

## DDN - Nachrichten 2/2024 vom 3. Juni 2024

**Geschäftsstelle**

**Robert Johns**

**Ebhardtstr. 3a  
30159 Hannover**

Mail: [gf@ddniedersachsen.de](mailto:gf@ddniedersachsen.de)

Telefon: 0511 - 3604112

Homepage:  
[www.ddniedersachsen.de](http://www.ddniedersachsen.de)

**03.06.2024**

Sehr geehrte Damen und Herren,

wegen meines Wechsels in den Ruhestand zum Halbjahreswechsel 2024 und dem ab dem 10. Juni vorausgehenden Resturlaub wird diese Ausgabe der DDN-Nachrichten die letztmalig von mir verfasste Ausgabe sein.

Ich nutze diese Gelegenheit, mich von allen DDN-Mitgliedseinrichtungen und ihren die DDN-Nachrichten regelmäßig mitlesenden Leitungen und Mitarbeitenden zu verabschieden und mich ganz herzlich für eine viele Jahre währende gute Zusammenarbeit im DDN zu bedanken. Ich bitte Sie alle, Ihr mir langjährig entgegengebrachtes Vertrauen meiner bereits im Amt befindlichen Nachfolgerin Silke Schrader ebenfalls zuteilwerden zu lassen.

Nachfolgend möchte ich Sie über seit der letzten Ausgabe der DDN-Nachrichten vom 2. Februar 2024 bekannt gewordenen, m.E. für diakonische Einrichtungen wissenswerten Entwicklungen im Arbeitsrecht informieren:

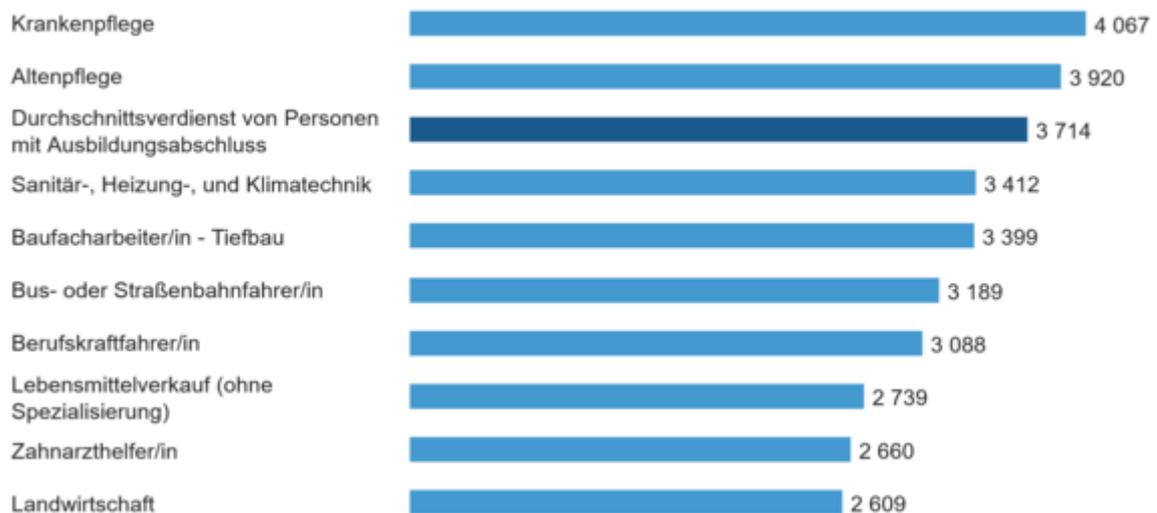
- 1. Pflegefachkräfte verdienen überdurchschnittlich gut**
- 2. Pflegemindestlohn SGB XI – Neue ab 1. Mai 2024 geltenden Werte liegen kurzfristig oberhalb der in den AVR DD für die einschlägigen Entgeltgruppen geltenden Werte**
- 3. BAG: Schadensersatzanspruch eines behinderten Praktikanten**
- 4. BAG: Urlaubsansprüche bei rechtswidriger Kündigung und neuem Arbeitsverhältnis**
- 5. BAG zu Urlaubsabgeltung: Zusatzurlaub für Schwerbehinderte wird vorrangig getilgt**
- 6. LAG: Kein immaterieller Schadensersatz bei verspäteter DS-GVO-Auskunft**
- 7. LAG: Maßregelungsverbot und krankheitsbedingte Kündigung im Kleinbetrieb**
- 8. LAG: Zuschläge für freigestellte Betriebsratsmitglieder?**
- 9. LAG: bAV - Anspruchsausschluss durch tarifliche Regelung**
- 10. LAG: Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall im Abrufarbeitsverhältnis**
- 11. LAG: Sabbatical – Vergütung und Kürzung des Urlaubs während der Freistellungsphase**
- 12. OLG Hamburg: Anspruch auf Löschung negativer Bewertungen auf Kununu**
- 13. Erweiterte Führungszeugnisse - Bundesfinanzhof: Kostenerstattung eines kirchlichen Dienstgebers ist kein zu steuernder Arbeitslohn**
- 14. Nichteinhaltung der Kündigungsfrist bei Eigenkündigung des Arbeitnehmers – und nun?**
- 15. Wer trägt die Kosten der Vertrauensperson beim betrieblichen Eingliederungsmanagement?**
- 16. Vermögenswirksame Leistungen - Anwendung des 5. VermBG (BMF)**

## 1. Pflegefachkräfte verdienen überdurchschnittlich gut

Einer jüngst vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Erhebung von Durchschnittslöhnen ist zu entnehmen, dass entgegen der immer noch ständig von Medien und Gewerkschaften verbreiteten Behauptungen Beschäftigte in der Pflege überdurchschnittlich gut verdienen:

### Verdienste für ausgewählte Ausbildungsberufe im April 2023

Bruttomonatsverdienste Vollzeitbeschäftigte, in EUR



Ohne Sonderzahlungen.

© Statistisches Bundesamt (Destatis), 2024

### Die Gehälter von Fachkräften in der Alten- und Krankenpflege liegen über dem Durchschnitt. Andere Branchen mit Fachkräftemangel stehen schlechter da.

Fachkräfte in der Alten- und Krankenpflege verdienen in Deutschland überdurchschnittlich gut. Das zeigt die Verdiensterhebung des Statistischen Bundesamts. Demnach verdienten vollzeitbeschäftigte Fachkräfte in der Altenpflege im April 2023 durchschnittlich 3.920 Euro. Damit lagen sie 200 Euro über dem Durchschnittsverdienst von Vollzeitbeschäftigten mit anerkannter Berufsausbildung. Dieser lag bei 3.714 Euro. Vollzeit-Fachkräfte in der Krankenpflege verdienten mit 4.067 Euro sogar rund 350 Euro mehr als der Durchschnitt.

### Einstufung als Engpassberuf

Das Statistische Bundesamt stuft die Altenpflege als sogenannten Engpassberuf ein. Das heißt, dass dort ein besonderer Fachkräftemangel herrscht. Aber nicht alle Engpassberufe werden nach der Auswertung des Statistischen Bundesamts besser entlohnt. Fachkräfte für Sanitär-, Heizungs- und Klimatechnik verdienen etwa 300 Euro unter dem Durchschnitt, Fachkräfte in der Landwirtschaft sogar rund 1.100 Euro weniger.

Höhere Bildungsabschlüsse führen der Erhebung zufolge im Regelfall zu höheren Verdiensten. Im April 2023 erhielten Vollzeitbeschäftigte ohne abgeschlossene berufliche Ausbildung durchschnittlich 3.060 Euro. Das sind rund 650 Euro weniger als Beschäftigte mit einer abgeschlossenen Berufsausbildung, die im Schnitt 3.714 Euro erhalten. Mit einem Bachelorabschluss betrug der Verdienst 4.791 Euro, mit einem Masterabschluss rund 6.448 Euro.

Die Daten stammen aus der Verdiensterhebung des Statistischen Bundesamts und beziehen sich auf den April 2023. Steuerpflichtige Sonderzahlungen wie Urlaubs- oder Weihnachtsgeld wurden nicht berücksichtigt. In die Einstufung als Engpassberuf fließen Faktoren wie die Vakanzzeit und die Relation zwischen Arbeitssuchenden und gemeldeten Arbeitsstellen ein.

Unberücksichtigt ist hier, dass gerade in den für Pflegekräfte maßgeblichen Tarifverträgen und Arbeitsvertragsrichtlinien für 2024 ganz erhebliche Gehaltssteigerungen geregelt wurden.

## **2. Pflegemindestlohn SGB XI – Neue ab 1. Mai 2024 geltenden Werte liegen kurzfristig oberhalb der in den AVR DD für die einschlägigen Entgeltgruppen geltenden Werte**

Zum 1. Mai 2024 sind im Geltungsbereich der 6. Pflegearbeitsbedingungenverordnung die Werte des Pflegemindestlohns (brutto je Arbeitsstunde) in den drei geregelten Lohngruppen gestiegen auf 15,50 Euro (An- und Ungelernte), 16,50 Euro (mind. 1-jährig ausgebildete Hilfskräfte) und 19,50 Euro (Pflegefachkräfte). Vereinzelt können Tabellenwerte diakonischer Tarifregelungen berührt sein. Das betrifft auch die AVR DD. Hierzu informierte die Geschäftsführung der Arbeitsrechtliche Kommission der Diakonie Deutschland, dass ausschließlich in den Monaten Mai und Juni 2024 – das auf eine Stunde entfallende Tabellenentgelt in der Einarbeitungsstufe der Entgeltgruppen 3 und 4 der Anlage 2 der AVR.DD knapp unterhalb des Mindestlohns in der Pflege liegt. Mit dem bereits beschlossenen Entgelterhöhungen zum 1. Juli 2024 um 5,2 % erhöht.

## **3. BAG: Schadensersatzanspruch eines behinderten Praktikanten**

Dem persönlichen Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes nach § 6 I 1 Nr. 2 AGG unterfallen auch Praktikanten, die im Sinne von § 26 BBiG eingestellt werden, um berufliche Fertigkeiten, Kenntnisse, Fähigkeiten oder berufliche Erfahrungen zu erwerben.

Die Parteien streiten über Entschädigungsansprüche nach § 15 II AGG. Der Kläger, dem ein Grad der Behinderung (GdB) von 40 zuerkannt worden ist, studiert an einer Hochschule im Studiengang Sozialrecht. Die beklagte Agentur für Arbeit schrieb ein Förderprogramm für Studierende in den Studiengängen Sozialrecht oder Wirtschaftsrecht aus. Teilnehmer des Programms werden von der Beklagten mit einem monatlichen Betrag iHv 880 EUR brutto gefördert. Zudem erhalten die Teilnehmer für betriebliche Praxiszeiten eine monatliche Praktikumsvergütung iHv 1.570 EUR brutto. Der Kläger bewarb sich am 28.7.2020 um eine Teilnahme an dem Förderprogramm. Am 31.7.2020 beantragte er die Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen nach § 2 III SGB IX bei der für seinen Wohnort zuständigen Agentur für Arbeit. Am 12.8.2020 fand in der Agentur für Arbeit in Fulda das Auswahlgespräch für das Förderprogramm statt. In diesem Gespräch wies der Kläger auf seine Behinderung hin und erklärte, dass er einen Gleichstellungsantrag gestellt habe. Am 17.8.2020 sagte die Beklagte dem Kläger wegen des Förderprogramms ab. Die Agentur für Arbeit Stuttgart stellte den Kläger mit Bescheid vom 10.9.2020 rückwirkend zum 31.7.2020 einem schwerbehinderten Menschen gleich. Der Kläger beantragt, die Beklagte zur Zahlung einer Entschädigung iHv mindestens 5.000 EUR nach § 15 II AGG wegen Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot zu verurteilen. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Nach der Entscheidung des [BAG Urt. v. 23.11.2023 – 8 AZR 212/22](#) hatte die Revision des Klägers keinen Erfolg. Zunächst bejahte das BAG die Eigenschaft des Klägers als Beschäftigter iSv § 6 I AGG. So fallen unter den Begriff der „Berufsbildung“ iSv § 6 I 1 Nr. 2 AGG nicht allein Personen, die eine Berufsausbildung im Sinne des BBiG absolvieren, sondern auch Personen nach § 26 BBiG, die eingestellt werden, um berufliche Fertigkeiten, Kenntnisse, Fähigkeiten oder berufliche Erfahrungen zu erwerben, insbesondere Praktikanten. Die Aufnahme in das von der Beklagten ausgeschriebene

Förderprogramm begründe ein Beschäftigungsverhältnis iSv § 6 I 1 Nr. 2 AGG. Nach der Stellenausschreibung sollen die vorlesungsfreien Zeiten genutzt werden, „um erste praktische Erfahrungen bei der Bundesagentur für Arbeit zu sammeln und in weitere spannende Rechtsgebiete einzutauchen“. Hierfür werde eine monatliche „Praktikumsvergütung“ iHv 1.570 EUR brutto angeboten. Daraus werde deutlich, dass für die vorlesungsfreien Zeiten ein bezahltes Praktikum und damit eine Tätigkeit „in Beschäftigung und Beruf“ angeboten werde. Allerdings habe der Kläger keine unmittelbare Benachteiligung wegen seiner Behinderung erfahren. Hierfür habe er keine hinreichenden Indizien iSv § 22 AGG vorgetragen. Insbesondere sei der Arbeitgeber nicht verpflichtet, die Schwerbehindertenvertretung im Bewerbungsverfahren zu beteiligen, wenn der Arbeitnehmer die Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen zwar beantragt und dies dem Arbeitgeber mitgeteilt habe, über den Gleichstellungsantrag jedoch noch nicht entschieden worden ist. Die Beteiligungspflichten nach §§ 164 I 4, 178 II 1 SGB IX würden erst eingreifen, wenn über den Gleichstellungsantrag positiv entschieden worden sei. Der Bewerber unterfalle zu diesem Zeitpunkt nicht dem Anwendungsbereich des 3. Teils des SGB IX. Diese Sichtweise folge aus dem Telos der Vorschrift. So könne der Zweck, die verstärkte Einstellung und Eingliederung schwerbehinderter Menschen zu fördern, im Bewerbungsverfahren nur gezielt verfolgt werden, wenn bereits zu diesem Zeitpunkt feststehe, dass sich ein schwerbehinderter oder gleichgestellter Mensch beworben habe.

Zunächst ist nunmehr höchstrichterlich entschieden, dass auch Praktikanten vom persönlichen Anwendungsbereich des AGG (konkret nach § 6 I 1 Nr. 2 AGG) erfasst sind. Diese zutreffende Sichtweise folgt bereits aus dem Wortlaut des § 6 I 1 Nr. 2 AGG, wonach der Terminus „Berufsbildung“ eben nicht nur „klassische“ Ausbildungsverhältnisse nach dem BBiG umfasst, sondern alle Tätigkeiten, bei denen berufliche Fertigkeiten, Kenntnisse oder Erfahrungen erlangt werden. Außerdem entspricht diese Lesart des AGG europarechtlichen Vorgaben. Nach Inhalt und der Zielsetzung der RL 2000/78/EG soll jeder „in Beschäftigung und Beruf“ gleichbehandelt werden – mithin auch Praktikanten oder etwa Volontäre.

#### **4. BAG: Urlaubsansprüche bei rechtswidriger Kündigung und neuem Arbeitsverhältnis**

Ein Arbeitnehmer erwirbt bei einer rechtswidrigen Arbeitgeber-Kündigung und Abschluss eines neuen Arbeitsverhältnisses mit einem anderen Arbeitgeber ebenfalls den Jahresurlaubsanspruch. Dieser wird jedoch zur Vermeidung doppelter Urlaubsansprüche kalenderjahresbezogen nach Tagen auf den Urlaubsanspruch bei dem Arbeitgeber, der die rechtswidrige Kündigung ausgesprochen hat, angerechnet.

BAG Urt. v. 5.12.2023 – [9 AZR 230/22](#); Vorinstanz: LAG Niedersachsen – 15 Sa 885/21

Der Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin fristlos am 23.12.2019. Der dagegen erhobenen Kündigungsschutzklage gab das Arbeitsgericht mit Urteil vom 9.9.2020 statt. Das Arbeitsverhältnis endete dann aufgrund einer außerordentlichen Kündigung des Beklagten zum Ende des Monats Mai 2021.

Während des Kündigungsrechtsstreits hatte die Klägerin zum 1.2.2020 ein Arbeitsverhältnis mit einem neuen Arbeitgeber abgeschlossen und erhielt dort im Jahr 2020 25 Urlaubstage sowie vom 1.1. bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zehn Urlaubstage. Beim Beklagten hatte die Klägerin einen Urlaubsanspruch von 25 Urlaubstagen, berechnet auf eine Fünf-Tage-Woche.

Mit der Klage macht sie noch die Abgeltung von fünf Urlaubstagen aus dem Jahr 2020 und zwei Urlaubstagen aus dem Jahr 2021 geltend. Ihrer Auffassung nach scheidet eine Anrechnung des im neuen Arbeitsverhältnis gewährten Urlaubs auf den vertraglichen Mehrurlaub aus dem

Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten aus. Das Arbeitsgericht und das LAG haben die Klage abgewiesen.

Die Revision der Klägerin ist nur teilweise erfolgreich. Auf den Urlaubsanspruch der Klägerin gegen den Beklagten für das Jahr 2020 von 25 Arbeitstagen sind die ihr von ihrem neuen Arbeitgeber für das Jahr 2020 gewährten 25 Urlaubstage anzurechnen.

Die Klägerin hat auf eine Fünf-Tage-Woche berechnet einen Anspruch auf 25 Urlaubstage pro Jahr. Bei Doppelarbeitsverhältnissen entstehen grds. nach der erfüllten Wartezeit gem. §§ 1, 3 Abs. 1, § 4 BUrlG in beiden Arbeitsverhältnissen die Urlaubsansprüche. Die Regelung des § 6 Abs. 1 BUrlG gilt nur bei aufeinanderfolgenden Arbeitsverhältnissen.

Deshalb besteht bei parallelem Arbeitsverhältnis eine Regelungslücke, die durch die analoge Anwendung von § 11 Nr. 1 KSchG und § 615 Satz 2 BGB zu schließen ist. Danach ist kalenderjahresbezogen ein in einem neuen Arbeitsverhältnis gewährter Urlaub nur für dasselbe Jahr anzurechnen, jedoch nicht für das Folgejahr.

Dies gilt auch für den vertraglich vereinbarten Zusatzurlaub, wenn – wie vorliegend – der Arbeitsvertrag nicht zwischen gesetzlichem Urlaub und Mehrurlaub differenziert. Dabei ist allein auf die Anzahl der gewährten Urlaubstage abzustellen.

Da die Klägerin beim neuen Arbeitgeber 25 Urlaubstage für das Jahr 2020 erhalten hat, steht ihr insoweit kein Anspruch mehr zu. Ein Urlaubsanspruch für das Jahr 2021 besteht grundsätzlich. Nach der Zurückverweisung muss das LAG nun prüfen, wie viele Urlaubstage der Klägerin für das Jahr 2021 in dem zweiten Arbeitsverhältnis tatsächlich gewährt worden sind.

Das Bundesurlaubsgesetz regelt Urlaubsansprüche in „doppelten“ Arbeitsverhältnissen bei Ausspruch einer rechtswidrigen Kündigung nicht.

Das BAG schließt diese Lücke durch die analoge Anwendung von § 11 KSchG und § 615 Satz 2 BGB, indem es kalenderjahresbezogen die jeweils gewährten Urlaubstage anrechnet, so dass es nicht zu doppelten Urlaubsansprüchen in beiden Arbeitsverhältnissen kommt.

## **5. BAG zu Urlaubsabgeltung: Zusatzurlaub für Schwerbehinderte wird vorrangig getilgt**

Können durch Urlaubsgewährung nicht alle auf unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen basierenden Urlaubsansprüche getilgt werden und liegt keine Tilgungsbestimmung vor, so gilt die in § 366 Absatz 2 BGB geregelte Tilgungsreihenfolge mit der Maßgabe, dass zuerst alle gesetzlichen Ansprüche erfüllt werden.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, in welcher Reihenfolge die Urlaubsansprüche, die auf unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen basieren, durch Gewährung getilgt werden. ([BAG, Urteil vom 1.3.2022-9 AZR 353/21](#))

Die Parteien streiten über die Abgeltung von Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen aus dem Jahre 2016. Der Kläger war bei der Beklagten von 1976 bis zum 31.08.2020 tätig. Auf das Arbeitsverhältnis fand ein Manteltarifvertrag Anwendung, der eigenständige Regelungen zum Umfang und zur Abgeltung von Urlaubstagen enthielt. Für das Kalenderjahr 2016 gewährte die Beklagte dem Kläger insgesamt 26 Tage Urlaub, ohne eine Tilgungsbestimmung vorzunehmen. Vom 08.09.2016 bis 30.06.2017 war der Kläger arbeitsunfähig. Ab dem 01.07.2017 war er aufgrund einer Vorruhestandsvereinbarung von der Arbeitsleistung freigestellt. Der Kläger verlangt Abgeltung von 5 Tagen Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen aus 2016, da die Beklagte keine Tilgungsbestimmung vorgenommen habe. Dies habe zur Folge, dass vorrangig der weniger geschützte Tarifurlaub erfüllt worden sei. Das Arbeitsgericht (ArbG) Bielefeld gab der Klage statt, das Landesarbeitsgericht (LAG) Hamm wies die Berufung ab.

Die Revision der Beklagten war erfolgreich. Nach Auffassung des BAG hatte der Kläger keinen Anspruch auf Abgeltung der für 5 Tage Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen. Es hätten dem Kläger für das Jahr 2016 37 Urlaubstage zugestanden. Dieser setze sich aus 32 Tagen gesetzlichem Mindesturlaub und übergesetzlichem Tarifurlaub zusammen und den 5 Tagen Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen. Der Zusatzurlaub sei jedoch durch Erfüllung erloschen. Auf die Erfüllung von Ansprüchen auf Erholungsurlaub, die auf unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen beruhen und für die unterschiedliche Regelungen gelten, finde § 366 BGB „Anrechnung der Leistung auf mehrere Forderungen“ Anwendung.

Die Tilgungsreihenfolge nach § 366 Absatz 2 BGB werde durch den hypothetischen Parteiwillen ersetzt. Im Verhältnis von tariflichen Mehrurlaubsansprüchen und gesetzlichem Mindesturlaubsanspruch finde § 366 BGB entsprechend Anwendung im Verhältnis des Zusatzurlaubs für schwerbehinderte Menschen und sonstigen Erholungsurlaubsansprüchen finde § 366 BGB unmittelbar Anwendung. Allerdings sei die in § 366 Absatz 2 BGB vorgegebene Tilgungsreihenfolge unter Berücksichtigung der Besonderheiten des gesetzlichen Mindesturlaubs unter Vermeidung systemwidriger Ergebnisse zu modifizieren. Gewähre ein Arbeitgeber Erholungsurlaub, ohne eine Tilgungsbestimmung vorzunehmen, werden nach Auffassung des BAG zuerst die gesetzlichen Urlaubsansprüche getilgt. Daher habe die Beklagte durch die Gewährung von 26 Urlaubstagen den gesetzlichen Mindesturlaub und den Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen vollständig erfüllt.

Das BAG hatte sich bereits mehrfach damit zu befassen, in welchem Verhältnis die unterschiedlichen Urlaubsansprüche zueinanderstehen, wenn der Arbeitgeber diese nicht vollständig in einem Kalenderjahr gewährt. Bisher hat der 9. Senat des BAG eine Anwendung des § 366 BGB abgelehnt. Wenn eine arbeits- oder tarifvertragliche Regelung im Hinblick auf den Umfang des Urlaubsanspruchs nicht zwischen den gesetzlich und den arbeits- oder tarifvertraglichen Ansprüchen unterscheidet und dem Arbeitnehmer einen über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehenden Anspruch einräumt, ist der 9. Senat bisher davon ausgegangen, dass es sich um einen einheitlichen Urlaubsanspruch handle, der auf verschiedenen Anspruchsgrundlagen beruhe, aber nicht um selbständige Urlaubsansprüche. Mit seiner neuen Entscheidungen stützt der Senat die bisherige Auslegung nun doch auf § 366 BGB. Allerdings wird dafür die Tilgungsreihenfolge aus § 366 Absatz 2 BGB umgekehrt und haben in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung eine vorrangige Erfüllung des gesetzlichen Mindesturlaubs und des Zusatzurlaubs für schwerbehinderte Menschen angenommen. Der übergesetzliche Urlaub wird nachrangig erfüllt.

## **6. LAG: Kein immaterieller Schadensersatz bei verspäteter DS-GVO-Auskunft**

Die nicht fristgerechte Erteilung einer Auskunft gem. Art. 15 I DS-GVO begründet keinen immateriellen Schadensersatzanspruch gem. Art. 82 I DS-GVO.

Das bloße Berufen auf einen „Kontrollverlust“ hinsichtlich der eigenen personenbezogenen Daten stellt keinen ersatzfähigen immateriellen Schaden dar. (

Die Klägerin ist bei der Beklagten seit 2002 in Vollzeit tätig. Mit Klage vom 12.7.2022 verlangte die Klägerin die Entfernung zweier ihr erteilter Abmahnungen und machte mit außergerichtlichem Schreiben vom 13.7.2022 unter Verweis auf Art. 15 DS-GVO und unter Wiedergabe dessen Wortlauts Auskunfts- und Kopieerteilungsanspruch gem. Art. 15 I, III DS-GVO geltend. Die Beklagte erteilte mit Schreiben vom 30.8.2022 die begehrten Auskünfte, eine Datenkopie übermittelte sie nicht. Die Übergabe einer Datenkopie machte die Klägerin sodann im Wege der Klageerweiterung geltend und beantragte eine Schadensersatzzahlung iHv 3.000 EUR gem. Art 82 I DS-GVO wegen verspäteter und unvollständiger Auskunft. Der ihr entstandene Schaden folge aus dem Kontrollverlust über die

personenbezogenen Daten. Das ArbG, das aufgrund eines in der Kammerverhandlung geschlossenen Teilvergleichs hinsichtlich der Abmahnungen nur noch über den DS-GVO-Schadensersatz zu entscheiden hatte, sprach der Klägerin eine Schadensersatzzahlung von 1.000 EUR zu und wies die Klage im Übrigen ab.

Auf die Berufung beider Parteien hin hob das LAG ([LAG Rheinland-Pfalz Urt. v. 8.2.2024 – 5 Sa 154/23](#)) das erstinstanzliche Urteil auf und wies die Klage ab. Ein Schadensersatzanspruch folge weder aus der Überschreitung der Monatsfrist gem. Art. 12 III 1 DS-GVO, noch aus der fehlenden Übermittlung der Datenkopie. Die Beantwortung des „formelhaften Auskunftsverlangens“ sei unstreitig zwar verspätet erfolgt. Allerdings führe die nicht fristgerechte Auskunftserteilung allein nicht zu einem immateriellen Schadensersatzanspruch. Insoweit teile die erkennende Kammer die Rechtsansicht anderer Landesarbeitsgerichte, wonach der bloße Verstoß gegen die Vorgaben der DS-GVO nicht genüge, um einen Schadensersatzanspruch gem. Art. 82 I DS-GVO zu begründen. Hierfür streite der Wortlaut des Art. 82 I DS-GVO, wonach tatbestandliche Anspruchsvoraussetzung das Vorliegen eines Schadens sei. Dieser solle zwar nach Erwägungsgrund Nr. 146 S. 3 DS-GVO im Lichte der Rechtsprechung des EuGH und auf eine Art und Weise weit ausgelegt werden, die den Zielen der DS-GVO in vollem Umfang entspreche. Ein solches weites Verständnis des Schadensersatzanspruchs bedeute aber nicht, dass vom Vorliegen eines konkreten Schadens gänzlich abgesehen werden könne. Verspätete Auskünfte an eine Person gem. Art. 15 I DS-GVO seien damit nicht haftungsauslösend. Der von der Klägerin angeführte „Kontrollverlust“ über ihre personenbezogenen Daten stelle keinen ersatzfähigen immateriellen Schaden dar. Überdies sei im Streitfall auch nicht erkennbar, worin der „Kontrollverlust“ der Klägerin bestehen solle. Zutreffend weise die Beklagte darauf hin, dass die Daten der Klägerin nicht „außer Kontrolle“ geraten seien, sondern für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet worden seien und insoweit eine Berechtigung zur Datenverarbeitung gem. § 26 BDSG bestanden habe. Ein ersatzfähiger immaterieller Schaden liege auch nicht in der nicht fristgerechten Antwort auf das Auskunftsverlangen. „Bloßer Ärger“ des Betroffenen genüge ebenso wenig wie das „bloße Warten“ auf die Auskunft, um einen immateriellen Schaden annehmen zu können. Diese Sichtweise stehe im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH (4.5.2023 – C-300/21, NZA 2023, 621 – Österreichische Post AG), wonach zwar keine Erheblichkeit des Schadens notwendig sei, aber gleichwohl der Nachweis eines irgendwie gearteten immateriellen Schadens. Soweit die Klägerin meine, dass die um 18 Tage verspätete Auskunft eine „Demütigung“ der Klägerin darstellen solle, sei dies objektiv nicht nachvollziehbar. Soweit sich die Klägerin auf eine Nicht-Vorlage der Datenkopie berufe, so fehle es an einer Pflichtverletzung der Beklagten. Die Klägerin habe sich in ihrem Auskunftsbegehren auf eine bloße Wiedergabe des Normwortlauts beschränkt. Dies lasse nicht erkennen, von welchen personenbezogenen Daten eine Kopie verlangt werde. Eine derartig unbestimmte Geltendmachung genüge für einen Anspruch gem. Art. 15 III 1 DS-GVO grundsätzlich nicht.

## **7. LAG: Maßregelungsverbot und krankheitsbedingte Kündigung im Kleinbetrieb**

Für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 612a BGB und insbesondere für den Kausalzusammenhang zwischen benachteiligender Maßnahme und zulässiger Rechtsausübung trägt der klagende Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast.

[LAG Köln Urt. v. 23.1.2024 – 4 Sa 389/23](#); Vorinstanz: ArbG Köln – 4 Ca 4242/22

Immerhin bei 17 DDN-Mitglieder gibt es weniger als 10 Beschäftigte, weshalb gemäß § 23 Absatz 1 KSchG der größte Teil des ersten Abschnitts dieses Gesetzes bei Ihnen keine Anwendung findet. Das gilt auch für Einrichtungen mit mehr als 10 Beschäftigten, wenn bei Zugrundelegung der

Berechnungsregelung des § 23 Absatz 1 Satz 4 die Zahl 10 nicht überschritten wird. Bei ihnen überprüfen die Arbeitsgerichte Kündigungen nicht anhand der strengen Vorgaben des § 1 KSchG.

Die Klägerin war bei der Beklagten, die eine Zahnarztpraxis mit nicht mehr als zehn Arbeitnehmern betreibt, beschäftigt. Es gab Konflikte zwischen der Klägerin und anderen Beschäftigten. Die Ursachen hierfür sind streitig. Nach dem Ende einer durch eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nachgewiesenen Krankheit, einem Freitag, meldete sich die Klägerin am darauffolgenden Montag, den 30.5.2022, erneut krank. Die Parteien telefonierten dann, wobei der Inhalt des Telefongesprächs streitig ist. Am gleichen Tag kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 30.6.2022.

Die Klägerin behauptet, im Telefonat habe die Beklagte sie zur Auskunftserteilung über die Erkrankung aufgefordert und erklärt, ihr wegen des Fernbleibens von der Arbeit zu kündigen. Die Beklagte bestreitet beides. Im Gespräch habe die Klägerin ihr unberechtigte Vorwürfe zu betrügerischen Abrechnungen gegenüber Patienten gemacht. Seit zwei Jahren habe es i.Ü. Konflikte zwischen der Klägerin und dem übrigen Team gegeben. Sie habe sich immer um eine Vermittlung bemüht.

Das Arbeitsgericht hat die auf Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses gerichtete Klage abgewiesen. Das LAG weist die Berufung zurück. Nach § 612a BGB dürfe der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer nicht deshalb benachteiligen, weil dieser in zulässiger Weise seine Rechte ausübe. Voraussetzung für die Annahme eines Verstoßes gegen das Maßregelungsverbot sei, dass die zulässige Rechtsausübung des Arbeitnehmers das wesentliche Motiv für die benachteiligende Maßnahme sei, die auch eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses sein könne.

Der klagende Arbeitnehmer, der die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des § 612a BGB und damit auch für den Kausalzusammenhang zwischen benachteiligender Maßnahme und der unzulässigen Rechtsausübung trage, habe einen Fall vorzutragen, der auf einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Maßnahme des Arbeitgebers und einer vorangegangenen zulässigen Ausübung von Rechten hindeute.

Dem Vortrag der Klägerin sei nicht zu entnehmen, dass die Beklagte „vornehmlich“ gekündigt habe, weil die Klägerin trotz Arbeitsunfähigkeit nicht zur Arbeit erschienen sei. Die Klägerin habe vor der Kammer eingeräumt, dass dies von der Beklagten nicht so formuliert worden sei. Zudem habe sie erklärt, dass Gegenstand des Telefonats auch Konflikte am Arbeitsplatz und ihre eigenen Beschwerden bezüglich der Abrechnungen gegenüber Patienten gewesen seien. Aus dem Vortrag der Klägerin ergebe sich, dass auch die sonstigen Unstimmigkeiten der Parteien Anlass für die Kündigung gewesen sein können. Damit sei der Rückschluss, die Beklagte habe die Kündigung vornehmlich aufgrund des krankheitsbedingten Fernbleibens von der Arbeit ausgesprochen, unmöglich.

Konsequenzen für die Praxis Das LAG weist zudem darauf hin, es sei auch vor dem Hintergrund des § 612a BGB nicht zu beanstanden, wenn der Arbeitgeber im Kleinbetrieb eine Kündigung auf Unstimmigkeiten und Probleme im zwischenmenschlichen Umgang stützt.

Es ist richtig, dass die zulässige Rechtsausübung durch den Arbeitgeber der tragende Beweggrund bzw. das wesentliche Motiv für die Maßnahme sein muss. Die bloße Mitursächlichkeit genügt nicht (so auch BAG, Urt. v. 20.5.2021 – 2 AZR 560/20). Eine Kündigung aus Anlass einer Krankmeldung ist nur dann nach § 612a BGB unzulässig, wenn gerade das zulässige Fernbleiben von der Arbeit sanktioniert werden soll. Wenn der Arbeitgeber kündigt, um zukünftige Betriebsablaufstörungen durch Krankheitszeiten zu vermeiden, fehlt es hingegen an einem unlauteren Motiv für die Kündigung (BAG, Urt. v. 20.5.2021 – 2 AZR 560/20).

## 8. LAG: Zuschläge für freigestellte Betriebsratsmitglieder?

Im vom [LAG Hessen Urt. v. 13.6.2023 – 12 Sa 1293/22](#) entschiedenen Fall streiten die Parteien um den gemäß § 37 Abs. 3 BetrVG Entgeltfortzahlungsanspruch der für die Erledigung der Aufgaben als Betriebsratsaufgaben Arbeitsbefreiten Betriebsratsmitglieder. Der Sachverhalt ist auf diakonische Einrichtungen, für die § 19 Abs. 2 MVG-EKD den Entgeltfortzahlungsanspruch arbeitsbefreiter Mitarbeitervertretungsmitglieder weitgehend inhaltsgleichregelt, übertragbar.

Die Parteien streiten über die Zahlung von Wechselschichtzulagen sowie um die Höhe einer Zulagenpauschale, die bei dem Beklagten tarifvertraglich bezahlt wird (sog. „Funktionszulage“). Der Beklagte ist ein gemeinnütziger Verein, der unter anderem einen Rettungsdienst betreibt. Der Kläger ist dort seit 2013 als Notfallsanitäter beschäftigt. Der Kläger ist freigestelltes Mitglied des Betriebsrats. Vor Beginn der Freistellung war der Kläger ausschließlich in Wechselschicht tätig. Die Betriebsratstätigkeiten führt der Kläger regelmäßig zu üblichen Bürozeiten von Montag bis Freitag aus, in denen er Zuschläge für Nacht-, sowie Sonn- und Feiertagsarbeit und eine Rufbereitschaftspauschale nicht verdienen kann. Er führt die Betriebsratstätigkeit auch nicht in Wechselschicht aus. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Wechselschichtzulage und die Funktionszulage stünden ihm während seiner Freistellung in voller Höhe zu. Wäre er nämlich nicht freigestellt, wäre er vollständig in das Schichtsystem der Beklagten integriert und würde dementsprechend die Zuschläge erhalten. Sein Anspruch ergäbe sich insbesondere aus § 37 Abs. 2 und Abs. 4 BetrVG. Das Arbeitsgericht wies die Klage ab. Das LAG Hessen bestätigte dies und wies die Berufung zurück. Eine Revision vor dem BAG ist anhängig.

Das LAG Hessen stellt zunächst mit Verweis auf die BAG-Rechtsprechung (BAG vom 18. Mai 2016 7 AZR 401/14) fest, dass § 37 Abs. 2 BetrVG keinen eigenständigen Vergütungsanspruch begründet, sondern den Entgeltanspruch des Betriebsratsmitglieds aus § 611a Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag sowie dem ggf. anzuwendenden Tarifvertrag sichert. Das Verbot der Minderung des Arbeitsentgelts bedeute, dass dem Betriebsratsmitglied das Arbeitsentgelt weiterzuzahlen sei, das es verdient hätte, wenn es keine Betriebsratstätigkeit geleistet, sondern gearbeitet hätte. Das Arbeitsentgelt ist nach dem Lohnausfallprinzip fortzuzahlen. Dabei gehören zum Arbeitsentgelt grundsätzlich alle Vergütungsbestandteile, d.h. neben der Grundvergütung auch Zuschläge für Mehr-, Über-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit. Diese werden für die Erschwernis der Arbeit zu ungünstigen Zeiten gewährt und dienen nicht dem Ersatz von tatsächlichen Mehraufwendungen, die dem Arbeitnehmer bei der Erbringung der Arbeitsleistung entstehen.

Nach Ansicht des LAG Hessen stehen dem Kläger für die Zeit seiner Betriebsratstätigkeit weder die Funktions- noch die Wechselschichtzulage zu, weil er die Betriebsratstätigkeit zu Zeiten erbrachte, zu welchen die Zulagen nicht zu zahlen seien. Er verrichtete die Betriebsratstätigkeiten weder in Wechselschicht, noch sei er im Rahmen seiner Freistellung nachts oder an Sonn- oder an Feiertagen tätig geworden. Auch habe er sich nicht in Rufbereitschaft befunden. Der Umstand, dass der Kläger die entsprechenden Zulagen im Rahmen seiner Betriebsratstätigkeit nicht erhält, beruhe ferner nicht auf seiner Freistellung, sondern darauf, dass er die Betriebsratstätigkeiten nur zu üblichen Geschäftszeiten ausführe. Im Gegensatz zu dem vom BAG beschiedenen Sachverhalt des Rechtsstreits 7 AZR 401/14 habe es zwar vorliegend keine ausdrückliche Vereinbarung zwischen den Parteien gegeben, wonach der Kläger für die Dauer seiner Freistellung nur zu den üblichen Geschäftszeiten Betriebsratstätigkeiten erbringen soll, hierauf komme es jedoch auch nicht entscheidend an. Maßgebend sei, dass der Kläger diese Zeiten eigenverantwortlich wählt; er sei für die geänderte Arbeitszeitlage verantwortlich.

Der geltend gemachte Anspruch ergebe sich auch nicht aus § 78 S. 2 BetrVG. Zwar erhalte der Kläger im Gegensatz zu seinen Kollegen, die im Wechselschichtsystem tätig sind, die Wechselschicht- und

Funktionszulagen nicht, allerdings sei er mit diesen Mitarbeitern auch nicht vergleichbar. Die besonderen Erschwernisse und Belastungen, die durch die Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit, die Rufbereitschaft und das Wechselschichtsystem ausgelöst werden, träfen ihn nicht. Ganz im Gegenteil: Die Zahlung der Zulagen an den Kläger für Freistellungszeiten während der üblichen Geschäftszeiten würden diesen nach Auffassung des LAG Hessen gegenüber den anderen Mitarbeitern sogar besserstellen. Nach § 78 S. 2 BetrVG dürfen Mitglieder des Betriebsrats wegen ihrer Tätigkeit jedoch weder benachteiligt noch begünstigt werden.

Das BAG entschied zuletzt im Jahr 2016, dass Nachtarbeitszuschläge für ein Betriebsratsmitglied, das außerhalb der Nachtarbeitsstunden Betriebsratsaufgaben wahrnimmt, nach § 37 Abs. 2 BetrVG nicht zu gewähren sind, wenn es vor der Amtsübernahme Nachtarbeit geleistet hat und seine Arbeitszeit anlässlich der Amtsübernahme einvernehmlich auf die Tagarbeitsstunden verschoben wurde ([Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 401/14](#)). Vorliegend gab es im Gegensatz zu dem vom BAG entschiedenen Fall zwar keine ausdrückliche Vereinbarung zwischen den Parteien, dass der Kläger für die Dauer seiner Freistellung nur zu den üblichen Geschäftszeiten Betriebsratstätigkeiten erbringen soll, hierauf kommt es aus Sicht des LAG Hessen jedoch nicht entscheidend an. Maßgebend sei vielmehr, dass der Kläger die Zeiten eigenverantwortlich gewählt habe und damit für die geänderte Arbeitszeitlage verantwortlich sei. Darüber hinaus unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt von dem BAG-Urteil im Jahre 2016 darin, dass der Kläger gem. § 38 BetrVG vollständig freigestellt war. Das LAG Hessen knüpft hieran in der Sache keine unterschiedliche Bewertung.

Mit dieser Entscheidung geht das LAG Hessen über die BAG-Entscheidung aus dem Jahr 2016 hinaus. Es bleibt abzuwarten, ob sich das BAG den Ausführungen des LAG im Rahmen der bereits anhängigen Revision anschließen wird. In jedem Fall wird die zu erwartende Entscheidung für die Praxis ein wichtiger Wegweiser sein.

## **9. LAG: bAV - Anspruchsausschluss durch tarifliche Regelung**

Zur Frage, ob diakonische Arbeitgeber gemäß § 1a Abs. 1a BetrAVG zur Zahlung Zuschusses von 15 % des im Rahmen der Entgeltumwandlung erfolgenden Zahlung des Eigenanteils der Arbeitnehmende zur Zusatzversicherungsversicherung eine wichtige Entscheidung veröffentlicht.

Gem. der Entscheidung [LAG Niedersachsen, Beschluss v. 16.10.2023 - 15 Sa 224/23 B](#) kann der Anspruch auf Zahlung eines (vgl. § 1a Abs. 1a BetrAVG) auch durch eine tarifvertragliche Regelung zur Entgeltumwandlung (§ 19 Abs. 1 BetrAVG) ausgeschlossen werden, die bereits vor Inkrafttreten der Regelung des § 1a Abs. 1a BetrAVG bestanden hat. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des § 1a Abs. 1a BetrAVG bereits aufgrund eines bestehenden Entgeltumwandlungssystems gezahlte Zuschüsse sind auf den Zuschuss nach § 1a Abs. 1a BetrAVG anzurechnen.

Sollte ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Zahlung des gesetzlichen Arbeitgeberzuschusses dennoch bestanden haben, sei dieser aber jedenfalls durch die Zahlung des Altersvorsorgegrundbetrags erfüllt, so das Gericht. Der Altersvorsorgegrundbetrag werde durch seine Zusage zum Entgelt zum Grundstock der Entgeltumwandlung und genieße daher mit dem darüber hinaus umzuwandelnden Entgelt des Arbeitnehmers die gesetzlichen Vorteile. Der Grundbetrag erfülle damit unmittelbar auch den Zweck des § 1a Abs. 1a BetrAVG und führe zu einer eigenständigen Ausgestaltung der Entgeltumwandlung. Die Revision wurde zugelassen.

## **10. LAG: Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall im Abrufarbeitsverhältnis**

Liegen in einem Abrufarbeitsverhältnis zwischen bescheinigten Arbeitsunfähigkeitszeiträumen mehrtägige und nicht nur das Wochenende umfassende Zeiten ohne bescheinigte Arbeitsunfähigkeiten, so kann aus der bloßen Tatsache, dass in diesen Zeiten keine Dienstpläneinteilungen bestanden haben, kein Indiz für das Vorliegen einer Einheit des Verhinderungsfalls abgeleitet werden. Das entschied das [LAG Baden- Württemberg, Urteil v. 28.2.2024 - 4 Sa 32/23](#). Das Gericht konnte hier keine Einheit des Verhinderungsfalls zwischen den beiden bescheinigten Arbeitsunfähigkeitszeiträumen im März 2022 und den vorangegangenen Arbeitsunfähigkeitszeiträumen erkennen. Es gebe keine sich unmittelbar zeitlich aneinander anschließenden Arbeitsunfähigkeitszeiträume mit der Folge, dass ein weiterer Anspruch auf Entgeltfortzahlung (§ 3 Entgeltfortzahlungsgesetz – EntgFG) entfielen. Die feststellbaren Unterbrechungszeiten seien auch länger als nur ein arbeitsfreier Tag oder ein Wochenende, so dass nicht (ohne Weiteres) ein indizieller unmittelbarer Zusammenhang zwischen den davor und danach liegenden Arbeitsunfähigkeitszeiten hergestellt werden könne. Eine Erschütterung der Beweiswerte der Erstbescheinigungen könne demnach nicht angenommen werden. Da den Arbeitnehmer in Abrufarbeitsverhältnissen auch in Zeiten fehlender Arbeitspflicht Mitteilungs- und Nachweispflichten träfen (vgl. § 5 Abs. 1 EntgFG), könne ein beweiserschütterndes Indiz nicht daraus konstruiert werden, dass der Arbeitnehmer in den Zwischenzeiträumen zwischen den bescheinigten Arbeitsunfähigkeitszeiten nicht arbeitspflichtig und deshalb auch „nicht nachweispflichtig“ gewesen wäre.

## **11. LAG: Sabbatical – Vergütung und Kürzung des Urlaubs während der Freistellungsphase**

Ein Sabbatical, also eine verblockte Teilzeit aufgrund einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung, führt nicht zu einer vergütungspflichtigen Mehrarbeit in der Ansparphase. Vielmehr vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien, dass der Arbeitnehmer während der gesamten Laufzeit des Sabbaticals in Teilzeit arbeitet. Während der aktiven Phase wird dabei ein Wert- bzw. Zeitguthaben aufgebaut durch Erhöhung der vereinbarten Teilzeit, während in der passiven Phase eine völlige Freistellung unter Weiterzahlung der vereinbarten (Teilzeit) Vergütung erfolgt.

Urlaubsrechtlich besteht für die Zeit der völligen Freistellung kein gesetzlicher oder tarifvertraglicher Anspruch auf Erholungsurlaub. Da der gesetzliche Urlaubsanspruch jahresbezogen zu ermitteln ist, ist bei einer geringeren völligen Freistellung als 12 Monate der Urlaubsanspruch für das betreffende Jahr nach der Formel Anzahl der Urlaubstage x Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht : 312 Werktage bzw. 260 Arbeitstage bei einer 5-Tage-Woche zu errechnen (amtl. Leitsätze des [LAG Berlin- Brandenburg, Urteil vom 16.2.2024 – 1 Sa 1108/23](#)).

## **12. OLG Hamburg: Anspruch auf Löschung negativer Bewertungen auf Kununu**

Arbeitgeber haben nach einer aktuellen Entscheidung des OLG Hamburg gegen Arbeitgeber-Bewertungsplattformen wie „Kununu“ einen Anspruch auf Löschung einer Bewertung, wenn das Portal die bewertende Person auf Rüge des Arbeitgebers nicht ausreichend individualisiert. Der Portalbetreiber müsse die Person, die die Bewertung abgeben habe, so individualisieren, dass der Arbeitgeber das Vorliegen eines geschäftlichen Kontaktes überprüfen könne. Das gelte auch, wenn der Portalbetreiber einwende, diese Individualisierung aufgrund datenschutzrechtlicher Bestimmungen nicht vornehmen zu dürfen ([OLG Hamburg, Beschl. v. 8.2.2024 – 7 W 11/24](#)).

Die antragstellende Arbeitgeberin wendete sich gegen mehrere Bewertungen auf der Plattform Kununu. Hierzu beauftragte sie eine spezialisierte Anwaltskanzlei, die damit wirbt, gegen Zahlung

pauschalierter Festhonorare Einträge in Bewertungsportalen löschen zu lassen. Die Antragstellerin zweifelte gegenüber Kununu an, dass die Bewertungen von Personen verfasst wurden, die bei ihr arbeiten oder gearbeitet haben.

Das Portal forderte daraufhin Identitätsnachweise von den Rezensenten an und führte eine Art interne Plausibilitätsprüfung durch. Im Ergebnis teilte Kununu der Antragstellerin unter Vorlage anonymisierter Dokumente mit, die Urheber seien bei der Antragstellerin beschäftigt gewesen.

Nicht anonymisierte Tätigkeitsnachweise, die der Antragstellerin eine eigene Überprüfung erlaubt hätten, wurden dieser nicht zugesandt. Die Antragstellerin gab sich hiermit nicht zufrieden und forderte von Kununu die Löschung der Beiträge im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes. In erster Instanz wurde der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung abgelehnt.

Das HansOLG gab der hiergegen gerichteten sofortigen Beschwerde statt.

Es bestehe ein Unterlassungsanspruch der Antragstellerin aus § 1004 Abs. 1 BGB analog i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB und dem Unternehmenspersönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1, Art. 19 Abs. 3 GG). Kununu sei dazu verpflichtet, die Bewertungen nicht weiter öffentlich zugänglich zu machen. Die vom BGH für die Haftung des Betreibers eines Internet-Bewertungsportals entwickelten Grundsätze kämen auch bei Arbeitgeber-Bewertungsportalen in vollem Umfang zum Tragen.

Die Antragstellerin sei als mittelbare Störerin zur näheren Überprüfung des Sachverhalts verpflichtet, wenn einzelne Bewertungen unter Behauptung eines Rechtsverstoßes beanstandet würden. Dabei sei es grundsätzlich ausreichend, wenn gerügt werde, dass der Bewertung kein tatsächlicher geschäftlicher Kontakt des Rezensenten mit dem rezensierten Arbeitgeber zugrunde liege. Seine Rüge dürfe der Bewertete solange aufrechterhalten, bis der Rezensent ihm gegenüber so individualisiert werde, dass das Vorliegen eines geschäftlichen Kontaktes überprüft werden kann. Eine solche Beanstandung habe hier stattgefunden. Die Beauftragung einer spezialisierten Kanzlei spreche dabei ebenso wenig für Rechtsmissbrauch wie der Umstand, dass gleich mehrere Bewertungen für denselben Arbeitgeber beanstandet wurden. Eine interne Prüfung durch Kununu, ob tatsächlich ein Beschäftigungsverhältnis vorgelegen habe, genüge nicht den Ansprüchen an die Individualisierung gegenüber der Antragstellerin. Den von der Bewertung Betroffenen dürfe die Möglichkeit zu einer eigenen Überprüfung eines geschäftlichen Kontaktes nicht genommen werden.

Eine abweichende Bewertung sei auch nicht deshalb berechtigt, weil Arbeitnehmer, die sich nach einer Beanstandung ihrer Rezension gegenüber dem Arbeitgeber zu erkennen geben, möglicherweise Repressalien ausgesetzt seien. Zwar erkennt das HansOLG die Möglichkeit eines solchen Geschehens im Ausgangspunkt an. Dies könne aber nicht dazu führen, dass Arbeitgeber öffentliche Kritik hinnehmen müssten, ohne die Möglichkeit zu erhalten, sie auf das Vorliegen einer tatsächlichen Grundlage zu prüfen und sich gegebenenfalls in der Sache zu positionieren. Auch das Datenschutzrecht, insbesondere § 21 TDDSG, führe insoweit nicht zu einer anderen Bewertung. Zweck des Datenschutzrechts sei nicht die Verbreitung anonymer Bewertungen. Das Risiko, dass eine Bewertung nicht verifiziert werden könne, trage grundsätzlich die Plattform im Rahmen ihres typischen Geschäftsrisikos.

Für Arbeitgeber können schlechte Bewertungen auf Kununu erhebliche Probleme in der Mitarbeitergewinnung darstellen. Zudem ist oft nicht nachvollziehbar, ob wirklich alle (negativen) Bewertungen von gegenwärtigen oder ehemaligen Mitarbeitern – oder beispielsweise von Wettbewerbern – stammen. Schon bisher war es rechtstheoretisch möglich, unsachliche oder unwahre Bewertungen löschen zu lassen. Infolge der Entscheidung des HansOLG wird es für Arbeitgeber erheblich einfacher und kostengünstiger möglich sein, sich gegen ungerechtfertigte Bewertungen zu wehren.

Insbesondere mit Blick auf die datenschutzrechtlichen Ausführungen ist festzuhalten, dass der Rezensent stets das Recht hat, anonym zu bleiben und eine Offenlegung zu verweigern. Der Plattformbetreiber ist dann allerdings verpflichtet, die Rezension zu löschen.

Zwar handelt es sich um eine Entscheidung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, wie auch Kununu herausstellt. Das HansOLG hat die diskutierten Rechtsfragen aber ersichtlich in Kenntnis des Sachverhalts und unter Berücksichtigung der Gegenargumente des Plattformbetreibers abschließend bewertet. Es wäre daher eine große Überraschung, wenn der Senat im Hauptsacheverfahren von seiner nun ausführlich begründeten Rechtsauffassung abweichen würde.

### **13. Erweiterte Führungszeugnisse - Bundesfinanzhof: Kostenerstattung eines kirchlichen Dienstgebers ist kein zu steuernder Arbeitslohn**

Wenn kirchliche Dienstgeber Kosten für die Erteilung erweiterter Führungszeugnisse, zu deren Einholung Mitarbeitende alleinberechtigt sind, erstatten, ist dies kein zu steuernder Arbeitslohn. Dies hat der Bundesfinanzhof entschieden. ([BFH v. 8.2.2024, AZ. VI R 10/22](#)).

Dem Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH) lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die klagenden kirchlichen Dienstgeber einer katholischen Diözese waren durch eine in der Diözese geltende Präventionsordnung gegen sexualisierte Gewalt dazu verpflichtet, sich von bestimmten Mitarbeitenden sowohl zum Zeitpunkt der Einstellung, als auch im Anschluss während des laufenden Beschäftigungsverhältnisses in einem fünfjährigen Turnus, ein erweitertes Führungszeugnis i.S.d. § 30a Bundeszentralregistergesetz (BZRG) vorlegen zu lassen.

Die einschlägige Arbeitsvertragsrichtlinie verpflichtete die Dienstgeber gleichzeitig zur Erstattung der aufgrund der Einholung für die Mitarbeitenden entstandenen Kosten. Für die erstatteten Kosten wurden keine Lohnsteuer durch die Dienstgeber abgeführt, was das zuständige Finanzamt in einer Außenprüfung bemängelte und die Lohnsteuer nachforderte. Die hiergegen gerichtete Klage hatte vor dem Finanzgericht erfolgt.

Die gegen das Urteil des Finanzgerichts vom Finanzamt eingelegte Revision vor dem BFH wurde als unbegründet zurückgewiesen. Die fragliche Kostenerstattung ist kein Arbeitslohn i.S.d. § 19 Abs. 1 Satz 1 Einkommensteuergesetz (EStG). Deshalb liegt keine Steuerpflicht vor.

Die Kostenerstattung ist nicht als Entlohnung im Sinne eines Vorteils zu verstehen, der „für“ eine Beschäftigung gewährt wird. Der Kostenerstattung bedient vorrangig kein Interesse der Mitarbeitenden, sondern hat einen überwiegend eigenbetrieblichen Interessencharakter des Dienstgebers. Dies leitet der BFH daraus ab, dass die klagenden Dienstgeber kirchenrechtlich zur Einholung verpflichtet waren und sich dieser Pflicht nicht entziehen konnten. Es ist nach Ansicht des BFH insofern auch irrelevant, dass die Verpflichtung nicht aus staatlichen Normen, sondern „nur“ aus kirchlichem Recht stammten.

Auch in diakonischen Tarifwerken bestehen Kostenerstattungspflichten für Dienstgeber, die sich von ihren Mitarbeitenden erweiterte Führungszeugnisse vorlegen lassen müssen (vgl. etwa § 3 Abs. 4 Satz 2 AVR.DD, § 2 Abs. 6 TV DN oder § 3 Abs. 5 Satz 2 BAT-KF).

### **14. Nichteinhaltung der Kündigungsfrist bei Eigenkündigung des Arbeitnehmers – und nun?**

Es ist ein Fall, der gar nicht so selten vorkommt: Ein Arbeitnehmer kündigt selbst ordentlich und hält dabei entweder die Kündigungsfrist von vornherein nicht ein, kündigt also nicht fristgerecht oder hat die Frist zu kurz berechnet, oder hört einfach vor Ablauf der Kündigungsfrist auf zu arbeiten.

Die einseitige Abkürzung der Kündigungsfrist durch Arbeitnehmende kann schwerwiegende Konsequenzen bis hin zu wirtschaftlichen Ausfällen oder Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtungen des Arbeitgebers haben, insbesondere wenn nicht rechtzeitig eine Ersatzkraft gefunden und eingearbeitet werden kann. Angesichts des Fachkräftemangels stellt sich die Frage, welche Reaktionsmöglichkeiten Arbeitgeber haben, wenn Arbeitnehmer ohne Einhaltung der jeweils geltenden Kündigungsfrist kündigen, und wie sie ggf. vorsorgen können.

Will der Arbeitgeber nicht auf die Einhaltung der jeweils geltenden Kündigungsfrist verzichten, hat er kaum wirksame Mittel, um den Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung innerhalb der Kündigungsfrist zu verpflichten. Zwar verstößt der Arbeitnehmer gegen seine vertragliche Hauptpflicht, wenn er einfach nicht zur Arbeit erscheint, obwohl die Kündigungsfrist noch läuft. Nach dem Grundsatz „Keine Vergütung ohne Arbeit“ muss der Arbeitgeber die Vergütung des Arbeitnehmers dann nicht fortzahlen. Darüber hinaus berechtigen schwerwiegende Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers den Arbeitgeber – ggf. nach erfolgloser Abmahnung – zur außerordentlichen Kündigung.

All dies hilft aber letztlich nicht weiter, wenn durch das plötzliche Ausscheiden des Arbeitnehmers die Arbeit nicht erledigt werden kann, dem Arbeitgeber wirtschaftliche Schäden drohen und die erforderliche Übergabe an einen Nachfolger ausbleibt:

- Eine arbeitsgerichtliche Verurteilung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung ist gesetzlich unzulässig.
- Wenn durch die plötzliche Abwesenheit des Arbeitnehmers ein Schaden entsteht (z. B. entgangener Gewinn, Vertragsstrafen, Entgelt anderer einspringender Arbeitnehmer), kann der Arbeitgeber ggf. Schadensersatz vom Arbeitnehmer verlangen. In der Praxis ist die Geltendmachung von Schadensersatz jedoch zumeist nicht durchsetzbar, da der Arbeitgeber einen konkreten Schaden und einen (alleinigen) Kausalzusammenhang mit dem vorzeitigen Ausscheiden des Arbeitnehmers nachweisen muss.
- Wechselt der Arbeitnehmer sogar ohne Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zu einem Konkurrenten, verstößt er gegen das vertragliche Wettbewerbsverbot. Auch in diesem Fall ändert der mögliche Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung nichts daran, dass der Arbeitnehmer nicht zur Arbeitsleistung angehalten werden kann. Insoweit kommen jedoch Schadensersatzansprüche in Betracht (z. B. wegen des Verlusts eines Kunden oder eines Wettbewerbsvorteils), wobei der Nachweis eines kausalen Schadens ebenfalls herausfordernd sein kann.

Aus Arbeitgebersicht kann es daher sinnvoll sein, bereits bei Vertragsschluss Vorkehrungen für den Fall zu treffen, dass der Arbeitnehmer die bei Eigenkündigung geltende Kündigungsfrist nicht einhält. Der Vertragsfreiheit sind aber insoweit Grenzen gesetzt. Neben der ausdrücklichen Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes kann im Arbeitsvertrag auch die Androhung einer Vertragsstrafe für den Fall der arbeitnehmerseitigen Nichteinhaltung der Kündigungsfrist u. U. Abschreckungswirkung haben. Diese unterliegt jedoch nach der Rechtsprechung strengen Anforderungen im Hinblick auf ihre Wirksamkeit und Höhe, so darf sie etwa nicht pauschaliert sein und ist der Höhe nach jedenfalls auf die Vergütung begrenzt, die innerhalb der Kündigungsfrist angefallen wäre.

#### **15. Wer trägt die Kosten der Vertrauensperson beim betrieblichen Eingliederungsmanagement?**

„Beschäftigte können zusätzlich eine Vertrauensperson eigener Wahl hinzuziehen“ (§ 167 II 2 SGB IX). In der Praxis stellt sich dabei die Frage, wer die, durch das Tätigwerden der Vertrauensperson im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM), entstandenen Kosten zu tragen hat. Dies gilt vor allem dann, wenn als Vertrauensperson des Beschäftigten ein Rechtsanwalt auftritt und

dieser die Durchführung des BEM davon abhängig macht, dass der Arbeitgeber (auch) die Kosten der Vertrauensperson übernimmt. Wer die durch die Hinzuziehung der Vertrauensperson entstandenen Kosten zu tragen hat, normiert § 167 II SGB IX jedoch nicht. Rechtsprechung lässt sich hierzu (noch) nicht finden. In der einschlägigen Literatur wird die Frage regelmäßig knapp beantwortet. Einheitlich lautet jedoch stets der Tenor: Die Kosten der Hinzuziehung einer Vertrauensperson hat der Beschäftigte zu tragen. Das ist im Ergebnis richtig. Denn für die Geltendmachung eines Anspruchs des Beschäftigten gegen seinen Arbeitgeber auf Erstattung von Kosten iSd § 167 II 2 SGB IX mangelt es bereits an einer tauglichen Anspruchsgrundlage. Mangels gesetzlicher Grundlage verbleiben die Kosten der Vertrauensperson beim Arbeitnehmer.

Dieses Ergebnis deckt sich auch mit § 12a I 1 ArbGG. Demnach besteht im Urteilsverfahren des ersten Rechtszugs kein Anspruch der obsiegenden Partei auf Erstattung der Kosten für die Zuziehung eines Prozessbevollmächtigten oder Beistandes. Zwar findet die Norm hier keine direkte oder gar entsprechende Anwendung, vorliegend kann allerdings zumindest ihr Rechtsgedanke fruchtbar gemacht werden. Der Ausschluss der Erstattung von Kosten gem. § 12a I 1 ArbGG gilt für alle Aufwendungen, die sich durch das Einschalten einer vertretungsberechtigten Person, insbesondere eines Rechtsanwalts, ergeben. Es geht dabei unter anderem um die Beschränkung des Kostenrisikos für die Parteien. Entsprechend der bereits getroffenen Aussagen fällt die Hinzuziehung der Vertrauensperson nicht in den Einflussbereich des Arbeitgebers. Die hierdurch verursachten Kosten sind für ihn also nicht abschätzbar bzw. kalkulierbar. Aufgrund dieses Kostenrisikos ist der Arbeitgeber entsprechend schützenswert, mithin ist ihm die Kostenlast nicht aufzuerlegen.

„Die Arbeitgeber informieren die Beschäftigten über die Möglichkeit, eine Vertrauensperson hinzuzuziehen.“ Arbeitgeber sind daher gut beraten, wenn sie bereits in ihrem „Einladungsschreiben“ zum BEM ausdrücklich darauf hinweisen, dass stets der Arbeitnehmer die Kosten für die Hinzuziehung einer Vertrauensperson nach Maßgabe des § 167 II 2 SGB IX zu tragen hat.

## **16. Vermögenswirksame Leistungen - Anwendung des [5. VermBG](#) (BMF)**

Das BMF hat zur Anwendung des Fünften Vermögensbildungsgesetzes ([5. VermBG](#)) ab dem 1.1.2024 unter Berücksichtigung der jüngsten gesetzlichen Änderungen durch das Zukunftsfinanzierungsgesetz i.V.m. der Verordnung zur Durchführung des Fünften Vermögensbildungsgesetzes ([Fünftes Vermögensbildungsgesetz-Durchführungsverordnung Stellung genommen \(BMF, Schreiben v. 31.5.2024 - IV C 5 - S 2439/19/10003 :005\)](#)).

Es ist auf [der Homepage des BMF](#) veröffentlicht.

Quelle: [BMF, Schreiben v. 31.5.2024 - IV C 5 - S 2439/19/10003 :005](#) (il)

Ich bin dann mal weg und



mit einem herzlichen „Leben Sie wohl!“ verabschiedete ich mich:

Ihr Robert Johns

**DDN** | Diakonischer Dienstgeberverband  
Niedersachsen