



Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für Mai 2019 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 geht es um die Frage, ob bei Gewährung eines unbezahlten Urlaubs bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis ein Urlaubsanspruch entsteht.

Der zweite Teil handelt von unwirksamen Verfallsklauseln und Mindestlohn.

Die Tipps im Mai 2019 beschäftigen sich mit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung per WhatsApp.

---

## Inhalt

---

- 1. Kein gesetzlicher Urlaubsanspruch bei unbezahltem Sonderurlaub**  
(BAG vom 19.03.2019 – 9 AZR 315/17)
- 2. Unwirksame Verfallsklausel und Mindestlohn**  
(LAG Hamm vom 14.11.2018 – 2 Sa 458/18)
- 3. Tipps: Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung per WhatsApp**

---

## Kein gesetzlicher Urlaubsanspruch bei unbezahltm Sonderurlaub (BAG vom 19.03.2019 – 9 AZR 315/17)

---

Nach § 1 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) hat jeder Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. Der gesetzliche Mindesturlaub beträgt dabei jährlich mindestens 24 Werktage, was einer Urlaubszeit von 4 Wochen entspricht (§ 3 BUrlG). Der volle Urlaubsanspruch wird erstmalig nach 6-monatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses erworben. Zuvor besteht ein Teilurlaubsanspruch (§§ 4, 5 BUrlG).

Der Urlaubsanspruch setzt lediglich das rechtliche Bestehen eines Arbeitsverhältnisses voraus. Wie das Bundesarbeitsgericht insbesondere im Zusammenhang mit dem Verfall von Urlaubsansprüchen bei langfristiger Erkrankung klargestellt hat, kommt es auf eine Mindestarbeitsleistung oder die Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers nicht an.

In einem aktuellen Fall musste das BAG nun entscheiden, ob bei Gewährung eines unbezahlten Urlaubs bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis ein Urlaubsanspruch entsteht.



### Beispiel

*Der Arbeitgeber gewährte der seit ca. 20 Jahren bei ihm beschäftigten Arbeitnehmerin A auf ihren eigenen Wunsch hin unbezahlten Sonderurlaub in der Zeit von 01.01. bis 30.09.2018.*

*Nach ihrer Rückkehr aus dem Sonderurlaub begehrt die Arbeitnehmerin ihren gesetzlichen Urlaubsanspruch von 4 Wochen. Der Arbeitgeber ist der Ansicht, der Arbeitnehmerin stehe nur der anteilige Urlaubsanspruch für Oktober bis Dezember in Höhe von einer Woche (drei Zwölftel des gesetzlichen Urlaubsanspruchs) zu.*

### Bisherige Rechtsprechung des BAG

In seiner bisherigen Rechtsprechung war das Bundesarbeitsgericht der Auffassung, die Entstehung des gesetzlichen Urlaubsanspruchs erfordere nur den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses und die einmalige Erfüllung der Wartezeit. Das Bundesurlaubsgesetz bindet den Urlaubsanspruch damit weder an die Erfüllung der Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis, noch ordne es die Kürzung des

Urlaubsanspruchs für den Fall des Ruhens des Arbeitsverhältnisses an. Nur wenn spezialgesetzliche Regelungen für den Arbeitgeber die Möglichkeit der Kürzung des Urlaubs vorsehen würden, wie etwa bei Elternzeit (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG) oder Wehrdienst (§ 4 Abs. 1 Satz 1 ArbZStG), wäre die Kürzung möglich. In anderen Vorschriften, wie etwa bei der Pflegezeit, sei keine Kürzungsregelung vorgesehen.

Komme es zum Ruhens des Arbeitsverhältnisses aufgrund einer Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien, hindere dies grundsätzlich weder das Entstehen des gesetzlichen Urlaubsanspruchs noch sei der Arbeitgeber zur Kürzung des gesetzlichen Urlaubs berechtigt.

Aufgrund dieser Erwägungen hatte das BAG noch im Mai 2014 eine Universitätsklinik verurteilt, einer dort beschäftigten Krankenschwester bei ihrem Ausscheiden 15 Urlaubstage für den Zeitraum eines unbezahlten Sonderurlaubs von 01.01. bis 30.09.2011 abzugelten.

### Rechtsprechungsänderung BAG vom 19.03.2019 – 9 AZR 315/17

An seiner bisherigen Rechtsprechung hält das Bundesarbeitsgericht mit seiner Entscheidung vom 19.03.2019 nicht mehr fest.

Bei der Berechnung der Urlaubsdauer sei zu berücksichtigen, dass die Arbeitsvertragsparteien ihre Hauptleistungspflichten durch die Vereinbarung von Sonderurlaub vorübergehend ausgesetzt hätten. Befindet sich der Arbeitnehmer im Urlaubsjahr ganz oder teilweise im unbezahlten Sonderurlaub, sei dies bei der Berechnung der Urlaubsdauer zu berücksichtigen. Dies führe dazu, dass einem Arbeitnehmer für ein Kalenderjahr, in dem er sich sogar durchgehend im unbezahlten Sonderurlaub befindet, mangels einer Arbeitspflicht kein Anspruch auf Erholungsurlaub zusteht.



### Hinweis

*Die aktuelle Entscheidung des BAG vereinfacht einvernehmliche Freistellungen des Arbeitnehmers, wie etwa im Rahmen sog. Sabbaticals. Für Arbeitgeber war oft unverständlich, weshalb ein Urlaubsanspruch erfüllt werden musste, obwohl der Arbeitnehmer auf eigenen Wunsch einen*

*unbezahlten Sonderurlaub erhielt. Gleichzeitig ist klargestellt, dass auch in der Freistellungsphase der Altersteilzeit keine Urlaubsansprüche bestehen.*

*Im entschiedenen Fall hatte das BAG über den Urlaubsanspruch für ein gesamtes Kalenderjahr zu entscheiden. Zumindest aus der bisher vorliegenden Pressemitteilung ergibt sich leider nicht, wie der Arbeitgeber den Urlaubsanspruch kürzen kann, wenn der unbezahlte Urlaub nur einen Teil des Kalenderjahres umfasst. Es besteht die Möglichkeit, dass § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG analog anzuwenden wäre (Kürzung um ein Zwölftel des Urlaubsanspruchs für jeden vollen Monat des unbezahlten Urlaubs) oder eine Berechnung wie beim Teilurlaub nach § 5 Abs. 1 BUrlG erfolgt.*

### **Kürzung von Urlaubsansprüchen wegen Elternzeit**

In einer weiteren aktuellen Entscheidung vom 19.03.2019 hat das Bundesarbeitsgericht klarge-

stellt, dass die Möglichkeit, den Erholungsurlaub gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel zu kürzen, zulässig, insbesondere europarechtskonform ist.

Die Kürzungsregelung des § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG verstoße erkennbar nicht gegen Unionsrecht. So sehe § 5 II Anh. RL 2010/18/EU vor, dass die Rechte, die der Arbeitnehmer zu Beginn des Elternurlaubs erworben hatte oder dabei war, zu erwerben, bis zum Ende des Elternurlaubs bestehen bleiben und das im Anschluss an den Elternurlaub diese Rechte mit den Änderungen Anwendung finden, die sich aus den nationalen Rechtsvorschriften, Tarifverträgen und/oder Gepflogenheiten ergeben. § 5 III regele zudem, dass die Mitgliedsstaaten und/oder die Sozialpartner den Status des Arbeitsvertrages oder Beschäftigungsverhältnisses für den Zeitraum des Elternurlaubs bestimmen dürften. Dies sei durch § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG geschehen.

---

## Unwirksame Verfallsklausel und Mindestlohn (LAG Hamm vom 14.11.2018 – 2 Sa 458/18)

---

Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis unterliegen grundsätzlich der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 BGB. Die Verjährung beginnt mit dem Schluss des Kalenderjahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen (§ 199 BGB).

In ständiger Rechtsprechung lässt das Bundesarbeitsgericht allerdings zu, dass im Arbeitsvertrag oder auch in Tarifverträgen sogenannte Ausschlussfristen oder Verfallsklauseln vereinbart werden, wonach gegenseitige Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb kürzerer Fristen, z.B. innerhalb von drei Monaten geltend gemacht werden müssen, sie anderenfalls verfallen. Zumindest an arbeitsvertragliche Ausschlussklauseln stellt das Bundesarbeitsgericht allerdings hohe formelle Anforderungen. Erst im November 2018 haben wir an dieser Stelle darüber berichtet, dass das BAG der Ansicht war, dass eine Ausschlussklausel unwirksam wäre, wenn der gesetzliche Mindestlohn nicht explizit ausgeschlossen ist.

Das LAG Hamm hat in einer jetzt veröffentlichten Entscheidung vom 14.11.2018 auf Grundlage des BAG Urteils einen Vertrauensschutz für Altarbeitsverträge gewährt.



### Beispiel

*Arbeitnehmerin A ist seit 2013 beim Arbeitgeber beschäftigt. Der Arbeitsvertrag enthält in § 12 unter der Überschrift „Verfall von Ansprüchen/Verjährung“ folgende Regelung:*

*„Alle Ansprüche der Vertragsparteien aus oder im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis verfallen, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten ab Fälligkeit schriftlich gegenüber der anderen Vertragspartei geltend gemacht werden. Dies gilt nicht für solche Ansprüche, die auf eine strafbare Handlung oder eine unerlaubte Handlung gestützt werden. Die Versäumung der Ausschlussfrist führt zum Verlust des Anspruchs.“*

*Nach ihrem Ausscheiden zum 31.12.2018 macht die Arbeitnehmerin die Bezahlung (unstreitiger)*

*Überstunden für Januar bis Dezember 2018 geltend. Der Arbeitgeber lehnt die Bezahlung der Überstunden für Januar bis September 2018 ab, da diese von der Verfallsklausel umfasst wären.*

*Die Arbeitnehmerin ist der Ansicht, die Verfallsklausel wäre unwirksam, weil sie nicht explizit Mindestlohnansprüche ausnehmen würde.*

### Unangemessene Benachteiligung durch Verfallsklausel

Eine im Arbeitsvertrag geregelte Verfallsklausel stellt in aller Regel allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) dar und unterliegen daher der Angemessenheitskontrolle nach §§ 307 ff. BGB. Eine „unangemessene Benachteiligung“ des Arbeitnehmers und damit die Unwirksamkeit der Klausel kann sich dadurch ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist und damit gegen das Transparenzgebot verstößt.

### BAG vom 18.09.2018 – 9 AZR 162/18

In seiner Entscheidung aus September 2018 war das Bundesarbeitsgericht der Ansicht, dass eine Verfallsklausel nicht klar und verständlich und damit intransparent wäre, wenn sich aus dieser nicht eindeutig ergeben würde, dass die Ausschlussklausel nicht für Ansprüche auf den gesetzlichen Mindestlohn gilt.

Nach § 3 Satz 1 MiLoG sind Vereinbarung, die den Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten oder seine Geltendmachung beschränken oder ausschließen, insoweit unwirksam.

Da eine Verfallsklausel durch die Verkürzung der Verjährungsfrist den Anspruch auf Mindestlohn beschränkt oder gar ausschließt, ist diese in Bezug auf den gesetzlichen Mindestlohn nicht wirksam. Eine Verfallsklausel sei daher nur dann transparent und damit wirksam, wenn der Arbeitnehmer auf diesen Umstand explizit hingewiesen wird, d.h. wenn die Ausschlussklausel eine Klarstellung enthält, dass von ihr Ansprüche auf gesetzlichen Mindestlohn nicht umfasst sind.

## **Vertrauensschutz LAG Hamm vom 14.11.2018 – 2 Sa 458/18**

In seiner Entscheidung vom 14.11.2018 folgt das LAG Hamm bezüglich der Wirksamkeit einer Verfallsklausel der Argumentation des Bundesarbeitsgerichts aus der Entscheidung vom 18.09.2018. Allerdings gewährt das LAG Hamm Vertrauensschutz für Arbeitsverträge, die vor in Kraft treten des Mindestlohngesetzes abgeschlossen wurden.

Das LAG Hamm ist der Ansicht, dass die an die Transparenz von allgemeinen Geschäftsbedingungen gestellten Anforderungen den Verwender (hier Arbeitgeber) nicht überfordern dürften. Die Verpflichtung, den Klauselinhalt möglichst klar und verständlich zu formulieren, bestehen nur im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren. Dementsprechend könne auch im Hinblick auf das Transparenzgebot nicht verlangt werden, dass eine Regelung auch künftige Gesetzesänderungen berücksichtigt, auf die der Verwender keinen Einfluss hat und jedenfalls regelmäßig nicht voraussehen kann.

Dem Verwender könne auch im Hinblick auf das zu beachtende Transparenzgebot nichts unmögliches abverlangt werden. Ist eine Klausel bei Vertragsschluss transparent, verliere sie ihre

Wirksamkeit nicht, wenn spätere Gesetzesänderungen zu ihrer Intransparenz führten.

Bei seiner Argumentation bezieht sich das LAG Hamm auf die wortgleichen Ausführungen des Bundesarbeitsgerichts in seiner Entscheidung vom 18.09.2018 (9 AZR 162/18) unter Randziffer 42.

*Im Beispielsfall kam das LAG Hamm zu dem Ergebnis, dass eine Ausschlussfrist, in einem vor dem Inkrafttreten des Mindestlohngesetzes abgeschlossenen Arbeitsvertrages aus Gründen des Vertrauensschutzes dahingehend auszulegen ist, dass die Vertragsparteien keine Verfallsklauselvereinbarung wollen, die gegen eine gesetzliche Verbotsnorm verstößt. Dies gelte insbesondere dann, wenn die Verfallsklausel (wie im Beispiel) nach ihrem Wortlaut Ansprüche nicht erfasst, die auf strafbare oder unerlaubte Handlungen gestützt werden.*

*Die Arbeitnehmer A könnte daher tatsächlich nur noch die Vergütung für die Überstunden geltend machen, die nicht von der Verfallsklausel erfasst werden, also nur für die letzten drei Monate.*

---

## Tipps: Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung per WhatsApp

---

Ende 2018 wurde mit der letzten Novelle der Musterberufsordnung für Ärzte § 7 Abs. 4 BO Ärzte dahingehend geändert, dass Ärztinnen und Ärzte bei der Beratung und Behandlung ihrer Patientinnen und Patienten für den persönlichen Kontakt auch Kommunikationsmedien unterstützend einsetzen können. Diese insbesondere für strukturschwache, ländliche Regionen neu geschaffene Möglichkeit, haben bereits einige Bundesländer umgesetzt.

Unter anderem die Beratungsseite unter der Internetadresse AU-Schein.de hat sich diese Möglichkeit zu Nutze gemacht und bietet seit 01.01.2019 Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen per WhatsApp oder Internet für Erkältungskrankheiten und für eine Dauer von ein bis drei Tagen an.

Für viele Arbeitgeber stellt sich die Frage, ob diese Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen überhaupt zulässig sind und ob sie diese ablehnen dürfen, d.h. eine AU-Bescheinigung in Papierform verlangen dürfen.

### Rechtliche Zulässigkeit der AU-Bescheinigung per WhatsApp

Durch die Novelle der Musterberufsordnung dürfte nach dem Berufsrecht der Ärzte das Angebot der Krankschreibung per WhatsApp zulässig sein, auch wenn das Geschäftsmodell der Firma AU-Schein.de im Bundesärzteblatt (Bericht vom 03.01.2019) auf heftige Kritik stößt. Eine Krankschreibung per WhatsApp hätte die Änderung der Musterberufsordnung für die Ärzteschaft nicht im Sinne gehabt, so das Fachmagazin.

Dennoch dürfte das Vorgehen von der aktuellen Version der Musterberufsordnung gedeckt sein.

Arbeitsrechtlich stellt sich die Frage, ob die AU-Bescheinigung per WhatsApp durch den Arbeitgeber anerkannt werden muss. Weder das Berufsrecht der Ärzte noch die arbeitsrechtliche Gesetzgebung, insbesondere das Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) enthalten Regelungen, wonach eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung per WhatsApp unzulässig wäre.

### Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Generell bietet die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG einen sehr hohen Beweiswert.

Sie kommt der tatsächlichen Vermutung einer Arbeitsunfähigkeit nahe.

Allerdings kann der Arbeitgeber in bestimmten Situationen dem Beweiswert der AU-Bescheinigung erschüttern, so dass der Arbeitnehmer – trotz Vorlage einer AU-Bescheinigung – verpflichtet ist, seine Arbeitsunfähigkeit in Folge einer Erkrankung gesondert nachzuweisen.

Dies kann z.B. der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer sein Fernbleiben oder die „Vorlage des gelben Scheins“ ankündigt, eine Arbeitsunfähigkeit eintritt, nachdem für den gleichen Zeitraum Urlaub nicht gewährt wurde, wenn häufige Krankheiten vor oder nach Urlaub bzw. im Zusammenhang mit Brücken- oder Feiertagen auftreten oder die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zurückdatiert wird.

Allein die Tatsache, dass die AU-Bescheinigung elektronisch ausgestellt wird, ohne dass der Arbeitnehmer persönlich den Arzt aufgesucht hat, stellt – zumindest nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG – kein Indiz dar, das den Beweiswert erschüttern könnte.

Ursprünglich hatte das Angebot der Firma AU-Schein.de wohl auch die Möglichkeit einer rückwirkenden AU-Bescheinigung enthalten. Dies wurde allerdings zwischenzeitlich eingeschränkt, so dass die AU-Bescheinigung per WhatsApp auch in diesem Sinne nicht zu beanstanden ist.

### Reaktionsmöglichkeiten für Arbeitgeber

Im Hinblick auf den Grundsatz der freien Arztwahl dürfte es aktuell wohl nicht wirksam sein, dem Arbeitnehmer generell die Vorlage einer AU-Bescheinigung per WhatsApp zu untersagen.

Ob die Arbeitsgerichte, im Ergebnis dann das Bundesarbeitsgericht, der „elektronischen AU-Bescheinigung“ den gleichen Beweiswert einräumen werden, wie der Vorlage einer klassischen AU-Bescheinigung vom persönlich aufgesuchten Arzt, muss abgewartet werden.

Es bestünde lediglich die Möglichkeit für Arbeitgeber, den Beweiswert der AU-Bescheinigung per WhatsApp in Zweifel zu ziehen und zunächst die Entgeltfortzahlung für die umfassten Krankheitszeiträume zu verweigern und/oder eine Abmahnung wegen Nichtvorlage einer korrekten AU-Bescheinigung auszusprechen.

Hier besteht allerdings die Möglichkeit, dass im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung das Vorgehen des Arbeitgebers als rechtswidrig angesehen und der Arbeitgeber nachträglich zur Entgeltfortzahlung verpflichtet wird bzw. die Abmahnung aus der Personalakte entfernen muss.

### **Untersuchung durch den Medizinischen Dienst der Krankenkassen**

Nach § 275 Abs. 1 Nr. 3 b) SGB V sind die Krankenkassen gesetzlich verpflichtet, bei Arbeitsunfähigkeit zur Beseitigung von Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit eine gutachtliche Stellungnahme des medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (Medizinischer Dienst) einzuholen. Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit in diesem Sinne sind insbesondere dann anzunehmen, wenn die Arbeitsunfähigkeit von einem Arzt festgestellt worden ist, der durch die Häufigkeit der von ihm ausgestellten Bescheinigungen über Arbeitsunfähigkeit auffällig geworden ist (§ 275 Abs. 1 b) SGB V).

Da die Internetplattform AU-Schein.de ausschließlich die Ausstellung von AU-Bescheinigungen über ihre dort tätigen Ärzte anbietet, sollte die vorgenannte Voraussetzung gegeben

sein. Daher könnte die Krankenkasse verpflichtet werden, den betreffenden Arbeitnehmer durch den medizinischen Dienst begutachten zu lassen.

Da das Internetangebot „AU-Schein.de“ nur sehr eingeschränkt besteht und zwar nur für Erkältungskrankheiten, wobei die AU-Bescheinigung für maximal drei Tage und dies auch nur zweimal im Jahr ausgestellt wird, muss in der Praxis abgewartet werden, wie relevant die AU-Bescheinigung per WhatsApp in den Unternehmen wird.

#### **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)