

## ARBEITSRECHT

Liebe Leserinnen und Leser,

wir leben in einer außergewöhnlich turbulenten Zeit, die Unternehmen vor vielfältige Herausforderungen stellt. Einerseits hat die Inflation zu extrem hohen Preisen geführt, die auch die Wirtschaft zunehmend belasten, andererseits gestaltet sich die Gewinnung von Arbeitskräften und ihre leistungsgerechte Vergütung immer schwieriger. Darüber hinaus ist und bleibt Covid-19 ein Problem, denn die für den Sommer ungewöhnlich hohen Inzidenzen schlagen sich im Krankenstand nieder. Die Rechtsprechung arbeitet inzwischen sukzessive Standard-Situationen im Zusammenhang mit Corona ab: Ganz aktuell entschied das Bundesarbeitsgericht, dass Arbeitgeber im Rahmen eines Hygienekonzepts Corona-Tests anordnen können. Wir freuen uns sehr, dass zwei Rechtsanwältinnen unserer Sozietät diese wichtige Entscheidung erstreiten konnten, die für die Praxis nun Rechtssicherheit bedeutet.

Darüber hinaus sind viele weitere Entscheidungen erwähnenswert. Hier sei zunächst das höchstrichterliche Urteil zum Thema Beweislast bei Überstunden zu nennen. Darin geht es auch um Zeiterfassung, das Urteil einer Vorinstanz (Arbeitsgericht Emden) hatte seinerzeit für Furore in der arbeitsrechtlichen Praxis gesorgt. Aber auch die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zur Sozialplandeckelung und „Turboprämien“ enthält viele wichtige Klarstellungen für die arbeitsrechtliche Praxis. Auch in dieser Ausgabe ist ein Link zu einem Video enthalten, dieses Mal zu Rückzahlungsklauseln in Fortbildungsverträgen.

In unserer Blickpunkt-Rubrik geht es um die elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, die zwar Fortschritte macht, aber auch arbeitsrechtliche Fragen aufwirft, die man in der Personalpraxis jetzt schon kennen sollte.

Wir wünschen Ihnen eine ertragreiche Lektüre und einen erfreulichen Sommer, trotz der schwierigen Lage um uns herum.

Mit den besten Grüßen



**Markus Künzel**  
– für die Praxisgruppe Arbeitsrecht –  
[Markus.Kuenzel@advant-beiten.com](mailto:Markus.Kuenzel@advant-beiten.com)

## INHALT

RECHTSPRECHUNG .....	1
IM BLICKPUNKT .....	14
MELDUNGEN .....	16
HINWEISE / IMPRESSUM .....	20

Zur besseren Lesbarkeit wird im vorliegenden Dokument auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet. Es wird das generische Maskulin verwendet, wobei alle Geschlechter gleichermaßen gemeint sind.

## RECHTSPRECHUNG

### BAG erklärt Corona-Testpflicht am Arbeitsplatz für zulässig

*Bundesarbeitsgericht vom 1. Juni 2022 – 5 AZR 28/22*

Das BAG fällt das erste Urteil zum betrieblichen Hygienekonzept und schafft damit Rechtssicherheit für arbeitgeberseitige Anordnungen zum Schutz vor Corona-Risiken im Betrieb. Arbeitgeber dürfen auch solche Maßnahmen durchsetzen, die über die im jeweiligen Zeitpunkt geltenden gesetzlichen Regelungen und Empfehlungen hinausgehen. Dabei billigt das BAG den Arbeitgebern einen erheblichen Beurteilungsspielraum zu: Die angeordneten Schutzmaßnahmen dürfen das verfolgte Ziel nur nicht konterkarieren.

#### SACHVERHALT

Die Bayerische Staatsoper ordnete gegenüber allen Beschäftigten im August 2020 an, einen negativen PCR-Test zu Beginn der Spielzeit vorzulegen, nachdem sie zuvor weitere baulichen und organisatorischen Maßnahmen zum Schutz der Mitarbeiter vor COVID-19-Erkrankungen, wie Vergrößerung des Orchestergrabens, ergriffen hatte. Diese Vorlagepflicht folgte aus dem Hygienekonzept der Staatsoper, das sie nach einer

wissenschaftlichen Beratung erstellt hatte. Ferner sah dieses Konzept verpflichtende Folgetestungen der Mitarbeiter vor, wobei die Testfrequenz von der Eingruppierung des konkreten Mitarbeiters (in die Gruppe 1 bis 4, je nach dem Ansteckungsrisiko im Betrieb) abhängig war. Die Mitarbeiter konnten dabei frei wählen, ob sie an den organisierten Testungen der Staatsoper teilnehmen oder sich andernorts testen lassen und nur das Testergebnis mitbringen wollten.

Als sich eine Arbeitnehmerin weigerte, ihren PCR-Test sowohl zu Beginn der Spielzeit als auch in der Folge vorzulegen, wurde sie nicht beschäftigt. Auch die Vergütungszahlungen stellte der Arbeitgeber ein. Die Musikerin erhob Klage auf die Vergütung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs sowie auf Beschäftigung, ohne zu irgendeiner Testung verpflichtet zu sein.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Das BAG wies die Klage – wie auch die Vorinstanzen – in allen Punkten ab. Weigern sich Arbeitnehmer, rechtmäßig angeordnete Corona-Tests vorzulegen, sind sie nicht „leistungswillig“. Ihnen stehen deshalb für die Zeiten der Nichtbeschäftigung keine Vergütungsansprüche zu. Arbeitgeber sind nach dem BAG nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, die Arbeitsbedingungen so zu regeln, dass die Arbeitnehmer vor Gefahren und Gefährdungen für Leben und Gesundheit geschützt sind. Hierzu können sie im Rahmen eines betrieblichen Hygienekonzeptes u.a. regelmäßige Testungen ihrer Arbeitnehmer anordnen, soweit alle möglichen, gleich geeigneten Schutzmaßnahmen – wie z.B. regelmäßiges Lüften, Maskentragung etc. – bereits ausgeschöpft sind. Deshalb war die Anweisung der Staatsoper im Streitfall auch rechtmäßig. Insbesondere hat die Staatsoper, so das BAG, die Grenzen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums nicht überschritten. Dies gerade deswegen, weil der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit der Arbeitnehmer bei der Vornahme eines PCR-Tests minimal ist und die PCR-Tests das von der Staatsoper verfolgte Ziel – Schutz vor Corona-Ausbrüchen im Betrieb und Durchbrechung von Infektionsketten – fördern. Auch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Datenschutz) steht der Rechtmäßigkeit der Weisung nicht entgegen. Darf ein Arbeitgeber aufgrund seines Arbeitsschutzkonzeptes Tests anweisen, sind sie auch nach Datenschutzrecht zulässig.

Den Antrag auf Beschäftigung ohne Vorlage von Corona-Tests lehnte das BAG unter dem Gesichtspunkt eines sog. Globalantrags ab. Denn der Beschäftigungsantrag der Flötistin umfasste auch Fälle, in denen sie Corona-Tests – z.B. aufgrund Gesetzespflicht – vorlegen muss.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Mit diesem Grundsatzurteil schafft das BAG Klarheit und zeigt, welchem gerichtlichen Prüfungsmaßstab unternehmenseigene Arbeitsschutzkonzepte standhalten müssen. Dabei billigt das BAG Arbeitgebern einen erheblichen Ermessensspielraum zu. Insbesondere kann auch die Anordnung von Coronatests aller Mitarbeiter zulässig sein. Hierzu ist aber neben einem ausgeprägten Hygienekonzept das Ergreifen anderer Schutzmaßnahmen, z.B. Tragen einer Maske etc., erforderlich. Bieten diese Maßnahmen jedoch keinen ausreichenden Schutz, können die

Mitarbeiter zu Coronatests verpflichtet werden. Der wesentliche Kern dieser Entscheidung ist der vom BAG angewandte Beurteilungsmaßstab: Das Gericht folgt der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und stellt fest, dass nur solche Schutzmaßnahmen des Arbeitgebers zur Erreichung des verfolgten Ziels ungeeignet und deshalb unzulässig sind, die dieses Ziel in keiner Weise fördern oder sich sogar gegenläufig auswirken können. Dies zeigt, dass das Gericht hier keinen strengen Maßstab anlegt, sondern Entscheidungen von Arbeitgebern schützt. Darüber hinaus bestätigt das BAG, dass Arbeitgeber auch solche Maßnahmen anordnen dürfen, die über die gesetzlichen Regelungen und Empfehlungen hinausgehen.

### PRAXISTIPPS:

Arbeitsschutzkonzepte werden zwar nur eingeschränkt gerichtlich überprüft, dennoch sollten sie mit Sorgfalt erstellt und die Entscheidungs- und Abwägungsprozesse dokumentiert werden. Dies gilt insbesondere, wenn Coronatests angeordnet werden sollen. Diese können zwar auch ohne gesetzliche Vorgaben Teil von Hygienekonzepten sein. Sie brauchen aber einen Anlass. Es muss daher ein Ziel klar definiert werden, zu dessen Erreichung die Tests erforderlich, geeignet und angemessen im Sinne der vorbenannten Entscheidung sind. Dieses Ziel war im vorliegenden Fall die Erkennung und Unterbrechung von Infektionsketten. Weiter ist bei der Umsetzung von Testkonzepten ein ausreichender Schutz der Gesundheitsdaten zu gewährleisten.



**Christina Kampeter**

[Christina.Kampeter@advant-beiten.com](mailto:Christina.Kampeter@advant-beiten.com)



**Dr. Olga Morasch**

[Olga.Morasch@advant-beiten.com](mailto:Olga.Morasch@advant-beiten.com)

**Hinweis:** Da unsere Kanzlei dieses Urteil erstritten hat, wurde die Besprechung möglichst neutral abgefasst.

## Vergütung von Überstunden – Gebilligt, geduldet oder betrieblich erforderlich? – Erfreuliche Nachrichten für Arbeitgeber

Bundesarbeitsgericht vom 4. Mai 2022 – 5 AZR 359/21

Eine äußerst praxisrelevante Entscheidung zur Vergütung von Überstunden hat das BAG am 4. Mai 2022 verkündet. Das Urteil befasst sich mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zur Pflicht des Arbeitgebers zur Einrichtung einer Arbeitszeiterfassung und unterscheidet klar zwischen Arbeitszeit im Sinne des Gesundheitsschutzes und Arbeitszeit im vergütungsrechtlichen Sinn.

### SACHVERHALT

Der Arbeitnehmer war als Auslieferungsfahrer bei einem Einzelhandelsunternehmen tätig. Seine Arbeitszeit wurde mittels einer technischen Aufzeichnung erfasst. Beginn und Ende der Arbeitszeit wurden festgehalten, Pausenzeiten jedoch nicht. Am Ende des Arbeitsverhältnisses verlangte der Kläger Überstundenvergütung für mehrere Hundert Stunden. Dabei behauptete er, er habe die gesamte (technisch) aufgezeichnete Zeit gearbeitet. Pausen hätte er ohnehin nicht nehmen können, weil sonst seine Lieferung nicht hätte abgearbeitet werden können. Der Arbeitgeber bestritt die Überstunden. In einer vielbeachteten (und kontrovers diskutierten) Entscheidung hatte das Arbeitsgericht Emden (ArbG) der Klage erstinstanzlich stattgegeben. Aus Sicht des ArbG folgte die Zahlungspflicht des Arbeitgebers aus dem Urteil des Gerichtshofs der EuGH vom 14. Mai 2019 – C-55/18 – [CCOO]: Nach dieser – als „Stechuhrurteil“ bekannt gewordenen – Entscheidung, müssen die EU-Mitgliedstaaten Arbeitgeber verpflichten, ein umfassendes Arbeitszeiterfassungssystem einzuführen. Daraus leitete das ArbG eine unmittelbare Verpflichtung des Arbeitgebers zur Messung, Aufzeichnung und Kontrolle der Arbeitszeiten der Arbeitnehmer ab. Verstöße des Arbeitgebers gegen diese Verpflichtung sollten zu einer Beweislastumkehr führen: Hat der Arbeitgeber kein vernünftiges Zeiterfassungssystem und kontrolliert die Zeiten nicht im Sinne der EuGH-Rechtsprechung, müssen Arbeitnehmer nur die Zahl der Überstunden schlüssig vortragen. Der Arbeitgeber müsse dann im Gegenzug beweisen, dass die Überstunden nicht geleistet wurden oder nicht erforderlich waren. Damit hatte das ArbG die ständige Rechtsprechung des BAG zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bei Überstunden kurzerhand beiseite gewischt.

Das Landesarbeitsgericht Niedersachsen (LAG) konnte der Begründung aus Emden wenig abgewinnen und hat die Klage grundsätzlich abgewiesen. Nach Ansicht des LAG ergeben sich aus dem Stechuhrurteil keine Auswirkungen auf die Darlegungs- und Beweislast im Überstundenprozess. Wer Überstunden einklagt, ist darlegungs- und beweiselastet, und zwar für die geleisteten Stunden und deren Notwendigkeit.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Vor dem BAG hatte der Arbeitnehmer ebenfalls keinen Erfolg. Auch das BAG ist der Ansicht, dass sich an den Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast durch die Rechtsprechung des EuGH im Stechuhrurteil nichts ändert. Die zentrale Erkenntnis: Eine unionsrechtlich begründete Pflicht zur Messung der täglichen Arbeitszeit dient dem Gesundheitsschutz und hat damit keine Auswirkung auf die Grundsätze über die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Überstundenvergütungsprozess nach deutschem Recht. Seiner Darlegungs- und Beweislast wurde der Arbeitnehmer nicht gerecht, daher gab es kein Geld für die angeblichen Überstunden.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Das Urteil ist Grund für Erleichterung in vielen Unternehmen. Das BAG hat nach der Entscheidung aus Emden, die für viel Aufsehen in der arbeitsrechtlichen Praxis gesorgt hatte, eine wichtige Grundsatzentscheidung gefällt. Überstundenprozesse gibt es oft, Rechtsprechung zur Genüge. Es bleibt alles wie gehabt: Der Arbeitnehmer muss darlegen, wann er welche Überstunden geleistet haben will. Dabei muss er auch zeigen, welche Arbeiten er geleistet hat und dass die Leistung der Überstunden vom Arbeitgeber angeordnet wurde oder bekannt war und von ihm gebilligt worden ist. Von diesen Grundsätzen unter Bezugnahme auf die EuGH-Rechtsprechung abzuweichen, verlangte wirklich eine ausgeprägte Auslegungsakrobatik. Diesem Sonderweg aus Emden hat das BAG glücklicherweise eine deutliche Absage erteilt.

### PRAXISTIPPS:

Arbeitgeber, die mit Klagen auf Vergütung von Überstunden konfrontiert sind, müssen genau prüfen, ob die Klage den Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast gerecht wird. Mängel in der Klageschrift sind unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BAG herauszuarbeiten, um sich effektiv verteidigen zu können. Unternehmen müssen zudem dafür sorgen, dass sie durch ihr Verhalten keine Anzeichen für die (stillschweigende) Duldung von Überstunden schaffen oder dass Führungskräfte nicht vorschnell Überstunden „abzeichnen“. Spannend bleibt (mindestens bis zum Vorliegen der vollständigen Urteilsbegründung) die Frage, wie sich das BAG grundsätzlich zur Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit als Bestandteil des Arbeitsschutzes positioniert: Geht das BAG heute schon von einer bestehenden Verpflichtung zur Erfassung der Arbeitszeit aus oder braucht es aus Sicht des BAG noch einen Umsetzungsakt des deutschen Gesetzgebers?



**Martin Biebl**

[Martin.Biebl@advant-beiten.com](mailto:Martin.Biebl@advant-beiten.com)

## Gute Nachrichten aus Erfurt: Deckelung von Abfindungen in Sozialplänen zulässig

Bundesarbeitsgericht vom 7. Dezember 2021 – 1 AZR 562/20

Werden anlässlich Betriebsänderungen Sozialpläne geschlossen, stellt sich für viele Arbeitgeber die Frage, ob Kappungsgrenzen für die Abfindungen eine unzulässige Benachteiligung älterer Arbeitnehmer darstellen. Auch bei der Gewährung der zusätzlichen Prämien für den Verzicht auf Kündigungsschutzklagen befand man sich auf dünnem Eis: Ist die separate Betriebsvereinbarung wirksam oder stellt sie eine unzulässige Umgehung des Verbots dar, Sozialplanleistungen von einem Verzicht auf die Kündigungsschutzklage abhängig zu machen? Erfasst die Kappungsgrenze im Sozialplan auch diese Prämien? Zu diesen und weiteren in der betrieblichen Praxis wesentlichen Fragen nahm das BAG nun Stellung.

### SACHVERHALT

Anlässlich einer Betriebsstilllegung schlossen der Arbeitgeber und der Betriebsrat einen Sozialplan ab. Die Abfindung im Sozialplan war auf einen Betrag von EUR 75.000 gedeckelt. Nach den Regelungen in der am selben Tag abgeschlossenen Betriebsvereinbarung (BV) „Klageverzichtsprämie“ hatten die Arbeitnehmer einen Anspruch auf eine zusätzliche Abfindung, wenn sie keine Kündigungsschutzklage erheben (auch als „Turboklausel“ bekannt). Die BV enthielt weder eine eigene Kappungsgrenze noch einen ausdrücklichen Verweis auf eine solche Regelung im Sozialplan. Der Arbeitnehmer erhob keine Kündigungsschutzklage und erhielt den Höchstbetrag von EUR 75.000. Zusätzlich machte er die Klageverzichtsprämie gerichtlich geltend, weil sie von der Deckelung im Sozialplan nicht erfasst sei. Außerdem benachteilige ihn die Höchstbetragsklausel unzulässig wegen seines Alters, sodass ihm einen Anspruch auf eine „unbegrenzte“ Abfindung nach dem Sozialplan zustehe.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Das BAG hat der Klage – entgegen den Vorinstanzen – teilweise stattgegeben und hierzu Folgendes entschieden:

- **DIE BV KLAGEVERZICHTSPRÄMIE SEI WIRKSAM.** Entgegen den Vorinstanzen entschied das BAG, dass keine Umgehung des Verbots, Sozialplanleistungen von einem Verzicht auf die Kündigungsschutzklage abhängig zu machen, vorlag. Dies ergebe sich zunächst aus der Auslegung der BV. Außerdem erfülle der Sozialplan durch die Gewährung von Abfindungen von bis zu EUR 75.000 die ihm obliegende Funktion, die infolge der Betriebsänderung entstehenden wirtschaftlichen Nachteile für die betroffenen Arbeitnehmer auszugleichen.
- **DIE KAPPUNGSGRENZE IM SOZIALPLAN ERFASSE NICHT DIE KLAGEVERZICHTSPRÄMIE.** Da die BV selbst keine Deckelung der Prämie regelte, musste das BAG durch Auslegung ermitteln, ob die Kappungsgrenze im Sozialplan auf die Prämie anwendbar war. Dies hat das Gericht verneint. Nach dem BAG verstoße ein anderes Auslegungsergebnis gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, weil die Arbeitnehmer, denen bereits der Höchstbetrag nach dem Sozialplan zustehe, keine weitere Zahlung für den Verzicht auf die Kündigungsschutzklage bekommen würden. Dies widerspreche dem Zweck einer Klageverzichtsprämie.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Zu begrüßen ist, dass das BAG den Vorinstanzen nicht folgte und die in der Praxis übliche zeitgleiche Verhandlung von Sozialplan und Klageverzichtsprämie (in einer separaten BV) als zulässig erachtete. Hierzu musste das Gericht seine bisherige Rechtsprechung aufgeben. Ferner zeigte das BAG der betrieblichen Praxis klare Voraussetzungen, unter denen Kappungsgrenzen in Sozialplänen wirksam sind.

#### PRAXISTIPPS:

Wollen Arbeitgeber im Sozialplan Kappungsgrenzen und eine zusätzliche Klageverzichtsprämie mit dem Betriebsrat vereinbaren, ist u. a. Folgendes zu beachten:

- Sozialplan und BV Klageverzichtsprämie sollen formal getrennt bleiben:
- Es empfiehlt sich, für jede Leistung ein eigenes Budget („Topf“) aufzustellen und diese Leistungen separat zu berechnen;
- die Höhe der Klageverzichtsprämie soll niedriger als die Abfindungshöhe sein;
- sollten beide Leistungen gedeckelt werden, sind hierzu separate Regelungen im Sozialplan und in der BV empfehlenswert (alternativ können für die Klageverzichtsprämie feste Beträge geregelt werden).
- Bei Kappungsklauseln im Sozialplan ist zu prüfen, ob die Abfindungsbeträge zur Milderung der zu erwartenden wirtschaftlichen Nachteile immer noch ausreichend sind.

**Dr. Olga Morasch**

Olga.Morasch@advant-beiten.com

## Rückzahlungspflicht in Fortbildungsverträgen

Bundesarbeitsgericht vom 1. März 2022 – 9 AZR 260/21

Gut ausgebildete Arbeitskräfte sind für ein Unternehmen essenziell. Arbeitgeber haben daher in der Regel ein Interesse daran, die berufliche Fortbildung ihrer Mitarbeiter zu fördern. Gleichzeitig wollen Arbeitgeber sicher gehen, dass ihnen das erlernte Wissen der Arbeitnehmer auch zugutekommt. Daher werden in Fortbildungsverträgen in der Regel Rückzahlungsklauseln vereinbart. Doch solche Klauseln wirksam auszugestalten, ist gar nicht so einfach, wie ein vom BAG entschiedener Fall wieder einmal zeigt.

### SACHVERHALT

Eine Arbeitnehmerin arbeitete als Altenpflegerin in einer Klinik. Sie schloss mit ihrem Arbeitgeber einen Vertrag über eine berufliche Fortbildung. Das Unternehmen sollte demgemäß die hierfür entstehenden Kosten tragen. Im Gegenzug enthielt der Vertrag eine Rückzahlungsklausel, nach der der Arbeitnehmer die Kosten unter anderem dann zurückzahlen hat, wenn er das Arbeitsverhältnis innerhalb einer Bindungsfrist von sechs Monaten kündigt und die Kündigung auf Gründen beruht, die nicht der Arbeitgeber zu vertreten hat. Die Arbeitnehmerin kündigte das Arbeitsverhältnis tatsächlich innerhalb der Bindungsfrist und wurde daraufhin vom Arbeitgeber zur Rückzahlung aufgefordert. Die Forderung wurde vom Arbeitsgericht und vom Landesarbeitsgericht abgewiesen.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Das BAG hat diese Entscheidungen bestätigt. Die Rückzahlungsklausel in dem vorformulierten Vertrag war nach Ansicht des BAG unwirksam formuliert, da sie den Arbeitnehmer unangemessen benachteilige. Die Rückzahlungsklausel des Fortbildungsvertrags knüpft unter anderem an sämtliche Eigenkündigungen des Mitarbeiters an, die nicht auf einem vom Arbeitgeber zu vertretenden Grund beruhen. Der Fall einer „unverschuldeten, dauerhaften Leistungsunfähigkeit“ des Arbeitnehmers, wie beispielsweise bei einer schweren Erkrankung, ist dagegen nicht erfasst. Wenn der Mitarbeiter das Arbeitsverhältnis vor Ablauf der Bindungsfrist kündigt, weil er unverschuldet dauerhaft die Arbeitsleistung nicht mehr erbringen kann, so kann der Arbeitgeber jedoch kein Interesse mehr am Fortbestehen des „sinnentleerten“ Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Bindungsfrist haben, da er die erworbene Qualifikation des Arbeitnehmers ohnehin nicht

nutzen kann. Der Umstand, dass sich die Investition in die Fortbildung aufgrund unverschuldeter dauerhafter Leistungsunfähigkeit für ihn nicht amortisiert, sei dem unternehmerischen Risiko zuzurechnen. Der Mitarbeiter sei zudem in seiner Berufswahlfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 S. 1 Grundgesetz eingeschränkt, da er zur Vermeidung der Rückzahlungspflicht das Arbeitsverhältnis ggfs. auch nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums bis zum Ende der Bindungsfrist fortsetzen müsste. Die Beschränkung der Berufswahlfreiheit durch die Rückzahlungsklausel ist somit nicht durch einen entsprechenden finanziellen Vorteil ausgeglichen.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Das Urteil bestätigt die bisherige Rechtsprechung des BAG, dass die unverschuldete Leistungsunfähigkeit des Arbeitnehmers nicht von einer Rückzahlungspflicht umfasst sein darf. Bei der Formulierung einer Rückzahlungsklausel sind solche Fälle daher explizit auszunehmen.

#### PRAXISTIPP:

Diese Entscheidung zeigt einmal mehr, dass beim Abschluss von Fortbildungsvereinbarungen ein besonderes Augenmerk auf die Formulierung der Rückzahlungsklausel zu legen ist. Die Rechtsprechung stellt hier verschiedene, teils sehr genaue Anforderungen auf. Eine Rückzahlungsklausel ist dennoch zu empfehlen, da hierdurch zumindest die Fälle abgedeckt werden können, in denen das Arbeitsverhältnis aufgrund des Verschuldens des Arbeitnehmers beendet wird.

**Regina Dietel**

Regina.Dietel@advant-beiten.com

**Hinweis:** Der Beitrag ist hier als Video abrufbar:

<https://www.youtube.com/watch?v=2kCxfpreZEw>

## Massenentlassungsanzeige – Sollangaben bleiben freiwillig

Bundesarbeitsgericht vom 19. Mai 2022 – 2 AZR 467/21

Das Fehlen der sog. Soll-Angaben nach § 17 Abs. 3 Satz 5 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) führt nicht zur Unwirksamkeit einer Massenentlassungsanzeige.

### SACHVERHALT

Die Arbeitgeberin beschäftigte in ihrem Betrieb regelmäßig mehr als 20 Arbeitnehmer. In der Zeit vom 18. Juni bis zum 18. Juli 2019 kündigte sie insgesamt 17 Arbeitsverhältnisse. Mit ihrer Klage machte die Arbeitnehmerin geltend, ihre Kündigung sei unwirksam, weil die Arbeitgeberin bei der Massenentlassungsanzeige nicht die sog. Sollangaben gemäß § 17 Abs. 3 Satz 5 KSchG gemacht habe.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Die Vorinstanz, das LAG Hessen, hatte vertreten, dass eine Massenentlassungsanzeige ohne Sollangaben unwirksam ist. Zur Begründung hatte sie sich auf die richtlinienkonforme Auslegung der maßgebenden europäischen Massenentlassungsrichtlinie berufen, die die Mitteilung aller zweckdienlichen Angaben verlange. Hierzu sollten auch die in § 17 Abs. 3 S. 5 KSchG genannten Soll-Angaben über Geschlecht, Alter, Beruf und Staatsangehörigkeit der zu entlassenden Arbeitnehmer gehören. Das LAG Hessen ging davon aus, § 17 Abs. 3 S. 5 KSchG sei einer richtlinienkonformen Auslegung zugänglich; eine solche sei mit dem Wortlaut, der Gesetzessystematik sowie mit dem aus der Entstehungsgeschichte ersichtlichen Willen des Gesetzgebers vereinbar. Die Revision der Beklagten führte vor dem BAG zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache. Das BAG stellte klar: Das Fehlen der sog. Soll-Angaben nach § 17 Abs. 3 Satz 5 KSchG führt nicht zur Unwirksamkeit einer Massenentlassungsanzeige.

Ein Unterlassen der Sollangaben führe nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers nicht zur Unwirksamkeit der Massenentlassungsanzeige. Über diese gesetzgeberische Entscheidung dürften sich die nationalen Gerichte nicht im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung hinwegsetzen. Eine solche sei auch nicht geboten. Durch die Rechtsprechung des EuGH sei geklärt, dass die in § 17 Abs. 3 Satz 5 KSchG vorgesehenen Angaben auch nach den europäischen Richtlinien nicht in der Anzeige enthalten sein müssen.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Vorübergehend können Arbeitgeber also aufatmen. Eine neue Hürde für die Erstattung von Massenentlassungen wurde verneint.

### PRAXISTIPP:

Trotz der hiesigen Entscheidung des BAG bleibt die Massenentlassungsanzeige ein Stolperstein für die Wirksamkeit der Kündigungen. In der Vergangenheit wurden von der Rechtsprechung stetig neue Anforderungen für die Anzeige geschaffen. Hier gilt es für Arbeitgeber zunächst sorgfältig zu prüfen, ob eine Massenentlassungsanzeige nicht durch die Unterschreitung der Schwellenwerte bzw. durch ein Strecken der Entlassungen über einen 30-Tageszeitraum hinaus (z.B. durch mehrere Kündigungswellen oder das Vorschalten geschickt gestaffelter Freiwilligenprogramme) vermieden werden kann. Bei größeren Maßnahmen bedarf dies jedoch der frühzeitigen Planung bereits vor Aufnahme der Interessenausgleichsverhandlungen.



**Dr. Anne Dziuba**

[Anne.Dziuba@advant-beiten.com](mailto:Anne.Dziuba@advant-beiten.com)

## Kein Arbeitsverhältnis zum Entleiher trotz fehlender Überlassungserlaubnis des (ausländischen) Verleihers

Bundesarbeitsgericht vom 26. April 2022 – 9 AZR 228/21

Unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung aus dem Ausland führt nicht zur Fiktion eines Arbeitsverhältnisses für den Entleiher, wenn das Leiharbeitsverhältnis dem Recht eines EU-Mitgliedsstaates unterliegt.

### SACHVERHALT

Das BAG hat die Klage abgewiesen. Trotz fehlender Überlassungserlaubnis entschied das Gericht, dass kein Arbeitsverhältnis zu dem deutschen Unternehmen entstanden ist. Auch Zahlungsansprüche bestanden danach nicht. Die Vorinstanz war davon ausgegangen, dass es sich bei §§ 9, 10 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) um derart bedeutende nationale Vorschriften (Eingriffsnormen) handele, dass diese bei grenzüberschreitendem Überlassungseinsatz auch dann zur Anwendung gelangen, wenn die zugrundeliegenden Vertragsverhältnisse ausländischem (hier: französischem) Recht unterliegen. §§ 9, 10 AÜG ordnen bei fehlender Überlassungserlaubnis u.a. die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags zwischen Verleiher und Leiharbeiter und die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher an und waren hier die mögliche Anspruchs-

grundlage für die Arbeitnehmerin. Dem ist das BAG nicht gefolgt und hat damit die umstrittene Frage verneint, ob es sich bei §§ 9, 10 AÜG um Eingriffsnormen im Sinne des internationalen Privatrechts (Art. 9 Rom-I VO) handelt. Allein durch die zur Anwendung kommenden Ordnungswidrigkeitsvorschriften des AÜG werde in Fällen wie dem vorliegenden ausreichend die Verletzung der Erlaubnispflicht der Arbeitnehmerüberlassung geahndet.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Die Entscheidung reduziert die Risiken bei grenzüberschreitenden Personaldienstleistungen erheblich. Entleiher droht unter den dargestellten Umständen die Entstehung eines fingierten Arbeitsverhältnisses nicht. Konsequenterweise weitergedacht bleibt auch das Vertragsverhältnis zwischen Verleiher und Entleiher – soweit es ausländischem Recht untersteht – wirksam und muss nicht rückabgewickelt werden. Damit setzten sich die vertraglichen Regelungen der Beteiligten durch.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Diese Entscheidung wird wohl auch Auswirkungen auf das deutsche Rechtssystem haben: Für einen in Deutschland beschäftigten schwerbehinderten Arbeitnehmer gilt ein besonderer Kündigungsschutz erst nach sechs Monaten ununterbrochener Betriebszugehörigkeit. Der deutsche Gesetzgeber wollte hierdurch Einstellungs hemmnisse bei der Beschäftigung von schwerbehinderten Arbeitnehmern abbauen, da ein sofortiger erhöhter Kündigungsschutz eines schwerbehinderten Arbeitnehmers möglicherweise abschreckend für manche Arbeitgeber wirkt und somit die Chancen von schwerbehinderten Bewerbern am Arbeitsmarkt senken könnte. Die Entscheidung könnte diese bewusste gesetzgeberische Entscheidung und ihre gewünschte Wirkung konterkarieren. Arbeitgeber auch in Deutschland müssen nun wohl auch während der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses einen zumindest abgeschwächten Kündigungsschutz beachten, indem sie vor der Entlassung eines (schwer-)behinderten Arbeitnehmers die Vorgaben des EuGH zu einer möglichen Versetzung prüfen sollten. Die Bereitschaft, (schwer-)behinderte Personen einzustellen, könnte dadurch sinken.

#### PRAXISTIPP:

Für grenzüberschreitende Fälle von Personaldienstleistungen gilt, was auch bei rein nationalen Fällen erforderlich ist: Auf die korrekte Ausgestaltung und Umsetzung der Vertragsbeziehungen ist große Sorgfalt zu verwenden. Soll es sich um einen Dienstvertrag handeln, so ist die Eingliederung beim Auftraggeber zu vermeiden. Soll Arbeitnehmerüberlassung durchgeführt werden, so ist u.a. auf das Vorliegen der entsprechenden Erlaubnis zu achten. Verstöße können sowohl Verleiher als auch Entleiher treffen und mit einem Bußgeld von bis zu EUR 30.000 geahndet werden.



**Gerald Müller-Machwirth**

Gerald.Mueller-Machwirth@advant-beiten.com

## Wirksame Ablehnung von Rentenanpassungen bei Pensionskassenzusagen

*Bundesarbeitsgericht vom 3. Mai 2022 – 3 AZR 408/21*

Das BAG hat Klarheit hinsichtlich der Anpassung von Rentenleistungen bei einer Pensionskassenzusage allein aufgrund einer Überschussbeteiligung gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 2 des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG) geschaffen. Mit seiner Entscheidung gibt der 3. Senat Arbeitgebern die Möglichkeit, bestehende Pensionskassenzusagen auf Risiken im Bereich der Rentenanpassungen zu prüfen

### SACHVERHALT

Das Gericht hatte über die Verpflichtung der Arbeitgeberin zu entscheiden, den arbeitgeberfinanzierten Anteil der Betriebsrente der Klägerin anzupassen, die sie seit dem 1. Oktober 2011 von einer regulierten Pensionskasse bezog. Bei der Pensionskasse waren getrennte Abrechnungsverbände für unterschiedliche Tarifgruppen, insbesondere Alt- und Neutarife, gebildet. Hierbei erfolgt innerhalb der Abrechnungsverbände eine weitere Unterteilung in Gewinnverbände. Die Pensionskassenzusage der Klägerin war hierbei von zwei Tarifen bestimmt. Die Klägerin war der Auffassung, dass die Arbeitgeberin im Jahr 2014 eine Anpassung der Pensionskassenrente rechtswidrig unterlassen hatte. Ihrer Ansicht nach war die Rente auf Basis der Entwicklung des Verbraucherpreisindex (VPI) in den davorliegenden drei Jahren anzupassen und auch für die Zukunft eine Anpassungsprüfungspflicht der Arbeitgeberin festzustellen. Die Prüfungspflicht sei nicht gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG entfallen, da u.a. das hierfür maßgebliche Übergangsrecht in § 30c Abs. 1a BetrAVG eine unzulässige Rückwirkung darstelle und die Pensionskasse Überschüsse unzulässig für die Einstellung von Verlustrückstellungen verwendet habe.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Das BAG kam im Ergebnis dazu, dass der arbeitgeberfinanzierte Teil der Versorgung der Klägerin nur für einen von zwei auf die Klägerin anwendbaren Tarifen einer Rentenanpassung anhand des VPI zugänglich sei. Der andere Tarif erfülle die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG, wonach sämtliche auf den Rentenbestand entfallende Überschüsse der Pensionskasse zur Erhöhung der Rentenleistungen zu verwenden seien. Auch sah das BAG in dem Ausnahmetatbestand keinen Verstoß gegen das sich aus

der EU-Mobilitätsrichtlinie ergebende Verschlechterungsverbot, da mit der Neuregelung des § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG nicht der aufgrund nationalen Rechts bestehende Schutz abgesenkt wurde, sondern eine Korrektur erfolgte. Eine unzulässige Rückwirkung der Übergangsvorschrift in § 30c Abs. 1a BetrAVG für diesen Ausnahmetatbestand verneinte das Gericht mit der Argumentation, dass der Gesetzgeber eine vertretbare und sachverhaltsbezogene Stichtagsregelung gewählt habe.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS UND PRAXISTIPP

Arbeitgeber, die ihren Arbeitnehmern eine Pensionskassenversorgung zugesagt haben, sind aufgrund der Übergangsvorschrift in § 30c Abs. 1a BetrAVG vor Anpassungsverlangen ihrer Arbeitnehmer geschützt, wegen derer nicht bereits vor dem 1. Januar 2016 Klage erhoben wurde. Sie sollten die Vertragswerke ihrer Pensionskasse dahingehend überprüfen, ob eine Überschussverwendung iSd. § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG geregelt ist, die sie vor weitergehenden Anpassungsverlangen ihrer Arbeitnehmer gemäß § 16 Abs. 1 BetrAVG schützt.



**Julia Meler**

[Julia.Meler@advant-beiten.com](mailto:Julia.Meler@advant-beiten.com)

## Urlaub machen kann man auch in Quarantäne

*Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein vom 17. Mai 2022 – 1 Sa 208/21*

Auch wenn man sich als Kontaktperson in häuslicher Quarantäne befindet, kann man (zuhause) noch Urlaub machen, bereits genommenen Urlaub muss der Arbeitgeber nicht nachgewähren – das entschied jüngst das LAG Schleswig-Holstein.

### SACHVERHALT

Man stelle sich einmal vor: Endlich beginnt der langersehnte Urlaub und ausgerechnet dann wird man vom Gesundheitsamt als Kontaktperson zur häuslichen Quarantäne verpflichtet. Genau so erging es einem Arbeitnehmer, der seinen Weihnachtserurlaub 2021 notgedrungen allein zuhause verbringen musste. Das war nach dessen Ansicht – obwohl gar nicht arbeitsunfähig erkrankt – vergleichbar mit einer Erkrankung während des Urlaubs, deren Zeitraum nach dem Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) auf den Jahresurlaub nicht angerechnet wird. Infolgedessen verlangte er vom Arbeitgeber die erneute Gewährung der wegen der Quarantäne vergeudeten Urlaubstage, worüber das LAG Schleswig-Holstein zu entscheiden hatte.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Das LAG hat einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Urlaubsnachgewährung abgelehnt. Nach Auffassung des Gerichts hat der Arbeitgeber den Urlaubsanspruch mit der Gewährung der Urlaubstage und der Zahlung des Urlaubsentgelts erfüllt. Alle weiteren, danach eintretenden urlaubsstörenden Ereignisse fallen grundsätzlich in den Risikobereich des Mitarbeiters und sind als Teil des „persönlichen Lebensschicksals“ hinzunehmen. Insbesondere schulde der Arbeitgeber auch keinen bestimmten Urlaubserfolg, § 9 BUrlG regelt zwar, dass im Fall der Erkrankung während des Urlaubs die durch ärztliches Zeugnis nachgewiesenen Tage der Arbeitsunfähigkeit auf den Jahresurlaub nicht angerechnet werden, dabei handelt es sich jedoch nicht um eine auf den vorliegenden, gesetzlich nicht geregelten Fall übertragbare Vorschrift. Hätte der Gesetzgeber eine andere Regelung gewollt, dann hätte er sie insbesondere in den vergangenen zwei Jahren hierfür schaffen können. Nur wenn eine die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers ohnehin ausschließende krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vorliegt, ist es gerechtfertigt, diesen Zeitraum nicht auf einen gleichzeitig gewährten Urlaub anzurechnen.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Arbeitgeberseitig ist das Urteil zu begrüßen, da es sich in eine Reihe von Entscheidungen einfügt, die eine vorbeschriebene „Analogie“ (=entsprechende Anwendung) und damit einen Anspruch des Arbeitnehmers im Ergebnis ablehnen. Erledigt hat sich die Angelegenheit damit dennoch noch nicht – zuletzt hatte das LAG Hamm für Unsicherheit gesorgt und mit Blick auf die europarechtlich gebotene, hohe Bedeutung eines zur freien Verfügung stehenden Urlaubsanspruchs eine Nachgewährung zugelassen. Bis das BAG insoweit für Klarheit sorgen wird, können sich Arbeitgeber trotzdem an der ganz überwiegenden obergerichtlichen Rechtsprechung orientieren, die eine erneute Urlaubsgewährung ablehnt.

### PRAXISTIPP:

Arbeitgeber können einen Anspruch auf Nachgewährung bereits gewährter Urlaubstage mit Hinweis auf die angeführte überwiegende obergerichtliche Rechtsprechung ablehnen, wenn sich der Arbeitnehmer – ohne arbeitsunfähig krank zu sein – während des Urlaubs in behördlich angeordneter Quarantäne befand. Solange bis eine endgültige Entscheidung des BAG vorliegt, muss dabei allerdings eine durch die Rechtsprechung des LAG Hamm verbleibende Unsicherheit hingenommen werden.



**Maximilian Quader**

[Maximilian.Quader@advant-beiten.com](mailto:Maximilian.Quader@advant-beiten.com)



# Wenn die Braut in Quarantäne muss: Schadenersatzanspruch wegen abgesagter Hochzeit

Landesarbeitsgericht München vom 14. Februar 2022 – 4 Sa 457/21

Hochzeit versaut, weil Hochzeit verseucht. So könnte man die Entscheidung des LAG München kurz zusammenfassen. Eine Hochzeitsfeier musste abgesagt werden, weil ausgerechnet die Braut in Quarantäne musste. Zumindest auf dem Schaden blieb das Brautpaar aber nicht sitzen, weil das LAG (passend am Valentinstag) der Arbeitnehmerin (also der Braut) einen Anspruch auf Schadenersatz zusprach.

## SACHVERHALT

Der Geschäftsführer des Arbeitgebers kam erkältet aus dem Urlaub zurück. Trotz offensichtlicher Erkältungssymptome isolierte er sich aber nicht vorsorglich, sondern ging unmittelbar nach dem Urlaub wieder ins Büro und nahm auch Auswärtstermine wahr. Die Arbeitnehmerin nahm der kränkelnde Geschäftsführer auch noch im Auto zu verschiedenen Auswärtsterminen mit. Eine Maske trug im Auto keiner von beiden. Es kam wie es kommen musste: Wenig später war der Geschäftsführer Corona-positiv. Als Kontaktperson musste die Arbeitnehmerin nach den damals geltenden Bestimmungen in Quarantäne und die geplante Hochzeit konnte nicht mehr stattfinden. Caterer, Musik, Räumlichkeiten: Alles musste abgesagt werden. Insgesamt belief sich der Schaden auf ca. EUR 5.000. Dieses Geld wollte die Arbeitnehmerin nun vom Arbeitgeber wiederhaben. Vor dem Arbeitsgericht gewann sie. Der Arbeitgeber wollte aber nicht zahlen und ging in Berufung.

## DIE ENTSCHEIDUNG

Das LAG folgte dem Arbeitsgericht und hielt das Urteil aufrecht. Durch das Verhalten des Geschäftsführers hat der Arbeitgeber nach Ansicht des LAG gegen seine Fürsorgepflicht verstoßen und so die Absage der Hochzeit verursacht. Aus Sicht des LAG hätte der erkältete Geschäftsführer die Arbeitnehmerin nicht im Auto mitnehmen dürfen. Wäre er nicht ins Büro gekommen oder wären die beiden zumindest in getrennten Autos gefahren, hätte die Arbeitnehmerin nicht in Quarantäne gemusst und die Hochzeit hätte wie geplant durchgeführt werden können. Ein schadensminderndes Mitverschulden der Arbeitnehmerin (sie hätte ja Maske tragen oder im eigenen PKW fahren können), sah das LAG nicht. Es könne von der Arbeitnehmerin nicht erwartet werden, dass sie gegenüber ihrem Vorgesetzten verlange, ein zweites Auto zu nutzen. Dies wäre nach Ansicht des LAG einem Hinweis der Angestellten gegenüber dem Geschäftsführer gleichgekommen, dass dieser seinen eigenen Gesundheitszustand nicht ausreichend beachte und nicht adäquat darauf reagiere. Das wollte das LAG auch in Pandemiezeiten von der Arbeitnehmerin nicht verlangen.

## KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Die Entscheidung setzt sich lehrbuchartig mit den Fragen des Pflichtenkatalogs für Arbeitgeber, Pflichtverletzungen, Kausalität und Mitverschulden auseinander. Die Entscheidung ist besonders praxisrelevant, weil sie die Bedeutung betrieblicher Hygienekonzepte einmal mehr unterstreicht. Die Verletzung von Fürsorgepflichten kann unter Umständen teuer werden und bekommt – oft wenig greifbar – durch diese Entscheidung klare Konturen.

### PRAXISTIPP:

Der Gesetzgeber hat sich aus der Pandemiebekämpfung am Arbeitsplatz fast komplett verabschiedet. Klare und verbindliche Regelungen gibt es kaum, die Verantwortung wurde auf die Arbeitgeber abgewälzt. Da die Pandemie aber noch nicht vorbei ist und es spätestens im Herbst wieder zu höheren Fallzahlen kommen dürfte, sollten Arbeitgeber die trügerische „Corona-Sommerpause“ nutzen, um die bestehenden betrieblichen Hygienekonzepte zu überprüfen und anzupassen. Dabei sollte man immer dran denken: 2020 und 2021 sind viele Hochzeiten wegen der verschiedenen Lockdowns ausgefallen. Und genau diese Hochzeiten werden (hoffentlich in den meisten Fällen) 2022/2023 nachgeholt.



**Martin Biebl**

[Martin.Biebl@advant-beiten.com](mailto:Martin.Biebl@advant-beiten.com)

## Keine wirksame Befristung eines Arbeitsvertrags bei eingescannter Unterschrift

Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 16. März 2022 – 23 Sa 1133/21

Eine eingescannte Unterschrift genügt den Anforderungen an das für eine Befristungsabrede erforderliche Schriftformerfordernis nicht. Dies gilt auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis nur wenige Tage bestehen soll.

### SACHVERHALT

Die Arbeitnehmerin vereinbarte in einem Zeitraum von etwa vier Jahren insgesamt 25 kurzzeitig befristete Arbeitsverträge mit dem Arbeitgeber, einem im Bereich der Personalvermittlung tätigen Unternehmen. Die Verträge wurden stets für die Dauer von einem bis sieben Arbeitstagen und einmalig für 21 Arbeitstage geschlossen. Zuletzt war die Arbeitnehmerin als Messe-Hostess tätig. Der entsprechende Arbeitsvertrag war auf fünf Arbeitstage befristet und enthielt eine eingescannte Unterschrift des Geschäftsführers. Die Arbeitnehmerin sandte den Vertrag nach eigenhändiger Unterzeichnung im Original zurück. Dies war die gängige Praxis für sämtliche Vertragsabschlüsse zwischen den Parteien. Die Arbeitnehmerin machte die Unwirksamkeit der Befristung des letzten Arbeitsvertrags gerichtlich geltend. Sie war der Ansicht, diese sei wegen eines Verstoßes gegen das Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) unwirksam. Der Arbeitgeber war der Meinung, dass es für die Wahrung der Schriftform nicht erforderlich sei, dass dem Arbeitnehmer eine schriftliche Annahmeerklärung des Arbeitgebers im Original zugehe. Auch sei es rechtsmissbräuchlich und stelle einen Verstoß gegen Treu und Glauben dar, dass die Arbeitnehmerin einen Mangel der Schriftform rüge, nachdem sie dies bei den 24 zuvor in gleicher Weise abgeschlossenen Verträgen nicht getan habe.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Das LAG Berlin-Brandenburg entschied zugunsten der Arbeitnehmerin. Die Befristung sei mangels Einhaltung der Schriftform unwirksam. Das Schriftformerfordernis nach § 126 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sei gewahrt, wenn der Aussteller durch eigenhändige Namensunterschrift unterzeichne. Auch könne die Schriftform durch die elektronische Form grundsätzlich ersetzt werden. Erforderlich sei dann, dass das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen werde. Eine eingescannte Unterschrift genüge dem Schriftformerfordernis nicht. Der Geschäftsführer habe den Vertrag weder eigenhändig unterschrieben noch mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen. Eigenhändigkeit sei bei einer mechanischen Vervielfältigung der Unterschrift, etwa als Scan, nicht gegeben. Auch genüge die eingescannte Unterschrift nicht den Anforderungen an eine qualifizierte elektronische Signatur. Die Befristung könne auch nicht durch eine spätere eigenhändige Unterzeichnung wirksam werden. Die Arbeitnehmerin habe sich weder rechtsmissbräuchlich noch treuwidrig verhalten. Ihrer Klage stehe nicht entgegen, dass sie die Vertragspraxis bei den 24

vorherigen Befristungsabreden nicht gerügt hat. Ein arbeitgeberseitiges Vertrauen in eine solche nicht rechtskonforme Praxis sei nicht schützenswert. Das Arbeitsverhältnis bestehe aufgrund der unwirksamen Befristungsabrede bis zum Ablauf der Kündigungsfrist durch die zwischenzeitlich ausgesprochene Kündigung fort.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Die Entscheidung unterstreicht die Bedeutsamkeit der Einhaltung von Formerfordernissen. Anders als Arbeitsverträge, die grundsätzlich ohne die Wahrung besonderer Formvorschriften wirksam vereinbart werden können, setzt die wirksame Befristungsabrede die Schriftform voraus. Ist die Befristung mangels Schriftform unwirksam, hat dies zur Folge, dass der Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt. Wie die Entscheidung zeigt, besteht auch keine Ausnahme bei Arbeitsverhältnissen mit kurzer Laufzeit.

#### PRAXISTIPP:

Arbeitgeber sollten das für Befristungen geregelte Schriftformerfordernis strikt beachten. Die Unterzeichnung durch beide Parteien muss grundsätzlich auf derselben Urkunde erfolgen. Zu beachten ist, dass die unterzeichnete Befristungsabrede dem Erklärungsempfänger vor Vertragsbeginn zugehen muss. Der gesamte Inhalt der Befristungsabrede muss durch die Unterschriften beider Parteien gedeckt sein. Zudem erfordert die Schriftform die Unterzeichnung mit vollständiger Namensunterschrift. Es ist nicht abschließend geklärt, ob die qualifizierte elektronische Signatur dem Formerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG genügt. In der Fachliteratur wird dies teilweise abgelehnt. Bundesweit sind zahlreiche Klagen anhängig, die die Wirksamkeit von Befristungsabreden mit qualifizierten elektronischen Signaturen zum Gegenstand haben. Das LAG hat die qualifizierte elektronische Signatur neben der eigenhändigen Unterzeichnung als formwährend angesehen. Höchstrichterliche Rechtsprechung existiert aktuell aber noch nicht. Als rechtssicherstes Vorgehen empfehlen wir daher die beiderseitige Unterzeichnung durch eigenhändige Namensunterschrift.



**Lisa Schrader**

[Lisa.Schrader@advant-beiten.com](mailto:Lisa.Schrader@advant-beiten.com)

## Freiwillige Corona-Prämien - freier Zugriff für Pfändungsgläubiger?

*Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 23. Februar 2022 – 23 Sa 1254/21*

Eine tarifliche Corona-Prämie, die ohne Berücksichtigung der konkreten, individuellen Belastung bzw. Gefährdung durch die Corona-Krise allen Arbeitnehmern gewährt wird, unterliegt nicht dem Pfändungsschutz des § 850a Nr. 3 Zivilprozessordnung (ZPO) und kann (unter Berücksichtigung der Pfändungsfreigrenzen) gepfändet werden.

### SACHVERHALT

Der Arbeitnehmer befand sich in einem privaten Insolvenzverfahren und hatte „alle pfändbaren Forderungen auf Bezüge“ aus seinem Arbeitsverhältnis an den Insolvenzverwalter abgetreten. Der geltende Tarifvertrag sah für die Jahre 2020 und 2021 jeweils eine einmalige, unterschiedslos an alle Arbeitnehmer zu gewährende Corona-Prämie vor (als steuerfreier Zuschuss). Der Arbeitgeber zahlte die Prämien aufgrund der Abtretung jedoch nicht an den Arbeitnehmer, sondern an dessen Insolvenzverwalter aus. Mit seiner Klage begehrte der Mitarbeiter die (nochmalige) Zahlung der Prämien an ihn selbst und machte insbesondere geltend, sie unterlägen als „Gefahr- oder Erschwerniszulage“ dem Pfändungsschutz des § 850a Nr. 3 ZPO.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Dieser Auffassung erteilte das LAG Berlin-Brandenburg jedoch eine Absage. Obwohl die Prämien ausweislich der tariflichen Regelung ausdrücklich die „Abmilderung der zusätzlichen Belastung durch die Corona-Krise“ bezweckten, seien sie dennoch nicht vor einer Pfändung geschützt. Dem Pfändungsverbot des § 850a Nr. 3 ZPO unterlägen nur solche Prämien bzw. Zulagen, die eine besondere, über das normale Maß hinausgehende Arbeiterschwernis oder eine besondere, mit der Arbeitsleistung einhergehende Gefährdung ausgleichen sollen. Da die tarifliche Prämienregelung aber nicht danach differenziere, in welchem Ausmaß die einzelnen Arbeitnehmer aufgrund der Corona-Krise besonderen Erschwernissen oder Gefährdungen (z.B. erhöhtes Infektionsrisiko durch häufigen direkten Kundenkontakt) ausgesetzt seien, sondern die Prämien vielmehr allen Beschäftigten unabhängig von der Art ihrer Arbeitsleistung zukommen sollten, diene die tarifliche Prämie nur dem Ausgleich bzw. der Abmilderung der „gesamtgesellschaftlichen Auswirkungen der Corona-Krise“, ohne einen Bezug zur individuellen Arbeitsleistung und den Umständen ihrer Erbringung herzustellen. Angesichts dieser tariflichen Zweckbestimmung handele es sich nicht um „Gefahr- oder Erschwerniszulagen“ im Sinne des § 850a Nr. 3 ZPO. Folglich seien die Prämien pfändbar und ihre Auskehrung durch den Arbeitgeber an den Insolvenzverwalter rechtmäßig.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Die Entscheidung trägt nicht zur Rechtssicherheit bei – die Frage der Pfändbarkeit von Corona-Prämien ist derzeit höchst umstritten (mit Ausnahme der Corona-Prämien im Pflegebereich, deren Unpfändbarkeit gesetzlich angeordnet ist). So hat etwa das LAG Niedersachsen in einer früheren Entscheidung (vom 25. November 2021 – 6 Sa 216/21) den gegenteiligen Standpunkt vertreten und einen Pfändungsschutz bejaht. Beide Gerichte haben jedoch die Revision zugelassen, so dass eine endgültige Klärung wohl erst durch das Bundesarbeitsgericht erfolgen wird. Dabei ist zumindest zweifelhaft, ob der Anwendungsbereich des § 850a Nr. 3 ZPO tatsächlich so eng ausgelegt werden kann, wie das LAG Berlin-Brandenburg meint. Dem Wortlaut der Vorschrift lässt sich eine derartige Einschränkung, wonach nur solche Zulagen pfändungsfrei sein sollen, die den individuellen Belastungs- oder Gefährdungsgrad des einzelnen Arbeitnehmers berücksichtigen, jedenfalls nicht entnehmen.

#### PRAXISTIPP:

Arbeitgeber sind daher gut beraten, im Fall einer Pfändung von Arbeitseinkommen eine ggf. betroffene Corona-Prämie bis zu einer endgültigen Klärung durch das BAG zunächst weder an den Arbeitnehmer noch an den Pfändungsgläubiger auszuzahlen, sondern zu versuchen, sich mit Arbeitnehmer und Gläubiger auf einen vorläufigen Einbehalt zu einigen oder, falls dies misslingt, den Prämienbetrag gerichtlich zu hinterlegen. Ansonsten besteht das Risiko, an den falschen Gläubiger zu leisten, was dazu führen kann, die Zahlung von diesem zurückfordern und an den anderen (richtigen) Gläubiger nochmals leisten zu müssen.

Sofern sich die Auffassung des LAG Berlin-Brandenburg durchsetzt, hängt die Frage des Pfändungsschutzes zudem von der konkreten Ausgestaltung der (tariflichen oder betrieblichen) Prämienregelung selbst ab, so dass hier jeweils eine Betrachtung und Prüfung des Einzelfalls notwendig wäre.



**Dr. Michael Matthiessen**

[Michael.Matthiessen@advant-beiten.com](mailto:Michael.Matthiessen@advant-beiten.com)

# Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers bei Angabe ehemaliger Mitarbeiter auf der Unternehmenswebseite

Arbeitsgericht Neuruppin vom 14. Dezember 2021 – 2 Ca 554/21

Für viele Unternehmen ist es mittlerweile gang und gäbe, ihre Mitarbeiter auf der Unternehmenswebseite namentlich vorzustellen. Wenn derlei Angaben aber nach dem Ausscheiden nicht umgehend von der Webseite entfernt werden, kann es für den ehemaligen Arbeitgeber teuer werden, wie eine Entscheidung des ArbG Neuruppin zeigt.

## SACHVERHALT

Eine Biologin, die im Büromanagement tätig war, wurde auf der Unternehmenswebseite namentlich genannt und der Netzöffentlichkeit dort zudem als hauseigene Biologin vorgestellt, obwohl dies tatsächlich gar nicht zutraf. Bei ihrem Ausscheiden verlangte sie, dass die Angaben von der Unternehmenswebseite gelöscht werden sollten. Nachdem ihr Name und die falsche Tätigkeitsangabe nach fast einem Jahr noch immer online waren, mahnte sie ihren ehemaligen Arbeitgeber ab und verlangte von ihm eine Unterlassungserklärung sowie eine Entschädigung in Höhe von EUR 8.000. Der Arbeitgeber entfernte die Angaben von der Webseite und gab die geforderte Unterlassungserklärung ab, zahlte aber lediglich EUR 150. Die Arbeitnehmerin erhob daraufhin Klage zum ArbG Neuruppin und verlangte nur noch EUR 5.000, abzüglich der bereits bezahlten EUR 150.

## DIE ENTSCHEIDUNG

Das ArbG Neuruppin hat den ehemaligen Arbeitgeber zur Zahlung von EUR 1.000 Schadensersatz verurteilt, abzüglich der bereits bezahlten EUR 150. Seine Entscheidung stützt das Gericht auf das Datenschutzrecht, da es sich bei dem Namen der Arbeitnehmerin um personenbezogene Daten im Sinne der Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) handelt. Gemäß Artikel 82 der DS-GVO besteht bei einer rechtswidrigen Datenverarbeitung, die zu einem Schaden der betroffenen Person führt, ein Anspruch auf Schadensersatz gegenüber dem datenschutzrechtlich Verantwortlichen. Hierbei handelte es sich um den ehemaligen Arbeitgeber, der nach dem Ausscheiden der Arbeitnehmerin deren Daten ohne Rechtfertigung verarbeitet hatte. Wegen der damit einhergehenden Verletzung des Persönlichkeitsrechts ist auch ein nicht-vermögensrelevanter Schaden zu berücksichtigen, der im Wege des Schmerzensgelds auszugleichen ist und ausdrücklich auch der Warnung und Abschreckung dienen soll. Zur umgehenden Entfernung der Daten nach dem Ausscheiden der Arbeitnehmerin war der Arbeitgeber überdies nicht nur aufgrund des Datenschutzes verpflichtet, sondern auch aufgrund einer allgemeinen Nebenpflicht aus dem (beendeten) Arbeitsverhältnis. Im Licht all dessen hielt das Gericht einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von EUR 1.000 für angemessen.

## KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Die Entscheidung des ArbG Neuruppin wirft ein Schlaglicht auf die (auch) datenschutzrechtlichen Haftungsrisiken, die insbesondere beim Ausscheiden eines Arbeitnehmers virulent werden. Arbeitgeber sind gut beraten, ihre Unternehmenswebseite in diesem Fällen schnell zu aktualisieren und sämtliche personenbezogenen Daten des Ausgeschiedenen zu entfernen. Gerade wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht einvernehmlich verläuft, sollten zusätzliche Konfliktfelder damit konsequent vermieden werden.

### PRAXISTIPP:

Die Entscheidung steht im Zusammenhang mit der rechtssicheren Verwendung von Arbeitnehmerdaten im Internet, sei es auf der Unternehmenswebseite oder auf Profilen in sozialen Netzwerken. Dabei kann es sich nicht nur um den Namen, sondern auch um Fotos oder Videos von Arbeitnehmern handeln. Angesichts der nicht unerheblichen Haftungsrisiken und einer zunehmend gefestigten Rechtsprechung sollten Arbeitgeber die Verwendung von Arbeitnehmerdaten vorab gründlich prüfen. Insbesondere ist auf eine vorherige wirksam erteilte Einwilligung des Betroffenen zu achten, die sämtliche Verwendungszwecke abdeckt. Sofern sich die Nutzung der Arbeitnehmerdaten danach als ungerechtfertigt erweist, etwa aufgrund einer fehlenden Einwilligung, müssen die betreffenden Daten umgehend entfernt werden.



**Maximilian Quader**

[Maximilian.Quader@advant-beiten.com](mailto:Maximilian.Quader@advant-beiten.com)

## Teilnahme an „wildem Streik“ kann ausserordentliche Kündigung rechtfertigen

*Arbeitsgericht Berlin vom 6. April 2022 – 20 Ca 10257/21, 20 Ca 10258/21 und 20 Ca 10259/21*

Die Arbeitsniederlegung zur Teilnahme an einem nicht gewerkschaftlich organisierten Streik – sog. „wilder Streik“ – kann eine Pflichtverletzung darstellen, die geeignet ist, eine außerordentliche, fristlose Kündigung zu rechtfertigen.

### SACHVERHALT

Die Arbeitnehmer waren als Fahrradkurierfahrer beschäftigt. Um sich mit ihren Forderungen Gehör zu verschaffen, beteiligten sie sich an einem viertätigen Streik. Dieser Streik war nicht gewerkschaftlich organisiert, sondern wurde allein von den Mitarbeitern getragen. Trotz mehrfacher Aufforderung seitens des Arbeitgebers, den „wildem Streik“ zu beenden, nahmen die Arbeitnehmer ihre Arbeit nicht wieder auf.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Die daraufhin ausgesprochenen außerordentlichen, fristlosen Kündigungen wurden vom ArbG Berlin als wirksam erachtet. Das Gericht führt damit die ständige arbeitsrechtliche Rechtsprechung fort. Maßnahmen des Arbeitskampfs sind demnach nur rechtmäßig, wenn sie von tariffähigen Parteien mit dem Ziel geführt werden, tarifliche Forderungen durchzusetzen. Da auf Arbeitnehmerseite allerdings nur Gewerkschaften, nicht jedoch einzelne Mitarbeiter berechtigt sind Tarifverträge abzuschließen, kann der nicht gewerkschaftliche Streik nicht zum Abschluss eines Tarifvertrags führen und ist somit kein geeignetes Arbeitskämpfungsmittel.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Arbeitgeber müssen es auch weiterhin nicht hinnehmen, wenn Arbeitnehmer ohne gewerkschaftliche Rückendeckung ihre Arbeit niederlegen. Es handelt sich dabei schlicht um eine ungerechtfertigte Arbeitsverweigerung, der mit den klassischen arbeitsrechtlichen Maßnahmen begegnet werden kann. Zu beachten ist jedoch, dass nur dann ein abmahnungs- bzw. kündigungsähnliches Verhalten vorliegt, wenn die Arbeitnehmer tatsächlich die von ihnen geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringen. Sofern sie sich nur außerhalb ihrer Arbeitszeit an derartigen Streiks beteiligen, ist eine Kündigung – jedenfalls aufgrund unrechtmäßiger Arbeitsverweigerung – nicht gerechtfertigt.

#### PRAXISTIPP:

Beteiligen sich Arbeitnehmer an „wildem Streiks“, sollten Arbeitgeber dem zunächst mit der Aufforderung, die Arbeit unverzüglich wieder aufzunehmen, begegnen und gleichzeitig, für den Fall der Nichtbefolgung, arbeitsrechtliche Konsequenzen androhen. Sollte dies nicht die gewünschte Wirkung erzielen, können Arbeitgeber außerordentlich und fristlos kündigen.



**Benedikt Holzapfel**

[Benedikt.Holzapfel@advant-beiten.com](mailto:Benedikt.Holzapfel@advant-beiten.com)

## „Kennenlern-Praktika“ – Vorsicht vor unfallversicherungsrechtlichen Stolperfallen

*Bundessozialgericht vom 31. März 2022 - B 2 U 13/20 R*

Im Rahmen eines „Kennenlern-Praktikums“ kann bei der Besichtigung des Unternehmens Unfallversicherungsschutz kraft Satzung der Berufsgenossenschaft bestehen.

### SACHVERHALT

Eine Arbeitsplatzbewerberin absolvierte bei einem Unternehmen ein unentgeltliches, eintägiges „Kennenlern-Praktikum“. Hierfür schlossen die Bewerberin und das Unternehmen eine „Kennenlern-/Praktikums-Vereinbarung“. Während des eintägigen „Kennenlern-Praktikums“ führte die Bewerberin Gespräche und stand im fachlichen Austausch mit der IT-Abteilung, absolvierte aber auch eine Betriebsführung und besichtigte zum Abschluss ein Hochregallager des Unternehmens. Bei der Besichtigung des Hochregallagers stürzte die Bewerberin und brach sich den rechten Oberarm.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Das Bundessozialgericht (BSG) hat anders als die beklagte Berufsgenossenschaft und die Vorinstanzen einen Arbeitsunfall festgestellt. Dies jedoch nur deshalb, da die Satzung der Berufsgenossenschaft Teilnehmer einer Unternehmensbesichtigung unfallversichere. Das eigene, grundsätzlich nicht versicherte Interesse der Bewerberin am Kennenlernen des potenziellen zukünftigen Arbeitgebers stehe dem Unfallversicherungsschutz kraft Satzung in diesem Fall nicht entgegen, da die Satzung den Unfallversicherungsschutz nicht auf Personen beschränke, deren Aufenthalt im Unternehmen ausschließlich der Besichtigung diene.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Die begrüßenswerte Entscheidung des BSG eröffnet Spielraum für die Gestaltung von „Kennenlern-Praktika“. Es ist jedoch für jeden Betrieb zu prüfen, ob die jeweils zuständige Berufsgenossenschaft eine vergleichbare Satzungsregelung beschlossen hat. Dies ist nicht immer der Fall. Ohne eine solchen Satzungsregelung besteht Unfallversicherungsschutz für „Kennenlern-Praktikanten“ kraft Gesetzes selten. Eine vom Versicherungsschutz umfasste Beschäftigung im Sinne des § 2

Abs. 1 Siebtes Buch Sozialgesetzbuch liegt nur dann vor, wenn der Verletzte sich in ein fremdes Unternehmen eingliedert und seine Handlungen dem Weisungsrecht eines Unternehmens insbesondere in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Verrichtung unterordnet (vgl. BSG vom 12. Dezember 2013 – B 4 AS 87/12 R). Maßgebliches Kriterium ist ein Tätigwerden im fremden Interesse. Bei „Kennenlern-Praktika“ steht jedoch in der Regel das eigene Interesse der Bewerber am Kennenlernen des potenziellen Arbeitgebers im Vordergrund. Personen, die im Wesentlichen im eigenen Interesse tätig werden, sind jedoch nicht vom Unfallversicherungsschutz kraft Gesetzes umfasst.

#### PRAXISTIPP:

Vor „Kennenlern-Praktika“ sollten zwingend Vereinbarungen mit den Bewerbern geschlossen werden. Nicht nur in Hinblick auf den Versicherungsschutz bestehen Stolperfallen, auch zur Vermeidung einer Vergütungspflicht ist Achtsamkeit gefordert. Ein „Kennenlern-Praktikum“ oder „Probearbeiten“ kann ohne vertragliche Vereinbarung ein „faktisches“ und damit unbefristetes Arbeitsverhältnis entstehen lassen, im Rahmen dessen dem Bewerber u.a. ein Vergütungsanspruch für geleistete Arbeit zustehen kann. Ein sogenanntes echtes „Einfühlungsverhältnis“, dass nach richtiger Ansicht nicht als Arbeitsverhältnis einzuordnen ist, besteht zudem nur dann, wenn keine Pflicht des Bewerbers zur Arbeitsleistung besteht und das Einfühlungsverhältnis tatsächlich nur die Gelegenheit einräumen soll, den Betrieb und einen potenziellen Arbeitsplatz kennenzulernen. In diesem Fall darf kein Weisungsrecht des Arbeitgebers vereinbart und ausgeübt werden, d.h. an den Bewerber dürfen keine Anordnungen adressiert werden. Ein „Probearbeiten“ scheidet damit faktisch aus. Richtigerweise kann ein solches „Einfühlungsverhältnis“ auch nur sehr kurze Zeit durchgeführt werden, um keine Lohnansprüche und insbesondere Ansprüche auf dem gesetzlichen Mindestlohn auszulösen. Bewerber sollten zudem vertraglich dazu verpflichtet werden, einen Unfallversicherungsschutz auf eigene Kosten abzuschließen.



**Sonja Müller**

[Sonja.Mueller@advant-beiten.com](mailto:Sonja.Mueller@advant-beiten.com)

## IM BLICKPUNKT

### Die Auswirkungen der elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auf das Arbeitsverhältnis

Ende 2019 hat der Gesetzgeber das Bürokratieentlastungsgesetz III (BEG III) beschlossen und damit der Einführung der elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (eAU) den Weg bereitet. Damit soll zumindest ein großer Teil der jährlich ca. 77 Millionen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, die allesamt in bis zu vierfacher Ausfertigung gedruckt werden mussten, digitalisiert werden. Hierfür wurden verschiedene „Digitalisierungsphasen“ vorgesehen. In Phase 1 sollte zunächst die digitale Übermittlung der Arbeitsunfähigkeitsdaten von Vertragsarzt an die Krankenkasse implementiert werden. Anschließend sollte in Phase 2 auch der „gelbe Schein“ durch einen Datensatz ersetzt werden. Ursprünglich sollte Phase 2 am 1. Juli 2022 verbindlich umgesetzt werden. Nachdem die Coronapandemie jedoch für Verzögerungen bei der technischen Umsetzung gesorgt hat, wurde der Beginn von Phase 2 nun auf den 1. Januar 2023 verschoben. Technische Probleme sind allerdings nicht die einzige Hürde bei der Implementierung von Phase 2. Es schließen sich auch einige arbeitsrechtliche Fragen an.

#### NICHT FÜR ALLE ARBEITNEHMER

Vorweg ist festzuhalten, dass auch nach der Implementierung von Phase 2 nicht für alle Arbeitnehmer eine eAU ausgestellt werden wird. Für bestimmte Mitarbeiter werden Arbeitgeber auch weiterhin keine eAU abrufen können, sodass in diesen Fällen weiterhin auf Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen in Papierform zurückgegriffen werden muss. Betroffen hiervon sind insbesondere privatversicherte Arbeitnehmer, aber auch solche, deren Arbeitsunfähigkeit durch einen Arzt festgestellt wird, der nicht an der vertragsärztlichen Versorgung teilnimmt. Das gleiche gilt für Reha- und Vorsorgeeinrichtungen sowie für Erkrankungen, die im Ausland attestiert werden.

#### ABRUF DURCH ARBEITGEBER

Sofern der Arbeitnehmer künftig allerdings dem Anwendungsbereich der neuen elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung unterfällt, wird er dem Arbeitgeber keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung mehr vorlegen müssen. Der Arbeitgeber muss den entsprechenden Datensatz vielmehr bei der Krankenkasse abrufen. Dabei ist folgendes zu beachten:

Zum einen ist der Arbeitgeber nicht berechtigt, anlasslos, „ins Blaue hinein“ Datensätze bei der Krankenkasse abzufragen. Erst nachdem der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeit angezeigt hat, darf die Abfrage erfolgen. Zum anderen ist aufgrund technischer Hürden nicht zwingend gewährleistet, dass die eAU unmittelbar verfügbar ist, sobald die Arbeitsunfähigkeit vom Arzt bestätigt wurde. Mit Hinblick darauf, dass die

Ärzte die Datensätze qualifiziert signieren müssen, ist mit einer verzögerten Übermittlung zu rechnen. Krankenkassenseitig wird deshalb dazu geraten, die eAU erst am Tag nach der Feststellung der Arbeitsunfähigkeit abzurufen. Dies entbindet den Mitarbeiter allerdings nicht von seiner Verpflichtung, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit unverzüglich mitzuteilen.

### **LOHNFORTZAHLUNG UND LEISTUNGS- VERWEIGERUNGSRECHT**

Eine rechtliche Frage betrifft das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers. Mit der Einführung der eAU wird § 5 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) um einen Absatz 1a erweitert, der den gesetzlich versicherten Arbeitnehmer künftig von der Pflicht, eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen, befreit. Einen „gelben Schein“ für den Arbeitgeber wird es dann nicht mehr geben. Allerdings war gerade die (Nicht-)Vorlage dieses „gelben Scheins“ bisher der Anknüpfungspunkt für das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG.

Während § 5 EFZG durch die Ergänzung des Absatzes 1a an die veränderte Situation angepasst werden wird, ist für § 7 EFZG derzeit keine Änderung absehbar. Damit gibt es keine ausdrückliche, gesetzliche Regelung, die den Arbeitgeber dazu berechtigen würde, die Fortzahlung des Arbeitsentgelts zu verweigern, sofern der Arbeitnehmer seiner Obliegenheit, die Arbeitsunfähigkeit ärztlich feststellen zu lassen, nicht nachkommt. Dass dies nicht vom Gesetzgeber gewollt sein dürfte, folgt schon daraus, dass – wie auch der Name des BEG III vermuten lässt – eigentlicher Zweck der eAU der Abbau von Bürokratie ist. Dass der Gesetzgeber gleichzeitig auch die Verantwortung für die nicht (rechtzeitig) vorgenommene ärztliche Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit auf den Arbeitgeber verschieben wollte, ist nicht ersichtlich. Um dieses Versähen des Gesetzgebers zu beheben und die dadurch entstandene Regelungslücke zu füllen, sollte jedenfalls dann ein Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers in Betracht kommen, wenn der Arbeitnehmer seine Pflicht, die Arbeitsunfähigkeit (rechtzeitig) feststellen zu lassen, nicht erfüllt. Der Arbeitgeber wird dabei auch künftig berechtigt sein, den hierfür maßgeblichen Zeitpunkt vertraglich auf den ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit vorzulegen.

In diesem Zusammenhang werden arbeitsvertragliche Standardklauseln, die den Arbeitnehmer zur Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem ersten Tag verpflichten, künftig ins Leere laufen. Bezogen auf Altverträge lässt sich vertreten, dass solche Klauseln im Wege der Auslegung auch unter der neuen Rechtslage dahingehend fortbestehen können, dass Arbeitnehmer ab Inkrafttreten der neuen Rechtslage nicht mehr zur Vorlage der Bescheinigung, sondern zur Feststellung der Arbeitsunfähigkeit ab dem ersten Tage verpflichtet sind.

#### **PRAXISTIPP:**

Nichtsdestotrotz sollten Arbeitgeber eine Anpassung dieser Klausel anstreben, insbesondere, wenn der Vertrag aus anderen Gründen sowieso angepasst wird.

Bei Neuverträgen sollten Arbeitgeber darauf achten, künftig die neue Rechtslage zu berücksichtigen und unmittelbar die ärztliche Feststellung der Arbeitsunfähigkeit zum Gegenstand der Vertragsklausel machen. Für die Übergangszeit bietet es sich bereits jetzt schon an, die künftige Gesetzesänderung zu antizipieren und die Klausel entsprechend zweigligedrig zu gestalten.

### **BEWEISWERT DER EAU**

Schließlich lässt sich die Frage in den Raum werfen, ob einer eAU noch derselbe Beweiswert zugesprochen werden kann, wie der herkömmlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Aus der bisherigen Bescheinigung konnte der Arbeitgeber immerhin indizienartige Rückschlüsse ziehen. Häufig wechselnde Ärzte oder besonders weit vom Wohnort des Arbeitnehmers entfernt praktizierende Ärzte konnten bspw. Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit wecken. Auf derartige Informationen muss der Arbeitgeber nach derzeitigem Stand verzichten, da der Datensatz, den der Arbeitgeber erhält, den ausstellenden Arzt nicht mehr erkennen lässt. Reduziert sich allerdings der Informationsgehalt der Arbeitsunfähigkeitsbestätigung, so wäre es nur konsequent, wenn auch ihr Beweiswert reduziert werden würde.

### **FAZIT**

Die eAU wird wohl zumindest ein wenig Bürokratieabbau zur Folge haben, jedenfalls dann, wenn die digitale Kommunikation zwischen Ärzten, Krankenkassen und Arbeitgebern einmal voll etabliert ist. Damit einher gehen allerdings auch einige arbeitsrechtliche Neuerungen, die Arbeitgeber frühzeitig berücksichtigen sollten. Hierzu gehört insbesondere die Frage, wie künftig mit Verzögerungen sowie Störungen bei der Übermittlung von elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen umgegangen werden soll. Auch arbeitsvertragliche Klauseln sollten nach und nach angepasst werden.



**Dr. Anne Dziuba**

[Anne.Dziuba@advant-beiten.com](mailto:Anne.Dziuba@advant-beiten.com)



**Benedikt Holzapfel**

[Benedikt.Holzapfel@advant-beiten.com](mailto:Benedikt.Holzapfel@advant-beiten.com)

## Artikel 5 – Der ADVANT Beiten Podcast: die Pandemie und das Arbeitsrecht

Welche rechtlichen Fragestellungen ergeben sich für Arbeitgeber und auch für Arbeitnehmer in Bezug auf mobile Arbeit? Und inwiefern dürfen Betriebsratssitzungen remote abgehalten werden? Diese und weitere Fragen diskutieren unsere Expert:innen



Dr. Martina Schlamp  
[Martina.Schlamp@advant-beiten.com](mailto:Martina.Schlamp@advant-beiten.com)



Martin Fink  
[Martin.Fink@advant-beiten.com](mailto:Martin.Fink@advant-beiten.com)

in Folge 10 von Artikel 5.

Hören Sie unseren Artikel 5 Podcast auch bei:  
[Spotify](#) oder [Apple Podcasts](#)

<https://www.youtube.com/watch?v=PTsF-pFHdlw>

<https://open.spotify.com/episode/0RHhUGqFV3DDgIoA-qUKQ2!?si=3aPxzweKTweR0ImQs-g65w&nd=1>

<https://podcasts.apple.com/de/podcast/die-pandemie-und-das-arbeitsrecht/id1558662025?i=1000565609229>

## MELDUNGEN

### Gleiche Urlaubsabgeltung für alle – Der EuGH stärkt Rechte von Leiharbeit- nehmern

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat mit seiner Vorabentscheidung vom 12. Mai 2022 (C – 426/20) über den Fall zweier Leiharbeitnehmer in Portugal entschieden. Sie waren auf Basis von Leiharbeitsverträgen für zwei Jahre einem entleihenden Unternehmen überlassen. Mit Beendigung der Leihe standen den Mitarbeitern noch bezahlter Urlaub sowie Urlaubsgeld hierfür zu. Das entleihende Unternehmen und die Arbeitnehmer stritten sich darum, was für die Abgeltung maßgeblich sei: Eine Spezialregelung für Leiharbeitnehmer, wonach diese in der konkreten Konstellation Anspruch auf weniger bezahlten Urlaub und ein geringeres Urlaubsgeld haben oder die allgemeine gesetzliche Urlaubsregelung für Arbeitnehmer in Portugal, wonach sich Ansprüche in derselben Höhe wie für originär beim entleihenden Unternehmen Beschäftigte ergäben.

Während nach der Spezialregelung für Leiharbeitnehmer der Urlaubsanspruch und das Urlaubsgeld anteilig im Verhältnis zur Vertragslaufzeit zu berechnen sind, sieht die allgemeine Urlaubsregelung einen vollständigen Jahresurlaubsanspruch für jedes mit dem Kalenderjahr begonnene Arbeitsjahr sowie zusätzlich eine zeitanteilige Zurechnung von Urlaubsansprüchen für unterjährig begonnene und beendete Arbeitsverhältnisse vor. Das entleihende Unternehmen stellte sich auf den Standpunkt, dass für die Leiharbeitnehmer die Spezialregelung Anwendung findet und wollte entsprechend nur den geringeren Urlaub abgelteten und hierfür Urlaubsgeld leisten. Dem EuGH wurde daher vom nationalen Gericht die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob die Spezialregelung für Leiharbeitnehmer gegen die Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (RL 2008/14/EG) verstoße.

Der EuGH stellte fest, dass der in Art. 5 RL 2008/14/EG statuierte Gleichbehandlungsgrundsatz, wonach die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer mindestens denen der unmittelbar im Unternehmen Eingestellten entsprechen müssen, auch die Abgeltung für nicht genommenen bezahlten Jahresurlaub und das entsprechende Urlaubsgeld umfasse. Entsprechend stehe eine nationale Regelung, wonach die Abgeltung hierfür geringer sei als diejenige, die sie als unmittelbar Eingestellte erhalten hätten, der RL 2008/14/EG entgegen.



Dies dürfte auch für Leiharbeiter in Deutschland relevant sein. Gemäß § 7 Abs. 4 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) wird überschüssiger Urlaub bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgegolten, sofern er wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gewährt werden konnte. Hierbei sowie bei der Berechnung des Urlaubsentgelts gemäß § 11 Abs. 1 BUrlG wird vor dem Hintergrund der Entscheidung des EuGH die Gleichbehandlung zu berücksichtigen sein. Leiharbeiter sind mindestens so zu stellen, wie sie stünden, wenn sie im Zeitraum der Beschäftigung beim entleihenden Unternehmen unmittelbar eingestellt gewesen wären.



**Julia Meler**

[Julia.Meler@advant-beiten.com](mailto:Julia.Meler@advant-beiten.com)

## BBGO – Ihr Expat-Manager

<https://www.bb-go.de>

### WUSSTEN SIE SCHON...

dass Entsenden mit BBGO grenzenlos einfach ist ?

## BBGO



### Dienstreisen und Entsendungen – Ihr Manager zum Abonnieren

BBGO ist die langersehnte Antwort auf die Komplexität der Entsenderichtlinie ins EU-Ausland. Lassen Sie aufwändige Recherchen und den fehlenden Überblick über entsandte Mitarbeiter hinter sich. BBGO – Ihr Expatmanager – organisiert für Sie alles an einem Ort, in Ihrem Web-Browser.

Grenzenlos einfach.

### BBGO – Ihr Expatmanager

Vorteile für Ihre optimierten Entsendeprozesse:



**TOPAKTUELLE  
RECHTSNORMEN**



**SCHNELLE  
ENTSENDUNG**



**INTUITIV &  
STRUKTURIERT**



**AB 49 €  
MONATLICH**

**Neugierig?**

**WWW.BB-GO.DE**

BBGO ist ein Produkt der Beiten Burkhardt Services GmbH

In Kooperation mit:

**ADVANT** Beiten

**Save the Date!**



# 9. Deutsche Arbeitsrechtskonferenz

**Miteinander – Gegeneinander:**

Brennpunkte im betrieblichen Alltag

**30. November 2022 | Sofitel München Bayerpost**

Fachliche Leitung:

RA/FAArbR Dr. Wolfgang Lipinski und RA/FAArbR Dr. Christopher Melms, ADVANT Beiten

- » Hot Legal Topics – Neues kurz zusammengefasst
- » Ein Jahr Ampel – Was kam und was kommt noch im Arbeitsrecht?
- » Aktuelle Rechtsprechung zum Kündigungsrecht
- » Strong People, Strong HR – Globale Restrukturierung mit erforderlicher Transformation insb. im HR-Bereich
- » Armut macht krank und Krankheit macht arm
- » Whistleblowing und Hinweisgeberschutz

---

**Get-together am 29. November 2022 ab 18.30 Uhr**

**ADVANT Beiten im Gespräch mit Prof. Dr. Bettina Kohlrausch**

---



Anmeldung und Info

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

**dfv** Mediengruppe

**REDAKTION (VERANTWORTLICH):**



**Markus Bauer**  
Rechtsanwalt  
[Markus.Bauer@advant-beiten.com](mailto:Markus.Bauer@advant-beiten.com)



**Hinweise**

Redaktionsschluss: 1. Juni 2022

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie künftig keine Informationen erhalten möchten, können Sie sich jederzeit abmelden.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Alle Rechte vorbehalten 2022

**Impressum**

ADVANT Beiten

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

(Herausgeber)

Ganghoferstraße 33, 80339 München

AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:

<https://www.advant-beiten.com/de/impressum>

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist Mitglied von ADVANT, einer Vereinigung unabhängiger Anwaltskanzleien. Jede Mitgliedskanzlei ist eine separate und eigenständige Rechtspersönlichkeit, die nur für ihr eigenes Handeln und Unterlassen haftet.

ADVANT member firm offices:

BEIJING | BERLIN | BRUSSELS | DUSSELDORF  
FRANKFURT | HAMBURG | LONDON | MILAN  
MOSCOW | MUNICH | PARIS | ROME | SHANGHAI