

EMPLAWYERS

Coffee@EMPLAWYERS

26. April 2023

Gleicher Lohn für gleiche Arbeit

Aktuelle Rechtsprechung des BAG zur Entgeltgleichheit

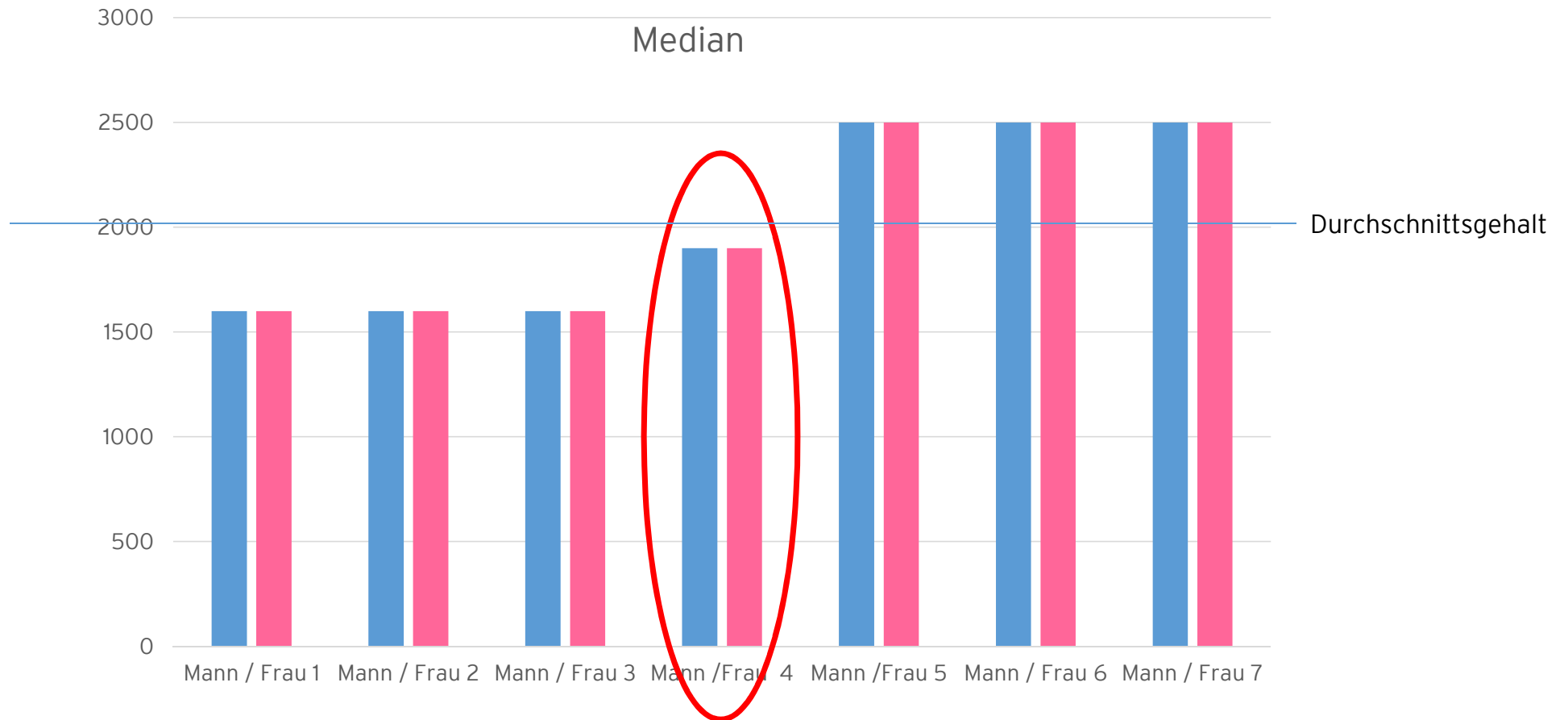
Entgeltgleichheit von Männern und Frauen BAG vom 16.02.2023 (8 AZR 450/21)

- Sachverhalt
 - Vertriebsangestellte (1 Frau und 2 Männer)
 - 3.500 € Grundgehalt - männlicher Kollege zuvor eingestellt, hat 4.500 € verhandelt
 - AG Dresden und LAG Sachsen wiesen die Klage der Mitarbeiterin ab
- Entscheidung des BAG (bisher nur Pressemitteilung)
 - Nachzahlung der Vergütungsdifferenz
- Begründung
 - Anspruch Art. 157 AEUV und §§ 3 Abs.1, § 7 EntgTranspG
 - Unstreitig „gleiche“ Arbeit - gegenseitige Vertretung etc.
 - Unstreitig niedrigeres Gehalt
 - Folge: Vermutung der Diskriminierung „wegen des Geschlechts“ - § 22 AGG
 - Widerlegung der Vermutung gelingt nicht mit Argument der besseren Verhandlung

Höheres Gehalt des Mitarbeiters mit anderem Geschlecht - EntgTranspG

- Auskunftsanspruch
 - >200 MA und mind. 6 Mitarbeiter der Vergleichsgruppe
 - auch ohne Hinweis auf Benachteiligung!
 - Nur unterstützenden Charakter, insb. nicht vorrangig
 - Auskunftspflicht beim BR, aber AG kann an sich ziehen!
 - Gerichtet auf den Median

EMPLAWYERS



Höheres Gehalt des Mitarbeiters mit anderem Geschlecht - EntgTranspG

- Überprüfungspflicht >500 MA
- Berichtspflicht >500 MA und Lagebericht nach HGB
- Neue Transparenzrichtlinie (Umsetzungsfrist 3 Jahre)
 - Auskunftsanspruch auch unter 200 MA
 - Nicht auf Median sondern auf Durchschnitt
 - Berichtspflicht bereits ab 250 statt ab 500
 - Klagerecht für Interessenverbände

Rechtfertigung / Widerlegung der Vermutung

- Berufserfahrung / Seniorität +
- Ausbildungsanforderungen/Berufsqualifikation, soweit für Tätigkeit relevant Belastung +
- Verantwortung +
- Verhandlung -
- Arbeitsmarktlage unter Umständen +/-

Lohngleichheit bei Teilzeitbeschäftigung BAG vom 18.01.2023 - 5 AZR 108/22

- Sachverhalt
 - Rettungsassistent im Rahmen eines geringfügigen Beschäftigungsverhältnisses
 - „Hauptamtliche“ 17 € pro Stunde vs. „Nebenamtliche“ 12 € pro Stunde
 - Geringfügig Beschäftigte bzgl. Umfang und Lage der Arbeitszeit nicht weisungsunterworfen
- AG Klage abgewiesen, LAG Klage stattgegeben, BAG Revision zurückgewiesen
- Entscheidung
 - Vergütungsdifferenz ist zu zahlen, § 4 Abs. 1 TzBfG
 - Gleiche Qualifikation, gleiche Tätigkeit (Beweislast beim AN, ggfls. abgestuft)
 - Sachlicher Grund für Differenzierung (Beweislast beim AG)
 - Hier: Höherer Verwaltungsaufwand bzw. eingeschränktes Weisungsrecht bei nebenamtlichen Mitarbeitern bzw. Sozialversicherungs- und Steuerrecht kein sachlicher Grund

Rechtfertigung / sachliche Gründe

- Arbeitsleistung +
- Berufserfahrung +
- Berufsqualifikation +
- Belastung +
- Verantwortung +
- Flexibilität +
- Planungssicherheit -
- Planungsaufwand -
- sozial- und steuerrechtliche Vorteile und damit annähernd gleicher Nettostundenlohn -

Update Arbeitsrecht

Aktuelle Rechtsprechung

Versetzung ins Ausland mittels Weisungsrecht, BAG v. 30.11.2022

- Weisungsrecht gem. § 106 GewO ist nicht auf Arbeitsorte in Deutschland beschränkt
- Versetzung ins Ausland ist möglich, wenn
 - im Arbeitsvertrag kein inländischer Arbeitsort fest vereinbart ist und
 - Versetzung billigem Ermessen entspricht
- Es gibt keine starren (Kilometer-)Grenzen, ab denen eine Versetzung immer unzumutbar wäre
- Keine schematische Prüfung möglich; stattdessen Einzelfallbetrachtung

Recht auf Nichterreichbarkeit, LAG Schleswig-Holstein v. 27.09.2022 (Revision beim BAG anhängig)

- Arbeitnehmer sind grundsätzlich nicht verpflichtet, in der Freizeit dienstliche Mitteilungen des Arbeitgebers zu lesen und ihre Freizeit zu unterbrechen
- Schon bloßes Aufrufen und Lesen einer SMS stelle eine Arbeitsleistung dar, zu der der Arbeitnehmer während seiner Freizeit gerade nicht verpflichtet sei
- Arbeitnehmer haben in ihrer Freizeit ein „Recht auf Nichterreichbarkeit“, das sowohl dem Gesundheits- als auch dem Persönlichkeitsschutz dient
- Es besteht keine arbeitsvertragliche Nebenpflicht, sich in der Freizeit nach (geänderten) Dienstzeiten zu erkundigen → keine Abmahnung / Kündigung möglich

Außerordentliche Kündigung eines BR-Vorsitzenden, ArbG Lüneburg v. 05.04.2023

- Eigenmächtiges Fernbleiben einer vom AG bezahlten Schulung stellt schwerwiegenden Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten dar
- Jedenfalls in Zusammenspiel mit dem Verdacht eines Arbeitszeitbetrugs: Wichtiger Grund für Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung
- Auch Arbeitsverhältnisse von BR-Mitgliedern sind nicht unantastbar

Verjährung von Urlaubsansprüchen, BAG v. 20.12.2022, und von Urlaubsabgeltungsansprüchen, BAG v. 31.01.2023

- BAG hat Rechtsprechung des EuGH umgesetzt:
- Urlaubsansprüche können grds. verjähren; 3-jährige Verjährungsfrist beginnt aber erst mit Ablauf des Jahres zu laufen, in dem der AG seinen Hinweisobliegenheiten nachgekommen ist
- **Deshalb:** Alle Mitarbeiter rechtzeitig u. nachweisbar über restliche Urlaubsansprüche informieren, zur Inanspruchnahme auffordern und über den sonst drohenden Verfall aufklären
- **Anders bei Urlaubsabgeltungsansprüchen:**
- Diese verjähren auch dann 3 Jahre nach Ende des Jahres, in dem der AN ausgeschieden ist, wenn der AG seinen Hinweisobliegenheiten während des Arbeitsverhältnisses nicht nachgekommen ist
- **Begründung** für unterschiedl. Behandlung von Urlaubs- und Abgeltungsansprüchen:
 - Urlaubsanspruch: Erholung und Gesundheitsschutz
 - Urlaubsabgeltungsanspruch: „nur“ finanzielle Kompensation

(Arbeitgeber)Kündigung in Zeiten des Fachkräftemangels

--

Abfindungspoker und sonstige
Absurditäten

Variante 1: Eigenkündigung

Eigenkündigung

- Form: Schriftform!
- Und was tun, wenn der AN mündlich / per E-Mail / per WhatsApp / etc. „kündigt“?
 - Nüchterne Betrachtung:
 - Kündigung unwirksam
 - beharrliche Arbeitsverweigerung
 - Einfach abheften und gut?
 - Auf formgerechter Kündigung bestehen?
 - Wo ist welches Risiko?
 - Habe ich überhaupt eine Handhabe? Abmahnen? Kündigen?

Variante : Bin dann mal weg

Eigenkündigung:

- Der AN kündigt (wahlweise formgerecht oder nicht) selbst ...
... und erscheint dann für den Rest der Kündigungsfrist nicht mehr zur Arbeit.
- Was tun?
 - Abmahnung und fristlose Kündigung? Möglich, aber großer Aufwand.
 - Wichtig: Ohne Arbeit kein Lohn!
 - Direkte Kommunikation zwischen FK, HR und Payroll
 - Nicht einfach weiter zahlen!
 - Nachzahlen geht immer, zurückholen nie.

Variante 3: Ist doch nicht mehr nötig ...

Eigenkündigung:

- Der AN kündigt (wahlweise formgerecht oder nicht) selbst ...
... und bemüht sich nicht mehr darum, bestimmte zwingende Voraussetzungen für die Erbringung seiner Arbeitsleistung aufrecht zu halten (bestimmte Lizenzen, Zulassungsprüfungen, Sicherheitsüberprüfungen, etc).
- Was tun?
 - Abmahnung und fristlose Kündigung? Möglich, aber großer Aufwand.
 - Wichtig: Ohne Arbeit kein Lohn!
 - Der Arbeitnehmer hat seine Arbeitsleistung vertragsgemäß anzubieten.
 - Direkte Kommunikation zwischen FK, HR und Payroll
 - Nicht einfach weiter zahlen!
 - Nachzahlen geht immer, zurückholen nie.

Variante 4: Kündigen macht krank

Eigenkündigung:

- Der AN kündigt (wahlweise formgerecht oder nicht) selbst ...
... und meldet sich dann im Anschluss an die Kündigung - meist bis zum Ende der Kündigungsfrist krank (als Variation auch gerne mit mehreren „Ersterkrankungen“ hintereinander).
- BAG, 08.08.2021 - 5 AZR 149/21:
 - Grundsätzlich hoher Beweiswert einer AU-Bescheinigung
 - Arbeitgeber kann den Beweiswert mit konkreten Indizien erschüttern
 - Wenn das gelingt und Arbeitnehmer nicht anderweitig beweist, dass er arbeitsunfähig krank war, besteht keine Entgeltfortzahlungspflicht
- Empfehlung: bei ernsthaften Zweifeln → Entgelt einbehalten!
- Auch hier: direkte Abstimmung zwischen HR und Payroll!

Variante 5: Bitte kündige mir!

Wunschkündigung:

- Der AN möchte das Arbeitsverhältnis eigentlich selbst beendet haben, kündigt aber nicht selbst, sondern bittet den Arbeitgeber um eine Kündigung
- Motivation meist ALG
- Häufig Sorgen oder Bedenken beim Arbeitgeber
 - Schadet die Kündigung dem Arbeitgeber?
 - Gibt es Risiken? Was, wenn der AN dann doch klagt? (Rücknahme Kündigung / Anerkenntnis)
 - Ist es wirklich naheliegend, dass der AN den AG in die Irre führt?
 - Macht man damit etwas Böses? Sozialversicherungsbetrug?
 - Vorsichtshalber BR beteiligen wegen Arbeitsbescheinigung

Variante 6: Ohne Moos nix los!

Wunschkündigung Teil 2:

- Der AN möchte das Arbeitsverhältnis eigentlich selbst beendet haben, kündigt aber nicht selbst, sondern bittet den Arbeitgeber um eine Kündigung und verlangt ein Abfindungspaket (wahlweise auch als Aufhebungsvertrag).
 - Nicht voreilig in Verhandlungen starten
 - Erst eigene Ziele klären
 - Möchte der Arbeitgeber auch eine Beendigung? Dann ist das eine gute Gelegenheit.
 - Ansonsten: Sie müssen darüber nicht verhandeln.
 - Es gibt (jedenfalls im Normalfall) keinen Abfindungsanspruch.
 - Man kann auch einfach warten, bis der AN selbst kündigt.

Variante 7: Einfach mal versuchen?

Arbeitgeberkündigung mal anders:

- Was passiert, wenn der AG kündigt?
 - Klage, langwieriger Prozess, teure Abfindung ...
 - Immer? ... Nicht immer.
 - Vielleicht hat der AN auch schneller einen neuen Job, als wir es uns vorstellen können ...
 - Problem: die Sache mit der Glaskugel

Variante 8: Abfindungspoker - Die Karten sind neu gemischt!

Arbeitgeberkündigung und Annahmeverzug

- Worum geht es?
 - Der Arbeitgeber kündigt.
 - Der AN klagt.
 - Wenn der AG gewinnt ist alles gut.
 - Aber wenn der AN gewinnt, bestand das Arbeitsverhältnis für die gesamte Dauer des Prozesses weiter ...
 - Und der AG hat nicht nur den AN weiter an Bord, sondern er zahlt unter Umständen auch für die gesamte Zeit zwischen Ende der Kündigungsfrist und rechtskräftiger Entscheidung das Entgelt nach.

Arbeitgeberkündigung und Annahmeverzug

- Wie wirkt das auf die Verhandlungen?
 - Angenommen, der AN ist seit 3 Jahren dabei und verdient 10k EUR im Monat
 - Arbeitgeber kündigt im Januar, 2 Monate Kündigungsfrist
 - Wirksamkeit der Kündigung ist ungewiss, aber auch nicht aussichtslos
 - Güteverhandlung im März, Arbeitgeber bietet 15k EUR Abfindung an (Faktor 0,5)
 - AN fordert 25k EUR, keine Einigung
 - Kammerverhandlung nach den Ferien Anfang September, Termin zur Beweisaufnahme im November, Entscheidungsverkündung im Dezember
 - Risiko: Wenn der AN jetzt gewinnt, zahlt der AG unter Umständen 9 Monatsgehälter nach und hat den AN immer noch an Bord.

Arbeitgeberkündigung und Annahmeverzug

- Annahmeverzug des Arbeitgebers, § 11 KSchG

Besteht nach der Entscheidung des Gerichts das Arbeitsverhältnis fort, so muß sich der Arbeitnehmer auf das Arbeitsentgelt, das ihm der Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung schuldet, anrechnen lassen,

1. was er durch anderweitige Arbeit verdient hat,

2. was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen,

3. was ihm an öffentlich-rechtlichen Leistungen infolge Arbeitslosigkeit aus der Sozialversicherung, der Arbeitslosenversicherung, der Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch oder der Sozialhilfe für die Zwischenzeit gezahlt worden ist. Diese Beträge hat der Arbeitgeber der Stelle zu erstatten, die sie geleistet hat.

Arbeitgeberkündigung und Annahmeverzug

- Annahmeverzug des Arbeitgebers, § 11 KSchG
- Erste Erkenntnis: Tatsächlicher anderweitiger Verdienst wird angerechnet. Wenn also der AN eine andere Stelle tatsächlich antritt, ist das Annahmeverzugslohnrisiko für den alten Arbeitgeber (ganz oder teilweise) erledigt.

Arbeitgeberkündigung und Annahmeverzug

- Annahmeverzug des Arbeitgebers, § 11 KSchG
 - Aber was tun, wenn der AN keine neue Stelle antritt und einfach den Sommer genießt, obwohl er gesund wäre und es jede Menge Angebote gibt???
 - Er muss sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen.
 - Was bedeutet böswillig?
 - Und wie machen wir das?

Arbeitgeberkündigung und Annahmeverzug

- Annahmeverzug des Arbeitgebers, § 11 KSchG
 - Grundlegend BAG 27.05.2020 - 5 AZR 387/19
 - Prozessuale Umsetzung noch unklar
 - Auskunftsanspruch versus Einwendung / abgestufte Darlegungs- und Beweislast

Arbeitgeberkündigung und Annahmeverzug

- Annahmeverzug des Arbeitgebers, § 11 KSchG

Vermeidungsstrategien, Teil 1

- Ausreichende Eigenbemühungen des Arbeitnehmers
 - Eigenständige Bewerbungen, Menge / Häufigkeit (in Vollzeit, LAG Berlin-Brandenburg 30.09.22 - 6 Sa 280/22)
 - Bearbeitung von Vermittlungsangeboten der Arbeitsagentur
 - Qualität der Bewerbungen

Arbeitgeberkündigung und Annahmeverzug

- Annahmeverzug des Arbeitgebers, § 11 KSchG

Vermeidungsstrategien, Teil 2 → aktive Rolle des Arbeitgebers

- Alternative Angebote des Arbeitgebers selbst, ggf Prozessbeschäftigung?
 - Jedenfalls nicht nach fristloser Kündigung, BAG 29.3.2023 - 5 AZR 255/22
- Angebote bei anderen Konzerngesellschaften
- Konkrete Vermittlungsangebote bei Dritten
- Einsatz eines Headhunters?
 - Wichtig ist, dass der Arbeitgeber belegen kann, dass er dem AN konkrete Beschäftigungsmöglichkeiten nachgewiesen hat.

Arbeitgeberkündigung und Annahmeverzug

- Annahmeverzug des Arbeitgebers, § 11 KSchG
 - Bedeutung für Vergleichsverhandlung:
 - Arbeitsmarktlage Risiko für Arbeitnehmer
 - Je wahrscheinlicher, dass AN kurzfristig Beschäftigung findet, desto größer das Risiko, dass er sich böswillig unterlassenen Verdienst anrechnen lassen muss
 - Das verringert für den Arbeitgeber das Annahmeverzugslohnrisiko
 - Und das macht den Arbeitgeber in Bezug auf die Verhandlung einer Abfindung weniger erpressbar

Arbeitszeiterfassung

--

Gesetzentwurf des
Arbeitsministeriums

Einführung

- EuGH (2019): Pflicht zur Arbeitszeiterfassung bereits etabliert
- BAG (2022): Deutsches Recht sieht Aufzeichnungspflicht bereits in Arbeitsschutzgesetz vor
- Arbeitsministerium (April 2023): Referentenentwurf zur genauen Ausgestaltung der Arbeitszeiterfassung
- Frühes Gesetzgebungsstadium lässt großen Spielraum für Änderungen

Elektronische Erfassung der Arbeitszeit

- Tägliche elektronische Aufzeichnung der Arbeitszeit
- Abweichende Form und anderes Aufzeichnungsintervall nur durch Tarifvertrag möglich
- Arbeitgeber mit bis zu zehn Mitarbeitern: Auch analoge Aufzeichnung erlaubt
- Aufzeichnungspflicht kann an Mitarbeiter übertragen werden; Arbeitgeber bleibt verantwortlich
- Mitarbeiter haben Anspruch auf Kopie/Herausgabe der Aufzeichnung
- Verstöße: Geldbuße bis zu 30.000 € (Haftung Management möglich)

Vertrauensarbeitszeit: Bürokratischer Mehraufwand

- Volle Pflicht zur Aufzeichnung der Arbeitszeit
 - Arbeitgeber kann auf Kontrolle des geleisteten Arbeitszeitvolumens verzichten
 - Ruhezeiten und Höchstarbeitszeit müssen dennoch überwacht werden
-
- Rechtliche Rahmenbedingungen setzen Arbeitszeitmodell der Vertrauensarbeitszeit unter Druck
 - Technische Sonderlösung sinnvoll ?!

Erfassungspflicht nur für „Arbeitsschutzrechtliche Arbeitszeit“

- „Arbeitsschutzrechtliche Arbeitszeit“ nicht mit „vergütungspflichtiger Arbeitszeit“ deckungsgleich
 - Bsp.: Arbeitsfreie Reisezeit im Zug muss nicht erfasst werden, ist aber zu vergüten
- Auch Unternehmen mit bestehender „klassischer Zeiterfassung“ (vergütungspflichtige Arbeitszeit) müssen sich mit gesetzlicher Neuregelung befassen und die Erfassungsmodalitäten anpassen.

Einordnung

- Obwohl BAG nicht-elektronische Form ausreichen ließ: Entwurf sieht Verschärfung vor
- Elektronische Form nicht einmal durch Betriebsvereinbarung abänderbar
- Enorme Bußgeldandrohung

- Betriebliche Praxis:
 - Erfassungspflicht gilt schon jetzt
 - Keine irreversible Ausgestaltung in Zeit bis zum Inkrafttreten

Gesetzgebungsverfahren zum Hinweisgeberschutzgesetz

- Gesetzentwurf Hinweisgeberschutzgesetz: Weitere Verzögerung
 - Bundesrat lehnte Gesetzentwurf ab
 - Vermittlungsausschuss durch Bundesregierung angerufen: Arbeit des Ausschusses noch nicht terminiert
- Genauer Inhalt des Gesetzes und zeitlicher Horizont zum Inkrafttreten weiterhin offen