

DDN - Nachrichten 5/2022 vom 15. Dezember 2022**Geschäftsstelle****Robert Johns****Ebhardtstr. 3a****30159 Hannover**Mail: gf@ddniedersachsen.de

Telefon: 0511 - 3604112

Homepage:

www.ddniedersachsen.de**15.12.2022**

Sehr geehrte Damen und Herren,

in der letzten Ausgabe der DDN-Nachrichten im Jahr 2022 sind Überlegungen auf das vor uns liegenden Jahr 2023 durchaus angezeigt. Für die niedersächsischen diakonischen Einrichtungen stehen richtungsweisende Tarifentscheidungen für die branchenverwandten Bereiche an. Erfahrungsgemäß markieren die für Krankenhäuser, für Einrichtungen der Langzeitpflege, sowie der Jugend- und Eingliederungshilfe geltenden Tarifverträge die Ausgangspositionen im Wettbewerb um die Anwerbung und Bind der Fachkräfte. Für den TVÖD werden ab dem 1. Januar 2023 neue Tarifentgelte vereinbart werden. Gleiches gilt für die zwischen den Kommunen und dem Marburger Bund im TV Ärzte vereinbarten Ärztegehälter. Für den TV-L sind zum 1. September 2023 neue Tarifentgelte zu erwarten. Für diejenigen, die die AVR DD anwenden stehen die ab dem 1. Januar 2023 voraussichtlich mindestens für dieses Kalenderjahr geltenden gegenüber zuvor um 5,2%, mindesten aber um 175 € erhöhten Tabellenentgelte bereits fest.

Die gemäß dem TV DN ab dem 1. Januar 2023 geltenden Entgelte stehen für den 1. September 2023 zur Neuvereinbarung an.

Die Ergebnisse der vorgenannten Tarifrunden für die Branche werden richtungsweisend sein. Unter Hinweis auf die enorme Inflation haben die Gewerkschaften hier einen Ausgleich für ihre Mitglieder gefordert. Die Tariflöhne in Deutschland stiegen im Jahr 2022 [lt. vorläufiger Jahresbilanz des Tarifarchivs des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts \(WSI\)](#) der Hans-Böckler-Stiftung gegenüber dem Vorjahr um durchschnittlich 2,7 Prozent; angesichts einer für das Gesamtjahr 2022 zu erwartenden Steigerung der Verbraucherpreise um 7,8 Prozent ergäbe sich hieraus ein durchschnittlicher Rückgang der tarifvertraglich vereinbarten Reallöhne von 4,7 Prozent. Ver.di hat bereits 10,5 %, mindestens aber 500 € höhere Tabellenentgelte gefordert. Der Marburger Bund verlangt eine Anhebung der Ärztegehälter um 12,9 %. Soweit diese Forderung für kommunale Einrichtungen gelten soll, wird diese mit Sicherheit auch für Einrichtungen der Länder aufgestellt werden. Mit den Kommunen und den Ländern erzielte Tarifeinigungen werden erfahrungsgemäß von der Ark Caritas und der Arbeiterwohlfahrt und für weitere

in gemeinnützigen Einrichtungen der freien Wohlfahrtspflege nachgezeichnet. Für den TV DN erzielte Ergebnisse werden an ihnen gemessen werden

Dem Geschick der Verhandlungspartner wird es überlassen bleiben, ob und inwieweit die Möglichkeit der Auslobung von steuer- und sozialversicherungsbeitragsfreier Einmalzahlungen als Instrument zur Erzielung einer Tarifeinigung genutzt wird. Die ARK Caritas hat diese Möglichkeit ausdrücklich als Auftakt zur wegen der anstehenden Neuverhandlungen der TVÖD-Entgelte zu erwartenden Tarifrunde für die AVR Caritas bereits schon genutzt. Nach dem aktuellen ARK-Beschluss erhalten vollzeitbeschäftigte Mitarbeitende eine steuer- und sozialabgabenfreie Einmalzahlung in Höhe von insgesamt 3.000 €, die grundsätzlich in zwei Raten zu je 1.500 € auszuzahlen ist. Als Auszahlungszeitpunkte wurden der 30. Juni 2023 und der 30. Juni 2024 festgelegt.

Lesen sie über aktuelle arbeits- und personalrechtliche Entwicklungen noch nachfolgende Beiträge:

1. **EuGH: Voraussetzungen eines Verbots sichtbarer religiöser Zeichen am Arbeitsplatz**
2. **BAG: Sonderkündigungsschutz des betrieblichen Datenschutz-Beauftragten ist mit Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht vereinbar**
3. **BAG: Ablehnung des Entschädigungsanspruches eines Bewerbers wegen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens**
4. **BAG: Pflicht zur Arbeitszeiterfassung – Mitbestimmungs- und Initiativrecht**
5. **OVG: Aufforderung zur Vorlage von Arbeitszeitnachweisen**
6. **BAG: Rentennähe darf bei der sozialen Auswahl berücksichtigt werden**
7. **BAG: Tätigkeit als Führungskraft ist kein Befristungsgrund**
8. **BAG: Kündigung wegen langanhaltender Krankheit**
9. **BAG: Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen**
10. **LAG: Fehlende negative Zukunftsprognose im Falle häufiger Kurzerkrankungen**
11. **LAG: Kündigung wegen Kurzerkrankungen und Abschluss des BEM**
12. **LAG: Wirksamkeit eines Einigungsstellenspruchs zum Regelungsgegenstand Krankentrückkehrgespräche**
13. **LAG: Keine Pflicht von Beschäftigten sich während ihrer Freizeit nach Dienstplanänderungen zu erkundigen**
14. **LAG: Zulässigkeit und Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Abtretung von Arbeitseinkommen**
15. **KGH: Ablehnung eines Antrags auf Altersteilzeit im Blockmodell**
16. **Vorschlag für ein Hinweisschreiben an Arbeitnehmer zur neuen elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (eAU)**
17. **FAQ-Katalog zu Anwendungsfragen zum Verfahren der eAU**
18. **Nur noch elektronische Arbeitsbescheinigung ab 1.1.2023**

1. **EuGH: Voraussetzungen eines Verbots sichtbarer religiöser Zeichen am Arbeitsplatz**

Eine Bestimmung in der Arbeitsordnung eines Unternehmens, die es Arbeitnehmern verbietet, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen durch Worte, Kleidung oder auf andere Weise zum Ausdruck zu bringen, stellt keine unmittelbare Diskriminierung „wegen der Religion oder der Weltanschauung“ i.S.v.

Art. 2 II Buchst. a der RL 2000/78 dar, wenn diese Bestimmung allgemein und unterschiedslos angewandt wird. Eine dadurch entstehende mittelbare Benachteiligung kann unter Umständen durch eine Neutralitätspolitik des Unternehmens gerechtfertigt sein.

Die Klägerin des Ausgangsverfahrens hatte sich bei einer Genossenschaft zur Vermietung und Verwaltung von Sozialwohnungen um ein unbezahltes sechswöchiges Praktikum beworben. Nach einer Neutralitätsregel in der Arbeitsordnung des Unternehmens waren Arbeitnehmer verpflichtet, „ihre religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugungen [...] weder durch Worte noch durch die Kleidung oder auf andere Weise, zum Ausdruck [zu] bringen“. Im Vorstellungsgespräch erklärte die Klägerin auf Nachfrage, sie werde ihr islamisches Kopftuch am Arbeitsplatz nicht ablegen. Deshalb wurde ihre Bewerbung nicht berücksichtigt. Auch ihren Vorschlag, eine andere Art der Kopfbedeckung zu tragen, lehnte das Unternehmen ab.

Das daraufhin angerufene Arbeitsgericht bat den EuGH um Vorabentscheidung der Frage, ob religiöse, weltanschauliche und politische Überzeugungen ein einheitliches geschütztes Merkmal seien mit der Folge, dass Personen mit anderen als religiösen Überzeugungen nicht als Vergleichsgruppe zur Feststellung einer unmittelbaren Diskriminierung wegen der Religion dienen könnten. Zweitens sollte der EuGH beantworten, ob nationale Vorschriften, die religiöse, weltanschauliche und politische Überzeugungen jeweils getrennt schützen, um diesen Schutz durch Hervorhebung der jeweiligen Besonderheiten zu verstärken, als günstigere Vorschriften nach Art. 8 I der RL 2000/78 gelten. Drittens fragte das Gericht, ob eine allgemeine Neutralitätsregel eine unmittelbare Diskriminierung sein könne, wenn sie dazu führt, dass eine Arbeitnehmerin, die ihre Religionsfreiheit durch das sichtbare Tragen eines Kopftuchs ausüben möchte, weniger günstig behandelt wird als Angehörige bestimmter Vergleichsgruppen.

Der EuGH hält mit seiner Entscheidung [EuGH Urt. v. 13.10.2022 – C-344/20](#) daran fest, dass Religion und Weltanschauung zwei Seiten ein und desselben Diskriminierungsgrundes seien. Dieser umfasse religiöse, weltanschauliche und spirituelle Überzeugungen, sei allerdings von politischen und sonstigen Anschauungen zu unterscheiden. Allerdings müssten Vergleichsgruppen nicht jeweils alle Arbeitnehmer umfassen, bei denen ein bestimmtes Merkmal nach Art. 1 der RL 2000/78 vorliege.

Der Wertungsspielraum der Mitgliedsstaaten bei der Einführung oder Beibehaltung günstigerer Vorschriften umfasse keine Abweichung von der Auslegung des Begriffspaares der Religion oder Weltanschauung als einheitlicher Diskriminierungsgrund. Andernfalls würden Wortlaut, Kontext und Zweck dieses Grundes in Frage gestellt und die praktische Wirksamkeit des allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf beeinträchtigt.

Unter Hinweis auf die Urteile Bougnaoui und WABE und MH Müller Handel bestätigt der EuGH, eine unternehmensinterne Regel könne eine unmittelbare Diskriminierung darstellen, wenn sie nur das Tragen großflächiger religiöser Symbole verbiete. Ein allgemein und unterschiedslos angewandtes Verbot sichtbarer Zeichen politischer, weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen am Arbeitsplatz könne allenfalls eine mittelbar auf der Religion oder der Weltanschauung beruhende Diskriminierung sein, wenn sie dazu führt, dass Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung in besonderer Weise benachteiligt werden.

Der EuGH führt seine Rechtsprechung fort, nach der eine allgemeine Neutralitätsregel als mittelbare Benachteiligung gerechtfertigt werden kann. Das dazu erforderliche rechtmäßige Ziel kann der Wille eines Arbeitgebers sein, im Verhältnis zu öffentlichen und privaten Kunden eine Politik der politischen,

weltanschaulichen oder religiösen Neutralität zum Ausdruck zu bringen. Das setzt ein wirkliches, nachgewiesenes Bedürfnis nach einer solchen Neutralitätspolitik voraus. Ob der Religionsfreiheit bei der Interessenabwägung zur Beurteilung der Angemessenheit der Neutralitätsregel eine größere Bedeutung beizumessen ist als der unternehmerischen Freiheit, richtet sich nach den Wertungen des nationalen Rechts.

2. BAG: Sonderkündigungsschutz des betrieblichen Datenschutz-Beauftragten ist mit Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht vereinbar

Das BAG entschied mit [Urteil vom 25.8.2022 – 2 AZR 225/20](#) . dass der durch das BDSG normierte Sonderkündigungsschutz des § 38 I 1 und II i. V. m. § 6 IV 2 BDSG nicht die Verwirklichung der Ziele der DS-GVO beeinträchtigt. Nach Vorlage an den EuGH konnte das BAG jetzt abschließend entscheiden. Dieser Fall zeigt wieder einmal, dass es nicht ratsam ist, eigene Arbeitnehmer zum Datenschutzbeauftragten zu berufen, sondern diese Aufgabe besser an externe Anbieter zu vergeben. Für eine Abberufung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses sind die arbeitsrechtlichen Hürden einfach zu hoch. Die Beklagte hatte die Klägerin als Datenschutzbeauftragte benannt. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin ordentlich und begründete die Kündigung mit einer Umstrukturierung, die zum Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses geführt hätte. Streitentscheidend war, ob die Klägerin sich auf den besonderen Kündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte gem. § 38 II BDSG i. V. m. § 6 IV 2 BDSG berufen konnte und ob die Regelungen mit Unionsrecht vereinbar sind. Diese Frage legte das BAG dem EuGH vor. Der EuGH ([EuGH 22.6.2022 – C-534/20](#)) darin keinen Verstoß gegen Unionsrecht. Die Festlegung von Vorschriften zum Kündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte sei keine Frage des Datenschutzes, sondern eine Frage der Sozialpolitik. Dort sei von einer geteilten Zuständigkeit auszugehen. Die Europäische Zuständigkeit wird ergänzt um Zuständigkeiten der Mitgliedsstaaten zum Arbeitnehmerschutz bei Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Den Mitgliedsstaaten müsse freistehen, strengere Kündigungsschutzvorschriften für Datenschutzbeauftragte durch nationales Recht zu setzen. Diese strengeren Schutzvorschriften dürften jedoch die Verwirklichung der Ziele der DSGVO nicht beeinträchtigen. Dieser Unwirksamkeitsgrund ergäbe sich, wenn durch nationales Recht verboten sei, Datenschutzbeauftragte abberufen und ihr Arbeitsverhältnis zu kündigen, die nicht mehr die für die Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen beruflichen Eigenschaften besäßen oder ihre Aufgaben nicht im Einklang mit der DSGVO erfüllten. Um einen solchen Fall handelte es sich hier nicht.

Nach den Feststellungen des BAG werden durch § 38 I 1 und II BDSG i. V. m. § 6 IV 2 BDSG die Ziele der DS-GVO nicht beeinträchtigt. Die Kündigung – wie auch die Abberufung – des Datenschutzbeauftragten ist nach nationalem Recht zwar an besondere Anforderungen geknüpft, da jeweils die Schwelle des „wichtigen Grundes“ erreicht werden muss. Damit werden die Voraussetzungen, unter denen der Verantwortliche das Arbeitsverhältnis mit einem verpflichtend benannten Datenschutzbeauftragten beenden kann, erhöht. Kündigungen würden dadurch jedoch nicht unmöglich und auch nicht unzumutbar erschwert. Personen- oder verhaltensbedingte Gründe müssten „nur“ die Erheblichkeitsschwelle des „wichtigen Grundes“ erreichen. Die Möglichkeit eines Abberufungsverlangens der Behörde, wenn Aufgaben nicht im Einklang mit der DS-GVO erfüllt würden, zeigten nach nationalem Recht, dass die Datenschutzbeauftragten nicht vor jedem Verlust ihrer Rechtsstellung geschützt seien. Zur Sicherung der

Ziele der DS-GVO sei es im Übrigen in der Regel – neben der Abberufung des Datenschutzbeauftragten – nicht erforderlich sein, dessen Arbeitsverhältnis zu kündigen.

Vorliegend gaben die Maßstäbe des Gerichts zum Umfang der Darlegungs- und Beweislast den Ausschlag, obwohl nach den Angaben der Beklagten es sich nach kurzer Zeit herausgestellt hatte, dass die Aufgaben von einer internen Datenschutzbeauftragten nicht hätten erledigt werden können und viele Aufgaben unbearbeitet geblieben seien. Diese organisatorische Begründung könnte im Kündigungsschutzrecht den Wegfall des Arbeitsplatzes der Funktion intern rechtfertigen. Mit dieser Begründung könnte jedenfalls dann, wenn eine andere Beschäftigung auf freien Stellen nicht in Betracht kommt, kündigungsschutzrechtlich eine betriebsbedingte ordentliche Kündigung rechtfertigen. Als wichtiger Grund sei dies aber nicht ausreichend, um den Sonderkündigungsschutz zu überwinden. Zwar könnte hier eine Begründung ansetzen, wonach der Sonderkündigungsschutz daraufhin zu überprüfen sei, ob datenschutzrechtliche Zielsetzungen beeinträchtigt würden. Dies hätte die Beklagte jedoch nicht vorgetragen. Die Behauptung, dass die Aufgaben der bisherigen Organisation oder Besetzung nicht erbracht werden konnten, ist alleine nach den Maßstäben des Gerichts jedenfalls nicht geeignet, eine unzulässige Beeinträchtigung der Ziele der DS-GVO allein durch den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses aufgrund der nationalen Kündigungsschutzregelung aufzuzeigen.

3. BAG: Ablehnung des Entschädigungsanspruches eines Bewerbers wegen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens

Trotz einer unmittelbaren Benachteiligung wegen des Alters ist ein Entschädigungsanspruch ausgeschlossen, wenn die Gesamtschau ergibt, dass lediglich der formale Status eines Bewerbers erreicht werden soll.

Das BAG entschied mit [BAG Urt. v. 31.3.2022 – 8 AZR 238/21](#): Eine auf § 33 TVöD, welcher die Regelaltersgrenze für das Ende eines Arbeitsverhältnisses enthält, gestützte Entscheidung, keine Arbeitsverhältnisse mit neuen Bewerbern oberhalb dieser Altersgrenze abzuschließen, ist nach § 10 AGG gerechtfertigt.

Der zum Zeitpunkt der zweitinstanzlichen Entscheidung 74-jährige Kläger bewarb sich bei der Beklagten (THW) auf eine ausgeschriebene Stelle als „Bürosachbearbeiter*in Gemeinsames Geschäftszimmer Abteilungsteiler Einsatz/Abteilungsleiter Einsatzunterstützung“ mit der EG 7 TVöD mittels einer E-Mail, obwohl die Beklagte ausdrücklich die Bewerbung über ein Online-Bewerbungssystem gefordert hatte. Nachdem die Beklagte ihn auf diesen Umstand hingewiesen hatte, bat der Kläger um eine „Stornierung“ seiner Bewerbung. Nach Mitteilung über den Vermerk der Rücknahme seiner Bewerbung bekundete der Kläger dennoch sein grundsätzliches Interesse an der Stelle, so dass er manuell in das Verfahren aufgenommen wurde.

Später teilte ihm die Beklagte mit, dass die Wahl nicht auf ihn gefallen sei. Dabei verwies sie auf § 33 TVöD, wonach das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des Monats ende, mit welchem der Arbeitnehmer das gesetzlich festgelegte Alter zum Erreichen der Regelaltersgrenze vollendet habe. Zudem sei von der THW die grundsätzliche Entscheidung getroffen worden, dass keine Arbeitsverhältnisse mit externen Personen begründet werden sollen, die bereits die Regelaltersgrenze erreicht hätten.

Das Arbeitsgericht hat dem Kläger eine Entschädigung gem. § 15 Abs. 2 AGG i.H.v. 2.500 € zugesprochen. Die Berufung der Beklagten war erfolglos, so dass diese mit der Revision die Klageabweisung weiterverfolgt.

Die Entscheidung des Gerichts Das BAG gibt der Revision der Beklagten statt. Dem Kläger stehe kein Entschädigungsanspruch zu. Dabei könne dahinstehen, ob ausnahmsweise die unmittelbare Benachteiligung des Klägers wegen Alters bereits nach § 10 AGG zulässig gewesen sei, da das Entschädigungsverlangen des Klägers rechtsmissbräuchlich gewesen sei.

Jedenfalls sei es ein legitimes Ziel der Beklagten und auch den Tarifvertragsparteien des TVöD gewesen, durch die Vorschrift des § 33 TVöD eine ausgewogene Altersstruktur von jüngeren und älteren Beschäftigten zu schaffen. Die in § 33 Abs. 5 TVöD vorgesehene Möglichkeit, einen Arbeitnehmer zu beschäftigen, der die Regelaltersgrenze bereits erreicht habe, sei eine Ausnahmegesamtheit und begründe keinen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers. Die Anwendung dieser Vorschrift könne insb. in Fällen in Betracht gezogen werden, in denen ansonsten keine geeigneten Bewerber zur Verfügung stehen oder die Stelle nur befristet besetzt werden soll.

Zudem sei die Bewerbung aufgrund der vorgenommenen Gesamtschau rechtsmissbräuchlich, da es dem Kläger nur darum gegangen sei, den formalen Status eines Bewerbers zu erlangen. Eine Auseinandersetzung mit den Anforderungen der Stellenausschreibung habe an keiner Stelle stattgefunden.

Im Gegenteil: Der Kläger habe durch sein Verhalten offen gezeigt, dass er gewisse Anforderungen, bspw. die geforderte Aufgeschlossenheit für IT-Anwendungen, nicht erfülle. Dies sei etwa daran deutlich geworden, dass er sich ohne Begründung geweigert habe, die Bewerbung über das Online-Portal einzureichen. Sein Verhalten habe zudem gezeigt, dass er der Beklagten direkt beim Lesen seines Bewerbungsschreibens Gründe an die Hand habe geben wollen, um seine Bewerbung abzulehnen. Konsequenzen für die Praxis Unter welchen Voraussetzungen einem Entschädigungsanspruch gem. § 15 Abs. 2 AGG im Rahmen von Bewerbungsverfahren ein rechtsmissbräuchliches Verhalten eines Bewerbers entgegengehalten werden kann, ist zumindest vom BAG bisher wenig und zurückhaltend judiziert. Auf Basis dieser Linie in der Vergangenheit nahezu überraschend bejaht das BAG vorliegend entgegen den Vorinstanzen ein rechtsmissbräuchliches Verhalten.

Das BAG legt mit diesem Urteil für den Rechtsanwender erfreulicherweise Kriterien und Anhaltspunkte fest, die zur Annahme anspruchsausschließender Rechtsmissbräuchlichkeit von Bewerbungen führen können.

Zudem stellte es fest, dass die Vorschrift des § 33 TVöD, die in ähnlicher Form auch in anderen Tarifverträgen enthalten ist, den Anforderungen des § 10 Satz 2 AGG an eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters hinsichtlich Angemessenheit und Erforderlichkeit genügt.

4. BAG: Pflicht zur Arbeitszeiterfassung – Mitbestimmungs- und Initiativrecht

Mit DDN-Info-Mail vom 6. Dezember 2022 hatten wir bereits über die schriftlich vorliegenden Entscheidungsgründe des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zu dessen [Beschluss vom 13. September 2022 \(Az.: 1 ABR 22/21\)](#) informiert. In diesem Beschluss hat das BAG im Zusammenhang mit der mitbestimmungsrechtlichen Frage, ob einem Betriebsrat ein Initiativrecht zur Einführung eines elektronischen Zeiterfassungssystems zusteht, entschieden, dass bei unionsrechtskonformer

Auslegung von § 3 Abs. 2 Nr. 1 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) der Arbeitgeber gesetzlich verpflichtet sei, die Arbeitszeiten der Arbeitnehmer zu erfassen.

Dem Beschluss des BAG sind folgende Leitsätze vorangestellt:

1. Arbeitgeber sind nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG verpflichtet, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer zu erfassen, für die der Gesetzgeber nicht auf der Grundlage von Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG eine von den Vorgaben in Art. 3, 5 und 6 Buchst. b dieser Richtlinie abweichende Regelung getroffen hat.
2. Dem Betriebsrat steht kein über einen Einigungsstellenspruch durchsetzbares Initiativrecht zur Einführung eines elektronischen Systems zu, mit dem die tägliche Arbeitszeit solcher Arbeitnehmer erfasst werden soll.

Der antragstellende Betriebsrat und die Arbeitgeberinnen, die eine vollstationäre Wohneinrichtung als gemeinsamen Betrieb unterhalten, schlossen im Jahr 2018 eine Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit. Zeitgleich verhandelten sie über eine Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeiterfassung. Als keine Einigung zustande kam, beantragte der Betriebsrat beim Arbeitsgericht die Einsetzung einer Einigungsstelle. Nachdem die Arbeitgeberinnen deren Zuständigkeit gerügt hatten, leitete der Betriebsrat das Beschlussverfahren ein und begehrte die Feststellung, dass er hinsichtlich der initiativen Einführung einer elektronischen Zeiterfassung im Betrieb ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG (entspr. § 40 j) MVG-EKD) habe.

Das Landesarbeitsgericht (LAG) gab dem Antrag des Betriebsrats statt. Die gegen die Entscheidung des LAG gerichtete Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberinnen hatte vor dem Ersten Senat des BAG Erfolg. Den Antrag des Betriebsrats legte das BAG dahin aus, dass es hier um die Frage eines Initiativrechts zur Einführung und Verwendung eines Systems gehe, das sich nicht nur auf das „Wie“ einer Arbeitszeiterfassung, sondern auch darauf beziehe, dass sämtliche Arbeitszeiten der Arbeitnehmer des Betriebs systematisch erfasst werden. Für eine Mitbestimmung in Form eines solchen Initiativrechts des Betriebsrats zur Einführung eines Systems der Arbeitszeiterfassung sei hier aber kein Raum. Denn der Betriebsrat habe nach § 87 Abs. 1 BetrVG in sozialen Angelegenheiten nur mitzubestimmen, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht bestehe. Nach Auffassung des BAG besteht jedoch eine entsprechende gesetzliche Regelung zur Arbeitszeiterfassung mit § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG. Nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG hat der Arbeitgeber zur Planung und Durchführung der erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Art der Tätigkeiten und der Zahl der Beschäftigten für eine geeignete Organisation zu sorgen und die erforderlichen Mittel bereitzustellen. Bei unionsrechtskonformer Auslegung von § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG ist der Arbeitgeber aus Sicht des BAG danach gesetzlich verpflichtet, die Arbeitszeiten der Arbeitnehmer zu erfassen und hierfür ein System einzuführen, mit dem die von den Arbeitnehmern geleistete Arbeitszeit erfasst werden kann.

Den Entscheidungsgründen des Beschlusses lassen sich folgende grundsätzliche Aussagen entnehmen:

Die Arbeitgeber seien kraft Gesetzes verpflichtet, ein System einzuführen, mit dem Beginn und Ende und damit die Dauer der Arbeitszeiten einschließlich der Überstunden erfasst werden (Rn. 19). Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH; Urteil

vom 14. Mai 2019 – C-55/18, weist das BAG darauf hin, dass es eine Verpflichtung der Arbeitgeber gäbe, zum Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von den Arbeitnehmern geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann (BAG, Rn. 22, 24). Danach müsse jede Arbeitsstunde aller Mitarbeiter genau dokumentiert werden. Um die praktische Wirksamkeit der in der Richtlinie 2003/88/EG (Arbeitszeitrichtlinie) vorgegebenen Rechte und der in Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 89/391/EWG (Arbeitsschutzrahmenrichtlinie) verankerten allgemeinen arbeitsschutzrechtlichen Organisationspflicht des Arbeitgebers zu gewährleisten, lässt sich eine gesetzliche Pflicht zur Arbeitszeiterfassung nach Auffassung des BAG im Wege der richtlinienkonformen und unionsrechtskonformen Auslegung aus der Vorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG ableiten (BAG, Rn.21, 28 ff., 42 ff.)

Die Arbeitszeiterfassung muss dem BAG nach durch ein objektives, verlässliches und zugängliches System erfolgen, das die Daten nicht nur erhebt, sondern auch erfasst und aufzeichnet, damit die Lage der täglichen Arbeitszeit und die Einhaltung der täglichen und wöchentlichen Höchstarbeitszeiten und der Mindestruhezeiten überprüfbar ist (Rn. 23, 50). Innerhalb dieser Vorgaben bestehe, solange vom Gesetzgeber (noch) keine konkretisierenden Regelungen getroffen wurden, Gestaltungsspielraum darüber, in welcher Form, ob elektronisch oder in Papierform, und durch wen, ob durch den Arbeitgeber oder durch Delegation an die Beschäftigten, die Erfassung der Arbeitszeit erfolgt (BAG, Rn. 65).

Mitbestimmung des Betriebsrats oder der Mitarbeitervertretung?

Der Betriebsrat hat lt. diesem BAG-Beschluss **kein Mitbestimmungsrecht bei der Frage des „ob“** der Arbeitszeiterfassung, wohl aber **ein Initiativrecht bei der Frage des „wie“**, also der Ausgestaltung des Systems (BAG, Rn. 59 ff.).

Unter die Mitbestimmung fallen danach insbesondere

- Fragen bei der Auswahl des Systems, die auch Besonderheiten der Tätigkeitsbereiche der Arbeitnehmer und Eigenheiten des Unternehmens, insbesondere seiner Größe, berücksichtigen können. Dabei kann auch zwischen Arbeitnehmern mit unterschiedlichen Tätigkeiten differenziert werden (BAG, Rn. 66),
- die Entscheidung darüber, ob die Arbeitszeiterfassung elektronisch oder in Papierform erfolgt und ob sie an die Arbeitnehmer delegiert wird,

Das BAG stützt das Mitbestimmungsrecht auf § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG (entspr. § 40 b) MVG-EKD) danach hat der Betriebsrat bei betrieblichen Regelungen über den Gesundheitsschutz mitzubestimmen, die der Arbeitgeber aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Rahmenvorschrift zu treffen hat, bei deren Gestaltung ihm aber Handlungsspielräume verbleiben. Das Mitbestimmungsrecht setzt ein, wenn eine gesetzliche Handlungspflicht objektiv besteht und wegen Fehlens einer zwingenden gesetzlichen Vorgabe betriebliche Regelungen verlangt, um das vom Gesetz vorgegebene Ziel des Arbeits- und Gesundheitsschutzes zu erreichen wobei stets darauf zu achten sei, dass die Verbesserung von Sicherheit und Gesundheitsschutz keinen rein wirtschaftlichen Überlegungen untergeordnet werde.

Solange der Gesetzgeber nicht tätig geworden ist, kommt den Betriebsparteien dem BAG nach bei der Ausgestaltung damit ein Gestaltungsspielraum zu.

Übertragbarkeit der Rechtsfolgen der Entscheidung auf den Geltungsbereich des MVG-EKD?

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts fügt sich hinsichtlich der betriebsverfassungsrechtlichen Frage des Initiativrechts in die bisherige Rechtsprechung ein: Solange der Arbeitgeber einer gesetzlichen Verpflichtung unterliegt, verbleibt kein Raum für ein Initiativrecht des Betriebsrats im Zusammenhang mit Mitbestimmungsrechten. Diese Wertung wird auf den Eingangssatz des § 87 Abs. 1 BetrVG gestützt, nach dem kein Mitbestimmungsrecht besteht, soweit die Maßnahme den Vollzug einer gesetzlichen oder tariflichen Regelung entspricht.

Hier ist zu beachten, dass das MVG-EKD keine dem Eingangssatz des § 87 Abs. 1 BetrVG entsprechende Regelung enthält. Im MVG-EKD Kommentar Jousen/ Mestwerdt/ Nause/ Spelge/ Nause, 1. Aufl. 2020, wird unter MVG § 40 Rn. 42 die Auffassung vertreten, dass das Mitbestimmungsrecht gem. § 40 b) MVG-EKD die Einführung und Anwendung eines Zeiterfassungssystems im Sinne des Urteils des EuGH vom 14. 5. 2019 (C- 55/18) umfasse. Nach dieser Entscheidung stehe fest, dass der europarechtliche Arbeitszeitschutz ein objektives, verlässliches und zugängliches System der Arbeitszeiterfassung gebiete. Die Auswahl, Einführung und Anwendung eines solches Systems seien Maßnahmen zur Verhütung von gesundheitlichen Gefahren, und zwar unabhängig davon, ob der deutsche Gesetzgeber eine solche Verpflichtung im nationalen Recht regelt. Auch ohne gesetzliche Regelung handele es sich nämlich beim Arbeitszeitschutz um eine spezielle Form des Gesundheitsschutzes. Da es für diesen Gesundheitsschutz erforderlich sei, ein Zeiterfassungssystem vorzuhalten, sei dessen Regelung mitbestimmungspflichtig. Das Initiativrecht der Mitarbeitervertretung bestehe insoweit uneingeschränkt.

Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung folgt aus § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG und damit aus bereits geltendem Recht. Arbeitgeber müssen die hieraus folgenden Pflichten also ab sofort beachten. Es bestehen auch bei Zugrundelegung des Beschlusses des BAG Gestaltungsspielräume bei der Arbeitszeiterfassung. Es gibt, wie oben dargestellt, noch keine gesetzlichen Vorgaben, wie eine Arbeitszeiterfassung in der Praxis zu geschehen hat. Daher kann dieses nach dem Beschluss des BAG handschriftlich (Stundenzettel) oder auch mit elektronischer Erfassung (auch per Software oder Apps) erfolgen. Es gibt im Beschluss des BAG auch keine Vorgaben zum Zeitpunkt der Aufzeichnung. Daher muss die Aufzeichnung keinesfalls täglich erfolgen. Sie könnte daher z.B. in Anlehnung an § 17 Abs. 1 Mindestlohngesetz (MiLoG) wöchentlich spätestens bis zum Ablauf des siebten auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages vorgenommen werden. Der Arbeitgeber muss die Arbeitszeiterfassung zudem nicht selbst durchführen, sondern kann sie nach dem BAG an seine Arbeitnehmer delegieren und kann sich darauf beschränken, dem Arbeitnehmer ein System zur Arbeitszeiterfassung zur Verfügung zu stellen.

Es ist ferner davon auszugehen, dass auch nach dem Beschluss des BAG für leitende Angestellte nach Art. 17 Richtlinie 2003/88/EG und den §§ 18 bis 21 ArbZG eine Ausnahme gilt und diese daher keine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung trifft.

Auch Arbeitszeitmodelle wie die sog. Vertrauensarbeitszeit, bei der das Arbeitsergebnis in den Mittelpunkt gestellt wird und den Beschäftigten bei der Erbringung der Arbeitsleistung Autonomie eingeräumt wird, bleiben nach dem Beschluss des BAG zulässig. Eine Dokumentations- und Erfassungspflicht der Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinne tritt nach dem Beschluss des BAG hier nun aber ergänzend hinzu.

Im Übrigen können aufgrund des Beschlusses des BAG-Verhandlungen mit dem Betriebsrat über die Anpassung des bestehenden oder die Einführung eines neuen Systems erforderlich werden. Die Verletzung der Zeiterfassungspflicht ist nicht unmittelbar bußgeldbewehrt. Nur ein Verstoß gegen die Aufzeichnungspflicht nach § 16 Abs. 2 ArbZG der über acht Stunden werktäglich hinausgehenden Arbeitszeit ist nach § 22 Abs. 1 Nr. 9 ArbZG unmittelbar bußgeldbewehrt. Eine analoge Anwendung dieses Bußgeldtatbestandes auf die Rechtsansicht des BAG scheidet aus verfassungsrechtlichen Gründen nach Art. 103 Abs. 2 GG aus. Die Arbeitsschutzbehörde kann aber Anordnungen zur Arbeitszeiterfassung erlassen und Verstöße hiergegen mit einem Bußgeld belegen. Auch in solchen Fällen, die strittige Fragen der Arbeitszeiterfassung betreffen würden, wäre der Rechtsweg eröffnet – in diesem Fall zu den Amtsgerichten nach den §§ 67 und 68 OWiG.

Das BMAS hat aufgrund des Beschlusses des BAG bereits ein Gesetzesvorhaben für das Jahr 2023 angekündigt.

5. OVG: Aufforderung zur Vorlage von Arbeitszeitnachweisen

Das [OVG Magdeburg entschied mit Beschluss vom 17.11.2022 - 1 L 100/20](#), dass für ein Auskunftsverlangen nach § 17 IV ArbZG ausreichend sei, aber auch erforderlich, dass die Aufsichtsbehörde einen berechtigten Anlass hat zu prüfen, ob ein Arbeitgeber die Arbeitszeitvorschriften einhält. Weder muss ein konkreter Verstoß gegen Bestimmungen des ArbZG bereits feststehen noch ein konkreter Verdacht eines Gesetzesverstößes gegeben sein. (amtl. Leitsatz)

6. BAG: Rentennähe darf bei der sozialen Auswahl berücksichtigt werden

Bei der sozialen Auswahl betriebsbedingt zur Kündigung anstehender Arbeitnehmer (§ 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG bzw. § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO) darf im Rahmen des Lebensalters zu Lasten des Arbeitnehmers berücksichtigt werden, dass er bereits eine (vorgezogene) Rente wegen Alters abschlagsfrei bezieht. Das Gleiche gilt, wenn der Arbeitnehmer rentennah ist, weil er eine solche abschlagsfreie Rente oder die Regelaltersrente spätestens innerhalb von zwei Jahren nach dem in Aussicht genommenen Ende des Arbeitsverhältnisses beziehen kann. Lediglich eine Altersrente für schwerbehinderte Menschen darf insoweit nicht berücksichtigt werden. So entschied das BAG, Urt. vom 8.12.2022 - 6 AZR 31/22, [vollständige Pressemitteilung hier](#).

Die Klägerin, Jahrgang 1957, ist seit 1972 bei der Arbeitgeberin beschäftigt. Diese ist in die Insolvenz gefallen. Der Insolvenzverwalter hat mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich mit Namensliste abgeschlossen, in dem die Klägerin genannt ist. Er kündigte ihr am 27.3.2020 zum 30.6.2020. Die Klägerin erhob Kündigungsschutzklage. Nach erneuten Verhandlungen mit dem Betriebsrat beschloss der Insolvenzverwalter, den Betrieb vollständig stillzulegen. Erneut schloss er mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich mit Namensliste ab, erneut befand sich die Klägerin auf dieser Liste. Die (vorsorgliche) zweite Kündigung erfolgte drei Monate später zum 30.9.2020. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben beide Kündigungen für unwirksam gehalten. Die Revision des beklagten Insolvenzverwalters hatte hinsichtlich der zweiten Kündigung Erfolg. Das BAG berichtet in seiner Pressemitteilung:

Der Senat des BAG befand die erste Kündigung vom 27. März 2020 wie die Vorinstanzen im Ergebnis für unwirksam. Allerdings durften die Betriebsparteien die Rentennähe der Klägerin bei der Sozialauswahl bezogen auf das Kriterium „Lebensalter“ berücksichtigen. Sinn und Zweck der sozialen Auswahl ist es, unter Berücksichtigung der im Gesetz genannten Auswahlkriterien gegenüber demjenigen Arbeitnehmer eine Kündigung zu erklären, der sozial am wenigsten schutzbedürftig ist. Das Auswahlkriterium „Lebensalter“ ist dabei ambivalent. Zwar nimmt die soziale Schutzbedürftigkeit zunächst mit steigendem Lebensalter zu, weil lebensältere Arbeitnehmer nach wie vor typischerweise schlechtere Vermittlungschancen auf dem Arbeitsmarkt haben. Sie fällt aber wieder ab, wenn der Arbeitnehmer entweder spätestens innerhalb von zwei Jahren nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses über ein Ersatzeinkommen in Form einer abschlagsfreien Rente wegen Alters – mit Ausnahme der Altersrente für schwerbehinderte Menschen (§§ 37, 236a SGB VI) – verfügen kann oder über ein solches bereits verfügt, weil er eine abschlagsfreie Rente wegen Alters bezieht. Diese Umstände können der Arbeitgeber bzw. die Betriebsparteien bei dem Auswahlkriterium „Lebensalter“ zum Nachteil des Arbeitnehmers berücksichtigen. Insoweit billigen ihnen § 1 Abs. 3 KSchG, § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO einen Wertungsspielraum zu. Die streitbefangene Kündigung vom 27. März 2020 war im Ergebnis dennoch unwirksam, weil die Auswahl der Klägerin im vorliegenden Fall allein wegen ihrer Rentennähe unter Außerachtlassung der anderen Auswahlkriterien „Betriebszugehörigkeit“ und „Unterhaltungspflichten“ erfolgte und deswegen grob fehlerhaft war. Im Hinblick auf die vorsorgliche Kündigung vom 29. Juni 2020 hatte die Revision des beklagten Insolvenzverwalters demgegenüber Erfolg. Diese Kündigung ist wirksam und hat das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Ablauf des 30. September 2020 aufgelöst.

7. BAG: Tätigkeit als Führungskraft ist kein Befristungsgrund

Das [BAG, Urteil vom 01.06.2022 - 7 AZR 151/21](#) entschied, dass Tätigkeiten als Führungskraft oder in leitenden Positionen die Befristung des Arbeitsvertrages nicht aufgrund der Eigenart der Arbeitsleistung rechtfertigen. Ein berechtigtes – und das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers überwiegendes – Befristungsinteresse des Arbeitgebers folgt grundsätzlich weder aus einer herausgehobenen Position des Arbeitnehmers im Rahmen der Organisation des Unternehmens noch aus daraus folgenden Befugnissen. Auch eine weitgehende Weisungsfreiheit des Arbeitnehmers rechtfertigt kein spezifisches Befristungsinteresse. (Orientierungssatz der Richterinnen und Richter des BAG)

Das beklagte Klinikum ist eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts. Sie betreibt nichtrechtsfähige Anstalten, die campusübergreifende Zentren betreiben. Diese Zentren werden durch eine Zentrumsleitung geführt, der u.a. der geschäftsführende Direktor angehört. Der Kläger wurde ab 1.7.2013 zunächst auf Grundlage eines bis 30.6.2018 befristeten Dienstvertrags als geschäftsführender Direktor eines campusübergreifenden Zentrums tätig. Mit Änderungsvertrag vom 24./29.06.2015 vereinbarten die Parteien eine Befristung bis 31.12.2019 sowie eine Anhebung der Vergütung. Nach Änderung der Hauptsatzung der Beklagten war der Kläger seit Februar 2019 als kaufmännischer Direktor in der Zentrumsleitung tätig. Der Kläger macht die Unwirksamkeit der im Änderungsvertrag vereinbarten Befristung geltend. Das ArbG hat die Klage abgewiesen, das LAG hat ihr stattgegeben.

Die Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg. Nach dem BAG ist die Befristung des Arbeitsvertrags unwirksam. Sie sei nicht durch den sachlichen Grund der Eigenart der Arbeitsleistung nach § 14 I 2 Nr. 4 TzBfG gerechtfertigt. Das Gesetz bestimme nicht näher, welche Eigenarten der Arbeitsleistung die

Befristung eines Arbeitsvertrages rechtfertigten. Nach den Gesetzgebungsmaterialien solle die Vorschrift verfassungsrechtlichen Besonderheiten Rechnung tragen, insbesondere der Rundfunkfreiheit und der Freiheit der Kunst. Der Sachgrund sei aber nicht auf diese Fälle beschränkt. Allerdings sei nicht jegliche Eigenart der Arbeitsleistung geeignet, die Befristung eines Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen. Eine Befristung sei nur möglich, wenn die Arbeitsleistung Besonderheiten aufweise, aus denen sich ein berechtigtes Interesse der Parteien, insbesondere des Arbeitgebers, ergebe, statt eines unbefristeten nur einen befristeten Arbeitsvertrag abzuschließen. Diese besonderen Umstände müssten das Interesse des Arbeitnehmers an der Begründung eines Dauerarbeitsverhältnisses überwiegen. Maßgebend seien dabei die Umstände im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Das gelte auch dann, wenn sich während der Dauer des befristeten Arbeitsverhältnisses die Tätigkeit des Arbeitnehmers ändere. Vorliegend seien keine überwiegenden Interessen der Beklagten an einer Befristung zu erkennen. Aus der besonderen Gestaltung des Dienstverhältnisses des Klägers ergebe sich kein anerkanntes Befristungsinteresse. Insoweit reiche weder eine „Weisungsfreiheit“ des Klägers noch eine möglicherweise mit seiner Position einhergehenden Stellung als „Gegenorgan zum Vorstand“ aus. Auch eine von der Beklagten vorgebrachte geschäftsführerähnliche Stellung des Klägers sei kein berechtigtes Interesse für die Befristung. So sei etwa der Umstand, dass ein Arbeitnehmer leitender Angestellter i.S.d. § 14 II KSchG sei, kein die Befristung rechtfertigender Sachgrund.

Das BAG befasst sich mit einer für die Praxis sehr relevanten Frage. Gerade große, internationale Konzerne suchen immer wieder nach Möglichkeiten, Arbeitsverträge mit Top-Führungskräften unterhalb der Organebene befristet auszugestalten. Hintergrund ist ein großes Interesse von Konzernen, die Karrierechancen nachgeordneter meist jüngerer Mitarbeiter zu wahren und einen regelmäßigen Wechsel auf Top-Führungspositionen zu ermöglichen. Die Unternehmen gehen davon aus, dass Arbeitnehmer oft nicht in der Lage sind, Top-Führungspositionen über einen langen Zeitraum auszufüllen und die für die Organisation wichtige Impulse zu geben. Das BAG schiebt solchen Überlegungen – auf Basis der bisherigen Rechtsprechung – einen Riegel vor. Wenig überraschend betont der 7. Senat, dass auch die herausgehobene Position in einer Hierarchie mit weitgehender Weisungsfreiheit und geschäftsführerähnlichen Aufgaben keinen ausreichenden Befristungsgrund nach § 14 I 2 Nr. 4 TzBfG darstellt. Die Praxis muss daher weiterhin auf andere Gestaltungsmöglichkeiten setzen.

8. BAG: Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen

Die ordentliche Kündigung eines Arbeitnehmers, der häufig für wenige Tage fehlt, kann wegen "erheblicher Äquivalenzstörung" iSv. § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt sein. Das BAG nimmt in ständiger Rechtsprechung an, dass eine kündigungsrelevante Störung dann vorliegt, wenn nach der Gesundheitsprognose in Zukunft mit Entgeltfortzahlungskosten zu rechnen ist, die über die Dauer von sechs Wochen innerhalb eines Jahres hinausgehen.

In einem aktuellen Fall hatte das [BAG mit Urt. vom 25.4.2018 - 2 AZR 6/18](#), zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen die außerordentliche Kündigung eines tarifvertraglich ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers wegen häufiger Kurzerkrankungen gerechtfertigt sein kann. Der 1966 geborene Kläger ist seit 1992 bei der Beklagten als Pflegehelfer beschäftigt. Seit 2011 ist er - überwiegend aufgrund von Erkrankungen des "psychiatrischen Formenkreises" - wiederholt arbeitsunfähig erkrankt, zumeist für jeweils kürzere Zeiträume von bis zu zehn Arbeitstagen. Er ist mit einem GdB von 40 als behinderter

Mensch anerkannt, einem Schwerbehinderten aber nicht gleichgestellt. Aufgrund vertraglicher Inbezugnahme findet auf das Arbeitsverhältnis der TV-L Anwendung, kraft dessen § 34 Abs. 2 der Kläger ordentlich unkündbar ist. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis wegen der häufigen Kurzerkrankungen am 22.8.2016 außerordentlich mit sozialer Auslauffrist zum 31.3.2017. Arbeitsgericht und LAG haben der Kündigungsschutzklage stattgegeben. Die Revision der Beklagten hatte im Sinne einer Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung zur erneuten Verhandlung und Entscheidung Erfolg:

Ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslauffrist eines nach § 34 Abs. 2 Satz 1 des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) ordentlich unkündbaren Arbeitsverhältnisses kann - vorbehaltlich einer umfassenden Interessenabwägung im Einzelfall - vorliegen, wenn damit zu rechnen ist, der Arbeitgeber werde für mehr als ein Drittel der jährlichen Arbeitstage Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall leisten müssen.

9. BAG: Kündigung wegen langanhaltender Krankheit

Wegen des regelmäßig bestehenden Interesses an Fragen zur Rechtmäßigkeit krankheitsbedingter Kündigungen bringe ich hier interessante Anmerkung von Dr. Martin Kock zu einem zeitlich weiter zurückliegenden Urteil des [BAG, Urt. v. 22.2.1980 – 7 AZR 295/78](#) aus NJW 2017, 3104,ff zur Kenntnis:

Das BAG entschied (Leitsätze):

1. Nach dem das Kündigungsschutzrecht beherrschenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kommt eine ordentliche Kündigung wegen einer langanhaltenden Krankheit als letztes Mittel (ultima ratio) erst dann in Betracht, wenn dem Arbeitgeber die Durchführung von Überbrückungsmaßnahmen (z. B. Einstellung von Aushilfskräften, Durchführung von Über- oder Mehrarbeit, personelle Umorganisation, organisatorische Umstellungen) nicht möglich oder nicht mehr zumutbar ist. Bei der Bemessung der zeitlichen Zumutbarkeitsgrenze ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dadurch zu beachten, daß der Arbeitgeber bei einem langjährig beschäftigten Arbeitnehmer einen längeren Zeitraum für geeignete und zumutbare Überbrückungsmaßnahmen hinzunehmen hat als bei einem nur kurzfristig tätigen Arbeitnehmer.
2. Eine aus Anlass einer langanhaltenden Erkrankung des Arbeitnehmers erklärte ordentliche Kündigung ist nicht bereits deswegen sozial ungerechtfertigt, weil der Arbeitgeber es unterlassen hat, sich vor Ausspruch der Kündigung über den voraussichtlichen Krankheitsverlauf sowie über die Art des möglichen künftigen Einsatzes des erkrankten Arbeitnehmers zu erkundigen.
3. Es kommt vielmehr bei einer derartigen Kündigung darauf an, ob zum Zeitpunkt des Kündigungszuganges objektive Anhaltspunkte für ein langfristiges Fortdauern der Arbeitsunfähigkeit vorgelegen haben und ob es aus betrieblichen Gründen notwendig gewesen ist, den Arbeitsplatz des erkrankten Arbeitnehmers anderweitig auf Dauer zu besetzen.
4. Wegen der erhöhten sozialen Schutzbedürftigkeit eines erkrankten Arbeitnehmers ist im Rahmen der Interessenabwägung ein strenger Maßstab anzulegen.
5. Wirft der Arbeitnehmer am letzten Tag der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 KSchG seine Kündigungsschutzklage in den normalen Briefkasten eines ArbG, so ist dies selbst dann fristwährend, wenn zugleich ein Nachtbriefkasten vorhanden ist. Für den rechtzeitigen Einwurf der

Kündigungsschutzklage in den normalen Briefkasten ist der Arbeitnehmer darlegungs- und beweispflichtig.

Eine Kündigung wegen Krankheit ist nach deutschem Recht zulässig, da darin eine Störung des Äquivalenzverhältnisses zulasten des Arbeitgebers liegt. Andererseits lässt das BAG diesen Kündigungsgrund nur in sehr engen Grenzen zu. Nach dem bekannten 3-stufigen Prüfschema bedarf es einer negativen Gesundheitsprognose, einer erheblichen Störung der betrieblichen Interessen sowie einer umfassenden Interessenabwägung, um eine Kündigung wegen Krankheit sozial zu rechtfertigen. Die „Latte“ hängt für den Arbeitgeber sehr hoch. Dazu hat diese Entscheidung erheblich beigetragen. Das BAG verankert die soziale Rechtfertigung gem. § 1 Abs. II 1 KSchG im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Diesen Grundsatz, der eigentlich aus dem öffentlichen Recht stammt und im Arbeitsrecht aus dem Arbeitskämpfrecht bekannt war, übertrug das BAG im Jahr 1978 auf das Kündigungsrecht. In der vorliegenden Entscheidung aus dem Jahr 1980 hat das Gericht dann erstmals den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf die krankheitsbedingte Kündigung angewandt. Das BAG betont in seinen Entscheidungen stets so oder ähnlich, dass eine Kündigung entsprechend dem das ganze Kündigungsrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unverhältnismäßig und damit rechtsunwirksam ist, wenn sie durch andere, mildere Mittel vermieden werden kann, das heißt, wenn die Kündigung nicht zur Beseitigung der eingetretenen Vertragsstörung geeignet oder nicht erforderlich ist. Daher ist eine Kündigung als letztes Mittel nur zulässig, wenn der Arbeitgeber alle zumutbaren Möglichkeiten zu ihrer Vermeidung ausgeschöpft hat. Dabei kommt bei einer krankheitsbedingten Kündigung nicht nur eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen, freien Arbeitsplatz in Betracht. Mildere Mittel können auch die Umgestaltung des bisherigen Arbeitsbereichs oder die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen – leidensgerechten – Arbeitsplatz sein; ein solcher Arbeitsplatz ist gegebenenfalls „freizumachen“. Darüber hinaus kann sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Verpflichtung des Arbeitgebers ergeben, dem Arbeitnehmer vor einer Kündigung die Chance zu bieten, gegebenenfalls spezifische Behandlungsmaßnahmen zu ergreifen, um dadurch die Wahrscheinlichkeit künftiger Fehlzeiten auszuschließen.

Seit 2004 kommen die Pflichten aus dem betrieblichen Eingliederungsmanagement (bEM) gem. § 84 Abs. II SGB IX hinzu. Das BAG erkennt in der Norm eine gesetzliche Ausprägung des das Kündigungsrecht beherrschenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Das bEM ist dabei ein rechtlich regulierter verlaufs- und ergebnisoffener „Suchprozess“, der individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermitteln soll. Eine Verletzung der Pflichten des Arbeitgebers aus § 84 II SGB IX führt zwar nicht automatisch zur Unwirksamkeit der Kündigung. Die Durchführung des bEM ist keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung. Mithilfe des bEM können jedoch möglicherweise mildere Mittel als die Kündigung, zum Beispiel die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder die Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen, gegebenenfalls durch Umsetzung freizumachenden Arbeitsplatz erkannt und entwickelt werden. Auch gesetzlich vorgesehene Leistungen und Hilfen, die der Prävention oder Rehabilitation dienen, können mildere Mittel gegenüber einer Kündigung sein, ebenso der Wechsel von Voll- auf Teilzeit. Hätte sich die Kündigung durch das bEM vermeiden lassen, ist die Kündigung sozialwidrig. Der Arbeitgeber muss daher vor Gericht darlegen und beweisen, dass die Durchführung des bEM keinen Erfolg gebracht hätte.

Die umfassende Interessenabwägung bei einer Kündigung, die das BAG von jeher anwendet, führt bereits zu erheblicher Rechtsunsicherheit in Bezug auf die soziale Rechtfertigung. Die Anwendung des

Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes macht die Sache nicht besser und das bEM trägt auch sein Scherflein hierzu bei. Dies führt zwar zu größtmöglicher Einzelfallgerechtigkeit, aber als Kehrseite auch zu überspannten Anforderungen für Arbeitgeber und einer kaum mehr zu überschaubaren Kasuistik.

10. LAG: Fehlende negative Zukunftsprognose im Falle häufiger Kurzerkrankungen

Die Wirksamkeit einer auf häufige Kurzerkrankungen gestützten ordentlichen Kündigung setzt zunächst eine negative Gesundheitsprognose voraus. Im Kündigungszeitpunkt müssen objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang befürchten lassen. Häufige Kurzerkrankungen in der Vergangenheit können indiziell für eine entsprechende künftige Entwicklung sprechen (erste Stufe). Die prognostizierten Fehlzeiten sind nur dann geeignet, eine krankheitsbedingte Kündigung zu rechtfertigen, wenn sie zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen. Dabei können neben Betriebsablaufstörungen auch wirtschaftliche Belastungen, etwa durch zu erwartende, einen Zeitraum von mehr als sechs Wochen pro Jahr übersteigende Entgeltfortzahlungskosten, zu einer solchen Beeinträchtigung führen (zweite Stufe). Ist dies der Fall, ist im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung zu prüfen, ob die Beeinträchtigungen vom Arbeitgeber billigerweise nicht mehr hingenommen werden müssen (dritte Stufe).

(Leitsatz der Redaktion zu [LAG Köln, Urteil vom 01.09.2022 - 8 Sa 393/21](#))

11. LAG: Kündigung wegen Kurzerkrankungen und Abschluss des BEM

Das LAG stellt lehrbuchartig die Voraussetzungen der Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen und zur Durchführung und Beendigung des BEM dar und zeigt, dass jedenfalls bei kurzer Betriebszugehörigkeit und hohen Fehlzeiten nach abgeschlossenem, erfolglosem BEM eine krankheitsbedingte Kündigung möglich ist. (amtl. Leitsätze zu [LAG Düsseldorf, Urteil vom 17.5.2022 – 14 Sa 825](#)):

1. Ein Referenzzeitraum von zwei Jahren vor Ausspruch einer personenbedingten Kündigung wegen häufiger (Kurz-)Erkrankungen kann eine hinreichende Basis der negativen Prognose zukünftiger Arbeitsunfähigkeiten sein.
2. Zur Feststellung zu erwartender Entgeltfortzahlungskosten von mehr als sechs Wochen jährlich: Bei Anwendung eines 6/2-Schichtsystems müssen die zu erwartenden Entgeltfortzahlungskosten insgesamt 31,5 Arbeitstage jährlich übersteigen.
3. Das betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) ist jedenfalls dann abgeschlossen, wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer einig sind, dass der Suchprozess durchgeführt ist oder nicht weiter durchgeführt werden soll (BAG, BeckRS 2021, 44078). Wie der Arbeitnehmer von vornherein die Zustimmung zur Durchführung eines BEM nicht erteilen kann, sodass es überhaupt nicht begonnen wird, so kann das BEM einvernehmlich beendet werden, und zwar unabhängig davon, wie weit es vorangebracht wurde. Es kommt dann darauf an, ob der Arbeitnehmer die notwendigen Kenntnisse über das BEM-Verfahren besaß, um beurteilen zu können, ob es beendet oder fortgesetzt werden sollte. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen, personenbedingten Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Der 1994 geborene, verheiratete Kläger arbeitet seit 11.8.2018 als Luftsicherheitsassistent im 6/2-Schichtsystem bei der Beklagten, die mit 1.100 Beschäftigten Fluggastkontrollen durchführt. Er hatte folgende Fehlzeiten: 2019 – 36 Arbeitstage in 9 Blöcken mit

3.053,64 EUR brutto; 2020 in 13 Blöcken 82 Arbeitstage mit 6.955,50 EUR brutto Entgeltfortzahlung aus verschiedenen Gründen (Atemwege, Gelenke, Magen). Der Kläger stimmte einem BEM ohne BR-Vertreter zu und gab am 29.10.2020 viel privaten Stress (Umzug, Heirat) als Ursache an. Wegen voller Einsatzfähigkeit wurde das BEM einvernehmlich geschlossen. Wegen weiterer 9 Krankheitstage bis zum Jahresende kündigte die Beklagte nach BR-Anhörung zum 31.3.2021 ordentlich.

Das ArbG gab der Kündigungsschutzklage statt.

Das LAG sah die ausgesprochene Kündigung als sozial gerechtfertigt an. Häufige (Kurz-)Erkrankungen sind in drei Stufen zu prüfen. Treten während der letzten Jahre jährlich mehrere (Kurz-)Erkrankungen auf, spricht dies für eine entsprechende künftige Entwicklung des Krankheitsbildes, es sei denn, die Krankheiten sind ausgeheilt. Dem LAG genügen hier die AU-Tage für die negative Prognose. Das BAG geht nicht starr von 3 Jahren Referenzzeitraum aus, so dass vorliegend 2 Jahre genügten für einen hinreichend prognosefähigen Fehlzeitenraum. Die prognostizierten Fehlzeiten von jährlich durchschnittlich 59, mindestens 36 Arbeitstagen führen zu der Annahme zu erwartender Entgeltfortzahlungskosten für mehr als sechs Wochen, was bei einer 5 Tageweche genügt. Bei Anwendung eines 6/2-Schichtsystems (42 Kalendertagen in sechs Kalenderwochen) müssen die Entgeltfortzahlungskosten insgesamt 31,5 Arbeitstage jährlich übersteigen, was gegeben ist.

Die Kündigung war auch verhältnismäßig. Ein milderer Mittel zur Vermeidung oder Verringerung der Fehlzeiten ist nicht ersichtlich. Ein erneutes BEM vor Ausspruch der Kündigung war nicht geboten, weil das Herbst 2020 durchgeführte BEM einvernehmlich abgeschlossen war und danach keine neuen 6 Wochen Fehlzeiten mehr auftraten. Mangels Einverständnisses des Arbeitnehmers war der BR nicht zu beteiligen und des Betriebsarztes bedurfte es wegen allein privater Ursachen nicht. Zwar genüge das BEM-Gespräch vom 29.10.2020 inhaltlich den aus § 167 II SGB IX abzuleitenden gesetzlichen Mindeststandards nicht. Dies war angesichts des einvernehmlichen BEM Abschlusses aber unerheblich. Für die Beendigung sprachen schließlich die kurze Betriebszugehörigkeit, geringes Alter, hohe und steigenden Fehlzeiten, mannigfaltige Beschwerden und private Ursachen.

12. LAG: Wirksamkeit eines Einigungsstellenspruchs zum Regelungsgegenstand Krankenrückkehrgespräche

Das [LAG Köln, Beschluss vom 02.09.2022- - 9 TaBV 16/22 entschied:](#)

1. Ein Einigungsstellenspruch, der sog. Krankenrückkehrgespräche generell untersagt, ist unwirksam, denn die Regelung überschreitet den der Einigungsstelle durch § 87 I Nr. 1 II BetrVG (entspr. § 40 k) und § 36 a Abs. 1 Satz 5 MVG-EKD) eröffneten Regelungsspielraum, weil sie auch mitbestimmungsfreie Individualmaßnahmen umfasst, die allein in der Person einzelner Arbeitnehmer begründet sind und die übrige Belegschaft nicht berühren.
2. Ein solcher Einigungsstellenspruch kann nicht dahingehend ausgelegt werden, dass er nur mitbestimmungspflichtige formalisierte Krankenrückkehrgespräche untersagt. Eine solche geltungserhaltende Reduktion ist angesichts des Normencharakters einer Betriebsvereinbarung nicht möglich und widerspräche der Konzeption der Betriebsverfassung, wonach Regelungsfragen in den primären Kompetenzbereich der Einigungsstelle fallen und nicht gegen den Willen eines Beteiligten durch ein Gericht ersetzt werden können. (amtl. Leitsätze)

13. LAG: Keine Pflicht von Beschäftigten sich während ihrer Freizeit nach Dienstplanänderungen zu erkundigen

Das [LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 27.9.2022 – 1 Sa 39 öD/22](#) entschied

1. Mit der Änderung des Dienstplans eines Mitarbeiters übt der Arbeitgeber diesem gegenüber sein Direktionsrecht aus. Die Änderung muss dem Mitarbeiter zugehen, da es sich bei der Ausübung des Direktionsrechts um eine empfangsbedürftige Gestaltungserklärung handelt.
2. Ein Mitarbeiter ist nicht verpflichtet, sich in seiner Freizeit zu erkundigen, ob sein Dienstplan geändert worden ist. Er ist auch nicht verpflichtet, eine Mitteilung des Arbeitgebers – etwa per Telefon – entgegenzunehmen oder eine SMS zu lesen. Nimmt er eine Information über eine Dienstplanänderung nicht zur Kenntnis, geht ihm diese erst bei Dienstbeginn zu.
3. Ob der Mitarbeiter verpflichtet ist, eine Dienstplanänderung zu berücksichtigen und den geänderten Dienst anzutreten, wenn ihn die Mitteilung über die Dienstplanänderung tatsächlich erreicht, bedurfte hier keiner Entscheidung. (amtl. Leitsätze)

Die Parteien streiten u. a. über die Gutschrift von Stunden auf dem Arbeitszeitkonto des Klägers. Der Kläger ist bei der Beklagten als Notfallsanitäter tätig. Auf das Arbeitsverhältnis finden der TVöD-VKA sowie eine Betriebsvereinbarung Arbeitszeitgrundsätze (BVA) Anwendung. In der BVA sind Festlegungen zur Aktualisierung des Dienstplans sowie zu konkreten und unkonkreten Springerdiensten enthalten. Die Mitarbeiter der Beklagten können über das Internet den aktuellen Ist-Dienstplan einsehen. Während der Corona-Pandemie im April 2021 mussten sich die Mitarbeiter im unkonkreten Springerdienst in den Fällen, in denen keine weitere Konkretisierung des Dienstes erfolgte, zu Dienstbeginn nicht am zugewiesenen Dienort einfinden, sondern telefonisch um 7.30 Uhr von zuhause aus ihre Einsatzfähigkeit mitteilen. Am 6.4. 2021 endete der Dienst des Klägers um 19.00 Uhr. Zu jenem Zeitpunkt war seit dem 04.04.21 für den 8.4.2021, den nächsten Arbeitstag des Klägers, im Ist-Dienstplan ein unkonkreter Springerdienst eingetragen. Am 7.4.2021 um 13.20 Uhr teilte die Beklagte dem Kläger für den 8.4.2021 einen Dienst in der Tagschicht in der Rettungswache P. mit Dienstbeginn um 6.00 Uhr zu und trug dies in den Ist-Dienstplan ein. Versuche, den Kläger auf seinem privaten Handy zu erreichen, schlugen fehl. Die Beklagte übersandte dem Kläger um 13.27 Uhr eine SMS, die der Kläger nicht wahrgenommen hat. Am 8.4.2021 zeigte der Kläger um 7.30 Uhr telefonisch seine Bereitschaft zur Arbeitsleistung an. Er wurde von der Beklagten, die zwischenzeitlich einen Mitarbeiter aus der Rufbereitschaft herangezogen hatte, nicht weiter eingesetzt. Die Beklagte bewertete den Tag als unentschuldigtes Fehlen und zog dem Kläger elf Stunden von seinem Arbeitszeitkonto ab.

Das LAG hat dem vom Kläger geltend gemachten Anspruch stattgegeben. Die Beklagte habe sich im Annahmeverzug befunden. Grds. könne die Beklagte zwar per Direktionsrecht nach § 106 GewO Beschäftigten eine geänderte Einsatzzeit mitteilen. Bei dieser Mitteilung handele es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung, für deren Zugang die Beklagte darlegungs- und beweisverpflichtet sei. Den Zugang könne die Beklagte nicht nachweisen. Der Kläger sei an seinem arbeitsfreien Tag nicht verpflichtet gewesen, sich im Internet den Dienstplan anzusehen. Den Telefonanruf habe er unstreitig nicht entgegengenommen. Die SMS sei zwar in den Empfangsbereich des Klägers gekommen, die Beklagte durfte jedoch nicht vor 7.30 Uhr am 8.4.2022 mit einer Kenntnisnahme rechnen. In seiner Freizeit stehe dem Kläger das Recht auf Unerreichbarkeit zu. Freizeit zeichne sich gerade dadurch aus,

dass Mitarbeitende in diesem Zeitraum ihren Arbeitgebern nicht zur Verfügung stehen müssen und selbstbestimmt entscheiden können, wie und wo sie diese Freizeit verbringen.

Arbeitgeber könnten durch eine geeignete Ablauforganisation, wie z. B. Rufbereitschaftssysteme, sicherstellen, flexibel auf nicht vorhersehbare Ereignisse zu reagieren.

14. LAG: Zulässigkeit und Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Abtretung von Arbeitseinkommen

Das LAG Mecklenburg-Vorpommern entschied mit [Urteil vom 12.7.2022 – 2 Sa 250/21](#)

1. Eine Abtretung auch künftiger Forderungen ist grundsätzlich zulässig. Der Umfang einer solchen Abtretung muss allerdings bestimmt oder zumindest bestimmbar sein. Nur dann kann der Arbeitgeber erkennen, in welchem Ausmaß die Leistung an den neuen Gläubiger erfolgen muss.

2. Für den Nachweis über eine Abtretung reicht es aus, wenn eine Abtretungsbestätigung seitens des Zedenten und Zessionars vorgelegt wird, in der hinreichend konkret auf die zuvor erfolgte Abtretung Bezug genommen und diese bestätigt wird. Denn dem gewöhnlichen Geschehensablauf nach kann bei einer derartigen Bestätigung davon ausgegangen werden, dass die darin konkret in Bezug genommene und bestätigte Abtretung erfolgt ist.

3. Im allgemeinen Rechtsverkehr werden Fotokopien den Originalurkunden gleich geachtet. Nur wenn der Schuldner verständliche Bedenken gegen die Zulässigkeit der Fotokopie erhebt, besteht die Verpflichtung zur Vorlage des Originals. (amtl. Leitsätze)

Die Parteien streiten um Vergütungsansprüche. Die Klägerin und ihr Ehemann hatten einen Darlehensvertrag abgeschlossen, in dem sie u. a. den pfändbaren Teil ihrer Ansprüche auf Arbeitseinkommen abtreten. Außerdem war geregelt, dass die Bank berechtigt ist, die abgetretenen Ansprüche beim Drittschuldner einzuziehen, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt waren. Die Bank wendete sich an die Beklagte und zeigte die Abtretung der gegen die Klägerin bestehende Darlehensforderung an. Sie fügte Kopien des Darlehensvertrages sowie die Kopie einer notariell beglaubigten Abtretungsbestätigung über die dem Darlehen zugrunde liegenden Forderungen bei. Die Abtretungsbestätigung enthielt alle relevanten Angaben. Sodann überwies die Beklagte pfändbare Bestandteile der klägerischen Vergütung entsprechend der Aufforderung für vier Monate und machte sodann von ihrem Zurückbehaltungsrecht gem. § 411 BGB Gebrauch und erbrachte keine weiteren Zahlungen. Daraufhin verklagte die Klägerin die Beklagte auf Differenzvergütung. Zur Begründung hat die Klägerin angeführt, ihr Vergütungsanspruch sei nicht erfüllt, so dass die Beklagte ausstehende Beträge an sie zu leisten habe. Die Beklagte habe nicht mit Erfüllungswirkung gezahlt, weil es an einem lückenlosen Nachweis der Forderung und ihrer Inhaberschaft fehle. Die Voraussetzungen zum Forderungseinzug nach dem Darlehensvertrag liegen nicht vor bzw. sei die Verjährung gegeben. Die angebliche Abtretung sei unwirksam. Eine Urkunde liege nicht vor, nicht einmal in beglaubigter Form. Eine Auszahlung habe nur unter der Voraussetzung des § 411 BGB erfolgen dürfen. Aus Fürsorgegesichtspunkten habe die Beklagte auf die Vorlage einer Urkunde nach § 411 BGB bestehen müssen. Das ArbG hat die Klage abgewiesen. Die zulässige Berufung hatte beim LAG keinen Erfolg. Das LAG hat entschieden, dass die erfolgte Abtretung dem verfügungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügt hat. Es sei ausreichend, Ansprüche auf Arbeitseinkommen zu benennen, weil damit die Forderungen durch ihren Rechtsgrund und den künftigen Drittschuldnern zweifelsfrei individualisiert wären. Die der Beklagten vorgelegten Unterlagen seien hinreichend nachvollziehbar gewesen. Damit sei die Forderung als Gegenstand der Abtretung

hinreichend konkretisiert. Die Vorlage einer Abtretungsbestätigung sei ausreichend. Es war aus Sicht des LAG auch nicht erforderlich, dass der Beklagte die Urkunden im Original hätten übersendet werden müssen. Nur wenn der Schuldner verständliche Bedenken gegen die Zulässigkeit der Fotokopie erhebt, besteht die Verpflichtung zur Vorlage des Originals. Dafür sei nichts ersichtlich. Schließlich gehöre die Klägerin nicht zu den in § 411 BGB wörtlich aufgezählten Personen. Im Übrigen bezwecke § 411 BGB nicht den Schutz des Arbeitnehmers, sondern den des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber könne frei entscheiden, ob er den für ihn selbst vorgesehenen Schutz in Anspruch nimmt oder nicht.

Die Abtretungen von Arbeitseinkommen sind seit jeher für die Arbeitgeber mühsam. Dementsprechend wurde in der Vergangenheit vielfach in Arbeitsverträgen versucht, die Abtretung von Arbeitseinkommen von vornherein zu „verbieten“. Nach § 308 nr.9 a BGB sind arbeitsvertragliche Regelungen, die eine Abtretung von Gehaltsforderung ausschließen, unwirksam. Bevor allerdings Arbeitseinkommen gekürzt und an Dritte ausbezahlt werden, ist stets eine sorgfältige Prüfung vorzunehmen, damit eine Doppelinanspruchnahme vermieden wird.

15. KGH: Ablehnung eines Antrags auf Altersteilzeit im Blockmodell

(Kirchengerichtshof der Evangelischen Kirche in Deutschland, Beschluss vom 9. 11 2022 - 124/15-2022)

1. Allein die finanzielle Belastung der Arbeitgeberin ist nicht generell ausreichend für die Ablehnung eines Antrags auf Altersteilzeit im Blockmodell, denn diese finanzielle Belastung besteht bei jedem Altersteilzeitantrag im Blockmodell.
2. Gemeinnützigkeit ist im Geltungsbereich der Altersteilzeitordnung kein Heraushebungsmerkmal, sondern trifft auf fast alle privaten Träger zu. Es bedarf deshalb spezieller, auf die wirtschaftliche und finanzielle Situation bezogener Überlegungen, warum die finanziellen Belastungen durch die Altersteilzeit im Blockmodell nicht zumutbar sind.

Die Beteiligten haben über die Frage gestritten, ob die Mitarbeitervertretung einen Grund für die Verweigerung der Zustimmung zur Ablehnung des Altersteilzeitantrages einer Mitarbeiterin hatte. Die Mitarbeiterin, die in der Zentralapotheke des von der Arbeitgeberin betriebenen Krankenhauses tätig ist, stellte einen Antrag auf Altersteilzeit im Blockmodell für die Zeit vom 1. Juli 2021 bis zum 30. Juni 2024. Die Arbeitgeberin unterrichtete die Mitarbeitervertretung mit Schreiben vom 24. März 2021, dass sie beabsichtige, diesen Antrag zurückzuweisen. Auf Antrag der Mitarbeitervertretung erfolgte eine Erörterung dieses Antrags am 9. April 2021.

Die Mitarbeitervertretung lehnte den Antrag der Arbeitgeberin ab. Mit einem am 28. April beim Kirchengericht eingegangenen Antrag verlangte die Arbeitgeberin die Feststellung, dass für die Mitarbeitervertretung kein Grund für die Verweigerung der Zustimmung vorgelegen habe. Die Arbeitgeberin teilte der Mitarbeitervertretung mit Schreiben vom 3. Mai 2021 mit, dass sie die grundsätzliche unternehmerische Entscheidung getroffen habe, Altersteilzeit nicht zu genehmigen. Das Kirchengericht hat den Antrag der Arbeitgeberin zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss hat diese Beschwerde eingelegt. Die Arbeitgeberin hält den Beschluss des Kirchengerichtshofs für unzutreffend, weil sie ermessensfehlerfrei über den Antrag der Mitarbeiterin entschieden habe. Ihre Entscheidung lasse erkennen, dass sie ihre und die Interessen der Mitarbeiterin gleichermaßen berücksichtigt habe. Der Kirchengerichtshof hat nun der Mitarbeitervertretung Recht gegeben. Es sei nicht ersichtlich, dass die Arbeitgeberin bei ihrer beabsichtigten ablehnenden Entscheidung billiges Ermessen im Sinne von § 315

Absatz 1 und 3 Satz 1 BGB gewahrt habe. Die vorgebrachten wirtschaftlichen Belastungen reichten nicht aus, um annehmen zu können, dass die Sachentscheidung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit voraussichtlich anders zu treffen sein würde. Die Arbeitgeberin dürfe zwar den Altersteilzeitantrag der Mitarbeiterin nach billigem Ermessen analog § 315 BGB ablehnen, weil die Abänderung des Arbeitsverhältnisses in ein Altersteilzeitarbeitsverhältnis mit dem Mitarbeiter vereinbart werden „könne“. Indessen sei auch nach ihrem Vorbringen in der Beschwerdeinstanz nicht erkennbar, dass die Arbeitgeberin die Grenzen billigen Ermessens (§ 315 BGB) gewahrt habe. Die Ausübung des Ermessens sei „billig“ i.S. des § 315 Absatz 1 und 3 Satz 1 BGB, wenn die Arbeitgeberin die wesentlichen Umstände des Falles und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt habe. Vorliegend sei nur erkennbar, dass die Arbeitgeberin ihre Interessen als Arbeitgeberin ins Feld geführt habe, nicht aber, dass sie alle wesentlichen Umstände des Falles wie die bisherige Dauer des Arbeitsverhältnisses, die Pflegebedürftigkeit der Mutter der Mitarbeiterin, die Schwerbehinderung des Ehemanns der Mitarbeiterin und die von der Mitarbeiterin geschilderte Erschöpfung berücksichtigt habe. Auch in ihrem Beschwerdevorbringen stelle die Arbeitgeberin allein auf die finanziellen Belastungen ab, die ihr regelmäßig durch eine Altersteilzeit im Blockmodell entstehen würden, ohne irgendwelche konkreten Überlegungen anzustellen, aus welchen Gründen diese einem Altersteilzeitantrag entgegenstehen sollten. Immerhin gehe die Altersteilzeitordnung nicht davon aus, dass allein die finanzielle Belastung generell ausreichend für die Ablehnung eines Antrags sei, denn diese finanzielle Belastung bestehe bei jedem Altersteilzeitantrag im Blockmodell. Andere und gerade ihre Situation berücksichtigende Billigkeitserwägungen habe die Arbeitgeberin nicht angestellt. Soweit sie auf ihre Gemeinnützigkeit hinweise, sei diese im Geltungsbereich der Altersteilzeitordnung kein Heraushebungsmerkmal, sondern dürfte auf fast alle privaten Träger zutreffen. Es bedürfe deshalb spezieller, auf ihre wirtschaftliche und finanzielle Situation bezogener Überlegungen, warum die finanziellen Belastungen durch die Altersteilzeit im Blockmodell nicht zumutbar seien. Solche Überlegungen seien nicht ersichtlich. Es komme deshalb gar nicht darauf an, ob den Interessen der Mitarbeiterin möglicherweise durch eine andere Ausgestaltung der Altersteilzeit besser gedient wäre. Die insoweit von der Arbeitgeberin angestellten Überlegungen lassen aber ebenfalls nicht erkennen, dass sie billiges Ermessen ausgeübt habe. Sie beschränke sich auf die Feststellung, dass sie ein anderes Modell geeigneter fände. Darum gehe es aber nicht, weil sie über den konkret von der Mitarbeiterin gestellten Antrag zu befinden habe, der auf die Altersteilzeit im Blockmodell gerichtet sei. Wie die Arbeitgeberin die Interessen der Arbeitnehmerin an diesem Antrag bewertet habe, sei nicht im Einzelnen ersichtlich. Erkennbar sei nur, dass die Arbeitgeberin im Ergebnis ihre nicht näher spezifizierten finanziellen und wirtschaftlichen Interessen höher bewerte als die Interessen der Mitarbeiterin. Das lasse keine Ausübung billigen Ermessens erkennen.

16. Vorschlag für ein Hinweisschreiben an Arbeitnehmer zur neuen elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (eAU)

Zum richtigen Verhalten bei einer Arbeitsunfähigkeit nach Einführung der eAU

Sehr geehrte Frau ...,
sehr geehrter Herr ...,

Die gesetzlichen Regelungen zu den Pflichten, die Sie als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer bei einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit treffen, sind schwer verständlich. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil zum 1. Januar 2023 insoweit gesetzliche Änderungen in Kraft treten, die zu unterschiedlichen Regelungen für verschiedene Arbeitnehmergruppen führen werden. Zum 1.1.2023 wird für alle verpflichtend die elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (eAU) eingeführt. Das hat auch arbeitsrechtliche Konsequenzen. Die meisten Arbeitnehmer müssen eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit regelmäßig nicht mehr durch eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung gegenüber dem Arbeitgeber belegen. Es reicht aus, wenn sie ihre Arbeitsunfähigkeit durch den Arzt feststellen lassen und den Arbeitgeber informieren. Die folgenden Hinweise sollen dazu dienen, Ihnen deutlich zu machen, wie Sie Ihre Pflichten zu erfüllen haben, wie diese Information konkret aussehen, wann sie erfolgen soll und wer weiterhin eine AU-Bescheinigung vorlegen muss. Für uns als Ihrem Arbeitgeber ist dies insbesondere deshalb wichtig, weil wir bei einem krankheitsbedingten Ausfall eines Arbeitnehmers im Interesse aller Arbeitnehmer möglichst schnell reagieren müssen, um die dadurch entstehende Personallücke zu schließen.

I. Anzeigepflichten

Von den nachfolgenden Feststellungs- bzw. Nachweispflichten sind die Anzeigepflichten zu unterscheiden.

1. Anzeigepflicht bei Beginn der Arbeitsunfähigkeit im Inland

a) Werden Sie im Inland arbeitsunfähig, sind Sie verpflichtet, uns als Ihrem Arbeitgeber

- die Tatsache der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit und
- die voraussichtliche Dauer

unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern, mitzuteilen. Beide Verpflichtungen bestehen für Sie nebeneinander. Sie haben sie regelmäßig vor Beginn Ihrer individuellen Arbeitszeit zu erfüllen. Sie dürfen insbesondere nicht abwarten, bis Sie einen Arzt aufgesucht haben.

b) Diese Anzeigepflicht besteht für Sie auch dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit während Ihres Urlaubs eintritt und voraussichtlich über das Ende des Urlaubs hinaus andauern wird.

2. Anzeigepflicht bei Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit im Inland

Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als bisher vom Arzt festgestellt oder – bei noch fehlender Verpflichtung, den Arzt aufzusuchen – als von Ihnen uns gegenüber angegeben, sind Sie verpflichtet, uns als Ihrem Arbeitgeber unverzüglich mitzuteilen

- die Tatsache der fortdauernden Arbeitsunfähigkeit und
- das voraussichtliche Ende der fortdauernden Arbeitsunfähigkeit.

3. Anzeigepflicht bei Beginn der Arbeitsunfähigkeit im Ausland

a) Halten Sie sich bei Beginn der Arbeitsunfähigkeit im Ausland auf, so sind Sie verpflichtet, uns als Ihrem Arbeitgeber in der schnellstmöglichen Art der Übermittlung mitzuteilen:

- die Tatsache der Arbeitsunfähigkeit und

- deren vorsichtige Dauer und
- die Adresse am Aufenthaltsort.

b) Etwaige durch die Mitteilung entstehenden Kosten haben wir als Ihr Arbeitgeber gegen Nachweis zu tragen.

c) Wenn Sie Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse sind, müssen Sie dieser die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich anzeigen. Für manche Länder gelten andere Regelungen. Besorgen Sie sich deshalb bitte – wenn Sie gesetzlich krankenversichert sind – vor der Reise ins Ausland die entsprechenden Merkblätter Ihrer Krankenkasse.

4. Anzeigepflicht bei Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit im Ausland

a) Dauert die im Ausland begonnene Arbeitsunfähigkeit länger als gegenüber uns als Ihrem Arbeitgeber mitgeteilt oder durch den Arzt festgestellt, haben Sie uns als Ihrem Arbeitgeber erneut in der schnellstmöglichen Art der Übermittlung mitzuteilen:

- die Tatsache der fortdauernden Arbeitsunfähigkeit und
- deren voraussichtliche Dauer und
- die Adresse am Aufenthaltsort, sofern sich diese geändert hat.

b) Etwaige durch die Mitteilung entstehenden Kosten haben wir als Ihr Arbeitgeber gegen Nachweis zu tragen.

c) Wenn Sie Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse sind, müssen Sie auch dieser die Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich anzeigen. Anderes entnehmen Sie ggf. den oben erwähnten Merkblättern für Erkrankungen im Ausland.

II. Feststellungspflichten

Neben der Anzeigepflicht trifft viele Arbeitnehmer eine Feststellungspflicht, die ab dem 1. Januar 2023 gelten wird.

1. Zur Feststellung verpflichtete Arbeitnehmer

Die im Folgenden zu erläuternde Feststellungspflicht trifft Sie, wenn

- die Arbeitsunfähigkeit im Inland beginnt oder fortgesetzt wird und
- Sie gesetzlich krankenversichert sind und
- Sie einen Arzt aufsuchen, der an der vertragsärztlichen Versorgung teilnimmt.

2. Erfüllung der Feststellungspflicht

a) Wenn Sie ein feststellungspflichtiger Arbeitnehmer sind, haben Sie bei einer Arbeitsunfähigkeit, die länger als drei Kalendertage dauert, Ihre Arbeitsunfähigkeit spätestens am darauffolgenden Arbeitstag von einem Arzt feststellen zu lassen.

b) Sie haben sich ferner eine ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer aushändigen zu lassen. Allerdings sind Sie nicht verpflichtet, diese Bescheinigung uns als Ihrem Arbeitgeber vorzulegen. Allerdings ist dies zu empfehlen, wenn es im Verhältnis Arzt und Krankenkasse bzw. Arzt und Minijob-Zentrale zu einem Störfall kommt und deshalb für uns als Ihrem Arbeitgeber der Eindruck

entstehen könnte, Sie hätten Ihre Feststellungspflicht nicht erfüllt.

c) Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als ärztlicherseits festgestellt, haben Sie unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern, die Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit durch einen Arzt feststellen zu lassen.

d) Sie haben sich insoweit ebenfalls eine ärztliche Bescheinigung über die Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche weitere Dauer aushändigen zu lassen. Auch insoweit sind Sie nicht verpflichtet, diese uns als Ihrem Arbeitgeber vorzulegen. Allerdings ist dies wiederum bei einem eventuellen Störfall empfehlenswert.

e) Die Feststellungspflicht besteht auch dann, wenn Sie keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gegenüber uns als Ihrem Arbeitgeber haben oder mehr haben.

III. Nachweispflichten

Anstelle der Feststellungspflicht kann für Sie in bestimmten Fällen eine Nachweispflicht bestehen.

1. Nachweispflicht anstelle der Feststellungspflicht

Anstelle der Feststellungspflicht trifft Sie eine Nachweispflicht, wenn

- die Arbeitsunfähigkeit im Ausland beginnt oder fort dauert oder
- Sie privat krankenversichert sind oder
- der Sie im Inland behandelnde Arzt nicht an der vertragsärztlichen Versorgung teilnimmt.

2. Erfüllung der Nachweispflicht

a) Wenn Sie demnach nachweispflichtig sind, haben Sie bei einer Arbeitsunfähigkeit, die länger als drei Kalendertage dauert, uns als Ihrem Arbeitgeber eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer spätestens an dem darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen.

b) Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als in der Bescheinigung angegeben, sind Sie verpflichtet, eine neue ärztliche Bescheinigung vorzulegen, aus der sich die Tatsache der weiteren Arbeitsunfähigkeit und die voraussichtliche weitere Dauer der Arbeitsunfähigkeit ergeben.

c) Diese Nachweispflicht besteht auch dann, wenn Sie keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gegenüber uns als Ihrem Arbeitgeber haben bzw. mehr haben.

d) Die Nachweispflicht besteht unabhängig davon, ob Ihre Arbeitsunfähigkeit im Inland oder im Ausland beginnt.

IV. Folgen von Pflichtverletzungen

Verstoßen Sie gegen eine der genannten Verpflichtungen, müssen Sie mit der Beendigung Ihres Arbeitsverhältnisses rechnen.

Ort, Datum Unterschrift Unternehmen

17. FAQ-Katalog zu Anwendungsfragen zum Verfahren der eAU

Um häufig auftretenden Fragen bei der Anwendung durch die Arbeitgeber zu begegnen, stellt die Bundesvereinigung Deutscher Arbeitgeberverbände (BDA) einen FAQ-Katalog zur Verfügung. Der FAQ-Katalog mit Stand vom 15. November 2022 liegt als **Anlage 1** bei.
Ein FAQ des GKV-Spitzenverband zum Datenaustausch können Sie unter [hier](#) abrufen.

18. Nur noch elektronische Arbeitsbescheinigung ab 1.1.2023

Arbeitgeber müssen auf Verlangen des Arbeitnehmers oder der Bundesagentur für Arbeit eine Arbeitsbescheinigung ausstellen, die die für die Berechnung des Arbeitslosengelds notwendigen Angaben enthält ([§ 312 SGB III](#)). Gleiches gilt für die Bescheinigung von neben dem Arbeitslosengeld erzielten Arbeitsentgelt ([§ 313 SGB III](#)). Ab dem 1.1.2023 wird die elektronische Übermittlung dieser Bescheinigungen verpflichtend. Gleichzeitig entfällt das Widerspruchsrecht des (vorherigen) Arbeitnehmers und damit die Verpflichtung, auf dieses Widerspruchsrecht hinweisen zu müssen. Alle Arbeitgeber sind betroffen, unabhängig von der Betriebsgröße und Branche. Lediglich für Versicherungsverhältnisse/Nebenerwerbstätigkeiten, die vor dem 1.1.2023 enden, darf noch der Papiervordruck verwendet werden.

► Bundesagentur für Arbeit, www.arbeitsagentur.de

Damit beende ich diese Ausgabe der DDN-Nachrichten und wünsche Ihnen wie stets Gesundheit, Glück, Erfolg und Gottes Segen für Ihre Arbeit aber eine frohe und gesegnete Zeit des Advents und der Weihnachtsfeiertage und einen guten Wechsel in das neue Jahr 2023.



Robert Johns
Geschäftsführer

DDN | Diakonischer Dienstgeberverband
Niedersachsen