

# Kurz kommentiert

## Nebentätigkeit

Der Arbeitgeber hat die Aufgabe, die ambulante, medizinische und psychotherapeutische Versorgung der Einwohner im Gebiet Nordrhein sicherzustellen und die Interessen der Ärzte gegenüber den Krankenkassen zu vertreten. Der Kläger ist bei der Beklagten als Niederlassungsberater beschäftigt. Er berät in seinem örtlichen Zuständigkeitsbereich Ärzte und Psychotherapeuten u. a. bei der Existenzgründung oder bei der Übernahme von Praxen. Auf das Arbeitsverhältnis findet der Tarifvertrag für den Öffentlichen Dienst (TV-L) Anwendung. Der Kläger informierte die Beklagte über die Aufnahme einer Nebentätigkeit im Umfang von sechs Stunden wöchentlich in der Praxis seiner Lebensgefährtin (Dermatologin), die „allgemeine Bürotätigkeiten“ umfassen sollte. Die Praxis befindet sich nicht im Zuständigkeitsbereich des Klägers. Die Beklagte untersagte die Nebentätigkeit und berief sich dabei auf § 3 Abs. 4 Satz 2 TV-L. Dieser bestimmt: „Nebentätigkeiten gegen Entgelt haben die Beschäftigten ihrem Arbeitgeber rechtzeitig vorher schriftlich anzuzeigen. Der Arbeitgeber kann die Nebentätigkeit untersagen oder mit Auflagen versehen, wenn diese geeignet ist, die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten der Beschäftigten oder berechnete Interessen des Arbeitgebers zu beeinträchtigen.“ Der Kläger begehrt die Erteilung der Nebentätigkeitsgenehmigung.

Damit hatte er auch in der Berufung vor dem LAG Düsseldorf (Urt. v. 29.11.2018 – 11 Sa 603/18) keinen Erfolg. Für die Frage der Beeinträchtigung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers ist anders als beim Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) keine Prognoseentscheidung anzustellen. Dies folgt aus der unterschiedlichen Formulierung des § 11 BAT, wonach eine Nebentätigkeit nur versagt werden darf, wenn nicht „zu besorgen“ ist, dass ein berechtigtes Interesse entgegensteht. In § 3 Abs. 4 Satz 2 TV-L ist bereits ausreichend, wenn die Nebentätigkeit zur Beeinträchtigung berechtigter Interessen „geeignet ist“. Dabei ist der Begriff der berechtigten Interessen weit zu verstehen. Maßgeblich sind alle Umstände, die für den Bestand und die Verwirklichung der Ziele des Arbeitgebers von Bedeutung sein können. Die berechtigten Interessen sind bereits dann beeinträchtigt, wenn sich die Nebentätigkeit negativ auf die Wahrnehmung des Arbeitgebers in der Öffentlichkeit auswirkt. Irrelevant ist dabei, ob dies wahrscheinlich ist. Ausreichend ist bereits, dass dies nicht auszuschließen ist. Das LAG sieht ein berechtigtes Interesse darin, gegenüber den Mitgliedern der Beklagten und der Öffentlichkeit

jeden Anschein der Parteilichkeit zu vermeiden. Sowohl jeder beteiligte als auch jeder nicht beteiligte Arzt kann die Neutralität des Klägers anzweifeln, wenn er von der Tätigkeit des Klägers für ein anderes Mitglied der Beklagten erfährt. Es ist aus deren Sicht nicht auszuschließen, dass der Kläger seine fachlichen Kenntnisse, die er bei der Beklagten erworben hat, im Interesse seiner Lebensgefährtin einsetzt. Das LAG ließ die Revision zu.

## AU-Bescheinigungen

Ein Mitarbeiter der beklagten Arbeitgeberin war über einen die Entgeltfortzahlung überschreitenden Zeitraum fortlaufend krankheitsbedingt arbeitsunfähig. Für die Dauer von mehr als sechs Monaten legte der Arbeitnehmer regelmäßig und anstandslos Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vor. Später weigerte er sich hartnäckig, weitere Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorzulegen. Daraufhin wies ihn die Arbeitgeberin mehrfach schriftlich und sogar zweimal in Form einer Abmahnung darauf hin, dass sie erwarte, dass er seiner Vorlagepflicht nachkomme. Schließlich kündigte die Beklagte dem Arbeitnehmer verhaltensbedingt ordentlich. Gegen diese Kündigung wandte sich der Kläger gerichtlich.

Das LAG Köln (Urt. v. 16.08.2018 – 7 Sa 793/17, rk.) stellte im Ausgangspunkt zunächst fest, dass der Kläger zur Vorlage weiterer ärztlicher Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen über den Entgeltfortzahlungszeitraum hinaus gesetzlich, tarifvertraglich und arbeitsvertraglich verpflichtet war. Die Pflicht zur Vorlage ergibt sich nach herrschender Ansicht in der Rechtsprechung und Literatur bereits direkt aus § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG. Dieser lässt nämlich keine zeitliche Einschränkung der Vorlagepflicht erkennen. Darüber hinaus ergab sich die Pflicht auch aus Tarifvertrag. Dieser ordnete ebenfalls ohne zeitliche Beschränkung an: „Folgebescheinigungen sind unverzüglich vorzulegen“. Spätestens nach dem mehrmaligen Hinweis der Arbeitgeberin, dass sie die Vorlage erwarte, wäre der Kläger gehalten gewesen, die Bescheinigung vorzulegen. Das LAG sah die Nichtvorlage daher grundsätzlich als geeignet an, die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen. Aufgrund einer Besonderheit des Falles befand das LAG die Kündigung aber dennoch als nicht verhältnismäßig. Der Arbeitgeberin war nämlich durch Tarifvertrag die Befugnis eingeräumt, den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers mittels Anordnung einer betriebsärztlichen Untersuchung nachzu-

prüfen und so dessen krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit festzustellen. Von dieser Befugnis wurde aber kein Gebrauch gemacht und damit gegen den Kündigungsschutzrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen.

## Verfallklausel

Im Herbst 2018 entschied das BAG (Urt. v. 18.9.2018 – 9 AZR 162/18, AuA 5/19, S. 313), dass arbeitsvertragliche Verfallklauseln, die den gesetzlichen Mindestlohn entgegen § 3 Satz 1 MiLoG aus ihrem Anwendungsbereich nicht ausnehmen, wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) insgesamt unwirksam sind. Eine solche Klausel stellt die Rechtslage unzutreffend und deshalb irreführend dar. Dies wurde jedenfalls für den Fall entschieden, dass der Arbeitsvertrag nach dem 31.12.2014 geschlossen wurde. Offen ließ das BAG, wie Verfallklauseln in Altverträgen oder Verträgen, vor Geltung des Mindestlohns am 1.5.2015 aber nach Inkrafttreten des MiLoG am 16.8.2014, zu beurteilen sind. Im jetzt vom LAG Berlin-Brandenburg (Urt. v. 4.10.2018 – 14 Sa 552/18) entschiedenen Fall handelte es sich um eine Verfallklausel in einem Arbeitsvertrag aus dem Jahr 2011. Unter der Überschrift „Ausschlussfristen“ war geregelt: „(1) Die Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis sind innerhalb von sechs Monaten nach Fälligkeit, spätestens jedoch innerhalb von drei Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses schriftlich geltend zu machen. Ansprüche, die nicht innerhalb dieser Frist geltend gemacht werden, sind verwirkt. (2) Bleibt die Geltendmachung erfolglos, so muss der Anspruch innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach schriftlicher Ablehnung durch die Gegenpartei eingeklagt werden, andernfalls ist er ebenfalls verwirkt.“

Das LAG hält eine Verfallklausel, die ohne Einschränkung auch den gesetzlichen Mindestlohn umfasst, (nur) für teilweise nichtig, wenn der Arbeitsvertrag vor dem 1.1.2015 geschlossen wurde. Die Verfallklausel erfasst demnach die Ansprüche aus dem MiLoG nicht. § 3 Satz 1 MiLoG ermöglicht eine sog. geltungserhaltende Reduktion von Verfallklauseln. Dabei wird die Klausel durch eine enge Auslegung auf das noch wirksame Maß reduziert, so dass sie im Rahmen des rechtlich Zulässigen ihre Wirksamkeit behält. Dies begründet das LAG mit dem Gesetzeswortlaut, wonach mindestlohnwidrige Abreden nur „insoweit“ unwirksam sind, als dass sie den Anspruch auf den Mindestlohn auch tatsächlich beschränken. Das LAG verweist insoweit zudem auf die Rechtsprechung des BAG zu Verfallklauseln, die sich auch auf die an sich nicht beschränkbare Vorsatzhaftung des Arbeitgebers erstrecken. Auch das BAG nimmt (nur) eine Teilnichtigkeit der Klausel an. Unter dem Az. 5 AZR 583/18 ist die Revision dort anhängig.

## Yoga-Kurs

Der Kläger ist in Berlin bei der Beklagten als System- und Qualitätsmanager beschäftigt. Er beantragte bei der Beklagten einen einwöchigen Bildungsurlaub und beabsichtigte, einen von der Volkshochschule angebotenen Kurs „Yoga I – erfolgreich und entspannt im Beruf mit Yoga und Meditation“ zu besuchen. Das Kursziel war laut Beschreibung der „Stressabbau und Konfliktbewältigung durch bewusste Annahme und Verarbeitung der stressauslösenden Faktoren“. Der Antrag auf Bildungsurlaub wurde abgelehnt. Das LAG Berlin-Brandenburg entschied (Urt. v. 11.4.2019 – 10 Sa 2076/18, rk.), dass ein Yoga-Kurs unter bestimmten Voraussetzungen Bildungsurlaub rechtfertigen kann. Nach Berliner Landesrecht haben Arbeitnehmer einen Anspruch auf Freistellung von der Arbeit für die Teilnahme an anerkannten Bildungsveranstaltungen (Bildungsurlaub), § 1 BiUrlG. Eine solche Regelung findet sich nicht in allen Bundesländern. Entgegen dem Gesetzeswortlaut genügt es, wenn die Veranstaltung entweder der politischen oder der beruflichen Weiterbildung dient. Die berufliche Weiterbildung soll die berufliche Qualifikation erhalten, verbessern oder erweitern und die Kenntnis gesellschaftlicher und betrieblicher Zusammenhänge vermitteln. Dies hat das LAG hier angenommen. Angesichts der Gesetzesmaterialien muss von einem weiten Begriff der beruflichen Weiterbildung ausgegangen werden. Da viele Beschäftigte über zunehmenden Stress und Arbeitsdruck, Schlafstörungen und Erschöpfung klagen, dient die Bewältigung dieser Belastungsfaktoren der Verbesserung und Erweiterung der beruflichen Qualifikation. Der Kurs vermittelt auch Kenntnisse von gesellschaftlichen bzw. betrieblichen Zusammenhängen. Denn nur wenn die stressauslösenden Faktoren im Kontext ihrer Entstehung und ihrer Wirkung gesehen werden, kann es zu ihrer Verarbeitung kommen.

## Arbeitnehmereigenschaft

Der Kläger ist ein selbstständiger Künstler. Er war als Nachtwache bei der Beklagten, die ein Wohnprojekt für obdachlose alkoholranke Männer betreibt, beschäftigt. Er konnte sich die Nachtdienste aussuchen, indem er sich selbst in die in der Betriebsstätte aufgehängten Dienstpläne eintrug. In den vergangenen Jahren leistete er monatlich drei Nachtwachen in der Zeit von 21 bis 6 Uhr und erhielt dafür jeweils ein „Honorar“, dessen Erhalt er quittierte. Als der Urlaub einer anderen Nachtwache bevorstand, teilte die Beklagte den Beschäftigten unter der Überschrift „liebe Kolleginnen und Kollegen!“ Folgendes mit: „Zusatz für unsere Nachtwachen: Steffi ist ab ... in Urlaub. Deshalb gibt es viele freie Termine (...). Ich bitte in Euch zu gehen und die fehlenden Zeiten zu besetzen. Selbstverständ-

lich werden die Stunden dann zusätzlich bezahlt. Ich danke Euch schon mal für den Einsatz recht herzlich ...“.

Der Kläger meinte, er sei Arbeitnehmer und verlangte die Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns. Das ArbG Berlin gab ihm insoweit Recht. In zweiter Instanz wies das LAG Berlin-Brandenburg (Urt. v. 6.12.2018 – 14 Sa 1501/18, rk.) die Klage allerdings ab. Dazu führt es aus, dass der Kläger nicht weisungsgebunden bei der Beklagten beschäftigt war. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Es entspricht aber gerade nicht dem Wesen eines Arbeitsvertrags, wenn ein Mitarbeiter frei entscheiden kann, ob und für wann er sich in Dienstpläne einträgt und erst dann zur Leistung der Dienste verpflichtet ist, wenn er sich eingetragen hat. Weiter spricht auch die Bitte der Beklagten, die freien Termine zu besetzen, gegen eine Arbeitnehmereigenschaft. Sonst hätte sie ihn zur Urlaubsvertretung anweisen können. Unerheblich ist insofern auch, dass die Dienstzeit und der Ort der Leistung vorgeschrieben waren. Denn die vereinbarte Tätigkeit bestand gerade darin, während der Nachtzeit die Obdachlosen zu betreuen. Ist ein Mitarbeiter wegen der Art der Tätigkeit darauf angewiesen, im Betrieb des Auftraggebers zu arbeiten, führt dies und eine dadurch bedingte örtliche Beschränkung bei der Ausübung der Tätigkeit für sich allein nicht zur persönlichen Abhängigkeit im Sinne einer Arbeitnehmerschaft.

## Altersfreizeit

Der Kläger war bei der Beklagten mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 30 Stunden beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis fand der zwischen dem Bundesarbeitgeberverband Chemie und der Industriegewerkschaft Bergbau Chemie Energie geschlossene Manteltarifvertrag (nachfolgend MTV) Anwendung. Dieser enthielt u. a. folgende Regelungen: „§ 2 Regelmäßige Arbeitszeit: Die regelmäßige tarifliche Arbeitszeit an Werktagen beträgt ausschließlich der Pausen 37,5 Stunden. Für einzelne Arbeitnehmergruppen (...) kann eine bis zu 2,5 Stunden längere oder kürzere Arbeitszeit festgelegt werden. § 2a Altersfreizeiten: Arbeitnehmer, die das 57. Lebensjahr vollendet haben, erhalten eine 2,5-stündige Altersfreizeit je Woche. Soweit für Arbeitnehmer (...) eine um bis zu 2,5 Stunden kürzere wöchentliche Arbeitszeit als regelmäßige tarifliche Arbeitszeit gilt, vermindert sich die Arbeitszeit entsprechend. Liegt die Arbeitszeit um 2,5 Stunden oder mehr unter der tariflichen Arbeitszeit, entfällt die Altersfreizeit.“ Die Parteien stritten um die Gewährung von Altersfreizeit. Das LAG Düsseldorf (Urt. v. 23.1.2019 – 12 Sa 615/18) entschied, dass die Regelung in § 2a MTV wegen einer unzulässigen Ungleichbehandlung von vollzeit- und teilzeitbeschäftig-

ten Arbeitnehmern unwirksam ist (§ 4 TzBfG i. V. m. § 134 BGB). Dazu führt es aus, dass Teilzeitbeschäftigte unterhalb der 35 Wochenstunden alleine und gerade wegen der Teilzeitbeschäftigung von der Altersteilzeit vollständig ausgeschlossen werden. Dies ist mit dem Diskriminierungsverbot des § 4 Abs. 1 TzBfG unvereinbar. Die Ungleichbehandlung ist nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt. Allein an die Dauer der Arbeitszeit kann insoweit nicht angeknüpft werden. Vielmehr hat sich die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung am Zweck der Gewährung von Altersfreizeit zu orientieren. Dieser liegt in der Entlastung älterer Arbeitnehmer durch eine Reduzierung der Arbeitszeit. Allerdings kann nicht davon ausgegangen werden, dass unterhalb einer gewissen Arbeitsschwelle eine Entlastung gänzlich entfallen kann, da sie nicht mehr erforderlich ist. Das würde voraussetzen, dass ab einer gewissen Schwelle eine qualitativ andere Belastung gegeben wäre, die bei Teilzeitbeschäftigten nicht einmal anteilig besteht. Dies würde erfordern, dass die Belastung der Arbeitnehmer mit steigender Wochenarbeitszeit nicht nur linear ansteigt. Ein solcher Erfahrungssatz besteht allerdings nicht. Darüber hinaus wirkt sich die Reduzierung der Arbeitszeit von Vollzeitbeschäftigten durch die Altersfreizeit unmittelbar auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung aus. Wird die Arbeitszeit von Teilzeitbeschäftigten nicht herabgesetzt und bleibt deren Arbeitsentgelt unverändert, so erhalten diese pro Arbeitsstunde ein geringeres Arbeitsentgelt als die Vollzeitbeschäftigten. Diese Ungleichbehandlung der Teilzeitbeschäftigten kann nur vermieden werden, wenn entweder deren Arbeitszeit entsprechend gekürzt wird oder ein entsprechend höheres Arbeitsentgelt gezahlt wird. Ein solches Wahlrecht hätte die vorhandene Ungleichbehandlung ausgleichen können. Die zugelassene Revision ist beim BAG unter dem Az. 9 AZR 71/19 anhängig.

## BEARBEITET UND ZUSAMMENGESTELLT VON



© Fotostudio Feliksa Francer

**Dr. Claudia Rid**  
Rechtsanwältin und  
Fachanwältin für Arbeitsrecht,  
CMS Hasche Sigle, München