

1. Neues vom Mindestlohn

a.) **Mindestlohn noch nicht bei allen Beschäftigten angekommen**

Das Deutsche Institut für Wirtschaftsforschung hat zu einer am 06.12.2017 veröffentlichten Datenerhebung bei Beschäftigten mitgeteilt, dass **mehr Menschen als bisher angenommen vom Mindestlohn** derzeit **noch nicht** profitieren.

Noch 2015, im Jahr der Einführung der gesetzlichen Lohnuntergrenze, seien 2,1 Millionen Beschäftigte schlechter bezahlt worden als 8,50 Euro pro Stunde (damaliger gesetzlicher Mindestlohn). Auch im ersten Halbjahr 2016 hätten 1,8 Millionen Menschen noch keinen Mindestlohn bekommen, obwohl sie eigentlich einen Anspruch darauf gehabt hätten. Aus Angaben zu ihren tatsächlichen Arbeitszeiten, die nicht vertraglich festgehalten sind, ergebe sich eine noch höhere Zahl von Menschen, die **unterhalb des Mindestlohns** arbeiten. Im Jahr 2016 seien das 2,6 Millionen Erwerbstätige gewesen. Schließt man die Beschäftigten ein, für die **branchenspezifische Mindestlöhne** gelten, waren es laut DIW im vergangenen Jahr sogar 3,3 Millionen Menschen und damit zehn Prozent aller Beschäftigten.

Arbeitgeber, so die Studienautoren, würden in einigen Fällen die **Arbeitszeiten nicht voll bezahlen** oder statt Lohn **Naturalleistungen** gewähren. Andere Arbeitgeber würden bestimmte Formen der Arbeitszeit wie **Bereitschaftszeiten** noch immer nicht nach dem Mindestlohn vergüten.

Quelle: Süddeutsche Zeitung online v. 06.12.2017

b.) **Mindestlohn in der Pflege steigt von 10,20 EUR brutto auf 10,55 EUR**

Nachdem der **Pflegemindestlohn** seit 01.01.2017 **auf 10,20 EUR brutto** im Westen und 9,50 EUR im Osten angestiegen ist (wir berichteten im letzten Newsletter), wird er ab 01.01.2018 auf **10,55 EUR** (10,05 EUR) angehoben. Der **gesetzliche Mindestlohn** beträgt seit 01.01.2017 **8,84 EUR brutto**.

c.) **Neues zu anrechenbaren Arbeitgeberleistungen auf den Mindestlohn - Mindestlohnfähige Lohnbestandteile**

Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 20.09.2017 – gerichtliches Aktenzeichen: 10 AZR 171/16

Urlaubsvergütung, Feiertagsvergütung und Nachtarbeitszuschläge sind auf Grundlage des Mindestlohns zu berechnen.

Das Bundesarbeitsgericht stellt fest, dass das MiLoG im Grundsatz nur Ansprüche für tatsächlich geleistete Arbeitsstunden gewährt, also nicht für solche Arbeitszeit gilt, die aufgrund eines gesetzlichen Feiertags oder Urlaubs ausfällt. Allerdings müssen Arbeitgeber gemäß § 2 Absatz 1 EFZG für Arbeitszeiten, die aufgrund eines gesetzlichen Feiertags ausfallen, dem Arbeitnehmer das Arbeitsentgelt zahlen, welches er ohne den Arbeitsausfall erhalten hätte (sog. „Entgeltausfallprinzip“).

Für die Fälle, in denen sich die Vergütung nach dem MiLoG bestimmt, könne nichts anderes gelten, so das Bundesarbeitsgericht nun in der genannten Entscheidung. Das MiLoG enthalte in diesem Punkt auch keine abweichenden Bestimmungen. Ein weiterer, interessanter Gesichtspunkt der Entscheidung ist, dass auch der tarifliche Nachtarbeitszuschlag und das tarifliche Urlaubsentgelt ebenfalls (mindestens) auf Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns berechnet werden müssen, da dieser Teil des "tatsächlichen Stundenverdienstes" sei.

Zusatzzahlungen für Urlaubszeiten sind nicht auf den Mindestlohn anzurechnen, soweit sie nicht als Vergütung für geleistete Arbeit gelten.

Das Bundesarbeitsgericht stellt überdies klar, dass eine Anrechnung des gezahlten "Urlaubsgeldes" auf Ansprüche nach dem MiLoG ausscheide, soweit es sich nicht um Entgelt für geleistete Arbeit handle.

Anmerkung von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Dr. Bert Howald:

Bereits aus der Vergangenheit ist klar, dass folgende Löhne nach dem gesetzlichen Mindestlohn zu vergüten bzw. Bestandteil des Mindestlohns sind:

- Löhne für Bereitschaftszeiten
- monatlich zur Auszahlung kommende Jahressonderzahlungen wie Urlaubsgeld oder Weihnachtsgeld
- Lohnzahlung im Urlaub (sog. Urlaubsentgelt, nicht: Urlaubsgeld!)
- Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

2. Mitbestimmung des Betriebsrats bei Mindestbesetzung von Pflegepersonal auf Stationen

Das Arbeitsgericht Kiel hat in seinem Beschluss vom 26.07.2017 eine wichtige Entscheidung für die **Mitbestimmungspraxis in Pflegebetrieben** gefällt.

Danach ist die Vorgabe einer Mindestbesetzung mit Pflegepersonal eine Angelegenheit der erzwingbaren Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 des Betriebsverfassungsgesetzes, da mit dieser Maßnahme einer Gesundheitsgefährdung der Beschäftigten durch Überlastung vorgebeugt werden kann.

ArbG Kiel v. 26.07.2017, gerichtliches Aktenzeichen: 7 BV 67 c/16

Der Arbeitgeber ist eine Spezialklinik für Wirbelsäulen und Gelenke mit ungefähr 53 Betten und ca. 300 Beschäftigten. Der Betriebsrat stritt mit dem Arbeitgeber über die Mindestbesetzung für den Pflegedienst auf bestimmten Stationen. Nachdem Verhandlungen hierzu ergebnislos verliefen, wurde im Frühjahr 2013 eine **Einigungsstelle** gebildet. Die Einigungsstelle holte ein **Gutachten** über die **Belastungssituation** der Beschäftigten auf den Stationen ein und forderte Arbeitgeber und Betriebsrat auf, ein weiteres Gutachten zur **Gefährdungsbeurteilung** der Arbeitsplätze der Pflegekräfte einzuholen. Aber auch nach Einholung dieses Gutachtens gab es keine Einigung der Betriebsparteien über die Mindestbesetzung. Die Einigungsstelle beschloss daraufhin, dass ein **bestimmter Beschäftigungsschlüssel** in Abhängigkeit der Belegung der Stationen zu gelten habe. Hiergegen wehrte sich der Arbeitgeber vor dem Arbeitsgericht. Es ging ihm um die Feststellung der **Unwirksamkeit des Einigungsstellenspruchs**.

Der Arbeitgeber wendet unter anderem ein, ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats sei nicht gegeben sei und seine unternehmerische Freiheit werde durch den Einigungsstellenspruch verletzt.

Die Entscheidung des Arbeitsgerichts Kiel:

Das Arbeitsgericht weist den Antrag des Arbeitgebers zurück. Es hält den Antrag des Arbeitgebers nicht für begründet. Die **Einigungsstelle** sei **befugt** gewesen, eine **abschließende Regelung** zu treffen. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 des Betriebsverfassungsgesetzes habe der Betriebsrat bei **betrieblichen Regelungen** über den **Gesundheitsschutz** mitzubestimmen. Das Mitbestimmungsrecht beziehe sich auf Maßnahmen des Arbeitgebers zur **Verhütung** von **Gesundheitsschäden**, die Rahmenvorschriften konkretisierten. Es setze ein, wenn eine gesetzliche Handlungspflicht objektiv bestehe und mangels einer zwingenden gesetzlichen Vorgabe betriebliche Regelungen verlange, um das vorgegebene Ziel des Arbeits- und Gesundheitsschutzes zu erreichen.

Das Arbeitsgericht sieht eine solche Vorschrift in **§ 3 Abs. 1 S. 1 des Arbeitsschutzgesetzes**. Diese Regelung lege für den Arbeitgeber in Form einer Generalklausel eine **Handlungspflicht** fest, die **erforderlichen Maßnahmen** zum **Arbeitsschutz** zutreffen. Durch das Gutachten des Sachverständigen sei klar geworden, dass die **Arbeitsbelastung** auf den Stationen **zu hoch** sei, sodass eine Gefährdung für die Mitarbeiter bestehe. Ein unzulässiger **Eingriff** in die **unternehmerische Freiheit** des Arbeitgebers sei nicht gegeben. Es liege zwar ein Eingriff in die unternehmerische Freiheit vor, dieser sei jedoch rechtmäßig, weil die **Grundrechte** der **Arbeitnehmer** auf **gesunde, sichere und würdiger Arbeitsbedingungen** vorgingen.

Anmerkung von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Dr. Bert Howald:

Betriebsräten ist durch die Entscheidung des Arbeitsgerichts Kiel – die, soweit hier bekannt, bisher einmalig ist - eine Möglichkeit an die Hand gegeben, wie gegebenenfalls **Mindestbesetzungen** in **Pflegebetrieben** durchgesetzt werden können.

Allerdings bleibt abzuwarten, ob sie auch in den weiteren Instanzen Bestand haben wird.

Gegen die Entscheidung ist nach hiesigem Informationsstand eine Beschwerde beim Landesarbeitsgericht Schleswig Holstein unter dem Aktenzeichen 6 TaBV 21/17 anhängig. Wir werden hier im Newsletter natürlich weiter über diese spannende Rechtsentwicklung berichten.

3. Mitbestimmung des Betriebsrats bei Dienstplänen

Das Landesarbeitsgericht Niedersachsen hat in einer neueren Entscheidung dem Betriebsrat einen **Unterlassungsanspruch** zugebilligt. Der Arbeitgeber wurde verurteilt, es zu unterlassen, **Dienstpläne ohne vorherige Zustimmung** des Betriebsrates bzw. eine diese ersetzende Entscheidung der Einigungsstelle in Kraft zu setzen. Es wurde ihm des Weiteren auch untersagt, Beschäftigte ohne Zustimmung des Betriebsrats oder Einigungsstellenspruch an **dienstplanmäßig freien Tagen zur Arbeit** heranzuziehen, solange es sich nicht um einen **Notfall** handelt, oder Beschäftigte nach dem im **Dienstplan** vorgesehenen **Ende** der Schicht zu beschäftigen, Beschäftigte in **anderen Schichten als im Dienstplan vorgesehen** einzusetzen, oder ihnen nicht die zwischen den Betriebsparteien **vereinbarten Pausenzeiten** zu gewähren. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung wurde dem Arbeitgeber ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von 10.000,00 Euro angedroht.

LAG Niedersachsen Beschluss. v. 03.07.2017 – gerichtliches Aktenz.: 8 TaBV 42/16

Die Entscheidung stellt klar, dass der Betriebsrat bei der Aufstellung von Dienstplänen ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht hat und die Unterlassung der Durchführung mitbestimmungswidriger Maßnahmen verlangen kann.

Dies ist für die betriebliche Mitarbeitervertretung ein **starkes Mitwirkungsinstrument**. Wie die Entscheidung zeigt, kann der Betriebsrat hier auch gegebenenfalls bei **Fehlentwicklungen** bei der Dienstplangestaltung eingreifen und, wo es notwendig erscheint, für die Belange der Beschäftigten kämpfen. Allerdings muss sich der Betriebsrat überlegen, wie weit er damit im Rahmen seiner Verpflichtung zur **vertrauensvollen Zusammenarbeit** gehen will / kann.

§ 87 Abs. 1 Nr. 2 des Betriebsverfassungsgesetzes bestimmt:

Der Betriebsrat ist zu beteiligen bei der Festlegung von „Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie der Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage“.

Was war passiert?

Die Arbeitgeberin betreibt eine Klinik der Grund- und Regelversorgung mit ca. 200 Betten, im allgemeinen Pflegebereich mit acht Stationen und ca. 170 Arbeitnehmern, sowie in den Funktionsbereichen ca. 100 und im ärztlichen Dienst ca. 60 Arbeitnehmern. Bis zum Jahreswechsel 2014/2015 gab es wegen der **Dienstplanung** zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber **keine Unstimmigkeiten**. Die Dienstplanung wird beim Arbeitgeber mithilfe einer elektronischen **Datenverarbeitung** ca. vier bis sechs Wochen im Voraus geplant, der Betriebsrat kann die im **System eingestellten Dienstpläne einsehen** und prüfen. Sie wurden sodann ohne formalisiertes Verfahren im **gegenseitigen Einvernehmen** in Kraft gesetzt.

An diesem Verfahren wollte der Betriebsrat nun nicht mehr festhalten, nachdem es zu **Meinungsverschiedenheiten** über eine vom Arbeitgeber durchgeführte **Umstrukturierung** gekommen war und dazu ein „Sprinter“-Prämien-Programm aufgelegt hatte. Der Betriebsrat lehnte daher in der Folge **wiederholt** die vom Arbeitgeber angefertigten **Dienstpläne** ab. Nachdem **innerbetrieblich keine Einigung** zustande kam, bat der Arbeitgeber den Betriebsrat um die einvernehmliche Errichtung einer **Einigungsstelle**, um die Dienstpläne in Kraft setzen zu können. Der Betriebsrat lehnte auch dies ab, woraufhin unterschiedliche Einigungsstellen gebildet wurden. In einer Einigungsstellensitzung prangert der Betriebsrat die **unzureichende Personalbemessung** an und erklärt, er könne auf **kurzfristige Änderungen** der **Dienstpläne nicht mehr** reagieren. Der Betriebsrat erklärt, er werde sich zu den Dienstplänen nicht mehr äußern. In der Folge wirkt der Betriebsrat trotz Aufforderung durch die Arbeitgeberin an der Konstituierung einer Einigungsstelle nicht mehr mit. Die Beteiligten verhandeln dann im Jahre 2016 mit dem Regelungsgegenstand Arbeitszeit (Beginn, Ende und Pausen) in einer Einigungsstelle. Der Betriebsrat stimmt den **Dienstplänen** und den von dem Arbeitgeber vorgeschlagenen **Arbeitszeiten nicht** zu. Mit dem **derzeitigen Personalbestand könne nicht gearbeitet** werden, es müsse **mehr Personal eingestellt** werden. Solange das nicht geschehe, akzeptiere der Betriebsrat die vom Arbeitgeber vorgeschlagenen Arbeitszeiten nicht.

Ein auf Vorschlag des Betriebsrats Ende 2016 durchgeführtes Mediationsverfahren scheiterte ebenfalls.

Der Arbeitgeber führt nun die von ihm angefertigte Dienstplanung durch. Der Betriebsrat will dies mit seinen Anträgen beim Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht verhindern.

Das Gericht entscheidet dazu folgendes:

Die Verletzung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats aus § 87 Absatz 1 Nr. 2 BetrVG stehe zu befürchten, weil die Arbeitgeberin dieses **Mitbestimmungsrecht** nicht nur in der Vergangenheit, sondern auch später **mehrfach verletzt** habe.

- **Keine treuwidrige Verhinderung einer Dienstplanregelung durch den Betriebsrat**

Der Betriebsrat verhalte sich auch **nicht treuwidrig**. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der **vertrauensvollen Zusammenarbeit** liege noch nicht vor. Soweit der Betriebsrat meint, die Arbeitgeberin könne mit dem derzeitigen Personalbestand keine gesetzes- und tarifkonformen Dienstpläne aufstellen, sei festzustellen, dass der Arbeitgeber diesen Vorwurf im vorliegenden Verfahren nicht entkräftet habe. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats entfalle auch nicht dadurch, dass die Mitarbeiter die nicht mit Zustimmung des Betriebsrats geleisteten Arbeiten „**freiwillig**“ **verrichtet** hätten.

- **Keine das Mitbestimmungsrecht ausschließenden Notfälle**

Die vom Betriebsrat angeführten Fälle, in denen er einen Verstoß gegen seine Mitbestimmungsrechte beklagt, seien auch **keine „Notfälle“**. Nur bei diesen wäre das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats eingeschränkt.

Auch bei Eilfällen sei das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auch im Krankenhausbereich nicht ausgeschlossen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts müssten die Betriebsparteien regelmäßig **Regelungen treffen, wie bei der Abweichung von einem beschlossenen Dienstplan verfahren** werden soll. Komme eine Einigung der Betriebsparteien über Dienstpläne nicht zustande, entscheide die Einigungsstelle, deren Spruch ersetze nach § 87 Absatz 2 BetrVG die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Vor einer solchen Entscheidung der Einigungsstelle dürfe der Arbeitgeber den Dienstplan nicht durchführen. Der Einhaltung des in dieser Vorschrift vorgesehenen Verfahrens bedürfe es auch bei einem kurzfristig und unerwartet auftretenden Regelungsbedarf. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats sei nämlich in solchen Eilfällen nicht ausgeschlossen.

„**Eilfälle**“ seien aber gerade **keine „Notfälle“**. Notfälle seien **unvorhersehbare** und **schwerwiegende** sogenannte **Extremsituationen**, um vom Betrieb oder den Arbeitnehmern nicht wieder gutzumachende **Schäden abzuwenden**. Dem berechtigten Interesse des Arbeitgebers, auf unerwartet auftretenden Bedarf an Dienstplanveränderungen und/oder Überstunden rasch reagieren zu können, sei hingegen durch vorsorgliche Regelungen Rechnung zu tragen. Dies gelte auch für die Fälle, in denen der Betriebsrat nicht erreichbar oder sonst zu rechtzeitiger Beschlussfassung nicht in der Lage sei. Einer solchen Vereinbarung dürfe sich der Betriebsrat nicht verschließen; der Arbeitgeber könne sie notfalls mithilfe der Einigungsstelle durchsetzen.

- **Kurzfristige Änderungen im Dienstplan, Änderung von Pausenzeiten**

Zur Personalplanung gehöre es, auch in **Fällen kurzfristiger Ausfälle** nach dem Dienstplan nicht eingeteilte Arbeitnehmer zur Arbeit heranzuziehen. Es bedürfe einer **Regelung der Betriebspartner, wie diesen Anforderungen im Interesse des Krankenhausbetriebs** dem der Belegschaft und des Betriebsrats **gerecht** werde. Auch die **Änderung** der im Dienstplan vorgesehenen **Einsatzzeiten** sei **mitbestimmungspflichtig**. Der Betriebsrat könne nicht darauf verwiesen werden, es handele sich im Ergebnis um einen Beschäftigungsanspruch der Arbeitnehmer, der im Wege der Klage individualrechtlich geltend zu machen sei. Ebenfalls habe der Betriebsrat einen Anspruch auf Unterlassung, Beschäftigten nicht die zwischen den Betriebsparteien vereinbarten **Pausenzeiten** zu gewähren.

4. Belästigung im Pflegebetrieb

Wenn der Benachteiligte die Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes versäumt, ist er dennoch nicht mit Schadensersatzansprüchen nach § 280 Abs. 1 BGB oder deliktischen Ansprüchen gegen den Arbeitgeber ausgeschlossen.

Bundesarbeitsgericht vom 18.05.2017 – 8 AZR 74/16

Was war geschehen?

Die Verwaltungsangestellte V (anerkannt mit einem Grad der **Behinderung von 100**) arbeitet bei der Senioreneinrichtung S in Teilzeit. Im April 2010 wird ihr ein **gutes Zwischenzeugnis** ausgestellt. Der neue Einrichtungsleiter weist V eine neue Aufgabe zu und **versetzt** sie dann an die **Rezeption**. Die V erhält eine **Ermahnung**. S weigert sich zunächst, der V an der Rezeption eine **behindertengerechte Büroeinrichtung** einzurichten. V erkrankt daraufhin mehrere Monate an Depressionen. S **lehnt** es daraufhin ab, V **wiedereinzugliedern**, und erteilt nun ein **mangelhaftes Zwischenzeugnis**. V fordert von S Entschädigung und Schadensersatz.

Wie entscheidet das Gericht?

Das Bundesarbeitsgericht weist die Klage nicht, wie die unteren Instanzen ab, sondern verweist den Rechtsstreit zurück an das Landesarbeitsgericht.

Die **Ausschlussfrist** des § 15 Absatz 4 AGG, demgemäß Ansprüche nach § 15 Absatz 1 oder § 15 Absatz 2 AGG grundsätzlich **innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend zu machen** sind, habe die V versäumt. Die Ausschlussfrist finde aber keine Anwendung auf Schadensersatzansprüche aus § 280 Absatz 1 BGB oder deliktische Ansprüche. § 15 Absatz 4 AGG stehe in **unmittelbarem Zusammenhang** mit der in § 22 AGG getroffenen Regelung zur Beweislast. Der Arbeitgeber müsse Dokumentationen über Einstellungsverfahren etc. bis zum Ablauf der allgemeinen Verjährungsfrist von drei Jahren nicht aufbewahren. § 22 AGG gelte aber eben nicht für Schadensersatzansprüche, die auf Anspruchsgrundlagen außerhalb des AGG gestützt werde.

Was folgt daraus für die Praxis?

Es war bis zur Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts nicht ganz klar, welche Ansprüche von der in § 15 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes genannten Ausschlussfrist erfasst sein sollten. Das Bundesarbeitsgericht hat dies nun klargestellt. Die **Ausschlussfristen** bei Mobbinghandlungen des Arbeitgebers oder seiner Repräsentanten ist **extrem kurz**, aber, wie das Bundesarbeitsgericht eben auch festgestellt hat, europarechtlich nicht zu beanstanden. Oft können Benachteiligte dann nach kürzester Zeit nicht mehr gegen Mobbing vorgehen. Dies hat das Bundesarbeitsgericht zwar nicht grundsätzlich in Frage gestellt, aber einen **Weg aufgezeigt**, wie eventuell Persönlichkeitsrechtsverletzungen oder andere unerlaubte Handlungen noch unterbunden werden können.

5. Neue Entgeltordnung VKA – aktuelle Fragen zur Überleitung

Die neue **Entgeltordnung** im Bereich der Vereinigung der **Kommunalen Arbeitgeberverbände** (VKA) im TVöD wirft nach wie vor in der Mitgliederberatung viele Fragen auf.

Wir haben hier noch einmal folgende wichtige Hinweise zusammengestellt:

Frist zur Abgabe von Höhergruppierungsanträgen bis **31.12.2017!**

- Die **Frist** zur Abgabe des Höhergruppierungsantrags läuft noch bis **31.12.2017**. Bis dahin muss der Antrag beim Arbeitgeber **eingegangen** sein! Beschäftigte, die einen Höhergruppierungsantrag stellen, sollten sich den Eingang des Antrags zum Nachweis der Fristwahrung vom Arbeitgeber **bestätigen** lassen. Die Frist ist eine materielle **Ausschlussfrist**. Das heißt, dass Beschäftigte, die die Frist versäumen, nach Ablauf der Frist nicht mehr höhergruppiert werden können! Ob dies auch für bereits vor dem 01.01.2017 fehlerhafte Eingruppierungen gilt, ist derzeit noch nicht geklärt.

Weitere Einzelheiten:

- Arbeitgeber sind nicht verpflichtet, **Auskunft** über die Höhe der Bezüge bei einer **höheren Eingruppierung** zu geben! Beschäftigte müssen sich daher vor Stellung eines Höhergruppierungsantrags selbst **informieren**.
- Eine Höhergruppierung bedeutet **nicht** immer **automatisch** auch, dass der Beschäftigte **höhere Nettobezüge** im Vergleich zur bisherigen Vergütung erhält. So können bei einer Höhergruppierung **Zulagen wegfallen**, die Höhergruppierung erfolgt außerdem **nicht stufengleich**, das heißt, die Stufenzuordnung ist nach § 17 Abs. 4 TVÖD alter Fassung vorzunehmen.

6. Konfession von Bewerbern auf Diakoniestellen

EuGH Schlussanträge des Generalanwalts Evgeni Tanchev (C-414/16 – Rechtssache „Egenberger“)

Das **Bundesarbeitsgericht** hatte dem **Europäischen Gerichtshof** unter anderem die Frage vorgelegt, inwieweit die **Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion** als berufliche Anforderung bei der Besetzung einer Stelle bei einem kirchlichen Arbeitgeber maßgeblich sein darf.

Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 17.03.2016 - 8 AZR 501/14 (A)

Ausgangssituation: Bewerberin bewirbt sich auf eine Referentenstelle, gehört aber keiner Religion an

Ein Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD) erhält eine Bewerbung auf eine im November 2012 ausgeschriebene, befristete Referentenstelle für das Projekt "Parallelberichterstattung zur UN-Antirassismuskonvention".

In der Ausschreibung heißt es insbesondere:

"Die **Mitgliedschaft** in einer **evangelischen** oder der **ACK angehörenden Kirche** und die **Identifikation mit dem diakonischen Auftrag** setzen wir voraus. Bitte geben Sie Ihre **Konfession im Lebenslauf** an."

Die Klägerin gehört **keiner Konfession** an. Sie wird **nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen**. Die Klägerin verlangt von dem Arbeitgeber eine Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG von mindestens 9.700,00 Euro. Die Ablehnung ihrer Bewerbung beruhe, so die Klägerin, auf ihrer Konfessionslosigkeit. Nachdem die Klägerin beim Berufungsgericht mit ihrer Klage gescheitert war, hat sie Revision eingelegt.

Wie entscheidet das Bundesarbeitsgericht?

Das Bundesarbeitsgericht entscheidet noch nicht in der Sache selbst, da es sich daran gehindert sieht, weil es erst möchte, dass der **Europäische Gerichtshof** die europarechtliche **Grundsatzfrage klärt, ob ein kirchlicher Arbeitgeber für sich verbindlich selbst bestimmen** kann, ob eine **bestimmte Religion eines Bewerbers** eine gerechtfertigte **berufliche Anforderung** angesichts seines/ihres Ethos darstellt.

Außerdem will es wissen, ob die Regelung des § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG in einem Rechtsstreit wie hier unangewendet bleiben muss. § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG sieht vor, dass eine **unterschiedliche Behandlung**

„wegen der Religion“ bei der Beschäftigung durch Religionsgemeinschaften und die ihnen zugeordneten Einrichtungen auch zulässig ist, wenn eine bestimmte Religion unter Beachtung des Selbstverständnisses dieser Religionsgemeinschaft im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht **eine gerechtfertigte berufliche Anforderung** darstellt.

In seinen Schlussanträgen weist der Generalanwalt beim EuGH auf folgendes hin:

Nach Auffassung von Tanchev kann ein kirchlicher Arbeitgeber **nicht verbindlich selbst bestimmen**, ob eine **bestimmte Religion** eines Bewerbers nach der Art der fraglichen Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, **rechtmäßige** und **gerechtfertigte berufliche Anforderung** angesichts seines/ihrer Ethos darstelle. Eine **gerichtliche Überprüfung** wäre damit **eröffnet**, wenn das Gericht den Schlussanträgen des Generalanwalts nachkäme, was es in vielen Fällen tut.

Das Gericht eines Mitgliedstaats sei nicht von der Verpflichtung enthoben, die fraglichen **Tätigkeiten zu würdigen**, um zu klären, ob die **Religion** oder Weltanschauung einer Person eine **wesentliche, rechtmäßige** und gerechtfertigte **berufliche Anforderung** darstelle. Das Bundesarbeitsgericht habe aber zu berücksichtigen, dass das **Recht religiöser Organisationen auf Autonomie** und Selbstbestimmung im Unionsrecht anerkannt und geschützt sei. Die Richtlinie und insbesondere die dortige Bezugnahme auf das "Ethos" religiöser Organisationen seien im Einklang mit diesem Grundrecht auszulegen.

Die Richtlinie sei so umzusetzen, dass das von den einzelnen Mitgliedstaaten gewählte Modell für die **Gestaltung der Beziehungen** zwischen Kirchen und religiösen Vereinigungen oder Gemeinschaften und dem Staat geachtet und **nicht beeinträchtigt** werde. Das Wort "gerechtfertigt" in der Richtlinie mache eine Prüfung erforderlich, ob **berufliche Anforderungen**, die mit einer **unmittelbaren Diskriminierung** aus Gründen der Religion oder Weltanschauung verbunden seien, in **angemessener Weise** an den Schutz des Rechts des Evangelischen Werks für Diakonie und Entwicklung auf Autonomie und **Selbstbestimmung angepasst** seien. Das Recht des Evangelischen Werks für Diakonie und Entwicklung auf Autonomie und Selbstbestimmung müsse gegen die Rechte des Bewerbers abgewogen werden.

7. Eingruppierung einer Gesundheitspflegerin nach AVR Diakonie

Bundesarbeitsgericht vom 27.04.2017 – 6 AZR 284/16

Das Bundesarbeitsgericht hat in der eben genannten Entscheidung darauf verwiesen, dass nach der bis zum 31.10.2013 geltenden Fassung der Anlage 1 zu den Arbeitsvertragsrichtlinien des Diakonischen Werkes der Evangelischen Kirche in Deutschland (AVR-DW EKD) eine ...

„**Gesundheitspflegerin in der Psychiatrie**“ in der **Entgeltgruppe 8** eingruppiert ist.

Das **Merkmal „in der Psychiatrie“** ist **tätigkeitsbezogen** zu verstehen. Das Richtbeispiel betrifft Gesundheitspflegerinnen **mit fachspezifischen Aufgaben**, die denen von **Fachpflegekräften** in der Psychiatrie mit entsprechender Tätigkeit **vergleichbar** sind. Nach den Eingruppierungsgrundsätzen des § 12 AVR-DW EKD bzw. AVR-DD ist zu prüfen, ob die Erfüllung der **fachspezifischen Aufgaben** die **Gesamttätigkeit prägt**, das heißt ein unverzichtbarer Bestandteil des Arbeitsauftrags ist. Hierbei erfolgt keine Aufspaltung der Gesamttätigkeit in einzelne Arbeitsvorgänge. Tätigkeiten, die nur einen geringen Anteil der Gesamttätigkeit ausmachen, sind jedoch außer Acht zu lassen.

8. Urlaubsabgeltung – Verfall des übergesetzlichen Urlaubs nach AVR Caritas – Ausschlussfrist

Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz v. 02.02.2017 – 2 Sa 395/16

Die Klägerin ist seit 02.10.2012 bis 31.08.2014 als Arzthelferin beschäftigt. Vom 31.07.2013 bis zum 30.07.2014 war sie **durchgehend arbeitsunfähig** erkrankt. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien fanden gemäß § 3 des Arbeitsvertrages die "Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes" (AVR) in der jeweils geltenden Fassung Anwendung, die in der Anlage 14 zum Erholungsurlaub u.a. folgende Regelungen enthalten:

§ 1 Entstehung des Anspruchs

... (5) Der Erholungsurlaub ist spätestens bis zum Ende des Urlaubsjahres anzutreten. Kann der Erholungsurlaub aus dringenden dienstlichen Gründen oder aus Gründen, die in der Person des Mitarbeiters liegen, bis zum Ende des Urlaubsjahres nicht angetreten werden, ist er bis zum 30. April des folgenden Jahres anzutreten. Hat der Mitarbeiter den ihm zustehenden Urlaub vor dem Beginn der Elternzeit nicht oder nicht vollständig erhalten, so ist ihm der Resturlaub nach der Elternzeit im laufenden oder im nächsten Urlaubsjahr zu gewähren. Wird die Wartezeit (Absatz 6) erst nach Ablauf des Urlaubsjahres erfüllt, ist der Urlaub spätestens bis zum Ende des folgenden Urlaubsjahres anzutreten. Kann der gesetzliche Mindesturlaub und der Zusatzurlaub nach § SGB_IX § 125 SGB IX infolge Arbeitsunfähigkeit nicht angetreten werden, erlischt dieser Urlaubsanspruch 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres. Kann der weitergehende Urlaubsanspruch infolge von Arbeitsunfähigkeit nicht angetreten werden, gilt § 1 Abs. 5 Unterabsatz 1 Satz 2.“

Die Parteien sind davon ausgegangen, dass der **Jahresurlaub** der Klägerin nach § 3 Abs. 1 der Anlage 14 zu den AVR **30 Arbeitstage** beträgt. Im Jahr 2013 hatte die Klägerin bis zum Eintritt ihrer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit *16 Urlaubstage in Anspruch genommen*. Im Jahr 2014 nahm die **Klägerin nach Wiederherstellung ihrer Arbeitsfähigkeit in der Zeit vom 31. Juli bis zur Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses zum 31. August 2014 22 Urlaubstage** in Anspruch. Für zwei weitere Urlaubstage zahlte die Beklagte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Urlaubsabgeltung in Höhe von 125,54 EUR brutto (62,77 EUR brutto pro Urlaubstag).

Die Klägerin verlangt nun die Abgeltung **weiterer zehn Urlaubstage** aus dem Jahr 2013.

Entgegen der Ansicht der Beklagten könne ihr Urlaubsanspruch aus dem Jahr 2013 erst mit Ablauf der zeitlichen Grenze des § 1 Abs. 5 S. 5 der Anlage 14 zu den AVR von 15 Monaten erlöschen.

Das Landesarbeitsgericht befindet, dass **ein Anspruch nicht besteht**.

- Der weitergehende Urlaubsanspruch der Klägerin von zehn Tagen aus dem Jahr 2013 sei verfallen.

Für das Jahr 2013 seien noch 14 Arbeitstage Urlaub verblieben. Aus dem Jahr 2013 seien lediglich **vier Arbeitstage** des gesetzlichen Mindesturlaubs (20 Arbeitstage abzüglich gewährter 16 Arbeitstage Urlaub) aufgrund der durchgehenden Arbeitsunfähigkeit der Klägerin auf das nachfolgende **Urlaubsjahr 2014** über den 30. April hinaus **übertragen** worden, während der weitergehende Urlaubsanspruch von zehn Urlaubstagen aus dem Jahr 2013 zum 30. April 2014 nach § 1 Abs. 5 S. 6 i.V.m. S. 2 der Anlage 14 zu den AVR **verfallen** ist.

In der Anlage 14 zu den AVR ist geregelt, dass der Erholungsurlaub **spätestens zum Ende des Urlaubsjahres anzutreten** ist (§ 1 Abs. 5 S. 1). Kann der gesetzliche Mindesturlaub **infolge Arbeitsunfähigkeit** nicht angetreten werden, **erlischt dieser Anspruch 15 Monate** nach Ablauf des

Urlaubsjahres (§ 1 Abs. 5 S. 5). Kann der weitergehende Urlaubsanspruch infolge von Arbeitsunfähigkeit nicht angetreten werden, gilt § 1 Abs. 5 Unterabs. 1 S. 2 (§ 1 Abs. 5 S. 6).

Daraus ergibt sich, dass der **weitergehende Urlaubsanspruch - anders als der gesetzliche Mindesturlaub - erlischt**, wenn er - wie hier - infolge von Arbeitsunfähigkeit nicht bis zum 30. April des folgenden Urlaubsjahres angetreten werden kann. Entgegen der Ansicht der Klägerin ist unerheblich, dass der Verfall im Falle eines Nichtantritts des weitergehenden Urlaubsanspruchs bis zum 30. April des folgenden Urlaubsjahres nicht ausdrücklich angeordnet ist. Auch das Bundesurlaubsgesetz ordnet die Rechtsfolge des Verfalls nicht ausdrücklich an. Einer solchen ausdrücklichen Anordnung des Untergangs bedarf es nicht. **Vielmehr entfällt mit Fristende die Erfüllbarkeit des Freistellungsanspruchs.**

Die AVR haben in ihrer Anlage 14 den über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehenden weitergehenden Urlaubsanspruch einem **eigenständigen Fristenregime** unterstellt. Die Vertragsparteien können Urlaubsansprüche, die den durch die Arbeitszeitrichtlinie gewährleisteten und von §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG begründeten Anspruch auf Mindestjahresurlaub von vier Wochen übersteigen, frei regeln. Mithin sind aufgrund des Verfalls des über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehenden weitergehenden Urlaubsanspruchs von zehn Tagen aus dem Jahr 2013 zum 30. April 2014 lediglich vier Tage des gesetzlichen Mindesturlaubs aus dem Jahr 2013 über den 30. April 2014 hinaus übertragen worden.

9. Krankengeldzuschuss in den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes nicht vergessen!

LAG Hamm, Urteil vom 16.11.2016 – 5 Sa 871/16

Bei dem **Krankengeldzuschuss** aus § 22 Absatz 2 S. 1 TVöD handelt es sich um einen gemäß § 24 Absatz 1 S. 1, 2 TVöD **monatlich fällig werdenden Entgeltanspruch** und keine Lohnersatzleistung, so dass eine **Fälligkeit** des Anspruchs jeweils zum **Monatsende** eintritt.

Die **Ausschlussfrist** des § 37 TVöD beginnt, sobald der Anspruchsberechtigte den Anspruch **annähernd beziffern** kann. Die Bezifferung des Anspruchs auf Krankengeldzuschuss ist in der Regel möglich, wenn dem Beschäftigten eine Mitteilung der Krankenkasse über die Höhe des täglichen Krankengeldbezugs vorliegt.

Was ist Gegenstand der Entscheidung?

Die Parteien streiten um den **Verfall** von **Ansprüchen auf Krankengeldzuschuss** gem. § 22 TVöD. Auf das Anstellungsverhältnis des seit 01.02.1991 beschäftigten Klägers finden die Bestimmungen des TVöD Anwendung. Er ist in Entgeltgruppe 9, Stufe 4 eingruppiert. Der Kläger erkrankte mehrere Monate durchgängig arbeitsunfähig, Krankengeld bezog er ab dem 14.08.2014. Mit Schreiben vom 14.07.2015 forderte er die Beklagte zur Zahlung des Krankengeldzuschusses ab dem 14.08.2014 auf, beigefügt hatte er dem Schreiben ein Schreiben der Krankenversicherung mit einer Angabe zur Höhe des Krankengeldes. Die Beklagte gewährte einen Krankengeldzuschuss für den Zeitraum ab 01.01.2015, für davorliegende Zeiträume berief sie sich auf den tariflichen Verfall der Ansprüche.

Die Berufung des Klägers hatte vor dem LAG keinen Erfolg. Der Krankengeldzuschuss gem. § 22 Absatz 2 TVöD sei Teil der Vergütung. Nach Auslegung des Tarifvertrags sei § 22 TVöD in Abschnitt III des Allgemeinen Teils des Tarifvertrags unter dem Oberbegriff „Entgelt im Krankheitsfall“ zu finden. Der Krankengeldzuschuss werde auf den Monat bezogen gezahlt, fällig sei dieser Anspruch am Ende des jeweiligen Monats. Der weitere Anspruch des Klägers aus der Zeit vor 01.01.2015, sei verfallen, § 37 TVöD. Zwar werde ein Anspruch erst dann fällig, wenn er annähernd beziffert werden könne. Der Kläger habe aber bereits am Beginn der Krankengeldleistungen eine hierauf bezogene Bescheinigung erhalten. Aus

dieser habe sich das erhaltene Krankengeld unschwer errechnen lassen. Weiterer Kenntnisse habe es nicht bedurft.

Praxistipp von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Dr. Bert Howald:

Die Krankengeldaufstockung ist in den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes als wichtige Zusatzleistung bei Krankengeldbezug geregelt, der Anspruch setzt in der Regel aber eine bestimmte Beschäftigungsdauer voraus.

So ist in § 22 Abs. 3 TVöD geregelt, dass erst **nach mehr als einjähriger Dienstzeit** ein Krankengeldzuschuss gezahlt wird. Beschäftigte sollten sich darüber informieren, ob sie im **tariflichen/kollektiv-kirchenrechtlichen Bereich** einer solchen Regelung beschäftigt sind und Anspruch auf Krankengeldzuschuss haben. Sie sollten die Bezügeabrechnungen dann entsprechend kontrollieren, um keine Ausschlussfristen zu verpassen. Versäumt der Arbeitgeber die Abrechnung des Krankengeldzuschusses, muss gehandelt werden.

Krankengeldzuschüsse gibt es unter anderem (keine abschließende Aufzählung!) in folgenden Bereichen:

- TVöD / TV-L
- AVR Caritas
- AVR Diakonie Deutschland
- AVR-Wü
- TV Universitätsklinika, z. B. Freiburg, Heidelberg, Tübingen, Ulm

Dr. Bert Howald *
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht

mail: kontakt@gassmann-seidel.de
web: <http://www.gassmann-seidel.de>

GABMANN & SEIDEL

© Anwaltskanzlei Gaßmann & Seidel 2017

* Der Verfasser ist in der Mitgliederrechtsberatung für den DBfK Südwest e. V. tätig.
Die Beiträge geben ausschließlich die persönliche Meinung des Verfassers wieder.