

DDN - Nachrichten 2/2021 vom 21.04.2021

Robert Johns
Ebhardtstraße 3 A, 30159 Hannover
Tel. : 0511 - 3604 112
e:mail: gf@ddniedersachsen.de

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Tarifeinigung 2019 zum TV DN gilt für eine Laufzeit bis zum Ablauf des Monats Juni 2021. Ver.di hat angekündigt, die Neuverhandlungen so rechtzeitig beginnen zu wollen, dass eine steuerfreie Coronaprämie tarifvertraglich vereinbart werden kann. Die Steuerfreiheit setzt u.a. die Auszahlung bis zum 30. Juni 2021 voraus. Nun sind Ver.di und Marburger Bund mit ihren Forderungen zur Tarifrunde 2021 an den DDN herangetreten. Mit ihnen sind die Gewerkschaften dann doch etwas aus der Zeit gefallen. Man gewinnt den Eindruck, als messen sie dem Tarifabschluss für den öffentlichen Dienst und diesem analogen Tarifabschlüssen und Beschlüssen von Arbeitsrechtlichen Kommissionen in der Gesundheits- und Sozialbranche der letzten Monate keine maßgebliche Bedeutung bei. Näheres dazu und zu weiteren Themen dieser Ausgabe der DDN-Nachrichten finden Sie unter folgenden Überschriften:

1. **Forderungen von Ver.di und MB zur Tarifrunde 2021 zum TV DN**
2. **KGH: Mitbestimmung bei nachträglichen Änderungen am Dienstplan**
3. **Kirchengericht: Vorläufige Geltung eines Dienstplans nur mit Antrag auf einstweilige Verfügung**
4. **BAG: Urlaubsgewährung trotz fristloser Arbeitgeberkündigung?**
5. **BAG: Vergütungsrechtliche Einordnung des ärztlichen Hintergrunddienstes**
6. **BAG: Vergütung von Umkleide-, Rüst- und Wegezeiten eines Wachpolizisten**
7. **BAG: Anwendung einer tariflichen Ausschlussfrist auf die Urlaubsabgeltung**
8. **BAG – Voraussetzungen eines Annahmeverzug begründenden Angebots bei unterlassener behinderungsgerechter Beschäftigung**
9. **LAG: Kündigung wegen Kirchenaustritt**
10. **LAG: Unwirksame außerordentliche Kündigung eines Kochs in evangelischer Kita wegen Kirchenaustritts**
11. **LAG: Keine Mitbestimmung bei Nutzungsverbot für private Mobiltelefone und mobile IT-Geräte**
12. **LAG Hessen: Bestreiten der wirksamen Beschlussfassung des Betriebsrats mit Nichtwissen**
13. **LAG: Kein „Mindesthaltbarkeitsdatum“ für ein bEM**
14. **VGH: Mitbestimmungspflichtigkeit der wiederholten Verlängerung eines Arbeitsvertrags über die Regelaltersgrenze hinaus durch Hinausschieben des Beendigungszeitpunktes**
15. **BMF-Schreiben zur steuerlichen Beurteilung von Reisekosten der Arbeitnehmer**

1. Forderungen von Ver.di und MB zur Tarifrunde 2021 zum TV DN

Zur Tarifrunde 2021 haben die Gewerkschaften Ver.di und Marburger Bund ihre Forderungen bekannt gegeben. Nicht gänzlich unerwartet ist die Basisforderung: Allgemeinen Entgelterhöhungen um 5%, mindestens 150€ bei einer Laufzeit von 12 Monaten; Auszubildende, Praktikantinnen, dual Studierende oder Schülerinnen sollen 100 Euro monatlich mehr erhalten. Überraschend ist allenfalls, dass vom DDN noch 0,2 % höhere Entgeltssteigerungen gefordert werden, als von den öffentlichen Arbeitgebern im vergangenen Jahr gefordert worden war.

Des Weiteren fordern die beiden Gewerkschaften eine steuerfreie Corona Sonderzahlung. Höhe und Begünstigtenkreis ist hierbei nicht benannt. Vermutlich soll aber der TV Corona-Sonderzahlung 2020 des öffentlichen Dienstes als Vorlage dienen. Eine solche TV Corona-Sonderzahlung 2020 müsste bis Mitte Mai unterschriftsreif vereinbart sein, um eine steuer- und sozialversicherungsfreie Auszahlung bis zum 30. Juni 2021 zu ermöglichen. Danach ist die gesetzliche Frist zur Befreiung von der Steuer- und Sozialversicherungspflicht ausgelaufen.

Das setzt die Tarifvertragsparteien unter einen erheblichen Einigungsdruck. Eine zeitnahe Einigung scheint angesichts der Vielzahl- und-falt der Gewerkschaftsforderungen unrealistisch:

- Zwei freie Tage für Gewerkschaftsmitglieder
- Überstundenzuschlag für Teilzeitbeschäftigten ab der r ersten übervertraglich geleisteten Arbeitsstunde und Zusatzurlaub bei proportional zur Kürzung der individuellen Arbeitszeit gegenüber der Vollarbeitszeit gekürzt vor
- Ausgleich für Arbeiten zu ungünstigen Zeiten: Nachtzuschlag, Schichtzulage, Ruf- bzw. Bereitschaftsdienste
- Keine Differenzierung des Bereitschaftsdienstes und der Rufbereitschaft in Abschnitt IV in A (Ärztinnen, Zahnärztinnen, Hebammen, MTAs, AN im Pflege- und Rettungsdienst) und B Regelung für andere Arbeitnehmerinnen. Zukünftig sollte es nur noch die unter A genannten Regelungen geben
- Veränderungen der Eingruppierungen für die Entgeltgruppen E 3 – E 5 durch Einführung einer 3. Erfahrungsstufe; Ausweitung der Pflegezulage auch für pflegerisch tätige Arbeitnehmerinnen der Eingliederungshilfe, Zulage für die Erzieherin in der Jugendhilfe und eine Zulage für die Sozialarbeiterin mit besonderen fachlichen Herausforderungen

Als Verhandlungstermine sind zunächst der 3. Mai und der 11. Mai 2021 vereinbart. Sollte bis dahin keine Einigung über die Zahlung einer Coronaprämie gelungen sein, würde das zur Verfügung stehende Zeitfenster für Unterschriften unter einen Tarifvertrag und Auszahlung bis 30. Juni voraussichtlich nicht ausreichen.

2. KGH: Mitbestimmung bei nachträglichen Änderungen am Dienstplan

Der Kirchengerichtshof der EKD hat zum Mitbestimmungsrecht der MAV aus § 40 Buchstabe d MVG-EKD mit Beschluss vom 7.12.2020, I-0124/9-2020 folgendes entschieden:

Das Mitbestimmungsrecht aus § 40 Buchstabe d MVG-EKD besteht uneingeschränkt

- auch wenn gesetzliche Pflegepersonaluntergrenzen oder die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der patientenwohlgerechten Versorgung kurzfristig eine Änderung verlangen,

- auch wenn die betroffenen Mitarbeitenden mit der Änderung des Dienstplans einverstanden sind,
- auch wenn ausschließlich Beschäftigte betroffen sind, die keine Mitarbeitenden im Sinne des § 2 MVG-EKD sind.

Leitsätze der Entscheidung:

- 1. Es besteht keine Ausnahme vom Mitbestimmungsrecht, wenn gesetzliche Pflegepersonaluntergrenzen oder die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der patientenwohlgerechten Versorgung kurzfristig eine Änderung des Dienstplans verlangen.**
- 2. Das Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung besteht auch dann, wenn der betroffene Mitarbeiter oder die betroffene Mitarbeiterin mit der Änderung des Dienstplans einverstanden ist.**

Die Parteien haben über die Änderung von Dienstplänen nach der erfolgten Zustimmung durch die Mitarbeitervertretung gestritten. Die Arbeitgeberin betreibt ein Krankenhaus an zwei Standorten. Die Arbeitgeberin änderte von der Mitarbeitervertretung mitbestimmte Dienstpläne u.a. in Bezug auf einen sogenannten F98-Dienst ab, ohne zur Änderung die Zustimmung der Mitarbeitervertretung einzuholen. Sie unterrichtete die Mitarbeitervertretung über diese Änderungen.

Das Kirchengeschichtliche hatte die Anträge der Mitarbeitervertretung auf Feststellung, dass die Arbeitgeberin nicht berechtigt ist, Dienstpläne nachträglich einseitig zu ändern, in erster Instanz zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss hat die Mitarbeitervertretung Beschwerde eingelegt. Der Kirchengeschichtliche hat nun entschieden, dass die Beschwerde zulässig und begründet ist.

Hinsichtlich der Zulässigkeit sei insbesondere das für den Antrag erforderliche Rechtsschutzinteresse gegeben. Es entfalle nicht dadurch, dass die Arbeitgeberin vorbringe, auch davon auszugehen, dass Änderungen des Dienstplans mitbestimmungspflichtig seien. Ihr tatsächliches Verhalten und ihr Vorbringen würden ergeben, dass sie eine derartige Mitbestimmungspflichtigkeit jedenfalls nicht durchgehend annehme. So gehe sie davon aus, dass sie in bestimmten eiligen Fällen nicht in der Lage sei, die Mitarbeitervertretung rechtzeitig zu beteiligen, und deshalb zur Einhaltung gesetzlicher Vorgaben und zur patientenwohlgerechten Versorgung kurzfristig eine Ersatzkraft einplanen müsse. Die Mitarbeitervertretung habe einen Anspruch darauf, dass die Arbeitgeberin den Dienstplan nicht ohne Zustimmung der Mitarbeitervertretung ändere. Der Anspruch folge aus § 40 d) MVG-EKD, nach dem Beginn und Ende der Arbeitszeit, also auch Änderungen der festgelegten Arbeitszeit, der Mitbestimmung der Mitarbeitervertretung unterliegen. Dieses ergebe sich unmittelbar aus § 38 Absatz 1 Satz 1 MVG-EKD. Arbeitszeitfestlegungen ohne Zustimmung der Mitarbeitervertretung seien verboten, weil das Gesetz anordne, dass sie erst vollzogen werden dürfen, wenn die Zustimmung vorliege, sie kirchengeschichtlich ersetzt worden sei oder die Einigungsstelle entschieden habe. Für Änderungen der Arbeitszeit gelte nichts anderes als für deren erstmalige Festsetzung, weil auch sie Festlegungen von Beginn und Ende der Arbeitszeit seien. Aus dem Verbot, Maßnahmen, ohne Zustimmung der Mitarbeitervertretung zu vollziehen, folge der Anspruch auf Unterlassung mitbestimmungswidrigen Verhaltens.

Die Annahme der Arbeitgeberin, sie sei zu Änderungen der Dienstpläne berechtigt, wenn die Zustimmung der Mitarbeitervertretung wegen der Kürze der Zeit nicht mehr eingeholt werden könne, sei unzutreffend. Das Mitbestimmungsrecht bestehe auch in derartigen Eilfällen.

Ausgenommen seien nur die Fälle des § 38 Absatz 5 MVG-EKD. Selbst in den Fällen des § 38 Absatz 5

MVG-EKD bestehe aber die Pflicht zur Beachtung des Mitbestimmungsrechts insoweit fort, als die Arbeitgeberin beim Kirchengenicht die Duldung der Durchführung des Dienstplans beantragen müsse. Diese Pflicht zur Beachtung des Mitbestimmungsrechts bestehe demgemäß auch dann, wenn gesetzliche Pflegepersonaluntergrenzen oder die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der patientenwohlgerechten Versorgung eine Änderung des Dienstplans verlangen. Das abweichende Verhalten der Arbeitgeberin, das sie nach ihrem ausdrücklichen Vorbringen rechtsirrig für rechtmäßig hält, begründet die Gefahr der Verletzung des Mitbestimmungsrechts.

Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin bestehe keine Ausnahme vom Mitbestimmungsrecht, wenn gesetzliche Pflegepersonaluntergrenzen oder die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der patientenwohlgerechten Versorgung kurzfristig eine Änderung des Dienstplans verlangten.

Ferner bestehe das Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung auch dann, wenn der betroffene Mitarbeiter oder die betroffene Mitarbeiterin mit der Änderung des Dienstplans einverstanden sei. Entgegen der Auffassung des Kirchengenichts sei die Mitarbeitervertretung nicht nur dann zuständig, wenn Rechte von Mitarbeitenden verletzt werden könnten. Das Mitbestimmungsrecht habe unter anderem die Zwecke, dass angemessene Arbeitszeiten festgelegt werden, dass die Beschäftigten gleichbehandelt werden, dass die sozialen Belange der Beschäftigten angemessen berücksichtigt werden und dass die Belange des Gesundheitsschutzes bei den Arbeitszeiten berücksichtigt werden. Keiner dieser Zwecke komme in Fortfall, wenn ein Beschäftigter oder eine Beschäftigte mit einer Dienstplanänderung einverstanden sei.

Das Mitbestimmungsrecht entfalle auch nicht, wenn die Änderung des Dienstplans eine Beschäftigte betreffe, die keine Mitarbeiterin im Sinne des § 2 MVG-EKD sei. Ein Dienstplan sei ein Gesamtsystem von Arbeitszeitfestlegungen, die untereinander abgestimmt und miteinander verzahnt seien. Wenn die Arbeitszeiten einer Person in den Dienstplan eingepflegt seien, die nicht Mitarbeiterin im Sinne des § 2 MVG-EKD sei, bedeute dieses nicht zugleich, dass die Änderung des Dienstplans betreffend diese Person mitbestimmungsfrei sei. Vielmehr bedürfe es auch dann der Beteiligung der Mitarbeitervertretung zur Mitbeurteilung der dadurch entstehenden Änderung des im Dienstplan enthaltenen Gesamtsystems.

3. Kirchengenicht: Vorläufige Geltung eines Dienstplans nur mit Antrag auf einstweilige Verfügung

In die gleiche Richtung zeigt eine Entscheidung des Kirchengenichts für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen, Kammer DW, Beschluss vom 03.12.2020, 2 VR MVG 39/20 e.R.:

- 1. Wird zwischen Dienststellenleitung und Mitarbeitervertretung keine Einigung über einen Dienstplan vor Beginn der Dienstplanperiode erzielt, kann die Dienststellenleitung die vorläufige Geltung eines Dienstplans nach § 38 Abs. 5 MVG.EKD nur anordnen, wenn sie gleichzeitig beim Kirchengenicht eine einstweilige Verfügung des Inhalts beantragt, dass der Mitarbeitervertretung die vorläufige Duldung des Dienstplans auferlegt wird.**
- 2. Unterlässt die Arbeitgeberin dies, kann sie auch nicht mehr argumentieren, dass ohne vorläufige Inkraftsetzung des Dienstplanes die Patientenversorgung gefährdet sei.**

Die Parteien haben über die Anordnung und Aufrechterhaltung der in einem Dienstplan enthaltenen Regelungen gestritten. Die Arbeitgeberin betreibt ein Krankenhaus. Zwischen den Beteiligten besteht die

Absprache, dass die Dienstpläne einen Monat vor Inkrafttreten im elektronischen Dienstplanprogramm hinterlegt und von der Mitarbeitervertretung stichprobenweise und aufgrund besonderer Veranlassung überprüft werden. Erhebt die Mitarbeitervertretung nicht innerhalb der Frist des § 38 Abs. 3 MVG.EKD Einwände, gelten die Dienstpläne als genehmigt. Bei der Prüfung des ab dem 31.08.2020 geltenden Dienstplans stellte die Mitarbeitervertretung Mängel fest, die sie der Dienstgeberin im Einzelnen schriftlich mitteilte. Für den ab dem 23.11.2020 für die folgenden vier Wochen geltenden Dienstplan teilte die Mitarbeitervertretung der Dienststellenleitung am 05.11.2020 mit, sie habe festgestellt, dass die Probleme und die Verstöße gegen die Dienstvereinbarung nicht abgestellt worden seien. Ferner wies sie darauf hin, dass der Dienstplanung nicht zugestimmt werde.

Die Arbeitgeberin macht geltend, sie habe keine andere Möglichkeit gehabt, als den Dienstplan vorläufig in Kraft zu setzen; anderenfalls wäre die Patientenversorgung gefährdet. Die betroffenen Mitarbeiter hätten keine Einwände gegen den Dienstplan erhoben.

Das Kirchengesicht hat der Mitarbeitervertretung Recht gegeben. Sowohl ein Verfügungsanspruch als auch ein Verfügungsgrund stünden der Mitarbeitervertretung vorliegend zur Seite.

Gemäß § 40 Buchst. d) MVG.EKD habe die Mitarbeitervertretung ein Mitbestimmungsrecht bei Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und den Pausen. Nach § 38 Abs. 5 MVG.EKD könne die Dienststellenleitung bei Maßnahmen, die keinen Aufschub dulden, bis zur endgültigen Entscheidung vorläufige Regelungen treffen. Diese dürften die Durchführung einer anderen endgültigen Entscheidung nicht hindern. Die Dienststellenleitung habe der Mitarbeitervertretung eine beabsichtigte vorläufige Maßnahme mitzuteilen, zu begründen und unverzüglich das Verfahren der Absätze 1 und 2 einzuleiten oder fortzusetzen. Seien Verletzungen des Mitbestimmungsrechts zu befürchten, könne die Mitarbeitervertretung vor dem Kirchengesicht die Dienststellenleitung auf Unterlassung in Anspruch nehmen. Aus dem Verbot, Maßnahmen ohne Zustimmung der Mitarbeitervertretung zu vollziehen, folge der Anspruch auf Unterlassung des mitbestimmungswidrigen Verhaltens. Werde zwischen Dienststellenleitung und Mitarbeitervertretung keine Einigung über einen Dienstplan vor Beginn der Dienstplanperiode erzielt, könne die Dienststellenleitung die vorläufige Geltung eines Dienstplans nach § 38 Abs. 5 MVG.EKD nur anordnen, wenn sie gleichzeitig beim Kirchengesicht eine einstweilige Verfügung des Inhalts beantrage, dass der Mitarbeitervertretung die vorläufige Duldung des Dienstplans auferlegt.

Vorliegend habe die Arbeitgeberin den Dienstplan in Kraft gesetzt, ohne dass sie das Mitbestimmungsverfahren fortgeführt hätte: Sie habe nicht die Einigungsstelle angerufen und auch nicht die Mitarbeitervertretung vor dem Kirchengesicht auf vorläufige Duldung der Inkraftsetzung des Dienstplans in Anspruch genommen. Dieses vom Gesetz geforderte Vorgehen könne nicht durch die Hoffnung auf eine Verständigung mit der Gegenseite ersetzt werden.

Dass die Arbeitgeberin meint, die Patientenversorgung sei ohne den Dienstplan gefährdet, führe zu keinem anderen Ergebnis. Die Arbeitgeberin habe es in der Hand gehabt, durch gesetzeskonformes Verhalten zu verhindern, dass ihr die Durchführung des Dienstplans untersagt werde.

Entgegen der Auffassung der Dienstgeberin stehe der Mitarbeitervertretung auch ein Verfügungsgrund zur Seite. Ihr drohe ein Rechtsverlust dadurch, dass der Dienstplan durch Zeitablauf gegenstandslos werde. Ohne die Möglichkeit, eine einstweilige Verfügung vor dem Kirchengesicht zu beantragen, könnte die Dienstgeberin darauf setzen, das Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung auch in Zukunft unbeachtet lassen zu können, ohne dass sich daraus Folgen ergeben würden, weil es in aller Regel nicht

möglich sei, innerhalb eines vierwöchigen Dienstplanzeitraums das Hauptsacheverfahren vor dem Kirchengericht - ggf. in zwei Instanzen - durchzuführen. Die Mitarbeitervertretung sei daher auf das Eilverfahren angewiesen. Der von der Arbeitgeberseite angeführte Umstand, dass mangels Mitbestimmung der Dienstplan individualrechtlich unverbindlich sei, führe zu keinem anderen Ergebnis. Zum einen könne die Mitarbeitervertretung verlangen, dass ihre eigenen Mitbestimmungsrechte beachtet werden, welche nicht davon abhängig sind, ob die betroffenen Mitarbeiter in den Dienstplan einwilligen würden oder nicht. Zum anderen sei nicht damit zu rechnen, dass sich einzelne Mitarbeiter gegen die arbeitgeberseitig angeordneten Dienstpläne wenden und dadurch unter Umständen arbeitsrechtliche Sanktionen riskieren.

4. BAG: Urlaubsgewährung trotz fristloser Arbeitgeberkündigung?

Wird das Arbeitsverhältnis durch rechtswirksame fristlose Kündigung beendet, ist der bis dahin noch nicht genommene Urlaub abzugelten (§ 7 Abs. 4 BUrlG). Bei einer fristgemäßen Kündigung zum Ablauf der Kündigungsfrist wird der Arbeitnehmer häufig freigestellt und die Freistellung zur Erledigung offener Urlaubsansprüche genutzt. Strebt der Arbeitgeber eine sofortige Beendigung der Zusammenarbeit an, wird die Kündigung üblicherweise fristlos und für den Fall der Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung zugleich hilfsweise fristgemäß ausgesprochen.

Aus Arbeitgebersicht problematisch ist bei einer derartigen fristlosen, hilfsweise fristgemäßen Kündigung, dass Klarheit über die Rechtswirksamkeit der fristlosen Kündigung regelmäßig erst im nachfolgenden Kündigungsschutzprozess hergestellt wird. Damit stellt sich die Frage, ob sich der Arbeitgeber bereits bei Ausspruch der Kündigung festlegen und – die Rechtswirksamkeit der fristlosen Kündigung unterstellend – den Urlaub abgelden muss oder ob er – vom Standpunkt der fristlosen Kündigung aus widersprüchlich – die Kündigungsfrist nutzen kann, um den Resturlaub zu gewähren.

Für derartige Fälle hält die Rechtsprechung das Instrument der vorsorglichen Urlaubsgewährung bereit: Wie das [BAG in seiner Entscheidung vom 25. August 2020 \(9 AZR 612/19\)](#) bestätigt hat, kann der Arbeitgeber im Zusammenhang mit dem Ausspruch einer fristlosen Kündigung dem Arbeitnehmer Urlaub vorsorglich für den Fall gewähren, dass die fristlose Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht auflöst. Ist der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ungewiss, weil der Arbeitnehmer gegen die fristlose Kündigung Kündigungsschutzklage erhoben hat, steht dies der Erfüllung des Urlaubsanspruchs nicht entgegen. Maßgeblich ist nicht, ob der Arbeitnehmer das Bestehen seiner Arbeitspflicht kennt, sondern dass er die Gelegenheit hat, während eines bestimmten Zeitraums nicht zur Arbeit herangezogen zu werden, und sich deshalb nicht zur Erbringung seiner Arbeitsleistung bereithalten muss.

Aus Arbeitgebersicht zu begrüßen ist in diesem Zusammenhang die Klarstellung durch das BAG, dass den Urlaub störende Ereignisse grundsätzlich in die Risikosphäre des Arbeitnehmers fallen: Die Einschränkungen, die sich durch sozialversicherungsrechtliche Handlungsobliegenheiten des Arbeitnehmers im Zusammenhang mit dem Bezug von Arbeitslosengeld für die selbstbestimmte Nutzung der Freizeit während des Urlaubs ergeben, stehen einer vorsorglichen Urlaubsgewährung nicht entgegen. Somit kann der Arbeitnehmer nicht einwenden, dass eine Urlaubsgewährung wegen seiner Obliegenheit zur persönlichen Arbeitssuchend- und Arbeitslosmeldung (§ 38 Abs. 1 Satz 1 SGB III, § 141 Abs. 1 Satz 1 SGB III) und zur werktäglichen postalischen Erreichbarkeit für die Arbeitsagentur (§ 1 Abs. 1 Satz 2 EAO) nicht in Betracht komme.

Die vorsorgliche Urlaubsgewährung unterliegt allerdings strengen Anforderungen: Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer bei Ausspruch der fristlosen Kündigung zur Erfüllung des Anspruchs auf Erholungsurlaub unmissverständlich und endgültig von der Arbeitspflicht befreien und das Urlaubsentgelt entweder vor Antritt des Urlaubs zahlen oder dessen Zahlung vorbehaltlos zusagen. Es ist daher Sorgfalt auf die Formulierung der vorsorglichen Urlaubsgewährung zu verwenden. Dabei kann man sich an der Formulierung orientieren, die der Arbeitgeber im vom BAG entschiedenen Fall verwendet und der das BAG seinen Segen erteilt hat.

5. BAG: Vergütungsrechtliche Einordnung des ärztlichen Hintergrunddienstes

Ob ärztlicher Hintergrunddienst nach § 9 des Tarifvertrags für Ärztinnen und Ärzte an Universitätskliniken (TV-Ärzte/TdL) zu vergütende Rufbereitschaft oder Bereitschaftsdienst ist, hängt davon ab, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer durch eine Vorgabe insbesondere hinsichtlich der Zeit zwischen Abruf und Aufnahme der Arbeit zwingt, sich an einem bestimmten Ort aufzuhalten und damit eine faktische Aufenthaltsbeschränkung vorgibt. Das gilt nach einem Urteil des Bundesarbeitsgerichts auch, wenn der ärztliche Hintergrunddienst mit einer Telefonbereitschaft verbunden ist ([PM zu Urteil vom 25. März 2021 - 6 AZR 264/20](#)).

Der als Oberarzt beschäftigte Kläger leistet im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses, auf das der TV-Ärzte/TdL Anwendung findet, außerhalb seiner regelmäßigen Arbeitszeit sogenannte Hintergrunddienste. Während dieser Zeit ist er verpflichtet, telefonisch erreichbar zu sein. Weitere ausdrückliche Vorgaben hinsichtlich des Aufenthaltsortes oder der Zeitspanne, innerhalb derer er die Arbeit im Klinikum aufzunehmen hat, macht die Beklagte nicht. Im Rahmen des Hintergrunddienstes kann es sowohl zu Einsätzen des Klägers im Klinikum der Beklagten als auch zu rein telefonischen Inanspruchnahmen kommen, wobei letztere überwiegen. Dabei hat der Kläger auch mögliche Organtransplantationsangebote der Stiftung Eurotransplant zu bearbeiten. Hierzu hat er nach dem telefonischen Angebot aufgrund einer Vorgabe der Stiftung Eurotransplant innerhalb von 30 Minuten die mitgeteilten Daten bezüglich Spender, Organ, Patient und Dialysearzt zu prüfen, den in Frage kommenden Patienten sowie den zuständigen Dialysearzt telefonisch zu kontaktieren sowie gegenüber Eurotransplant zu erklären, ob das Organspendeangebot angenommen wird. Die dafür erforderlichen Informationen entnimmt der Kläger einem mitzuführenden Aktenordner.

Die Beklagte vergütet die Hintergrunddienste gemäß § 9 Abs. 1 TV-Ärzte/TdL als Rufbereitschaft im Sinne des § 7 Abs. 6 Satz 1 TV-Ärzte/TdL. Der Kläger meint, die Hintergrunddienste seien aufgrund der mit ihnen verbundenen Beschränkungen sowie der Anzahl und des zeitlichen Umfangs der tatsächlichen Inanspruchnahmen Bereitschaftsdienst und als solcher zu vergüten. Das Landesarbeitsgericht hat dem Kläger für den Zeitraum August 2017 bis Juni 2018 eine Vergütungsdifferenz von knapp 40.000 Euro brutto zugesprochen.

Die Revision der Beklagten hatte vor dem BAG Erfolg. Bei dem vom Kläger geleisteten Hintergrunddienst handele es sich um Rufbereitschaft. Ob ein vom Arbeitgeber im Anwendungsbereich des TV-Ärzte/TdL angeordneter (Hintergrund-)Dienst im vergütungsrechtlichen Sinn Bereitschaftsdienst oder Rufbereitschaft ist, richtet sich laut BAG ausschließlich nach nationalem Recht und nicht nach der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG. Rufbereitschaft und Bereitschaftsdienst unterschieden sich nach den tariflichen Definitionen in § 7 Abs. 4 Satz 1 TV-Ärzte/TdL beziehungsweise Abs. 6 Satz 1 TV-Ärzte/TdL

dadurch, dass der Arbeitnehmer sich nach den Vorgaben des Arbeitgebers nicht an einem bestimmten Ort aufhalten muss, sondern seinen Aufenthaltsort frei wählen kann.

Maßgeblich sei also der Umfang der vom Arbeitgeber angeordneten Aufenthaltsbeschränkung. Dabei sei der Arbeitnehmer allerdings auch bei der Rufbereitschaft in der Wahl seines Aufenthaltsortes nicht völlig frei. Er dürfe sich entsprechend dem Zweck der Rufbereitschaft nur so weit von dem Arbeitsort entfernt aufhalten, dass er die Arbeit dort alsbald aufnehmen kann. Das sei bei dem von der Beklagten angeordneten Hintergrunddienst noch der Fall. Mit der Verpflichtung, einen dienstlichen Telefonanruf anzunehmen und damit die Arbeit unverzüglich aufzunehmen, sei keine räumliche Aufenthaltsbeschränkung verbunden. Zeitvorgaben für die Aufnahme der Arbeit im Übrigen bestünden nicht. Dass unter Umständen nach einem Anruf zeitnah die Arbeit in der Klinik fortgesetzt werden muss, stehe im Einklang mit dem Wesen der Rufbereitschaft.

Allerdings untersage § 7 Abs. 6 Satz 2 TV-Ärzte/TdL dem Arbeitgeber die Anordnung von Rufbereitschaft, wenn erfahrungsgemäß nicht lediglich in Ausnahmefällen Arbeit anfällt. Das treffe vorliegend zu. Der Kläger werde in etwa der Hälfte der Hintergrunddienste zur Arbeit herangezogen und leiste zu 4% aller Rufbereitschaftsstunden tatsächliche Arbeit. Dabei komme es entgegen der Ansicht der Beklagten nicht nur auf die Arbeitseinsätze an, die in der Klinik fortzusetzen sind, was in mehr als einem Viertel der Rufbereitschaften vorkommt.

In der Gesamtschau dieser Umstände hätte sie die vom Kläger geleisteten Hintergrunddienste daher nicht anordnen dürfen. Gleichwohl führe dies nicht zu der vom Kläger begehrten höheren Vergütung. Ein bestimmter Arbeitsleistungsanteil sei nach dem Tarifvertrag weder dem Bereitschaftsdienst noch der Rufbereitschaft begriffsimmanent. Die Tarifvertragsparteien hätten damit bewusst für den Fall einer tarifwidrigen Anordnung von Rufbereitschaft keinen höheren Vergütungsanspruch vorgesehen. Diesen Willen habe das BAG respektiert.

6. BAG: Vergütung von Umkleide-, Rüst- und Wegezeiten eines Wachpolizisten

Das An- und Ablegen einer auf Weisung des Arbeitgebers während der Tätigkeit als Wachpolizist zu tragenden Uniform und persönlichen Schutzausrüstung nebst Dienstwaffe ist keine zu vergütende Arbeitszeit, wenn der Arbeitnehmer die dienstlich zur Verfügung gestellten Umkleide- und Aufbewahrungsmöglichkeiten nicht nutzt, sondern sich im privaten Bereich umkleidet und rüstet. BAG, Urteil vom 31.03.2021 - 5 AZR 292([Pressemeldung](#)).

Die beiden Kläger, die beim beklagten Land als angestellte Wachpolizisten im Zentralen Objektschutz tätig sind, fordern die Feststellung der Vergütungspflicht von Umkleide-, Rüst- und damit in Zusammenhang stehenden Wegezeiten. Auf Weisung des beklagten Landes müssen die Wachpolizisten ihren Dienst in angelegter Uniform mit dem Aufdruck POLIZEI sowie mit den persönlichen Ausrüstungsgegenständen und streifenfertiger Dienstwaffe antreten. Es ist ihnen freigestellt, ob sie den Weg zur und von der Arbeit in Uniform zurücklegen und ob sie das in einer Dienststelle zur Verfügung gestellte Waffenschließfach nutzen. Sie haben die Möglichkeit, die Zurverfügungstellung eines Spinds zu beantragen. Einer der Kläger bewahrt die Dienstwaffe bei sich zu Hause auf und nimmt dort auch das Umkleiden und Rüsten vor. Der andere Kläger nutzt das dienstliche Waffenschließfach, was beim Zurücklegen des Wegs von seiner Wohnung zum Einsatzort und zurück einen Umweg bedingt.

Das LAG hatte den Klagen zum Teil stattgegeben und Vergütung für die Umkleidezeiten zugesprochen. Die auf vollständige Vergütung der Wegezeiten gerichteten Klagen wurden dagegen im Wesentlichen abgewiesen. Nur soweit der eine Kläger einen Umweg zurückzulegen hatte, stellte das LAG die Vergütungspflicht fest.

Die zugelassenen Revisionen der Kläger hatten vor dem 5. Senat des BAG keinen, die Revisionen des beklagten Landes überwiegend Erfolg. Das Umkleiden und Rüsten mit einer besonders auffälligen Dienstkleidung, persönlichen Schutzausrüstung und Dienstwaffe keine zu vergütende Arbeitszeit, wenn der Arbeitnehmer eine dienstlich zur Verfügung gestellte Umkleide- und Aufbewahrungsmöglichkeit nicht nutze, sondern für die Verrichtung dieser Tätigkeiten seinen privaten Wohnbereich wähle. Ebenfalls nicht vergütungspflichtig sei die für das Zurücklegen des Wegs zur Arbeit von der Wohnung zum Einsatzort und zurück aufgewandte Zeit, denn der Arbeitsweg zähle zur privaten Lebensführung. Dagegen sei die für einen Umweg zum Aufsuchen des dienstlichen Waffenschließfachs erforderliche Zeit zu vergüten, weil es sich um eine fremdnützige Zusammenhangstätigkeit handle. Der vom LAG insoweit geschätzte zeitliche Aufwand hierfür sei revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Der Entscheidung knüpft nach § 611 I BGB, ab 1.4.2017 nach § 611a II BGB die gesetzliche Vergütungspflicht des Arbeitgebers an die Leistung der versprochenen Dienste an. Zu den „versprochenen Diensten“ zählt nicht nur die eigentliche Tätigkeit, sondern jede vom Arbeitgeber verlangte sonstige Tätigkeit oder Maßnahme, die mit der eigentlichen Tätigkeit unmittelbar zusammenhängt. Der Arbeitgeber verspricht die Vergütung für alle Dienste, die er aufgrund seines Weisungsrechts abverlangt. „Arbeit“ als Leistung der versprochenen Dienste ist jede Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient. Für Umkleidezeiten bedeutet dies, dass das An- und Ablegen einer Dienstkleidung als Arbeitszeit zu werten ist, wenn der Arbeitgeber das Tragen einer bestimmten Kleidung vorschreibt und das Umkleiden im Betrieb erfolgen muss. Das Ankleiden mit vorgeschriebener Dienstkleidung ist aber nicht lediglich fremdnützig und damit nicht Arbeitszeit, wenn sie zu Hause angelegt und – ohne besonders auffällig zu sein – auch auf dem Weg zur Arbeitsstätte getragen werden kann. Das alles kann aber nicht gelten, wenn der Arbeitnehmer eine dienstlich zur Verfügung gestellte Umkleide- und Aufbewahrungsmöglichkeit nicht nutzt, sondern dazu seinen privaten Wohnbereich wählt. Dann ist auch die für das Zurücklegen des Wegs zur Arbeit von der Wohnung zum Einsatzort und zurück aufgewandte Zeit nicht vergütungspflichtig, denn der Arbeitsweg zählt zur privaten Lebensführung. Konsequenterweise ist es aber, den Arbeitgeber zu verpflichten, dem Arbeitnehmer die für einen Umweg zum Aufsuchen des dienstlichen Waffenschließfachs erforderliche Zeit zu vergüten. Dabei handelt es sich dann um eine fremdnützige Zusammenhangstätigkeit.

7. BAG: Anwendung einer tariflichen Ausschlussfrist auf die Urlaubsabgeltung

Der Wirksamkeit einer tariflichen Ausschlussfrist, die eine schriftliche Geltendmachung des Anspruchs auf Urlaubsabgeltung innerhalb von drei Monaten nach Fälligkeit verlangt, steht weder § 13 I 1 BUrlG noch Unionsrecht entgegen. Die für den Lauf einer Ausschlussfrist maßgebliche Fälligkeit des Urlaubsabgeltungsanspruchs tritt im Falle einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine arbeitgeberseitige Kündigung regelmäßig mit Ablauf der Kündigungsfrist ein.

Die Parteien streiten über Urlaubsabgeltung aus dem Jahr 2017. Der Kläger war bei der Beklagten bis 31.12.2017 beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis fand der MTV der Metallindustrie Bayern Anwendung.

In § 22 regelt dieser eine Ausschlussfrist für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis von drei Monaten nach ihrer Fälligkeit. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis des Klägers, der vom 15.09.2017 bis 31.12.2017 arbeitsunfähig erkrankt war, zum 31.12.2017. Am 28.02.2018 schlossen die Parteien einen gerichtlichen Vergleich, wonach das Arbeitsverhältnis aufgrund der Kündigung mit Ablauf des 31.12.2017 geendet hatte. Mit Ablauf der Widerrufsfrist am 7.3.2018 wurde der Vergleich bestandskräftig. Mit Schreiben vom 10.4.2018 verlangte der Kläger von der Beklagten erfolglos die Abgeltung von 19 Urlaubstagen aus dem Jahr 2017. Das ArbG und das LAG wiesen die Klage auf Urlaubsabgeltung ab. Die Revision des Klägers hatte keinen Erfolg. Nach Auffassung des BAG ([Urteil vom 27.10.2020 - 9 AZR 531/19](#)) ist der geltend gemachte Urlaubsabgeltungsanspruch aufgrund der tarifvertraglichen Ausschlussfrist erloschen. Die in § 22 MTV geregelte Ausschlussfrist finde auf sämtliche gesetzlichen, tariflichen und vertraglichen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis Anwendung. Höherrangiges Recht stehe dem Erlöschen nicht entgegen. Der Umstand, dass die tarifliche Ausschlussfrist Ansprüche auf Mindestlohn entgegen § 3 1 MiLoG nicht vom Anwendungsbereich ausnehme, führe nur zur Teilunwirksamkeit. Hinsichtlich der übrigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis bleibe die Verfallklausel wirksam. Anders als bei arbeitsvertraglichen Ausschlussfristen finde bei tariflichen Ausschlussfristen keine Transparenzkontrolle nach § 307 I 2 BGB statt (§ 310 IV 1 BGB).

Auch Unionsrecht stehe der Wirksamkeit der tariflichen Ausschlussfrist nicht entgegen. Der Anspruch auf Urlaubsabgeltung sei ein reiner Geldanspruch. Weder RL 2003/88/EG noch Art. 31 II GRC enthielten Vorgaben für die Möglichkeit, den Anspruch auf Urlaubsabgeltung nach nationalem Recht einer zeitlich befristeten Geltendmachung zu unterwerfen. Die tarifliche Ausschlussfrist verstoße insbesondere nicht gegen den Grundsatz der Effektivität. Die vorgesehene Frist von drei Monaten nach Fälligkeit sei nicht geeignet, die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich zu machen oder übermäßig zu erschweren. Die Ausschlussfrist beginne erst mit Fälligkeit zu laufen. Der Arbeitnehmer könne sich also nicht in einer Situation befinden, in der die Ausschlussfrist zu laufen beginne oder sogar abgelaufen sei, ohne dass ihm die anspruchsbegründenden Tatsachen überhaupt bekannt seien.

Der Kläger habe den Anspruch nicht rechtzeitig geltend gemacht. Hierfür reiche die erhobene Kündigungsschutzklage nicht aus. Zwar werde durch eine Kündigungsschutzklage die Ausschlussfrist für sämtliche Ansprüche gewahrt, die sich aus dem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ergäben. Beim Urlaubsabgeltungsanspruch sei jedoch gerade das Gegenteil der Fall, da er eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses voraussetze.

8. BAG – Voraussetzungen eines Annahmeverzug begründenden Angebots bei unterlassener behinderungsgerechter Beschäftigung

Das Bundesarbeitsgericht hat mit [Urteil vom 14.10.2020 - 5 AZR 649/19](#) zu den Voraussetzungen für ein geeignetes Angebot im Rahmen des Annahmeverzugs sowie zum Schadensersatz bei Verletzung der Rücksichtnahmepflicht auf behinderungsgerechte Einschränkungen entschieden:

Bietet ein schwerbehinderter Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung für eine Tätigkeit an, die zwar leidensgerecht ist, jedoch nicht mit der arbeitsvertraglich vereinbarten Tätigkeit übereinstimmt oder von dieser umfasst ist, so erstreckt sich dieses Angebot nicht auf die zu bewirkende Tätigkeit iSv § 294 BGB. Dieses Angebot kann den Arbeitgeber folglich nicht in Annahmeverzug versetzen.

Die Parteien streiten über Vergütung wegen Annahmeverzugs für den Monat Juni 2018. Der Kläger ist mit einem GdB von 100 als schwerbehinderter Mensch anerkannt. Er war seit Juli 2008 als Bohrwerkshelfer bei der Beklagten beschäftigt und konnte diese Arbeit seit 2012 aufgrund eines Rückenleidens nicht mehr verrichten. Von August 2013 bis Juni 2016 absolvierte er eine externe Umschulung zum Bürokaufmann und war in der Zeit vom 24. Juni 2016 bis 30. November 2017 als Sachbearbeiter in Elternzeitvertretung bei der Beklagten tätig. Im Dezember 2017 begann der Kläger eine Reha-Maßnahme, nach deren Ende er arbeitsunfähig krankgeschrieben war. Er erhielt bis Februar 2018 Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und danach bis 3. Juni 2018 Krankengeld. Im Anschluss bot er der Beklagten wiederholt seine Arbeitsleistung an, worauf diese mitteilte, dass der Kläger laut arbeitsmedizinischer Stellungnahme vom 11. Januar 2018 dauerhaft zu einer Tätigkeit als Bohrwerkshelfer nicht mehr in der Lage sei und andere leidensgerechte Einsatzmöglichkeiten nicht bestünden.

Das BAG hat entschieden, dass dem Kläger für den streitigen Zeitraum kein Anspruch auf Vergütung aus Annahmeverzug zusteht, da die Voraussetzungen nach §§ 615, 293 ff. BGB nicht vorliegen.

Hiernach ist die vereinbarte Vergütung fortzuzahlen, wenn der Arbeitgeber mit der Annahme der ihm angebotenen Dienste in Verzug gerät. Das Angebot muss die zu bewirkende Arbeitsleistung betreffen und deckt sich mit der arbeitsvertraglich vereinbarten Tätigkeit, wenn diese konkret im Arbeitsvertrag bestimmt ist. Im vorliegenden Fall konnte das auf die Tätigkeit als Sachbearbeiter gerichtete Angebot des Klägers die Beklagte nicht in Annahmeverzug versetzen, da es sich nicht um die tatsächlich zu bewirkende Arbeitsleistung handelte. Das Gericht geht davon aus, dass der Kläger nach den vertraglichen Vereinbarungen als Industriearbeiter eingestellt war, wonach üblicherweise überwiegend körperliche Tätigkeiten umfasst sind. Hingegen beinhaltet die Sachbearbeitertätigkeit vornehmlich geistige Arbeit und zählt nicht zur vertraglich geschuldeten Tätigkeit. Dies sieht das BAG auch vor dem Hintergrund, dass § 106 S. 1 GewO dem Arbeitgeber nur ein Weisungsrecht innerhalb der vertraglichen Vereinbarungen eröffnet, nicht jedoch darüber hinaus.

Das BAG führt aus, dass im Falle der schuldhaften Unterlassung der Zuweisung einer leidensgerechten und vertragsgemäßen Arbeit allenfalls ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Pflicht auf Rücksichtnahme auf behinderungsgerechte Einschränkungen des Arbeitnehmers gem. § 241 BGB i. V. m. § 164 Abs. 4 S. 1 Nr. 1, Nr. 4 und Nr. 5 SGB IX begründet werden kann. Weiterhin stellt das Gericht klar, welche Anforderungen an die Darlegungslast bei einer Geltendmachung von Ansprüchen nach § 164 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 SGB IX zu stellen sind. Hiernach trägt der schwerbehinderte Arbeitnehmer grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast und muss Beschäftigungsmöglichkeiten aufzeigen, die seinem infolge der Behinderung eingeschränkten Leistungsvermögen sowie seinen Fähigkeiten und Kenntnissen entsprechen. Diesen Anforderungen kam der Kläger vorliegend nicht nach.

9. LAG: Kündigung wegen Kirchenaustritt

Ist ein Arbeitnehmer aus der katholischen Kirche ausgetreten und erfährt der kirchliche Arbeitgeber dies während der Wartezeit nach § 1 KSchG, so verstößt eine daraufhin ausgesprochene Kündigung nicht gegen §§ 1, 7 AGG. (amtl. Leitsatz zu LAG Hamm, [Urteil vom 24.9.2020 – 18 Sa 210/20](#))

Die Beklagte betreibt ein Krankenhaus und ist Mitglied im Caritasverband. Die Klägerin war dort beinahe zehn Jahre als Hebamme beschäftigt, bevor sie sich Mitte 2014 selbstständig gemacht hat. Im September 2014 trat die Klägerin aus der katholischen Kirche aus. Nach Gesprächen über eine Wiedereinstellung,

schickte die Beklagte der Klägerin am 15.3.2019 einen Dienstvertrag mit Personalfragebogen zu, der auch Angaben zum Kirchenaustritt vorsah. Die Klägerin gab ihren Kirchenaustritt dort an und gab den unterzeichneten Vertrag mit Personalfragebogen am 1.4.2019 zurück und trat am 4.4.2019 ihren Dienst an. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis am 30.7.2019, nachdem sie auf den Kirchenaustritt aufmerksam geworden war und die Klägerin an ihrem Austritt festgehalten hatte. Die Klägerin begründete diesen mit der fehlenden Aufklärung der Missbrauchsfälle in der Kirche. Gegen die Kündigung wehrte sich die Klägerin mit einer Kündigungsschutzklage vor dem ArbG, welches die Kündigung wegen widersprüchlichem Verhalten nach § 242 BGB für unwirksam erachtet hat.

Die Berufung hat Erfolg. Das LAG Hamm hält die Kündigung für wirksam. Ein Verstoß gegen § 242 BGB könne schon nicht vorliegen, da die Kündigung von Gründen des § 1 II 1 KSchG erfasst sei. Auch habe die Beklagte bei der Einstellung keine Kenntnis von dem Kirchenaustritt gehabt. Zudem stelle die Kirchengliederung bei einer Hebamme, eine nach dem Ethos der katholischen Kirche wesentliche, rechtmäßige, gerechtfertigte und angemessene berufliche Anforderung gem. § 9 I Alt. 2 AGG dar, so dass die Kündigung nicht gegen §§ 1, 7 AGG verstoße. Die Wesentlichkeit ergebe sich daraus, dass nach Kirchenrecht ein besonders schwerwiegender Verstoß vorliege und eine Hebamme unmittelbar am karitativen Ziel mitwirke und daher auch mit dem missionarischen Auftrag verbunden sei. Die Erwartung der Beklagten an die Klägerin, aus Loyalitätsgründen nicht aus der Kirche auszutreten, halte einer Plausibilitätskontrolle stand. Dem stehe auch die Beschäftigung konfessionsloser Hebammen durch die Beklagte nicht entgegen. Diese stünden der Kirche gleichgültig gegenüber und würden sie nicht aktiv ablehnen. Es handele sich auch um eine gerechtfertigte berufliche Anforderung, da eine Beeinträchtigung des Ethos durch die Beschäftigung der Klägerin wahrscheinlich sei. Bei einer Tätigkeit als Hebamme bestehe die Gefahr, dass eine aus der Kirche ausgetretene Person sich während der Arbeit kirchenfeindlich äußere.

Die Revision ist zugelassen und anhängig (2 AZR 130/21).

10. LAG: Unwirksame außerordentliche Kündigung eines Kochs in evangelischer Kita wegen Kirchenaustritts

Die Tätigkeit eines Kochs in einer Kita ist nicht mit dem Verkündigungsauftrag der Kirche verbunden. Die Loyalitätserwartung, dass ein Arbeitnehmer mit dieser Tätigkeit nicht aus der evangelischen Kirche austritt, stellt keine wesentliche und berechtigte Anforderung an die persönliche Eignung dar.

Die Parteien haben über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung gestritten. Die beklagte Evangelische Gesamtkirchengemeinde Stuttgart betreibt ca. 51 Kindertageseinrichtungen mit rund 1.900 Kindern. Der Kläger ist bei der Beklagten seit 1995 als Koch in einer Kita beschäftigt. Der Kläger erklärte im Juni 2019 seinen Austritt aus der evangelischen Landeskirche. Nachdem die Beklagte von dem Austritt Kenntnis erlangt hatte, kündigte sie das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger außerordentlich und fristlos mit Schreiben vom 21. August 2019.

Das Arbeitsgericht Stuttgart hatte die Kündigung der Beklagten für unwirksam erklärt.

Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, [Urteil vom 10.02.2021, 4 Sa 27/20](#), hat nun ebenfalls dem Kläger Recht gegeben. Die Loyalitätserwartung der Beklagten, dass der Kläger nicht aus der evangelischen Kirche austrete, stelle keine wesentliche und berechtigte Anforderung an die persönliche Eignung des Klägers dar. Der Loyalitätsverstoß des Klägers, den er durch den Kirchenaustritt begangen habe, führe

nicht zu einer dauerhaft fehlenden Eignung des Klägers für eine Weiterbeschäftigung als Koch und stelle somit auch keinen Kündigungsgrund dar. Die an die Kirchenzugehörigkeit anknüpfende Loyalitätspflicht sei im Hinblick auf die Art der Tätigkeit oder die Umstände ihrer Ausübung keine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Beklagten. Die Tätigkeit eines Kochs in einer Kita sei nicht mit dem Verkündigungsauftrag der Kirche verbunden. Ein Koch leiste keinerlei (unmittelbaren) Beitrag zur Verwirklichung des Erziehungsauftrags der religiösen Bildung der in der Kita betreuten Kinder. Die bloße Zugehörigkeit des Kochs zur Dienstgemeinschaft ändere daran nichts. Denn nach den unionsrechtlichen Anforderungen sei die „Integrität der Dienstgemeinschaft“ für sich genommen kein eine Ungleichbehandlung bei den Loyalitätsanforderungen allein aufgrund der Konfession der Beklagten rechtfertigender Grund. Das Verständnis der Beklagten, dass jede Tätigkeit eines kirchlichen Mitarbeiters wegen dessen Einbindung in die Dienstgemeinschaft verkündigungsnah und deshalb vom Selbstbestimmungsrecht der Kirche gedeckt und geschützt sei entspreche diesem europarechtlichen Verständnis nicht.

Der Beklagten sei einzuräumen, dass die vorgenommene tätigkeitsbezogene Anknüpfung dem bisherigen deutschen Verfassungsverständnis nicht entspreche. Im Anwendungsbereich des Unionsrechts gehe dieses dem nationalen Recht jedoch vor. Richtig sei zwar, dass die durch den Kirchenaustritt kundgegebene bewusste Abkehr von den Überzeugungen der Beklagten im kirchlichen Selbstverständnis als grobe Verfehlung angesehen werde. Das möge auch Auswirkungen haben auf das Verständnis der Beklagten von einer Dienstgemeinschaft und auf die Integrität der Dienstgemeinschaft. Die bloße „Integrität der Dienstgemeinschaft“ sei aber - wie bereits dargestellt - kein eine Ungleichbehandlung rechtfertigender Grund. Solange der Kläger nicht aktiv innerhalb der Dienstgemeinschaft dem Ethos der Beklagten zuwider arbeite und durch offene Bekundungen die Verbreitung des Ethos hintertreibe, sei das gemeinsame Werken im Sinne einer christlichen Nächstenliebe nicht beeinträchtigt.

Selbiges gelte für die (berechtigten) Erwartungen der Eltern an den in der Kita vermittelten Ethos. Es gebe keine Anhaltspunkte, dass der Kläger aktiv nach außen gegen den Ethos der Beklagten handeln würde. Entgegenstehende Befürchtungen der Beklagten seien bloße Spekulation.

Das Landesarbeitsgericht hat die Revision nicht zugelassen. Insbesondere habe der Rechtsstreit keine grundsätzliche Bedeutung. Die entscheidungserheblichen Rechtsfragen seien bereits allesamt geklärt durch Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 20. Februar 2019 ([2 AZR 746/14](#)).

11. LAG: Keine betriebliche Mitbestimmung bei Nutzungsverbot für private Mobiltelefone und mobile IT-Geräte

Das Unterlassen der Nutzung privater Mobilfunktelefone und mobiler IT-Geräte während der Arbeitszeit im Betriebsraum gehört zum Inhalt der geschuldeten Arbeitsleistung und stellt keine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit i.S.v. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (= **§ 40 k MVG-EKD**) dar. Es handelt sich nicht um ein arbeitsbegleitendes Verhalten, sondern um Tätigkeiten, denen die Arbeitnehmer neben der Erledigung der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeit nicht gleichzeitig nachgehen können.

Im November 2018 hatte die Arbeitgeberin bekanntgegeben, dass die Nutzung privater Mobilfunktelefone und mobiler IT-Geräte während der Arbeitszeit im Betriebsraum untersagt sei. Die Mitarbeiter könnten in Notfällen von Dritten über die Telefonnummer ihrer Vorgesetzten erreicht

werden. Der Betriebsrat wandte sich gegen die Anordnung und vertrat die Ansicht, das Verbot unterliege dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, da sie das Ordnungsverhalten der Mitarbeiter betreffe. Der Betriebsrat verlangte Unterlassung der Anordnung, hilfsweise die Feststellung, dass das Verbot dem Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterliege.

Das Landesarbeitsgericht Frankfurt, [Beschluss vom 16.07.2020, 5 TaBV 178/19](#), hat die Anträge des Betriebsrats zurückgewiesen. Es bestehe kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Vorliegend sei bei der Nutzung privater Mobilfunktelefone davon auszugehen, dass die vertraglich geschuldete Arbeit der Mitarbeiter im Betriebsraum unterbrochen werden müsse. Dies habe zur Folge, dass dadurch in allen Arbeitsbereichen die Art und Weise der Arbeitserbringung – das „Wie“ der Arbeitsleistung – gestaltet werde und nicht arbeitsbegleitendes Verhalten betroffen sei. Dem Arbeitgeber sei es daher gestattet, Tätigkeiten zu bestimmen, bei denen kein Mobilfunktelefon bzw. mobile IT-Geräte genutzt werden dürften. Die Anordnung sei auf die konkrete Arbeit im Betriebsraum bezogen und es gehe nur um die Nutzung der Gerätschaften am Arbeitsplatz und während der Arbeitszeit. Auch durch die Tatsache, dass es möglich sei, mit den Gerätschaften Radio zu hören und Audiodateien abzuspielen, ergebe sich keine Berührung zur betrieblichen Ordnung oder zum betrieblichen Zusammenleben.

12. LAG: Kein „Mindesthaltbarkeitsdatum“ für ein bEM

- 1. Der Arbeitgeber muss gem. § 167 II SGB IX nach einem durchgeführten bEM erneut ein bEM durchführen, wenn der Arbeitnehmer nach Abschluss des ersten bEM innerhalb eines Jahres erneut länger als sechs Wochen oder wiederholt arbeitsunfähig wird. Ein "Mindesthaltbarkeitsdatum" hat ein bEM nicht. Eine Begrenzung der rechtlichen Verpflichtung auf eine nur einmalige Durchführung des bEM im Jahreszeitraum des § 167 II 1 SGB IX lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen.**
- 2. Zu den Auswirkungen eines entgegen der rechtlichen Verpflichtung aus § 167 II SGB IX nicht erneut durchgeführten bEM auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung einer krankheitsbedingten Kündigung.**

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer ordentlichen personenbedingten Kündigung vom 26.2.2020. Der 1973 geborene, schwerbehinderte Kläger arbeitete seit 2001 zuletzt als Produktionshelfer bei der Beklagten. Diese beschäftigt regelmäßig mehr als 10 Arbeitnehmer. Der Kläger war im Jahr 2010 an 45 Tagen, im Jahr 2011 an 90 Tagen, im Jahr 2012 an 31 Arbeitstagen, im Jahr 2013 an 85 Tagen, im Jahr 2014 an 40 Tagen, im Jahr 2015 an 258 Tagen, im Jahr 2016 an 213 Tagen, im Jahr 2017 an 19 Tagen, im Jahr 2018 an 52 Tagen und im Jahr 2019 an 51 Tagen arbeitsunfähig erkrankt. Dadurch entstanden erhebliche Entgeltfortzahlungskosten. Die Beklagte sprach dem Kläger am 2015 zunächst eine ordentliche betriebsbedingte, 2016 eine personenbedingte Kündigung aus, jeweils erfolglos. Vor ihrer zweiten personenbedingten Kündigung vom 26.9.2019 führte die Beklagte am 5.3.2019 ein bEM durch. Dieses unterblieb vor der dritten krankheitsbedingten Kündigung vom 26.2.2020. Der dagegen erhobenen Kündigungsschutzklage gab das ArbG statt.

Ihre Berufung begründete die Beklagte mit folgenden Argumenten: Nach einem durchgeführten bEM bestehe erst nach Ablauf eines Jahres eine Rechtspflicht, ein weiteres bEM durchzuführen. § 167 II SGB IX fordere gerade nicht, dass ein bEM „immer dann“, wenn ein Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres länger als sechs Monate arbeitsunfähig erkrankt, durchzuführen sei. Bei der Auslegung des ArbG müsse der Arbeitgeber bei einem Langzeiterkrankten alle sechs Wochen ein bEM durchführen. Ein solcher

Verwaltungsaufwand könne die Personalabteilung überfordern. Außerdem habe das ArbG die entgegenstehende Rspr. der 13. Kammer des LAG nicht berücksichtigt. Auch sei der Kläger mitverantwortlich dafür, dass ihr keine Zeit für ein neues bEM geblieben sei. Schließlich belegten die Erkrankungen des Klägers im Jahr 2020, dass er aufgrund seiner gesundheitlichen Anfälligkeit nicht in der Lage sei, längere Zeit ohne Unterbrechungen zu arbeiten.

Der Kläger beantragte, die Berufung zurückzuweisen. Er begründete diesen Antrag – soweit vorliegend von Interesse – damit, dass das ArbG nicht nur auf das fehlende bEM abgestellt, sondern sorgfältig abgewogen habe, ob die Beklagte ihrer Darlegungs- und Beweislast im Rahmen der Verhältnismäßigkeit nachgekommen sei. Das bEM vom 5.3.2020 habe nicht ausgereicht. § 167 II SGB IX sehe als Bezugsrahmen gerade kein Kalenderjahr vor. Die Argumentation der Beklagten zu Langzeiterkrankten greife nicht für seine Situation. Zudem verkenne die Beklagte Sinn und Zweck eines bEM.

Das LAG Düsseldorf, [Urteil vom 9.12.2020 – 12 Sa 554](#), wies die Berufung im Wesentlichen deshalb zurück, weil die Beklagte das vor Ausspruch der streitgegenständlichen Kündigung erforderliche erneute bEM nicht durchgeführt hatte, wozu sie aufgrund der Auslegung des § 167 II SGB IX verpflichtet gewesen sei. Das LAG stellt hierbei auf den in der Norm zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers ab. Ein bEM sei im Zeitablauf wiederholt durchzuführen oder jedenfalls anzubieten, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen erneut erfüllt werden. Mit der Beendigung des Berechnungszeitraumes, d. h. dem Zeitpunkt, in dem eine sechswöchige Arbeitsunfähigkeit eingetreten ist, setzte zugleich ein neuer ein. Durch die Ablehnung eines bEM in der Vergangenheit ergäbe sich keine andere Beurteilung. Der Arbeitgeber hätte nicht hinreichend dargelegt, dass ein vor der Kündigung durchgeführtes bEM kein positives Ergebnis hätte erbringen können. Es sei nicht auszuschließen, dass eine Reduzierung der Arbeitszeit und/oder eine andere Verteilung der Arbeitszeit positive Effekte auf den Umfang der Arbeitsunfähigkeitszeiten des Klägers hätte haben können

13. LAG Hessen: Bestreiten der wirksamen Beschlussfassung des Betriebsrats mit Nichtwissen

Das LAG Hessen hat folgende amtl. Leitsätze zu seinem [Beschluss vom 08.02.2021 - 16 TaBV 185](#) genommen:

1. Der Arbeitgeber kann die wirksame Beschlussfassung des Betriebsrats mit Nichtwissen bestreiten.
2. Der Betriebsrat hat daraufhin Ladung, Tagesordnung und Beschlussfassung im Einzelnen darzulegen. Hierfür kann er eine Fotokopie der Sitzungsniederschrift über die Betriebsratssitzung vorlegen, aus der die Beschlussfassung ersichtlich ist. Er muss dies aber nicht, sondern kann auch in einem Schriftsatz einen entsprechenden Sachvortrag halten, der es dem Arbeitgeber ermöglicht, vorzutragen, welche der zuvor vorgetragenen Tatsachen er bestreiten möchte. Sodann hat das Arbeitsgericht die wirksame Beschlussfassung (gegebenenfalls im Rahmen einer Beweisaufnahme) aufzuklären.
3. Unwirksame Beschlüsse können geheilt werden, wenn der Betriebsrat beschlussfähig ist und die Anwesenden einstimmig beschlossen haben, über den Tagesordnungspunkt zu beraten und abzustimmen.
4. Das bloße Arbeiten im Home-Office stellt keinen Hinderungsgrund für die Teilnahme an einer Betriebsratssitzung dar.
5. Über die Teilnahme an Betriebsratssitzungen per Video- und Telefonkonferenz (§ 129 BetrVG) ist vom

Gremium durch Beschluss zu entscheiden. Insoweit gilt § 29 III BetrVG.

6. Die Festlegung der Betriebsöffnungszeiten unterfällt der nicht mitbestimmten Organisation des Betriebs durch den Arbeitgeber.

14. VGH: Mitbestimmungspflichtigkeit der wiederholten Verlängerung eines Arbeitsvertrags über die Regelaltersgrenze hinaus durch Hinausschieben des Beendigungszeitpunktes

Auch die wiederholte Verlängerung eines Arbeitsvertrags über die Regelaltersgrenze hinaus durch Hinausschieben des Beendigungszeitpunktes gemäß § 41 S. 3 SGB VI ist nicht mitbestimmungspflichtig. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob die Arbeitsvertragsparteien die Verlängerung des Arbeitsvertrags zu Recht auf § 41 S. 3 SGB VI gestützt haben. (amtl. Leitsatz zu [VGH Mannheim, Beschluss vom 03.03.2021 - PL 15 S 3539/20](#))

15. BMF-Schreiben erläutert Grundsätze zur steuerlichen Beurteilung von Reisekosten der Arbeitnehmer

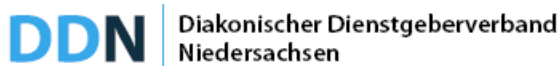
Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden der Länder erläutert das BMF im [BMF, 25.11.2020, IV C 5 - S 2353/19/10011 :006](#) die steuerliche Beurteilung von Reisekosten der Arbeitnehmer.

Ich verabschiede mich mit den besten Wünschen für einen uns zunehmend die Wiederkehr von Freiheit und Unbeschwertheit verheißenden Frühling.

Mit freundlichen Grüßen

Robert Johns

Geschäftsführer



Homepage: www.ddniedersachsen.de

- Geschäftsstelle -

Ebhardtstraße 3 A, 30159 Hannover

Tel. : 0511 - 3604 112

e:mail: gf@ddniedersachsen.de