



**Dienstgeberseite  
der Arbeitsrechtlichen Kommission**  
des Deutschen Caritasverbandes e.V.



---

# Dienstgeberbrief Nr. 3/2021

vom 5. Juli 2021

Herausgegeben vom  
**Leitungsausschuss  
der Dienstgeberseite der Arbeitsrechtli-  
chen Kommission des DCV e. V.:**  
Norbert Altmann, Johannes Brumm,  
Andreas Franken, Hans-Josef Haasbach,  
Ingo Morell, Tabea Kölbel und  
Werner Negwer

Redaktion und Kontakt:  
**Geschäftsstelle der Dienstgeberseite  
der Arbeitsrechtlichen Kommission**  
Dreisamstraße 15, 79098 Freiburg  
Telefon (07 61) 200-792, Fax -790  
E-Mail: [info@caritas-dienstgeber.de](mailto:info@caritas-dienstgeber.de)

[www.caritas-dienstgeber.de](http://www.caritas-dienstgeber.de)

## Inhalt

### **Aktuelles aus der politischen Arbeit der DGS**

Arbeitsrechtliche Forderungen der DGS an die Politik S. 2

### **Ökonomische Analyse**

Beschäftigte in der Pflege – Lohnentwicklung seit  
2012: Überdurchschnittlicher Anstieg S. 3

### **Aktuelles aus der Rechtsprechung**

BAG: Betreuung durch entsandte ausländische Be-  
treuungskräfte in Privathaushalten ist mindestlohn-  
pflichtig S. 4

LAG Hamm: Wartezeitkündigung einer Hebamme  
wegen Kirchenaustritts rechtens S. 5

LAG Niedersachsen: Vergütungsstreitigkeiten wegen  
Überstunden – keine Beweislastumkehr zu Lasten  
des Arbeitgebers nach EuGH-Zeiterfassungsurteil S. 6

ArbG Berlin: Keine Entgeltfortzahlung bei Online-At-  
test ohne vorherige Untersuchung S. 7

**Auf Wiedersehen!** S. 8

**Kurz notiert** S. 4

## Arbeitsrechtliche Forderungen der Dienstgeberseite an die Politik

### Kirchliches Arbeitsrecht bewahren – Gleichwertigkeit herstellen

Es soll eine gleichwertige Stellung der kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen zu tarifvertraglichen Regelungen und eine Gleichbehandlung der Entscheidungen der Seiten der Gremien zu den Ergebnissen der tarifvertraglichen Sozialpartner erreicht werden. Beispiele hierfür sind:

- Soweit zwingende gesetzliche Regelungen im Arbeitsrecht Öffnungen für abweichende Regelungen in Tarifverträgen vorsehen, sollten kirchliche Arbeitsrechtsregelungen dem gleichgestellt werden. Dies sollte jedenfalls dann gelten, wenn das Regelwerk der kirchlichen Arbeitsrechtsregelung dem Dienstverhältnis ohne Weiteres zugrunde gelegt wird. Beispiel dafür ist die anderweitige Festlegung von Verlängerungen und Höchstdauern der Befristung ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes nach § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG.
- Ganz besonders ist diese Gleichstellung aber dort zu erwarten, wo ein Tarifvertrag allein den Zugang zu Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet. Das Sozialpartnermodell als Voraussetzung der reinen Beitragszusage nach § 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG kann im kirchlichen Rahmen nicht verwirklicht werden, obwohl die Voraussetzungen durch die hohe Identifikation der Kirchen mit den Modellen der zusätzlichen Altersversorgung mit einer wahrscheinlich höhere Identifikation mit einem kirchlich getragenen Versorgungsträger im kirchlichen Bereich eher gegeben wären als im weltlichen Bereich. Hier müsste dringend eine Gleichstellung für über kirchlich getragene Versorgungsträger durchgeführte Zusagen in Form der reinen Beitragszusage erfolgen. §§ 21ff. BetrAVG müssten entsprechend angepasst werden für eine Versorgung über kirchlich getragene Versorgungsträger.
- Im Nachweisgesetz müssen die kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen ebenfalls den tarifvertraglichen Regelungen gleichgestellt werden, um höhere Nachweisanforderungen zu vermeiden.

### Arbeitsbedingungen verbessern – mehr Flexibilität wagen

- Die coronainduzierte Einführung von Homeoffice hat deren Ambivalenz aufgezeigt. Einerseits hat die Einführung von Homeoffice die Eindämmung des Pandemiegeschehens begünstigt. Andererseits lief sie aber in den Präsenz erfordernden Bereichen wie der Pflege ins Leere. Dort wo sie vom Arbeitsinhalt her

möglich ist, trifft sie häufig auf räumliche Verhältnisse, die für eine Erbringung externer Arbeitsleistung nicht ausgelegt sind. Homeoffice im Sinne einer kurzfristigen Erbringung der Arbeitsleistung von zu Hause aus wird deshalb nur für einige Bereiche des Arbeitslebens und dort auch nur für kürzere Zeiten eine Rolle spielen. Es muss bei der Abgrenzung zur Telearbeit mit ihren klaren Anforderungen an den Arbeitsplatz bleiben. Für beide Formen der Erbringung der Arbeitsleistung von zu Hause aus wäre ein Anspruch kontraproduktiv.

- Den Tarifvertragsparteien und kirchlichen Arbeitsrechtskommissionen steht bei der Ausgestaltung der Arbeitszeitregelungen für Personal in der Behandlung und Pflege von Menschen nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 ArbZG bereits ein erweiterter Rahmen zu. Dieser Rahmen stößt aber wegen der Begrenzung des Ausgleichszeitraums auf 12 Monate (§ 7 Abs. 8 ArbZG) dennoch schnell an Grenzen. Hier wäre, europarechtlich begleitet, eine Erweiterungsoption auf mehr als 12 Monate wünschenswert.
- Gerade in den öffentlich-rechtlich finanzierten Bereichen der Wohlfahrtspflege stehen Mittel für Stellen in den Projektfinanzierungen häufig nur begrenzt und/oder nur unsicher zur Verfügung. Der ohnehin durch die Rechtsprechung schon stark eingeschränkte Sachgrund der haushaltsmäßigen Befristung nach § 14 Abs. 1 Nr. 7 TzBfG steht den Trägern in der Wohlfahrtspflege nicht zur Verfügung. Um ein Ausweichen auf eine Befristung ohne sachlichen Grund zu vermeiden, sollte ein gesonderter Tatbestand für aus Projektmitteln finanzierte Stellen in § 14 Abs. 1 TzBfG als zulässiger Sachgrund aufgenommen werden.
- Nach wie vor schwierig sind Dienstverhältnisse mit kurzfristig anderen Inhalten und (ggf.) auch anderen beteiligten Dienstgebern. Die klassische Situation hierfür ist der Einsatz von Krankenhaus-Personal im Rettungseinsatz. Krankenhausträger und Träger des Rettungsdienstes sind hier i.d.R. nicht identisch. Sollen Zweidienstverhältnisse für den Rettungseinsatz vermieden werden, bedürfte es einer klaren Regelung zur Abgrenzung von Zeitarbeit. § 1 Abs. 3 Nr. 2c AÜG ist dabei nur eine bedingte Hilfe, da zunehmend zumindest in Krankenhausbereichen die stellenden Häuser nicht mehr öffentlich-rechtlich oder kirchlich sind. Hier wäre die gesonderte Aufnahme der Arbeitnehmerüberlassung in den Rettungsdienst als weiterer Ausnahmetatbestand in § 1 Abs. 3 AÜG wünschenswert.

Norbert Altmann und Elke Gundel

## Beschäftigte in der Pflege – Lohnentwicklung seit 2012: Überdurchschnittlicher Anstieg

Nach wie vor wird in der Öffentlichkeit ein überwiegend negatives Bild von den Arbeitsbedingungen in der Pflege gezeichnet. Kritisiert wird dabei auch immer wieder die Höhe der Gehälter. Argumentiert wird in diesem Zusammenhang mit den unterschiedlichsten Zahlen.

Glücklicherweise mehren sich auch Beiträge von Experten, die ein anderes Bild zeichnen. Sowohl das Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) der Bundesagentur für Arbeit (BA) als auch das Statistische Bundesamt (destatis) berichten von einer überdurchschnittlichen Entwicklung der Vergütung von Pflegekräften.

### Aktuelle Zahlen aus der Beschäftigtenstatistik (IAB)

Laut einer aktuellen Studie des IAB, die auf Daten der Beschäftigtenstatistik der BA (SV-Meldungen) basiert, sind die (Median-)Verdienste in der Krankenpflege seit 2012 im Großen und Ganzen entsprechend der allgemeinen Lohnentwicklung gestiegen – in der Altenpflege waren die Steigerungen im gleichen Zeitraum sogar überdurchschnittlich.

Konkret sind die Bruttoentgelte in der Altenpflege seit 2012 um rund 28 Prozent gestiegen (Helfer: +27,6 %; Fachkräfte: +27,8 %). In der Krankenpflege liegt der mittlere Verdienst der Beschäftigten im Jahr 2019 um knapp 20 Prozent über den Werten von 2012 (Helfer: +17,2 Prozent; Fachkräfte: +19,9 %). Im Vergleich dazu ist die Entlohnung aller Vollzeitbeschäftigten zwischen 2012 und 2019 lediglich um 18,3 Prozent angestiegen.

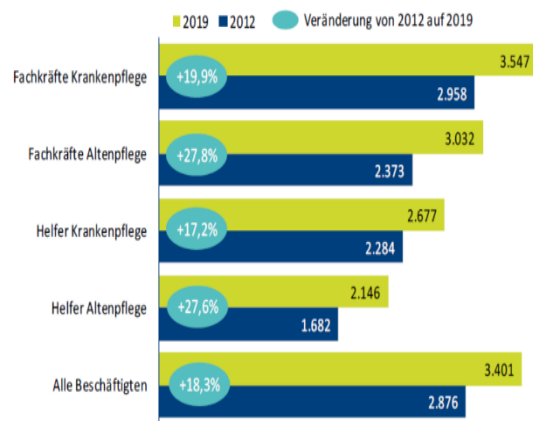
In Euro ausgedrückt bedeutet dies, dass der Medianverdienst von Fachkräften in der Krankenpflege im Jahr 2019 bei durchschnittlich 3.547 Euro liegt. Das ist etwas mehr als der Medianverdienst der Beschäftigten insgesamt mit 3.401 Euro. Für Fachkräfte in der Altenpflege weisen die Zahlen des IAB einen mittleren Verdienst von 3.032 Euro aus (siehe Abbildung 1). Bei der Beurteilung der Pflegeentgelte ist zu berücksichtigen, dass sowohl in der Kranken- als auch in der Altenpflege häufig Zuschläge für Nachtschichten sowie Wochenend- bzw. Feiertagsdienste anfallen, die in den hier präsentierten Entgelten nur zum Teil enthalten sind.

### Aktuelle Zahlen aus der vierteljährlichen Verdiensterhebung (destatis)

Ebenfalls positiv ist das Bild, das in einer Pressemitteilung von destatis zum Tag der Pflege am 12.05.2021 gezeichnet wird. Daraus geht hervor, dass die Gehälter von Fachkräften in

Pflegeheimen im vergangenen Jahrzehnt um fast 40 Prozent – und damit fast doppelt so stark wie der Durchschnitt aller Gehälter – gestiegen sind.

Abbildung 1: Monatliche Bruttoentgelte von Pflegekräften in Deutschland, 2012 und 2019 in Euro bzw. in Prozent



Anmerkung: Bei den Angaben handelt es sich um monatliche Bruttoentgelte von sozialversicherungspflichtig Beschäftigten (in Vollzeit, ohne Auszubildende) im Jahresdurchschnitt, Medianwerte.

Quelle: Beschäftigtenstatistik der Bundesagentur für Arbeit; eigene Berechnungen. ©IAB

Den amtlichen Daten von destatis zufolge sind die Bruttomonatsverdienste von Vollzeitfachkräften in Pflegeheimen in den Jahren 2010 bis 2020 von durchschnittlich 2.426 Euro auf 3.363 Euro im Monat gestiegen – ein Plus von 38,6 Prozent. Dabei handelt es sich um den Mittelwert (und nicht den Median) der Grundgehälter ohne Sonderzahlungen. In der Gesamtwirtschaft erhöhten sich die Durchschnittsverdienste im selben Zeitraum von 2.712 Euro auf 3.286 Euro, was einer Steigerung um 21,2 Prozent entspricht. Krankenpflegekräfte lagen 2020 mit Grundgehältern von durchschnittlich 3.578 Euro in dem Vergleich an der Spitze (plus 32,9 Prozent gegenüber 2010); für Fachkräfte in Alten- und Behindertenwohnheimen gab es Steigerungen von 32,8 Prozent auf 3.291 Euro. Damit haben auch sie das Durchschnittsniveau der Gesamtwirtschaft zumindest knapp überholt.

Die Zahlen von destatis basieren auf der vierteljährlichen Verdiensterhebung. Dabei handelt es sich um eine schriftliche Stichprobenerhebung mit Auskunftspflicht, in der 40.500 Betriebe mit fünf und mehr Beschäftigten befragt werden. Die Zahlen werden gemäß der Klassifikation der Wirtschaftszweige 2008 (WZ 2008) ausgewertet.

### Ausblick

Die aktuellen Zahlen des IAB und von destatis zeigen, dass sich die Entgelte in der Pflege im letzten Jahrzehnt sehr positiv entwickelt haben. Sie sind besser als ihr Ruf. Das erkennen anscheinend auch immer mehr Schulabgänger, die

sich für eine Ausbildung in der Pflege entscheiden. Dies zeigen die trotz der Pandemie im Schuljahr 2020/2021 erneut gestiegenen Zahlen von Auszubildenden in der Pflege, auf die FAZ im Wirtschaftsteil ihrer Ausgabe vom 01.07.2021 verweist. Damit setzt sich der Trend aus dem Schuljahr 2019/2020 fort, in dem die Zahl der Auszubildenden laut einer Meldung des BMFSFJ vom 28.10.2020 bereits um 8,2 Prozent gestiegen war.

Für den Bereich der Caritas ist ergänzend anzumerken, dass die festen Vergütungen in der Alten- und Krankenpflege gleich hoch und mit dem in den Studien ausgewiesenen Niveau für Beschäftigte in der Krankenpflege vergleichbar sind. Einen genauen Überblick über die aktuelle Zusammensetzung und Höhe der Vergütung im Bereich der Caritas liefern die „Faktenblätter Vergütung“, die Sie [hier](#) finden.

Pascal Krimmer

## **BAG: Betreuung durch entsandte ausländische Betreuungskräfte in Privathaushalten ist mindestlohnpflichtig**

*Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 24.06.2021, Az. 5 AZR 505/20*

### **Sachverhalt**

Die bulgarische Klägerin mit bulgarischem Wohnsitz war mit bulgarischem Arbeitsvertrag bei der bulgarischen Beklagten durch ein Deutsches Unternehmen vermittelt im Haushalt einer 90jährigen Person tätig, wo sie auch ein Zimmer in der Wohnung gestellt bekam. Ihre Aufgaben bestanden in Haushaltstätigkeiten, sog. Grundversorgung wie Hilfe bei der Hygiene sowie soziale Aufgaben. Die Arbeitszeit war auf 30 Stunden wöchentlich festgelegt, Samstag und Sonntag sollten arbeitsfrei bleiben. Als Nettovergütung waren 950 Euro monatlich vereinbart. Grundlage war ein Dienstleistungsvertrag zwischen der zu betreuenden Person und der Beklagten, in sich die Beklagte zur Erbringung der Leistungen durch eigenes Personal in der Wohnung der zu betreuenden Person verpflichtete.

Das Arbeitsgericht (ArbG) Berlin hatte der Klägerin eine Bezahlung von 24 Stunden, auf die Berufung der Beklagten das Landesarbeitsgericht (LAG) Berlin-Brandenburg eine Bezahlung von 21 Stunden täglicher Arbeits- und Bereitschaftszeit zugesprochen und dieses auf die Anwendung des Mindestlohngesetzes (MiLoG) gestützt.

### **Entscheidung**

Das BAG bestätigt die Anwendung des MiLoG auf Fälle dieser Art der von dem Vermittlungsunternehmen ausdrücklich lediglich zur Marketingbezeichnung als 24-Stunden-Pflege bezeichneten Art von Tätigkeiten ausländischer entsandter Arbeitnehmer im Privathaushalt. Die Verpflichtung zur Zahlung des deutschen Mindestlohns trifft danach auch ausländische Arbeitgeber. Allerdings hebt das BAG die Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg auf, weil dieses bei der Schätzung

von 21 Stunden Arbeits- und Bereitschaftszeit sowohl die Ausführungen der Beklagten zur vereinbarten Arbeitszeit im Verhältnis zur vereinbarten Arbeitszeit als auch die Ausführungen der Klägerin zu einem Nichtvorliegen von drei freien Stunden nicht ausreichend berücksichtigt hat. Ausdrücklich wird nach der Pressemeldung vom BAG allerdings der Ausgangspunkt der Beschreibung als „25-Stunden-Pflege“ als zutreffend angesehen.

### **Kurz notiert**

#### **Mitgliederwechsel in der BK und in der RK NRW**

**Martin Michel** (St. Franziskus-Stiftung Münster) ist zum 04.07.2021 aus der Bundeskommission sowie aus der Regionalkommission NRW ausgeschieden.

Wir bedanken uns bei Herrn Michel sehr für sein jahrelanges Engagement und die konstruktive Zusammenarbeit und wünschen ihm für seine Zukunft alles Gute.

Auf Herrn Michel folgt in der Regionalkommission NRW **Dr. Bernd Kölling** (St. Franziskus-Stiftung Münster).

Wir heißen Herrn Dr. Kölling ganz herzlich willkommen und freuen uns auf sein Mitwirken.

### **Einordnung**

Der Dienstleistungsvertrag umfasste in erheblichem Umfang hauswirtschaftliche Tätigkeiten, so dass eine Anwendung des Pflegemindestlohns wohl schon allein deswegen hier nicht erfolgte. Mit der Verpflichtung auch ausländischer Arbeitgeber auf den deutschen Mindestlohn ist zu erwarten, dass die vierseitigen Vermittlungsmodelle



von zu pflegender Person, pflegender Person, ausländischem Arbeitgeber und inländischem Vermittler zugunsten unmittelbarer Vertragsverhältnisse ohne Vermittler wegen der zusätzlichen Kosten zurückgehen werden.

Die umfassende Bedeutung der Entscheidung auch für andere Modelle einer Pflege in der eigenen Privatwohnung liegt aber in der Beurteilung der Zeiten jenseits der unmittelbaren Tätigkeit als Bereitschaftszeit und damit nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) als zu bezahlende Arbeitszeit. Hierzu finden sich in der derzeit allein vorliegenden Pressemeldung des BAG noch keine konkreten Hinweise. Allerdings wurde die Bezeichnung als „24-Stunden-Pflege“ bereits als ein maßgeblicher Hinweis benannt.

Gerade für Modelle, in denen unmittelbare Anstellungsverträge zwischen zu pflegender und pflegender Person getroffen werden, wird diese Abgrenzung der Bereitschaftszeit von Freizeit der wesentliche Punkt werden. Sollte, was sich abzeichnet, sich aus den Gründen der Entscheidung des BAG eine weitgehende Einordnung als

Bereitschaftszeit ergeben, würde eine unter pflegerischen Gesichtspunkten wünschenswerte Pflege in der eigenen Wohnung künftig nicht mehr leistbar sein. Hier wird ein politisches Handeln schon deshalb erforderlich werden, weil gerade bei den bestehenden unmittelbaren Verträgen eine Anwendung des Mindestlohns von vielen zu pflegenden Personen nicht zu leisten wäre. Eine aus der Pflegebedürftigkeit resultierende Privatin solvenz der zu pflegenden Personen wird sich niemand wünschen.

Es bleiben die Entscheidungsgründe des BAG und die auf ihrer Basis erfolgende Entscheidung des LAG mit Spannung abzuwarten.

Die Pressemeldung 16/21 des BAG finden Sie [hier](#).

Die (aufgehobene) Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg finden Sie [hier](#).

Helge Martin Krollmann

## LAG Hamm: Wartezeitkündigung einer Hebamme wegen Kirchenaustritt rechters

*Landesarbeitsgericht (LAG) Hamm, Urteil vom 24.09.2020, Az. 18 Sa 210/20*

### Sachverhalt

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Wartezeitkündigung. Die dem Deutschen Caritasverband angeschlossene beklagte Dienstgeberin betreibt ein Krankenhaus, indem die Klägerin zunächst bis Mitte 2014 als angestellte Hebamme arbeitete. Im September 2014 trat die Klägerin aus der Katholischen Kirche aus.

Anfang 2019 führten die Parteien ein Gespräch zur Neueinstellung der Klägerin, in dem die Zugehörigkeit der Klägerin zur Katholischen Kirche nicht thematisiert wurde. Der Klägerin wurden anschließend jedoch der Dienstvertrag sowie ein Personalbogen übersandt, der auch Angaben zur Frage des Kirchenaustritts vorsah. Die Klägerin überreichte der Beklagten Anfang April 2019 den unterzeichneten Dienstvertrag sowie den ausgefüllten Personalbogen, in dem ihr Kirchenaustritt angegeben war. In der Folge trat sie ihren Dienst an. Nach Feststellung des Austritts und Ausbleiben des Wiedereintritts kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis.

Die Klägerin argumentierte, dass die Kündigung sie wegen ihrer fehlenden Zugehörigkeit zur Katholischen Kirche unrechtmäßig benachteilige.

Zudem stelle nur der Austritt von Mitarbeitenden einen Verstoß gegen Loyalitätsobliegenheiten dar; sie sei jedoch vor Abschluss des Arbeitsvertrags ausgetreten. Außerdem beschäftige die Beklagte auch konfessionslose Hebammen. Die Beklagte entgegnete, dass die Klägerin auf Grund ihrer bewussten Abkehr von der Katholischen Kirche für die Tätigkeit einer Hebamme in ihrem Krankenhaus nicht geeignet sei. Hätte sie vom Kirchenaustritt der Klägerin gewusst, wäre diese nicht eingestellt worden.

### Entscheidung

Das LAG Hamm hat die Kündigung als wirksam bestätigt. Die Kündigung benachteilige die Klägerin zwar unmittelbar wegen der Religion, sie sei jedoch gerechtfertigt (§ 9 Abs. 1 Var. 2 AGG). Unter Beachtung des Selbstverständnisses der Kirche stelle es eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung dar, die Ausübung der Tätigkeit einer Hebamme davon abhängig zu machen, dass ein Austritt aus der Katholischen Kirche nicht erfolgt ist. Die Verkündigung des Evangeliums im Sinne der verfassten Kirche könnte von solchen Mitarbeitern nicht erwartet werden.

Dass die Beklagte auch konfessionslose Hebammen beschäftige, ändere an dieser Bewertung nichts. Eine Gleichsetzung dieser Fälle gehe fehl:

Während konfessionslose Hebammen, die nicht Mitglied der Katholischen Kirche sind, dieser lediglich gleichgültig gegenüberstünden, lehnte die Klägerin die verfasste Kirche ab, was sich aus ihrem Austritt erbe.

Die Kündigung sei nicht treuwidrig (§ 242 BGB). Die Beklagte habe ihr Recht zur Wartezeitkündigung nicht dadurch verwirkt, dass sie im Einstellungsgespräch nicht nach der Kirchenmitgliedschaft der Klägerin gefragt hat. Durch die Übersendung des Personalfragebogens mit entsprechender Fragestellung habe die Beklagte die arbeitgeberseitigen Loyalitätsobliegenheiten vor Abschluss des Dienstvertrages erfüllt (Art. 3 Abs. 1 Satz 2, Abs. 5 Grundordnung des kirchlichen Dienstes).

### Einordnung

Nach der Grundordnung des kirchlichen Dienstes (GrO) ist eine Person, die aus der Katholischen Kirche ausgetreten ist, für keinen Dienst in der Kirche geeignet (Art. 3 Abs. 4 GrO). In der Folge wird der Austritt des Mitarbeitenden aus der Katholischen Kirche als schwerwiegender Verstoß gegen die Loyalitätsobliegenheiten gewertet (Art. 5 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a) GrO).

Staatliche Gerichte sind vor dem Hintergrund des grundgesetzlich verbürgten kirchlichen Selbstbestimmungsrechts bis zu einem gewissen Grad an die kirchliche Einschätzung arbeitsvertraglicher Loyalitätspflichten wie der vorliegenden gebunden. Der vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) hierzu im Fall *Egenberger* postulierte (weite) Prüfmaßstab für staatliche Gerichte wird vom LAG Hamm in der vorliegenden Entscheidung muster-gültig angewendet. Das Gericht stellt dabei fest, dass ein Dienstgeber Abschied davon nehmen müsste, den Sendungsauftrag der Kirche durch karitatives Wirken im Bereich der Krankenbehandlung und -pflege zu verwirklichen, wenn er verpflichtet wäre, Mitarbeitende zu beschäftigen, die sich von der Katholischen Kirche lossagen.

Am Ende steht die überzeugende Wertung des Nichtvorliegens eines Austritts aus der Katholischen Kirche als gerechtfertigte berufliche Anforderung. Gegen das Urteil ist Revision zum Bundesarbeitsgericht (BAG) eingelegt (Az. 2 AZR 130/21). Der höchstrichterlichen Entscheidung ist mit Spannung entgegenzusehen.

Das Urteil des LAG Hamm finden Sie [hier](#).

Marcel Bieniek

## LAG Niedersachsen: Vergütungsstreitigkeiten wegen Überstunden – keine Beweislastumkehr zu Lasten des Arbeitgebers nach EuGH-Zeiterfassungsurteil

*Landesarbeitsgericht (LAG) Niedersachsen, Urteil vom 06.05.2021, Az. 5 Sa 1292/20*

### Sachverhalt

Das LAG Niedersachsen hatte über die Berufung gegen ein Teilurteil des Arbeitsgerichts (ArbG) Emden (ArbG Emden, Urteil vom 09.11.2020, Az. 2 Ca 399/18) zu entscheiden.

Geklagt hatte ein Arbeitnehmer, der bis 30.09.2019 als Auslieferungsfahrer bei der Beklagten gearbeitet hatte. Der Kläger machte Überstundenvergütung für einen Zeitraum von 1,5 Jahren auf Basis von der Beklagten erstellter technischer Zeitaufzeichnungen geltend. Ob diese Aufzeichnungen zur Erfassung der vergütungspflichtigen Arbeitszeit erstellt worden waren, war zwischen den Parteien streitig.

Das ArbG Emden hatte der Klage insoweit stattgegeben und zur Begründung ausgeführt, die Beklagte sei in europarechtskonformer Auslegung des § 618 BGB zur Erfassung und Kontrolle der Arbeitszeiten des Klägers verpflichtet gewesen. Da sie dieser Verpflichtung nach ihrem eigenen

Vortrag nicht nachgekommen sei, reichten die vorgelegten technischen Aufzeichnungen als Indiz für die geleistete Arbeitszeit aus. Diese Indizien habe die Beklagte nicht – z. B. durch Darlegung von Pausenzeiten – entkräften können.

### Entscheidung

Diese Auffassung teilte das LAG Niedersachsen nicht. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 14.05.2019 (Az. C-55/18) hat keine Aussagekraft für die Darlegungs- und Beweislast im Überstundenprozess im Hinblick auf die Frage der Anordnung, Duldung oder Betriebsnotwendigkeit von Überstunden. Dem EuGH kommt keine Kompetenz zur Entscheidung über Fragen der Vergütung zu. Dies ergibt sich aus Art. 153 AEUV. Die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Überstundenvergütung habe der Kläger daher nicht dargelegt.

### Einordnung

Mit der Entscheidung vom 14.05.2019 erklärte der EuGH, dass die Arbeitszeitrichtlinie einer Regelung entgegenstehe, die nach ihrer Auslegung

durch die nationalen Gerichte die Arbeitgeber nicht verpflichtet, ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann. Arbeitszeiten von Arbeitnehmern müssen in allen Mitgliedstaaten der EU systematisch erfasst werden, um grundlegende Arbeitnehmerrechte zu schützen. Es geht dabei aber um Arbeitsschutz, Sicherheit und die Gesundheit der Arbeitnehmer, wie das LAG Niedersachsen unter Verweis auf Art. 153 AEUV zutreffend anmerkt.

Aus Dienstgebersicht ist diese Klarstellung und die damit verbundene Aussage, dass es bei Vergütungsstreitigkeiten wegen Überstunden gerade nicht zu einer Umkehr der Beweislast kommt, wie

viele nach dem EuGH Urteil befürchtet hatten, sehr zu begrüßen.

Allerdings darf nun mit Spannung die Entscheidung des Bundearbeitsgerichts (BAG) erwartet werden – wenn es denn dazu kommt. Das LAG Niedersachsen hat jedenfalls die Revision zugelassen. Die Umsetzung der Entscheidung des EuGH in nationales Recht steht auch noch aus. Wie der Gesetzgeber mit dieser Herausforderung umgeht, darf ebenfalls mit Spannung erwartet werden.

Die Pressemitteilung des LAG Niedersachsen finden Sie [hier](#).

Marc Riede

## ArbG Berlin: Keine Entgeltfortzahlung bei Online-Attest ohne vorherige Untersuchung

*Arbeitsgericht (ArbG) Berlin, Urteil vom 01.04.2021, Az. 42 Ca 16289/20*

### Sachverhalt

Die Parteien streiten über Ansprüche auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Der Kläger, der bei der Beklagten als Sicherheitsmitarbeiter beschäftigt war, übermittelte der Beklagten von einer Gynäkologin ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen (AU-Bescheinigung). Die Gynäkologin stellte die AU-Bescheinigungen anhand der vom Kläger online auf der Internetseite [www.auschein.de](http://www.auschein.de) getätigten Angaben aus. Dabei fand weder ein persönlicher noch ein telefonischer Kontakt zwischen der Gynäkologin und dem Kläger statt.

Die Website ermöglicht gegen Zahlung einer Gebühr den Erhalt von AU-Bescheinigungen ausschließlich im Wege der Fernbehandlung. Nutzer der Website können zunächst eine von zwölf Grunderkrankungen auswählen und anschließend verschiedene vorformulierte Fragen – insbesondere zu Symptomen – beantworten. Der Nutzer kann dazu zwischen vorgegebenen Antwortmöglichkeiten und Symptomen auswählen. Die ärztliche Anamnese beruht im Regelfall ausschließlich auf diesen Angaben des Nutzers. Führen die Antworten nicht zu einer plausiblen Diagnose, wird der Nutzer darauf hingewiesen, dass er den Dienst nicht nutzen kann. Anschließend kann der Vorgang jedoch beliebig oft wiederholt werden, ohne dass zuvor gegebene Antworten Berücksichtigung finden.

Der Kläger machte für die in den AU-Bescheinigungen benannten Zeiträume

Ansprüche auf Entgeltfortzahlung geltend. Diese lehnte die Beklagte ab: Die AU-Bescheinigungen seien nur durch einen Online-Arzt erfolgt. Sie zweifle daher an der Arbeitsunfähigkeit (AU). Der Beweiswert der AU-Bescheinigungen sei erschüttert, da sie online ausgestellt wurden und keine ärztliche Untersuchung vorausging.

### Entscheidung

Das ArbG Berlin hat entschieden, dass der Kläger keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung wegen AU hat (§ 3 Entgeltfortzahlungsgesetz). Das Gericht begründet dies damit, dass die vom Kläger vorgelegten AU-Bescheinigungen nicht für den Beweis seiner AU geeignet seien. Es handelt sich bei den vorgelegten Bescheinigungen nicht um ordnungsgemäß ausgestellte AU-Bescheinigungen im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG), da die Gynäkologin den Kläger weder persönlich noch telefonisch untersucht habe. Nach dem BAG ist es für die Ordnungsmäßigkeit der AU-Bescheinigung jedoch gerade Voraussetzung, dass der Ausstellung eine Untersuchung vorausgegangen ist oder auf Grund einer Patientenbeziehung eine Ferndiagnose stattgefunden hat. (BAG, Urteil vom 11.08.1976, Az. 5 AZR 422/75).

Eine andere Wertung folgt auch nicht aus den derzeit geltenden Sonderregelungen zur telefonischen Krankschreibung anlässlich der Corona-Pandemie. Die Sonderregelung verdeutlicht vielmehr, dass nicht einmal in der derzeitigen pandemischen Ausnahmesituation ein geringerer persönlicher Kontakt als ein Telefonat zulässig sein soll.

Der Kläger hat den Beweis seiner AU auch nicht auf andere Weise führen können. Bei der Benennung von Zeugen durch den Kläger zum Beleg dafür, dass er in den entsprechenden Zeiträumen „erkrankt“ war, handelt es sich um einen unzulässigen Beweisantritt, da unklar bleibt, welche Symptome die Zeugen wann wahrgenommen haben und entsprechend bekunden können. Zudem ergibt sich aus einer Erkrankung keineswegs zugleich eine AU (unzulässiger Ausforschungsbe-weisantritt).

### Einordnung

Die Entscheidung ist beachtenswert, da es sich um die erste arbeitsgerichtliche Befassung mit der Thematik „Umgang mit AU-Bescheinigungen von Onlinediensten“ handelt. Das ArbG Berlin hat unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BAG zutreffend entschieden, dass mit einer AU-Bescheinigung, der keine persönliche – wenn auch nur telefonische – Untersuchung des

Mitarbeitenden vorausgegangen ist, nicht der Beweis der AU geführt werden kann. Das ArbG Berlin formuliert in seiner Entscheidung klar die Mindestvoraussetzungen für eine beweiskräftige AU-Bescheinigung, die sowohl in der derzeitigen Corona-Pandemie als auch in der Zeit nach dieser gelten.

Für Dienstgeber bleibt die Frage, wie festgestellt werden kann, dass es sich bei einer AU-Bescheinigung um eine von einem Onlinedienst ausgestellte Bescheinigung handelt. Indizien hierfür können das Fehlen einer Vertragsarzt Nummer auf der Bescheinigung oder eine große Entfernung zwischen dem Wohnort oder Arbeitsort des Mitarbeitenden und dem Ort der Praxis des ausstellenden Arztes sein.

Das Urteil des ArbG Berlin finden Sie [hier](#).

Marcel Bieniek

### Auf Wiedersehen!

*„Der Abschied von einer langen und schweren Arbeit ist immer mehr traurig als erfreulich.“*  
(Schiller an Goethe, 27. Juni 1796).

Der Abschied fällt schwerer als gedacht; obwohl ab September neue, sehr interessante Herausforderungen warten.

Ziemlich genau dreizehn Jahre habe ich die Dienstgeberseite der AK Caritas in verschiedenen Positionen begleitet und beraten, mit ihr gelitten, um Positionen gerungen und mich mit ihr v.a. über erzielte Ergebnisse gefreut. Die Tätigkeit war für mich stets lehrreich und spannend, wenn auch gelegentlich anstrengend.

Die Geschäftsstelle ist flügge geworden. Zeit, weiterzuziehen.

Meinem Nachfolger als Geschäftsführer in der Geschäftsstelle der Dienstgeberseite, Herrn Dr. Balders, wünsche ich alles Gute und viel Erfolg.

Doch möchte ich nicht vergessen, Ihnen Allen mein herzliches Dankeschön zu sagen. Die vielen menschlichen Begegnungen, der gute Austausch – v.a. aber auch der inhaltliche Diskurs – mit verantwortlichen Akteurinnen und Akteuren im verfasst-kirchlichen wie im Caritasbereich haben mich stets weitergebracht.

Machen Sie es gut und bleiben Sie dem kirchlichen Arbeitsrecht wohlgesonnen!

Ihre  
Elke Gundel

Der Dienstgeberbrief wird von den Dienstgebervertreter(inne)n im Leitungsausschuss der Arbeitsrechtlichen Kommission (AK) des DCV weitergeführt, um insbesondere den Dienstgebern eine zeitnahe Information über aktuelle Geschehnisse in der AK zu geben. Aus diesem Anliegen resultiert, dass der Dienstgeberbrief kein zeitlich regelmäßiges Erscheinungsdatum hat, sondern nach Sitzungen der AK erscheint sowie im Bedarfsfall auch zwischen diesen Sitzungen mit Berichten aus den Gremien der AK oder aktuellen Beiträgen.

Für Anregungen, Diskussionsbeiträge aber auch Kritik sind wir nicht nur offen, sondern wünschen uns dies, da wir den Dienstgeberbrief als Kommunikationsmedium verstehen.

Die Redaktion