

DDN - Nachrichten 2/2018 vom 16.05.2018

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

Sehr geehrte Damen und Herren,

unsere niedersächsische Sozialministerin Carola Reimann (SPD) erklärte jüngst in einer [Pressemeldung von EPD](#) zu den Maßnahmen des Landes zur Begegnung des Fachkräftemangels in der Pflege: „Auch die gerade entstehende Pflegekammer in Niedersachsen könne ein Anreiz sein, sich für den Pflegeberuf zu entscheiden. Die Kammer werde eine "starke Stimme" für die Pflegenden sein“. Nun sehen das nicht unbedingt alle Betroffene so, wie z.B. der Beitrag „[Zur Mitgliedschaft gezwungen](#)“ auf LZonline vom 24.04.2018 zeigt. Von mehr als 80.000 examinierten Pflegebeschäftigten in Niedersachsen haben sich bis jetzt laut einem Beitrag in der Ausgabe der HAZ vom 3. Mai 2018 nur 47.900 für die Zwangsmitgliedschaft registrieren lassen. Beim Errichtungsausschuss seien 1362 Widerspruchsschreiben eingegangen. Zudem meldet das Gesundheitsministerium „14 generelle Beschwerdeschreiben“. Der „Verhandlungskommission Soziales SPD/CDU für einen Koalitionsvertrag“ lägen 275 Schreiben vor mit der Bitte, sich für die Abschaffung der Pflegekammer zu einzusetzen.

Auf eine Steigerung der Attraktivität des Pflegeberufs durch eine Pflegekammer deutet das alles nicht hin. Bemerkenswert ist auch, wer in dieser Pflegekammer das Sagen haben wird. Obwohl in Niedersachsen etwa gleich viele Fachkräfte einerseits in der Altenpflege und andererseits in der Krankheits- und Gesundheitspflege, bzw. Gesundheits- und Kinderkrankenpflege beschäftigt werden erhalten die in Krankenhäusern Beschäftigten in der Kammerversammlung eine ganz überwiegende Mehrheit von drei Mal mehr Sitzen, als die Altenpflegekräfte. Die 31 Sitze in der Kammerversammlung verteilen sich auf die drei in der Pflegekammer vertretenen Berufsgruppen: Gesundheits- und Krankenpflege 20 Sitze, Gesundheits- und Kinderkrankenpflege 3 Sitze und Altenpflege nur 8 Sitze. Die eindeutige Übermacht der Krankenhausbeschäftigten wird noch dadurch gesteigert, dass auch der neue Geschäftsführer der Pflegekammer laut [Pressemeldung der Pflegekammer](#) bisher in Managementpositionen von Krankenhäusern beschäftigt war. Das lässt befürchten, dass die Interessen der in der Altenpflegebeschäftigten bei den Aktivitäten der Pflegekammer nicht an erster Stelle stehen werden. Doch gerade in der Altenpflege ist der Fachkräftemangel besonders evident. Laut

[Statistik der Bundesagentur für Arbeit wurden Stand März 2018](#) werden in Niedersachsen in der Krankenpflege durchschnittlich 134 Tage, in der Altenpflege aber sogar 165 Tage zur Wiederbesetzung einer Stelle benötigt. In der Krankenpflege kommen auf 100 freie Stellen 67 arbeitslos Gemeldete, in der Altenpflege in der Altenpflege sind es nur noch 19! Dass das zu erwartende Engagement der Pflegekammer dem Rechnung tragen wird scheint angesichts der Fehlentwicklungen bei ihrer Errichtung eher zweifelhaft.

In dieser Ausgabe der DDN-Nachrichten wird über folgende Themen berichtet:

- 1. EuGH-Urteil zur Konfessionszugehörigkeit als Einstellungsvoraussetzung BAG**
- 2. BAG-Terminvorschau: Diakonischer Arbeitgeber zahlt unter AVR-Niveau - Anspruch auf Differenz?**
- 3. KGH über korrigierende Rückgruppierung**
- 4. Rückgruppierung vs. Vertrauensschutz**
- 5. Normative Wirkung von Dienstvereinbarungen**
- 6. Änderung des MVG.EKD - Gesetzgebungsverfahren eingeleitet**
- 7. Keine Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 2 BetrVG bei erstmaliger Zuordnung von einzustellenden (Leih-)Arbeitnehmern zu Schichten**
- 8. Kostentragungspflicht bei aussichtsloser Rechtsverfolgung**
- 9. Benachteiligung wegen einer Behinderung – Indiz im Sinne von § 22 AGG**
- 10. Handreichung des BDA zum Recht der Schwerbehindertenvertretung**
- 11. Kein Annahmeverzug im Wiedereingliederungsverhältnis**
- 12. Der Urlaubsanspruch in Schwangerschaft und Elternzeit**
- 13. Kein Ausgleich von überdurchschnittlicher Arbeitszeit durch Urlaubs- und Feiertage**
- 14. Rückzahlung des Mitarbeiterdarlehens – AGB-Kontrolle**
- 15. (Teil-)Kündigung einer Pauschalierungsabrede**
- 16. Im Falle einer Aufspaltung darf der Arbeitnehmer den zukünftigen Arbeitgeber auswählen**
- 17. Verdachtskündigung – Formalien der Anhörung**
- 18. Schadensersatz wegen unterlassener Wiedereingliederungsmaßnahme**
- 19. Kein Mitbestimmungsrecht über personelle Mindestbesetzung**
- 20. Arztbesuch während der Arbeitszeit**
- 21. Kündigung aus Anlass der Arbeitsunfähigkeit**
- 22. Teilzeitwunsch muss auch bei Ersatzeinstellung während der Elternzeit berücksichtigt werden**
- 23. Zur Einführung des Rechts auf befristete Teilzeit**
- 24. Keine Musterfeststellungsklage bei den Arbeitsgerichten**
- 25. FAQs zum Entgelttransparenzgesetz**

- 26. Betriebliches Eingliederungsmanagement - Praxisleitfaden**
- 27. "Kombinationsmodelle" aus Ehrenamt und (geringfügiger) Beschäftigung**
- 28. Nebentätigkeit für gemeinnützige Organisationen - Unterschiedliche Tätigkeiten bei einem Auftraggeber**
- 29. Steuerfreie Vergütung für nebenberuflich tätige Fahrer einer gemeinnützigen Einrichtung**
- 30. Ergebnisse der Besprechung des GKV-Spitzenverbandes zu Ehrenamt und Firmenwagen**
- 31. Lohnsteuerliche Behandlung der Pkw-Überlassung an Arbeitnehmer**
- 32. Ferienjobs und Saisonarbeit- Bundessozialgericht kippt anteilige Verdienstgrenze**
- 33. Pausenraum – Pflicht und Anforderungen**

1. EuGH-Urteil zur Konfessionszugehörigkeit als Einstellungsvoraussetzung

In einem Gastbeitrag für die Ausgabe 16/2018 vom 20.04.2018 von EPD-Sozial hat Professor Jacob Joussen, Hochschullehrer für deutsches und europäisches Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Bochum und Mitglied im Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD), seine Sicht vom EuGH –Urteil im Fall Egenberger vs. Diakonie([C-414/16](#)) dargelegt. Die Kernfrage, die die Richter zu entscheiden hatten, lautete: Dürfen Kirchen einschränkungslos selbst bestimmen, ob sie für eine Tätigkeit die Zugehörigkeit zur eigenen Religion verlangen? Oder gibt es Grenzen – bzw. welche Grenzen? Bislang dominierte die Vorstellung, den Kirchen stünde dieses Recht zu. Gestützt wurde dies auf ihr verfassungsrechtliches "Selbstbestimmungsrecht", aufgrund dessen man bislang das Diskriminierungsrecht soweit verstanden hat, dass man den Kirchen einen letztlich nicht überprüfbaren Freiraum eingeräumt hat – der vor den Gerichten nur bei erkennbarer Willkür kritisiert wurde, wenn also beispielsweise die Kirchen den einen Bewerber wegen der fehlenden Religionszugehörigkeit ablehnten, den anderen aber bei derselben Stelle akzeptierten. Doch kam laut EuGH-Richtern bei dieser Einschätzung zu kurz, dass ein Arbeitnehmer, der wegen seiner fehlenden Religionszugehörigkeit nicht eingestellt wurde, in seiner Religionsfreiheit beschränkt wurde. In seinem Urteil stellt der EuGH fest, dass nach der Gleichbehandlungsrichtlinie eine Abwägung zwischen dem Recht auf Autonomie der Kirchen und dem Recht der Arbeitnehmer, insbesondere bei der Einstellung nicht wegen ihrer Religion oder Weltanschauung diskriminiert zu werden, vorzunehmen sei. Nach Auffassung des EuGH müsse eine solche Abwägung im Fall eines Rechtsstreits von einer unabhängigen Stelle, d.h. von einem innerstaatlichen Gericht überprüft werden können. Wenn eine Kirche zur Begründung der Ablehnung einer Bewerbung auf eine bei ihr zu besetzende Stelle geltend macht, die Religion sei nach der Art der betreffenden Tätigkeiten oder den vorgesehenen Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos dieser Kirche, müsse ein solches Vorbringen Gegenstand einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle sein können. Das angerufene Gericht müsse sich vergewissern, dass die in der

Gleichbehandlungsrichtlinie für die Abwägung der gegebenenfalls widerstreitenden Rechte genannten Kriterien im konkreten Fall erfüllt seien. Kirchliche Arbeitgeber können – und dies sei laut Professor Joussen eine wichtige Botschaft der Entscheidung – die Kirchenzugehörigkeit verlangen. Sie müssen aber nachvollziehbar begründen können, warum die Zugehörigkeit im jeweiligen Fall wesentlich, warum das Stellen dieser Anforderung verhältnismäßig ist. Die Begründung im Einzelfall werde gelingen, wenn die Art der Tätigkeit die Religionszugehörigkeit verlangt – etwa bei einer lehrenden oder seelsorgerischen Tätigkeit. Aber auch dann, wenn die Umstände der Tätigkeit dies verlangen – etwa weil nur so die kirchliche Außenwirkung herstellbar ist. Das sei in einem Krankenhaus bei pflegenden Berufen wahrscheinlicher als beim Parkplatzwächter. Es sei nicht zu verkennen, dass auf diese Weise der bisherige Status quo verändert wird. Dieser hatte immer betont, dass die Kirchen auch auf europäischer Ebene ein weitreichendes Selbstbestimmungsrecht hätten. Dass die Kirchen nun nicht mehr grundsätzlich immer und bei allen Tätigkeiten die Zugehörigkeit verlangen können, füge sich laut Professor Joussen in unsere Rechtsordnung gut ein, die immer beide betroffenen Seiten im Blick hat. Den lesenswerten Beitrag von Professor Joussen übersende ich Ihnen als **Anlage 1**.

Nach diesem Luxemburger Urteil wollen die evangelischen Kirchen in Niedersachsen ihre Richtlinien für die Einstellung von Mitarbeitern überprüfen. "Wir werden die Urteilsbegründung im Detail auswerten und bei der Umsetzung der Loyalitätsrichtlinie in unseren Kirchen berücksichtigen", erklärten die leitende Kirchenjuristin Stephanie Springer und Diakonie-Vorstandssprecher Hans-Joachim Lenke in einer [gemeinsamen Presseerklärung](#).

Es bleibt abzuwarten, wie nun das BAG den Fall Egenberger vs. Diakonie letztinstanzlich entscheiden wird. Vermutlich zu Gunsten der Klägerin. Von der Urteilsbegründung wird es abhängen, ob das beklagte EWDE die Entscheidung vor dem Bundesverfassungsgericht anfechten wird. Dem käme dann ganz erhebliche europapolitische Bedeutung zu, wenn das Bundesverfassungsgericht bei seiner bisherigen Interpretation der Grundgesetzartikel 4 und 140 bliebe. Es müsste dann auch darüber befinden, ob die deutschen Gerichte die aus Artikel 4 und 140 GG resultierenden Grundrechte der Kirchen unangewendet lassen müssen, soweit sie nicht mit der EU-Richtlinie 2000/78 in Einklang zu bringen sind.

2. BAG-Terminvorschau: Diakonischer Arbeitgeber zahlt unter AVR-Niveau - Anspruch auf Differenz?

Die Parteien streiten vor dem Bundesarbeitsgericht - [6 AZR 308/17](#) - über Vergütungsansprüche nach den Arbeitsvertragsrichtlinien für Einrichtungen, die der Diakonie Deutschland angeschlossen sind (AVR.DD). Eine Entscheidung ist am 24. Mai 2018 zu erwarten.

Die Klägerin war bei der Beklagten als Alltagsbegleiterin beschäftigt. In den arbeitsvertraglichen Vereinbarungen war eine Vergütung nach Entgeltgruppe 3 der AVR.DD (bzw. AVR DW EKD)

vorgesehen. Daneben waren u.a. Regelungen zu Entgelterhöhungen und Jahressonderzahlungen getroffen. Die Beklagte zahlte der Klägerin auf dieser Grundlage eine Vergütung, die höher ausgefallen wäre, hätte die Beklagte ausschließlich die AVR.DD angewandt.

Die Klägerin hat geltend gemacht, die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, einzelvertraglich zum Nachteil der Klägerin von den AVR.DD abzuweichen. Die Beklagte habe die entstandenen Differenzen zwischen der tatsächlich gewährten und der gemäß AVR.DD geschuldeten Vergütung auszugleichen. Dazu sei die Beklagte unter dem Gesichtspunkt des (Verzugs-)

Schadensersatzanspruchs bzw. gem. § 242 BGB verpflichtet. Jedenfalls sei die vereinbarte arbeitsvertragliche Abweichung von den AVR.DD sittenwidrig. Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, sie sei unter keinem Gesichtspunkt zur Anwendung der AVR.DD verpflichtet. In den von ihr verwandten Arbeitsverträgen habe sie sich lediglich punktuell an Regelungen der AVR.DD angelehnt, weit überwiegend aber eigenständige Bestimmungen getroffen.

Vor dem Arbeitsgericht und dem Landesarbeitsgericht ist die Klage erfolglos geblieben. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Das LAG Niedersachsen hatte mit [Urteil vom 27. April 2017 - 7 Sa 944/16](#) –festgestellt:

1. Kirchliche Arbeitsvertragsregelungen entfalten keine normative Wirkung, sondern können als vom jeweiligen Arbeitgeber gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen lediglich kraft einzelvertraglicher Einbeziehung auf ein Arbeitsverhältnis anzuwenden sein.
2. Es obliegt allein dem Diakonischen Werk in Niedersachsen e.V., auf ihre Mitglieder dahin einzuwirken, die AVR im Verhältnis zu den Mitarbeitern anzuwenden. Die staatlichen Gerichte sind hierzu nicht berechtigt.
3. Die Bezugnahme auf nur einen Teil der AVR-EKD ist wirksam. Weder die Vergütungsregelung in dem Arbeitsvertrag vom 23.01.2014 noch deren Änderung durch die am gleichen Tag abgeschlossene Zusatzvereinbarung sind überraschend im Sinne von § 305 c Abs. 1 BGB oder unklar, unverständlich und damit intransparent im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.
4. Es ist nicht sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB, wenn die Beklagte ihren Mitarbeitern von den Arbeitsvertragsrichtlinien abweichende Lohnerhöhungen zusagt.
5. Die Regelungen des ARRG-D und ARGG-EKD sind keine Schutznormen im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.

Es steht zu erwarten, dass das BAG die Entscheidung des LAG Niedersachsen bestätigen wird. Für die Gegner des Dritten Wegs der Kirchen im Arbeitsrecht würde eine solche Entscheidung reichlich Stoff zum Beleg für die Behauptung liefern, dass Kirche und Diakonische Werke die Verbindlichkeit ihrer im Dritten Weg beschlossenen Arbeitsvertragsregelungen nicht durchsetzen und nicht durchsetzen wollen oder können. Interessierte Kreise können die Entscheidung für eine neue Propagandarunde gegen den Dritten Weg nutzen. Neben dem EuGH-Urteil im Fall Egenberger wird voraussichtlich auch durch diese Entscheidung zu einer Erhöhung des Drucks aus Politik und Medien gegen den Sonderweg der Kirchen im Arbeitsrecht führen.

3. KGH über korrigierende Rückgruppierung

Eine nicht tariflichen Vorgaben entsprechenden Eingruppierung kann korrigiert werden, weil die mitgeteilte Vergütungsgruppe nicht vertraglich vereinbart wird, sondern die Eingruppierung lediglich ein gedanklich wertender Vorgang der Zuordnung einer Tätigkeit in ein Vergütungssystem ist. Beruft sich der Arbeitnehmer auf die ihm zuvor als maßgebend mitgeteilte und der Vergütung zu Grunde gelegte Vergütungsgruppe, muss der Arbeitgeber die objektive Fehlerhaftigkeit der bisher gewährten Vergütung darlegen und beweisen. Dieser Darlegungslast genügt er, wenn sich aus seinem Vorbringen einschließlich des unstreitigen Sachverhaltes ergibt, dass es jedenfalls an einer der tariflichen Voraussetzungen für die mitgeteilte Eingruppierung mangelt. Dies hat der KGH in seinem Beschluss vom 24.10.2017 - II-0124/34-2017 entschieden, den ich als **Anlage 2** zur Kenntnis bringe.

4. Rückgruppierung vs. Vertrauensschutz

Eine korrigierende Rückgruppierung kann wegen eines Verstoßes gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens („venire contra factum proprium“) i. S. v. § 242 BGB treuwidrig sein, wenn eine vorangegangene erneute Überprüfung der Eingruppierung – bei unveränderter Tätigkeit – zu einer Höhergruppierung geführt hatte. (amtl. Leitsatz des [BAG, Urteil vom 13.12.2017 – 4 AZR 576/16](#)).

Die Beteiligten streiten über die zutreffende Eingruppierung der Klägerin, die Fachinformatikerin für Anwendungsentwicklung ist. Sie war mit gleichbleibender Tätigkeit als DV-Betreuerin bei der Beklagten beschäftigt. Im Arbeitsvertrag heißt es, dass sich das Arbeitsverhältnis nach dem Tarifvertrag zur Anwendung von Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes (Anwendungs-TV Berlin) vom 31.7.2003 in der jeweiligen Fassung richtet. Nach Überleitung in den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) erhielt die Klägerin eine Vergütung nach der Entgeltgruppe 10 Stufe 5 TV-L. Ein von der Beklagten in Auftrag gegebenes Gutachten bewertete im Jahr 2012 die Stelle der Klägerin mit der Entgeltgruppe 9 Fallgr. 3 der Anlage A zum TV-L (im Folgenden Entgeltgruppe 9 Fallgr. 3 TV-L). Im August 2013 beantragte die Beklagte beim Personalrat die Zustimmung zur korrigierenden Rückgruppierung der Klägerin in die Entgeltgruppe 9 Fallgr. 3 TV-L. Mit Beschluss vom 12.5.2014 ersetzte die Einigungsstelle die vom Personalrat verweigerte Zustimmung. Mit Schreiben vom 25.8.2014 teilte die Beklagte der Klägerin als Ergebnis der Überprüfung mit, sie sei in die Entgeltgruppe 9 Fallgr. 3 Stufe 4 TV-L eingruppiert und erhalte eine entsprechende Vergütung ab 1.8.2014.

Mit ihrer im Januar 2015 erhobenen Klage hat die Klägerin Ansprüche nach der Entgeltgruppe 10 Stufe 5 TV-L über den 31.7.2014 hinaus geltend gemacht. Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, die Höhergruppierung der Klägerin habe auf einem Irrtum der damaligen Sachbearbeiterin beruht. ArbG und LAG haben die Klage abgewiesen.

Die zulässige Revision der Klägerin hatte Erfolg. Es könne dahinstehen, ob die Klägerin objektiv unzutreffend eingruppiert sei und die Beklagte die objektive Fehlerhaftigkeit der Eingruppierung ausreichend dargetan habe, denn die von ihr vorgenommene korrigierende Rückgruppierung verstößt gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB). Nach der st. Rspr. des BAG kann die Rückgruppierung als rechtsmissbräuchlich anzusehen sein, wenn besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn durch das bisherige Verhalten der einen Seite – bewusst oder unbewusst – für die andere ein schützenswertes Vertrauen auf den Fortbestand des Bisherigen geschaffen worden ist. Ein solches Vertrauen könne auch durch Umstände begründet werden, die nach der Eingruppierung eingetreten sind, insbesondere auch wenn sich aus der Gesamtschau einzelner Umstände ergibt, dass jeder für sich allein keinen hinreichenden Vertrauenstatbestand begründet. Da die Beklagte bei unveränderter Tätigkeit und Tarifrechtslage die Eingruppierung der Klägerin mehrfach überprüft habe, konnte die Klägerin auf die Richtigkeit ihrer Eingruppierung in die Entgeltgruppe 10 TV-L vertrauen, ohne dass es auf die Dauer des nicht erschütterten Vertrauens ankomme. Eine Rückgruppierung sei daher treuwidrig und von Rechts wegen ausgeschlossen. Für die Annahme einer Treuwidrigkeit in der Erscheinungsform des „venire contra factum proprium“ sei – anders als bei dem Unterfall der Verwirkung – in erster Linie das bisherige – aktive – Verhalten des Arbeitgebers im Zusammenhang mit der Korrektur der Eingruppierung maßgebend. Das „Zeitmoment“ könne allenfalls einen zusätzlichen, das Vertrauen verstärkenden, Gesichtspunkt beinhalten.

5. Normative Wirkung von Dienstvereinbarungen

In einem [Urteil vom 3.11.2016 \(5 Sa 255/16\)](#) hat das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg festgestellt, dass Dienstvereinbarungen nach kirchlichem Recht (§ 36 MVG-EKD sowie § 38 MAVO) keine normative Wirkung haben. Nach der Rechtsauffassung des Landesarbeitsgerichts müssen Dienstvereinbarungen im Arbeitsvertrag in Bezug genommen werden, um für das jeweilige Arbeitsverhältnis wirksam zu werden. Dem gegenüber ordnen die genannten mitarbeitervertretungsrechtlichen Bestimmungen, an, dass Dienstvereinbarungen unmittelbar und zwingend für die Arbeitsverhältnisse gelten. Dem Kirchengesetzgeber fehle nach der Rechtsauffassung des LAG Berlin-Brandenburg die Kompetenz, eine normative Wirkung im Bereich zivilrechtlicher Verträge herzustellen; dies bliebe dem staatlichen Gesetzgeber überlassen.

Das BAG (BAG 6 AZR 835/16 - noch nicht veröffentlicht) hat die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts aufgehoben. Es ist durch ergänzende Vertragsauslegung zu dem Ergebnis gelangt, dass das kirchliche Mitarbeitervertretungsrecht von den Arbeitsvertragsparteien insgesamt konkludent mit einbezogen worden ist und damit auch die entsprechende Dienstvereinbarung.

Die Frage nach der normativen Wirkung von kirchlichen Dienstvereinbarungen hat das BAG bewusst offengelassen. Das war wohl ganz gut so. Würde eine normative Wirkung von Dienstvereinbarungen abgelehnt, müssten diese, sofern sie für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter verpflichtend sein sollen, im Arbeitsvertrag einbezogen werden. Da die vom Arbeitgeber vorgelegten Entwürfe von Arbeitsverträgen dem Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen unterfallen, gilt für sie das Transparenzgebot aus § 307 Abs. 1 BGB. Eine generelle Vertragsklausel mit dem Inhalt: „Für das Arbeitsverhältnis gelten alle für die Einrichtung X geschlossenen Dienstvereinbarungen“ wäre wahrscheinlich mit dem Transparenzgebot kaum vereinbar, da die Klausel zu unbestimmt wäre. Die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer, muss wissen was für ihn gilt. Allerdings hatte das BAG in der Vergangenheit bereits mehrfach angezweifelt, dass auf der Basis von Kirchenrecht geschlossenen Dienstvereinbarungen normative Wirkung zu kommt ([1 AZR 1044/12](#)), weitere Nachweise im LAG Brandenburg - [Urteil vom 3.11.2016 \(5 Sa 255/16\)](#) unter Randziffer 52). Über kurz oder lang werden die kirchlichen Arbeitgeber vor dem geschilderten Problem stehen. Eine besondere Rolle käme dann dem TV DN zu, da Tarifverträge nicht den Verbraucherschutznormen der §§ 305 ff BGB unterliegen. In § 2 Absatz 1 ist geregelt: „Die für das einzelne Unternehmen geltenden Ordnungen und Vereinbarungen sind für jede Arbeitnehmerin verbindlich.“ Damit gelten nach hier vertretender Auffassung auch die Normen der vom Arbeitgeber geschlossenen Dienstvereinbarungen für alle Mitarbeiter zumindest kraft tarifvertraglicher Regelung.

6. Änderung des MVG.EKD - Gesetzgebungsverfahren eingeleitet

Im Dezember 2017 hat der Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland ein Gesetzgebungsverfahren zur Änderung des MVG.EKD eingeleitet. Da die niedersächsischen Landeskirchen die Ersetzung des MVG-K durch das MVG.EKD planen, ist das auch für DDN-Mitglieder von Interesse. Nach der derzeitigen Planung wäre eine Übernahme des MVG-EKD in den niedersächsischen Landeskirchen ab Mitte 2019 möglich. Der DDN hatte sich wiederholt gegen eine Ersetzung des MVG-K durch das MVG.EKD ausgesprochen. Als **Anlage 3** übersende ich ein Rundschreiben der EKD mit dem Entwurf des Änderungsgesetzes und einer Synopse. Der Entwurf des Änderungsgesetzes der Synode der Evangelischen Kirche in Deutschland soll zu Ihrer Tagung vom 11. bis 14. November 2018 vorgelegt werden. Zurzeit läuft das Stellungnahmeverfahren. Neben den 20 Landeskirchen und der Diakonie sind alle im kirchlichen Bereich aktiven Gewerkschaften und weiteren Interessenvertretungen der Mitarbeiterschaft, wie z.B. der Gesamtausschuss der Mitarbeitervertretungen in der Evangelischen Kirche in Deutschland, eingeladen, Stellung zu dem Entwurf zu nehmen und Ihre Vorschläge einzubringen. Gleiches gilt für die Interessenvertretungen der Arbeitgeber in der Diakonie.

7. Keine Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 2 BetrVG bei erstmaliger Zuordnung von einzustellenden (Leih-)Arbeitnehmern zu Schichten

In der letzten Ausgabe der DDN-Nachrichten hatte ich über die Entscheidung des BAG ([BAG, Beschluss vom 22.08.2017 - 1 ABR 3/16](#)) berichtet, nach der die Zuordnung von Arbeitnehmern zu arbeitsplatzbezogenen Rahmendienstplänen unterfalle als Festlegung der konkreten Lage und Verteilung der Arbeitszeit dem Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 2 BetrVG (entspricht § 40 Nr.4 MVG-K/§ 40 d) MVG-EKD). Nun hat das LAG München in Kenntnis dieser BAG-Entscheidung das Gegenteil entschieden. Der Betriebsrat habe kein Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 2 BetrVG bei der erstmaligen Zuordnung von einzustellenden Arbeitnehmern in ein bestehendes Schichtsystem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ist insoweit bei Neueinstellungen teleologisch zu reduzieren. ([LAG München, Beschluss vom 8.2.2018 – 4 TaBVGa 16/17](#)).

Im Betrieb der Arbeitgeberin wird in bestimmten Betriebsteilen in Schichten gearbeitet. In der hierzu mit dem Betriebsrat abgeschlossenen Betriebsvereinbarung sind u. a. die Schichtzeiten, die Verteilung der Schichten auf die Wochentage, die Pausenzeiten sowie ein Verfahren bei Schichtänderungen geregelt. Den vereinbarten Schichten sind die Beschäftigten dauerhaft zugeordnet. Der Betriebsrat verweigerte seine Zustimmung zur Einstellung von Leiharbeitnehmern nach § 99 II BetrVG u. a. mit der Begründung, dass für die – unstreitig – ohne gesonderte Beteiligung erfolgte Schichtzuordnung ein Antrag gem. § 87 I Nr. 2 BetrVG notwendig sei. Die Arbeitgeberin führte die Einstellungen nach § 100 I, II BetrVG als vorläufige personelle Maßnahmen durch.

Der Betriebsrat machte daraufhin im Einstweiligen Verfügungsverfahren einen Unterlassungsanspruch wegen Verletzung des Mitbestimmungsrechts nach § 87 I Nr. 2 BetrVG geltend. Das ArbG wies den Antrag zurück. Gegen diese Entscheidung legte der Betriebsrat Beschwerde ein und berief sich u. a. auch auf die zwischenzeitlich veröffentlichten BAG-Beschlüsse vom 22.8.2017. Die Beschwerde hatte vor dem LAG keinen Erfolg.

Das LAG verneint ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 2 BetrVG bei der erstmaligen Zuordnung neu eingestellter Arbeitnehmer in ein bestehendes Schichtsystem. Es folgt den BAG-Beschlüssen vom 22.8.2017 ausdrücklich nicht.

Das Gericht ist der Auffassung, dass § 87 I Nr. 2 BetrVG teleologisch zu reduzieren sei, da sich nur auf diese Weise die gesetzgeberische Zielsetzung der §§ 99 ff. BetrVG verwirklichen lasse. Mit der Einstellung sei zwangsläufig die Zuweisung einer bestimmten Arbeitszeit verbunden, anderenfalls könne die Einstellung i. S. d. § 99 I BetrVG nicht erfolgen. Bedürfte es daneben der Zustimmung nach § 87 I Nr. 2 BetrVG, könne die tatsächliche Durchführung der personellen Maßnahme jedenfalls solange verhindert werden, bis die Einigungsstelle nach § 76 V 1 BetrVG die Einigung ersetzt. Der Gesetzgeber sei mit der vorläufigen Durchführung einer personellen Maßnahme jedoch von deren tatsächlicher Umsetzung ausgegangen. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut von § 100 I 1 BetrVG und der Gesetzesbegründung. Der tatsächliche Vollzug der Einstellung über § 100 I BetrVG wäre ausgeschlossen, wenn neben diesem ein weiteres

Verfahren zu durchlaufen wäre und in dessen Rahmen eine Verhinderung der tatsächlichen Durchführung erreicht werden könne.

Daher habe bei Neueinstellungen von Beschäftigten, die mit der erstmaligen Zuordnung zu bestehenden Schichten einhergehen das Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG Vorrang gegenüber § 87 I Nr. 2 BetrVG. § 99 BetrVG decke den gesamten Einstellungsvorgang erstmalig in den Betrieb einzugliedernder Arbeitnehmer ab.

8. Kostentragungspflicht bei aussichtsloser Rechtsverfolgung

Es besteht keine Kostentragungspflicht des Arbeitgebers i.S.d. § 40 I BetrVG (entspricht inhaltlich § 31 MVG-K/§ 30 MVG-EKD), wenn der Betriebsrat bei der Rechtsverfolgung unzweifelhaft ein Unterliegen zu erwarten hat. Das gilt auch für die Einlegung einer Nichtzulassungsbeschwerde im Wahlanfechtungsverfahren, um den Eintritt einer betriebsratslosen Zeit zu verhindern.

[BAG, Beschluss vom 22.11.2017 - 7 ABR 34/16](#) .

Die Parteien streiten um die Pflicht der Arbeitgeberin zur Erstattung von Rechtsanwaltskosten für die Einlegung einer Nichtzulassungsbeschwerde. Der Antragsteller ist ein Rechtsanwalt, der den im Betrieb der Arbeitgeberin im März 2013 gewählten Betriebsrat im Wahlanfechtungsverfahren vertrat. Das ArbG und LAG haben die Betriebsratswahl für unwirksam erklärt, wobei die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen wurde. Der Betriebsrat legte durch den Anwalt Nichtzulassungsbeschwerde beim BAG ein, um die Rechtskraft aufzuschieben und eine betriebsratslose Zeit bis zu den Neuwahlen zu verhindern. Die Nichtzulassungsbeschwerde wurde abgewiesen. Der Arbeitgeber bezahlte die Verfahrenskosten des Betriebsrats für die ersten beiden Instanzen, weigerte sich jedoch, die Kosten i.H.v. 1.666,95 EUR für die Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde zu zahlen. Nach Abtretung des Freistellungsanspruchs an den Anwalt, macht dieser nun den Anspruch, sowie vorgerichtliche Anwaltskosten i.H.v. 380 EUR gegen die Arbeitgeberin geltend. Seiner Ansicht nach, handele es sich dabei um erforderliche Kosten i.S.d. § 40 BetrVG. Die Arbeitgeberin trägt indes vor, der Betriebsrat hätte die Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde nicht für erforderlich halten dürfen.

Das ArbG wies die Anträge ab, das LAG wies die Beschwerde des Antragstellers zurück. Mit der Rechtsbeschwerde verfolgt der Antragsteller seine Ansprüche weiter.

Die Rechtsbeschwerde ist lt. BAG unbegründet. Erforderliche Kosten i.S.d. § 40 BetrVG sind nur solche, die der Betriebsrat in Wahrnehmung seiner betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben für erforderlich halten durfte. Dazu gehört auch das Honorar eines Rechtsanwalts. Bei der Entscheidung über die Erforderlichkeit steht dem Betriebsrat ein Beurteilungsspielraum zu. Die Prüfung darf nicht allein nach seinen subjektiven Bedürfnissen ausfallen. Vielmehr muss er das Interesse der Belegschaft an einer sachgerechten Ausübung des Betriebsratsamts, mit dem des Arbeitgebers an einer Begrenzung der Kostentragungspflicht abwägen. Er muss bei letzterem

diejenigen Maßstäbe einhalten, die er bei eigener Kostentragung anwenden würde. Die Kostentragungspflicht entfällt bei offensichtlich aussichtslosen und mutwilligen Rechtsverfolgungen des Betriebsrats. Eine offensichtliche Aussichtslosigkeit ist anzunehmen, wenn die Rechtslage unzweifelhaft ist und das eingeleitete Verfahren zum Unterliegen des Betriebsrats führen muss. Mutwilligkeit ist bei Missachtung des Interesses des Arbeitgebers an einer Begrenzung der Kostentragungspflicht anzunehmen. Die Erforderlichkeitsprüfung ist für jeden Rechtszug isoliert vorzunehmen. Neben der erforderlichen Einleitung eines Beschlussverfahrens kann die Durchführung des Rechtsmittel- bzw. Rechtsbehelfsverfahren nicht mehr erforderlich sein. Ist eine Rechtsverfolgung im Rechtsmittelverfahren erforderlich, darf auch ein Rechtsanwalt hinzugezogen werden, wenn es gesetzlich vorgeschrieben ist. Hier waren keine Gründe ersichtlich, die die Zulassung der Rechtsbeschwerde hätte rechtfertigen können, da sie allein zum Zwecke des Aufschiebs der Rechtskraft des Beschlusses im Wahlanfechtungsverfahren eingelegt wurde. Es sollte eine betriebsratslose Zeit vermieden werden. Der Betriebsrat hatte auch nicht beabsichtigt, die Nichtzulassungsbeschwerde jemals zu begründen. Damit hatte er unzweifelhaft ein Unterliegen zu erwarten und durfte auch die Beauftragung eines Rechtsanwalts nicht für erforderlich halten. Die Verhinderung einer betriebsratslosen Zeit stellt auch keine die Erforderlichkeit begründende Motivlage dar. § 22 BetrVG ordnet keine Weiterführung der Betriebsratsgeschäfte im Falle der erfolgreichen Anfechtung der Betriebsratswahl an. Mit Rechtskraft soll der Betrieb gerade betriebsratslos werden. Diese gesetzliche Wirkung kann der Betriebsrat auch nicht durch Hinauszögern der Rechtskraft verhindern. Kosten der außergerichtlichen Geltendmachung eines nicht bestehenden Anspruchs sind keine erforderlichen Kosten i.S.d. § 40 I BetrVG und damit auch nicht erstattungsfähig.

9. Benachteiligung wegen einer Behinderung – Indiz im Sinne von § 22 AGG

1. Ein Verstoß gegen die in § 81 I 9 SGB IX a.F. (= § 164 I 9 SGB IX n.F.) vorgesehene Pflicht zur unverzüglichen Unterrichtung u.a. des abgelehnten Bewerbers kann die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung begründen.
2. Die nach § 81 I 9 SGB IX a.F. (= § 164 I 9 SGB IX n.F.) vorgesehene Unterrichtungspflicht besteht nur, wenn sämtliche Voraussetzungen des § 81 I 7 IX a.F. (= § 164 I 7 SGB IX n.F.) vorliegen, also gegen die gesetzliche Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen verstoßen wird und die Schwerbehindertenvertretung oder eine in § 93 SGB IX a.F. (= § 176 SGB IX n.F.) genannte Vertretung mit der beabsichtigten Einstellungsentscheidung nicht einverstanden ist.
3. Mit der Rüge eines Bewerbers, das Auswahlverfahren habe nicht den Vorgaben des Art. 33 II GG entsprochen, ist kein hinreichendes Indiz i.S.v. § 22 AGG vorgetragen.

Die Kläger ist schwerbehindert. Er hat ein Studium der Erziehungswissenschaften abgeschlossen. In einer Stellenanzeige der beklagten Universität wurde u.a ein abgeschlossenes Hochschulstudium, insbesondere der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften verlangt. Die Beklagte entschied sich für eine andere Bewerberin. Die Schwerbehindertenvertretung stimmte der Einstellung mit Verweis auf die bessere Eignung der anderen Bewerberin zu. Die Beklagte teilte dem Kläger am 26.11.2013 mit, man habe sich für eine/n andere/n Bewerber/in entschieden. Es habe „mehrere Bewerberinnen und Bewerber gegeben, die alle in der Ausschreibung genannten Kriterien erfüllen und damit die verlangten spezifischen Voraussetzungen mitbrachten“. Der Kläger machte einen Entschädigungsanspruch nach § 15 II AGG geltend und führte aus, die Beklagte habe es unter Verstoß gegen § 81 I 9 SGB IX unterlassen, die Ablehnung seiner Bewerbung zu begründen. Im Nachgang und im Laufe des arbeitsgerichtlichen Prozesses begründete die Beklagte ihre Entscheidung näher. Dabei stellte sich u.a. heraus, dass die Beklagte das Studium der Erziehungswissenschaften nicht als sozialwissenschaftliches Studium gemäß der Stellenausschreibung anerkannt hatte. ArbG und LAG wiesen die Klage ab. Das LAG nahm zwar aufgrund unzureichender Begründung und einer fehlerhaften Bewertung des Studiums Indizien für eine Benachteiligung an, sah die Vermutung des § 22 AGG jedoch als widerlegt an.

Die Revision blieb erfolglos. Das BAG ([BAG, Urteil vom 28.09.2017 - 8 AZR 492/16](#)) hielt die Entscheidung des LAG im Ergebnis für richtig. Entgegen der Auffassung des LAG fehle es allerdings schon an einem Indiz für eine Benachteiligung. Richtig sei zwar, dass ein Verstoß gegen Verfahrens- und/oder Förderpflichten zu Gunsten schwerbehinderter Menschen ein Indiz für eine Benachteiligung wegen einer Behinderung sein könne. Die Beklagte sei aber im vorliegenden Fall nicht verpflichtet gewesen, den Kläger gemäß § 81 I 9 SGB IX (entspricht § 164 I 9 SGB IX n.F.) über die Gründe für die Ablehnung zu unterrichten. Auch wenn der Gesetzgeber dies im Wortlaut des Gesetzes nicht durch Stellung in einem eigenen Absatz klargestellt habe, seien die Sätze 7 bis 9 als Einheit zu lesen. Satz 7 enthalte ausdrücklich zwei kumulative Voraussetzungen („und“): die Nichterfüllung der gesetzlichen Beschäftigungspflicht schwerbehinderter Menschen und das fehlende Einverständnis der Schwerbehindertenvertretung oder einer in § 93 SGB IX (§ 176 SGB IX n.F.) genannten Vertretung. Jedenfalls die zuletzt genannte Voraussetzung lag nicht vor, da die Schwerbehindertenvertretung mit der Einstellung der anderen Bewerberin einverstanden war und keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich waren, dass eine andere Vertretung nicht einverstanden war. Entgegen der Auffassung des LAG ergebe sich ein Benachteiligungsindiz auch nicht aus einem etwaigen Verstoß gegen Art. 33 II GG beim Auswahlverfahren. Der Anspruch aus Art. 33 II GG stehe allen Bewerbern zu. Mit der Darlegung eines Verstoßes sei daher kein Kausalzusammenhang zwischen der Benachteiligung und einem in § 1 AGG genannten Grund dargetan.

10. Handreichung des BDA zum Recht der Schwerbehindertenvertretung

Durch das Bundesteilhabegesetz aus dem Jahr 2016 ist in zwei Stufen das Recht der Schwerbehindertenvertretung im Sozialgesetzbuch Neuntes Buch (SGB IX) geändert worden. Mit dem 01. Januar 2018 wurde die Paragraphenfolge im SGB IX umgestellt. Zudem haben aktuelle Diskussionen in der juristischen Fachliteratur und der betrieblichen Praxis – insbesondere (Un)Wirksamkeit einer Kündigung schwerbehinderter Menschen ohne Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung gemäß § 178 Abs. 2 SGB IX – eine Überarbeitung der Handreichung des BDA erforderlich gemacht. Ich übersende die Handreichung als **Anlage 4** Neben Erläuterungen zur Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung an Kündigungen finden sich in der Handreichung insbesondere Ausführungen zu folgenden Themen:

- Die Vertrauensperson wird bereits dann auf ihren Wunsch freigestellt, wenn wenigstens 100 (heute: 200) schwerbehinderte Menschen im Betrieb beschäftigt sind.
- Schellenwerte für die Heranziehung der Stellvertreter:
- In Betrieben mit mehr als 100 Beschäftigten schwerbehinderten Menschen kann das mit der höchsten Stimmenzahl gewählte stellvertretende Mitglied zu bestimmten Aufgaben herangezogen werden. Ab jeweils 100 weiteren beschäftigten schwerbehinderten Menschen kann jeweils auch das mit der nächsthöheren Stimmenzahl gewählte Mitglied herangezogen werden.
- Anspruch auf eine Bürokraft für die Schwerbehindertenvertretung:
- Die Schwerbehindertenvertretung erhält einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Unterstützung durch eine Bürokraft in erforderlichem Umfang.
- Fortbildungsanspruch für Stellvertreter:
- Die erste Stellvertretung erhält dieselben Fortbildungsmöglichkeiten wie die Vertrauensperson. Gleiches gilt für die stellvertretenden Mitglieder in Betrieben, in denen aufgrund der Zahl der schwerbehinderten Beschäftigten weitere stellvertretende Mitglieder gewählt werden können.

11. Kein Annahmeverzug im Wiedereingliederungsverhältnis

Zur Begründung des Annahmeverzugs muss der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung so anbieten, wie sie zu bewirken ist. Dem genügt das Angebot einer Tätigkeit in einem Wiedereingliederungsverhältnis nicht. Dieses ist nicht Teil des Arbeitsverhältnisses, sondern stellt neben diesem ein Vertragsverhältnis eigener Art (sui generis) dar. Anders als das Arbeitsverhältnis ist das Wiedereingliederungsverhältnis nicht durch den Austausch von Leistung und Gegenleistung gekennzeichnet, sondern durch den Rehabilitationszweck. (Orientierungssatz der Richterinnen und Richter des BAG)

Die Parteien streiten über Vergütung wegen Annahmeverzugs, hilfsweise Schadensersatz. Der Kläger ist bei dem beklagten Land als Lehrer beschäftigt. Seit März 2007 war er arbeitsunfähig

erkrankt und befand sich von Februar 2008 bis Mitte Mai 2009 in Behandlung einer Fachärztin. Diese empfahl im Mai 2009 eine Maßnahme zur stufenweisen Wiedereingliederung in das Erwerbsleben im Zeitraum vom 26.6.2009 bis 3.7.2009 im Umfang von drei Stunden täglich. Im Wiedereingliederungsplan gab sie als Zeitpunkt der absehbaren Wiederherstellung der vollen Arbeitsfähigkeit das Ende der Sommerferien an. Das beklagte Land führte eine Wiedereingliederung nicht durch, es verweigerte einen schulischen Einsatz des Klägers, solange die Arbeitsfähigkeit des Klägers nicht durch einen Amts- oder Vertrauensarzt überprüft sei. Der Kläger forderte für die Zeit von November 2009 bis September 2011 Vergütung wegen Annahmeverzugs, hilfsweise Schadensersatz unter Abzug erhaltener Sozialleistungen. Er sei ab Ende der Sommerferien 2009 wieder arbeitsfähig gewesen. Selbst wenn Arbeitsunfähigkeit vorgelegen habe, bestünde ein Schadensersatzanspruch in Höhe der entgangenen Vergütung. Das beklagte Land habe durch Verweigerung der Wiedereingliederung treuwidrig die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit vereitelt.

Das ArbG hat die Klage abgewiesen, das LAG hat auf die Berufung des Klägers das beklagte Land zur Zahlung von Annahmeverzugsvergütung verurteilt.

Das BAG entschied ([BAG, Urteil vom 6.12.2017 – 5 AZR 815/16](#)) : Die Revision des beklagten Landes hatte Erfolg. Der Kläger habe keinen Anspruch auf Annahmeverzugslohn, da er seine Arbeitsleistung nicht ausreichend angeboten habe. Der Arbeitnehmer müsse die Arbeitsleistung so anbieten, wie sie zu bewirken sei. Dem genüge das Angebot einer Tätigkeit in einem Wiedereingliederungsverhältnis i. S. v. § 74 SGB V nicht. Dieses sei nicht Teil des Arbeitsverhältnisses, sondern stelle neben diesem ein Vertragsverhältnis sui generis dar. Anders als das Arbeitsverhältnis sei das Wiedereingliederungsverhältnis nicht durch den Austausch von Leistung und Gegenleistung gekennzeichnet, sondern durch den Rehabilitationszweck. Die Tätigkeit des Arbeitnehmers sei auf die Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit und nicht auf die Erfüllung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung gerichtet. Arbeitgeber und Arbeitnehmer seien, weil die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers andauere, während des Wiedereingliederungsverhältnisses weiterhin von den Hauptleistungspflichten des Arbeitsverhältnisses gemäß §§ 275 I, 326 I 1 BGB befreit.

Auch ein Anspruch auf Schadensersatz nach § 280 I BGB i. V. m. §§ 241 II, 823 II BGB und § 81 IV 1 SGB IX sei nicht gegeben. Im Unterlassen der Wiedereingliederung liege keine Pflichtverletzung. Zwar könne ein schwerbehinderter/gleichgestellter Arbeitnehmer eine solche nach § 81 IV 1 SGB IX verlangen. Unter dessen Schutzbereich falle der Kläger allerdings nicht. Zur Begründung des Wiedereingliederungsverhältnisses bedürfe es dann einer Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Dabei gelte für beide Seiten das Prinzip der Freiwilligkeit. Eine Verletzung von Fürsorgepflichten liege daher nicht vor.

12. Der Urlaubsanspruch in Schwangerschaft und Elternzeit

Bundesarbeitsgericht, ([Urteil vom 23. Januar 2018 – 9 AZR 200/17](#)): Nach Ablauf der Wartezeit (§ 4 BUrlG) entsteht der Anspruch eines Arbeitnehmers auf Erholungsurlaub am 1.01.eines jeden Kalenderjahres in voller Höhe. Rechtlich unerheblich ist, dass für die Arbeitnehmerin aufgrund ihrer Schwangerschaft zu Beginn des Jahres ein Beschäftigungsverbot iSd. § 3 Abs. 1 Satz 1 MuSchG bestand. Die Entstehung des Anspruchs auf Erholungsurlaub hängt allein vom rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses ab, nicht aber von der Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Erbringung der Arbeitsleistung. Für den Fall eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots stellte § 17 Satz 1 MuSchG aF zudem klar, dass dadurch bedingte Ausfallzeiten sich nicht nachteilig auf den gesetzlichen Urlaubsanspruch auswirken dürfen. Die Elternzeit hat als solche ebenfalls keinen Einfluss auf den Urlaubsanspruch. Die Elternzeit eines Arbeitnehmers, die zu einer Suspendierung der Hauptleistungspflichten im Arbeitsverhältnis führt, wirkt sich nicht urlaubsschädlich aus, solange der Arbeitgeber das in § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG normierte Kürzungsrecht nicht ausgeübt hat.

Der Urlaubsanspruch besteht auch über weitere Elternzeiten gemäß § 17 Abs. 2 BEEG fort. Gemäß § 17 Abs. 2 BEEG hat der Arbeitgeber den dem Arbeitnehmer zustehenden Urlaub, den dieser vor dem Beginn der Elternzeit nicht oder nicht vollständig erhalten hat, nach der Elternzeit im laufenden oder im nächsten Urlaubsjahr zu gewähren. § 17 Abs. 2 BEEG bezeichnet hierbei nicht einen besonderen Übertragungszeitraum, sondern bestimmt das für die Fristberechnung maßgebliche Urlaubsjahr iSd. § 7 Abs. 3 BUrlG.

13. Kein Ausgleich von überdurchschnittlicher Arbeitszeit durch Urlaubs- und Feiertage

Urlaubs- und gesetzliche Feiertage dürfen bei der Berechnung der Höchstarbeitszeit nach dem Arbeitszeitgesetz nicht als Ausgleichstage berücksichtigt werden. Das gilt auch für Urlaubstage, die über den gesetzlichen Mindesturlaub hinaus gewährt werden, sowie für gesetzliche Feiertage, die auf einen Werktag entfallen.

Das klagende Universitätsklinikum Köln führt für die bei ihm beschäftigten Ärzte sog. Arbeitszeitschutzkonten, um die Einhaltung der höchstzulässigen Arbeitszeit im Jahresdurchschnitt sicherzustellen. Dabei werden die wöchentliche Höchstarbeitszeit als Soll verbucht und die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden als Haben erfasst. Tage des gesetzlichen Mindesturlaubs werden so verbucht, als sei an ihnen regulär gearbeitet worden. Darüber hinausgehende Urlaubstage und gesetzliche Feiertage, die auf einen Werktag fallen, erfasste der Kläger als Ausgleichstage mit einer Arbeitszeit von null Stunden. Damit dienten diese Tage zum Ausgleich für überdurchschnittlich geleistete Arbeit.

Die Bezirksregierung Köln verbot diese Handhabung des Klägers, da dies gegen das Arbeitszeitgesetz verstoße. Die dagegen erhobene Klage blieb in allen Instanzen und erfolglos.

Urlaubstage dürfen, auch wenn sie über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehen, bei der Berechnung der durchschnittlichen Höchstarbeitszeit nach dem Arbeitszeitgesetz nicht als Ausgleichstage gewertet werden, so das BVerwG 9.5.2018, 8 C 13.17. Aus dem systematischen Zusammenhang des Arbeitszeitgesetzes und des Bundesurlaubsgesetzes ergibt sich, dass als Ausgleichstage nur dienen können, an denen der Arbeitnehmer nicht schon wegen Urlaubsgewährung von der Arbeitspflicht freigestellt ist.

Ebenso dürfen auch gesetzliche Feiertage, die auf einen Werktag fallen, nicht bei der Berechnung der durchschnittlichen Höchstarbeitszeit als Ausgleichstage herangezogen werden. Gesetzliche Feiertage sind keine Werktage und grundsätzlich beschäftigungsfrei. Sie werden daher nicht bei der Berechnung der werktäglichen Arbeitszeit nach dem Arbeitszeitgesetz in den Ausgleich einbezogen.

Auch unionsrechtliche Regelungen stehen dem nicht entgegen. Die Arbeitszeitrichtlinie der EU, die zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer erlassen wurde, verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung eines Mindeststandards. Darüber hinausgehende, den Standard verbessernde nationale Regelungen werden dadurch nicht ausgeschlossen. Für die auf den Webseiten des Bundesverwaltungsrechts veröffentlichte Pressemitteilung klicken Sie bitte [hier](#).

14. Rückzahlung des Mitarbeiterdarlehens – AGB-Kontrolle

Wird die Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs bei einem Arbeitgeberdarlehen an die Beendigung des zugrunde liegenden Arbeitsverhältnisses geknüpft, kann dies im Einzelfall den Arbeitnehmer entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, wenn die Fälligkeitsklausel zu weit gefasst ist.

Die Parteien streiten unter anderem über die Rückzahlung eines dem Beklagten gewährten Mitarbeiterdarlehens. Der Beklagte ist seit dem 1.1.2011 für die Klägerin als Einkaufs- und Vertriebsleiter tätig. Im Arbeitsvertrag ist eine so genannte zweistufige Ausschlussfrist vereinbart. Diese sieht auf erster Stufe vor, dass alle beidseitigen Ansprüche und solche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen, verfallen, wenn diese nicht innerhalb von drei Monaten nach Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich geltend gemacht werden. Auf zweiter Stufe ist vereinbart, dass auch fristgemäß geltend gemachte Ansprüche, die die andere Seite ablehnt oder zu denen sich die andere Seite nicht innerhalb von zwei Wochen äußert, verfallen, sofern diese nicht innerhalb von drei Monaten nach der Ablehnung oder dem Fristablauf gerichtlich geltend gemacht werden. Am 8.2.2012 vereinbarten die Parteien formularmäßig ein Mitarbeiterdarlehen. Im verwendeten Formular ist festgelegt, dass das Darlehen in Höhe der vereinbarten monatlichen Raten zurückzuzahlen ist. Für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis – gleichgültig aus welchen Gründen und gleichgültig in welcher Form – vor vollständiger Tilgung der Darlehensschuld endet, ist festgelegt, dass der gesamte noch nicht

getilgte Darlehensrestbetrag sofort zur Zahlung fällig wird und von diesem Zeitpunkt an mit 6 % zu verzinsen ist. Durch Kündigung der Klägerin endet das Arbeitsverhältnis am 31.3.2013. In zwei Telefonaten im April und Mai erklärt der Beklagte, erst zurückzahlen zu können, wenn er eine neue Arbeitsstelle gefunden hat. Schließlich rechnet der Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 26.6.2013 mit behaupteten eigenen Ansprüchen gegen die Klägerin auf und räumt der Klägerin eine Frist zur Rückäußerung bis zum 10.7.2013 ein. Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin den Darlehensrestbetrag in Höhe von knapp 17.000 Euro ein. Das ArbG spricht der Klägerin knapp 4000 Euro zu und weist im Übrigen wegen Verfalls oder mangels Fälligkeit ab. Das LAG weist die Klage insgesamt ab.

Das BAG hat die LAG-Entscheidung aufgehoben ([BAG, Urteil vom 28.9.2017 – 8 AZR 67/15](#)). Die in Höhe des vom ArbG zugesprochenen Umfangs eingelegte Revision der Klägerin ist begründet. Der geltend gemachte Anspruch ist nicht durch die arbeitsvertraglich vereinbarten Ausschlussfristen verfallen. Die Regelung, die die sofortige Gesamtfälligkeit des noch nicht getilgten Darlehensrestbetrags nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses anordnet, ist unwirksam. Sie benachteiligt den Beklagten entgegen dem Gebot von Treu und Glauben unangemessen (§ 307 I 1 BGB). Dies deshalb, weil die Klausel jedwede Beendigung des Arbeitsverhältnisses und damit auch Fallgestaltungen erfasst, in denen kein schützenswertes Interesse des Arbeitgebers bzw. Darlehensgebers gegeben ist. Ein solches Interesse besteht etwa nicht im Fall einer arbeitgeberseitigen Kündigung, deren Gründe nicht im Verhalten des Beschäftigten liegen. Dann hat es der Arbeitnehmer nämlich nicht allein in der Hand, durch Betriebstreue und vertragsgerechtes Verhalten einer Gesamtfälligkeit des Darlehens zu entgehen. Die Unwirksamkeit hat zur Folge, dass die Regelung ersatzlos gestrichen wird. Eine ergänzende Vertragsauslegung ist nicht vorzunehmen, weil der übrig gebliebene Regelungsplan (monatliche Ratenzahlungen) keiner Vervollständigung bedarf. Mit Schreiben vom 5.7.2013 hat die Klägerin ihre Ansprüche fristgemäß geltend gemacht. Ein Berufen auf die Ausschlussfrist wäre rechtsmissbräuchlich, weil der Beklagte die Klägerin durch Telefonate von der Geltendmachung des Anspruchs abgehalten hat.

15. (Teil-)Kündigung einer Pauschalierungsabrede

Vor dem Bundesarbeitsgericht ([BAG vom 18.5.2017 – 2 AZR 721/16](#)) haben die Prozessparteien über die Zahlung einer Pauschale für Erschwerniszuschläge gestritten.– Leitsatz zum Urteil: Eine Vereinbarung über die Kündbarkeit einer Pauschalierungsabrede kann einer Inhaltskontrolle nach § 308 Nr. 4 BGB i. V. m. § 307 Abs. 1 BGB selbst dann standhalten, wenn das Recht zur Kündigung nicht an einen in der Klausel selbst angegebenen Grund geknüpft ist. Orientierungssätze

1. Die einseitige Änderung einzelner Vertragsbedingungen durch Kündigung ist, da sie das vereinbarte Ordnungs- und Äquivalenzgefüge eines Vertrags stört, grundsätzlich unzulässig.

Solche sog. Teilkündigungen einzelner arbeitsvertraglicher Vereinbarungen können aber zulässig sein, wenn dem Kündigenden hierzu – wirksam – das Recht eingeräumt wurde.

2. Durch die Abrede über die gesonderte Kündbarkeit einer Vereinbarung von Erschwerniszuschlägen wird kein zwingender Kündigungsschutz umgangen. Der Anspruch auf den Entgeltbestandteil selbst und damit die Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers wird keiner einseitigen Abänderbarkeit unterworfen, sondern lediglich eine Erfüllungsmodalität ausgestaltet.
3. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen i. S. des § 305 Abs. 1 BGB oder als Einmalbedingung i. S. des § 310 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 BGB kann die Vereinbarung der Kündbarkeit einer Pauschalierungsabrede den sich aus § 308 Nr. 4 BGB i. V. m. § 307 Abs. 1 BGB ergebenden Anforderungen selbst dann genügen, wenn das Recht zur Kündigung nicht an einen in der Klausel selbst angegebenen Grund geknüpft ist. Voraussetzung ist, dass die Kündbarkeit beidseitig und nur unter Wahrung einer angemessenen Frist vorgesehen ist.

16. Im Falle einer Aufspaltung darf der Arbeitnehmer den zukünftigen Arbeitgeber auswählen

Nach § 131 I Nr. 1 UmwG können auch Arbeitsverhältnisse von einem übertragenden auf einen übernehmenden Rechtsträger übergehen. Der Übergang eines Arbeitsverhältnisses im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge nach § 131 I Nr. 1 UmwG setzt in jedem Fall voraus, dass das Arbeitsverhältnis nicht bereits im Wege eines Betriebs(teil-)übergangs nach § 613a I 1 BGB auf einen der übernehmenden Rechtsträger übergeht. Jedenfalls im Fall der Aufspaltung muss hinzukommen, dass der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf einen der übernehmenden Rechtsträger zustimmt. Fehlt es an der erforderlichen Zustimmung des Arbeitnehmers, hat dieser ein Wahlrecht, mit welchem der übernehmenden Rechtsträger das Arbeitsverhältnis fortgesetzt wird.

Die Parteien streiten über die Zuordnung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin nach einer umwandlungsrechtlichen Aufspaltung der bisherigen Arbeitgeberin. Die Klägerin war für die LRS in deren Betrieb in N tätig. Im Februar 2013 entschied die Muttergesellschaft der LRS, die DL AG, die bisher an die LRS vergebenen Aufträge künftig an Dritte zu vergeben. Sie beschloss daraufhin die Aufspaltung der LRS in zwei neu zu gründende Gesellschaften, die „LRS neu“ und die „LGBS H“ (die Beklagte). Auf die LGBS H wurden diejenigen Aufgaben und die dazu dienenden Betriebsmittel übertragen, die weiterhin in Deutschland verbleiben sollten (sog. Onshore-Tätigkeiten). Auf die LRS neu wurden diejenigen Aufgaben und die dazu dienenden Betriebsmittel übertragen werden, die absehbar wegfielen. Durch Interessenausgleich vom 06.03.2014 wurden die Mitarbeiter des Betriebs in N jeweils Bereichen zugeordnet, die mit Wirkung zum 01.01.2015 entweder auf die LGBS H oder die LRS neu übertragen werden sollten. Die Klägerin war in derjenigen Liste von Mitarbeitern aufgeführt, die der „LRS neu“ zugeordnet

wurden. Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass sie in einem Arbeitsverhältnis mit der „LGBS H“ steht. ArbG und LAG wiesen die Klage ab.

Die Revision der Klägerin hatte Erfolg ([BAG, Urteil vom 19.10.2017 - 8 AZR 63/16](#)). Nach § 131 I Nr. 1 UmwG bewirkt die Eintragung der Spaltung in das Register des Sitzes des übertragenden Rechtsträgers, dass das Vermögen entsprechend der im Spaltungs- und Übernahmevertrag vorgesehenen Aufteilung jeweils als Gesamtheit auf die übernehmenden Rechtsträger übergeht. Dabei handelt es sich um eine (partielle) Gesamtrechtsnachfolge. Auf diesem Wege – so das BAG – könnten auch Arbeitsverhältnisse übergehen. Allerdings dürfe das Arbeitsverhältnis nicht bereits im Wege des Betriebs(teil-)übergangs nach § 613a I 1 BGB auf einen der übernehmenden Rechtsträger übergehen. Ferner komme ein Übergang im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge nach § 131 I Nr. 1 UmwG – jedenfalls im Fall der Aufspaltung des übertragenden Rechtsträgers – nur in Betracht, wenn der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses zustimme. Vorliegend scheitere der Übergang des Arbeitsverhältnisses der Klägerin auf die „LRS neu“ an ihrer fehlenden Zustimmung. Die Zustimmung sei auch nicht durch die Zuordnung zur „LRS neu“ im Interessenausgleich entbehrlich geworden. Zwar könne die Zuordnung nach § 323 II UmwG von den Gerichten nur auf „grobe Fehlerhaftigkeit“ überprüft werden. Für Zuordnungen in einem Interessenausgleich nach § 323 II UmwG seien jedoch die Kriterien und Vorgaben des § 613a I 1 BGB maßgeblich. Die Betriebsparteien könnten daher Arbeitnehmer in einem Interessenausgleich nicht einer nicht übergangsfähigen wirtschaftlichen Einheit zuordnen.

17. Verdachtskündigung – Formalien der Anhörung

Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Nach der ständigen Rechtsprechung kann auch der Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung einen wichtigen Grund bilden. Ein solcher Verdacht stellt gegenüber dem Vorwurf, der Arbeitnehmer habe die Tat begangen, einen eigenständigen Kündigungsgrund dar.

Eine Verdachtskündigung kann gerechtfertigt sein, wenn sich starke Verdachtsmomente auf objektive Tatsachen gründen, die Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören, und der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Der Verdacht muss ferner dringend sein. Es muss eine große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass er zutrifft. Die Umstände, die ihn begründen, dürfen nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht ebenso gut durch ein Geschehen

zu erklären sein, das eine außerordentliche Kündigung nicht zu rechtfertigen vermöchte. Bloße, auf mehr oder weniger haltbare Vermutungen gestützte Verdächtigungen reichen dementsprechend zur Rechtfertigung eines dringenden Tatverdachts nicht aus (st. Rspr. [BAG 25. Oktober 2012 - 2 AZR 700/11](#)).

Für die bei der Anhörung des Arbeitnehmers zu beachtenden Formalien existieren weder gesetzliche noch tarifliche Vorgaben.

Das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein hat nunmehr mit Urteil vom 21.03.2018 – 3 Sa 398/17 - festgestellt, dass die Einräumung einer unangemessen kurzen Frist zur Stellungnahme durch den Arbeitgeber zur Unwirksamkeit der Anhörung und damit der Verdachtskündigung führen kann. Zum Urteil liegt zur Zeit nur die [Pressemeldung](#) vor.

Der als Ingenieur beschäftigte Kläger war seit einer von der Arbeitgeberin ausgesprochenen Versetzung arbeitsunfähig erkrankt. Nachdem der Kläger größere Datenmengen über ein ihm zur Verfügung gestelltes Laptop heruntergeladen hatte, verlangte die Beklagte das Laptop heraus. Der Kläger übersandte der Beklagten ein anderes Laptop. Ob dies versehentlich erfolgte, ist zwischen den Parteien streitig. Jedenfalls gab die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom Donnerstag, den 4. August 2016, in dessen Briefkasten frühestens am Abend eingegangen, Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum Montag, den 8. August 2016, 13:00 Uhr. Als die Frist verstrichen war, brachte die Beklagte die außerordentliche Verdachtskündigung auf den Weg. Das Landesarbeitsgericht Schleswig Holstein hat die Kündigung wegen einer nicht ordnungsgemäßen Anhörung des Klägers vor Ausspruch der Kündigung als unwirksamen angesehen. Angesichts des Umstands, dass sich die Parteien bereits anderweitig in vertraglichen und auch gerichtlichen Auseinandersetzungen befanden, in welchen sich der Kläger stets anwaltlich vertreten ließ, sei die Stellungnahmefrist von nicht einmal zwei vollen Arbeitstagen bis Montagmittag in jeder Hinsicht unangemessen kurz gewesen. Dies gelte umso mehr, als dass die Beklagte das Anhörungsschreiben nicht zugleich dem Prozessbevollmächtigten des Klägers - ggf. auch per Fax – zugesandt habe. Außerdem habe die Arbeitgeberin gewusst, dass der Kläger arbeitsunfähig krank gewesen sei.

Zu der Entscheidung liegt bislang nur eine Presseerklärung des Landesarbeitsgerichts vor.

Hiernach hat das Landesarbeitsgericht die Revision zum Bundesarbeitsgericht nicht zugelassen hat.

18. Schadensersatz wegen unterlassener Wiedereingliederungsmaßnahme

1. Durch die Ablehnung eines Antrags auf Durchführung einer Wiedereingliederungsmaßnahme durch den Arbeitgeber kann sich dieser gegenüber dem schwerbehinderten Arbeitnehmer schadensersatzpflichtig machen. Dabei ist der beim Arbeitnehmer eintretende Schaden unter Berücksichtigung der Zwecksetzung des § 84 SGB IX zu ermitteln.

2. Allein die Tatsache, dass § 84 SGB IX selbst keine Rechtsfolgenbestimmung umfasst, rechtfertigt nicht die Annahme einer rechtlichen Unverbindlichkeit und Folgenlosigkeit eines Gesetzesverstößes. Deswegen ist die Ermittlung des Schadens auf der Grundlage der Zwecksetzung des § 84 SGB IX vorzunehmen.
3. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf die Differenz zwischen dem hypothetischen Wert seines Vermögens ohne Eintritt der Ablehnung der Maßnahme und dem tatsächlichen Wert seines Vermögens. Dies umfasst das Arbeitsentgelt das der schwerbehinderte Arbeitnehmer bei einer zeitlich früheren Herstellung seiner Arbeitsunfähigkeit verdient hätte.

Der Kläger ist seit 1991 als technischer Angestellter beschäftigt. Seit 1.12.2006 gehört er dem Straßenverkehrsamt an (EG 12 TVöD). Er plant und realisiert verkehrstechnischer Projekte. Seit 2004 hat er einen GdB 40, seit 2005 einen von 50, seit 2015 von 70. Der Kläger war vom August 2014 bis zum 6.3.2016 arbeitsunfähig erkrankt. Arbeitsmedizinische Gutachten haben zunehmende Einschränkungen in der Einsatzfähigkeit ergeben und zuletzt eine negative Prognose hinsichtlich der Entwicklung der krankheitsbedingten Ausfallszeiten. Am 9.12.2015 wurde ein BEM in Gang gesetzt. Am 28.10.2015 hat der Kläger unter Vorlage eines Wiedereingliederungsplanes seines Arztes eine stufenweise Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess beantragt, was die Beklagte am 5.11.2015 schriftlich ablehnte. Am 7.12.2015 stellte er einen erneuten Antrag auf stufenweise Wiedereingliederung, dem die Beklagte zustimmte. Nach erfolgreicher Wiedereingliederung wurde die volle Arbeitsfähigkeit des Klägers am 7.3.2016 auf seinem bisherigen Arbeitsplatz wieder hergestellt. Weil die Beklagte seine Wiedereingliederung zu Unrecht abgelehnt hätte, verlangte der Kläger Verdienstausfall i. H. v. 8.486,75 EUR brutto abzgl. gezahlten Kranken- und Arbeitslosengeldes. Das ArbG hat die Klage abgewiesen.

Das LAG ([LAG Hessen, Urteil vom 7.8.2017 – 7 Sa 232/17](#)) gab der Klage überwiegend statt. Der Kläger hatte gegen die Beklagte einen Anspruch auf Beschäftigung nach der Vorlage des ärztlichen Wiedereingliederungsplans vom 28.10.2015. Dieser hätte auf der Grundlage einer hypothetischen Kausalität zu einer vorzeitigen Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit geführt und führt deshalb zu dem vom Kläger geltend gemachten Schadenersatzanspruch nach §§ 280, 823 II BGB i. V. m. § 84 II SGB IX.

Ein Anspruch auf Beschäftigung nach § 81 IV 1 Nr. 1 SGB IX setzt voraus, dass der darlegungsbelastete Arbeitnehmer spätestens bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem LAG eine ärztlichen Bescheinigung seines behandelnden Arztes vorlegt, aus der sich Art und Weise der empfohlenen Beschäftigung, Beschäftigungsbeschränkungen, Umfang der täglichen, wöchentlichen Arbeitszeit sowie die Dauer der Maßnahme ergeben. Sie muss eine Prognose enthalten, wann "voraussichtlich" die Wiederaufnahme der Tätigkeit erfolgt. Gefördert werden soll die bessere Wiedereingliederung in das Erwerbsleben. Das Wiedereingliederungsverhältnis ist nicht auf die für Arbeitsverhältnisse typische Leistungsbeziehung "Arbeit gegen Entgelt" gerichtet (BAG, NZA 2007, 91). Die Pflicht des Arbeitgebers nach § 81 IV 1 SGB IX wurde durch

die Ablehnung des Wiedereingliederungsplans vom 28.10.2015 schuldhaft verletzt. Den Arbeitgeber trifft nach § 84 II SGB IX die Verpflichtung zur Durchführung eines BEM. Zu den Maßnahmen gehört auch die stufenweise Wiedereingliederung. Unterlässt der Arbeitgeber die Durchführung des BEM oder der in diesem Zuge die als geeignet in Betracht kommenden Maßnahmen, so zieht dies eine Verpflichtung zum Schadensersatz gemäß § 280 BGB nach sich (LAG Hamm, BeckRS 2011. 76872). Das LAG ging von einem Schaden i. H. d. tatsächlichen Verdienstauffalls aus, denn die Beklagte hat die Genesung des Klägers verzögert und damit zu einer Vermögenseinbuße beigetragen. Der stufenweisen Wiedereingliederung standen keine Sicherheitsbedenken entgegen.

Wegen grundsätzlicher Bedeutung hat das LAG die Revision zugelassen (BAG 8 AZR 530/17).

19. Kein Mitbestimmungsrecht über personelle Mindestbesetzung

Eine Einigungsstelle kann auch aus Gründen der Mitbestimmung beim Gesundheitsschutz gem. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG keine Vorgaben an den Arbeitgeber über die personelle Mindestbesetzung beschließen entschied das LAG Schleswig-Holstein am 26.4.2018 - 6 TaBV 21/17.

In der Vergangenheit stritten die Arbeitgeberin, die eine Klinik betreibt, und ihr Betriebsrat wiederholt über die Frage der Mindestbesetzung für den Pflegedienst auf bestimmten Stationen. Schließlich wurde im Frühjahr 2013 eine Einigungsstelle zum Arbeits- und Gesundheitsschutz gebildet. Im Laufe des Einigungsstellenverfahrens schlossen die Beteiligten verschiedene Zwischenvereinbarungen. Es wurden insgesamt drei Gutachten zur Belastungs- und Gefährdungssituation des Pflegepersonals eingeholt.

Da sich die Arbeitgeberin und der Betriebsrat über die Bewertung der Ergebnisse und etwaige hieraus folgende Maßnahmen nicht einigen konnten, endete das Einigungsstellenverfahren im Dezember 2016 durch einen Spruch. Dieser sieht eine Schichtbesetzung mit einer bestimmten Zahl von Pflegekräften für bestimmte Belegungssituationen vor. Die Arbeitgeberin machte daraufhin die Unwirksamkeit des Einigungsstellenspruchs geltend.

Das ArbG wies die Klage ab. Auf die Berufung der Arbeitgeberin gab ihr das LAG statt. Der Beschluss ist nicht rechtskräftig. Das LAG hat die Rechtsbeschwerde zum BAG zugelassen. Die Einigungsstelle überschreitet schon formal ihre Kompetenz, in dem sie ihre Entscheidung auf unzulässigen Feststellungen zu bestehenden Gefährdungen gründete.

Der Betriebsrat hat zwar gem. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht bei betrieblichen Regelungen über den Gesundheitsschutz. Das bezieht sich auch auf Schutzmaßnahmen des Arbeitgebers zur Verhütung von Gesundheitsschäden. Eine Handlungspflicht des Arbeitgebers, deren Umsetzung der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt, besteht jedoch erst, wenn entweder Gefährdungen feststehen oder im Rahmen einer Gefährdungsbeurteilung konkret festgestellt sind. Die Einigungsstelle selbst darf das Bestehen

einer Gefährdung nicht eigenständig feststellen. Die Einigungsstelle und in der Folge das ArbG haben die Gefährdung mit einem Gutachten begründet, das die Anforderung an eine Gefährdungsbeurteilung nicht erfüllt.

Selbst bei Annahme einer konkreten Gefährdung hat die Einigungsstelle mit ihrem Spruch die Grenzen dessen, was nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG erzwingbar ist, auch inhaltlich überschritten. Bei der Personalplanung des Arbeitgebers hat der Betriebsrat nicht erzwingbar mitzubestimmen. Er kann nach § 92 BetrVG allenfalls Unterrichtung und Beratung verlangen. Wie der Gesetzgeber in § 3 Abs. 2 ArbSchG verdeutlicht hat, ist die vom Arbeitgeber festgelegte Zahl der Beschäftigten bei Planung und Durchführung der Maßnahmen nach § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG zu berücksichtigen. Der Überlastungsschutz muss also durch andere Maßnahmen, etwa auf organisatorischer Ebene, gewährleistet werden.

Der Beschluss ist – noch – nicht rechtskräftig. Das Landesarbeitsgericht hat die Rechtsbeschwerde zugelassen. Quelle: [LAG Schleswig-Holstein PM Nr. 3 vom 4.5.2018](#)

20. Arztbesuch während der Arbeitszeit

[Landesarbeitsgericht Niedersachsen 7. Kammer, Urteil vom 08.02.2018, 7 Sa 256/17:](#)

1. Grundsätzlich ist ein Arztbesuch nicht bereits dann notwendig, wenn der behandelnde Arzt einen Arbeitnehmer während der Arbeitszeit zur Behandlung oder Untersuchung in seine Praxis bestellt. Der Arbeitnehmer muss versuchen, die Arbeitsversäumnis möglichst zu vermeiden. Hält der Arzt außerhalb der Arbeitszeit Sprechstunden ab und sprechen keine medizinischen Gründe für einen sofortigen Arztbesuch, musste der Arbeitnehmer die Möglichkeit der Sprechstunde außerhalb der Arbeitszeit wahrnehmen.
2. Ein Fall unverschuldeter Arbeitsversäumnis liegt bei einem Arztbesuch vor, wenn der Arbeitnehmer von einem Arzt zu einer Untersuchung oder Behandlung einbestellt wird und der Arzt auf terminliche Wünsche des Arbeitnehmers keine Rücksicht nehmen will oder kann.
3. Auch wenn der Wortlaut von § 13 Ziffer 3 MTV Groß- und Außenhandel Niedersachsen besagt, dass in § 13 Ziffer 1 Nr. 1-4 die in Anwendung des § 616 BGB möglichen Fälle abschließend festgelegt sind, ergibt eine Auslegung des Tarifvertrages, dass hierdurch ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung in Fällen unverschuldeter Arbeitsversäumnis im Sinne von § 14 Abs. 3 MTV nicht ausgeschlossen ist.

21. Kündigung aus Anlass der Arbeitsunfähigkeit

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 01.03.2018 - [10 Sa 1507/17](#):

Wird eine Kündigung in zeitlichem Zusammenhang mit einer Arbeitsunfähigkeit ausgesprochen, spricht der Beweis des ersten Anscheins für diesen Zusammenhang. Diesen Zusammenhang muss der Arbeitgeber nachvollziehbar widerlegen. (amtl. Leitsatz)

22. Teilzeitwunsch muss auch bei ErsatzEinstellung während der Elternzeit berücksichtigt werden

Der Arbeitgeber kann nicht ohne weiteres einen Teilzeitantrag in der Elternzeit unter Berufung auf die Einstellung einer Vertretungskraft für die Dauer der Elternzeit ablehnen. Dies hat das Arbeitsgericht Köln mit einem bisher nur als [Pressemeldung](#) veröffentlichten Urteil vom 15.03.2018 - Aktenzeichen: 11 Ca 7300/17 - entschieden. Bei Kenntnis von einem Teilzeitwunsch des Arbeitnehmers sei die Befristung der Ersatzkraft entsprechend anzupassen, betonte das Gericht. Ausreichend sei es, dass der Arbeitnehmer entsprechende Erklärungen nach der Geburt abgebe. Gegen das Urteil kann noch Berufung beim Landesarbeitsgericht Köln eingelegt werden. Gegenstand des Verfahrens war die auf Teilzeitbeschäftigung in der Elternzeit gerichtete Klage einer Arbeitnehmerin. Der Arbeitgeber hatte bereits vor dem Mutterschutz der Arbeitnehmerin eine Ersatzkraft für die geplante aber noch nicht beantragte Elternzeit eingestellt, um eine Einarbeitung zu ermöglichen. Als die Arbeitnehmerin nach der Geburt des Kindes Elternzeit beantragte, kündigte sie zugleich an, im zweiten Jahr der Elternzeit in Teilzeit mit 25 Stunden pro Woche arbeiten zu wollen. Als die Klägerin mit diesem Wunsch im zweiten Jahr der Elternzeit erneut auf den Arbeitgeber zukam, lehnte dieser die begehrte Teilzeitbeschäftigung unter Verweis auf die eingestellte Vertretungskraft ab.

Die Arbeitnehmerin war mit ihrer Klage erfolgreich. Einen Teilzeitantrag in der Elternzeit kann der Arbeitgeber grundsätzlich nach § 15 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz nur aus dringenden betrieblichen Gründen ablehnen. Zu diesen Gründen gehört grundsätzlich auch die Einstellung einer Ersatzkraft für die Dauer der Elternzeit. Nach Bewertung des ArbG hat jedoch ein Arbeitgeber, der Kenntnis von einem Teilzeitwunsch des Arbeitnehmers hat, die Befristung der Ersatzkraft entsprechend anzupassen. Da dem Arbeitnehmer nach der gesetzlichen Regelung nicht zugemutet werde, bereits vor der Geburt verbindliche Erklärungen zu einer Elternzeit abzugeben, sei der Arbeitgeber gehalten, diese Erklärungen abzuwarten, bevor er sich an eine Ersatzkraft bindet. Tut er dies nicht, kann er nach Auffassung des Gerichts den Teilzeitwunsch nicht aus dringenden betrieblichen Gründen ablehnen.

Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig. Gegen das Urteil kann Berufung beim Landesarbeitsgericht Köln eingelegt werden.

23. Zur Einführung des Rechts auf befristete Teilzeit

Die Bundesregierung plant die Einführung eines Rechts auf befristete Teilzeit. Sie soll den Beschäftigten mehr Arbeitszeitsouveränität verschaffen, ohne die Planungssicherheit der Unternehmen über Gebühr einzuschränken. Zu der Frage, ob und inwieweit die geplante Regelung dem tatsächlichen Bedarf der Beschäftigten entspricht, liefert eine IAB-Befragung wichtige Anhaltspunkte. Das Ergebnis zeigt, dass lediglich 6 % der Beschäftigten an einer befristeten Arbeitszeitverminderung interessiert sind. Die Beschäftigten wurden zunächst nach

ihrer tatsächlichen Arbeitszeit gefragt. Diese umfasst neben der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit zum Beispiel auch Überstunden. Hiervon ausgehend gab rund ein Viertel der Beschäftigten an, ihre Arbeitszeit reduzieren zu wollen, etwa 11 Prozent wünschten sich eine Ausweitung. Die Mehrheit, etwa zwei Drittel der Beschäftigten, sah keinen Änderungsbedarf. Bei der Interpretation der Befunde ist jedoch zu beachten, dass die Befragten ihre Antwort vor dem Hintergrund der damaligen rechtlichen Regelung und damit in Unkenntnis der nun angestrebten Gesetzesänderungen gaben.

Den vollständigen Beitrag finden Sie im Online-Magazin [IAB-Forum](#).

24. Keine Musterfeststellungsklage bei den Arbeitsgerichten

Mit der Musterfeststellungsklage soll eine neue Klageart in verbraucherrechtlichen Angelegenheiten geschaffen werden. Am 9. Mai 2018 hat die Bundesregierung einen [Gesetzesentwurf zur Musterfeststellungsklage](#) beschlossen. Durch eine Änderung des § 46 Absatz 2 Satz 2 des Arbeitsgerichtsgesetzes wird die Anwendung der Vorschriften über die Musterfeststellungsklage im arbeitsgerichtlichen Verfahren ausdrücklich ausgeschlossen.

25. FAQs zum Entgelttransparenzgesetz

Das Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG) will das Gebot des gleichen Entgelts für Frauen und Männer bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durchsetzen. Im Dokument [> Download FAQs Entgelttransparenzgesetz vom 30.06.2017](#) < auf der Dienstgeber-Homepage der Caritas werden viele Fragen zu Auskunftsanspruch, Aufgaben und Rechte der Mitarbeitervertretung u.v.m. behandelt.

26. Betriebliches Eingliederungsmanagement - Praxisleitfaden

Wer wegen Krankheit über längere Zeit nicht arbeiten kann, macht sich meist Sorgen um seinen Arbeitsplatz. Die Rückkehr in den Job nach langer Arbeitsunfähigkeit gelingt erheblich besser, wenn der Betrieb den Wiedereinstieg professionell managt.

Dieser von der BGW herausgegebene Praxisleitfaden beschreibt die notwendigen Schritte bei der Wiedereingliederung Betroffener am Arbeitsplatz. Und er erklärt, wie Unternehmen systematisch ein betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) aufbauen. Neben Umsetzungstipps und Hinweisen zum Datenschutz bietet er Praxishilfen wie Checklisten und Gesprächsleitfäden.

Hier kann man den [Praxisleitfaden herunterladen \(PDF, 2MB\)](#).

27. "Kombinationsmodelle" aus Ehrenamt und (geringfügiger) Beschäftigung

Die in der Praxis (v. a. im Rettungsdienst) beliebten "Kombinationsmodelle" aus Ehrenamt und (geringfügiger) Beschäftigung haben zudem jüngst vom BFH einen Dämpfer erhalten (BFH Beschluss v. 11.12.2017 - [VI B 75/17](#)). Hiernach liege keine Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 26 EStG bei schädlichem Zusammenhang mit einer nichtselbständigen Haupttätigkeit vor. Eine weitere "Tätigkeit" (z. B. Ehrenamt) für denselben Arbeitgeber sei als Teil einer nichtselbständigen Haupttätigkeit anzusehen, wenn zwischen beiden Tätigkeiten ein unmittelbarer Zusammenhang bestehe. Ein solcher Zusammenhang mit einem bestehenden Dienstverhältnis sei anzunehmen, wenn beide Tätigkeiten gleichartig sind oder der Steuerpflichtige mit der weiteren "Tätigkeit" eine ihm aus seinem Dienstverhältnis – faktisch oder rechtlich – obliegende Nebenpflicht erfüllt oder auch in der zusätzlichen Tätigkeit der Weisung und Kontrolle des Dienstherrn unterliegt. Dies bedeutet, dass Ehrenamt und (sozialversicherungspflichtige) Beschäftigung strikt – auch in der tatsächlichen Umsetzung – voneinander zu trennen sind, damit die Tätigkeit insgesamt nicht als einheitliches (steuer- und sozialversicherungspflichtiges) Beschäftigungsverhältnis gewertet wird.

28. Nebentätigkeit für gemeinnützige Organisationen - Unterschiedliche Tätigkeiten bei einem Auftraggeber

Übt der Steuerpflichtige eine Nebentätigkeit für eine gemeinnützige Organisation aus, kommt die Gewährung des sog. Übungsleiterfreibetrags von 2400 € jährlich und/oder Ehrenamtspauschale von 720 € jährlich in Betracht. Bei sog. gemischten Tätigkeiten werden die Freibeträge jeweils entsprechend ihrem Anteil an der Gesamttätigkeit gewährt. Beispiel: Frau Müller ist von der Kirchengemeinde sowohl als Organistin (3 Stunden wöchentlich), Reinigungskraft in der Kirche (3 Stunden wöchentlich) und als Pfarrhaushälterin (10 Stunden wöchentlich) angestellt. Der Stundenlohn beträgt jeweils 10 €. Unter Berücksichtigung des Urlaubs hat Frau Müller 46 Wochen im Jahr gearbeitet.

Es liegen mehrere verschiedenartige Tätigkeiten vor. Die Nebenberuflichkeit ist für jede Tätigkeit getrennt zu beurteilen und für alle drei Tätigkeiten erfüllt, da sie zeitlich nicht mehr als 1/3 der Arbeitszeit eines vergleichbaren Vollzeiterwerbs betragen.

Bei der **Tätigkeit als Organistin** handelt es sich um eine für die Inanspruchnahme des Übungsleiterfreibetrags begünstigte künstlerische Tätigkeit. Die Einnahmen in Höhe von 1380 € (3 Stunden x 46 Arbeitswochen x 10 €) sind steuerfrei. Der nicht ausgeschöpfte Teil des Übungsleiterfreibetrags von 1020 € (2400 € abzüglich 1380 €) kann nicht für die anderen Tätigkeiten genutzt werden.

Die **Tätigkeit als Reinigungskraft** ist zwar hinsichtlich des Übungsleiterfreibetrags nicht begünstigt, hierfür kann jedoch die Ehrenamtspauschale in Höhe von 720 € jährlich in Anspruch

genommen werden. Die Einnahmen betragen auch hier 1380 € (3 Stunden x 46 Arbeitswochen x 10 €). Sie sind in Höhe von 720 € steuerfrei und in Höhe von 660 € steuerpflichtig.

Die **Tätigkeit als Pfarrhaushälterin** ist hinsichtlich des Übungsleiterfreibetrags ebenfalls nicht begünstigt. Die Inanspruchnahme der Ehrenamtspauschale ist zwar grundsätzlich möglich, scheidet hier jedoch aus, da die Ehrenamtspauschale von 720 € bereits in voller Höhe für die Tätigkeit als Reinigungskraft verbraucht worden ist. Die Einnahmen in Höhe von 4600 € (10 Stunden x 46 Arbeitswochen x 10 €) sind daher steuerpflichtig.

Der Übungsleiterfreibetrag von 2400 € jährlich und die Ehrenamtspauschale von 720 € jährlich gehören sozialversicherungsrechtlich nicht zum Arbeitsentgelt. Da das beitragspflichtige Arbeitsentgelt mithin monatlich 438,33 € beträgt (660 € zuzüglich 4600 € = 5260 € : 12 Monate) liegt eine geringfügige Beschäftigung vor, für die grundsätzlich 30% Pauschalabgaben an die Knappschaft abzuführen sind.

29. Steuerfreie Vergütung für nebenberuflich tätigen Fahrer einer gemeinnützigen Einrichtung

Das FG Stuttgart hat entschieden, dass eine von der Körperschaftsteuer befreite gemeinnützige Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Bereich der Altenpflege nicht für nicht einbehaltene und abgeführte Lohnsteuer für die Vergütungen an ihre Fahrer haftet.

Die Klägerin betreibt ein Seniorenzentrum. Sie bietet u.a. teilstationäre Tagespflege an. Die Tagespflege wird grundsätzlich an einem oder mehreren Tagen pro Woche von älteren Menschen besucht, die in der Regel über 75 Jahre alt sind. Mehr als die Hälfte von ihnen waren bei Abschluss der Nutzungsverträge in Pflegestufen eingestuft. Teil der im Rahmen der Tagespflege von der Klägerin zu erbringenden Leistungen ist die notwendige Beförderung der Nutzer von der Wohnung zur Einrichtung und zurück. Die Fahrten führt sie mit Kleinbussen mit Hebebühne mit maximal acht Nutzern durch. Jeweils ein Fahrer führt eine Tour durch. Dieser hilft den Nutzern von der Wohnung zum Bus und zurück. Die Fahrer werden hierzu von der Klägerin oder externen Anbietern geschult. Sie erhielten in den Streitjahren für ihre Tätigkeit eine Aufwandsentschädigung, maximal 2.100 Euro bzw. 2.400 Euro jährlich. Die acht Fahrer machten Stundenaufzeichnungen. Die Klägerin führte für sie keine Lohnsteuer ab. Der Lohn sei nach § 3 Nr. 26 EStG für bürgerschaftlich engagierte, nebenberuflich tätige Mitarbeiter steuerfrei. Das beklagte Finanzamt gelangte nach einer Lohnsteuer-Außenprüfung zu dem Ergebnis, die Fahrtätigkeit diene mangels persönlichen Kontakts nicht der Förderung der geistigen und körperlichen Fähigkeiten. Anzuwenden sei der Freibetrag nach § 3 Nr. 26a EStG i.H.v. 500 Euro bzw. 750 Euro ab 2013. Das Finanzamt erließ gegenüber der Klägerin einen Lohnsteuer-Haftungsbescheid.

Das FG Stuttgart hat entschieden, dass der Lohnsteuer-Haftungsbescheid rechtswidrig ist. Nach Auffassung des Finanzgerichts sind die Vergütungen steuerfrei nach § 3 Nr. 26 EStG. Die Norm sei aus gesellschaftspolitischen Gründen zur Anerkennung der für das Gemeinwesen

wichtigen Tätigkeit der Pflege und zur Motivation bürgerschaftlichen Engagements eingeführt worden. Die Klägerin sei eine Einrichtung zur Förderung mildtätiger Zwecke. Die Nutzer der Tagespflege seien aufgrund ihres Alters und ihres geistigen oder körperlichen Zustandes hilfebedürftige Personen. Die Tätigkeit der Fahrer erschöpfe sich nicht in der reinen Beförderung. Sie enthalte die Pflege alter Menschen. Pflege umfasse "sämtliche persönlich zu erbringende Hilfeleistungen bei den Verrichtungen des täglichen Lebens". Dazu gehöre die Hilfe zur Mobilität pflegebedürftiger Personen. Hilfe ein Fahrer beim Verlassen und Aufsuchen der Wohnung sowie beim Ein- und Ausstieg, bestehe auch ein unmittelbarer und persönlicher Kontakt. Die Fahrer seien nebenberuflich, im Durchschnitt weniger als zwölf Stunden wöchentlich, tätig gewesen.

Die Revision wurde zugelassen.

Quelle: [Pressemitteilung des FG Stuttgart Nr. 7/2018 v. 16.04.2018](#)

30. Ergebnisse der Besprechung des GKV-Spitzenverbandes zu Ehrenamt und Firmenwagen

Die Ergebnisse der Besprechung des GKV-Spitzenverbandes, der Deutschen Rentenversicherung und der Bundesagentur für Arbeit über Fragen des gemeinsamen Beitragseinzugs vom 22.03.2018 sind [hier](#) veröffentlicht und befassen sich mit folgenden Themen:

1. Versicherungsrechtliche Beurteilung ehrenamtlicher Organtätigkeiten
2. Beitragsrechtliche Beurteilung einer Firmenwagenüberlassung; hier: Berücksichtigung vom Arbeitnehmer getragener Aufwendungen

31. Lohnsteuerliche Behandlung der Pkw-Überlassung an Arbeitnehmer

Zur Anwendung der vorstehenden Urteile sowie zu weiteren Zweifelsfragen und Einzelheiten zur „Lohnsteuerlichen Behandlung der Überlassung eines betrieblichen Kraftfahrzeugs an Arbeitnehmer“ hat die Finanzverwaltung einen umfangreichen Erlass veröffentlicht ([Bundesfinanzministerium, Schreiben vom 4. April 2018, Aktenzeichen IV C 5 - S 2334/18/10001](#)).

Dieser neue Erlass fasst zahlreiche alte BMF-Schreiben zu dieser Thematik zusammen und aktualisiert noch zu berücksichtigende Regelungen entsprechend der geltenden Rechtslage. Das neue Schreiben enthält Regelungen zur Anwendung der pauschalen Ein-Prozent-Regelung und der Fahrtenbuchmethode. Es enthält allgemeine Hinweise und greift unter anderem folgende Themen auf:

- Pauschale und individuelle Nutzungswertmethode
- Wechsel der Bewertungsmethode
- Fahrergestellung
- Familienheimfahrten
- Leasing

- Nutzungsentgelt
- Zuzahlungen des Arbeitnehmers zu den Anschaffungskosten
- Elektromobilität

32. Ferienjobs und Saisonarbeit- Bundessozialgericht kippt anteilige Verdienstgrenze

Kurzfristige Minijobs sind heiß begehrt: Im Sommer nutzen beispielsweise viele Schüler die freie Zeit für einen Ferienjob.

Das Bundessozialgericht ([Urteil vom 5.12.2017, B 12 R 10/15 R](#)) hat sich mit Aushilfsjobs, die weniger als einen Monat andauern, näher beschäftigt. Wann liegt generell ein kurzfristiger Minijob vor und was bedeutet das BSG-Urteil für die Arbeitgeber und Beschäftigten?

Ein kurzfristiger Minijob liegt in der Regel vor, wenn die Beschäftigung auf maximal drei Monate oder 70 Arbeitstage im Jahr begrenzt ist. Ab dem Jahr 2019 gelten wieder die alten Zeitgrenzen. Dann darf ein kurzfristiger Minijob nur noch maximal zwei Monate oder 50 Arbeitstage dauern. Bei einem kurzfristigen Minijob darf generell monatlich über 450 Euro verdient werden. Ist dies der Fall, muss der Arbeitgeber jedoch prüfen, ob der Minijobber eventuell berufsmäßig arbeitet. Wenn er berufsmäßig arbeitet, kann er nicht als kurzfristiger Minijobber beschäftigt werden. Es besteht dann Versicherungspflicht in der Sozialversicherung.

Berufsmäßig wird die Beschäftigung dann ausgeübt, wenn sie für die Aushilfe entscheidend zum Lebensunterhalt beiträgt und nicht von untergeordneter wirtschaftlicher Bedeutung ist. Weitere Informationen zur berufsmäßigen Beschäftigung erhalten Sie hier.

Eine berufsmäßige Beschäftigung ist vom Arbeitgeber nicht zu prüfen, wenn der Verdienst der Aushilfe 450 Euro monatlich nicht überschreitet. Für diese Verdienstgrenze galt bisher, dass für befristete Beschäftigungen bis zu einem Monat ein anteiliger Wert von 450 Euro zu ermitteln war. Wurde beispielsweise ein Arbeitnehmer lediglich für 10 Tage innerhalb eines Monats beschäftigt, ergab sich daraus eine anteilige Verdienstgrenze von 150 Euro (150 Euro = 450 Euro / 30 Tage x 10 Beschäftigungstage). Diese Regelung hat das BSG nun gekippt.

Das BSG hat entschieden, dass unabhängig von der Dauer des Arbeitseinsatzes der Aushilfe immer die monatliche Verdienstgrenze von 450 Euro gilt. Eine Umrechnung für Beschäftigungszeiträume von weniger als einem Monat ist nicht vorzunehmen.

Aus diesem Grund kann ein Arbeitgeber seiner Aushilfe auch für wenige Tage bis zu 450 Euro zahlen und einen sozialversicherungsfreien kurzfristigen Minijob melden. Eine berufsmäßige Beschäftigung ist unabhängig von der Dauer der Beschäftigung nur noch zu prüfen, wenn der Verdienst mehr als 450 Euro im Beschäftigungsmonat beträgt.

Quelle mit weiteren Informationen: [Minijobzentrale.de 15.05.2018](#)

33. Pausenraum – Pflicht und Anforderungen

Der Pausenraum gehört zum betrieblichen Alltag der meisten Unternehmen. Pausenräume sind rechtlich nicht immer ein Muss, aber in vielen Fällen unverzichtbar. Wo findet man die rechtlichen Anforderungen an Pausenräume und was wird gefordert? Rechtliche Grundlagen für Pausen- und Bereitschaftsräume sind der [Anhang 4.2 der Arbeitsstättenverordnung](#) sowie die [Arbeitsstättenregel ASR A4.2 "Pausen- und Bereitschaftsräume"](#).

Was ist überhaupt ein Pausenraum? Pausenräume bzw. Pausenbereiche sind nach ASR A4.2 allseits umschlossene Räume, die der Erholung oder dem Aufenthalt der Beschäftigten während der Pause oder bei Arbeitsunterbrechung dienen. Für Arbeitsstätten im Freien oder auf Baustellen können dies z. B. auch Räume in vorhandenen Gebäuden sowie in Baustellenwagen, absetzbaren Baustellenwagen oder in Containern sein.

Gemäß Anhang 4.2 Abs. 1 Arbeitsstättenverordnung muss ein Pausenraum oder ein entsprechender Pausenbereich zur Verfügung gestellt werden, wenn

- der Betrieb mehr als 10 Beschäftigte hat oder
- die Sicherheit und der Schutz der Gesundheit es erfordern.

Ausnahme: Die Beschäftigten sind in Büroräumen oder vergleichbaren Arbeitsräumen beschäftigt und es sind dort gleichwertige Voraussetzungen für eine Erholung während der Pause gegeben.

In ASR A4.2 werden die Bedingungen aufgelistet, unter denen ein Pausenraum bzw. -bereich erforderlich ist:

- Pausenräume/-bereiche müssen unabhängig von der Zahl der Mitarbeiter eingerichtet werden, wenn es aus Gründen der Sicherheit und Gesundheit zwingend erforderlich ist, z. B. in allen Betrieben, in denen es sehr kalt, heiß, staubig, feucht oder schmutzig ist oder keine Sitzmöglichkeiten vorhanden sind oder wo ständig Kunden oder Besucher Zutritt haben (vgl. Abschn. 4.1 Abs. 3 ASR A 4.2).
- Pausenräume/-bereiche müssen nicht eingerichtet werden, wenn die Mitarbeiter in Büroräumen oder vergleichbaren Arbeitsräumen beschäftigt sind, wo es während der Pausen keine arbeitsbedingten Störungen gibt.
- Bei allen dazwischen einzustufenden Betrieben (das dürfte die Mehrzahl der produzierenden Betriebe sein) sind Pausenräume/-bereiche ab einer Belegschaftsstärke von 10 gleichzeitig anwesenden Personen vorgesehen. Dabei müssen Zeitarbeitnehmer berücksichtigt werden, aber keine Mitarbeiter, die max. 6 Stunden am Tag arbeiten oder die überwiegend im Außendienst tätig sind.

Anhang 4.2 Abs. 2 Arbeitsstättenverordnung enthält einige grundlegende Anforderungen an Pausenräume. Die Räume müssen

- für die Beschäftigten leicht erreichbar an ungefährdeter Stelle sein,
- eine ausreichende Größe aufweisen,

- entsprechend der Anzahl der gleichzeitigen Benutzer mit leicht zu reinigenden Tischen und Sitzgelegenheiten mit Rückenlehne ausgestattet sein,
- als separate Räume gestaltet sein, wenn die Beurteilung der Arbeitsbedingungen und der Arbeitsstätte dies erfordern.

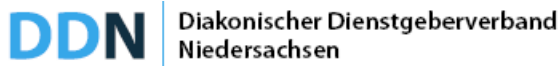
Es muss sich also um "normale" Aufenthaltsräume im Sinne des Baurechts handeln: z. B. nicht ausgebauter Keller- und Dachräume. Abstellräume ohne Außenlicht kommen hingegen grundsätzlich nicht infrage.

Ich verabschiede mich mit den besten Wünschen für schöne Frühlingstage.

Mit freundlichen Grüßen

Robert Johns

Geschäftsführer



Homepage: www.ddniedersachsen.de

- Geschäftsstelle -

Ebhardtstraße 3 A, 30159 Hannover;

Tel. : 0511 - 3604 112

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