

## **DDN - Nachrichten 1/2019 vom 1. März 2019**

**Robert Johns**  
Ebhardtstraße 3 A, 30159 Hannover  
Tel. : 0511 - 3604 112  
e:mail: [robert.johns@diakonie-nds.de](mailto:robert.johns@diakonie-nds.de)

Sehr geehrte Damen und Herren,

in Begleitung der laufenden Tarifverhandlungen zum TV DN wird der Ton unter den Sozialpartnern rauer. Das ist nicht ungewöhnlich, weil insbesondere Gewerkschaften seit jeher die Auffassung vertreten haben, dass die Entschlossenheit der Arbeitnehmer zur Unterstützung bei der Durchsetzung von Tarifforderungen am besten durch das Schüren von Empörung gesteigert werden kann. Nicht zum ersten Mal und deshalb auch nicht unerwartet erleben wir auf der Arbeitgeberseite, dass unser vorgeschlagenes Angebotspaket um die für Arbeitnehmer vorteilhaften Teile bereinigt als „Gruselkatalog der von den Arbeitgebern geplanten Grausamkeiten“ veröffentlicht wird. Umso wichtiger ist es, dass die Einrichtungsleitungen der DDN-Mitglieder vollständig über Motive und Inhalte der Vorschläge der DDN-Tarifkommission informiert werden, um die eigenen Mitarbeitenden aufklären zu können. Deshalb hat der DDN sehr ausführliche Erläuterungen des Vorstandvorsitzende Rüdiger Becker zu den DDN-Vorschlägen für Änderungen im TVDN an alle Einrichtungen versandt. Dieses DDN-Info finden Sie [hier](#). Zumindest darüber, dass angesichts des Fachkräftemangels die Arbeitsbedingungen für Mitarbeitende diakonischer Einrichtungen attraktiver gestaltet werden müssen, sind sich die Sozialpartner einig. Über das wie werden wir uns einigen müssen.

Neben den Tarifverhandlungen ist in den ersten beiden Monaten dieses Jahres noch weiteres Berichtenswertes geschehen:

- 1. Uta Hirschler wird Vorstandsmitglied der Diakonie in Niedersachsen und tritt ihre Stelle im Mai an.**
- 2. Chefarzt-Fall -Wiederheirat als Verstoß gegen Loyalitätspflicht**
- 3. Bundesarbeitsgericht veröffentlicht nun auch Urteilsbegründung zum Fall "Egenberger"**
- 4. Kirchenmitgliedschaft als Einstellungsvoraussetzung: EWDE und DWiN veröffentlichen Empfehlungen**
- 5. KGH: Zustimmungsverweigerungsrecht zu Kündigung bei unterlassenem BEM**
- 6. BAG: Dienstreisezeit ist vergütungspflichtige Arbeitszeit**
- 7. BAG: Erben haben einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung beim Tod des Arbeitnehmers im laufenden Arbeitsverhältnis**
- 8. BAG: Verfall von Urlaubsansprüchen - Obliegenheiten des Arbeitgebers**

9. **Bewertung der Urlaubsrückstellung und Verfall von Resturlaub**
10. **BAG: Unzulässige sachgrundlose Befristung wegen Vorbeschäftigung**
11. **BAG: Schwerbehindertenvertretung muss bei Kündigung nicht unverzüglich gehört werden**
12. **BAG: Erwerbsminderung als auflösende Bedingung des Arbeitsverhältnisses**
13. **BAG: Befristete Weiterbeschäftigung nach Erreichen der Regelaltersgrenze**
14. **BAG: Erhöhung eines übertariflichen Entgeltbestandteils aufgrund betrieblicher Übung**
15. **BAG: Nachzuentrichtende Lohnsteuern – Regress des Arbeitgebers**
16. **BAG: Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraum**
17. **LAG: Arbeitsvertrag kann zustande kommen, indem der Arbeitnehmer seine Arbeit tatsächlich aufnimmt und der Arbeitgeber die Arbeit annimmt**
18. **Berücksichtigung der Jahressonderzahlung bei der Berechnung des pfändbaren Einkommens**
19. **Verlängerung der Elternzeit um das dritte Lebensjahr des Kindes bedarf keiner Zustimmung des Arbeitgebers**
20. **LAG: Nachtbereitschaft eines Wohngruppenbetreuers ist keine Bereitschaftszeit**
21. **Heranziehung externen Sachverständs (Rehabilitationsträger) beim betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM)**
22. **Hinweise zum Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts vom 11. Dezember 2018**
23. **EU-Richtlinie zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige beschlossen**
24. **Die Zahl der gut geeigneten Bewerber steigern**
25. **Arbeitgeberleistungen zum Ausgleich von Rentenabschlägen**
26. **Freiwilligkeitsvorbehalt und Widerrufsvorbehalt rechtssicher nutzen**
27. **Minijob: Steuerfreie Aufwandsentschädigung richtig berücksichtigen**
28. **Beschäftigtendatenschutz in kirchlichen Einrichtungen**
29. **AWO-Petition startet zur Begrenzung der Pflegekosten**

**1. Uta Hirschler wird Vorstandsmitglied der Diakonie in Niedersachsen und tritt ihre Stelle im Mai an.**

Uta Hirschler (51), bisher Pröpstin in Braunschweig, wird neues Vorstandsmitglied des Diakonischen Werkes evangelischer Kirchen in Niedersachsen. Der Aufsichtsrat des Werkes habe Frau Hirschler in Hannover gewählt, und die Kirchenregierung der Landeskirche habe ihr die Stelle für die Dauer von fünf Jahren übertragen.

Frau Hirschler wird damit Nachfolgerin des Braunschweiger Oberkirchenrates Cornelius Hahn, der zum 1. März in den Ruhestand geht. Sie tritt ihre neue Stelle am 1. Mai an, ebenfalls als Oberkirchenrätin. In einer Mitteilung wird sie mit den Worten zitiert, dass es wichtig sei, die strukturellen Ursachen von Not zu bekämpfen: „Hier sehe ich einen besonderen gesellschaftlichen Auftrag der Diakonie als Wohlfahrtsverband.“

Oberlandeskirchenrat Thomas Hofer, der auch Aufsichtsratsvorsitzender des Diakonischen Werkes ist, betonte, für die Landeskirche sei Frau Hirschlers Wahl Verlust und Gewinn zugleich: „Wir verlieren eine strategisch denkende Pröpstin. Ihre Kompetenzen wird sie nun aber ins Diakonische Werk in Niedersachsen einbringen, das ja auch unser Werk ist. Damit bleiben uns ihre Fähigkeiten erhalten.“

Uta Hirschler hat evangelische Theologie in Göttingen, Heidelberg und am Lutheran Theological Seminary in Philadelphia/USA studiert. Ihre Examen und das Vikariat absolvierte sie in der Evangelisch-lutherischen

Landeskirche Hannovers, 1997 wurde sie in der Landeskirche Braunschweig ordiniert. Von 1997 an war sie Pfarrerin der Braunschweiger Landeskirche in den Gemeinden Mahlum und Bodenstein mit Zusatzauftrag für die Krankenhausseelsorge an den Kliniken Schildautal in Seesen. Im November 2011 wurde sie zur Pröpstin in Braunschweig gewählt. Hirschler ist Mitglied der braunschweigischen Landessynode und gehörte von 2008 bis 2014 der Kirchenregierung der Landeskirche Braunschweig an. Sie ist verheiratet und hat vier Kinder.

## **2. Chefarzt-Fall - Wiederheirat als Verstoß gegen Loyalitätspflicht**

Die Kündigung eines Chefarztes eines katholischen Krankenhauses aufgrund seiner Wiederheirat war unzulässig, da er wegen seiner Religion benachteiligt wurde. Dies hat das BAG - nach einer Vorlage beim EuGH - in dem über zehn Jahre dauernden Rechtsstreit nun entschieden; [BAG, Urteil vom 20. 02. 2019, Az: 2 AZR 746/14](#) .

Die Kirche hat eine im Grundgesetz verankerte Sonderrolle als Arbeitgeber. Künftig wird sie jedoch Loyalitätsanforderungen an Mitarbeiter im Sinne des kirchlichen Ethos, zurückschrauben müssen. Kirchen als Arbeitgeber können dem BAG-Urteil zufolge nur dann unterschiedliche Anforderungen aufgrund von Religionszugehörigkeiten stellen, wenn sich diese Erwartungen als "wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderungen" darstellen.

Es ist das zweite Urteil innerhalb kurzer Zeit, mit dem das BAG nach einer Vorlage beim EuGH, die Freiheiten der Kirchen einschränkt. Erst kürzlich urteilte es, dass kirchliche Arbeitgeber bei Stellenausschreibungen nicht pauschal eine bestimmte Religionszugehörigkeit von Bewerbern voraussetzen dürfen.

Mit der Vorlage an den EuGH in Luxemburg hatte das BAG für eine Fortsetzung des Rechtsstreits gesorgt, der seit 2009 die deutschen Gerichte beschäftigt. Damals hatte das katholische St. Vinzenz-Krankenhaus in Düsseldorf dem Chefarzt gekündigt, nachdem dieser zum zweiten Mal – nach einer Scheidung – geheiratet hatte. Der Mediziner hatte damit nach der Ansicht seines Arbeitgebers gegen seine Loyalitätspflichten aus dem Arbeitsvertrag verstoßen.

Denn nach der Lehre der katholischen Kirche ist die Ehe unauflöslich. Die Wiederheirat nach einer Scheidung gilt als Sünde und ist für Gläubige mit Nachteilen verbunden. Mittlerweile hat die katholische Kirche ihr Arbeitsrecht gelockert und Geschiedenen, die eine neue Ehe eingehen, wird nicht mehr automatisch gekündigt. Der Arzt klagte gegen die Kündigung und begründete seine Klage auch mit einer Ungleichbehandlung: Schließlich bleibe bei evangelischen Chefärzten eine Wiederheirat ohne arbeitsrechtliche Folgen.

Die Kündigung des Chefarztes hatten die obersten Arbeitsrichter bereits 2011 für unwirksam erklärt, ehe das Bundesverfassungsgericht die Sonderstellung der Kirchen betonte und das BAG-Urteil 2014 aufhob. Es verletze die Kirche in ihren verfassungsrechtlich garantierten Sonderrechten, entschied das BVerfG. Das BAG legte den Fall daraufhin 2016 dem EuGH vor, der die Fragen nach der rechtlichen Sonderstellung der Kirchen nach deutschem Verständnis und einem möglichen Widerspruch zur EU-Antidiskriminierungsrichtlinie klären sollte.

Der EuGH stellte 2018 fest, dass die Kündigung des Chefarztes wegen seiner Wiederheirat dem EU-Diskriminierungsverbot widerspricht (EuGH, Urteil vom 11. September 2018 in der Rechtssache C-68/17). Grundsätzlich müssten Gerichte überprüfen können, wenn Kirchen bestimmte Anforderungen an loyales

Verhalten von leitend tätigen Beschäftigten stellen, gab der Gerichtshof vor. Bei der Kontrolle komme es darauf an, ob die Loyalitätspflicht zur Kirche eine tatsächlich gerechtfertigte berufliche Anforderung darstelle. Das katholische Eheverständnis stelle wohl keine wesentliche Anforderung der beruflichen Tätigkeit eines Chefarztes dar, machte der EuGH in dieser Entscheidung deutlich. Schließlich gehe es um die Beratung und medizinische Pflege in einem Krankenhaus.

Das BAG folgte der Argumentation des Europäischen Gerichtshofs und entschied: Die Kündigung war nicht gerechtfertigt. Mit seiner erneuten Heirat habe der Chefarzt weder eine wirksam vereinbarte Loyalitätspflicht noch eine berechnigte Loyalitätserwartung des Arbeitgebers verletzt. Die entsprechende Vereinbarung im Arbeitsvertrag, die ein Leben in kirchlich ungültiger Ehe als schwerwiegenden Loyalitätsverstoß erklärt, hielten die Richter für unwirksam. Diese benachteilige den Chefarzt wegen seiner Religionszugehörigkeit gegenüber anderen leitenden Mitarbeitern, die nicht der katholischen Kirche angehören. Auch mit Blick auf die in § 9 Abs. 2 AGG extra für Kirchen eingeräumten Ausnahmen erkannte das Gericht keinen Grund, der die Diskriminierung des Chefarztes im konkreten Fall rechtfertigte.

Diese Entscheidung begründeten die BAG-Richter mit einer unionsrechtskonformen Auslegung von § 9 Abs. 2 AGG, jedenfalls aber mit dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts. Danach sei die in Frage stehende Loyalitätspflicht, keine zweite - nach dem Verständnis der katholischen Kirche ungültige - Ehe zu schließen, keine wesentliche berufliche Anforderung für die Ausübung der Tätigkeit als Chefarzt gewesen. Konflikt zwischen EU-Recht und Verfassungsrecht: Unionsrecht hat Anwendungsvorrang

Im Hinblick auf die entgegenstehende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Urteil vom 22. Oktober 2014, Az: 2 BvR 661/12) wiesen die Richter darauf hin, dass nationales Verfassungsrecht dem nicht entgegenstehe. Das Unionsrecht dürfe die Voraussetzungen, unter denen die der Kirche zugeordneten Einrichtungen ihre Beschäftigten wegen der Religion ungleich behandeln dürfen, näher ausgestalten. Mit seiner Entscheidung zur Auslegung der Gleichbehandlungsrichtlinie (Richtlinie 2000/78/EG) habe der EuGH auch nicht seine Kompetenzen überschritten, betonte das BAG. Es schloss insofern aus, dass es sich um einen "Ultra-Vires-Akt" - einen Rechtsakt europäischer Organe, der sich nicht im Rahmen der zustehenden Grenzen bewegt - handle oder einen Akt, durch den die Verfassungsidentität des Grundgesetzes berührt werde.

Ob das BAG-Urteil nun damit einen Schlusspunkt unter den konkreten Fall gesetzt hat, wird sich noch zeigen. Das Erzbistum Köln hat bereits angekündigt, die Urteilsbegründung und mögliche Konsequenzen intensiv zu prüfen. Seiner Auffassung nach berührt das Verfahren nämlich Grundsatzfragen des Verhältnisses des nationalen Verfassungsrechts zum Recht der Europäischen Union.

### **3. Bundesarbeitsgericht veröffentlicht nun auch Urteilsbegründung zum Fall "Egenberger"**

Während die allgemein interessierte Welt auf das "Chefarzt-Urteil" des BAG blickt hat das Bundesarbeitsgericht nun auch die Urteilsgründe zum Fall "Egenberger" veröffentlicht.

Zur Erinnerung: Es ging um die "Kirchenmitgliedschaft als Einstellungsvoraussetzung"

- (vergl. [DDN - Nachrichten 5/2018 vom 18.12.2018 unter Nr. 10](#))
- [Hier geht es zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts.](#)

Wie schon aus der Pressemitteilung hervorging, ist das BAG der Auffassung, dass der Stelleninhaber der ausgeschriebenen Stelle so in den organisationsinternen Meinungsbildungsprozess eingebunden ist, dass

er nicht unabhängig und ohne vorherige Abstimmung in Fragen, die das Ethos des Beklagten, also des EWDE, betrafen, agieren kann. Folglich habe keine wahrscheinliche oder erhebliche Gefahr für das Ethos des Beklagten bestanden. Die in der Stellenausschreibung formulierte berufliche Anforderung der Kirchengliederzugehörigkeit und der damit verbundene Ausschluss von Konfessionslosen seien daher nicht gerechtfertigt gewesen. Ungeachtet der Beantwortung der Frage, ob das BAG seine Entscheidung auf der Grundlage einer EU-Richtlinie auf Nichtanwendung des grundgesetzlich garantierten Rechts der Kirchen auf Selbstbestimmung stützen darf, lässt auch diese Interpretation eigentlich keinen Raum mehr für Konfessionszugehörigkeit als Einstellungsvoraussetzung außerhalb von Stellen für Aufgaben unmittelbarer Verkündigung oder mit alleiniger Befugnis zur Geschäftsführung. Gegenwärtig wird die Einlegung der Beschwerde gegen das Urteil des BAG vor dem Bundesverfassungsgericht geprüft. Die Frist für die Einlegung der Verfassungsbeschwerde endet am 19. März 2019.

#### **4. Kirchenmitgliedschaft als Einstellungsvoraussetzung: EWDE und DWiN veröffentlichen Empfehlungen**

Zeitnah beieinander haben das Evangelische Werk für Diakonie und Entwicklung (EWDE) und das Diakonische Werk evangelischer Kirchen in Niedersachsen (DWiN) Handreichungen mit Empfehlungen veröffentlicht, wann und wie angesichts des BAG- Urteils zum Fall „Egenberger“ die Kirchenmitgliedschaft zur Einstellungsvoraussetzung gemacht werden kann. Wir veröffentlichen beide Handreichungen als **Anlagen 1 und 2**. Nun sind die Hürden für eine in den Augen des BAG gerechtfertigte Einstellungsvoraussetzung Kirchenmitgliedschaft sehr hoch und die Beweislast für die Rechtfertigung trägt der Arbeitgeber. Rechtsanwälte und AGG-Hopper müssen eine Stellenanzeige, in der diese Einstellungsvoraussetzung ausdrücklich benannt wird, geradezu als Einladung zu einer Schadenersatzklage empfinden. Der DDN empfiehlt wegen der in den unter Nr.3 dieser Ausgabe veröffentlichten Urteilsgründen genannten, überaus restriktiven Haltung des Bundesarbeitsgerichts in der Regel nicht die Konfessionszugehörigkeit, sondern z.B. die Identifikation mit Auftrag und Zielen der evangelischen Kirche und ihrer Diakonie als Einstellungsvoraussetzung in die Stellenausschreibung aufzunehmen. Tendenzunternehmen, wie z.B. politischen Parteien oder Gewerkschaften, wird die Aufstellung einer dem vergleichbaren Einstellungsvoraussetzung zugestanden und dürfte daher auch bei diakonischen Einrichtungen gerechtfertigt sein.

#### **5. KGH: Zustimmungsverweigerungsrecht zu Kündigung bei unterlassenem BEM**

Der Kirchengerichtshof der Evangelischen Kirche in Deutschland, 09.04.2018, [KGH.EKD II-0124/52-2017](#) hat entschieden, dass das Kündigungsschutzgesetz eine Rechtsvorschrift i.S. von § 41 Abs. 2 MVG.EKD sei, auf dessen Verletzung eine Mitarbeitervertretung die Zustimmungsverweigerung stützen können (vgl. KGH.EKD vom 31. August 2015 -II-0124/6-2015).

Unterlasse der Dienstgeber vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB 9 (seit 1.1.2018 § 167 Abs. 2 SGB 9), obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, so sei die Kündigung sozial nicht gerechtfertigt, es sei denn, der Dienstgeber lege dar, dass die Durchführung eines BEM objektiv nutzlos gewesen und zu keiner Veränderung der Krankheitszeiten geführt hätte (vgl. BAG 13. Mai 2015 – 2 AZR 565/14-).

## **6. BAG: Dienstreisezeit ist vergütungspflichtige Arbeitszeit**

Das [Bundesarbeitsgericht \(BAG\) vom 17. Oktober 2018 – 5 AZR 553/17](#) hat entschieden, dass Reisezeit als vergütungspflichtige Arbeitszeit zu bewerten ist, wenn sie „erforderlich“ ist, um zu einer Tätigkeitsstätte außerhalb des Betriebs zu gelangen. Bei der Erforderlichkeit kommt es darauf an, ob der Arbeitgeber Reisemittel und -verlauf vorgibt. Ist dies der Fall, gilt die entsprechende Zeit als erforderlich. Überlässt der Arbeitgeber hingegen dem Arbeitnehmer die Wahl von Reisemittel und /oder -verlauf, ist die Reisezeit als Arbeitszeit zu vergüten, die bei Verwendung des kostengünstigsten Verkehrsmittels anfällt.

Ein Bauleiter ist auf wechselnden Baustellen in unterschiedlichen Ländern tätig. Dabei wurde er auch für etwa zwei Monate zu einer Baustelle nach China entsandt. Statt einen schnelleren Direktflug in der Economy-Class buchte der Arbeitgeber auf Wunsch des Arbeitnehmers für die Hin- und Rückreise einen Flug in der Business-Class mit Stopp in Dubai. Für die Reisezeit zahlte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die vertraglich vereinbarte Vergütung für jeweils acht Stunden pro Tag. Der Bauleiter klagte auf Vergütung für weitere 37 Stunden mit der Begründung, dass die gesamte Reisezeit von seiner Wohnung bis zur Baustelle und zurück wie Arbeit zu vergüten sei.

Das BAG gab ihm teilweise Recht und entschied, dass die An- und Abreise zu einer auswärtigen Tätigkeitsstätte in der Regel wie Arbeitszeit zu vergüten ist. Die Reise erfolgt ausschließlich im Interesse des Arbeitgebers und ist entsprechend dienstlich veranlasst. Das bedeutet für Reisezeiten außerhalb der regulären Arbeitszeit, dass sie zu vergüten sind, soweit sie erforderlich sind. Die Darlegungs- und Beweislast trägt der Arbeitnehmer. Macht der Arbeitgeber keine Vorgaben zu Reisemittel und/oder Verlauf, ist der Arbeitnehmer im Rahmen des ihm Zumutbaren verpflichtet, das kostengünstigste Verkehrsmittel bzw. den kostengünstigsten Reiseverlauf zu wählen.

Das Thema Reisezeit betrifft zwei unterschiedliche Themen, die vollkommen unabhängig voneinander zu bewerten sind: Zum einen geht es um die Frage, wie die Reisezeit in Bezug auf die Arbeitsschutzvorschriften des Arbeitszeitgesetzes zu sehen ist, zum anderen um die Frage, ob die Reisezeit zu vergüten ist. Die aktuelle BAG-Entscheidung betrifft Letzteres. Bisher hatte das BAG die Auffassung vertreten, dass es keinen allgemeinen Rechtssatz gibt, nach dem Reisezeit außerhalb der regulären Arbeitszeit zu vergüten ist. Vielmehr war in jedem Einzelfall zu prüfen, ob eine Vergütung erwartet wurde oder nicht. Dies ändert sich nun bei Dienstreisen/Entsendungen ins Ausland durch die aktuelle Entscheidung, wonach auch die erforderlichen Reisezeiten außerhalb der regulären Arbeitszeit zu vergüten sind. Führt man diesen Gedanken fort, haben Arbeitnehmer bei einem dienstlich veranlassten zwölfstündigen Direktflug Anspruch, für zwölf und nicht nur für acht Stunden bezahlt zu werden. Welche Auswirkungen das Urteil auf Inlandssachverhalte hat, bleibt abzuwarten. Zwar bezog sich das Urteil auf den Fall einer Auslandsentsendung, jedoch könnte diese Rechtsprechung auch auf Dienstreisen/Reisezeiten im Inland Anwendung finden. Die vom BAG im entschiedenen Fall verwendete Begründung, dass Fahrten zu einer Tätigkeitsstätte außerhalb des Betriebs notwendig sind und daher zur vertraglich vereinbarten Hauptleistungspflicht zählen, ist nicht auf Auslandssachverhalte beschränkt. Schließlich sind auch bei Inlandssachverhalten An- und Abreisezeiten zu Kunden erforderlich, um Dienstleistungen zu erbringen, Geschäfte für den Arbeitgeber zu vermitteln oder abzuschließen. Wird diese Reisezeit außerhalb der regulären Arbeitszeit erbracht, spricht viel dafür, dass auch diese zu vergüten ist.

Festzuhalten ist:

- Der Weg von der Wohnung zum Betrieb bzw. der Arbeitsstelle (erste Tätigkeitsstelle) und zurück ist keine Arbeitszeit.
- Wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit aber außerhalb des Betriebs aufnehmen soll (auswärtige Tätigkeitsstelle), dann sind die Wege von der Wohnung zur auswärtigen Tätigkeitsstelle und zurück als Arbeitszeit zu vergüten.
- Bei Reisen (ins Ausland) ist ebenfalls der gesamte Weg von der Wohnung bis zur auswärtigen Tätigkeitsstelle (bei mehrtätigen Dienstreisen aber nicht der gesamte Aufenthalt) als fremdnützige Reisezeit zu vergüten.
- Wenn der Arbeitnehmer die Wahl von Reisemittel und/oder Reiseverlauf selbst festlegen kann, hat er im Rahmen des Zumutbaren das kostengünstigste Verkehrsmittel bzw. den kostengünstigsten Reiseverlauf zu wählen. Dies umfasst dann auch den am wenigsten zeitintensiven Arbeitsweg.
- Vertraglich können in einem Arbeits- oder Tarifvertrag abweichende Regelungen zur Vergütung der Reisezeit bis zum völligen Ausschluss vereinbart werden. Insoweit beschränkt § 19 Abs. 1 TV DN die Vergütungspflicht auf 11 Stunden täglich.

## **7. BAG: Erben haben einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung beim Tod des Arbeitnehmers im laufenden Arbeitsverhältnis**

Endet das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers, haben dessen Erben nach § 1922 I BGB i.V.m. § 7 IV BUrlG Anspruch auf Abgeltung des von dem Erblasser nicht genommenen Urlaubs (PM zu [BAG, Urteil vom 22.1.2019 - 9 AZR 45/16](#)).

Die Klägerin ist Alleinerbin ihres am 20.12.2010 verstorbenen Ehemanns (Erblasser), dessen Arbeitsverhältnis mit der Beklagten durch seinen Tod endete. Nach § 26 TVöD, der auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden war, standen dem Erblasser in jedem Kalenderjahr 30 Arbeitstage Urlaub zu. Der Erblasser wurde mit Wirkung vom 18.8.2010 als schwerbehinderter Mensch anerkannt. Er hatte danach gemäß § 125 I 1, II SGB IX a.F. für das Jahr 2010 Anspruch auf anteiligen Zusatzurlaub von zwei Arbeitstagen. Die Klägerin verlangt die Abgeltung des Resturlaubs von insgesamt 25 Arbeitstagen, der ihrem verstorbenen Ehemann zum Zeitpunkt seines Todes für das Jahr 2010 noch zustand. Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben.

Die Revision der Beklagten hatte vor dem BAG keinen Erfolg. Die Beklagte hat den nicht gewährten Urlaub des Erblassers mit einem Betrag i.H.v. 5.857,75 EUR brutto abzugelten.

Urlaub, der wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommen werden kann, ist nach § 7 IV BUrlG abzugelten. Die nach dem europäischen Unionsrecht gebotene Auslegung von §§ 1, 7 IV BUrlG ergibt, dass der Resturlaub auch dann abzugelten ist, wenn das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers endet. Der EuGH hat entschieden, dass der durch Art. 7 I der Richtlinie 2003/88/EG (Arbeitszeitrichtlinie) gewährleistete Anspruch auf bezahlten Mindestjahresurlaub nicht mit dem Tod des Arbeitnehmers im laufenden Arbeitsverhältnis untergehen darf, ohne dass ein Anspruch auf finanzielle Vergütung für diesen Urlaub besteht, der im Wege der Erbfolge auf den Rechtsnachfolger des Arbeitnehmers überzugehen hat (FD-ArbR 2018, 412320 m. Anm. Bauer). Daraus folgt für die richtlinienkonforme Auslegung von §§ 1, 7 IV BUrlG, dass die Vergütungskomponente des Anspruchs auf



den vor dem Tod nicht mehr genommenen Jahresurlaub als Bestandteil des Vermögens Teil der Erbmasse wird.

Der Abgeltungsanspruch der Erben umfasst dabei nicht nur den Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub nach §§ 1, 3 I BUrlG von 24 Werktagen, sondern auch den Anspruch auf Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen nach § 125 I 1 SGB IX a.F. sowie den Anspruch auf Urlaub nach § 26 TVöD, der den gesetzlichen Mindesturlaub übersteigt. Dem TVöD lässt sich nicht entnehmen, dass dem Erben das Verfallrisiko für den tariflichen Mehrurlaub bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Tod des Arbeitnehmers zugewiesen ist.

Urlaubsabgeltungsansprüche können an die Erben von verstorbenen Beschäftigten ausgezahlt werden, soweit die nachfolgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- Noch offene, nicht verfallene Urlaubsansprüche  
Vererbt werden können nur solche Urlaubsansprüche, die dem Beschäftigten im Zeitpunkt seines Todes tatsächlich noch zugestanden haben. Die gesetzlichen und tariflichen Verfallsfristen sind zu beachten. Zu prüfen ist daher, wie viele Urlaubstage dem Beschäftigten abgegolten worden wären, wenn er nicht verstorben, sondern am Tag seines Todes z.B. aufgrund eines Aufhebungsvertrags aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden wäre.
- Wahrung der tariflichen Ausschlussfrist  
Vielfach wird vertreten, dass der Urlaubsabgeltungsanspruch der Erben der tariflichen Ausschlussfrist unterliegt. Das würde bedeuten, dass der Urlaubsabgeltungsanspruch erlischt, wenn die Erben ihn erst nach Ablauf von sechs Monaten seit dem Tod des Beschäftigten erstmalig schriftlich gegenüber dem Dienstgeber geltend machen. Diese Frage ist nicht unumstritten; ein Revisionsverfahren ist beim BAG unter dem Aktenzeichen 9 AZR 149/17 anhängig.
- Nachweis der Erbberechtigung  
Die Regulierung sollte erst erfolgen, wenn die Erbberechtigung in geeigneter Form nachgewiesen ist. Das öffentliche/notarielle Testament gilt als Nachweis. Im Allgemeinen dient der Erbschein als Nachweis der Erbberechtigung. Insoweit sollte auf das Vorliegen eines Erbscheins hingewirkt werden (Vorteile: Ausstellung nur an Erben, öffentlicher Glaube). Quoten und Verfügungsbeschränkungen sind bei der Auszahlung zu beachten. Allerdings verursacht die Ausstellung eines Erbscheins erhebliche Kosten, die nicht notwendig sind, wenn z.B. ausweislich der gerichtlichen Testamentseröffnung der Anspruchsteller als Alleinerbe ausgewiesen ist.

## **8. BAG: Verfall von Urlaubsansprüchen - Obliegenheiten des Arbeitgebers**

[Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19. Februar 2019 - 9 AZR 541/15](#) -

Der Anspruch eines Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub erlischt in der Regel nur dann am Ende des Kalenderjahres, wenn der Arbeitgeber ihn zuvor über seinen konkreten Urlaubsanspruch und die Verfallsfristen belehrt und der Arbeitnehmer den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat. Der Beklagte beschäftigte den Kläger vom 1. August 2001 bis zum 31. Dezember 2013 als Wissenschaftler. Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangte der Kläger ohne Erfolg, den von ihm nicht genommenen Urlaub im Umfang von 51 Arbeitstagen aus den Jahren 2012 und 2013 mit einem Bruttobetrag iHv. 11.979,26 Euro abzugelten. Einen Antrag auf Gewährung dieses Urlaubs hatte er während des Arbeitsverhältnisses nicht gestellt.



Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Urlaubsanspruch des Klägers sei zwar zum Jahresende verfallen. Der Kläger habe aber Schadensersatz in Form von Ersatzurlaub verlangen können, weil der Beklagte seiner Verpflichtung, ihm von sich aus rechtzeitig Urlaub zu gewähren, nicht nachgekommen sei. Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei der Ersatzurlaubsanspruch abzugelten.

Die Revision des Beklagten hatte vor dem Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Sie führt zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.

§ 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG sieht vor, dass Urlaub, der bis zum Jahresende nicht gewährt und genommen wird, verfällt. Das galt nach bisheriger Rechtsprechung selbst für den Fall, dass der Arbeitnehmer den Arbeitgeber rechtzeitig, aber erfolglos aufgefordert hatte, ihm Urlaub zu gewähren. Allerdings konnte der Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen Schadensersatz verlangen, der während des Arbeitsverhältnisses auf Gewährung von Ersatzurlaub und nach dessen Beendigung auf Abgeltung der nicht genommenen Urlaubstage gerichtet war.

Diese Rechtsprechung hat der Senat weiterentwickelt und damit die Vorgaben des Gerichtshofs der Europäischen Union aufgrund der Vorabentscheidung vom 6. November 2018 (- C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften]) umgesetzt. Nach Maßgabe des § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG ist es dem Arbeitgeber vorbehalten, die zeitliche Lage des Urlaubs unter Berücksichtigung der Urlaubswünsche des Arbeitnehmers festzulegen. Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts zwingt die Vorschrift den Arbeitgeber damit zwar nicht, dem Arbeitnehmer von sich aus Urlaub zu gewähren. Allerdings obliegt ihm unter Beachtung von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG (Arbeitszeitrichtlinie) die Initiativlast für die Verwirklichung des Urlaubsanspruchs. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist der Arbeitgeber gehalten, „konkret und in völliger Transparenz dafür zu sorgen, dass der Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage ist, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, indem er ihn - erforderlichenfalls förmlich - auffordert, dies zu tun“. Der Arbeitgeber hat klar und rechtzeitig mitzuteilen, dass der Urlaub am Ende des Bezugszeitraums oder eines Übertragungszeitraums verfallen wird, wenn der Arbeitnehmer ihn nicht nimmt.

Bei einer richtlinienkonformen Auslegung des § 7 BUrlG kann der Verfall von Urlaub daher in der Regel nur eintreten, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor konkret aufgefordert hat, den Urlaub zu nehmen, und ihn klar und rechtzeitig darauf hingewiesen hat, dass der Urlaub anderenfalls mit Ablauf des Urlaubsjahres oder Übertragungszeitraums erlischt. Das Landesarbeitsgericht wird nach der Zurückverweisung der Sache aufzuklären haben, ob der Beklagte seinen Obliegenheiten nachgekommen ist.

## **9. Bewertung der Urlaubsrückstellung und Verfall von Resturlaub**

(Aus: [community.beck.de/category/arbeitsrecht](https://community.beck.de/category/arbeitsrecht) von Prof. Dr. Claus Koss, veröffentlicht am 26.02.2019)

Manche Grundsatzentscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) schafft es bis in die Tagesmedien – und bereitet bei der Jahresabschlusserstellung Kopfzerbrechen. Mit Urteil vom 19.02.2019 urteilte das BAG zum Verfall von Resturlaubsansprüchen nach § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG (Az. 9 AZR 541/15). Nach dieser Entscheidung der obersten deutschen Arbeitsrichter verfällt der Anspruch eines Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub in der Regel nur dann am Ende des Kalenderjahres, wenn (i) der Arbeitgeber den

Arbeitnehmer zuvor über seine konkreten Urlaubsansprüchen und (ii) die Verfallfristen belehrt und (iii) der Arbeitnehmer den Urlaub ungeachtet dessen aus freien Stücken nicht genommen hat.

Unstreitig ist für nicht genommenen Jahresurlaub eine Rückstellung nach § 249 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 HGB zu bilden. Diese ist mit „dem nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung notwendigen Erfüllungsbetrag“ zu bewerten (§ 253 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 HGB) zu bewerten. Diese Rückstellung ist in die steuerliche Gewinnermittlung zu übernehmen (§ 5 EStG).

Die Anforderung der Urlaubskartei zum 31. Dezember eines jeden Jahres gehört zum Standard. Nach der Rechtsprechung des BAG müsste geprüft werden, welche Urlaubsansprüche bereits verfallen sind und die Rückstellung entsprechend reduziert werden. Andererseits gilt der allgemeine Bewertungsgrundsatz der vorsichtigen Bewertung (§ 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB). Für die Praxis der Jahresabschlusserstellung wird man sich im Zweifel am allgemeinen Grundsatz der vorsichtigen Bewertung orientieren müssen. Das bedeutet wenn nicht abschließend beurteilt werden kann, ob der Arbeitnehmer ordnungsgemäß belehrt wurde oder der Urlaub aus anderen Gründen verfallen ist, wird eine Rückstellung in voller Höhe erforderlich sein.

Für die betriebswirtschaftliche Beratung ist dagegen zu empfehlen, auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hinzuweisen. So sollte Mandanten empfohlen werden, beispielsweise mit der letzten Lohnabrechnung des Jahres oder als Anlage zur Meldung zur Sozialversicherung/Lohnsteuerbescheinigung in einem Merkblatt darauf hinzuweisen, dass nicht genommenen Urlaub innerhalb bestimmter Fristen verfällt.

#### **10. BAG: Unzulässige sachgrundlose Befristung wegen Vorbeschäftigung**

Die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrags ist nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht zulässig, wenn zwischen dem Arbeitnehmer und der Arbeitgeberin bereits acht Jahre zuvor ein Arbeitsverhältnis von etwa eineinhalbjähriger Dauer bestanden hat, BAG, Urteil vom 23.01.2019 - 7 AZR 733/16 – [Pressemitteilung Nr. 3 /19](#).

Die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrags ist nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht zulässig, wenn zwischen dem Arbeitnehmer und der Arbeitgeberin bereits acht Jahre zuvor ein Arbeitsverhältnis von etwa eineinhalbjähriger Dauer bestanden hat, das eine vergleichbare Arbeitsaufgabe zum Gegenstand hatte. Die Rechtsprechung des BAG, § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG erfasse in verfassungskonformer Auslegung nicht solche Vorbeschäftigungen, die länger als drei Jahre zurückliegen, ist nach einer Entscheidung des BVerfG nicht mehr aufrecht zu erhalten, da sie die Grenzen zulässiger Auslegung überschritten hat. Der Anwendungsbereich der Norm ist allerdings dann durch verfassungskonforme Auslegung einzuschränken, soweit das Verbot der sachgrundlosen Befristung unzumutbar ist, weil eine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten nicht besteht und das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht erforderlich ist, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten. Das Verbot der sachgrundlosen Befristung kann danach insbesondere unzumutbar sein, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lang zurückliegt, ganz anders geartet oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist. Um einen solchen Fall handelt es sich vorliegend nicht.

### **11. BAG: Schwerbehindertenvertretung muss bei Kündigung nicht unverzüglich gehört werden**

Eine Kündigung ist nicht allein deshalb unwirksam, weil der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung entgegen § 95 Absatz II 1 SGB IX aF (seit dem 1.1.2018: § 178 Absatz II 1 SGB IX) nicht unverzüglich über seine Kündigungsabsicht unterrichtet oder ihr das Festhalten an seinem Kündigungsentschluss nicht unverzüglich mitteilt. [BAG, Urteil vom 13.12.2018 – 2 AZR 378/18](#)

GWR 2019, 77, Rechtsanwalt Dr. Bastian Bayer, dkm Rechtsanwälte, München

Die Beklagte beantragte im Dezember 2016 die behördliche Zustimmung zu einer ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses der einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellten Klägerin. Das Integrationsamt erteilte die Zustimmung mit Bescheid vom 20.2.2017. Mit Schreiben vom 7.3.

beziehungsweise 15.3.2017 hörte die Beklagte den Betriebsrat sowie die Schwerbehindertenvertretung zu ihrer Beendigungsabsicht an und kündigte am 24.3.2017 das Arbeitsverhältnis der Klägerin zum 30.9.2017. Die Vorinstanzen haben der dagegen gerichteten Kündigungsschutzklage stattgegeben.

Auf die Revision der Beklagten hat das BAG das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Das Berufungsgericht habe zu Unrecht angenommen, dass die Kündigung nach § SGB\_IX § 95 SGB\_IX § 95 Absatz II 3 SGB IX aF (§ SGB\_IX § 178 SGB\_IX § 178 Absatz II 1 SGB IX nF) unwirksam sei, weil die Beklagte die Schwerbehindertenvertretung erst nach Abschluss des Verfahrens vor dem Integrationsamt und nach Anhörung des Betriebsrats beteiligt habe. Der erforderliche Inhalt der Anhörung und die Dauer der Frist für eine Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung richteten sich nach den für die Anhörung des Betriebsrats geltenden Grundsätzen (§ BetrVG § 102 BetrVG). Die Kündigung sei nicht allein deshalb unwirksam, weil der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung entgegen § SGB\_IX § 95 SGB\_IX § 95 Absatz II 1 SGB IX aF (§ SGB\_IX § 178 SGB\_IX § 178 Absatz II 1 SGB IX nF) nicht „unverzüglich“ über seine Kündigungsabsicht unterrichtet oder ihr das Festhalten an seinem Kündigungsentschluss nicht unverzüglich mitgeteilt habe. Der Senat konnte anhand der bisher getroffenen Feststellungen die Wirksamkeit der Kündigung nicht abschließend beurteilen.

Der Arbeitgeber ist nunmehr, entgegen der bisherigen h. M. nicht mehr gehalten, eine bestimmte Reihenfolge im Formalmarathon der Beteiligungen bei der Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers einzuhalten. Der Arbeitgeber kann nach der Entscheidung des BAG daher sowohl den Betriebsrat als auch die Schwerbehindertenvertretung erst nach der Zustimmung des Integrationsamtes beteiligen.

Für die Schwerbehindertenvertretung entfaltet sich nunmehr zwar das von der Vorinstanz skizzierte Risiko, wonach der Arbeitgeber mit seinem Antrag beim Integrationsamt deutlich macht, dass seine Willensbildung bereits abgeschlossen ist, d. h. dass er zur Kündigung entschlossen ist. Dies kann dem Zweck der Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung durchaus entgegenlaufen. Andererseits zeigt die Entscheidung des BAG, dass der Arbeitgeber die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung künftig ebenso detailliert auszugestalten hat wie die Anhörung des Betriebsrates gem. § 102 BetrVG. Ferner ist nun auch höchststrichterlich geklärt, dass die Wochenfrist des § 102 BetrVG analog für die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung heranziehen ist.

### **12. BAG: Erwerbsminderung als auflösende Bedingung des Arbeitsverhältnisses**

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, [Urteil vom 20. Juni 2018 – 7 AZR 737/16](#), ist wegen des in den Rechtsfolgen im Wesentlichen gleichen Regelung des § 37 TV DN für die DDN-Mitglieder interessant. Die durch die Tarifvorschrift des § 33 Abs. 2 TVöD angeordnete Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach Bewilligung einer Rente wegen voller Erwerbsminderung auf unbestimmte Dauer ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts durch einen Sachgrund iSv. §§ 21, 14 Abs. 1 TzBfG gerechtfertigt. Sie bewirkt keine nach § 7 Abs. 2 AGG unzulässige Benachteiligung wegen einer Behinderung<sup>1</sup>. An dieser Rechtsprechung hält das Bundesarbeitsgericht fest. Es handelt sich nicht deshalb um eine Rente auf Zeit, weil die Rente nach dem Rentenbescheid längstens bis zum Monat des Erreichens der Regelaltersgrenze bewilligt wurde. Nach § 43 Abs. 2 SGB VI wird die Erwerbsminderungsrente bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze bewilligt. Ab diesem Zeitpunkt erhält der Arbeitnehmer Altersrente, so dass dauerhaft eine rentenrechtliche Absicherung gewährleistet ist. Die in § 43 Abs. 2 SGB VI vorgesehene Änderung der Rentenart macht die Erwerbsminderungsrente nicht zu einer Rente auf Zeit iSv. § 33 Abs. 2 Satz 5 TVöD<sup>2</sup>. Eine Erwerbsminderungsrente auf Zeit wird nach § 102 Abs. 2 Satz 2 SGB VI für längstens drei Jahre bewilligt. Sie kann nach § 102 Abs. 2 Satz 3 SGB VI verlängert werden, wobei Verlängerungen für längstens drei Jahre nach Ablauf der vorherigen Frist erfolgen (§ 102 Abs. 2 Satz 4 SGB VI).

Auch die in dem Rentenbescheid erwähnte Möglichkeit einer späteren Überprüfung der Rentenberechtigung ändert nichts daran, dass die Rente unbefristet bewilligt wurde. Hierbei handelt es sich lediglich um einen Hinweis auf die gesetzliche Regelung des § 100 Abs. 3 SGB VI iVm. § 48 SGB X<sup>3</sup>. Das Arbeitsverhältnis endet nach § 33 Abs. 2 Satz 3 TVöD mit Ablauf des dem Rentenbeginn vorangehenden Tages, wenn die Rente erst nach der Zustellung des Rentenbescheids beginnt. Nach §§ 21, 15 Abs. 2 TzBfG kann das Arbeitsverhältnis allerdings frühestens zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Unterrichtung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt des Bedingungseintritts enden.

### **13. BAG: Befristete Weiterbeschäftigung nach Erreichen der Regelaltersgrenze**

BAG, Urteil vom 19.12.2018 - 7 AZR 70/17 – [Pressemitteilung Nr. 69/18](#)

Die Regelung des § 41 Satz 3 SGB VI ermöglicht den Arbeitsvertragsparteien im Falle der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen der Regelaltersgrenze den Beendigungszeitpunkt durch eine Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses, gegebenenfalls mehrfach, hinauszuschieben. Das BAG stellt im Anschluss an die Entscheidung des EuGH mit dem Urteil vom 19. Dezember 2018 fest, dass § 41 Satz 3 SGB VI den verfassungsrechtlichen Vorgaben genügt und nach der o.g. Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Die Revision des Klägers hatte damit vor dem Siebenten Senat keinen Erfolg. Auch die Vorinstanzen wiesen die Klage ab.

Der im Juli 1949 geborene Kläger war bei dem beklagten Land als Lehrer an einer berufsbildenden Schule mit einem Unterrichtsdeputat von 23 Wochenstunden beschäftigt. Nach der arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Regelung in § 4 des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) endete das Arbeitsverhältnis wegen Erreichens der Regelaltersgrenze am 31. Januar 2015. Am 20. Januar 2015 vereinbarten die Parteien, dass das Arbeitsverhältnis erst mit Ablauf des 31. Juli 2015 endet. Mit Schreiben vom 3. Februar 2015 ordnete die Schulleiterin zunächst an, dass der Kläger in der Zeit vom 1. Februar bis zum 31. Juli 2015 jederzeit widerruflich über seine vertraglich festgelegte Regelstundenzahl

hinaus weitere 4 Wochenstunden Unterricht zu erteilen hatte. Mit Schreiben vom 4. März 2015 wurde sodann die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit des Klägers mit Wirkung vom 1. Februar 2015 auf 25,5 Wochenstunden erhöht. Der Kläger hat mit der Klage die Feststellung begehrt, dass sein Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der vereinbarten Befristung am 31. Juli 2015 geendet hat.

Zu beachten ist, dass es unentschieden geblieben ist, ob eine Hinausschiebenseinbarung voraussetzt, dass nur der Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses unter Beibehaltung der übrigen Vertragsbedingungen geändert wird. In der streitgegenständlichen Vereinbarung wurde lediglich der Beendigungszeitpunkt hinausgeschoben. Der Abschluss der vertraglichen Abrede über die Arbeitszeiterhöhung erfolgte erst sechs Wochen später und damit nicht im Zusammenhang mit der Vereinbarung über das Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts, so die Feststellung des Bundesarbeitsgerichts.

Ausweislich der aktuellen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts kann durch den Abschluss einer individuellen Vereinbarung nach § 41 Satz 3 SGB VI der tariflich vereinbarte Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses wirksam über das Erreichen der Regelaltersgrenze hinausgeschoben werden. Die Fragestellung, ob eine Änderung der Arbeitsbedingungen (z.B. Reduzierung oder Erhöhung der Arbeitszeit) im Zusammenhang mit der Vereinbarung nach § 41 Satz 3 SGB VI ebenfalls zulässig ist, bleibt ungeklärt. In der zweitinstanzlichen Rechtsprechung wird nach wie vor die Auffassung vertreten, dass eine Änderung der Arbeitsbedingungen im Zusammenhang mit der Vereinbarung schädlich ist. Zur Vermeidung von Rechtsrisiken wird empfohlen, die Änderungen der Arbeitsbedingungen in einer angemessenen Zeit vor oder nach dem Abschluss der Vereinbarung über das Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts in einer getrennten Vereinbarung zu regeln.

#### **14. BAG: Erhöhung eines übertariflichen Entgeltbestandteils aufgrund betrieblicher Übung**

Bislang war das BAG sehr zurückhaltend in der Annahme eines Verpflichtungswillens des nicht tarifgebundenen Arbeitgebers, wenn dieser in der Vergangenheit freiwillig die Entgelte entsprechend den Tarifierhöhungen seiner Branche steigerte. Darauf sollen sich Arbeitgeber nicht mehr berufen können, wenn sie sich durch arbeitsvertragliche Inbezugnahme des Tarifvertrags individualrechtlich verpflichtet haben, Tariflohnerhöhungen weiterzugeben und diese in ständiger Praxis auch auf den übertariflichen Anteil erstrecken. In einem solchen Fall muss der Arbeitgeber, um eine vertragliche Bindung aus betrieblicher Übung zu vermeiden, einen entsprechenden transparenten Vorbehalt im Zusammenhang mit der jeweiligen Vergütungsentscheidung machen. Amtl. Leitsatz aus dem [BAG, Urteil vom 19.09.2018 - 5 AZR 439/17](#):

*Beschränkt der Arbeitgeber Entgelterhöhungen nicht auf den Arbeitsverdienst, den er durch die arbeitsvertragliche Inbezugnahme eines Tarifvertrags zu zahlen verpflichtet ist, sondern erhöht er zugleich den zusätzlich gewährten übertariflichen Entgeltbestandteil in gleicher Weise wie den tariflichen, kommt es für das Entstehen einer betrieblichen Übung in Bezug auf den übertariflichen Vergütungsanteil allein darauf an, wie die Arbeitnehmer das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände verstehen mussten und durften.*

Der Kläger ist bei der beklagten Bank bzw. deren Rechtsvorgängerin seit 1989 beschäftigt. Laut Arbeitsvertrag findet auf das Arbeitsverhältnis der Bankentarifvertrag Anwendung. Die Beklagte ergänzt das tarifliche Eingruppierungssystem „seit jeher“ als „Haustarif“ um eine weitere sog. übertarifliche

Steigerungsstufe ab dem 11. Berufsjahr. Mit Schreiben vom 30.12.1996 wurde dem Kläger mitgeteilt, dass er in der für ihn geltenden Tarifgruppe 6 diese übertarifliche Stufe erreicht habe. Bei der „Überleitung“ der Arbeitsverhältnisse von einem Eigenbetrieb auf eine Anstalt des öffentlichen Rechts im Jahr 2009 teilte der damalige Vorstandsvorsitzende per E-Mail mit, allen Mitarbeitern eine dynamische Bestandswahrung zu geben und künftige Änderungen des Bankentarifvertrags zur Anwendung zu bringen. Bis zum Jahr 2016 erhöhte die Beklagte die Gesamtgehälter der Beschäftigten, d.h. einschließlich der übertariflichen Stufe, stets entsprechend den Tarifierhöhungen im Bankgewerbe. Erstmals bei der Tarifierhöhung 2014 wies die Beklagte darauf hin, dass kein Anspruch auf eine Erhöhung des übertariflichen Teils des Gehalts bestehe. Zur Tariflohnerhöhung ab dem 01.10.2016 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass die Lohnerhöhung „vollständig auf den übertariflichen Anteil der übertariflichen Gehälter anzurechnen“ sei. Mit seiner Klage macht der Kläger Tariflohnerhöhungen geltend. ArbG und LAG wiesen die Klage ab.

Die Revision des Klägers hatte Erfolg. Er habe Anspruch auf Erhöhung des übertariflichen Entgeltbestands entsprechend dem Bankentarifvertrag. Dieser sei durch den Arbeitsvertrag dynamisch in Bezug genommen. Der Anspruch auf Erhöhung des tatsächlich zustehenden Gehalts und nicht nur eines „tariflichen Anteils“ ergebe sich aus betrieblicher Übung. Darunter sei die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen die Arbeitnehmer schließen könnten, ihnen solche eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. Eine betriebliche Übung könne sich auch auf übertarifliche Leistung oder übertarifliche Anteile einer einheitlichen Leistung beziehen. Es sei unerheblich, ob der betreffende Arbeitnehmer selbst schon bisher in die Übung einbezogen sei. Das Vertragsangebot des Arbeitgebers sei regelmäßig so zu verstehen, dass er alle Arbeitnehmer zu den im Betrieb üblichen Bedingungen beschäftigen wolle. Das BAG mache in st. Rspr. eine Ausnahme von diesem Grundsatz, wenn der Arbeitgeber die Entgelte der Beschäftigten entsprechend der Tarifentwicklung in einem bestimmten Tarifgebiet freiwillig anhebe. Denn aus der fehlenden Tarifgebundenheit des Arbeitgebers folge für die Arbeitnehmer erkennbar der Wille des Arbeitgebers, die Erhöhungen der Löhne und Gehälter zukünftig nicht ohne Beitrittsprüfung entsprechend der Tarifentwicklung vorzunehmen. Vorliegend ergebe sich aus dem Verhalten der Beklagten jedoch, dass sich diese gegenüber den Arbeitnehmern vertraglich binden wolle. Hierfür spreche, dass sie ein eigenes betriebliches Entgeltsystem mit einer ergänzenden „Steigerungsstufe“ zum tariflichen Eingruppierungssystem entwickelt und seit jeher zur Anwendung gebracht habe.

## **15. BAG: Nachzuentrichtende Lohnsteuern – Regress des Arbeitgebers**

### [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 14. November 2018 – 5 AZR 301/17](#)

Der Anspruch des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer auf Erstattung nachentrichteter Lohnsteuer nach § 42d Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 EStG, § 44 Abs. 1 Satz 1 AO iVm. § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB wird im Sinne einer tarifvertraglichen Ausschlussfrist fällig mit tatsächlicher Zahlung des Steuerbetrags. Schuldner der Lohnsteuer ist der Arbeitnehmer (§ 38 Abs. 2 Satz 1 EStG). Der Arbeitgeber ist zum Einbehalt und Abzug der Lohnsteuer verpflichtet. Nach § 38 Abs. 3 Satz 1, Abs. 1 Satz 1 EStG hat der Arbeitgeber bei Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit Einkommensteuer durch Abzug vom Arbeitslohn für Rechnung des Arbeitnehmers einzubehalten<sup>1</sup>. Mit dem Abzug und der Abführung von Lohnbestandteilen erfüllt der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer seine Vergütungspflicht. Der

Einbehalt des Arbeitgebers für Rechnung des Arbeitnehmers (§ 38 Abs. 3 Satz 1 EStG) dient der Vorbereitung der Abführung. Erfüllt wird erst durch die Abführung nach § 41a EStG, wobei der Arbeitgeber in einer Art treuhänderischer Stellung für den Steuerfiskus tätig wird. Dies betrifft den jeweiligen Arbeitnehmer als Schuldner der Lohnsteuer unmittelbar, weil er den Abzug vom Lohn zu dulden hat. Der Arbeitgeber haftet zwar für die Lohnsteuer, die er einzubehalten und abzuführen hat (§ 42d Abs. 1 Nr. 1 EStG). Soweit diese Haftung reicht, sind der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer nach der ausdrücklichen Anordnung des § 42d Abs. 3 Satz 1 EStG jedoch Gesamtschuldner (§ 44 Abs. 1 Satz 1 AO). Dabei erfüllt der Arbeitgeber eine fremde Schuld, denn im Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zueinander ist grundsätzlich allein der Arbeitnehmer Schuldner der Steuerforderung.

Die Steuerlast trifft den Arbeitgeber auch dann nicht, wenn er zu wenig Steuern einbehält und dadurch zu viel Lohn an den Arbeitnehmer auszahlt. Das Finanzamt kann ihn zwar auf Entrichtung der fehlenden Steuer in Anspruch nehmen; er hat jedoch, wenn er gezahlt hat, gegenüber dem Arbeitnehmer einen Erstattungsanspruch.

Der Erstattungsanspruch des Arbeitgebers als (ehemaliger) Arbeitgeber aufgrund abgeführter Lohnsteuer unterliegt als zivilrechtlicher Anspruch tarifvertraglichen Ausschlussfristen (hier: § 14 BRTV-Bau), soweit diese nicht nur alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis erfassen, sondern auch solche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen.

#### **16. BAG: Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraum**

Aus der Nichtvorlage von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen für die Zeit nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums nicht geschlossen werden kann, dass der Kläger ab diesem Zeitpunkt wieder arbeitsfähig war, Bundesarbeitsgericht, [Urteil vom 21. November 2018 – 7 AZR 394/17](#); Rz. 43.

Es mag viel dafür sprechen, dass die Pflicht zur Vorlage von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen (§ 5 Abs. 1 EFZG) den Arbeitnehmer im ungekündigten Arbeitsverhältnis auch während solcher Zeiten trifft, für die er nach § 3 Abs. 1 EFZG keine Entgeltfortzahlung (mehr) beanspruchen kann.

Kommt der Arbeitnehmer seiner gesetzlichen Obliegenheit nach § 5 Abs. 1 EFZG nicht nach, so hat der Arbeitgeber nach der gesetzlichen Konzeption ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG. Daneben kann bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen ein Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers oder eine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht kommen.

Rechtsfolge der unterbliebenen Vorlage ist jedoch nicht der Eintritt einer Vermutung, dass der Arbeitnehmer nicht (mehr) arbeitsunfähig sei.

#### **17. LAG: Arbeitsvertrag kann zustande kommen, indem der Arbeitnehmer seine Arbeit tatsächlich aufnimmt und der Arbeitgeber die Arbeit annimmt**

Hat ein Arbeitgeber durch einen nicht zum Abschluss von Arbeitsverträgen bevollmächtigten Mitarbeiter (zukünftiger Fachvorgesetzter) einem in einem anderen Unternehmen des Konzerns beschäftigten Mitarbeiter mitgeteilt, er werde zu ihm „wechseln“ und ihm dabei die Konditionen der Beschäftigung mitgeteilt und hat der Arbeitnehmer keine Anhaltspunkte dafür, dass eine Arbeitnehmerüberlassung beabsichtigt ist, gibt der Arbeitnehmer mit Aufnahme der Arbeit zu den neuen Arbeitsvertragsbedingungen ein konkludentes Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrags ab. Dieses



Angebot nimmt der Arbeitgeber regelmäßig durch Eingliederung des Betroffenen in den Betrieb und widerspruchsfreies „Arbeiten lassen“ konkludent an. Ein tarifliches Schriftformgebot für den Abschluss eines Arbeitsvertrags führt in der Regel nicht zur Unwirksamkeit des durch tatsächliches Handeln zustande gekommenen Arbeitsvertrags. Dies jedenfalls, wenn die entsprechende Klausel nicht konstitutiv ist ([LAG Schleswig – Holstein, Urteil vom 07.08.2018 - 1 Sa 23/18 – Pressemitteilung](#)).

#### **18. Berücksichtigung der Jahressonderzahlung bei der Berechnung des pfändbaren Einkommens**

In einer aktuellen Entscheidung musste das Landesarbeitsgericht Sachsen-Anhalt (Urteil vom 17.01.2019 – 2 Sa 354/16) die Frage entscheiden, ob eine im November zur Auszahlung kommende Jahressonderzahlung pfändungsrechtlich lediglich diesem Monat zuzuordnen oder fiktiv auf den ein Jahr betragenden Bezugszeitraum aufzuteilen ist.

Die Beklagte hatte aufgrund eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses einen erheblichen Teil der Jahressonderzahlung, welche sie allein dem Monat November zugeordnet hatte, an den Gläubiger ausgezahlt. Die Rechtsfrage war für die Entscheidung wichtig, weil eine Zuordnung lediglich zum Monat November in diesem Monat ein deutlich höheres pfändbares Einkommen zur Folge gehabt hätte. Bei einer Aufteilung über das gesamte Jahr hätte sich im Monat November das pfändbare Einkommen nur unwesentlich erhöht.

Das Gericht hatte zunächst erwogen, den zur Auszahlung gelangten Betrag auf die in der Zahlungsperiode liegenden Monate aufzuteilen. Insoweit wurde auf die Kommentierungen von Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 21. Aufl., § 850 c Rn. 10 und den Münchener Kommentar zur ZPO/Smid, 5. Aufl., § 850 C Rn. 8 verwiesen, welche sich wechselseitig zitierten. Weitere Kommentierungen oder gar Rechtsprechung zu diesem Thema waren nicht feststellbar. Im Ergebnis der mündlichen Verhandlung entschied das Gericht aber dann wie folgt:

*„Eine solche fiktive Aufteilung erscheint jedoch aufgrund des Mischcharakters der Sonderzahlung – diese honoriert auch Betriebstreue, wie sich aus § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 TV Zuwendung Ang-O/Arb-O ergibt – als nicht sachgerecht. Der Arbeitnehmer erwirbt nach den tariflichen Regelungen gerade nicht allein durch seine jeweils monatlich erbrachte Arbeitsleistung mit Ablauf des Zeitabschnitts einen Rechtsanspruch auf (anteilige) Zahlung der Zuwendung am Fälligkeitstermin. Der Anspruch hängt vielmehr von weiteren, stichtagbezogenen Voraussetzungen ab. Seine Rechtsposition ist daher bis zum Erreichen des Stichtages nicht gesichert und entspricht eher der einer Anwartschaft.“*

#### **19. Verlängerung der Elternzeit um das dritte Lebensjahr des Kindes bedarf keiner Zustimmung des Arbeitgebers**

[LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 20.09.2018 – 21 Sa 390/18 – Pressemitteilung Nr. 25/18](#)

Die Inanspruchnahme von Elternzeit für das dritte Lebensjahr eines Kindes im Anschluss an die Elternzeit während der ersten beiden Lebensjahre ist nicht von der Zustimmung des Arbeitgebers abhängig. Aus dem Wortlaut und der Systematik des § 16 BEEG ergibt sich nicht, dass innerhalb der ersten drei Lebensjahre eines Kindes nur die erstmalige Inanspruchnahme von Elternzeit zustimmungsfrei sein sollte. Die Beschränkung der Bindungsfrist in § 16 Abs. 1 Satz 2 BEEG auf zwei Jahre spricht vielmehr dafür, dass

Beschäftigte im Anschluss an die Bindungsfrist wieder frei disponieren könnten und sich lediglich an die Anzeigefristen in § 16 Abs. 1 Satz 1 BEEG halten müssen.

## **20. LAG: Nachtbereitschaft eines Wohngruppenbetreuers ist keine Bereitschaftszeit**

Ein Erzieher, der in einer Einrichtung der Kinder- und Jugendhilfe zur Nachtbereitschaft eingeteilt ist, leistet hierbei Bereitschaftsdienst i.S.d. § 4 III Anlage 33 der AVR des Deutschen Caritasverbandes. Es handelt sich bei der Nachtbereitschaft aber nicht um Bereitschaftszeiten nach § 8 I Anlage 33 der AVR. Das hat das Landesarbeitsgericht Stuttgart in einem Rechtsstreit um die Vergütung der Nachtbereitschaft entschieden. Die Revision wurde zugelassen ([PM zum Urteil vom 21.01.2019 - 1 Sa 9/18](#)).

Der Kläger ist bei der Beklagten, einer Einrichtung der Kinder- und Jugendhilfe, als Erzieher beschäftigt. Er betreut in einer Wohngruppe in der Regel acht Kinder und Jugendliche, die in einem Haus der Beklagten untergebracht sind. Der Kläger erbringt tagsüber seine Arbeitsleistung im Schichtdienst. Darüber hinaus ist er regelmäßig zu Nachtbereitschaften eingeteilt, die während der Schulzeiten von 22 Uhr bis 6 Uhr und während der Ferienzeiten und an Wochenenden von 22 Uhr bis 8 Uhr dauern.

Die Beklagte vergütet die Nachtbereitschaften als Bereitschaftsdienste, wobei sie diese entweder mit 25 % der regelmäßigen Vergütung vergütet oder entsprechend in Freizeit umrechnet. Die Beklagte geht hierbei davon aus, dass die Erzieher während der Nachtbereitschaft schlafen können und nur im Bedarfsfall ihre Arbeit aufnehmen müssen. Der Kläger ist der Auffassung, dass es sich bei der Nachtbereitschaft um Bereitschaftszeiten handelt, die zu 50 % auf die Arbeitszeit anzurechnen sind. Er sei auch während der Nachtbereitschaft umfassend für die Kinder und das Haus verantwortlich. Daher bestehe eine Schlafmöglichkeit lediglich theoretisch. Er müsse seine Arbeit selbstständig aufnehmen, wenn es hierfür Bedarf gebe.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hatte vor dem Landesarbeitsgericht keinen Erfolg. Bei der von der Beklagten angeordneten Nachtbereitschaft handele es sich um Bereitschaftsdienst, so das LAG. Dieser werde dadurch gekennzeichnet, dass der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer, anders bei der Bereitschaftszeit, keine "wache Achtsamkeit im Zustand der Entspannung" erwarte. Vielmehr dürfe sich der Arbeitnehmer während der Nachtbereitschaft ausruhen oder sogar schlafen.

Bereitschaftsdienst im Sinne der AVR verlange auch nicht, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber zur Arbeit aufgefordert werde. Er könne auch dann vorliegen, wenn sich der Arbeitnehmer, wie im vorliegenden Fall, durch auffällige Vorgänge im Haus veranlasst sieht, nach den Kindern zu sehen. Da bislang keine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zur Nachtbereitschaft von Erziehern in den Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe vorliegt, hat das LAG die Revision zum Bundesarbeitsgericht zugelassen.

## **21. Heranziehung externen Sachverständigen (Rehabilitationsträger) beim betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM)**

([Landesarbeitsgericht Frankfurt, Urteil vom 13.08.2018, 16 Sa 1466/17](#))

Der Arbeitgeber muss bei Einleitung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) darauf hinweisen, dass von ihm die örtlichen gemeinsamen Servicestellen (ab 01.01.2018: Rehabilitationsträger)

hinzugezogen werden, sofern Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht kommen.

Die 1958 geborene Klägerin ist seit dem 02.08.1999 als Hauswirtschafts- und Reinigungskraft bei der Beklagten tätig. Bei ihr wurde mit Bescheid vom 20.07.2018 ein Grad der Behinderung von 30 mit Wirkung ab dem 26.04.2018 festgestellt. In den Jahren 2013 bis 2017 war die Klägerin jeweils mehr als 90 Tage arbeitsunfähig erkrankt. Seit Anfang Mai 2018 arbeitete die Klägerin wieder vollschichtig. Mit Schreiben vom 16.12.2015 bot die Beklagte der Klägerin die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) an, womit sich die Klägerin einverstanden erklärte. Daran anschließend fanden im Rahmen des BEM zwischen dem 20.03.2016 und dem 30.11.2016 vier Gespräche unter Teilnahme der Mitarbeitervertretung statt. Sodann hörte die Beklagte die Mitarbeitervertretung zu einer ordentlichen personenbedingten Kündigung der Klägerin zum 30.09.2018 an. Diese erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 17.03.2017. Hiergegen hat die Klägerin form- und fristgerecht eine Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht Wiesbaden erhoben.

Das Arbeitsgericht Wiesbaden hat die Klage abgewiesen. Die ordentliche Kündigung sei gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sozial gerechtfertigt, da die Voraussetzungen einer krankheitsbedingten Kündigung vorlägen. Mildere Mittel zur Kündigung seien nicht ersichtlich. Des Weiteren habe die Beklagte das BEM ordnungsgemäß durchgeführt. Zum Nachweis reiche hier die pauschale Behauptung der Beklagten, denn die Klägerin habe der Einführung der BEM-Unterlagen in den Kündigungsschutzprozess nicht zugestimmt. Gegen das Urteil hat die Beklagte Berufung beim Landesarbeitsgericht Frankfurt eingelegt. Im Berufungsverfahren wurde unstreitig, dass die Klägerin im März/April 2018 an einer Reha-Maßnahme der DRV erfolgreich teilgenommen hatte. Der zu den Akten gereichte ärztliche Entlassungsbericht hatte dokumentiert, dass in den letzten Jahren wiederholt eine depressive Episode diagnostiziert worden war, der mit der Reha-Maßnahme erfolgreich begegnet werden konnte.

Das Landesarbeitsgericht Frankfurt hat der Berufung entsprochen und festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 17.03.2017 nicht beendet worden ist. Die Kündigung der Klägerin war nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts sozial ungerechtfertigt. Das zwischen den Parteien erforderliche BEM-Verfahren sei bereits nicht ordnungsgemäß eingeleitet und anschließend auch nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden. Ein entsprechender Nachweis obliege der Beklagten unabhängig von der Zustimmung der Klägerin, BEM-Unterlagen in das Kündigungsverfahren einzuführen.

Das Einladungsschreiben der Beklagten vom 16.12.2015 entspreche nicht den rechtlichen Anforderungen an die Einleitung eines BEM-Verfahrens, da es keinen Hinweis darauf enthalte, dass nach § 167 Abs. 2 Satz 4 SGB IX die Rehabilitationsträger hinzuziehen seien, sofern Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht kämen. Zum Mindeststandard des BEM gehöre die Beteiligung der gesetzlich vorgesehenen Stellen, Ämter und Personen sowie die Zusammenarbeit, um eine an den Zielen des BEM orientierte Klärung ernstlich zu versuchen. Daher sei es Sache des Arbeitgebers, die Initiative zur Einbeziehung der Rehabilitationsträger zu ergreifen und den Arbeitnehmer zuvor auf die Ziele des BEM sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen. Eine schlichte Bezugnahme auf den Text des § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX reiche nicht aus. Im Hinblick auf die bei der Klägerin wiederholt diagnostizierte depressive Episode habe es zudem nahegelegen, dass eine Reha-Maßnahme zu einer Verbesserung des Gesundheitszustandes der Klägerin geführt hätte. Damit lag es für die Arbeitgeberin auch nahe, im Rahmen des BEM die schon damals

aktivierten Rehabilitationsträger zu beteiligen, was allerdings nicht erfolgte. Die objektive Nutzlosigkeit einer Beteiligung habe die Beklagte nicht darlegen können.

Die gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt eingelegte Revision ist von der Beklagten inzwischen zurückgenommen worden.

## **22. Hinweise zum Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts vom 11. Dezember 2018**

Das Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts vom 11. Dezember 2018 ist im Bundesgesetzblatt Teil I, Seite 2384 veröffentlicht worden und am 1. Januar 2019 in Kraft getreten. Es beinhaltet neben Änderungen im Teilzeitrecht auch wesentliche Neuerungen zur Abrufarbeit im Sinne des § 12 TzBfG. Der als **Anlage 3** übersandte Beitrag enthält weiterführende Hinweise zu den spezifischen Änderungen bei Teilzeitanträgen durch das Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts vom 11. Dezember 2018. Die dort verabschiedeten Änderungen sind zum 01.01.2019 in Kraft getreten. Insbesondere von Bedeutung sind der Anspruch auf sog. Brückenteilzeit nach § 9a TzBfG n. F., der Anspruch auf Arbeitszeiterhöhung nach § 9 TzBfG n. F. und Neuregelungen zur Arbeit auf Abruf nach § 12 TzBfG.

## **23. EU-Richtlinie zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige beschlossen**

(Quelle: Pressemitteilung des Bmfsfj Nr. 6/2019 v. 06.02.2019)

Deutschland hat am 06.02.2019 zusammen mit der Mehrheit der Mitgliedstaaten der EU der Vereinbarkeitsrichtlinie zugestimmt. Ziel der Richtlinie ist es, in der gesamten EU die Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf zu verbessern. Konkret soll die Richtlinie für eine gerechtere Aufteilung von Betreuungs- und Pflegeaufgaben zwischen Frauen und Männern sorgen und die Erwerbsbeteiligung insbesondere von Frauen fördern. Auf folgende Mindeststandards haben sich die EU-Mitgliedstaaten mit dem Europäischen Parlament u.a. geeinigt:

- Zehn Tage bezahlte Auszeit für den zweiten Elternteil rund um die Geburt des Kindes, es sei denn, ein nationales System sieht bereits die Möglichkeit der Gewährung eines deutlich längeren Zeitraums für beide Eltern vor.
- Vier Monate Elternzeit für jeden Elternteil, zwei Monate davon sind bezahlt und nicht auf den anderen Elternteil übertragbar.
- Fünf Tage Zeit für Pflege pro Jahr
- Recht auf Beantragung flexibler Arbeitsregelungen für Eltern und pflegende Angehörige
- Besserer Kündigungsschutz für Eltern und pflegende Angehörige

Das deutsche System an Vereinbarkeits-Maßnahmen stellt Eltern und pflegende Angehörige aktuell besser, als dies durch die Richtlinie nun verpflichtend wird.

Die Richtlinie sieht bspw. zehn Tage bezahlte Auszeit für den zweiten Elternteil vor. In Deutschland sind aktuell zwei Elterngeld-Monate nicht übertragbar, gemeinsam stehen beiden Eltern bis zu 14 Monate Elterngeld zu. Das heißt der zweite Elternteil, der Elterngeld in Anspruch nimmt, kümmert sich mindestens zwei Monate um das Kind.

Die Vereinbarkeit von Pflege und Beruf beruht in Deutschland auf drei Säulen:

- (1) In einem akuten Pflegefall besteht die Möglichkeit, bis zu zehn Arbeitstage der Arbeit fernzubleiben, wenn dies erforderlich ist, um eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren oder eine pflegerische Versorgung in dieser Zeit sicherzustellen. Für diese Zeit besteht ein Anspruch auf eine Lohnersatzleistung, das Pflegeunterstützungsgeld, das bei der Pflegekasse des Pflegebedürftigen beantragt wird. Die Zahlung ist auf insgesamt zehn Arbeitstage begrenzt, kann aber durch mehrere nahe Angehörige in Anspruch genommen werden.
- (2) Für bis zu sechs Monate besteht nach dem Pflegezeitgesetz ein Anspruch auf vollständige oder teilweise Freistellung für die Pflege in häuslicher Umgebung. Dieser Anspruch besteht auch für die auch außerhäusliche Betreuung von Minderjährigen sowie für die Begleitung in der letzten Lebensphase, ist dann aber auf drei Monate begrenzt.
- (3) Um die Pflege in häuslicher Umgebung für einen längeren Zeitraum sicherstellen zu können, haben Beschäftigte nach dem Familienpflegezeitgesetz das Recht auf eine bis zu 24-monatige teilweise Freistellung bei einer wöchentlichen Mindestarbeitszeit von 15 Stunden. Diese teilweise Freistellung kann auch für minderjährige pflegebedürftige nahe Angehörige in Anspruch genommen werden. Beide Freistellungsmöglichkeiten sind miteinander kombinierbar, dürfen aber eine Gesamtdauer von 24 Monaten nicht überschreiten. Für die Dauer der Freistellungen auch nach dem Pflegezeitgesetz kann ein zinsloses Darlehen in Anspruch genommen werden.

#### **24. Die Zahl der gut geeigneten Bewerber steigern**

(Auszug aus [haufe.de/personal](http://haufe.de/personal) News 21.01.2019 „Realistic Job Preview“ von Prof. Dr. Uwe P. Kanning, Hochschule Osnabrück)

Gutes Personalmarketing kommuniziert die realen Vorzüge des Arbeitgebers nach außen, redet aber auch die Anforderungen nicht klein oder schön die Arbeitsbedingungen. Es beeinflusst den Markt der potenziellen Bewerber so, dass sich gut geeignete Personen verstärkt auf die ausgeschriebene Stelle bewerben und weniger geeignete Personen sich von einer Bewerbung abschrecken lassen.

In der Forschung bezeichnet man diesen Prozess als „Realistic Job Preview“. Die realistische Tätigkeitsinformation setzt sinnvollerweise bereits bei der Stellenanzeige und der Gestaltung der Internetseiten an und wird im eigentlichen Auswahlverfahren – also zum Beispiel im Einstellungsinterview – fortgeführt.

Nun stellt sich die Frage, wie eine realistische Tätigkeitsinformation in der Praxis zu bewerkstelligen ist. Verschiedene Forschungsergebnisse liefern hierzu Anregungen.

Bei der Stellenanzeige ist die Informationsmenge wichtiger als das Anzeigenformat Grundsätzlich trägt die Menge der Informationen, die ein Arbeitgeber veröffentlicht zu höherer Attraktivität bei und zwar insbesondere bei gut qualifizierten Bewerbern oder solchen mit mehr Berufserfahrung. Die Informationsmenge bezieht sich sowohl auf die Anforderungen, die der Arbeitsplatz an zukünftige Mitarbeiter stellt, als auch auf Weiterbildungsmöglichkeiten, Karrierechancen oder andere Aspekte der Rahmenbedingungen. Wer von neuen Mitarbeitern Einsatzbereitschaft oder Führungskompetenz erwartet, muss die üblichen Worthülsen also mit Leben füllen. Natürlich lassen sich diese Informationen aus Kostengründen nicht in einer Stellenanzeige unterbringen. Hierzu sind die Internetseiten des Unternehmens viel besser geeignet. Hier ließe sich zum Beispiel auch die Beschreibung einer durchschnittlichen Arbeitswoche oder Ähnliches unterbringen. All dies dient dazu, dass Bewerber einen

plastischen Eindruck von der Arbeitsrealität der fraglichen Stelle erhalten. Die Reichhaltigkeit der Informationen ist bei einer Stellenanzeige übrigens wichtiger als ihre reine Größe. Große Stellenanzeigen ziehen zwar eher die Aufmerksamkeit auf sich, dies nützt aber wenig, wenn sie kaum verwertbare Informationen liefern. Für aufwendig gestaltete, bunte Stellenanzeigen dürfte dies in gleicher Weise gelten.

Die Jobanzeige sollte konkrete Arbeitsplatzmerkmale aufzeigen. Im Zusammenhang mit der unglückseligen Diskussion um Generation X, Y, Z wird immer wieder der Eindruck erweckt, als würden sich insbesondere jüngere Bewerber vor allem für die Werte eines Arbeitgebers interessieren. Studien, die sich mit der Frage beschäftigen, wie stark sich die Darstellung von konkreten Arbeitsplatzmerkmalen im Vergleich zu abstrakten Merkmalen auf die Arbeitgeberattraktivität auswirken, bestätigen dies nicht. Sie zeigen vielmehr das Gegenteil. Nach wie vor scheint es so zu sein, dass es für die meisten Bewerber sehr viel wichtiger ist zu erfahren, in welcher Stadt sie arbeiten sollen, wie viel Geld sie verdienen, welche freiwilligen sozialen Leistungen ein Arbeitgeber erbringt, welche Arbeitsaufgaben zu erledigen sind, ob das Unternehmen wirtschaftlich sicher dasteht und vieles mehr.

Werte sind in der Regel wohl erst dann wichtig, wenn für einen Bewerber die Wahl zwischen zwei Arbeitgebern ansteht, die sich hinsichtlich der konkreten Arbeitsplatzmerkmale kaum unterscheiden. In dem Fall mag es eher ausschlaggebend sein, ob ein Unternehmen innovativ oder bodenständig erscheint. Arbeitgeber sollten also in der Außendarstellung zunächst einmal differenziert beschreiben, worum es eigentlich geht, ehe sie sich um ihre Werte Gedanken machen. Hier gilt ganz im Sinne von Bertolt Brecht: „Erst kommt das Fressen, dann kommt die Moral.“

In vielen Unternehmen lesen sich die publizierten Werte, als hätten die Verantwortlichen einfach alles zusammengetragen, was edel und gut erscheint. Der Anspruch, die Individualität des Unternehmens nach außen zu tragen, wird überschattet von dem Versuch, sich als mindestens ebenso werthaltig zu präsentieren wie die Konkurrenz. Grundsätzlich ist es von Vorteil, Werte zu präsentieren. Eine aktuelle Studie zeigt jedoch, dass der Effekt deutlich größer wird, wenn Werte nicht nur als solche benannt, sondern auch erklärt werden. Statt lediglich zu schreiben, dass man nachhaltig arbeitet, sollte der Arbeitgeber erläutern, was in seinem Unternehmen unter nachhaltiger Arbeit verstanden wird. Noch besser wäre es, wenn er darüber hinaus Belege liefern würde. So könnte ein produzierendes Unternehmen zum Beispiel konkrete Zahlen nennen und angeben, um wie viel Prozent der CO<sub>2</sub>-Ausstoß im vergangenen Jahr reduziert wurde.

Bilder in der Stellenanzeige fördern die Attraktivität des Arbeitgebers. Unternehmen, die Bilder auf ihren Internetseiten zeigen, werden von potenziellen Bewerbern als attraktiver erlebt. Dies gilt jedoch nur dann, wenn die dargestellten Personen aussehen, wie reale Mitarbeiter. Sobald die Rezipienten den Eindruck haben, dass hier platte Werbung geschaltet wird, geht der Effekt verloren und kann sich sogar in sein Gegenteil verkehren. Bewerber wollen nicht den Eindruck haben, dass man sie über den Tisch zieht. Oder anders ausgedrückt: Mehrheitlich scheinen die Bewerber keine Werbung, sondern Information zu suchen. Dies ist durchaus verständlich. Die Wahl eines Arbeitgebers ist für das eigene Leben viel wichtiger als der Kauf eines Handys oder die Buchung einer Urlaubsreise.

Über allem steht das Gebot der Glaubwürdigkeit. Zumindest die qualifizierteren Bewerber beschäftigen sich auch mit der Frage, ob die dargestellten Inhalte glaubwürdig sind, und nutzen die Möglichkeit, sich gegebenenfalls durch andere Quellen über einen Arbeitgeber zu informieren. So wenig wie der

Arbeitgeber vom Bewerber angelogen werden will, so wenig wissen es Bewerber zu schätzen, wenn sie von einem potenziellen Arbeitgeber angelogen werden.

## **25. Arbeitgeberleistungen zum Ausgleich von Rentenabschlägen**

Haufe Online Redaktion ▪ News 23.01.2019 Beitragsrecht

Eine vorzeitige Inanspruchnahme einer Altersrente ist häufig mit dauerhaften Rentenminderungen verbunden. Um diese Rentenabschläge im Vorfeld zu vermeiden, sind zusätzliche Beitragszahlungen möglich. Der Arbeitgeber kann sich mit steuer- und sozialversicherungsfreien Zuschlägen daran beteiligen. Im Rahmen von Abfindungsverhandlungen kann das eine interessante Möglichkeit sein. Eine Vollrente wegen Alters kann mit Erreichen der Regelaltersgrenze abschlagsfrei in Anspruch genommen werden. Die Regelaltersgrenze steigt in den nächsten Jahren bis auf das 67. Lebensjahr. Darüber hinaus ist eine vorzeitige Renteninanspruchnahme abschlagsfrei nur möglich, wenn der Versicherte 45 Jahre Versicherungszeit zurückgelegt hat. Die Altersgrenze für die Inanspruchnahme dieser Rente steigt schrittweise bis auf das 65. Lebensjahr.

Die Altersrente für langjährig Versicherte gibt es für Personen, die mindestens 35 Jahre in der Rentenversicherung zurückgelegt haben. Diese Rente kann ab Vollendung des 63. Lebensjahres in Anspruch genommen werden. Allerdings ist damit eine Rentenminderung von 0,3 Prozent für jeden Monat der vorzeitigen Renteninanspruchnahme verbunden. Pro Jahr des vorzeitigen Rentenbezugs ergibt sich somit eine Minderung Ihrer Rente um 3,6 Prozent. Sie gilt für die gesamte Laufzeit der Rente, also auch über die Regelaltersgrenze hinaus. Zukünftig kann sich daraus ein maximaler monatlicher Rentenabschlag von 14,4 Prozent ergeben.

Rentenminderungen, die durch die vorzeitige Inanspruchnahme einer Altersrente entstehen, können durch die Zahlung von Beiträgen ausgeglichen werden. Dafür ist zunächst die beabsichtigte vorzeitige Renteninanspruchnahme gegenüber dem Rentenversicherungsträger zu erklären. Dieser ermittelt dann die Höhe der erforderlichen zusätzlichen Zahlungen. Ab Vollendung des 50. Lebensjahres besteht dann die Möglichkeit, die Beiträge zu zahlen; dabei sind bis zu zwei Teilbeträge im Kalenderjahr möglich. Sofern entgegen der ursprünglichen Absicht keine vorgezogene Altersrente mit Abschlägen in Anspruch genommen wird, werden die Beiträge nicht erstattet; sie erhöhen dann die abschlagsfreie Rente. Werden die Ausgleichsbeiträge vom Arbeitgeber übernommen, ist die Hälfte der Beiträge steuer- und beitragsfrei. Übernimmt der Arbeitgeber auch die andere Hälfte der Ausgleichsbeträge, wird diese von der Finanzverwaltung als Teil der Entschädigung, die im Zusammenhang mit der Auflösung eines Dienstverhältnisses geleistet wird, behandelt. In der Sozialversicherung werden diese Zahlungen nicht als Arbeitsentgelt bewertet, da diese den Entschädigungen für den Wegfall künftiger Verdienstmöglichkeiten aufgrund des Verlustes des Arbeitsplatzes gleichzusetzen sind.

Einige Tarifverträge räumen den Beschäftigten einen monatlichen Anspruch auf Arbeitgeberleistungen zur Finanzierung von Ausgleichsbeiträgen ab dem vollendeten 50. Lebensjahr ein. Der Anspruch auf die vom Arbeitgeber gezahlten Ausgleichsbeträge setzt dabei keine Vereinbarung über eine vorzeitige Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses voraus.

Auch die Zahlungen gelten im Steuerrecht als Entschädigung, die im Zusammenhang mit der vorzeitigen Auflösung eines Dienstverhältnisses stehen. Eine schriftliche Vereinbarung über die vorzeitige Beendigung des Dienstverhältnisses wird nicht gefordert.



Die Sozialversicherungsträger folgen diesbezüglich der steuerrechtlichen Auffassung und stellen entsprechende Arbeitgeberleistungen im vollen Umfang beitragsfrei.

## **26. Freiwilligkeitsvorbehalt und Widerrufsvorbehalt rechtssicher nutzen**

von Tim Bulian - 5. Februar 2019 auf [arbeitsrecht-weltweit.de](http://arbeitsrecht-weltweit.de)

Dieser Beitrag befasst sich mit dem Anwendungsbereich von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalten. Er zielt darauf ab, das Grundverständnis für diese beiden Regelungsinstrumente zu schärfen und typische Fehler bei ihrer Ausgestaltung in der arbeitsvertraglichen Praxis zu vermeiden.

Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalte werden in der Praxis häufig in einem Atemzug genannt.

Schließlich verfolgen beide Regelungsinstrumente praktisch gesehen denselben Zweck: Der Arbeitgeber soll die Möglichkeit haben, eine bereits gewährte Leistung einseitig abändern zu können. Juristisch betrachtet handelt es sich bei Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalten jedoch um zwei strikt voneinander zu trennende Regelungsinstrumente, die eigenen Anforderungen unterliegen.

Freiwilligkeitsvorbehalte sind arbeitsvertragliche Formulierungen, die einer „schleichenden“ Anspruchsbegründung mittels betrieblicher Übung entgegenwirken sollen. Mit einem entsprechenden Freiwilligkeitsvorbehalt will der Arbeitgeber zum Ausdruck bringen, dass die Zahlung etwaiger Leistungen losgelöst von einer etwaigen Leistungspflicht erfolgt und zukünftig jederzeit einseitig von ihm wieder eingestellt werden kann.

Dagegen dienen Widerrufsvorbehalte dem Arbeitgeber als Gestaltungsmittel, um Leistungen, auf die der Arbeitnehmer grundsätzlich einen Anspruch hat, in bestimmten Fällen (wieder) entfallen zu lassen.

Der Unterschied zwischen den beiden Regelungsinstrumenten ist also folgender: Während der Freiwilligkeitsvorbehalt dazu dient, bereits die Entstehung von Ansprüche für die Zukunft zu verhindern, eröffnet der Widerrufsvorbehalt dem Arbeitgeber die Möglichkeit, einen bereits entstandenen Anspruch auf eine Leistung (nachträglich) wieder zu beseitigen.

Dieser grundlegende Unterschied zwischen den beiden Regelungsinstrumenten führt direkt zu dem ersten typischen Fehler bei der Ausgestaltung entsprechender Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalte: Der Vermischung beider Regelungsinstrumente. Vertragsklauseln, die beide Regelungsinstrumente kombinieren, sind widersprüchlich und in daher unwirksam.

*„Die Gewährung des 13. Bruttomonatsgehalts erfolgt freiwillig und kann vom Arbeitgeber jederzeit widerrufen werden.“*

Widersprüchlich ist vorstehende Klausel deshalb, weil einerseits durch den Zusatz „freiwillig“ zum Ausdruck gebracht wird, dass der Arbeitgeber die Leistung ohne etwaigen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers erbringt. Dagegen impliziert die Formulierung die Leistung „widerrufen“ zu können, dass der Arbeitnehmer einen Anspruch auf die Leistung hat.

Auch wer glaubt, sich mit nachfolgender „catch-all Klausel“ rechtssicher gegen die schleichende Begründung von Ansprüchen abzusichern, könnte „böse überrascht“ werden.

*„Zwischen den Parteien besteht Einvernehmen, dass die Gewährung sonstiger, in diesem Arbeitsvertrag nicht geregelter, Leistungen freiwillig und ohne Anerkennung einer etwaigen Rechtspflicht erfolgt.“*

Es genügt nämlich gerade nicht, den Freiwilligkeitsvorbehalt einmal pauschal im Arbeitsvertrag zu regeln. Notwendig ist vielmehr, den Vorbehalt bei der einzelnen Leistungsgewährung zu konkretisieren und neu zu erklären.

Unwirksam sind schließlich auch Freiwilligkeitsvorbehalte, die Leistungen mit Entgeltcharakter umfassen; also Leistungen, die der Arbeitnehmer im Austausch für der Erbringung seiner Arbeitsleistung erhält. Dies vor dem Hintergrund, dass der Arbeitgeber nur solche Leistungen „freiwillig“ gewähren kann, auf die Arbeitnehmer nicht ohnehin einen Anspruch hat.

*„Abgesehen von dem Grundgehalt erhält der Arbeitnehmer eine freiwillige Leistungszulage in Höhe von EUR X.“*

Auch an die Wirksamkeit von Widerrufsvorbehalten werden hohe Anforderungen gestellt. Unwirksame Klauseln weisen dabei regelmäßig folgende zwei Fehler auf:

*„Die vom Arbeitgeber gewährten Leistungen sind vollumfänglich und jederzeit widerrufbar.“*

Zu beachten ist zunächst, dass nur ein bestimmter Prozentsatz der Gesamtvergütung widerruflich gestellt werden darf. Auch wenn es hier keine starren Grenzwerte gibt, tendiert die Rechtsprechung zu Deckelungswerten zwischen 25 und 30 Prozent des Gesamtverdienstes.

Schließlich darf die Leistung auch nicht willkürlich widerrufen werden. Erforderlich ist also, dass der Widerruf an das Vorliegen konkreter sachlicher Gründe gekoppelt wird.

Vorstehender Überblick über die typischen Stolpersteine der arbeitsvertraglichen Ausgestaltung von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalten macht deutlich, dass die „Freiwilligkeit“ arbeitgeberseitig gewährter Leistungen hinreichend abgesichert werden sollte. Anderenfalls besteht das Risiko, dass der Arbeitgeber unbewusst einklagbare Leistungen begründet, die regelmäßig nicht mehr einseitig abgeändert werden können.

## **27. Minijob: Steuerfreie Aufwandsentschädigung richtig berücksichtigen**

Haufe Online Redaktion ▪ News 15.01.2019 Versicherungsrecht

Die sogenannte Übungsleiter- und Ehrenamtszuschale zählt nicht zum Arbeitsentgelt im Sinne der Sozialversicherung. Bei der Ermittlung des regelmäßigen monatlichen Arbeitsentgelts zur Prüfung des Vorliegens eines 450-Euro-Minijobs bleiben sie unberücksichtigt. Arbeitgeber müssen nun aber eine Änderung beachten.

In der aktuellen Fassung der [Geringfügigkeits-Richtlinien vom 21.11.2018](#) ist eine neue Vorgehensweise in Bezug auf die Berücksichtigung steuerfreier Aufwandsentschädigungen bei 450-Euro-Minijobs geregelt. Die Prüfung des regelmäßigen monatlichen Entgelts ist demnach nicht mehr davon abhängig, ob der Arbeitgeber den Steuerfreibetrag pro rata oder en bloc ausschöpft.

Die Übungsleiterzuschale kann für nebenberufliche Tätigkeiten, beispielsweise als Übungsleiter in Sportvereinen oder als Ausbilder, Erzieher und Betreuer in Anspruch genommen werden. Der Steuerfreibetrag beläuft sich auf 2.400 Euro pro Kalenderjahr.

Nebenberufliche Einnahmen bis zu 720 Euro im Kalenderjahr aus einer ehrenamtlichen Tätigkeit sind ebenfalls steuerfrei. Die Ehrenamtszuschale kann beispielsweise für Tätigkeiten in Vereinen als Vorstand, Schatzmeister, Platzwart, Gerätewart oder auch für ehrenamtlich tätige Schiedsrichter im Amateurbereich berücksichtigt werden.

Für die Ermittlung des regelmäßigen monatlichen Arbeitsentgelts zwecks Prüfung des Vorliegens eines 450-Euro-Minijobs wird der pro Kalenderjahr zur Verfügung stehende Steuerfreibetrag immer in voller Höhe vom zu erwartenden Gesamtverdienst für das Kalenderjahr abgezogen. Ergibt sich danach im

Monatsdurchschnitt ein Verdienst bis 450 Euro, liegt ein Minijob (geringfügig entlohnte Beschäftigung) vor.

Formel für die Ermittlung des regelmäßigen Arbeitsentgelts pro Kalenderjahr:

$$\text{Gesamtverdienst} \text{ ./. Freibetrag} = \text{SV-Arbeitsentgelt} : \text{Monate des Beurteilungszeitraums}$$

Beispiel 1: Übungsleiter vom 1.3. bis 31.10., Verdienst 750 Euro.

Ermittlung des regelmäßigen monatlichen Arbeitsentgelts:

$$\text{Gesamtverdienst (750 Euro x 8 Monate)} = 6.000 \text{ Euro}$$

$$\text{./.. Steuerfreibetrag} = 2.400 \text{ Euro}$$

$$\text{SV-Arbeitsentgelt} = 3.600 \text{ Euro} : 8 = 450 \text{ Euro}$$

Ergebnis: Da das regelmäßige monatliche Arbeitsentgelt 450 Euro nicht übersteigt, liegt ein 450-Euro-Minijob vor.

Eine melde- und beitragspflichtige Beschäftigung im Sinne der Sozialversicherung liegt nur vor, wenn Arbeitsentgelt erzielt wird. Dies ist abhängig davon, ob der Steuerfreibetrag pro rata (monatlich) oder en bloc (am Stück) berücksichtigt wird. Während bei der monatlichen Ausschöpfung des Steuerfreibetrages auch in jeden Monat Arbeitsentgelt erzielt wird, liegt in diesen Fällen durchgehend eine sozialversicherungsrechtlich relevante Beschäftigung vor. Anders verhält es sich hingegen, wenn der Arbeitgeber den Freibetrag am Stück ausschöpft. In diesen Fällen beginnt die melde- und beitragspflichtige Beschäftigung erst, wenn der Steuerfreibetrag verbraucht ist.

Beispiel 2: Bei dem Übungsleiter aus Beispiel 1 wird der Steuerfreibetrag von 2.400 Euro

a) monatlich mit 300 Euro berücksichtigt.

b) zunächst voll ausgeschöpft.

Ergebnis a): Die Beschäftigung besteht durchgehend vom 1.3. bis 31.10. Das beitragspflichtige Arbeitsentgelt beträgt monatlich 450 Euro (750 Euro ./.. 300 Euro).

Ergebnis b): Die Beschäftigung beginnt erst im Juni, weil die Monate März bis Mai voll (jeweils 750 Euro = 2.250 Euro) und der Monat Juni teilweise (2.400 ./.. 2.250 Euro = 150 Euro) mit Steuerfreibeträgen belegt sind. Beiträge sind im Juni von 600 Euro und in den Monaten Juli bis Oktober von jeweils 750 Euro Arbeitsentgelt zu zahlen.

Die klassischen Meldungen für Beschäftigungen sind die einmalige Anmeldung mit Abgabegrund „10“ bei Beschäftigungsbeginn, die Jahresmeldung mit Abgabegrund „50“ für abgelaufene Kalenderjahre und die Abmeldung mit Abgabegrund „30“ bei Beendigung der Beschäftigung. Anders verhält sich das bei einer auf Dauer angelegten Tätigkeit, die der Arbeitgeber steuerlich en bloc abrechnet. In diesen Fällen besteht

die Beschäftigung nicht durchgehend, sondern ist jeweils im Laufe des Kalenderjahres an- und mit Ablauf des Kalenderjahres wieder abzumelden. Konkret müssen hier folgende Meldungen erstellt werden:

- Erstmalige Anmeldung mit Abgabegrund „10“ im ersten Jahr der Tätigkeit (nach Ausschöpfung des kalenderjährlichen Steuerfreibetrages)
- Jahresmeldung mit Abgabegrund „50“ für den Beschäftigungszeitraum des abgelaufenen Kalenderjahres (Zeitraum vom Tag des Beginns der Beschäftigung bis 31.12.)
- Abmeldung zum 31.01. des Folgejahres mit Abgabegrund „34“ (Fortbestehen der Beschäftigung ohne Arbeitsentgelt für einen Monat)
- Erneute Anmeldung mit Abgabegrund „13“ (nach Ausschöpfung des kalenderjährlichen Steuerfreibetrages)
- usw.

Steuerfreie Aufwandsentschädigungen können für eine Person nur einmalig pro Kalenderjahr berücksichtigt werden. Insofern ist die/der Arbeitnehmer/in aufzufordern, Ansprüche anzuzeigen, die sie anderweitig in Anspruch genommen hat bzw. nehmen wird. Der Arbeitgeber darf dann nur noch den zur Verfügung stehenden Steuerfreibetrag berücksichtigen.

## **28. Beschäftigtendatenschutz in kirchlichen Einrichtungen**

In der Öffentlichkeit wird zumeist angenommen, mit dem Wirksamwerden der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) zum 25.05.2018 bestehe ein einheitliches Datenschutzrecht. Diese Annahme trifft nicht zu. Für die personenbezogenen Daten im Beschäftigungskontext hat die DSGVO in Art. 88 die Mitgliedsstaaten zum Erlass „spezifischerer“ Normen ermächtigt. Die Bundesrepublik hat davon mit dem Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/6791 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/6802 (DSAnpUG-EU) Gebrauch gemacht. Der Bund hat für die Beschäftigten in der Privatwirtschaft und in den Bundesbehörden das vordem in den §§ 28 und 32 BDSG a.F. zersplitterte Beschäftigtendatenschutzrecht in § 26 BDSG zusammenfassend neu geregelt. Die 16 Bundesländer haben gleichfalls von Art. 88 DSGVO Gebrauch gemacht, so dass für die Daten der Landes- und Kommunalbediensteten besondere Bestimmungen gelten.

Ebenso gelten für die personenbezogenen Daten der bei den Kirchen und deren Einrichtungen Beschäftigten besondere Bestimmungen. In Art. 91 DSGVO hat nämlich die EU anerkannt, dass auch eine „Kirche und religiöse Vereinigung oder Gemeinschaft“ eigene Datenschutzregeln anwenden dürfen. In der Bundesrepublik hatten sowohl die Evangelische als auch die Katholische Kirche bereits vor Inkrafttreten der DSGVO für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten der kirchlichen Beschäftigten eigene Sonderregeln aufgestellt und zwar durch:

- Kirchengesetz über den Datenschutz der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD-Datenschutzgesetz - DSG-EKD) vom 01.01.2013 und
- Anordnung über den Kirchlichen Datenschutz (KDO) in der Fassung des Beschlusses der Vollversammlung des Verbandes der Diözesen Deutschlands vom 18.11.2013.

Als **Anlage 4** übersende ich einen Beitrag über den Beschäftigtendatenschutz in kirchlichen Einrichtungen von Professor Düwell aus jurisPR-ArbR 8/2019

## 29. AWO-Petition startet zur Begrenzung der Pflegekosten

Mit einer Petition im Bundestag will die Arbeiterwohlfahrt (AWO) die steigenden Kosten für Bewohner von Pflegeheimen eindämmen. Der Verband will die Pflegeversicherung in die Pflicht nehmen. Der Verband habe seine [Petition "Eigenanteil bei stationärer Pflege begrenzen!"](#) in das Parlament eingebracht und online gestellt, heißt es in einer am 15.02.2019 verbreiteten Mitteilung. Die Schmerzgrenze der finanziellen Belastungen sei bei vielen pflegenden Familienmitgliedern längst überschritten. Ziel sei es, in den kommenden vier Wochen 50.000 Unterstützer zu bekommen, damit sich der Bundestag mit einer Neuregelung befassen muss.

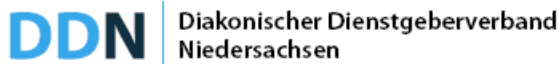
Die AWO verweist darauf, dass 2017 die Kosten, die eine versicherte Person selbst für die Pflege tragen musste (1.750 Euro), deutlich über der durchschnittlich bezogenen Netto-Rente lag (alte Bundesländer monatlich 1.231 Euro, neue Länder 1.169 Euro).

Ziel dieser Petition ist es, für die Leistungsbeziehenden der Pflegeversicherung einen gesetzlich definierten Höchstbetrag für die Eigenanteile zu erstreiten. Dieser muss auch über die Dauer der Pflege verlässlich abgesichert Steigende Pflegekosten seien von der Pflegeversicherung zu bezahlen.

Ich verabschiede mich mit den besten Wünschen für ein angenehmes Frühjahr. In der nächsten Ausgabe der DDN-Nachrichten werde ich dann hoffentlich über einen von alle Tarifvertragsparteien getragenen Kompromiss berichten können.

Mit freundlichen Grüßen

Robert Johns  
Geschäftsführer



Homepage: [www.ddniedersachsen.de](http://www.ddniedersachsen.de)

- Geschäftsstelle -

Ebhardtstraße 3 A, 30159 Hannover

Tel. : 0511 - 3604 112

e:mail: [robert.johns@diakonie-nds.de](mailto:robert.johns@diakonie-nds.de)