



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



---

# Dienstgeberbrief Nr. 4/2021

vom 1. September 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 Gesetzgebung**

Beschluss des Bundeskabinetts vom 01.09.2021:  
Verlängerung und Ergänzung der Corona-ArbSchV S. 2

Änderungen des Bundeselterngeld- und Elternzeit-  
gesetzes zum 01.09.2021 S. 3

### **Ökonomische Analyse**

Aktuelle Zahlen aus dem Bereich der Alten- und  
Krankenpflege S. 4

### **Aktuelles aus der Rechtsprechung**

BAG: Ärztlicher Hintergrunddienst stellt vergütungs-  
rechtlich Rufbereitschaft dar S. 5

BAG: Betriebsrechtliche Einstandspflicht begründet  
keine Gesamtschuld von Versorgungsträger und Ar-  
beitgeber S. 6

LAG Hamm: Achtung bei der Berechnung der Kündi-  
gungsfrist – Arbeitgeber bleibt an zu lang gewählter  
Frist gebunden S. 7

ArbG Köln: Kündigung eines Maskenverweigerers  
bei mangelhaftem Attest rechtens S. 8

## **Beschluss des Bundeskabinetts zur Verlängerung und Ergänzung der Corona-Arbeitsschutzverordnung vom 01.09.2021**

Das Bundeskabinett hat am 01.09.2021 beschlossen, dass die Corona-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV) an die Dauer der epidemischen Lage gekoppelt und somit bis einschließlich 24.11.2021 verlängert wird.

### **Neue Pflichten für Arbeitgeber**

Darüber hinaus wurde beschlossen, dass die Corona-ArbSchV um Regelungen ergänzt wird, nach denen Arbeitgeber verpflichtet sind, Beschäftigte über die Risiken einer COVID-19-Erkrankung und bestehende Möglichkeiten einer Impfung zu informieren, die Betriebsärzte bei betrieblichen Impfangeboten zu unterstützen sowie Beschäftigte zur Wahrnehmung von Impfangeboten freizustellen.

Diese Ergänzungen treten zum 10.09.2021 in Kraft.

### **Grundlegende Regelungen bleiben bestehen**

Die in der geltenden Corona-ArbSchV vorgesehenen grundlegenden Regelungen zum Arbeitsschutz gelten weiterhin. So bleiben Arbeitgeber u.a. verpflichtet, in ihren Betrieben mindestens zweimal pro Woche für alle Mitarbeitenden in Präsenz die Möglichkeit für Schnell- oder Selbsttests anzubieten.

Die Verordnung sieht hiervon Ausnahmen für den Fall vor, dass der Arbeitgeber durch andere geeignete Schutzmaßnahmen einen gleichwertigen Schutz der Mitarbeitenden sicherstellen oder einen bestehenden gleichwertigen Schutz nachweisen kann (§ 4 Abs. 2 Corona-ArbSchV). Dies gilt nach dem Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) zur Änderung der CoronaArbSchV auch weiterhin.

Ebenso verhält es sich mit dem Mund-Nase-Schutz: Arbeitgeber müssen mindestens medizinische Gesichtsmasken zur Verfügung stellen, wo andere Maßnahmen keinen ausreichenden Schutz gewähren. Die Gefährdungsbeurteilung ist hierfür maßgebend.

Um betriebsbedingte Kontakte zu verringern und die gleichzeitige Nutzung von Räumen durch mehrere Personen zu vermeiden, soll weiterhin von Homeoffice Gebrauch gemacht werden. Klar ist jedoch, dass die Regelungen zur Kontaktreduktion im Betrieb keinen Anspruch auf ein Angebot, von zu Hause aus zu arbeiten, begründen.

Nach der Pressemitteilung des BMAS zur Verlängerung und Ergänzung der Corona-ArbSchV vom 01.09.2021 sowie nach dem Referentenentwurf ändert sich an diesem Umstand nichts.

Weiterhin sind betriebliche Hygienepläne zu erstellen und zu aktualisieren, umzusetzen sowie in geeigneter Weise zugänglich zu machen.

### **Keine Regelungen zu Auskunftsrecht zum Impfstatus des Mitarbeitenden**

Nach der Pressemitteilung des BMAS dürfen Arbeitgeber nach der ergänzten Corona-ArbSchV den Impf- oder Genesungsstatus der Mitarbeitenden bei der Festlegung der erforderlichen Schutzmaßnahmen berücksichtigen. Eine entsprechende Auskunftsspflicht der Mitarbeitenden besteht jedoch nicht. Demnach wird die Corona-ArbSchV nicht um Regelungen zum Auskunftsrecht zum Impfstatus des Mitarbeitenden ergänzt.

Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass für medizinische Einrichtungen bereits ein Fragerecht nach dem Impfstatus gesetzlich geregelt ist (§ 23a Satz1 IfSG).

Die Rechtslage außerhalb medizinischer Einrichtungen ist hingegen nicht abschließend geklärt. Für ein Auskunftsrecht streiten in diesen Fällen die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers für seine Mitarbeitenden (§ 618 BGB, §§ 3f. ArbSchG) sowie der allgemeine Schutzgedanke des § 23a IfSG. Mit diesen Argumenten ist das Auskunftsrecht zum Impfstatus zumindest für Bereiche anzunehmen, in denen Kontakt zu besonders vulnerablen Personen besteht.

Klarheit hinsichtlich des Auskunftsrechts besteht hingegen im Zusammenhang mit Entschädigungen nach § 56 Abs. 1 IfSG. Nach Angaben des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG) ist es Arbeitgebern datenschutzrechtlich gestattet, im Zusammenhang mit der Auszahlung der Entschädigung nach § 56 IfSG Informationen zum Impfstatus von den betroffenen Mitarbeitenden einzuholen.

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

Die geltende CoronaArbSchV finden Sie [hier](#).

Den Referentenentwurf des BAMS zur Änderung der CoronaArbSchV finden Sie [hier](#).

Marcel Bieniek

## Änderungen des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes zum 01.09.2021

Bereits am 12.02.2021 hat der Bundesrat das Zweite Gesetz zur Änderung des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes (BEEG) gebilligt. Wegen der Umsetzung in den Ländern treten die Änderungen jedoch erst zum 01.09.2021 in Kraft.

### Änderungen können zu häufigerer Inanspruchnahme von Elternzeit führen

Das Gesetz sieht einige verwaltungstechnische Erleichterungen bei der Beantragung von Elterngeld vor. Sie werden zusätzlich zu den noch zu nennenden inhaltlichen Änderungen zu einer einfacheren und damit tendenziell häufigeren Inanspruchnahme von Elternzeit führen. Demgegenüber wird sich bei den Einrichtungen und Diensten der Caritas die Absenkung der Höchstehemgrenze für Verheiratete (§ 1 Abs. 8 BEEG) von 500.000 EUR auf 300.000 EUR eher weniger auswirken – zumal es bei der Höchstgrenze von 250.000 EUR einer einzelnen berechtigten Person verbleibt. Das Gesetz strebt eine verstärkte Inanspruchnahme der Elternzeit durch Väter an. Verschiedene Faktoren sollen dies fördern.

### Ausweitung der Möglichkeit von Teilzeitarbeit neben Elternzeit und Elterngeld

Maßgebliches Element ist die Verbreiterung der Möglichkeit der Teilzeitarbeit neben der Inanspruchnahme von Elternzeit und dem Bezug von Elterngeld. Die bisherige Grenze von 30 Wochenstunden für Teilzeitarbeit wird auf 32 Wochenstunden im Durchschnitt eines Monats angehoben (§ 15 Abs. 4 S. 1 BEEG). Damit nähert sich die Grenze der Vollarbeitszeit an und ermöglicht eine 4-Tage-Woche. Im Rahmen der redaktionell besser verständlichen Neufassung der §§ 4ff. BEEG (Basiselterngeld, ElterngeldPlus und Partnerbonus) werden bezüglich des Partnerbonus die Grenzen der Teilzeitarbeit, in denen beide Elternteile zur Inanspruchnahme des Partnerbonus im Lebensmonat des Kindes gearbeitet haben müssen, von bislang 25 bis 30 Wochenstunden im Monatsdurchschnitt auf 24 bis 32 Wochenstunden im Monatsdurchschnitt erweitert (§ 4b BEEG n.F.). Dies vereinfacht die Möglichkeit der Teilzeitarbeit für beide Elternteile. Es verbleibt allerdings bei der Regelung, dass höchstens je Elternteil vier Partnerschaftsboni und dass sie nur gleichzeitig von beiden Elternteilen und in aufeinanderfolgenden Lebensmonaten des Kindes bezogen werden können.

Wie bisher besteht bei einer Erwerbsminderung eines Elternteils für zwei Lebensmonate des Kindes ein gemeinsamer Anspruch der Eltern auf zwei weitere Monate Basiselterngeld (Partnermonate, § 4 Abs. 3 BEEG n.F.).

### Erhöhung des gemeinsamen Anspruchs auf Basiselterngeld

Neu aufgenommen wurden eine Erhöhung des gemeinsamen Anspruchs auf Basiselterngeld, wenn das Kind vor dem erwarteten Entbindungstermin geboren wird. Es beträgt bei mindestens sechs Wochen früherer Geburt 13 Monatsbeträge, bei mindestens acht Wochen 14 Monatsbeträge, bei mindestens zwölf Wochen 15 Monatsbeträge und bei mindestens 16 Wochen 16 Monatsbeträge. Die entsprechenden Grenzen der Inanspruchnahme durch einen Elternteil sind entsprechend angepasst (§ 4 Abs. 5 BEEG n.F.) Damit wird die Bezugsmöglichkeit hinsichtlich des Endzeitpunkts so gestellt, als ob die Entbindung zum erwarteten Zeitpunkt erfolgt wäre.

### Wichtige Grundregeln bleiben unverändert

Dies betrifft zunächst die Mindestdauer der Inanspruchnahme durch jeweils einen Elternteil, die zwei Monate beträgt. Ebenfalls verbleibt es bei den Fristen für die Inanspruchnahme der Elternzeit für Arbeitnehmer. Für den Zeitraum bis zum vollendeten dritten Lebensjahr des Kindes sind es sieben Wochen. Dabei ist zu erklären, für welche Zeiträume innerhalb von zwei Jahren Elternzeit genommen werden soll (§ 16 Abs. 1 BEEG). Zwischen dem dritten und dem achten Lebensjahr sind es 13 Wochen, hier gilt die Erklärungspflicht nicht. Jeder Elternteil kann die Elternzeit auf drei Abschnitte verteilen, wobei der Arbeitgeber bei einer Lage des dritten Abschnittes im Zeitraum zwischen dem dritten und dem achten Lebensjahr innerhalb von acht Wochen aus dringenden betrieblichen Gründen widersprechen kann. Bei einer Elternzeit mit einer Verringerung der Arbeitszeit dürfen dem keine dringenden betrieblichen Gründe entgegenstehen (§ 15 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BEEG).

### Einordnung

Im Ergebnis werden die Neuregelungen zwar zu einem stärkeren Prüfungsaufwand beim Dienstgeber führen, ob betriebliche Gründe der Elternzeit insbesondere bei einem Teilzeitverlangen entgegenstehen. Insoweit verbleibt es aber dabei, dass letztlich eine Elternzeit im Konsensprinzip ausgehandelt werden sollte. Anzuraten bleibt dabei, die Gründe einer Ablehnung vollständig schriftlich zu nennen, um eine Präklusion von Ablehnungsgründen zu vermeiden.

Helge Martin Krollmann

## Aktuelle Zahlen aus dem Bereich der Alten und Krankenpflege

In diesem Artikel werden Kernaussagen aus Antworten der Bundesregierung (Drucksachen 19/31969 vom 10.08.2021 und 19/32064 vom 19.08.2021) auf zwei kleine Anfragen (Drucksachen 19/31361 und 19/31663) zusammengefasst und an einzelnen Stellen um Zahlen zum Bereich der Caritas ergänzt.

Dazu werden insbesondere auch Daten aus der aktuellen Befragungsrunde zum Caritaspanel 2020 ergänzt. Die erste Anfrage betrifft die Fragestellung nach der aktuellen Zahl der Beschäftigten in der Alten- und Krankenpflege sowie der Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses. In der zweiten Anfrage geht es um die Entlohnung in der Alten- und Krankenpflege. Die Drucksachen des Deutschen Bundestages finden Sie [hier](#).

### **Beschäftigungsstatistik 2020 – Zahl der Beschäftigten sowie Anteil von Voll- und Teilzeitbeschäftigten**

Grundlage für die Beantwortung der Fragen zu den Beschäftigten in der Alten- und Krankenpflege ist die Beschäftigungsstatistik der Bundesagentur für Arbeit, die nach Berufsgruppen aufgliedert ist. Die Aufteilung folgt der Klassifikation der Berufe 2010 (KldB 2010), die aktuell noch eine trennscharfe Unterscheidung zwischen Alten- und Krankenpflege ermöglicht. Spätestens ab 2022, wenn die ersten Absolventen der neuen generalistischen Ausbildungsgänge zur Pflegefachfrau / zum Pflegefachmann eine Beschäftigung aufnehmen, wird diese Differenzierung zunehmend schwieriger.

Derzeit lassen sich gemäß der KldB 2010 noch die beiden Berufshauptgruppen „813 – Gesundheits- und Krankenpflege“ unterscheiden. In der Berufshauptgruppe „813 – Gesundheits- und Krankenpflege“ waren zum Stichtag 31.12.2020 rund 1,15 Millionen Personen sozialversicherungspflichtig beschäftigt. Davon waren rund 57 Prozent in Vollzeit und 43 Prozent in Teilzeit tätig. In der Berufshauptgruppe „821 – Altenpflege“ waren rund 629.000 Personen sozialversicherungspflichtig beschäftigt, davon rund 45 Prozent in Vollzeit und 55 Prozent in Teilzeit.

Da in der Beschäftigungsstatistik lediglich zwischen Vollzeit und Teilzeit unterschieden wird, sind keine Aussagen zum Beschäftigungsumfang der Teilzeitbeschäftigten möglich. Unter diese Kategorie fallen also grundsätzlich alle Beschäftigten mit weniger als 100 Prozent Beschäftigungsumfang. In der arbeitswissenschaftlichen Literatur spielen in den letzten Jahren jedoch immer stärker die vollzeitnahen Beschäftigungsumfänge, die

sich im Bereich zwischen klassischer Vollzeit und atypischer Teilzeit bewegen, eine wichtige Rolle. Dabei wird Vollzeithäufigkeit meist mit Wochenarbeitszeiten ab ca. 30 Stunden assoziiert. Attraktiv ist eine vollzeitnahe Beschäftigung vor allem unter dem Aspekt der besseren Vereinbarkeit von beruflichen und privaten Verpflichtungen bei relativ geringen Einkommenseinbußen.

### **Caritaspanel 2020 – Beschäftigungsumfänge im Bereich der Caritas**

Im Rahmen des Caritaspanels werden Beschäftigungsumfänge zwischen 75 und unter 100 Prozent einer Vollzeitstelle als vollzeitnah bestimmt und für die Hilfebereiche der Caritas ausgewertet. Allerdings ist an dieser Stelle keine Unterscheidung nach Berufsgruppen möglich, so dass in den hier ausgewiesenen Zahlen neben Pflegekräften auch sämtliche anderen Beschäftigten in den jeweiligen Hilfebereichen mitberücksichtigt werden.

Für die Alten- und Gesundheitshilfe als wichtige Hilfebereiche der Caritas liefert das Caritaspanel 2020 folgende Zahlen: In der Altenhilfe sind demnach 55 Prozent der Beschäftigten in Vollzeit oder vollzeitnah beschäftigt. Knapp 30 Prozent arbeiten mit einem Beschäftigungsumfang von 100 Prozent. Bei den Rechtsträgern der Gesundheitshilfe haben sogar mehr als zwei Drittel (69 Prozent) der dort Beschäftigten einen Beschäftigungsumfang von mindestens 75 Prozent. Insgesamt 52 Prozent des Personals sind hier in einer Vollzeittätigkeit aktiv.

### **Entgeltstatistik 2020 – Entlohnung in der Alten- und Krankenpflege**

Als Grundlage für die Beantwortung der Fragen zur Entlohnung wird auf die auch im Entgeltatlas der Bundesagentur für Arbeit verwendeten mittleren Bruttomonatsentgelte (Median) zurückgegriffen, die ebenfalls Teil der Beschäftigungsstatistik sind. Demnach erzielten sozialversicherungspflichtig Vollzeitbeschäftigte der Kerngruppe in Berufen der Berufsgruppe 813 „Gesundheits- und Krankenpflege, Rettungsdienst und Geburtshilfe“ der KldB 2010 im Jahr 2020 ein Medianentgelt in Höhe von 3.610 Euro. Das Medianentgelt sozialversicherungspflichtiger Vollzeitbeschäftigter der Kerngruppe in der Berufsgruppe 821 „Altenpflege“ der KldB 2010 betrug im Jahr 2020 2.912 Euro.

In diesen Medianentgelten sind alle sozialversicherungspflichtigen Vergütungsbestandteile von sämtlichen Beschäftigten enthalten, die der jeweiligen Kerngruppe zugeordnet werden. Dazu gehören neben Fach- und Hilfskräften auch



Leitungskräfte. Darüber hinaus wird auch an dieser Stelle – wie schon im Dienstgeberbrief Nr. 3/2021 vom 05.07.2021 im Artikel zur Lohnentwicklung in der Pflege seit 2012 – der grundsätzlich positive Trend bei der Entwicklung der Löhne und Gehälter in der Alten- und Krankenpflege bestätigt.

#### **Aktuelle Zahlen für den Bereich der Caritas**

Für den Bereich der Caritas gilt, dass die festen Vergütungen in der Alten- und Krankenpflege gleich hoch sind. Allerdings können für den Bereich der Caritas leider keine entsprechenden Medianentgelte bestimmt werden. Für eine grobe Einordnung können Vergütungen von Pflegehilfs- und examinierten Pflegefachkräften herangezogen werden. Im Jahr 2020 lag die Vergütung von Pflegehilfskräften ohne Ausbildung bereits

zwischen rund 2.500 Euro und 2.800 Euro pro Monat. Examinierte Fachkräfte verdienten 2020 zwischen rund 3.000 und 4.000 Euro pro Monat.

Einen genauen Überblick über die aktuelle Zusammensetzung und Höhe der Vergütung im Bereich der Caritas liefern die „Faktenblätter Vergütung“, die Sie [hier](#) finden.

Für die Jahre 2021 und 2022 sind darüber hinaus neben linearen Steigerungen von 3,2 bis 4,4 Prozent auch neue Zulagen für den Pflegedienst beschlossen worden. Zusammen führt dies z.B. im Bereich der Altenhilfe bis 2022 zu Steigerungen von insgesamt 5,7 bis 10,3 Prozent (im Durchschnitt 8,5 Prozent).

Dr. Pascal Krimmer

## **BAG: Ärztlicher Hintergrunddienst stellt vergütungsrechtlich Rufbereitschaft dar**

*Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 25.03.2021, Az. 6 AZR 264/20*

#### **Sachverhalt**

Die Parteien streiten über die Vergütung von ärztlichem Hintergrunddienst als Rufbereitschaft oder Bereitschaftsdienst. Der klagende Oberarzt leistet im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses, auf das der TV-Ärzte/TdL Anwendung findet, außerhalb seiner regelmäßigen Arbeitszeit Hintergrunddienste, welche als Rufbereitschaft angeordnet werden. Während dieser Zeit ist er verpflichtet, telefonisch erreichbar zu sein. Weitere ausdrückliche Vorgaben hinsichtlich des Aufenthaltsortes oder der Zeitspanne, innerhalb derer er die Arbeit im Klinikum aufzunehmen hat, macht die Beklagte nicht.

Im Rahmen des Hintergrunddienstes kann es sowohl zu Einsätzen des Klägers im Klinikum als auch zu rein telefonischen Inanspruchnahmen kommen, wobei Letztere überwiegen. Dabei hat der Kläger auch mögliche Organtransplantationsangebote zu bearbeiten. Die Beklagte vergütet die Hintergrunddienste gemäß § 9 Abs. 1 TV-Ärzte/TdL als Rufbereitschaft. Der Kläger begehrte weitere Vergütung. Er stützte sich darauf, dass die Hintergrunddienste auf Grund der von ihm hinzunehmenden Beschränkungen als Bereitschaftsdienst nach § 9 Abs. 2 TV-Ärzte/TdL zu vergüten seien.

#### **Entscheidung**

Das BAG hat die Einordnung des Hintergrunddienstes als Rufbereitschaft bestätigt. Einzige tarifliche Tatbestandsvoraussetzung für die

Qualifizierung als Rufbereitschaft sei, dass der Arbeitnehmer seinen Aufenthaltsort im Rahmen der durch den Zweck der Rufbereitschaft vorgegebenen Grenzen frei wählen kann. Dabei stehen mittelbare Einschränkungen des Aufenthaltsortes dem Vorliegen von Rufbereitschaft nicht zwangsläufig entgegen. Die Eingrenzung der freien Wahl des Aufenthaltsortes und damit einhergehend der Möglichkeiten zur Gestaltung der Zeit der Rufbereitschaft sei gerade ein Wesensmerkmal dieses Dienstes.

Rufbereitschaft stehe es auch nicht entgegen, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung telefonisch sofort bei Abruf erbringt. Mit dieser Verpflichtung gehe keine räumliche Aufenthaltsbeschränkung einher, die über die sich bereits aus dem Wesen der telefonischen Rufbereitschaft ergebenden Beschränkungen hinausginge. Auch die unter Umständen zeitnahe Fortsetzung der Arbeit im Klinikum stehe im Einklang mit der Rufbereitschaft.

Der vorgenannten Einordnung der Hintergrunddienste stehe zudem nicht entgegen, dass im vorliegenden Fall die Beklagte die Hintergrunddienste aus tariflicher Sicht nicht als Rufbereitschaft hätte anordnen dürfen. Tariflich dürfe Rufbereitschaft nur angeordnet werden, wenn erfahrungsgemäß lediglich in Ausnahmefällen Arbeit anfällt (§ 7 Abs. 6 Satz 2 TV-Ärzte/TdL). Dies sei vorliegend nicht der Fall gewesen. Der Kläger habe dennoch keinen Anspruch auf Vergütung der Hintergrunddienste als Bereitschaftsdienst, da die Anordnungsbefugnis nach dem Willen der Tarifvertragsparteien kein Tatbestandsmerkmal für die vergütungsrechtliche Einordnung eines

Dienstes als Rufbereitschaft oder Bereitschaftsdienst sei. Die tarifwidrig angeordnete Rufbereitschaft wandle sich daher nicht automatisch in Bereitschaftsdienst um.

Die Tarifvertragsparteien hätten sich bewusst dazu entschieden, für den Fall einer tarifwidrigen Anordnung von Rufbereitschaft keine Vergütungsregelung zu treffen. Den Arbeitsgerichten sei die Schließung einer solchen Lücke vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich geschützten Tarifautonomie versagt.

### Einordnung

Das Urteil ist zu begrüßen, da es bezogen auf die einschlägigen Normen im TV-Ärzte/TdL ein klares, praxistaugliches Kriterium zur Abgrenzung von Rufbereitschaft und Bereitschaftsdienst benennt – am Beispiel des ärztlichen Hintergrunddienstes. Diese sind in Krankenhäusern gängige Praxis.

Anhand der vom BAG benannten Maßgaben kann passgenau überprüft werden, ob die durch den Dienstgeber angeordneten Beschränkungen für Dienste ein Ausmaß erreichen, das einer Aufenthaltsbeschränkung gleichkommt, was zur Folge hat, dass solche Dienste als Bereitschaftsdienst zu qualifizieren sind. Die ärztlichen Hintergrunddienste sind vor diesem Hintergrund als Rufbereitschaft einzuordnen. Der Umstand, dass es finanziell bei der Vergütung für Rufbereitschaft bleibt, auch wenn diese tarifwidrig angeordnet ist, reduziert für Dienstgeber das finanzielle Risiko.

Auf die einschlägigen Regelungen in den AVR ist das Urteil 1:1 übertragbar, da diese mit den entsprechenden Regelungen im TV-Ärzte/TdL identisch sind (§ 6 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 8 Satz 1 Anlage 30 AVR).

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

Marcel Bieniek

## BAG: Betriebsrechtliche Einstandspflicht begründet keine Gesamtschuld von Versorgungsträger und Arbeitgeber

*Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 13.07.2021, Az. 3 AZR 298/20*

### Sachverhalt

Der nach Bescheid der DRV voll erwerbsgeminderte Kläger war nach längerer Erkrankung unmittelbar nach Erhalt des Bescheids der DRV aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden. Der Arbeitgeber hatte im Rahmen von Versorgungszusagen bei zwei (Firmen-)Pensionskassen auch Leistungen bei Dienstunfähigkeit zugesagt. Die Bedingungen beider Pensionskassen sahen als Voraussetzung der Leistung eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor. Beide Pensionskassen leisten ab dem Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Mit seiner Klage macht der Kläger Versorgungsleitungen für den Zeitraum vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend. Dabei verklagt er neben den beiden Pensionskassen auch jeweils den Arbeitgeber als Gesamtschuldner auf Leistung.

### Entscheidung

Das BAG hat die Klage gegen den Arbeitgeber abgewiesen. § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG führt im Regelfall nicht zu einer Gesamtschuld i.S.v. §§ 421ff. BGB. Mit der Regelung des § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG habe der Gesetzgeber die ständige Rechtsprechung des BAG aufgenommen,

die zwischen der arbeitsrechtlichen Grundverpflichtung (des Arbeitgebers) und den Durchführungswegen unterscheidet. Wird die Versorgung nicht auf dem vorgesehenen (externen) Durchführungsweg erbracht, besteht die Einstandspflicht des Arbeitgebers aus der Grundverpflichtung, die sich auf Erfüllung richtet (Verschaffungsanspruch). Sie zielt also auf eine Lückenschließung zwischen der Versorgungszusage selbst und etwaigen Abweichungen durch den externen Versorgungsträger und eben nicht auf eine parallele Leistungsverpflichtung als Gesamtschuldner. Anders als bei der Unterstützungskasse als externem Versorgungsträger besteht bei Pensionskassen auch keine Tilgungsgemeinschaft oder eine Unwirksamkeit der Versorgungsregelung wegen Verstoßes gegen Diskriminierungsverbote.

Auch die Klage gegen die Pensionskassen wurde zurückgewiesen. Allerdings stellt das BAG fest, dass die AVB eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 BGB darstellen, als der Bezug einer Dienstunfähigkeitsrente von der Beendigung des Dienstverhältnisses abhängig gemacht wird. Das BAG erkennt zwar ein Interesse des Dienstgebers an, bei einem Anspruch im laufenden Arbeitsverhältnis ggf. entstehende Doppelansprüche beispielsweise aus Urlaubsansprüchen zu vermeiden. Es stellt aber dagegen, dass mit der Entscheidung, zur Anspruchswahrung das Arbeitsverhältnis beenden zu müssen, dem

Arbeitnehmer eine spätere Wiederaufnahme verwehrt würde. Das BAG hat aber im Sinne einer ergänzenden Vertragsauslegung die Klausel dahingehend angewandt, dass die Dienstunfähigkeitsrente rückwirkend für die Dauer eines Zeitraums gewährt wird, um den sich die positive Entscheidung (des Versorgungsträgers) zur Rentengewährung um mehr als zwei Monate verzögert und dies nicht in der Sphäre des Arbeitnehmers liegt. Da hier schnell entschieden wurde, entfiel auch dieser Anspruch.

### Einordnung

Die informativ lesenswerte Entscheidung zeigt noch einmal die Grundsätze auf, die nach der Rechtsprechung des BAG zur betriebsrentenrechtlichen Einstandspflicht des Arbeitgebers bei externen Durchführungswegen nach §1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG gelten. Sie stellt klar, dass bei

Fragestellungen zum Inhalt der Versorgungsregelung zunächst der Versorgungsträger als Schuldner anzugehen ist. Erst wenn dessen Nicht-Leistung feststeht, kommt eine ebenfalls singuläre Inanspruchnahme des Arbeitgebers in Betracht. Folgen wird man dem BAG im Ergebnis auch bei der Beurteilung der Frage, ob ein Ausschluss von Invaliditätsleistungen vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine unangemessene Benachteiligung darstellt. Hier wird für den Fall eines solchen Ausschlusses noch zu prüfen sein, ob ein Wiedereinstellungsanspruch im arbeitsrechtlichen Grundverhältnis nicht zu einer anderen Entscheidung führt. Ein solcher war im einschlägigen Tarifwerk hier aber nicht gegeben.

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

Helge Martin Krollmann

## LAG Hamm: Achtung bei der Berechnung der Kündigungsfrist – Arbeitgeber bleibt an zu lang gewählter Frist gebunden

*Landesarbeitsgericht (LAG) Hamm, Urteil vom 16.06.2021, Az. 10 Sa 122/21*

### Sachverhalt

Das LAG Hamm hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem eine private Arbeitgeberin ihre Haushaltshilfe fristlos, hilfsweise ordentlich gekündigt hat, weil sie ihre Angestellte verdächtigte, diverse Wertgegenstände gestohlen zu haben. Das Kündigungsschreiben vom 14.02.2020 hatte folgenden Wortlaut: „Hiermit kündige ich das zwischen uns bestehende Arbeitsverhältnis außerordentlich und fristlos, hilfsweise fristgerecht zum nächstmöglichen Termin, das ist der 30. April 2020.“ Tatsächlich hätte die Arbeitgeberin aber bereits zum 15.03.2020 ordentlich kündigen können, da die verlängerten Kündigungsfristen des § 622a BGB in Privathaushalten nicht angewendet werden.

### Entscheidung

Das LAG Hamm hat entschieden, dass, wenn der Arbeitgeber fristlos, hilfsweise fristgerecht zum nächstmöglichen Termin kündigt und für diesen ein konkretes Datum mit versehentlich zu lang gewählter Kündigungsfrist benennt, er daran gebunden bleibt. Das gilt selbst dann, wenn erkennbar und nachvollziehbar ist, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis schnellstmöglich beenden will. Der Arbeitgeber verlangte eine Umdeutung auf den frühestmöglichen Zeitpunkt. Nach Auffassung der privaten Arbeitgeberin ist dies der 15.03.2020, weil sie ihren Willen zur

frühestmöglichen Kündigung in dem Kündigungsschreiben eindeutig zum Ausdruck gebracht habe. Hätte sie nur fristlos gekündigt, wäre das Arbeitsverhältnis in eine ordentliche Kündigung bereits zum 15.03.2020 umgedeutet worden. Dies bedeute eine ungerechtfertigte Schlechterstellung gegenüber Arbeitgebern, die allein fristlos kündigen. Dieser Argumentation folgte das LAG Hamm jedoch nicht.

### Einordnung

Die Entscheidung des LAG Hamm ist zutreffend. Bei einer Kündigung muss der Arbeitnehmer erkennen können, wann das Arbeitsverhältnis beendet sein soll. Grundsätzlich ist auch eine ordentliche Kündigung zum „nächstmöglichen Termin“ nach der Rechtsprechung des BAG zwar möglich, wenn die geltenden gesetzlichen Kündigungsfristen erläutert werden (AZ: 6 AZR 805/11; Urteil vom 20.06.2013). Wenn sich der Arbeitgeber jedoch für die Benennung eines konkreten Termins entscheidet, liegt die Richtigkeit der Fristenberechnung in seiner Risikosphäre. Der gekündigte Arbeitnehmer kann nach den Grundsätzen von Treu und Glauben „vernünftigerweise“ von diesem konkret benannten Termin ausgehen. Die konkrete Datumsangabe kann nicht einfach ausgeblendet werden, so auch das LAG.

Die Entscheidung des LAG Hamm finden Sie [hier](#).

Marc Riede

## ArbG Köln: Kündigung eines Maskenverweigerers bei mangelhaftem Attest rechtens

Arbeitsgericht (ArbG) Köln, Urteil vom 17.06.2021, Az. 12 Ca 450/21

### Sachverhalt

Die Parteien streiten um den Bestand des Arbeitsverhältnisses angesichts einer Kündigung wegen Nichttragens eines Mund-Nasen-Schutzes (Maske). Der Kläger ist bei der Beklagten als Servicetechniker im Außendienst beschäftigt. Nachdem die Beklagte auf Grund der Corona-Pandemie die Anweisung erteilt hatte, beim Kunden eine Maske zu tragen, verweigerte der Kläger dies. In der Folge reichte der Kläger der Beklagten unter dem Betreff „Rotzlappenbefreiung“ ein ärztliches Attest ein, nach dem es dem Kläger „aus medizinischen Gründen unzumutbar sei, eine nicht-medizinische Alltagsmaske oder eine vergleichbare Mund-Nasen-Bedeckung ... zu tragen.“ Angaben zu Gründen der Diagnose enthielt das Attest nicht. Die Beklagte erkannte das Attest mangels konkreter nachvollziehbarer Angaben nicht an.

Nachdem der Kläger sich weiter geweigert und einen angebotenen Kundentermin abgelehnt hatte, mahnte die Beklagte den Kläger ab. Der Kläger machte in einem Schreiben an die Beklagte Ausführungen zum Anlass seiner Gesundheitsbeeinträchtigungen. Bei einem erneuten Einsatzangebot teilte der Kläger mit, dass er den Termin nur durchführen werde, wenn er keine Maske tragen müsse. Sodann kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich und hilfsweise ordentlich. Hiergegen wendet sich der Kläger: Die Ausnahme von der Verpflichtung zum Tragen einer Maske sei ausreichend durch das vorgelegte Attest belegt. Die Beklagte verweist darauf, dass die Eigenbeurteilung des Klägers nicht geeignet sei, die Ausnahme zur Tragepflicht zu begründen. Ihr sei es zudem vor dem Hintergrund von Haftungsrisiken und drohender finanzieller Nachteile nicht zumutbar, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortzusetzen.

### Entscheidung

Das ArbG Köln hat entschieden, dass die außerordentliche Kündigung wirksam war. Der Kläger habe mit seiner beharrlichen Weigerung, bei Kunden eine Maske zu tragen, wiederholt gegen seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen verstoßen. Dabei wurden die durch das Nichttragen verbundenen Risiken während einer Pandemiehochphase für den Kläger selbst sowie für die Kunden unterstellt. Das vorgelegte Attest scheidet als Rechtfertigung aus, da es u.a. keinerlei Begründung enthalte, auf Grund welcher gesundheitlicher Gründe das Tragen einer Maske für den

Kläger nicht möglich bzw. zumutbar sein soll. Ein derartiges Attest sei nicht hinreichend aussagekräftig und zur Glaubhaftmachung gesundheitlicher Gründe, die eine Befreiung von der Maskenpflicht rechtfertigen, nicht ausreichend. Für eine Glaubhaftmachung bedürfe es ärztlicher Bescheinigungen, die konkrete und nachvollziehbare Angaben enthalten. Die Eigendiagnose des Klägers könne die notwendige ärztliche Begründung nicht ersetzen.

Zudem bestünden Zweifel an der Ernsthaftigkeit der behaupteten medizinischen Einschränkungen, da der Kläger den Mund-Nasen-Schutz als Rotzlappen bezeichnet habe und dem Angebot einer betriebsärztlichen Untersuchung nicht nachgekommen sei.

### Einordnung

Die Entscheidung ist aus Dienstgebersicht zu begrüßen, da in praxistauglicher Weise konkretisiert wird, wann Atteste zur Befreiung von der Pflicht, eine Maske zu tragen, hinreichend aussagekräftig sind. Nämlich nur dann, wenn sie auch die konkrete Diagnose eines Krankheitsbildes enthalten. Diese Anforderung kann einen wesentlichen Beitrag dazu leisten, dass angeordnete Maskenpflichten nicht durch Gefälligkeitsatteste unterlaufen und dadurch in ihrer Wirksamkeit geschmälert werden.

Die Entscheidung stellt weiter klar: Weigern sich Mitarbeitende beharrlich, der gesetzlichen oder vom Arbeitgeber vor dem Hintergrund seiner Fürsorge- und Schutzpflicht angeordneten Pflicht zum Tragen einer Maske – z.B. aktuell nach § 2 Abs. 2 Corona-ArbSchV – Folge zu leisten, und können diese deshalb ihren Tätigkeiten nicht nachgehen, verletzen sie ihre arbeitsvertraglichen Pflichten. Dienstgeber sind dann berechtigt, nach Abmahnung (außerordentlich) zu kündigen, sofern ein hinreichend aussagekräftiges Attest zur Befreiung von der Maskenpflicht nicht vorliegt.

Gegen das Urteil ist Berufung beim LAG Köln eingelegt (Az. 8 Sa 429/21). In einem ähnlich gelagerten Fall hat das ArbG Siegburg auf Grund fehlender konkreter und nachvollziehbarer Angaben im Attest eine Befreiung von der Maskenpflicht ebenfalls abgelehnt. Das LAG Köln hat die Entscheidung des ArbG Siegburg bestätigt (Az. 2 SaGa 1/21).

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

Marcel Bieniek



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