



Ratgeber Recht §

Zu unterschiedlichen Themen hat die Kanzlei MEYER-KÖRING immer wieder spannende Themen in Form von Webimpulsen vorgestellt, über die Arbeitgeber mehr wissen sollten.

Fünf dieser Ratgeber haben wir zusammengestellt und bewusst (höchstens) ganz geringfügig gekürzt. Denn wie schnell bedeuten bei juristischen Formulierungen minimale Veränderungen ganz andere Sachverhalte. Unser Ratgeber Recht stützt sich demzufolge auf die Experten-Präsentationen „aus der Feder“ von Rechtsanwalt Christian Hrach.



Christian Hrach arbeitet als Fachanwalt für Arbeitsrecht am Standort Bonn. Er ist Ansprechpartner für alle Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts. Seine besondere Aufmerksamkeit gilt dem Beschäftigtendatenschutz. Hier berät und vertritt er Mandanten – insbesondere Arbeitgeber – an der Schnittstelle von arbeits- und datenschutzrechtlichen Fragestellungen.



— Neue Entwicklungen im Recht des Beschäftigtendatenschutzes

Schadenersatz wegen Datenschutzrechtsverletzung und Reformbedarf

Relevante Bestimmungen für den Schadenersatz

Artikel 82 DS-GVO Haftung und Recht auf Schadenersatz

- (1) Jede Person, der wegen eines Verstoßes gegen diese Verordnung ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist, hat Anspruch auf Schadenersatz gegen den Verantwortlichen oder gegen den Auftragsverarbeiter.
- (2) Jeder an einer Verarbeitung beteiligte Verantwortliche haftet für den Schaden, der durch eine nicht dieser Verordnung entsprechende Verarbeitung verursacht wurde. Ein Auftragsverarbeiter haftet für den durch eine Verarbeitung verursachten Schaden nur dann, wenn er seinen speziell den Auftragsverarbeitern auferlegten Pflichten aus dieser Verordnung nicht nachgekommen ist oder unter Nichtbeachtung der rechtmäßig erteilten Anweisungen des für die Datenverarbeitung Verantwortlichen oder gegen diese Anweisungen gehandelt hat.
- (3) Der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter wird von der Haftung gemäß Absatz 2 befreit, wenn er nachweist, dass er in keinerlei Hinsicht für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, verantwortlich ist.
- (4) Ist mehr als ein Verantwortlicher oder mehr als ein Auftragsverarbeiter bzw. sowohl ein Verantwortlicher als auch ein Auftragsverarbeiter an derselben Verarbeitung beteiligt und sind sie gemäß den Absätzen 2 und 3 für einen durch die Verarbeitung verursachten Schaden verantwortlich, so haftet jeder Verantwortliche oder jeder Auftragsverarbeiter für den gesamten Schaden, damit ein wirksamer Schadenersatz für die betroffene Person sichergestellt ist.
- (5) Hat ein Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter gemäß Absatz 4 vollständigen Schadenersatz für den erlittenen Schaden gezahlt, so ist dieser Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter berechtigt, von den übrigen an derselben Verarbeitung beteiligten für die Datenverarbeitung Verantwortlichen oder Auftragsverarbeitern den Teil des Schadenersatzes zurückzufordern, der unter den in Absatz 2 festgelegten Bedingungen ihrem Anteil an der Verantwortung für den Schaden entspricht.
- (6) Mit Gerichtsverfahren zur Inanspruchnahme des Rechts auf Schadenersatz sind die Gerichte zu befassen, die nach den in Artikel 79 Absatz 2 genannten Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats zuständig sind.

Erwägungsgrund 146 DS-GVO

- 1 Der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter sollte Schäden, die einer Person aufgrund einer Verarbeitung entstehen, die mit dieser Verordnung nicht im Einklang steht, ersetzen.
- 2 Der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter sollte von seiner Haftung befreit werden, wenn er nachweist, dass er in keiner Weise für den Schaden verantwortlich ist.
- 3 Der Begriff des Schadens sollte im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs weit auf eine Art und Weise ausgelegt werden, die den Zielen dieser Verordnung in vollem Umfang entspricht.
- 4 Dies gilt unbeschadet von Schadenersatzforderungen aufgrund von Verstößen gegen andere Vorschriften des Unionsrechts oder des Rechts der Mitgliedstaaten.
- 5 Zu einer Verarbeitung, die mit der vorliegenden Verordnung nicht im Einklang steht, zählt auch eine Verarbeitung, die nicht mit den nach Maßgabe der vorliegenden Verordnung erlassenen delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten und Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zur Präzisierung von Bestimmungen der vorliegenden Verordnung im Einklang steht. Die betroffenen Personen sollten einen vollständigen und wirksamen Schadenersatz für den erlittenen Schaden erhalten.
- 7 Sind Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter an derselben Verarbeitung beteiligt, so sollte jeder Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter für den gesamten Schaden haftbar gemacht werden.
- 8 Werden sie jedoch nach Maßgabe des Rechts der Mitgliedstaaten zu demselben Verfahren hinzugezogen, so können sie im Verhältnis zu der Verantwortung anteilmäßig haftbar gemacht werden, die jeder Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter für den durch die Verarbeitung entstandenen Schaden zu tragen hat, sofern sichergestellt ist, dass die betroffene Person einen vollständigen und wirksamen Schadenersatz für den erlittenen Schaden erhält.
- 9 Jeder Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter, der den vollen Schadenersatz geleistet hat, kann anschließend ein Rückgriffsverfahren gegen andere an derselben Verarbeitung beteiligte Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter anstrengen.

Erwägungsgrund 75 DS-GVO

Die Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen – mit unterschiedlicher Eintrittswahrscheinlichkeit und Schwere – können aus einer Verarbeitung personenbezogener Daten hervorgehen, die zu einem physischen, materiellen oder immateriellen Schaden führen könnte, insbesondere wenn die Verarbeitung zu einer Diskriminierung, einem Identitätsdiebstahl oder -betrug, einem finanziellen Verlust, einer Rufschädigung, einem Verlust der Vertraulichkeit von dem Berufsgeheimnis unterliegenden personenbezogenen Daten, der unbefugten Aufhebung der Pseudonymisierung oder anderen erheblichen wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Nachteilen führen kann, wenn die betroffenen Personen um ihre Rechte und Freiheiten gebracht oder daran gehindert werden, die sie betreffenden personenbezogenen Daten zu kontrollieren, wenn personenbezogene Daten, aus denen die rassische oder ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft hervorgehen, und genetische Daten, Gesundheitsdaten oder das Sexualleben oder strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten oder damit zusammenhängende Sicherungsmaßnahmen betreffende Daten verarbeitet werden, wenn persönliche Aspekte bewertet werden, insbesondere wenn Aspekte, die die Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben oder Interessen, die Zuverlässigkeit oder das Verhalten, den Aufenthaltsort oder Ortswechsel betreffen, analysiert oder prognostiziert werden, um persönliche Profile zu erstellen oder zu nutzen, wenn personenbezogene Daten schutzbedürftiger natürlicher Personen, insbesondere Daten von Kindern, verarbeitet werden oder wenn die Verarbeitung eine große Menge personenbezogener Daten und eine große Anzahl von betroffenen Personen betrifft.

- Voraussetzungen des Schadenersatzes und typische Praxisfälle,
- Verstoß gegen Datenschutzrecht (Verstoß gegen die DS-GVO oder gegen nationale Datenschutzbestimmungen, die auf Grundlage der DS-GVO ergangen sind); umstritten, ob der Verstoß in einer rechtswidrigen Verarbeitung von personenbezogenen Daten liegen muss (LAG Nürnberg, Urteil vom 25.1.2023 – 4 Sa 201/22: Artikel 82 1 DS-GVO erfordert haftungsbegründend eine gegen die DS-GVO verstößende Datenverarbeitung und erfasst somit nicht eine reine Verletzung der Auskunftspflicht nach Artikel 15 DS-GVO.),
- Schaden; Anforderungen an den Schaden waren bis zuletzt hochumstritten.

Die typischen Praxisfälle bestehen darin, dass Arbeitnehmer, wenn es Probleme im Arbeitsverhältnis gibt, oder wenn sie die Kündigung erhalten und dagegen klagen, ihre Ansprüche auf Datenauskunft und -kopie geltend machen (Art. 15 DS-GVO).

Da der Arbeitgeber in lang andauernden Arbeitsverhältnissen typischerweise sehr viele personenbezogene Daten über den Arbeitnehmer hat, steht er vor einem großen praktischen Problem. Versäumt er die Auskunftsfrist, dann verlangen Arbeitnehmer Schadenersatz.

Anforderungen an den Schaden

- Waren heftig umstritten, auch zwischen den einzelnen Instanzengerichten. Klar ist, dass Vermögensschäden ersetzt werden müssen; bei immateriellen Schäden aber gab es Streit.
- Teils wurde vertreten, dass jede Verletzung von Datenschutzrecht stets zu einem immateriellen Schaden führt, weil in jeder Datenschutzverletzung eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts liegen soll.
- Andere waren der Auffassung, dass eine Erheblichkeitsschwelle überschritten sein muss, um einen Schaden anzunehmen.
- Der EuGH hat aber im Urteil vom 4.5.2023 – C-300/21 - (endlich) klargestellt, dass nicht jede Verletzung von Datenschutzrecht gleich einen Schadensersatzanspruch begründet, es aber auch keine Erheblichkeitsschwelle gibt.

Konsequenzen gibt es vor allem in den Schadensersatzprozessen:

- Die betroffene Person / der Arbeitnehmer muss darlegen, worin sein Schaden liegt. Dazu kann er sich nicht allein auf die Datenschutzverletzung stützen; Der Verantwortliche / Arbeitgeber kann den Schaden bestreiten. Der Schaden muss dann bewiesen werden.
- Fehlt es an Beweisen, entfällt auch der Schadensersatz; kann der Arbeitnehmer irgendeinen - noch so geringen – Schaden beweisen, schuldet der Arbeitgeber einen - noch so geringen – Schadensersatz,

Reformbedarf im deutschen Recht

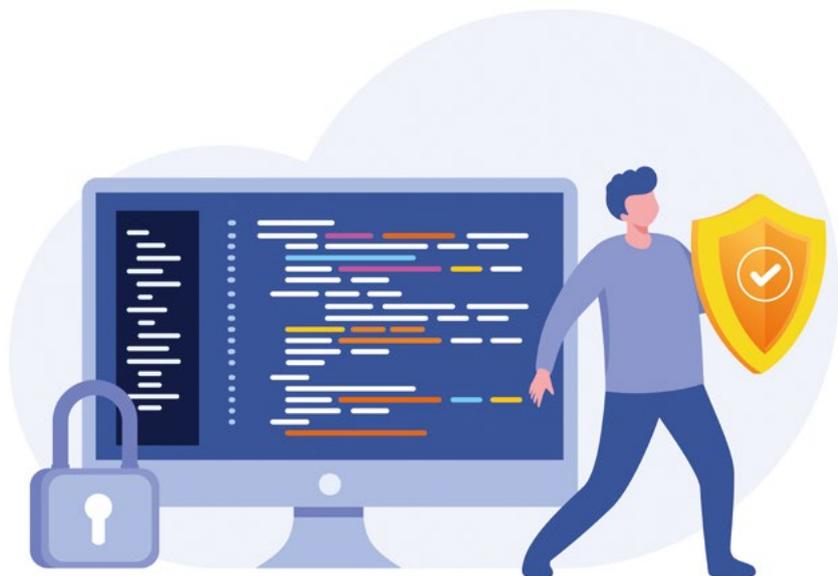
- Der EuGH hat mit Urteil vom 30.3.2023 – C-34/21 – eine Bestimmung aus dem hessischen Recht über den Schutz von personenbezogenen Daten für unanwendbar erklärt.
 - Problematisch daran ist, dass die Bestimmung aus Hessen im Kern genauso lautet, wie die bundesdeutsche Generalklausel zum Datenschutz im Arbeitsverhältnis. § 26 BDSG Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses
- (1)** Personenbezogene Daten von Beschäftigten dürfen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung oder zur Ausübung oder Erfüllung der sich aus einem Gesetz oder einem Tarifvertrag, einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung (Kollektivvereinbarung) ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten erforderlich ist. [...]
- (4)** Die Verarbeitung personenbezogener Daten, einschließlich besonderer Kategorien personenbezogener Daten von Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses, ist auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen zulässig. Dabei haben die Verhandlungspartner Artikel 88 Absatz 2 der Verordnung (EU) 2016/679 zu beachten.
- Aufgrund der EuGH-Entscheidung muss angenommen werden, dass es derzeit keine Rechtsgrundlage für die regelmäßige Verarbeitung von Beschäftigtendaten im deutschen Recht gibt.
 - Auch die Rechtsgrundlage für Verarbeitungen aufgrund von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen wankt, seit das BAG sie ebenfalls dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt hat (Vorlagebeschluss vom 22.9.2022 – 8 AZR 209/21 (A)).

§ 26 Abs. 1 S. 1 BDSG:

- Verarbeitungen bleiben auf der Grundlage von Artikel 6 Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstaben b) c) und f) der (DS-GVO) zulässig. Ergibt eine gesetzliche Änderung, dann sind die daraus hervorgehenden einschlägigen Bestimmungen zu beachten.

§ 26 Abs. 4 BDSG:

- keine Anhaltspunkte für Lückenfüllung





— Die Stechuhentscheidung des BAG

Ihre Konsequenzen für den Alltag

BAG, Beschluss vom 13.9.2022 - 1 ABR 22/21

Worum ging es in dem Fall?

- Arbeitgeber (AG) und Betriebsrat (BR) schließen eine Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit.
- Zusätzliche Verhandlungen über die Einführung einer elektronischen Zeiterfassung scheitern und der BR verlangt die Einführung in der Einigungsstelle.
- Der AG will vom Arbeitsgericht (ArbG) die Unzuständigkeit der Einigungsstelle feststellen lassen, weil er meint, dass dem BR kein Initiativrecht zusteht, scheitert aber mit seinem Antrag.
- Vor dem Landesarbeitsgericht hat der AG in II. Instanz Erfolg.
- Der Fall landet letztinstanzlich beim BAG.

Wie hat das BAG entschieden?

- Das BAG gibt dem AG Recht, der aber einen „Pyrrussieg“ erringt
- Die Einigungsstelle sei unzuständig, weil der BR kein Initiativrecht habe. Die Frage, ob die Arbeitszeit zu erfassen ist, sei nämlich bereits gesetzlich geregelt.
- Gemäß der Zeiterfassungsentscheidung des EuGH zur EG-Arbeitszeitrichtlinie sei der AG verpflichtet, „ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die Arbeitszeiten von Arbeitnehmern gemessen werden können“. Gemäß dieser Rechtsprechung müsse das deutsche Arbeitsschutzgesetz ausgelegt werden.
- Dem BR steht ein Mitbestimmungsrecht aus Gründen des betrieblichen Gesundheitsschutzes zu (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG), wenn der AG eine Zeiterfassung einführen will; er kann aber nicht initiativ eine elektronische Erfassung verlangen, weil auch eine analoge Erfassung mit der EuGH-Entscheidung im Einklang stehen kann.

§ 3 ArbSchG Grundpflichten des Arbeitgebers

- (1) 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. Er hat die Maßnahmen auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen und erforderlichenfalls sich ändernden Gegebenheiten anzupassen. Dabei hat er eine Verbesserung von Sicherheit und Gesundheitsschutz der Beschäftigten anzustreben.
- (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 sowie
 2. Vorkehrungen zu treffen, dass die Maßnahmen erforderlichenfalls bei allen Tätigkeiten und eingebunden in die betrieblichen Führungsstrukturen beachtet werden und die Beschäftigten ihren Mitwirkungspflichten nachkommen können.
- (3) Die Kosten für Maßnahmen nach diesem Gesetz darf der Arbeitgeber nicht den Beschäftigten auferlegen.

Welche allgemeinen rechtlichen Konsequenzen gibt es?

- Zeiterfassung ist bereits Pflicht.
- Sie muss nicht elektronisch sein.
- Sie kann an den Arbeitnehmer (AN) delegiert werden.
- Die erfassten Zeiten müssen auch kontrolliert und überwacht werden (Arbeitsschutzmaßnahme).
- Ob die Erfassung auch für Leitende Angestellte Pflicht ist, lässt das BAG offen: Dagegen spricht die Ausnahme in der EG- Arbeitszeitrichtlinie und im ArbZG. Dafür spricht, dass das BAG die Pflicht zur Erfassung aus dem ArbSchG ableitet, das keine Ausnahmen für Leitende Angestellte vorsieht.
- Vertrauensarbeitszeit ist nicht mehr in dem Maße möglich wie vorher (nur Lage der ArbZ liegt noch im Vertrauensbereich, nicht mehr die Dauer).
- Auswirkungen auf Überstundenprozesse, also Klagen auf Arbeitsvergütungen, sind umstritten.

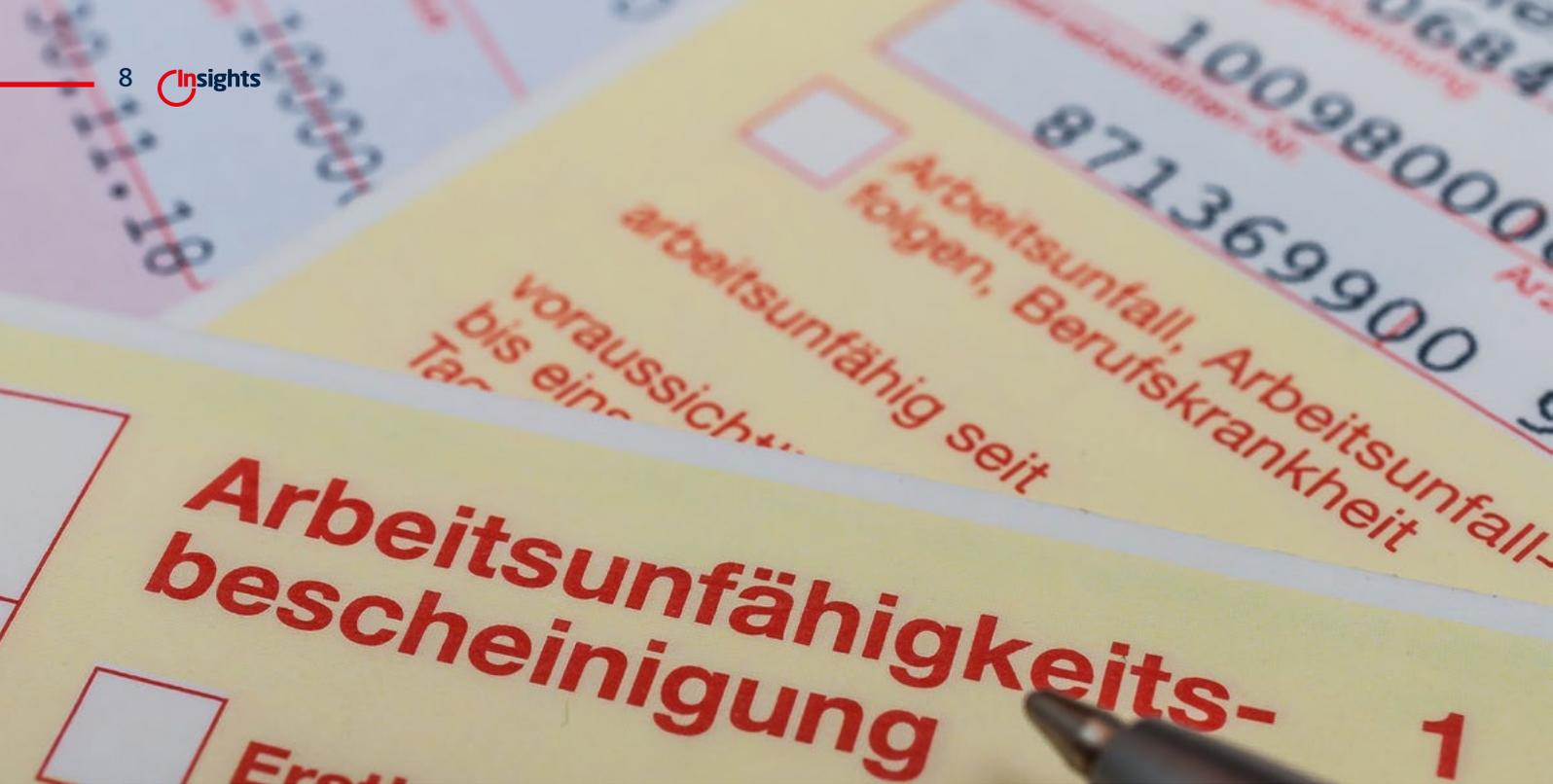
Folgen für die Praxis

- Alle AG müssen die Arbeitszeiten aufzeichnen
- Nicht nur Überstunden, Sonn- und Feiertagsarbeit sind aufzuzeichnen, sondern Beginn und Ende von allen Arbeits- und Pausenzeiten; nur die lückenlose Aufzeichnung beweist die Einhaltung
- der Höchstarbeitszeit (8 bis max. 10 Stunden),
- der Pausenzeiten (je nach Arbeitszeit mind. 30 bis 45 Minuten),
- der Ruhezeiten (mind. 11 Stunden)
- Die Arbeitsschutzbehörde kann sich die Unterlagen vorlegen lassen.
- Bei beharrlichen Verstößen droht Bußgeld, also wenn der AG einer vollziehbaren Anordnung der Arbeitsschutzbehörde zur verpflichtenden Zeiterfassung zuwiderhandelt (§ 25 Abs. 1 Nr. 2 a) ArbSchG).

Reaktionen der Legislative und Exekutive?

- Das BMAS kündigte im Nachgang der Entscheidung „praxismgerechte“ Änderungen im Arbeitszeitgesetz „voraussichtlich im ersten Quartal 2023“ an. Diese sollen vor allem die Form der Erfassung, ihre Delegation auf die Arbeitnehmer und Sanktionen betreffen; passiert ist bisher nichts.
- Das Land NRW hat bereits die Verbände und Gewerkschaften zur Vorbereitung einer landesweiten Durchführungsverordnung angehört. Die Verordnung soll
- die Arbeitsschutzbehörden konkret zu Kontrollen und Anordnungen ermächtigen,
- Spielraum für bloße Hinweise und Verwarnungen belassen,
- Sanktionen nur bei vorheriger Anordnung vorsehen,
- keine Formvorgaben zur Erfassung enthalten und
- leitende Angestellte aus der Pflicht herausnehmen.





Arbeitsunfähigkeits- bescheinigung

— Betriebliches Eingliederungsmanagement (bEM)

Aktuelle Rechtsprechung zum betrieblichen Eingliederungsmanagement (bEM) - Anforderungen an ein wirksames bEM und Folgen bei Verstößen

Relevante Bestimmungen für das bEM

§ 167 Abs. 2 SGB IX

Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, klärt der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung im Sinne des § 176, bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung, mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person die Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann (betriebliches Eingliederungsmanagement). Beschäftigte können zusätzlich eine Vertrauensperson eigener Wahl hinzuziehen. Soweit erforderlich, wird der Werks- oder Betriebsarzt hinzugezogen. Die betroffene Person oder ihr gesetzlicher Vertreter ist zuvor auf die Ziele des betrieblichen Eingliederungsmanagements sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen. Kommen Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht, werden vom Arbeitgeber die Rehabilitationsträger oder bei schwerbehinderten Beschäftigten das Integrationsamt hinzugezogen. Diese wirken darauf hin, dass die erforderlichen Leistungen oder Hilfen unverzüglich beantragt und innerhalb der Frist des § 14 Absatz 2 Satz 2 erbracht werden. Die zuständige Interessenvertretung im Sinne des § 176, bei schwerbehinderten Menschen außerdem die Schwerbehindertenvertretung, können die Klärung verlangen. Sie wachen darüber, dass der Arbeitgeber die ihm nach dieser Vorschrift obliegenden Verpflichtungen erfüllt.

Anforderungen an ein wirksames bEM-Schreiben

- Feststellung, dass innerhalb der letzten zwölf Monate AU-Zeiten von mehr als sechs Wochen vorliegen;
- Angebot eines gemeinsamen Gesprächs zur Durchführung eines bEM;
- Hinweis auf die Ziele des bEM; die bloße Wiederholung des Wortlauts von § 167 Abs. 2 SGB IX genügt nicht;
- Hinweis auf die Freiwilligkeit des bEM
- Hinweis auf Art und Umfang der verarbeiteten Daten;
- Hinweis auf die am bEM Beteiligten;
- Hinweis, dass auf Wunsch des Arbeitnehmers von der Beteiligung des Betriebsrats abgesehen werden kann;
- Ein fehlerhaftes bEM-Einladungsschreiben führt zur Unwirksamkeit des gesamten Verfahrens.

Durchführung des bEM-Verfahrens

- Die Initiative zur Durchführung des bEM muss vom Arbeitgeber ausgehen.
- Arbeitnehmer haben keinen Anspruch auf Einleitung und Durchführung eines bEM.
- Der Arbeitgeber ist nicht dazu verpflichtet, bestimmte bEM-Maßnahmen vorzuschlagen.
- Ein bEM hat kein „Mindesthaltbarkeitsdatum“. Auch wenn der Arbeitnehmer die Durchführung eines bEM abgelehnt hat oder bereits ein bEM-Verfahren durchgeführt wurde, muss der Arbeitgeber ein neues bEM anbieten, wenn der Arbeitnehmer anschließend erneut innerhalb eines Jahres mehr als 6 Wochen arbeitsunfähig ist.

Datenschutz

- Im Rahmen des bEM werden Gesundheitsdaten (Art. 9 Abs. 1 DSGVO) des betroffenen Arbeitnehmers verarbeitet.
- Die Datenverarbeitung bedarf einer datenschutzrechtlichen Grundlage. Erhebt der Arbeitgeber über die Grunddaten (Fehlzeiten, Angebot des bEM und dessen Annahme/Ablehnung) hinaus weitere Daten, ist umstritten, ob er hierfür eine Einwilligung des Betroffenen benötigt.
- Auch die weitere Verarbeitung, insbesondere die Speicherung der Daten durch den Arbeitgeber muss datenschutzkonform erfolgen.

Entscheidung des BAG v. 15.12.2022 – 2 AZR 162/22

- Die Einleitung des bEM darf jedoch nicht davon abhängig gemacht werden, dass der Arbeitnehmer eine schriftliche Zustimmung in die Verarbeitung seiner im Rahmen des bEM erhobenen personenbezogenen Daten und Gesundheitsdaten erteilt.
- Jedenfalls ein Erstgespräch kann auch ohne datenschutzrechtliche Einwilligung durchgeführt werden. Arbeitgeber können das Erstgespräch nutzen, um den Verfahrensablauf zu erläutern und Vorbehalte des Arbeitnehmers auszuräumen.
- Im Erstgespräch sind die am Verfahren mitwirkenden Stellen und Personen festzulegen.
- Erst in einem weiteren Termin ist mit den Beteiligten zu erörtern, welche Angaben über den Gesundheitszustand zur Durchführung des bEM voraussichtlich erforderlich sind und auf welche Weise etwaige Gesundheitsdaten rechtskonform erhoben und verarbeitet werden können.
- Nur wenn der Arbeitnehmer nicht bereit ist, an dem dann folgenden Klärungsprozess, z.B. durch Vorlage der erforderlichen Diagnosen und Arztberichte, konstruktiv mitzuwirken, kann der Arbeitgeber das Verfahren berechtigterweise beenden.

Folgen bei Fehlern im bEM-Verfahren

- Hat der Arbeitgeber das bEM nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt, trägt er im Kündigungsschutzprozess die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass auch mithilfe eines bEM keine mildereren Mittel als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hätten erkannt werden können.
- Arbeitgeber müssen darlegen und beweisen, dass die Durchführung des bEM objektiv nutzlos gewesen wäre.
- Kennt der Arbeitgeber die Krankheitsursachen nicht, trifft ihn nur eine abgestufte Darlegungslast.

Erforderlich ist umfassender Vortrag dazu,

- warum der Arbeitnehmer auf seinem bisherigen Arbeitsplatz nicht mehr eingesetzt werden kann,
- warum dieser Arbeitsplatz nicht entsprechend des Leistungsvermögens des Arbeitnehmers angepasst werden,
- warum der Arbeitnehmer auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit eingesetzt werden kann
- und warum künftige Fehlzeiten auch nicht durch gesetzlich vorgesehene Hilfen oder Leistungen der Rehabilitationsträger in relevantem Umfang hätten vermieden werden können.
- Nicht alle Verfahrensfehler bei der Durchführung des bEM haben Bedeutung für eine später ausgesprochene Kündigung.
- Leitet der Arbeitgeber das bEM nicht ordnungsgemäß ein, führt dies stets zur Unwirksamkeit des gesamten Verfahrens.
- Leitet der AG das bEM zwar ein, unterlaufen ihm aber bei der Durchführung Fehler, hängt der Umfang seiner Darlegungs- und Beweislast davon ab, ob der Fehler Einfluss auf die Möglichkeit hatte oder hätte haben können, Maßnahmen zur Reduzierung der AU-Zeiten identifizieren (BAG v. 15.12.2022 – 2 AZR 162/22).
- Lehnt der Arbeitnehmer aufgrund des Verfahrensfehlers die weitere Durchführung des bEM ab, trägt der Arbeitgeber die volle Darlegungs- und Beweislast.



E-Bikes für Arbeitnehmer

Leasingmodelle im arbeitsrechtlichen Blick

Wie laufen die gängigen Modelle ab?

- Arbeitgeber und Leasinganbieter schließen einen Rahmenvertrag über den Abschluss einzelner Leasingverträge. In dem Rahmenvertrag werden die Bedingungen der einzelnen Leasingverträge festgelegt.
- Gegebenenfalls gibt es auch einen Dienstleistungsvertrag zwischen Arbeitgeber und Dienstleister, wenn ein solcher zwischengeschaltet ist.
- Zwischen dem Leasinggeber und dem Dienstleister gibt es einen internen Vertrag, dessen Inhalt der Arbeitgeber nicht kennt.
- Der Dienstleister und der Leasinggeber arbeiten mit Fahrrad-Fachgeschäften zusammen; ggf. auch nur der Leasinggeber allein (s.o.); von den Fachhändlern beziehen Leasinggeber und/oder Dienstleister die Fahrräder, welche der Arbeitgeber leas; auch Wartungsleistungen können vertraglich geregelt sein.

Verhältnis zwischen den Arbeitsvertragsparteien

- Arbeitgeber und Arbeitnehmer schließen einen Überlassungsvertrag, in dem die Überlassungsbedingungen geregelt sind.
- Die Überlassungsbedingungen sind in aller Regel bereits in Vertragsmustern der Leasinggeber oder Dienstleister enthalten; es handelt sich um arbeitnehmerfreundliche Standardverträge, die von den Anwälten des Leasinggebers / Dienstleisters vorbereitet werden; ABER: Nachfragen lohnt sich! Da die Arbeitsvertragsparteien selbst den Vertragsinhalt bestimmen, sollte mit dem Leasinggeber / Dienstleister eine Abweichung der Bedingungen abgestimmt werden; Leasinggeber und Dienstleister geben meist nur vor, dass der Rahmenvertrag eingehalten wird.
- In der Regel ist der Arbeitnehmer im Rahmen des Vertrags bevollmächtigt, vom Fachhändler im Namen des Arbeitgebers das geleaste Fahrrad abzuholen, oder er ist im Falle des Versands empfangsbevollmächtigt und muss dann auch die Rüge- und Mängelrechte des Arbeitgebers für diesen geltend machen, wenn das Fahrrad nicht im vertragsgemäßen Zustand ist.
- Der Arbeitgeber zahlt an den Leasinggeber die Leasingraten und ggf. bei vereinbarter Wartung auch eine entsprechende Pauschale.

Leistung mit Entgeltcharakter

- Im Überlassungsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wird ein Nutzungsrecht des Arbeitnehmers als Bestandteil seines Arbeitsentgelts geregelt (geldwerter Vorteil der Fahrradnutzung).
- Das bedeutet: die Entziehung des Fahrrads kann eine (ggf. unzulässige) Gehaltsreduktion sein.
- Die Konstellation ist bekannt vom Thema Dienstwagen mit privater Nutzungserlaubnis.
- Möglich sind (steuerprivilegierte) Entgeltumwandlungen durch den Arbeitnehmer oder (teilweise steuerbefreite, § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 EStG) Zusatzleistungen durch den Arbeitgeber.

Was muss beachtet werden? Was darf (nicht) mit Arbeitnehmern vereinbart werden?

- Beachtet werden muss der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz; d.h. der Arbeitgeber muss entweder alle Arbeitnehmer oder Arbeitnehmer mit gleichen oder gleichartigen Arbeitsbedingungen gleich behandeln.
- Bei dem Abschluss des Leasingvertrages für ein Fahrrad für einen befristet beschäftigten Arbeitnehmer sollte die Leasingdauer möglichst beschränkt werden oder es müssen Sonderregeln in den Überlassungsvertrag übernommen werden, die in den Grenzen der rechtlichen Zulässigkeit das Finanzierungsrisiko auf den Arbeitnehmer überwälzen.
- Achtung: Mindestlohn! Der Mindestlohn ist ein Geldanspruch und kann nicht zulässig in private Fahrradnutzung umgewandelt werden.
- Ein Höchstpreis des Fahrrads kann vereinbart werden.
- Widerrufs- und Herausgaberechte des Arbeitgebers sollten für den Fall vereinbart werden, dass der Arbeitnehmer seinen Entgeltanspruch verliert (z.B. nach dem Ende der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall). Alternativ dazu wäre die Beibehaltung des Nutzungsanspruchs im Austausch gegen Übernahme der Leasingraten und ggf. Wartungskostenpauschalen durch den Arbeitnehmer (problematisch).
- Die Folgen von Fehlverhalten bei der Fahrradnutzung sollten geklärt werden.
- Bei rechtswidriger Entziehung des Fahrrads gilt: Schadensersatz für Nutzungsausfall.
- Ein Recht der Arbeitnehmer, das Fahrrad bei Leasingende abzulösen sollte nur abhängig von den Vertragsbedingungen mit dem Leasinggeber oder Dienstleister vereinbart werden.
- Drittnutzungsrechte und zugehörige Haftungsfragen sollten vereinbart werden (z.B. Ehegatten und Haushaltsangehörige).
- Folgen von Aus- oder Umbauten oder dem Anbau von Zubehör sollten geregelt werden, um die Eigentumsfrage zu klären.
- Kosten für Reparatur und Wartungen sollten zugeordnet werden.
- Wechselseitige Sorgfaltspflichten sollten geklärt werden.
- Datenschutzregeln für die Vertragsabwicklung des Arbeitgebers mit dem Leasinggeber und/oder Dienstleister oder für den Umgang mit dem Nachweis von Fahrerlaubnissen (bei S-Pedelec) sollten festgelegt werden.
- Kostenübernahmeklauseln (Ablöse- oder Unterhaltungskosten) für den Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses sind in der Regel unwirksam.
- Ist ein Betriebsrat gebildet, können die Bedingungen der Überlassungsverträge auch durch eine Betriebsvereinbarung standardisiert werden. Dadurch werden sie einer strengen AGB-Kontrolle entzogen.





— Arbeitsrechtlicher Umgang mit der Inflationsausgleichsprämie

Erste Praxiserfahrungen

Rechtsgrundlage im Steuerrecht

§ 3 Nr. 11c des Einkommensteuergesetzes

Steuerfrei sind [...] zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn vom Arbeitgeber in der Zeit vom 26. Oktober 2022 bis zum 31. Dezember 2024 in Form von Zuschüssen und Sachbezügen gewährte Leistungen zur Abmilderung der gestiegenen Verbraucherpreise bis zu einem Betrag von 3 000 Euro [...].

Voraussetzungen der Steuerfreiheit

1. Befristung: Steuerfrei ist die Inflationsausgleichsprämie nur bis zum 31. Dezember 2024.
2. Freibetrag: Steuerfrei sind bis zu 3.000,00 Euro.
3. Zusatzleistung: Ohnehin geschuldetes Arbeitsentgelt ist nicht steuerfrei. Die Inflationsausgleichsprämie muss „oben drauf“ kommen.
4. Zuschüsse oder Sachbezüge: Die Inflationsausgleichsprämie kann als Geld- oder Sachleistung oder in Form einer Vergünstigung gewährt werden.
5. Zweckbindung: Steuerfrei sind nur Leistungen, die der Abmilderung der gestiegenen Verbraucherpreise dienen.
6. Keine Voraussetzung ist, dass es sich um mehrere Teilleistungen oder eine einheitliche Leistung handeln muss. Dies steht im Ermessen des Arbeitgebers.

Einseitige Leistungsbestimmung

§ 315 BGB Bestimmung der Leistung durch eine Partei

- (1) Soll die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist.
- (2) Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil.
- (3) Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen; das Gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird.

Ermessensausübung

Aus § 315 Abs. 1 BGB folgt, dass die Bestimmung einer einseitigen Leistung (u.a. bei der Inflationsausgleichsprämie) nach billigem Ermessen zu treffen ist. Zu berücksichtigen sind (u.a.)

- alle Umstände und Wertungsgesichtspunkte, die im allgemeinen Zivilrecht von Bedeutung sind,
- Maßstäbe der ausstellenden Gerechtigkeit,
- bei der Ausübung „sozialer Macht“ auch die Grundsätze der Ermessensausübung wie bei Behörden.

Allgemeiner Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

- Der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet dem Arbeitgeber. Seine Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung einer selbst gesetzten Regel gleich zu behandeln.
- Er verbietet nicht nur die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe, sondern auch eine sachfremde Gruppenbildung.
- In Vergütungs- bzw. Entgeltfragen gilt: Trotz [...] der Vertragsfreiheit ist der Gleichbehandlungsgrundsatz auch bei der Zahlung der Arbeitsvergütung anwendbar, wenn [...] der Arbeitgeber die Leistung nach einem erkennbaren und generalisierenden Prinzip gewährt, indem er Voraussetzungen oder Zwecke festlegt.

Spannungsverhältnis zwischen Steuer- und Arbeitsrecht

Verhältnis Arbeitsentgelt und Prämie

- Das Arbeitsentgelt dient der Vergütung des Arbeitnehmers für die im Arbeitsverhältnis geschuldete und von ihm geleistete Arbeit. Es ist die Gegenleistung des Arbeitgebers für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers („Ohne Arbeit kein Lohn“). Auch bei fortgezahltem Entgelt und Urlaubsentgelt sowie in anderen Fällen mit aufrecht erhaltenem Entgeltanspruch handelt es sich um Arbeitsentgelt.
- Ob die Inflationsausgleichsprämie Arbeitsentgelt darstellt, ist unklar. Die Gesetzesformulierung ist missverständlich („zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn“). Gegen diese Annahme spricht der Prämienzweck (Inflationsausgleich). Die Bundestagsdrucksachen zum Gesetz liefern keine Antwort.
- M.E.: Sozialleistung des Arbeitgebers, kein Arbeitsentgelt!

§ 8 des Einkommensteuergesetzes Einnahmen [...]

(4) Im Sinne dieses Gesetzes werden Leistungen des Arbeitgebers oder auf seine Veranlassung eines Dritten (Sachbezüge oder Zuschüsse) für eine Beschäftigung nur dann zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn erbracht, wenn

1. die Leistung nicht auf den Anspruch auf Arbeitslohn angerechnet,
2. der Anspruch auf Arbeitslohn nicht zugunsten der Leistung herabgesetzt,
3. die verwendungs- oder zweckgebundene Leistung nicht anstelle einer bereits vereinbarten künftigen Erhöhung des Arbeitslohns gewährt und
4. bei Wegfall der Leistung der Arbeitslohn nicht erhöht wird. [...]

Ersetzungsverbot / Umwandlungsverbot

- Aus der Voraussetzung, dass es sich um eine Zusatzleistung des Arbeitgebers handelt, folgt ein Ersetzungs- oder auch Umwandlungsverbot für den Arbeitgeber.
- D.h., Leistungen, auf die der Arbeitnehmer Anspruch hat, dürfen nicht gestrichen oder gekürzt und stattdessen in eine steuerfreie Inflationsausgleichsprämie umgewandelt werden.
- Besteht kein Anspruch auf eine Vergütungsleistung, dann steht das Ersetzungsverbot / Umwandlungsverbot der Prämiengewährung auch nicht entgegen. Problematisch sind aber Fälle, in denen ein bereits bestehender Anspruch entweder durch Widerruf des Arbeitgebers oder einvernehmlich beseitigt wird.

Ermessensreduktion?

- Der Arbeitgeber muss bei der Prämiengewährung alle rechtlichen Voraussetzungen „unter einen Hut bekommen.“ Zwar trifft er die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen, muss aber auch den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Einkommensteuerrecht beachten.
- Einhellige Meinung ist, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz die Ermessensentscheidungen des Arbeitgebers überlagern und insoweit den Ermessenspielraum reduzieren kann.
- Unklar ist derzeit aber, ob auch die steuerrechtliche Zweckbindung „Inflationsausgleich“ das Ermessen weiter reduziert oder sogar den Gleichbehandlungsgrundsatz verdrängt.

Diese gesetzliche Unklarheit führt zu Steuerrisiken, wenn Arbeitnehmer ungleich behandelt werden.

Steuerisiken bei rein arbeitsrechtlicher Betrachtung

- Sowohl steuer- als auch arbeitsrechtlich ist eine vollständige Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer stets zulässig, Bsp.: Alle erhalten ohne Unterschied 300 €.
- Arbeitsrechtlich mag die Ungleichbehandlung innerhalb eines Betriebes unterschiedlicher Arbeitnehmergruppen zu rechtfertigen sein, z.B. nach
- Arbeitsaufgabe oder Schwierigkeitsgrad,
- Abteilung,
- Arbeitsort,
- unterschiedlichen Entlohnungs- oder Gehaltsgrundsätzen,
- Arbeitsvolumen usw.
- Steuerrechtlich können Ungleichbehandlungen mit Bezug zur Arbeitsleistung aber zu einem Risiko der Besteuerung aller Prämienzahlungen als Arbeitsentgelt führen.
- Bei der regelmäßigen Betriebsprüfung durch die Sozialversicherung nach § 28p SGB IV kann die unzulässige Praxis auffallen und eine nachträgliche Sozialabgabenpflicht festgestellt werden.
- Da der Arbeitnehmeranteil nur durch Abzug von Arbeitsentgelt abgeführt werden darf, kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht in die Haftung nehmen und muss alles sofort und selbst zahlen.
- Für die nicht abgeführte Lohnsteuer haftet auch grundsätzlich der Arbeitgeber sofort und ein Regress scheidet oft praktisch an der alleinigen Verantwortung des Arbeitgebers für die unterlassene Abführung.

Typische Problem- und Risikofälle

Ersetzungen, insbesondere bei betrieblicher Übung

- Ersetzt der Arbeitgeber ganz oder teilweise laufende Entgeltansprüche oder Ansprüche auf Entgelterhöhungen oder auf Sonderzahlungen wie Weihnachts- oder Urlaubsgeld mit der Inflationsausgleichsprämie, dann ist diese in Wahrheit Arbeitsentgelt und wird auch so besteuert.
- Richtet der Arbeitgeber seine Entscheidung über die Höhe der Prämie an Merkmalen der Arbeitsleistung aus, z. B. nach der Dauer der Arbeitszeit / dem Arbeitsvolumen, und zahlt er demgemäß Teilzeitkräften weniger als vergleichbaren Vollzeitkräften, dann folgt er damit nicht dem gesetzlichen Zweck des Inflationsausgleichs, sondern belohnt in proportional erkennbarer Weise eigentlich die Arbeitsleistung und begibt sich so in ein Beitrags- und Lohnsteuerrisiko hinsichtlich aller nach diesen Prinzipien ausgezahlter Prämien.
- Bei absoluter Gleichbehandlung kommt es für die Frage der Steuerfreiheit allein noch darauf an, ob ein Anspruch auf die Leistung bestand.
- Wenn ja, dann steuerschädliche Umwandlung.
- Wenn nein, dann Weg frei für die steuerfreie Prämie!
- Zulässig ist auch eine Ungleichbehandlung nach Reallohnverlust / Inflationsbetroffenheit, z.B. bei vermutlich hohem Anteil der Konsumausgaben an Gesamtausgaben eines Arbeitnehmers.
- Ein Sonderproblem bildet die betriebliche Übung, weil hier die Hemmschwelle der Umwandlung aufgrund der fehlenden Niederlegung des bestehenden Anspruchs nicht so hoch liegt. Hat sich die Übung aber noch nicht durchgesetzt, und besteht deswegen kein Anspruch können beabsichtigte, aber nicht zugesagte (freiwillige) Leistungen steuerunschädlich mit der Prämie „ersetzt“ werden.

Ruhender Entgeltanspruch

- Teilweise wird eine Ungleichbehandlung bei ruhendem Entgeltanspruch, z.B. bei Krankengeldbezug, diskutiert, und zwar, dass ohne Entgeltanspruch auch keine Inflationsausgleichsprämie geschuldet ist. Auch hier besteht ein Steuerrisiko; denn das Zusätzlichkeitskriterium („zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn“) ist nur Voraussetzung der Steuerfreiheit, nicht aber der Prämie an sich.
- Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz erlaubt zwar eine Ungleichbehandlung bei ruhendem Entgeltanspruch. Die Ungleichbehandlung am Arbeitsentgelt zu orientieren, setzt aber wieder einen risikobehafteten und womöglich steuerschädlichen Bezug zur Arbeitsleistung, weil der für die Steuerfreiheit entscheidende Prämienzweck unbeachtet bleibt.
- Vertretbar aber: Die Aussetzung der Prämie bei insgesamt ruhendem Arbeitsverhältnis!

Stichtags- und Rückzahlungsklauseln

- Stichtags- und Rückzahlungsklauseln zielen ab auf die Bindung des Arbeitnehmers und damit auf andauernde und künftige Betriebstreue. Die Leistung bzw. das Recht, diese zu behalten, wird an den Verbleib im Unternehmen zu einem bestimmten Stichtag geknüpft.
- Die Betriebstreue ist an sich nicht eng verknüpft mit der Arbeitsleistung, so jedenfalls noch die aktuelle Rechtsprechung des BAG.
- Demzufolge könnten solche Klauseln steuerunschädlich sein.
- Die Tendenz geht aber weiter zum Entgeltbezug und über Steuerfreiheit entscheidet in Fragen der Inflationsausgleichsprämie der Bundesfinanzhof letztinstanzlich.



— Winterzeit = Erkältungszeit

Wissenswertes zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Rechtsgrundlage der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

§ 3 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

(1) 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. Wird der Arbeitnehmer infolge derselben Krankheit erneut arbeitsunfähig, so verliert er wegen der erneuten Arbeitsunfähigkeit den Anspruch nach Satz 1 für einen weiteren Zeitraum von höchstens sechs Wochen nicht, wenn

1. er vor der erneuten Arbeitsunfähigkeit mindestens sechs Monate nicht infolge derselben Krankheit arbeitsunfähig war oder
2. seit Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Krankheit eine Frist von zwölf Monaten abgelaufen ist.

(2) Als unverschuldete Arbeitsunfähigkeit im Sinne des Absatzes 1 gilt auch eine Arbeitsverhinderung, die infolge einer nicht rechtswidrigen Sterilisation oder eines nicht rechtswidrigen Abbruchs der Schwangerschaft eintritt. Dasselbe gilt für einen Abbruch der Schwangerschaft, wenn die Schwangerschaft innerhalb von zwölf Wochen nach der Empfängnis durch einen Arzt abgebrochen wird, die schwangere Frau den Abbruch verlangt und dem Arzt durch eine Bescheinigung nachgewiesen hat, dass sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff von einer anerkannten Beratungsstelle hat beraten lassen.

(3) Der Anspruch nach Absatz 1 entsteht nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses.

§ 12 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) Unabdingbarkeit

Abgesehen von § 4 Abs. 4 kann von den Vorschriften dieses Gesetzes nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers oder der nach § 10 berechtigten Personen abgewichen werden.

Voraussetzungen

- Das EFZG gilt nur für Arbeitnehmer; die Rechtsprechung weitet die Geltung aber auf Auszubildende aus; Freie Mitarbeiter haben keinen gesetzlichen Anspruch auf EFZ.
- Wartezeit: Das Arbeitsverhältnis muss mindestens vier Wochen ununterbrochen bestehen; tatsächliche Arbeit in der Wartezeit ist keine Voraussetzung; bei Übernahme aus der Ausbildung wird die Wartezeit angerechnet.
- Unverschuldete Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit: Die Krankheit muss die Ursache der Arbeitsverhinderung sein. Verschulden ist wie Mitverschulden im Zivilrecht festzustellen (Hauptanwendungsfall: Alkohol!). Gibt es zugleich andere Ursachen, die dazu führen, dass nicht gearbeitet wird (z. B. arbeitsfreier Tag laut Dienstplan, dann besteht kein Anspruch; Kontrollfrage: Hätte der Arbeitnehmer, wäre er gesund gewesen, arbeiten können?
- Keine Voraussetzung für den Anspruch ist die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung; sie ist nur das gesetzliche Beweismittel für den Fall, dass es zum Streit über die EFZ kommt. Hinweis: seit dem 1.1.2023: elektronisches Meldeverfahren bei GKV und kassenärztlicher Versorgung
- Auch die rechtzeitige Krankmeldung des Arbeitnehmers ist keine Voraussetzung; der Arbeitgeber muss aber Kenntnis von der Krankheit haben, damit er weiß, dass der Anspruch überhaupt existiert.
- Exkurs: Auf Verletzungen der Krankmeldepflicht oder der Nachweispflichten (eAU) können Arbeitgeber mit Abmahnungen reagieren, ja nach Wiederholungsfall auch mit Kündigung. Ohne ärztlichen Nachweis kann der Arbeitgeber die EFZ verweigern.

Wie viel Entgelt ist fortzuzahlen?

- Die Höhe des Anspruchs bestimmt § 4 EFZG; Grundsatz: 100 % des ausgefallenen Arbeitsentgelts; keine pauschalen Kürzungen! Es gilt das sogenannte „Lohnausfallprinzip“.
- Kontrollfrage: Wie viel Arbeitsentgelt hätte der Arbeitnehmer erzielt, wenn er gesund gewesen wäre?
- Überstunden werden nicht berücksichtigt § 4 Abs. 1a S. 1 EFZG).
- Übliche Zuschläge sind ebenfalls zu zahlen (Ausnahme auch hier: Überstundenzuschlag).
- Sind Leistungsentgelte vereinbart (z.B. Akkord- oder Stundenlohn, Provisionen, Abschlussprämien, Boni usw.), muss der Arbeitgeber einen (Durchschnitts-)Wert der ausgefallenen Arbeit errechnen.
- Das Gesetz gibt keine Referenzzeiträume vor! Der Arbeitgeber muss sich also überlegen, wie viel Entgelt realistisch im EFZ-Zeitraum zu erzielen ist und je nach Tätigkeit auf Erfahrungswerte zurückgreifen und dabei übliche, z.B. saisonale Schwankungen berücksichtigen.

Andere Krankheit / dieselbe Krankheit

- Der Anspruch entsteht grundsätzlich für jede Krankheit erneut. Das heißt, der Arbeitnehmer kann für jede neue Krankheit weitere sechs Wochen EFZ verlangen.
- Für ein und dieselbe Krankheit bzw. dasselbe Grundleiden (z.B. Nackenschmerzen infolge einer Wirbelfehlstellung) werden die sechs Wochen EFZ nacheinander aufgebraucht.
- Erst wenn das Grundleiden für ununterbrochen sechs Monate keine AU auslöst oder die erste AU aufgrund desselben Leidens mindestens zwölf Monate her ist, kommt es zu einem neuen sechswöchigen EFZ-Anspruch.
- Bei Aufeinandertreffen mehrerer Krankheiten gilt die Einheit des Verhinderungsfalls. Es entsteht kein neuer Anspruch auf (weitere) sechs Wochen EFZ, wenn die zweite Krankheit noch während der ersten Krankheit beginnt.
- Die Rechtsprechung vermutet einen einheitlichen Verhinderungsfall, wenn zwischen zwei AU-Bescheinigungen nur ein Wochenende oder arbeitsfreie Tage liegen.
- Praxisproblem: Es werden teilweise wild Erstbescheinigungen ausgestellt, wenn eigentlich Fortsetzungserkrankungen vorliegen; Lösung: Der Arbeitnehmer muss im Streitfall beweisen, dass es sich nicht um eine Fortsetzungserkrankung handelt. Dazu muss er im Zweifel seinen Arzt von der Schweigepflicht entbinden; Praxistipp: Zahlungen einbehalten bis zum Beweis!

Annex: Erstattung in kleineren Unternehmen

- Seit 2006 gilt das Arbeitgeberaufwendungsgesetz (AAG).
- Darin geregelt wird ein Umlage- und Erstattungsverfahren (U1).
- Voraussetzung für die Teilnahme ist eine Regelbeschäftigung von höchstens 30 Arbeitnehmern, einschließlich der Auszubildenden, errechnet nach Teilzeitbruch; Krankenkasse stellt Teilnahme fest (Rechenmethode in § 3 AAG).
- Die Krankenkassen erstatten 80 % der EFZ-Kosten.
- Eine freiwillige Teilnahme von größeren Arbeitgebern am Verfahren ist nicht vorgesehen.



— Freistellung von der Arbeit

Fristlose Kündigung

Was gilt nach dem Gesetz?

§ 615 BGB Vergütung bei Annahmeverzug und bei Betriebsrisiko

Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muss sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt.

- Der Arbeitnehmer behält bei einseitiger Freistellung seinen Anspruch auf die Arbeitsvergütung
- Er muss nicht die Zeiten der Freistellung nacharbeiten
- Urlaubsansprüche werden durch eine Freistellung nicht automatisch verbraucht, sondern bleiben erhalten; endet das Arbeitsverhältnis, muss der Urlaub trotz vorheriger Freizeit finanziell abgegolten werden
- Der Arbeitgeber braucht für die Freistellung eine Rechtsgrundlage; denn Arbeitnehmer haben nach der Rechtsprechung einen Beschäftigungsanspruch, wenn die Beschäftigung nicht unzumutbar ist (BAG (Großer Senat), Beschluss vom 27.02.1985 - GS 1/84)
- Rechtsgrundlage kann zum Beispiel ein Überstundenausgleich sein, der arbeitsvertraglich vereinbart ist
- Auch Bestimmungen, die eine einseitige Freistellung von der Arbeit bei Vertrauensverlust vorsehen, sind zulässig
- Bestimmungen, die eine voraussetzungslose Freistellung oder eine unbezahlte Freistellung vorsehen, sind unwirksam

Anrechnungen von Urlaubsansprüchen

- Der Arbeitgeber kann bei einer wirksamen Freistellung Urlaub anrechnen, wenn die Freistellung unwiderruflich erfolgt
- Voraussetzung ist, dass der Urlaub in die Freistellungszeit fällt
- Er muss also nach dem gesetzlichen Verfahren zeitlich festgelegt sein; Der Arbeitgeber muss die Anrechnung auch erklären; aus der Erklärung muss der Urlaubszeitraum hervorgehen
- Arbeitgeber und Arbeitnehmer können die Festlegung auch einvernehmlich ändern
- Auch Arbeitszeitguthaben kann angerechnet werden; erforderlich ist aber eine Erklärung des Arbeitgebers

§ 7 BUrlG Zeitpunkt, Übertragbarkeit und Abgeltung des Urlaubs

(1) Bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs sind die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, es sei denn, daß ihrer Berücksichtigung dringende betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen, entgegenstehen. Der Urlaub ist zu gewähren, wenn der Arbeitnehmer dies im Anschluß an eine Maßnahme der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation verlangt. [...]

- Achtung bei Freistellung zum Jahreswechsel! Der Urlaubsanspruch für das neue Kalenderjahr muss gesondert in die Anrechnungserklärung aufgenommen werden
- Die Anrechnung von Urlaub greift nicht, wenn der Arbeitnehmer arbeitsunfähig krank ist (§ 9 BUrlG); er behält dann seine Urlaubstage, die in die Krankheit fallen; der Urlaubszeitraum muss dann für diese Urlaubstage neu festgelegt werden

Zusammentreffen von Kündigung und Freistellung

- Auch während der Kündigungsfrist muss der Arbeitgeber eine Rechtsgrundlage für die Freistellung haben und darf grundsätzlich nicht ohne Grund einseitig freistellen
- Die Kündigung führt nicht automatisch zur Freistellung; die Freistellung muss erklärt werden
- Die Urlaubsanrechnung ist erleichtert; denn der Urlaub kann nur noch bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses verbraucht werden; sonst geht der Anspruch unter und der Urlaub muss abgegolten werden
- Die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers treten in den Hintergrund; der Arbeitgeber darf Urlaub auch einseitig gewähren, wenn nicht anders möglich

Sonderfall fristlose Kündigung

- Bei (wirksamen) fristlosen Kündigungen endet das Arbeitsverhältnis mit dem Zugang des Kündigungsschreibens
- Freistellung und Anrechnungen sind also theoretisch kein Thema, weil keine Arbeitspflicht mehr besteht
- Praktisch werden aber (fast) alle fristlosen Kündigungen gerichtlich angegriffen
- Generelle Empfehlung: Hilfsweise fristgerecht kündigen und vorsorglich unter Urlaubsanrechnung freistellen, um nicht doppelt für Urlaub zahlen zu müssen!
- Urlaubsentgelt sollte bis zum Ablauf der 3-wöchigen Klagefrist einbehalten werden, um die Verhandlungsposition im Prozess zu verbessern
- Problem: Ohne Urlaubsentgelt wird der Urlaubsanspruch nicht erfüllt (Urlaub = bezahlte ungestörte zuvor festgelegte Freizeit); das Gesetz sieht sogar eine Vorleistung des Arbeitgebers vor (§ 11 Abs. 2 BUrlG)
- Lösung: Die Urlaubsanrechnung in der vorsorglichen Freistellung bleibt wirksam, wenn mit der Freistellungserklärung das Urlaubsentgelt vorbehaltlos zugesagt wird

Die perfekte Freistellungserklärung

Die perfekte Freistellungserklärung hat die folgenden Inhalte:

- unwiderrufliche Freistellung
- Fortzahlung des Arbeitsentgelts während der Freistellung
- (Angabe der noch übrigen Urlaubsansprüche)
- Urlaubsanrechnung
- Altansprüche und aktueller Anspruch
- gesetzliche und vertragliche Urlaubsansprüche
- bei Jahreswechsel: auch Anrechnung des noch entstehenden Urlaubsanspruchs
- Festlegung des Urlaubszeitraums (ab Freistellungsbeginn und zusammenhängend, bis aufgebraucht, auch bei Unterbrechung durch AU)
- Vorbehaltlose Zusage des Urlaubsentgelts bei fristloser Kündigung
- an Urlaubszeitraum anschließende Anrechnung von Arbeitszeitguthaben

— Ansprüche durch Betriebliche Übung

Insbesondere Weihnachtsgeld

Was sind betriebliche Übungen?

- Das BAG versteht unter betrieblicher Übung die regelmäßige Wiederholung einer bestimmten Verhaltensweise des Arbeitgebers, aus der die Arbeitnehmer schließen können, dass ihnen die aufgrund dieser Verhaltensweise gewährten Leistungen oder Vergünstigungen auch zukünftig und auf Dauer gewährt werden sollen.
- Der Arbeitgeber muss sich also so verhalten, dass die Arbeitnehmer auf einen Anspruch auf weitere Wiederholungen vertrauen dürfen. Rechtlich gesehen wird durch eine betriebliche Übung der Inhalt des Arbeitsverhältnisses verändert.

Beispiele:

- Urlaubsgeld
- Übertarifliche Zahlungen, Tarifabstandsregeln
- Zulagen, Zuschläge, Zuschüsse
- Leistungen für eine betriebliche Altersversorgung
- Betriebliches Krankengeld bzw. Krankengeldzuschüsse
- Kostenerstattungen für Privatfahrten zur Arbeitsstätte
- Betriebliches Kindergeld
- Jedwede Arten von Gratifikationen
- Bezahlte Freizeit an Heiligabend, Silvester, Rosenmontag usw.
- Nicht: jährliche Lohn-/Gehaltserhöhungen

Besonderheiten

- Das Verhalten des Arbeitgebers muss, um Ansprüche der Arbeitnehmer zu begründen, gleichartig und häufig genug wiederholt sein. Zur Beantwortung der Frage, wie viele gleichartige Wiederholungen ausreichend sind, werden alle Begleitumstände berücksichtigt (Faustformel bei Zahlungen: Dreimal).
- Zahlt der Arbeitgeber jedes Jahr Weihnachtsgeld, unterscheidet sich aber der Betrag jährlich – z.B. am Maßstab des Unternehmensergebnisses –, dann kann der Arbeitnehmer nur darauf schließen, dass er auch künftig Weihnachtsgeld erhält. Wie hoch dieses Weihnachtsgeld ist, bleibt dann aber offen.
- Die betriebliche Übung hat auch ein sogenanntes „kollektives Element“. Das bedeutet, dass die Leistung an einzelne Arbeitnehmer für die Gesamtheit der Belegschaft noch nicht den Schluss zulässt, dass z.B. alle Arbeitnehmer ein Weihnachtsgeld erhalten. Andererseits kann der Arbeitgeber auch nicht eine betriebliche Übung vermeiden, indem er einfach einzelne ausgesuchte Arbeitnehmer vom Weihnachtsgeld ausschließt.
- Selbst Arbeitnehmer, die selbst noch nicht wiederholt Leistungen empfangen haben, weil sie gerade erst in den Betrieb eingetreten sind, können aber umgekehrt wegen des kollektiven Elements Ansprüche aus betrieblicher Übung ableiten, wenn die betriebliche Übung schon vorher in dem Betrieb oder der Betriebsabteilung, in dem der neue Arbeitnehmer eingestellt wird, praktiziert wurde.
- Kommt es zum Rechtsstreit über einen Anspruch aus betrieblicher Übung, dann muss der Arbeitnehmer vor Gericht alle Tatsachen beweisen, aus denen eine betriebliche Übung hervorgegangen ist.
- Auch das jahrelange Beibehalten einer bestimmten betrieblichen Arbeitszeit muss nicht dazu führen, dass der Arbeitgeber sich an diese Arbeitszeit bindet. Denn bei der Festlegung von Arbeitszeit macht der Arbeitgeber allein von dem ihm zustehenden Direktionsrecht Gebrauch. Daran ändert sich auch nichts, wenn er dies dauerhaft auf dieselbe Weise tut.
- Eine betriebliche Übung entsteht nicht, wenn der Arbeitgeber irrtümlich eine nicht (mehr) zustehende Leistung (weiter) gewährt, und der Irrtum für den Arbeitnehmer erkennbar ist.
- Auch wenn der Arbeitgeber mit einer Sonderleistung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, kann keine betriebliche Übung entstehen. Beispiel: Arbeitnehmer können keine Extra-Vergütung verlangen, wenn der Arbeitgeber diese Vergütung für Verletzungen des ArbZG's gewährt. Eine solche betriebliche Übung und darauf basierende Entgelte sind verboten.

Betriebliche Übung verhindern / vermeiden

- Einfachste Möglichkeit: Betriebliche Übung gar nicht erst entstehen lassen, also Arbeitgeberverhalten nicht wiederholen, Negativbeispiel: Arbeitgeber zahlt regelmäßig alle drei Jahre kein Weihnachtsgeld. Hieraus ist zu schließen, dass stetig zwei Jahre in Folge Weihnachtsgeld kommt und im darauffolgenden Jahr nicht, danach wiederum zwei Jahre Weihnachtsgeld.
- Es darf kein Verhaltensmuster erkennbar sein.
- Weitere Möglichkeit: Ansprüche für die Zukunft ausdrücklich bei der Leistung ausschließen!
- Bezeichnung als „freiwillige“ Leistung genügt nicht!
- Ausdrücklich schreiben: „kein Anspruch für die Zukunft“
- Vertragliche Vorbehalte allein genügen nicht, weil der Arbeitgeber ihnen mit der betrieblichen Übung widerspricht
- ABER: sog. „doppelte“ Schriftformklausel hilft.

Betriebliche Übung wieder aufheben?

- Praktisch kaum möglich, betriebliche Übungen einseitig wieder aufzuheben, keine „negative“ betriebliche Übung mehr möglich; Widerruf muss vorbehalten sein; Beweislast beim Arbeitgeber!
- Im Kleinbetrieb aber Änderungskündigung möglich; Arbeitgeber trägt Risiko der Annahme durch den Arbeitnehmer
- Einvernehmliche Aufhebung aber möglich! Tipp in größeren Betrieben: großzügige einmalige Ablösezahlung versprechen
- Arbeitgeber können betriebliche Übungen auch schrittweise ablösen, indem sie ausdrückliche vertragliche Regelungen mit Neueinsteigern vereinbaren und die betriebliche Übung nur mit den Bestandskräften fortsetzen.

Impressum

Insights Mittelstand erscheint bei:

Dr. Kreins & Partner GmbH
Mersburdenstr. 6, 53909 Zülpich
Telefon +49 2252 / 834 301
Telefax: +49 2252 / 834302
<https://www.dr-kreins.de>

Verleger:

Dr. Alois und Sabine Kreins

Herausgeber (v.i.S.d.P.):

Dr. Alois und Sabine Kreins
sabine.kreins@dr-kreins.de

Chefredaktion:

Stephanie Bulang-Matern

Gestaltung und Layout:

type and token – Grafikdesign

Namentlich gekennzeichnete Beiträge geben nicht unbedingt die Meinung der Redaktion und der Insights Mittelstand GmbH wieder. Vervielfältigung, Speicherung und Nachdruck von Beiträgen und Fotos – auch auszugsweise – nur mit schriftlicher Genehmigung der Insights Mittelstand GmbH. Die Urheberrechte der von ihr konzipierten Abbildungen, Anzeigen und Beiträge liegen bei der Insights Mittelstand GmbH.

Im Sinne eines einfachen Leseflusses wird in Magazinbeiträgen grundsätzlich die männliche Form verwendet. Die Beiträge beziehen sich jedoch immer auf alle Geschlechter, wenn nicht explizit anders hervorgehoben. Wir danken allen Partnern für die vertrauensvolle Zusammenarbeit und den fachlichen Rat.

Fotos: © AdobeStock: Studio_East; F8 \ Suport Ukraine; Birgit Reitz-Hofmann; Andrey Popov; VideoFlow; yelosmiley; jakrabo; Vadym; Stockfotos-MG; BGStock72; Maryana; MichaelJBerlin; Subbotina Anna; Andreas Haertle

Porträtfoto Christian Hrach: © Kanzlei Meyer-Köring