

Geschäftsstelle

DDN - Nachrichten 3/2015 vom 12. Oktober 2015

Rechtsanwalt

Robert Johns

Ebhardtstraße 3 A, 30159 Hannover

Tel. : 0511 - 3604 112

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

Sehr geehrte Damen und Herren,

der von ver.di angedrohte „ heiße Herbst“ für kommunale Träger von Kindertagesstätten und sozialen Betreuungs- und Erziehungseinrichtungen wird wohl nicht stattfinden. Die Zeichen stehen eher auf Akzeptanz der Einigung zwischen den kommunalen Arbeitgebern und ver.di vom 30.09.2015. Für die Diakonie wird das hinsichtlich der Einkommensentwicklung der bei uns beschäftigten Erzieher und Sozialarbeiter die Erwartungshaltung der Mitarbeiter und der Gewerkschaft prägen. Beim TV DN stehen Verhandlungen über die Entwicklung der Mitarbeiterentgelte erst wieder zum Ablauf des 30.09.2016 an. Aktuell liegen die durchschnittlichen Gehaltsabstände zwischen TVöD und TV DN bei den Erziehern zwischen durchschnittlich ca. 6,5 % und 8,5 % und bei den Sozialarbeitern durchschnittlich ca. 2,5 %. Es steht zu erwarten, dass sich Einrichtungen der Jugendhilfe zumindest hinsichtlich der Erzieher im Wettbewerb auf dem Arbeitskräftemarkt mit einer solchen Gehaltsdifferenz auseinandersetzen müssen. Aber auch die Behindertenhilfe wird sich mit den analogen Gehaltsabständen bei der Bezahlung der Heilerziehungspfleger, die erstmalig im TVöD im Eingruppierungsgefüge einen ausdrücklich zugewiesenen Platz erhalten, auseinandersetzen müssen. Ebenfalls kostentreibend entwickeln sich die Beitragslasten zur Zusatzversorgung für die Mitarbeiter. Aufgrund der langanhaltenden und vermutlich andauernden Niedrigzinsphase für Finanzanlagen sind die Zusatzversorgungskassen nicht mehr in der Lage, die für die Gewährleistung der Erfüllung der den Mitarbeitern arbeitsvertraglich zugesicherten Versorgungszusagen die notwendigen Erträge zu erwirtschaften. Folglich müssen die Fehlbeträge über ganz erhebliche Beitragssteigerungen ausgeglichen werden. Lesen Sie hierüber und zu weiteren Themen aus Arbeits- und Personalrecht nachfolgende Beiträge:

- 1. Tarifvertrag für die Altenpflege in Niedersachsen**
- 2. Erhebliche Beitragssteigerungen bei der EZVK beschlossen**
- 3. Verfassungsbeschwerde gegen „Dritten Weg“ im kirchlichen Arbeitsrecht unzulässig**
- 4. Sitzung der Arbeits- und Dienstrechtlichen Kommission vom 1.10.2015**

5. Für Arbeitnehmer ohne festen Arbeitsort gehört Fahrt zwischen Wohnort und erstem sowie letztem Kunden zur Arbeitszeit
6. KGH: Kosten eines auswärtigen MAV-Anwalts
7. Ärger um Kosten des MAV-Anwalts
8. Grenzen der Änderung von Versorgungszusagen mit Jeweiligkeitsklausel
9. Zweifel beim „Günstigkeitsvergleich“ gehen zu Lasten der Arbeitnehmer
10. Kündigung wegen langanhaltender Krankheit
11. BAG: Konkrete Anleitung für das Betriebliche Eingliederungsmanagement
12. BAG: Bewilligung der Erwerbsminderungsrente belegt nicht die Nutzlosigkeit des bEM
13. Abmahnung – als Verzicht des Arbeitgebers auf sein Kündigungsrecht
14. BFH: Steuerwirksame Gestaltung des Zuflusses einer Abfindung
15. LAG Hamm: Kopftuchverbot im evangelischen Krankenhaus
16. Fristlose Kündigung nach Schlaf im Nachtdienst
17. Außerordentliche Kündigung wegen Arbeitsverweigerung für Überstunden
18. Kein Anspruch auf bezahlte Raucherpausen kraft betrieblicher Übung
19. Geriatriezulage ist auch nach TV-L weiterhin zu zahlen
20. Pfändbarkeit der Zeitzuschläge für Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit sowie der Zulage für Wechselschichtarbeit
21. LAG Düsseldorf: Diskriminierende Stellenanzeige - «Berufsanfänger»
22. Abwerbungsklausel mit Vertragsstrafeversprechen
23. Anwendbarkeit des Arbeitszeitgesetzes für Beschäftigte in Wohngruppen
24. Neuregelungen bei der Elternzeit für ab dem 01.07.2015 geborene Kinder
25. Kürzung des Urlaubes nach § 17 BEEG nur während des Arbeitsverhältnisses möglich
26. Sind „Ehrenamtliche“ Arbeitnehmer?
27. Rechte der Gewerkschaft im Betrieb
28. Asylsuchende, anerkannte Flüchtlinge und Geduldete – Wer darf in einem Minijob beschäftigt werden?
29. Beurteilung der selbstständigen Tätigkeit
30. Beitragssatz bei bezahlter Freistellung ab 1. Oktober 2015
31. GKV-Versorgungsstärkungsgesetz: Änderung beim Anspruch auf Krankengeld
32. Wirksame Maßnahmen des Arbeitgebers zur Verringerung von Fehlzeiten
33. Verfallbare und unverfallbare Urlaubsansprüche
34. Mitarbeitervertretungswahlen 2016
35. Anleitung zur Nutzung der Arbeitgeberkampagne

1. Tarifvertrag für die Altenpflege in Niedersachsen

In mittlerweile zwei Verhandlungsrunden über einen Tarifvertrag für die Altenpflege in Niedersachsen kommen sich die Tarifverhandlungsparteien, dass sind auf der Arbeitgeberseite der DDN und der Arbeitgeberverband der AWO Deutschland und auf der Arbeitnehmerseite die Gewerkschaft ver.di schrittweise näher. Zugleich haben sich nun – wie schon zuvor die Caritas – auch die Parität und das

DRK entschieden, zu den Verhandlungen Beobachter zu entsenden. Inhaltlich ist besteht Einigkeit über die Verhandlung von Mindestregeln in den Bereichen

- Löhne,
- Umfang der Arbeitszeit,
- Anzahl der Urlaubstage
- Jahressonderzahlung und
- Zuschläge für Nachtarbeit, Sonn-und Feiertage, Überstunden

Auch wenn ver.di das Ziel nicht aufgeben will, in allen Bereichen das Niveau der für den öffentlichen Dienst geltenden Tarifverträge zu erreichen, besteht jedoch die Bereitschaft, gewissermaßen als Zwischenschritt zunächst Vereinbarungen auf niedrigerem Niveau zu schließen. Hierbei wird das Niveau der bei den Tarifvertragspartnern bereits geltenden Regelungen die untere Grenze bilden, so dass es entscheidend darauf ankommen wird, auch Paritätär und DRK für den gemeinsamen Altenpflegetarifvertrag zu gewinnen.

2. Erhebliche Beitragssteigerungen bei der EZVK beschlossen

Diakonische Träger aus den Landeskirchen Braunschweig und Oldenburg werden sich in den Jahren 2017 bis 2021 auf schrittweise, ganz erhebliche Steigerungen der Kosten der Zusatzversorgung ihrer Arbeitnehmer einstellen müssen. Den 2001 bei der Umstellung von einer Gesamtversorgungszusage zu einer am eingezahlten Kapital nach einem Punktemodell bewerteten Versorgungszusage war den Kalkulationen zweierlei zu Grunde gelegt: Einerseits eine Lebenserwartung der Rentenempfänger entsprechend einer 1995 erstellten Prognose und andererseits die Erwartung, dass es der EZVK gelingen wird, das angesammelte Kapital mit einer jährlichen Verzinsung von durchschnittlich 5 % anzulegen. Mit den Beitragserhöhungen von 2011 und 2013 von 4 % auf 4,8 % war den veränderten Prognosen zur jeweiligen Bezugsdauer der Zusatzversorgungsrente Rechnung getragen worden. Jetzt musste auch auf die andauernde Niedrigzinsphase auf den Kapitalmärkten reagiert werden. Der Aktuar schrieb der EZVK in den Jahresbericht, dass bei gleichbleibenden Leistungen an die Versorgungsempfänger und gleichbleibenden Beiträgen der Arbeitgeber die Rentenverpflichtungen der Kasse auf Dauer nicht gegenfinanziert sein werden. Das führte am 1. Oktober 2015 zu folgenden Entscheidungen zur Finanzierung der Pflichtversicherung:

1. Die Abrechnungsverbände S und P werden zum 01.01.2017 zu einem Abrechnungsverband PV zusammengelegt.
2. Ein Ausgleichsbetrag wird ab dem 01.01.2016 auch für Fehlbeträge im Abrechnungsverband P erhoben. Ab dem 01.01.2017 dient der Ausgleichsbetrag zur Deckung von Fehlbeträgen im Abrechnungsverband PV.
3. Zur Finanzierung werden in der Pflichtversicherung ab dem 01.01.2017 Sonderzahlungen erhoben, die als Prozentsatz der zusatzversorgungspflichtigen Entgelte erhoben wird.
4. Der Pflichtbeitrag wird zum 01.01.2018 auf 5,2 % und zum 01.01.2019 auf 5,6 % angehoben. Die Erhebung des Sanierungsgelds entfällt ab dem Jahr 2017.

5. Die Höhe der Sonderzahlungen zur Finanzierung der Stärkung der Rechnungsgrundlagen wird auf der Basis eines Rechnungszinses von 3,75 %, einer Steigerung der zusatzversorgungspflichtigen Entgelte von 3 % p.a. und einer Erhebungsdauer bis etwa 2035 kalkuliert.

Daraus ergeben sich im Ergebnis folgende Aufwendungen der niedersächsischen diakonischen Arbeitgeber aus den Landeskirchen Braunschweig und Oldenburg für die Pflichtversicherung:

1.Stufe (2017):	4,8 % Pflichtbtrg. + 1,3 % Sonderzahlg.	6,1%
2.Stufe (2018):	5,2 % Pflichtbtrg. + 1,3 % Sonderzahlg	6,5 %
3. Stufe (2019):	5,6 % Pflichtbtrg. + 1,3 % Sonderzahlg	6,9 %
4.Stufe (2020):	5,6 % Pflichtbtrg. + 1,7 % Sonderzahlg	7,3 %
5.Stufe ab 2021	5,6 % Pflichtbtrg. + 2,1 % Sonderzahlg	7,7 %

3. Verfassungsbeschwerde gegen „Dritten Weg“ im kirchlichen Arbeitsrecht unzulässig

Mit einem am 2. September 2015 veröffentlichtem Beschluss ([BVerfG 15.7.2015 – 2 BvR 2292/13](#)) hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts eine Verfassungsbeschwerde gegen arbeitsgerichtliche Entscheidungen zum sogenannten „Dritten Weg“ im kirchlichen Arbeitsrecht wegen Unzulässigkeit verworfen. Die Verfassungsbeschwerde war von einer Gewerkschaft eingelegt worden, die vor dem Bundesarbeitsgericht zwar obsiegt hatte, sich aber durch die Urteilsgründe beschwert sah. Der Gewerkschaft fehlt die erforderliche Beschwerdebefugnis. Sie ist weder durch den Urteilstenor beschwert noch folgt ausnahmsweise aus den Urteilsgründen, dass sie gegenwärtig und unmittelbar in ihren Grundrechten betroffen ist. Als **Anlage 1** übersende ich eine in der jüngsten Ausgabe der ZMV veröffentlichte Wertung von Prof. Wegner vom Sozialwissenschaftlichen Institut der EKD.

4. Sitzung der Arbeits- und Dienstrechtlichen Kommission vom 1.10.2015

Seit März 2015 zahlen die kirchlichen Anstellungsträger ihren gem. DVO (TV-L) beschäftigten Mitarbeitern die erhöhten Entgelte der Tabelle ab 1.3.2015 nach TV-L aus. Bislang erfolgte die Auszahlung unter dem Vorbehalt der Rückforderung, weil ein entsprechender Beschluss der Arbeits- und Dienstrechtlichen Kommission zur Tarifübernahme noch aussteht. Um Rechtssicherheit herzustellen, erklärte die Arbeitgeberseite nun, dass die um 2,1% erhöhten Entgelte ohne Vorbehalt ausbezahlt werden. Nach der Tarifeinigung im öffentlichen Dienst für den Sozial- und Erziehungsdienst sorgen sich die kirchlichen Arbeitgeber um die Konkurrenzfähigkeit kirchlicher Kindertagesstätten im Wettbewerb um qualifiziertes Personal und wollen gemeinsam mit den Arbeitnehmerorganisationen nach „Lösungen“ suchen.

5. Für Arbeitnehmer ohne festen Arbeitsort gehört Fahrt zwischen Wohnort und erstem sowie letztem Kunden zur Arbeitszeit – EuGH [Urteil vom 10.09.2015 - C-266/14](#)

Die Fahrten, die Arbeitnehmer ohne festen oder gewöhnlichen Arbeitsort zwischen ihrem Wohnort und dem Standort des ersten und des letzten Kunden des Tages zurücklegen, stellen Arbeitszeit dar. Dies stellt

der Gerichtshof der Europäischen Union unter Hinweis darauf klar, dass es dem unionsrechtlichen Ziel des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer zuwiderlaufen würde, wenn diese Fahrten keine Arbeitszeit wären.

In der europäischen Richtlinie 2003/88/EG ist die Arbeitszeit als jede Zeitspanne definiert, während deren ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt. Jede Zeitspanne, die keine Arbeitszeit ist, gilt als Ruhezeit.

Der EuGH stellt fest, dass die Fahrzeit, die Arbeitnehmer, die wie die Arbeitnehmer in der fraglichen Situation keinen festen oder gewöhnlichen Arbeitsort haben, für die täglichen Fahrten zwischen ihrem Wohnort und dem Standort des ersten und des letzten von ihrem Arbeitgeber bestimmten Kunden aufwenden, Arbeitszeit im Sinne der Richtlinie darstellt. Nach Ansicht des Gerichtshofs ist bei Arbeitnehmern, die sich in einer solchen Situation befinden, anzunehmen, dass sie während der gesamten Fahrzeit ihre Tätigkeiten ausüben oder ihre Aufgaben wahrnehmen. Die Fahrten der Arbeitnehmer zu den von ihrem Arbeitgeber bestimmten Kunden seien das notwendige Mittel, um an den Standorten dieser Kunden technische Leistungen zu erbringen. Andernfalls könnte der Arbeitgeber geltend machen, dass nur die für die Tätigkeit aufgewandte Zeit unter den Begriff „Arbeitszeit“ falle, was zur Folge hätte, dass dieser Begriff verfälscht und das Ziel des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer beeinträchtigt würde.

Der EuGH ist ferner der Ansicht, dass die Arbeitnehmer während der Fahrten arbeiten. Bei einem Arbeitnehmer, der keinen festen Arbeitsort mehr hat und der seine Aufgaben während der Fahrt zu oder von einem Kunden wahrnimmt, sei auch davon auszugehen, dass er während dieser Fahrt arbeitet. Da die Fahrten nämlich untrennbar zum Wesen eines solchen Arbeitnehmers gehörten, könne sein Arbeitsort nicht auf die Orte beschränkt werden, an denen er bei den Kunden des Arbeitgebers physisch tätig wird. Dass die Arbeitnehmer die Fahrten an ihrem Wohnort beginnen und beenden, sei eine unmittelbare Folge der Entscheidung ihres Arbeitgebers, die Regionalbüros zu schließen, und nicht Ausdruck ihres eigenen Willens. Würden sie gezwungen, die Folgen der Entscheidung ihres Arbeitgebers zu tragen, liefe dies dem mit der Richtlinie verfolgten Ziel des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer zuwider, das die Notwendigkeit einschließt, den Arbeitnehmern eine Mindestruhezeit zu gewährleisten.

6. KGH: Kosten eines auswärtigen MAV-Anwalts

Durch die Beauftragung eines auswärtigen Rechtsanwalts bedingte Mehrkosten sind erforderlich i.S.v. § 30 Abs. 2 S. 1 MVG-EKD, wenn die Mitarbeitervertretung bei verständiger und pflichtgemäßer Abwägung zu dem Ergebnis gelangen konnte, dass die Mehrkosten vertretbar und sachlich gerechtfertigt sind. Es besteht ein Beurteilungsspielraum, innerhalb dessen der Grundsatz der Kostenschonung gegen die für eine Mandatierung sprechenden Gründe wie eine besondere Sachkompetenz des Anwaltsbüros oder ein bereits bestehendes Vertrauensverhältnis aufgrund früherer Mandatierungen abzuwägen sind. Aus den Gründen ([KGH.EKD II-0124/4-2015](#)):

„... Beauftragt die Mitarbeitervertretung einen nicht am Gerichtsort kanzleiansässigen sondern auswärtigen Rechtsanwalt, sind dadurch bedingte Mehrkosten erforderlich i.S.v. § 30 Abs. 2 S. 1 MVG-EKD, wenn die Mitarbeitervertretung nach verständiger und pflichtgemäßer Abwägung zu dem Ergebnis

gelangt ist, dass die Mehrkosten vertretbar und sachlich gerechtfertigt sind (vgl. auch KGH.EKD, Beschluss vom 8. August 2007 - I-0124/N25-07, www.kirchenrecht-ekd.de). Die Prüfung der Erforderlichkeit hat die Mitarbeitervertretung nicht allein nach ihren subjektiven Bedürfnissen vorzunehmen, sie ist gehalten, die Interessen der Mitarbeitenden an einer sachgerechten Vertretung der Mitarbeitervertretung und das Interesse der Dienststellenleitung an einer Begrenzung der Kosten abzuwägen. Sie hat die Maßstäbe anzulegen, die ein persönlicher Kostenschuldner anlegen würde, wenn er selbst die Kosten zu tragen hätte (vgl. für den Kostenerstattungsanspruch nach § 40 Abs. 1 BetrVG: BAG, Beschluss vom 18. Januar 2012 - 7 ABR 83/10). Es besteht ein Beurteilungsspielraum (vgl. KGH.EKD, Beschluss vom 8. August 2007 - I-0124/N25-07, a.a.O.), in dessen Rahmen der Grundsatz der Kostenschonung gegen die für eine Mandatierung sprechenden Gründe wie eine besondere Sachkompetenz des Anwaltsbüros abzuwägen sind, auch ein Vertrauensverhältnis aufgrund früherer Mandatierungen können es rechtfertigen, einen auswärtigen Anwalt zu mandatisieren. Soweit der Beschluss des Kirchengerichtshofs der EKD vom 8. August 2007 dahingehend (miss)verstanden werden kann, dass ein Anspruch auf Übernahme der Mehrkosten "nur" besteht, wenn ein gleichermaßen qualifizierter und zur Mandatsübernahme bereiter Rechtsanwalt am Gerichtsort nicht gefunden werden kann oder wenn die Suche nach einem Anwalt unter den konkreten Umständen objektiv nicht möglich oder nicht zumutbar ist, wird klargestellt, dass für eine weitergehende Einschränkung des Beurteilungsspielraums keine rechtliche Grundlage besteht. ..."

7. Ärger um Kosten des MAV-Anwalts

Die Vergütung des Anwalts der MAV sorgt häufig für Unmut bei Arbeitgebern. Diese müssen schließlich grundsätzlich die Kosten der gegen sie gerichteten Beratung bezahlen. Aber auch weiche Faktoren können zusätzlich für Zündstoff sorgen.

Nach § 31 Abs. MVG-K trägt der Arbeitgeber grundsätzlich "die durch die Tätigkeit der MAV entstehenden Kosten". Betrachtet der Arbeitgeber speziell die Ausgaben für den MAV-Anwalt, so gilt es grundsätzlich zu unterscheiden, ob die Kosten für den MAV-Anwalt zu erstatten sind und wenn ja, in welcher Höhe.

Nicht ersetzen muss der Arbeitgeber zum Beispiel eine dauerhafte Beratung des Gremiums bei außergerichtlichen Tätigkeiten. Schließlich besteht ja nach § 19 Abs.4 MVG-K der Anspruch, dass Mitarbeitervertreter auf Kosten des Arbeitgebers Schulungen besuchen. Diese sind kein Selbstzweck, sondern sollen das nötige Wissen vermitteln.

Beauftragt die MAV einen Rechtsanwalt für eine außergerichtliche Tätigkeit, so ist § 31 Abs. 2 Satz 2 MVG-K zu beachten. Danach kann die MAV bei der Durchführung ihrer Aufgaben nach näherer Vereinbarung mit dem Arbeitgeber Sachverständige hinzuziehen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist.

Folgende Punkte muss die MAV beachten, wenn sie außergerichtlich einen Rechtsanwalt hinzuzieht:

- Die MAV hat zuvor durch Beschluss
 - die Zustimmung des Arbeitgebers
 - zur Beauftragung eines konkret benannten Rechtsanwalts
 - mit der Beantwortung einer konkret benannten Frage
 - und zu einem konkret vorgesehenen Honorarvolumen

erbeten und

- der Arbeitgeber hat seine Zustimmung erteilt.

Stimmt der Arbeitgeber nicht zu, einen Rechtsanwalt zu beauftragen, so bleibt der MAV nur ein Verfahren vor der Schiedsstelle mit dem Ziel, die Zustimmung des Arbeitgebers durch eine Gerichtsentscheidung durchzusetzen.

Lesen Sie zum Streit und zur Rechtsunsicherheit bei der Höhe des Anwaltshonorars, zur Erstattungsfähigkeit der Kosten im Zusammenhang mit der Einigungsstelle sowie zur Haftung von Betriebsratsmitgliedern: den als **Anlage 2** übersandten Beitrag aus der Ausgabe 08/2015 des Haufe-Personalmagazins.

8. Grenzen der Änderung von Versorgungszusagen mit Jeweiligkeitsklausel

Verweisungen auf die für die betriebliche Altersversorgung beim Arbeitgeber geltenden Bestimmungen sind regelmäßig dynamisch; sie verweisen auf die jeweils beim Arbeitgeber geltenden Regelungen. Eine solche „Jeweiligkeitsklausel“ ist für den Arbeitnehmer jedoch nur dann zumutbar i.S.v. § 308 Nr. 4 BGB, wenn die ablösende Neuregelung den Grundsätzen des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit und damit dem vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Dreistufenschema entspricht. Das Dreistufenschema gilt auch für noch nicht unverfallbare Anwartschaften.

Der Arbeitsvertrag der Mitarbeiterin einer evangelischen Landeskirche enthielt eine Zusage auf Altersversorgung. Die Versorgung sollte sich nach dem „in der Landeskirche geltenden Recht“ richten. Die Landeskirche änderte wiederholt ihre internen Versorgungsregelungen, so dass sich für die Mitarbeiterin am Ende ihres Berufslebens eine geringere Betriebsrente ergab, als sie sich auf der Grundlage der bei Abschluss des Arbeitsvertrages geltenden Versorgungsregelung ergeben hätte. Die Klägerin verlangte die Berechnung ihrer Betriebsrente anhand der bei Vertragsschluss geltenden Regelungen.

Das BAG ([BAG, Urteil vom 14.07.2015 - 3 AZR 517/13](#)) bestätigte die Entscheidung des LAG, welches der Klägerin Recht gegeben hatte. Das BAG bestätigt in der Entscheidung zunächst seine – in den letzten Jahren bereits zunehmend gefestigte – Rechtsprechung zu sog. „Jeweiligkeitsklauseln“. Danach sind solche Verweise auf beim Arbeitgeber geltende Versorgungswerke im Zweifel dynamisch zu verstehen, d.h. es ist auf das Versorgungswerk in seiner jeweiligen Fassung verwiesen, nicht hingegen statisch auf das Versorgungswerk in der Fassung bei Abschluss des Arbeitsvertrages. Interessant ist der Hinweis des BAG darauf, dass eine dynamische Auslegung selbst dann in Betracht kommt, wenn im Arbeitsvertrag die bei Vertragsschluss geltende Versorgungsregelung konkret bezeichnet ist, z.B. durch Angabe des Datums des Inkrafttretens.

Das BAG gelangt dann zu dem Problem, wie seine Rechtsprechung zur Jeweiligkeitsklausel in Einklang zu bringen ist mit dem von ihm in jahrzehntelanger Rechtsprechung entwickelten Dreistufenschema für die Ablösung von Versorgungsregelungen durch nachfolgende Neuregelungen. Das Dreistufenschema besagt, dass bei solchen Änderungen die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit zu wahren sind. Die Brücke schlägt das BAG mit einem Kunstgriff: Eine Jeweiligkeitsklausel soll nur dann und insoweit dynamisch auszulegen sein, wie die Neuregelung ihrerseits den Grundsätzen des Dreistufenschemas genügt. Ob das dogmatisch haltbar ist, sei an dieser Stelle nicht vertieft. Festzuhalten ist jedenfalls, dass das BAG durch diesen Kunstgriff ein in sich geschlossenes und in den praktischen Ergebnissen auch angemessenes Ergebnis erzielt.

Die Entscheidung enthält zugleich die Bestätigung, dass es für die Anwendung des Dreistufenschemas nicht darauf ankommt, ob die individuelle Versorgungsanwartschaft bereits unverfallbar ist; das Dreistufenschema gilt auch für noch nicht unverfallbare Anwartschaften.

Letztlich verlor die beklagte Landeskirche den Prozess nur deshalb, weil sie offensichtlich zu den „sachlich-proportionalen Gründen“, die nach der Dreistufentheorie für Eingriffe in künftige dienstzeitabhängige Zuwächse erforderlich sind, schlechterdings nichts vorgetragen hatte. (Anmerkung von Martin Diller aus FD-ArbR 2015, 372735)

Orientierungssätze des BAG:

1. *Religionsgesellschaften verfügen nicht über die Rechtsmacht, eine normative Wirkung ihrer Regelungen auch im privaten Arbeitsverhältnis anzuordnen. Wählen sie die privatrechtliche Ausgestaltung ihrer Arbeitsverhältnisse, stehen ihnen auch nur die privatrechtlichen Gestaltungsmittel zur Verfügung.*
2. *Verweisungen auf die für die betriebliche Altersversorgung beim Arbeitgeber geltenden Bestimmungen sind regelmäßig dynamisch; sie verweisen auf die jeweils beim Arbeitgeber geltenden Regelungen. Das Verständnis einer solchen Bezugnahme als dynamische Verweisung auf die jeweils geltenden Versorgungsregelungen ist sachgerecht und wird in der Regel den Interessen der Parteien eher gerecht als eine statische Verweisung auf einen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehenden Rechtszustand.*
3. *Eine in einem Formulararbeitsvertrag enthaltene Verweisung auf die jeweilige Fassung einer Versorgungsordnung ist für den Arbeitnehmer als Vertragspartner des Verwenders nur dann zumutbar i.S.v. § 308 Nr. 4 BGB, wenn die ablösende Neuregelung den Grundsätzen des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit und damit grundsätzlich dem vom Bundesarbeitsgericht entwickelten dreistufigen Prüfungsschema entspricht.*
4. *Das dreistufige Prüfungsschema findet unabhängig davon Anwendung, ob die erworbenen Anwartschaften bereits unverfallbar sind. Das Vertrauen des Arbeitnehmers auf den Bestand der Zusage und damit auf die zugesagten Leistungen ist nicht erst dann geschützt, wenn die Anwartschaft unverfallbar geworden ist. Auf die Unverfallbarkeit der Anwartschaft kommt es lediglich bei einem vorzeitigen Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis an. Für die Beurteilung der Zulässigkeit der Ablösung von Versorgungsregelungen im fortbestehenden Arbeitsverhältnis hat sie keine Bedeutung.*

9. Zweifel beim „Günstigkeitsvergleich“ gehen zu Lasten der Arbeitnehmer

Mit den Regelungen in § 1 Abs1 I TV DN sollten tarifgebundene DDN-Mitglieder ein geeignetes Mittel haben, um der Rosinenpickerei von Mitarbeitenden mit einzelvertraglicher Bezugnahme auf andere Tarifregelungen entgegen zu treten. Für diejenigen, die davon bisher keinen Gebrauch gemacht haben, ist nachfolgender Beitrag zur BAG-Rechtsprechung über Grundsätze des Günstigkeitsvergleich interessant. Der Arbeitsvertrag des Klägers und ver.di-Mitglieds verweist auf die Tarifverträge der Telekom. Das Arbeitsverhältnis ging durch Betriebsübergang auf die Beklagte über, die an einen mit ver.di abgeschlossenen Haustarifvertrag (HTV) gebunden ist. Der HTV sieht eine längere Wochenarbeitszeit sowie andere Vergütungsregelungen vor als die Telekom-Tarifverträge. Der Kläger beruft sich auf das sogenannte „Günstigkeitsprinzip“ und verlangt Beschäftigung mit der kürzeren Telekom-Arbeitszeit sowie

Vergütung der darüber hinausgehend geleisteten Arbeitsstunden als Überstunden. Günstigkeitsprinzip bedeutet, dass vertragliche den tariflichen Regelungen vorgehen, soweit sie für den Arbeitnehmer günstiger sind.

Das BAG ([Bundesarbeitsgericht vom 15. April 2015 –4 AZR 587/13](#)) hat die Klage weitgehend abgewiesen. Die Regelungen eines aufgrund vertraglicher Bezugnahme anwendbaren Tarifvertrags (hier: Telekom-TV) kommen nach dem in § 4 Abs. 3 Tarifvertragsgesetz (TVG) verankerten Günstigkeitsprinzip nur zum Tragen, soweit sie gegenüber dem kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit geltenden Tarifvertrag (hier: Haus-TV) für den Arbeitnehmer günstiger sind. Dies ist im Wege des sogenannten Sachgruppenvergleichs zu ermitteln, wobei Arbeitszeit und Arbeitsentgelt eine einheitliche Sachgruppe bilden. Ist – wie im Entscheidungsfall – nach den normativ geltenden Tarifverträgen sowohl die Arbeitszeit länger als auch das dem Arbeitnehmer hierfür zustehende Monatsentgelt höher, ist die einzelvertragliche Regelung nicht zweifelsfrei günstiger. Wegen dieser Zweifel bleibt es insgesamt beim Vorrang der „direkt“ bzw. „normativ“ (also ohne Verweis) geltenden Haustarifverträge. Konsequenzen für die Praxis: Mit diesem Urteil schärft das BAG den bei einem Günstigkeitsvergleich anzulegenden Vergleichsmaßstab zu Lasten der Arbeitnehmer. Die vertraglich in Bezug genommene Tarifregelung geht der normativen nur dann vor, wenn sie „zweifelsfrei“ günstiger ist. Dadurch nimmt die insbesondere bei Betriebsübergängen häufig entstehende Unsicherheit darüber ab, welcher Tarifvertrag inwieweit gilt. Die Gefahr, dass Arbeitnehmer erfolgreich die jeweils für sie günstigsten Regelungen von Einzelarbeitsbedingungen aus allen potentiell anwendbaren Tarifverträgen geltend machen („Cherry picking“), sinkt.

10. Kündigung wegen langanhaltender Krankheit

Die Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung, die auf eine lang anhaltende Erkrankung gestützt wird, ist nach ständiger Rechtsprechung in drei Stufen vorzunehmen. Seine insoweit ständige Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht jüngst mit Urteil vom 20.11.2014 – 2 [AZR 664/13](#) – erneut bestätigt und fortgeführt.

Zunächst - erste Stufe - ist eine negative Prognose hinsichtlich des voraussichtlichen Gesundheitszustands des erkrankten Arbeitnehmers erforderlich. Bezogen auf den Kündigungszeitpunkt und die bisher ausgeübte Tätigkeit müssen objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis einer weiteren, längeren Erkrankung rechtfertigen.

Die prognostizierten Fehlzeiten müssen ferner - zweite Stufe - zu einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen führen.

Schließlich muss - dritte Stufe - eine vorzunehmende Interessenabwägung ergeben, dass die betrieblichen Beeinträchtigungen zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belastung des Arbeitgebers führen.

Ist der Arbeitnehmer dauerhaft außer Stande, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, ist eine negative Prognose hinsichtlich der künftigen Entwicklung des Gesundheitszustands indiziert. Der dauernden Leistungsunfähigkeit steht die völlige Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit gleich. Eine solche Ungewissheit besteht, wenn in absehbarer Zeit nicht mit einer positiven Entwicklung gerechnet werden kann. Als absehbar ist in diesem Zusammenhang ein Zeitraum von bis zu 24 Monaten anzusehen.

Die entsprechende Ungewissheit führt - ebenso wie eine feststehende Unmöglichkeit, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen - zu einer grundsätzlich nicht näher darzulegenden erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen. Sie besteht darin, dass der Arbeitgeber auf unabsehbare Zeit gehindert ist, sein Direktionsrecht auszuüben und die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers abzurufen. In einem solchen Fall fehlt es in aller Regel an einem schutzwürdigen Interesse des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses.

Auch in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer auf Dauer wegen Krankheit die geschuldete Arbeitsleistung nicht mehr erbringen kann, ist eine Kündigung nach dem das gesamte Kündigungsrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur gerechtfertigt, wenn sie zur Beseitigung der eingetretenen Vertragsstörung erforderlich ist.

Zu den die Kündigung bedingenden Tatsachen gehört deshalb das Fehlen angemessener milderer Mittel zur Vermeidung künftiger Fehlzeiten. Mildere Mittel in diesem Sinne sind insbesondere die Umgestaltung des bisherigen Arbeitsbereichs oder die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen - leidensgerechten - Arbeitsplatz. Dies schließt in Krankheitsfällen die Verpflichtung des Arbeitgebers ein, einen leidensgerechten Arbeitsplatz durch Ausübung seines Direktionsrechts „freizumachen“ und sich ggf. um die erforderliche Zustimmung des Betriebs- bzw. Personalrats zu bemühen.

Scheidet eine Umsetzungsmöglichkeit aus, kann sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch eine Änderungskündigung - und sei es mit dem Ziel einer Weiterbeschäftigung zu schlechteren Arbeitsbedingungen - als vorrangig erweisen.

Der Arbeitgeber ist jedoch kündigungsrechtlich nicht gehalten, einen zusätzlichen, bisher nicht vorhandenen und nicht benötigten Arbeitsplatz dauerhaft einzurichten. Aus § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX folgt nichts anderes. Nach dieser Vorschrift haben schwerbehinderte Arbeitnehmer und die ihnen Gleichgestellten gegenüber ihrem Arbeitgeber Anspruch auf behinderungsgerechte Beschäftigung, damit sie ihre Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln können. Daraus kann sich ein Anspruch des schwerbehinderten Arbeitnehmers auf anderweitige Beschäftigung ergeben, wenn er seine vertraglich geschuldete Tätigkeit wegen seiner Behinderung nicht mehr ausüben kann. Der Anspruch besteht nicht, wenn eine anderweitige Beschäftigung zwar in Betracht kommt, sie dem Arbeitgeber aber unzumutbar oder für ihn mit unverhältnismäßig hohen Aufwendungen verbunden ist (§ 81 Abs. 4 Satz 3 SGB IX). Die Schaffung eines nicht benötigten Arbeitsplatzes kann nicht verlangt werden. Grundsätzlich besteht auch keine Verpflichtung des Arbeitgebers einen besetzten Arbeitsplatz „freizukündigen“, wenn nur so eine leidensgerechte Weiterbeschäftigung gewährleistet werden könnte. Ob eine Schwerbehinderung des erkrankten Arbeitnehmers ausnahmsweise eine derartige Verpflichtung begründet, hat das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 20.11.2014 – 2 AZR 664/13 – wie folgt beantwortet:

„Danach scheidet eine Pflicht des Arbeitgebers zur „Freikündigung“ jedenfalls dann aus, wenn der Inhaber der infrage kommenden Stelle den allgemeinen Kündigungsschutz genießt. Ob ohne diesen Schutz anderes gilt, wenn der Stelleninhaber nicht seinerseits behindert ist und die Kündigung für ihn keine besondere Härte darstellt, kann hier offenbleiben.“

Eine auf dauerhafte krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit gestützte Kündigung verstößt nicht ohne weiteres gegen das Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung nach § 7 Abs. 1 AGG und Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der ihm zugrunde liegenden europäischen Richtlinie 2000/78/EG. Die Kündigung ist vielmehr - auch unionsrechtlich - wirksam, wenn der Arbeitgeber nicht imstande ist, die

bestehende Leistungsunfähigkeit des Arbeitnehmers durch angemessene Vorkehrungen, d. h. durch effektive und praktikable, ihn - den Arbeitgeber - nicht unzumutbar belastende Maßnahmen zu beseitigen.

11. BAG: Konkrete Anleitung für das Betriebliche Eingliederungsmanagement

§ 84 Abs. 2 SGB IX verpflichtet jeden Arbeitgeber ein betriebliches Eingliederungsmanagement (kurz: bEM) durchzuführen, wenn ein Beschäftigter im letzten Jahr mehr als sechs Wochen arbeitsunfähig erkrankt war. Das Gesetz benennt zwar die Voraussetzungen, die Ziele und die Beteiligten des bEM, lässt dem Arbeitgeber aber Gestaltungsspielraum bei der Durchführung des bEM.

Ohne ein ordnungsgemäßes bEM und ein entsprechendes Angebot zur Durchführung eines bEM gegenüber dem betroffenen Mitarbeiter ist eine wirksame krankheitsbedingte Kündigung im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes praktisch ausgeschlossen. Das bEM ist zwar theoretisch keine Wirksamkeitsvoraussetzung für eine krankheitsbedingte Kündigung. Praktisch legt das BAG die Messlatte für die Darlegung und den Beweis des Arbeitgebers, dass die Kündigung verhältnismäßig sei, aber so hoch, dass eine wirksame krankheitsbedingte Kündigung ohne ein ordnungsgemäßes bEM-Angebot und bei Zustimmung des Beschäftigten ohne ein erfolglos durchgeführtes bEM-Verfahren ausgeschlossen erscheint.

In der als Anlage 3 übersandten Besprechung der Entscheidung ([Bundesarbeitsgericht \(BAG\), Entscheidung vom 20.11.2014 \(Az.: 2 AZR 755/13\)](#)) hat das BAG die Frage beantwortet, wie detailliert ein ordnungsgemäßes bEM-Angebot sein muss.

12. BAG: Bewilligung der Erwerbsminderungsrente belegt nicht die Nutzlosigkeit des bEM

Zum Kopfschütteln Anlass gibt die Entscheidung des [BAG, Urteil vom 13.05.2015 - 2 AZR 565/14](#) - Orientierungssätze des Gerichts:

- 1. Eine lang andauernde krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit in der unmittelbaren Vergangenheit stellt ein gewisses Indiz für die Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit in der Zukunft dar. Der Arbeitgeber genügt deshalb seiner Darlegungslast für eine negative Prognose zunächst, wenn er die bisherige Dauer der Erkrankung und die ihm bekannten Krankheitsursachen vorträgt.*
- 2. Bei krankheitsbedingter dauernder Leistungsunfähigkeit ist in aller Regel ohne weiteres von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen auszugehen. Die völlige Ungewissheit einer Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit steht einer krankheitsbedingten dauernden Leistungsunfähigkeit gleich, wenn - ausgehend vom Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung - jedenfalls in den nächsten 24 Monaten mit einer Genesung nicht gerechnet werden kann.*
- 3. Um darzutun, dass die Kündigung dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügt und ihm keine mildereren Mittel zur Überwindung der krankheitsbedingten Störung des Arbeitsverhältnisses als die Beendigungskündigung offenstanden, muss der Arbeitgeber, der entgegen § 84 II SGB IX kein bEM durchgeführt hat, dessen objektive Nutzlosigkeit darlegen. Hierzu hat er umfassend und detailliert vorzutragen, warum - auch nach ggf. zumutbaren Umorganisationsmaßnahmen - weder ein weiterer Einsatz auf dem bisherigen Arbeitsplatz noch dessen leidensgerechte Anpassung oder Veränderung möglich gewesen wären und der Arbeitnehmer auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei*

geänderter Tätigkeit hätte eingesetzt werden können, warum also ein bEM in keinem Fall dazu hätte beitragen können, neuerlichen Krankheitszeiten bzw. der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit entgegenzuwirken und das Arbeitsverhältnis zu erhalten.

4. *Ist dem Arbeitnehmer eine Rente wegen voller Erwerbsminderung i.S.d. § 43 II SGB VI bewilligt worden, belegt dies allein nicht die objektive Nutzlosigkeit eines bEM.*

Aus den Gründen:

„...Im Übrigen ergibt sich aus einer Rentenbewilligung wegen Erwerbsminderung nicht ohne weiteres, dass der Leistungsempfänger arbeitsunfähig ist. Insbesondere begründet der Rentenbezug keine - widerlegbare - Vermutung oder Indizwirkung für das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit während der Dauer der Bewilligung. Die arbeitsrechtlichen Voraussetzungen einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit und die sozialrechtlichen Voraussetzungen einer Erwerbsminderung sind nicht die gleichen. Der Erwerbsgeminderte kann durchaus arbeitsfähig sein. Auch eine Rente wegen voller Erwerbsminderung setzt gemäß § 43 Abs. 2 SGB VI nicht zwingend voraus, dass der Arbeitnehmer seine bisher vertraglich geschuldete Tätigkeit nicht mehr ausüben kann. Voll erwerbsgemindert sind nach § 43 Abs. 2 Satz 2 SGB VI Versicherte, die wegen Krankheit oder Behinderung auf nicht absehbare Zeit außerstande sind, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarkts mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein. Die Bedingungen am bisherigen Arbeitsplatz können jedoch von denen des allgemeinen Arbeitsmarkts abweichen. So steht einer Erwerbsminderung eine vom Regelfall abweichende günstige Arbeitsgelegenheit nicht entgegen. Dies mag bei der bisherigen Tätigkeit des Klägers als Busfahrer für die Beklagte nicht der Fall gewesen sein. Feststellungen dazu hat das Landesarbeitsgericht jedoch nicht getroffen. ...“

13. Abmahnung – als Verzicht des Arbeitgebers auf sein Kündigungsrecht

Der Arbeitgeber kann auf das Recht zum Ausspruch einer – außerordentlichen oder ordentlichen – Kündigung jedenfalls nach dessen Entstehen durch eine entsprechende Willenserklärung einseitig verzichten. Ein solcher Verzicht ist ausdrücklich oder konkludent möglich. So liegt im Ausspruch einer Abmahnung regelmäßig der konkludente Verzicht auf das Recht zur Kündigung aus den in ihr gerügten Gründen. Der Arbeitgeber gibt mit einer Abmahnung zu erkennen, dass er das Arbeitsverhältnis noch nicht als so gestört ansieht, als dass er es nicht mehr fortsetzen könnte¹. Dies gilt allerdings dann nicht, wenn gemäß §§ 133, 157 BGB der Abmahnung selbst oder den Umständen zu entnehmen ist, dass der Arbeitgeber die Angelegenheit mit der Abmahnung nicht als „erledigt“ ansieht². Nach §§ 133, 157 BGB sind Willenserklärungen so auszulegen, wie die Parteien sie nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen mussten. Dabei ist vom Wortlaut auszugehen. Zur Ermittlung des wirklichen Willens der Parteien sind auch die außerhalb der Vereinbarung liegenden Umstände einzubeziehen, soweit sie einen Schluss auf den Sinngehalt der Erklärung zulassen. Vor allem sind die bestehende Interessenlage und der mit dem Rechtsgeschäft verfolgte Zweck zu berücksichtigen. Im Zweifel ist der Auslegung der Vorzug zu geben, die zu einem vernünftigen, widerspruchsfreien und den Interessen beider Vertragspartner gerecht werdenden Ergebnis führt. ([Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 13. Mai 2015 – 2 AZR 531/14 -](#))

14. BFH: Steuerwirksame Gestaltung des Zuflusses einer Abfindung

Interessant im Zusammenhang mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen ist folgende schon etwas ältere BFH-Entscheidung. Der IX. Senat des Bundesfinanzhofs (BFH) hat mit [Urteil des IX. Senats vom 11.11.2009 - IX R 1/09](#) - entschieden, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer den Zufluss einer Abfindung anlässlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Weise steuerwirksam gestalten können, dass sie die Fälligkeit der Abfindung vor ihrem Eintritt hinausschieben. Im entschiedenen Fall wurde der Zeitpunkt der Fälligkeit einer (Teil-)Abfindungsleistung für das Ausscheiden des Arbeitnehmers zunächst in einer Betriebsvereinbarung auf einen Tag im November des Streitjahres 2000 bestimmt. Die Vertragsparteien verschoben jedoch vor dem ursprünglichen Fälligkeitszeitpunkt im Interesse einer für den Arbeitnehmer günstigeren steuerlichen Gestaltung den Eintritt der Fälligkeit einvernehmlich auf den Januar des Folgejahres 2001; die Abfindung wurde entsprechend auch erst im Folgejahr ausgezahlt. Weil die Besteuerung vom Zufluss der Abfindung abhängt, war die Abfindung nach der Beurteilung des BFH deshalb auch erst im Jahr 2001 zu versteuern.

15. LAG Hamm: Kopftuchverbot im evangelischen Krankenhaus

Das Tragen eines Kopftuchs oder einer entsprechenden anderen Kopfbedeckung ist ein nach außen hin sichtbares Symbol der Zugehörigkeit zum islamischen Glauben und damit die Kundgabe einer anderen Religionszugehörigkeit. Angesichts der von der Klägerin ausgeübten Tätigkeit einer Krankenschwester ist dies mit der Verpflichtung zu neutralem Verhalten gegenüber der Evangelischen Kirche nicht in Einklang zu bringen.

Bei diesem [Urteil des LAG Hamm vom 08.05.2015 - 18 Sa 1727/14](#) handelt es sich um die Fortführung des vom [BAG, Urteil vom 24.09.2014 - 5 AZR 611/12](#) nicht zu Ende entschiedenen Fall. Mit der Rückverweisung an das LAG sollte geklärt werden, ob das beklagte Krankenhaus überhaupt eine kirchliche Einrichtung ist. Interessant sind insbesondere die Ausführungen ab Rz. 144 ff der Urteilsgründe zur Zuordnung einer Einrichtung zur Kirche.

16. Fristlose Kündigung nach Schlaf im Nachtdienst

Eine rheinland-pfälzische Altenpflegehelferin, die sich während einer Nachtwache in einem Seniorenheim schlafen gelegt hatte, durfte fristlos entlassen werden. Das hat das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz [Az.: 5 Sa 637/14](#) entschieden. Es wies die Kündigungsschutzklage der Frau ab. Nachdem das Arbeitsgericht in der Vorinstanz lediglich Gründe für eine ordentliche Kündigung gesehen hatte, gaben die Richter am Landesarbeitsgericht einer Berufung des Seniorenheims statt. Die Schwere der Pflichtverletzungen und der »irreparable Vertrauensverlust« machten eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unmöglich, heißt es in dem Urteil. Besonders schwerwiegend sei gewesen, dass die Pflegehelferin ihren Schlaf geplant habe: »Ihr sind nicht etwa wegen einer plötzlich auftretenden Müdigkeit kurz die Augen zugefallen, sie hat sich bewusst in einem Fernsehsessel im Aufenthaltsraum schlafen gelegt.« Zuvor hatte die Klägerin die Betten zweier pflegebedürftiger Bewohnerinnen so weit verschoben, dass die Seniorinnen die Notrufl Klingel nicht mehr erreichen konnten. Außerdem habe die Klägerin die Pflegedokumentation gefälscht und nicht erbrachte Leistungen während der Nacht notiert.

17. Außerordentliche Kündigung wegen Arbeitsverweigerung für Überstunden

Das Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern ([5 TaBV 7/14](#)) hat sich zur Kündigung wegen der Weigerung der Ableistung von Überstunden geäußert:

- 1. Eine Arbeitsverweigerung ist grundsätzlich geeignet, einen Kündigungsgrund für eine außerordentliche Kündigung darzustellen.*
- 2. Eine Pflicht zur Ableistung von Überstunden kommt dann in Betracht, wenn es hierzu eine auf das Arbeitsverhältnis anwendbare Vereinbarung gibt oder aber der Arbeitnehmer aus der Treuepflicht heraus zur Ableistung von Überstunden verpflichtet ist, weil sich der Arbeitgeber in einer Notlage befindet, der anders nicht begegnet werden kann.*
- 3. Bei der Abwägung ist dem Interesse des Arbeitgebers an der schnellen Abarbeitung bestehender Aufgaben das Interesse des Arbeitnehmers an der Einhaltung der durch Arbeitsvertrag, Arbeitszeitgesetz und Schichtplangestaltung vorgegebenen Arbeitszeiten gegenüberzustellen. Es ist zu berücksichtigen, dass auch der Arbeitnehmer ein Interesse an einer vorhandenen, planbaren und störungsfreien Freizeit zur freien Gestaltung und Erholungszwecken hat.*

Aus den Gründen:

„...Grundsätzlich ist ein Arbeitnehmer – selbst bei Ausblendung möglicher Beteiligungsrechte eines Betriebsrates – nur zur Arbeitsleistung während der arbeitsvertraglich vereinbarten Regelarbeitszeit verpflichtet. Eine Pflicht zur Ableistung von Überstunden kommt dann in Betracht, wenn es hierzu eine auf das Arbeitsverhältnis anwendbare Vereinbarung gibt oder aber der Arbeitnehmer aus der Treuepflicht heraus zur Ableistung von Überstunden verpflichtet ist, wenn sich der Arbeitgeber in einer Notlage befindet, der anders nicht begegnet werden kann.

.... Damit könnte sich die Pflicht zur Ableistung von Überstunden allein aus betrieblicher Übung oder aber aus der Treuepflicht in einem Notfall ergeben.

... Die Freizeit des Arbeitnehmers beginnt ab dem Ende der Arbeitszeit. In dieser Zeit ist er völlig frei in seiner Zeitgestaltung. Deshalb war der Beteiligte .. nicht gehalten, einen Schichttausch vorzunehmen, um den privaten Termin weiter entfernt von der Arbeitszeit zu halten. Eine gegenteilige Überlegung wäre gegebenenfalls nur dann denkbar, wenn sich auf Grund konkreter Umstände andeuten würde, dass an dem gewissen Tag Tatsachen eintreten könnten, die noch nachträglich die Anordnung von Überstunden notwendig machen könnten. Dies müssen dann jedoch besondere Einzelfallumstände sein. Nicht ausreichend wäre die allgemeine, nicht von konkreten Umständen für den einzelnen Tag getragene Annahme, es könnten theoretisch allgemein immer Überstunden anfallen. Denn dies trifft nahezu auf alle Arbeitsplätze zu. Dann wäre ein Arbeitnehmer jedoch nicht frei in seiner Freizeitgestaltung. Auch würde sich dann die Frage stellen, innerhalb welcher Zeit nach eigentlichem Arbeitszeitende keine privaten Termine vereinbart werden dürfen. Soll eine halbe Stunde angemessen sein oder eine Stunde oder zwei Stunden?

... . Der Antragsteller kann vielmehr nur einwenden, dass immer mit Folgeaufträgen kurz vor Dienst-ende zu rechnen ist. Dann ist dies jedoch der bekannte betriebliche Normalfall, auf den der Arbeitgeber mit entsprechender Organisation des Arbeitskräfteeinsatzes zu reagieren hat. Der Umstand, dass ständig ohne jedwede Planbarkeit Rettungseinsätze eingehen können, ist dem vom Arbeitgeber zu tragenden unternehmerischen Risiko zuzurechnen. Dieser bekannte fortlaufende Umstand ist nicht dadurch aufzulösen, dass die Arbeitnehmer sich eine gewisse Zeit nach ihrem Arbeitszeitende weiterhin für den

Arbeitgeber einplanen müssen. Anderenfalls wäre diese Zeit nicht mehr als Freizeit zu werten – mit entsprechender vergütungsrechtlicher Konsequenz.

...Zusammengefasst lässt sich darstellen, dass der Anfall von Arbeit kurz vor Ablauf eines Schichtendes und damit der potentielle Anfall von Überstunden für den Arbeitgeber in abstrakter Sicht dauerhaft vorhersehbar ist und er hierauf durch entsprechende Organisation reagieren könnte. ...“

18. Kein Anspruch auf bezahlte Raucherpausen kraft betrieblicher Übung

Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, Raucherpausen zu vergüten; eine betriebliche Übung des Inhalts, dass Raucherpausen vergütet werden, entsteht nicht, wenn der Arbeitgeber über eine lange Zeit die Raucherpausen zeitlich nicht erfasst und deshalb einen Lohnabzug nicht vorgenommen hat. Das hat das [LAG Nürnberg mit Urt. vom 21.7.2015 – 7 Sa 131/15](#) entschieden.

Bis Ende 2012 war es im Betrieb der Beklagten gestattet, an bestimmten gesondert ausgewiesenen „Raucherinseln“ zu rauchen. Die Arbeitgeberin duldete dies auch während der Arbeitszeit, ein Aus- und Wiedereinstempeln durch die Arbeitnehmer war nicht erforderlich. Dauer und Häufigkeit der Raucherpausen wurden ebenso wenig erfasst wie die Namen der Arbeitnehmer, die davon Gebrauch machten. Zum 1.1.2013 trat eine mit dem Betriebsrat ausgehandelte Betriebsvereinbarung in Kraft, die u.a. bestimmte: „Beim Entfernen vom Arbeitsplatz zum Rauchen sind die nächstgelegenen Zeiterfassungsgeräte gem. Anlage zum Ein- und Ausstempeln zu benutzen“.

Der Kläger verlangt Vergütung für 111 Minuten Raucherpausen im Januar 2013, 251 Minuten im Februar und 253 Minuten im März 2013. Zu seiner Überzeugung ergibt sich der Anspruch auf Vergütung der Raucherpausen aus dem Gesichtspunkt der betrieblichen Übung. Die Beklagte habe seit Anfang der 1970er Jahre in wiederholter und gleichförmiger Weise die Raucherpausen (jeweils 4 bis 10 Minuten) vergütet. Daran müsse sie sich auch in Zukunft festhalten lassen.

Das LAG Nürnberg hat die Klage abgewiesen. Eine betriebliche Übung sei nicht entstanden:

„... Es war für den Kläger und seine ebenfalls rauchenden Kollegen ohne weiteres feststellbar, dass die Beklagte die Pausenzeiten nicht erfasste und daher ein Lohnabzug nicht durchführbar war. Daraus ergibt sich bei redlicher Betrachtungsweise gleichzeitig, dass die Raucher objektiv dadurch privilegiert waren, dass sie die Raucherpausenzeiten vergütet erhielten. Da selbst die gesetzlichen Ruhepausen grundsätzlich nicht zu vergüten sind und auch bei der Beklagten nicht bezahlt werden, war die Erkenntnis zwingend, dass die Raucher Leistungen, auf die sie keinen Anspruch hatten, nur deshalb erhielten, weil der Arbeitgeber wegen der fehlenden Zeiterfassung daran gehindert war, entsprechende Einwendungen zu erheben. Darauf, dass dies in Zukunft so bleiben würde, konnten die betroffenen Arbeitnehmer bei vernünftiger Betrachtungsweise nicht vertrauen. ...“

19. Geriatriezulage ist auch nach TV-L weiterhin zu zahlen

Das LArbG Stuttgart hat entschieden, dass Pflegekräften in Altenheimen, die überwiegend krankenpflegebedürftige Altenheimbewohner pflegen, nach wie vor eine monatliche Zulage gemäß dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder zusteht.

Der Arbeitgeber betreibt 65 Pflegeheime, vorwiegend in Baden-Württemberg. Dort sind ca. 3.500 Pflegekräfte beschäftigt. Aufgrund eines Anerkennungstarifvertrags findet auf die Arbeitsverhältnisse der

Beschäftigten der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) Anwendung. Nach der Vorbemerkung Nr. 5 Abs. 1 c) zur Entgeltordnung des TV-L steht den Pflegekräften eine monatliche Zulage in Höhe von 46,02 Euro brutto zu, wenn sie die Grund- und Behandlungspflege zeitlich überwiegend bei Kranken in geriatrischen Abteilungen oder Stationen ausüben.

Zu gleichlautenden Vorgängerregelungen im Bundes-Angestelltentarifvertrag und ähnlichen Tarifwerken hatte das BAG bereits im Jahr 1973 (BAG, Urt. v. 24.08.1983 - 4 AZR 184/81) und später noch einmal im Jahr 1999 (BAG, Urt. v. 15.12.1999 - 10 AZR 638/98) entschieden, aus der Systematik des Tarifvertrags ergebe sich, dass diese Zulage nicht nur an Pflegekräfte in Krankenhäusern, sondern auch an Pflegekräfte in Altenheimen zu zahlen sei. Voraussetzung sei allerdings, dass überwiegend krankenpflegebedürftige Altenheimbewohner zu pflegen seien. Die Zulage sei eine Erschwerniszulage, die die besonderen Belastungen der Pflegekräfte bei der Pflege von kranken alten Menschen ausgleichen solle. Der Arbeitgeber hat die Auffassung vertreten, das BAG habe bereits damals die tatsächlichen Verhältnisse verkannt. Gesunde alte Menschen seien nicht pflegebedürftig. Die Pflegebedürftigkeit resultiere allein aus Erkrankungen. Die in den Pflegeheimen untergebrachten alten Menschen seien fast ausnahmslos krank. Folge man dem Bundesarbeitsgericht, so stehe jedem Altenpfleger die Zulage zu, sofern für das Arbeitsverhältnis der TV-L gelte. Das sei von den Tarifvertragsparteien so nicht gewollt gewesen. Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Zulage solle die besonderen Belastungen ausgleichen, die sich bei der Pflege erkrankter alter Menschen ergäben. Diesen Zweck erfülle die Zulage nach wie vor. Das LArbG Stuttgart ist der bisherigen Rechtsprechung des BAG gefolgt. Nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist Zweck der Zulage, die über die "normale" Altenpflege hinausgehenden besonderen Belastungen des Pflegepersonals bei der Pflege kranker alter Menschen auszugleichen, nach wie vor gegeben. Die Berufungsverhandlung habe zwar ergeben, dass – anders als früher – die alten Menschen so lange wie möglich in ihrer häuslichen Umgebung verblieben und daher meist in einem erkrankten Zustand in den Pflegeheimen untergebracht würden. Der demographische Wandel habe deshalb zur Folge, dass die Zahlung der Pflegezulage praktisch der Normalfall geworden sei. Dies bedeute für die Träger der Pflegeeinrichtungen einen beträchtlichen finanziellen Mehraufwand. Dennoch sei der Zweck der Zulage immer noch gegeben. Den geänderten gesellschaftlichen Verhältnissen könne nicht durch eine Rechtsprechungsänderung Rechnung getragen werden, etwa dahin, dass die Zulage nur noch bei der Pflege von schwerst pflegebedürftigen Menschen zu zahlen sei. Es sei die Aufgabe der Tarifvertragsparteien, eine Änderung des Zulagensystems zu vereinbaren, wenn dieses ihrer Auffassung nach nicht mehr zeitgemäß sei.

Die Revision an das BAG hat das Landesarbeitsgericht aufgrund der gefestigten Rechtsprechung nicht zugelassen. Dem Arbeitgeber verbleibt jedoch die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde.

20. Pfändbarkeit der Zeitzuschläge für Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit sowie der Zulage für Wechselschichtarbeit

Nach § 850a Nr. 3 ZPO sind Schmutz- und Erschwerniszulagen unpfändbar, soweit diese Bezüge den Rahmen des Üblichen nicht übersteigen. Zu den Zeitzuschlägen für Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit sowie zur Zulage für Wechselschichtarbeit hat das LAG Berlin-Brandenburg ([Urteil des LAG Berlin-Brandenburg vom 9. Januar 2015 - 3 Sa 1335/14 -](#)) entschieden, dass es sich bei ihnen um Erschwerniszulagen i. S. d. § 850a Nr. 3 ZPO handelt.

Der Kläger, ein bei dem beklagten Landkreis als Lagedienstführer Beschäftigter, hatte im Rahmen eines Privatinsolvenzverfahrens seine pfändbaren Bezüge gemäß § 287 Abs. 2 InsO für die Dauer von sechs Jahren an eine Treuhänderin abgetreten. Der Beklagte bezog bei der Berechnung des an die Treuhänderin auszahlenden Betrages auch die Zeitzuschläge für Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit nach § 8 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b, c und d TVöD sowie die Wechselschichtzulage nach § 8 Abs. 5 TVöD ein. Dem widersprach der Kläger und forderte die Zahlung der Zuschläge an sich. Mit seiner Klage verlangte er von dem Beklagten bezogen auf die Vergangenheit die Zahlung der bereits an die Treuhänderin ausgezahlten Beträge sowie bezogen auf die Zukunft die Feststellung, dass der Beklagte verpflichtet ist, die Zuschläge als unpfändbar zu behandeln.

Das Arbeitsgericht Eberswalde gab der Klage statt. Das LAG Berlin-Brandenburg hat die hiergegen gerichtete Berufung zurückgewiesen. Eine Revision wurde nicht eingelegt. Das Berufungsurteil ist rechtskräftig.

Die genannten Zuschläge seien, so das LAG Berlin-Brandenburg, unpfändbar und daher von der Abtretung nicht umfasst. § 850a Nr. 3 ZPO erkläre Erschwerniszulagen allgemein für unpfändbar. Weder Wortlaut noch Systematik, Sinn und Zweck oder Entstehungsgeschichte der Norm lasse sich einschränkend entnehmen, dass die Erschwernis aus einem bestimmten Grund entstanden sein müsse. Sie greife daher nicht nur bei Erschwernissen aufgrund der Art der Arbeit, sondern auch bei Erschwernissen durch die Arbeit zu ungünstigen Zeiten. Die Belastungen für die Beschäftigten könnten in beiden Fällen gleich hoch sein. Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit beeinträchtige deren familiäres und soziales Leben, Wechselschichtarbeit wirke nachteilig auf deren Lebensrhythmus ein. Für die Auslegung der Gesetzesvorschrift komme es nicht darauf an, wie der Begriff der Erschwerniszuschläge in Tarifverträgen verwandt werde.

Die Entscheidung weicht von dem Urteil des Hessischen LAG vom 25. November 1988 – 13 Sa 359/88 – und der in der Kommentarliteratur zu § 850a ZPO überwiegend, jedoch ohne nähere Begründung vertretenen Meinung ab und folgt der jüngsten Rechtsprechung zahlreicher Verwaltungsgerichte und dem Beschluss des OVG Lüneburg vom 17. September 2009 – 5 ME 186/09 – zur Unpfändbarkeit ähnlicher Zulagen bei der Beamtenbesoldung.

Höchststrichlerlich ist die Frage bisher nicht geklärt. Gleichwohl spricht einiges dafür, in der Praxis den neueren Entscheidungen des LAG Berlin-Brandenburg sowie der Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu folgen und den Begriff der Erschwerniszulagen i. S. d. § 850a Nr. 3 ZPO mangels einschränkender Merkmale im Gesetz weit auszulegen. Dementsprechend sollten Zeitzuschläge für Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit und die Wechselschichtzulage im TVöD sowie im TV-V und TV-Ärzte/VKA als unpfändbar behandelt werden.

Hinzuweisen ist allerdings ausdrücklich darauf, dass auch bei einer Auszahlung an den Beschäftigten mangels höchstrichterlicher Klärung im Streitfall auf Betreiben des Gläubigers das Risiko besteht, dass das Gericht die Frage der Pfändbarkeit anders beurteilt und den Arbeitgeber zu einer zweiten Zahlung verurteilt. Für Arbeitgeber, die dieses Risiko vermeiden wollen, besteht die Möglichkeit, den Betrag nach § 372 BGB bei den nach den jeweiligen Hinterlegungsgesetzen der Länder bestimmten Hinterlegungskassen (lt. § 3 Nieders. Hinterlegungsgesetz – NHintG – sind Hinterlegungsstellen grundsätzlich die Amtsgerichte) unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme zu hinterlegen. Sie werden dadurch nach § 378 BGB von der Verpflichtung zur Leistung frei, und es ist dann Sache des Beschäftigten und seines Gläubigers, die Frage Unpfändbarkeit zu klären.

21. LAG Düsseldorf: Diskriminierende Stellenanzeige - «Berufsanfänger»

[LAG Düsseldorf, Urteil vom 09.06.2015 - 16 Sa 1279/14](#) - Leitsätze des Gerichts:

- 1. Die Beschränkung des Bewerberkreises in einer Stellenanzeige auf Arbeitnehmer, die ihre kaufmännische Ausbildung vor kurzem abgeschlossen haben, kann im Einzelfall eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters indizieren.*
- 2. Das im Sinne einer Höchstanzforderung verwendete Merkmal "Berufsanfänger" schließt typischerweise Bewerber mit einem höheren Lebensalter von einer Bewerbung auf die offene Stelle aus.*
- 3. Eine mittelbare Altersdiskriminierung liegt nicht vor, wenn die Stellenanforderung "Berufsanfänger" durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.*

22. Abwerbungsklausel mit Vertragsstrafversprechen

Aus einer „Abwerbungsklausel“ mit Vertragsstrafenversprechen kann der Arbeitgeber laut [Landesarbeitsgericht Mecklenburg -Vorpommern, Urteil vom 20. Januar 2015 – 2 Sa 59/14](#) keine Ansprüche herleiten. Eine solche Vertragsklausel ist unwirksam, weil sie den Arbeitnehmer im Sinne von § 307 Absatz 1 Satz 1 BGB unangemessen benachteiligt. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch steht es dem Arbeitnehmer jederzeit frei, sein Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen oder gegebenenfalls der vertraglich vereinbarten Kündigungsfristen zu beenden. Das gilt insbesondere auch dann, wenn er für sich entschieden hat, zukünftig für den Auftraggeber seines Arbeitgebers tätig zu werden oder für ein Unternehmen, das mit dem Auftraggeber des Arbeitgebers Geschäftsbeziehungen pflegt. Diese Kündigungsfreiheit des Arbeitnehmers ist Ausdruck seiner grundgesetzlich verbürgten Berufsausübungsfreiheit (Artikel 12 GG).

Von diesem Modell eines Arbeitsvertrages weicht eine vertragsstrafenbewehrte Abwerbungsklausel unangemessen zu Lasten des Arbeitnehmers ab, denn dort wird dem Arbeitnehmer eine Einschränkung seiner Freiheit, sich seinen Arbeitgeber frei auszusuchen, vorgesehen, ohne dass der Arbeitnehmer für diese Einschränkung seiner Freiheit angemessen entschädigt wird. Nach Überzeugung des Gerichts steht die Klausel einem entschädigungslosen nachvertraglichen Wettbewerbsverbot gleich, denn das Verbot erstreckt sich nicht nur auf den Moment der Abwerbung, sondern auch auf die Zeit des danach entstehenden Arbeitsverhältnisses.

23. Anwendbarkeit des Arbeitszeitgesetzes für Beschäftigte in Wohngruppen

Die Urteilsbegründung des [VG Berlin, Urt. v. 24.3.2015 – 14 K 184/14](#) liegt nun vor. Hier nochmal die Leitsätze:

- 1. Von einem Zusammenleben in häuslicher Gemeinschaft im Sinne des § ARBZG § 18 ARBZG § 18 Absatz 1 Nr. ARBZG § 18 Nummer 3 ArbZG ist dann auszugehen, wenn ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin mit mindestens einer anderen Person in einem räumlich abgegrenzten Bereich für längere Zeit dergestalt zusammen wohnt, dass dies nach wertender Betrachtung dem Zusammenleben und gemeinsamen Wirtschaften in einem Familienverbund weitgehend gleichkommt.*
- 2. Erzieherinnen und Erzieher wohnen während der Rund-um-die-Uhr-Betreuung von Kindern und Jugendlichen nicht in der Wohngruppe, sondern arbeiten dort ausschließlich, denn auch in Zeiten mit*

geringerer Belastungsintensität befinden sie sich in Arbeitsbereitschaft oder im Bereitschaftsdienst, was beides zur Arbeitszeit rechnet.

3. Für das „Ob“ des Einschreitens (Entschließungsermessen) besteht im Rahmen des § ARBZG § 17 ARBZG § 17 Absatz II ArbZG ein intendiertes Ermessen der Aufsichtsbehörde.

Lesenswert ist die Anmerkung von Prof. Dr. Kirsten Scheiwe, Hildesheim aus NZA-RR Heft 10/2015, Seite 522 ff, die ich als **Anlage 4** übersende. Lesenswert sind danach insbesondere die Ausführungen des Gerichts zum Verhältnis von Arbeitszeit und Freizeit der Erzieherinnen beim „Innewohnen“ in der Wohngemeinschaft.

24. Neuregelungen bei der Elternzeit für ab dem 01.07.2015 geborene Kinder

Das BEEG ist neu gefasst worden und hält einige Änderungen für ab dem 01.07.2015 geborene Kinder parat. Die Änderungen wirken sich in der betrieblichen Praxis ebenfalls aus, da die Aufteilung der Elternzeit flexibler wurde und sich die Arbeitgeber daher mit den neuen Regelungen detailliert auseinandersetzen müssen.

Wie bisher können Eltern bis zum 3. Geburtstag eines Kindes eine unbezahlte Auszeit vom Job nehmen. Künftig können sie allerdings 24 Monate statt bisher nur zwölf zwischen dem 3. und dem 8. Geburtstag des Kindes beanspruchen. Eine Zustimmung des Arbeitgebers ist dafür nicht mehr notwendig. Jedoch muss die Elternzeit nach dem 3. Geburtstag des Kindes 13 Wochen vorher angemeldet werden, die Elternzeit vor dem 3. Geburtstag nach wie vor nur sieben Wochen vorher.

Beide Elternteile können ihre Elternzeit zudem in je drei statt wie früher zwei Abschnitte aufteilen. Der Arbeitgeber kann einen dritten Elternzeitabschnitt aus dringenden betrieblichen Gründen ablehnen, sofern der dritte Abschnitt zwischen dem dritten und achten Geburtstag des Kindes liegt. Möchten Eltern innerhalb der Elternzeit zwischen 15 und 30 Wochenstunden Teilzeit arbeiten, kann der Arbeitgeber die Teilzeit nur aus dringenden betrieblichen Gründen ablehnen. Die Zustimmung des Arbeitgebers gilt als erteilt, wenn der Antrag nicht innerhalb einer bestimmten Frist abgelehnt wird.

Sobald die Elternzeiterklärung beim Arbeitgeber eingegangen ist, besteht Kündigungsschutz bis zum Ende der Elternzeit. In besonderen Fällen kann die zuständige Behörde auf Antrag des Arbeitgebers ausnahmsweise die Kündigung für zulässig erklären. Die Laufzeit eines befristeten Vertrages ändert sich nicht durch die Inanspruchnahme der Elternzeit.

Als Hilfreich empfinde ich das als **Anlage 5** übersandte Merkblatt MUTTERSCHUTZ UND ELTERNZEIT der agmav Württemberg.

25. Kürzung desurlaubes nach § 17 BEEG nur während des Arbeitsverhältnisses möglich

In diesem Zusammenhang weise ich auf eine aktuelle Entscheidung des BAG hin. Das BAG hat in seinem [Urteil vom 19.05.2015 \(9 AZR 725/13\)](#) ausgeführt, dass der Arbeitgeber von der Kürzungsmöglichkeit desurlaubes nach § 17 BEEG nur während des Arbeitsverhältnisses Gebrauch machen kann. Seine ältere entgegenstehende Rechtsprechung hat das BAG ausdrücklich aufgegeben bzw. für nicht anwendbar erklärt.

Die Regelung in § 17 Absatz 1 BEEG, wonach der Arbeitgeber den Erholungsurlaub, der dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin für das Urlaubsjahr zusteht, für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel kürzen kann, setzt voraus, dass der Anspruch auf Erholungsurlaub noch besteht. Daran fehlt es, wenn das Arbeitsverhältnis beendet ist und der Arbeitnehmer Anspruch auf Urlaubsabgeltung hat.

Da das BAG den Urlaubsabgeltungsanspruch inzwischen als einen eigenständigen Anspruch ansieht (und nicht als Surrogat des Urlaubsanspruchs), ist diese Entscheidung aus Sicht des BAG konsequent. Gleichwohl hat sie enorme Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis mit einem in Elternzeit befindlichen Arbeitnehmer. Arbeitgeber sind nun daran gehalten, ihre Kürzungsmöglichkeit bereits während des bestehenden Arbeitsverhältnisses auszuüben, was in nicht wenigen Einzelfällen zu Differenzen zwischen den Vertragsparteien führen dürfte.

26. Sind „Ehrenamtliche“ Arbeitnehmer?

Vereine setzen in der Praxis sehr häufig ehrenamtliche Helfer ein. Diese erhalten dann vom Verein meist eine pauschale Aufwandsentschädigung, die ihre „Mühe“, nicht jedoch ihren Arbeitseinsatz im Sinne einer „echten“ Entlohnung vergüten soll. Fraglich ist, ob in einer solchen Konstellation von einer Beschäftigung im Sinne arbeitsrechtlicher Bestimmungen ausgegangen werden kann. Wäre dies der Fall, könnten z. B. Tätigkeiten ehrenamtlicher Helfer nicht einfach beendet, sondern müssten formal gekündigt werden. Sofern der Verein dann im Übrigen kein Kleinbetrieb im Sinne kündigungsschutzrechtlicher Bestimmungen ist, unterlägen ehrenamtliche Helfer auch den Kündigungsschutzbestimmungen.

Ausgangspunkt: Im Kern steht Unentgeltlichkeit im Vordergrund

Das BGB geht davon aus, dass eine ehrenamtliche Tätigkeit, die letztlich „unentgeltlich“ verrichtet wird, zivilrechtlich einen Auftrag i. S. der §§ 662 ff. BGB begründet. Das Auftragsverhältnis zeichnet sich im Kern dadurch aus, dass der Beauftragte seine Tätigkeit für den Auftraggeber ohne Anspruch auf eine Vergütung verrichtet.

Jüngst hatte das LAG München ([Urteil vom 26. 11. 2014 - 10 Sa 471/14](#)) Gelegenheit, sein Verständnis des Ehrenamts im Lichte arbeitsrechtlicher Bestimmungen niederzulegen. Nach Auffassung des LAG München sind Ehrenamtliche jedenfalls dann keine Arbeitnehmer, wenn diese nicht in eine Weisungskette eingebunden sind, mit anderen Worten dem betrieblichen Ablauf in dem Betrieb „Verein“ nicht gleich einem dort tätigen Arbeitnehmer zuzuordnen sind bzw. in diesen eingegliedert sind. Weiter unterstellt das LAG München, dass zwar im Grundsatz eine Vergütung der Tätigkeit nicht zwingend erforderlich ist, um Arbeitnehmer zu sein. Jedoch führe im Umkehrschluss eine geringe Vergütung i. S. einer Aufwandsentschädigung nicht automatisch dazu, dass hiermit ein Arbeitsverhältnis begründet werden könne.

Auffassung des BAG – Dient die Tätigkeit der Existenzsicherung?

Das BAG hatte in einem Urteil aus dem Jahr 2012 ([BAG, Urteil vom 29. 8. 2012 - 10 AZR 499/11](#)) maßgeblich auf die Vergütungshöhe abgestellt und geurteilt, eine geringe Aufwandsentschädigung könne kein Arbeitsverhältnis begründen, da hiermit nicht die Grundlage der wirtschaftlichen Existenz gelegt werden kann.

In der Wertung der beiden Urteile erscheint die Ansicht des BAG praktischer und sinnvoller. I. d. R. sind selbstverständlich auch ehrenamtlich tätige Personen, die etwa bei Veranstaltungen wichtige Dienste im Rahmen von Organisation und Ablauf verrichten, in den dortigen Betriebsablauf eingegliedert. Es erscheint demgemäß sinnvoller, auf die Vergütungshöhe abzustellen. Dies wird jedenfalls Vereinen helfen, beim Einsatz ehrenamtlicher Helfer nicht Gefahr zu laufen, Arbeitsverhältnisse zu begründen. Zwar hat es die Rechtsprechung vermieden, feste Betragsgrenzen einzuführen und somit Rechtssicherheit zu schaffen. Eine Aufwandsentschädigung von rd. 200 € wurde jedoch als nicht ausreichend angesehen, ein Arbeitsverhältnis zu begründen.

Lesen Sie den als **Anlage 6** übersandten ausführlichen Beitrag von Ralf Wickert aus NWB 2015 Seite 2444 – 2448.

27. Rechte der Gewerkschaft im Betrieb

Art. 9 Abs. 3 GG gewährt das Recht, sich in Koalitionen zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zusammenzuschließen. Hieraus ergeben sich Rechte der Gewerkschaften und ihrer Mitglieder im Betrieb. Die Rechtsprechung schützte ursprünglich nur die Tätigkeiten, die zum Kernbereich gehörten, also für Erhaltung und Sicherung des Bestandes der Koalitionen unerlässlich waren. Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 14.11.1995 klargestellt, dass der Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG sich nicht auf diese Tätigkeiten beschränkt. Er umfasst vielmehr alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen, wozu die Mitgliederwerbung durch die Koalition selbst und ihre Mitglieder gehören. Demgemäß dürfen dem Betätigungsrecht der Koalitionen nur solche Schranken gezogen werden, die im konkreten Fall zum Schutz anderer verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter von der Sache her geboten sind. Dazu zählen die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), die insbesondere bei einer Störung des Arbeitsablaufs und des Betriebsfriedens berührt wird, das Hausrecht (Art. 13 GG) und das Eigentumsrecht (Art. 14 GG). Einen guten Überblick über das, was erlaubt oder verboten ist gibt der als **Anlage 7** übersandte Beitrag.

28. Asylsuchende, anerkannte Flüchtlinge und Geduldete – Wer darf in einem Minijob beschäftigt werden?

Viele Privatpersonen und Unternehmen haben erkannt, dass sie einen Beitrag für die Integration der nach Deutschland geflüchteten Menschen leisten können. Sie sind bereit diese Menschen zu beschäftigen, damit sie schnell in Deutschland auf eigenen Beinen stehen können.

Bei geflüchteten Menschen wird je nach Stand des Asylverfahrens zwischen folgenden Personenkreisen unterschieden:

1. Asylsuchende mit noch nicht abgeschlossenen Verfahren (Aufenthaltsgestattung liegt vor)
2. Geduldete Menschen, deren Asylantrag abgelehnt wurde, welche aus Gründen von Krankheit o.ä. nicht abgeschoben werden können.
3. Anerkannte Flüchtlinge mit Aufenthaltserlaubnis

Personen mit Aufenthaltsgestattung und geduldete Personen können nicht ohne Weiteres einen Minijob ausüben. Für beide Gruppen kann die Ausländerbehörde nach Ablauf der Wartezeit von drei Monaten eine Arbeitserlaubnis erteilen. Hier muss die Erlaubnis für eine konkrete Beschäftigung bei der Ausländerbehörde beantragt werden. In Zusammenarbeit mit der Bundesagentur für Arbeit wird eine Zustimmung oder Ablehnung erteilt.

Anerkannte Flüchtlinge mit einer Aufenthaltserlaubnis aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen dürfen jeder Beschäftigung nachgehen.

Haben geflüchtete Menschen eine Arbeitserlaubnis, können sie einen Minijob ausüben. Hier ist wichtig zu wissen: Arbeitgeber müssen für diese Personen keinen Pauschalbeitrag zur Krankenversicherung zahlen, da Flüchtlinge in Deutschland nicht gesetzlich krankenversichert sind. Ansonsten haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer die gleichen Rechte und Pflichten wie bei jedem anderen Arbeitsverhältnis in Deutschland. Eine [kurzfristige Beschäftigung](#) liegt vor, wenn die Beschäftigung von vornherein auf nicht mehr als drei Monate oder insgesamt 70 Arbeitstage im Kalenderjahr begrenzt ist. Die Höhe des Verdienstes ist dabei unerheblich. Ausgenommen hiervon sind Personen, die berufsmäßig beschäftigt sind und mehr als 450 Euro im Monat verdienen. Berufsmäßig wird eine Beschäftigung dann ausgeübt, wenn sie für den Arbeitnehmer nicht von untergeordneter wirtschaftlicher Bedeutung ist. Dies trifft auf geflüchtete Menschen zu. Verdienen sie also mehr als 450 Euro im Monat, sind sie immer berufsmäßig beschäftigt, so dass eine kurzfristige Beschäftigung ausgeschlossen ist.

Gewerbliche Arbeitgeber finden wie gewohnt auf der [Website der Minijob-Zentrale](#) alle Informationen zu Minijobs. Darüber hinaus stehen Flyer mit den wichtigsten Informationen zu Minijobs in Privathaushalten und dem Anmeldeformular in verschiedenen Sprachen als [Download](#) zur Verfügung.

Bei anderen Fragen zur Beschäftigung geflüchteter Menschen (z.B. Anerkennung ausländischer Berufsabschlüsse, Einreise und Aufenthalt usw.) können Sie sich an die ["Hotline Arbeiten und Leben in Deutschland"](#) wenden, welche gemeinsam vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BMAF) und der Bundesagentur für Arbeit (BA) betrieben wird. Die Hotline ist von Montag bis Freitag in der Zeit von 9 bis 15 Uhr unter der Rufnummer +49 30 1815-1111 erreichbar.

29. Beurteilung der selbstständigen Tätigkeit

Die Ausübung einer hauptberuflich selbstständigen Erwerbstätigkeit ist im Versicherungs- und Beitragsrecht in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung mit bestimmten Rechtsfolgen belegt. Nach welchen Maßstäben das Vorliegen einer hauptberuflich selbstständigen Erwerbstätigkeit festzustellen bzw. abzugrenzen ist, ist allerdings nicht näher von Gesetzes wegen geregelt oder von der Rechtsprechung für alle Fallgruppen abschließend beantwortet und bereitet in Einzelfällen immer wieder Schwierigkeiten.

Der GKV-Spitzenverband stellt mit dem [Gemeinsamen Rundschreiben v. 23.7.2015](#) mit den vorliegenden Grundsätzlichen Hinweisen eine Entscheidungshilfe mit empfehlendem Charakter zur Verfügung, die den Begriff der hauptberuflich selbstständigen Tätigkeit näher definiert und insbesondere von der selbstständigen Tätigkeit, die nicht hauptberuflich ausgeübt wird, abgrenzt. Dabei wird in den hier beschriebenen Anwendungsbereichen von einem systematischen Zusammenhang der Vorschriften, die den Begriff der hauptberuflich selbstständigen Erwerbstätigkeit verwenden, ausgegangen, die mithin eine Auslegung des Begriffs nach einheitlichen Regeln erfordern.

Die in den Grundsätzlichen Hinweisen enthaltenen Aussagen dienen der Sicherung einer einheitlichen Rechtsanwendung durch die Krankenkassen. Sie sollen sicherstellen, dass bei gleichgelagerten Sachverhalten unabhängig von der Krankenkassenzugehörigkeit gleiche Beurteilungen getroffen werden, ohne dass den Krankenkassen für besonders gelagerte Einzelfälle jeglicher Handlungs- und Bewertungsspielraum, der sachlich vertreten werden kann, genommen wird.

30. Beitragssatz bei bezahlter Freistellung ab 1. Oktober 2015

Bis zum 30. September 2015 wird der ermäßigte Beitragssatz in der Krankenversicherung angesetzt, wenn Arbeitnehmer von der Arbeit freigestellt werden. Doch ab 1. Oktober 2015 ist die Auswahl des korrekten Beitragssatzes davon abhängig, was nach der Freistellung passiert. Die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung verständigten sich diesbezüglich auf eine Änderung: Für Arbeitnehmer, die nach der Freistellung von der Arbeit nicht aus dem Erwerbsleben ausscheiden, gilt der allgemeine Beitragssatz in der Krankenversicherung. Allerdings nur, wenn während der Freistellung die Bezüge fortgezahlt werden ([Besprechungsergebnisse v. 17.6.2015; TOP 2](#)).

Für erkrankte Arbeitnehmer, die nach der bezahlten Freistellung nicht aus dem Erwerbsleben ausscheiden, gilt Folgendes: Dauert die Arbeitsunfähigkeit über das Ende der Beschäftigung hinaus an, hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Krankengeld. Zum Krankengeldbezug kommt es jedoch erst unmittelbar nach Beendigung der Beschäftigung bzw. dem Ende der Freistellungsphase.

Stichtag ist der 1.10.2015. Während der Freistellungsphase ist für die betreffenden Arbeitnehmer ab diesem Zeitpunkt der allgemeine Beitragssatz anzuwenden.

Wichtig: Eine Korrektur zurückliegender Zeiträume muss nicht erfolgen. Das gilt selbst für die Fälle, in denen noch der ermäßigte Beitragssatz verwendet wurde. Bis zum 30.9.2015 können die Krankenversicherungsbeiträge bei Arbeitnehmern, die sich schon in der Freistellungsphase befinden, also weiterhin nach dem ermäßigten Beitragssatz erhoben werden.

Eine Umstellung auf den allgemeinen Beitragssatz ist aber auch vor dem 1.10.2015 schon möglich. Für Arbeitnehmer, die noch vor dem 1.10.2015 in die Freistellungsphase eintreten, kann von Beginn an der allgemeine Beitragssatz angewandt werden.

Der allgemeine Beitragssatz in der Krankenversicherung gilt auch für Zeiten einer Freistellung von der Arbeitsleistung, die auf einer Wertguthabenvereinbarung beruhen (§ 7 Abs. 1a SGB IV).

Beiträge nach dem ermäßigten Beitragssatz sind während der Freistellungsphase nur zu erheben, wenn die Beschäftigung nach Freistellung nicht wieder aufgenommen wird, weil der Arbeitnehmer aus dem Erwerbsleben ausscheidet. Das kann zum Beispiel bei einer Freistellung zur Verkürzung der Lebensarbeitszeit unmittelbar vor der Rente möglich sein. Hier kann der Beschäftigte vom Zeitpunkt der Freistellung an dauerhaft den Krankengeldanspruch nicht realisieren. Ohne Krankengeldanspruch ist deshalb der ermäßigte Beitragssatz zu verwenden.

31. GKV-Versorgungsstärkungsgesetz: Änderung beim Anspruch auf Krankengeld

Mit dem „Gesetz zur Stärkung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstärkungsgesetz)“ vom 16. Juli 2015 (BGBl. 2015 Teil I, Nr. 30, S. 1211 ff.) hat die Entstehung des Anspruchs auf Krankengeld eine Änderung erfahren. Relevant ist dies auch für die Zahlung eines

Krankengeldzuschusses, da sich die Anspruchsentstehung nach dem Zeitraum richtet, für den einem Mitarbeiter Krankengeld gezahlt wird, § 31 Abs. 3 TV DN; § 24 Abs. 3 AVR.DD.

§ 46 Satz 1 Nr. 2 SGB V wurde mit Wirkung zum 23. Juli 2015 dahingehend geändert, das er jetzt lautet:

„Der Anspruch auf Krankengeld entsteht

1. ...

2. im Übrigen von dem Tag der ärztlichen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit an.“

(vorher: „... 2. im Übrigen von dem Tag an, der auf den Tag der ärztlichen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit folgt.“)

Zudem wurde nach § 46 Satz 1 SGB V folgender Satz eingefügt:

„Der Anspruch auf Krankengeld bleibt jeweils bis zu dem Tag bestehen, an dem die weitere Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit ärztlich festgestellt wird, wenn diese ärztliche Feststellung spätestens am nächsten Werktag nach dem zuletzt bescheinigten Ende der Arbeitsunfähigkeit erfolgt; Samstage gelten insoweit nicht als Werktage.“

Mit der Änderung wird insbesondere eine Versorgungslücke für Versicherte geschlossen, die wegen derselben Krankheit regelmäßig nur einen Arbeitstag arbeitsunfähig sind, bspw. wegen Chemotherapie oder Dialyse.

Außerdem kann nun der Arztbesuch zur Feststellung der weiteren Arbeitsunfähigkeit auch noch am nächsten Werktag nach Ende der vorherigen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erfolgen, ohne dass die Arbeitsunfähigkeit unterbrochen wird und dies Auswirkung auf den Anspruch auf Krankengeld hat.

32. Wirksame Maßnahmen des Arbeitgebers zur Verringerung von Fehlzeiten

Der Autor RA Dr. Benjamin Heider, LL.M., Hamburg, untersucht in seinem als **Anlage 8** übersandten Beitrag in NJW 2015, 1051-1057, ob, und wenn ja, wie der AG vorgehen kann, um hohe Fehlzeit bei AN zu verhindern. Dabei orientiert sich der Verfasser eng an den Grundsätzen der Rechtsprechung. Zu Beginn werden einige Statistiken dargestellt. Darauf folgend nennt der Verfasser Möglichkeiten, gegenüber dem den AN behandelnden Arzt vorzugehen. Eine solche Möglichkeit ergebe sich aus § 106 Abs. 3a SGB V. Darüber hinaus könne der AG den medizinischen Dienst der Krankenkassen zur Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit einschalten. Sofern der AG Tatsachen vortragen könne, die Zweifel an der tatsächlichen Arbeitsunfähigkeit hervorrufen, so könne er damit die Vermutungswirkung des Attests erschüttern. In diesem Fall müsse der AN darlegen, dass er arbeitsunfähig war. In dem Beitrag werden einige weitere Handlungsmöglichkeiten aufgezeigt.

33. Verfallbare und unverfallbare Urlaubsansprüche

Rechtsanwälte Dr. Nikolaus Polzer und Frank Kafka*

Bedingt durch europarechtliche Vorgaben wurde das deutsche Urlaubsrecht – beginnend mit der Schultz-Hoff-Entscheidung im Jahr 2009 – grundlegend umgestaltet und ist seitdem nicht mehr zur Ruhe gekommen. Diese europarechtlich bedingten Änderungen sollen im als Anlage 9 übersandten Beitrag der Rechtsanwälte Dr. Nikolaus Polzer und Frank Kafka nachgezeichnet werden. Gleichzeitig soll ein Ausblick auf sich bereits andeutende weitere Rechtsprechungsänderungen im Bereich des Urlaubsrechts gegeben

und sollen die sich trotz oder gerade wegen der Rechtsprechung von EuGH und BAG in der Praxis bietenden Gestaltungsmöglichkeiten aufgezeigt werden.

34. Mitarbeitervertretungswahlen 2016

Zum 01. Mai 2016 beginnt eine neue Legislaturperiode für die Mitarbeitervertretungen der verfassten Kirche in der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen sowie der diakonischen Einrichtungen in den Landeskirchen Braunschweig und Oldenburg. Dafür muss die jetzt amtierende Mitarbeitervertretung sich rechtzeitig auf den Weg machen und die MAV-Wahl 2016 vorbereiten. Dafür stehen unter http://www.gamav.de/archiv/2015/mav_wahlen_2016_19_06_2015.htm einige Informationen als Arbeitshilfen zur Verfügung, die vom Gesamtausschuss der Mitarbeitervertretungen der Landeskirche Hannovers erarbeitet wurden.

35. Anleitung zur Nutzung der Arbeitgeberkampagne

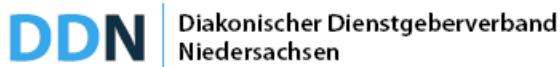
Im Frühjahr 2015 hat das Projektteam „SOZIALE BERUFE kann nicht jeder“ (vergl. Beitrag in DDN - Nachrichten 2/2015 vom 17. Juli 2015) eine Arbeitgeberkampagne gestartet, mit der sich die Diakonie als attraktiver Arbeitgeber positioniert. Dabei gilt: Je mehr Einrichtungen mitmachen und die Botschaften verbreiten, desto mehr Aufmerksamkeit und Effekt wird für die Diakonie (und damit auch für Ihre Einrichtung) erwirkt. Es ergeben sich verschiedene Möglichkeiten für diakonische Einrichtungen, die Arbeitgeberkampagne zu nutzen, sie auf ihre individuellen Bedürfnisse im Personalmarketing herunter zu brechen und davon zu profitieren. Wie das funktionieren kann, ist in der als **Anlage 10** übersandten Anleitung beschrieben.

Ich verabschiede mich mit den besten Wünschen für einen „goldenen“ Herbst.

Mit freundlichen Grüßen

Robert Johns

Geschäftsführer



Homepage: www.ddniedersachsen.de

Ebhardtstraße 3 A, 30159 Hannover

Tel. : 0511 - 3604 112

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