

# UPDATE ARBEITSRECHT

coveto ATS GmbH

---

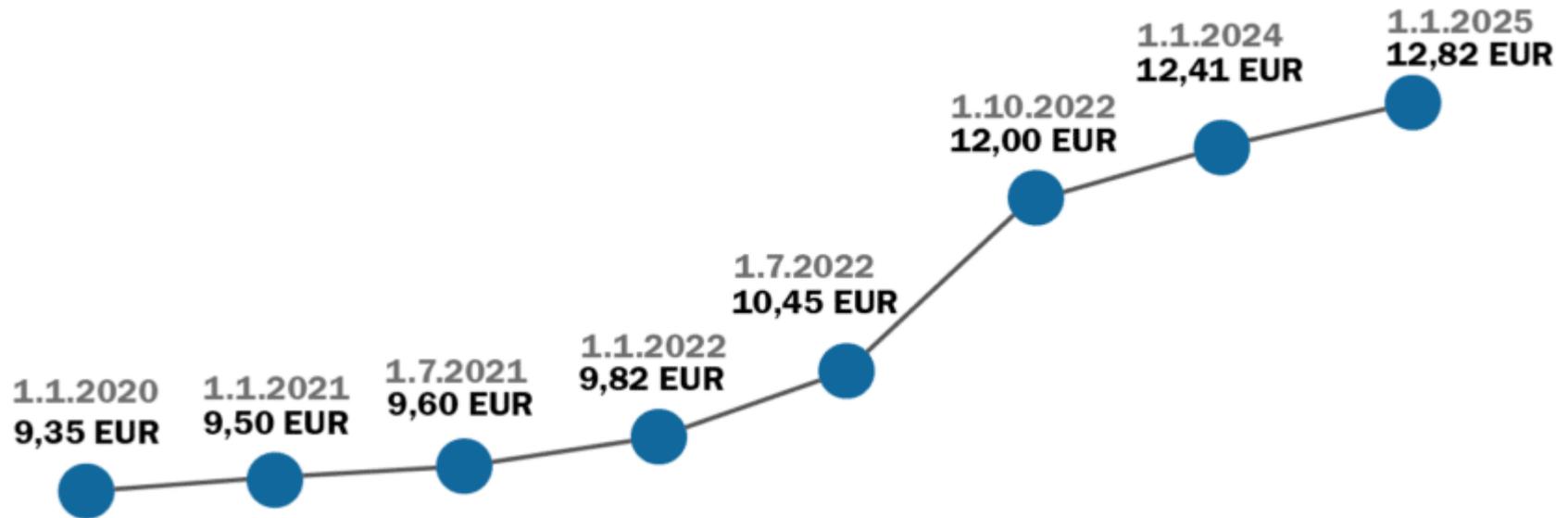
**Überblick über praxisrelevante Neuerungen  
im Bereich der Rechtsprechung und Gesetzgebung**

**Dominik Morstein**

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Wirtschaftsmediator (CVM) | Europajurist (Univ. Würzburg)  
Zertifizierter Berater im Datenschutzrecht (FernUniversität in Hagen)

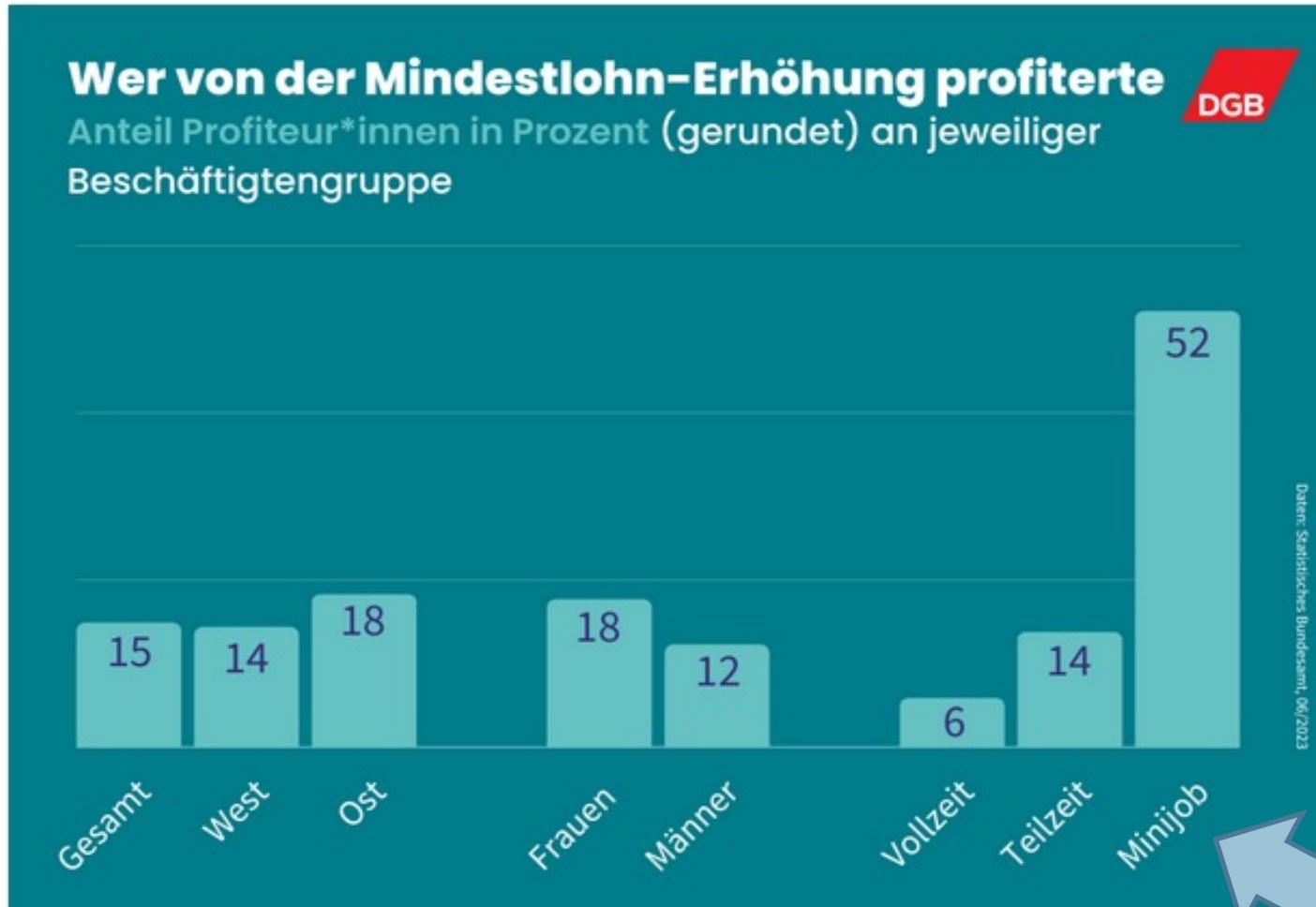
# Mindestlohn und Minijobs

# Erhöhung des gesetzlichen Mindestlohns



- Seit 01.01.2024: Gesetzliche Mindestlohn **12,41 EUR pro Stunde**
- Bei einer 40-Stunden-Woche liegt der Bruttoverdienst mit Mindestlohn bei ca. 2.150,00 EUR pro Monat
- In allen Arbeitsverhältnissen ist ein „**Mindestlohnsockel**“ in Höhe des jeweiligen gesetzlichen Mindestlohns pro Stunde tatsächlich erbrachter Arbeitszeit enthalten, der nicht einer etwa vereinbarten Ausschlussfrist, sondern nur der dreijährigen Regelverjährung nach Maßgabe von §§ 194 ff. BGB unterliegt
- Daneben drohen bei Verstößen gegen das Mindestlohngesetz empfindliche **Geldbußen**

# Erhöhung des gesetzlichen Mindestlohns



# Zur Erinnerung : Änderungen im Bereich der geringfügigen Beschäftigung

- Bundesregierung hat gleichzeitig mit Erhöhung des gesetzlichen Mindestlohns Änderungen im Bereich der geringfügigen Beschäftigung mit Wirkung zum 01.10.2022 vorgenommen
- **Grenze für die Entgeltgeringfügigkeit / Minijob** wurde **erhöht** und **zugleich dynamisiert** werden:
- Künftig orientiert sich monatliche Geringfügigkeitsgrenze an einer **Wochenarbeitszeit von 10 Stunden zu Mindestlohnbedingungen**
  - = Mindestlohn EUR/Stunde x 10 Stunden/Wochen x 13 Wochen ./ 3 Monate; aufgerundet auf volle Euro
  - Erhöhungen des gesetzlichen Mindestlohns führen daher zukünftig automatisch zu einer Erhöhung der Entgeltgrenze für eine geringfügige Beschäftigung



Daraus resultiert die neue Grenze für Minijobs von  
12,41 €/Std x 10 Std/Woche x 13 Wochen ./ 3 Monate, aufgerundet =  
**538 Euro/Monat**

# Geringfügige Beschäftigung

- § 8 Abs. 1 SGB IV: Eine geringfügige Beschäftigung liegt vor, wenn
  1. das **Arbeitsentgelt** aus dieser Beschäftigung regelmäßig die **Geringfügigkeitsgrenze** (= Mindestlohn EUR/Stunde x 10 Stunden/Wochen x 13 Wochen ./ 3 Monate; aufgerundet auf volle Euro = **538 EUR**; früher: regelmäßig im Monat 450 Euro) **nicht übersteigt** (= Entgeltgeringfügigkeit, Minijob, „ehemaliger 450 EUR-Job“)
  2. die Beschäftigung innerhalb eines Kalenderjahres **auf längstens drei Monate** oder **70 Arbeitstage** nach ihrer Eigenart begrenzt zu sein pflegt oder **im Voraus vertraglich begrenzt** ist, **es sei denn**, dass die Beschäftigung **berufsmäßig** ausgeübt wird und die Geringfügigkeitsgrenze übersteigt (Zeitgeringfügigkeit, kurzfristige Beschäftigung)
- Für Arbeitgeber attraktiv, da **Lohnnebenkosten** gespart werden können:
  - Zeitgeringfügigkeit aus Abgabensicht immer die günstigste Variante, weil keine Sozialversicherungsbeiträge zu zahlen sind und der Arbeitnehmer in der Regel die Steuern zahlt;
  - bei Entgeltgeringfügigkeit KV-Pauschalbeitrag: 13 Prozent, RV-Pauschalbeitrag: 15 Prozent, einheitliche Pauschsteuer: 2 Prozent, Umlage U1/U2 und Insolvenzgeldumlage ca. 1,5 %
- Für Arbeitnehmer attraktiv, da bei Minijob **in der Regel Gehalt brutto = netto** ausgezahlt wird, d.h. keine Abgaben und Steuern zu tragen sind und bei kurzfristiger Beschäftigung keine Sozialversicherungsbeiträge gezahlt werden müssen

# Häufiger Fehler in der betrieblichen Praxis

## Geringfügig Beschäftigte sind keine Arbeitnehmer zweiter Klasse

- Status als geringfügiger Beschäftigter hat nur Bedeutung für Steuer- und Sozialversicherungsrecht
- **Arbeitsrechtliche Regelungen** finden hingegen ganz (z.B. KSchG, EFZG, BUrlG) **normal Anwendung**
  - BAG: „*Als geringfügig Beschäftigter ist der Kläger teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer iSd § 2 Abs. 2 TzBfG.*“
  - Geringfügig Beschäftigte haben Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und an Feiertagen, Anspruch auf Urlaub
  - Geringfügig Beschäftigte können Kündigungsschutz genießen
- BAG, Urt. v. 18.1.2023 – 5 AZR 108/22: Geringfügig Beschäftigte dürfen bei gleicher Qualifikation für die identische Tätigkeit keine geringere Stundenvergütung erhalten als vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer
- Minijobber zählen auch bei allen gesetzlichen Grenzwerten
  - Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetz nach § 23 KSchG

# Basics Kündigungsschutzrecht

- Grundsatz:
  - Außerordentliche fristlose Kündigung ist nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zulässig („letzte Mittel“, höchste Wirksamkeitsvoraussetzungen)
    - Fristlose Kündigung kann nur innerhalb von 2 Wochen ausgesprochen, nachdem Kündigungsgrund bekannt wurde (§ 626 Abs. 2 BGB)
  - Ordentliche fristgemäße Kündigung eines Arbeitsverhältnisses bedarf für seine Wirksamkeit *grundsätzlich* keinen Grund
- Bei Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetz:
  - Auch ordentliche Kündigung bedarf für seine Wirksamkeit das Vorliegen eines anerkannten Kündigungsgrundes (betriebsbedingte / personenbedingte / verhaltensbedingte Gründe)
- Kündigungsschutz findet Anwendung
  - wenn Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate besteht (§ 1 Abs. 1 KSchG) und
  - im Betrieb mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigt sind (§ 23 Abs. 1 KSchG)
    - Es werden nicht Köpfe gezählt; abhängig von Wochenstundenzahl zählen gewisse Arbeitnehmer nur anteilig:

|                             |      |
|-----------------------------|------|
| – 0-20 Wochenstunden:       | 0,5  |
| – 20.01 – 30 Wochenstunden: | 0,75 |
| – Ab 30.01 Wochenstunden:   | 1    |

# Basics: Kündigungsschutzrecht

| Allgemeiner Kündigungsschutz nach KSchG   | Besonderer Kündigungsschutz<br>Sonderkündigungsschutz   |
|---|---|
| <p>An Arbeitnehmereigenschaft werden keine besondere Anforderungen gestellt</p> <p>Jeder Arbeitnehmer kann bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen in Genuss von Kündigungsschutz kommen<br/>(länger als 6 Monate + mehr als 10 AN im Betrieb)</p> | <p>Erfasst werden nur besonders schutzwürdige Personengruppen</p> <p>Praxisrelevant: Schwerbehinderte und Gleichgestellte, Schwangere, Mütter, Eltern in Elternzeit, Funktionsträger der Betriebsverfassung, interner Datenschutzbeauftragter, Auszubildende nach Probezeit (max. 4 Monate)</p> |
| <p>Geregelt im Kündigungsschutzgesetz</p>   | <p>Geregelt in Sondergesetzen (MuSchG, BEEG, SGB IX, BDSG, etc.)</p>  |
| <p>An Wirksamkeit ordentlicher Kündigung werden Anforderungen gestellt – es muss ein anerkannter Kündigungsgrund vorliegen</p>  | <p>teilweise wird auch an Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung besondere Anforderungen gestellt;<br/>teilweise wird ordentliche Kündigung ausgeschlossen;<br/>teilweise benötigt Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung die Genehmigung einer staatlichen Behörde</p>                 |

# Wichtigster Sonderkündigungsschutz in der Praxis: Schwerbehinderte und ihnen gleichgestellte Menschen

- Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers (= Grad der Behinderung von mind. 50) bzw. gleichgestellten Arbeitnehmer (GdB von 30 + Gleichstellung durch Agentur für Arbeit) **bedarf vorherigen Zustimmung** des **Integrations-/Inklusionsamtes**
- **fehlt** Zustimmung ist **Kündigung unwirksam**
- **gilt auch** wenn Arbeitgeber **Schwerbehinderung unbekannt** war, sofern innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Hinweis auf Schwerbehinderung erfolgt
- gilt sogar auch dann, wenn **Arbeitnehmer lediglich mindestens drei Wochen vor Zugang** einen **Antrag** auf Anerkennung als Schwerbehinderter bzw. Gleichstellung **gestellt hat**, über den noch nicht entschieden wurde!
- allerdings: **Sonderkündigungsschutz greift erst, wenn Arbeitsverhältnis 6 Monaten bestanden hat** (§ 173 I Nr. 1 SGB IX)

# Arbeitsgericht Köln

## Urt. v. 20.12.2023 – 18 Ca 3954/23

- Ordentliche fristgemäße Kündigung eines schwerbehinderten Menschen während der ersten sechs Monaten
- Arbeitgeber hat vor Ausspruch der „Probezeitkündigung“ kein Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX durchgeführt
  - *„Der Arbeitgeber schaltet bei Eintreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten im Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnis, die zur Gefährdung dieses Verhältnisses führen können, möglichst frühzeitig die Schwerbehindertenvertretung und die in § 176 genannten Vertretungen sowie das Integrationsamt ein, um mit ihnen alle Möglichkeiten und alle zur Verfügung stehenden Hilfen zur Beratung und mögliche finanzielle Leistungen zu erörtern, mit denen die Schwierigkeiten beseitigt werden können und das Arbeits- oder sonstige Beschäftigungsverhältnis möglichst dauerhaft fortgesetzt werden kann.“*
- BAG, Urt. v. 21.04.2016 – 8 AZR 402/14:  
Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, innerhalb der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG ein Präventionsverfahren durchzuführen.

# Arbeitsgericht Köln

## Urt. v. 20.12.2023 – 18 Ca 3954/23

- Von dieser Rechtsprechung weicht das Arbeitsgericht – mit sorgfältiger und ausführlicher Begründung – ab und beruft sich dabei insbesondere auf unionsrechtliche Vorgaben
- Probezeitkündigung wurde für unwirksam erklärt
  1. Kündigungen, die gegen § 164 Abs. 2 SGB IX („Arbeitgeber dürfen schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligen.“) verstoßen, sind rechtsunwirksam.
  2. Eine durch § 164 Abs. 2 SGB IX verbotene Diskriminierung ist indiziert, wenn der Arbeitgeber gegen seine Verpflichtung aus § 167 SGB IX verstößt.
  3. Arbeitgeber sind auch während der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG verpflichtet, ein Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX durchzuführen

# Praxistipp

- Arbeitgeber sollten vor diesem Hintergrund Schwerbehinderte nur noch befristet einstellen
  - Das Arbeitsverhältnis endet dann in jedem Fall, ohne dass es einer Kündigung bedarf
- Bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis sollte ein Arbeitgeber vorsorglich auch in der Wartezeit das Präventionsverfahren durchführen
  - Problem hierbei jedoch, dass Präventionsverfahren sehr zeitintensiv ist und Ablauf der Wartezeit des § 1 Abs. KSchG droht

# Risiko von „Nullstundenverträge“

# Notwendigkeit der Festlegung einer wöchentlichen Mindestarbeitszeit

- Lange Zeit üblich insbesondere bei Minijobs:
  - Bezahlung von Arbeitnehmern nach angefallenen Stunden
  - kein festes monatliches Gehalt
- Aber: Die Vereinbarung eines Nullstundenvertrages bzw. einer Arbeit nach Anfall / auf Abruf, bei der nur die tatsächlich angefallenen Arbeitsstunden variabel ausgezahlt werden, ist nicht zulässig
  - Unternehmerrisiko kann und darf nicht auf Arbeitnehmer abgewälzt werden
  - Durch Vereinbarung einer festen Mindestarbeitszeit soll verhindert werden, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer während des bestehenden Arbeitsverhältnisses überhaupt nicht zur Arbeitsleistung heranzieht
  - Durch die Vereinbarung einer Mindestarbeitszeit wird sichergestellt, dass die Arbeitnehmer ein verstetigtes festes Gehalt jeden Monat erhalten
  - Gilt auch für Minijobber!
- § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG: „Wenn die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist, gilt eine Arbeitszeit von 20 Stunden als vereinbart.“
  - Diese Rechtslage haben mittlerweile auch die Betriebsprüfer auf dem Schirm!
  - Risiko der Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen (zzgl. Zinsen und Säumniszuschläge) für die letzten 4 Jahre mit Folge, dass Minijobverhältnis zu einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis verkommen würde
  - Kann richtig teuer werden!

## BAG, Urt. v. 18.10.2023 – 5 AZR 22/23

*Eine Frau war seit 2009 für ein Druckindustrie-Unternehmen als "Abrufkraft Helferin Einlage" tätig. Die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit war arbeitsvertraglich nicht geregelt. Die Mitarbeiterin machte geltend, das Unternehmen habe ihre Arbeitskraft in den Jahren 2017 bis 2019 durchschnittlich 103,2 Stunden monatlich abgerufen - dies sei zu vergütende Arbeitszeit (ca. 23,8 Std/Woche). Weil sie ab 2020 weniger eingesetzt wurde, verlangte die Arbeitnehmerin eine Nachzahlung wegen Annahmeverzugs.*

*Ihre Klage hatte nur teilweise Erfolg, nämlich nur soweit in einzelnen Wochen weniger als 20 Stunden Arbeitsleistung abgerufen worden waren.*

- Vereinbaren Arbeitgeber und Arbeitnehmer Arbeit auf Abruf, **legen** aber die **Dauer** der wöchentlichen Arbeitszeit **nicht fest, gilt grundsätzlich nach § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG eine Arbeitszeit von 20 Stunden als vereinbart.**
- Eine abweichende Auslegung kommt laut BAG nur in Ausnahmefällen in Betracht.
- Die Vorschrift des § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG wird von der Rechtsprechung immer herangezogen, wenn im Arbeitsvertrag keine Arbeitszeit vereinbart ist
- Dementsprechend hat das BAG bei einer Vertragsgestaltung, bei der ohne Festlegung einer bestimmten Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit eine „Festbeschäftigung mit flexibler Arbeitszeit nach den betrieblichen Erfordernissen“ vereinbart war und der Arbeitnehmer in unterschiedlichem Umfang zur Arbeitsleistung herangezogen wurde, die Fiktion des § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG angewendet (BAG, Urt. v. 24.9.2014 –5 AZR 1024/12 – Rn. 24)

## BAG, Urt. v. 18.10.2023 – 5 AZR 22/23

*Eine Frau war seit 2009 für ein Druckindustrie-Unternehmen als "Abrufkraft Helferin Einlage" tätig. Die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit war arbeitsvertraglich nicht geregelt. Die Mitarbeiterin machte geltend, das Unternehmen habe ihre Arbeitskraft in den Jahren 2017 bis 2019 durchschnittlich 103,2 Stunden monatlich abgerufen - dies sei zu vergütende Arbeitszeit. Weil sie ab 2020 weniger eingesetzt wurde, verlangte die Arbeitnehmerin eine Nachzahlung wegen Annahmeverzugs.*

*Ihre Klage hatte nur in geringem Umfang Erfolg, nämlich nur soweit in einzelnen Wochen weniger als 20 Stunden Arbeitsleistung abgerufen worden waren.*

- Die **Vereinbarung** einer **anderen Dauer** der wöchentlichen Arbeitszeit **kann** auch **konkludent** erfolgen. Dafür **reicht** aber **in der Regel** das **bloße Abrufverhalten des Arbeitgebers in einem bestimmten Zeitraum nicht aus**.
- Eine Abweichung von den 20 Wochenstunden nach § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG kann im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nur dann angenommen werden, wenn die gesetzliche Regelung nicht sachgerecht ist und objektive Anhaltspunkte dafür vorliegen, die Parteien hätten bei Vertragsschluss übereinstimmend eine andere Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit gewollt.

**Erster kleiner Beitrag zum Bürokratieabbau**

-

**Zukünftig elektronische Form für den Nachweis der  
Arbeitsbedingungen**

# Nachweisgesetz

- **20.07.2022: Reform des Nachweisgesetzes** aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben, wodurch insbesondere die **arbeitgeberseitigen Unterrichtungspflichten erweitert** wurden
  - Hierzu wurden die in § 2 NachwG bestehende Nachweispflichten etwa in Bezug auf den Arbeitsort, die Kündigung und die Vergütungszusammensetzung ergänzt sowie
  - neue Informationspflichten z.B. in Bezug auf die Probezeit, den Umfang des Fortbildungsanspruchs, Überstunden, Abrufarbeit und die Identität des Versorgungsträgers im Falle der betrieblichen Altersversorgung eingeführt.
  - Auch bezüglich der Frist zur Bereitstellung der Informationen wurden Änderung vorgenommen.
- **Neu:** Es droht **Bußgeld** bis zu 2.000 EUR pro Verstoß
- Wie bisher: Schriftformerfordernis = Nachweis muss nach geltender Rechtslage **schriftlich** erfolgen und **unterschrieben** werden („Blaue Tinte auf weißem Papier“)
- Digitale/elektronische Information nicht ausreichend, obwohl Richtlinie diese Möglichkeit vorsieht

# Geplante Reform des Nachweisgesetz

- 21.03.2024 Pressemitteilung der Regierungsfractionen:
  - **Zukünftig** soll Schriftform (§ 126 BGB) durch **Textform** (§ 126a BGB) ersetzt werden.
  - Justizminister Buschmann: *„Konkret soll im Nachweisgesetz künftig der Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen in Textform ermöglicht werden, sofern das Dokument für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zugänglich ist, gespeichert und ausgedruckt werden kann und der Arbeitgeber einen Übermittlungs- und Empfangsnachweis erhält.“*
  - Mit anderen Worten: Für den Nachweis der wesentlichen Arbeitsbedingungen im Sinne des NachwG **soll zukünftig grundsätzlich auch eine E-Mail bzw. eine per E-Mail übersandte pdf-Datei genügen!**
  - Aber: Wenn Arbeitnehmer es verlangen, muss ihnen der Arbeitgeber auch zukünftig einen schriftlichen Nachweis zur Verfügung stellen.

# Hinweisgeberschutzgesetz

# Hinweisgeberschutzgesetz

- **02.06.2023:** Inkrafttreten des „Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen“ (kurz: **Hinweisgeberschutzgesetz**)
  - Es werden nicht nur Meldungen von Verstößen gegen Unionsrecht erfasst, sondern auch Verstöße gegen nationales Recht
  - **Pflicht zur Errichtung einer unternehmensinternen Meldestelle** für bestimmte Unternehmen:
    - Unternehmen bestimmter Branchen (z.B. Finanzdienstleistungsbranche)
    - Unternehmen, die entweder in der Regel **mehr als 50 Mitarbeiter (gilt seit 17.12.2023)** beschäftigen oder einen Umsatz von mehr als EUR 10 Mio. haben
    - Auch Dritter kann mit Aufgaben einer internen Meldestelle betraut werden
    - Bei **Verstoß** gegen Errichtungspflicht einer internen Meldestelle droht **Bußgeld bis 20.000 EUR**
    - Die interne Meldestelle sollte auch anonym eingehende Meldungen bearbeiten. Es besteht allerdings keine Verpflichtung, die Meldekanäle so zu gestalten, dass sie die Abgabe anonymer Meldungen ermöglichen.
    - Detaillierte Verfahrensvorschriften in §§ 17, 18 HinSchG
  - Beschäftigte haben gem. § 7 Abs. 1 S. 1 HinSchG ein **Wahlrecht, ob** sie bei der **externen** oder **internen** Meldestelle einen Verstoß melden.
    - Dies stellt Änderung zur bisher geltenden Rechtsprechung dar, die in der Regel zunächst einen internen Klärungsversuch erforderte (BAG 2 AZR 42/16)
    - Bei externer Meldestelle sind auch anonyme Meldungen möglich



## Externe Meldestelle des Bundes beim Bundesamt für Justiz

[Zur Online-Meldung](#) 

Haben Sie im Zusammenhang mit Ihrer beruflichen Tätigkeit oder im Vorfeld einer beruflichen Tätigkeit Informationen über Verstöße erlangt? Sie erwägen, einen solchen Verstoß bei der externen Meldestelle des Bundes beim Bundesamt für Justiz ([BfJ](#)) zu melden, damit hier geeignete Folgemaßnahmen ergriffen werden können?

Ihre Informationen können über unsere Meldestelle an die zuständigen Behörden übersandt werden und so dazu beitragen, dass Verstöße wirksam aufgedeckt, untersucht und verfolgt werden.

Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber leisten einen wichtigen Beitrag zur Aufdeckung und Ahndung von Missständen. Allerdings gab es in der Vergangenheit immer wieder Fälle, in denen sie infolge einer Meldung von Missständen beruflich benachteiligt wurden. Ziel des Hinweisgeberschutzgesetzes ([HinSchG](#)) ist es, Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber vor Benachteiligungen zu schützen und ihnen Rechtssicherheit zu geben. Ein weiteres Herzstück des [HinSchG](#) ist der bestmögliche Schutz ihrer Identität. Die externe Meldestelle des Bundes beim Bundesamt für Justiz ist dabei zentrale Ansprechpartnerin.

# Kündigungsschutz für Hinweisgeber

- § 36 Abs. 1 HinSchG: **Hinweisgeber** erhalten einen **besonderen Rechtsschutz vor Repressalien**
  - Repressalien sind Handlungen oder Unterlassungen im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit, die eine Reaktion auf eine Meldung oder eine Offenlegung sind und durch die der hinweisgebenden Person ein ungerechtfertigter Nachteil entsteht oder entstehen kann
  - So wären Kündigungen / Abmahnungen / Versetzungen als Reaktion auf einen Hinweis generell unwirksam
- § 36 Abs. 2 HinSchG: Für die Gewährleistung dieses Schutzes wird eine prozessuale **Beweislastumkehr zulasten des Arbeitgebers** eingeführt:

*„Erleidet eine hinweisgebende Person eine Benachteiligung im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit und macht sie geltend, diese Benachteiligung infolge einer Meldung oder Offenlegung nach diesem Gesetz erlitten zu haben, so wird vermutet, dass diese Benachteiligung eine Repressalie für diese Meldung oder Offenlegung ist. In diesem Fall hat die Person, die die hinweisgebende Person benachteiligt hat, zu beweisen, dass die Benachteiligung auf hinreichend gerechtfertigten Gründen basierte oder dass sie nicht auf der Meldung oder Offenlegung beruhte.“*
- Für Arbeitgeber ist der Gegenbeweis nur sehr schwer möglich (vgl. AGG-Fälle im Bewerbungsprozess)

# Generelle Pflicht zur Arbeitszeitdokumentation

-

## Weiter Warten auf den Gesetzgeber

# Arbeitszeit

## Aktuelle deutsche Gesetzeslage (insbes. ArbZG)

- strikte Differenzierung zwischen Arbeits- und Ruhezeit, die keinen Raum für Zwischenformen lässt
- Tägliche Höchstarbeitszeit = 10 Stunden
- Wöchentliche Höchstarbeitszeit = 60 Stunden, wenn im Durchschnitt von 6 Monaten eine durchschnittliche Wochenarbeitszeit von maximal 48 Stunden erreicht wird
- zwingende tägliche Ruhezeit (= Zeitspanne zwischen Ende Arbeitstag und Beginn neuen Arbeitstag) = 11 *ununterbrochene* Stunden
- Abweichungen nur aufgrund von Tarifvertrag oder Betriebs-/Dienstvereinbarung möglich
- Bis 13.09.2022 einhellige Auffassung:

Keine generelle, *in einem Gesetz vorgesehene* Pflicht zur Aufzeichnung von Arbeitszeit

# Gesetzlich geregelte Pflichten zur Arbeitszeitdokumentation

- § 16 Abs. 2 ArbZG: Aufzeichnungspflicht für **über 8 Stunden hinausgehende tägliche Arbeitszeit + Arbeit an Sonn- und Feiertagen**
- § 17 I 1 MiLoG: generelle Pflicht zur Arbeitszeitaufzeichnung und Aufbewahrung
  - bei **geringfügig Beschäftigten** (unabhängig von der Branche des Arbeitgebers)
  - in den Wirtschaftsbereichen, die nach § 2a SchwarzArbG unter das **Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz** fallen, sofern das Bruttomonatsentgelt niedriger als 2.784,00 EUR ist + Lohn nachweislich in den letzten zwölf Monaten vollumfänglich gezahlt wurde bzw. – wenn dies nicht der Fall ist - niedriger als 4.176,00 EUR ist, § 1 I MiLoDokV  
(Bau-, Gaststätten- und Beherbergungs-, Personenbeförderungs-, Speditions-, Transport und damit verbundenen Logistikgewerbe, Schaustellergewerbe, Unternehmen in der Fortwirtschaft, Gebäudereinigungsgewerbe, Unternehmen, die sich am Auf- und Abbau von Messen und Ausstellungen beteiligen, Fleischwirtschaft, Prostitutionsgewerbe, Wach- und Sicherheitsgewerbe)
- § 21a VII ArbZG: Aufzeichnungspflicht für Arbeitszeit von Fahrern/Beifahrern bei **Straßenverkehrstätigkeiten**
- § 19 I AEntG: Aufzeichnungspflicht im Bereich von allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge
- § 17c AÜG: Aufzeichnungspflicht bei Leiharbeitnehmern
- Delegation der Arbeitszeiterfassung auf Arbeitnehmer zulässig, sofern stichprobenartige Kontrollen seitens des Arbeitgebers erfolgen
- Form der Arbeitszeiterfassung nicht vorgeschrieben

## EuGH, Urteil vom 14.05.2019 – C 55/18 (CCOO)

- EuGH entschied, dass die **Mitgliedstaaten die Arbeitgeber verpflichten** müssen, „**ein objektives, verlässliches und zugängliches System zu errichten**“, **mit dem Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit eines jeden Arbeitnehmers aufgezeichnet** werden kann.
  - Ohne ein solches System *gebe es keine Garantie* dafür, dass die *Arbeitnehmerrechte in Bezug auf Ruhe- und Höchstarbeitszeiten auch gewährleistet* würden
- **Spielraum der Mitgliedstaaten** beschränkt sich nach Ansicht des EuGH darauf, die **konkreten Modalitäten zur Umsetzung eines solchen Systems, insbesondere dessen Form, festzulegen**
- Hierbei könnten die Besonderheiten des jeweiligen Tätigkeitsbereichs und die Eigenheiten bestimmter Unternehmen, namentlich ihre Größe, berücksichtigt werden
- Zudem verweist der EuGH auf Ausnahmenvorschriften in der Arbeitszeitrichtlinie, wonach die Mitgliedstaaten Ausnahmen vornehmen dürfen, wenn die Dauer der Arbeitszeit wegen besonderer Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht bemessen und/oder vorherbestimmt ist oder von den Arbeitnehmern selbst bestimmt werden kann

# EuGH, Urteil vom 14.05.2019 – C 55/18 (CCOO)

*Wichtigste Frage bis Sept. 2022: Besteht ein aktueller Handlungsbedarf?*

- Bis September 2022 überwiegende Ansicht (-)
  - Richtlinienkonforme Auslegung des derzeit geltenden Rechts nicht möglich; Wortlaut des § 16 Abs. 2 ArbZG insoweit eindeutig
  - auch gibt es grds. keine Direktwirkung einzelner Richtlinienvorgaben
- Koalitionsvertrag zu diesem Thema:

*„Im Dialog mit den Sozialpartnern prüfen wir, welchen Anpassungsbedarf wir angesichts der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Arbeitszeitrecht sehen. Dabei müssen flexible Arbeitszeitmodelle (z. B. Vertrauensarbeitszeit) weiterhin möglich sein.“*

- **Einig** war und ist man sich jedoch, dass aus Missachtung einer möglichen generellen Dokumentationspflicht (aufgrund des sog. rechtsstaatlich gebotenen, strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz) **keine bußgeld- oder strafrechtlichen Folgen** resultieren können

## BAG, Urteil vom 13.09.2022 – 1 ABR 22/21

- Hintergrund der Entscheidung war (vereinfacht ausgedrückt) die Frage, ob der Betriebsrat die Einführung einer elektronischen Zeiterfassung in Einigungsstellenverfahren durchsetzen kann
- Leitsatz 1 des Bundesarbeitsgerichts:

**Arbeitgeber sind nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG verpflichtet, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer zu erfassen, für die der Gesetzgeber nicht auf der Grundlage von Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG eine von den Vorgaben in Art. 3, 5 und 6 Buchst. b dieser Richtlinie abweichende Regelung getroffen hat.**

- § 3 ArbSchG lautet auszugsweise:

*§ 3 Grundpflichten des Arbeitgebers*

*(1) <sup>1</sup>Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen. <sup>2</sup>Er hat die Maßnahmen auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen und erforderlichenfalls sich ändernden Gegebenheiten anzupassen. ...*

*(2) Zur Planung und Durchführung der Maßnahmen nach Absatz 1 hat der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der Art der Tätigkeiten und der Zahl der Beschäftigten*

*1. für eine geeignete Organisation zu sorgen und die erforderlichen Mittel bereitzustellen*

# BAG, Urteil vom 13.09.2022 – 1 ABR 22/21

## Auswirkungen auf betriebliche Praxis

- Bundesministerium Arbeit und Soziales hat am 28.09.2022 „Fragen und Antworten zur Arbeitszeiterfassung“ veröffentlicht
- Wichtigste Aussagen für betriebliche Praxis:

**Was hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) in seiner Entscheidung vom 13. September 2022 (BAG - 1 ABR 22/21) beschlossen?**

Das Bundesarbeitsgericht hat am 13. September 2022 verbindlich entschieden, dass **auch in Deutschland die gesamte Arbeitszeit** der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer **aufzuzeichnen** ist. Der **Arbeitgeber** ist nach § 3 Absatz 2 Nummer 1 des Arbeitsschutzgesetzes (ArbSchG) - unter Vornahme einer unionsrechtskonformen Auslegung - **verpflichtet**, ein **System einzuführen**, mit dem die von den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern **geleistete Arbeitszeit erfasst** werden kann (BAG - 1 ABR 22/21).

Dabei bezieht sich das BAG auf ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 14. Mai 2019, welches die Auslegung der Arbeitszeitrichtlinie betraf. Nach der BAG-Entscheidung **ist das Urteil des EuGH** aufgrund des Arbeitsschutzgesetzes **bereits heute** von den **Arbeitgebern in Deutschland zu beachten**.

# BAG, Urteil vom 13.09.2022 – 1 ABR 22/21

## Auswirkungen auf betriebliche Praxis

### Was genau muss ein Arbeitgeber erfassen?

Festlegungen zum Inhalt der Arbeitszeitdokumentation sind noch nicht getroffen worden. Aber: Um die Einhaltung der Höchstarbeitszeit sowie der täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten wirksam gewährleisten zu können, muss der Arbeitgeber **Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit** jeder Arbeitnehmerin bzw. jedes Arbeitnehmers aufzeichnen.

### Wie und wann muss die Arbeitszeit erfasst werden?

Festlegungen zum Inhalt der Arbeitszeitdokumentation sind noch nicht getroffen worden. Für die Aufzeichnung besteht derzeit **keine Formvorschrift**; sie kann **auch handschriftlich** erfolgen.

### Kann der Arbeitgeber die Erfassung auf seine Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer delegieren?

Nach Auffassung des BMAS kann der Arbeitgeber die Aufzeichnung so wie bislang auch schon **delegieren**, wobei er für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorgaben des Arbeitsschutzes verantwortlich bleibt.

# BAG, Urteil vom 13.09.2022 – 1 ABR 22/21

## Auswirkungen auf betriebliche Praxis

**Bis wann wird es einen konkreteren gesetzlichen Rahmen für die Arbeitszeiterfassung geben?**

Welche Konsequenzen sich konkret aus der Entscheidung des BAG für den Gesetzgeber ergeben, muss geprüft werden und hängt im Detail von den noch nicht veröffentlichten Entscheidungsgründen ab. Danach wird das BMAS Vorschläge für die Ausgestaltung der Arbeitszeiterfassung machen.

- 02.12.2022: Veröffentlichung der Entscheidungsgründe
- **18.04.2023: Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitszeitgesetzes und anderer Vorschriften**
- Auszug aus Begründung: *„Nach der BAG-Entscheidung ist das Urteil des EuGH (...) bereits heute von den Arbeitgebern in Deutschland zu beachten. Damit hat das BAG die Frage des „Ob“ der Arbeitszeitaufzeichnung entschieden. Bezüglich des „Wie“ der Aufzeichnung besteht jedoch weiterhin Unsicherheiten; es ist Aufgabe des Gesetzgebers diese Unsicherheiten zu klären.“*

# Referentenentwurf des BMAS zur Arbeitszeiterfassung vom 18.04.2022

- **Was ist der Inhalt des Referentenentwurfs?**
  - Umfangreiche Neugestaltung des bestehenden § 16 ArbZG
    - Wo bisher im Kern geregelt war, dass Arbeitgeber die arbeitstäglich „über“ acht Stunden „hinausgehende“ Arbeitszeit aufzuzeichnen haben, implementiert der Entwurf nun umfassende Regelungen zu Art und Weise der Erfassung sämtlicher Arbeitszeiten
  - In § 22 ArbZG werden neue Regelungen zu Bußgeldtatbeständen aufgenommen
  - Analog zum ArbZG wird auch das JArbSchG angepasst

# Referentenentwurf des BMAS zur Arbeitszeiterfassung

- **Was ist die Kernregelung des Referentenentwurfs?**
  - Entwurf verpflichtet zur **tagesaktuellen** und **elektronischen Arbeitszeiterfassung**
    - § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG RefE:  
*„Der Arbeitgeber ist verpflichtet, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit jeweils am Tag der Arbeitsleistung elektronisch aufzuzeichnen.“*
    - Abweichungen hiervon sind nur in eng definierten Ausnahmefällen möglich
  - Die Aufzeichnungen über die Arbeitszeit müssen **für zwei Jahre aufbewahrt** werden
  - Auf Verlangen des **Arbeitnehmers** muss der Arbeitgeber diesen über die **aufgezeichnete Arbeitszeit informieren** und ihm eine **Kopie** zur Verfügung stellen
  - **Verstöße** gegen diese Pflichten sind **bußgeldbewehrt**

# Referentenentwurf des BMAS zur Arbeitszeiterfassung

- **Wie soll die Arbeitszeit erfasst werden?**
  - Arbeitszeiterfassung muss grundsätzlich **elektronisch** erfolgen
    - Nur bei Hausangestellten und in Kleinbetrieben mit nicht mehr als zehn Arbeitnehmern darf dauerhaft in nichtelektronischer Form aufgezeichnet werden
    - Elektronisch = „Zeiterfassungssysteme, Apps, Tabellenkalkulationsprogramme“
  - Arbeitszeiterfassung muss **am Tag der Arbeitsleistung** erfolgen!
    - Tagesaktuelle Erfassung ist weder unionsrechtlich, noch nach den Vorgaben des BAG erforderlich
  - **Jegliche Arbeitszeit** ist zu erfassen, z.B. auch das Verfassen einer kurzen E-Mail am Abend

## Referentenentwurf des BMAS zur Arbeitszeiterfassung

- **Müssen Arbeitszeitnachweise aufbewahrt bzw. zur Verfügung gestellt werden?**
  - Laut Entwurf ist der Arbeitgeber verpflichtet, Arbeitszeitnachweise **für mindestens zwei Jahre aufzubewahren**
  - Auf Verlangen des Arbeitnehmers muss der Arbeitgeber diesen – in **Papierform** oder durch Überlassung einer **elektronischen Kopie** – über die **aufgezeichnete Arbeitszeit informieren**
    - Verstoß ist bußgeldbewehrt

# Referentenentwurf des BMAS zur Arbeitszeiterfassung

- **Gelten die neuen Regeln für alle Arbeitgeber?**
  - Die Pflicht zur vollständigen Arbeitszeiterfassung **gilt flächendeckend für alle Arbeitgeber aller Branchen unabhängig von der Betriebsgröße**, somit auch für Kleinbetriebe
  - Der Entwurf sieht **nur in Bezug** auf die Möglichkeit, die Arbeitszeit vorerst für einen begrenzten Zeitraum **händisch**, d.h. in nichtelektronischer Form **aufzeichnen** zu können, gestaffelte **Übergangsfristen** für größere, mittlere und kleine Unternehmen vor
    - Weniger als 50 Arbeitnehmer: 5 Jahre ab Inkrafttreten
    - Mehr als 50, aber weniger 250 Arbeitnehmer: 2 Jahre
    - Mehr als 250 Arbeitnehmer: 1 Jahr
    - (P) Frage der Zählweise
  - Arbeitgeber mit **weniger als 10 Arbeitnehmer** können Arbeitszeit **dauerhaft** Arbeitszeit **nicht elektronisch** aufzuzeichnen

# Referentenentwurf des BMAS zur Arbeitszeiterfassung

- **Wer hat die Arbeitszeit zu erfassen?**
  - Die Arbeitszeit ist grundsätzlich vom **Arbeitgeber** zu erfassen
  - Er kann aber auch die Arbeitszeit durch die **Arbeitnehmer** selbst erfassen lassen oder auch durch **Dritte** (z.B. Vorgesetzte)
    - Gleichwohl **bleibt** der **Arbeitgeber** für die ordnungsgemäße Aufzeichnung **verantwortlich**

## Referentenentwurf des BMAS zur Arbeitszeiterfassung

- **Muss die Arbeitszeit aller Arbeitnehmer erfasst werden?**
  - Grundsätzlich **ja**
    - Keine Ausnahme für geringfügige Beschäftigte oder mobiles Arbeiten
  - Da Neuregelung in ArbZG erfolgt und dieses gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG **keine Anwendung auf leitende Angestellte** und Chefärzte findet, muss deren Arbeitszeit auch zukünftig nicht erfasst werden

# Referentenentwurf des BMAS zur Arbeitszeiterfassung

- **Gibt es noch Vertrauensarbeitszeit?**

Diese Frage wird nicht eindeutig beantwortet – der Entwurf ist widersprüchlich

- Einerseits sollen Arbeitnehmer ihre Arbeitszeit selbst erfassen und Arbeitgeber auf die Kontrolle verzichten dürfen,
- andererseits muss der Arbeitgeber gleichwohl „durch geeignete Maßnahmen sicher[zu]stellen“, dass ihm „Verstöße gegen die gesetzlichen Bestimmungen zu Dauer und Lage der Arbeits- und Ruhezeiten bekannt werden“
- Wie das funktionieren soll, sagt der Entwurf nicht. Er verweist insofern auf „entsprechende Meldungen eines elektronischen Arbeitszeiterfassungssystems“
- Bei Vertrauensarbeitszeit entsteht für den Arbeitgeber daher schnell ein Bußgeldrisiko – auch wenn er den Arbeitnehmer ordnungsgemäß instruiert

# Referentenentwurf des BMAS zur Arbeitszeiterfassung

- **Gibt es Abweichungsmöglichkeiten?**
  - Abweichungsmöglichkeiten sind **nur** in einem **Tarifvertrag** oder – bei expliziter Öffnung durch Tarifvertrag – **aufgrund** eines **Tarifvertrages in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung** möglich
    - Individuelle Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind damit genauso wenig möglich wie Regelungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber in tariffreien Betrieben
  - Abgewichen werden kann von der **elektronischen Erfassungsweise**
  - Abgewichen werden kann von der **tagesaktuellen Erfassungsweise**
    - Frist zur Erfassung kann maximal auf 1 Woche verlängert werden
  - Von Arbeitszeiterfassung können **Arbeitnehmer ausgenommen** werden, bei denen die gesamte Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit a) nicht gemessen oder b) nicht im Voraus festgelegt wird oder c) von Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann
    - Nach Gesetzesbegründung soll diese Ausnahme insbesondere bei Führungskräften, herausgehobenen Experten oder Wissenschaftlern einschlägig sein
    - Meistens AT-Angestellte daher kaum Anwendungsbereich in der Praxis

# Referentenentwurf des BMAS zur Arbeitszeiterfassung

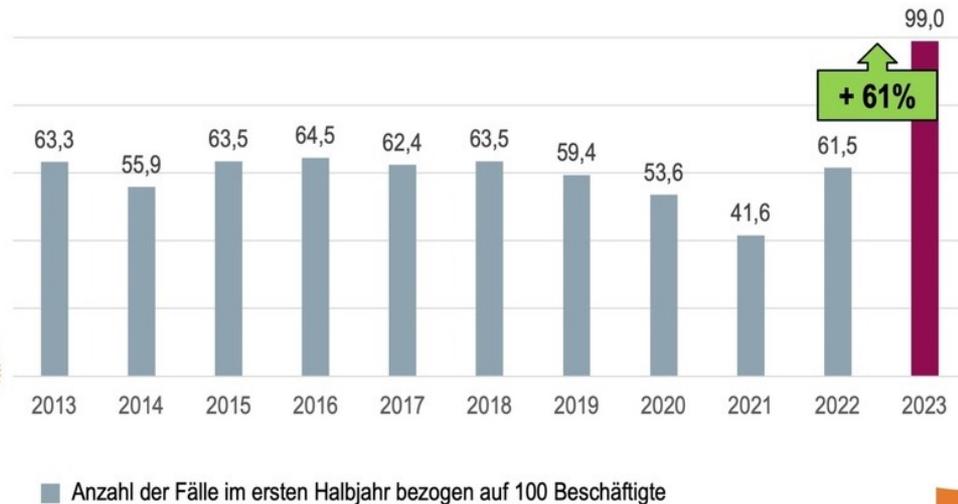
- **Was droht bei Verstößen?**
  - Entwurf stellt Verstöße unter das **Ordnungswidrigkeiten- und Strafbarkeitsregime des ArbZG**
    - Damit drohen Bußgelder bis zu 30.000 Euro, Gewinnabschöpfung und die Möglichkeit einer Strafbarkeit
  - War das Aufdeckungsrisiko bei Arbeitszeitverstößen bisher eher gering, dürfte sich dies bei Inkrafttreten des Gesetzes ändern, da Arbeitsschutzbehörden aber auch die Sozialversicherungsträger (Stichwort: Überstunden) oder der Zoll (Stichwort: Mindestlohn) aufgrund der umfassenden Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten erleichtert kontrollieren können

# Referentenentwurf des BMAS zur Arbeitszeiterfassung

- **Wie ist der Entwurf zu bewerten ?**
  - Entwurf wirft mehr Fragen auf, als dass er bestehende Probleme löst
  - Die von den Koalitionsparteien ursprünglich ins Auge gefasste Flexibilisierung der Arbeitszeit wird vollständig verfehlt
  - Von der Möglichkeit, Bereichsausnahmen zu schaffen, wurde leider praktisch kein Gebrauch gemacht
  - Starren Eckfeiler des Arbeitszeitgesetz bleiben unberührt

# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

## HÖCHSTSTAND BEI KRANKSCHREIBUNGEN 2023 SO VIELE FÄLLE WIE NOCH NIE IM 1. HALBJAHR



Quelle: DAK-Fehlzeitenanalyse zum Gesundheitsreport 2023



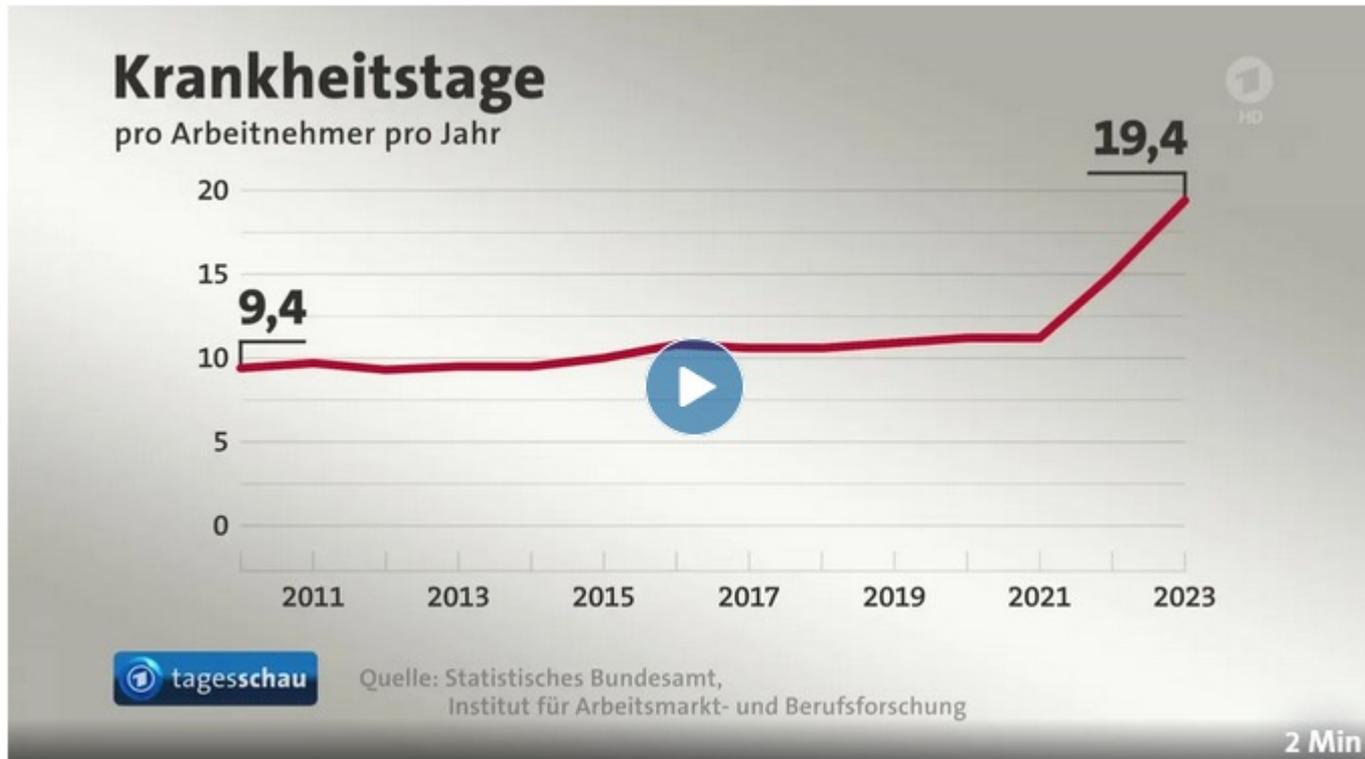
- In 2023 gab es in Deutschland überdurchschnittlich viele, krankheitsbedingte Arbeitsausfälle
- Die Hälfte der Beschäftigten hatte bis Ende Juni bereits mindestens eine Krankschreibung. So eine hohe Quote (50,1 Prozent) wird gewöhnlich erst am Ende eines Jahres erreicht
- Die **Fallzahlen stiegen im Vergleich zum Vorjahreszeitraum um 61 Prozent**
- Im Durchschnitt fehlten die Beschäftigten von Januar bis einschließlich Juni fast zehn Tage mit einer Krankschreibung im Job.

Rekord-Krankentage 2023

# Drückte Krankenstand Deutschland in Rezession?

Stand: 26.01.2024 14:01 Uhr

Ohne den hohen Krankenstand wäre die deutsche Wirtschaft 2023 offenbar gewachsen und nicht geschrumpft. Das ist das Ergebnis einer Studie des



# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, § 3 I EFZG

§ 3 Abs. 1 S. 1 EFZG: „Wird ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne daß ihn ein Verschulden trifft, so hat er Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen.“

- Nach § 3 Abs 1 EFZG ist Voraussetzung, dass der Arbeitnehmer **infolge Krankheit arbeitsunfähig** ist
  - Damit ist zugleich klargestellt, dass nicht jede Krankheit zur Arbeitsunfähigkeit führt, sondern nur eine solche, die den Arbeitnehmer an der Ausführung seiner Arbeit hindert
  - Krankheit bedeutet nicht, dass ArbN Hausarrest hat oder Bett hüten muss; ArbN hat während Krankschreibung nur genesungswidriges Verhalten zu unterlassen; was genesungswidrig ist, hängt Art der Erkrankung ab
- Die Krankheit und die darauf beruhende Arbeitsunfähigkeit müssen für die Nichtarbeit des ArbN **monokausal** (d.h. die alleinige Ursache) sein
  - Hätte der ArbN aus anderen Gründen ohnehin an den Krankheitstagen nicht gearbeitet, so entfällt sein Entgeltfortzahlungsanspruch
  - Hat der ArbN vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit durch sein Verhalten die Vermutung begründet, dass er ohnehin arbeitsunwillig ist, so entfällt der Entgeltfortzahlungsanspruch

# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, § 3 I EFZG

- **Beweislast für Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit:**
  - **Beweislast** trägt grundsätzlich bei **Arbeitnehmer** (vgl. nachfolgend BAG, Urt. v. 13.12.2023 – 5 AZR 137/23 - Rn 12):
    - Der Beweis krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit wird **in der Regel durch** die Vorlage einer **ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung** geführt. Die ordnungsgemäß ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist das gesetzlich ausdrücklich vorgesehene und insoweit wichtigste Beweismittel für das Vorliegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit.
    - Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG reicht die Vorlage einer AU-Bescheinigung aus, um dem Arbeitgeber das Recht zur Leistungsverweigerung zu entziehen.
    - Diese gesetzgeberische Wertentscheidung strahlt auch auf die beweisrechtliche Würdigung aus. Der **ordnungsgemäß ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung** kommt daher aufgrund der normativen Vorgaben im Entgeltfortzahlungsgesetz ein **hoher Beweiswert** zu.
    - Der Tatrichter kann normalerweise den Beweis einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit als erbracht ansehen, wenn der Arbeitnehmer im Rechtsstreit eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegt

# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, § 3 I EZFG

- **Beweislast für Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit:**
  - Aufgrund des normativ vorgegebenen hohen Beweiswerts der AU-Bescheinigung genügt ein „bloßes Bestreiten“ der Arbeitsunfähigkeit mit Nichtwissen durch den Arbeitgeber nicht
  - Vielmehr kann der **Arbeitgeber** den Beweiswert der **AU-Bescheinigung nur dadurch erschüttern**, dass er **tatsächliche Umstände darlegt** und im Bestreitensfall **beweist**, die **Zweifel an der Erkrankung des Arbeitnehmers ergeben** mit der Folge, dass der ärztlichen Bescheinigung kein Beweiswert mehr zukommt
  - Gelingt es dem Arbeitgeber, den Beweiswert der ärztlichen AU-Bescheinigung zu erschüttern, ist es Sache des Arbeitnehmers, konkrete Tatsachen darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen, die den Schluss auf eine bestehende Erkrankung zulassen.
  - Hierzu ist substantiierter Vortrag zB dazu erforderlich, welche Krankheiten vorgelegen haben, welche gesundheitlichen Einschränkungen bestanden haben und welche Verhaltensmaßregeln oder Medikamente ärztlich verordnet wurden.
    - Arbeitnehmer muss also zumindest laienhaft bezogen auf den gesamten Entgeltfortzahlungszeitraum schildern, welche konkreten gesundheitlichen Beeinträchtigungen mit welchen Auswirkungen auf seine Arbeitsfähigkeit bestanden haben. In diesem Zusammenhang muss auch der Arzt von Schweigepflicht entbunden werden.
    - Diesen Vorgaben kommen Arbeitnehmer sehr oft nicht nach!

# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, § 3 I EZFG

- **Beweislast für Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit:**
  - **Praxisrelevante Fälle der Erschütterung des Beweiswertes einer AU-Bescheinigung:**
    - **Ankündigung** einer **Erkrankung** durch den ArbN
    - **Erkrankung nach Ablehnung** eines **Urlaubsantrages** im beantragten Urlaubszeitraum
    - **Verhalten** des Arbeitnehmers steht im **Widerspruch** zu einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit, z.B. Arbeit während AU im privaten Umfeld / für anderen Arbeitgeber; mit einer AU unvereinbare Freizeitaktivitäten
    - **Verstöße** des ausstellenden Arztes gegen §§ 4 und 5 der **Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie** (z.B. Rückdatierung für mehr als 3 Tage; Missachtung der Einschränkungen für Video- oder Telefonuntersuchung)
    - NEU: **Eigenkündigung** des ArbN und Einreichung einer **AU-Bescheinigung**, die **exakt** den **Zeitraum** vom Ausspruch der Eigenkündigung bis zum Ablauf der **Kündigungsfrist umfasst** (BAG, Urt. v. 08.09.2021 – 5 AZR 149/21)
    - BRANDNEU: ArbN legt nach Erhalt **Arbeitgeberkündigung** eine oder mehrere AU-Bescheinigungen, die **passgenau** die **Dauer der Kündigungsfrist umfassen**, und nimmt unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine neue Beschäftigung auf (BAG, Urt. 13.12.2023 – 5 AZR 137/23)

# Erschütterung des Beweiswerts einer AU-Bescheinigung BAG, Urt. v. 08.09.2021 – 5 AZR 149/21

- Sachverhalt (vereinfacht)

Die Parteien streiten über Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für die Zeit vom 8. bis zum 22.2.2019.

Die Arbeitnehmerin war bei der Arbeitgeberin, die eine Personalvermittlung betreibt, seit Ende August 2018 als kaufmännische Angestellte beschäftigt.

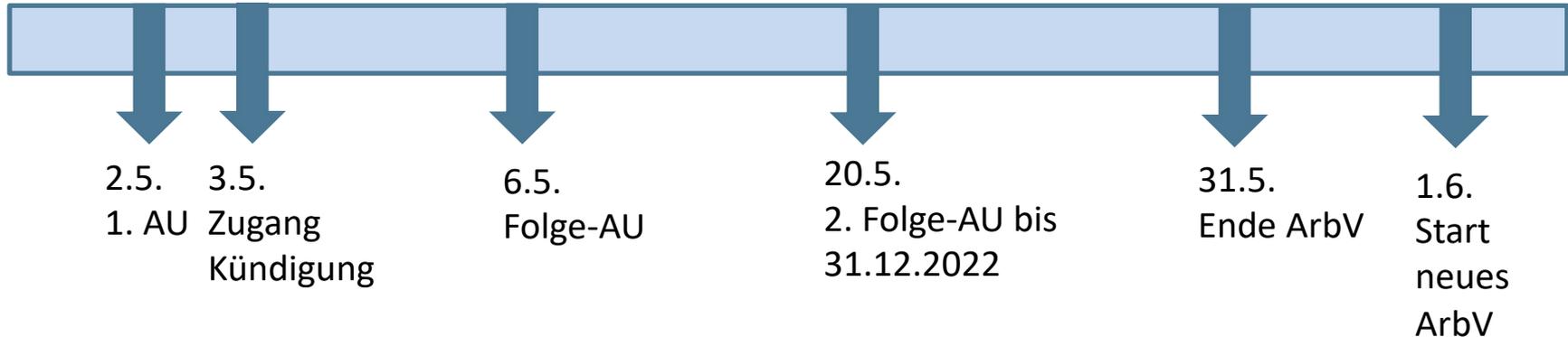
Am 8.2.2019 teilte die Arbeitnehmerin gegenüber einem Mitarbeiter ihres Einsatzbetriebs mit, dass sie nicht zur Arbeit erscheinen werde. Zugleich mit ihrer Kündigung vom 8.2.2019 zum 22.2.2019 reichte die Arbeitnehmerin bzw. ihr Prozessbevollmächtigter bei der Arbeitgeberin eine auf den 8.2.2019 datierte ärztliche Erstbescheinigung über eine voraussichtlich vom 8. bis zum 22.2.2019 bestehende Arbeitsunfähigkeit ein.

Die Arbeitgeberin rechnete für die Zeit vom 1.2. bis zum 7.2.2019 Vergütung ab. Für den Zeitraum vom 8.2. bis zum 22.2.2019 erbrachte die Arbeitgeberin keine Zahlungen.

# Erschütterung des Beweiswerts einer AU-Bescheinigung BAG, Urt. v. 08.09.2021 – 5 AZR 149/21

- Auszüge aus Entscheidungsgründen
  - Bei der näheren Bestimmung der Anforderungen an die wechselseitige Darlegungslast der Parteien ist **zu berücksichtigen**, dass der **Arbeitgeber in aller Regel keine Kenntnis von den Krankheitsursachen** hat und **nur in eingeschränktem Maß in der Lage** ist, **Indiztatsachen** zur **Erschütterung** des Beweiswerts der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung **vorzutragen**.
  - Da die Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung keine gesetzliche Vermutung oder eine Beweislastumkehr auslöst, **dürfen** an den **Vortrag des Arbeitgebers**, der ihren **Beweiswert erschüttern will, keine** – unter Berücksichtigung seiner eingeschränkten Erkenntnismöglichkeiten – **überhöhten Anforderungen** gestellt werden. Der Arbeitgeber muss gerade nicht, wie bei einer gesetzlichen Vermutung, Tatsachen darlegen, die dem Beweis des Gegenteils zugänglich sind.
  - Auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts ist davon auszugehen, dass der **Beweiswert** der vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung **erschüttert** ist. **Aufgrund der zeitlichen Koinzidenz zwischen bescheinigter Arbeitsunfähigkeit sowie Beginn und Ende der Kündigungsfrist bestehen ernsthafte Zweifel am Bestehen der Arbeitsunfähigkeit.**

# Erschütterung des Beweiswerts einer AU-Bescheinigung BAG, Urteil vom 13.12.2023 – 5 AZR 137/23



- Der Arbeitgeber verweigerte die Entgeltfortzahlung für den Zeitraum vom 1.5. bis zum 31.5. mit der Begründung, der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sei erschüttert.
- Die Vorinstanzen haben der auf Entgeltfortzahlung gerichteten Klage für den gesamten Zeitraum stattgegeben.
- Die Revision des Arbeitgebers hatte teilweise Erfolg.
  - Für Zeitraum 2.5. – 6.5.2022 ist Entgeltfortzahlung zu leisten
  - Für Zeitraum 7.5. . 31.5.2022 ist Beweiswert der AU-Bescheinigung erschüttert

# Erschütterung des Beweiswerts einer AU-Bescheinigung BAG, Urteil vom 13.12.2023 – 5 AZR 137/23

- Wichtigsten Aussagen aus Entscheidungsgründen
  - Für die **Frage der Erschütterung des Beweiswerts** der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung **nicht entscheidend** ist, ob es sich um eine **Eigenkündigung** des Arbeitnehmers oder um eine **Kündigung des Arbeitgebers** handelt
  - Auch bei einer Kündigung durch den Arbeitgeber kann der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert werden, wenn der Arbeitnehmer unmittelbar nach dem Zugang der Kündigung erkrankt und nach den Gesamtumständen des zu würdigenden Einzelfalls Indizien vorliegen, die Zweifel am Bestehen der Arbeitsunfähigkeit begründen. Hierauf deutet insbesondere eine **zeitliche Koinzidenz zwischen Kündigungsfrist und Dauer der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit** hin.
  - Die **ernsthaften Zweifel** an der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit **gründen** darin, dass der **Arbeitnehmer zu einem Zeitpunkt, zu dem feststeht, dass das Arbeitsverhältnis enden soll, arbeitsunfähig wird und bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bleibt.**

## BAG, Urteil vom 13.12.2023 – 5 AZR 137/23

- Wichtigsten Aussagen aus Entscheidungsgründen
  - Die Annahme des Berufungsgerichts, die zeitliche Koinzidenz des Beginns der Arbeitsunfähigkeit mit der Kündigung der Beklagten sei vorliegend in Bezug auf die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom 2. Mai 2022 nicht gegeben, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Kündigung ging dem Kläger erst einen Tag nach Ausstellung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu.

# BAG, Urteil vom 13.12.2023 – 5 AZR 137/23

- Wichtigsten Aussagen aus Entscheidungsgründen
  - Für die **Beurteilung** des **Beweiswerts** von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen im Zusammenhang mit Kündigungen ist **nicht entscheidend** ist, **ob für** die Dauer der **Kündigungsfrist eine oder mehrere Bescheinigungen vorgelegt** werden
  - Das Berufungsgericht hat nicht genügend berücksichtigt, dass zwischen der in den Folgebescheinigungen festgestellten passgenauen Verlängerung der Arbeitsunfähigkeit und der Kündigungsfrist eine zeitliche Koinzidenz bestand.
    - Die zunächst für den Zeitraum vom 2. bis zum 6. Mai 2022 bescheinigte Arbeitsunfähigkeit wurde nach Zugang der Kündigung vom 2. Mai 2022 durch den Arzt am 6. Mai 2022 zunächst unter Ausschöpfung der Frist von zwei Wochen gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1 Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie aF und am 20. Mai 2022 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. Mai 2022 verlängert.
    - Bei der Würdigung dieses Sachverhalts hat das Landesarbeitsgericht nicht in den Blick genommen, dass die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit durch die Bescheinigungen vom 2. Mai 2022 und vom 6. Mai 2022 jeweils bis zu einem Freitag erfolgte, dagegen in der Bescheinigung vom 20. Mai 2022 Arbeitsunfähigkeit bis Dienstag, den 31. Mai 2022 und damit passgenau bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses attestiert wurde und der Kläger am 1. Juni 2022 eine neue Beschäftigung aufgenommen hat.

# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

## Rechtsfolge

- **Entgeltfortzahlung für die Dauer von bis zu 6 Wochen**
  - Die Entgeltfortzahlung wird für die Dauer der Erkrankung vom ersten Krankheitstag an, maximal für sechs Wochen geleistet
    - Dauert die Erkrankung länger als sechs Wochen, zahlt ab der siebten Krankheitswoche die Krankenkasse Krankengeld (Höhe ca. 70 % des bisherigen Nettoentgelts, §§ 44 ff SGB V)
  - Entgeltfortzahlung ist grundsätzlich auf die Dauer von sechs Wochen wegen **EINER** Erkrankung begrenzt
    - Krankheitszeiten, die auf das dasselbe latente medizinische Grundleiden zurückzuführen sind, werden zusammengezählt
    - Treten *nacheinander mehrere jeweils neue Erkrankungen* auf (die in keinem Zusammenhang stehen), **beginnt** grundsätzlich der **Entgeltfortzahlungszeitraum von maximal sechs Wochen neu**

### BEACHTEN:

Die (bloße) Vorlage einer neuen Erstbescheinigung bedeutet nicht automatisch den Beginn eines neuen sechswöchigen Anspruchs auf Entgeltfortzahlung!

# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

## Sog. Einheit des Verhinderungsfalls

- **Entgeltfortzahlung für die Dauer von bis zu 6 Wochen**
- Treten *nacheinander mehrere jeweils neue Erkrankungen* auf (die in keinem Zusammenhang stehen), **beginnt** grundsätzlich der **Entgeltfortzahlungszeitraum von maximal sechs Wochen neu**
- **ABER: Treten Erkrankungen gleichzeitig auf oder überlappen sich die Krankheitszeiträume, lösen sie unabhängig von dem Grund der Erkrankung nur einmal einen Entgeltfortzahlungsanspruch für 42 Kalendertage aus. Es gilt der Grundsatz von der Einheit des Verhinderungsfalls**
  - Mit anderen Worten: Es kommt zu einer Überschneidung von Tagen der Krankschreibung.
  - In diesem Fall löst die Vorlage einer neuen Erstbescheinigung somit keinen neuen sechswöchigen Anspruch auf Entgeltfortzahlung aus.
- Nach neuerer Rechtsprechung **wird** ein Fall der Einheit des Verhinderungsfalls auch vermutet, wenn **zwischen den Zeiten der ersten und der zweiten Arbeitsunfähigkeit nur ein für den ArbN arbeitsfreier Tag oder ein arbeitsfreies Wochenende liegt** (BAG, Urt. v. 11.12.2019 - 5 AZR 505/18)

# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

## Rechtsfolge

- **Entgeltfortzahlung für die Dauer von bis zu 6 Wochen**
  - **Fortsetzungserkrankung** liegt nur vor *bei innerem Zusammenhang, wenn Krankheitssymptome auf dasselbe Grundleiden zurückzuführen sind* → nur insgesamt einmal Anspruch bis zur Obergrenze von 6 Wochen („Krankheitszeiten werden zusammengezählt“), dies gilt grundsätzlich selbst dann, wenn Mitarbeiter zwischen Vorlage von alter und neuer AU-Bescheinigung tatsächlich arbeitet
  - Neuer Anspruch für weitere sechs Wochen entsteht erst,
    - wenn der ArbN vor der erneuten AU mindestens sechs Monate nicht wegen derselben Krankheit arbeitsunfähig war (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 EFZG) oder
    - seit Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Krankheit eine Frist von zwölf Monaten abgelaufen ist und er nach dieser Frist erneut arbeitsunfähig wird (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 EFZG)
  - Ist ArbN länger als sechs Wochen innerhalb von 6 / 12 Monaten arbeitsunfähig, gilt abgestufte Darlegungs- und Beweislast. Will der ArbN sich auf verschiedene Krankheiten berufen, muss er darlegen und beweisen, dass er zwischen den bescheinigten AUZeiten arbeitsfähig gewesen ist und unterschiedliche Krankheiten vorlagen
  - Was dies bedeutet, hat BAG im Urt. v. 18.01.2023 – 5 AZR 93/22 anschaulich festgelegt

## BAG, Urt. v. 18.01.2023 – 5 AZR 93/22

### Nach 6 Wochen EFZ erhöhte Darlegungslast

- Ist der **Arbeitnehmer innerhalb von 6 bzw. 12 Monaten länger als sechs Wochen** an der Erbringung der Arbeitsleistung aus Krankheitsgründen verhindert, gilt eine **abgestufte Darlegungslast**
- Zunächst muss der Arbeitnehmer darlegen, dass keine Fortsetzungserkrankung besteht. Hierzu kann er eine ärztliche Bescheinigung vorlegen.
- **Bestreitet** der **Arbeitgeber** pauschal, dass eine **neue Erkrankung vorliegt**, hat der Arbeitnehmer Tatsachen vorzutragen, die den Schluss erlauben, es habe keine Fortsetzungserkrankung bestanden.
  - Auf das Bestreiten des Arbeitgebers **genügt** die **bloße Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung nicht mehr**
  - Eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, die von einem anderen Arzt ausgestellt ist, kann sich auch als Erstbescheinigung ohnehin nicht zum (Nicht-)Vorliegen einer Fortsetzungserkrankung verhalten
- „Der Arbeitnehmer **muss laienhaft bezogen auf den gesamten maßgeblichen Zeitraum schildern, welche gesundheitlichen Beeinträchtigungen und Beschwerden mit welchen Auswirkungen auf seine Arbeitsfähigkeit bestanden** und die **behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbinden.**“
  - Hierfür genügt ein bloßer Verweis auf Diagnoseschlüssel nach der ICD-10 Klassifikation nicht.

## BAG, Urt. v. 18.01.2023 – 5 AZR 93/22

### Nach 6 Wochen EFZ erhöhte Darlegungslast

- Die **Mitteilung der Krankenkasse zum (Nicht-)Vorliegen von Fortsetzungserkrankungen ermöglicht keine dem Justizgewährungsanspruch genügende Kontrolle.**
- § 69 Abs. 4 Hs. 1 SGB X erlaubt den Krankenkassen die Mitteilung ihrer Einschätzung an den Arbeitgeber, **bindet aber weder Arbeitgeber noch die Gerichte für Arbeitssachen.**
- *„ ...hat die Mitteilung der Krankenkasse keinen mit einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vergleichbaren Beweiswert. Dies gilt gerade mit Blick darauf, dass die Krankenkassen wegen ihrer unmittelbar betroffenen finanziellen Interessen nicht als unparteiische Dritte angesehen werden können.“*
- Da der Arbeitgeber die Beurteilung der Krankenkasse nicht auf anderem Wege gerichtlich überprüfen lassen kann, ist im arbeitsgerichtlichen Verfahren um Entgeltfortzahlung eine gerichtliche Kontrolle zu ermöglichen.

# Equal-Pay

## Lohngerechtigkeit für Frauen und Männer

# Individuelle Gehaltsverhandlungen widerlegen nicht die Vermutung einer geschlechtsbezogenen Entgeltbenachteiligung

## BAG, Urt. v. 16.2.2023 – 8 AZR 450/21

- Sachverhalt (vereinfacht)

Strittig ist, ob die Beklagte wegen einer geschlechtsbezogenen Entgeltdiskriminierung zur Zahlung eines höheren monatlichen Grundentgelts sowie einer Entschädigung verpflichtet ist.

Die Klägerin ist seit 1.3.2017 als eine von drei Vertriebsmitarbeitern für die Beklagte tätig. Ihr monatliches Grundgehalt betrug zunächst 3.500 EUR brutto.

Sie begründete ihre Klage mit Verweis auf ihren Vertriebskollegen P, der zunächst ein monatliches Grundentgelt i. H. v. 4.500 EUR brutto erhielt und seit 1.1.2017 bei der Beklagten arbeitet.

Der von der Klägerin wegen der Ungleichbehandlung geltend gemachte Anspruch auf die Vergütungsdifferenz summiert sich auf 14.500 EUR nebst Zinsen.

Die Beklagte entgegnete, dass die höhere Vergütung des P Ausfluss der Vertragsfreiheit sei, weil P besser verhandelt habe. Auch ihm habe sie zunächst 3.500 EUR brutto angeboten, was P aber nicht ausgereicht hätte. Schließlich seien der Klägerin andere Wünsche erfüllt worden, etwa zusätzlich 20 Tage unbezahlter Urlaub pro Jahr.

Anknüpfungspunkt für die unterschiedlichen Vereinbarungen sei damit nicht das Geschlecht, sondern individuelle Vertragsverhandlungen gewesen. ArbG und LAG wiesen die Klage ab.

## BAG, Urt. v. 16.2.2023 – 8 AZR 450/21

- Entscheidungsgründe (zusammengefasst)

Die Revision vor dem 8. Senat war überwiegend erfolgreich. Die Klägerin habe einen Anspruch aus Art. 157 AEUV, §§ 3 Abs. 1, 7 EntgTranspG auf das gleiche Grundgehalt wie P und auf eine Entschädigung i. H. v. 2.000 EUR nach § 15 Abs. 2 AGG.

- Die Beklagte habe die hier einschlägige Vermutung des § 22 AGG, wonach die niedrigere Vergütung aufgrund des Geschlechts erfolgt sei, nicht widerlegen können.
- Die Vermutung der geschlechtsbedingten Benachteiligung könne zwar widerlegt werden, wenn der Arbeitgeber Personalgewinnungsschwierigkeiten darlegt und beweist, die das höhere Entgelt erforderlich machten, um die offene Stelle zu besetzen. Derartige Gründe habe die Beklagte aber nicht vorgetragen.

## BAG, Urt. v. 16.2.2023 – 8 AZR 450/21

- Entscheidungsgründe (zusammengefasst)
  - Auch der Umstand, dass die Beklagte dem P zunächst dasselbe Gehalt wie der Klägerin angeboten hatte, aber P aktiv eine höhere Grundvergütung eingefordert hat, kann nach Ansicht des Senats die Vermutung der Benachteiligung nicht entkräften.  
**Würde allein der Hinweis auf besseres Verhandlungsgeschick genügen, könnte der Grundsatz des gleichen Entgelts nicht effektiv umgesetzt werden. Ferner könne nicht ausgeschlossen werden, dass das Geschlecht mitursächlich für das Nachgeben des Arbeitgebers in der konkreten Verhandlungssituation war.**
  - Dem Einwand der Beklagten, die Klägerin sei durch die großzügigere Urlaubsvereinbarung an anderer Stelle bessergestellt, stellt der Senat einen Erst-Recht-Schluss entgegen: Das Gebot der Entgeltgleichheit gelte streng für jeden einzelnen Bestandteil des Grundgehalts. Da bereits verschiedene Entgeltbestandteile nicht miteinander verrechnet könnten, seien erst recht nicht andere, nicht monetäre Vertragsbedingungen wie Urlaub zur Widerlegung der Vermutung einer geschlechtsbezogenen Entgeltbenachteiligung geeignet.

# „Das AGG als rechtliches Damoklesschwert im Rahmen des Recruiting“

## LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 17.10.2023 – 2 Sa 61/23 Selbstbeschreibung des Arbeitgebers als AGG-Risiko

- Sachverhalt

Die beklagte Tankstelle schrieb eine Stelle im Verkauf aus, auf die sich der 50jährige Kläger, ein IT-Systemtechniker bewarb.

Die Beklagte beschrieb sich in der Stellenanzeige als „**junges, dynamisches Team mit Benzin im Blut**“.

Der Altersdurchschnitt der im Zeitpunkt der Ausschreibung tätigen Mitarbeiter lag bei ca. 48 Jahren.

Die Beklagte sagte dem Kläger ohne Angabe von Gründen ab und stellte einen 48 Jahre alten Bewerber ein.

Der Kläger, dessen Auskunftersuchen nach Art. 15 Abs. 1 DS-GVO unbeantwortet blieb, macht eine Entschädigung gem. § 15 Abs. 2 AGG i. H. v. 1,5 Monatsgehältern wegen vermeintlicher Altersdiskriminierung und einen immateriellen Schadensersatz gem. Art. 82 DS-GVO geltend. Das ArbG wies die Klage ab.

# LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 17.10.2023 – 2 Sa 61/23

## Selbstbeschreibung des Arbeitgebers als AGG-Risiko

- Entscheidung
  - Die Berufung blieb erfolglos. Der Kläger habe **keine Indizien** dargelegt, die eine **unzulässige Benachteiligung wegen des Alters vermuten** ließen. Bei der Auslegung der Stellenanzeige sei der Satz des „jungen Teams mit Benzin im Blut“ als **überspitzter, ironischer und nicht ernsthaft gemeinter Werbeslogan** zu verstehen.
  - Beachte: Diese **Beurteilung steht** in einem **Spannungsverhältnis** zu der Entscheidung des **BAG vom 11.8.2026** (8 AZR 406/14), wonach die Formulierung in der Stellenausschreibung, dass eine **Tätigkeit in einem professionellen Umfeld „mit einem jungen dynamischen Team“ geboten** wird, eine unmittelbare **Diskriminierung** wegen des Alters **bewirkt** und ist deshalb geeignet ist, die Vermutung des § 22 AGG zu begründen.
  - Die Formulierung in der Stellenausschreibung, in der mit einem **„jungen, hochmotivierten Team“ geworben** wird, stellt auch nach Ansicht des **LAG Nürnberg** eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters nach **§ 3 Abs. 1 AGG** dar.
  - Auch der Ersatzanspruch nach der DSGVO wird abgelehnt: Art. 82 Abs. 1 DSGVO sei dahin auszulegen, dass der bloße Verstoß gegen die Bestimmungen der Verordnung nicht ausreicht, um einen Schadensersatz zu begründen. Es müsse tatsächlich ein Schaden eingetreten sein und ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß gegen die DSGVO und dem Schaden bestehen. Hierfür beruft sich das LAG auf die Entscheidung des EuGH vom 4.5.2023 – C – 300/21

## LAG Nürnberg, Urt. v. 13.12.2022 – 7 Sa 168/22

- Der gut 40jährige Kläger bewarb sich bei der Beklagten auf die Stelle eines Bestückers für Digitaldruckmaschinen. In der Stellenausschreibung hieß es:

„Für unsere filigranen Automodelle im Maßstab 1/87 H0 suchen wir Mitarbeiter (m/w/d) für unsere Digitaldruckmaschine. Die Teile müssen in die Maschine eingelegt und entnommen werden.“ Bei den Anforderungen wurden u.a. Fingerfertigkeit und Geschick genannt. Die in der Ausschreibung genannten Teile sind sehr klein und müssen teilweise bei der Montage der Modelle mit Hilfe von Pinzetten positioniert werden.

- Noch am Tag seiner Bewerbung erhielt der Kläger per E-Mail eine **Absage**, die wie folgt formuliert war: „Sehr geehrter Herr D..., vielen Dank für Ihre Bewerbungsunterlagen. **Unsere sehr kleinen, filigranen Teile sind eher etwas für flinke Frauenhände. Bitte haben Sie Verständnis dafür, dass Sie für diese Stelle nicht in Frage kommen.** Ich wünsche Ihnen für Ihren weiteren Berufs- und Lebensweg alles Gute.“
- Der Kläger sah darin eine **Diskriminierung** wegen des **Geschlechts** und klagte auf eine angemessene Entschädigung (§ 15 Abs. 2 AGG). Das LAG gab ihm recht und hielt eine Entschädigung von 2.500 € für angemessen.
- Praxistipp: Bei jeglicher Korrespondenz mit Bewerbern oder Mitarbeitern sind AGG-verfängliche Äußerungen tunlichst zu vermeiden!

# Keine Erstattungspflicht von Vermittlungsprovisionen durch Arbeitnehmer

## BAG, Urt. v. 20.06.2023 – 1 AZR 265/22

### Keine Erstattungspflicht von Vermittlungsprovisionen durch ArbN

- Sachverhalt

Die Parteien schlossen Ende März 2021 einen Arbeitsvertrag, auf dessen Grundlage der Kläger ab dem 1.5.2021 bei der Beklagten tätig wurde. Der Vertrag kam durch Vermittlung eines Personaldienstleisters zustande. Die Beklagte zahlte an diesen eine Vermittlungsprovision i. H. v. 4.461,60 EUR. EUR 2.230,80 EUR sollten nach Ablauf der im Arbeitsvertrag vereinbarten sechsmonatigen Probezeit fällig sein.

Nach § 13 des Arbeitsvertrags war der Kläger verpflichtet, der Beklagten die gezahlte Vermittlungsprovision zu erstatten, wenn das Arbeitsverhältnis nicht über den 30.6.2022 hinaus fortbestehen und aus vom Kläger „zu vertretenden Gründen“ von ihm selbst beendet werden würde.

Nachdem der Kläger sein Arbeitsverhältnis fristgerecht zum 30.6.2021 gekündigt hatte, behielt die Beklagte unter Verweis auf § 13 des Arbeitsvertrags von der für den Monat des Juni 2021 abgerechneten Vergütung des Klägers einen Teilbetrag i. H. v. 809,21 EUR netto ein.

Mit seiner Klage hat der Kläger die Zahlung dieses Betrags verlangt.

## BAG, Urt. v. 20.06.2023 – 1 AZR 265/22

### Keine Erstattungspflicht von Vermittlungsprovisionen durch ArbN

- Entscheidungsgründe
  - Eine vorformulierte **Vertragsbedingung**, nach der der **Arbeitnehmer verpflichtet** ist, dem **Arbeitgeber eine von ihm für das Zustandekommen des Arbeitsvertrags an einen Dritten gezahlte Vermittlungsprovision zu erstatten**, wenn der **Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis vor Ablauf einer bestimmten Frist durch Eigenkündigung beendet**, ist unangemessen und daher nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB **unwirksam**.
  - Der Kläger werde in seinem von Art. 12 Abs. 1 GG garantierten Recht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes beeinträchtigt, ohne dass dies durch begründete Interessen der Beklagten gerechtfertigt wäre.
  - Der Arbeitgeber habe grundsätzlich das unternehmerische Risiko dafür zu tragen, dass sich von ihm getätigte finanzielle Aufwendungen für die Personalbeschaffung nicht „lohnen“, weil der Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis in rechtlich zulässiger Weise beende. Es bestehe deshalb kein billigenwertes Interesse der Beklagten, solche Kosten auf den Kläger zu übertragen.
  - Der Kläger erhalte auch keinen Vorteil, der die Beeinträchtigung seiner Arbeitsplatzwahlfreiheit ausgleichen könnte.

# Beleidigende Äußerungen in What's App Gruppen

# BAG, Urt. v. 24.8.2023 – 2 ARZ 17/23

## Beleidigende Äußerungen in What's App Gruppen

- Sachverhalt

Der bei der Beklagten beschäftigte Kläger gehörte seit 2014 einer Chat-Gruppe mit fünf anderen Arbeitnehmern an. Im November 2020 wurde ein ehemaliger Kollege als weiteres Gruppenmitglied aufgenommen. Alle Gruppenmitglieder waren nach den Feststellungen der Vorinstanz „langjährig befreundet“, zwei miteinander verwandt. Neben rein privaten Themen äußerte sich der Kläger – wie auch mehrere andere Gruppenmitglieder – in beleidigender und menschenverachtender Weise u. a. über Vorgesetzte und Arbeitskollegen. Der Chat-Verlauf enthielt u. a. folgende Äußerungen:

„Erst den Polakken umnieten der ist der Schlimmste“, „alle aufknüpfen den Polen zuerst“, „zionistische Herrscherlobby“, „und die Neeger kommen“, „ja, die Moslems sind den gemeinen Juden recht ähnlich was Geschäfte angeht, allerdings 7 Klassen tiefer, Ziegen, Kiosk und Firmen“, „polnische Verräterfotze mit ihrer Scheißmail“, „Einer muss von den in die Fresse kriegen als Vorwarnung Oder wir dackeln das Bott der Verräter ab“.

Nachdem die Beklagte hiervon zufällig Kenntnis erhielt, hörte sie den Kläger mit Schreiben vom 22.7.2021 und den Betriebsrat mit Schreiben vom 27.7.2021, der noch an diesem Tag der fristlosen Kündigung zustimmte. Mit Schreiben vom 28.7.2021 kündigte sie das Arbeitsverhältnis des Klägers außerordentlich fristlos und hilfsweise mit sozialer Auslauffrist zum 31.3.2022.

Beide Vorinstanzen haben der vom Kläger erhobenen Kündigungsschutzklage stattgegeben.

# BAG, Urt. v. 24.8.2023 – 2 ARZ 17/23

## Beleidigende Äußerungen in What's App Gruppen

- Sachverhalt

Die zugelassene Revision der Beklagten hatte vor dem 2. Senat des BAG Erfolg.

Das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft eine berechtigte Vertraulichkeitserwartung des Klägers betreffend der ihm vorgeworfenen Äußerungen angenommen und das Vorliegen eines Kündigungsgrundes verneint.

Eine Vertraulichkeitserwartung sei jedoch nur dann berechtigt, wenn die Mitglieder der Chat-Gruppe den besonderen persönlichkeitsrechtlichen Schutz einer Sphäre vertraulicher Kommunikation in Anspruch nehmen könnten. Das wiederum sei abhängig von dem Inhalt der ausgetauschten Nachrichten sowie der Größe und personellen Zusammensetzung der Chat-Gruppe.

Seien Gegenstand der Nachrichtigen – wie vorliegend – beleidigende und menschenverachtende Äußerungen über Betriebsangehörige, bedürfe es einer besonderen Darlegung, warum der Arbeitnehmer berechtigt erwarten könne, deren Inhalt werde von keinem Gruppenmitglied an einen Dritten weitergegeben.

Der 2. Senat hat das Berufungsurteil insoweit aufgehoben und die Sache an das LAG zurückverwiesen.

Dieses hat dem Kläger Gelegenheit für die ihm obliegende Darlegung zu geben, warum er angesichts der Größe der Chat-Gruppe, ihrer geänderten Zusammensetzung, der unterschiedlichen Beteiligung der Gruppenmitglieder an den Chats und der Nutzung eines auf schnelle Weiterleitung von Äußerungen angelegten Mediums eine berechtigte Vertraulichkeitserwartung haben dürfte.



## Vielen Dank für Ihr Interesse!

### **Dominik Morstein**

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Wirtschaftsmediator (CVM) | Europajurist (Univ. Würzburg)  
Zertifizierter Berater im Datenschutzrecht (FernUniversität in Hagen)  
[morstein@leschnig.de](mailto:morstein@leschnig.de) | [www.leschnig.de](http://www.leschnig.de)

RAe Leschnig & Coll.  
Kanzlei für Arbeitsrecht und Sozialwirtschaft  
Schweinfurter Straße 9 (im „novum“)  
97080 Würzburg