



[VMG Süd • Waldburgstraße 21 • 70563 Stuttgart](#)

**An die Geschäftsführungen  
unserer Mitgliedsunternehmen**

**VMG Süd**  
Waldburgstraße 21  
70563 Stuttgart  
Amtsgericht Stgt. VR 615  
Telefon 0711/ 61 55 23-40  
Telefax 0711 / 61 55 23-50  
info@vmg-sued.de  
www.vmg-sued.de

23. April 2024

## **RUNDSCHREIBEN 3/2024**

- **Erschütterung des Beweiswerts von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen – BAG bleibt „auf Kurs“**
- **Arbeitgeber-Bewertungsportal – Arbeitgeber kann Individualisierung und gegebenenfalls Löschung von (negativen) Bewertungen verlangen**
- **Kein doppelter Urlaubsanspruch bei Eingehen eines Zweitarbeitsverhältnisses nach rechtswidriger Kündigung**

---

### **Erschütterung des Beweiswerts von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen – BAG bleibt „auf Kurs“**

Der Beweiswert von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen kann erschüttert sein, wenn der Arbeitnehmer nach Zugang der Kündigung eine oder **mehrere Folgebescheinigungen** vorlegt, die **passgenau die Dauer der Kündigungsfrist** umfassen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn er unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine neue Beschäftigung aufnimmt (Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 13.12.2023, 5 AZR 137/23).

#### **Worum ging es?**

Der klagende Arbeitnehmer legte dem beklagten Arbeitgeber am 02.05.2022 eine AU-Bescheinigung vom selben Tag für die Zeit vom 02. bis 06.05.2022 vor. Mit Schreiben vom 02.05.2022, das dem Arbeitnehmer am 03.05.2022 zuing, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31.05.2022. Mit einer Folgebescheinigung vom 06.05.2022 belegte der Kläger seine Arbeitsunfähigkeit bis zum 20.05.2022 und in einer weiteren Folgebescheinigung vom 20.05.2022 bis zum 31.05.2022. Ab dem 01.06.2022 war er wieder arbeitsfähig und nahm eine neue Beschäftigung auf.

Der beklagte Arbeitgeber verweigerte die Entgeltfortzahlung, da wegen des zeitlichen Zusammenfallens von Kündigung und der vom 02. bis zum 31.05.2022 bescheinigten Arbeitsunfähigkeit ernsthafte Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit bestünden. Der klagende Arbeitnehmer behauptete, der Beweiswert der AU-Bescheinigungen sei nicht erschüttert.

Nachdem die Vorinstanzen (Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht) der Klage des Arbeitnehmers auf Entgeltfortzahlung für den gesamten Zeitraum stattgegeben hatten, hatte die vom beklagten Arbeitgeber eingelegte Revision überwiegend Erfolg:

Mit Ausnahme des ersten Zeitraums (02. bis 06.05.2022) sei der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen erschüttert. Der Arbeitgeber könne den Beweiswert von AU-Bescheinigungen durch den Vortrag tatsächlicher Umstände, die ernsthafte Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit begründen, erschüttern.

**Ernsthafte Zweifel an der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit bestünden dann, wenn der Arbeitnehmer zu einem Zeitpunkt, zu dem feststehe, dass das Arbeitsverhältnis enden soll, arbeitsunfähig werde und bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bleibe. Wer die Kündigung erklärt habe, sei dabei unerheblich.**

Das BAG sah – mit Ausnahme des ersten Zeitraums - den Beweiswert der Folgebescheinigungen als erschüttert an, da diese passgenau den Zeitraum bis zum Ende der Kündigungsfrist abgedeckt hätten.

Dabei berücksichtigte das Gericht auch, dass die **AU-Bescheinigungen jeweils bis zu einem Freitag erfolgten**, während die letzte bis zu einem Dienstag reichte und der klagende Arbeitnehmer am darauffolgenden Tag eine neue Beschäftigung aufgenommen habe.

Diese Tatsachen begründeten ernsthafte Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Klägers.

Mit dieser Entscheidung bekräftigt das BAG seine bisherige Rechtsprechung (**wir berichteten regelmäßig**), wonach der Arbeitgeber den Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeit durch den **Vortrag ernsthafter Zweifel erschüttern kann**.

Dies ist zu begrüßen, weil der Arbeitgeber keine Informationen zu Art und Umfang der Arbeitsunfähigkeit hat und nach Einführung der „elektronischen“ Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (eAU) auch keine Indizien aus der materiellen Bescheinigung selbst herleiten kann (kein Name des Arztes ersichtlich).

\* \* \*

**Arbeitgeber-Bewertungsportal – Arbeitgeber kann Individualisierung und gegebenenfalls Löschung von (negativen) Bewertungen verlangen**

**Ein Arbeitgeber muss anhand von individuellen Nachweisen eines Plattformbetreibers eigenständig prüfen können, ob mit einer Person, die ihn in einem Bewertungsportal bewertet hat, ein geschäftlicher Kontakt bestand. Wird ihm dies verwehrt, kann er die Löschung der Bewertung verlangen**, so das Oberlandesgericht (OLG) Hamburg in einem Beschluss vom 08.02.2024 (Az.: 7 W 11/24).

Der Arbeitgeber ist ein Unternehmen mit 22 Mitarbeitenden. Die Antragsgegnerin im Verfahren betreibt eine bekannte **Arbeitgeber-Bewertungsplattform**, genauer „kununu“. Auf dieser über das Internet aufrufbaren Plattform können gegenwärtige und ehemalige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Bewerberinnen und Bewerber und Auszubildende ihren **Arbeitgeber in verschiedenen Kategorien bewerten**. Auf der Bewertungsplattform befinden sich über 5.300.000 Bewertungen zu über 1.040.000 Unternehmen.

Nach den Richtlinien der Bewertungsplattform wurden **Bewertungen nur dann für zulässig erachtet, wenn der Rezensent (die bewertende Person) entweder in einem Arbeitsverhältnis zu dem bewerteten Arbeitgeber steht, stand oder zumindest einen Kontakt in Form eines Bewerbungsgespräches hatte**.

Dies stellte die Arbeitgeberin hier in Abrede. Sie verlangte von der Bewertungsplattform die Löschung von zwei Bewertungen. Insbesondere bestritt sie einen geschäftlichen Kontakt zwischen ihr und dem Rezensenten. Nach Ablehnung der Auskunft bzw. Löschung erhob der Arbeitgeber Klage.

**Das OLG gab der Arbeitgeberin im Beschwerdeverfahren Recht und untersagte der Plattform, die im Einzelnen dargestellten Bewertungen zu veröffentlichen.**

Die Rechtsgrundlage hierfür sah das OLG in § 1004 Abs. 1 BGB analog i.V.m. § 823 Abs.1 BGB sowie dem Unternehmenspersönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1, Art. 19 Abs. 3 GG. Die **pauschale Beanstandung des mangelnden Kontakts zwischen Rezensenten und Arbeitgeber sei im Klageverfahren ausreichend, bis dem Arbeitgeber die Möglichkeit eingeräumt werde, das Vorliegen eines geschäftlichen Kontaktes zu überprüfen**.

Das OLG sah es als nicht ausreichend an, wenn ein Mitarbeiter des Bewertungsportals die Überprüfung selbst vornimmt und dem Arbeitgeber die entsprechenden Dokumente nur in anonymisierter Form zur Verfügung stellt. In diesem Falle sei es dem Arbeitgeber nicht möglich, das tatsächliche Vorliegen eines geschäftlichen Kontaktes zu überprüfen. Im vom Arbeitgeber eingeleiteten einstweiligen Verfügungsverfahren hatte ein Mitarbeiter der Plattform zwar Rücksprache mit den Rezensenten gehalten, aus seiner Sicht das Vorliegen eines geschäftlichen Kontaktes also überprüft, aber der Arbeitgeberin die entsprechenden Dokumente nur in anonymisierter Form zur Verfügung gestellt.

**Für Arbeitgeber können schlechte Bewertungen auf „kununu“ erhebliche Probleme bei der Gewinnung von Mitarbeitern nach sich ziehen.** Meist ist nicht nachvollziehbar, ob wirklich alle (negativen) Bewertungen von aktuellen oder früheren Mitarbeitern stammen, oder aber von Wettbewerbern bewusst lanciert wurden, also sog. Fake Bewertungen vorliegen.

Mit dieser Entscheidung hat sich erstmals ein Obergericht mit einem Arbeitgeber-Bewertungsportal befasst. **Arbeitgeber, die gegen falsche Bewertungen vorgehen möchten, können sich insbesondere bei fehlender Individualisierung der Bewertung auf diese Entscheidung berufen und ggfs. einen Auskunfts- bzw. Löschungsanspruch durchsetzen.**

In einer Entscheidung vom 09.08.2022 (Az.: XI ZR 1244/20) hatte der BGH bereits in einem Verfahren betreffend die Haftung eines Internet-Bewertungsportals festgestellt, dass Zweifel an der Richtigkeit einer Bewertung schon durch die Rüge eines fehlenden geschäftlichen Kontaktes begründet werden können. Für Rezensionen von aktuellen oder früheren Mitarbeitern gilt hier nach Auffassung des OLG Hamburg nichts Anderes, da der Arbeitgeber ansonsten bei Internetbewertungen schutzlos dastünde.

Zwar hat ein Rezensent das Recht, anonym zu bleiben und eine Offenlegung aus datenschutzrechtlichen Gründen zu verweigern. In diesem Fall ist der Plattformbetreiber allerdings verpflichtet, die Rezension zu löschen.

Die Bewertungsplattform hat bereits angekündigt, gegen die Entscheidung des OLG vor den Bundesgerichtshof (das höchste deutsche Zivilgericht), zu ziehen. Es bleibt also spannend.

\* \* \*

### Kein doppelter Urlaubsanspruch bei Eingehen eines Zweitarbeitsverhältnisses nach rechtswidriger Kündigung

**Hat ein zu Unrecht gekündigter Arbeitnehmer einen anderen Job aufgenommen, muss er sich während des Doppelarbeitsverhältnisses vom neuen Arbeitgeber erhaltenen Urlaub auf Urlaubsansprüche gegen seinen alten Arbeitgeber anrechnen lassen.** So das Bundesarbeitsgericht (BAG) in einer Entscheidung vom 05.12.2023, 9 AZR 230/22.

Eine **Fleischfachverkäuferin** war in einem Supermarkt fristlos gekündigt worden. Im Kündigungsschutzprozess vor dem Arbeitsgericht wurde festgestellt, dass die Kündigung unwirksam war. Die Verkäuferin hatte allerdings in der Zwischenzeit bereits einen neuen Job angenommen und beim neuen Arbeitgeber auch bereits Urlaub erhalten.

Gleichwohl verlangte sie von ihrem ehemaligen Arbeitgeber, dem **Supermarkt**, die Abgeltung von vertraglichem Mehrurlaub und argumentierte, der bei der neuen Firma erhaltene Urlaub sei auf ihren Urlaub in dem zu Unrecht gekündigten Arbeitsverhältnis nicht anrechenbar.

Mit dieser Auffassung konnte sich die Mitarbeiterin allerdings in keiner Instanz und somit letztlich auch vor dem BAG nicht durchsetzen.

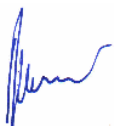
Das BAG stellte zwar zunächst fest, dass die Verkäuferin aufgrund der unwirksamen fristlosen Kündigung gegen den Supermarkt auch einen Urlaubsanspruch über den Kündigungszeitpunkt hinaus erlangte habe. Wenn ein **zu Unrecht gekündigter Arbeitnehmer** während eines Kündigungstreits einen anderen Job aufnehme, **erlange** er nämlich **in beiden, parallel bestehenden Arbeitsverhältnissen volle Urlaubsansprüche**. Darauf, dass er seine Pflichten aus beiden Arbeitsverhältnissen nicht gleichzeitig nicht habe erfüllen können, komme es nicht an.

Um doppelte Urlaubsansprüche zu vermeiden, müsse sich die Verkäuferin allerdings den **in der neuen Firma erhaltenen Urlaub analog § 11 Nr. 1 KSchG und § 615 Satz 2 BGB** auf den Urlaubs- bzw. den Urlaubsabgeltungsanspruch gegen ihren alten Arbeitgeber **anrechnen** lassen. Dabei ist allerdings eine **kalenderjahresbezogene Betrachtungsweise** herauszuziehen.


Das BAG weist allerdings darauf hin, dass die Höhe der vom neuen Arbeitgeber gezahlten Urlaubsvergütung ohne Belang für die Anrechnung sei. Soweit diese niedriger war als beim bisherigen Arbeitgeber, besteht gegen diesen ein Anspruch auf eine höhere Annahmeverzugsvergütung aufgrund der unwirksamen fristlosen Kündigung.

Diese **aus Arbeitgebersicht begrüßenswerte Entscheidung reduziert das Annahmeverzugsrisiko des Arbeitgebers nach einem verlorenen Prozess**. Eine Verdoppelung von Urlaubsansprüchen braucht er in der Regel nicht zu befürchten.

Mit freundlichen Grüßen



Gerhard Berger  
Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt)  
Geschäftsführer



Frank Herber  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

**BESINNLICHES UND SINNVOLLES**

**„Jammern macht gesellig,  
hilft aber nicht weiter.“**

*Jörg Kopec*