

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial manufacturing environment. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a chain. Below it, another gear is partially visible, mounted on a shaft. The background is filled with various pieces of industrial machinery, including what appears to be a conveyor system and other mechanical components, all slightly out of focus. The overall lighting is bright, typical of a factory setting.

LOSCHELDER

**Newsletter Arbeitsrecht
Juni 2022**

Inhalt

Neues vom Gesetzgeber

Die Neufassung des Nachweisgesetzes

Neues aus der Rechtsprechung

Beweislast im Überstundenprozess bleibt wie bisher

Neues aus der Rechtsprechung

**„Soll“ bleibt „Soll“ – Wirksamkeit einer
Massenentlassungsanzeige**

Neues aus der Rechtsprechung

**ArbG Bonn: Kein Versand von Gewerkschaftsinformationen
per E-Mail**

Loschelder Praxistipp

**Begrenzung der Entgeltfortzahlungskosten bei
Fortsetzungserkrankungen und der Auskunftsanspruch gegen
Krankenkassen**

Neues vom Gesetzgeber

Die Neufassung des Nachweisgesetzes

Der Gesetzgeber hat nun den Entwurf einer Neufassung des Nachweisgesetzes vorgelegt. Mit dem Gesetzentwurf soll eine europäische Richtlinie umgesetzt werden. Da deren Umsetzungsfrist bereits am 31. Juli 2022 abläuft, ist damit zu rechnen, dass der Entwurf zügig Gesetz werden wird. Zahlreiche Regelungen des Gesetzentwurfes, der erheblich über die Richtlinie hinausgeht, sind derzeit stark umstritten. Dennoch ist abzusehen, dass auch bei einer bloßen Minimalumsetzung die Folgen für den Arbeitgeber erheblich sein werden. Den Arbeitgebern wird nach der Verabschiedung des Gesetzes voraussichtlich nicht viel Zeit bleiben, dieses umzusetzen – die Vorbereitungen für eine Umsetzung des Gesetzes sollten bereits jetzt beginnen.

I. Das Nachweisgesetz

Das Nachweisgesetz ist bereits seit dem Jahr 1995 geltendes Recht. Seine Auswirkungen sind bislang relativ gering geblieben, so dass die Aufregung, die der neue Gesetzentwurf hervorgerufen hat, auf den ersten Blick etwas überraschend erscheint.

Dass das Gesetz bisher keine große Bedeutung hatte, liegt an mehreren Gründen: Die **Gegenstände**, über die der Arbeitgeber gemäß § 2 Abs. 1 NachweisG einen **schriftlichen Nachweis** auszuhändigen hatte, waren **stark limitiert** und die gingen kaum über das, was ohnehin im Rahmen eines Arbeitsvertrages geregelt wird, hinaus. Da die Nachweisverpflichtung gemäß § 2 Abs. 4 NachweisG durch einen **schriftlichen Arbeitsvertrag** erfüllt werden konnte, wurden die gesetzlichen Verpflichtungen häufig im Arbeitsvertrag „**miterledigt**“.

Zudem sah das Gesetz **Sanktionen** für einen Verstoß gegen die Nachweispflicht **nicht vor**. Die Arbeitsgerichte zogen allerdings aus einer Verletzung der Vorschriften beweisrechtliche Konsequenzen gem. § 286 Zivilprozessordnung (ZPO); es kamen auch Schadensersatzansprüche (auf Naturalrestitution gerichtet) in Betracht.

II. Überblick über die geplante Neufassung

Die Neufassung sieht mit einem **Bußgeld** von bis zu 2.000 € gem. § 4 NachweisG neue Fassung (n.F.) für einen Verstoß gegen das Gesetz erstmalig eine Sanktionsregelung vor. Die von den Arbeitsgerichten entwickelten beweisrechtlichen Konsequenzen und Schadensersatzansprüche werden bleiben.

Der Inhalt des Nachweises wird durch das neue Gesetz deutlich **ausgedehnt**. Wichtig sind vor allem die folgenden Ergänzungen des § 2 Abs. 1 S.2 NachweisG n.F.:

„7. die Zusammensetzung und die Höhe des Arbeitsentgelts einschließlich der Vergütung von Überstunden, der Zuschläge, der Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen sowie anderer Bestandteile des Arbeitsentgelts, die jeweils getrennt anzugeben sind und deren Fälligkeit sowie die Art der Auszahlung

8. die vereinbarte Arbeitszeit, vereinbarte Ruhepausen und Ruhezeiten sowie bei vereinbarter Schichtarbeit das Schichtsystem, der Schichtrhythmus und die Voraussetzungen für Schichtänderungen

10. sofern vereinbart, die Möglichkeit der Anordnung von Überstunden und deren Voraussetzungen

14. das bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber und Arbeitnehmer einzuhaltende Verfahren, mindestens das Schriftformerfordernis und die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, sowie die Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage; § 7 des Kündigungsschutzgesetzes ist auch bei einem nicht ordnungsgemäßen Nachweis der Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage anzuwenden“.

Für bestimmte Regelungsgegenstände sieht § 2 Abs. 4 NachweisG n.F. vor, dass der Arbeitgeber auf die „auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren **Tarifverträge, Betriebs-oder Dienstvereinbarungen**“ **verweisen darf**.

Für Neueinstellungen ab dem 1. August 2022 ist der Nachweis bereits nach dem neuen Gesetz zu erbringen; Altarbeitnehmern, die bereits vor diesem Datum eingestellt wurden, ist ein Nachweis nach dem neuen Gesetz nur dann zu erteilen, wenn diese es verlangen. Dann allerdings muss der Arbeitgeber schnell sein: Die Frist beträgt für

einen Teil des Nachweises nur sieben Tage nach der Aufforderung durch den Arbeitnehmer.

Der Nachweis muss schriftlich, also vom Arbeitgeber unterschrieben, erteilt werden. Die Möglichkeit, der Nachweispflicht durch einen schriftlichen Arbeitsvertrag nachzukommen, bleibt erhalten (§ 2 Abs. 5 NachweisG n.F.).

III. Herausforderungen durch die Neuregelung

1. Inhalt der Nachweispflicht

Die Umsetzung der Nachweisverpflichtung war bislang relativ einfach. Zur Kündigung mussten beispielsweise lediglich die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses angegeben werden.

Nach der Neufassung sind nicht nur die Kündigungsfristen darzustellen, die für Arbeitgeber und Arbeitnehmer unterschiedlich sein können, sondern auch **das von Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei der Kündigung einzuhaltende Verfahren**, mindestens aber das Schriftformerfordernis und die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses die Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage.

Diese Regelung ist bereits in sich **widersprüchlich**: Das vom Arbeitgeber einzuhaltende Verfahren der Kündigung geht offensichtlich über Schriftformerfordernis und Kündigungsfristen hinaus. Wie dieser innere Widerspruch der Regelung aufgelöst werden wird, bleibt abzuwarten - zunächst spricht für die **Arbeitgeber** viel dafür, sich auf die **Mindestangaben zu beschränken**.

Aber auch diese **Mindestangaben** bleiben **anspruchsvoll** genug. Für den Arbeitnehmer darzustellen, welche Kündigungsfrist - gesetzlich oder vertraglich - für das Arbeitsverhältnis im Einzelfall gilt, erfordert bereits längere Ausführungen. Der Arbeitgeber ist auch verpflichtet, den Arbeitnehmer auf die einzuhaltende **Schriftform** nach § 623 BGB hinzuweisen - darf er es dabei belassen oder muss er zugleich darstellen, was getan werden muss, um die gesetzliche Schriftform einzuhalten und welche Folgen ein

Verstoß hat? Ähnliche Klippen gibt es bei dem gesetzlich vorgesehenen Hinweis zur **Klagefrist**.

Noch komplexer wird der Nachweis, wenn sich die Nachweispflicht doch nicht, die derzeit im Gesetzestext vorgesehen, auf den Mindestinhalt beschränken sollte: Zum Kündigungsverfahren gehören auch die zahlreichen **Anhörungs- und Zustimmungsregelungen** - einschließlich des Sonderkündigungsschutzes, etwa für Schwerbehinderte - die der Arbeitgeber einzuhalten hat.

Das deutsche Kündigungsschutzrecht ist kompliziert und differenziert. Schon zu einfachen Sachverhalten sind klare Aussagen, ohne zahlreiche Differenzierungen und Ausnahmen kaum möglich. Der erforderliche Nachweis wird daher voraussichtlich mehrere Seiten erfordern. Ein Muster werden wir Ihnen rechtzeitig, wenn sich der Inhalt des Gesetzes konkretisiert hat, zur Verfügung stellen.

2. **Rechtsfolgen einer Verletzung der Nachweispflicht**

Zu den **Rechtsfolgen** einer Verletzung der Nachweispflicht äußert sich der Gesetzentwurf über die **Bußgeldpflicht** hinaus nicht; es ist aber davon auszugehen, dass die von den Arbeitsgerichten bisher entwickelten Maßstäbe weitergelten.

Bei den Folgen (fehlerhafter) Nachweise gibt es grundlegende **Unterschiede** zwischen einem **Arbeitsvertrag** und einem **bloßen Nachweis**. Dass der Arbeitgeber die Nachweisverpflichtung durch den schriftlichen Arbeitsvertrag erfüllen kann, heißt nicht, dass er dies muss. Grundsätzlich ist der Nachweis eine reine einseitige Wissens- und Dokumentationsverpflichtung des Arbeitgebers und damit etwas grundsätzlich Anderes als der der rechtsgestaltende zweiseitige Arbeitsvertrag. Hier ergeben sich gleich mehrere Unterschiede:

- Auf die **Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit** einer von beiden Seiten unterzeichneten **Vertragsurkunde** kann sich daher auch der Arbeitgeber berufen (BAG 09.02.1995 - 2 AZR 389/94). Anders ist dies bei einem Nachweis, auf den sich lediglich der Arbeitnehmer berufen kann (ErfKomm-Preis, NachweisG, § 2 Rn. 45).

- Der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbarte **Arbeitsvertrag** ist grundsätzlich **beiderseitig bindend** und kann nicht einseitig geändert werden. Das ist bei einem bloßen Nachweis, wie schon § 3 NachweisG n.F. zeigt, anders. Hier hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, den **Nachweis ohne Zustimmung des Arbeitnehmers zu ändern** oder zu ergänzen.
- Für den Arbeitgeber ist es von Bedeutung, ob er in einem Nachweis eine bloße **Wissenserklärung** über unabhängig von seinem Willen geltende Arbeitsbedingungen abgibt, oder ob er in einem Vertrag eine Arbeitsbedingung mit **Rechtsbindungswillen** vereinbart. Eine solche Verpflichtung kann für den Arbeitgeber mit Belastungen verbunden sein, wenn er sich etwa zur Zahlung bestimmter Überstundenzuschläge verpflichtet. Eine vertragliche Regelung kann jedoch auch für den Arbeitgeber günstig sein: Eine Regelung zur Abgeltung von Überstunden mit dem Grundentgelt (unter Einhaltung der hierfür vom Bundesarbeitsgericht (BAG) aufgestellten Grenzen) ist als vertragliche Vereinbarung wirksam; als bloße Aussage in einem Nachweis wäre sie ohne Bedeutung.
- Als Folge der **Vertragsinhaltskontrolle** nach § 307 ff. BGB sind Arbeitsverträge ohnehin stark **angeschwollen**: Zuvor knappe Regelungen wie Verfallsklauseln erfordern heute mindestens Regelungen von einer halben Seite. Spätestens durch die geforderten Angaben zum Kündigungsverfahren (auch die Mindestlösung wird mehrere Seiten erfordern) würden **Arbeitsverträge** vom **Umfang** her vollständig **gesprengt**.

IV. Empfehlungen für die Vertragsgestaltung nach dem neuen Nachweisgesetz

1. **Nach** der Neuregelung lassen sich die **Nachweisverpflichtungen** aus dem Gesetz **nicht mehr vollständig durch den Arbeitsvertrag** erfüllen. Jedenfalls für die geforderte Darstellung des Kündigungsverfahrens - gegebenenfalls auch für weitere Regelungsgegenstände, etwa eine Information über die vom Arbeitgeber vorgegebenen Arbeitszeiten - sollte neben dem Arbeitsvertrag und zusätzlich

zu diesem ein **Nachweisschreiben** erstellt werden. Dieses kann bei Bedarf geändert oder ergänzt werden.

2. Regelungen, die **Verpflichtungen des Arbeitgebers ausschließen oder inhaltlich ausgestalten** (und damit auch limitieren), insbesondere **Vergütungsregelungen**, sollten **Inhalt des Arbeitsvertrages** bleiben, wenn sie nicht in Tarifverträgen oder Betriebs- oder Dienstvereinbarungen geregelt sind. Der bloße **Nachweis** ist hier für den Arbeitgeber **ohne Beweiswert**.
3. Der **Arbeitsvertrag** sollte, wie bislang üblich, **vor Arbeitsantritt abgeschlossen** werden. Eine Schriftform ist hier grundsätzlich, von Sonderfällen wie befristeten Arbeitsverträgen abgesehen, nicht erforderlich; sie bleibt aber aus Beweisgründen sinnvoll. Wenn mit dem Arbeitsvertrag Nachweisverpflichtungen erfüllt werden sollen, muss die Schriftform eingehalten werden.
4. Bei der **Unterzeichnung des Arbeitsvertrages** kann der einseitig vom Arbeitgeber unterzeichnete **Nachweis** direkt als gesondertes Dokument **mit übergeben** werden. Der **Arbeitnehmer** sollte eine **Empfangsquittung** für den Nachweis gesondert **unterzeichnen**.
5. Der **Nachweis** sollte als „Nachweis nach dem Nachweisgesetz“ betitelt werden; in einer Präambel sollte klargestellt werden, dass es sich beim Inhalt des Nachweises um **reine Wissenserklärungen und Darstellungen** des Arbeitgebers handelt, die dieser **jederzeit zu ändern und/oder zu korrigieren** berechtigt ist: Das Fehlen eines Rechtsbindungswillens des Arbeitgebers in Bezug auf den Inhalt des Nachweises sollte so ausdrücklich klargestellt werden.
6. Soweit möglich, sollte von der Möglichkeit eines **Verweises auf Tarifverträge und Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen Gebrauch** gemacht werden.

Mit dem Nachweis hat der Arbeitgeber wenig zu gewinnen: **neu eintretenden Arbeitnehmern** sollte der Nachweis nach der Neufassung des Gesetzes, wie gesetzlich gefordert, **ausgehändigt**

werden; **Altarbeitnehmern** sollte ein Nachweis nach der Neufassung des Gesetzes **lediglich** auf die **gesetzlich vorgesehene Aufforderung** gemäß § 5 hin erteilt werden.



Neues aus der Rechtsprechung

Beweislast im Überstundenprozess bleibt wie bisher

Das neue Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) in der Sache 5 AZR 359/21 vom 4. Mai 2022 reiht sich in die ständige Rechtsprechung zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Überstundenprozess ein. Besondere Beachtung erfährt es als erstes Urteil, das zeitlich nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 14. Mai 2019 in der Rechtssache C-55/18 (Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) ./. Deutsche Bank SAE) ergangen ist und folglich die Auffassung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) berücksichtigt, wonach Mitgliedstaaten die Arbeitgeber verpflichten müssen, ein objektives, verlässliches und zugängliches Arbeitszeiterfassungssystem einzuführen.

Inhalt Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts obliegt es dem klagenden Arbeitnehmer, der die Vergütung von Überstunden verlangt, darzulegen, dass er Arbeit in einem die Normalarbeitszeit übersteigenden Umfang geleistet oder sich auf Weisung des Arbeitgebers hierzu bereitgehalten hat. Zudem trägt er die Darlegungslast dafür, dass der Arbeitgeber die geleisteten Überstunden ausdrücklich oder konkludent angeordnet, geduldet oder nachträglich gebilligt hat.

Das Arbeitsgericht Emden hatte in erster Instanz des Prozesses gemeint, diese Grundsätze seien durch die Entscheidung des EuGH im Verfahren CCOO modifiziert worden. Die positive Kenntnis von Überstunden als eine Voraussetzung für deren arbeitgeberseitige Veranlassung sei jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn der Arbeitgeber sich die Kenntnis durch Einführung, Überwachung und Kontrolle der Arbeitszeiterfassung hätte verschaffen können.

Ausreichend für eine schlüssige Begründung der Klage sei daher, die Zahl der geleisteten Überstunden vorzutragen. Da die Beklagte ihrerseits nicht hinreichend konkret die Inanspruchnahme von Pausenzeiten durch den Kläger dargelegt habe, sei die Klage begründet. Die nicht erfolgte Einführung eines Arbeitszeiterfassungssystems führe insofern zu einer Darlegungs- und Beweislastumkehr.

Diesem Rechtsprechungswandel war das Landesarbeitsgericht Niedersachsen in der Berufungsinstanz nicht gefolgt.

Das BAG hat die Auffassung der Berufungsinstanz bestätigt, wonach aus dem Unionsrecht keine solche Modifikation der Darlegungs- und Beweislast im Überstundenprozess folgt. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze bleiben von der auf dem Unionsrecht beruhenden Pflicht zur Einführung eines Systems zur Messung der vom Arbeitnehmer geleisteten täglichen Arbeitszeit unberührt. Die Urteilsgründe sind noch nicht veröffentlicht. Gleichwohl ist die Klarstellung des BAG, dass alles bleibt, wie es ist, sehr zu begrüßen. Die CCOO-Entscheidung des EuGH betrifft das Arbeitsschutzrecht und behandelt keine Vergütungsfragen.

In der CCOO-Entscheidung hatte der EuGH festgestellt, dass die Arbeitszeitrichtlinie die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, Regelungen zu schaffen, wonach Arbeitgebern auferlegt wird, ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.

Der deutsche Gesetzgeber hat diese Verpflichtung bislang (noch) nicht umgesetzt. Das deutsche Recht enthält zum jetzigen Zeitpunkt lediglich punktuelle Aufzeichnungspflichten – etwa für Arbeitszeit, die über acht Stunden täglich hinausgeht (§ 16 Abs. 2 Arbeitszeitgesetz), für den Bereich der Beschäftigung im Straßentransport (§ 21a Abs. 7 ArbZG), für mindestlohnrelevante Tätigkeiten (§ 17 Mindestlohngesetz) sowie im Bereich der

Arbeitnehmerüberlassung (§ 17c Abs. 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz). Aus der Entscheidung des BAG vom 4. Mai 2022 folgt – auch indirekt in Gestalt einer veränderten prozessualen Darlegungslast – nichts Anderes.

Allerdings haben sich die Regierungsparteien im Koalitionsvertrag darauf verständigt, zu prüfen, „*welchen Anpassungsbedarf [sie] angesichts der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Arbeitszeitrecht sehen*“. Darüber, ob und wie die Koalitionsparteien die Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie in deutsches Recht umsetzen werden, kann folglich derzeit lediglich spekuliert werden.



Neues aus der Rechtsprechung

„Soll“ bleibt „Soll“ – Wirksamkeit einer Massentlassungsanzeige

Die Abgabe einer wirksamen Massentlassungsanzeige wurde zuletzt durch einige Instanz-Urteile weiter erschwert. Insbesondere das Landesarbeitsgericht Hessen schien auf dem Standpunkt zu stehen, dass die sogenannten Soll-Angaben nach § 17 Abs. 3 S. 5 KSchG als Muss-Angaben zu verstehen sind und deren Fehlen zur Unwirksamkeit einer Massentlassungsanzeige führt. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat dieser Ansicht nun zunächst einmal einen Riegel vorgeschoben (Urteil vom 19. Mai 2022, Az. 2 AZR 467/21, bisher nur als Pressemitteilung).

Die beklagte Arbeitgeberin beschäftigte mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmer in ihrem Betrieb. Im Zeitraum vom 18. Juni bis zum 18. Juli 2019 kündigte sie 17 Arbeitsverhältnisse – auch das der Klägerin. Diese setzte sich gegen die Kündigung u. a. mit dem Argument zur Wehr, dass in der zuvor eingereichten Massentlassungsanzeige die Soll-Angaben nach § 17 Abs. 3 S. 5 KSchG fehlten. Bei diesen Angaben handelt es sich z. B. um Geschlecht, Alter, Staatsangehörigkeit und Beruf der zu entlassenen Arbeitnehmer. Das Fehlen dieser Angaben führe zur Unwirksamkeit der Kündigung.

Während die Vorinstanzen dieser Argumentation folgten, stellt sich das BAG dieser Ansicht entgegen. Ein Verstoß gegen die Vorschrift des § 17 Abs. 3 S. 5 KSchG führe nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers nicht zur Unwirksamkeit der Massentlassungsanzeige. Es liege außerhalb des Kompetenzbereichs der nationalen Gerichte, sich über diese gesetzgeberische Entscheidung im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung hinwegzusetzen. Dies entspreche auch der diesbezüglichen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union. Dieser habe entschieden, dass die in § 17 Abs. 3 S. 5 KSchG vorgesehenen Angaben nicht gemäß Art. 3 Abs. 1 Unterabsatz 4 der Richtlinie 98/59/EG in der Anzeige enthalten sein müssen.

Auch wenn die Begründung des BAG noch nicht vorliegt, so zeichnet sich ab, dass die zwischenzeitlich zu beobachtende Verschärfung des Rechts zur Abgabe wirksamer Massentlassungsanzeigen vom BAG gekippt wird.

Dies ist eine gute Nachricht für Arbeitgeber, stellt doch die Abgabe einer wirksamen Massentlassungsanzeige ohnehin bereits eine durchaus ambitionierte Aufgabe dar. Wenn nun noch entgegen dem klaren Gesetzesvorlaut Angaben gefordert werden, deren Vorliegen nicht einmal seitens der Arbeitsagentur zwingend eingefordert worden war, so würde dies die Anforderungen weiter überziehen.

Wir beraten Sie gerne bei der Abgabe einer wirksamen Massentlassungsanzeige



Neues aus der Rechtsprechung

ArbG Bonn: Kein Versand von Gewerkschafts- informationen per E-Mail

Das Arbeitsgericht (ArbG) Bonn hat in einem Urteil vom 11. Mai 2022 (Az. 2 Ca 93/22; liegt bislang nur als Pressemitteilung vor) entschieden, dass der Arbeitgeber bei einer coronabedingten Beschäftigung der Arbeitnehmer im Homeoffice nicht verpflichtet ist, Informationen einer Arbeitnehmervereinigung an die dienstlichen E-Mail-Adressen der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer zu versenden.

Der Arbeitgeber ermöglichte es den bei ihm vertretenen Arbeitnehmervereinigungen, im betrieblichen Intranet Informationen zu veröffentlichen und auf ihr Angebot aufmerksam zu machen. Als aufgrund Corona ein Großteil der Belegschaft im Homeoffice arbeitete, verlangte eine der Arbeitnehmervereinigungen, dass der Arbeitgeber E-Mails mit einem von ihr gestalteten Inhalt an alle bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer versendet. Da der Arbeitgeber dies verweigerte, klagte die Arbeitnehmervereinigung.

Das ArbG Bonn hat die Klage abgewiesen und eine Verpflichtung des Arbeitgebers, solche E-Mails zu versenden, im Ergebnis verneint.

Dabei hat das ArbG berücksichtigt, dass **Art. 9 Abs. 3 GG** grundsätzlich die **Betätigungsfreiheit einer Arbeitnehmervereinigung** und hierüber u. a. auch die **Mitgliederwerbung und**

Information über ihre Aktivitäten schütze. Wenn jedoch die Arbeitnehmervereinigung für ihre Aktivität auf die Verwendung von Betriebsmitteln angewiesen ist, bedürfe es einer Abwägung zwischen dem Interesse der Arbeitnehmervereinigung an einer möglichst umfassenden Information der Arbeitnehmer zu ihren Aufgaben und Leistungen zwecks Mitgliederwerbung einerseits und dem Interesse des Arbeitgebers an einem **störungsfreien Betriebsablauf** und der Vermeidung der übermäßigen Inanspruchnahme seiner Ressourcen andererseits.

Zwar sei bei dieser Abwägung eine Gewerkschaft nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts berechtigt, selbst E-Mails – auch ohne Einwilligung des Arbeitgebers – an die ihr bekannten dienstlichen E-Mail-Adressen ihrer Mitglieder zu versenden. Nach der Wertung des ArbG Bonn gehe jedoch die Forderung der Arbeitnehmervereinigung hierüber weit hinaus, da dem Arbeitgeber eine aktive Handlungspflicht auferlegt würde. Außerdem wäre der Arbeitgeber zu der **Verwendung eigener Ressourcen im Interesse der Arbeitnehmervereinigung** gezwungen, da er u. a. den E-Mail-Versand organisieren müsste und die Arbeitnehmer – die unabhängig davon, ob sie Mitglieder der Arbeitnehmervereinigung sind – die E-Mails während ihrer Arbeitszeit zur Kenntnis nehmen würden. Da der Arbeitgeber der Arbeitnehmervereinigung in dem vorliegenden Fall über das Intranet bereits Zugangsmöglichkeiten zu allen im Homeoffice beschäftigten Arbeitnehmern verschafft hat, sei ein Versand von E-Mails mit Informationen über die Arbeitnehmervereinigung durch den Arbeitgeber zur Wahrnehmung der Rechte aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht erforderlich. Hierdurch würde das **Recht des Arbeitgebers an einem störungsfreien Betriebsablauf** übermäßig beeinträchtigt.



Loschelder Praxistipp

Begrenzung der Entgeltfortzahlungskosten bei Fortsetzungserkrankungen und der Auskunftsanspruch gegen Krankenkassen

Die Kosten für die gesetzliche Entgeltfortzahlung stellen für viele Arbeitgeber eine erhebliche finanzielle Belastung dar. Allerdings lassen viele Arbeitgeber auch Regelungen, die die Pflicht zur Entgeltfortzahlung begrenzen, außer Acht. Dies gilt insbesondere bei Fortsetzungserkrankungen – auch, weil diese vom Arbeitgeber häufig gar nicht erkannt werden. Hier kann der bestehende Auskunftsanspruch gegen die Krankenkassen helfen.

Fortsetzungserkrankungen

Die Begrenzung der Verpflichtung zur Entgeltfortzahlung auf einen Zeitraum von sechs Wochen ist allgemein bekannt. Weniger bekannt ist, dass es für die Bestimmung des Zeitraums dieser sechs Wochen nicht auf das einzelne Krankheitsintervall ankommt. In den Sechs-Wochen-Zeitraum fallen grundsätzlich alle Arbeitsunfähigkeitszeiten, die auf einem latent weiterbestehenden Grundleiden beruhen. Beispiele hierfür können einzelne Episoden einer latent fortbestehenden Depression oder eines Rückenleidens sein, das sich, ohne auszuheilen, in verschiedenen Schüben einer Arbeitsunfähigkeit äußert. Bloß gleiche Diagnosen – mehrere Knochenbrüche oder Erkältungen hintereinander – reichen allerdings für die Annahme eines latenten Grundleidens nicht aus.

Wenn der Arbeitnehmer während mehrerer aufeinanderfolgender Monate jeweils zwei Wochen ausfällt, beginnt der Sechs-Wochen-Zeitraum in diesen Fällen nicht jeweils neu – die Arbeitsunfähigkeitszeiten auf Grundlage des gemeinsamen Grundleidens werden vielmehr zusammengezählt und die Verpflichtung des Arbeitgebers auf diese Weise für künftige Krankheitsschübe minimiert.

Von dieser Grundregel macht das Gesetz in § 3 Abs. 1 Satz 2 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) zwei wichtige Ausnahmen: Ein neuer Sechs-Wochen-Zeitraum beginnt, wenn der Arbeitnehmer infolge des Grundleidens für mindestens sechs Monate nicht arbeitsunfähig war. Eine neue sechswöchige Entgeltfortzahlungsperiode beginnt zudem, wenn seit Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Krankheit eine Frist von zwölf Monaten abgelaufen ist – das Gesetz mutet daher dem Arbeitgeber trotz des fortbestehenden Grundleidens jährliche Entgeltfortzahlungskosten von sechs Wochen zu. Für die Berechnung des Zwölf-Monats-Zeitraums kommt es darauf an, wann der neue Erkrankungsschub beginnt: Beginnt die neue Krankheitsperiode noch während des Zwölf-Monats-Zeitraums, ist für die gesamte Periode keine Entgeltfortzahlung zu leisten. Anders ist dies, wenn die Krankheitsperiode erst nach Ablauf dieses Zeitraums beginnt. An einem Beispiel verdeutlicht:

Der erste Krankheitstag aufgrund des Grundleidens war der 1. April 2021. Tritt, nach mehreren zwischenzeitlichen Krankheitsschüben, der neue Krankheitsschub am 31. März 2022 für vier Wochen ein, ist für den gesamten Zeitraum keine Entgeltfortzahlung zu leisten. Tritt der neue Krankheitsschub am 2. April 2022 ein, ist für den gesamten Zeitraum Entgeltfortzahlung zu leisten.

Fortsetzungserkrankungen erkennen

Dass die Regelungen zur Fortsetzungserkrankung in der Praxis häufig keine größere Rolle spielen, liegt auch daran, dass viele Arbeitgeber nicht erkennen, ob eine Fortsetzungserkrankung vorliegt. Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen der Arbeitnehmer enthalten keine Diagnosen, so dass der Arbeitgeber die Krankheitsursachen nicht kennt und damit auch nicht weiß, ob wiederholte Arbeitsunfähigkeitszeiten auf das gleiche Grundleiden zurückgehen oder nicht.

Das Vorliegen einer Fortsetzungserkrankung wird zusätzlich dadurch vor dem Arbeitgeber verschleiert, dass die Arbeitsunfähigkeitsrichtlinien den Arzt verpflichten, jeweils eine Erstbescheinigung auszustellen, wenn die Arbeitsunfähigkeit erstmals festgestellt wird – unabhängig davon, ob eine Fortsetzungserkrankung vorliegt oder nicht. Die Vorlage wiederholter Erstbescheinigungen durch den Arbeitnehmer führt dazu, dass der Arbeitgeber den Zusammenhang verschiedener Krankheitszeiten mit einem fortbestehenden latenten Grundleiden nicht erkennen kann.

In einer gerichtlichen Auseinandersetzung wäre der Arbeitnehmer zwar verpflichtet, auf eine entsprechende Behauptung des Arbeitgebers darzulegen, dass keine Fortsetzungserkrankung vorliegt; praktikabel ist ein solches Vorgehen, das darauf hinausliefere, bei wiederholten Krankheiten die Entgeltfortzahlung zunächst unter Berufung auf einen möglichen Fortsetzungszusammenhang zu verweigern, allerdings im Regelfall nicht.

Auskunft durch die gesetzlichen Krankenkassen

Weitgehend unbekannt ist, dass die gesetzlichen Krankenkassen, denen mit der entsprechenden Bescheinigung vom Arbeitnehmer die ärztliche Diagnose mitgeteilt wird, dem Arbeitgeber Auskunft erteilen, ob eine Fortsetzungserkrankung vorliegt. Eine Information über das Vorliegen einer Fortsetzungserkrankung durch die Krankenkasse erfolgt allerdings nicht eigeninitiativ durch die Krankenkasse, sondern setzt voraus, dass der Arbeitgeber sich aktiv danach erkundigt, ob eine Fortsetzungserkrankung vorliegt.

Das Verfahren für diese Auskunft ist etwas komplizierter, da es über den „Datenaustausch Entgeltersatzleistungen“ (DTA EEL) durchgeführt werden muss. Auch die Antwort der Krankenkassen erfolgt aus datenschutzrechtlichen Gründen nur in elektronischer Form.

Voraussetzung für eine Auskunft durch die Krankenkasse ist deren Notwendigkeit. Die Prüfung setzt daher voraus, dass alle Krankheiten zusammen mindestens 30 Tage umfassen, also die Voraussetzungen für ein Ende des Entgeltfortzahlungszeitraums erfüllt sind.

Die Krankenkasse prüft jeweils individuell, ob eine Fortsetzungserkrankung vorliegt; Hierbei wird nicht lediglich

geprüft, ob eine jeweils gleiche Diagnose vorliegt. Auch vergleichbare Diagnosen – etwa Armbruch – müssen nicht zwangsläufig bedeuten, dass ein latentes Grundleiden vorliegt und nicht mehrere voneinander unabhängige Erkrankungen. In Zweifelsfällen bindet die Krankenkasse den medizinischen Dienst der Krankenversicherung in die Prüfung ein.

Als Ergebnis ihrer Prüfung übermittelt die Krankenkasse einen Datensatz, in dem die Information erhalten ist, ob der Krankenkasse ein Nachweis für die Vorerkrankung vorliegt oder nicht. Die Krankenkasse teilt außerdem mit, ob verschiedene Arbeitsunfähigkeitszeiten aufgrund einer Fortsetzungserkrankung zusammengerechnet werden können oder nicht. Auf Grundlage der Information durch die Krankenkasse kann der Arbeitgeber dann entscheiden, ob Entgeltfortzahlung geleistet werden muss oder ob dieser Anspruch wegen des Vorliegens einer Fortsetzungserkrankung entfällt.

Informationen über dieses Abfrageverfahren und die Ausgestaltung im Einzelnen erteilen die jeweiligen Krankenkassen, die allerdings in ihrer Servicefreundlichkeit für den Arbeitgeber differieren. Einen guten Überblick über die Details bieten die Informationen der Techniker Krankenkasse.

Dieses Verfahren, das nur bei gesetzlich Versicherten zur Verfügung steht, sollten Arbeitgeber bei Arbeitnehmern, die zusammen mehr als sechs Wochen in einem Jahreszeitraum erkranken, anwenden, jedenfalls dann, wenn es Hinweise gibt, dass die Arbeitsunfähigkeitszeiten auf einem einheitlichen Grundleiden beruhen.

Für sämtliche Fragen zum Arbeitsrecht stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm
+49 (0) 221 650 65-129
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock
+49 (0) 221 650 65-233
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer
+49 (0) 221 650 65-263
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.
+49 (0) 221 650 65-263
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh
+49 (0) 221 650 65-129
stefan.freh@loschelder.de



Farzan Daneshian, LL.M.
+49 (0) 221 65065-263
farzan.daneshian@loschelder.de



Dr. Christina Esser
+49 (0) 221 65065-129
christina.esser@loschelder.de

Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de