

Rundbrief

ARBEITNEHMERANWÄLTE

Die deutschlandweite Anwaltskooperation für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Betriebs- und Personalräte



Büropersonal für den Betriebsrat

Mehr Zeit für inhaltliche Arbeit (*Bundschuh*) | Seite 3

Die Entwertung der AU-Bescheinigung

Probleme aktueller Rechtsprechung (*Kahl*) | Seite 9

Gerechter bezahlt mit Entgelttransparenzrichtlinie

Was Betriebsräte jetzt schon tun können (*Lange/Windhorst*) | Seite 19



Arbeitnehmer-
Anwälte

in ganz Deutschland

→ Wir haben uns bundesweit zu einer Kooperation von Anwältinnen und Anwälten zusammengeschlossen.

Als Experten mit langjährigen Erfahrungen im Arbeitsrecht beraten und vertreten wir ausschließlich Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Betriebs- und Personalräte, Mitarbeitervertretungen sowie Gewerkschaften. Über die anwaltliche Tätigkeit hinaus bringen sich die Mitglieder der vor 25 Jahren gegründeten Kooperation auch fallübergreifend in die rechtliche und rechtspolitische Diskussion ein.

Kooperationskanzleien befinden sich in: Berlin, Bremen, Essen, Frankfurt am Main, Freiburg im Breisgau, Hamburg/Kiel, Hannover, Mannheim, München, Münster, Nürnberg/Ansbach, Oer-Erkenschwick, Offenburg, Stuttgart und Wiesbaden.

Kontakt Daten finden Sie am Ende dieses Rundbriefs und unter:

www.arbeitnehmer-anwaelte.de

Büropersonal für den Betriebsrat

Mehr Zeit für inhaltliche Arbeit

Der Betriebsrat hat eine Vielzahl von Aufgaben und Beteiligungsrechten. Bei der Diskussion über Handlungsbedarf und Priorisierung kommt er leider oft zu dem Schluss, dass zeitlich gar nicht alles zu schaffen ist. Dies liegt unter anderem daran, dass viele Verwaltungs- und Organisationsaufgaben anfallen und dass die meisten Betriebsratsmitglieder auch noch ihren betrieblichen Job haben, der erledigt werden will. Damit der Betriebsrat Zeit für seine inhaltlichen Aufgaben gewinnt, um die es eigentlich bei der BR-Arbeit gehen soll, bietet das Betriebsverfassungsgesetz ihm die Möglichkeit, sich durch eigenes Büropersonal unterstützen zu lassen.



→ Anspruchsgrundlage

Die Arbeitgeberin hat dem Betriebsrat für die Sitzungen, die Sprechstunden und die laufende Geschäftsführung in erforderlichem Umfang Räume, sachliche Mittel, Informations- und Kommunikationstechnik sowie Büropersonal zur Verfügung zu stellen (§ 40 Absatz 2 BetrVG). Der Gesamtbetriebsrat hat diesen Anspruch in ergänzendem Umfang, nämlich soweit die Mittel, die den einzelnen Betriebsräten zur Verfügung gestellt werden, nicht ausreichen. Gleiches gilt für den Wirtschaftsausschuss.

Wer zählt zum »Büropersonal«?

Zum Büropersonal gehören zunächst **Schreibkräfte**, die sich zum Beispiel um den (E-Mail-)Postverkehr, den Terminkalender, Raumbuchungen, Einladungen, Protokollführung in den Sitzungen des Betriebsrates und seiner Ausschüsse, Wiedervorlagen, Ablage oder Reisebuchungen für Betriebsratsmitglieder kümmern. Bei der Protokollführung durch eine externe Kraft geht es neben der Arbeitsentlastung auch darum, dass sich alle Betriebsratsmitglieder auf die inhaltliche Diskussion konzentrieren können.

Zum Büropersonal zählen auch andere Personen, die den Betriebsrat durch Hilfstätigkeiten bei der Wahrnehmung seiner Amtstätigkeit unterstützen. Sie können für den Betriebsrat **Vervielfältigungsaufgaben** oder **Botendienste** erledigen. Darüber hinaus werden Hilfspersonen erfasst, die der Betriebsrat für die **Vorbereitung und Abwicklung von Entscheidungen** über die Wahrnehmung seiner Beteiligungsrechte benötigt, inklusive **fachlicher Zuarbeit**. So könnte das Personal zum Beispiel damit beauftragt werden, die Zeiterfassungsdokumente durchzusehen und dem Betriebsrat oder dem Arbeitszeitausschuss für seine nächste Sitzung eine Liste vorzubereiten, ob und, wenn ja, welche Verstöße es im letzten Monat gegen den Schichtplan, Rahmenzeiten einer Gleitzeit-Betriebsvereinbarung oder das Arbeitszeitgesetz gab.

Auch anspruchsvollere Aufgaben, wie die **Recherche** für ein bestimmtes vom Betriebsrat vorgegebenes Thema, zu dem der Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung entwerfen möchte, kann er delegieren. Das Büropersonal kann **Musterbetriebsvereinbarungen** und **Checklisten** zusammenstellen oder anhand von inhaltlichen Stichpunkten des Betriebsrates einen ersten Entwurf für eine Betriebsvereinbarung formulieren. Denkbar sind auch Hilfspersonen, die der Betriebsrat im Rahmen des Meinungs- und Informationsaustauschs mit der Belegschaft zur **Informationsvermittlung** heranzieht, die zum Beispiel für den Betriebsrat Informationsmaterial verteilen oder Anliegen der Beschäftigten sammeln und zum Betriebsrat bringen. Auch **technisches Personal** für die Herstellung von IT-Sicherheit kann erforderlich sein.

Wichtig ist, dass es immer nur um **Unterstützungstätigkeit** gehen darf, die **inhaltliche Arbeit** des Betriebsrats und seine Entscheidungen können **nicht delegiert werden**.

Erforderlichkeit

Die Entscheidung, ob und gegebenenfalls welche im Zusammenhang mit der Betriebsratsarbeit anfallenden Tätigkeiten einer Bürokraft übertragen werden, obliegt dem Betriebsrat. Der Anspruch auf Büropersonal besteht unabhängig davon, ob im Betriebsratsbüro technische Hilfsmittel wie PCs vorhanden sind oder ob ein freigestelltes Betriebsratsmitglied selbst über schreibtechnische Fähigkeiten verfügt.

Der Betriebsrat ist nicht verpflichtet, sämtliche Bürotätigkeiten eigenständig zu erledigen. Dies gilt auch, weil die Erledigung umfangreicher und zeitaufwändiger Büroaufgaben das berufliche Fortkommen behindern kann. Dadurch kann wiederum die Bereitschaft, ein Betriebsratsamt zu übernehmen, negativ beeinflusst werden. Schon die eigentliche Betriebsratsarbeit kann Nachteile für das berufliche Fortkommen nach sich ziehen. Gesetzlich ist daher geregelt, dass das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats einschließlich eines Jahres nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden darf als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmender mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung (§ 37 Absatz 4 BetrVG). Dies gilt nicht nur für freigestellte Betriebsratsmitglieder. Nachteile wegen der Übernahme des Betriebsratsamtes sollen verhindert werden. Nachteile, die auf der Verrichtung reiner Büroarbeiten beruhen, sind leicht vermeidbar. Das einzelne Betriebsratsmitglied hat möglicherweise auch Interesse an beruflichem Weiterkommen und wird, indem es weitere Zeit für Büroarbeiten aufwenden soll, von seiner eigentlichen beruflichen Tätigkeit weiter entfremdet. Dem Zweck des Schutzes der beruflichen Entwicklung entspricht es deshalb eher, solche Nachteile gar nicht erst auftreten zu lassen, als sie hinterher – mit allen Unwägbarkeiten, die wegen der Darlegungslast zu Lasten der Betriebsratsmitglieder gehen – auszugleichen.

Bezweifelt die Arbeitgeberin, dass die Unterstützung durch Personal erforderlich ist, muss der Betriebsrat klar darlegen, welche Arbeiten durch eine Bürokraft übernommen werden sollen und welchen zeitlichen Umfang diese Tätigkeiten erfordern. Für kleinere Betriebe kann es ausreichend sein, dass Büropersonal nur an bestimmten Tagen oder zu begrenzten Zeiten zur Verfügung steht. In größeren Betrieben kommt dagegen die Einstellung mehrerer Schreib- oder Hilfskräfte für die Bewältigung der Zuarbeiten in Betracht. Es gibt keine Standardwerte oder einen Automatismus nach Betriebsratsgröße, **entscheidend ist stets der tatsächliche Arbeitsanfall im jeweiligen Betriebsratsbüro.**

In der praktischen Umsetzung muss der Betriebsrat zunächst alle Hilfsaufgaben für seine Betriebsratsarbeit auflisten, die er an das Personal übertragen möchte. Dann müssen die Personen, die diese Aufgaben derzeit erledigen, über einen längeren Zeitraum (mindestens einen Monat, besser drei Monate) **dokumentieren**, wie lange sie für die jeweilige Aufgabe benötigen. Daraus werden dann Durchschnittswerte ermittelt und aufgelistet. Aus der Hochrechnung aufs Jahr ergibt sich sodann der benötigte Stellenumfang.

Betriebsrats-Sitzung	Minuten
Einladung (anhand der Urlaubsliste, Einladung senden, Rückmeldung überwachen, Ersatzteilnehmer einladen, Anwesenheitsliste vorbereiten)	10
Tagesordnung schreiben: personelle, betriebliche und Betriebsrats-themen zusammenstellen, Klärung formeller Fragen, Unterlagen digital ablegen, ausdrucken, Mappe erstellen, TO-Ergänzung gesondert schreiben	180
TO ausdrucken bzw. kopieren, Kollegen bereitstellen	15
Protokollführung	160
Niederschrift erstellen (durchschnittlich 4 Seiten)	40
Unterschriften einholen	5
Beschlüsse ausfertigen, erste Nachbearbeitung der Unterlagen, Beschlüsse versenden und zur Personalabteilung bringen	30
Nacharbeit: Ablage, Termin-Wiedervorlage, Aufnahme der Themen in Übersichtslisten	90
Summe pro Sitzung	530

Der Betriebsrat hat bei seiner Entscheidung aber nicht nur die Interessen der Belegschaft an einer ordnungsgemäßen Ausübung des Betriebsratsamts, sondern auch **berechtigte Belange der Arbeitgeberin**, insbesondere deren Kostenbelastung, **angemessen** zu **berücksichtigen**. In einem letzten Abwägungsprozess muss daher der Betriebsrat auch die finanzielle Situation des Unternehmens in den Blick nehmen und anhand dieser entscheiden, ob er es unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Betrieb und im Betriebsrat, insbesondere des Umfangs der anfallenden Betriebsratstätigkeit, der technischen Ausstattung des Betriebsratsbüros, der Kenntnisse und Fähigkeiten seiner Mitglieder und der wirtschaftlichen Lage des Betriebs als sachgerecht ansieht, sämtliche Bürotätigkeiten von Büropersonal erledigen zu lassen

und nicht zumindest einen Teil der Bürotätigkeiten, wie bisher, selbst durchzuführen.

Der Betriebsrat muss seine Entscheidung durch einen offiziellen Beschluss festlegen, der den Bedarf und den gewünschten Umfang (Stunden pro Woche) enthält. Dann ist die Arbeitgeberin über diesen Beschluss zu informieren und zur Bereitstellung aufzufordern. Das Personal wird dem Betriebsrat nämlich nur „überlassen“, der Betriebsrat darf es sich also nicht selbst suchen und einstellen.

Die Auswahl der konkreten Person(en) ist Sache der Arbeitgeberin. Sie bleibt Disziplinarvorgesetzte, während der Betriebsrat fachlich weisungsbefugt ist. Allerdings muss die Arbeitgeberin die Auswahl nach dem Grundsatz der vertrauensvollen

Zusammenarbeit vornehmen, die Person muss also sowohl fachlich als auch persönlich geeignet sein. Korrespondierend dazu steht dem Betriebsrat ein **Ablehnungsrecht** bei mangelndem Vertrauen in das bedarfsgerechte Leistungsvermögen oder die Person der Bürokraft zu. Denn natürlich ist der Betriebsrat auf Stillschweigen über Betriebsratsinterna angewiesen.

Fazit und Ausblick

Erstaunlich wenige Betriebsräte haben bisher Büropersonal, das sie unterstützt. Dabei lassen sich Betriebsräte zur Wahl aufstellen, weil sie den Interessen der Belegschaft so gut wie möglich zur Geltung verhelfen wollen, statt frustriert in Begleitbürokratie zu versinken. Durch die Zeiterfassung über einen längeren Zeitraum entsteht zwar vorübergehend ein zusätzlicher Aufwand. Aber es lohnt sich: Alle Betriebsratsmitglieder könnten mehr Zeit für die Umsetzung ihrer betriebspolitischen Ziele gewinnen und besser in ihrer beruflichen Karriere Anschluss halten. Betriebsräte sollten daher die Möglichkeiten, die ihnen § 40 Absatz 2 BetrVG gibt, endlich auch für Personal nutzen.

Summe der benötigten Zuarbeiten
aller Betriebsratsmitglieder:
1.561 Stunden

„Aktive“ Arbeitstage pro Jahr:
251 Tage
- 30 Tage Urlaub
- Krankheitsquote
= 215 Tage

$1.561 \text{ Stunden} \div 215 \text{ Tage}$
= 7,26 Stunden/Tag

$\times 5 \text{ Tage/Woche}$
= 36,31 Stunden/Woche

Siehe:

- Personalanspruch des Wirtschaftsausschusses: Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 17.10.1990, Aktenzeichen 7 ABR 69/89, www.prinz.law/static/urteile/pdf/BAG_7_ABR_69-89.pdf
- Protokollführungskraft für Sitzungen, damit sich alle Gesamtbetriebsratsmitglieder auf die Diskussion konzentrieren können: Arbeitsgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 09.01.1997, Aktenzeichen 11 BV 495/95, Juris
- Hilfspersonen für die Vorbereitung und Abwicklung von Entscheidungen: Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 19.06.2012, Aktenzeichen 1 ABR 19/11, www.bundesarbeitsgericht.de/entscheidung/1-abr-19-11/
- Kommunikationsbeauftragte: Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 29.04.2015, Aktenzeichen 7 ABR 102/12, www.bundesarbeitsgericht.de/entscheidung/7-abr-102-12/
- Erforderlichkeit für die Verwendung von Büropersonal: Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 20.04.2005, Aktenzeichen 7 ABR 14/04, <https://lexetius.com/2005,1700>
- Büropersonal zur Vermeidung beruflicher Nachteile von Betriebsratsmitgliedern: Arbeitsgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 30.06.1999, Aktenzeichen 9 BV 315/98, Juris



Rechtsanwältin Veronica Bundschuh

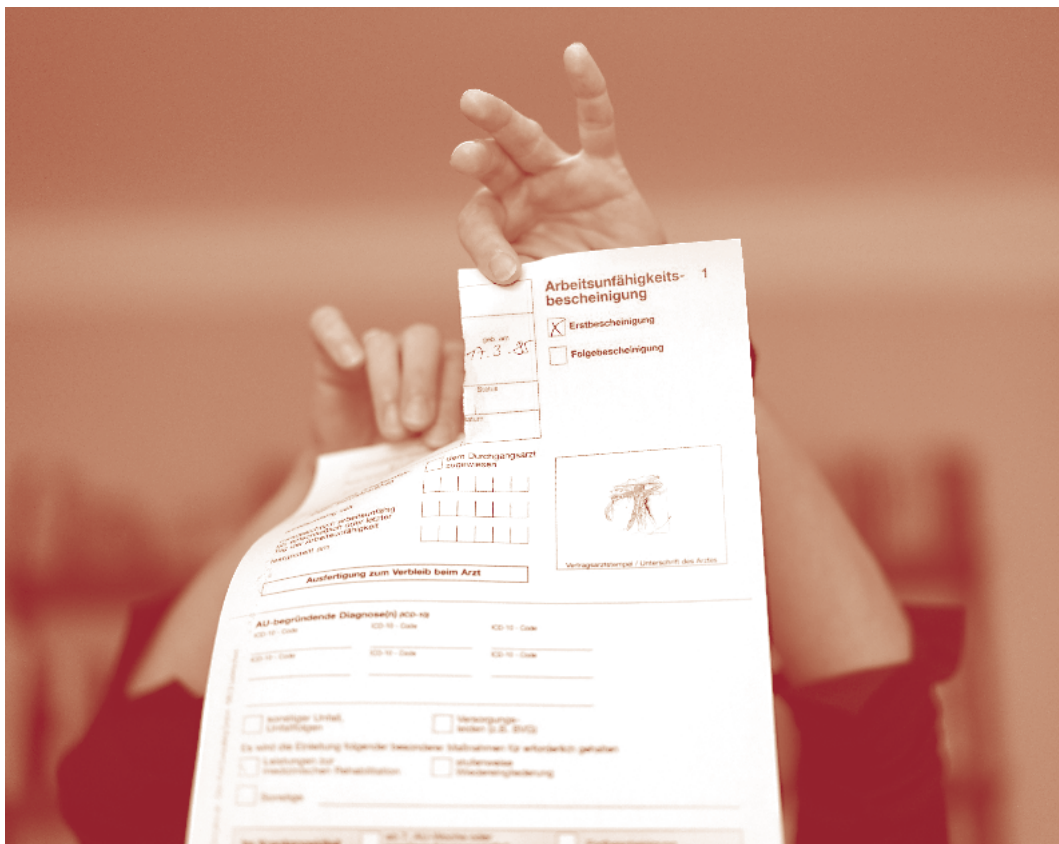
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Münster

Die Entwertung der AU-Bescheinigung

Probleme aktueller Rechtsprechung

Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung galt lange als nahezu unangreifbarer Beweis für krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit. Arbeitgeber konnten sie nur in Ausnahmefällen anzweifeln. Das Bundesarbeitsgericht hat diese Position jedoch in mehreren Entscheidungen relativiert. Der Beweiswert konnte zwar schon bislang erschüttert werden, wenn konkrete Umstände ernsthafte Zweifel an der Erkrankung begründeten. Seit 2021 wird aber ein zeitlicher Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses stärker gewichtet. Die teils fragwürdigen Maßstäbe der Rechtsprechung können sogar Auswirkungen auf den Ausgang von gerichtlichen Kündigungsschutzverfahren haben.



→ Früher: Bescheinigung reicht

Ursprünglich hatte das BAG in ständiger Rechtsprechung angenommen, dass der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, die ein Arzt ordnungsgemäß ausgestellt hat, „**ein hoher Beweiswert**“ zukommt. Sie sei der gesetzlich vorgesehene und gewichtigste

Beweis dafür, dass der Arbeitnehmer krankheitsbedingt arbeitsunfähig ist. Nach Vorlage dieser Bescheinigung könne der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung nicht mehr mit der bloßen Behauptung verweigern, es liege keine Arbeitsunfähigkeit vor. Dem Gesetz sei die Wertung zu entnehmen, dass die AU-Bescheinigung das für den Arbeitnehmer grundsätzlich erforderliche, aber auch **ausreichende Beweismittel** für seinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung darstelle.

Damit komme letztlich zum Tragen, dass der Gesetzgeber nach der Lebenserfahrung die AU-Bescheinigung als den auf ärztlicher Sachkunde beruhenden Nachweis der Arbeitsunfähigkeit werte. Einem Landesarbeitsgericht, das anderer Meinung war, bescheinigte das BAG im Jahr 1992, es habe seiner Auffassung „die private und deshalb nicht nachvollziehbare Annahme zugrundegelegt“, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen würden in erheblichem Ausmaß missbräuchlich ausgestellt. Wenn das LAG der Bescheinigung des Arztes keinen Beweiswert zuerkenne, dann erhebe es den sicher möglichen und grundsätzlich auch vorkommenden Missbrauch zum Regeltatbestand. Darin komme „letztlich eine nicht erträgliche **Diskriminierung aller Ärzte** zum Ausdruck“. Dabei übersehe das Berufungsgericht auch, dass in den Arbeitsunfähigkeits-Richtlinien (AURL), die der Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen verabschiedet hat, die Pflichten des Arztes und seine Verantwortung bei der Feststellung von Arbeitsunfähigkeit eingehend beschrieben seien.

Missbrauchsfällen sei der Arbeitgeber nicht schutzlos ausgesetzt. Er könne Umstände darlegen, die, wenn sie offenbar oder erwiesen seien, im Rahmen der gerichtlichen Beweiswürdigung Bedenken gegen die attestierte Arbeitsunfähigkeit begründeten. Lügen solche Bedenken vor, so könne der Arbeitnehmer verpflichtet sein, weiteren Beweis zu erbringen, oder es könnten die Voraussetzungen erfüllt sein, um die Krankenkasse für verpflichtet anzusehen, eine gutachterliche Stellungnahme des Medizinischen Dienstes einzuholen, insbesondere auf Verlangen des Arbeitgebers.

Wende in der Pandemie

Ab dem Jahr 2021 klingen die Urteile des BAG zwar erst einmal nicht sehr viel anders: Der Beweis krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit werde in der Regel durch die Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung geführt. Diese sei das gesetzlich vorgesehene und wichtigste Beweismittel. Die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung reiche aus, um dem Arbeitgeber das Recht zur Leistungsverweigerung zu entziehen (§ 7 Absatz 1 Nr. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz). Diese gesetzgeberische Wertentscheidung strahle auch auf die beweisrechtliche Würdigung aus. Der ordnungsgemäß ausgestellten AU-Bescheinigung komme aufgrund des Entgeltfortzahlungsgesetzes ein hoher Beweiswert zu. Der Richter könne normalerweise den Beweis einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit als erbracht ansehen, wenn eine AU-Bescheinigung vorgelegt werde. Das BAG verweist dabei unter anderem auf die oben genannte Entscheidung von 1992.

Die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung begründe **jedoch keine gesetzliche Vermutung** einer tatsächlich bestehenden Arbeitsunfähigkeit mit der Folge, dass nur der Beweis des Gegenteils zulässig wäre. Aufgrund des gesetzlich vorgegebenen hohen Beweiswerts der AU-Bescheinigung genüge andererseits jedoch ein „bloßes Bestreiten“ der Arbeitsunfähigkeit mit Nichtwissen durch den Arbeitgeber nicht. Vielmehr könne der Arbeitgeber den Beweiswert der vorliegenden Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nur **dadurch erschüttern, dass er tatsächliche Umstände darlegt** und im Bestreitensfall beweist, die **Zweifel an der Erkrankung** des Arbeitnehmers ergeben. Nur dann komme der ärztlichen Bescheinigung kein Beweiswert mehr zu. Der Arbeitgeber sei dabei nicht auf die Beispiele in § 275 Absatz 1a SGB V beschränkt. Dabei handelt es sich um die Fälle,

„in denen

- Versicherte auffällig häufig oder auffällig häufig nur für kurze Dauer arbeitsunfähig sind oder der Beginn der Arbeitsunfähigkeit häufig auf einen Arbeitstag am Beginn oder am Ende einer Woche fällt oder
- die Arbeitsunfähigkeit von einem Arzt festgestellt worden ist, der durch die Häufigkeit der von ihm ausgestellten Bescheinigungen über Arbeitsunfähigkeit auffällig geworden ist“.

Dass der Arbeitgeber nur diese Anhaltspunkte vorbringen dürfen soll, dafür gebe es nach Wortlaut, Systematik und Zweck der Regelung, der in der Bekämpfung eines Missbrauchs der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall liege, keine hinreichenden Anhaltspunkte. Diese Bestimmung gebe dem Arbeitgeber lediglich ein zusätzliches Instrument zur Erschütterung des Beweiswerts an die Hand. Nach der Neufassung des § 275 SGB V sind die Krankenkassen zur Beseitigung von Zweifeln (früher: begründeten Zweifeln) an der AU verpflichtet, ein Gutachten einzuholen (§ 275 Absatz 1 Nr. 3b). In seinem oben zitierten Absatz 1a beschreibt die Norm in Regelbeispielen, unter welchen Voraussetzungen Zweifel bestehen. Tatsachen, die den Beweiswert erschüttern, können sich nach Auffassung des BAG aber auch aus dem eigenen Sachvortrag des Arbeitnehmers oder aus der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung selbst ergeben.

Der Arbeitgeber muss also nicht den Beweis der Arbeitsfähigkeit führen. Er kann Tatsachen vortragen, aus denen der Schluss zu ziehen sein kann, dass der Beweiswert der AUB erschüttert ist. Dann muss der Arbeitnehmer, der für die Tatsache der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit beweispflichtig geblieben ist, weiteren Beweis neben der AUB führen, zum Beispiel durch Vernehmung des behandelnden Arztes nach Befreiung von der Schweigepflicht.

Zweifel aufgrund objektiver Tatsachen

Nach dieser Rechtsprechung ist entscheidend, ob objektive Tatsachen Zweifel begründen. Dies wird in den Entscheidungen der Arbeitsgerichte seit der dargestellten Entscheidung des BAG aus dem Jahr 2021 allerdings, anders als früher, auffällig häufig und **vor allem im Zusammenhang mit Kündigungen** angenommen.

Bereits vor 2021 erschütterten nach der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte folgende Sachverhalte den Beweiswert einer AUB:

- **„Dann bin ich eben krank!“** – Der Arbeitnehmer kündigt sein Fernbleiben nach einer Auseinandersetzung mit dem Arbeitgeber oder nach dessen Weigerung an, Urlaub zum gewünschten Termin zu gewähren.
- **„Brückentagsgrippe“** – Der Arbeitnehmer wird regelmäßig am Ende seines Urlaubs oder im unmittelbaren Anschluss daran krank oder auch im Umfeld von Brücken- und Feiertagen oder vor oder nach Wochenenden.
- **„Aber Sie sind doch Rechtshänder!?“** – Der Arbeitnehmer macht widersprüchliche Angaben zum Hergang eines die Arbeitsunfähigkeit herbeiführenden Unfalls.
- **„So geht's mir schon seit einer Woche.“** – Rückdatierung der AUB entgegen der Vorgabe der AURL.
- **„Ungeahnte Kräfte“** – Der Arbeitnehmer geht während der attestierten AUB einer Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber nach.

Nunmehr kommen mit der neueren Rechtsprechung des BAG jedoch neue vermeintlich typische Konstellationen hinzu:

- **„Ab jetzt braucht man mich nicht mehr.“** – Zeitliche Koinzidenz mit Kündigungen, zum Beispiel: AUB exakt ab Zugang der Kündigung oder Ausspruch der Eigenkündigung bis zum Ende der Kündigungsfrist
- **„Krankheit nach Maß“** – Passgenaue Krankschreibung: AUB deckt exakt den Zeitraum eines unerwünschten Einsatzes oder Konflikts oder der Kündigungsfrist ab.

Auffallend und ungewöhnlich ist es nach Auffassung des BAG, wenn eine zeitliche Deckungsgleichheit besteht zwischen der in Kenntnis einer Kündigung bescheinigten Arbeitsunfähigkeit und dem Zeitraum bis zur Beendigung. Dies betreffe zum Beispiel Fälle, in denen ein Arbeitnehmer, der sein Arbeitsverhältnis kündigt, am Tag der Kündigung arbeitsunfähig krankgeschrieben wird und die bescheinigte Arbeitsunfähigkeit passgenau die Dauer der Kündigungsfrist umfasst. Maßgeblich sei, dass der Arbeitnehmer zu einem Zeitpunkt, zu dem feststeht, dass das Arbeitsverhältnis enden soll, arbeitsunfähig werde und bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bleibe. Ob die erste AU-Bescheinigung alleine den Zeitraum der Kündigungsfrist abdeckt oder es mehrere aufeinander folgende Feststellungen der Arbeitsunfähigkeit gibt, sei nicht entscheidend. Entsprechendes gelte in der Regel für die Frage, ob die AU-Bescheinigungen – soweit mitgeteilt – eine oder mehrere verschiedene Diagnosen aufweisen.

Auswirkungen auf die Beweislast

Wird der Beweiswert erschüttert, hat dies Auswirkungen auf die Darlegungs- und Beweislast: Beschäftigte müssen dann zunächst (in der Regel als medizinische Laien)

konkret darlegen, warum sie arbeitsunfähig waren. Hierzu sind detaillierte Angaben zum Beispiel dazu erforderlich, welche Krankheiten vorgelegen haben, welche gesundheitlichen Einschränkungen bestanden haben und welche Verhaltensmaßnahmen oder Medikamente ärztlich verordnet wurden. Der Arbeitnehmer muss also zumindest laienhaft bezogen auf den gesamten Entgeltfortzahlungszeitraum schildern, welche konkreten gesundheitlichen Beeinträchtigungen mit welchen Auswirkungen auf seine Arbeitsfähigkeit bestanden haben. Im Streitfall kann sogar eine ärztliche Zeugenaussage oder die Einholung eines Sachverständigengutachtens erforderlich werden.

Fälle vor den Instanzgerichten

Das Landesarbeitsgericht Niedersachsen macht aus dieser Rechtsprechung des BAG Folgendes: In einem Rechtsstreit um Entgeltfortzahlung entschied es 2025 im Einklang mit der Rechtsprechung des BAG, der Beweiswert von (mehreren) ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen sei als erschüttert anzusehen, wenn ein Arbeitnehmer **am selben Tag erkrankte und sich zum Ausspruch einer Eigenkündigung entschließe**. In welcher Reihenfolge die beiden Ereignisse nach der Behauptung des Arbeitnehmers eingetreten seien, sei objektiv nicht überprüfbar und rechtlich nicht von Belang. Entscheidend sei, dass die beiden Ereignisse zeitlich eng zusammenfallen, was für einen objektiven Dritten, der die näheren Umstände nicht kennt, geeignet sei, Zweifel am Bestehen der Arbeitsunfähigkeit zu wecken. Hinzu komme, dass die Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende der Arbeitspflicht (dem 13.09.) bescheinigt wurde. Mindestens in der Gesamtschau seien diese Umstände geeignet, den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zu erschüttern.

Damit lässt das LAG die Tatsache, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erkrankung des Arbeitnehmers feststeht, genügen, um den „hohen Beweiswert“ der AU-Bescheinigung zu erschüttern, und das, obwohl die Arbeitnehmerin in dem entschiedenen Fall nicht etwa eine mehrere Wochen umfassende AUB, sondern mehrere Folgebefreiungen vorgelegt hatte. Das überzeugt nicht. Anderenfalls wäre die gesetzliche Entgeltfortzahlung während der Kündigungsfrist grundsätzlich in Frage gestellt.

Weiter stützt sich das LAG auf die Art der Symptome: Erkläre ein Arzt, seinen Patienten Glauben bereits dann zu schenken, wenn diese ihm psychische Symptome schildern, und nehme er daraufhin ohne weitere Nachfragen an, dass Arbeitsunfähigkeit vorliege, sei seine Aussage in der Regel nicht geeignet, den Beweis für eine Arbeitsunfähigkeit zu führen.

Diese Annahme des Gerichts ist ebenfalls äußerst zweifelhaft. Die Arbeitnehmerin hatte in diesem Fall geschildert, sie habe die Situation am Arbeitsplatz in den Monaten vor ihrer Kündigung als belastend empfunden. Aufgrund Personalmangels habe sich das Arbeitspensum stetig erhöht. Bereits seit Juli habe sie unter massiven

Schlafproblemen gelitten und ganze Nächte nicht schlafen können. Sie habe erhöhten Druck verspürt und sich von der Arbeit zunehmend erschöpft gefühlt, sodass sie nach der Arbeit regelmäßig kurz eingeschlafen und dann schnell wieder erwacht sei und im Nachgang lange gar nicht habe schlafen können. Sie habe ihren Vorarbeiterinnen mehrfach die Überlastung angezeigt, was ignoriert worden sei. Nachdem sie am 09.08. abermals angezeigt habe, dass sie ihre Arbeit nicht mehr allein schaffe, sei sie „abgewimmelt“ worden und habe in der Folge zuhause einen Nervenzusammenbruch erlitten, bei dem sie am ganzen Körper gezittert habe. Das Wochenende über habe sie dann an Schlaflosigkeit, Grübeln, völliger Erschöpfung und Ängsten gelitten, weswegen sie sodann am Montag, den 12.08. ihre Ärztin aufgesucht habe. Ihre Erschöpfung sei so groß gewesen, dass sie nicht einmal mehr einfache Tätigkeiten in ihrem eigenen Haushalt wie Staubsaugen oder Wäschewaschen habe ausführen können. Die Tochter der Klägerin habe die Haushaltsführung für die Familie für die folgenden Wochen vollständig übernehmen müssen. – Diese psychischen Symptome lassen sich im Patientengespräch kaum objektiv überprüfen, was aber nicht bedeutet, dass sie nicht vorliegen. Sollen solche Symptome zukünftig allein nicht mehr geeignet sein, um Arbeitsunfähigkeit zu begründen? Und dies in einer Zeit, in der längst allgemein bekannt ist, wie massiv sich psychische Belastungen auf die Gesundheit auswirken können. Muss ein Arzt nach Auffassung des Gerichts also seinen Patienten mit psychischen Symptomen misstrauen, um ein guter und im Arbeitsgerichtsprozess glaubwürdiger Arzt zu sein? Dabei ist auch relevant, dass nach den AU-Richtlinien Arbeitsunfähigkeit zum Beispiel bereits dann vorliegt, wenn auf Grund eines bestimmten Krankheitszustandes, der für sich allein noch keine Arbeitsunfähigkeit bedingt, absehbar ist, dass aus der Ausübung der Tätigkeit für die Gesundheit oder die Gesundung abträgliche Folgen erwachsen, die Arbeitsunfähigkeit unmittelbar hervorrufen (§ 2 Absatz 1 Satz 3). Das dürfte für psychische Belastungen und Symptome oft zutreffen.

Genauso fragwürdig erscheint eine Annahme des Gerichts zu den Praxisabläufen: Unterschreibe ein gemeinsam mit dem betreffenden Arzt praktizierender Kollege Folgebescheinigungen „auf Zuruf“ des in einer anderen Untersuchung gebundenen Arztes, ohne den Patienten zu sehen, liege hierin ein grober Verstoß gegen die AU-Richtlinie (§ 4 Absatz 5) und eine solche, regelhaft vorgenommene, Handhabung sei derart mangelbehaftet, dass von einer hinreichend sachkundigen, belastbaren ärztlichen Feststellung einer Arbeitsunfähigkeit nicht die Rede sein könne. – Selbst wenn in diesem Fall ein Verstoß gegen die AURL vorliegt, die vorsieht, dass stets eine ärztliche Untersuchung vorzunehmen ist, dann ist zu fragen, ob dieser wirklich als grob einzustufen ist, wenn es lediglich um eine Folge- und nicht um eine Erstbescheinigung geht, und warum ein Arbeitnehmer, der tatsächlich arbeitsunfähig ist und auf die Praxisorganisation keinerlei Einfluss hat, die erheblichen Risiken tragen muss, die sich daraus ergeben. Anders gesagt: Wie kommt ein Arbeitnehmer an einen Arzt, der dem LAG Niedersachsen ausreicht?

Das, was das BAG 1992 noch als private und pauschal diskriminierende Annahme qualifiziert hat (Ärzte stellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen in erheblichem Ausmaß missbräuchlich aus), wird nun mit Entscheidungen wie derjenigen des LAG Niedersachsen „salonfähig“ gemacht.

Missbrauch auf Arbeitgeberseite

Es genügt zwar kein bloßes Bauchgefühl des Arbeitgebers, denn er muss Indizien für die Erschütterung des Beweiswertes anführen; aber die neuere Rechtsprechung ermuntert zu Missbrauch auf Arbeitgeberseite. Ein Mandat aus diesem Jahr zeigt dies eindrucksvoll:

Der Arbeitgeber hatte der Arbeitnehmerin ein Jahr nach ihrer Einstellung – ohne jegliche Beanstandungen der Arbeitsleistung oder des Verhaltens – überraschend einen **Aufhebungsvertrag** vorgelegt. Diesen wollte sie nicht ungeprüft unterschreiben und nahm deshalb anwaltlichen Rat in Anspruch. Die Arbeitgeberin mahnte wiederholt die Unterschrift an und beorderte die Mandantin trotz vorheriger Freistellung täglich ins Büro, als klar wurde, dass eine Einigung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht ohne Weiteres möglich sein würde. Dies geschah, obwohl bei der Arbeitgeberin weit überwiegend im Homeoffice gearbeitet wird und grundsätzlich keine Anwesenheitspflicht im Büro bestand.

Diesem Druck fühlte sich die junge Berufsanfängerin psychisch nicht mehr gewachsen und wurde krank, was ihre Ärztin durch Ausstellung einer AU-Bescheinigung bestätigte. Als die Anwälte telefonisch über eine Anpassung des Aufhebungsvertrages verhandelt hatten, ohne zu einer Einigung zu kommen, wurde von Arbeitgeberseite mitgeteilt, **man zweifele die AUB an, da sie im Zusammenhang mit dem Angebot des Aufhebungsvertrages stehe**, stelle die Entgeltfortzahlung ein und werde eine **Verdachtskündigung** aussprechen. Denn unentschuldigtes Fehlen unter Vortäuschung von krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu begründen. Die Rechtsprechung zum abgeschwächten Beweiswert der AU-Bescheinigung für die Entgeltfortzahlung betrifft zwar nicht das Kündigungsschutzrecht; es ist der Arbeitgeber, der den Kündigungsgrund darlegen und beweisen muss, hier also das unerlaubte Fehlen, ohne krank zu sein. Gerade mit Rückgriff auf die anerkannte Möglichkeit einer Verdachtskündigung ist der Arbeitgeber aber nicht gehindert, mit einer Kündigung faktischen Druck aufzubauen, und kann vielleicht sogar auf ein Gericht hoffen, das die Überlegungen zur „Verdächtigkeit“ von AU-Bescheinigungen auf eine Kündigung überträgt.

Die neue „Antimissbrauchsrechtsprechung“ birgt also die Gefahr, ihrerseits missbraucht zu werden durch:

- Generalverdacht gegenüber Beschäftigten
- Einschüchterungseffekte
- Versuche, AUBs systematisch in Frage zu stellen

Praktische Konsequenz für die Beschäftigten ist ein höheres Risiko, dass die Entgeltfortzahlung aufgrund von behaupteten Zweifeln verweigert wird oder das Arbeitsverhältnis lediglich „auf Verdacht“ beendet wird. Damit schaffen Arbeitgeber Fakten, denen der Arbeitnehmer aufgrund der entwickelten Beweislastregeln nur durch eine frühzeitige Offenlegung von sensiblen Gesundheitsdaten oder Entbindung seiner Ärzte von der Schweigepflicht begegnen kann – was aber risikoreich ist – oder durch Abwehr im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Dies kostet Geld, Zeit und nicht selten massiv Nerven und kann dazu führen, dass sich schnell auf einen schlechten arbeitsgerichtlichen Vergleich eingelassen wird, um dem Druck so zügig wie möglich zu entkommen.

Wie können Betriebs- und Personalräte unterstützen?

Betriebs- und Personalräte werden aufgrund der dargestellten Rechtsprechung vorhersehbar häufiger mit Situationen konfrontiert, in denen Arbeitgeber AU-Bescheinigungen anzweifeln, Entgeltfortzahlung verweigert wird und Druck auf Beschäftigte durch Verdachtskündigungen entsteht. Sie sollten daher besonders auf

- Gleichbehandlung (keine willkürliche Auswahl von „Verdachtsfällen“),
- Datenschutz (Gesundheitsdaten sind besonders sensibel!) und
- Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen des Arbeitgebers achten.

Zu beachten ist auch, dass sich das Problem bei zunehmender Dauer der Arbeitsunfähigkeit verschärft: Braucht der Arbeitgeber in den ersten sechs Wochen der Entgeltfortzahlung noch die oben skizzierten – wenn auch schwachen – Anhaltspunkte, um die AU-Bescheinigung zu bezweifeln, so gibt das BAG ihm danach sozusagen völlige Verweigerungsfreiheit. Denn seit 2023 gesteht das BAG dem Arbeitgeber zu, ohne jede Begründung eine sog. **Fortsetzungserkrankung** zu behaupten und die Entgeltfortzahlung zu verweigern. Erst wenn der Arbeitnehmer dann darlegen und beweisen kann, dass es sich um eine neue Erkrankung handelt, kann er über sechs Wochen hinaus Entgeltfortzahlung erreichen (Neuinterpretation des § 3 Absatz 1 Satz 2 Entgeltfortzahlungsgesetz).

Handlungsmöglichkeiten für Betriebs- und Personalräte

1 Sensibilisierung der Belegschaft

Der Betriebsrat kann die Beschäftigten über die neuere Rechtsprechung der Arbeitsgerichte und ihre Auswirkungen informieren und auf Beratungsangebote von Gewerkschaften und Rechtsanwälten aufmerksam machen.

2 Klare betriebliche Regeln einfordern

Der Betriebsrat sollte beim Arbeitgeber darauf drängen, dass Willkür vermieden wird, und transparente Kriterien für Zweifel an AU-Bescheinigungen einfordern. Der Arbeitgeber darf nicht pauschal misstrauisch sein. Vielmehr muss jeder Fall individuell bewertet werden.



Mitbestimmung geltend machen

Wenn der Arbeitgeber auf die Rechtsprechung der Instanzgerichte reagiert, zum Beispiel durch:

- verschärfte Meldepflichten,
- interne Kontrollmechanismen,
- Richtlinien zur AUB-Prüfung,

kann Mitbestimmung ausgelöst sein (zum Beispiel nach § 87 Absatz 1 Nr. 1 BetrVG, Ordnung des Betriebs). Hier ist das Gremium besonders gefragt, Grenzen zu ziehen.

Ferner sollte der Betriebs-/Personalrat bereits im Vorfeld einer außerordentlichen Verdachtskündigung den betroffenen Arbeitnehmer im Rahmen seiner Anhörung durch den Arbeitgeber nach Kräften mit Argumenten oder ggf. auch – mit Zustimmung des Arbeitnehmers – durch Herstellung von Betriebsöffentlichkeit unterstützen. Wenn das Gremium zur Kündigungsabsicht angehört wird, sollte es alle Bedenken gegen die Kündigung und damit die Argumente aufführen, die ein etwaiges missbräuchliches Verhalten des Arbeitgebers für das Arbeitsgericht im Kündigungsschutzverfahren transparent machen.

Fazit

Die neuere Rechtsprechung hat die Gewichte verschoben: Die AU-Bescheinigung ist zwar weiterhin ein wichtiges Beweismittel, aber Arbeitgeber fühlen sich ermutigt, Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit der Beschäftigten zu äußern, die Entgeltfortzahlung ohne wirkliche Anhaltspunkte zu verweigern, außerordentliche Verdachtskündigungen auszusprechen und damit Arbeitnehmer wirtschaftlich und psychisch unter Druck zu setzen. Für Betriebs- und Personalräte kann das bedeuten:

- mehr Beratungsbedarf bei Beschäftigten
- mehr Verantwortung des Gremiums als Schutzinstanz
- mehr Augenmerk auf faire Verfahren im Betrieb.

Siehe:

- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 15.07.1992, Aktenzeichen 5 AZR 312/91, <https://research.wolterskluwer-online.de/document/a2abedc1-9c96-4094-9163-11c5b8896e01#> (noch unter Geltung des Lohnfortzahlungsgesetzes)
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 07.12.1995, Aktenzeichen 2 AZR 849/94, <https://research.wolterskluwer-online.de/document/54c51250-26cf-4955-9358-b19ffc6f788a>
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 08.09.2021, Aktenzeichen 5 AZR 149/21, <https://www.bundesarbeitsgericht.de/entscheidung/5-azr-149-21/>
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 13.12.2023, Aktenzeichen 5 AZR 137/23, NZA 2024, Seite 539
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 21.08.2024, Aktenzeichen 5 AZR 248/23, NZA 2025, Seite 41
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 18.09.2024, Aktenzeichen 5 AZR 29/24, <https://www.bundesarbeitsgericht.de/entscheidung/5-azr-29-24/>
- Landesarbeitsgericht Niedersachsen, Urteil vom 19.11.2025, Aktenzeichen 8 SLa 372/25, BeckRS 2025, 40186

- Zur Entgeltfortzahlung bei Krankheit allgemein: ArbeitnehmerAnwälte-Rundbrief Nr. 66 (06/2025),
<https://arbeitnehmer-anwaelte.de/wp-content/uploads/2025/07/ArbeitnehmerAnwaelte-Rundbrief-Nr.-66.pdf>
- Zur Verdachtskündigung allgemein: ArbeitnehmerAnwälte-Rundbrief Nr. 46 (04/2020),
https://arbeitnehmer-anwaelte.de/wp-content/uploads/2025/02/ArbeitnehmerAnwaelte-Rundbrief_Nr._46.pdf
- Zum Problem der Fortsetzungserkrankung: Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 18.01.2023,
Aktenzeichen 5 AZR 93/22, BeckRS 2023, 8401



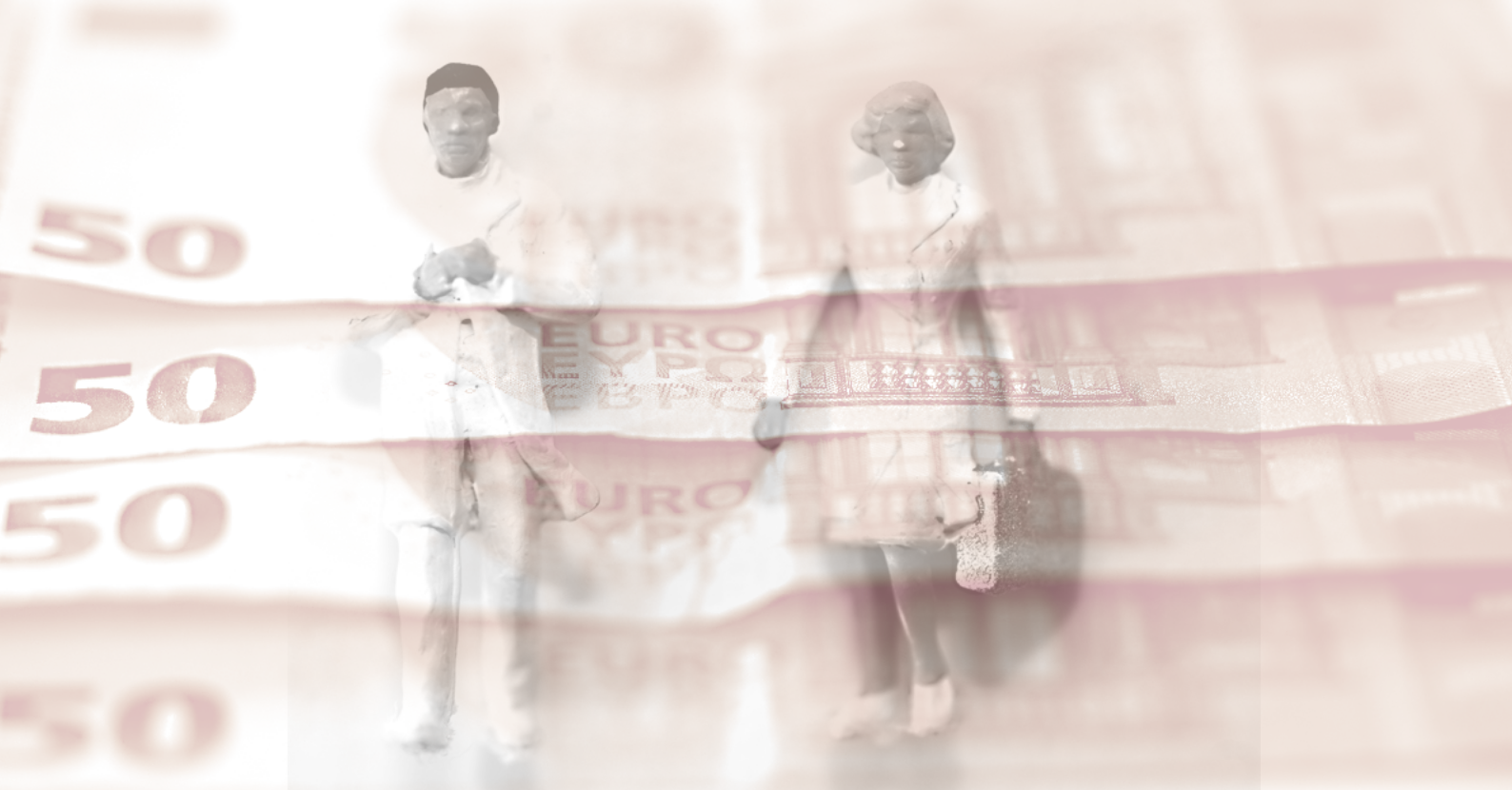
Rechtsanwältin Ute Kahl

Fachanwältin für Arbeitsrecht und Mediatorin
Hannover

Gerechter bezahlt mit Entgelttransparenzrichtlinie

Was Betriebsräte jetzt schon tun können

Männer und Frauen müssen bei gleichwertiger Arbeit das gleiche Entgelt bekommen. Dies gilt schon seit 1957, als dieser Grundsatz in den Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft aufgenommen wurde (Artikel 119 EWG-Vertrag). Aber die Gleichbehandlung kommt nur langsam in Gang. 2017 gab es einen Fortschritt durch das Entgelttransparenzgesetz. Die neue EU-Entgelttransparenzrichtlinie geht deutlich weiter, muss aber noch in einer deutschen Regelung umgesetzt werden. Betriebsräte brauchen hierauf nicht tatenlos zu warten.



→ Zu wenig Fortschritt beim Equal Pay

Auch aus dem heutigen EU-Recht ergibt sich der Anspruch auf gleiches Entgelt (Artikel 157 AEUV und Artikel 4 Richtlinie 2006/54/EG). Trotzdem sind Gehaltsunterschiede zwischen Männern und Frauen immer noch zu hoch. In Deutschland verdienen Frauen nach Angabe des Statistischen Bundesamtes rund ein Sechstel weniger als Männer: Gemessen am durchschnittlichen Brutostundenverdienst der Männer lag der unbereinigte Gender Pay Gap im Jahr 2024 bei 16 %. Unter den 27 EU-Staaten gab es nur in Estland, Tschechien, Österreich, Ungarn, Finnland und der Slowakei einen höheren Unterschied.

Neue EU-Entgelttransparenzrichtlinie

Die EU-Gesetzgeber haben auf die Missstände reagiert und mit der neuen EU-Entgelttransparenzrichtlinie (Richtlinie 2023/970/EU) konkretere Pflichten für Arbeitgeber geschaffen. Als Begründung nennen sie zum Beispiel auch die gesellschaftlichen Langzeitfolgen, wie das Rentengefälle und die Feminisierung der Armut (Erwägungsgrund 15 Entgelttransparenzrichtlinie). Transparenzpflichten für und Auskunftsansprüche gegen Arbeitgeber sollen die Beschäftigten, Bewerberinnen und Bewerber in die Lage versetzen, Ungleichbehandlungen zu erkennen und ihre Rechte geltend zu machen.

EU-Transparenzrichtlinie ergänzt das Betriebsverfassungsrecht

Bis zum 7. Juni 2026 hätte Deutschland die EU-Richtlinie zur Entgelttransparenz in deutsches Recht umsetzen müssen. Auch wenn die erforderliche deutsche Regelung noch fehlt, haben Betriebsräte jetzt schon Möglichkeiten, die Entgeltgerechtigkeit zu verbessern. Die Inhalte der Richtlinie und die Tatsache, dass sie bald umgesetzt werden muss, helfen dabei, dem Thema auch auf Arbeitgeberseite die nötige Priorität zu verschaffen. Die neuen Anforderungen der Richtlinie ergänzen die bereits bestehenden Rechte und Pflichten aus dem Betriebsverfassungsgesetz und fügen sich in die Aufgaben der Gremien aus dem Betriebsverfassungsgesetz ein.

Rolle von Gewerkschaften und Betriebsräten

Die Entgelttransparenzrichtlinie gibt Arbeitgebern die Aufgabe, objektive und geschlechtsneutrale **Vergütungsstrukturen** festzulegen. Diese sollen sie aber nicht allein, sondern gemeinsam mit den Arbeitnehmervertretungen erstellen. Tarifgebundene Arbeitgeber regeln gemeinsam mit den Gewerkschaften die wesentlichen Fragen der betrieblichen Lohngestaltung. Die Betriebsräte bestimmen dann zum Beispiel noch die Gestaltung der Entlohnungsgrundsätze im außer- oder übertariflichen Bereich mit. Tarifverträge enthalten häufig Öffnungsklauseln, die Betriebsräten Spielräume bei der betrieblichen Lohngestaltung geben. In Betrieben ohne Tarifbindung haben Betriebsräte die Aufgabe der Mitbestimmung der betrieblichen Lohngestaltung (§ 87 Absatz 1 Nr. 10 BetrVG).

Verhandlungen vorbereiten

Das Mitbestimmungsrecht der Betriebsräte erstreckt sich auf Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insbesondere die Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und die Einführung und Anwendung von neuen Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung (§ 87 Absatz 1 Nr. 10 BetrVG). Auf die Höhe des Entgelts können Betriebsräte nur beschränkt Einfluss nehmen; das Gesamtvolumen, sozusagen den „Topf“, legt der Arbeitgeber im Wesentlichen selbst fest, wie das Bundesarbeitsgericht zum Beispiel im Jahr 2010 entschied. Bei freiwilligen finanziellen Leistungen des Arbeitgebers bestimmt er diesen „Topf“ (Dotierungsrahmen) selbst und ohne Mitbestimmung des Betriebsrats. Wenn kein Tarifvertrag

gilt, sind alle Bestandteile der Vergütung (abgesehen von der gesetzlichen Pflicht zur Zahlung des Mindestlohns und Ansprüchen aus Arbeitsverträgen) freiwillige Leistungen im Sinn der Mitbestimmung. Ohne Tarifvertrag ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats also sehr weitreichend.

Für die Verteilung des Gesamtvolumens (des „Topfes“) braucht der Arbeitgeber die Zustimmung des Betriebsrats. Um diese Verteilung geht es auch bei der Entgelttransparenz. Die Entgelttransparenzrichtlinie verlangt ein objektives, geschlechtsneutrales und mit den Arbeitnehmervertretern vereinbartes Entgeltsystem. Arbeitgeber ohne Tarifbindung und ohne ein solches System brauchen die Unterstützung und Zustimmung der Betriebsräte, um eine faire Vergütung zu etablieren. Wenn Arbeitgeber zu Verhandlungen auffordern, sollten Betriebsräte vorbereitet sein. Diese ersten Schritte können die Gremien schon einmal gehen:

Einsicht in Bruttolohn- und Gehaltslisten

1 Um zu prüfen, ob es ein faires Vergütungssystem gibt, müssen Betriebsräte erst einmal wissen, wer in ihrem Betrieb wie viel Gehalt erhält. Dafür müssen sie nicht auf die deutsche Umsetzung der Entgelttransparenzrichtlinie warten. Der Betriebsrat ist bereits jetzt berechtigt, in die Listen über die Bruttolöhne und -gehälter Einblick zu nehmen (§ 80 Absatz 2 Satz 2 Halbsatz 2 BetrVG). Das Bundesarbeitsgericht entschied 2019, dass dieses Recht nicht auf anonymisierte Bruttoentgeltlisten beschränkt ist. Datenschutzrechtliche Einwände der Arbeitgeber greifen hier nicht. Die mit dem Einblicksrecht verbundene Verarbeitung personenbezogener Daten ist erlaubt (§ 26 Absatz 1 Satz 1 Bundesdatenschutzgesetz, Artikel 88 Absatz 1 Datenschutz-Grundverordnung). Bei der Einsicht in die Löhne und Gehälter können Betriebsräte erkennen, ob es Entgeltunterschiede zwischen Frauen und Männern gibt, und konkrete Fragen zum Vergütungssystem im Betrieb vorbereiten.

Prüfung des eigenen Entgeltsystems

2 Die Entgelttransparenzrichtlinie verlangt ein Entgeltsystem mit objektiven, geschlechtsneutralen und mit den Arbeitnehmervertretern vereinbarten Kriterien. Nach diesen Kriterien wird beurteilt, ob sich die Beschäftigten im Hinblick auf den Wert der Arbeit in einer vergleichbaren Situation befinden. Daran hat sich dann die Vergütung zu orientieren und nicht etwa danach, wer besser verhandelt oder vom Arbeitgeber bevorzugt wird. Die Richtlinie nennt beispielhaft Kompetenzen, Belastungen, Verantwortung und Arbeitsbedingungen sowie gegebenenfalls etwaige weitere Faktoren, die für den konkreten Arbeitsplatz oder die konkrete Position relevant sind. Relevante soziale Kompetenzen dürfen nicht unterbewertet werden (Artikel 4 Absatz 4 der Entgelttransparenzrichtlinie).

Gremien können jetzt schon prüfen, ob die Vergütung nach diesen oder anderen objektiven und geschlechtsneutralen Kriterien erfolgt. Eine Grundlage bietet

das aktuell geltende Entgelttransparenzgesetz. Hier ist geregelt, dass Arbeitgeber, die für das Entgelt, das den Beschäftigten zusteht, ein Entgeltsystem verwenden, dieses Entgeltsystem als Ganzes und auch die einzelnen Entgeltbestandteile so ausgestalten müssen, dass eine Benachteiligung wegen des Geschlechts ausgeschlossen ist. Dazu muss das System insbesondere die Art der zu verrichtenden Tätigkeit objektiv berücksichtigen, auf für weibliche und männliche Beschäftigte gemeinsamen Kriterien beruhen, die einzelnen Differenzierungskriterien diskriminierungsfrei gewichten sowie insgesamt durchschaubar sein (§ 4 Absatz 4 EntgTranspG). Falls es zum Beispiel eine Betriebsvereinbarung über Gehaltsbänder gibt und der Arbeitgeber das Entgelt der Beschäftigten innerhalb eines Gehaltsbandes nach billigem Ermessen festlegen darf, wird dieses System in der Regel nicht durchschaubar sein und es fehlt bei einer solchen Ermessensausübung an den erforderlichen objektiven geschlechtsneutralen Kriterien. Die Überwachung der geltenden Gesetze gehört zu den Aufgaben der Gremien (§ 75, § 80 Absatz 1 BetrVG).

Einstiegsgehalt in den Stellenbeschreibungen

Betriebsräte sollten einen Blick auf die Stellenbeschreibungen werfen. Bewerberinnen und Bewerber haben das Recht, vom künftigen Arbeitgeber Informationen über das Einstiegsentgelt für die Stelle, auf die sie sich bewerben, zu erhalten. In tarifgebundenen Betrieben müssen Arbeitgeber über die einschlägigen Bestimmungen des Tarifvertrags informieren. Die Richtlinie verlangt, dass diese Informationen vor den Gehaltsverhandlungen, zum Beispiel in der Stellenausschreibung, bereitgestellt werden (Artikel 5 Absatz 1 Entgelttransparenzrichtlinie). Der bloße Hinweis darauf, dass Bewerberinnen und Bewerber ihre Gehaltsvorstellungen mitteilen sollen, reicht nicht mehr.

Betriebsräte können verlangen, dass Arbeitsplätze, die besetzt werden sollen, allgemein oder für bestimmte Arten von Tätigkeiten vor ihrer Besetzung innerhalb des Betriebs ausgeschrieben werden (§ 93 BetrVG). So helfen sie nicht nur Kolleginnen und Kollegen, sondern wissen auch sicher, welche Stellen überhaupt ausgeschrieben sind und ob Diskriminierungsgefahr besteht. Ist das Einstiegsgehalt nicht genannt, sollten Betriebsräte Arbeitgeber auf die Pflichten aus der Richtlinie hinweisen und vorschlagen, das Einstiegsgehalt gleich in die Ausschreibung aufzunehmen.

Begleitung bei Personalgesprächen über Arbeitsentgelt

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer können verlangen, dass ihnen die Berechnung und Zusammensetzung ihres Arbeitsentgelts erläutert und dass mit ihnen die Beurteilung ihrer Leistungen sowie die Möglichkeiten ihrer beruflichen Entwicklung im Betrieb erörtert werden. Sie können ein Mitglied des Betriebsrats hinzuziehen (§ 82 Absatz 2 BetrVG). Auf diese Möglichkeit können Betriebsräte die Belegschaft aktiv hinweisen. In diesen Gesprächen erfahren sie auch viel über die Stärken und Schwächen des bestehenden Vergütungssystems.

Die Entgelttransparenzrichtlinie erweitert diese Möglichkeit. Sie verlangt, dass die Beschäftigten nicht nur das Recht erhalten sollen, Auskünfte über ihre individuelle Entgelthöhe zu erhalten, sondern auch über die durchschnittlichen Entgelthöhen. Die Informationen müssen Arbeitgeber in schriftlicher Form bereitstellen – aufgeschlüsselt nach Geschlecht und für die Gruppen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten (Artikel 7 Absatz 2 Entgelttransparenzrichtlinie).

5 Vorbereitung auf Auskunftsansprüche

Eine Besonderheit der Entgelttransparenzrichtlinie liegt darin, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sich nicht einmal selbst an ihre Arbeitgeber wenden müssen. Sie können die Auskünfte auch über ihre Arbeitnehmervertreter verlangen und erhalten (Artikel 7 Absatz 2 Entgelttransparenzrichtlinie). Arbeitgeber müssen die Auskünfte spätestens nach zwei Monaten bereitstellen (Artikel 7 Absatz 4 Entgelttransparenzrichtlinie). Betriebsräte können sich vorbereiten und schon einmal besprechen, wie sie die Auskunftsanträge schreiben. Zwar müssen auch die Arbeitgeber jährlich über die Auskunftsrechte informieren (Artikel 7 Absatz 3 Entgelttransparenzrichtlinie), das hindert aber Betriebsräte nicht daran, selbst aktiv zu werden und dabei gleich den Kolleginnen und Kollegen ihre Unterstützung beim Auskunftsantrag anzubieten.

Fazit: Erste To-dos für Betriebsräte

Die neue EU-Entgelttransparenzrichtlinie wird nach ihrer überfälligen deutschen Umsetzung die Entgeltgleichheit mit einigen konkreten Rechten und Pflichten nach vorn bringen. Vor allem müssen Arbeitgeber dann mit den Arbeitnehmervertretungen objektive und geschlechtsneutrale Vergütungsstrukturen festlegen und Bewerberinnen und Bewerber schon vor der Einstellung informieren.

Betriebsräte, die sich für gleiches Entgelt für gleiche Arbeit einsetzen wollen, können schon auf Grundlage der aktuellen Gesetze aktiv werden.

Unsere Checkliste hierfür:

- ☒ Einsicht in Bruttolohn- und -gehaltslisten – mit Namen
- ☒ Auffrischung der Kenntnisse im Antidiskriminierungsrecht
- ☒ Prüfung des betrieblichen Vergütungssystems (objektiv und geschlechtsneutral?)
- ☒ Entwicklung von ersten Kriterien für faire Vergütung
- ☒ Begleitung in Gesprächen über Arbeitsentgelt und berufliche Entwicklung
- ☒ Verlangen interner Stellenausschreibung und nötigenfalls Vorschlag zur Änderung der Stellenausschreibungen
- ☒ Vorbereitung von Auskunftsverlangen

Wann die Entgelttransparenzrichtlinie in deutsches Gesetzesrecht umgesetzt wird, ist offen. Im öffentlichen Dienst wirkt sie schon jetzt direkt; außerdem wirkt sie sich auf die Auslegung anderer Vorschriften aus. Die Einzelheiten zur Wirkung nicht umgesetzter Richtlinien sind umstritten. Betriebs- und Personalräte sollten sich beraten lassen, inwieweit sie und die Beschäftigten sich erfolgreich auf eine unmittelbare Wirkung der Richtlinie stützen können. Die oben genannten Empfehlungen gelten unabhängig von dieser Frage.

Siehe:

- Statistisches Bundesamt zum Gender Pay Gap:
<https://www.destatis.de/Europa/DE/Thema/Bevoelkerung-Arbeit-Soziales/Arbeitsmarkt/GenderPayGap.html?templateQueryString=Gender+Pay>
- Mitbestimmung bei der Vergütung:
Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 05.10.2010, Aktenzeichen 1 ABR 20/09,
<https://www.bundesarbeitsgericht.de/entscheidung/1-abr-20-09/>
- Einsicht in nicht anonymisierte Gehaltslisten:
Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 07.05.2019, Aktenzeichen 1 ABR 53/17,
<https://www.bundesarbeitsgericht.de/entscheidung/1-abr-53-17/>



Rechtsanwalt Jakob T. Lange
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Wiesbaden



Rechtsanwältin Julia Windhorst, LL.M
Fachanwältin für Arbeitsrecht
Wiesbaden

Zur Beachtung

- Soweit in diesem Rundbrief rechtliche Hinweise gegeben werden, ist dies nur als allgemeine, vereinfachende Orientierung zu verstehen und kann keine rechtliche Beratung im konkreten Fall ersetzen. Für rechtliche Beratung und Vertretung wenden Sie sich bitte an eine der im Folgenden aufgeführten Kanzleien.

Unsere Kanzleien

10405 Berlin | dka Rechtsanwälte | Fachanwälte

Marion Burghardt*, Christian Fraatz*, Dieter Hummel, Mechtild Kuby*, Nils Kummert*, Sebastian Baunack*, Dr. Lukas Middel*, Sandra Kunze*, Dr. Silvia Velikova*, Damiano Valgolio*, Anne Weidner*, Daniel Weidmann*, Dr. Raphaël Callsen*, Wolfgang Daniels*, Anna Gilsbach, LL.M*, Benedikt Rüdesheim, LL.M.*, Micha Heilmann, Janine Omayuku, Eleonora Storm*, Paula Sauerwein, Dr. Theresa Tschenker, Mathilde Bormann, Paul Hothneier

Immanuelkirchstraße 3 - 4

10405 Berlin

Telefon: 030 4467920 | Fax: 030 44679220

info@dka-kanzlei.de | www.dka-kanzlei.de

22303 Hamburg | Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft

Klaus Müller-Knapp, Jens Peter Hjort*, Manfred Wulff*, Andreas Bufalica*, Daniela Becker, Simon Dilcher*, Dr. Arendt Gast, M. A.*, Dr. Julian Richter*, Christopher Kaempf*, Dr. Ragnhild Christiansen*, Marek Beck, LL.M.*, Carolin Warnecke*, Madlen Lübker*, Morten Kramme, Antonio Mamerow, Sonja Hiegemann, Louisa Katharina Steffen, LL.M., Verena Ebert, Charlotte Broermann

Kaemmererufer 20

22303 Hamburg

Telefon: 040 65066690 | Fax: 040 650666999

kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de | www.arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de

24116 Kiel | Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft (Zweigstelle)

Simon Dilcher*, Dr. Julian Richter*

Kronshagener Weg 105

24116 Kiel

Telefon: 0431 90880123 | Fax: 0431 90880124

kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-kiel.de | www.arbeitsrechtsanwaelte-kiel.de

* Fachanwälte für Arbeitsrecht

28195 Bremen | Rechtsanwälte Dette Nacken Ögüt & Kollegen

Dieter Dette*, Michael Nacken*, Dr. jur. Pelin Ögüt*, Markus Barton*,
Simon Wionski*, Mira Gathmann*, Paul Troeger, Antonia Kuksa,
Tomke Paech, Joachim Lubkowitz

Bredenstraße 11

28195 Bremen

Telefon: 0421 6990150 | Fax: 0421 69901599

kanzlei@dnoe.de | www.anwaelte-fuer-arbeitsrecht.de

30161 Hannover | Arbeitnehmeranwälte Hannover

Eva Büchele*, Sebastian Büchele-Stoffregen*, Ute Kahl*, Christine Matern,
Norbert Schuster, Marleen Neuling*, Christoph Gottbehüt*

Roscherstraße 12

30161 Hannover

Telefon: 0511 700740 | Fax: 0511 7007422

info@arbeitnehmeranwaelte-hannover.de | www.arbeitnehmeranwaelte-hannover.de

45131 Essen | CNH Anwälte - Fachkanzlei Arbeitsrecht

Markus Neuhaus*, Nadine Burgsmüller*, Gunnar Herget*, Javier Davila Cano*,
Alexandra Kötting*, Gerda Reichel, Lena Rohe, Robert Krüll

Alfredstraße 220

45131 Essen

Telefon: 0201 7494840 | Fax: 0201 74948429

kanzlei@cnh-anwaelte.de | www.cnh-anwaelte.de

45739 Oer-Erkenschwick | Kanzlei für Arbeitsrecht Ingelore Stein

Ingelore Stein*

August-Schmidt-Straße 74

45739 Oer-Erkenschwick

Telefon: 0231 3963010 | Fax: 0231 822014

arbeitsrecht@ingelore-stein.de | www.ingelore-stein.de

48145 Münster | Meisterernst Düsing Manstetten

Veronica Bundschuh*, Marius Schaefer*, Elena Gabel Delgado, Jana Heidhoff

Oststraße 2

48145 Münster

Telefon: 0251 520910 | Fax: 0251 5209152

info@meisterernst.de | www.meisterernst.de

* Fachanwälte für Arbeitsrecht

60313 Frankfurt am Main | Büdel Rechtsanwälte

Detlef Büdel*, Udo Rein*, Christian Penno*

Petersstraße 4

60313 Frankfurt am Main

Telefon: 069 13385810 | Fax: 069 133858114

anwaelte@fbb-arbeitsrecht.de | www.fbb-arbeitsrecht.de

60322 Frankfurt am Main | franzmann. geilen. brückmann.

fachanwälte für arbeitsrecht

Armin Franzmann*, Yvonne Geilen*, Jan Brückmann*,
Kathrin Poppelreuter*, Kathrin Schlegel*, Lea Sophia Wittig, Jan Tretow*,
Dorothee Schwedes*, Regina Steiner*

Falkensteiner Straße 77

60322 Frankfurt

Telefon: 069 15392820 | Fax: 069 15392821

mail@arbeitnehmer-kanzlei.de | www.arbeitnehmer-kanzlei.de

65185 Wiesbaden | Schütte, Lange & Kollegen

Reinhard Schütte*, Jakob T. Lange*, Julia Windhorst, LL.M.*,
Thorsten Lachmann*, Thomas Menzel*, Bianca Krockenberger

Adolfsallee 22

65185 Wiesbaden

Telefon: 0611 9500110 | Fax: 0611 95001120

info@wiesbaden-arbeitsrecht.com | www.wiesbaden-arbeitsrecht.com

68161 Mannheim | Dr. Dietrich Growe - Fachanwalt für Arbeitsrecht

Mannheim, O 4, 4

im ecos office center

68161 Mannheim

Telefon: 0621 8624610

mail@kanzlei-growe.de | www.kanzlei-growe.de

70176 Stuttgart | Bartl Mausner Horschitz /Anwaltskanzlei

Ewald Bartl*, Benja Mausner*, Alexandra Horschitz*, Tabea Kittel

Johannesstraße 75

70176 Stuttgart

Telefon: 0711 6332430 | Fax: 0711 63324320

info@arbeitnehmeranwaelte-stuttgart.de | www.arbeitnehmeranwaelte-stuttgart.de

* Fachanwälte für Arbeitsrecht

77652 Offenburg | MARKOWSKI Arbeitsrecht – Kanzlei für Arbeitnehmer:Innen und Betriebsräte

Jürgen Markowski*, Julia Englert*, Miriam Brändle, Magdalena Wagner*

Okenstraße 23

77652 Offenburg

Telefon: 0781 96052440 | Fax: 0781 96052449

kanzlei@markowski-arbeitsrecht.de | www.markowski-arbeitsrecht.de

79098 Freiburg | Michael Schubert – Fachanwalt für Arbeitsrecht

Michael Schubert*

Berater für kollektives Arbeitsrecht: Prof. Dr. Sérgio Fortunato

Gerda-Weiler-Straße 10

79100 Freiburg

Telefon: 01525 9166833

mshubert.arbrfr@gmx.de | www.hegarhaus.de

80336 München | Kanzlei Rüdiger Helm – Menschenrechte im Betrieb

Dr. Rüdiger Helm, LL.M., Dennis Förg

Mozartstraße 17

80336 München

Telefon: 089 268262 | Fax: 089 99951753

kanzlei@ruedigerhelm.de | www.ruedigerhelm.de

90429 Nürnberg | Manske & Partner

Sabine Feichtinger*, Thomas Müller*, Dr. Sandra B. Carlson*, LL.M.,
Andreas Bartelmeß*, Georg Sendelbeck*, Axel Angerer*, Sebastian Lohneis*,
Sabrina Eckert*, Tobias Hassler*, Elisa Urbanczyk, Dr. Ronja Heß
Berater:innen der Kanzlei: Wolfgang Manske, Beate Schoknecht*

Bärenschanzstraße 4

90429 Nürnberg

Telefon: 0911 307310 | Fax: 0911 307319800

kanzlei@manske-partner.de | www.manske-partner.de

91522 Ansbach | Manske & Partner (Zweigstelle)

Andreas Bartelmeß* u. a.

Karlsplatz 2

91522 Ansbach

Telefon: 0981 97780800

kanzlei@manske-partner.de | www.manske-partner.de

* Fachanwälte für Arbeitsrecht

Impressum

→ Der Rundbrief der Anwaltskooperation **ArbeitnehmerAnwälte** wird herausgegeben von den Rechtsanwälten

• **Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft**

Kaemmererufer 20

22303 Hamburg

Telefon: 040 65066690 | Fax: 040 650666999

kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de

www.arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de

Partnerschaftsregister: AG Hamburg, PR 816

Die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte des Rechtsanwaltsbüros Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft sind Mitglieder der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer (Hamburg) und führen die Berufsbezeichnung Rechtsanwältin bzw. Rechtsanwalt, die ihnen in Deutschland verliehen wurde. Aufsichtsbehörde ist gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 4 BRAO die Hanseatische Rechtsanwaltskammer, Bleichenbrücke 9, 20354 Hamburg.

Die für die Berufsausübung maßgeblichen Regelungen – Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG), Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA), Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft, Fachanwaltsordnung – können im Internetangebot der Bundesrechtsanwaltskammer (www.brak.de) eingesehen werden.

• Redaktion



Rechtsanwalt Dr. Julian Richter,
Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Müller-Knapp · Hjort · Wulff



Rechtsanwältin Julia Windhorst, LL.M.,
Fachanwältin für Arbeitsrecht,
Schütte, Lange & Kollegen

Dieser Rundbrief enthält in seiner elektronischen Fassung externe Hyperlinks zu Internetangeboten, die nicht von uns zur Verfügung gestellt werden.

- Gestaltung, Layout & Fotos: formation_01 · netzwerk für digitale gestaltung, www.formation01.com
- Autorenportraits: Autoren