

# Arbeitsrecht und Arbeitsgerichte – Ein notwendiges Übel?

Strategien zur Vermeidung von Konflikten  
und teuren Rechtsstreitigkeiten

Kreishandwerkerschaft Ravensburg  
14.11.2024 – 18:00 Uhr

Marta Junker  
0751 768 791 412  
[junker@dreher-partner.de](mailto:junker@dreher-partner.de)



# Inhaltsverzeichnis

1. **Aktuelles zum Urlaubsrecht:** Umfang, Vertragsgestaltung, Verfall und Verjährung
2. **Neues zur Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall:** Krankmeldung, elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, Beweiswert von (telefonischen) Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen
3. **Kündigung während und nach der Probezeit:** Risiken und arbeitsvertragliche Gestaltung von Kündigungsfristen
4. **Rechte und Pflichten bei der Freistellung:** Unterschiede zwischen einvernehmlicher und einseitiger sowie zwischen widerruflicher und unwiderruflicher Freistellung
5. **Zwischen Glanz und Gesetz: Betriebliche (Weihnachts-)Feiern – ein rechtsfreier Raum?**  
– Betriebliche Feiern: Pflichtveranstaltung oder reines Vergnügen? Verhalten auf der Weihnachtsfeier, Arbeitsunfälle

# 1. Aktuelles zum Urlaubsrecht

- Unterschied: gesetzlicher Mindesturlaub und vertraglicher Mehrurlaub
- Verfall von Urlaubsansprüchen
- Kann Urlaub auch verjähren?
- Urlaubsansprüche während Mutterschutz und Elternzeit
- Tipps zur Vertragsgestaltung

# 1. Aktuelles zum Urlaubsrecht

Unterschied: Gesetzlicher Mindesturlaub und vertraglicher Mehrurlaub

➤ Gesetzlicher Mindesturlaub (§ 3 BUrlG):

24 Werktage

6-Tage-Woche

20 Werktage

5-Tage-Woche

} 4 Wochen Urlaub im Kalenderjahr

➤ **Wartezeit:** voller Jahresurlaubsanspruch erst nach **6-monatigen Bestehen** des Arbeitsverhältnisses (§ 4 BUrlG)

➤ Heißt das, dass es in den ersten 6 Monaten keinen Urlaub gibt („*Urlaubssperre*“)?

Nein, Arbeitnehmer hat Anspruch auf Teilurlaub von 1/12 je vollen Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses

- wenn Wartezeit in diesem Kalenderjahr nicht erfüllt ist (z.B. Eintritt zum 01.10.);
- wenn Arbeitnehmer vor erfüllter Wartezeit aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet;
- Wenn Arbeitnehmer Wartezeit zwar erfüllt hat, aber in der ersten Jahreshälfte ausscheidet.

# 1. Aktuelles zum Urlaubsrecht

## Unterschied: Gesetzlicher Mindesturlaub und vertraglicher Mehrurlaub

### ➤ Gesetzlicher Mindesturlaub → *Bundesurlaubsgesetz (BUrlG)*

- Vorschriften z.B. zu Übertragbarkeit des Urlaubs in das nächste Kalenderjahr, Urlaubsabgeltung, etc.
- ABER: von den gesetzlichen Vorschriften kann nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden (Ausnahme: Abweichungen durch Tarifvertrag)

### ➤ Vertraglicher Mehrurlaub → *Gestaltungsspielraum für Arbeitgeber*

- Arbeitgeber entscheidet, ob und wie viele Urlaubstage er dem Arbeitnehmer zusätzlich zu seinem gesetzlichen Mindesturlaub gewähren will.
- Bedingungen für den vertraglichen Mehrurlaub kann Arbeitgeber flexibel gestalten (z.B. Regelung zur Übertragung des Urlaubs in das nächste Kalenderjahr).
- ABER: Arbeitsvertragliche Regelung notwendig, die zwischen dem gesetzlichen Mindesturlaub und dem vertraglichen Mehrurlaub unterscheidet.

# 1. Aktuelles zum Urlaubsrecht

## Übertragbarkeit / Verfall von Urlaubsansprüchen

- Generell ist Urlaub im laufenden Kalenderjahr zu nehmen.
- D.h.: Urlaub verfällt zum **31.12.** des laufenden Kalenderjahres.
- Ausnahmsweise Übertragung des Urlaubs in das nächste Kalenderjahr, wenn gerechtfertigt durch:
  - **dringende betriebliche Gründe:**  
z.B. erhebliche personelle Engpässe, erhebliche krankheitsbedingte Ausfälle anderer Mitarbeiter, Betriebsferien, Auftragslage zum Jahresende, besondere arbeitsintensive Zeit wie z.B. Messe
  - **in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe:**  
z.B. Erkrankung zum Jahresende und Arbeitsunfähigkeit.
- Dann aber verfällt der Urlaub spätestens am **31.03.** des Folgejahres.

# 1. Aktuelles zum Urlaubsrecht

## Übertragbarkeit / Verfall von Urlaubsansprüchen

### ➤ ABER: Hinweisobliegenheit des Arbeitgebers

(EuGH – Urt. v. 06.11.2018, C-684/16 und C 619/16 sowie BAG, Urt. v. 19.2.2019 – 9 AZR 541/15)

→ Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer

- **konkret** und in völliger Transparenz (individuell: wie viele Tage sind offen?)
- (erforderlichenfalls förmlich ) dazu **auffordern**, den Urlaub zu nehmen,
- dafür zu sorgen, dass der Arbeitnehmer tatsächlich **in der Lage** ist, seinen bezahlten Jahresurlaub **zu nehmen**,
- und ihn klar und rechtzeitig darauf **hinweisen**, dass der Urlaub andernfalls mit Ablauf des Urlaubsjahres oder Übertragungszeitraums **verfällt**.

### ➤ ACHTUNG: **nicht ausreichend** ist ein allgemeiner Hinweis, der sich pauschal an alle Mitarbeiter richtet, z.B. im Arbeitsvertrag, allgemein auf der Lohnabrechnung oder in einem Aushang, Merkblatt oder in einer Rund-E-Mail. Hinweis muss individuell sein.

# 1. Aktuelles zum Urlaubsrecht

## Übertragbarkeit / Verfall von Urlaubsansprüchen

### Sonderfall: Urlaubsverfall bei Langzeiterkrankung des Arbeitnehmers

- **Fall 1:** Arbeitnehmer ist längere Zeit erkrankt und kann seinen Urlaub nicht bis zum 31.12. des laufenden Jahres nehmen.

*Urlaub wird in das Folgejahr übertragen. Der Arbeitnehmer muss den Urlaub dann bis spätestens 31.03. des Folgejahres nehmen, andernfalls verfällt der Urlaub (nach Hinweis des Arbeitgebers).*

- **Fall 2:** Arbeitnehmer ist weiterhin krank, auch über den 31.03. des Folgejahres hinaus.

*Urlaub verfällt nicht zum 31.03. des Folgejahres, sondern erst zum 31.03. des darauffolgenden Jahres (15 Monate nach Ende des Urlaubsjahres)*

*z.B. Arbeitnehmer wird 2024 krank und ist dies auch über den 31.03.2025 hinaus. Im Mai 2025 arbeitet er wieder. Urlaub aus 2024 verfällt erst zum 31.03.2026 (nach Hinweis des Arbeitgebers).*

# 1. Aktuelles zum Urlaubsrecht

## Übertragbarkeit / Verfall von Urlaubsansprüchen

### Sonderfall: Urlaubsverfall bei Langzeiterkrankung des Arbeitnehmers

- **Fall 3**: Arbeitnehmer ist seit Beginn (also schon am 01.01.2024) des Jahres 2024 durchgehend krank. Er bleibt auch in 2025 und über den 31.03.2026 hinaus krank.

*Urlaub für das Jahr 2024 verfällt zum 31.03.2026.*

*Ein Hinweis des Arbeitgebers über den drohenden Verfall des Urlaubs ist nicht erforderlich, weil es dem Arbeitnehmer aufgrund seiner Langzeiterkrankung ohnehin nicht möglich gewesen wäre, seinen Urlaub zu nehmen (BAG Urt. v. 31.01.2023 – 9 AZR 85/22)*

# 1. Aktuelles zum Urlaubsrecht

## Kann Urlaub auch verjähren?

- Wünschenswert, weil sich bei fehlendem Hinweises des Arbeitgebers auf Urlaubsverfall, fast unbegrenzt Urlaubsansprüche ansammeln können.
- Allgemeine Verjährung (§§ 195, 199 BGB): **3 Jahre** nach Abschluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen erlangt hat.

# 1. Aktuelles zum Urlaubsrecht

Kann Urlaub auch verjähren?

- **EuGH, Urteil vom 22.09.2022 – C-120/21:** Urlaubsanspruch verjährt nicht ohne weiteres, da dies andernfalls ein Verstoß gegen zwingendes Unionsrecht wäre (Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers sei durch Grundsätze des Sozialrechts besonders geschützt).
- **BAG, Urt. v. 20.12.2022 – 9 AZR 266/20:** Urlaubsanspruch **verjährt**, aber nur, **wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in die Lage versetzt hat, seine Urlaubsansprüche tatsächlich wahrzunehmen**, d.h. erst nach Aufklärung durch den Arbeitgeber darüber, dass sein Urlaub verfällt, wenn er diesen nicht in Anspruch nimmt.  
Die regelmäßige Verjährungsfrist von 3 Jahren beginnt nicht zwangsläufig mit dem Ende des Urlaubsjahres, sondern erst **mit dem Schluss des Jahres, in dem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über seinen konkreten Urlaubsanspruch und die Verfallfristen belehrt hat und der Arbeitnehmer den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat**.  
Das BAG hat damit die Vorgaben des EuGH vom 22. 09.2022 (C-120/21) umgesetzt.

# 1. Aktuelles zum Urlaubsrecht

Kann Urlaub auch verjähren?

➤ Bereits entstandene **Urlaubsabgeltungsansprüche** können dagegen verjähren.

Die 3-jährige Verjährungsfrist beginnt i.d.R. mit dem Ende des Jahres, in dem der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. (BAG, Urt. v. 31.01.2023 - 9 AZR 456/20).

Ein unterlassener Hinweis des Arbeitgebers während des Arbeitsverhältnisses, dass der Arbeitnehmer seinen Urlaub in Anspruch nehmen müsse, um den Verfall zu vermeiden, ist unbedeutend.

# 1. Aktuelles zum Urlaubsrecht

Finden Ausschlussklauseln in Bezug auf Urlaubsansprüche Anwendung?

➤ BAG, Urt. v. 31.01.2023 - 9 AZR 244/20:

Der gesetzliche Anspruch eines Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, nicht genommenen Urlaub nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzugelten, **unterfällt tariflichen Ausschlussfristen** und kann deshalb verfallen, wenn er vom Arbeitnehmer nicht rechtzeitig geltend gemacht wird.

➤ BAG, Urt. v. 09.03.2021 – 9 AZR 323/20:

Der Urlaubsabgeltungsanspruch kann als reiner Geldanspruch auch **vertraglichen Ausschlussfristen** unterliegen.

# 1. Aktuelles zum Urlaubsrecht

## Urlaubsansprüche während Mutterschutz und Elternzeit

- **Mutterschutz:** Urlaubansprüche entstehen wie sonst auch im laufenden Arbeitsverhältnis.  
→ *Keine Kürzungsmöglichkeit.*
- **Elternzeit:** Urlaubansprüche entstehen wie sonst auch im laufenden Arbeitsverhältnis, aber Arbeitgeber hat *Kürzungsmöglichkeit* gem. § 17 I BEEG:
  - „für jeden vollen Monat der Elternzeit“
  - Kein Formerfordernis, aber **Schrift-/Textform zu Dokumentations-/Beweiszwecken** empfehlenswert.
  - Kürzungsmöglichkeit besteht nur **im laufenden Arbeitsverhältnis**, d.h. die zur Ausübung des Kürzungsrechts erforderliche Erklärung muss dem Arbeitnehmer noch im bestehenden Arbeitsverhältnis zugehen (BAG, Urt. v. 16.04.2024 – 9 AZR 165/23)
  - Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses: Urlaubsanspruch wandelt sich um in Urlaubsabgeltungsanspruch, der nicht mehr nach § 17 I BEEG gekürzt werden kann.

# 1. Aktuelles zum Urlaubsrecht

## Urlaubsansprüche während Mutterschutz und Elternzeit

- **Elternzeit:** *Kürzungsmöglichkeit* gem. § 17 I BEEG

Formulierungsbeispiel:

### ***Bestätigung Ihrer Elternzeit***

*Sehr geehrte/geehrter Frau/Herr \_\_\_\_\_,*

*Ihren Antrag haben wir erhalten und bestätigen Ihnen hiermit Ihre Elternzeit vom xx.xx.20.xx bis zum xx.xx.20xx. Die Mutterschutzfrist nach der Geburt Ihres Kindes wird auf die Elternzeit angerechnet.*

*Des Weiteren machen wir von der in § 17 Abs. 1 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) eingeräumten Möglichkeit Gebrauch und kürzen hiermit den Ihnen zustehenden Erholungsurlaub für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel.*

*Wir wünschen Ihnen eine schöne Zeit mit Ihrer Familie!*

# 1. Aktuelles zum Urlaubsrecht

## Tipps zur Vertragsgestaltung

- Zwischen gesetzlichem Mindesturlaub und vertraglichem Mehrurlaub **differenzieren**, da unterschiedliche Regelungen möglich sind zu
  - Anzahl der Tage bei Ein- oder Austritt (keine Bindung an § 5 BUrlG (Teilurlaub)),
  - Übertragung des Urlaubs in das Folgejahr,
  - Verfall von Urlaub
  - zur Urlaubsabgeltung bei Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis.
- Hinweis, dass sich Anzahl der Urlaubstage auf eine **5-Tage-Woche** bezieht (*Alternativ*: anteilige Berechnung der Urlaubstage im Arbeitsvertrag)

# 1. Aktuelles zum Urlaubsrecht

## Tipps zur Vertragsgestaltung

- Festlegung der **Reihenfolge**, welcher Urlaub zuerst eingebracht wird:  
*„Mit der Urlaubserteilung erfüllt die Firma zunächst den Anspruch des Arbeitnehmers auf den gesetzlichen Mindesterholungsurlaub, dann einen gegebenenfalls bestehenden Anspruch auf gesetzlichen Zusatzurlaub. Erst nach vollständiger Erfüllung des gesetzlichen Urlaubsanspruchs wird der vertragliche Mehrurlaub erteilt.“*
- Ggf. Regelung zum **Betriebsurlaub** (mit ausreichendem Vorlauf angekündigt und dem Arbeitnehmer muss genügend Resturlaub zur freien Verfügung verbleiben. Das BAG geht dabei davon aus, dass der Arbeitnehmer noch **2/5** seines Urlaubsanspruchs (bei 30 Tagen Jahresurlaub: 12 Tage) frei nehmen können muss.

# 1. Aktuelles zum Urlaubsrecht

## Praxishinweis

- In Zukunft wird der Arbeitgeber den Arbeitnehmer immer darauf hinweisen müssen, dass dieser den ihm zustehenden Erholungsurlaub zum Ende des Urlaubsjahres oder bis zum Ablauf des Übertragungszeitraums in Anspruch **zu nehmen hat**.
- Dabei muss er dem Arbeitnehmer **konkret** sagen, **wie viele Tage Urlaub** dieser noch hat.
- Darüber hinaus muss ausdrücklich darauf **hingewiesen** werden, dass der Urlaub **verfällt**, wenn er von dem Arbeitnehmer nicht in Anspruch genommen wird.

## 2. Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall

- Pflichten bei Arbeitsunfähigkeit – wie meldet man sich richtig krank?
- Was gilt bei elektronischer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung?
- Beweiswert von (Fern-)Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen

## 2. Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall

### Pflichten bei Arbeitsunfähigkeit – Wie meldet man sich richtig krank?

- § 5 I EFZG: Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen (**Anzeige-/Mitteilungspflicht**)
  - **Wann?** Unverzüglich = ohne schuldhaftes Zögern, d.h. i.d.R. am 1. Tag der Arbeitsunfähigkeit während der ersten Betriebsstunden
  - **Wie?** Telefongespräch, E-Mail, Mitteilung über WhatsApp oder sonstige Messenger- oder Kurznachrichtendienste
  - **An wen?** An Arbeitgeber oder von ihm hierfür beauftragte Person (z.B. Personalabteilung, Vorgesetzter);  
Nicht: Arbeitskollege
  - **Was?** Mitteilung über Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer (subjektive Schätzung)

## 2. Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall

Pflichten bei Arbeitsunfähigkeit – Wie meldet man sich richtig krank?

Bisherige Rechtslage:

- Dauert Arbeitsunfähigkeit länger als 3 Tage hat der AN dem AG eine ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer spätestens am darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen (**Nachweispflicht**)

Rechtslage seit 01.01.2023:

- Arbeitgeber müssen elektronische AUB bei der Krankenkasse abrufen.
- **Anzeige-/Mitteilungspflicht** im Krankheitsfall gilt weiterhin  
→ Noch wichtiger als zuvor, denn AG benötigt Daten für Abfrage bei Krankenkasse
- **Nachweispflicht?** ... wird zu einer **Feststellungspflicht** (§ 5 Abs. 1a EFZG)

## 2. Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall

### Elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

- **Feststellungspflicht:** AN muss ...
  - sich spätestens ab dem 4. Kalendertag seiner Arbeitsunfähigkeit einem Arzt vorstellen und
  - das Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer **feststellen** lassen.
  - Arbeitnehmer hat Obliegenheit, sich eine schriftliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausstellen zu lassen (als Nachweis über die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit im Falle einer Übermittlungsstörung).
  - Arbeitnehmer muss dem Arbeitgeber keine schriftliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung mehr vorlegen.

## 2. Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall

### Elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

- Arbeitgeber kann die ärztliche Feststellung weiterhin auch schon vor Ablauf von 3 Tagen verlangen.
- **Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers** (analog § 7 I EFZG), wenn Arbeitnehmer es verschuldet unterlassen hat, die Arbeitsunfähigkeit von einem Arzt feststellen zu lassen.
- KEIN Leistungsverweigerungsrecht, wenn Abruf der elektronischen AUB aufgrund einer außerhalb der Sphäre des Arbeitnehmers liegenden Störung nicht möglich ist.

## 2. Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall

### Elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

- Ist der Arbeitnehmer verpflichtet, den Arbeitgeber darüber zu informieren, dass er seiner Feststellungspflicht nachgekommen ist und somit für den Arbeitgeber die Möglichkeit zum Abruf der Daten bei der Krankenversicherung besteht?
  - Wäre interessengerecht, weil Arbeitgeber erst dadurch zielgerichtet elektronische AUB abrufen kann. Deshalb wird teilweise eine dem Arbeitnehmer nach § 241 II BGB obliegende **Rücksichtnahmepflicht** angenommen, dem Arbeitgeber im Rahmen der Erfüllung der Anzeigepflicht auch mitzuteilen, ob er einen Arzt aufsuchen will oder nicht.
  - **ABER:** Keine gesetzliche Verankerung einer solchen Pflicht / Abweichung zuungunsten des Arbeitnehmers unzulässig (§ 12 EFZG). Außerdem Sinn und Zweck der elektronischen AUB: Vereinfachung und Endbürokratisierung.
  - Krankenkassen stellen dem Arbeitgeber die Daten über eine elektronische AUB innerhalb eines Kalendertages zur Verfügung (gem. Grundsätze des GKV-Spitzenverbandes).
  - Aus der Sicht des Gesetzgebers besteht **kein Bedarf an einer über die in § 5 I 1 EFZG hinausgehenden Mitteilungspflicht.**

## 2. Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall

### Telefonische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung per Fernuntersuchung

- **Telefonische Krankschreibung** ist unter folgenden **Voraussetzungen** möglich:
  - nur bei **leichter** Erkrankung (z.B. leichter grippaler Infekt) ohne schwere Symptome;
  - max. für **5** Tage;
  - Patientin oder der Patient muss in der Praxis **bekannt** sein;
  - **Arzt entscheidet**, ob der telefonische Kontakt reicht oder nicht;
  - Telefonische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kann **nicht verlängert** werden. Benötigt der Arbeitnehmer eine Folgebescheinigung, muss er eine Praxis aufsuchen. (Ausnahme: Wenn erstmalige AUB während eines Praxisbesuchs erfolgt, kann die Verlängerung auch telefonisch erfolgen.
  
- Auch Eltern können für ihre erkrankten Kinder eine ärztliche Bescheinigung per Telefon erhalten.
  - Gleiche Bedingungen wie bei der Krankschreibung für Erwachsene.

## 2. Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall

### Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

- Hat einen hohen Beweiswert, der gesetzlich im **Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG)** verankert ist (EFZG sieht AUB als vorgesehenes Nachweismittel an, mit dem der Arbeitnehmer seine Arbeitsunfähigkeit gegenüber dem Arbeitgeber belegen kann.)
- Der Beweiswert kann erschüttert werden, wenn der Arbeitgeber objektive und ernsthafte Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit vorträgt.
- Beispiele für Zweifel: widersprüchliche Aussagen des Arbeitnehmers oder beobachtete Tätigkeiten, die der Krankheit widersprechen (dazu sogleich)

## 2. Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall

### Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

#### ➤ Widersprüchliche Aussagen des Arbeitnehmers / Widersprüchliches Verhalten

- Arbeitnehmer gibt gegenüber Kollegen oder in sozialen Medien an, gesund zu sein
- Arbeitnehmer plant Freizeitaktivitäten, die mit der behaupteten Krankheit nicht vereinbar sind (z.B. Strapaziöse sportliche Betätigungen bei Wirbelsäulenerkrankung, Skiurlaub bei Hirnhautentzündung).
- Vorherige Ankündigung einer Erkrankung durch den Arbeitnehmer.
- Erkrankung nach Ablehnung eines Urlaubsantrages im beantragten Urlaubszeitraum.
- Wiederholte gemeinsame und gleichzeitige Erkrankung von Ehegatten nach Urlaubsende.
- Arbeitnehmer kündigt nach Auseinandersetzung mit dem Arbeitgeber und verlässt Betrieb unter Mitnahme seiner persönlichen Sachen - 6 Wochen vor Ablauf der Kündigungsfrist.
- Arbeitnehmer verlässt nach Auseinandersetzung mit Arbeitgeber den Betrieb und legt in den kommenden 2 Monaten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen von 5 verschiedenen Ärzten vor.

## 2. Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall

### Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

#### ➤ Beobachtete Tätigkeiten, die der Krankheit widersprechen

- Arbeitnehmer wird bei sportlichen Aktivitäten beobachtet, die der gemeldeten Krankheit widersprechen (z.B. Joggen bei Rückenproblemen).
- Teilnahme an Veranstaltungen oder Reisen, die nicht zu einer Genesung beitragen (z.B. Partys oder Urlaubsreisen während der Krankheitszeit).
- Berufliche Tätigkeiten, wie die Ausübung eines Nebenjobs oder selbstständiger Tätigkeiten, die die Krankheit infrage stellen.
- **Alltägliche Verhaltensweisen** (Einkaufen, Spazieren,...) **reichen i.d.R. nicht aus**, den Beweiswert einer AUB zu erschüttern.

## 2. Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall

### Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

#### ➤ Passgenaue Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (BAG, Urt. v. 08.09.2021 – 5 AZR 149/21)

##### Sachverhalt:

- Klägerin war seit August 2018 als kaufm. Angestellte beschäftigt.
- Am 08.02.2019 kündigte sie das Arbeitsverhältnis zum 22.02.2019.
- Sie legte dem Arbeitgeber eine auf den 08.02.2019 datierte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vor für den Zeitraum 08.02.2019 bis voraussichtlich 22.02.2019.
- Arbeitgeber verweigerte Entgeltfortzahlung für o.g. Zeitraum.

## 2. Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall

### Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

#### ➤ Passgenaue Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (BAG, Urt. v. 08.09.2021 – 5 AZR 149/21)

##### Entscheidung des BAG:

- Einer ordnungsgemäß ausgestellten AUB kommt ein hoher Beweiswert zu.
- Will Arbeitgeber Beweiswert erschüttern, muss er Umstände vortragen und im Bestreitensfall beweisen, die ernsthafte Zweifel an der Erkrankung des Arbeitnehmers begründen (einfaches Bestreiten mit Nichtwissen reicht nicht).
- Ernsthafte Zweifel können sich daraus ergeben, dass eine am Tag der Eigenkündigung des AN ausgestellte AUB „**passgenau**“ die nach der Kündigung noch verbleibende Dauer des Arbeitsverhältnisses abdeckt.

## 2. Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall

### Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

➤ Auswirkungen auf die Praxis:

- Allein zeitliche Nähe einer AUB zu einer Abmahnung oder Kündigung, ist noch kein Indiz dafür, das die Richtigkeit einer AUB erschüttern könnte.
  - Anders, wenn AUB zusammen mit Kündigung vorgelegt wird und passgenau den Zeitraum bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses umfasst.
- ➔ Beweiswert der AUB ist **aufgrund der Umstände**, unter denen die AUB ausgestellt wurde, erschüttert.

## 2. Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall

### Beweiswert einer telefonischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung per Fernuntersuchung

- **Beweiswert ist geringer** als bei einer persönlichen Untersuchung.
- Die Verlässlichkeit solcher Bescheinigungen wird von Gesetzgeber und Gemeinsamen Bundesausschuss als weniger belastbar eingeschätzt.
- **Leichter zu erschüttern**, insbesondere wenn die ärztliche Diagnose allein auf einer Fernanamnese basiert (z.B. Telefon, Video).
- Hintergrund: Sonderregelungen während der COVID-19-Pandemie, die telefonische Anamnesen ermöglichten.
- **Seit 07.12.2023: dauerhafte Möglichkeit**, Patienten mit leichten Erkrankungen nach telefonischer Anamnese krankzuschreiben.
- **Zweck:** Verringerung von Ansteckungen im Wartezimmer, Entlastung für Arztpraxen und Patienten

## 2. Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall

### Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

➤ Wenn Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert ist ...

- ... obliegt dem Arbeitnehmer der volle Beweis für die behauptete AU,
- ... muss Arbeitnehmer Krankheitsverlauf im Detail darlegen,
- ... muss Arbeitnehmer den behandelnden **Arzt als Zeugen** benennen sowie ihn **von der ärztlichen Schweigepflicht entbinden**.
- Arzt ist dann im Einzelnen nach Diagnose, Krankheitsverlauf und Auswirkungen auf die AU am konkreten Arbeitsplatz zu befragen.
- Konfrontation des Arztes mit den Umständen, die zur Erschütterung des Beweiswertes der AUB geführt haben.

Arbeitsgerichtliches  
Verfahren



## 2. Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall

Exkurs: Einsatz eines Detektivs zur Aufklärung, ob Arbeitsunfähigkeit wirklich vorliegt?

➤ BAG, Urt. v. 29.06.2017 – 2 AZR 597/16:

Ja, wenn ein **auf Tatsachen beruhender Verdacht** einer schwerwiegenden Pflichtverletzung besteht, weil der Arbeitnehmer nach einer Krankmeldung Aktivitäten (hier: Konkurrenz­­tätigkeit) ausführt, die im Widerspruch zu der gemeldeten Arbeitsunfähigkeit stehen.

✓ In diesem Fall kann die Observation als gerechtfertigt angesehen werden, um eine außerordentliche Kündigung zu begründen.

➤ Die Einschaltung eines Detektivs **ohne konkrete Verdachtsmomente** führt hingegen zu einem datenschutzrechtlichen **Verwertungsverbot** und löst **Schadensersatzansprüche** des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber aus (BAG, Urt. v. 19.02.2015 – 8 AZR 1007/13)

✓ Erforderlich sind begründete Zweifel an der Richtigkeit der ärztlichen Bescheinigung.

## 2. Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall

Exkurs: Einsatz eines Detektivs zur Aufklärung, ob Arbeitsunfähigkeit wirklich vorliegt?

➤ BAG, Urt. v. 25.07.2024 – 8 AZR 225/23:

- Dokumentation des sichtbaren Gesundheitszustands eines Arbeitnehmers ist eine Verarbeitung von Gesundheitsdaten.
- Verarbeitung von Gesundheitsdaten ist datenschutzrechtlich unzulässig, wenn der Beweiswert der AUB nicht durch begründete Zweifel erschüttert ist oder, falls eine solche Erschütterung vorliegt, das mildere Mittel eine Begutachtung durch den **Medizinischen Dienst der Krankenkasse** (MKD) wäre.
- Rechtswidrige Überwachung kann wegen des Verlusts der Kontrolle über personenbezogene Daten einen **immateriellen Schaden** begründen (hier: Schadenersatz i.H.v. 1.500 €).

➤ **Unangekündigte Hausbesuche** bei Zweifel an Arbeitsunfähigkeit?

### 3. Kündigung während und nach der Probezeit

- Probezeit, Wartezeit, Einfühlungsarbeitsverhältnis - Unterschiede
- Kündigung während der Probezeit
- Probezeitverlängerung?
- Kündigungsfristen nach Ablauf der Probezeit
- Tipps zur arbeitsvertraglichen Gestaltung von Kündigungsfristen

# 3. Kündigung während und nach der Probezeit

## Probezeit, Wartezeit, Einfühlungsarbeitsverhältnis - Unterschiede

### ➤ Probezeit:

- **Unbefristetes Arbeitsverhältnis mit vorgeschalteter Probezeit**  
(§ 622 III BGB, max. 6 Monate, zulässig ist Vereinbarung einer Kündigungsfrist von 2 Wochen)
- **Befristetes Probearbeitsverhältnis:** Erprobungszweck ist sachlicher Grund  
(§ 14 I 2 Nr. 5 TzBfG; Zuvor-Beschäftigung?; Schriftform vor Arbeitsaufnahme; keine Höchstfrist, aber Befristung muss in einem angemessenen Verhältnis zum Erprobungszweck stehen (i.d.R. 6 Monate); ordentliche Kündigungsmöglichkeit muss explizit vereinbart werden, sonst ist sie ausgeschlossen.)

### ➤ Wartezeit:

- 6 Monate (§ 1 KSchG)
- Zeitraum bis zu dem eine ordentliche Kündigung noch nicht der sozialen Rechtfertigung gem. § 1 I KSchG bedarf (nach erfüllter Wartezeit: allgemeiner Kündigungsschutz, sofern kein Kleinbetrieb, § 23 KSchG)

### ➤ Einfühlungsarbeitsverhältnis (Schnupperarbeitsverhältnis):

- Arbeitnehmer erhält für einen kurzen Zeitraum (max. 1 Woche) lediglich Möglichkeit zum Kennenlernen eines Arbeitsplatzes, ohne dass er bereits eine Arbeitspflicht übernimmt oder Weisungen erhält.

## 3. Kündigung während und nach der Probezeit

### Kündigung während (vorgeschalteter) Probezeit in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis

- während der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis sowohl ordentlich als auch – bei Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S.v. § 626 BGB (nicht: fehlende Eignung) – außerordentlich gekündigt werden.
- Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG greift wegen nicht erfüllter Wartezeit (§ 1 KSchG) nicht.
- Kündigungsschutz für Schwerbehinderte greift in den ersten 6 Beschäftigungsmonaten ebenfalls nicht (§ 173 I Nr. 1 SGB IX).
- Bei Schwangerschaft: Kündigungsverbot (§ 9 MuSchG) gilt von Anfang an.
- **Kündigungsfrist (§ 622 III BGB) in der Probezeit:**
  - 2 Wochen
  - Längere Kündigungsfrist: kann vereinbart werden
  - Kürzere Kündigungsfrist: durch Regelung in Tarifverträgen möglich
  - Kündigung muss während der Probezeit ausgesprochen werden, auch wenn Beendigungszeitpunkt ggf. außerhalb der Probezeit liegt

## 3. Kündigung während und nach der Probezeit

### Probezeitverlängerung?

- Verlängerung der Probezeit über 6 Monaten hinaus, ändert nicht daran, dass der allgemeine Kündigungsschutz greift (erfüllte Wartezeit, kein Kleinbetrieb nach § 23 KSchG).
- **Zulässig ist** aber
  - ordentliche Kündigung muss **während** der Probezeit ausgesprochen werden,
  - unter Berücksichtigung einer überschaubaren, **längeren Kündigungsfrist** (max. 4 Monate),
  - zu einem Kündigungstermin außerhalb der Probezeit,
  - mit **Wiedereinstellungszusage** an den Arbeitnehmer für den Fall seiner Bewährung
- Dadurch wird faktisch eine Verlängerung der Probezeit erreicht.
- Um den Vorwurf einer Umgehung des allgemeinen Kündigungsschutzes zu verhindern, **empfiehlt** es sich in das Kündigungsschreiben aufzunehmen, dass der Arbeitnehmer mit seinen Leistungen bisher nicht überzeugen konnte und deshalb eine weitere Erprobung nötig sei.

# 3. Kündigung während und nach der Probezeit

## Kündigungsfristen nach Ablauf der Probezeit

- **Tariflicher Kündigungsfristen:** gelten, wenn auf das Arbeitsverhältnis ein Tarifvertrag anwendbar ist.
  
- **Vertragliche Kündigungsfristen:**
  - Gesetzliche Kündigungsfristen dürfen nicht verkürzt, jedoch verlängert werden.
  - Flexible Gestaltung zur Kündigungsfrist (z.B. 1 bis 6 Monate) und des Kündigungstermins (z.B. zum Monatsende / Quartalsende / Halbjahr).
  - Für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer darf aber keine längere Kündigungsfrist vereinbart werden, als für die Kündigung durch den Arbeitgeber, § 622 VI BGB

### Gleichlauf der Kündigungsfrist:

*„Eine Verlängerung der für den Arbeitgeber maßgeblichen Kündigungsfristen gilt auch für den Arbeitnehmer.“*

# 3. Kündigung während und nach der Probezeit

## Kündigungsfristen nach Ablauf der Probezeit

### ➤ Gesetzliche Kündigungsfristen gem. § 622 I, II BGB

- Wenn das Arbeitsverhältnis **weniger als 2 Jahre** bestanden hat:

4 Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats

- Für eine Kündigung durch den Arbeitgeber beträgt die Kündigungsfrist, wenn das Arbeitsverhältnis in dem Betrieb oder Unternehmen

2 Jahre bestanden hat,	1 Monat zum Ende eines Kalendermonats,
5 Jahre bestanden hat,	2 Monate zum Ende eines Kalendermonats
8 Jahre bestanden hat,	3 Monate zum Ende eines Kalendermonats,
10 Jahre bestanden hat,	4 Monate zum Ende eines Kalendermonats,
12 Jahre bestanden hat,	5 Monate zum Ende eines Kalendermonats,
15 Jahre bestanden hat,	6 Monate zum Ende eines Kalendermonats,
20 Jahre bestanden hat,	7 Monate zum Ende eines Kalendermonats.

## 3. Kündigung während und nach der Probezeit

### Tipps zur arbeitsvertraglichen Gestaltung von Kündigungsfristen

- Kündigungsfristen klar regeln. **Unterscheiden** zwischen den Kündigungsfristen während und nach einer vereinbarten Probezeit.
- Sind Arbeitsverträge unklar formuliert und sind zwei Auslegungen mit ähnlich guten Argumenten vertretbar, kann sich der Arbeitnehmer immer die für ihn günstigere Auslegung aussuchen.

Der Arbeitgeber muss immer die negativere Formulierung gegen sich gelten lassen.

## 3. Kündigung während und nach der Probezeit

### Tipps zur arbeitsvertraglichen Gestaltung von Kündigungsfristen

- Widersprüche vermeiden, z.B. *„Die ersten sechs Monate gelten als Probezeit.“* und an anderer Stelle: *„Es wird eine Kündigungsfrist von 3 Monaten zum Monatsende vereinbart.“*

Welche Kündigungsfrist gilt nun während der Probezeit?

- Falls ein **Gleichlauf** der Kündigungsfristen für Arbeitnehmer und Arbeitgeber gewünscht ist, muss dies ausdrücklich geregelt werden.
- Wichtig **bei befristeten Arbeitsverträgen**: Möglichkeit der ordentlichen Kündigung ausdrücklich regeln, da das Arbeitsverhältnis andernfalls nur außerordentlich kündbar ist (§ 15 IV TzBfG).

# 3. Kündigung während und nach der Probezeit

## Tipps zur arbeitsvertraglichen Gestaltung von Kündigungsfristen

- Im Rahmen der Regelungen zur Beendigung des Arbeitsverhältnis auch zu beachten:
  - ggf. **Ausschluss der Kündigung vor Arbeitseintritt** (ggf. verbunden mit Vertragsstrafenregelung),
  - Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Erreichen der **Altersgrenze** für eine Regelaltersrente in der gesetzlichen Rentenversicherung,
  - **Nachweispflichten** nach dem Nachweisgesetz, insb. Hinweis auf das bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses von Arbeitgeber und Arbeitnehmer einzuhaltende Verfahren, mindestens
    - ✓ das Schriftformerfordernis,
    - ✓ die Kündigungsfristen sowie
    - ✓ die Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage.

## 4. Rechte und Pflichten bei der Freistellung

- Einvernehmliche oder einseitig vom Arbeitgeber angeordnete Freistellung?
- Unterschiede zwischen widerruflicher und unwiderruflicher Freistellung
- Pflichten des Arbeitgebers während der Freistellung
- Pflichten des Arbeitnehmers während der Freistellung

## 4. Rechte und Pflichten bei der Freistellung

Einvernehmliche oder einseitig vom Arbeitgeber angeordnete Freistellung?

- Hauptpflichten im Arbeitsverhältnis :
  - Arbeitspflicht des Arbeitnehmers und
  - Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Vergütung
  
- Es sind sowohl im bestehenden als auch im gekündigten Arbeitsverhältnis vielgestaltige Sachverhaltskonstellationen denkbar, in denen der Arbeitnehmer von der Erbringung seiner Arbeitspflicht entbunden ist.
  
- Teilweise entfällt dann gleichermaßen die Vergütungsverpflichtung aufseiten des Arbeitgebers.

## 4. Rechte und Pflichten bei der Freistellung

### Einvernehmliche Freistellung

- Wird i.d.R. im laufenden (ungekündigten) Arbeitsverhältnis vereinbart.
- Unterschiedliche Gründe, z.B. Erholung (bezahlter Urlaub), Teilnahme an Weiterbildungen, gesundheitliche Gründen (z.B. Krankheit), betrieblichen Notwendigkeiten (z.B. Betriebsferien)
- Arbeitnehmer behält seinen Anspruch auf Fortzahlung des Gehalts (bzw. Entgeltfortzahlung, Urlaubsentgelt), wenn es sich um eine bezahlte Freistellung handelt.
- Abgrenzung zum **Ruhen** des Arbeitsverhältnisses (z.B. bei Vereinbarung eines Sabbaticals).

### Einseitig vom Arbeitgeber angeordnete Freistellung

- Zulässigkeit im laufenden, ungekündigten Arbeitsverhältnis umstritten, da Arbeitnehmer Anspruch auf Beschäftigung (Art. 12 GG) hat.
- **Nach einer Kündigung:** Freistellung dient regelmäßig dem Schutz von Betriebsgeheimnissen, der Vermeidung von Konflikten im Team oder der Verhinderung von Wettbewerbsverstößen.
- Die Freistellung kann vom Arbeitgeber **widerruflicher oder unwiderruflich** erklärt werden.
- Durch Erklärung der Freistellung gerät Arbeitgeber in **Annahmeverzug**.
- **Vergütungsanspruch** des Arbeitnehmers **bleibt** aufrecht, sofern er arbeitsfähig ist.

## 4. Rechte und Pflichten bei der Freistellung

### Widerrufliche Freistellung

- Arbeitgeber behält die Möglichkeit, die erklärte Freistellung zu widerrufen.
- Auf die Widerrufsmöglichkeit sollte der Arbeitgeber in der Freistellungserklärung hinweisen, muss es aber nicht.
- Arbeitnehmer kann während der Freistellung also nicht über seine freie Zeit disponieren wie er will, sondern muss sich bereithalten, seine Arbeitsleistung jederzeit wieder aufzunehmen.
- Es findet **keine Anrechnung** von restlichen oder noch entstehenden Urlaubsansprüchen oder Ansprüchen auf Freizeitausgleich (Arbeitszeitkonto) statt.

### Unwiderrufliche Freistellung

- Aus der **Freistellungserklärung** muss sich unmissverständlich ergeben, dass diese **als unwiderrufliche gewollt** ist. Zweifel gehen zu Lasten des Arbeitgebers!
- Arbeitgeber hat keine Möglichkeit, die einmal erklärte unwiderrufliche Freistellung zu widerrufen. Er bleibt – regelmäßig bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses - an seine Erklärung gebunden.
- Arbeitnehmer kann während der Freistellung vollständig über seine freie Zeit disponieren.
- Arbeitgeber kann restliche oder noch entstehende Urlaubsansprüche oder Ansprüche auf Freizeitausgleich (Arbeitszeitkonto) auf die Dauer der Freistellung **anrechnen**.

# 4. Rechte und Pflichten bei der Freistellung

## Widerrufliche Freistellung

➤ Formulierungsbeispiel:

„Sehr geehrte(r) Herr/Frau \_\_\_\_\_,

hiermit stellen wir Sie ab dem xx.xx.20xx / mit sofortiger Wirkung bis einschließlich zum xx.xx.20xx / bis auf Weiteres widerruflich von der Erbringung Ihrer Arbeitsleistung frei. Die Freistellung erfolgt unter Fortzahlung der vertraglich vereinbarten Vergütung und unter Anrechnung etwaiger Freizeitausgleichsansprüche.“

## Unwiderrufliche Freistellung

➤ Formulierungsbeispiel:

„Sehr geehrte(r) Herr/Frau \_\_\_\_\_,

hiermit stellen wir Sie ab dem xx.xx.20xx / mit sofortiger Wirkung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses, nach unseren Berechnungen zum xx.xx.20xx, unwiderruflich von der Erbringung Ihrer Arbeitsleistung unter Fortzahlung der vertraglich vereinbarten Vergütung frei. Die Freistellung erfolgt zunächst unter Anrechnung von etwaigen restlichen Urlaubsansprüchen und Ansprüchen auf Freizeitausgleich.

Alsdann erfolgt die Freistellung nach Annahmeverzugsgrundsätzen unter Anrechnung anderweitigen Erwerbs und böswillig unterlassenen anderweitigen Erwerbs. Sie sind uns unverzüglich und unaufgefordert schriftlich zur Auskunft über die Art und Höhe eines anderweitigen Erwerbs verpflichtet, unter Vorlage aussagekräftiger Nachweise.

Ihre vertraglichen Nebenpflichten, insbesondere Verschwiegenheitspflichten, Pflichten im Zusammenhang mit Nebentätigkeiten sowie das arbeitsvertragliche Wettbewerbsverbot (§ 60 HGB), bleiben unbeachtet der Freistellung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Kraft.“

## 4. Rechte und Pflichten bei der Freistellung

Was passiert, wenn der Arbeitnehmer während der unwiderruflichen Freistellung krank wird?

- Während der unwiderruflichen Freistellung werden Urlaubsansprüche angerechnet.
- Aber: Die Erfüllung des Urlaubsanspruchs ist nur möglich, wenn überhaupt eine **Arbeitspflicht** im fraglichen Zeitraum besteht (BAG, Urt. v. 18.03.2014 - 9 AZR 669/12 und 9 AZR 877/13).
- Die Erfüllbarkeit des Urlaubsanspruchs hängt daher auch von der **Arbeitsfähigkeit** des Arbeitnehmers ab (BAG, Urt. v. 18.03.2014 - 9 AZR 877/13).

## 4. Rechte und Pflichten bei der Freistellung

Was passiert, wenn der Arbeitnehmer während der unwiderruflichen Freistellung krank wird?

- Wer arbeitsunfähig erkrankt ist, kann durch Urlaubserteilung von seiner Arbeitspflicht nicht mehr befreit werden (LAG Sachsen, Urt. v. 30.05.2024 – 4 Sa 17/23).
- D.h. während einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit können etwaige restliche Urlaubsansprüche nicht angerechnet werden.
- Dafür muss der Arbeitnehmer aber eine ärztliche AUB vorlegen bzw. die Arbeitsunfähigkeit ärztlich feststellen lassen.
- Wiederum kann der Arbeitgeber den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung dadurch erschüttern, dass er tatsächliche Umstände darlegt und im Bestreitensfall beweist, die Zweifel an der Erkrankung des Arbeitnehmers ergeben (BAG, Urt. v. 08.09.2021 – 5 AZR 149/21).

## 5. Zwischen Glanz und Gesetz:

### Betriebliche (Weihnachts-)Feiern – ein rechtsfreier Raum?

- Betriebliche Feiern: Pflichtveranstaltung oder reines Vergnügen?
- Verhalten auf der betrieblichen (Weihnachts-)Feier
- Arbeitsunfall auf einer betrieblichen (Weihnachts-)Feier

## 5. Betriebliche (Weihnachts-)Feiern – ein rechtsfreier Raum?

Betriebliche Feiern: Pflichtveranstaltung oder reines Vergnügen?

- **Betriebliche Feiern:** Sommerfest, Firmenjubiläum, Weihnachtsfeier, etc.
- **Pflicht oder Freiwilligkeit?**
  - Generell steht dem Arbeitnehmer die Entscheidung, ob er an einer Feier teilnimmt oder ihr fernbleibt frei (BAG, Urt. v. 04.12.1970 - 5 AZR 242/70; ArbRAktuell 2023,642).
  - Arbeitgeber hat diesbezüglich kein Weisungsrecht, weil die Feierlichkeit in keinem Zusammenhang mit der originären vertraglich vereinbarten Tätigkeit steht.
    - **keine Teilnahmepflicht.**
  - **Feier innerhalb der Arbeitszeit:** nicht teilnehmender Arbeitnehmer **muss stattdessen arbeiten**, auch wenn die Kollegen in dieser Zeit feiern. Letztere werden von ihrer Arbeitsleistung freigestellt, um an der Firmenfeier teilnehmen zu können (= anlassbezogene Freistellung).
  - **Feier außerhalb der Arbeitszeit:** nicht teilnehmender Arbeitnehmer **muss nicht arbeiten**.
  - Arbeitgeber darf einzelne Arbeitnehmer nur aus sachlichen Gründen von der Feier ausschließen.

## 5. Betriebliche (Weihnachts-)Feiern – ein rechtsfreier Raum?

Betriebliche Feiern: Pflichtveranstaltung oder reines Vergnügen?

### ➤ Betriebliche Feiern – Ist das eigentlich Arbeitszeit?

- Es kommt darauf an, ob die (Weihnachts-)Feier innerhalb oder außerhalb der gewöhnlichen Arbeitszeit stattfindet.
- **Innerhalb der Arbeitszeit:** vergütungspflichtige Arbeitszeit (+)
- **Außerhalb der Arbeitszeit:** **keine** vergütungspflichtige Arbeitszeit, d.h. Arbeitnehmer können auch keine Überstunden aufbauen und anschließend Vergütung verlangen oder diese später „abfeiern“

## 5. Betriebliche (Weihnachts-)Feiern – ein rechtsfreier Raum?

### Verhalten auf der betrieblichen (Weihnachts-)Feier

- Fehlverhalten auf Betriebsfeiern kann arbeitsrechtliche Konsequenzen, von der Abmahnung bis hin zur Kündigung, nach sich ziehen.
- Es kommt hierfür nicht darauf an, ob die Feier innerhalb oder außerhalb der gewöhnlichen Arbeitszeit stattfindet.
  - Nebenpflichten aus dem Arbeitsverhältnis (§ 241 II BGB) bestehen fort.
- Außerdienstliches Verhalten kann arbeitsrechtlich sanktioniert werden, wenn es sich auf den betrieblichen Bereich auswirkt und dort zu Störungen führt.

## 5. Betriebliche (Weihnachts-)Feiern – ein rechtsfreier Raum?

### Verhalten auf der betrieblichen (Weihnachts-)Feier

- Verhaltensbedingte Kündigung wegen einer schuldhaften Pflichtverletzung nur, wenn
  - sog. „negative Zukunftsprognose“ vorliegt;  
d.h. eine Vorausschau muss ergeben, dass sich das Verhalten auch in Zukunft noch belastend auswirken oder sich gar wiederholen wird oder ein vertrauensvolles Verhältnis als Basis der Zusammenarbeit nicht wiederhergestellt werden kann und
  - kein milderes Mittel (z.B. Abmahnung) und
  - Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung muss gegenüber den Interessen an der Fortführung des Arbeitsverhältnisses überwiegen.

## 5. Betriebliche (Weihnachts-)Feiern – ein rechtsfreier Raum?

### Verhalten auf der betrieblichen (Weihnachts-)Feier

#### Skurrile Fälle:

- **Rheinschwimmen** (LAG Düsseldorf, Beschluss v. 18.07.2023 – 3 Sa 211/23): Arbeitnehmer verlässt eine Betriebsfeier auf einem Restaurant- und Partyschiff, nur um kurze Zeit später spärlich bekleidet vom Flussufer zurück zum Schiff zu schwimmen.
  - Außerordentliche Kündigung unwirksam. Abmahnung hätte gereicht, da der Verstoß noch nicht so gravierend war, dass eine Abmahnung sinnlos oder dem Arbeitgeber unzumutbar gewesen wäre.
  
- **Trinkgelage in der Weinkellerei** (LAG Düsseldorf, SPA 2023, 159): Trinkgelage in der hauseigenen Weinkellerei des Betriebs nachdem die betriebliche Weihnachtsfeier bereits zu Ende war. 4 Flaschen Wein konsumiert, Tor zum Betriebsgelände offen gelassen und „Unrat“ hinterlassen.
  - Außerordentliche Kündigung in 1. Instanz unwirksam (Argumentation wie beim „Rheinschwimmen“)
  - 2. Instanz: Pflichtverletzung wiege besonders schwer, da für die beiden Arbeitnehmer geradezu offensichtlich gewesen sei, dass sie die Betriebsräumlichkeiten nach der Feier nicht betreten durften, um dort privat weiterzufeiern. Vorherige Abmahnung sei nicht erforderlich.

## 5. Betriebliche (Weihnachts-)Feiern – ein rechtsfreier Raum?

### Verhalten auf der betrieblichen (Weihnachts-)Feier

#### Skurrile Fälle:

- **Körperliche Auseinandersetzung** (ArbG Osnabrück, Beschluss v. 19.08.2009 - 4 BV 13/08): Arbeitnehmer, seit 24 Jahren im Betrieb und Betriebsratsmitglied, hat auf einer Weihnachtsfeier nachdem andere Mitarbeiter gegen seine spontane Gesangseinlage protestierten, einem seiner Kollegen ins Gesicht geschlagen.
  - Betriebsrat hat Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung verweigert.
  - Arbeitsgericht ersetzte die Zustimmung. Der tätliche Angriff auf einen Kollegen stelle eine schwerwiegende Verletzung der arbeitsvertraglichen Nebenpflichten dar. Vorherige Abmahnung sei nicht erforderlich.
  
- **Sexuelle Belästigung** (ArbG Elmshorn Urt. v. 26.04.2023 – 3 Ca 1501 e/22): Die Aussage des Klägers stelle eine sexuelle Belästigung i.S.d. § 3 IV AGG und damit eine so schwerwiegende Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten gem. § 7 III AGG dar, dass ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 I BGB für eine außerordentliche Kündigung vorlag.

## 5. Betriebliche (Weihnachts-)Feiern – ein rechtsfreier Raum?

### Verhalten auf der betrieblichen (Weihnachts-)Feier

#### Praxistipp

- Sensibilisierung der verantwortlichen Führungskräfte, damit Fehlverhalten frühzeitig erkannt und verhindert wird
- Sollte es doch zu Verstößen kommen, gibt es – je nach Schwere des Verstoßes – verschiedene Handlungsoptionen:
  - Ermahnung
  - Abmahnung
  - Bei schweren Verstößen: Ordentliche Kündigung
  - Bei gravierenden Verstößen: Außerordentliche fristlose Kündigung  
→ nur möglich innerhalb der **Kündigungserklärungsfrist von 2 Wochen ab Kenntnis** der Tatsachen.
  - Besteht nur ein Verdacht einer Pflichtverletzung: **Anhörung** des Arbeitnehmers nach den Grundsätzen der Verdachtskündigung (Wirksamkeitsvoraussetzung)

## 5. Betriebliche (Weihnachts-)Feiern – ein rechtsfreier Raum?

### Arbeitsunfall auf einer betrieblichen (Weihnachts-)Feier

➤ **Arbeitsunfall:** Bei einer betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltung (dazu zählen etwa Betriebsausflüge/-feste und Weihnachtsfeiern) besteht Versicherungsschutz unter den folgenden Voraussetzungen:

- (1) **Veranstaltungszweck** ist die Förderung der Verbundenheit zwischen Betriebsleitung und Beschäftigten und dieser untereinander.
- (2) Veranstaltung ist entweder vom **Betriebsleiter** bzw. Leiter der jeweiligen organisatorisch verselbständigten Einheit selbst **veranstaltet oder von der Betriebsleitung gebilligt und gefördert** (z.B. durch Einladung, Aufruf zur Teilnahme, erhebliche Finanzierung, Arbeitsfreistellung). Persönliche Anwesenheit der Betriebsleitung ist aber nicht erforderlich.
- (3) **Teilnahmemöglichkeit** für alle Angehörigen des jeweiligen Betriebs oder Betriebsteils; (-), wenn von vornherein ersichtlich ist, dass ein nennenswerter Teil der Belegschaft nicht teilnehmen wird.
- (4) **Teilnahme eines wesentlichen Teils** der Beschäftigten ist notwendig, wenn auch ohne Pflicht (26 % genügt)

## 5. Betriebliche (Weihnachts-)Feiern – ein rechtsfreier Raum?

### Arbeitsunfall auf einer betrieblichen (Weihnachts-)Feier

- **Versichert sind alle Tätigkeiten, die mit dem Gesamtzweck der Veranstaltung vereinbar sind** (z.B. Baden während der freien Zeit, Tanzen, Einnahme der Mahlzeiten, Besichtigungen, Wanderungen usw.)
- **Dauer des Versicherungsschutzes:** nur solange die Veranstaltung von der Autorität des Unternehmers getragen ist (z.B. durch seine Anwesenheit oder die von Beauftragten, offizielle Beendigungserklärung usw.).
- Anschließendes Beisammenbleiben, Umherziehen usw. ist also nicht mehr versichert, auch nicht in Begleitung des Unternehmers oder Beauftragter.

## 5. Betriebliche (Weihnachts-)Feiern – ein rechtsfreier Raum?

Arbeitsunfall auf einer betrieblichen (Weihnachts-)Feier

Und der Heimweg?

- Der fällt oft schwer:

Den einen, weil sie nicht gehen wollen, den anderen, weil sie nicht mehr gehen können.

## 5. Betriebliche (Weihnachts-)Feiern – ein rechtsfreier Raum?

### Arbeitsunfall auf einer betrieblichen (Weihnachts-)Feier

#### Was gilt, wenn es zu Verletzungen auf dem Weg von der Weihnachtsfeier nach Hause kommt?

- Bei Wegeunfall besteht Anspruch gegen die Berufsgenossenschaft (BG)
- Ausnahme: Der Arbeitnehmer ist relativ oder absolut **fahruntüchtig** (Alkohol, Cannabis, andere Substanzen) und dies ist **die wesentliche Unfallursache** (medizinisches Sachaufklärung).
- **Entgeltfortzahlung?** → i.d.R.: Ja.

ABER: dann **nicht**, wenn den Arbeitnehmer an der Arbeitsunfähigkeit ein **Verschulden** trifft, z.B. bei einem Verkehrsunfall, wenn der Arbeitnehmer vorsätzlich oder grob fahrlässig Verkehrsvorschriften verletzt und damit seine Gesundheit aufs Spiel gesetzt hat. Ist bei einem Verkehrsunfall Alkohol mit im Spiel und ist der Verkehrsunfall auf den Alkoholkonsum des Arbeitnehmers zurückzuführen, so ist ein Verschulden i.S.d. von § 3 I EFZG anzunehmen (BAG, Urt. v. 11.03.1987 - 5 AZR 739/85).

Herzlichen Dank  
für Ihre Aufmerksamkeit!



Marta Junker  
0751 768 791 -412  
junker@dreher-partner.de