

NOMOSKOMMENTAR

Boecken | Düwell | Diller | Hanau [Hrsg.]

Gesamtes Arbeitsrecht

Band 2

2. Auflage



Nomos

BGB
BPersVG
Brüssel Ia-VO
BUrLG
DrittelbG
DS-GVO
EBRG
EFZG
EMRK
EntgTranspG
EStG
EU-Richtlinien
FPfZG
GenDG
GewO
GG
GKG
GmbHG
GRCh
HAG
HGB
InsO
JArbSchG

Band 1		Band 2		Band 3	
ÄArbVtrG	10	BGB [Auszug]	190	KSchG	400
AEntG	20	BPersVG [Auszug]	200	MgVG	410
AEUV [Auszug]	30	Brüssel Ia-VO [Auszug]	210	MiLoG	420
AGG	40	BUrlG	220	MitbestG	430
AktG [Auszug]	50	DrittelbG	230	MontanMitbestG	440
AltTZG	60	DS-GVO [Auszug]	235	MontanMitbestErgG	450
ArbGG	70	EBRG [Auszug]	240	MuSchG	460
ArbNErfG [Auszug]	80	EFZG	250	NachwG	470
ArbPISchG	90	EMRK [Auszug]	260	PflegeZG	480
ArbSchG	100	EntgTranspG [Auszug]	265	Rom I [Auszug]	490
ArbZG	110	EstG [Auszug]	270	RVG [Auszug]	500
ASiG	120	EU-Richtlinien	280	SCEBG [Auszug]	510
AÜG	130	FPfZG [Auszug]	290	SEBG	520
BBiG [Auszug]	140	GenDG [Auszug]	300	SGB III [Auszug]	530
BDSG [Auszug]	150	GewO [Auszug]	310	SGB IV [Auszug]	540
BEEG [Auszug]	160	GG [Auszug]	320	SGB V [Auszug]	550
BetrAVG	170	GKG [Auszug]	330	SGB VI [Auszug]	560
BetrVG	180	GmbHG [Auszug]	340	SGB VII [Auszug]	570
		GRCh [Auszug]	350	SGB IX [Auszug]	580
		HAG	360	SGB X [Auszug]	590
		HGB [Auszug]	370	SprAuG	600
		InsO [Auszug]	380	TVG	610
		JArbSchG	390	TzBfG	620
				UmwG [Auszug]	630
				UN-BRK	640
				UrhG [Auszug]	650
				WissZeitVG	660
				ZPO [Auszug]	670

NOMOSKOMMENTAR

Gesamtes Arbeitsrecht

Herausgeben von:

Prof. Dr. Winfried Boecken, LL.M. (EHI Florenz)

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit,
Universität Konstanz, Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe a.D.

Prof. Franz Josef Düwell

Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht a.D., Weimar,
Honorarprofessor Universität Konstanz

Prof. Dr. Martin Diller

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Gleiss Lutz, Stuttgart,
Honorarprofessor Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Prof. Dr. Hans Hanau

Professor für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht,
Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg

Schriftleitung:

Michael Holthaus

Vizepräsident des Landesarbeitsgerichts, Erfurt

PD Dr. Bernhard Ulrici

Rechtsanwalt, Ulrici Rechtsanwalts-gesellschaft, Leipzig

2. Auflage



Nomos

Zitiervorschlag: NK-GA/Bearbeiter, KSchG § 1 Rn. 1

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-7187-5

2. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

ee) **Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung.** Enthält die Bescheinigung des Arztes nicht die notwendigen Angaben, kann der AG vom AN verlangen, eine ordnungsgemäße Bescheinigung vorzulegen.⁶⁵ Ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 7 steht ihm regelmäßig nicht zu (→ § 7 Rn. 4). Dies gilt insbes., wenn lediglich die Angaben nach Abs. 1 S. 5 fehlen.⁶⁶ 40

3. Die elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab 2023 (Abs. 1a nF). Die elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung wird in zwei Schritten eingeführt. Zum 1.1.2021 wurden gesetzliche Änderungen wirksam, die sich auf die Meldung der Ärzte an die Krankenkassen beziehen.⁶⁷ Ab dem 1.1.2023 erfolgt eine **digitale Übermittlung** von der Krankenkasse an AG (Abs. 1a nF). Diese Regelung sollte ursprünglich ab dem 1.1.2022 gelten. Die Geltung der bisherigen Fassung des § 5 EFZG ist jedoch bis zum 31.12.2022 verlängert worden.⁶⁸ 41

Die neue Vorschrift gilt für AN, die **Mitglieder** einer gesetzlichen Krankenkasse sind. Es kommt nicht darauf an, ob sie pflicht- oder freiwillig versichert sind.⁶⁹ Von dieser Regelung sind allerdings bestimmte AN-Gruppen auch dann ausgenommen, wenn sie Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse sind. Dies ergibt sich aus § 5 Abs. 1a S. 3 nF. 42

Die von der Vorschrift erfassten AN müssen zukünftig dem AG keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen mehr vorlegen. Sie müssen allerdings das Bestehen einer AU sowie deren voraussichtliche Dauer **feststellen** und sich eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung **aushändigen** lassen. Hierzu sind sie immer dann verpflichtet, wenn für nicht von der Vorschrift erfasste AN eine Vorlagepflicht nach § 5 Abs. 1 besteht. 43

Diese Pflichten stellen ebenso wie die Nachweispflicht nach § 5 Abs. 1 **arbeitsvertragliche Nebenpflichten** dar, auf deren Verletzung der AG unterschiedlich reagieren kann (→ Rn. 60 ff.). Aus § 5 Abs. 1a S. 2 ergibt sich, dass der AG berechtigt ist, vom AN schon ab dem ersten Tag der AU die Feststellung und die Aushändigung zu verlangen. Die Regelungen über die Folgebescheinigung finden ebenfalls Anwendung. 44

4. Keine Arbeitsfähigkeitsbescheinigung. Der AG kann vom AN selbst dann, wenn er Zweifel hat, dass der AN nach Ablauf einer Krankschreibung wieder **arbeitsfähig** ist, regelmäßig nicht die Vorlage einer Arbeitsfähigkeitsbescheinigung verlangen. Die Ausstellung einer derartigen Bescheinigung ist nach geltender Rechtslage nicht vorgesehen (näher hierzu und zu möglichen Ausnahmen → § 3 Rn. 193, Rn. 10). 45

II. Arbeitsunfähigkeit im Ausland (Abs. 2). Erkrankt der AN im Ausland, ergeben sich aus Abs. 2 gegenüber Abs. 1 **zusätzliche Pflichten**. Auch insoweit ist zwischen der Anzeige- und der Nachweispflicht zu unterscheiden. 46

1. Anzeigepflicht. Der AN hat eine Anzeigepflicht nicht nur gegenüber dem AG, sondern auch gegenüber der Krankenkasse. Abs. 2 S. 1–4 und S. 7 behandeln den gesetzlichen Normalfall. Ein vereinfachtes Verfahren kommt gem. Abs. 2 S. 5 für gesetzlich versicherte AN zur Anwendung, wenn entsprechende Festlegungen der Krankenkassen erfolgt sind. 47

a) **Normalfall (Abs. 2 S. 1–4 und S. 7).** aa) **Mitteilung gegenüber dem Arbeitgeber.** Abs. 2 S. 1 stellt die Reaktion des deutschen Gesetzgebers auf das erste „Paletta“-Urt. des EuGH⁷⁰ (näher hierzu → Rn. 103 ff.) dar. Danach sollte der deutsche AG an eine ausländische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung gebunden sein. Bei Zweifeln an der AU verwies der EuGH den AG auf die nach Art. 18 Abs. 5 EWG-VO Nr. 574/72 geschaffene Möglichkeit, den AN durch einen Arzt seiner Wahl untersuchen zu lassen. Diese Möglichkeit lief in der Vergangenheit ins Leere, weil der AG den Aufenthaltsort des AN regelmäßig nicht kannte. Dem will Abs. 2 S. 1 begegnen. 48

(1) Aufenthalt im Ausland. Abs. 2 kommt zur Anwendung, wenn sich der AN bei Beginn der AU im Ausland aufhält. Erkrankt der AN im Inland und reist sodann ins Ausland, treffen ihn lediglich die in Abs. 1 normierten Pflichten. Dauert die Erkrankung in diesem Fall jedoch länger als in der inländischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorgesehen, gilt für ihn Abs. 2⁷¹ (→ Rn. 46). 49

(2) Inhalt der Mitteilung. Der AN hat dem AG 50

- die AU,
- deren voraussichtliche Dauer,
- und die Adresse am Aufenthaltsort
- mitzuteilen.

65 ErfK/Reinhard, § 5 Rn. 13.

66 ErfK/Reinhard, § 5 Rn. 13.

67 Hierzu *Freudenberg*, B+P 2020, 205.

68 Art. 16 Abs. 4 G v. 22.11.2019 I 1746 idF d. Art. 12b G v. 11.2.2021, BGBl. I 154 u. d. Art. 4b G v. 23.3.2022, BGBl. I 482.

69 *Freudenberg*, B+P 2020, 205, 207.

70 EuGH 3.6.1992 – Rs. C-45/90, EzA LohnFG § 3 Nr. 16.

71 *Vogelsang* EFZ, Rn. 342.

binden die gesetzlichen Fälligkeitsregelungen gem. § 614 S. 1 BGB nicht von der Nachweispflicht, weil die Ersetzungsfunktion gesetzlicher Regelungen gem. Abs. 4 S. 2 nicht das Arbeitsentgelt umfasst.

- 36 **hh) Arbeitszeit (Nr. 8).** Anzugeben ist die **Dauer** und **Lage** der vereinbarten Arbeitszeit, in der der AN die Erbringung seiner Arbeitsleistung schuldet und für die er den vereinbarten Arbeitslohn erhält.⁵⁴ Als ausreichend ist grds. die **regelmäßige Arbeitszeit** anzusehen.⁵⁵ Bereitschaftsdienste und sonstige Phasen mit verminderter Arbeitsintensität gehören ebenfalls zur Arbeitszeit. Gleiches gilt zB für die Vereinbarung flexibler Arbeitszeiten, Gleitzeitregelungen oder Arbeitszeitmodelle. Seit 1.8.2022 hat der Nachweis auch vereinbarte Ruhepausen und Ruhezeiten sowie bei vereinbarter Schichtarbeit das Schichtsystem, den Schichtrythmus und die Voraussetzungen für Schichtänderungen aufzuführen. Da das Gesetz ausdrücklich nur „vereinbarte“ Ruhezeiten aufführt, bedarf es eines Hinweises auf die gesetzlichen Ruhezeiten grundsätzlich nicht. Zu empfehlen ist, das geltende Arbeitszeitsystem darzustellen und ggf. ergänzend auf die Rahmenvorgaben des ArbZG hinzuweisen.⁵⁶ Überstunden und Kurzarbeitsregelungen gehören nicht zum Katalogpunkt Nr. 7, aber zu den wesentlichen Vertragsbedingungen iSd Abs. 1 S. 1.⁵⁷ Angesichts der komplexen Arbeitszeitregelungen wird iÜ empfohlen, sich der Nachweispflicht durch Hinweis auf vorhandene kollektivvertragliche Regelungen, soweit vorhanden, zu entledigen (Abs. 3 S. 1).⁵⁸ Gleichzeitig entfällt insoweit die Verpflichtung zur Erteilung eines Nachweises nach einer Änderung der Arbeitszeit (§ 3 S. 2).
- 37 **ii) Arbeit auf Abruf (Nr. 9).** Seit dem 1.8.2022 ist als Nr. 9 eingefügt, dass der AG bei Vereinbarung von Arbeit auf Abruf nach § 12 TzBfG aufzuführen hat, dass die Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen ist und welche Anzahl von Stunden mind. zu vergüten sind. Es ist ferner der Zeitrahmen, bestimmt durch Referenztage und Referenzstunden, der für die Erbringung der Arbeitsleistung festgelegt ist, nachzuweisen sowie die Frist, innerhalb derer der AG die Lage der Arbeitszeit im Voraus mitzuteilen hat. § 12 Abs. 3 TzBfG bestimmt, dass der AN nur zur Arbeitsleistung verpflichtet ist, wenn der AG ihm die Lage seiner Arbeitszeit mind. vier Tage im Voraus mitteilt. Durch TV kann gem. § 12 Abs. 6 TzBfG auch zu Ungunsten des AN hiervon abgewichen werden. Nach § 2 Abs. 4 reicht insoweit allerdings ein Hinweis auf tarifliche Vorschriften nicht aus.
- 38 **jj) Überstunden (Nr. 10).** Das Gesetz sieht seit dem 1.8.2022 vor, dass der Nachweis auch – sofern vereinbart – die Möglichkeit der Anordnung von Überstunden und deren Voraussetzungen enthalten muss. In diesem Zusammenhang wird der AG zumindest darauf hinzuweisen haben, dass bei betrieblichen Notwendigkeiten, die idealerweise näher zu umschreiben sind, Überstunden angeordnet werden können.
- 39 **kk) Erholungsurlaub (Nr. 11).** Anzugeben ist die Dauer des **jährlichen Erholungsurlaubs** iSd BUrlG.⁵⁹ Für den Jahresurlaub kann zur Erfüllung der Nachweispflicht auf die entsprechenden gesetzlichen Regelungen (§ 3 Abs. 1 BUrlG, § 208 SGB IX, § 19 JArbSchG) hingewiesen werden (Abs. 4 S. 2). Nicht dazu gehören Sonderurlaubsregelungen (Hochzeit, Beerdigung etc).⁶⁰
- 40 **ll) Fortbildung (Nr. 12).** Seit dem 1.8.2022 ist auch ein etwaiger Anspruch des AN auf vom AG bereitgestellte Fortbildung in den Nachweis mitaufzunehmen. Ein solcher Anspruch kann sich aus Individual- oder Kollektivvertrag oder aus Gesetz ergeben.
- 41 **mm) Altersversorgung (Nr. 13).** Seit dem 1.8.2022 hat der Nachweis auch eine Information des AN über eine betriebliche Altersversorgung zu enthalten. Der AG hat den Namen und die Anschrift des Versorgungsträgers mitzuteilen, es sei denn, der Versorgungsträger ist zu dieser Information verpflichtet. Pensionsfonds, Pensionskassen und Lebensversicherungsunternehmen müssen nach den §§ 234k ff. VAG iVm der VAG-InfoV den Versorgungsanwärtern bei Beginn des Versorgungsverhältnisses ua auch Namen und Anschrift der Versorgungseinrichtung zur Verfügung stellen.
- 42 **nn) Kündigung (Nr. 14).** Seit der Neuregelung ab 1.8.2022 hat die Unterrichtung das bei der Kündigung des Arbverh von AG und AN einzuhaltende Verfahren zu umfassen. Anzugeben sind dabei mind. das Schriftformerfordernis für die Kündigung nach § 623 BGB sowie die für den AG als auch den AN geltenden gesetzlichen, tarifvertraglichen oder einzelvertraglichen Künd-Fristen. Sofern eine Probezeit vereinbart wurde, umfasst dies die Unterrichtung über die verkürzte Künd-Frist nach § 622 Abs. 3 BGB. Die Angaben über die Künd-Fristen müssen nicht auf die zum Zeitpunkt der Aushändigung der Niederschrift bestehenden Rechte und Pflichten konkretisiert werden. Ist vertraglich eine Staffelung der Länge der Künd-Fristen, beispielsweise in Anknüpfung an die Betriebszugehörigkeit des AN vereinbart, so genügt die Angabe der vereinbarten

54 Vgl. *Schaefer* NachwG, D Rn. 93.

55 Vgl. *HWK/Kliemt*, § 2 Rn. 34.

56 *Oberthür*, ArbRB 2022, 221.

57 Vgl. EuGH 8.2.2001 – C-350/99 (Lange), Slg I-2001, 1061 m. zust. Anm. *Oetker*, SAE 2002, 163; *Hohmeister*, BB 2001, 1257; *Buschmann*, AuR 2001, 109.

58 Vgl. *ErfK/Preis*, § 2 Rn. 20.

59 Vgl. *Schaefer* NachwG, D Rn. 110.

60 Ebenso *Melms/Weck*, RdA 2006, 171 (173).

A. Allgemeines

Die sozial- und beschäftigungspolitischen Zielen dienende und vom BVerfG bislang unbeanstandet gebliebene¹ Vorschrift legaldefiniert in Abs. 1, ausgehend vom Beschäftigungsbegriff des § 7 Abs. 1 (→ § 7 Rn. 5 ff.) die **geringfügige Beschäftigung** und erstreckt diese Definition durch den Verweis in Abs. 3 auch auf die **geringfügige selbstständige Tätigkeit**. Der Anwendungsbereich zeitgeringfügiger Beschäftigung (im Einzelnen → Rn. 9 ff.) gem. Abs. 1 Nr. 2 wurde mit Wirkung vom 1.1.2019² zeitlich wesentlich ausgedehnt. Ob als Folge geringfügiger Beschäftigung **Versicherungsfreiheit** eintritt, ergibt sich hingegen aus den spezialgesetzlichen Regelungen (im Einzelnen → Rn. 20 ff.). Wesentlicher Grund für die Versicherungsfreiheit ist, dass geringfügige Beschäftigungen oder Tätigkeiten regelmäßig nicht die maßgebliche Lebensgrundlage der Betroffenen bilden und ihre Einbeziehung in die Versicherungspflicht aus Gründen des sozialen Schutzes nicht geboten erscheint.³ Auch unter der Annahme, dass von der Regelung erheblich mehr Frauen als Männer tatsächlich betroffen sind, ist damit eine (mittelbare) Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nicht verbunden.⁴ Über § 8a S. 1 ist § 8 auf **geringfügige Beschäftigungen in Privathaushalten** anwendbar. Inländische geringfügige Beschäftigung begründet europarechtlich ein deutsches Sozialrechtsstatut auch dann, wenn dadurch nach der jeweiligen nationalen Rechtsordnung weder im Wohnsitzmitgliedstaat noch im Beschäftigungsmitgliedstaat Sozialleistungsansprüche erworben werden.⁵ Wesentliche Beurteilungskriterien für das Vorliegen geringfügiger Beschäftigung, beitragsrechtliche Folgen sowie das Meldeverfahren regelt die **Geringfügigkeits-RL**,⁶ die zur Bearbeitung unbedingt herangezogen werden sollte. Bindungswirkung für die Gerichte entfaltet die RL allerdings nicht.⁷

B. Regelungsgehalt

§ 8 regelt zwei Arten geringfügiger Beschäftigung: **entgeltgeringfügige Beschäftigungen** gem. Abs. 1 Nr. 1 und **zeitgeringfügige Beschäftigungen** gem. Abs. 1 Nr. 2. Die Abs. 1 Nr. 2 erweiternde Übergangsregelung des § 115 war bis zum 31.10.2020 befristet.⁸ Wesentliche Änderungen zur Höhe und Berechnung der Geringfügigkeitsgrenze bei Entgeltgeringfügigkeit erfolgten zum 1.10.2022 (→ Rn. 5).

I. Entgeltgeringfügige Beschäftigungen (Abs. 1 Nr. 1). Entgeltgeringfügig ist eine Beschäftigung nach Abs. 1 Nr. 1, wenn sie **regelmäßig** und **nicht nur gelegentlich** ausgeübt wird und das Arbeitsentgelt die **Geringfügigkeitsgrenze** (bis 30.9.2022 im Monat 450 EUR) nicht übersteigt (→ Rn. 5). Regelmäßig ist eine Beschäftigung, die bei vorausschauender Betrachtung von vornherein auf ständige Wiederholung gerichtet ist;⁹ es kommt nicht darauf an, dass sie über mehrere Jahre ausgeübt werden soll.¹⁰ Entscheidend ist daher, ob eine Beschäftigung laufend oder regelmäßig wiederkehrend statt nur gelegentlich (insbes. zur Aushilfe) ausgeübt werden soll.¹¹ Mehrere bei einem AG nebeneinander ausgeübte Beschäftigungen sind ohne Rücksicht auf ihre arbeitsvertragliche Gestaltung als einheitliches Beschäftigungsverhältnis anzusehen.¹² Umgehungsgeschäfte zum Nachteil der AN sind nach § 32 SGB I nichtig.

Entgeltgeringfügig war eine Beschäftigung bis zum 30.9.2022, wenn das Arbeitsentgelt aus dieser Beschäftigung regelmäßig im Monat 450 EUR nicht überstieg (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 aF). Ab dem 1.10.2022 erfährt die Norm eine wesentliche Änderung dahingehend, dass Abs. 1 Nr. 1 keinen bezifferten Wert mehr enthält, sondern zukünftig nach Abs. 1a eine **dynamische Geringfügigkeitsgrenze** gilt.¹³ Die bisherige Festlegung der Geringfügigkeitsgrenze in Abs. 1 Nr. 1 entfällt. Kern der Neuregelung in Abs. 1a S. 1 ist, dass von einer Arbeitszeit von wöchentlich zehn Stunden und einem aus dieser Beschäftigung erzielten Einkommen in Höhe des gesetzlichen Mindestlohnes (der bekanntermaßen variiert und regelmäßig neu festgesetzt wird, daher eine **dynamische Grenze**) ausgegangen wird. Berechnet wird die Grenze gem. Abs. 1a S. 2, indem der jeweils geltende Mindestlohn mit 130 multipliziert, durch drei geteilt und auf volle EUR aufgerundet wird. Unter

1 Etwa BVerfG 28.7.1999 – 1 BvQ 5/99, NZA 1999, 973 ff. Gesetz v. 18.12.2018 (BGBl. I 2651).

3 BSG 15.7.2009 – B 12 KR 14/08 R, NZA-RR 2010, 381 (383).

4 EuGH 14.12.1995 – C-317/93, Slg 1995, I-4625–4662 Rn. 26 ff. (Nolte).

5 Zu den kollisionsrechtlichen Implikationen vgl. EuGH 19.9.2019 – C-95/18, C-96/18, ECLI:EU:C:2019:767 Rn. 58 ff. (Giesen ua); *Fuchs*, NZS 2020, 161 (162 ff.).

6 Geringfügigkeits-RL des GKV-Spitzenverbandes, der DRV Bund und DRV K-B-S sowie der BA, Stand 26.7.2021, gültig ab 1.8.2021, unter www.minijob-zentrale.de.

7 BSG 5.12.2017 – B 12 R 10/15 R, NZA 2019, 240.

8 Sozialschutzpaket v. 27.3.2020, § 115 aufgehoben mit Wirkung v. 1.11.2020 (BGBl. I 575).

9 BSG 5.12.2017 – B 12 R 10/15 R, NZA 2019, 240.

10 BSG 5.12.2017 – B 12 R 16/15 R, NZS 2018, 591, Klarstellung zu BSG 7.5.2014 – B 12 R 5/12 R, SozR 4-2400 § 8 Nr. 6 Rn. 21; dem allerdings ausdrücklich entgegenstehend Geringfügigkeits-RL B 2.3 für auf ein Jahr „befristete“ Rahmenvereinbarungen: in der Folge soll dennoch Zeitgeringfügigkeit nach Abs. 1 Nr. 2 möglich sein.

11 BSG 5.12.2017 – B 12 R 16/15 R, NZS 2018, 591.

12 BSG 16.2.1983 – 12 RK 26/81, BSGE 55, 1 (2); 27.6.2012 – B 12 KR 28/10 R, NJOZ 2014, 909.

13 Gesetz zur Erhöhung des Schutzes durch den gesetzlichen Mindestlohn und zu Änderungen im Bereich der geringfügigen Beschäftigung v. 28.6.2022 mWz 1.10.2022 (BGBl. I 969 (970 f.)).

- Zugrundelegung eines Mindestlohns von 12 EUR (ab 1.10.2022)¹⁴ ergibt sich eine Geringfügigkeitsgrenze von 520 EUR. Dies entspricht einer ab 1.20.2022 max. möglichen Arbeitszeit von 43 Stunden und 20 Minuten im Monat.¹⁵ Wegen der Dynamisierung entfällt bei zukünftigen Erhöhungen des gesetzlichen Mindestlohns die Notwendigkeit für den AG, eine drohende Überschreitung der Geringfügigkeitsgrenze zu prüfen und ggf. eine Reduzierung der wöchentlichen (bzw. maximalen monatlichen) Arbeitszeit mit dem AN zu vereinbaren.¹⁶ Gem. Abs. 1a S. 3 wird die Geringfügigkeitsgrenze jeweils (nach einer Anpassung des gesetzlichen Mindestlohns) im Bundesanzeiger bekannt gegeben. **Regelmäßiges Arbeitsentgelt** iSd § 8 sind alle laufenden Entgelte, aber auch **einmalige Sonderzahlungen**, die nach der bisherigen Übung mit Sicherheit zu erwarten sind wie zB Weihnachts- und Url.-Geld¹⁷ (zum Begriff des Arbeitsentgelts → § 14 Rn. 2 ff.). Für die Feststellung des **regelmäßig im Monat** erzielten Arbeitsentgelts sind die zu berücksichtigenden Sonderzahlungen auf die einzelnen Monate des Jahres zu verteilen.¹⁸ Bei Vereinbarung eines Monatsentgelts von 480 EUR (mithin einer monatlichen Arbeitszeit von exakt 40 Stunden bei einem Mindestlohn von 12 EUR) und einer jährlichen Sonderzahlung von 480 EUR führt die Aufteilung der Sonderzahlung auf die einzelnen Monate zu einer monatlichen Sonderzahlung von 40 EUR, insg. also zu einem monatlichen Entgelt von 520 EUR; die ab dem 1.10.2022 geltende Entgeltgrenze aus Abs. 1a wird nicht überschritten.
- 6 Sofern die Beschäftigung nicht zum Mindestlohn (als subsidiärer Lohnuntergrenze) erfolgt, kommt es für die Prüfung der Einhaltung der sich aus Abs. 1a S. 2 ergebenden und gem. Abs. 1a S. 3 im Bundesanzeiger bekanntgegebenen Entgeltgrenze nach wie vor auf die Umstände des Einzelfalles an. Maßgeblich ist nicht auf das tatsächlich gezahlte (etwa fälschlicherweise am Mindestlohn orientierte), sondern auf das Arbeitsentgelt abzustellen, auf das ein **Rechtsanspruch** zB aufgrund eines TV, einer BV oder einer Einzelabspache besteht.¹⁹ Die Maßgeblichkeit des dieser Ansicht zugrunde liegenden **Entstehungsprinzips** für die Feststellung der Versicherungs- und Beitragspflicht hat das BSG auch für den Fall der untertariflichen statt der zustehenden tariflichen Bezahlung bestätigt.²⁰ Entscheidend hierfür ist nach Ansicht des BSG ua, dass es nach dem Schutzzweck der SozVers nicht darauf ankommen kann, ob und wann der AG das Arbeitsentgelt tatsächlich zahlt und dieses dem AN zufließt.²¹ Denn anderenfalls hätte es der AG in der Hand, durch verzögerte oder verkürzte Zahlung des Arbeitsentgelts über den Versicherungsschutz des AN zu verfügen. Bereits bei Aufnahme der Beschäftigung müsse aber feststehen, ob Versicherungsschutz besteht oder nicht. Diese zum Schutz der Beschäftigten erforderliche Rechtssicherheit ist nach Auffassung des BSG jedoch nur gewährleistet, wenn auf das **geschuldete Arbeitsentgelt** abgestellt wird.²² Eine – beitragsrechtliche – Ausnahme vom Entstehungsprinzip findet sich in § 22 Abs. 1 S. 2, wonach Beitragsansprüche bei einmalig gezahltem Arbeitsentgelt²³ und bei Arbeitsentgelt, das aus Arbeitszeitguthaben abgeleiteten Entgeltguthaben errechnet wird, entstehen, sobald dieses ausgezahlt worden ist (beachte die Rückausnahme in § 22 Abs. 1 S. 3).²⁴ Auf den tatsächlichen Zufluss ist ausnahmsweise auch bei überobligatorischen Zahlungen abzustellen, also soweit dem AN mehr Arbeitsentgelt zufließt, als tariflich oder individualvertraglich geschuldet ist.²⁵
 - 7 Die Geringfügigkeit einer Beschäftigung ist bei ihrer Aufnahme **vorausschauend zu beurteilen**²⁶ und nicht im Rückblick und unter Zugrundelegung ermittelter Durchschnittswerte.²⁷ Stimmt die Beurteilung infolge nicht vorhersehbarer Umstände mit den tatsächlichen Entgelten aus der Beschäftigung nicht überein, so erfolgt jedenfalls für die Vergangenheit keine Korrektur; für die Zukunft ist eine neue Schätzung erforderlich.²⁸
 - 8 Sobald das Arbeitsentgelt regelmäßig die Geringfügigkeitsgrenze nach Abs. 1a überschreitet, zB durch eine **vertraglich vereinbarte Erhöhung des Arbeitsentgelts**, liegt eine geringfügige Beschäftigung ab dem Tag des Überschreitens nicht mehr vor. Nach bisheriger Rechtslage war ein allerdings **nur gelegentliches und nicht vorhersehbares Überschreiten**, zB wenn der AG den AN unerwartet bittet, eine Url.-Vertretung zu überneh-

14 BGBl. 2022 I 969.

15 BT-Drs. 20/1408, 28.

16 BT-Drs. 20/1408, 16.

17 Geringfügigkeits-RL B 2.2.1.1.

18 BSG 28.2.1984 – 12 RK 21/83, NZA 1984, 301.

19 Geringfügigkeits-RL B. 2.2.1.

20 BSG 14.7.2004 – B 12 KR 1/04 R, NZS 2005, 538 (539 f.).

21 BSG 30.8.1994 – 12 RK 59/92, BSGE 75, 61 (65).

22 BSG 14.7.2004 – B 12 KR 1/04 R, NZS 2005, 538 (540 f.).

23 Hierunter sind die einmaligen Einnahmen der Beschäftigten zu verstehen, s. BT-Drs. 15/26, 24.

24 Kritisch hierzu LPK-SGB IV/Lüdtk/Winkler, § 22 Rn. 3: Anwendung des Zuflussprinzips ist gleichheitswidrig, Art. 3 Abs. 1 GG.

25 BSG 14.7.2004 – B 12 KR 1/04 R, NZS 2005, 538 (539); 31.3.2015 – B 12 R 1/13 R, NZA 2016, 94.

26 BSG 5.12.2017 – B 12 R 10/15 R, NZA 2019, 240; 21.10.2021 – B 5 R 1/21 R (bestätigend LSG BW 1.12.2020 – L 11 R 350/20, NZS 2021, 698); 25.2.1997 – 12 RK 51/96, SozR 3-2500 § 6 Nr. 15 zum Überschreiten der Jahresarbeitsentgeltgrenze in der Krankenversicherung; 19.2.1987 – 12 RK 9/85, SozR 2200 § 172 Nr. 19 zur Aufnahme einer Vollzeitbeschäftigung durch einen Studenten.

27 BT-Drs. 7/4122, 43; siehe zum Ganzen insbes. Geringfügigkeits-RL B 2.2.1 ff. mit Fallgruppen und Beispielsberechnungen.

28 BSG 23.4.1974 – 4 RJ 335/72, Breith. 75, 115 (116) = SozR 2200 § 1228 Nr. 1; 21.10.2021 – B 5 R 1/21 R (bestätigend LSG BW 01.12.2020 – L 11 R 350/20, NZS 2021, 698).

men, bis zu einem Zeitraum von drei Monaten im Verlauf eines Jahres unschädlich.²⁹ Durch die Einfügung des Abs. 1b ab dem 1.10.2022³⁰ ist nunmehr eine zweimalige unvorhersehbare Überschreitung innerhalb eines für den jeweiligen Entgeltabrechnungszeitraum zu bildenden Zeitjahres unschädlich, sofern die Geringfügigkeitsgrenze nach Abs. 1a in jedem einzelnen der zwei Kalendermonate nicht um mehr als jeweils einen Betrag bis zur Höhe der Geringfügigkeitsgrenze überschritten wird. Aus Vertrauensschutzgründen ist die Regelung erst ab dem 1.10.2022 anzuwenden, daher sind zB im Abrechnungszeitraum ab dem 1.7.2022 (bei Beginn des Beschäftigungsverhältnisses ab dem 1.7.2022) bereits erfolgte dreimalige Überschreitungen unschädlich, sofern keine weitere Überschreitung bis zum 30.6.2023 erfolgt.

II. Zeitgeringfügige Beschäftigungen (Abs. 1 Nr. 2). Eine zeitgeringfügige Beschäftigung nach Abs. 1 Nr. 2 liegt unabhängig von der Entgelthöhe vor, wenn sie innerhalb eines Kalenderjahres auf längstens drei Monate (Kalender- oder Zeitmonate) oder 70 Arbeitstage (auch kalenderjahrüberschreitend) nach ihrer Eigenart begrenzt zu sein pflegt (Saisonarbeit, Projektarbeit, Url.- oder Krankheitsvertretung) oder im Voraus vertraglich begrenzt ist (zB durch einen längstens auf ein Jahr befristeten Rahmenarbeitsvertrag)³¹ und nicht regelmäßig erfolgt.³² Der Zeitraum, innerhalb dessen nicht mehr als drei Monate bzw. 70 Kalendertage gearbeitet werden darf, bezieht sich auf das Kalenderjahr, nicht auf das Beschäftigungsjahr.

Durch das Sozialschutz-Paket³³ zur Abmilderung negativer wirtschaftlicher Folgen der Corona-Pandemie wurde § 115 in das Gesetz eingefügt, wonach sich die Zeiträume für zeitgeringfügige Beschäftigungen des Abs. 1 Nr. 2 verlängern: auf fünf Monate bzw. 115 Arbeitstage. Die befristet für die Zeit vom 1.3.2020 bis 31.10.2020 geltende Regelung wurde mWz 1.11.2020 aufgehoben (s. Fn. 8) und durch § 132 ersetzt: demnach galt für die Zeit vom 1.3.2021 bis 31.10.2021 eine Grenze von vier Monaten bzw. 102 Arbeitstagen.³⁴ An den sonstigen Voraussetzungen und Grenzen (etwa fehlende Berufsmäßigkeit oder Entgeltgeringfügigkeit nach Nr. 1) ändert sich allerdings nichts.

Die Zeitgrenze von drei Monaten gilt nicht mehr nur für Beschäftigungen, die an mind. fünf Wochentagen ausgeübt werden;³⁵ es kommt mithin wie in den übrigen Fällen der anfänglichen Begrenzung auf 70 Arbeitstage nicht darauf an, ob eine Beschäftigung an weniger als fünf Wochentagen ausgeübt wird.³⁶ Nicht erforderlich ist, dass eine für die Zeitdauer von drei Monaten oder 70 Arbeitstagen durchgehende Beschäftigung erfolgt; sie kann sich vielmehr über das ganze Kalenderjahr erstrecken. Allerdings liegt keine kurzfristige, sondern eine regelmäßige Beschäftigung vor, wenn diese innerhalb eines Dauer-Arbeitsvertrages geleistet wird. Als Dauer-Arbeitsvertrag wird eine Beschäftigung angesehen, die aufgrund eines über zwölf Monate hinausgehenden Rahmenarbeitsvertrags begründet wird – insoweit ausnahmsweise auf das Beschäftigungsjahr abstellend.³⁷

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Zeitgeringfügigkeit ist die Aufnahme der Beschäftigung, dh es ist im Wege vorausschauender Betrachtung festzustellen, ob die zeitliche Grenze von drei Monaten oder 70 Arbeitstagen eingehalten wird.³⁸ Stellt sich entgegen der ursprünglichen Erwartung heraus, dass die Zeitdauer überschritten wird, liegt vom Tag des Überschreitens an keine zeitgeringfügige Beschäftigung mehr vor; allerdings ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Entgeltgeringfügigkeit gegeben sind.³⁹ Ergibt sich im Laufe der Beschäftigung, dass sie länger dauern wird, ist für die Beurteilung der Frage evtl. eintretender Versicherungspflicht auf den Tag abzustellen, an dem das Überschreiten der Zeitdauer erkennbar wird; für die zurückliegende Zeit bleibt es bei der Feststellung der Geringfügigkeit.⁴⁰

Eine zeitgeringfügige Beschäftigung ist dann nicht mehr gegeben, wenn sie berufsmäßig ausgeübt wird und die Entgeltgrenze nach Abs. 1a überschritten wird (wird die Entgeltgrenze nicht überschritten, kommt Entgeltgeringfügigkeit nach Nr. 1 in Betracht). Berufsmäßig wird eine Beschäftigung ausgeübt, wenn der Betreffende durch sie seinen Lebensunterhalt überwiegend oder doch in einem solchen Umfang bestreitet, dass

29 Geringfügigkeits-RL B. 3.1.

30 Gesetz zur Erhöhung des Schutzes durch den gesetzlichen Mindestlohn und zu Änderungen im Bereich der geringfügigen Beschäftigung v. 28.6.2022 mWz 1.10.2022 (BGBl. I 969 (970 f.)).

31 Zur in dem Punkt von der Geringfügigkeits-RL abw. Rspr. des BSG siehe Fn. 10.

32 BSG 7.5.2014 – B 12 R 5/12 R, SozR 4-2400 § 8 Nr. 6 Rn. 21: in Abgrenzung der entgelt- von der zeitgeringfügigen Beschäftigung könne die regelmäßige Beschäftigung nach Abs. 1 Nr. 1 nicht auch die „gelegentliche“ Beschäftigung umfassen, da ansonsten das Tatbestandsmerkmal der „Berufsmäßigkeit“ in Abs. 1 Nr. 2 leerliefe; an dieser Rspr. sei trotz Kritik in der Literatur festzuhalten.

33 V. 27.3.2020 (BGBl. I 575); BT-Drs. 19/18107, zu Art. 3 Nr. 3.

34 G. v. 26.5.2021 (BGBl. I 1170).

35 Dementsprechend geändert Geringfügigkeits-RL B. 2.3.1.

36 BSG 24.11.2020 – B 12 KR 34/19 R, NZS 2021, 976 (977) mAnm Geiger; NZA 2021, 850.

37 Geringfügigkeits-RL B. 2.3., zur Veranschaulichung dort Beispiele unter J. 37 ff.

38 BSG 5.12.2017 – B 12 R 10/15 R, NZA 2019, 240; zur Anforderung an die Prognose bei einerseits regelmäßigem Beschäftigungsbedarf des AG, andererseits zu erwartender Fluktuation der AN vor Erreichen von „Regelmäßigkeit“ iSd Abs. 1 Nr. 1 (etwa Studenten) ausführlich Schüren, NZS 2019, 321 ff.

39 BSG 27.7.2011 – B 12 R 15/09 R, NZA 2012, 312.

40 Geringfügigkeits-RL B. 3.2.