

EMPLAWYERS

Coffee@EMPLAWYERS

6. Oktober 2022

EMPLAWYERS

Arbeit und Arbeitszeit Neues vom BAG

Vergütung von Überstunden: BAG 04.05.2022 – 5 AZR 359/21

Sachverhalt:

- AN ist als Auslieferungsfahrer beschäftigt
- Kommt / Geht - Zeiten werden im Betrieb erfasst, Pausenzeiten nicht
- AN verlangt auf Basis der Kommt / Geht - Aufzeichnungen Überstundenvergütung
- AG wendet ein, er habe den AN aufgefordert, die gesetzlichen Pausenzeiten einzuhalten und der AN habe auch regelmäßig Pausen gemacht

Entscheidung:

- Der AN trägt die Darlegungslast dafür, dass er Arbeit in einem die Normalarbeitszeit übersteigenden zeitlichen Umfang verrichtet hat.
- Er genügt seiner Darlegungslast, wenn er vorträgt, an welchen Tagen er von wann bis wann Arbeit geleistet hat.
- Erbringt der Arbeitnehmer Arbeit in einem die Normalarbeitszeit übersteigenden zeitlichen Umfang, ist der Arbeitgeber zu deren Vergütung nur verpflichtet, wenn er die Leistung von Überstunden veranlasst hat oder sie ihm zumindest zuzurechnen ist. Denn der Arbeitgeber muss sich Leistung und Vergütung von Überstunden nicht aufdrängen lassen, und der Arbeitnehmer kann nicht durch überobligatorische Mehrarbeit seinen Vergütungsanspruch selbst bestimmen.
- Für die arbeitgeberseitige Veranlassung und Zurechnung müssen Überstunden vom Arbeitgeber angeordnet, gebilligt, geduldet oder jedenfalls zur Erledigung der geschuldeten Arbeit notwendig gewesen sein. Auch hierfür trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast.

Entscheidung (Fortsetzung):

- Von diesen Grundsätzen ist auch nicht wegen EuGH 14. Mai 2019 - C-55/18 abzuweichen
 - Etwaige Verpflichtung zur Arbeitszeitmessung hat keine Auswirkungen auf die in ständiger Rechtsprechung angewandten Grundsätze der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Überstundenvergütungsprozess.
 - Es ist zwischen arbeitsschutzrechtlicher und vergütungsrechtlicher Einordnung der Arbeitszeit zu unterscheiden.
 - Unionsrechtliche Regelungen aus der Arbeitszeitrichtlinie finden grundsätzlich keine Anwendung auf die Vergütung von Arbeitnehmern.
- AN hat nicht belegen können, dass AG Mehrarbeit angewiesen oder geduldet hat, daher kein Anspruch auf Überstundenvergütung
- Die Nicht-Aufzeichnung durch den Arbeitgeber allein ändert nichts an der Darlegungs- und Beweislast.

Hinweise des BAG:

- Stellt ein Arbeitnehmer fest, dass er unbezahlte Überstunden leisten muss, gebietet es schon die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, sich Aufzeichnungen über die geleisteten Arbeitszeiten zu machen.
- Der Arbeitnehmer kann aus eigener Wahrnehmung vortragen, auf welche Art und Weise der Arbeitgeber die entstandenen Überstunden veranlasst hat.
- Eine (nachträgliche) Billigung durch den Arbeitgeber setzt voraus, dass der AG zu erkennen gibt, mit bereits erbrachten Überstunden einverstanden zu sein.
- Die Duldung von Überstunden bedeutet, dass der Arbeitgeber in Kenntnis einer Überstundenleistung diese hinnimmt und keine Vorkehrungen trifft, die Leistung von Überstunden künftig zu unterbinden, er also nicht gegen die Leistung von Überstunden einschreitet, sie vielmehr weiterhin entgegennimmt.

Einordnung in den Kontext

- keine Änderung aufgrund der Rechtsprechung des EuGH
- Keine Zeiterfassung erforderlich
- Zeiterfassung stärkt auch nicht automatisch die Position des Arbeitgebers:
 - Mehrarbeit wird transparent, Darlegung für Arbeitnehmer erleichtert
 - Duldung wird wohl eher unterstellt
 - „Gegenmaßnahmen“ lösen das Problem nicht automatisch, ggf. arbeitet Mitarbeiter dann weniger
- Wenn Zeiterfassung, dann Vorsicht!!
 - Achtung bei automatischer Kappung
 - Kontrolle durch den Arbeitgeber
 - Frühzeitige Gegenmaßnahmen bei aufgedrängter Mehrarbeit
- Typische Fälle: MA im mittleren Management sitzt daheim und arbeitet länger als gewünscht

Vermeidung von Überstundenvergütung

- Überstundenvergütung von vorne herein ausgeschlossen, wenn wirksame Abgeltung aller Überstunden vereinbart (bei „Vielverdienern“)
- Ebenfalls ausgeschlossen, soweit teilweise Abgeltung von Überstunden wirksam vereinbart (konkrete Bezifferung wegen Transparenzgebot erforderlich)
- Erst wenn keine dieser Varianten vorliegt kann überhaupt ein zusätzlicher Vergütungsanspruch aus § 612 BGB (Vergütungserwartung des AN) hergeleitet werden.
 - Details zur Darlegungs- und Beweislast dann siehe BAG
- Streitigkeiten zur Überstundenvergütung meist bei Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses
- Dann wirksame Begrenzung des Risikos durch (wirksame) vertragliche Ausschlussklauseln

Vermeidung von Überstundenvergütung:

- AN tragen weiterhin die (primäre) Darlegungs- und Beweislast im Überstundenprozess
- Keine Veränderung durch die Rechtsprechung des EuGH
- Der Arbeitgeber muss sich keine Überstunden aufdrängen lassen
- Vorsichtsmaßnahmen innerhalb dieser Überstundenlogik:
 - Aufgedrängte Überstunden nicht billigen; also nicht abzeichnen oder anderweitig Einverständnis bekunden. Statt dessen ausdrücklich Ablehnung dokumentieren!
 - Keine Überstunden dulden, also keine überobligationsmäßigen Leistungen des AN veranlassen und entgegennehmen; Statt dessen einschreiten!

Arbeitszeiterfassung: BAG 13.09.2022 - 1 ABR 22/21

Sachverhalt:

- AG und BR sind sich uneins über die Einführung einer elektronischen Zeiterfassung.
- BR beantragt bei Gericht die Einsetzung einer Einigungsstelle.
- In der Folge streiten die Parteien darüber, ob dem BR ein Initiativrecht bzgl. der Einführung eines elektronischen Zeiterfassungssystems zusteht.
- Das LAG Hamm (27.07.2021 - 7 TaBV 79/20) hat das bejaht.

Entscheidung:

- Dem BR steht kein Initiativrecht bzgl. der Einführung eines elektronischen Zeiterfassungssystems zu.
- Der BR kann also nicht über eine Einigungsstelle die Einführung eines elektronischen Zeiterfassungssystems initiativ und gegen den Willen des Arbeitgebers durchsetzen.
- Die Einigungsstelle ist mangels Mitbestimmungsrechts (jedenfalls mit Blick auf § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) unzuständig.

Begründung:

- Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 BetrVG in sozialen Angelegenheiten nur mitzubestimmen, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht.
- Bei unionsrechtskonformer Auslegung von § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG ist der Arbeitgeber gesetzlich verpflichtet, die Arbeitszeiten der Arbeitnehmer zu erfassen.
- Dies schließt ein - ggfs. mithilfe der Einigungsstelle durchsetzbares - Initiativrecht des Betriebsrats zur Einführung eines Systems der Arbeitszeiterfassung aus.

Bedeutung über die konkrete Entscheidung hinaus:

- Das BAG (er)findet eine gesetzliche Verpflichtung zur Erfassung von Arbeitszeiten in § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG

§ 3 Grundpflichten des Arbeitgebers

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

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

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

Bedeutung über die konkrete Entscheidung hinaus:

- Kann das (richtig) sein?
 - Verhältnis § 16 ArbZG als spezielle Vorschrift zu § 3 ArbSchG als Generalklausel
 - Systematik des § 3 ArbSchG:
 - Gefährdungsbeurteilung,
 - Einschätzungsspielraum des Arbeitgebers
 - Ggf. Mitbestimmung des BR bei der Umsetzung
 - Letzter Ausweg BVerfG?
 - Umsetzung innerhalb der Systematik des § 3 ArbSchG:
 - Welche Gefahren sollen eigentlich vermieden werden?
 - Bestehen diese Gefahren überall?
 - Ist davon auszugehen, dass eine (automatisierte) Zeiterfassung stets und überall erforderlich und angemessen ist?
 - Ggf auch manuelle „Erfassung“ ausreichend?

Bedeutung über die konkrete Entscheidung hinaus:

• Konsequenzen?

- Nach wie vor keine ausdrückliche gesetzliche Regelung.
- Die Auslegung des BAG kann, muss aber nicht richtig sein.
- Andere Gerichtszweige – insbesondere die Verwaltungsgerichte – sind daran nicht gebunden.
- Nicht-Aufzeichnung von Arbeitszeiten kein OWi-Tatbestand
 - OWi nach ArbSchG erst, wenn der AG einer vollziehbaren Anordnung nach § 22 ArbSchG nicht nachkommt.
 - § 22 ArbZG nicht anwendbar
- Was passiert ohne Zeiterfassung?

Bedeutung über die konkrete Entscheidung hinaus:

• Konsequenzen?

- Auswirkungen auf mobile Arbeit / Homeoffice
 - Sinnvolle Implementierung einer Zeiterfassung möglich?
 - Was, wenn zu viel Arbeitszeit aufgezeichnet wird?
 - Was, wenn AN vorzeitig Aufzeichnung abbricht?
- Auswirkungen auf Vertrauensarbeitszeit
 - Klare Trennung zwischen arbeitszeitrechtlicher und vergütungsrechtlicher Betrachtung
 - Trotz Aufzeichnung können beide Parteien bei der Abrechnung weiterhin „vertrauen“
 - Beidseitige Begehrlichkeiten absehbar
 - Keine überstürzte Umstellung; ggf. vertragliche / betriebsverfassungsrechtliche Vereinbarungen bindend

Conclusio?

- Verpflichtung zur Erfassung der Arbeitszeit besteht laut BAG.
- Haltung des Gesetzgebers ungewiss
- Mögliche verfassungsrechtliche Prüfung steht noch aus.
- Non-Compliance bislang nicht sanktioniert.
- Kein messbarer „Schaden“ bei Nichtbefolgung.
- Anschaffung eines Zeiterfassungssystems allein wird den Anforderungen nicht gerecht werden und ggf. neue Probleme schaffen
- Insbesondere: Umsetzung bei mobiler Arbeit / Homeoffice und Vertrauensarbeitszeit
- Wenn überhaupt muss ein neues Zeiterfassungssystem in das jeweilige Arbeitszeitregime sinnvoll eingebunden und dann auch gewissenhaft administriert / kontrolliert werden.

Kommt jetzt die Hinweisflut? Das Hinweisgeberschutzgesetz und seine praktischen Folgen im Betrieb

Worum geht es?

- Die EU-Richtlinie zum Whistleblowerschutz 2019/1937 verpflichtet die nationalen Gesetzgeber zur Schaffung einer Regelung zum Schutz von Hinweisgebern.
- Mit einjähriger Verspätung kommt Deutschland dieser Verpflichtung nunmehr nach.

Wer wird geschützt?

- Begriff Hinweisgeber:
 - natürliche Personen, die im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit oder im Vorfeld einer beruflichen Tätigkeit Informationen über Verstöße erlangt haben und diese an die nach diesem Gesetz vorgesehenen Meldestellen melden oder offenlegen (hinweisgebende Personen).
 - Außerdem werden Personen geschützt, die Gegenstand einer Meldung oder Offenlegung sind, sowie sonstige Personen, die von einer Meldung oder Offenlegung betroffen sind.

Was kann gemeldet werden?

Verstöße sind Handlungen oder Unterlassungen im Rahmen einer beruflichen, unternehmerischen oder dienstlichen Tätigkeit, die

- rechtswidrig sind und die Vorschriften oder Rechtsgebiete betreffen, die in den sachlichen Anwendungsbereich nach § 2 fallen, oder
- missbräuchlich sind, weil sie dem Ziel oder dem Zweck der Regelungen in den Vorschriften oder Rechtsgebieten zuwiderlaufen, die in den sachlichen Anwendungsbereich nach § 2 fallen

Was ist der Anwendungsbereich?

Ellenlange enumerative Aufzählung, aber besonders wichtig:

- Verstöße, die strafbewehrt sind.
- Verstöße, die bußgeldbewehrt sind, soweit die verletzte Vorschrift dem Schutz von Leben, Leib oder Gesundheit oder dem Schutz der Rechte von Beschäftigten oder ihrer Vertretungsorgane dient.

Wie kann gemeldet werden?

- Das Gesetz unterscheidet zwischen interner Meldung, Meldung bei einer externen Meldestelle und Offenlegung.

Dabei:

- Wahlrecht zwischen interner und externer Meldung
Offenlegung nur ultima ratio.

Wann besteht eine Verpflichtung zur Schaffung einer internen Meldestelle?

- Beschäftigungsgeber mit mindestens 50 Beschäftigten müssen eine interne Meldestelle einrichten.

Übergangsregelung:

- Abweichend von § 12 Absatz 1 müssen private Beschäftigungsgeber mit in der Regel 50 bis zu 249 Beschäftigten ihre internen Meldestellen erst ab dem 17. Dezember 2023 einrichten.

Interne Meldestelle

- Mehrere private Beschäftigungsgeber mit in der Regel 50 bis 249 Beschäftigten können für die Entgegennahme von Meldungen und für die weiteren nach diesem Gesetz vorgesehenen Maßnahmen eine gemeinsame Stelle einrichten und betreiben. Die Pflicht, Maßnahmen zu ergreifen, um den Verstoß abzustellen, und die Pflicht zur Rückmeldung an die hinweisgebende Person verbleiben bei dem einzelnen Beschäftigungsgeber.
- Noch streitig: Gemeinsame Konzernmeldestelle.

Welche Verfahrensregeln gibt es?

- Dokumentations- und Bestätigungspflicht
Beobachtung der maßgeblichen Fristen (7 Tage/ 3 Monate).
- Wahrung der Vertraulichkeit.
- Zügige Ermittlungen.
- Hohe Sachkundeanforderungen an Meldestellenbeauftragten.

Schutzmaßnahmen für Hinweisgeber und Betroffene

- Schutz vor Repressalien.
- Repressalien sind Handlungen oder Unterlassungen im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit, die eine Reaktion auf eine Meldung oder eine Offenlegung sind und durch die der hinweisgebenden Person ein ungerechtfertigter Nachteil entsteht oder entstehen kann.

Beweislastumkehr schafft neue Dokumentationspflichten

- Erleidet eine hinweisgebende Person nach einer Meldung oder Offenlegung eine Benachteiligung im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit, so wird vermutet, dass diese Benachteiligung eine Repressalie ist.
- In diesem Fall hat die Person, die die hinweisgebende Person benachteiligt hat, zu beweisen, dass die Benachteiligung auf hinreichend gerechtfertigten Gründen basierte oder dass sie nicht auf der Meldung oder Offenlegung beruhte.

Was ist also zu tun?

- Prüfung, ob Verpflichtung zu Einrichtung einer internen Meldestelle besteht oder ob eine solche ohnehin sinnvoll ist.
- Ggfls.: Suche nach geeignetem System (Mitbestimmung!)
- Bestellung eines oder mehrerer geeigneter Beauftragter.
- Dokumentation aller Personalmaßnahmen im Hinblick auf Beweislastumkehr.

Update Arbeitsrecht
Neue Entwicklungen in
Rechtsprechung und Gesetzgebung

BAG zu Zwei-Wochen-Frist bei langer Compliance-Ermittlung, Urt. v. 05.05.2022

- Compliance-Abteilung des Arbeitgebers wurde im Juli 2018 über Verdacht informiert, dass einige Mitarbeiter über geheime Behördendokumente zu Rüstungsvorhaben verfügen.
- Im Oktober 2018 begann interne Ermittlung durch Rechtsanwaltskanzlei.
- Ende Juni 2019 unterbrach Arbeitgeber die Ermittlung zur Erstellung eines Zwischenberichts.
- Im September 2019 wurde der Bericht dem Geschäftsführer überreicht.
- Außerordentliche Kündigung des Klägers erfolgte innerhalb der nächsten zwölf Tage.
- Kläger erhob Kündigungsschutzklage und rügte die Zwei-Wochen-Frist.

BAG zu Zwei-Wochen-Frist bei langer Compliance-Ermittlung, Urt. v. 05.05.2022

- Zwei-Wochen-Frist beginnt erst bei Kenntnis des Kündigungsberechtigten über sämtliche kündigungsrelevante Tatsachen.
- Erst wenn Informationsfluss zielgerichtet behindert wird, kann sich Kündigungsberechtigter nicht mehr auf späte Kenntnis berufen.
- Oder: Informationsfluss durch treuwidrigen Organisationsmangel behindert + Wissensträger hat ähnlich selbstständige Stellung wie Kündigungsberechtigter.

BAG zu Zwei-Wochen-Frist bei langer Compliance-Ermittlung, Urt. v. 05.05.2022

- **Entscheidung des BAG:** Kündigung ist wirksam.
- Nicht jedes Update der Geschäftsführung über Ermittlungsstand löst Zwei-Wochen-Frist aus: Umfassendes Bild von sämtlichen Tatsachen nötig.
- **Empfehlung:** Ermittlungen strukturieren und dokumentieren; Fokus auf Aufklärung der Pflichtverstöße, nicht auf unternehmensbezogene Ziele.

BAG zum Vorbeschäftigungsverbot, Urt. v. 15.12.2021

- Kläger war im Jahr 2004 für 8 Wochen als Aushilfe, ab 2012 in mehreren Zeiträumen als LeihAN bei dem beklagten Unternehmen tätig.
- Im Jahr 2017 bewarb sich der Kläger auf eine befristete Position als Maschinenbediener.
- Im Bewerbungsprozess verneinte der Kläger die Frage, ob er schon einmal im Unternehmen angestellt gewesen sei.
- Die Parteien schlossen daraufhin zunächst einen befristeten Arbeitsvertrag und verlängerten diesen mehrfach, zuletzt bis Ende August 2019.
- Mit der Klage machte der Arbeitnehmer geltend, dass die Befristung unwirksam sei, da er bereits zuvor bei dem Arbeitgeber beschäftigt gewesen sei.

BAG zum Vorbeschäftigungsverbot, Urt. v. 15.12.2021

- § 14 Abs. 2 TzBfG: Keine sachgrundlose Befristung, wenn bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestand.
- Ausnahmen vom Vorbeschäftigungsverbot möglich, wenn die Vorbeschäftigung sehr lange zurück liegt, sehr kurz oder völlig anders geartet war.
- **Entscheidung des BAG:** 8-wöchige Vorbeschäftigung im Jahr 2004 steht der sachgrundlosen Befristung im Jahr 2017 nicht entgegen.
- **Neu:** Kombination der Kriterien (hier: sehr kurz + lange zurückliegend).
- **Empfehlung:** Sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse weiterhin nur abschließen, wenn noch nie zuvor ein Arbeitsverhältnis bestand.
- Nicht auf Angaben der Bewerber verlassen.

EuGH zur Verjährung von Urlaubsansprüchen, Urt. v. 22.09.2022

- Klagende Arbeitnehmerin scheidet im Jahr 2017 bei dem Arbeitgeber aus.
- Mit ihrer Klage macht sie die Abgeltung von 76 Tagen Resturlaub aus den Jahren 2013 bis 2016 geltend, die sie aufgrund zu hohen Arbeitsaufkommens nicht habe nehmen können.
- Da der Arbeitgeber seine Hinweis- u. Aufforderungsobliegenheiten nicht erfüllt habe, sei der Urlaub nicht verjährt.
- Vorlage des BAG an EuGH: Erlaubt das Unionsrecht die Verjährung des Urlaubsanspruchs nach Ablauf der regelmäßigen Verjährungsfrist (3 Jahre, § 195 BGB), wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht aufgefordert hat, den Urlaub zu nehmen und nicht auf den drohenden Verfall hingewiesen hat?

EuGH zur Verjährung von Urlaubsansprüchen, Urt. v. 22.09.2022

- **EuGH:** Anwendung der deutschen Verjährungsvorschriften nur zulässig, wenn Arbeitgeber seinen Mitwirkungspflichten nachgekommen ist.
- Erneute Stärkung der Rechte von Beschäftigten im Zusammenhang mit Urlaubsansprüchen.
- **Potentielles Risiko:** Nachforderungen bis weit in die Vergangenheit.
- **Empfehlung:** Alle Mitarbeiter rechtzeitig über den Bestand von restlichen Urlaubsansprüchen informieren, zur Inanspruchnahme auffordern und über den sonst drohenden Verfall aufklären.
- Gilt insbesondere auch für langfristig erkrankte Mitarbeiter.
- Sorgfältige Dokumentation u. dauerhafte Aufbewahrung der erteilten Hinweise.

Staatliche Unterstützung während Energiekrise: „Inflationsausgleichsprämie“

Steuer- und sozialversicherungsfreie „Inflationsausgleichsprämie“ für Mitarbeiter

- Kein Anspruch auf Zahlung.
- Auszahlung von max. EUR 3.000,00 bis 31. Dezember 2024.
- Nur als Ergänzung zu bereits bestehenden Lohnansprüchen möglich.
- Betriebsrat kann bei Verteilung der Prämie mitbestimmen.
- Gleichbehandlungsgrundsatz bei Verteilung beachten: Sachliche Differenzierung.

Staatliche Unterstützung während Energiekrise: Erleichterter Zugang zum Kurzarbeitergeld

Sonderregelungen zum Kurzarbeitergeld werden verlängert

- Erleichterte Voraussetzungen (vorerst) bis zum 31. Dezember 2022.
- Nur 10 % der Beschäftigten müssen von Entgeltausfall betroffen sein.
- Kein Aufbau von Minusstunden vor Bezug des Kurzarbeitergelds nötig.
- BfA: Zurückhaltend, ob ausreichend, dass Unternehmen ihre Produktion zeitweilig wegen hoher Energiepreise aussetzen müssen.