

DDN - Nachrichten 5/2018 vom 18.12.2018

Robert Johns
Ebhardtstraße 3 A, 30159 Hannover
Tel. : 0511 - 3604 112
e:mail: robert.johns@diakonie-nds.de

Sehr geehrte Damen und Herren,

nun hat sie also begonnen: Die neue Tarifrunde über die Entgelte im TV DN. Die Gewerkschaft ver.di hat die entsprechenden Regelungen im TV DN fristgerecht gekündigt und ihre Forderungen gestellt. Deren Ähnlichkeit mit den Tarifforderungen zu den Entgeltverhandlungen für den öffentlichen Dienst lassen auf die Erwartung der Gewerkschaft an das Ergebnis schließen. Das gilt sowohl für ver.di, als auch den erstmalig offiziell mitverhandelnden Marburger Bund. Die Gewerkschaften haben nicht nur höhere Entgelte für Mitarbeitenden und Auszubildenden gefordert, sondern einen ganzen Strauß weiterer Veränderungen im Mantelteil und bei den Eingruppierungen. Da über alles zumindest verhandelt werden muss, folgt als logische Konsequenz daraus, dass wir uns auf einen längeren Verhandlungszeitraum einzustellen haben. Die Mitarbeitenden werden deshalb noch einige Zeit auf Gehaltsverbesserungen warten müssen. Lesen Sie zu den Details der Gewerkschaftsforderungen unten mehr.

Das Jahr 2018 hatte für uns einige EuGH-Entscheidungen parat, die uns zum Umdenken und veränderten Handhabungen zwingen werden. Das betrifft die Fragen nach besonderen Einstellungsvoraussetzungen und Loyalitätspflichten im Dienst kirchlicher Arbeitgeber, aber auch mal wieder das Urlaubsrecht, dessen uns gewohnte Rechtsgrundsätze den Ansprüchen des EuGH nur allzu selten entsprechen. Lesen Sie zu den Einzelheiten und voraussichtlichen Konsequenzen der EuGH- Entscheidungen unten mehr. Hier möchte ich Ihnen jedoch nicht die Ergebnisse eines Berliner Finanzrichters vorenthalten, der sich mal den Spaß gemacht hat, einen Leitsatz einer EuGH-Entscheidung - 177 Wörter, 20 Kommata! - in seine Einzelteile zu zerlegen. Etwas verkürzt zitiert, schreibt er:

„Der EuGH beginnt verheißungsvoll mit einem kurzen Hauptsatz, dem sich ein Konsekutivsatz anschließt, der durch zwei Relativsätze unterbrochen wird. Der Konsekutivsatz wird mit einer kurzen Verneinung fortgeführt, an die der EuGH nacheinander nun einen weiteren Konsekutivsatz, einen Konditionalsatz und einen Finalsatz als Nebensatz anschließt. Dieser Final-Nebensatz wird durch zwei weitere Relativsätze unterbrochen und präsentiert schließlich einen Lösungsvorschlag, der indes durch eine Apposition getrennt wird.“

Das Beispiel ist leider die typische Diktion des Gerichtshofs, die in den Urteilsgründen nicht besser ist als im Tenor. Den Selbstanspruch, dass außerhalb des Kreises der Rechtsgelehrten irgendjemand ihre Entscheidung verstehen kann, haben die EuGH-Richter offensichtlich nicht. Ich gestehe, dass ich trotz zweier juristischer Examina allergrößte Schwierigkeiten beim Textverständnis der Urteile habe .
Lesen Sie nun die hoffentlich für Sie interessanten weiteren Urteile und Themen:

1. Forderungen von Ver.di und dem Marburger Bund zur Tarifrunde 2019 zum TV DN
2. DDN- Mitgliederversammlung 2018
3. Neue Mitglieder im Vorstand und im Geschäftsführenden Vorstand des DDN
4. Synode der EKD beschloss Änderungen im kirchlichen Arbeitsrecht
5. Zwei neue Tarifverträge zum TV DN – TV DN in der aktuellen Fassung auf der Homepage des DDN
6. KGH.EKD: Arbeitsrechtssetzung auf dem ersten Weg und Anwendung des MVG nicht gleichzeitig möglich
7. KGH: Reisekostenordnung unterliegt nach § 40 k MVG-EKD der Mitbestimmung
8. KGH.EKD: Diakonische Einrichtungen sind verpflichtet, kirchengerichtliche Entscheidungen zu respektieren und umzusetzen
9. KGH.EKD: Gewährung von Beihilfen nach § 26 Absatz 1 AVR DD auf Grundlage einer eigene Beihilferegelung unterliegt der Mitbestimmung
10. BAG: Kirchlicher Arbeitgeber darf für Referentenstelle keine Religionszugehörigkeit fordern
11. DWiN: § 3 Abs. 1 Satz 1 und 2 und Absatz 2 der Loyalitätsrichtlinie können nicht mehr angewandt werden
12. Öffentliche Fachtagung zum kirchlichen Arbeitsrecht
13. EuGH – Nicht beantragter Urlaub verfällt nicht automatisch
14. EuGH: Jahresurlaubsanspruch geht auf Erben über
15. EuGH: Elternzeit kann Jahresurlaub schmälern
16. BAG: Vergütung von Reisezeiten
17. BAG: Auslegung einer Bezugnahmeklausel auf Branchentarifverträge – Anwendbarkeit von Haustarifverträgen
18. BAG: Darlegungs- und Beweislast bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit
19. Drei Prüfungsstufen bei krankheitsbedingter Kündigung
20. BVerwG: Berechnung der Höchstarbeitszeit nach dem Arbeitszeitgesetz
21. BAG: Kein Anspruch auf 40-Euro-Verzugspauschale bei Verzug des Arbeitgebers mit Entgeltzahlung
22. LAG: Abmahnung wegen Gefährdungsanzeige
23. LAG: Entgeltzahlung im Krankheitsfall - Einheit des Verhinderungsfalls
24. LAG: Stellenabsage wegen Rentenalters ist Diskriminierung
25. LAG: Personenbedingte Änderungskündigung eines behinderten Arbeitnehmers
26. LAG: Berechnung der Höhe der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall bei Arbeit auf Abruf
27. LAG: Zusätzliche Anforderungen einer Verdachtskündigung:
28. Erweitertes Führungszeugnis - Vorlagepflicht vor und während des Beschäftigungsverhältnisses
29. Leitfaden zum Mutterschutz
30. Gefährdungsbeurteilung Mutterschutz bis Jahresende durchführen
31. Gestaltung von Freistellungsregelungen
32. Mahlzeitengestellung: Ab 2019 wird der Großbuchstabe "M" zur Pflicht
33. Gesetzliche Änderungen und Neuregelungen im Arbeits- und Sozialrecht zum 01.01.2019
34. Arbeiten an Weihnachten – steuerfreie Zuschläge
35. Kirchliche Verbände wollen Altenhilfe verbessern
36. Die neuen Geringfügigkeits-Richtlinien sind da

1. Forderungen von Ver.di und dem Marburger Bund zur Tarifrunde 2019 zum TV DN

Mit Schreiben vom 19. November 2018 hat die Gewerkschaft Ver.di ihre mit dem Marburger Bund abgestimmten Forderungen für die neue Laufzeit einer Tarifvereinbarung über die im TV DN geregelten Entgelte bekannt gegeben:

- 6 % Entgelterhöhung, mindestens 200 € (bei 12 Monaten Laufzeit)
- 100 € mehr für die Auszubildenden und 30 Tage Urlaub
- Aufwertung der Altenpflege durch Abschaffung der gesonderten Altenpflegetabelle
- Begrenzung der Bereitschafts- und Rufbereitschaftsdienste (Anzahl pro Monat)
- Verständigung über Beginn eines freien Wochenendes im Schichtdienst
- eine Tarifierung von weiteren Ausbildungsgängen (Heilerziehungspflege, in [§ 2 Nr. 1a Krankenhausfinanzierungsg](#) genannte Ausbildungen, duales Studium etc.),
- keine Prüfungsgebühr in diakonieeigenen Ausbildungsstätten, stattdessen eine Abschlussprämie,
- Streichung des Kirchenaustritts als wichtiger Kündigungsgrund,
- Honorierung der Gewerkschaftszugehörigkeit durch 2 freie Gewerkschaftstage,
- Einführung einer Zulage i.H.v. 150 € für Praxisanleiter in der Pflege,
- Aufwertung der Erzieher in der stationären Jugendhilfe,
- Klarstellung des Zugangs der Pflegehelfer/innen mit erforderlichem Erfahrungswissen in die Entgeltgruppe E4
- Eingruppierung der Lehrkräfte an Krankenpflegesschulen,
- Klärung der Begriffe Mehrarbeit und Überstunden im Sinne der aktuellen Rechtsprechung des BAG,
- Anpassung der Stundentabelle an die individuellen Stundenentgelte.

Ver.di und Marburger Bund haben am ersten Verhandlungstermin am 17. Dezember 2018 ihre Forderungen näher ausgeführt und erläutert. Die für den DDN-vom Vorstand eingesetzte Tarifkommission unter Leitung von Herrn Dr. Rannenber, Dachstiftung Diakonie, hat zur Vorbereitung der weiteren Verhandlungen die Bearbeitung der Themen wegen ihrer Vielschichtigkeit auf zwei Arbeitsgruppen verteilt. Diese werden auch die während des Jahres 2018 von den diakonischen Fachverbänden erfragten Erwartungen an Veränderungen im TV DN berücksichtigen, wie sie in einem Tarifworkshop des DDN-Vorstands am 20. Oktober gesichtet und festgestellt worden waren. Zu erwarten ist, dass der notwendige Verhandlungszeitraum weit in das Jahr 2019 hinein reichen wird. Als nächster Verhandlungstermin wurde der 18. Februar 2019 vereinbart.

2. DDN- Mitgliederversammlung 2018

In der DDN- Mitgliederversammlung vom 3. Dezember 2018 referierte die Parlamentarische Staatssekretärin Frau Kerstin Griese, MdB; Bundesministerium für Arbeit und Soziales, vor den Vertretern von 94 DDN-Mitgliedseinrichtungen Fakten und Gedanken zum Thema „Allgemeinverbindlichkeitserklärung sozialwirtschaftlicher Tarife“. Schwerpunkt war die die Frage nach der Gewährleistung von Arbeitsbedingung in der Altenpflege, die es angesichts des in den kommenden Jahren exponentiell wachsenden Pflegefachkräftemangels für junge Menschen und Berufsrückkehrer

attraktiv genug machen, im Altenpflegeberuf zu arbeiten. Den dem entgegenstehenden Arbeitsbedingungen und Gehältern bei vielen nicht tarifgebundenen Altenpflegeunternehmen sei staatliches Handeln gegenüber zu stellen. Hier berichtete sie über die Überlegungen der Bundesregierung zu einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrags oder alternativ einer Rechtsverordnung gemäß dem Arbeitnehmerentendegesetz, die Regelungen eines Tarifvertrags für allgemeinverbindlich erklären. Im Blick behalte man dabei, dass die Pflegebedürftigen nicht auf den zusätzlich entstehenden Kosten sitzen bleiben dürfen und deshalb auch die Refinanzierung der Pflege reformiert werden müsse. In seinem Grußwort an die DDN-Mitgliederversammlung erklärte der Hauptgeschäftsführer der Unternehmerverbände Niedersachsen (UVN) Dr. Volker Müller, dass seiner langjährigen Erfahrung nach nicht Zwang, sondern das Miteinandersprechen zu den besten Ergebnissen führe. Die UVN hatten hier bereits Gesprächsgelegenheiten für privat-gewerbliche und frei-gemeinnützige Pflegeanbieter für einen Meinungsaustausch arrangiert. Das könne noch verstärkt werden. Allgemeinverbindlichkeitserklärungen hingegen seien nicht der Weg.

Als Vorstandssprecher des Diakonischen Werks evangelischer Kirchen in Niedersachsen e.V. (DWiN) sprach Hans-Joachim Lenke erstmals zu den DDN-Mitgliedern. Er würdigte die in der Praxis gelebte Rollenverteilung zwischen dem DDN und dem DWiN sowie den TV DN als von den Kostenträgern akzeptierte Grundlage für Personalkosten positiv. Sodann verließ er seiner Sorge um die wirtschaftliche Situation der DDN-Mitglieder, insbesondere der Anbieter von ambulanter Pflege Ausdruck. Seiner Ansicht nach fahren die Kostenträger hier gut etablierte Versorgungsstrukturen gegen die Wand. Die vom Sozialgesetzbuch geforderte vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Kostenträgern und Leistungsanbietern seien in Niedersachsen durch eine Kultur des Misstrauens ersetzt.

In der Mitgliederversammlung wurde Frau Jutta Wendland-Park, Vorstandsvorsitzende der Rotenburger Werke der Inneren Mission gGmbH, mit Dank und Applaus aus den Ämtern einer stellvertretenden Vorstandsvorsitzenden und eines DDN-Vorstandsmitglieds verabschiedet. Beide Ämter bekleidete sie seit ihrer Wahl im November 2008. Der DDN-Vorsitzende Rüdiger Becker würdigte ihr zehnjähriges Engagement für den DDN und insbesondere die große Unterstützung, die er stets von Frau Wendland-Park im Geschäftsführenden Vorstand des DDN erfahren habe.

3. Neue Mitglieder im Vorstand und im Geschäftsführenden Vorstand des DDN

Aufgrund der Niederlegung ihres Amtes als stellvertretende Vorstandsvorsitzende und dem damit verbundenen Ausscheiden von Frau Wendland-Park aus dem Geschäftsführenden Vorstand des DDN hatte der DDN für den stellvertretenden Vorsitz neu zu wählen. Am 26.11.2018 wählte der DDN-Vorstand Herrn Hans-Peter Daub, seit 2014 Vorstand in der Dachstiftung Diakonie und Mitglied des DDN-Vorstandes, zum stellvertretenden DDN-Vorsitzenden. Gemeinsam mit dem Vorstandsvorsitzenden Herrn Becker und den weiteren stellvertretenden Vorsitzenden Frau Trzaska, Herr Czezeliski und Herr Töller wird er damit dem Geschäftsführenden Vorstand des DDN angehören.

Gemäß der Satzung des DDN folgt Herr Uwe Kollmann, Vorstand im Diakonischen Werk Oldenburg als Nachrücker Frau Wendland-Park in den DDN-Vorstand. Bereits in seiner Sitzung vom 20.10.2018 hatte der DDN-Vorstand Herrn Markus Kriegel, Geschäftsführer der GIB - gemeinnützige Gesellschaft für integrative Behindertenarbeit mbH, in den Vorstand berufen.

4. Synode der EKD beschloss Änderungen im kirchlichen Arbeitsrecht

Die Synode der EKD hat am 14.11.2018 Beschlüsse zur Änderung des Arbeitsrechtsregelungsgrundsatzgesetzes (ARGG-EKD) sowie zur Änderung Mitarbeitervertretungsgesetz der EKD (MVG-EKD) gefasst:

ARGG-EKD

- Neben den AVR.DD können auch Arbeitsrechtsregelungen der Gliedkirchen bestehen. Ein automatischer Vorrang einer der Arbeitsrechtsregelungen besteht nicht, beide stehen gleichberechtigt nebeneinander.
- Ein Wechsel zwischen nebeneinander geltenden Arbeitsrechtsregelungen ist in begründeten Fällen zulässig. Ein solcher Wechsel bedarf der Zustimmung der bisher für den jeweiligen Rechtsträger zuständigen („abgebenden“) Arbeitsrechtlichen Kommission auf der Grundlage der von ihr festzulegenden Kriterien.
- Bei Neugründung einer Einrichtung legt der Rechtsträger im Rahmen des gliedkirchlichen Rechts die bei ihm anzuwendende Arbeitsrechtsregelung fest, bevor die Einrichtung ihre Arbeit aufnimmt.
- Rechtsträger, die am 31. Dezember 2018 die von der Arbeitsrechtlichen Kommission der Diakonie Deutschland in der bis zum 31. Dezember 2018 geltenden Fassung getroffenen Regelungen angewendet haben, dürfen deren Regelungen weiter anwenden. Gleiches gilt für Rechtsträger, die Einrichtungen auf dem Gebiet mehrerer Gliedkirchen betreiben und zum 31. Dezember 2018 eine einheitliche Arbeitsrechtsregelung anwenden.
- Die Übergangsregelung des § 18 wurde verlängert bis zum 31. Dezember 2020.
- Die Gesetzesänderung tritt am 1. Januar 2019 in Kraft.
- Hier der Beschluss zum Download: [§ 16 ARGG-EKD](#)

MVG-EKD

- § 10 MVG-EKD - Streichung der sog. „ACK-Klausel“; jedoch Öffnung für gliedkirchliches Recht
- Die Zugehörigkeit zu einer ACK- Kirche als Voraussetzung für die Wählbarkeit in die Mitarbeitervertretung, wurde gestrichen. Die Gliedkirchen können jedoch in ihren Bestimmungen die Zugehörigkeit zu einer Kirche oder Gemeinschaft, die der Arbeitsgemeinschaft christlicher Kirchen in Deutschland angeschlossen ist, als Voraussetzung für die Wählbarkeit vorsehen.
- § 36a MVG-EKD - Einführung einer verbindlichen Einigungsstelle)
- Es wurde eine Regelung zur Einführung einer verbindlichen Einigungsstelle beschlossen. Diese wird auf Antrag der Mitarbeitervertretung oder der Dienststellenleitung zur Beilegung von Regelungsstreitigkeiten in organisatorischen und sozialen Angelegenheiten nach § 40 MVG-EKD gebildet. Nach Maßgabe des gliedkirchlichen Rechts können gemeinsame Einigungsstellen für mehrere Dienststellen gebildet werden.
- 38 Abs. 1 MVG-EKD wird dahingehend geändert, dass die Anrufung des Kirchengerichts für Regelungsstreitigkeiten bei Angelegenheiten nach § 40 ausgeschlossen ist, wenn eine

Einigungsstelle gemäß § 36 a besteht. In diesen Fällen entscheidet die Einigungsstelle auf Antrag eines der Beteiligten

- Im § 47 Abs. 3 MVG-EKD wird neu geregelt, dass bei Initiativen der MAV die Anrufung des Kirchengerichts für Regelungsstreitigkeiten in Angelegenheiten nach § 40 ausgeschlossen ist, wenn eine Einigungsstelle nach § 36a besteht. In diesen Fällen unterbreitet die Einigungsstelle den Beteiligten einen Vermittlungsvorschlag.
- Die Regelungen der Aufgaben und Befugnisse der Vertrauensperson der schwerbehinderten Mitarbeitenden werden über eine Verweisung an das staatliche Recht, §§ 178 ff. SGB IX, angepasst.
- Die Gesetzesänderung tritt am 1. Januar 2019 in Kraft, die Änderung des § 38 jedoch erst am 1. Januar 2020
- Hier der Beschluss zum Download: [MVG-EKD](#)

5. Zwei neue Tarifverträge zum TV DN – TV DN in der aktuellen fassung auf der Homepage des DDN

In der vergangenen Woche sind der 4. und der 5. Änderungstarifvertrag zum TV DN unterzeichnet und veröffentlicht worden.

Der 4. Änderungstarifvertrag regelt, dass die kirchlichen Zusatzversorgungskassen, bei denen die DDN-Mitglieder ihre Mitarbeitenden zur zusätzlichen Altersversorgung versichert haben, zur Schließung einer Deckungslücke ein Saniergeld erheben dürfen. Hintergrund ist, dass durch den Systemwechsel vom Umlagesystem zum Punktesystem im Jahr 2001 hat die Kasse erstmals in die Lage versetzt war, die auf ihr lastenden gesamten Verpflichtungen, bestehend aus Anwartschaften und Ansprüchen, zu ermitteln. Die gesamten Verpflichtungen wurden als Startgutschriften oder bereits zum 31.12.2001 bestehenden Rentenzahlungen als Rente oder als Versorgungspunkte in das Punktemodell transferiert. Hierzu wurden die Versorgungsanwartschaften und -pflichten der aktuellen und aller zukünftigen Rentenempfänger des ehemaligen Umlageverfahrens versicherungsmathematisch berechnet, also die Gesamtverpflichtung beziffert und entsprechende Deckungsrückstellungen in ihre Bilanzen aufgenommen. Dabei ergab sich, dass das Kassenvermögen zur vollständigen Kapitaldeckung der im bisherigen System erworbenen Ansprüche und Anwartschaften nicht ausreichte. Es ergab sich eine Deckungslücke. Der Wechsel im Finanzierungssystem führte systembedingt zu einem Fehlbetrag, der nach einem in den Satzungen der kirchlichen Zusatzversorgungskassen festgelegten Schlüssel im Wege von Sanierungsgeldzahlungen von den an den kirchlichen Zusatzversorgungskassen beteiligten Arbeitgebern getilgt wird. Die Erhebung von Sanierungsgeldern war in den vergangenen Jahren bei anderen Kassen Gegenstand gerichtlicher Verfahren. Dabei stand die grundsätzliche Erhebung nicht in Frage. Lediglich die Art und Weise der Berechnung war streitig. Es gab nun mehrere Gerichtsentscheidungen, die wegen angenommener Rechtsverletzung bei der Sanierungsgeldberechnung die Rückzahlung des Sanierungsgelds angeordnet haben. Eine zweitinstanzliche Entscheidung ist rechtskräftig. Inwieweit dort angeführte Gründe auf die KZVK Hannover übertragbar sind ist streitig. Klagen gegen die Kasse liegen allerdings nicht vor. In den Verfahren hat sich gezeigt, dass die Gerichte die Rechtmäßigkeit der Regelungen in den Kassensatzungen zur Sanierungsgelderhebung und zur Berechnung seiner Höhe anhand der strengen Verbraucherschutzvorschriften der §§ 305 ff BGB zum Beispiel auf Transparenz und unangemessene Benachteiligung hin prüfen, soweit sie nicht auf einer Grundentscheidung von Tarifvertragsparteien

beruhen und deshalb gemäß § 310 Abs. 4 BGB der gerichtlichen Kontrolle nach Verbraucherschutzrecht entzogen sind. In diesem Fall dürfen die Gerichte aus verfassungsrechtlichen Gründen nur noch prüfen, ob die Regelungen gegen höherrangiges Recht, also Gesetze oder Verfassung oder die guten Sitten verstoßen. Deshalb wird auf Anregung des Verwaltungsrats der KZVK Hannover eine tarifvertragliche Regelung in den TV DN eingefügt, die die Saniergelderhebung gemäß der bestehenden Satzungsregelung ausdrücklich legitimiert. Diese Bestimmung wird in § 29 Abs. 3 des TV DN aufgenommen. Den 4. Änderungsvertrag zu TV DN finden Sie [hier zum Download](#) auf der Homepage des DDN.

Über die Verhandlungen des DDN mit ver.di während des laufenden Jahres hatten wir in der Ausgabe 4/2018 der DDN-Nachrichten vom 20.09.2018 unter Nr. 2 ausführlich berichtet. Die Verhandlungsgruppen von ver.di und dem DDN hatten sich am 5. September 2018 auf **den 5. Änderungsvertrag zum TV DN** über eine Änderung der Regelungen über das Bereitschaftsdienstentgelt für nichtärztliche Arbeitnehmerinnen in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen geeinigt. Das Bereitschaftsdienstentgelt, das bisher je errechnete Stunde mit dem Stundenentgelt gem. Teil B Abschnitt IV TV DN vergütet wurde, wird ab dem 1. Oktober 2018 um einen Zuschlag i.H.v. 15 % erhöht. Den 5. Änderungsvertrag zu TV DN finden Sie [hier zum Download](#) auf der Homepage des DDN.

Den TV DN in der durchgeschriebenen Fassung des 4. und 5. Änderungstarifvertrags mit Stand vom 24.09.2018 finden sie [hier zum Download](#) auf der Homepage des DDN.

6. KGH: Arbeitsrechtssetzung auf dem ersten Weg und Anwendung des MVG nicht gleichzeitig möglich

Der KGH.EKD hat mit [Beschluss vom 24.09.2018, II-0124/34-2018](#)), entschieden:

1. Die Ev.-Luth. Kirche in Norddeutschland verpflichtet ihre diakonischen Werke und Einrichtungen in derselben Norm auf die Anwendung kirchlich-diakonischen Arbeitsvertragsrechts (§ 5 Abs. 2 Satz 2b DiakonieG) und auf das Leitbild der Dienstgemeinschaft (§ 5 Abs. 3 DiakonieG). Dies bedeutet in Bezug auf die Auslegung des Begriffes „kirchlich-diakonisches Arbeitsvertragsrechts“, dass nur eine kollektive, die paritätische Beteiligung der Arbeitnehmer an den jeweiligen Rechtssetzungen gewährleistende Vergütungsordnung kirchengemäß und kirchlich-diakonisch im Sinne von § 5 Abs. 2 DiakonieG sein kann.
2. **Eine Vergütungsfindung auf dem ersten Weg ist nur außerhalb des Mitarbeitervertretungsgesetzes der EKD unter der Regie des Betriebsverfassungsgesetzes möglich und hat ggf. die Bildung von Betriebsräten anstelle von Mitarbeitervertretungen zur Folge.**

Die die Ersetzung der Zustimmung der MAV zu Eingruppierungen begehrende Antragstellerin wendete auf die Arbeitsverhältnisse neu eingestellter Mitarbeiter Arbeitsvertragsbedingungen an, die in Aufbau, Struktur und Inhalt den AVR-DD entsprechen. Auch die Entgeltgruppen sind entsprechend den AVR-DD geordnet, die Vergütungssätze sind aber pauschal um 15% im Vergleich zu den AVR-DD abgesenkt. Die Antragstellerin ist eine diakonische Einrichtung der Ev.-Luth. Kirche in Norddeutschland, sie unterliegt dem Diakoniegengesetz der Ev.-Luth. Kirche in Norddeutschland (nachfolgend DiakonieG) vom 11. Oktober 2013. In einem Grundsatzpapier „Die Diakonie als Arbeitgeberin, Selbstverständnis und Grundsätze eines kirchlich-diakonischen Arbeitsrechtes auf dem Gebiet der Nordkirche“ haben die

Diakonischen Landesverbände, verschiedene große Einrichtungen und der Prozessbevollmächtigte der Arbeitgeberin Grundsätze eines kirchengemäßen Arbeitsrechts definiert, die erfüllt sein müssen, damit das in der Einrichtung angewandte Arbeitsrecht als kirchlich-diakonisches Arbeitsvertragsrecht im Sinne von § 5 Abs. 2b) DiakoniegG qualifiziert werden kann. Die Arbeitgeberin hat drei Mitarbeiterinnen neu eingestellt. Die Mitarbeitervertretung hat der Einstellung zugestimmt, aber der Eingruppierung jeweils widersprochen, weil die angewendete Arbeitsrechtssetzung nicht den Bestimmungen der Satzung des Diakonischen Werks Rendsburg entspreche. Nach Beendigung der Erörterung hat die Arbeitgeberin beim Kirchengenicht Antrag auf Feststellung eingereicht, dass Zustimmungsverweigerungsgründe für die Mitarbeitervertretung nicht bestehen.

Der Kirchengenichtshof hat entschieden, dass die Mitarbeitervertretung nach § 41 Abs. 1 Buchstabe a) MVG-EKD einen Grund zur Verweigerung der Zustimmung zu den streitgegenständlichen Eingruppierungen habe, weil die Arbeitgeberin kein kirchlich-diakonisches Arbeitsvertragsrecht nach § 5 Abs. 2b) DiakoniegG zur Anwendung bringe.

Die von der Arbeitgeberin zur Anwendung gebrachte Vergütungsordnung (AVR-DD minus 15 %) sei kein kirchlich-diakonisches Arbeitsvertragsrecht nach § 5 Abs. 2b) DiakoniegG. Die Norm verpflichte die diakonischen Einrichtungen auf die Gewährleistung einer kontinuierlichen Verbindung mit der Evangelischen Kirche in Deutschland u.a. durch die Anwendung kirchlich-diakonischen Arbeitsvertragsrechts. Bereits der Wortlaut der Bestimmung und der durch ihn vermittelte Wortsinn sprächen dafür, dass eine einseitig ohne Beteiligung der Dienstnehmerseite zustande gekommene und den Arbeitsverträgen vorgegebene Vergütungsordnung nicht den Vorgaben von § 5 Abs. 2 Satz 2b) DiakoniegG entsprechen. Die Ev.-Luth. Kirche in Norddeutschland verpflichte ihre diakonischen Werke und Einrichtungen in derselben Norm auf die Anwendung kirchlich-diakonischen Arbeitsvertragsrechts (§ 5 Abs. 2 Satz 2b) DiakoniegG) und auf das Leitbild der Dienstgemeinschaft (§ 5 Abs. 3 DiakoniegG). Dies bedeute in Bezug auf die Auslegung des Begriffes „kirchlich-diakonisches Arbeitsvertragsrechts“, dass nur eine kollektive, die paritätische Beteiligung der Arbeitnehmer an den jeweiligen Rechtssetzungen gewährleistende Vergütungsordnung kirchengemäß und kirchlich-diakonisch im Sinne von § 5 Abs. 2 DiakoniegG sein könne. Das Arbeitspapier der Diakonischen Werke und die entsprechende Beschlussfassung in der Mitgliederversammlung für die Auslegung des synodalen Gesetzes sei unmaßgeblich, weil die normunterworfenen diakonischen Werke nicht die Befugnis zur Normauslegung hätten. Es sei deshalb grundsätzlich unerheblich, welche Maßgaben das Arbeitspapier für die Gestaltung kirchlich-diakonischen Arbeitsvertragsrechts enthalte; gleichermaßen sei unerheblich, welches Verständnis die diakonischen Werke in ihrer Mitgliederversammlung dem Begriff des kirchlich-diakonischen Arbeitsvertragsrecht zugrunde gelegt hätten.

Die Verweigerung der Zustimmung der Mitarbeitervertretung sei auch bereits deshalb begründet, weil eine denkbare Gestattung einer Arbeitsrechtssetzung auf dem ersten Weg und die gleichzeitige Verpflichtung der Einrichtungen auf das Mitarbeitervertretungsgesetz der EKD und die Dienstgemeinschaft kirchenrechtlich nicht zu vereinbaren seien; die Organisation der Einrichtungen nach dem Prinzip der Dienstgemeinschaft und die einseitige Festlegung von Arbeitsvertragsbedingungen schließen sich aus. Möchte der kirchliche Gesetzgeber die Festlegung von Arbeitsvertragsbedingungen auf dem ersten Weg ermöglichen, so sei dies nicht möglich, wenn zeitgleich eine Verpflichtung auf dem Begriff der Dienstgemeinschaft und des Mitarbeitervertretungsgesetzes der EKD erfolge. Eine Vergütungsfindung auf dem ersten Weg sei nur außerhalb des Mitarbeitervertretungsgesetzes der EKD

unter der Regie des Betriebsverfassungsgesetzes möglich und habe ggf. die Bildung von Betriebsräten anstelle von Mitarbeitervertretungen zur Folge.

7. KGH.EKD: Reisekostenordnung unterliegt nach § 40 k MVG-EKD der Mitbestimmung

Der KGH.EKD hat [Beschluss vom 18.12.2017 - I-0124/92-2016](#) entschieden:

1. Mitglieder der Mitarbeitervertretung können die Erstattung von Reisekosten nach Maßgabe der in einer Dienststelle geltenden Regelungen verlangen.
2. Eine Reisekostenordnung unterliegt nach § 40 k MVG-EKD der Mitbestimmung der Mitarbeitervertretung.
3. Aus § 2 Satz 2 der Reisekostenverordnung folgt nicht das Erfordernis der Genehmigung der Dienstreise eines Mitglieds der Mitarbeitervertretung. Nach dem Amt der Dienstreisenden oder dem Wesen des Dienstgeschäfts kommt es nicht in Betracht, dass die Dienststellenleitung über die Durchführung der Dienstreise eines Mitglieds der Mitarbeitervertretung zu entscheiden hat.

8. KGH.EKD: Diakonische Einrichtungen sind verpflichtet, kirchengerichtliche Entscheidungen zu respektieren und umzusetzen

Der KGH.EKD hat mit [Beschluss vom 19.06.2018 - II-0124/6-2018](#) entschieden:

1. Die Mitarbeitervertretung hat nach § 34 Absatz 3 Satz 1 MVG-EKD einen Anspruch darauf, dass die Dienststelle die zur Durchführung ihrer Aufgabe erforderlichen Unterlagen rechtzeitig zur Verfügung stellt; dies beinhaltet einen Anspruch auf zur Verfügungstellung von Listen, die den Bruttolohn der Mitarbeiter/innen ausweisen (Bestätigung von KGH.EKD vom 5. Dezember 2016 - II-0124/34-2016).
2. Diakonische Einrichtungen sind verpflichtet, kirchengerichtliche Entscheidungen zu respektieren und umzusetzen.

9. KGH.EKD: Gewährung von Beihilfen nach § 26 Absatz 1 AVR DD auf Grundlage einer eigene Beihilferegelung unterliegt der Mitbestimmung

Der KGH.EKD hat mit [Beschluss vom 04.06.2018 ,II-0124/50-2017](#) entschieden:

1. Die Gewährung von Beihilfen nach § 26 Absatz 1 AVR DD an die in Anstalten und Einrichtungen tätigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auf Grundlage einer eigene Beihilferegelung unterliegt der Mitbestimmung nach § 40m MVG-EKD.
2. Der Anwendungsbereich von § 40m MVG-EKD ist nicht auf die Gewährung von Unterstützungen in Notlagen beschränkt. Diese Auffassung findet im Wortlaut keine Stütze.

Die Beteiligten streiten über die Beteiligung der Antragsgegnerin, der bei der Antragstellerin gebildeten MAV, zu einer Beihilferegelung nach § 26 Abs. 1 AVR DD. Der KGH erklärt Beschwerde der Mitarbeitervertretung ist begründet. Die Aufstellung einrichtungseigener Beihilferegelungen ist mitbestimmungspflichtig. Die Mitarbeitervertretung hat nach § 40 m MVG-EKD ein Mitbestimmungsrecht bei der Gewährung von Unterstützungen und sonstigen Zuwendungen, auf die kein Rechtsanspruch besteht. Die Gewährung einer Beihilfe sei eine „Unterstützung“ i.S.d. Norm. Auf individuell einrichtungsbezogen gewährte Beihilfen besteht ohne entsprechende Regelung kein sonstiger

Rechtsanspruch; damit wird das Mitbestimmungsrecht aus § 40 MVG-EKD ausgelöst und ist eine Regelung nur mit Zustimmung der MAV möglich. Dass § 26 AVR auf Regelungen der „zuständigen Organe“ Bezug nimmt, kann deshalb nicht dahingehend verstanden werden, dass die entscheidungsbefugten Organe der Einrichtungen ohne Einbezug der Mitarbeitervertretung eigene Beihilferegelungen in Kraft setzen können; Bestimmungen in den AVR können ein Mitbestimmungsrecht nicht verdrängen.

10. BAG: Kirchlicher Arbeitgeber darf für Referentenstelle keine Religionszugehörigkeit fordern

Das BAG hat entschieden, dass eine konfessionslose Frau, deren Bewerbung für eine Stelle bei einem Werk der Evangelischen Kirche aufgrund der Religion abgelehnt wurde, eine Entschädigung in Höhe von fast 4.000 Euro erhält ([Pressemitteilung zu BAG, Urt. v. 25.10.2018 – 8 AZR 501/14](#)).

Die Parteien stritten über die Zahlung einer Entschädigung wegen einer Benachteiligung wegen der Religion. Der Beklagte ist ein Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland. Er schrieb am 25.11.2012 eine auf zwei Jahre befristete Stelle eines Referenten/einer Referentin (60%) aus. Gegenstand der Tätigkeit sollten schwerpunktmäßig die Erarbeitung des Parallelberichtes zum deutschen Staatenbericht zur Umsetzung der UN-Antirassismuskonvention durch Deutschland sowie Stellungnahmen und Fachbeiträge und die projektbezogene Vertretung der Diakonie Deutschland gegenüber der Politik, der Öffentlichkeit und Menschenrechtsorganisationen sowie die Mitarbeit in Gremien sein. Der Parallelbericht sollte in Beratung mit Menschenrechtsorganisationen und weiteren Interessenträgern erstellt werden. In der Stellenausschreibung heißt es ferner: "Die Mitgliedschaft in einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche und die Identifikation mit dem diakonischen Auftrag setzen wir voraus. Bitte geben Sie Ihre Konfession im Lebenslauf an." Die konfessionslose Klägerin bewarb sich mit Schreiben vom 29.11.2012 auf die Stelle. Sie wurde nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Der Beklagte besetzte die Stelle mit einem evangelischen Bewerber. Die Klägerin verlangte mit ihrer Klage die Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG i.H.v. mindestens 9.788,65 Euro. Sie war der Ansicht, der Beklagte habe sie entgegen den Vorgaben des AGG wegen der Religion benachteiligt. Sie habe die Stelle wegen ihrer Konfessionslosigkeit nicht erhalten. Der Beklagte stellte eine Benachteiligung der Klägerin wegen der Religion in Abrede; jedenfalls sei die Benachteiligung nach § 9 Abs. 1 AGG gerechtfertigt. Das Arbeitsgericht hatte der Klägerin eine Entschädigung i.H.v. 1.957,73 Euro zugesprochen. Das Landesarbeitsgericht hatte die Klage insgesamt abgewiesen.

Das BAG hat der Revision der Klägerin teilweise stattgegeben. Der Beklagte ist verpflichtet, an die Klägerin eine Entschädigung i.H.v. 3.915,46 Euro zu zahlen.

Nach Auffassung des BAG hat der Beklagte die Klägerin wegen der Religion benachteiligt. Diese Benachteiligung sei nicht nach § 9 Abs. 1 AGG ausnahmsweise gerechtfertigt gewesen. Eine Rechtfertigung der Benachteiligung nach § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG scheide aus. § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG sei einer unionsrechtskonformen Auslegung im Einklang mit Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG nicht zugänglich und müsse deshalb unangewendet bleiben. Die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung nach § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG lägen nicht vor. Nach § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG – in unionsrechtskonformer Auslegung – sei eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion nur zulässig, wenn die Religion nach der Art der Tätigkeiten oder den Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Religionsgemeinschaft bzw. Einrichtung darstelle.

Vorliegend bestünden erhebliche Zweifel an der Wesentlichkeit der beruflichen Anforderung. Jedenfalls sei die berufliche Anforderung nicht gerechtfertigt, weil im konkreten Fall keine wahrscheinliche und erhebliche Gefahr bestanden habe, dass das Ethos des Beklagten beeinträchtigt würde. Dies folge im Wesentlichen aus dem Umstand, dass der jeweilige Stelleninhaber/die jeweilige Stelleninhaberin – wie auch aus der Stellenausschreibung ersichtlich – in einen internen Meinungsbildungsprozess beim Beklagten eingebunden gewesen sei und deshalb in Fragen, die das Ethos des Beklagten betrafen, nicht unabhängig handeln können. Der Höhe nach sei die Entschädigung auf zwei Bruttomonatsverdienste festzusetzen gewesen.

Lesen Sie dazu die Anmerkung von Michael Eckert aus „Blick ins Arbeitsrecht“, DStR 2018, 2482:
Die Entscheidung des BAG begegnet Bedenken. Der Gesetzgeber hat in Deutschland im Rahmen des AGG bewusst eine nicht so eng gefasste Ausnahmvorschrift zu Gunsten der Kirchen und Religionsgemeinschaften erlassen, um diesen im Rahmen ihres Selbstbestimmungsrechts zu erlauben, für bestimmte – in der Regel verkündungsnah – Tätigkeiten kirchenangehörige Mitarbeiter einzusetzen. Bedenklich ist hierbei schon die Auffassung, dass § 9 Abs. 1 erste Alternative AGG nicht angewendet werden dürfe. Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen ist nämlich ua eine einzelstaatliche Gepflogenheit, die auch in Deutschland seit langem anerkannt ist und von der EU-Richtlinie ausdrücklich als Differenzierungskriterium gebilligt wird. Aber auch wenn man nur auf die Tätigkeit abstellt, ergeben sich überwiegend Argumente dafür, dass eine Differenzierung anhand der Kircheng Zugehörigkeit vorliegend zulässig war. Aufgabe des einzustellenden Referenten war nämlich auch die Vertretung der evangelischen Kirche nach außen. So sollte ein Bericht der Kirche zur UN-Anti-Rassismus-Konvention erarbeitet werden, weiterhin Stellungnahmen und Fachbeiträge. Aufgabe sollte es auch sein, die Diakonie Deutschland projektbezogen gegenüber Politik, Öffentlichkeit und Menschenrechtsorganisationen zu vertreten und außerdem sollte in verschiedenen Gremien mitgearbeitet werden. Das BAG vertritt die Auffassung, eine Kircheng Zugehörigkeit sei vorliegend deshalb entbehrlich, weil der Stelleninhaber die Kirche nicht „unkontrolliert“ nach außen vertreten sollte, sondern in einen internen Meinungsbildungsprozess bei der Kirche eingebunden sei. Das BAG geht offensichtlich davon aus, dass die Einbindung in einen internen Meinungsbildungsprozess ausreicht, um dann, unabhängig von der Kircheng Zugehörigkeit, nach außen das wiederzugeben, was der internen Meinungsbildung entspricht. Vorliegend ging es jedoch um eine Referentenstelle und nicht um die Stelle beispielsweise eines Pressesprechers. Letzterer hat häufig die Aufgabe, vorbereitete Statements zu verbreiten, hat also kaum Gelegenheit, insoweit abweichende Meinungen nach außen zu vertreten. Wer allerdings eine Organisation in anderen Organisationen vertreten soll und auch Öffentlichkeitsarbeit gegenüber Politik, der Öffentlichkeit allgemein und Menschenrechtsorganisationen im Speziellen betreiben soll, hat im Rahmen dessen, was nach außen getragen und vertreten wird, relativ große Freiheiten. Hier lässt sich auch für die Kirche in der Regel nicht sofort feststellen, ob das Ergebnis einer internen Meinungsbildung nach außen getragen wurde oder möglicherweise abweichende Auffassungen vertreten werden. Gerade die Mitarbeit in Gremien führt oft auch zu der Möglichkeit, unvorbereitet Stellungnahmen abgeben zu müssen, die nicht intern vorbereitet werden konnten. Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen muss mE hier weitergehend geschützt werden. Mit den Argumenten des BAG würde es sich auch vertreten lassen, dass Konfessionslose als Pfarrer eingestellt werden müssen: Auch hier liegt das, was zu verkünden ist, in der Regel weitgehend schriftlich (Bibel) vor

und eine interne Meinungsabstimmung hat im Ältestenrat/Kirchenvorstand oÄ stattgefunden. In Deutschland ist aber anerkannt, dass Kirchen immer dann auf eine Religionszugehörigkeit achten dürfen, wenn eine Tätigkeit mit Außenwirkung verbunden ist oder aus anderen Gründen verkündigungsnah ist. Beides scheint mir hier gegeben zu sein.

Die Begründung des Urteils vom 25.10.2018 dürfte im Februar oder März nächsten Jahres vorliegen. EKD und Diakonie Deutschland werden dann gemeinsam prüfen, ob gegen das Urteil eine Verfassungsbeschwerde eingelegt wird, und wir werden Sie weiter auf dem Laufenden halten.

Die EKD hat die als **Anlage 1** übersandten Empfehlungen für die Personalpraxis zur Frage der (Un-) Zulässigkeit der Religionszugehörigkeit als berufliche Anforderung in Kirche und Diakonie herausgegeben. Zusammengefasst ist insbesondere Folgendes zu beachten:

1. Es muss eine Differenzierung anhand der Tätigkeiten erfolgen, ob die Kirchenzugehörigkeit für die jeweilige Stelle gefordert wird.
2. Der Dienstgeber muss vor der Stellenausschreibung eine aussagekräftige Begründung für die jeweilige konfessionelle Anforderung erstellen, die im Streitfall zum Beweisherangezogen werden kann, dass keine ungerechtfertigte Benachteiligung vorliegt.
3. Im Einstellungsgespräch ist es bei allen Bewerbern weiterhin möglich, nach persönlichen Erfahrungen, Einstellungen und Bindungen an Kirche und Diakonie zu fragen. In der Dokumentation der Bewerberauswahl muss jedoch deutlich werden, ob jemand aufgrund des Stellenprofils, das ggfls. eine Kirchenzugehörigkeit erfordert, oder aufgrund seiner persönlichen Bindung an die Kirche, also unabhängig vom objektiven Stellenprofil, ausgewählt wurde.
4. In der Stellenausschreibung sollte auf das Erfordernis der Kirchenzugehörigkeit kurz und begründet hingewiesen werden, etwa wie folgt: „Bei der ...Tätigkeit mit Außenvertretung der ... ist ein positives Bekenntnis des Mitarbeiters zum diakonischen Auftrag Voraussetzung; daher erwarten wir die Mitgliedschaft in der evangelischen Kirche oder einer anderen christlichen Kirche.“
5. Darüber hinaus empfiehlt es sich, bei jeder Auswahlentscheidung die Bestenauslese zu dokumentieren. Dies kann gut durch ein kompaktes Punktwertschema erledigt werden. In diesem Kontext ist es empfehlenswert, in Bezug auf das Punktwertschema das Einvernehmen mit der Mitarbeitervertretung zu erzielen.

11. DWiN: § 3 Abs. 1 Satz 1 und 2 und Absatz 2 der Loyalitätsrichtlinie können nicht mehr angewandt werden

In Ansehung des zuvor dargestellten BAG-Urteils besteht Einigkeit zwischen dem Diakonischen Werk ev. Kirchen in Niedersachsen e.V. (DWiN) und dem DDN, dass trotz der in § 9 Absatz b der DWiN-Satzung statuierten Pflicht zur Beachtung der Loyalitätsrichtlinie § 3 Abs. 1 Satz 1 und 2 und Absatz 2 der Loyalitätsrichtlinie nicht mehr angewandt werden dürfen. Der DDN empfiehlt seinen Mitgliedern zwecks Vermeidung von Schadenersatzklagen bei Ausschreibungen auf die Einstellungsvoraussetzung einer Kirchenmitgliedschaft zu verzichten. Als zulässige Alternative kommen aber z.B. für politische Parteien und Tendenzbetriebe zulässige Loyalitätsanforderungen an Bewerber in Betracht, z.B.

„Wir erwarten ein hohes Maß an Übereinstimmung mit den Grundsätzen und Zielen der Ev.-luth. Landeskirche und ihrer Diakonie“.

oder

„Wir erwarten die Identifikation mit den Grundsätzen und Zielen der Ev.-luth. Landeskirche und ihrer Diakonie“.

12. Öffentliche Fachtagung zum kirchlichen Arbeitsrecht

Das Institut für Kirchliches Arbeitsrecht lädt gemeinsam mit der Evangelisch-Theologischen Fakultät, der Katholisch-Theologischen Fakultät sowie der Juristischen Fakultät zu einer bisher einzigartigen Veranstaltung ein, auf der theologische und juristische Gedanken zusammengebracht werden und so ein interdisziplinärer Austausch ermöglicht wird. Das genaue Programm können sie [dem Flyer](#) entnehmen.

13. EuGH – Nicht beantragter Urlaub verfällt nicht automatisch

Der EuGH hat mit Urteilen [C-619/16](#) und [C-684/16](#) vom 6.11.2018 entschieden, dass ein Arbeitnehmer seine erworbenen Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub nicht automatisch deshalb verlieren darf, weil er keinen Urlaub beantragt hat. Weist der Arbeitgeber jedoch nach, dass der Arbeitnehmer aus freien Stücken und in voller Kenntnis der Sachlage darauf verzichtet hat, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, nachdem er in die Lage versetzt worden war, seinen Urlaubsanspruch tatsächlich wahrzunehmen, steht das Unionsrecht dem Verlust dieses Anspruchs und – bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses – dem entsprechenden Wegfall einer finanziellen Vergütung nicht entgegen. Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg (Deutschland) und das Bundesarbeitsgericht (Deutschland) wollten wissen, ob das Unionsrecht einer nationalen Regelung entgegensteht, die den Verlust des nicht genommenen bezahlten Jahresurlaubs und den Verlust der finanziellen Vergütung für diesen Urlaub vorsieht, wenn der Arbeitnehmer den Urlaub nicht vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses beantragt hat. Sie haben den Gerichtshof daher ersucht, in diesem Kontext das Unionsrecht auszulegen, wonach der Anspruch jedes Arbeitnehmers auf einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden darf.

Mit seinen Urteilen vom 6.11.2018 entschied der Gerichtshof, dass das Unionsrecht es nicht zulässt, dass ein Arbeitnehmer die ihm gemäß dem Unionsrecht zustehenden Urlaubstage und entsprechend seinen Anspruch auf eine finanzielle Vergütung für den nicht genommenen Urlaub automatisch schon allein deshalb verliert, weil er vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses (oder im Bezugszeitraum) keinen Urlaub beantragt hat.

Diese Ansprüche können nur untergehen, wenn der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber z. B. durch angemessene Aufklärung tatsächlich in die Lage versetzt wurde, die fraglichen Urlaubstage rechtzeitig zu nehmen, was der Arbeitgeber zu beweisen hat.

Der Arbeitnehmer ist nämlich als die schwächere Partei des Arbeitsverhältnisses anzusehen. Er könnte daher davon abgeschreckt werden, seine Rechte gegenüber seinem Arbeitgeber ausdrücklich geltend zu machen, da insbesondere die Einforderung dieser Rechte ihn Maßnahmen des Arbeitgebers aussetzen kann, die sich zu seinem Nachteil auf das Arbeitsverhältnis auswirken können.

Ist der Arbeitgeber hingegen in der Lage, den ihm insoweit obliegenden Beweis zu erbringen, dass der Arbeitnehmer aus freien Stücken und in voller Kenntnis der Sachlage darauf verzichtet hat, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, nachdem er in die Lage versetzt worden war, seinen Urlaubsanspruch tatsächlich wahrzunehmen, steht das Unionsrecht dem Verlust dieses Anspruchs und – bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses – dem entsprechenden Wegfall der finanziellen Vergütung für den nicht genommenen bezahlten Jahresurlaub nicht entgegen.

Jede Auslegung der fraglichen Unionsvorschriften, die den Arbeitnehmer dazu veranlassen könnte, aus freien Stücken in den betreffenden Bezugs- oder zulässigen Übertragungszeiträumen keinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, um seine Vergütung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu erhöhen, wäre nämlich mit den durch die Schaffung des Rechts auf bezahlten Jahresurlaub verfolgten Zielen unvereinbar. Diese bestehen u. a. darin, zu gewährleisten, dass der Arbeitnehmer zum wirksamen Schutz seiner Sicherheit und seiner Gesundheit über eine tatsächliche Ruhezeit verfügt.

Der Gerichtshof stellt weiter fest, dass die vorstehenden Grundsätze unabhängig davon gelten, ob es sich um einen öffentlichen Arbeitgeber (wie das Land Berlin) oder einen privaten Arbeitgeber (wie die Max-Planck-Gesellschaft) handelt. ([Pressemeldung des EuGH](#))

14. EuGH: Jahresurlaubsanspruch geht auf Erben über

Der Anspruch eines Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub geht nach dem Unionsrecht lt. [EuGH 6.11.2018, C-569/16 u. C-570/16](#) nicht mit seinem Tod unter. Daher können die Erben des verstorbenen Arbeitnehmers eine finanzielle Vergütung für den von ihm nicht genommenen Jahresurlaub verlangen. Sofern das nationale Recht eine solche Möglichkeit ausschließt, können sich die Erben unmittelbar auf das Unionsrecht berufen, und zwar sowohl gegenüber einem öffentlichen als auch einem privaten Arbeitgeber.

Der verstorbene Ehemann der einen Klägerin war bei der Stadt Wuppertal beschäftigt. Der andere verstorbene Ehemann der anderen Klägerin bei einem privaten Arbeitgeber. Da die Verstorbenen vor ihrem Tod nicht alle ihnen zustehende Urlaubstage für das Jahr genommen hatten, beantragten die Klägerinnen jeweils als deren alleinige Rechtsnachfolgerinnen von den ehemaligen Arbeitgebern ihrer Ehemänner eine finanzielle Vergütung für diese Urlaubstage. Beide Arbeitgeber lehnten jedoch eine Zahlung ab. Die Klägerinnen erhoben Klage vor den deutschen Arbeitsgerichten.

Das mit den Rechtsstreitigkeiten letztendlich befasste BAG ersuchte den EuGH, in diesem Zusammenhang das Unionsrecht, und zwar RL 2003/88/EG vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, auszulegen. Danach erhält jeder Arbeitnehmer einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen und dieser Anspruch darf außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden.

Nach Auffassung des BAG ist es fraglich, ob der Anspruch eines Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub auch nicht untergeht, wenn eine solche finanzielle Vergütung nach dem nationalen Recht nicht Teil der Erbmasse wird. Der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub habe zum Zweck, dem Arbeitnehmer Erholung zu ermöglichen. Dies könne nach dem Tod nicht mehr verwirklicht werden.

Der EuGH bejahte einen Übergang des Anspruchs auf die Erben.

Der Anspruch eines Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub geht nach dem Unionsrecht nicht mit seinem Tod unter. Die Erben eines verstorbenen Arbeitnehmers können von dem ehemaligen Arbeitgeber eine finanzielle Vergütung für den nicht genommenen bezahlten Jahresurlaub verlangen. Zwar hat der Tod des Arbeitnehmers zur Folge, dass er die bezweckte Erholung nicht mehr wahrnehmen kann. Der zeitliche Aspekt ist aber nur eine der beiden Komponenten des Rechts auf bezahlten Jahresurlaub, das einen wesentlichen Grundsatz des Sozialrechts der Union darstellt und in der Charta der Grundrechte der EU als Grundrecht verankert ist.

Das Grundrecht umfasst zum anderen auch eine finanzielle Komponente, und zwar einen Anspruch auf Bezahlung im Urlaub und damit verbunden den Anspruch auf eine finanzielle Vergütung für bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommenen Jahresurlaub. Diese Komponente ist dazu bestimmt, in das Vermögen des Arbeitnehmers überzugehen, so dass der tatsächliche Zugriff dem Vermögen des Arbeitnehmers und in der Folge, denjenigen, auf die es im Wege der Erbfolge übergehen soll, durch den Tod des Arbeitnehmers rückwirkend nicht mehr entzogen werden kann.

Sofern das nationale Recht eine solche Möglichkeit ausschließt und sich daher als mit dem Unionsrecht unvereinbar erweist, darf das nationale Gericht die nationale Regelung nicht anwenden und es hat dafür Sorge zu tragen, dass der Rechtsnachfolger eine finanzielle Vergütung für den nicht genommenen Jahresurlaub erhält. Die Erben können sich unmittelbar auf das Unionsrecht berufen, und zwar sowohl gegenüber einem öffentlichen als auch gegenüber einem privaten Arbeitgeber.

Quelle: [EuGH PM Nr. 164/18 vom 6.11.2018](#)

15. EuGH: Elternzeit kann Jahresurlaub schmälern

Elternzeit kann den Jahresurlaub schmälern. Denn Arbeitgeber müssen den Elternurlaub nicht als Arbeitszeit anrechnen, wenn sie den bezahlten Jahresurlaub eines Mitarbeiters berechnen, wie der Europäische Gerichtshof (EuGH, [Az.: C-12/17](#)) am 4. Oktober in Luxemburg urteilte.

Anlass war ein Fall aus Rumänien. Die Frau, selbst von Beruf Richterin, hatte 2015 rund siebeneinhalb Monate Elternurlaub für ein Kind unter zwei Jahren genommen, wie der EuGH rekapitulierte.

Währenddessen sei ihr Arbeitsverhältnis ausgesetzt gewesen. Anschließend nahm die Frau 30 Tage bezahlten Jahresurlaub. Da der normale bezahlte Jahresurlaub 35 Tage betrug, wollte sie auch die verbleibenden fünf Tage gewährt bekommen. Das wurde mit der Begründung abgelehnt, dass der Jahresurlaub an die tatsächliche Arbeitsleistung im betreffenden Jahr gebunden sei und der Elternurlaub nicht als solche angesehen werde.

Die Luxemburger Richter erklärten das für mit dem EU-Recht vereinbar. Dieses sehe zwar für jeden Arbeitnehmer Anspruch auf einen bezahlten Mindestjahresurlaub vor. Dessen Zweck, nämlich die Erholung, setze aber voraus, dass tatsächlich gearbeitet wurde. Von dieser Voraussetzung müsse nur dann abgesehen werden, wenn der oder die Betroffene gar nicht arbeiten könne, etwa wegen Krankheit oder Mutterschaftsurlaub.

Hier machte der EuGH einen wichtigen Unterschied zwischen Mutterschafts- und Elternurlaub. Der Mutterschaftsurlaub diene dem Schutz der Frau beziehungsweise ihrer besonderen Beziehung zum Kind nach der Entbindung. Insofern könne die Frau eine bestimmte Zeit lang gar nicht arbeiten. Das gelte für die Zeit des Elternurlaubs jedoch nicht.

16. BAG: Vergütung von Reisezeiten

Das BAG hat mit dem Urteil BAG v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17 ([Pressemeldung](#)) entschieden: Entsendet der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vorübergehend zur Arbeit ins Ausland, sind die für Hin- und Rückreise erforderlichen Zeiten wie Arbeit zu vergüten.

Der Kläger war ein Arbeitnehmer, der vom Arbeitgeber, einem Bauunternehmen, als technischer Mitarbeiter ins Ausland entsandt worden war, und zwar für einen Zeitraum von ca. zweieinhalb Monaten. Nach dem Arbeitsvertrag war der Arbeitnehmer verpflichtet, auf wechselnden Baustellen im In- und Ausland zu arbeiten. Die streitige Reise sollte nach China gehen. Der Arbeitgeber wollte ursprünglich einen durchgehenden Flug in der Economy-Klasse buchen. Dies hätte etwa, wenn man übliche Flugzeiten ab Frankfurt nach Peking unterstellt, ca. 9,5 Stunden (nonstop, nur Hinflug) gedauert. Der Arbeitnehmer hatte allerdings den Wunsch, statt des Direktfluges einen Umweg über Dubai zu nehmen. Dadurch dauerte der Flug (Hin- und Rückflug) insgesamt vier Tage. Der Arbeitgeber hat die regelmäßige Arbeitszeit, die an diesen vier Tagen angefallen wäre, nämlich jeweils acht Stunden, regulär vergütet. Der Arbeitnehmer vertrat die Auffassung, er habe Anspruch auf eine Vergütung für die gesamte Reisezeit, nämlich ab Verlassen der eigenen Wohnung bis zur Ankunft am Arbeitsplatz in China. Zusätzlich zu den bereits vergüteten ($4 \times 8 =$) 32 Stunden wollte er noch zusätzliche Vergütung für 37,0 Stunden haben. Die Vorinstanzen hatten unterschiedlich entschieden. Das BAG hat den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurückverwiesen.

Grundsätzlich hat das BAG anerkannt, dass Reisezeiten vom Arbeitgeber zu vergüten sind. Entsendet, so das BAG, der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer vorübergehend ins Ausland, erfolgen Hin- und Rückreise im Allgemeinen ausschließlich im Interesse des Arbeitgebers und sind deshalb in der Regel wie Arbeit zu vergüten. Allerdings ist nur die tatsächlich erforderliche, dh notwendige Reisezeit zu vergüten. Dies wäre also die Zeit eines Direktfluges zuzüglich möglicherweise An- und Abreise zum Flughafen gewesen. Denkbar ist hier, dass die bereits vergüteten vier Arbeitstage insoweit ausreichen. Bucht der Arbeitgeber aber auf Wunsch des Arbeitnehmers einen Umweg, ist dieser Umweg nicht die „erforderliche“ Reisezeit, die zusätzliche Zeit muss daher vom Arbeitgeber nicht bezahlt werden. Lesen Sie dazu die Anmerkung von Michael Eckert aus „Blick ins Arbeitsrecht“, DStR 2018, 2482:

Die grundsätzliche Entscheidung, dass bestimmte Reisezeiten wie Arbeitszeit zu vergüten sind, ist nicht neu. Sie gilt im Übrigen auch bei einem Einsatz beispielsweise auf inländischen Baustellen oÄ. Nicht neu ist auch die Tatsache, dass natürlich nur die erforderliche Reisezeit zu vergüten ist.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass die Reisezeit hier unterschiedlich zu berücksichtigen ist. Einmal ist die Reisezeit zu ermitteln für die Frage der Vergütung. Dies war Gegenstand des hier geschilderten Rechtsstreits. Davon unabhängig ist die Reisezeit zu erfassen, wenn es um das Thema „Arbeitsicherheit“ geht. Hier sieht das Arbeitszeitgesetz eine tägliche Höchstarbeitszeit von zehn Stunden vor. Bei Flügen, die länger als zehn Stunden dauern, muss der Arbeitnehmer aber nicht nach zehn Stunden „aussteigen“. Vielmehr hat er ja auch Gelegenheit, auf dem Flug zu schlafen, privat zu lesen oder sich anderweitig zu erholen. Daher greift das Arbeitszeitgesetz hinsichtlich der Arbeitsicherheit für solche Flug-, Reise- und Arbeitszeiten nicht ein. Im Sinne der Arbeitsicherheit ist Reisezeit nur dann Arbeitszeit, wenn der Arbeitnehmer verpflichtet (!) ist, beispielsweise selbst mit einem Pkw, Lkw, Lieferwagen oÄ zu fahren, er also am Steuer sitzt. Das passive Mitfahren ist insoweit wieder nicht zu erfassen, gleichgültig ob im Flugzeug, der Bahn oder auf dem Beifahrersitz des Autos.

17. BAG: Auslegung einer Bezugnahmeklausel auf Branchentarifverträge – Anwendbarkeit von Haustarifverträgen

Das BAG hat mit dem Urteil [BAG Urt. v. 11.7.2018 – 4 AZR 533/17](#) entschieden:

Nehmen Arbeitsvertragsparteien individualvertraglich auf die jeweils geltenden Tarifverträge einer bestimmten Branche Bezug, handelt es sich dabei in der Regel um eine zeitdynamische Bezugnahme auf die entsprechenden Flächentarifverträge, die Haustarifverträge eines einzelnen Arbeitgebers nicht erfasst.

Die Parteien streiten über die Anwendung tariflicher Regelungen und hieraus folgenden Entgeltansprüchen. Die Klägerin ist Gewerkschaftsmitglied.

In dem schriftlichen Arbeitsvertrag aus dem Jahr 2005 ist u.a. geregelt:

„Auf das Arbeitsverhältnis finden die jeweils geltenden Tarifverträge des Einzelhandels und die Gesamtbetriebsvereinbarungen bzw. die Betriebsvereinbarungen in der jeweils gültigen Fassung Anwendung.“

Die Beklagte war zunächst Mitglied im Arbeitgeberverband, ist jedoch im Jahr 2015 in eine OT-Mitgliedschaft gewechselt. Im Jahr 2016 vereinbarte die Beklagte mit der Gewerkschaft, bei der die Klägerin Mitglied ist, einen Haustarifvertrag (sog. „Zukunftstarifvertrag“), der im Vergleich zu den Flächentarifverträgen u.a. reduzierte Entgelte regelt. Mit dem Inkrafttreten dieses Haustarifvertrags reduzierte die Beklagte das Entgelt der Klägerin gemäß den Regelungen im Haustarifvertrag.

Hiergegen wendet sich die Klägerin und begehrt die Zahlung der Entgeltdifferenzen zu den aktuell geltenden Flächentarifverträgen. Die Vorinstanzen weisen die Klage ab.

Das BAG hebt auf die Revision der Klägerin die Entscheidung der Vorinstanz auf und gibt der Klage statt. Zwar gälten die aktuellen Flächentarifverträge aufgrund der OT-Mitgliedschaft nicht aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit. Die Anwendung der aktuellen Flächentarifverträge folge aber aus der zeitdynamischen Bezugnahme im Arbeitsvertrag.

Diese Bezugnahmeklausel erfasse nicht auch den Haustarifvertrag bei der Beklagten. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut der Klausel, da eine Bezugnahme auf die Tarifverträge einer bestimmten Branche üblicherweise als Bezugnahme auf Flächentarifverträge zu verstehen sei.

Der Verweis auf die Gesamtbetriebsvereinbarungen bzw. die Betriebsvereinbarungen habe für die Auslegung keine Bedeutung. Eine Bezugnahme auf Tarifverträge habe konstitutive Wirkung, während eine Bezugnahme auf Betriebsvereinbarungen lediglich deklaratorisch sei.

Im Ergebnis sei daher die Kollision zwischen dem aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit geltenden Haustarifvertrag und dem aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme geltenden Flächentarifvertrag nach einem Günstigkeitsvergleich, hier zugunsten des Flächentarifvertrags, aufzulösen.

Die Entscheidung ist von außerordentlicher Bedeutung für die Restrukturierungspraxis. Haustarifverträge – insbesondere sog. Sanierungstarifverträge – sind ein weit verbreitetes Gestaltungsmittel für eine (i.d.R. zeitlich befristete) Absenkung der Arbeitsentgelte, wobei im Gegenzug häufig Standort- und Beschäftigungssicherungsregelungen vereinbart werden. Arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln können die Sanierungswirkung eines Haustarifvertrags erheblich einschränken.

Mit dem Hinweis auf Entscheidungen des 4. Senats aus den Jahren 2008 und 2005 wurde bisher u.a. vertreten, dass allgemein formulierte Bezugnahmeklauseln auch Haustarifverträge erfassen. Der 4. Senat, dessen Besetzung sich allerdings zwischenzeitig geändert hat, stellt nunmehr ausdrücklich klar, dass er

hieran nicht mehr festhält. Offen ist aber noch, ob dies auch für firmenbezogene Verbandstarifverträge gilt.

Im Hinblick auf diese Entscheidung ist es für DDN-Mitglieder wichtig, dass ein eventuell notwendiger Sanierungstarifvertrag nicht selbst mit ver.di oder einer anderen Gewerkschaft geschlossen werden kann, sondern nur als Maßnahme zur Zukunftssicherung (MaZuSi) gemäß Teil B Abschnitt V TV DN vom DDN mit Ver.di für die Einrichtung.

18. BAG: Darlegungs- und Beweislast bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit

Die Parteien streiten über einen Anspruch aus Annahmeverzug. Der Postbetriebsarzt erstellte 2015 ein Leistungsbild, aus dem sich gesundheitliche Einschränkungen für eine Tätigkeit der Klägerin ergaben. Das vorhandene Leistungsvermögen lasse eine Tätigkeit entsprechend der bisherigen Beschäftigung nicht zu. Im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements wurde ein Arbeitsplatz identifiziert, für den die Klägerin noch geeignet erschien. Der Postbetriebsarzt kam allerdings im Januar 2016 zu dem Schluss, dass sie aus gesundheitlichen Gründen auch auf diesem Arbeitsplatz nicht einsetzbar sei. Nachdem die Klägerin ein gegenteiliges Attest ihres Arztes vorgelegt hatte, das sie für bedingt arbeitsfähig erklärte, wurde sie erneut vom Betriebsarzt untersucht. Dieser resümierte, die Belastbarkeit für eine dauerhafte Beschäftigung der Klägerin in dem im bEM benannten Bereich sei „nach wie vor nicht sicher gegeben“. Ein Arbeitsversuch sei angesichts eines „tendenziell gebesserten“ Gesamtzustands möglich, berge aber Risiken. Eine Wiedereingliederungsmaßnahme von mindestens drei Monaten werde dringend empfohlen. Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin Vergütung für die Zeit vom 15.2. bis zum 31.10.2016 und die Zahlung eines tariflichen Urlaubsgeldes aus Annahmeverzug. Sie ist der Auffassung, spätestens seit Mitte Februar 2016 sei sie für den im bEM benannten Arbeitsplatz arbeitsfähig gewesen. Die Beklagte habe es trotz Aufforderung unterlassen, sie dort zu beschäftigen und schulde ihr deshalb im Streitzeitraum Annahmeverzugsvergütung.

Das BAG hat mit der Entscheidung [BAG, Urt. vom 22.8.2018 - 5 AZR 292/17](#) die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LAG Nürnberg zurückverwiesen und dabei umfangreiche Hinweise zur Darlegungs- und Beweislast gegeben:

1. Beruft sich der Arbeitgeber gegenüber einem Anspruch des Arbeitnehmers aus Annahmeverzug auf dessen Leistungsunfähigkeit iSv. § 297 BGB, erhebt er eine Einwendung, für deren Voraussetzungen er als Gläubiger der Arbeitsleistung die Darlegungs- und Beweislast trägt.
2. Verlangt der Arbeitnehmer nach § 280 Abs. 1 iVm. § 241 Abs. 2 BGB Vergütung als Schadensersatz mit der Begründung, der Arbeitgeber habe es schuldhaft versäumt, ihm einen leidensgerechten Arbeitsplatz außerhalb der bisher übertragenen Tätigkeit zuzuweisen, muss der Arbeitnehmer darlegen und im Bestreitensfall beweisen, dass sein vorhandenes Leistungsvermögen den Anforderungen an die beanspruchte andere Tätigkeit genügt. Hierauf hat sich der Arbeitgeber im Rahmen einer ihn treffenden sekundären Behauptungslast substantiiert einzulassen und darzulegen, aus welchen Gründen eine Beschäftigung des Arbeitnehmers zu den vorgeschlagenen Bedingungen nicht in Betracht kommt.
3. Der ihn hiernach treffenden primären Darlegungs- bzw. sekundären Behauptungslast kann der Arbeitgeber grundsätzlich auch dadurch genügen, dass er sich im Prozess auf eine betriebsärztliche Stellungnahme über die Leistungsunfähigkeit des Arbeitnehmers beruft. Bei deren Würdigung muss

der Tatrichter allerdings berücksichtigen, dass es sich hierbei nicht um ein Beweismittel iSd. §§ 355 ff. ZPO handelt, sondern um ein Privatgutachten, das als qualifizierter Parteivortrag zu werten ist. Die gutachterliche Stellungnahme begründet nach § 416 ZPO lediglich Beweis dafür, dass der Betriebsarzt die in der Urkunde enthaltenen Erklärungen abgegeben hat, nicht aber dafür, dass die ihr zugrunde gelegten Befunde und Schlussfolgerungen zutreffend sind. Über deren behauptete Richtigkeit muss das Gericht ggf. nach allgemeinen Regeln Beweis erheben.

19. Drei Prüfungsstufen bei krankheitsbedingter Kündigung

Der durchschnittliche Krankenstand ist zwar im Jahr 2017 geringfügig zurückgegangen (Quelle: Statistisches Bundesamt), mit durchschnittlich 10,6 Krankheitstagen im Jahr aber immer noch eine enorme Belastung für Arbeitgeber und Mitarbeiter, die Fehlzeiten abfedern müssen. Auch wenn in Unternehmen vielfältige Maßnahmen zur Gesundheitsförderung ergriffen werden, bleibt dennoch häufig nur die Frage, ob man sich von einem Mitarbeiter krankheitsbedingt trennen kann. Die Kündigung wegen Krankheit ist der Hauptanwendungsfall der personenbedingten Kündigung, wobei im Wesentlichen zwischen der Kündigung wegen lang andauernder Krankheit und der Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen differenziert wird. Beide Formen der krankheitsbedingten Kündigung sind kündigungrechtlich im Wesentlichen nach den gleichen Kriterien zu beurteilen, die Rechtsanwältin [Doris Kilg in ihrem am 3. Dezember 2018 auf Arbeitsrecht.Weltweit.de veröffentlichten Beitrag](#) aufzeigt.

20. BVerwG: Berechnung der Höchstarbeitszeit nach dem Arbeitszeitgesetz

Das Bundesverwaltungsgericht ([BVerwG Urt. v. 9.5.2018 – 8 C 13/17](#)) urteilte, dass tarifliche Mehrurlaubstage und gesetzliche Feiertage, die auf einen Werktag fallen, bei der Berechnung der durchschnittlichen Höchstarbeitszeit nach dem Arbeitszeitgesetz nicht als Ausgleichstage berücksichtigt werden dürfen.

§ 3 Satz 2 ArbZG sieht vor, dass die werktägliche Höchstarbeitszeit von grds. acht Stunden nur dann auf bis zu zehn Stunden verlängert werden darf, wenn innerhalb von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt acht Stunden werktäglich nicht überschritten werden. Gestattet ein Tarifvertrag Abweichungen von dieser werktäglichen Höchstarbeitszeit, was gem. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG möglich ist, so darf die Arbeitszeit gem. § 7 Abs. 8 ArbZG 48 Stunden wöchentlich im Durchschnitt von sechs Kalendermonaten oder 24 Wochen nicht überschreiten.

Das klagende Universitätsklinikum wendet für die bei ihm beschäftigten Ärzte einen Tarifvertrag an, der Abweichungen von § 3 ArbZG vorsieht. Der Tarifvertrag regelt bei einer Fünf-Tage-Woche einen Urlaubsanspruch von 30 Tagen. Um den Durchschnitt von 48 Stunden wöchentlich zu erreichen, berücksichtigt der Kläger auch tarifliche Mehrurlaubstage und gesetzliche Feiertage, die auf einen Werktag fallen, als Ausgleichstage. Die Bezirksregierung als zuständige Aufsichtsbehörde hält diese Praxis für rechtswidrig und untersagte sie mit einer Anordnung gem. § 17 Abs. 2 ArbZG. Gegen diese Anordnung wendet sich die Klage.

Das Gericht erachtet die Anordnung für rechtmäßig und bestätigt damit die klageabweisenden Entscheidungen der Vorinstanzen. Die Anordnung der Bezirksregierung sei erforderlich gewesen, um die Einhaltung der nach dem Arbeitszeitgesetz zulässigen Höchstarbeitszeiten sicherzustellen. Die Praxis des

Klägers, auch tarifliche Mehrurlaubstage sowie Feiertage, die auf einen Werktag fallen, als Ausgleichstage heranzuziehen, sei rechtswidrig.

Überschreite ein Arbeitnehmer die werktägliche Höchstarbeitsgrenze, so müsse dies nach der gesetzlichen Systematik sowie dem Sinn und Zweck der Regelung dadurch kompensiert werden, dass der zeitliche Umfang seiner Arbeitspflicht an anderen Werktagen des Ausgleichszeitraums entsprechend gemindert werde. Dies wiederum setze eine Freistellung an solchen Tagen voraus, an denen der Arbeitnehmer – ohne die Freistellung – zur Arbeit verpflichtet werden könnte. Bei gesetzlichen Feiertagen bestehe aber keine Arbeitspflicht, im Gegenteil: § 9 Abs. 1 ArbZG sehe sogar ein grundsätzliches Verbot der Beschäftigung an Feiertagen vor. Damit kämen gesetzliche Feiertage als Ausgleichstage nicht in Betracht.

Für eine Freistellung zwecks Arbeitszeitausgleichs stünden aber auch tarifliche Mehrurlaubstage nicht zur Verfügung, denn als Ausgleichstage könnten nur solche Tage dienen, an denen der Arbeitnehmer nicht bereits wegen Urlaubsgewährung von der Pflicht zur Arbeit freigestellt sei. Dies gelte jedenfalls uneingeschränkt dann, wenn der Tarifvertrag – wie vorliegend – nicht zwischen dem gesetzlichen Mindesturlaub und dem tariflichen Mehrurlaubsanspruch differenziere.

Konsequenzen für die Praxis Der Umstand, dass gesetzliche Feiertage, die auf einen Werktag fallen, nicht als Ausgleichstage herangezogen werden dürfen, entspricht nahezu einhelliger Meinung. Im Hinblick auf Urlaubstage, die über den gesetzlichen Mindesturlaub von vier Wochen hinaus individualvertraglich oder aufgrund eines Tarifvertrags gewährt werden, wird in der Literatur zum Teil eine Berücksichtigung als Ausgleichstage bejaht. Das BVerwG hat ausdrücklich offengelassen, ob eine Berücksichtigung als Ausgleichstage dann in Betracht kommt, wenn sich dem Arbeits- oder Tarifvertrag ein entsprechender Regelungswille entnehmen lässt. Insoweit steht eine höchstrichterliche Klärung mithin noch aus.

Verstöße gegen die Regelungen zur Höchstarbeitszeit sind gem. § 22 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG bußgeldbewehrt. Möchten die Arbeitsvertragsparteien durch eine entsprechende vertragliche Gestaltung die über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehenden Mehrurlaubstage als Ausgleichstage im Sinn des Arbeitszeitgesetzes nutzen, so empfiehlt es sich, in jedem Fall vorsorglich zunächst die Rechtsauffassung der zuständigen Aufsichtsbehörde hierzu zu erfragen.

Samstage können ohne weiteres als Ausgleichstage herangezogen werden, da sie nach dem ArbZG als Werktage gelten. Dies gilt selbst dann, wenn der Arbeitnehmer in einer Fünf-Tage-Woche arbeitet und grds. ohnehin samstags arbeitsfrei hat.

21. BAG: Kein Anspruch auf 40-Euro-Verzugspauschale bei Verzug des Arbeitgebers mit Entgeltzahlung

Der Kläger, nahm seinen Arbeitgeber auf Zahlung verschiedener tariflicher Besitzstandszulagen in Anspruch. Zusätzlich klagte er für jeden Monat des Verzuges eine Pauschale von 40 EUR nach § 288 V BGB ein.

Das LAG gab der Klage insgesamt einschließlich der Verzugspauschalen statt. Es ließ jedoch hinsichtlich der Verzugspauschalen die Revision zu, weil die Frage noch ungeklärt sei, ob § 288 V BGB im Arbeitsrecht durch § 12a ArbGG verdrängt werde.

Die Revision des Arbeitgebers hatte Erfolg.

Das BAG entschied, dass zwar § 288 V BGB grundsätzlich auch in Fällen Anwendung finde, in denen sich der Arbeitgeber mit der Zahlung von Arbeitsentgelt im Verzug befinde. Allerdings schließe § 12a I 1

ArbGG als spezielle arbeitsrechtliche Regelung nicht nur einen prozessualen Kostenerstattungsanspruch wegen erstinstanzlich entstandener Verfahrenskosten aus, sondern auch einen entsprechenden materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch und damit auch den Anspruch auf Pauschalen nach § 288 V BGB.

Durch das „Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr“ vom 22.7.2014 hatte der Gesetzgeber § 288 V BGB neu gefasst und geregelt, dass bei Schuldnerverzug mit Entgeltforderungen dem Gläubiger stets eine Pauschale von 40 EUR zusteht. Die Pauschale nach § 288 V BGB ist eine „Entschädigung“, für die es nicht darauf ankommt, ob ein vermögensmäßig messbarer Aufwand/Schaden überhaupt entstanden ist. Denn es soll auch der Ärger und die aufgewendete Arbeitszeit des Gläubigers kompensiert werden. Die Pauschale hat deshalb pönalen Charakter und wurde zutreffend auch als „Strafschadenersatz“ nach angelsächsischem Vorbild bezeichnet.

Der Einführung des § 288 V BGB hatte die EU-Richtlinie 2011/7/EU vom 16.02.2011 „Zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr“ zugrunde gelegen. Der deutsche Gesetzgeber hat jedoch den Anwendungsbereich von § 288 V BGB weiter gefasst und geregelt, dass die Norm immer gilt, wenn der Schuldner kein Verbraucher (§ 13 BGB) ist. Da der Arbeitgeber, abgesehen von Sonderfällen wie etwa der Anstellung einer privaten Haushaltshilfe, kein Verbraucher ist, war damit der Weg für die Anwendung von § 288 V BGB für Vergütungsansprüche des Arbeitnehmers grundsätzlich frei. § 288 V BGB galt zunächst nur für Verträge, die nach dem 28.07.2014 eingegangen wurden, ab 01.07.2016 galt er jedoch auch für alle vorher begründeten Schuldverhältnisse.

Allerdings setzte recht schnell (beginnend mit dem Beitrag des Autors in NZA 2015, 1095) die Diskussion ein, ob nicht das besondere Kostenregime des Arbeitsrechts einer sinnvollen Anwendung von § 288 V BGB im Arbeitsrecht entgegen stehe. Denn es entsprach langjähriger Rechtsprechung des BAG, dass § 12a ArbGG, der in der ersten Instanz eine wechselseitige Kostenerstattung ausschließt, nicht nur eine prozessuale Norm ist, sondern auch bei außergerichtlichen Auseinandersetzungen greift und materiell-rechtlich die §§ 286 ff. BGB überlagert.

Es ist erfreulich, dass diese Frage nicht nur schnell zum BAG gelangt ist, sondern dass das BAG sie auch sehr zügig entschieden hat. Allerdings bleibt abzuwarten, ob sich die übrigen Senate des BAG der Pilotentscheidung des 8. Senats anschließen werden (was im Interesse der Rechtssicherheit zu hoffen wäre), oder ob es zu abweichender Rechtsprechung anderer Senate und damit letztlich zur Anrufung des Großen Senats kommen wird. Diese Anmerkung von Martin Diller aus FD-ArbR 2018, 411307, beck-online, beruht auf der [Pressemitteilung des Gerichts](#).

22. LAG: Abmahnung wegen Gefährdungsanzeige

Eine Pflichtverletzung kann vorliegen, wenn ein Arbeitnehmer aus sachfremden Erwägungen heraus oder ohne im Ansatz verantwortungsvolle Prüfung geradezu leichtfertig eine Gefahr meldet, von der er annehmen musste, dass eine solche nicht vorlag. (amtl. Leitsatz des LAG Niedersachsen, Urteil vom 12.9.2018 – 14 Sa 140/18.

Die Parteien streiten über einen Anspruch der Klägerin auf Entfernung einer von der Beklagten erteilten Abmahnung aus der Personalakte. Die Klägerin ist bei der Beklagten seit über 20 Jahren als Gesundheits- und Krankenpflegerin beschäftigt. Am 26.9.2016 wurde die Klägerin aufgrund krankheitsbedingtem Ausfalls der beiden eigentlich vorgesehenen Pflegekräfte zusammen mit einer Auszubildenden auf einer

anderen Station eingeplant. Die Klägerin äußerte gegenüber dem Pflegedienstleiter Bedenken gegen diese Besetzung, woraufhin dieser einen weiteren Auszubildenden zur Unterstützung zuteilte.

Die Klägerin füllte während ihres Dienstes ein Formular „Gefährdungsanzeige zu Qualitätsmängeln (auch: Beschwerde gem. § 84 BetrVG)“ aus, in dem sie bemängelte, selbst stationsfremde Kraft zu sein und den Dienst mit zwei Auszubildenden bestreiten zu müssen, von denen einer auch stationsfremd sei. Sie könne nicht ausschließen, dass Patienten in ihren Krisen nicht erkannt würden und durch ihr eigenes Verhalten zu Schaden kommen könnten.

Im Rahmen des Dienstes wurden keine besonderen Vorkommnisse gemeldet oder Unterstützung angefordert.

Die Beklagte erteilte der Klägerin am 24.1.2017 eine Abmahnung, in der sie ihr vorwarf, sie habe die Gefährdungsanzeige abgegeben, ohne dass dies durch eine tatsächlich vorliegende Gefährdungslage gerechtfertigt gewesen sei, und hierdurch gegen ihre vertraglichen Nebenpflichten verstoßen.

Die Klägerin hat vorgetragen, es habe eine objektive Gefährdungslage vorgelegen, sie sei daher arbeitsrechtlich verpflichtet gewesen, auf drohende oder vorauszusehende Gefahren hinzuweisen. Der Arbeitgeber hat dagegen vertreten, eine Gefährdungslage habe weder bestanden noch gedroht. Der Einsatz auf einer anderen als der eigentlichen Stammstation gehöre zum Berufsalltag von Pflegekräften. Darüber hinaus habe die Klägerin wie alle Pflegekräfte die Möglichkeit, über den Personennotalarm im Notfall Hilfe anzufordern.

Das ArbG hat der Klage stattgegeben. Das LAG hat die Entscheidung der Vorinstanz bestätigt und die Berufung des Arbeitgebers zurückgewiesen. Ein der Klägerin vorwerfbarer Pflichtverstoß, insbesondere ein Verstoß gegen das Gebot der Rücksichtnahme gemäß § 241 II BGB sei nicht feststellbar. Bei der von der Klägerin auf der Grundlage von § 16 ArbSchG abgegebenen Meldung sei es nicht auf das objektive Vorliegen einer Gefährdungslage angekommen, es reiche aus, dass die Klägerin subjektiv berechtigterweise davon ausgehen konnte und durfte, es liege eine Gefährdungslage vor. Auch wenn man die vom ArbG gezogene Grenze des bewussten Missbrauchs einer Gefährdungsanzeige oder deren willkürliche Erstattung weiter ziehe, sei es der Beklagten nicht gelungen darzulegen, dass die Klägerin aus sachfremden Erwägungen heraus oder ohne im Ansatz verantwortungsvolle Prüfung geradezu leichtfertig eine Gefahr meldete, von der sie annehmen musste, dass eine solche nicht vorlag.

Gefährdungsanzeigen haben sich zu einem beliebten und öffentlichkeitswirksamen Mittel entwickelt, mithilfe derer Arbeitnehmer Missstände in ihrem Betrieb anprangern können. Nach § 16 I ArbSchG sind Arbeitnehmer verpflichtet, ihrem Arbeitgeber unverzüglich jede von festgestellte unmittelbare erhebliche Gefahr für die Sicherheit und Gesundheit melden. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob eine objektive Gefährdung besteht, es muss vielmehr ein subjektiver Sorgfaltsmaßstab gelten.

Gefährdungsanzeigen sollten in einem funktionierenden Arbeitsverhältnis allerdings das letzte Mittel der Wahl sein, wenn im persönlichen Gespräch mit Vorgesetzten keine Abhilfe erreicht werden kann, und nicht für betriebs- oder gewerkschaftspolitische Ziele missbraucht werden. Dem LAG Niedersachsen ist daher darin zuzustimmen, dass leichtfertige oder aus sachfremden Gründen abgegebene Gefährdungsanzeigen auch arbeitsrechtliche Sanktionen rechtfertigen können. Ich übersende das Urteil des LAG-Niedersachsen im Volltext als **Anlage 2**.

23. LAG: Entgeltzahlung im Krankheitsfall - Einheit des Verhinderungsfalls

Landesarbeitsgericht Niedersachsen [7. Kammer, Urteil vom 26.09.2018, 7 Sa 336/18](#) hat entschieden:

1. Die Darlegungs- und Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen der § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG trifft den Arbeitnehmer.
2. Macht der Arbeitnehmer bei wiederholter Arbeitsunfähigkeit einen Entgeltfortzahlungsanspruch aufgrund neuer Erkrankung geltend, trifft ihn auch die Darlegungs- und Beweislast für das Ende der vorangegangenen Arbeitsunfähigkeit.

Zum rechtlichen Hintergrund dieser Entscheidung folgende Ausführungen:

Das ist der Grundsatz: Der Mitarbeiter hat nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung in Krankheitsfall für eine Dauer von sechs Wochen (= 42 Kalendertage). Nur dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit bereits vor dem Beginn der täglichen Arbeitszeit beginnt, können Sie bereits diesen Tag zum Entgeltfortzahlungszeitraum hinzurechnen.

Jede neue Erkrankung führt grundsätzlich zu einem weiteren Anspruch des Mitarbeiters auf Entgeltfortzahlung. Damit kann diese Pflicht mehrfach hintereinander entstehen. Allerdings müssen Sie hierbei zwischen zwei Fallgestaltungen unterscheiden, der wiederholten Arbeitsunfähigkeit wegen neuer Krankheit und wegen derselben Krankheit.

- Wiederholte Arbeitsunfähigkeit wegen neuer Krankheit: Ihr Mitarbeiter hat dann einen neuen Anspruch auf Entgeltfortzahlung, wenn es sich um verschiedene, voneinander unabhängige Krankheiten handelt. Erkrankt der Mitarbeiter während der bereits bestehenden Arbeitsunfähigkeit an einem neuen Leiden, beginnt hierfür kein neuer Entgeltfortzahlungszeitraum (sog. „Einheit des Verhinderungsfalls“).
- Wiederholte Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit: Ist die Erkrankung auf dieselbe, nicht auskurierte Krankheit (sog. Fortsetzungserkrankung) zurückzuführen, hat der Mitarbeiter nur einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Dauer von sechs Wochen. Beispiele für Fortsetzungserkrankungen: Heuschnupfen, Rheumatismus, Multiple Sklerose.

Die folgenden zwei Ausnahmen sind zu beachten (§ 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG):

- Zwischen dem Ende der letzten und dem Beginn der neuen Arbeitsunfähigkeit aufgrund desselben Grundleidens liegt eine längere Zeit als sechs Monate (es ist eine Rückrechnung nach §§ 187 Abs.1, 188 Abs. 2 BGB geboten).
- Seit Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Krankheit ist eine Frist von zwölf Monaten abgelaufen.

Hierbei ist nicht entscheidend, wie oft der Mitarbeiter innerhalb des 12-Monatszeitraumes wegen dieser Erkrankung arbeitsunfähig gewesen ist.

24. LAG: Stellenabsage wegen Rentenalters ist Diskriminierung

Arbeitgeber dürfen Stellenbewerber nicht allein deshalb ablehnen, weil sie Rentner sind. Andernfalls machen sie sich nach einem Gerichtsurteil der Altersdiskriminierung schuldig und müssen dem Bewerber eine Entschädigung zahlen.

Lehnt ein öffentlicher Arbeitgeber einen Stellenbewerber wegen seines Rentenalters ab, ist dies eine unzulässige Altersdiskriminierung. Selbst wenn ein Tarifvertrag eine Altersgrenzenregelung enthält, steht

dem abgelehnten Rentner wegen der erlittenen Diskriminierung eine Entschädigung zu, entschied das Landesarbeitsgericht Niedersachsen, [Urteil vom 01.08.2018, 17 Sa 1302/17](#).

Im konkreten Fall hatte die Stadt Osnabrück eine "Hauswirtschaftliche Anleitung im Zentrum für Jugendberufshilfe" gesucht. Ein 71-jähriger Rentner bewarb sich auf die Stelle und verwies auf seine Erfahrungen in dem Bereich, unter anderem beim Christlichen Jugenddorfwerk Deutschland e. V. Er wies ausdrücklich auf seinen Rentnerstatus hin.

Die Kommune erteilte ihm eine Absage und begründete dies damit, dass "keine Rentner eingestellt werden dürfen". Der Rentner fühlte sich wegen seines Alters unzulässig benachteiligt und verlangte eine Diskriminierungsentschädigung in Höhe von drei Monatsgehältern, insgesamt 8.271 Euro.

Es folgte zunächst eine Entschuldigung der Stadt. Die Formulierung der Absage, dass keine Rentner eingestellt werden dürfen, sei missverständlich. Der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) enthalte jedoch eine Altersgrenzenregelung, nach der ein Arbeitsverhältnis mit Ablauf des Monats endet, in dem der Beschäftigte das gesetzlich festgelegte Alter zum Erreichen der Regelaltersrente vollendet hat. Nach Erreichen der Altersgrenze sei ein erneutes Beschäftigungsverhältnis nur mit Zustimmung der zuständigen Personalvertretung möglich, so die Stadt. Wegen der Entscheidungspraxis der Personalvertretung sei davon auszugehen, dass der Kläger nach einem positiven Auswahlverfahren nicht die erforderliche Zustimmung erhalten hätte.

Das Arbeitsgericht Osnabrück sprach dem 71-Jährigen wegen der erlittenen Altersdiskriminierung die gewünschte Entschädigung von 8.271 Euro zu. Das LAG Hannover stellte ebenfalls eine Altersdiskriminierung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) fest, verringerte jedoch den Entschädigungsanspruch auf ein Monatsgehalt in Höhe von 2.757 Euro.

Der Kläger sei wegen seines Rentnerstatus nicht zum Bewerbungsverfahren zugelassen und damit unmittelbar wegen seines Lebensalters benachteiligt worden. Der 71-Jährige sei auch objektiv für die Stelle geeignet gewesen. Mit der Ablehnung sei ihm die Chance versagt worden, den Arbeitgeber von seiner Bewerbung zu überzeugen. Es komme auch nicht darauf an, dass die Kommune die Stelle letztlich gar nicht besetzt hat.

Die Stadt habe den Vorwurf der Altersdiskriminierung nicht entkräften können, urteilte das LAG. Es gebe zwar im TVöD eine Altersgrenzenregelung in Bezug auf die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses. Die Regelung hindere eine Kommune aber nicht daran, Altersrentner neu einzustellen. Es gebe nach den tariflichen Bestimmungen auch keine Rechtfertigung dafür, dass ein Bewerber überhaupt nicht in die Auswahl einbezogen wird.

25. LAG: Personenbedingte Änderungskündigung eines behinderten Arbeitnehmers

LAG Rheinland-Pfalz hat mit dem [Urteil vom 11.04.2018 - 4 Sa 352/16](#) entschieden:

1. In den Fällen, in denen der Arbeitnehmer auf Dauer wegen Krankheit die geschuldete Arbeitsleistung nicht mehr erbringen kann, ist eine Kündigung nach dem das gesamte Kündigungsrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur gerechtfertigt, wenn sie zur Beseitigung eingetretenen Vertragsstörung erforderlich ist. Zu den die Kündigung bedingenden Tatsachen gehört deshalb das Fehlen angemessener milderer Mittel zur Vermeidung künftiger Fehlzeiten. Ein milderer Mittel in diesem Sinne ist u. a. insbesondere die Umgestaltung des bisherigen Arbeitsbereichs.

2. Bei einem schwerbehinderten Arbeitnehmer kommt hinzu, dass dieser nach § 164 IV Nr. 1 SGB IX einen Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber auf eine Beschäftigung hat, bei der er seine Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwehren und weiterentwickeln kann. Der Arbeitgeber erfüllt diesen Anspruch regelmäßig dadurch, dass er dem Arbeitnehmer die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zuweist. Kann der schwerbehinderte Arbeitnehmer die damit verbundenen Tätigkeiten wegen seiner Behinderung nicht mehr wahrnehmen, so führt dieser Verlust nach der Konzeption der §§ 164 ff SGB IX nicht ohne weiteres zum Wegfall des Beschäftigungsanspruchs. Der Arbeitnehmer hat in diesem Fall nicht nur Anspruch auf eine anderweitige Beschäftigung, vielmehr ist der Arbeitgeber nach § 164 I Nr. 4 SGB IX auch zu einer Umgestaltung der Arbeitsorganisation bzw. zu einer Aufgabenumverteilung verpflichtet. Der schwerbehinderte Arbeitnehmer kann daher verlangen, dass er nur mit leichteren Arbeiten beschäftigt wird, sofern im Betrieb die Möglichkeit zu einer solchen Aufgabenumverteilung besteht und eine solche dem Arbeitgeber nicht unzumutbar oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wäre. (Leitsätze der Redaktion)

26. LAG: Berechnung der Höhe der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall bei Arbeit auf Abruf

Das Sächsische Landesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 12.09.2018, 5 Sa 434/17 entschieden: Auch im Abrufarbeitsverhältnis erfolgt die Feststellung der regelmäßigen Arbeitszeit auf der Grundlage einer vergangenheitsbezogenen Betrachtung eines Referenzzeitraums, wenn eine Konkretisierung und Festlegung der Arbeitszeiten, an denen aufgrund einer zwischenzeitlichen Arbeitsunfähigkeit nicht gearbeitet worden ist, nicht bereits erfolgt ist.

Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG habe ein Arbeitnehmer Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen, wenn er durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert sei. Dem Arbeitnehmer sei für den vorgenannten Zeitraum gemäß § 4 Abs. 1 EFZG das ihm bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt fortzuzahlen.

Für den Anspruch sei gemäß eines modifizierten Lohnausfallprinzips maßgeblich, welche Arbeitszeit aufgrund der Arbeitsunfähigkeit ausgefallen sei. Das Gesetz stelle dem Grundsatz nach darauf ab, welche Arbeitsleistung tatsächlich ausgefallen ist. Es komme darauf an, in welchem Umfang der Arbeitnehmer gearbeitet hätte, wenn er arbeitsfähig gewesen wäre.

Bei schwankender individueller Arbeitszeit sei zur Bestimmung der "regelmäßigen" Arbeitszeit eine vergangenheitsbezogene Betrachtung auf der Grundlage eines Referenzzeitraums, der i. d. R. zwölf Monate vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit beträgt, zulässig und geboten. Allerdings betreffe dies nur den Fall, dass aufgrund der unregelmäßigen Schwankungen der Umfang der ausgefallenen Arbeitszeit nicht exakt bestimmt werden könne. Diese allgemeinen Grundsätze würden auch dann gelten, wenn die Arbeitsvertragsparteien eine Abrufarbeit i. S. v. § 12 TzBfG vereinbart haben. Die Besonderheit beim Abrufarbeitsverhältnis bestehe darin, dass eine zeitliche Festlegung und Konkretisierung der Arbeitszeiten erst mit dem Abruf der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber erfolge. Der Abruf habe dabei gemäß § 12 Abs. 2 TzBfG jeweils mindestens vier Tage im Voraus zu erfolgen. Vor dem Abruf, der nicht stetig, sondern nur nach dem Arbeitsanfall erfolge, gelten die vertraglich vereinbarten Parameter, Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit bzw. im Falle einer unterbliebenen Vereinbarung die Fiktionen gemäß § 12 Abs. 1 Satz 3, Satz 4 TzBfG.

Das bedeute für den Fall der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, dass auch im Abrufarbeitsverhältnis die Feststellung der regelmäßigen Arbeitszeit auf der Grundlage einer vergangenheitsbezogenen Betrachtung eines Referenzzeitraums erfolge, wenn eine Konkretisierung und Festlegung der Arbeitszeiten, an denen aufgrund einer zwischenzeitlichen Arbeitsunfähigkeit nicht gearbeitet worden ist, nicht bereits erfolgt sei. In diesem Fall sei die Bestimmung des Umfangs der ausgefallenen Arbeitszeit möglich. Diese Regelung entspreche der Handhabung im Falle unregelmäßiger Schichtarbeit.

27. LAG: Zusätzliche Anforderungen einer Verdachtskündigung:

Damit eine Verdachtskündigung wirksam ist, müssen folgende Faktoren gegeben sein. Es müssen

- objektive Tatsachen vorliegen, aus denen sich
- ein dringender Verdacht ergibt, dass der Arbeitnehmer eine
- Vertragsverletzung von erheblichem Gewicht begangen hat, sodass dem Arbeitgeber aufgrund des Vertrauensbruch nicht zuzumuten ist, das Arbeitsverhältnis weiterzuführen.
- Vom Arbeitgeber wird erwartet, dass er alles ihm Zumutbare getan hat, um den Sachverhalt aufzuklären.
- Zuletzt muss die Verdachtskündigung natürlich verhältnismäßig sein.

Das LAG Mecklenburg-Vorpommern ([Beschluss vom 10.07.2018, Az: 2 TaBV 1/18](#)) kassierte kürzlich die Kündigung einer Ärztin. Ihr Arbeitgeber hatte sie verdächtigt, vertrauliche Patientenunterlagen im Altpapier entsorgt zu haben. Das Urteil zeigt, wie hoch die Voraussetzungen für eine Verdachtskündigung im Gegensatz zur regulären Kündigung sind.

In der Urteilsbegründung rügte das Gericht vor allem, dass der Arbeitgeber keine entlastende Ermittlungen durchgeführt habe, um sicher ausschließen zu können, dass die Patientenunterlagen in der öffentlichen Tonne nicht vielleicht durch Dritte abgelegt wurden. Bei einer Verdachtskündigung, müsse der Arbeitgeber "alle zumutbaren Anstrengungen zur Erhellung des Sachverhaltes unternehmen". Der Fall zeigt wieder einmal, dass an eine Verdachtskündigung besonders strenge Anforderungen gestellt werden. Grundsätzlich kann eine Straftat oder eine entsprechende Pflichtverletzung des Arbeitnehmers ein wichtiger Kündigungsgrund für das Arbeitsverhältnis sein. Auch im genannten Fall, war der Umstand, dass ein Arbeitnehmer vertrauliche Patientenunterlagen in einer öffentlich zugänglichen Papiertonne entsorgt hatte, geeignet, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen, betonte das Gericht. Ist die Beweislage aber nicht eindeutig und basiert die Kündigung allein auf einem schwerwiegenden Verdacht des Arbeitgebers, spricht man von einer sogenannten Verdachtskündigung.

Eine Verdachtskündigung kann sowohl als außerordentliche oder als ordentliche Kündigung ausgesprochen werden. Für deren Wirksamkeit bedarf es allerdings mehr als nur die Überzeugung des Arbeitgebers, dass der Mitarbeiter eine Pflichtverletzung begangen haben müsse. Vielmehr muss die Verknüpfung zu objektiven Voraussetzungen bestehen.

Nach der Rechtsprechung des BAG ist eine solche Verdachtskündigung durchaus zulässig. Es gelten aber im Vergleich zur regulären Kündigung besondere Voraussetzungen, weil immer die Gefahr besteht, dass ein Unschuldiger betroffen ist.

Eine Verdachtskündigung kann nicht schon dann wirksam ausgesprochen werden, wenn der Arbeitgeber subjektiv der Auffassung ist, dass sich der Arbeitnehmer etwas zuschulden kommen lassen hat. Die

Verdachtskündigung ist vielmehr an das Vorliegen verschiedener objektiver Voraussetzungen geknüpft. Der rein subjektive Verdacht ist also kein Freifahrtschein für eine Kündigung. Die objektiven Tatsachen wie Zeit, Ort oder Tathandlung, die zum Verdacht führten, muss der Arbeitgeber konkret benennen können. Es reicht nicht aus, dass er subjektiv vage Vermutungen äußert.

Um einen dringenden Verdacht anzunehmen, muss anhand der Indizien eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit gegeben sein, dass der Arbeitnehmer die vermutete Straftat oder Pflichtverletzung begangen hat. Dies entscheidet das Gericht im Einzelfall. Wie ein mögliches Strafverfahren gegen den Arbeitnehmer ausgeht, ist dagegen davon unabhängig.

Der Vorwurf, der dem Arbeitnehmer gemacht wird, muss von erheblichem Gewicht sein. Es muss sich also um eine schwerwiegende Vertragsverletzung handeln, was bei Vermögens-Straftaten (Diebstahl, Betrug, Untreue) zum Nachteil des Arbeitgebers regelmäßig der Fall ist. Dies gilt ebenso bei Körperverletzungen, auch gegen Kollegen.

Der Arbeitgeber muss vor einer Verdachtskündigung zudem alles tun, um den Sachverhalt aufzuklären. Hierzu gehört insbesondere, dass er den Arbeitnehmer zu den Vorwürfen anhört. Für die vorherige Anhörung des Arbeitnehmers gilt eine Regelfrist von einer Woche. Fehlt es an einer solchen Anhörung ist eine Verdachtskündigung immer unwirksam.

Bei der außerordentlichen Verdachtskündigung muss der Arbeitgeber die Einhaltung der 2-Wochen-Frist gemäß § 626 Abs. 2 BGB beachten. Diese Ausschlussfrist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Bei einer Verdachtskündigung ist dies erst nach der Anhörung und einer entsprechenden Sachverhaltsaufklärung der Fall.

Liegen die Voraussetzungen für eine Verdachtskündigung vor, muss der Arbeitgeber zudem – wie bei jeder Kündigung – den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren. Er muss also grundsätzlich zum Beispiel eine Versetzung des Arbeitnehmers als milderes Mittel in Betracht ziehen.

Im angesprochenen Fall der Ärztin gab es für das LAG Mecklenburg-Vorpommern neben Indizien, die den Verdacht auf einen Verstoß gegen Datenschutz oder die Schweigepflicht bestätigten, zu viele, die Ärztin entlastende Indizien. In einem anderen Fall, den das LAG Hamm zu beurteilen hatte, fehlte es aus Sicht der Vorinstanz zum Beispiel an der besonderen Dringlichkeit des Verdachts gegen die Arbeitnehmerin. Das LAG bemängelte in diesem Fall zudem, dass keine Anhörung von anderen Mitarbeitern durch den Arbeitgeber erfolgt sei.

28. Erweitertes Führungszeugnis - Vorlagepflicht vor und während des Beschäftigungsverhältnisses

Nach der Einführung des erweiterten Führungszeugnisses gem. §§ 30 a, 32 V BRZG im Jahr 2010 haben sich bereits mehrere (landes-)arbeitsgerichtliche Entscheidungen mit der Frage befasst, in welchen Fällen Arbeitgeber die Vorlage dieser Führungszeugnisse verlangen können. Neben der Darstellung dieser Rechtsprechung befasst sich der als **Anlage 3** übersandte Beitrag von RA Dr. Lars Weinbrenner und RAin Katharina Portnjagin aus öAT 2018, 223 zudem mit der Aufbewahrungsdauer und Verwertung, insbesondere vor dem Hintergrund der Änderung datenschutzrechtlicher Anforderungen durch die DSGVO. Ebenso soll auf die bestehenden Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats eingegangen werden,

wenn Arbeitgeber im Bewerbungsverfahren oder im bestehenden Arbeitsverhältnis die Vorlage eines erweiterten Führungszeugnisses verlangen.

29. Leitfaden zum Mutterschutz

Mit dem Gesetz zur Neuregelung des Mutterschutzrechts ist zum 1. Januar 2018 ein neues Mutterschutzgesetz in Kraft getreten. Die Broschüre "Leitfaden zum Mutterschutz" informiert Sie ausführlich über wesentliche Aspekte rund um den Mutterschutz. Es werden wichtige Regelungen zu Ihren Rechten und Pflichten, zum Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz während Schwangerschaft und Stillzeit (insbesondere Arbeitszeit- und Arbeitsschutzbestimmungen), zum Kündigungsschutz sowie zu etwaigen Mutterschaftsleistungen erklärt. Im Anhang finden Sie den Gesetzestext zum neuen Mutterschutzgesetz, einzelne Vorschriften zu Leistungen bei Schwangerschaft und Mutterschaft aus dem Fünften Buch Sozialgesetzbuch (SGB V), dem Zweiten Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte (KVLG 1989) sowie des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG). Die Broschüre ist aktualisiert und berücksichtigt alle Änderungen im Bereich des Mutterschutzes, die mit dem neuen Mutterschutzgesetz 2018 in Kraft getreten sind. Außerdem enthält sie eine Checkliste mit wichtigen Terminen, Fristen und Hinweisen zum Heraustrennen. Die Broschüre "Leitfaden zum Mutterschutz" finden Sie [hier zum Download](#).

30. Gefährdungsbeurteilung Mutterschutz bis Jahresende durchführen

Aus: Ö Haufe Online Redaktion - News 29.10.2018 Mutterschutzgesetz

Die Gefährdungsbeurteilung Mutterschutz ist seit Inkrafttreten des neuen Mutterschutzgesetzes (MuSchG) am 01.01.2018 für jeden Arbeitsplatz verpflichtend. Die Übergangsfrist für den Nachweis dieser Beurteilung läuft am 31.12.2018 ab.

Unabhängig davon, ob ein Mann oder eine Frau an einem Arbeitsplatz tätig ist, muss bei einer Gefährdungsbeurteilung auch geprüft werden, ob es mögliche Gefährdungen für Schwangere oder stillende Mütter gibt. Dies gilt für jeden Arbeitsplatz, egal ob er jemals von einer Frau besetzt war oder besetzt werden soll. So kann sich der Betrieb rechtzeitig auf mögliche Veränderungen vorbereiten und Frauen können sich schon vor einer Schwangerschaft über Risiken und Schutzmaßnahmen informieren. Eine feste Vorgabe für die schwangerschaftsspezifische Gefährdungsbeurteilung gibt es nicht.

Wurde bisher noch keine schwangerschaftsspezifische Gefährdungsbeurteilung für einen Arbeitsplatz durchgeführt, sollte dies möglichst bald passieren - und zwar anlassunabhängig. Wer am 01.01.2019 nicht nachweisen kann, dass die Gefährdungsbeurteilung stattgefunden hat, riskiert ein Bußgeld von 5.000 – 30.000 EUR.

Bis zum Ende der Übergangsfrist warten darf man allerdings auf keinen Fall, wenn eine Frau mitteilt, dass sie schwanger ist oder stillt. Dann muss die Beurteilung sofort durchgeführt werden, sonst drohen Bußgelder.

Notwendige Maßnahmen werden bereits bei der Gefährdungsbeurteilung festgelegt

Der Arbeitgeber ist laut § 27 MuSchG verpflichtet, die zuständige Aufsichtsbehörde über eine ihm gemeldete Schwangerschaft zu informieren. Anschließend muss der Arbeitsplatz für die werdende oder stillende Mutter so eingerichtet werden, dass keine Gefährdungen für die Gesundheit bestehen.

Grundlage dafür sind die Maßnahmen, die in der schwangerschaftsspezifischen Gefährdungsbeurteilung festgelegt wurden.

31. Gestaltung von Freistellungsregelungen

Bei der Verhandlung von Aufhebungsverträgen oder der Gestaltung von Freiwilligenprogrammen spielt eine wesentliche Rolle, über welchen Zeitraum ein Arbeitnehmer bis zum endgültigen Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis unter Fortzahlung seines Gehalts freigestellt wird. Diese Freistellungsperioden bieten dem Arbeitnehmer eine abgesicherte soziale Stellung und die Möglichkeit, mit längerem Vorlauf nach einem neuen Arbeitsplatz zu suchen.

Bei älteren Arbeitnehmern kann es auch schlicht darum gehen, Zeiträume bis zur Rente zu überbrücken. Die Freiräume zur Gestaltung von Freistellungsperioden drohten jedoch durch eine Praxis der Arbeitsagenturen topediert zu werden. Denn für die rechtssichere Gestaltung spielt auch eine Rolle, ob und in welcher Höhe ein Arbeitnehmer nach Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis Anspruch auf Arbeitslosengeld hat. Der am 25. September 2018 auf Arbeitsrecht.Weitweit.de veröffentlichte [Beitrag von Fr. Barbara Reinhard](#) zeigt auf: Was geht hier?

32. Mahlzeitengestellung: Ab 2019 wird der Großbuchstabe "M" zur Pflicht

Aus: Haufe Online Redaktion, NEWS 12.12.2018, Sachbezugswerte

Vom Arbeitgeber gewährte Mahlzeiten sind oftmals beim Lohnsteuerabzug mit den sogenannten Sachbezugswerten anzusetzen, die für 2019 leicht steigen. Bei Auswärtstätigkeiten sind sie zudem ein Auslöser für den ab 2019 im Lohnkonto zwingenden Kennbuchstaben M.

Hat der Arbeitgeber oder auf dessen Veranlassung ein Dritter Mitarbeiter während einer beruflichen Tätigkeit außerhalb der Wohnung und der ersten Tätigkeitsstätte oder im Rahmen einer doppelten Haushaltsführung eine [mit Sachbezugswert zu bewertende Mahlzeit](#) zur Verfügung gestellt, muss im Lohnkonto der **Großbuchstabe "M"** aufgezeichnet und in der elektronischen Lohnsteuerbescheinigung bescheinigt werden.

Die **Aufzeichnungs- und Bescheinigungspflicht** gilt unabhängig von der Anzahl der Mahlzeitengestellungen **im Kalenderjahr**. Es **kommt nicht darauf** an, ob eine **Besteuerung der Mahlzeiten ausgeschlossen** ist oder die Mahlzeit **pauschal oder individuell** besteuert wurde ([Schreiben des Bundesfinanzministeriums zur Reform des steuerlichen Reisekostenrechts vom 24. Oktober 2014, Rz. 90 ff.](#), BStBl 2014 I Seite 1412).

Für die Aufzeichnungspflicht gilt seit ihrer Einführung im Jahr 2014 eine mehrfach verlängerte Übergangsregelung. Wenn das Betriebsstättenfinanzamt für die steuerfreien Verpflegungsspesen bei Auswärtstätigkeiten eine andere Aufzeichnung als im [Lohnkonto](#) zugelassen hat (Fälle mit getrennter Lohn- und Reisekostenabrechnung) ist eine Bescheinigung des **Großbuchstabens "M"** nicht zwingend erforderlich.

Nach einem Erlass ([Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom 27. September 2017, IV C 5 - S 2378/17/10001](#)) **läuft** die zur programmtechnischen Umsetzung gewährte **Übergangsregelung endgültig zum 31. Dezember 2018** aus. Ab 1. Januar 2019 ist "M" entsprechend einzutragen.

Sachbezugswerte 2019

Die [Sachbezugswerte ab dem Kalenderjahr 2019](#) sind neu festgesetzt und bekannt gemacht worden (Zehnte Verordnung zur Änderung der Sozialversicherungsentgeltverordnung vom 6. November 2018; BGBl I Seite 1842). Demzufolge beträgt der Wert für Mahlzeiten, die ab 2019 gewährt werden (vergleiche hierzu [Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom 16. November 2018, IV C 5 - S 2334/08/10005-11](#)):

- für ein **Mittag- oder Abendessen 3,30 Euro**,
- für ein **Frühstück 1,77 Euro**.

Die Sachbezugswerte gelten für **arbeitstäbliche Mahlzeiten**,

- die durch eine vom Arbeitgeber selbst betriebene Kantine, Gaststätte oder vergleichbare Einrichtung abgegeben werden.
- die die Mitarbeiter in einer nicht selbst betriebenen Einrichtung erhalten, wenn der Arbeitgeber aufgrund vertraglicher Vereinbarung durch Barzuschüsse oder andere Leistungen zur Verbilligung der Mahlzeiten beiträgt.

Ein geldwerter Vorteil ist als Arbeitslohn zu erfassen, wenn und soweit der vom Mitarbeiter gezahlte Preis (einschließlich Umsatzsteuer) den maßgebenden amtlichen Sachbezugswert unterschreitet.

Zuschüsse in Form von Essensmarken

Bestehen die Leistungen des Arbeitgebers aus Barzuschüssen in Form von **Essensmarken** (Essensgutscheine, Restaurantschecks) ist die Mahlzeit mit dem maßgebenden Sachbezugswert zu bewerten, wenn (R 8.1 Abs. 7 LStR)

- tatsächlich eine Mahlzeit abgegeben wird.
- für jede Mahlzeit nur eine Essenmarke täglich in Zahlung genommen wird,
- und der Verrechnungswert der Essenmarke den amtlichen Sachbezugswert um nicht mehr als 3,10 Euro übersteigt, das heißt die Essenmarke darf 2019 einen Wert von höchstens 6,40 Euro haben

(Zur Verwendung von elektronischen Essensmarken vergleiche das [Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom 24. Februar 2016](#), BStBl 2016 I Seite 238).

Mahlzeiten bei Auswärtstätigkeiten

Die Sachbezugswerte gelten grundsätzlich auch für Mahlzeiten, die dem Mitarbeiter während einer beruflichen **Auswärtstätigkeit** zur Verfügung gestellt werden, wenn der Preis der Mahlzeit **60 Euro nicht übersteigt**. Die Besteuerung einer üblichen Mahlzeit als Arbeitslohn ist jedoch gesetzlich ausgeschlossen, wenn der Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin für die betreffende Auswärtstätigkeit dem Grunde nach eine Verpflegungspauschale geltend machen könnte. Das ist der Fall bei mehr als achtstündiger Abwesenheit sowie bei mehrtägigen Reisen. Ein Sachbezugswertansatz kommt demnach nur bei eintägigen Auswärtstätigkeiten unter acht Stunden in Betracht.

Wann der Großbuchstabe M im Lohnkonto nicht verpflichtend ist

Im Fall der Gewährung von Mahlzeiten, die keinen Arbeitslohn darstellen oder deren Preis 60 Euro übersteigt und die daher nicht mit dem amtlichen Sachbezugswert zu bewerten sind, besteht keine Pflicht im Lohnkonto den Großbuchstaben "M" aufzuzeichnen und zu bescheinigen.

Als **Anlage 4** übersende ich eine Übersicht über die aktuell bestehenden Regelungen zu Mahlzeiten im Unternehmen.

33. Gesetzliche Änderungen und Neuregelungen im Arbeits- und Sozialrecht zum 01.01.2019

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) gibt eine Übersicht über die wesentlichen Änderungen und Neuregelungen, die zum Jahresbeginn 2019 in seinem Zuständigkeitsbereich wirksam werden. Hier ein Auszug aus der [Pressemitteilung des BMAS Nr. 48/2018 v. 17.12.2018](#):

Arbeitslosenversicherung

- Entlastung von Beschäftigten und Arbeitgebern: Der Beitragssatz zur Arbeitsförderung (Arbeitslosenversicherung) wird von 3% auf 2,6% gesenkt (durch Verordnung Absenkung um weitere 0,1% auf 2,5% befristet bis Ende des Jahres 2022).
- Verbesserungen für Leistungsbeziehende: Infolge der für Beschäftigte insgesamt sinkenden Beitragsbelastung wird auch die für die Berechnung des Arbeitslosengeldes und weiterer Leistungen nach dem SGB III maßgebliche Sozialversicherungspauschale von 21% auf 20% gesenkt.
- Entlastung von Betrieben, für die Saisonarbeit einen besonders hohen Stellenwert hat: Die bisher befristet geltenden höheren Zeitgrenzen für eine sozialversicherungsfreie kurzfristige Beschäftigung von drei Monaten oder 70 Arbeitstagen werden entfristet.

Teilhabechancengesetz

Am 01.01.2019 tritt das "Zehnte Gesetz zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch - Schaffung neuer Teilhabechancen für Langzeitarbeitslose auf dem allgemeinen und sozialen Arbeitsmarkt" (Teilhabechancengesetz) in Kraft. Damit werden im Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) die beiden neuen Förderinstrumente "Teilhabe am Arbeitsmarkt" im § 16i SGB II und "Eingliederung von Langzeitarbeitslosen" im § 16e SGB II aufgenommen.

Ziel ist es, die Beschäftigungsfähigkeit der betroffenen Menschen durch intensive Betreuung, individuelle Beratung und wirksame Förderung zu verbessern. Zudem soll ihnen soziale Teilhabe ermöglicht werden, indem ihnen mehr konkrete Beschäftigungsoptionen auf dem allgemeinen und sozialen Arbeitsmarkt angeboten werden. Arbeitgeber können über die neuen Regelinstrumente mit Lohnkostenzuschüssen gefördert werden, wenn sie sozialversicherungspflichtige Arbeitsverhältnisse mit langzeitarbeitslosen Menschen abschließen. Die Förderdauer beträgt 24 Monate (§ 16e SGB II) bzw. bis zu fünf Jahren (§ 16i SGB II). Die geförderten Arbeitnehmer/innen erhalten eine ganzheitliche beschäftigungsbegleitende Betreuung, um das Arbeitsverhältnis zu stabilisieren und einen Übergang in ungeforderte Beschäftigung zu unterstützen. Fördervoraussetzungen sind sechs Jahre Leistungsbezug (§ 16i SGB II) bzw. zwei Jahre Arbeitslosigkeit (§ 16e SGB II). Schwerbehinderte und Personen mit mindestens einem minderjährigen Kind in der Bedarfsgemeinschaft können bereits nach fünf Jahren Leistungsbezug gefördert werden. Sind diese allgemeinen Voraussetzungen erfüllt, wählen die Jobcenter im nächsten Schritt die Personen aus, die für die jeweilige Förderung konkret in Frage kommen. Nur die Jobcenter können diese Entscheidung treffen.

Insolvenzgeldverordnung

Der Umlagesatz für das Insolvenzgeld beträgt im Jahr 2019 – wie im Vorjahr – 0,06%. Dies regelt die Insolvenzgeldumlagesatzverordnung 2019, die am 01.01.2019 in Kraft tritt. Der Umlagesatz von 0,06% gilt für das Kalenderjahr 2019.

Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts - Einführung einer Brückenteilzeit

Am 01.01.2019 tritt das "Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts - Einführung einer Brückenteilzeit" in Kraft. Neu eingeführt wird ein Anspruch auf zeitlich begrenzte Teilzeitarbeit, die "Brückenteilzeit":

Die/der Arbeitnehmer/in verringert die Arbeitszeit für einen vereinbarten Zeitraum zwischen einem Jahr und fünf Jahren und kehrt anschließend wieder zur ursprünglichen Arbeitszeit zurück. Der neue Teilzeitanspruch gilt bei Arbeitgebern mit in der Regel mehr als 45 Arbeitnehmer/innen. Für Arbeitgeber mit 46 bis 200 Arbeitnehmer/innen wird eine Zumutbarkeitsgrenze eingeführt, nach der nur einem pro angefangenen 15 Arbeitnehmer/innen Brückenteilzeit gewährt werden muss.

Darüber hinaus ist in dem Gesetz die weitgehende Übertragung der Darlegungs- und Beweislast auf den Arbeitgeber bei Antrag einer/eines Teilzeitbeschäftigten auf Verlängerung der Arbeitszeit geregelt. Die/der Teilzeitbeschäftigte ist bei der Besetzung eines Arbeitsplatzes bevorzugt zu berücksichtigen. So wird die Verlängerung der Arbeitszeit von Teilzeitbeschäftigten erleichtert und einem Verbleiben in der sog. "Teilzeitfalle" entgegengewirkt.

Außerdem wird klargestellt, dass der Arbeitgeber mit den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern Wünsche nach Änderung von Dauer und Lage der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit zu erörtern hat. Darüber hinaus verbessert das Gesetz die Einkommens- und Planungssicherheit bei Arbeit auf Abruf. Dafür wird die mögliche abrufbare Zusatzarbeit beschränkt. Der Anteil der einseitig vom Arbeitgeber abrufbaren Arbeit darf künftig nicht mehr als 25% der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit betragen. Bei Vereinbarung einer Höchstarbeitszeit beträgt das flexible Volumen entsprechend 20% der Arbeitszeit. Wenn die wöchentliche Arbeitszeit nicht festgelegt ist, gilt künftig eine Arbeitszeit von 20 Stunden als vereinbart. Für die Berechnung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und der Entgeltzahlung an Feiertagen wird grundsätzlich die Durchschnittsarbeitszeit der letzten drei Monate vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit oder vor Beginn des Feiertages als verpflichtende Berechnungsgrundlage festgelegt.

Als **Anlage 5** übersende ich eine Übersicht über gesetzliche Ansprüche auf Teilzeitbeschäftigung.

Anpassung von Kündigungsfristen an Unionsrecht

Mit Wirkung zum 01.01.2019 werden § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB und § 29 Abs. 4 Satz 2 des Heimarbeitsgesetzes (HAG) aufgehoben.

Der EuGH hat in der Rechtssache C-555/07 (Kücükdeveci) vom 19.01.2010 entschieden, dass § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB gegen das unionsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters verstößt. Mit der Aufhebung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB wird diese Entscheidung umgesetzt und die Regelung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB unionsrechtskonform ausgestaltet. Die Aufhebung der Anrechnungsgrenze in Satz 2 hat zur Folge, dass bei der Berechnung der vom Arbeitgeber einzuhaltenden Kündigungsfrist die gesamte Dauer der Betriebs- bzw. Unternehmenszugehörigkeit des Arbeitnehmers zu berücksichtigen ist. Die Aufhebung wird für den § 29 Abs. 4 Satz 2 HAG nachvollzogen, der die gleichlautende Altersgrenze zur Berechnung der Kündigungsfrist wie § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB enthält.

Anhebung des gesetzlichen Mindestlohns

Die Bundesregierung hat auf Vorschlag der Mindestlohnkommission die Anhebung des gesetzlichen

Mindestlohns beschlossen. Dieser beträgt ab dem 01.01.2019 brutto 9,19 Euro je tatsächlich geleisteter Arbeitsstunde und ab dem 01.01.2020 brutto 9,35 Euro.

d) Umsetzung der Vorgaben des BVerfG zum Tarifeinheitsgesetz

Zur Umsetzung einer Entscheidung des BVerfG wird zum 01.01.2019 das Tarifvertragsgesetz (TVG) geändert. Nach dem Tarifeinheitsgrundsatz findet, soweit sich die Geltungsbereiche nicht inhaltsgleicher Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften überschneiden, im Betrieb grundsätzlich nur der Tarifvertrag der Gewerkschaft mit den meisten Mitgliedern im Betrieb Anwendung. Soweit es den Tarifvertragsparteien nicht gelungen ist, selbstständig eine Kollision ihrer Tarifverträge zu vermeiden, ist der Tarifvertrag einer anderen Gewerkschaft mit weniger Mitgliedern im Betrieb in dieser Situation nicht anwendbar. Die Gesetzesänderung stärkt nunmehr die Rechte der Arbeitnehmergruppen, die von dem im Falle der Kollision nicht anzuwendenden Tarifvertrag erfasst werden. Wurden beim Zustandekommen des Mehrheitstarifvertrages ihre Interessen nicht ernsthaft und wirksam berücksichtigt, findet ihr Tarifvertrag entgegen dem Tarifeinheitsgrundsatz dennoch Anwendung.

Beitragsatz in der gesetzlichen Rentenversicherung

Der Beitragsatz in der gesetzlichen Rentenversicherung beträgt ab dem 01.01.2019 weiterhin 18,6% in der allgemeinen Rentenversicherung und 24,7% in der knappschaftlichen Rentenversicherung.

Künstlersozialversicherung

Der Abgabesatz der Künstlersozialabgabe bleibt weiterhin ab 01.01.2019 bei 4,2%.

Sozialversicherungsrechengrößen

Mit der Verordnung über die Sozialversicherungsrechengrößen 2019 wurden die maßgeblichen Rechengrößen der Sozialversicherung gemäß der Einkommensentwicklung im vergangenen Jahr (2017) turnusgemäß angepasst. Das Ordnungsverfahren und die Festlegung der Werte erfolgen in sich jährlich wiederholender Routine auf Grundlage gesetzlicher Bestimmungen.

Rechengrößen der Sozialversicherung 2019:

	West		Ost	
	Monat	Jahr	Monat	Jahr
Beitragsbemessungsgrenze: allgemeine Rentenversicherung	6.700 €	80.400 €	6.150 €	73.800 €
Beitragsbemessungsgrenze: knappschaftl. Rentenversicherung	8.200 €	98.400 €	7.600 €	91.200 €
Beitragsbemessungsgrenze: Arbeitslosenversicherung	6.700 €	80.400 €	6.150 €	73.800 €
Versicherungspflichtgrenze: Kranken- u. Pflegeversicherung	5.062,50 €	60.750 €	5.062,50 €	60.750 €
Beitragsbemessungsgrenze: Kranken- u. Pflegeversicherung	4.537,50 €	54.450 €	4.537,50 €	54.450 €
Bezugsgröße in der Sozialversicherung	3.115 €*	37.380 €*	2.870 €	34.440 €
vorläufiges Durchschnittsentgelt/Jahr in der Rentenversicherung	38.901 €			

Gleitzonefaktor 2019

Ab dem 01.01.2019 gilt für Beschäftigte in der Gleitzone 450,01 Euro bis 850 Euro Entgelt im Monat der neue Gleitzonefaktor 0,7566 (Faktor F).

Hinweis: Ab 01.07.2019 wird zur Entlastung von Geringverdienerinnen und Geringverdienern die Gleitzone durch einen erweiterten Übergangsbereich (450,01 Euro bis 1.300 Euro) abgelöst. Dabei wird

sichergestellt, dass die reduzierten Rentenversicherungsbeiträge im Übergangsbereich nicht zu niedrigeren Rentenleistungen führen. Auch hier gilt dann der neue Gleitzonefaktor 0,7566.

Sachbezugswerte 2019

Das BMAS hat jährlich den Wert der Sachbezüge nach dem tatsächlichen Verkehrswert im Voraus anzupassen und dabei eine möglichst weitgehende Übereinstimmung mit den Regelungen des Steuerrechts sicherzustellen. Die Werte für Verpflegung und Unterkunft werden daher jährlich an die Entwicklung der Verbraucherpreise angepasst. Der Verbraucherpreisindex ist im maßgeblichen Zeitraum von Juni 2017 bis Juni 2018 um 2,2 Prozentpunkte gestiegen. Auf dieser Grundlage wurde der Wert für Verpflegung von 246 Euro auf 251 Euro (Frühstück auf 53 Euro, Mittag- und Abendessen auf jeweils 99 Euro) angehoben. Der Wert für Mieten und Unterkunft erhöhen sich um 2,1% von 226 Euro auf 231 Euro.

Verbesserungen bei der Betriebsrente

Bei neu abgeschlossenen Entgeltumwandlungen zum Aufbau einer Betriebsrente muss der Arbeitgeber – sofern in Tarifverträgen nichts anderes vereinbart ist – seine ersparten Sozialversicherungsbeiträge, maximal 15%, zugunsten der Beschäftigten an die Versorgungseinrichtung (Pensionskasse, Pensionsfonds oder Direktversicherung) weiterleiten. Bei bereits vor 2019 vereinbarten Entgeltumwandlungen gilt die neue Verpflichtung ab 2022.

34. Arbeiten an Weihnachten – steuerfreie Zuschläge

1. Regelungen des Arbeitszeitgesetzes

Weihnachten rückt näher und vielerorts steigt die Vorfreude auf ein paar entspannte Feiertage im Kreis der Liebsten. Aber Achtung – entgegen der weit verbreiteten Ansicht ist der 24.12. kein gesetzlicher Feiertag, sondern ein ganz normaler Arbeitstag; es besteht grundsätzlich Arbeitspflicht. Erster und zweiter Weihnachtstag sind hingegen gesetzlich als Feiertag festgelegt. Welche Tage als gesetzliche Feiertage gelten, richtet sich nach den am Ort der Arbeitsstätte maßgebenden landesrechtlichen Bestimmungen. Grundsätzlich ist die Arbeit an gesetzlichen Feiertagen verboten. Insgesamt gibt es gem. § 10 ArbZG 16 Berufsbilder, bei denen Ausnahmen im Arbeitszeitgesetz festgelegt sind, z. B. für Polizisten, Ärzte oder Kellner. Wer zu diesen Sonderfällen zählt, fragt sich, ob es an diesen Feiertagen zumindest Zuschläge gibt.

Sonn- oder Feiertagszuschläge sind nicht gesetzlich geregelt. Daraus folgt, dass kein Arbeitnehmer einen prinzipiellen Anspruch auf diese besitzt, unabhängig davon, an wie vielen Sonn- oder Feiertagen er arbeitet. Das geht auf eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 2006 zurück (BAG, Urteil v. 11.1.2006 - 5 AZR 97/05 [NAAAB-94409]). Doch auch wenn Sonn- oder Feiertagszuschläge nicht im Gesetz verankert sind, kann ein Anspruch auf diese vorhanden sein. Dazu sind jedoch spezielle Regelungen notwendig, die beispielsweise in einem Arbeits- oder Tarifvertrag verankert sind. Auch in einer Betriebsvereinbarung können Zuschläge für die Arbeit an Sonn- oder Feiertagen festgeschrieben sein oder sie ergeben sich aus der betrieblichen Übung, also wenn der Arbeitgeber wiederholt Zuschläge gezahlt hat und der Arbeitnehmer daher davon ausgehen muss, dass er diese Leistung auch in Zukunft erhält.

Für Nachtarbeit ist hingegen gesetzlich geregelt, dass der Arbeitnehmer ein Recht auf Vergütung hat. Bei diesem Ausgleich muss es sich aber nicht zwingend um einen Nachtarbeitszuschlag handeln. Statt Nachtschichtzulagen zu zahlen, kann ein Arbeitgeber seinen Nachtarbeitnehmern auch einen Freizeitausgleich gewähren.

2. Regelungen des Einkommensteuergesetzes

a) Grundlohn

Neben dem Grundlohn gewährte Zuschläge sind dann steuerfrei, wenn sie für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit gezahlt werden (§ 3b Abs. 1 EStG). Grundlohn ist der laufende Arbeitslohn für die regelmäßige Arbeitszeit, der dem Arbeitnehmer für den jeweiligen Lohnzahlungszeitraum zusteht und der auf eine Arbeitsstunde umgerechnet wird; höchstens jedoch 50 € (§ 3b Abs. 2 Satz 1 EStG). Dabei ist die regelmäßige Arbeitszeit die für das jeweilige Arbeitsverhältnis vereinbarte Normalarbeitszeit. Der Grundlohn besteht aus dem feststehenden Basisgrundlohn und der variablen Grundlohnergänzung.

Vereinfacht gesagt, wird das monatliche Bruttogehalt des jeweiligen Arbeitnehmers durch die monatliche Arbeitszeit dividiert. Hieraus ergibt sich der maßgebliche Grundlohn. Multipliziert man den Grundlohn, maximal 50 € pro Stunde, mit dem prozentualen Feiertagszuschlag, erhält man den steuerfreien Feiertagszuschlag. Dieser Betrag kann mit den „steuerfreien“ Arbeitsstunden an den Feiertagen multipliziert werden.

b) Steuerfreie Lohnzuschläge

Zuschläge, die neben dem Grundlohn für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit gezahlt werden, sind in folgender Höhe steuerfrei:

Übersicht über die Höhe der Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeitszuschläge	
Arbeitszeit	Höhe des Zuschlags
Nachtarbeit von 20 Uhr bis 6 Uhr	25 % des Grundlohns
Nachtarbeit von 0 Uhr bis 4 Uhr, falls die Arbeit vor 0 Uhr angefangen hat	40 % des Grundlohns
Sonntagsarbeit von 0 Uhr bis 24 Uhr und von 0 Uhr bis 4 Uhr, falls die Arbeit am Sonntag begonnen hat	50 % des Grundlohns
Gesetzliche Feiertage von 0 Uhr bis 24 Uhr und von 0 Uhr bis 4 Uhr, falls die Arbeit am Feiertag begonnen hat	125 % des Grundlohns
31.12. ab 14 Uhr	125 % des Grundlohns
24.12. ab 14 Uhr, am 25. und 26.12. sowie am 1.5.	150 % des Grundlohns

Für die Arbeit an Heiligabend ab 14 Uhr sowie ganztags an den beiden Weihnachtsfeiertagen gilt also der erhöhte Zuschlag in Höhe von 150 % des Grundlohns. Der übersteigende Betrag ist hingegen steuerpflichtig.

c) Zusammentreffen mehrerer Zuschläge

Sonntags- und Feiertagszuschläge schließen sich gegenseitig aus (R 3b Abs. 4 LStR). Fällt der erste Weihnachtsfeiertag auf einen Sonntag (wie im Jahr 2022 der Fall), bleibt nur ein Feiertagszuschlag in Höhe von 150 % steuerfrei. Es ist nicht zulässig, insgesamt Zuschläge in Höhe von 200 % steuerfrei abzurechnen (150 % Feiertagszuschlag plus 50 % Sonntagszuschlag).

Wird an Sonntagen und Feiertagen zusätzlich Nachtarbeit geleistet, kann neben dem steuerfreien Feiertagszuschlag (z. B. 150 %) zusätzlich der Nachtarbeitszuschlag in Höhe von bis zu 25 % gezahlt werden (R 3b Abs. 3 Satz 1 und 2 LStR). In „Feiertagsnächten“ kann also ein steuerfreier Zuschlag von bis zu 175 % gezahlt werden.

d) Einschränkung durch BFH-Urteil

Zu beachten ist, dass die Feiertagszuschläge nicht pauschal gezahlt werden dürfen. Der BFH hat entschieden, dass Zuschläge, die pauschal vergütet werden, d. h. ohne Rücksicht darauf, wann die Tätigkeit erbracht wurde, nicht zu den steuerfreien Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeitszuschlägen gehören können. Auch dann, wenn tatsächlich zu den begünstigten Zeiten gearbeitet wurde: Wird die Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit lediglich allgemein abgegolten und liegen keine Einzelnachweise vor, können diese Zuschläge nicht steuerfrei abgerechnet werden (vgl. [BFH-Urteil v. 29.11.2016 - VI R 61/14](#) , BStBl 2017 II S. 718).

35. Kirchliche Verbände wollen Altenhilfe verbessern

Diakonie und Caritas wollen eine bessere soziale Infrastruktur und eine Reform der Pflegeversicherung. Das geht aus einem gemeinsamen Impulspapier hervor, das ihre Fachverbände der Altenhilfe vorgelegt haben. Demnach müsse die örtliche soziale Infrastruktur im Zusammenwirken der Akteure der Altenhilfe, der Selbst- und Nachbarschaftshilfe und der kommunalen Daseinsvorsorge weiterentwickelt werden, fordern der ‚Deutsche Evangelische Verband für Altenarbeit und Pflege‘ (Devap) sowie der ‚Verband katholischer Altenhilfe in Deutschland‘ (VKAD). Freiwilliges Engagement sei notwendig, um der Vereinsamung betagter Menschen entgegenzuwirken. Die Verbände wollen sich mit ihrer Expertise in die kommunalen Planungsprozesse ebenso wie in die Reform der Pflegeversicherung einbringen. „Die Versicherten sollen künftig für bedarfsgerechte Pflegesachleistungen im Leistungsfall nur einen begrenzten Selbstbehalt zahlen“, so ihre Forderung. Anders ausgedrückt: Die Entlastung sowohl pflegebedürftiger Menschen als auch der Kommunen, die ersatzweise zahlen müssen, wenn die Eigenmittel nicht ausreichen, seien ein Schritt zu einer grundlegenden Reform der Altenhilfe. o/s
Zum Impulspapier gelangen Sie [hier](#).

36. Die neuen Geringfügigkeits-Richtlinien sind da

In den sogenannten „Geringfügigkeits-Richtlinien“ informieren die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung rund um die gesetzlichen Regelungen.

Das sind die Geringfügigkeits-Richtlinien:

Die Geringfügigkeits-Richtlinien enthalten detaillierte Infos zum Versicherungs-, Beitrags- und Melderecht. Arbeitgeber von kurzfristigen und 450-Euro-Minijobbern erfahren zudem, was in die Entgeltunterlagen gehört oder wie Minijobs steuerlich zu behandeln sind. Zahlreiche Beispiele runden das Ganze ab.

Als Extra-Service für Arbeitgeber gibt es einen Musterantrag auf Befreiung von der Rentenversicherungspflicht und ein Merkblatt über die möglichen Folgen der Befreiung.

Die neuen Geringfügigkeits-Richtlinien zum Download

Die neuen Geringfügigkeits-Richtlinien gelten ab dem 1. Januar 2019 und lösen die Version aus dem Jahr 2014 ab. Sie können [hier heruntergeladen werden](#).

Übersicht der wichtigsten Änderungen

Die wesentlichen Änderungen haben wir nachfolgend für Sie zusammengefasst:

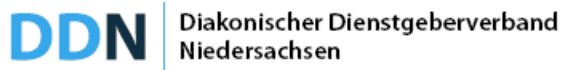
- Die als Übergangsregel eingeführte Ausweitung von kurzfristigen Minijobs auf 3 Monate oder 70 Arbeitstage im Jahr wird zur Dauerlösung.
- Eine Zeitgrenze von 3 Monaten gilt nun ebenfalls dauerhaft, wenn die Verdienstgrenze von 450-Euro-Minijobs unvorhergesehen überschritten wird.
- Auch wenn ein 450-Euro-Minijobber nicht während des gesamten Kalendermonats arbeitet, gilt die monatliche Verdienstgrenze von 450 Euro. Der Arbeitnehmer ist auch dann ein Minijobber, wenn er beispielsweise 450 Euro in nur einer Woche verdient.
- Einnahmen aus bestimmten nebenberuflichen Tätigkeiten sind steuerfrei und damit auch beitragsfrei in der Sozialversicherung. Hierzu zählen die Steuerfreibeträge für Übungsleiter und Ehrenamtliche. Die Art der steuerlichen Behandlung (pro rata oder en bloc) der steuerfreien Aufwandsentschädigungen hat keine Auswirkungen mehr auf die versicherungsrechtliche Beurteilung der Beschäftigung. Arbeitgeber ziehen bei ihrer Prognose zur Ermittlung des regelmäßigen Arbeitsentgelts für den Beurteilungszeitraum immer den jährlichen Steuerfreibetrag vom zu erwartenden Gesamtverdienst ab und teilen diese Summe durch die Anzahl der Monate des Beurteilungszeitraums. Ein Minijob liegt nur dann vor, wenn der sich ergebende Betrag 450 Euro nicht übersteigt.
- Ein kurzfristiger Minijob darf nicht berufsmäßig ausgeübt werden. Die Berufsmäßigkeit muss nur dann geprüft werden, wenn der zu erwartende Gesamtverdienst im Kalendermonatsdurchschnitt mehr als 450 Euro beträgt.
- Für einen 450-Euro-Minijobber aus dem Ausland, der nach deutschem Sozialversicherungsrecht zu versichern ist, sind in der Regel Pauschalbeiträge zur Krankenversicherung zu zahlen.

Das war zum Jahresende eine etwas umfangreichere Ausgabe der DDN-Nachrichten. Nicht zum ersten Mal häufen sich Urteile und Ereignisse im letzten Kalenderquartal. Nun muss ja nicht jeder alles lesen und deshalb hoffe ich, dass Ihnen die Inhaltsangabe am Anfang eine für Sie interessante Auswahl ermöglicht hat.

Ich verabschiede mich mit den besten Wünschen ein gesegnetes Weihnachtsfest und einen guten Rutsch in das neue Jahr 2019.

Mit freundlichen Grüßen

Robert Johns
Geschäftsführer



Homepage: www.ddniedersachsen.de

- Geschäftsstelle -

Ebhardtstraße 3 A, 30159 Hannover

Tel. : 0511 - 3604 112

e:mail: robert.johns@diakonie-nds.de