

DDN - Nachrichten 4/2019 vom 19.12.2019

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

Sehr geehrte Damen und Herren,

„Wir wollen die Bezahlung in der Altenpflege nach Tarif stärken. Gemeinsam mit den Tarifvertragsparteien wollen wir dafür sorgen, dass Tarifverträge flächendeckend zur Anwendung kommen“. Um diese Aufgabe aus dem [Koalitionsvertrag](#) (S.96) zu erfüllen, wurden in der Arbeitsgruppe 5 einer ebenfalls schon dort vorgesehenen „Konzertierten Aktion Pflege“ Vorschläge erarbeitet, um „unter angemessener Wahrung der Tarifautonomie und des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts eine angemessene Entlohnung“ in der Pflege zu sichern. Im [Vereinbarungstext zu KAP 5](#) ist zu lesen: „Eine Mehrheit der Arbeitsgruppe 5 befürwortet die Festlegung von Lohnuntergrenzen und weiterer Mindestarbeitsbedingungen durch Erstreckung eines Tarifvertrags auf Grundlage von § 7a AEntG. Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite sollen zügig den Abschluss eines Tarifvertrags für die Beschäftigten in der Altenpflege anstreben.“

Auf dieser Grundlage wurde der Entwurf eines Gesetzes für bessere Löhne in der Pflege von der Bundesregierung in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht und nach schriftlicher und mündlicher Anhörung von Sachverständigen am 24.10.2019 verabschiedet. Das Gesetz hat am 08.11.2019 den Bundesrat passiert und ist am 28.11.2019 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht worden ([BGBl I 2019, 1756](#)).

Anlass des Gesetzes ist die ganz unzureichende Zahl von Menschen, die bereit sind, in der Altenpflege zu arbeiten. Verbreitet geht man davon aus, dass das angesichts der außerordentlichen beruflichen Anforderungen viel zu niedrige Entgeltniveau eine wesentliche Ursache dieses Pflegenotstandes ist. Sie geht man zu Recht als erste an. Erst mit mehr Pflegekräften aufgrund eines verbesserten Entgeltniveaus können die weiteren Problemfelder, besonders im Bereich der Arbeitszeit, erfolgversprechend in den Blick genommen werden.

Die für angemessene Entgeltregelungen grundsätzlich vorrangig zuständigen Tarifvertragsparteien können die Pflegebranche nicht ohne hoheitliche Hilfe gestalten. Die im Bereich der Altenpflege tätigen

Einrichtungsträger sind entweder nicht bereit, sich in tarifwilligen Verbänden zu organisieren, oder treffen nur für ihr Unternehmen Regelungen, die unter dem Wettbewerbsdruck von Billiganbietern – und restriktiv agierenden refinanzierenden Stellen – am aktuell unzureichenden Entgeltniveau wenig ändern. Die zuständige Gewerkschaft hat im Bereich der Pflege nicht so viele Mitglieder, dass sie einen ausreichenden Druck aufbauen könnte, der zu einer verbreiteten Mitwirkung an einem autonom funktionierenden Tarifvertragssystem führen könnte. In seinem am 4.12.2019 [auf Juris- Das Rechtsportal veröffentlichtem Beitrag](#) beschreibt der BAG-Richter a. D. Prof. Bepler ausführlich die Gesetzesänderungen, deren Anlass und die jeweils beabsichtigte Wirkung.

Bereits in der [Ausgabe 3/2019 vom 24.09.2019](#) hatte ich ausgeführt, dass der DDN das Ziel der Imagestärkung der Pflegeberufe durch seine Mitgliedschaft in der [Bundesvereinigung der Arbeitgeber in der Pflegebranche \(BVAP\)](#) und Beteiligung an Tarifvertragsverhandlungen für einen bundesweit geltenden Branchentarifvertrag verfolgt. Die DDN-Mitgliederversammlung hat dem Vorstand und Geschäftsführung des DDN bei diesem Vorgehen Rückendeckung erteilt. Mit einem eindrucksvollen, ohne Gegenstimme und Enthaltung einstimmigen Votum beschloss die DDN-[Mitgliederversammlung am 2. Dezember 2019](#) die für die Mitgliedschaft in einem Bundesarbeitgeberverband und für die Tarifbindung an von diesem geschlossene Tarifverträge erforderlichen Satzungsänderungen. Bundesarbeitsminister Heil sagte in seiner [Bundestagsrede](#) zum Pflegelöhneverbesserungsgesetz *„Unser Ziel bleibt, dass Arbeitgeber und Gewerkschaften die Löhne ausverhandeln“* und *„Wenn ein Tarifvertrag Pflege zustande kommt – Gott sei Dank hat sich endlich ein Arbeitgeberverband gegründet, der bereit ist, entsprechende Tarifverhandlungen mit den Gewerkschaften zu führen –, ermöglicht dieses Gesetz, dass ich diesen Tarifvertrag als Arbeitsminister für ganz Deutschland als allgemeinverbindlich erkläre. Das führt zu besseren Löhnen und Arbeitsbedingungen in der Pflege, meine Damen und Herren.“* Nun, die Zeichen stehen gut, dass ver.di und BVAP einen solchen Tarifvertrag in den kommenden Wochen unterzeichnen werden. Zuvor müssen allerdings noch die notwendigen Abstimmungen mit den Arbeitsrechtlichen Kommissionen von Caritas und Diakonie erfolgen. Das im Pflegelöhneverbesserungsgesetz festgelegte Verfahren, nach dessen erfolgreichem Abschluss der Bundesarbeitsminister die Allgemeinverbindlichkeit dieses Tarifvertrags erklären kann, wird dann allerdings auch noch einige Monate dauern. Aber dann werden nicht nur bei Diakonie, Caritas und AWO in fairen Verhandlungen auf dem Dritten oder dem zweiten Weg ausgehandelte Löhne für Beschäftigte in der Pflege zu zahlen sein, sondern in allen Pflegeunternehmen im Bundesgebiet.

Die weiteren für die niedersächsischen diakonischen Einrichtungen interessanten Entwicklungen im Arbeitsrecht lesen Sie bitte unter nachfolgenden Überschriften:

- 1. In den niedersächsischen diakonischen Einrichtungen gilt ab dem 01.01.2020 das MVG-EKD**
- 2. EZVK - Niedrige Zinsen erfordern mittelfristige Anhebung des ZVK-Beitragssatzes**
- 3. DVO/TV-L: Übernahme der Tarifeinigung für die Beschäftigten der Länder**
- 4. KGH: Keine Eingruppierung in E 3 TV DN bei Tätigkeiten der „delegierbare Behandlungspflege“**
- 5. KG: Zugehörigkeit zur Dienststellenleitung**
- 6. BAG: Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf kirchliche Arbeitsrechtsregelung genügt nicht als Nachweis einer Ausschlussfrist**
- 7. Übersicht und Links zu wichtigen BAG-Urteile aus dem Jahr 2019**

8. BAG: Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall - Einheit des Verhinderungsfalls
9. Mitarbeitervertretung und Datenschutz
10. BAG: Sonderzahlung – tarifvertragliche Stichtagsklausel
11. BAG: Anwendung des Haftungsprivilegs bei vorsätzlicher Herbeiführung eines Wegeunfalls
12. BAG: Mindestpersonalbesetzung als Maßnahme des Gesundheitsschutzes
13. BAG: Schadensersatz bei rechtswidriger örtlicher Versetzung
14. BAG: Keine Anerkennung des in einer Urlaubsgenehmigung verzeichneten Resturlaubsanspruchs
15. BAG: Resturlaubsanspruch in Entgeltabrechnung - Neubeginn der Verjährung
16. BAG: Kein Urlaub in der Freistellungsphase der Altersteilzeit
17. BAG: Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit - Freizeitausgleich
18. BAG: Rückzahlung zu viel bezahlten Honorars eines Scheinselbstständigen rechtmäßig
19. BAG: Beendigung des Geschäftsführerdienstverhältnisses
20. BFH: Neue Rechtsprechung zur Zusätzlichkeitsvoraussetzung bei Gehaltsumwandlung
21. LAG: Berufserfahrungszeiten bei früheren Arbeitgebern bei Gruppenleitern einer WFB
22. LAG: Vergütung von häuslichen Umkleidezeiten
23. LAG: Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags
24. LAG: Keine Teilzeit zur sicheren Inanspruchnahme des Sommerurlaubs
25. LAG: Entgeltfortzahlungsanspruch aus übergegangenem Recht
26. LAG: Darlegungslast im Rahmen von Arbeitszeitkonten
27. LAG: Anspruch einer Mitarbeiterin auf Zahlung der zweiten Hälfte der Jahressonderzuwendung im Anwendungsbereich der AVR DW M-V
28. LG Hamburg: Krankenschein per WhatsApp ist auch bei Erkältung rechtswidrig
29. Gesetzliche Neuregelungen im Arbeits- und Sozialrecht im Jahr 2020

1. In den niedersächsischen diakonischen Einrichtungen gilt ab dem 01.01.2020 das MVG-EKD

Die Landessynode der Ev.-luth. Landeskirche Hannovers hat zum Abschluss ihrer Tagung am 29. November 2019 ein Kirchengesetz zur Neuordnung des Mitarbeitervertretungsrechts und der Gerichtsbarkeit in mitarbeitervertretungsrechtlichen Streitigkeiten beschlossen. Gleiches beschlossen eine Woche zuvor die Synoden der Ev.-luth. Landeskirchen in Braunschweig, Schaumburg und Oldenburg. Teil des Artikelgesetzes ist das Kirchengesetz zur Anwendung des Kirchengesetzes über Mitarbeitervertretungen in der Evangelischen Kirche in Deutschland (MVG-EKD-Anwendungsgesetz – MVG-EKD-AnwG). Inhalt dieses Gesetzes ist, das Mitarbeitervertretungsgesetz der Evangelischen Kirche in Deutschland (MVG-EKD) in seiner jeweils geltenden Fassung zu übernehmen und hierdurch das deshalb nur noch bis zum 31.12.2019 geltende Mitarbeitervertretungsgesetz der Konföderation (MVG-K) zu ersetzen. Ferner wird in einem weiteren Artikel das bisher im MVG-K geregelte Schiedsstellenverfahren künftig als Kirchengerichtsverfahren im neuen Kirchengesetz über das Kirchengesetz für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten (MVG-Gerichtsgesetz) geregelt. Da das gesetzlich vorgeschriebene Unterschriften- und Veröffentlichungsverfahren in den Kirchen noch nicht abgeschlossen ist, ist bisher keine offizielle Veröffentlichung des beschlossenen Gesetzestextes erfolgt.

Auf wesentliche Neuerungen gegenüber dem bisher nach MVG-K geltenden Recht hat der DDN mit seinem [am 12. Dezember 2019 versandten Rundschreiben](#) aufmerksam gemacht.

2. EZVK - Niedrige Zinsen erfordern mittelfristige Anhebung des ZVK-Beitragssatzes

Viele DDN-Mitgliedseinrichtungen aus den Landeskirchen Braunschweig, Oldenburg und Schaumburg-Lippe versichern ihre Mitarbeitenden zur zusätzlichen Altersversorgung bei der Evangelischen Zusatzversorgungskasse - EZVK. Die EZVK informiert derzeit über die Notwendigkeit, angesichts niedriger Zinserträge am Kapitalmarkt und negativer Entwicklungen in der Weltwirtschaft die finanziellen Grundlagen der EZVK neu zu ordnen.

Zur Finanzierung der bestehenden Rentenverpflichtungen ist die Kasse verpflichtet, Kapitalerträge zu erwirtschaften und im Übrigen entsprechende Beiträge zu erheben. Inwieweit die für die Leistungen der Pflichtversicherung notwendigen Zinsanforderungen noch tatsächlich erreicht werden können, hängt maßgeblich von den am Kapitalmarkt erzielbaren Renditen und der gewählten Verteilung der Kapitalanlagen ab. Dabei sind aufgrund der langlaufenden Rentenverpflichtungen der Kasse die Renditen über entsprechend lange Anlagezeiträume entscheidend. Die äußerst niedrigen Zinsen belasten vor allem die Neu- und Wiederanlage der EZVK.

Die Rechnungsgrundlagen sehen bisher in der Pflichtversicherung einen Rechnungszins von 3,75 % bzw. 3,25 % vor. Für die Zukunft sind diese Werte unter Berücksichtigung ausreichender Sicherheiten nicht mehr zu erreichen. Zu diesem Ergebnis kommen Berechnungen und Analysen des Aktuariats und des Risikomanagements der Kasse.

Zur Sicherheit wird die EZVK deshalb bei der Bewertung der Rentenverpflichtungen zukünftig niedrigere Erträge einrechnen und senkt den Rechnungszins in allen Gewinnverbänden der Pflichtversicherung auf einheitliche 3,0 % ab. Diese aus Sicht der Kasse notwendige Maßnahme führt zu einem deutlichen Anstieg des versicherungsmathematischen Werts der Rentenverpflichtungen (der sogenannten „Deckungsrückstellung“), was zu einer deutlichen Steigerung des Fehlbetrags und zu einem erheblichen Absinken des Deckungsgrades führt.

Die Deckungsrückstellung ist so zu kalkulieren, dass ihr Wert ein realistisches Bild der bestehenden Rentenverpflichtungen darstellt. Dabei dürfen keine zu optimistischen Annahmen getroffen werden. Die Rechnungsgrundlagen für die Berechnung der Deckungsrückstellung sind in sogenannten technischen Geschäftsplänen der Kasse geregelt, die von der Hessischen Versicherungsaufsicht genehmigt werden. Selbstverständlich wurde die Hessische Versicherungsaufsicht über die vorgeschlagenen Finanzierungsmaßnahmen vorab informiert.

Die Absenkung des Rechnungszinses zieht daher Anpassungen bei den Beiträgen und den Laufzeiten zur Ausfinanzierung der Rentenverpflichtungen nach sich. Bei der Ausgestaltung gab es keine externen Zwänge oder Vorgaben. Die EZVK gestaltete die neue Finanzierung selbstständig und folgte dabei insbesondere der Prämisse, die bei einem angemessenen Sicherheitsniveau entstehenden höheren Belastungen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer so moderat wie möglich zu halten. Der Verwaltungsrat der EZVK hat deshalb in seiner Sitzung vom 6. November 2019 beschlossen, die Pflicht- und Sonderbeitragsätze für die kommenden Jahre wie folgt zu gestalten:

Jahr	Beitrag	Sonderzahlung 3 (Startgutschriften)	Sonderzahlung 2 (Startgutschriften)	Sonderzahlung 1 (Punktemodell)	Gesamt „West“ 1	Im Vergleich	
						Anteil Arbeitgeber	zur bisherigen Beschlusslage 2
2019	5,60%	1,00%	0,30%	-	6,90%	6,10 %	-
2020	5,60%	1,00%	0,30%	0,40%	7,30%	6,50 %	-
2021	(+ 0,3 Prozentpkt.=) 5,90%	1,00%	0,30%	0,40% (statt 0,8 %)	7,60% (statt 7,7 %)	6,65 %	-0,1
						Prozentpkt.	
2022	(+ 0,3 Prozentpkt.=) 6,20%	1,00%	0,30%	0,30%	7,80%	6,80 %	0,1
						Prozentpkt.	
2023	(+ 0,3 Prozentpkt.=) 6,50%	1,00%	0,30%	0,30%	8,10%	7,10 %	0,4
						Prozentpkt.	
2024	6,50%	1,00%	0,30%	0,30%	8,10%	7,10 %	0,4
						Prozentpkt.	
2025	6,50%	1,00%	0,30%	0,30%	8,10%	7,10 %	0,4
						Prozentpkt.	
ab 2026	(+ 0,1 Prozentpkt.=) 6,60%	1,00%	0,30%	0,30%	8,20%	7,20 %	0,5
						Prozentpkt.	

¹ Beteiligte, die ggf. alle Sonderzahlungen (1, 2 und 3) entrichten.

Die Gesamtbelastung wird demnach 2020 und 2021 im bisher geplanten Umfang steigen bzw. sogar geringfügig geringer ausfallen. Ab 2022 steigt der Beitragssatz kontinuierlich. Da der Eigenanteil der Mitarbeitenden am Beitrag gemäß § 29 a Abs. 1 Satz 1 TV DN auf max. 1 % beschränkt ist, wird der 6 % übersteigende Anteil am Beitrag allein vom Arbeitgeber zu finanzieren sein.

3. DVO/TV-L: Übernahme der Tarifeinigung für die Beschäftigten der Länder

Der Tarifabschluss (TV-L) vom 2. März 2019 wurde auf gemeinsamen Antrag von Arbeitgebern und der Arbeitnehmerseite in der Arbeits- und Dienstrechtliche Kommission vom 12.12.2019 beschlossen und tritt damit rückwirkend zum 1. Januar 2019 auch für die kirchlich Beschäftigten in Kraft.

Damit sind die im Vorgriff ausgezahlten Gehaltserhöhungen nicht mehr unter Vorbehalt einer Rückforderung. Auch die Jahressonderzuwendung, die pauschal um 12% gegenüber den abgesenkten Werten aus dem TV-L-Abschluss bereits im November 2019 ausgezahlt wurden, sind nun in der **Dienstvertragsordnung** entsprechend dem Anliegen der Tarifparteien aus dem öffentlichen Dienst auf dem Stand von November 2018 eingefroren.

Kirchliche Beschäftigte erhalten nunmehr nachfolgende Jahressonderzuwendungen in den kommenden Jahren:

Entgeltgruppe	Kalenderjahr		
	2019	2020	ab 2021
1 bis 4	80,11 v.H.	77,68 v.H.	76,39 v.H.
5 bis 8	80,54 v.H.	78,10 v.H.	77,00 v.H.
9a bis 11	66,01 v.H.	64,01 v.H.	63,20 v.H.
12 und 13	36,86 v.H.	35,77 v.H.	35,32 v.H.
14 und 15	22,33 v.H.	21,65 v.H.	21,38 v.H.

Eine weitere Änderung betrifft die Mitarbeitenden in den ambulanten Pflegediensten der Spalte M in der Anlage 1 der Dienstvertragsordnung. Hier gilt die neue Entgeltordnung mit den veränderten KR-Entgeltgruppen aus dem TV-L.

Alle anderen neuen Bestimmungen im Rahmen des Abschluss des TV-L 2019 werden unverändert übernommen.

Ein weiterer Beschluss betrifft die Landeskirche Hannover mit der Erhöhung der Inselzulage, die statt 80 € nunmehr 200 € plus weiterer Zuwendungen für schulpflichtige Kinder vorsieht. Diese Änderung der Dienstvertragsordnung tritt mit Wirkung vom 1. Juli 2019 in Kraft.

4. KGH: Keine Eingruppierung in E 3 TV DN bei Tätigkeiten der „delegierbare Behandlungspflege“

Der [KGH.EKD II-0124/20-2019](#) hat zum TV DN entschieden, das in der Entgeltgruppe 3 eingruppierte Helfer in der Pflege nicht verpflichtet sind, auf Anordnung Tätigkeiten der „delegierbaren Behandlungspflege“ durchzuführen. Im Einzelnen hat der KGH ausgeführt:

1. Pflegerische Tätigkeiten wie das Verteilen und Anreichen von Medikamenten, das An- und Ablegen von Kompressionsstrümpfen, (einfache) Tätigkeiten der Stomaversorgung und der Wechsel von Katheterbeuteln gehören im Anwendungsbereich des TV DN nicht zu den von einer Pflegehilfskraft in der Entgeltgruppe E3 TV DN geschuldeten Tätigkeiten.
2. Weigert sich eine Pflegehilfskraft, selbstständig diese Leistungen zu erbringen, verstößt sie damit regelmäßig nicht gegen die ihr vertraglich obliegenden Pflichten.

5. KG: Zugehörigkeit zur Dienststellenleitung

Das Kirchengericht der EKD hat mit Beschluss vom 15. April 2019, KG.EKD I-2708/3-2019 entschieden, dass dann, wenn ein Fachabteilungsleiter nicht allein zur Entscheidung befugt ist, sondern auch immer ein ihm vorgesetzter Gesamtleiter die Entscheidung mitzutreffen hat, dies gegen die Zuordnung des Fachabteilungsleiters zur Dienststellenleitung spricht. Die alleinige Verantwortung für die Urlaubsplanung

und Urlaubsgenehmigung reicht ebenfalls für eine Zuordnung zur Dienststellenleitung nicht aus, weil es sich nicht um eine mitwirkungs- oder mitbestimmungspflichtige Entscheidung im Sinne des MVG-EKD handelt.

6. BAG: Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf kirchliche Arbeitsrechtsregelung genügt nicht als Nachweis einer Ausschlussfrist

Das BAG hat mit [Urteil vom 30.10.2019 - 6 AZR 465/18](#) eine für Anwender der AVR DD oder der DVO der Landeskirchen schwierige Entscheidung veröffentlicht: Die bloße arbeitsvertragliche Bezugnahme auf kirchliche Arbeitsrechtsregelungen genügt nicht, um eine Ausschlussfrist nach Maßgabe von § 2 I 1 NachwG nachzuweisen. Auch ein sog. qualifizierter Nachweis gem. § 2 III 1 NachwG reicht hierfür nicht aus.

Der Kläger war bei der beklagten katholischen Kirchengemeinde als Küster und Reinigungskraft beschäftigt. Der Arbeitsvertrag nahm die Kirchliche Arbeits- und Vergütungsordnung (KAVO) in Bezug. § 57 KAVO enthält eine sechsmonatige einstufige Ausschlussfrist für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis. Der Kläger machte Differenzvergütungsansprüche wegen seiner angeblich fehlerhaften Eingruppierung geltend. Die Beklagte berief sich auf die Ausschlussfrist. Der Kläger stellte die Wirksamkeit der Ausschlussfrist in Frage und verlangte hilfsweise Schadensersatz u.a. wegen mangelnden Nachweises der Ausschlussfrist durch die Beklagte. Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab.

Die Revision des Klägers hat Erfolg. Zwar wäre ein etwaiger Anspruch auf die Differenzvergütung gem. § 57 KAVO verfallen, da die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf die KAVO auch die Ausschlussfrist umfasst, welche damit Vertragsbestandteil wird und wirksam den Verfall von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis anordnet. Nach Ansicht des BAG könnte dem Kläger allerdings ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung des Nachweisgesetzes (NachwG) zustehen.

Gem. § 2 I 1 NachwG hat der Arbeitgeber spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen. Nach Ansicht des BAG genügt die bloße arbeitsvertragliche Bezugnahme auf kirchliche Arbeitsrechtsregelungen, hier die KAVO, nicht, um dem Arbeitnehmer eine Ausschlussfrist nachzuweisen. Auch der qualifizierte Nachweis gem. § 2 III 1 NachwG, wonach sich gerade die Ausschlussfrist nach der kirchlichen Arbeitsrechtsregelung richte, sei hierfür nicht ausreichend.

Eine Ausschlussfrist stelle eine wesentliche Arbeitsbedingung i.S.d. § 2 I 1 NachwG dar. Das NachwG sehe zwar gem. § 2 III 1 NachwG Erleichterungen für die in § 2 I 2 Nrn. 6 bis 9, II Nrn. 2 und 3 NachwG enthaltenen nachzuweisenden Angaben vor. Diese können gem. § 2 III 1 NachwG ersetzt werden durch einen Verweis auf u.a. die einschlägigen Tarifverträge und „ähnlichen Regelungen“. Bei kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen handele es sich auch um ähnliche Regelungen. Allerdings falle eine Ausschlussfrist nicht unter die privilegierten Angaben, die durch eine arbeitsvertragliche Bezugnahme nachgewiesen werden können. Nach dem Willen des Gesetzgebers seien kirchliche Arbeitsrechtsregelungen nur im Anwendungsbereich des insoweit abschließenden § 2 I 2 Nrn. 6 bis 9, II Nrn. 2 und 3 NachwG sowie bei Änderungen gem. § 3 S. 2 NachwG privilegiert. Der Nachweis der Ausschlussfrist bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses werde von diesen Erleichterungen nicht erfasst.

Das BAG zieht daraus die Konsequenz, dass, wenn der kirchliche Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Ausschlussfrist nicht im Volltext nachweist, der Arbeitnehmer ggfs. im Wege des Schadensersatzes verlangen kann, so gestellt zu werden, als ob er die Ausschlussfrist nicht versäumt hätte. Das BAG hat den Rechtsstreit zurückverwiesen, da das LAG keine hinreichenden Feststellungen hinsichtlich der begehrten Eingruppierung des Klägers getroffen hatte.

Eine in einer kirchlichen Arbeitsrechtsregelung enthaltene Ausschlussfrist ist im Volltext nachzuweisen. Die generelle Inbezugnahme eines Tarifvertrages oder – qualifiziert – der darin geregelten Ausschlussfrist reicht nicht aus. Nicht nur der fehlende, sondern auch der unzureichende Nachweis kann zur Schadensersatzpflicht der Arbeitgebers führen, Für die Bezugnahme auf Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen dürften diese strengen Anforderungen allerdings nicht gelten: Das BAG lässt für den Nachweis tariflicher Ausschlussklauseln den allgemeinen Hinweis nach § 2 I 2 Nr. 10 NachwG genügen ([BAG, Urteil vom 23. 1. 2002 - 4 AZR 56/01](#)). Da in Nr. 10 „ähnliche Regelungen“ – und damit auch kirchliche Arbeitsbedingungen – jedoch nicht genannt sind, bedarf es für kirchliche Arbeitsrechtsregelungen des ausdrücklichen Nachweises der Ausschlussklausel.

7. Übersicht und Links zu wichtigen BAG-Urteile aus dem Jahr 2019

Urlaub, Arbeitszeit und Befristung waren Themen des BAG im vergangenen Jahr. Die Haufe Online Redaktion veröffentlichte am 10.12.2019 unter folgendem [Link](#) eine Zusammenstellung etlicher Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 2019, die für die tägliche Praxis von Bedeutung sind. Auf einige Entscheidungen wird auch in dieser Ausgabe der DDN-Nachrichten noch näher eingegangen.

8. BAG: Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall - Einheit des Verhinderungsfalls

Laut [Pressemeldung des Bundesarbeitsgerichts](#) hat dieses mit Urteil vom 11. Dezember 2019 - 5 AZR 505/18 entschieden, dass der gesetzliche Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall auch dann auf die Dauer von sechs Wochen beschränkt ist, wenn während bestehender Arbeitsunfähigkeit eine neue, auf einem anderen Grundleiden beruhende Krankheit auftritt, die ebenfalls Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls). Ein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch entsteht nur, wenn die erste krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung bereits zu dem Zeitpunkt beendet war, zu dem die weitere Erkrankung zur Arbeitsunfähigkeit führte.

Die Klägerin war bei der Beklagten bis zum 31. Juli 2017 als Fachkraft in der Altenpflege beschäftigt. Seit dem 7. Februar 2017 war sie infolge eines psychischen Leidens arbeitsunfähig. Die Beklagte leistete Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall bis einschließlich 20. März 2017. Im Anschluss bezog die Klägerin auf der Grundlage von Folgebescheinigungen ihrer Hausärzte, die zuletzt am 5. Mai 2017 eine bis einschließlich 18. Mai 2017 fortbestehende Arbeitsunfähigkeit attestierten, Krankengeld. Am 19. Mai 2017 unterzog sich die Klägerin wegen eines gynäkologischen Leidens einer seit längerem geplanten Operation. Ihre niedergelassene Frauenärztin bescheinigte am 18. Mai 2017 als „Erstbescheinigung“ eine Arbeitsunfähigkeit vom 19. Mai 2017 bis zum 16. Juni 2017 und durch Folgebescheinigung eine fortbestehende Arbeitsverhinderung bis einschließlich 30. Juni 2017. Im Juli 2017 erbrachte die Klägerin

im Hinblick auf ihr gewährten Urlaub und Überstundenausgleich keine Arbeitsleistungen mehr und begann eine Psychotherapie bei einem Neurologen.

Die Klägerin erhielt in der Zeit vom 19. Mai bis zum 29. Juni 2017 weder von der Beklagten Entgeltfortzahlung noch von ihrer Krankenkasse Krankengeld. Mit ihrer Klage hat sie für diesen Zeitraum von der Beklagten die Zahlung von 3.364,90 Euro brutto nebst Zinsen verlangt. Sie hat geltend gemacht, sie sei ab dem 19. Mai 2017 wegen eines neuen Leidens arbeitsunfähig gewesen. Die Arbeitsunfähigkeit wegen ihrer psychischen Erkrankung habe am 18. Mai 2017 geendet. Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und die Auffassung vertreten, den Umständen nach sei von einem einheitlichen Verhinderungsfall auszugehen. Die Klägerin habe deshalb nur einmal für die Dauer von sechs Wochen Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall beanspruchen können. Diesen Anspruch habe sie erfüllt. Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat die Klage - nach Beweisaufnahme durch Vernehmung von drei Ärzten - abgewiesen.

Die Revision der Klägerin hatte vor dem Fünften Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Ist der Arbeitnehmer krankheitsbedingt arbeitsunfähig und schließt sich daran in engem zeitlichen Zusammenhang eine im Wege der „Erstbescheinigung“ attestierte weitere Arbeitsunfähigkeit an, hat der Arbeitnehmer im Streitfall darzulegen und zu beweisen, dass die vorangegangene Arbeitsunfähigkeit im Zeitpunkt des Eintritts der weiteren Arbeitsverhinderung geendet hatte. Dies ist der Klägerin nicht gelungen. Das Landesarbeitsgericht hat durch Vernehmung der die Klägerin behandelnden Ärzte umfassend Beweis erhoben. Danach konnte nicht festgestellt werden, dass ein einheitlicher Verhinderungsfall nicht vorlag. Das gilt umso mehr als nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme eine Untersuchung der Klägerin durch den behandelnden Arzt bei der Feststellung der bis einschließlich 18. Mai 2017 attestierten Arbeitsunfähigkeit nicht erfolgte.

9. Mitarbeitervertretung und Datenschutz

Bei sensiblen Arbeitnehmerdaten kann der Auskunftsanspruch der Mitarbeitervertretung ausnahmsweise bedingt sein. Das hat das BAG im [Beschluss vom 09.04.2019, 1 ABR 51/17](#) zum dem dem § 34 Abs. 1 MVG-EKD entsprechenden § 80 Abs.1 Nr.1 Be-trVG festgestellt. Etwa bei Schwangerschaften der Arbeitnehmerinnen. Der Betriebsrat muss dann darlegen, dass und wie er die Gesundheitsdaten vor unbefugtem Zugriff sichert. Sonst kann der Arbeitgeber die Auskunft verweigern - so nun das BAG. Der Informationsanspruch von Betriebsräten und Mitarbeitervertretungen steht in Konflikt mit dem Recht der Beschäftigten auf informationelle Selbstbestimmung. Diesem räumen die 2018 in Kraft getretene EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) und das neu gefasste Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) hohen Stellenwert ein. Das BAG stellt wichtige Grundregeln für den Auskunftsanspruch bei Gesundheitsdaten auf – wie folgt:

Die dem Betriebsrat gesetzlich zugewiesenen Aufgaben sind im Prinzip nicht von einer vorherigen Einwilligung der Arbeitnehmer abhängig und stehen nicht zu deren Disposition. Allerdings gibt es – so die Richter – bei sensiblen Gesundheitsdaten, zu denen eine Schwangerschaft gehört, gewisse datenschutzrechtliche Grenzen, die auch der Betriebsrat zu beachten hat.

So muss der Betriebsrat, um die Auskunft zu erhalten, seinerseits die Maßnahmen darlegen, mit denen er den Datenschutz der betroffenen Arbeitnehmerinnen wahren will. Den Betriebsrat trifft insoweit eine besondere »Schutzpflicht« für diese sensiblen Gesundheitsdaten.

Diese Pflicht gilt unabhängig von der Streitfrage, ob der Betriebsrat im Datenschutz selbst verantwortliche Stelle ist (iSv. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO) oder Teil der für die Daten verantwortlichen Stelle, nämlich seines Arbeitgebers. Diese Streitfrage lässt auch das BAG offen.

Der Betriebsrat muss – so das Gericht – vor allem Maßnahmen ergreifen, um die Vertraulichkeit der sensiblen Gesundheitsdaten sicherzustellen. Diese Maßnahmen muss das Gremium selbst treffen, denn der Arbeitgeber darf die Daten zwar an den Betriebsrat weitergeben, weil er damit eine eigene arbeitsrechtliche Pflicht erfüllt (§ 26 Abs. 3 BDSG). Er kann aber die Betriebsratsmitglieder nicht anweisen, bestimmte Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Dies verbietet die gesetzlich geschützte Unabhängigkeit des Betriebsrats.

Der Betriebsrat hat zum Erfüllen seiner Aufgaben einen umfassenden Informationsanspruch. Der steht nicht zur Disposition der einzelnen Arbeitnehmer. Bei sensiblen Gesundheitsdaten, so das BAG, muss der Betriebsrat allerdings bei der Begründung seines Informationsanspruches darlegen, wie er diese Daten schützen wird.

Das Fehlen solcher Schutzmaßnahmen oder ihre Unzulänglichkeit – über die das zuständige Arbeitsgericht im Einzelfall befinden muss - schließt den Auskunftsanspruch aus.

Die Schutzmaßnahmen können z. B. sein:

- das zuverlässige Sicherstellen des Verschlusses der Daten (z.B. Passwortschutz beim Betriebsrats-PC, Verwahren der Ausdrucke in abschließbaren Aktenschränken)
- das Beschränken der Zugriffsmöglichkeiten (z.B. nur für einzelne Betriebsratsmitglieder oder Bürokräfte des Betriebsrats)
- Planmäßiges Löschen der vertraulichen Daten nach Wahrnehmung der Betriebsratsaufgaben (also z. B. nach Ablauf der Mutterschutzfristen)

10. BAG: Sonderzahlung – tarifvertragliche Stichtagsklausel

Durch die Entscheidung [BAG vom 3.7.2019 – 10 AZR 300/18](#): hat das Bundesarbeitsgericht die Rechtmäßigkeit einer tarifvertraglichen Stichtagsklausel für die Zahlung der tariflichen Sonderzahlung wie z.B. gemäß § 24 TV DN bestätigt.

1. Tarifverträge sind aufgrund der Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB von einer AGB-Kontrolle ausgenommen. Arbeitsvertraglich insgesamt in Bezug genommene Tarifverträge unterliegen ebenfalls keiner Inhaltskontrolle nach dem für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Recht, weil eine Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB voraussetzt, dass von Rechtsvorschriften abgewichen wird. Tarifverträge stehen nach § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB Rechtsvorschriften i. S. von § 307 Abs. 3 BGB gleich.
2. Tarifvertragsparteien sind nicht unmittelbar an Grundrechte gebunden, wenn sie tarifliche Normen setzen. Die Schutzpflichtfunktion der Grundrechte verpflichtet die Rechtsprechung jedoch dazu, solchen Tarifregelungen die Durchsetzung zu verweigern, die zu gleichheitswidrigen Differenzierungen führen oder eine unangemessene Beschränkung eines grundrechtlichen Freiheitsrechts zur Folge haben. Allerdings steht den Tarifvertragsparteien als selbstständigen Grundrechtsträgern bei ihrer Normsetzung aufgrund der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Sie sind nicht verpflichtet, die jeweils

zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung zu wählen. Es genügt, wenn für die getroffene Regelung ein sachlich vertretbarer Grund besteht.

3. Eine tarifvertragliche Stichtagsregelung, die den Anspruch auf eine Sonderzahlung an den ungekündigten Bestand des Arbeitsverhältnisses am Ende des Bezugszeitraums knüpft, hält sich innerhalb der den Tarifvertragsparteien gesetzten Grenzen aus der Schutzpflichtfunktion von Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG.
4. Die Maßstäbe für die zulässige Bindungswirkung von Stichtags- und Rückzahlungsregelungen bei Sonderzahlungen ergeben sich weder unmittelbar noch in analoger Anwendung aus § 622 Abs. 6 BGB. Die zulässige Bindungswirkung von tarifvertraglichen Stichtags- und Rückzahlungsregelungen folgt aus der Schutzpflichtdimension von Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG. Entsprechende Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind nach §§ 307 ff. BGB zu beurteilen.

11. BAG: Anwendung des Haftungsprivilegs bei vorsätzlicher Herbeiführung eines Wegeunfalls

Lt. [Pressemitteilung des BAG Nr. 43/2019](#) v. 28.11.2019 hat das BAG entschieden, dass zugunsten des Arbeitgebers gegenüber dem Schadensersatzverlangen eines Beschäftigten, der infolge eines Versicherungsfalles einen Personenschaden erlitten hat, das Haftungsprivileg nach § 104 Abs. 1 Satz 1 SGB VII eingreift, es sei denn, der Arbeitgeber hat den Versicherungsfall vorsätzlich herbeigeführt oder auf einem nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 SGB VII versicherten Weg (Wegeunfall).

Für die Annahme der vorsätzlichen Herbeiführung eines Versicherungsfalles sei ein "doppelter Vorsatz" erforderlich. Der Vorsatz des Schädigers müsse sich nicht nur auf die Verletzungshandlung, sondern auch auf den Verletzungserfolg beziehen, so das BAG.

Die Klägerin ist bei der Beklagten, die ein Seniorenpflegeheim betreibt, langjährig als Pflegefachkraft beschäftigt. Das Gebäude des Seniorenpflegeheims hat zwei Eingänge, einen Haupt- und einen Nebeneingang. An beiden Eingängen befinden sich Arbeitszeiterfassungsgeräte. Der Haupteingang ist beleuchtet, der Nebeneingang nicht. Im Dezember 2016 erlitt die Klägerin kurz vor Arbeitsbeginn um etwa 7:30 Uhr einen Unfall auf einem Weg, der sich auf dem Betriebsgelände des Seniorenpflegeheims befindet und dort zum Nebeneingang führt. Es war noch dunkel, als sie ihr Fahrzeug auf einem Parkplatz außerhalb des Betriebsgeländes abstellte und sich zu Fuß zum Nebeneingang begab. Kurz bevor sie diesen erreichte, rutschte sie auf dem Weg aus. Dabei erlitt sie eine Außenknöchelfraktur. Bei dem Unfall der Klägerin handelte es sich um einen Versicherungsfall i.S.v. § 7 SGB VII; die Klägerin erhielt Verletzengeld. Die Klägerin hat von der Beklagten Schmerzensgeld und Ersatz materieller Schäden verlangt.

Die Vorinstanzen hatten die Klage abgewiesen.

Die Revision der Klägerin hatte vor dem BAG keinen Erfolg.

Nach Auffassung des BAG hat die Beklagte den Versicherungsfall, der kein Wegeunfall war, sondern sich auf dem Betriebsgelände des Seniorenpflegeheims ereignete, nicht vorsätzlich herbeigeführt. Die dahingehende Würdigung des Landesarbeitsgerichts sei revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

12. BAG: Mindestpersonalbesetzung als Maßnahme des Gesundheitsschutzes

[Lt. Pressemeldung des BAG](#) hat dieses mit Beschluss vom 19. November 2019 - 1 ABR 22/18 - dem Antrag einer Arbeitgeberin, mit dem diese einen Einigungsstellenspruch über Mindestbesetzungen im Pflegedienst einer Klinik angefochten hat, stattgegeben, ohne über die Zulässigkeit von solchen Regelungen als Maßnahme des Gesundheitsschutzes zu entscheiden.

Die Arbeitgeberin betreibt eine Spezialklinik für Wirbelsäulen- und Gelenkserkrankungen mit rund 350 Betten. Sie beschäftigt etwa 300 Arbeitnehmer. In der Klinik ist der zu 2. beteiligte Betriebsrat gewählt. Nach einer Vielzahl von Auseinandersetzungen über die Frage einer Mindestbesetzung für den Pflegedienst auf mehreren Stationen teilte der Betriebsrat der Arbeitgeberin im Frühjahr 2013 mit, dass er die Einrichtung einer Einigungsstelle "zum Arbeits- und Gesundheitsschutz (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG)" beschlossen habe. Später beschrieb er den Regelungsauftrag mit "Mindestbesetzung in der Dienstplanung zu den Pflegedienstkräften für Früh-, Spät- und Nachtdienst in den Stationen 2a, 2b, 2c sowie 4a, 4b und 4c". Die Einigungsstelle holte zwei Gutachten zur Arbeits- und Belastungssituation der Pflegekräfte ein. Mit diesen betrachtete die Arbeitgeberin die sich stellenden Fragen als "abgearbeitet". Die Einigungsstelle beauftragte aufgrund eines ohne Zustimmung der Arbeitgeberin gefassten Beschlusses die Erstellung eines weiteren Gutachtens mit dem Gegenstand einer Gefährdungsbeurteilung der Tätigkeit der Pflegekräfte "mit dem Schwerpunkt psychischer Belastung". Nach Vorlage dieses Gutachtens und weiteren Verhandlungen ohne eine Einigung der Betriebsparteien beschloss die Einigungsstelle Anfang Dezember 2016 im Spruchwege eine "Betriebsvereinbarung allgemeiner Pflegedienst zur Dienstplanung der Pflegekräfte in Abhängigkeit der Belegung der Stationen". Diese trifft detaillierte Regelungen zur Mindestpersonalbesetzung auf den Stationen. Die Arbeitgeberin hat den Spruch angefochten und geltend gemacht, die Regelungen seien nicht von der Regelungskompetenz der Einigungsstelle gedeckt. Der Einigungsstellenspruch sei zudem ermessensfehlerhaft.

Das Arbeitsgericht hatte den Antrag abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hatte ihm auf die Beschwerde der Arbeitgeberin stattgegeben. Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats.

Das BAG hat dem Antrag der Arbeitgeberin, mit dem diese einen Einigungsstellenspruch über Mindestbesetzungen im Pflegedienst einer Klinik angefochten hat, stattgegeben, ohne über die Zulässigkeit von solchen Regelungen als Maßnahme des Gesundheitsschutzes zu entscheiden. Damit hängt die Beantwortung der für den Betrieb stationärer Einrichtungen immens wichtigen Frage, ob die MAV auf dem Umweg des Mitbestimmungsrechts bei Maßnahmen des Gesundheitsschutzes und das Einigungsstellenverfahren gem. § 36 MVG-EKD Einfluss auf die Personalbesetzung nehmen kann, weiter in der Luft. Vielleicht wird den bisher nicht veröffentlichten Entscheidungsgründen mehr darüber zu entnehmen sein, ob bzw. inwieweit das BAG die Sicht des LAG Schleswig-Holstein teilt.

13. BAG: Schadensersatz bei rechtswidriger örtlicher Versetzung

Lt. [Pressemitteilung des BAG Nr. 42/2019 v. 28.11.2019](#) hat das BAG mit Urteil vom 28. November 2019 - 8 AZR 125/18 - entschieden, dass die Tatsachengerichte bei der Schadensschätzung die Regelungen des Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetzes (JVEG) über den Fahrtkostenersatz heranziehen können, wenn ein Arbeitnehmer vom Arbeitgeber im Wege des Schadensersatzes Erstattung der Kosten verlangen kann, die ihm durch die Benutzung seines privaten PKW entstanden sind.

Der Kläger ist bei der Beklagten langjährig als Metallbaumeister beschäftigt. Nachdem er zunächst am Betriebssitz der Beklagten in Hessen gearbeitet hatte, versetzte diese ihn ab November 2014 "für mindestens zwei Jahre, ggf. auch länger" in ihre Niederlassung in Sachsen.

Hiergegen erhob der Kläger vor dem Arbeitsgericht Klage, kam allerdings der Versetzung nach. Im Mai 2016 erklärte das Landesarbeitsgericht die Versetzung für unwirksam. Gleichwohl arbeitete der Kläger in der Zeit von Juni bis September 2016 weisungsgemäß weiter in Sachsen. Für die wöchentlichen Fahrten zwischen seinem Hauptwohnsitz in Hessen und seiner Wohnung in Sachsen nutzte er seinen privaten PKW. Der Kläger hat die Beklagte mit seiner Klage u.a. auf Ersatz der Fahrtkosten für die Monate Juni bis September 2016 in Anspruch genommen. Er hat die Auffassung vertreten, er könne entsprechend den steuerrechtlichen Regelungen für jeden gefahrenen Kilometer ein Kilometergeld i.H.v. 0,30 Euro beanspruchen. Das Arbeitsgericht hatte der Klage u.a. wegen der Fahrkostenerstattung stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hatte das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts insoweit teilweise abgeändert und dem Kläger Reisekosten lediglich i.H.d. nach der Trennungsgeldverordnung (TGV) zu erstattenden Kosten für die Fahrt mit öffentlichen Verkehrsmitteln und dies auch nur für Heimfahrten alle zwei Wochen zugesprochen. Mit der Revision verfolgt der Kläger u.a. sein Begehren auf Zahlung eines Kilometergeldes i.H.v. 0,30 Euro pro gefahrenem Kilometer weiter.

Die Revision hatte vor dem BAG Erfolg. Nach Auffassung des BAG kann der Kläger – wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat – von der Beklagten als Schadensersatz die Erstattung der Kosten verlangen, die ihm durch die Benutzung seines privaten PKW für die wöchentlichen Fahrten zwischen seinem Hauptwohnsitz in Hessen und seiner Wohnung in Sachsen entstanden sind. Allerdings habe das Landesarbeitsgericht mit der Heranziehung der Bestimmungen der TGV seiner Schadensschätzung nach § 287 Abs. 1 ZPO einen unrichtigen Maßstab zugrunde gelegt. Heranzuziehen seien vielmehr die Regelungen des JVEG über den Fahrtkostenersatz gewesen, wonach für jeden gefahrenen Kilometer ein Kilometergeld i.H.v. 0,30 Euro zu zahlen sei. Eine Vorteilsausgleichung war nicht veranlasst.

14. BAG: Keine Anerkennung des in einer Urlaubsgenehmigung verzeichneten Resturlaubsanspruchs

Im Urteil [BAG 21.5.2019 – 9 AZR 579/16](#) hat dieses entschieden, dass eine Erklärung, mit der der Arbeitgeber einen Urlaubsantrag genehmigt, ist regelmäßig allein auf die Erfüllung des Anspruchs des Arbeitnehmers auf bezahlten Erholungsurlaub gerichtet. Die Angaben zu den „vorhandenen“ und „verbleibenden“ Urlaubstagen in einem vom Arbeitgeber zur Beantragung und Genehmigung von Urlaub verwendeten Formular haben regelmäßig allein eine Hinweis- und Dokumentationsfunktion. Der Arbeitnehmer kann regelmäßig nicht annehmen, es handele sich um eine auf Bestätigung oder Veränderung der Rechtslage gerichtete Willenserklärung im Sinne eines deklaratorischen oder konstitutiven Schuldanerkenntnisses.

15. BAG: Resturlaubsanspruch in Entgeltabrechnung - Neubeginn der Verjährung

Das Bundesarbeitsgericht hat mit [Urteil vom 19. März 2019 - 9 AZR 881/16](#) entschieden, dass die in der Entgeltabrechnung enthaltene Angabe von Urlaubstagen in der Regel lediglich eine Wissens-, nicht

jedoch eine rechtsgestaltende Willenserklärung des Arbeitgebers ist. Sie setzt jedoch als tatsächliches Anerkenntnis iSd. § 212 Abs. 1 BGB die Verjährungsfrist für die Urlaubsansprüche jeweils neu in Gang. Das Bundesarbeitsgericht hat für das Urlaubsrecht entschieden, dass in der Mitteilung der Anzahl der Urlaubstage auf der Entgeltabrechnung ein tatsächliches Anerkenntnis liegt, das die Verjährungsfrist für den Urlaubsanspruch jeweils neu in Gang setzen kann.

Der Kläger macht aus einem seinerseits gekündigten Arbeitsverhältnis Urlaubsabgeltung in Höhe von 20.731,15 € im Umfang von 169,5 Tagen für die Jahre 2008 - 2013 geltend. Die dem Kläger erteilten Entgeltabrechnungen wiesen in den letzten Jahren unter der Angabe "U ges VJ" den kumulierten Gesamturlaub aus, die die Beklagte in den Vorjahren nicht gewährt hatte. Für den Monat Dezember 2014 ist unter "U Rest VJ" 169,5 angegeben. Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben.

Das BAG hat bestätigt, dass die in einer Entgeltabrechnung enthaltene Mitteilung einer bestimmten Anzahl von Urlaubstagen regelmäßig keine rechtsgestaltende Willenserklärung, sondern lediglich eine Wissenserklärung darstellt. Ihr komme in aller Regel nicht der Bedeutungsgehalt zu, der Arbeitgeber wolle den ausgewiesenen Urlaub auch dann gewähren, wenn er ihn nicht schulde. Die Einrede der Verjährung greife dennoch nicht durch. Die Mitteilung zur Anzahl der Urlaubstage in der Entgeltabrechnung habe die Qualität eines - rein tatsächlichen - Anerkenntnisses iSd. § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Damit beginne die Verjährungsfrist für die in der Abrechnung ausgewiesenen Urlaubsansprüche jeweils an dem auf die Abrechnung folgenden Tag erneut zu laufen.

Im Ergebnis kann nach der Entscheidung des BAG der Urlaubsanspruch nicht verjähren, wenn die Entgeltabrechnung die Mitteilung der Anzahl der noch bestehenden Urlaubstage enthält. Im Übrigen hat das BAG offengelassen, ob Urlaubsansprüche überhaupt der Verjährung unterliegen. Dies führt in Verbindung mit den Entscheidungen zur Hinweispflicht des Arbeitgebers zu der paradoxen Situation, dass der Urlaubsanspruch grundsätzlich zwar verwirken aber kaum verjähren kann.

16. BAG: Kein Urlaub in der Freistellungsphase der Altersteilzeit

Lt. [Pressemeldung zu BAG](#) zum Urteil vom 24.09.2019 - 9 AZR 481/18 hat dieses entschieden, dass einem Arbeitnehmer, der sich in der Freistellungsphase eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses befindet und im gesamten Kalenderjahr von der Arbeitspflicht entbunden ist, mangels Arbeitspflicht kein gesetzlicher Anspruch auf Erholungsurlaub zusteht.

Der Kläger war bei der Beklagten bis 30.11.2014 in Vollzeit beschäftigt. Mit Wirkung ab 01.12.2014 vereinbarten die Parteien ein Altersteilzeitarbeitsverhältnis mit der Reduzierung der Arbeitszeit auf die Hälfte. Nach dem Blockmodell war der Kläger zunächst bis 31.03.2016 im bisherigen Umfang zur Arbeitsleistung verpflichtet und anschließend bis zum 31.07.2017 freigestellt. Während der Altersteilzeit erhielt der Kläger ein auf der Grundlage der reduzierten Arbeitszeit berechnetes Gehalt zzgl. Aufstockungsbeträge. Der Urlaubsanspruch des Klägers belief sich auf 30 Arbeitstage pro Jahr. Im Jahr 2016 gewährte die Beklagte dem Kläger acht Urlaubstage. Der Kläger ist der Auffassung, ihm stehe für die Freistellungsphase der Altersteilzeit ein Urlaubsanspruch von insgesamt 52 Urlaubstagen zu. ArbG und LAG wiesen die Klage ab.

Die Revision des Klägers hatte keinen Erfolg. Nach Auffassung des BAG steht dem Kläger kein weiterer Urlaubsanspruch für die Freistellungsphase der Altersteilzeit zu.

Das BAG geht zunächst von § 3 I BUrlG aus, wonach sich der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub bei gleichmäßiger Verteilung der Arbeit auf sechs Tage pro Woche auf 24 Werktage belaufe. Sei die Arbeitszeit eines Arbeitnehmers auf weniger oder mehr als sechs Arbeitstage in der Kalenderwoche verteilt, müsse der Anteil der Urlaubstage unter Berücksichtigung des für das Urlaubsjahr maßgeblichen Arbeitsrhythmus berechnet werden. Dadurch werde für alle Arbeitnehmer eine gleichwertige Urlaubsdauer gewährleistet. Die Berechnungsformel laute $24 \text{ Werktage} \times \text{Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht} \div 312 \text{ Werktage}$. Befinde sich ein Arbeitnehmer in der Freistellungsphase der Altersteilzeit und sei er im gesamten Kalenderjahr von der Arbeitspflicht befreit, stehe ihm mangels Arbeitspflicht danach kein Urlaubsanspruch zu. Nach Auffassung des BAG ist die Freistellungsphase mit „Null“ Arbeitstagen zu bewerten. Vollziehe sich der Wechsel von der Arbeits- in die Freistellungsphase im Verlauf eines Kalenderjahres, müsse der Urlaubsanspruch nach Zeitabschnitten entsprechend der Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht berechnet werden. Dieser Auslegung – so das BAG weiter – stehe weder das BUrlG noch das Unionsrecht entgegen. Danach sei die Freistellungsphase nicht mit einem Zeitraum gleichzusetzen, in dem der Arbeitnehmer tatsächlich arbeite. Die für den gesetzlichen Erholungsurlaub entwickelten Grundsätze fänden auch auf den vertraglichen Mehrurlaub Anwendung, wenn die Arbeitsvertragsparteien keine hiervon abweichende Vereinbarung getroffen haben.

Das BAG hat seine Rechtsprechung zum Umfang des Urlaubsanspruchs im Jahr 2019 in mehrfacher Hinsicht geändert. Mit der Entscheidung schafft das BAG endlich Rechtssicherheit für die Behandlung des Urlaubsanspruchs während der Altersteilzeit im Blockmodell. Das müsste dann aber auch für andere Zeiten der Freistellung gelten, z.B. die Freistellung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Rahmen eines Aufhebungsvertrags oder eines gerichtlichen Vergleichs.

17. BAG: Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit - Freizeitausgleich

Das BAG hat mit [Urteil vom 15.5.2019 – 7 AZR 396/17](#) – zum dem § 19 Abs. 2 Satz 5 MVG-K/MVG-EKD inhaltsgleichen § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG wie folgt entschieden:

1. Nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG hat ein Betriebsratsmitglied zum Ausgleich für Betriebsratstätigkeit, die aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit durchzuführen ist, Anspruch auf entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts. Betriebsratstätigkeit liegt „außerhalb der Arbeitszeit“ iSv. § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG, wenn sie zu einer Zeit zu leisten ist, zu der das Betriebsratsmitglied keine Arbeitsleistungen zu erbringen hätte. Der Freizeitausgleichsanspruch setzt nicht voraus, dass die Betriebsratstätigkeit zusätzlich zu der durch erbrachte Arbeitsleistung oder erforderliche Betriebsratstätigkeit ausgefüllten vertraglichen Arbeitszeit des Betriebsratsmitglieds geleistet wird (Rn. 18 ff.).
2. Der nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG entstandene Freizeitausgleichsanspruch wird - sofern die Parteien keine entsprechende Anrechnungsabrede getroffen haben - durch den Arbeitgeber nicht dadurch nach § 362 Abs. 1 BGB erfüllt, dass das Betriebsratsmitglied in der der Betriebsratstätigkeit vorangehenden Arbeitsschicht von der Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt wird (Rn. 26). Der betroffene Arbeitnehmer ist in vollkontinuierlicher Wechselschicht beschäftigt, bei der immer eine Woche Frühschicht, eine Woche Spätschicht, eine Woche Nachtschicht und eine Woche frei aufeinander folgen. Er ist Mitglied im Betriebsrat. Wenn am ersten Tag seiner Freiwoche Betriebsratssitzungen

stattfinden, stellt der Arbeitgeber ihn in der vorhergehenden Nachtschicht für acht Stunden von der Arbeitsleistung frei und zahlt seine Vergütung fort.

Dennoch verlangt der Arbeitnehmer für die Zeit der Betriebsratssitzungen eine Gutschrift auf seinem Arbeitszeitkonto. Er ist der Auffassung, sein Chef müsse ihm nach § 37 Abs. 3 BetrVG Freizeitausgleich für die Zeit gewähren, in der er außerhalb seiner Arbeitszeit Betriebsratstätigkeiten wahrnimmt. Der Arbeitgeber ist der Meinung, ein Ausgleich sei durch die Freistellung von der Nachtschicht bereits erfolgt. Das Bundesarbeitsgericht hat nun dem Betriebsratsmitglied Recht gegeben. Es bestehe immer ein Anspruch auf Freizeitausgleich für während der Freizeit geleistete Betriebsratstätigkeit. Dabei genüge es nicht, den Arbeitnehmer vorab von der Nachtschicht freizustellen. Es müsse an einem anderen Arbeitstag bezahlte Arbeitsbefreiung gewährt werden. Nur dann sei es ein echter Freizeitausgleich.

Müsse ein Betriebsratsmitglied aus betriebsbedingten Gründen Betriebsratstätigkeit außerhalb seiner Arbeitszeit durchführen, so stehe ihm gem. § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG entsprechender Freizeitausgleich unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts zu. Dem Anspruch stehe nicht entgegen, dass der Arbeitgeber das Betriebsratsmitglied in der vorhergehenden Nachtschicht nicht zur Arbeit herangezogen habe (dies sei schon aufgrund der einzuhaltenden Ruhezeiten nach § 5 Abs. 1 ArbZG erforderlich). Das kompensiere nicht in ausreichendem Maße die geopfertete Freizeit. Denn Freizeit sei so zu definieren, dass der Arbeitnehmer seinen Freizeitaktivitäten nachgehen und diese planen könne. Daher erfordere der Freizeitausgleich nach § 37 Abs. 3 BetrVG, dass an einem anderen Tag, der dem Arbeitnehmer zur Freizeitplanung zur Verfügung stehe, Arbeitsbefreiung gewährt werde.

Der in § 37 Abs. 3 BetrVG geregelte Freizeitausgleich solle nicht in erster Linie eine überobligatorische Arbeitsbelastung (oder Überstunden) kompensieren. Vielmehr gehe es um einen Ausgleich für die betriebsbedingte Aufopferung persönlicher und frei planbarer Freizeit.

18. BAG: Rückzahlung zu viel bezahlten Honorars eines Scheinselbstständigen rechtmäßig

Bei Scheinselbstständigkeit kann der Arbeitgeber die gezahlte Vergütung in Höhe der Differenz von tatsächlicher zu üblicher Vergütung zurückfordern. Dabei kann in der Regel nicht davon ausgegangen werden, die für die freie Mitarbeit vereinbarte Vergütung sei der Höhe nach auch für eine Beschäftigung als Arbeitnehmer verabredet. Dies hat aktuell das BAG entschieden.

Der Beklagte war bei der Klägerin acht Jahre lang ohne festen Stundenumfang und zunächst aufgrund mündlicher Vereinbarung als freier Mitarbeiter beschäftigt. Sein Honorar belief sich anfangs auf 28,12 EUR pro Stunde und wurde schrittweise erhöht auf 60 EUR pro Stunde.

2009 kündigte der Beklagte und stellte bei der Deutschen Rentenversicherung einen Antrag auf Feststellung, dass er während seiner gesamten Tätigkeit bei der Klägerin nicht als freier Mitarbeiter, sondern als Arbeitnehmer vollumfänglich sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen war. Diesem Antrag gab die Deutsche Rentenversicherung statt. Die Arbeitgeberin wurde daraufhin für die Zeit von Dezember 2004 bis März 2009 auf Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen herangezogen.

Daraufhin erhob die Arbeitnehmerin Klage gegen den ehemals Beschäftigten und verlangte Rückzahlung von über 100.000 EUR mit der Begründung, dass dem Beklagten tatsächlich aufgrund seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer weniger Lohn zugestanden habe als vereinbart.

Nachdem die ersten beiden Instanzen die Klage ablehnten, urteilte das BAG zugunsten der Klägerin (BAG, [Urteil v. 26.6.2019, 5 AZR 178/18](#)). In seiner Entscheidung führt das BAG aus, dass nur ausnahmsweise

dann die für die freie Mitarbeit vereinbarte (in der Regel höhere) Vergütung auch für das Arbeitsverhältnis maßgeblich sei, wenn sich das Vertragsverhältnis der Parteien faktisch als solches darstellt oder aber von den Behörden oder Gerichten als solches qualifiziert wird.

Zur Begründung führte das BAG aus, dass Arbeitnehmer im Ergebnis deutlich besser geschützt seien als freie Mitarbeiter. Demnach sei nach Ansicht des BAG grundsätzlich nicht davon auszugehen, dass der Arbeitgeber den Beschäftigten als Arbeitnehmer genauso vergüten wolle wie als freien Mitarbeiter. So trage der freie Mitarbeiter auch alle Risiken, die das Gesetz in einem Arbeitsverhältnis auf den Arbeitgeber verlagert, selbst. Dass der Beschäftigte als Arbeitnehmer eine geringere Vergütung zu erwarten habe, müsse diesem auch bewusst sein.

Auch die Frage, ob die Klägerin von der tatsächlich bestehenden Arbeitnehmereigenschaft des Beklagten wusste, welches einen Rückzahlungsanspruch ausschließe, entschied das Gericht zugunsten der Klägerin. Für die Annahme einer Kenntnis reichten Zweifel am Status des Beschäftigten nicht aus, so das BAG. Der Arbeitgeber müsse positive Kenntnis der Rechtslage im Zeitpunkt der Leistung gehabt haben. Es genüge auch nicht, wenn die Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruhe.

Der Rückforderungsanspruch belaufe sich auf die Differenz zwischen der tatsächlichen Vergütung und dem niedrigeren Lohn, der dem Beschäftigten als Arbeitnehmer zugestanden hat. Gibt es, wie im vorliegenden Fall, keine speziellen Vergütungsordnungen für freie Mitarbeiter und Arbeitnehmer, greife § 612 Abs. 2 BGB. Diese Vorschrift gilt für Fälle, in denen keine Vergütung vereinbart wurde, und ordnet an, dass „die übliche Vergütung“ als vereinbart anzusehen ist. Diese übliche Bruttoarbeitsvergütung einschließlich der hierauf entfallenden Arbeitgeberanteile am Gesamtsozialversicherungsbeitrag müsse sich die Klägerin auf ihren Rückforderungsanspruch gem. § 812 Abs. 1 1 Alt. 1 BGB anrechnen lassen. Der Rückforderungsanspruch ist nach Ansicht des BAG trotz fehlender arbeitsgerichtlicher Feststellung des Arbeitnehmerstatus nicht unter Vertrauensschutzgesichtspunkten ausgeschlossen. Denn der Beklagte habe zuvor selbst ein sozialrechtliches Statusfeststellungsverfahren eingeleitet und daher damit rechnen müssen, dass sich die Klägerin das Ergebnis dieser Prüfung zum Zwecke der Rückabwicklung zu eigen mache.

19. BAG: Beendigung des Geschäftsführerdienstverhältnisses

Das BAG hat mit [Urteil vom 12.6.2019 – 7 AZR 428/17](#) wie folgt entschieden: Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien anlässlich der Bestellung des Arbeitnehmers zum Geschäftsführer einer anderen Gesellschaft, dass ihr Arbeitsverhältnis im Falle einer erneuten Bestellung zum Geschäftsführer der anderen Gesellschaft bei Beendigung des Dienstvertrags auch endet, ist die darin liegende auflösende Bedingung durch einen Sachgrund nach § 14 Absatz I 1 TzBfG gerechtfertigt.

Die Parteien streiten darüber, ob ihr Arbeitsverhältnis aufgrund auflösender Bedingung geendet hat. Der Kläger war seit 1993 bei der Beklagten in verschiedenen leitenden Positionen beschäftigt. Mit Wirkung zum 1.7.2005 wurde er zum Geschäftsführer der Tochtergesellschaft der Beklagten bestellt. Sein Dienstvertrag mit der Tochtergesellschaft war bis zum 30.6.2010 befristet. Darin war vereinbart, dass sich der Dienstvertrag im Fall einer erneuten Bestellung zum Geschäftsführer entsprechend verlängert und während dieses Verlängerungszeitraums mit einer Frist von sechs Monaten zum Kalendervierteljahr gekündigt werden kann. Kläger und Beklagte stellten in einer Zusatzvereinbarung ihr Arbeitsverhältnis ab dem Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit als Geschäftsführer ruhend. Es sollte nur dann

wiederaufleben, wenn das Dienstverhältnis des Klägers vor dem 30.6.2010 beendet oder der Kläger über den Zeitraum der ersten Bestellung hinaus nicht wieder zum Geschäftsführer der Tochtergesellschaft bestellt würde. Sollte der Kläger erneut zum Geschäftsführer bestellt werden, würde das ruhende Arbeitsverhältnis nur zum Zwecke der Fortführung der betrieblichen Altersversorgung weiter aufrechterhalten. Schließlich sollte das ruhende Arbeitsverhältnis automatisch enden, wenn der Kläger während der nachfolgenden Bestellung zum Geschäftsführer bei der Tochtergesellschaft ausscheidet. Der Kläger wurde in der Folgezeit zwei Mal erneut für jeweils fünf Jahre zum Geschäftsführer bestellt. Im Juli 2016 wurde der Kläger als Geschäftsführer abberufen und die Tochtergesellschaft kündigte den Dienstvertrag mit ihm zum 31.3.2017. Die Beklagte teilte dem Kläger daraufhin mit, das mit ihr bestehende, ruhende Arbeitsverhältnis ende wegen der Beendigung des Dienstvertrags ebenfalls mit Ablauf des 31.3.2017. Mit seiner Klage wendet sich der Kläger gegen die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten – nach Ansicht des BAG zu Unrecht.

Das Arbeitsverhältnis endete aufgrund des Eintritts der auflösenden Bedingung der Zusatzvereinbarung am 31.3.2017. Sie ist durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt. Das Arbeitsverhältnis der Parteien diene nach der erneuten Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer der Tochtergesellschaft allein dem Zweck, die dem Kläger von der Beklagten zugesagte betriebliche Altersversorgung für die Dauer des Dienstverhältnisses fortzuführen. Dieser Zweck entfiel mit der Beendigung des Dienstverhältnisses. Das Arbeitsverhältnis wäre in der Zeit danach „sinnentleert“ gewesen, da die Parteien das Wiederaufleben des Arbeitsverhältnisses für den Fall der erneuten Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer ausgeschlossen haben.

20. BFH: Neue Rechtsprechung zur Zusätzlichkeitsvoraussetzung bei Gehaltsumwandlung

Sofern eine Steuerbefreiungs- oder Pauschalierungsvorschrift die sog. „Zusätzlichkeitsvoraussetzung“ beinhaltet (z.B. bei steuerfreien Fahrtkosten- und Kindergartenzuschüssen oder mit 15%/25% pauschal zu besteuernde Pkw-Fahrtkostenzuschüsse für den Weg zur Arbeit oder Barzuschüsse für die Internetnutzung), sieht die Finanzverwaltung dieses Erfordernis als erfüllt an, wenn die zweckbestimmte Leistung zu dem Arbeitslohn hinzukommt, den der Arbeitgeber arbeitsrechtlich schuldet.

Gehaltsumwandlungen sind danach schädlich mit der Folge, dass die begünstigte Steuerbefreiungs- oder Pauschalierungsvorschrift nicht zur Anwendung kommt.

Demgegenüber vertritt der Bundesfinanzhof in seiner neuen, geänderten Rechtsprechung ([BFH-Urteil vom 1.8.2019 VI R 32/18](#)) die Auffassung, dass der ohnehin geschuldete Arbeitslohn derjenige sei, den der Arbeitnehmer verwendungsfrei und ohne eine Zweckbindung (folglich „ohnehin“ laut Arbeitsvertrag) erhalte. Zusätzlicher Arbeitslohn liege dagegen vor, wenn dieser verwendungs- bzw. zweckgebunden neben dem ohnehin geschuldeten Arbeitslohn geleistet werde. Dabei komme es nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer auf den zusätzlichen Arbeitslohn einen arbeitsrechtlichen Anspruch habe. Lediglich in Anrechnungs-/Verrechnungsfällen werde nicht „zusätzlich zum“, sondern „ersatzweise an Stelle von“ regelbesteuertem Arbeitslohn geleistet. Dem Arbeitgeber sei es damit verwehrt, einseitig (ohne Vertragsänderung) eine im Hinblick auf die lohnsteuerlichen Begünstigungstatbestände optimierte Steuerberechnung durchzuführen. Darüber hinaus steht es den Vertragsparteien aber frei, ihre arbeitsrechtlichen Beziehungen im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben nach ihren Wünschen und Bedürfnissen zu gestalten.

Für das Zusätzlichkeitserfordernis stellt der Bundesfinanzhof auf den Zeitpunkt der Lohnzahlung ab. Erfolge vor diesem Zeitpunkt eine arbeits- und zivilrechtlich zulässige Reduzierung des vereinbarten Lohnes, würden die durch eine Steuerbefreiungs- oder Pauschalierungsvorschrift begünstigten Zuschüsse zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn gezahlt. Dabei spiele es keine Rolle, wenn der Lohnverzicht für andere Ansprüche nicht gelte (z.B. für künftige Lohnerhöhungen, Urlaubs- oder Weihnachtsgeld), sondern mithilfe eines Schattengehalts auf der Grundlage des bisherigen Bruttoarbeitslohns berechnet würden. Das Zusätzlichkeitskriterium sei in diesen Fällen aber dann nicht erfüllt, wenn eine Umwandlung in steuerbegünstigte Zuschüsse nur auf dem Papier erfolge, weil zwischen den Parteien Einigkeit dahingehend bestehe, dass der vereinbarte Lohn auch dann in voller Höhe (weiter) gezahlt werde, wenn die Voraussetzungen für die Zuschüsse wegfallen (sog. Rückfallklausel). Mit dieser Begründung hat die neue Rechtsprechung auf tarifgebundene Arbeitnehmer keine Auswirkung, da in jedem Fall der tarifliche Lohn nach Wegfall des Zuschusses wieder auflebt.

21. LAG: Berufserfahrungszeiten bei früheren Arbeitgebern bei Gruppenleitern einer WFB

Das [LAG Niedersachsen, Urteil vom 23.09.2019 - 8 Sa 413/19 E](#) hat entschieden, dass Zeiten der Tätigkeit bei anderen Arbeitgebern gemäß § 5 Abs. 4 TV DN für die Berechnung der Stufenlaufzeit von Arbeitnehmern in der Tätigkeit eines Gruppenleiters in Werkstätten mit behinderten Menschen auch dann anzurechnen sind, wenn für die Ausübung der Tätigkeit keine sonderpädagogische Zusatzausbildung notwendig war, sondern eine abgeschlossene Ausbildung als Facharbeiter, Geselle oder Meister mit einer mindestens dreijährigen Berufserfahrung genügt.

Wegen grundsätzlicher Bedeutung einer Rechtsfrage ist die Revision zugelassen und dem Vernehmen nach auch eingelegt worden.

22. LAG: Vergütung von häuslichen Umkleidezeiten

Das [LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.08.2019- 15 Sa 575/19](#) hat entschieden, dass das Umziehen im Betrieb, soweit eine auffällige Bekleidung anzulegen ist, nach der Rechtsprechung des BAG auf jeden Fall fremdnützig ist, da es sich um eine Tätigkeit handelt, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient. Die ausschließliche Fremdnützigkeit entfällt nach Ansicht des LAG jedenfalls dann nicht, wenn sich der Arbeitnehmer zu Hause umzieht und ihm eine zumutbare betriebliche Umkleidemöglichkeit durch den Arbeitgeber nicht zur Verfügung gestellt wird. Der Arbeitsweg wird aber selbst dann nicht ausschließlich fremdnützig zurückgelegt, wenn wegen unzumutbarer Umkleidemöglichkeiten vor Ort die Uniform schon zu Hause angelegt werden muss. Der Arbeitsweg bleibt insofern mindestens auch eigennützig.

23. LAG: Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags

Das [LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 24.7.2019 – 4 Sa 22/19](#) entschied, dass bei der Beurteilung, ob eine Vertragsänderung bereits vor der Vereinbarung zur Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags bestand, auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Änderungsvertrags abzustellen ist und nicht auf dessen Wirkungszeitpunkt. Werden die Vereinbarung zur Verlängerung der sachgrundlosen

Befristung und der Vertrag zur Änderung der Vertragsbedingungen zeitgleich, jedoch in getrennten Vereinbarungen abgeschlossen, liegt kein befristungsschädlicher Neuabschluss eines Arbeitsvertrags vor, wenn die Vereinbarungen dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber bereits vorunterschrieben vorgelegt wurden und der Arbeitnehmer die freie Wahl hat, den einen Vertrag zu unterschreiben und den anderen nicht zu unterschreiben. Lediglich wenn der Arbeitgeber die Vertragswerke so miteinander verkoppelt, dass damit zum Ausdruck kommt, dass der eine Vertrag nur gemeinsam mit dem anderen Vertrag zustande kommen könne, liegt eine unzulässige Beeinflussung der Entschlussfreiheit des Arbeitnehmers bezogen auf die Verlängerungsvereinbarung vor.

24. LAG: Keine Teilzeit zur sicheren Inanspruchnahme des Sommerurlaubs

Das [LAG Nürnberg, Urteil vom 27.8.2019 – 6 Sa 110/19](#) entschied, dass ein Antrag auf Reduzierung der Arbeitszeit um 1/12 mit dem Ziel der dauerhaften Freistellung im Ferienmonat August rechtsmissbräuchlich sein kann, wenn dieser Monat regelmäßig zu den arbeitsintensivsten Monaten zählt und Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer dadurch von vorneherein deutlich eingeschränkt würden. Die Parteien streiten über die Verpflichtung der Bekl., der Verringerung der jährlichen Arbeitszeit des Kl. um 1/12 bei einer jährlichen Freistellung im Kalendermonat August zuzustimmen. Nachdem die Bekl. das Teilzeitbegehren abgelehnt hat und sich auf entgegenstehende betriebliche Gründe berief, erhob der Kl. Klage. Er behauptete, die Bekl. sei in der Lage, etwaig anfallende Mehrarbeit im August mit den übrigen Mitarbeitern des Betriebs zu kompensieren. Er habe als Vater eines schulpflichtigen Kindes ein berechtigtes Interesse an der begehrten Arbeitszeitreduzierung. Die Beklagte entgegnete erstinstanzlich, dass der Monat August zu den umsatzstärksten Monaten in der Niederlassung gehöre und in den letzten Jahren jeweils mehr Überstunden angefallen seien als in den anderen Monaten. Auch hätten um den Betriebsablauf aufrecht zu erhalten, in den Jahren 2017 und 2018 Urlaubsanträge von Mitarbeitern für den Monat August abgelehnt oder entsprechend der Urlaub verschoben werden müssen. Es existiere eine mit dem Betriebsrat abgestimmte „Verfahrensanweisung Urlaubsantrag 2018“. Diese beinhalte ein Organisationskonzept, welche dem Teilzeitgesuch des Klägers entgegenstehe. Geregelt sei dort eine maximale Obergrenze für eine Urlaubsgewährung in den Sommerferien von 15 Urlaubstagen. Auch sei in einer Protokollnotiz zu den GesamtBVen geregelt, dass Entnahmen aus den Langzeitkonten überwiegend in der Schwachlastphase von Oktober bis zum März zu nehmen seien. Der Teilzeitwunsch des Kl. sei unvereinbar mit den Interessen der übrigen Mitarbeitern, die lediglich ihren „normalen“ Urlaubsanspruch nutzen könnten. Es müsse verhindert werden, dass ein einzelner Mitarbeiter zu Lasten einer Vielzahl anderer Mitarbeiter durch seine Arbeitszeitverteilung privilegiert werde und die geltenden Grundsätze zur Urlaubsgewährung umgehen würde. Der Teilzeitwunsch des Kl. sei auch rechtsmissbräuchlich, da er eine formale Rechtsposition ausnutze, um eine Arbeitszeitgestaltung zu erreichen, auf die er nach allgemeinen Regelungen keinen Anspruch habe. Das ArbG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Kl. hatte keinen Erfolg. ArbG und LAG sind sich in der Argumentation einig. Dem zulässigen Teilzeitbegehren stehe das Organisationskonzept und die daraus folgenden Arbeitszeitregelungen tatsächlich entgegen. Zwar beziehe sich die „Verfahrensanweisung Urlaubsantrag 2018“ nicht unmittelbar auf die Fallgestaltung eines Teilzeitbegehrens. Sie enthält aber Regelungen, welche die Sommerferien betreffe und damit regelmäßig auch den Kalendermonat August. Durch die Begrenzung der Urlaubstage in den Sommerferien habe die Beklagte Instrumente entwickelt, um den

Betriebsablauf im August zu sichern und etwaige Personalengpässe vorzubeugen, sowie die Mitarbeiter möglichst gleichmäßig an den entstehenden Belastungen zu beteiligen. Dieses Konzept würde auch in der Protokollnotiz aufgegriffen, die die Arbeitsbefreiungen in der Schwachlastphase regeln. Dieses Organisationskonzept würde durch die vom Kl. gewünschte Abweichung wesentlich beeinträchtigt. Die entgegenstehenden betrieblichen Gründe würden die Interessen des Kl. an der Durchsetzung überwiegen. Würde dem Teilzeitbegehren gefolgt, geht dies erkennbar zu Lasten der verbleibenden Mitarbeiter, die bei ihren Urlaubswünschen in den Sommermonaten noch stärker eingeschränkt werden als bisher. Im Gegensatz dazu wäre der Kl. im gesamten Monat August freigestellt. Eine derartige Umverteilung der begrenzten Freizeitkapazitäten zu Gunsten des Kl. und zu Lasten anderer Mitarbeitern sei nicht gerechtfertigt. Dem Teilzeitbegehren stünde darüber hinaus der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ BGB § 242 BGB) entgegen. Der Kl. versuche eine nach § TZBFG § 8 TzBfG formale Rechtsposition zu nutzen, um einen Freistellungsanspruch durchzusetzen, der als Urlaubsanspruch nicht stets durchsetzbar wäre.

Es ist bemerkenswert, dass das Teilzeitbegehren ohne vorhandenes schriftliches und damit nachweisbares Organisationskonzept der Bekl. durchaus durchsetzbar gewesen wäre. Im Betrieb hatte außerdem ein anderer Arbeitnehmer ein Teilzeitbegehren für den August geltend gemacht. Wären diese zwei Arbeitnehmer mit ihrem Teilzeitbegehren erfolgreich gewesen, hätten dies immense Auswirkungen für die anderen Arbeitnehmer gehabt.

25. LAG: Entgeltfortzahlungsanspruch aus übergegangenem Recht

Das [LAG Nürnberg, Urteil vom 4.7.2019 – 5 Sa 115/19](#) entschied, dass es dem Arbeitgeber obliegt nachzuweisen, dass die Arbeitsunfähigkeit nicht Anlass der Kündigung gewesen ist, um den verlängerten Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 8 EFZG zu vermeiden, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis in engem zeitlichem Zusammenhang mit der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers kündigt.

Die Parteien streiten über einen übergegangenen Entgeltfortzahlungsanspruch. Die bei der Klägerin, einer Krankenkasse, versicherte Arbeitnehmerin war bei der Beklagten seit dem 8.2.2018 beschäftigt und sollte zunächst Schulungen durchlaufen. Bereits ab dem 12.2.2018 war die Arbeitnehmerin krankheitsbedingt arbeitsunfähig. Als sie dieses der Beklagten mitteilte, verwies ihr Vorgesetzter auf die Wichtigkeit der Schulungen und deutete die Möglichkeit einer Kündigung an. Obwohl die Arbeitnehmerin bis einschließlich 14.2.2018 arbeitsunfähig krankgeschrieben war, besuchte sie am 13. und 14.2.2018 die Schulungsmaßnahme der Beklagten. Wegen derselben Erkrankung war ihr jedoch ab dem 15.2.2018 eine weitere Teilnahme an der Schulung nicht mehr möglich. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis fristgemäß zum 9.3.2018. Die Klägerin gewährte der Arbeitnehmerin ab 10.3.2018 Krankengeld und forderte von der Beklagten die übergegangenen Fortzahlungsansprüche. Sie meint, die Beklagte habe aus Anlass der Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmerin gekündigt, um sich der Lohnfortzahlung zu entziehen. Die Beklagte behauptet, nähme ein Arbeitnehmer an der Schulung nicht teil, könne er die Tätigkeit nicht ausführen. Aus welchem Grund die Arbeitnehmerin der Schulung ferngeblieben sei, sei hierbei für sie irrelevant. Auch habe die Arbeitnehmerin überfordert und desinteressiert gewirkt. Das ArbG hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Kündigung aus Anlass der Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmerin ausgesprochen worden sei. Zudem habe sich die

Arbeitnehmerin zum Kündigungszeitpunkt noch in der Probezeit befunden, so dass es eines Kündigungsgrundes nicht bedurft hätte. Die hiergegen eingelegte Berufung der Klägerin hatte Erfolg. Das LAG gab dem Anspruch auf Erstattung des an die Arbeitnehmerin gezahlten Krankengeldes in voller Höhe statt. Die Arbeitnehmerin habe einen Entgeltfortzahlungsanspruch aus § 8 Absatz I 1 EFZG. Hiernach behält der Arbeitnehmer über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus den sechswöchigen Entgeltfortzahlungsanspruch, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus Anlass der Arbeitsunfähigkeit gekündigt hat. Der Begriff „aus Anlass“ sei weit auszulegen. Danach müsse die Krankheit nicht der alleinige Grund für die Kündigung sein. Es genüge, wenn die Kündigung ihre objektive Ursache und wesentliche Bedingung in der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers habe und den entscheidenden Anstoß für den Kündigungsentschluss gegeben habe. Darlegungs- und beweispflichtig für eine solche Anlasskündigung sei die Arbeitnehmerin bzw. im Falle des Forderungsübergangs die Krankenkasse. Es liege aber regelmäßig ein Anscheinsbeweis vor, wenn die Kündigung in zeitlich engem Zusammenhang zur angezeigten Arbeitsunfähigkeit ausgesprochen worden sei. Eine Anlasskündigung sei dann zu vermuten. Dann sei es Sache der Arbeitgeberin diesen Anschein durch Beweis anderer Kündigungsgründe zu erschüttern. Dieses sei der Beklagten hier nicht gelungen. Nach eigenem Vortrag sei die Kündigung deswegen erfolgt, weil die Klägerin an der Schulung nicht hätte teilnehmen können. Da Grund für die Nichtteilnahme aber die Arbeitsunfähigkeit gewesen sei, war diese damit Anlass für den Ausspruch der Kündigung. Desinteresse und Überforderung sei hier kein Kündigungsgrund. Ein solches Verhalten sei mit der Schulungsteilnahme trotz Arbeitsunfähigkeit zu erklären. Es sei treuwidrig, wenn sich die Beklagte auf die eingeschränkte Leistungsfähigkeit der Arbeitnehmerin während ihrer Arbeitsunfähigkeit berufe.

§ 8 Absatz I 1 EFZG verhindert, dass sich ein Arbeitgeber der Entgeltfortzahlungspflicht zu Lasten der Sozialversicherung entzieht. Zudem soll der Arbeitnehmer davor bewahrt werden, noch während der Krankheit einen anderen Arbeitsplatz suchen zu müssen. Dieser Normzweck gebietet eine Beweiserleichterung zugunsten des Arbeitnehmers bzw. der Krankenkasse. Den Beweis des ersten Anscheins durch den bloßen zeitlichen Zusammenhang von Krankmeldung und Kündigung kann der Arbeitgeber dadurch entkräften, dass er Tatsachen vorträgt und ggf. beweist, aus denen sich ergibt, dass andere Gründe seinen Kündigungsentschluss bestimmt haben. Hierbei wird es entscheidend darauf ankommen, ob diese anderen Gründe ein solches Gewicht haben, dass sie den Arbeitgeber auch ohne das Vorliegen der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit zum Ausspruch einer Kündigung veranlasst hätten.

26. LAG: Darlegungslast im Rahmen von Arbeitszeitkonten

Das LAG Mecklenburg-Vorpommern hat mit [Urteil vom 05.11.2019 - 5 Sa 73/19](#) wie folgt entschieden::

1. Führt der Arbeitgeber für den einzelnen Arbeitnehmer ein Arbeitszeitkonto und weist er vorbehaltlos eine bestimmte Anzahl von Guthabenstunden aus, stellt er damit den Saldo des Kontos streitlos. Will der Arbeitgeber im Nachhinein den sich aus dem Arbeitszeitkonto zugunsten des Arbeitnehmers ergebenden Saldo erheblich bestreiten, obliegt es ihm ausgehend von einer gestuften Darlegungslast, im Einzelnen darzulegen, aufgrund welcher Umstände der ausgewiesene Saldo unzutreffend sei oder sich bis zur vereinbarten Schließung des Arbeitszeitkontos reduziert habe.
2. Diese Grundsätze gelten nicht, wenn sich der Arbeitnehmer zur Begründung seines Anspruchs auf selbst gefertigte Arbeitszeitaufstellungen beruft, die sich der Arbeitgeber nicht zu eigen gemacht hat. In

diesem Fall sind zunächst vom Arbeitnehmer die den behaupteten Saldo begründenden Tatsachen im Einzelnen darzulegen. Die Darlegungslast richtet sich nach den für einen Überstundenprozess geltenden Maßstäben. (amtl. Leitsätze)

27. LAG: Anspruch einer Mitarbeiterin auf Zahlung der zweiten Hälfte der Jahressonderzuwendung im Anwendungsbereich der AVR DW M-V

Dass LAG Mecklenburg-Vorpommern hat mit [Urteil vom 23.10.2019 - 3 Sa 69/19](#) wie folgt entschieden: Nimmt eine Mitarbeitervertretung die durch den Arbeitgeber angebotene Einsichtnahme in ein vorgelegtes Testat über ein negatives Betriebsergebnis für das betroffene Jahr nicht an, so kann sich die klagende Mitarbeiterin zur Anspruchsbegründung nicht erfolgreich darauf berufen, es fehle im Hinblick auf den Wegfall des Anspruches nach Anlage 14 Abs. 4 zu den AVR DW M-V an einer unterbliebenen Vorlage des negativen Testats an die Mitarbeitervertretung. (amtl. Leitsatz)

28. LG Hamburg: Krankenschein per WhatsApp ist auch bei Erkältung rechtswidrig

Die Ausstellung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen im Wege der Ferndiagnose (hier u.a. per WhatsApp) verstößt - auch nur bei leichteren Erkrankungen wie Erkältungen - gegen die ärztliche Sorgfalt. Auch die für die Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit wichtige Schwere der Erkrankung kann ohne unmittelbaren persönlichen Eindruck nicht zuverlässig eingeschätzt werden. Daran ändert es auch nichts, dass herkömmliche, mit persönlichem Kontakt zum Patienten ausgestellte Krankschreibungen in einer mehr oder minder großen Zahl von Fällen nicht der ärztlichen Sorgfalt entsprechen. So hat das [LG Hamburg 3.9.2019, 406 HK O 56/19](#) entschieden.

Der Kläger ist ein nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG klagebefugter Verein, dem u.a. die Ärztekammern Hamburg und Schleswig-Holstein angehören. Die Beklagte bietet bei Erkältung für 9 € eine gültige Krankschreibung von einem mit ihr zusammen arbeitenden Tele-Arzt über WhatsApp und per Post an. Sie wirbt u.a. mit "Und so geht's: Symptome schicken, Risiken ausschließen, Daten eingeben, einfach bezahlen, fertig. Sie verschwenden nicht wertvolle Genesungszeit für einen Arztbesuch und Sie stecken niemanden im Wartezimmer an."

Der Kläger machte geltend, die beworbene Ausstellung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen (AU-Schein) allein aufgrund einer Ferndiagnose sei aus den in der Klagschrift genannten Gründen unlauter. Insbesondere verstoße diese Vorgehensweise gegen § 9 HWG und bewirke und fördere Verstöße der mit der Beklagten zusammenarbeitenden Ärzte gegen § 7 Abs. 4 und § 25 der Berufsordnung für Ärzte. Die Beklagte war hingegen der Ansicht, die von ihr beworbene Erteilung von AU-Scheinen sei nicht zu beanstanden. Der für sie tätige Arzt könne schließlich im Einzelfall per Telefon oder Video-Chat Rücksprache mit dem Patienten halten und so etwaige Zweifelsfragen klären.

Das LG gab der Unterlassungsklage vollumfänglich statt. Die streitige Werbung ist nach §§ 3, 3a UWG unlauter und verpflichtet den Beklagten gem. §§ 8, 12 Abs. 1 Satz 2 UWG zur Unterlassung und Erstattung von Abmahnkosten.

Die Ausstellung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen im Wege der Ferndiagnose wie im vorliegenden Fall verstößt gegen die ärztliche Sorgfalt. Diesbezüglich bestimmt § 25 der Musterberufsordnung für Ärzte ebenso wie § 25 der Hamburger Berufsordnung für Ärzte, dass Ärzte bei der Ausstellung ärztlicher

Gutachten und Zeugnisse mit der notwendigen Sorgfalt zu verfahren und nach bestem Wissen ihre ärztliche Überzeugung auszusprechen haben. Damit ist es jedenfalls nicht zu vereinbaren, über den Einzelfall hinausgehend Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen auch nur bei leichteren Erkrankungen wie Erkältungen regelhaft ohne persönlichen Kontakt zu erteilen. Schließlich ist die Krankschreibung auch Grundlage für den Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.

Ein der ärztlichen Sorgfalt entsprechendes Attest setzt daher zuverlässige Feststellungen sowohl zu der Person des Patienten als auch zu seiner Erkrankung voraus. Beides ist ohne persönlichen Kontakt zum Patienten bei dem hier beworbenen Verfahren in keiner Weise sichergestellt. Im Normalfall wird hier der sog. AU-Schein allein nach den Angaben des Patienten zu seiner Person und zu seiner angeblichen Erkrankung ausgestellt. Eine Verifizierung dieser Angaben ist selbst dann nicht möglich, wenn der Arzt Rücksprache mit dem Patienten per Telefon oder Video-Chat hält. Dies ermöglicht weder zuverlässige Feststellungen zur Person des Gesprächspartners noch zu seinem Gesundheitszustand.

Auch die für die Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit wichtige Schwere der Erkrankung kann ohne unmittelbaren persönlichen Eindruck nicht zuverlässig eingeschätzt werden. Daran ändert es auch nichts, dass herkömmliche, mit persönlichem Kontakt zum Patienten ausgestellte Krankschreibungen in einer mehr oder minder großen Zahl von Fällen nicht der ärztlichen Sorgfalt entsprechen. Auch derartige Fälle würden gegen § 25 der Berufsordnung verstoßen und können kein Verfahren rechtfertigen, dass bereits seiner Anlage nach ärztlicher Sorgfalt widerspricht.

Die Beklagte organisiert und bewirkt mit dem hier streitigen Verfahren daher eine fortgesetzte Verletzung der ärztlichen Sorgfalt, was sowohl nach § 3a UWG i. V. m. § 25 der Berufsordnung für Ärzte als auch nach § 3 Abs. 2 UWG unlauter ist. Sie verstößt auch ihrerseits gegen die unternehmerische Sorgfalt, in dem sie die Erteilung von Krankschreibungen in einer der ärztlichen Sorgfalt widersprechenden Art und Weise organisiert und bewirbt. Dies ist zu einer wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers dergestalt geeignet, dass er eine einfacher zu erlangende Krankschreibung bei der Beklagten erwirbt, anstatt einen niedergelassenen Arzt aufzusuchen.

29. Gesetzliche Neuregelungen im Arbeits- und Sozialrecht im Jahr 2020

2020 treten zahlreiche neue Regelungen im Bereich des Arbeits- und Sozialrechts in Kraft, wie etwa die Mindestausbildungsvergütung und das Fachkräfteeinwanderungsgesetz. Über diese und weitere Neuerungen gibt das [Bundesministerium für Arbeit und Soziales \(BMAS\) einen Überblick](#).

Ich verabschiede mich mit den besten Wünschen für ein gesegnetes Weihnachtsfest und für einen guten Start im neuen Jahr 2020.

Mit freundlichen Grüßen

Robert Johns
Geschäftsführer