



**„Dauerbrenner aus der Personalpraxis“ -
ein Expertengespräch mit
Andreas Uhlitz und Dr. Sören Kramer**

**Dietrich-Bonhoeffer-Berufskolleg
16. Januar 2023**

- Arbeitszeit
- Antidiskriminierung
- Urlaub
- Entgeltfortzahlung



ARBEITSZEIT

BAG, Beschluss vom 13.09.2022, 1 ABR 22/21

Arbeitgeber sind verpflichtet, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Überstunden tatsächlich zu erfassen.

(Rn. 43 der Entscheidungsgründe)

Die Konsequenzen aus der Entscheidung (1)

- Die bloße Bereitstellung eines Zeiterfassungssystems reicht nicht aus.
- Pflicht des Arbeitgebers ist es, jedenfalls Vorgaben für die Erfassung der Arbeitszeit zu machen und die für die Durchführung der Arbeitszeiterfassung notwendigen Voraussetzungen zu schaffen.
- Es gibt keine Umsetzungsfrist.
- Delegation der Arbeitszeiterfassung auf den AN ist und bleibt möglich. der Arbeitgeber ist dann aber verpflichtet, die Erfassung durch den Arbeitnehmer zu kontrollieren.

Die Konsequenzen aus der Entscheidung (2)

- Das Arbeitsschutzgesetz gilt für alle Arbeitgeber und zwar unabhängig von der Errichtung eines BR. Damit sind nach dem Verständnis des ersten Senats des BAG alle Unternehmen unabhängig von der Mitarbeiterzahl verpflichtet, die Arbeitszeit zu erfassen.
- Umstritten ist die Frage, ob die Verpflichtung zur Zeiterfassung auch für leitende Angestellte gilt.
- Ist das das (endgültige) Ende der Vertrauensarbeitszeit?
- Ist mobiles Arbeiten und/oder Arbeit im Home-Office damit unmöglich?

Die Konsequenzen aus der Entscheidung (3)

- Zur Beruhigung: Ein Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Ziff. 1 ArbSchG ist **nicht straf- oder bußgeldbewehrt!** §16 Abs. 2 ArbZG betrifft nur Mehrarbeit. Bußgeldbewehrt sind nur Verstöße gegen konkrete Anordnungen der Behörde.
- **Keine Beweislastumkehr im Überstundenprozess** (5. Senat BAG).
Aber: Gilt die Rechtsprechung des fünften Senats auch dann weiter, wenn der AG pflichtwidrig die Arbeitszeit nicht erfasst?
- Aus § 3 Abs. 2 Ziff. 1 ArbSchG wird sich keine konkrete Ausgestaltung der Arbeitszeiterfassung ableiten lassen (auch nicht nach Lektüre der Entscheidungsgründe!).
- **Kein Initiativrecht des BR.** Aber: Mitbestimmung bei der Ausgestaltung von Arbeitszeiterfassungssystemen.

Was kann (und sollte) man jetzt vom Gesetzgeber erwarten?

- Umsetzung der Rechtsprechung durch **klarstellende** Änderung des § 3 Abs. 2 Ziff. 1 ArbSchG (und/oder von Regelungen im ArbZG bzw. BetrVG)
- Änderung des ArbZG unter Ausnutzung der nationalen Gestaltungsmöglichkeiten:
 - Abkehr von der Acht- und Zehn-Stundengrenze
 - Erweiterung des Kreises der Personengruppen, auf die das ArbZG keine Anwendung finden soll
 - ausdrückliche Gestattung der Delegation der Aufzeichnungs- bzw. Erfassungspflicht auf den AN
 - Sonderregelungen für leitende Angestellte, AD-Mitarbeiter, mobiles Arbeiten, Home-Office



DISKRIMINIERUNGSRECHT

Aus der Lippischen Landeszeitung vom 29.01.2022:

Zu alt: Firma lehnt Bewerber (58) ab

Bad Salzufler fühlt sich von einem Gütersloher Unternehmen diskriminiert und klagt vor dem Arbeitsgericht. Das sieht die Firma mit seinem Vergleichsvorschlag von 15.000 Euro gut bedient.

Nils Middelhauve

Gütersloh/Bad Salzuflen/Bielefeld. Ein Kaufmann aus Bad Salzuflen hat sich im vergangenen Jahr bei einem Gütersloher Bekleidungsunternehmen auf eine freie Stelle beworben, war jedoch mit Verweis auf sein Alter abgelehnt worden. Der 58-Jährige sah sich diskriminiert und klagte vor dem Bielefelder Arbeitsgericht. Dort einigten sich die Parteien in einem Kammertermin auf einen Vergleich.

Am 7. September 2021 hatte sich der Einzelhandelskaufmann und Fachwirt Stefan U. (Name geändert) bei dem Unternehmen, dessen Geschäftsführer er persönlich kenne, auf die Stelle eines Key-Account-Managers im Außendienst beworben. Noch am selben Tag erhielt er per Mail eine Absage, in der es hieß: „Leider ist die Wahl dabei

nicht auf Dich gefallen. Das Hauptkriterium unserer Entscheidung war Dein Alter. Von den infrage kommenden Bewerbern ist der Älteste 52 Jahre alt. Wir möchten gerne in den Mitarbeiter investieren. Wir müs-

„Brutaler Schlag ins Gesicht“

sen aber auch für einen längeren Zeitraum planen können. Bitte sei mir nicht böse.“

Diesem Wunsch entsprach Stefan U. jedoch nicht, vielmehr empfand er – so sein Rechtsanwalt Ingo Delius vor Gericht – die Begründung für die Absage als „brutalen Schlag ins Gesicht“ und „Verletzung seiner Persön-

lichkeitsrechte“. Der Kaufmann schaltete seinen Anwalt ein und klagte. Zwar entschuldigte sich das Unternehmen und bot Termine für ein Vorstellungsgespräch an. Doch lehnte der Bewerber diese nun seinerseits ab, da es sich aus seiner Sicht dabei um ein reines „Schaulaufen“ gehandelt hätte. „Die Einstellung der Firma kannte ich nun ja.“

Einzunächst anberaumter Gütertermin wurde zwar sehr emotional geführt, verlief jedoch ohne Ergebnis. Den Vorschlag der Kammer unter dem Vorsitz von Arbeitsgerichtsdirektor Joachim Kleve man mochte keine der Parteien mittragen. Der Kläger begehrte drei geschätzte Bruttomonatsgehälter in Höhe von 20.000 Euro, das Gericht schlug 15.000 Euro für einen Vergleich vor. Doch sah die Firma diese Summe als unverhältnismäßig an. Darüber hinaus verwahrte sich

das Unternehmen gegen den Vorwurf der Diskriminierung.

Im somit erforderlichen Kammertermin verwies Rechtsanwältin Beatrix Flintrop namens des beklagten Unternehmens darauf, dass es sich bei der Ab-

Richter: „Ein derart eindeutiger Fall“

lehnung der Bewerbung um ein Motivbündel gehandelt habe. Dem hielt Arbeitsgerichtsdirektor Kleve man jedoch entgegen, dass es bereits ausreiche, wenn das Alter lediglich einer von mehreren Ablehnungsgründen sei, dies als Diskriminierung zu werten. Im vorliegenden Fall habe es in der Mail jedoch sogar ge-

heißen, dass das Alter der Hauptgrund gewesen sei: „Die Kammer grübelt eigentlich eher darüber, was das kostet – nicht über die Frage, ob das rechtens war. Ich habe selten einen derart eindeutigen Fall gehabt.“

Auch nach diesen deutlichen Worten, gefolgt von dem Hinweis, dass die beklagte Firma mit dem Vergleichsvorschlag von 15.000 Euro gut bedient sei, bedurfte es dennoch eines längeren Gesprächs von Rechtsanwältin Beatrix Flintrop mit ihren Mandanten, bis diese dem Vergleich – Stefan U. hatte bereits zuvor seine Bereitschaft signalisiert – schließlich zustimmten. Der Rechtsstreit ist somit beigelegt. Dennoch sei es insbesondere schade, so Richter Kleve man abschließend, „dass die persönliche Beziehung von Leuten, die sich 20 Jahre lang kennen, durch so etwas beschädigt wird.“

„Leider ist die Wahl dabei nicht auf Dich gefallen. **Das Hauptkriterium unserer Entscheidung war Dein Alter.** Von den infrage kommenden Bewerbern ist der älteste 52 Jahre alt. Wir möchten gern in den Mitarbeiter investieren. Wir müssen aber auch für einen längeren Zeitraum planen können. Bitte sei mir nicht böse.“

§ 15 AGG - Entschädigung und Schadensersatz

(1) Bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ist der Arbeitgeber verpflichtet, den hierdurch entstandenen **Schaden zu ersetzen**. Dies gilt nicht, wenn der Arbeitgeber die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

(2) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der oder die Beschäftigte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. **Die Entschädigung darf bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre.**

(3) [...]

(4) Ein Anspruch nach Absatz 1 oder 2 muss innerhalb einer **Frist von zwei Monaten** schriftlich geltend gemacht werden, es sei denn, die Tarifvertragsparteien haben etwas anderes vereinbart. Die Frist beginnt im Falle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs mit dem Zugang der Ablehnung und in den sonstigen Fällen einer Benachteiligung zu dem Zeitpunkt, in dem der oder die Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt.

(5) Im Übrigen bleiben Ansprüche gegen den Arbeitgeber, die sich aus anderen Rechtsvorschriften ergeben, unberührt.

(6) Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 begründet **keinen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses**, Berufsausbildungsverhältnisses oder einen beruflichen Aufstieg, es sei denn, ein solcher ergibt sich aus einem anderen Rechtsgrund.



URLAUB

Leitsatz:

Der Anspruch auf den **gesetzlichen Jahresurlaub erlischt** nur dann am Ende eines Jahres, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer unter **Wahrung seiner Mitwirkungspflichten dazu auffordert den Jahresurlaub zu nehmen**, auf den Verfall hinweist und der Arbeitnehmer in die Lage versetzt wird, den Urlaub auch tatsächlich zuzunehmen, und es dann aus freien Stücken nicht tut.

Kommentar:

Das Urlaubsrecht ist europarechtlich geprägt. Daher hat das BAG hier auf Vorgaben des EuGH zu reagieren. Es stellt in einer richtlinienkonformen Auslegung fest, dass den Arbeitgeber bei der Verteilung und Gewährung von Urlaub Mitwirkungspflichten treffen. Die Erfüllung dieser Mitwirkungspflichten sieht es als Voraussetzung an, dass der Urlaub am Ende des Jahres verfällt. Wenn der Arbeitgeber diesen Umstand nicht transparent macht oder sonst eine Gewährung von Urlaub verhindert, so verfällt nicht genommener Urlaub nicht. Dieser Fall tritt nur ein, wenn der Arbeitnehmer in Kenntnis des möglichen Verfalls und - bei tatsächlicher Möglichkeit - aus eigenen Motiven den Urlaub nicht nimmt.



ENTGELTFORTZAHLUNG

Leitsatz:

Kündigt ein Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis und wird er **am Tag der Kündigung arbeitsunfähig krankgeschrieben**, kann dies den **Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung** insbesondere dann erschüttern, wenn die bescheinigte Arbeitsunfähigkeit passgenau die Dauer der Kündigungsfrist umfasst.

Kommentar:

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung genießen einen extrem hohen Beweiswert. Fälle, in denen der Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach Auffassung des BAG erschüttert wird, sind selten. Die Ankündigung einer Krankheit durch den Arbeitnehmer, der auffällig häufige Beginn der Arbeitsunfähigkeit am Beginn und am Ende einer Woche oder abgelehnte Urlaubsanträge, die vom Arbeitnehmer mit einer AUB „quittiert“ werden, sind vom BAG anerkannt.

Durch das Urteil vom 08.09.2021 sollten sich Arbeitgeber ermutigt fühlen, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen auch in anderen zweifelhaften Fällen nicht einfach zu akzeptieren sondern gegebenenfalls auch unter Inkaufnahme eines Klageverfahrens in Zweifel zu ziehen.



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!