



Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für Juni 2018 unserer auf das Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei, **BECK.Kanzlei für Arbeitsrecht**. Auch in diesem Monat werden wir Sie über aktuelle Entscheidungen und Entwicklungen im Arbeitsrecht informieren.

Der erste Teil unseres Newsletters befasst sich mit der Mindestlohnwirksamkeit einer Anwesenheitsprämie.

Im zweiten Teil stellen wir Ihnen eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vor, die sich mit der Frage auseinandersetzt, ob kirchliche Arbeitgeber bei jeder Stelle von Bewerbern eine Religionszugehörigkeit fordern dürfen.

Die Tipps im Juni 2018 stellen einige wichtige Informationen zum Arbeitszeugnis vor.

---

## Inhalt

---

- 1. Mindestlohnwirksamkeit einer Anwesenheitsprämie**  
(BAG vom 11.10.2017 - 5 AZR 621/16)
- 2. Konfession eines Arbeitnehmers bei kirchlichen Arbeitgebern**  
(EuGH vom 17.04.2018 – C-414/16)
- 3. Tipps: Informationen zum Arbeitszeugnis**

## Mindestlohnwirksamkeit einer Anwesenheitsprämie (BAG vom 11.10.2017, 5 AZR 621/16)

§ 1 Abs. 1 MiLoG verpflichtet Arbeitgeber, jeder Arbeitnehmerin und jedem Arbeitnehmer einen gesetzlichen Mindestlohn in Höhe von derzeit 8,84 € brutto je Zeitstunde zu bezahlen (§ 1 Abs. 2 MiLoG).

Die Bundesregierung hatte im Gesetzgebungsverfahren keine klaren Vorgaben gemacht, wie sich der Mindestlohn zusammensetzt und welche Zahlungen des Arbeitgebers auf den gesetzlichen Mindestlohnanspruch anzurechnen sind. Seit der Einführung im Jahr 2015 sind zu dieser Thematik in der Folge zahlreiche Entscheidungen der Instanzgerichte und auch des Bundesarbeitsgerichts ergangen.

Im November 2017 behandelte das BAG die Frage, ob eine Anwesenheitsprämie auf den gesetzlichen Mindestlohn angerechnet werden kann (Urteil vom 11.10.2017 – 5 AZR 621/16).

### Beispiel:

*Arbeitnehmerin A ist im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung bei ihrem Arbeitgeber tätig. Seit Januar 2015 erhält sie einen Stundenlohn in Höhe von 8,50 € brutto pro Zeitstunde. In den Lohnabrechnungen für Februar und März 2015 wies der Arbeitgeber den Stundenlohn in Höhe von 8,50 € brutto aus, fügte jedoch hinzu, dass von diesem Betrag jeweils ein bestimmter Eurobetrag als Anwesenheitsprämie zu verstehen ist. Der Arbeitgeber wollte damit zum Ausdruck bringen, dass die bislang gezahlte Anwesenheitsprämie im Mindestlohnanspruch aufgeht.*

*A vertritt die Auffassung, dass die Anwesenheitsprämie neben dem Mindestlohn zu bezahlen sei und forderte daher vor Gericht zusätzlich zum Mindestlohn in Höhe von 8,50 € brutto die ihr zustehende Anwesenheitsprämie.*

### Grundsatzentscheidung des BAG vom 25.05.2016 – 5 AZR 135/16

In seiner Grundsatzentscheidung vom 25.05.2016 stellte das Bundesarbeitsgericht klar, dass vorrangiger Zweck des gesetzlichen Mindestlohnes sei, jedem Arbeitnehmer ein **existenzsicherndes Monatseinkommen** zu gewährleisten.

Diesem Zweck **kann jede dem Arbeitnehmer verbleibende Vergütungszahlung** des Arbeitgebers dienen, die im **Gegenseitigkeitsverhältnis** zur Arbeitsleistung steht und zwar unabhängig davon, zu welcher Tageszeit, unter welchem Umständen und in welcher Qualität die Arbeit erbracht wurde.

Nur solchen im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis zu erbringenden Entgeltzahlungen des Arbeitgebers **fehlt die Erfüllungswirkung**, die der Arbeitgeber

- **ohne Rücksicht auf die tatsächliche Arbeitsleistung** des Arbeitnehmers erbringt oder
- die auf einer besonderen gesetzlichen **Zweckbestimmung** (z.B. für Nachtarbeit nach § 6 Abs. 5 ArbZG) beruhen.

### BAG vom 11.10.2017- 5 AZR 621/16

Das Bundesarbeitsgericht stellte in der vorliegenden Entscheidung den Grundsatz auf, dass eine Anwesenheitsprämie **mindestlohnwirksam** sein kann. Eine solche gewährt ein Arbeitgeber in der Regel **nicht nur für die bloße Anwesenheit im Betrieb**, sondern auch dafür, dass die Arbeitnehmer eine Arbeitsleistung erbringen.

Die Prämie soll einen **finanziellen Anreiz geben**, auch bei (geringfügigen) gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu arbeiten und sich nicht krankschreiben zu lassen.



### Hinweis

Im vorliegenden Fall sprach das Bundesarbeitsgericht der Arbeitnehmerin einen zusätzlichen Anspruch auf die Anwesenheitsprämie neben dem gesetzlichen Mindestlohn zu, da der Arbeitgeber **keine ordnungsgemäße Verrechnungsvereinbarung** getroffen hatte.

Entscheidend war jedoch die Aussage des Gerichts, dass Anwesenheitsprämien grundsätzlich mindestlohnwirksam sein können.

### BAG vom 06.12.2017 – 5 AZR 864/16

Die vorgenannte Auffassung bestätigte das Bundesarbeitsgericht in einer nachfolgenden Entscheidung von Dezember 2017, bei der es

um die Anrechnung einer tarifvertraglichen Anwesenheitsprämie auf den gesetzlichen Mindestlohn ging.



#### Hinweis

Das BAG kam zu der Auffassung, dass einer **vorbehaltlos und unwiderruflich** in jedem Kalendermonat gezahlten Anwesenheitsprämie Erfüllungswirkung im Hinblick auf den gesetzlichen Mindestlohn zukommt. Es stellte zudem klar, dass die Anwesenheitsprämie keine zusätzliche Vergütung für die Normalleistung sei, da der Begriff „Normalleistung“ keinen Eingang in das Mindestlohngesetz gefunden habe.

Das BAG bekräftigte zudem, dass eine Anwesenheitsprämie in der Regel nicht nur für

die bloße Anwesenheit im Betrieb, sondern auch für die Erbringung der Arbeitsleistung gezahlt wird.

Auch wenn die Anwesenheitsprämie unter Berücksichtigung einer Abzugsmöglichkeit abgerechnet und ggf. gekürzt ausgezahlt wird, so verbleibt diese in der Regel dem Arbeitnehmer endgültig in dem Zeitpunkt, in dem sie ausgezahlt wird. Somit steht auch dieser Aspekt der Mindestlohnwirksamkeit einer Anwesenheitsprämie nicht entgegen.

---

## Konfession eines Arbeitnehmers bei kirchlichen Arbeitgebern (EuGH vom 17.04.2018 – C-414/16)

---

Private Arbeitgeber sind verpflichtet, sich an sämtliche gesetzliche Vorgaben nach deutschem und europäischem Recht zu halten. Dies beinhaltet unter anderem auch die Pflicht, im Rahmen eines Auswahlverfahrens sowie im laufenden Arbeitsverhältnis Bewerber und Mitarbeiter nicht wegen der Religion, des Alters, des Geschlechts, der ethnischen Herkunft oder einer Behinderung zu diskriminieren. Andernfalls drohen Sanktionen nach dem allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) wie die Zahlung von Schadensersatz und Schmerzensgeld.

**Kirchliche Arbeitgeber** nehmen in diesem Zusammenhang eine **Sonderstellung** ein und dürfen grundsätzlich Bewerber bevorzugen, die der gleichen Religionsgemeinschaft angehören wie ihr Arbeitgeber.

Der Europäische Gerichtshof musste sich nun mit der Frage auseinandersetzen, ob kirchliche Arbeitgeber **bei jeder Stelle** von Bewerbern eine Religionszugehörigkeit fordern dürfen (EuGH vom 17.04.2018 – C-414/16).

### Beispiel:

*Die konfessionslose Bewerberin K interessierte sich für eine vom evangelischen Werk für Diakonie und Entwicklung in Deutschland ausgeschriebene Stelle. Das Aufgabengebiet umfasste sowohl die Vertretung der Diakonie Deutschland gegenüber Politik und der Öffentlichkeit als auch die Koordinierung des internen Meinungsbildungsprozesses zum Thema rassistischer Diskriminierung.*

*Laut Stellenbeschreibung mussten die Bewerber Mitglied einer evangelischen oder der Arbeitsgemeinschaft christlicher Kirchen in Deutschland angehörenden Kirche sein.*

*Da K nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurde, verklagte sie das evangelische Werk vor dem zuständigen Arbeitsgericht auf Zahlung einer Entschädigung, da sie nach ihrer Auffassung aus Gründen der Religion benachteiligt worden ist.*

### Diskriminierungskontrolle bei kirchlichen Arbeitgebern?

Das in dritter Instanz befassende Bundesarbeitsgericht setzte das Verfahren aus, und ersuchte den Europäischen Gerichtshof um die Auslegung der **Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG** vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

Diese Richtlinie bestimmt, dass eine Kirche (oder eine andere Organisation, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht) eine mit der **Religion oder Weltanschauung zusammenhängende Anforderung** aufstellen kann, wenn diese nach der Art der fraglichen Tätigkeit eine

- wesentliche,
- rechtmäßige und
- gerechtfertigte

**berufliche Anforderung** angesichts des Ethos der Organisation darstellt.



### Hinweis

In Deutschland beschränkt sich bislang die gerichtliche Kontrolle der Einhaltung der Kriterien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum **kirchlichen Privileg der Selbstbestimmung** auf eine reine **Plausibilitätskontrolle**.

Das BAG wollte deshalb vom EuGH wissen, ob eine derartig beschränkte gerichtliche Kontrolle mit der Richtlinie vereinbar ist.

### EuGH vom 17.04.2018 – C-414/16

Im Ergebnis forderte der EuGH eine **weitreichendere gerichtliche Kontrolle** im Hinblick auf mögliche Diskriminierungen durch kirchliche Arbeitgeber in Deutschland.

Dazu gehört insbesondere, dass das Erfordernis, dass Bewerber um eine bei der Kirche zu besetzende Stelle einer bestimmten Religion angehören, Gegenstand einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle sein muss. Nach der genannten Richtlinie ist eine Abwägung zwischen dem **Recht auf Autonomie der Kirchen** und dem **Recht der Arbeitnehmer**, insbesondere bei der **Einstellung nicht wegen ihrer Religion oder Weltanschauung diskriminiert** zu werden, vorzunehmen, um einen **angemessenen** Ausgleich zwischen beiden herzustellen.

Eine derartige Abwägung muss im Fall eines Rechtsstreits von einer unabhängigen Stelle und damit letztendlich von einem Gericht überprüft werden können.



### Hinweis

Die gerichtliche Kontrolle umfasst insbesondere die Entscheidung einer Kirche, dass die **Religion** nach der betreffenden Tätigkeit eine **wesentliche Anforderung** angesichts des Ethos dieser Kirche darstellt.

### Prüfungsumfang

Weiterhin stellt der EuGH klar, dass es den staatlichen Gerichten im Regelfall nicht zusteht,

über das der angeführten beruflichen Anforderung **zugrundeliegende Ethos als solches** zu befinden.

Gleichwohl haben sie festzustellen, ob die drei Kriterien **wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt** in Anbetracht dieses Ethos im Einzelfall erfüllt sind.

Insoweit haben die staatlichen Gerichte zu prüfen, ob die Anforderung notwendig und angesichts des Ethos der betreffenden Kirche aufgrund der Art der in Rede stehenden beruflichen Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung **objektiv geboten** ist.

Schließlich muss die Anforderung auch mit dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** im Einklang stehen, d.h. sie muss **angemessen** sein und darf nicht über das zur Erreichung des angestrebten Ziels **erforderliche** hinausgehen.



### Hinweis

Anhand dieser Kriterien ist nun das Bundesarbeitsgericht verpflichtet, den dargestellten Ausgangsfall zu beurteilen und eine abschließende Entscheidung zu treffen. Mit der Entscheidung ist noch in diesem Jahr zu rechnen.

---

## Tipps: Allgemeines zum Arbeitszeugnis

---

Das Arbeitszeugnis hat für den beruflichen Werdegang eines Arbeitnehmers eine überragende Bedeutung.

Häufig sind sich Mitarbeiter jedoch unsicher, wann sie ein Arbeitszeugnis fordern können, auf welchen Inhalt sie einen Anspruch haben und ob das Zeugnis bei Weigerung durch den Arbeitgeber gerichtlich geltend gemacht werden kann.

Im Folgenden werden die wichtigsten Informationen zum Arbeitszeugnis dargestellt.

### Zeugnisarten

Je nach Anlass und Zeitpunkt gibt es folgende Arten von Zeugnissen:

- Das endgültige Zeugnis,
- das Ausbildungszeugnis,
- das vorläufige Zeugnis und
- das Zwischenzeugnis.

Wenn das endgültige Zeugnis verlangt werden kann, scheiden das vorläufige Zeugnis und das Zwischenzeugnis aus, da sie insoweit subsidiär, d.h. nachrangig sind.

Inhaltlich werden diese Zeugnisse unterschieden in

- einfaches Zeugnis (das nur Fakten wiedergebenden Charakter hat) und
- qualifiziertes Zeugnis (das darüber hinaus Bewertungen über Leistung und Verhalten enthält).

### Anspruchsberechtigte Personen

**Arbeitnehmer** (§ 611a BGB) haben gemäß § 109 GewO Anspruch auf ein Arbeitszeugnis. Irrelevant ist, ob der Mitarbeiter kaufmännischer, gewerblicher oder technischer Angestellter ist.

**Leitende Angestellte** im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG haben ebenfalls wie Arbeitnehmer Anspruch auf ein Arbeitszeugnis.

**GmbH-Geschäftsführer** haben Anspruch auf ein Arbeitszeugnis, wenn ein **abhängiges Beschäftigungsverhältnis** zu bejahen ist. Dies ist dann **nicht** der Fall, wenn der GmbH-Geschäftsführer 50% oder mehr der Geschäftsanteile besitzt oder eine solche Mehrheit repräsentiert.

**Freie Mitarbeiter**, d.h. solche, die eine **selbständige Tätigkeit** verrichten, haben **keinen Zeug-**

**nisanspruch**. Ist zweifelhaft, ob ein freies Mitarbeiterverhältnis vorliegt oder ein verdecktes Dienstverhältnis (Scheinselbständigkeit), bedarf es der Abklärung. Der Zeugnisanspruch setzt in jedem Fall voraus, dass der Betreffende als Arbeitnehmer oder zumindest arbeitnehmerähnlich einzuordnen ist.

Für alle Formen der **Berufsbildung (Auszubildende)** gilt hinsichtlich der Zeugniserteilung § 16 BBiG, wobei auch hier die Einzelkriterien des § 109 Abs. 2 GewO gelten.

Für **Volontäre und Praktikanten**, die nur eingestellt werden, um berufliche Kenntnisse, Fertigkeiten und Erfahrungen zu erwerben, ohne dass ein Arbeitsverhältnis begründet wird, gilt § 16 BBiG entsprechend (§ 26 BBiG).

**Werkstudenten** geht es hingegen nicht um Ausbildung und Tätigkeitsnachweis, sondern um Geld zu verdienen und die Finanzierung des Studiums. Sie sind daher wie andere **Arbeitnehmer im befristeten Arbeitsverhältnis** zu behandeln.

### Beantragung des Zeugnisses

Das **einfache Zeugnis** ist automatisch auszufertigen bei Arbeitnehmern (§ 109 Abs. 1 GewO) und in der Berufsausbildung (§ 16 BBiG); nur auf **Antrag** wird es nach § 630 BGB und im **Beamtenrecht** ausgefertigt.

Das qualifizierte Zeugnis ist durchweg auf **Antrag** auszufertigen.



#### Hinweis

Das Zeugnisverlangen setzt voraus, dass der Arbeitnehmer **tatsächlich gearbeitet** hat; ist das Arbeitsverhältnis bereits vor Arbeitsantritt beendet, so entfällt ein Zeugnis, da nur Absichten vorlagen und nichts Vergangenes „bezeugt“ werden kann.

### Zeitpunkt der Beantragung und Bearbeitungszeit

Mit der Antragstellung sollten Arbeitnehmer nicht zu lange warten, um zu vermeiden, dass das Antragsrecht aufgrund Ausschlussfristen, Verwirkung oder ggf. sogar der allgemeinen Verjährung erloschen ist.

Das endgültige Zeugnis kann erst beantragt werden, wenn der Zeugnisanspruch **entstanden** ist, d.h. erst ab dem Tag der **tatsächlichen (nicht rechtlichen) Beendigung** des Beschäftigungsverhältnisses bzw. des faktischen Aus-



scheidens aus dem Betrieb. Dies gilt unabhängig davon, in welcher Weise die Beendigung erfolgt, d.h. durch Kündigung, Aufhebungsvertrag, Vergleich oder durch Beginn der Freistellungsphase der Altersteilzeit nach dem Blockmodell.

An den Tag der Antragsstellung schließt sich eine **Bearbeitungszeit** für den Arbeitgeber an.

Die Bearbeitungszeit beträgt nach einer groben Faustformel:

- beim **einfachen Zeugnis** etwa 1-2 Tage sowie
- beim **qualifizierten Zeugnis** etwa 2-3 Wochen.



### Hinweis

Erst nach Ablauf dieser Bearbeitungszeiten kommt ein eventuell schadensersatzbegründender Verzug des Arbeitgebers in Betracht.

### Erlöschen des Zeugnisanspruchs

Tarifverträge und Arbeitsverträge enthalten oftmals **Ausschlussfristen** für die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis. Sofern diese Frist – in der Regel 3 Monate – nicht ausdrücklich auf die Geltendmachung bestimmter Ansprüche beschränkt ist, gilt sie **auch für den Zeugnisanspruch**.

Wird der Zeugnisanspruch nicht innerhalb der Ausschlussfrist geltend gemacht, so ist er **erloschen**.

Darüber hinaus unterliegt der Zeugnisanspruch der **zivilrechtlichen Verjährungsfrist** von **3 Jahren** gemäß § 195 BGB, wobei die Verjährungsfrist erst am Ende des Jahres beginnt, in dem der Anspruch entstanden ist (§ 199 BGB).

Schließlich kann der Zeugnisanspruch durch **Erfüllung, Verzicht, Verwirkung oder auch Unmöglichkeit** nicht mehr realisiert werden können.

### Gerichtliche Geltendmachung

Hat der Arbeitnehmer seinen noch nicht untergegangenen bzw. nicht erloschenen Anspruch **rechtzeitig geltend** gemacht und weigert sich der Arbeitgeber, ein Zeugnis zu erteilen bzw. ein

den tatsächlichen Gegebenheiten angemessenes Zeugnis zu erteilen, hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit, den Zeugnisanspruch vor dem **zuständigen Arbeitsgericht** geltend zu machen. Die meisten Zeugnisklagen werden nicht erhoben, weil der Arbeitgeber untätig geblieben ist, sondern weil der Mitarbeiter mit der Leistungs- und/oder Verhaltensbeurteilung unzufrieden ist.

Für die **Beweislast** zur Geltendmachung einer bestimmten Beurteilung gilt Folgendes:

Begehrt der Arbeitnehmer eine Benotung im **oberen Bereich der Skala** (Note 1 oder Note 2), muss er darlegen, dass er den Anforderungen gut oder sehr gut gerecht geworden ist. In diesem Fall muss er das Gericht durch Vorlage von Bewertungsbögen, evtl. Zwischenzeugnissen, Leistungsbeurteilungen oder durch die Benennung von Zeugen von einer guten oder sehr guten Arbeitsleistung und/oder Verhaltensweisen überzeugen.

Hat der Arbeitgeber hingegen ein Zeugnis mit der Note ausreichend, ungenügend oder mangelhaft verfasst, ist er in der Darlegungs- und Beweislast für das tatsächliche Vorhandensein dieser (schlechten) Leistungs- und/oder Verhaltensbeurteilung.



### Hinweis

Ausgangspunkt für die Beweislastverteilung ist damit immer die Note „befriedigend“ als mittlere Note der Zufriedenheitsskala.

### Kontakt:



Rechtsanwälte Beck und Schwanke PartGmbH  
Nordostpark 16  
90411 Nürnberg

Telefon: +49 911 49 52 02 - 0  
Telefax: +49 911 49 52 02 - 99  
[www.arbeitsrecht-beck.de](http://www.arbeitsrecht-beck.de)  
[info@arbeitsrecht-beck.de](mailto:info@arbeitsrecht-beck.de)