legitimen anderen Motivationen für eine Maßnahme des Arbeitgebers den tragenden Beweggrund bildet, ist schwer nachzuweisen. Dem wird versucht mit richterrechtlichen Beweiserleichterungen, allen voran den Grundsätzen des Anscheinsbeweises, zu begegnen.¹⁰ Die Korrektur der aus Arbeitnehmersicht nachteiligen Beweissituation ist einer von vielen Belegen für eine zentrale Rolle des Richterrechts, die von Gamillscheg auf den Punkt gebracht wurde: „Der Richter ist der eigentliche Herr des Arbeitsrechts. Er wertet selbst, und er prüft die Wertungen des Normgebers.“¹¹

Die beweisrechtlichen Hürden werden durch jüngere Entwicklungen im europäischen Sekundärrecht für verschiedene Bereiche des unionsrechtlich geprägten Arbeitsrechts entschärft. In Art. 18 Abs. 2, 3 der Arbeitsbedingungenrichtlinie (2019/1152/EU – ABRL) und Art. 12 Abs. 2, 3 der Elternzeitrichtlinie (2019/1158/EU – EZRL) sieht der europäische Gesetzgeber neue Beweiserleichterungen und Begründungspflichten für Arbeitnehmer vor, die infolge der Wahrnehmung der in diesen Richtlinien zugesicherten Rechten gekündigt oder vergleichbaren Maßnahmen ausgesetzt wurden. Die Europäische Kommission hat zudem Ende 2021 einen neuen Richtlinienentwurf zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit vorgestellt.¹² Art. 18 PARL-E sieht dieselbe Kombination aus Begründungspflicht und Beweiserleichterung vor. Danach kann der Arbeitnehmer, der sich gemäßregelt sieht, eine schriftliche Begründung vom Arbeitgeber für die nachteilige Maßnahme verlangen. Im Prozess genügt es dann im ersten Schritt, dass der Arbeitnehmer, Tatsachen vorbringt, die eine unzulässige Benachteiligung vermuten

⁸ In jüngerer Zeit etwa BAG, Urt. v. 30.03.2023 – 2 AZR 309/22, Rn. 10; BAG, Urt. v. 27.09.2022 – 2 AZR 5/22, NZA 2022, 1558, 1559 (Rn. 15) = AP KSchG 1969 § 9 Nr. 73; BAG, Urt. v. 18.11.2021 – 2 AZR 229/21, NZA 2022, 200, 202 f. (Rn. 28) = AP Nr. 21 zu § 612a BGB; BAG, Urt. v. 22.10.2015 – 2 AZR 569/14, NZA 2016, 417, 422; BAG, Urt. v. 20.12.2012 – 2 AZR 867/11, NZA 2013, 1003, 1007; BAG, Urt. v. 19.04.2012 – 2 AZR 233/11, NZA 2012, 1449, 1451.

⁹ Schwarze, NZA 1997, 967, 972; Isenhardt, FS Richardi 2007, 269, 275; vgl. ArbG Dortmund, Urt. v. 12.02.2014 – 9 Ca 5518/13, NZA-RR 2014, 293, 295.

¹⁰ Statt vieler BAG, Urt. v. 21.11.2000 – 9 AZR 665/99, NZA 2001, 1093, 1094; MüKo/Müller-Glöge, BGB, § 612a, Rn. 24; ErfK/Preis, BGB, § 612a Rn. 22; Benecke, NZA 2011, 481, 484.

¹¹ Gamillscheg, AcP 164 (1964), 386, 388.

¹² Als Teil eines größeren Maßnahmenpakets, siehe Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Bessere Arbeitsbedingungen für ein stärkeres soziales Europa: die Vorteile der Digitalisierung für die Zukunft der Arbeit in vollem Umfang nutzen, COM(2021) 761 final.

lassen. Gelingt dies, wechselt die Beweislast auf den Arbeitgeber. Anwendungsbereich, Funktionsweise und Wege zur Integration ins deutsche Recht beim Maßregelungsschutz bedürfen einer näheren Untersuchung. Der zweistufige Regelungsansatz der Beweiserleichterung ist aus den Diskriminierungsrichtlinien der Union bekannt. Deren deutsche Umsetzung in § 22 AGG bietet sich als Orientierungspunkt an.¹³ § 22 AGG weist im Ergebnis die Beweislast für das Nichtvorliegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot dem Beklagten zu.¹⁴ Schon die Vorgängerregelung des § 22 AGG in § 611a Abs. 1 S. 3 BGB a.F. wurde – im Vergleich zu anderen Beweiserleichterungen im deutschen Recht durchaus zutreffend – als eine der „konstruktiv kompliziertesten Beweislastregelungen des Arbeitsrechts“¹⁵ bezeichnet. Die erhebliche Kritik ist durch die Neufassung nicht abgeflaut.¹⁶ Die diversen offenen Fragen und Unstimmigkeiten bei § 22 AGG zeigen ein erhebliches Konfliktpotenzial bei der Umsetzung des zweistufigen Regelungsansatzes der Union. Dies gilt umso mehr, weil erstmals eine für diskriminierungsrechtliche Beweiserleichterung im Sekundärrecht auf Fälle der Maßregelung übertragen wird. Art. 21 Abs. 5 der Whistleblowerrichtlinie (2019/1937/EU – WBRL) regelt ebenfalls eine Beweislastumkehr zugunsten der Repressalien ausgesetzten Hinweisgeber, die allerdings ohne eine Vorprüfung auf Grundlage des Tatsachenvorbringens des Arbeitnehmers und ohne einen eigenen Begründungsanspruch auskommt. Auch wenn die Terminologie zwischen den einzelnen Regelungen teilweise abweicht,¹⁷ betreffen sie alle „Vergeltungsmaßnahmen“¹⁸.

Die Umsetzungsfristen aller drei Richtlinien sind abgelaufen. Nur zur Umsetzung der ABRL hat der deutsche Gesetzgeber innerhalb der vorgegebenen Frist gehandelt.¹⁹ Hinsichtlich der EZRL und WBRL hat die Kommission Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet.²⁰ Während eine Umsetzung der

¹³ *Preis/Morgenbrodt*, ZESAR 2020, 409, 415.

¹⁴ BAG, Urt. v. 29.06.2017 – 8 AZR 402/15, NZA 2018, 33, 38 (Rn. 48); ErfK/*Schlachter*, AGG, § 22 Rn. 1; KR/*Treber/Plum*, AGG, § 22 Rn. 16; APS/*Preis*, 1. Teil, lit. J Rn. 73a; BeckOGK/*Benecke*, AGG, § 22 Rn. 13, Stand 01.06.2023.

¹⁵ *Prütting*, Gegenwartsprobleme, S. 334.

¹⁶ So habe der deutsche Gesetzgeber eine ohnehin komplizierte Beweiserleichterung in die Rätselhaftigkeit gesteigert: *Richardi*, NZA 2006, 881 ff.; anders *Düwell*, BB 2006, 1741, 1744, der in der Neufassung eine begrüßenswerte Klarstellung sieht.

¹⁷ Art. 17 ABRL spricht von „Benachteiligung oder negativen Konsequenzen“, Art. 11 EZRL von „Diskriminierung“ und Art. 21 WBRL von „Repressalien“.

¹⁸ Schlussanträge des Generalanwalts Mischo v. 02.04.1998 – Rs. C-185/97 (Coote), ECLI:EU:C:1998:163, Rn. 31.

¹⁹ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union im Bereich des Zivilrechts und zur Übertragung von Aufgaben an die Sozialversicherung für Landwirtschaft, Forsten und Gartenbau v. 20.07.2022, BGBl. I, S. 1174.

²⁰ Kommission, Pressemitteilungen v. 15.06.2022 (abrufbar unter <https://germany.representation.ec.europa.eu/news/vertragsverletzungsverfahren-entscheidungen-zu-deutschland-2022->