

**Geschäftsstelle**

**Robert Johns**

## **DDN - Nachrichten 4/2022 vom 13. Oktober 2022**

**Ebhardtstr. 3a**

**30159 Hannover**

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

Telefon: 0511 - 3604112

Homepage:

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

**13.10.2022**

Sehr geehrte Damen und Herren,

anlässlich der im Januar 2023 beginnenden Tarifrunde zum TVöD fordert die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) für die rund 2,5 Millionen Beschäftigten des öffentlichen Dienstes von Bund und Kommunen eine Anhebung der Einkommen um 10,5 Prozent, mindestens aber 500 Euro monatlich bei einer Laufzeit von zwölf Monaten. Die Ausbildungsvergütungen und Praktikantenentgelte sollen um 200 Euro monatlich angehoben werden. Mit den öffentlichen Arbeitgebern sind drei Verhandlungsrunden vereinbart; die letzte ist für den 28. März 2023 vereinbart. Wie auch immer das Ergebnis lauten wird, es wird erheblich die sich in den verschiedenen Sparten der Sozialbranche am TVöD orientierenden Gehälter nichtöffentlicher Arbeitgeber beeinflussen. Das werden dann die vom Fachkräftemangel geprägten Wettbewerbsbedingungen am Arbeitsmarkt sein, die zu Beginn der nach Ende der bis 31. August 2023 bestehenden Laufzeit der Vereinbarung der im TV DN geregelten Gehälter bestehen werden. Der DDN wird das aufmerksam beobachten und bewerten. Der DDN-Vorstand sieht jedoch keine Veranlassung, den Beispielen etwa der die AVR Mecklenburg -Vorpommern beschließenden ARK oder der Tarifvertragsparteien des Kirchlichen Tarifvertrags Diakonie in der Nordkirche folgend zusätzlich zu den bereits beschlossenen Entgelterhöhungen nachträglich weitere Erhöhungen zu vereinbaren. Zumindest bis zum Sommer des kommenden Jahres werden jedenfalls keine durch höhere Gehaltserwartungen veranlasste Fluktuation der Mitarbeitenden erwartet. Es sind eben nicht nur die Gehälter, sondern eine Reihe verschiedener Komponenten, die zusätzlich zur tarifvertraglichen Bezahlung die Attraktivität eines Arbeitgebers ausmachen. Das lässt sich gewissermaßen in Form einer Negativliste aus den in einer Umfrage unter in fester Anstellung stehenden Pflegekräften gegebenen Antworten ablesen, die gefragt wurden: „Was ärgert Sie, wenn Sie Stellenanzeigen lesen?“.

Auszug aus den Antworten:

- *Das Versprechen, nicht ständig einspringen zu müssen, flexibel arbeiten zu können und Aufstiegsmöglichkeiten zu haben usw., wenn bereits bekannt ist, dass dort schlechte Arbeitsbedingungen herrschen.*
- *Mich stört, dass meistens beim Thema Gehalt keine Summe genannt wird, sondern nur nach welchem Tarif (TVöD, AVR etc.). Die Entgeltgruppe, in die man dann eingruppiert wird und die aktuelle Entgelt-*

*Tabelle muss man sich dann immer müßig selbst zusammensuchen. Bei privaten Anbietern ist es dazu noch häufig so, dass die Tarife nicht transparent sind oder zumindest im Internet nicht zu finden sind.*

- *keine Konkreten Angaben über Gehalt und Zulagen*
- *keine Aussagekraft, es fallen Phrasen wie Familienfreundlichkeit, individuelle Förderung, flexible und eigenverantwortliche Arbeitsgestaltung usw.*
- *Floskeln wie Wertschätzung*
- *zu wissen, dass der Arbeitgeber „Belastbarkeit, Flexibilität, Zuverlässigkeit“ gerne erwartet, dies aber als oft als Einbahnstraße sieht. Es wird viel versprochen, manipuliert und am Pflegepersonal herum gecoacht, nur damit eventuell noch ein zweites Kamel durchs Nadelöhr passt.*
- *Wenn es heißt, man könne den Dienstplan mitgestalten, das dann aber gar nicht der Realität entspricht.*
- *Sie ähneln sich alle und werben mit Versprechen, die sie nicht einhalten.*

Ein „richtig gutes Angebot“ bedeutet für die meisten Befragten flexible Dienstzeiten und flexible Urlaubszeiten (74 Prozent). Ein besseres Gehalt war immerhin für 62 Prozent sehr wichtig. Das wird wohl angesichts der inflationsbedingten erheblichen Steigerung der Lebenshaltungskosten noch an Bedeutung zunehmen.

Natürlich können auch zusätzlich zum Tarifgehalt angebotene „Goodies“ zur Arbeitgeberattraktivität beitragen, wie z. B. steuer- und sozialversicherungsfreie Tank- und oder Warengutscheine oder pauschal versteuerte Urlaubsbeihilfen. Zu dieser Liste zählt auch die kostengünstige Ermöglichung der Nutzung und des Erwerbs von E-Bikes. Lesen sie hierüber und über aktuelle arbeits- und personalrechtliche Entwicklungen nachfolgende Beiträge:

- 1. Steuerfrei Fahrrad fahren**
- 2. ArbG Köln: Ungeimpfte Pflegekraft hat keinen Anspruch auf Annahmeverzugslohn**
- 3. BAG: Ver.di ist tariffähig – Auch in der Pflegebranche**
- 4. BAG: (Kein) Initiativrecht zur Einführung einer elektronischen Zeiterfassung – Gesetzliche Erfassungspflicht**
- 5. EuGH: Anspruch auf Urlaubstage unterliegt nicht der regelmäßigen Verjährung nach § 195 BGB**
- 6. BAG: Zusatzurlaub – Verfall bei rückwirkender Anerkennung der Schwerbehinderung**
- 7. BAG: Darlegungs- und Beweislast bei korrigierender Herabgruppierung**
- 8. LAG: Gericht bestätigt weitere Vergütung für häusliche 24-Stunden-Pflege**
- 9. LAG: Außerordentliche Kündigung mit Auslaufzeit bei dauernder Leistungsunfähigkeit**
- 10. LAG: Ordentliche verhaltensbedingte Kündigung wegen Arbeitszeitmanipulation für Raucherpausen**
- 11. LAG: Rechtsweg bei Zahlungsklagen des abberufenen GmbH-Geschäftsführers**
- 12. LAG: Kirchen müssen behinderte Stellenbewerber nicht einladen**
- 13. Auskunftspflicht nach DSGVO bei Fragen zur Speicherung personenbezogener Daten**
- 14. FAQ zu den neue Minijob-Regelungen ab 1. Oktober 2022**
- 15. Mindesttemperatur am Arbeitsplatz: Wie kalt darf es sein?**
- 16. Künstlersozialabgabe künftig bei 5,0 Prozent (BMAS)**
- 17. Sozialversicherungs-Rechengrößenverordnung 2023**
- 18. Pfändungsfreigrenzen-Rechner und Pfändungstabellen-Generator**

## 1. Steuerfrei Fahrrad fahren

Trotz bereits seit 2016 nachdrücklich vom DDN gefordert weigert sich die Gewerkschaft Ver.di hartnäckig, eine Finanzierung der Leasingraten für ein E-Bike durch Mitarbeitende per Entgeltumwandlung durch eine entsprechende Öffnungsklausel im TV DN zu ermöglichen. Ohne eine solche erkennen Finanzämter und Sozialversicherungen die Abgabefreiheit umgewandelter Gehaltsbestandteile nicht an. Ver.di ignoriert hierbei, dass die Ermöglichung des E-Bike-Leasing per Entgeltumwandlung gerade von sehr vielen Mitarbeitenden vehement gefordert wird. Nicht durch Tarifvertrag gehinderte Mitbewerber am Arbeitsmarkt haben hierdurch einen erheblichen Wettbewerbsvorteil. Gleichwohl steht es den an den TV DN tarifgebundenen Arbeitgebern frei, den Mitarbeitenden den privaten und dienstlichen Gebrauch eines E-Bikes, sowie die Möglichkeit des kostengünstigen Erwerbs nach Ablauf einer Mindestgebrauchszeit steuer- und sozialversicherungsfrei zu ermöglichen, wenn diese Vorteile zusätzlich zum bereits tarifvertraglich geschuldeten Gehalt gewährt werden. Die Mitarbeitenden können in der eigenen Steuererklärung sogar noch Werbungskosten in Höhe der Entfernungspauschale abziehen. Auch hier gilt: Das Fahrrad darf natürlich ohne Einschränkung ebenfalls für private Zwecke genutzt werden. Zu einem späteren Zeitpunkt können die Mitarbeitenden das auf sie individuell angepasste Fahrrad preisgünstig erwerben. Nachstehend bietet eine Übersicht Informationen über verschiedene Varianten der Job-Fahrrad – Überlassung und die mit ihnen verbundenen steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen:

	Modell 1	Modell 2	Modell 3	Modell 4
	Klassisches Dienstrad		Finanzierungsmodell	
<b>Anschaffung</b>	Kauf. Kaufpreis wird vom AG bezahlt.	AG least Rad bei Drittanbieter, AG zahlt Leasingraten selbst.	AG least bei Drittanbieter, Leasingraten werden von AN über Entgeltumwandlung finanziert.	
<b>Nutzung</b>	Modelle 1 und 2		dienstlich und privat	
	Nur dienstlich	dienstlich und privat (personalisiert)		
<b>Laufende Kosten (Reparaturen, Versicherungen) und Verlustrisiko</b>	AG		AG	AN
<b>Geldwerter Vorteil</b>	keiner	Geldwerter Vorteil 0,25 % der UVP des Herstellers (§ 8 Abs. 2 S. 8 EStG a.F. i.V.m. Erlass vom 23.11.2012).	Geldwerter Vorteil 0,25 % des um 4% geminderten Endpreis (§ 8 Abs. 3 EStG)	keiner
<b>Vorteile</b>	AN fährt im Dienst kostenlos Rad. Pool-Nutzung möglich.	AN fährt dienstlich und privat Rad. Kein Investitionsrisiko für AG. Pool-Nutzung für Dienstfahrten möglich.	Monatliche Kosten Geldwerter Vorteil etwas geringer. „Steuerersparnis“ durch Entgeltumwandlung.	„Steuerersparnis“ durch Entgeltumwandlung*.
<b>Nachteile</b>	Da keine private Nutzung möglich ist, kann das Rad auch nicht für den Weg von der Wohnung zur Arbeit verwendet werden. Anschaffung muss finanziert werden.	Monatliche Kosten rentieren sich für AN nur, wenn sie den Anschaffungspreis nicht privat finanzieren könnte/ das Rad intensiv privat nutzen.	Zusätzliche monatliche Kosten durch Leasingraten. Reduzierung der Sozialabgaben führt zur Verringerung der Rente. Keine Pool-Nutzung möglich.	Reduzierung der Sozialabgaben führt zur Verringerung der Rente. Keine Pool-Nutzung möglich.

## **2. ArbG Köln: Ungeimpfte Pflegekraft hat keinen Anspruch auf Annahmeverzugslohn**

Eine nicht gegen SARS-CoV-2 geimpfte Pflegekraft ist mit ihrer Klage auf tatsächliche Beschäftigung sowie Zahlung von Annahmeverzugslohn gescheitert. Einem Beschäftigungsanspruch stehe § 20a Abs. 1 IfSG entgegen, aus dem sich seit dem 16.03.2022 ein unmittelbares gesetzliches Tätigkeitsverbot für nicht immunisierte Pflegekräfte ergebe, so das [Arbeitsgericht Köln, 8 Ca 1779/22](#). Gegen das Urteil wurde Berufung beim Landesarbeitsgericht Köln (Az.: 4 Sa 637/22) eingelegt.

Der Kläger ist bei der beklagten Arbeitgeberin, die Senioreneinrichtungen betreibt, als Alltagsbegleiter und Betreuungskraft Sozialer Dienst beschäftigt. Nach Verabschiedung der gesetzlichen Neuregelung zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht forderte die Beklagte ihre Mitarbeiter auf, sich gegen SARS-CoV-2 impfen zu lassen. Sie kündigte hierbei an, nicht geimpfte Mitarbeiter nach dem 15.03.2022 nicht mehr zu beschäftigen. Aufgrund der Nichtvorlage eines Impfnachweises stellte die Beklagte den Kläger - wie auch sämtliche Mitarbeiter, die zu diesem Zeitpunkt keinen Impf- oder Genesenennachweis vorgelegt hatten - ab dem 16.03.2022 unbezahlt frei. Der Kläger hält die Freistellung für rechtswidrig und fordert die vollständige Vergütung für den Monat März 2022 unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs. Das ArbG Köln wies die Klage ab. Ein gesetzliches Tätigkeitsverbot für den ungeimpften Kläger ergebe sich bereits aus § 20a Abs. 1 IfSG, so das Gericht. Einer gesonderten behördlichen Entscheidung des Gesundheitsamtes bedürfe es hierfür nicht. Darüber hinaus sei ein arbeitgeberseitiges Hygienekonzept, wonach in Anbetracht der gesetzlichen Wertung des § 20a IfSG nach dem 15.03.2022 keine nicht immunisierten Mitarbeiter mehr in einer Pflegeeinrichtung beschäftigt werden sollen, nicht zu beanstanden. Das Interesse der Beklagten an der Nichtbeschäftigung des Klägers habe deshalb das Beschäftigungsinteresse des Klägers überwogen. Diese Berechtigung der Freistellung schlage auch auf den Vergütungsanspruch durch. Folge sei, dass die Beklagte auch keinen Annahmeverzugslohn schulde.

## **3. BAG: Ver.di ist tariffähig – Auch in der Pflegebranche**

Für DDN-Mitglieder nicht gänzlich ohne Bedeutung: Der Erste Senat des BAG hat entschieden, dass die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) tariffähig ist. Damit könne sie Tarifverträge auch in der Pflegebranche abschließen. Die Tariffähigkeit sei die rechtliche Fähigkeit, im beanspruchten Organisationsbereich wirksam Tarifverträge mit dem sozialen Gegenspieler abzuschließen. Diese Fähigkeit sei nach der ständigen Rechtsprechung des BAG für den beanspruchten Zuständigkeitsbereich einer Vereinigung einheitlich und unteilbar. Eine teilweise, auf bestimmte Branchen, Regionen, Berufskreise oder Personengruppen beschränkte Tariffähigkeit einer Koalition gebe es nicht (PM zu [BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 24/21](#)).

Tatsächlich war in der Vergangenheit diese vom Arbeitgeberverband Pflege e.V. (AGVP) anlässlich des von der BVAP mit dem Ziel seiner Allgemeinverbindlichkeitserklärung geschlossene TV-Altenpflege Deutschland durch alle Instanzen gebrachte Frage, ob angesichts des extrem niedrigen Organisationsgrads der Gewerkschaft Ver.di in Einrichtungen der Pflegebranche überhaupt „tariffähig“ i.S.d. Tarifvertragsgesetzes ist, immer wieder von Vielen - auch von Führungskräften diakonischer Werke und Einrichtungen - gestellt worden. Tatsächlich ist der Organisationsgrad bei Ver.di in nicht vom öffentlichen Dienst getragenen Einrichtungen des Pflege-, Gesundheits- und Sozialmarkts – von Krankenhäusern mal abgesehen – überaus gering. Wie von den meisten Arbeitsrechtskundigen erwartet entschied nun das BAG rechtskräftig Ver.di's Tariffähigkeit auch in der Pflegebranche trotz niedrigen

Organisationgrads. Die noch nicht veröffentlichten Entscheidungsgründe werden zeigen, dass dieses Ergebnis auch auf andere Branchen des Pflege-, Gesundheits- und Sozialmarkts außerhalb des öffentlichen Dienstes übertragen werden kann.

#### **4. BAG: Freistellungstage statt tariflichem Zusatzgeld - krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit**

Das BAG entschied mit [Urteil vom 23.2.2022 – 10 AZR 99/21](#), dass der Anspruch auf bezahlte arbeitsfreie Tage, der an die Stelle des Anspruchs auf ein tarifliches Zusatzgeld nach dem Tarifvertrag Tarifliches Zusatzgeld (TV T-ZUG) tritt, nicht erfüllt werde, wenn der Arbeitnehmer am Freistellungstag arbeitsunfähig erkrankt ist.

Das schon vor einigen Monaten veröffentlichte Urteil wird im Anwendungsbereich des TV DN vielfach dahingehend missinterpretiert, dass auch die gemäß § 12 Abs. 3 TV DN als Anspruch Arbeitsbefreiung gestalteten Entlastungstage nach verbindlicher Festlegung auf ein Datum im Krankheitsfall am festgelegten Tag als nicht gewährt und folglich fortbestehend gelten. Das ist jedoch nicht der Fall. Das BAG hatte hier über einen vom Anspruch auf Entlastungstage gemäß 12 Abs. TV DN zu unterscheidenden Anspruch auf in einen Freistellungsanspruch umgewandelten Geldanspruch entschieden.

Sinn und Zweck der Entlastungstage gemäß § 12 Abs. 3 TV DN ist eine Verkürzung der Jahresarbeitszeit für ältere Arbeitnehmer zwecks Erweiterung der Möglichkeit zur Regeneration von der Arbeitsbelastung. Hier besteht eben deshalb kein Wahlrecht zwischen Geld- und Arbeitsbefreiungsanspruch. Der Anspruch ist ausdrücklich als Arbeitsbefreiung ausgestaltet, wodurch die Gleichstellung mit anderen arbeitszeitrechtlich begründeten arbeitsfreien Tagen, wie z.B. Zeitausgleich bei zeitlich vorweggenommener Arbeitsleistung oder zwecks Einhaltung der vertraglich vereinbarten oder gesetzlichen Wochenarbeitszeit. Nach gefestigter Rechtsprechung gelten solche, lediglich den Zeitpunkt der arbeitsvertraglich oder gesetzlich festgelegten arbeitsfreien Zeit bestimmenden Ansprüche bei ihrer beidseitigen verbindlichen Festlegung durch Erfüllung unter, auch wenn der Arbeitnehmer die arbeitsfreie Zeit z. B. wegen Krankheit nicht wie geplant nutzen kann.

Der hier vom BAG entschiedenen Anspruch aus dem Tarifvertrag Tarifliches Zusatzgeld (TV T-ZUG) regelt jedoch ein echtes Wahlrecht des Arbeitnehmers zwischen einem Geld- oder Freistellungsanspruch. Sinn und Zweck der Regelung ist folglich, dem Arbeitnehmer unterschiedliche Möglichkeiten zur Inanspruchnahme der tariflichen Aufwertung seiner Arbeitsleistung zu geben.

So heißt es in den **Orientierungssätzen des Gerichts zum Urteil:**

*2. Entscheidet sich der Arbeitnehmer aufgrund des ihm eröffneten Wahlrechts für einen Anspruch auf bezahlte Freistellung von der Arbeit anstelle des Anspruchs auf ein tarifliches Zusatzgeld nach dem TV T-ZUG, wird der Anspruch nicht erfüllt, wenn der Arbeitnehmer am Freistellungstag arbeitsunfähig erkrankt ist (Rn. 20 ff.).*

*3. Kann der Anspruch auf bezahlte Freistellung nach § 25 MTV wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nicht erfüllt werden, lebt nicht der ursprüngliche Anspruch auf das tarifliche Zusatzgeld unterjährig wieder auf. Vielmehr bleibt der originäre Erfüllungsanspruch erhalten (Rn. 45).*

*4. Der Anspruch auf bezahlte Freistellung von der Arbeit geht aufgrund der Ausnahmebestimmung des § 25.3 Abs. 3 MTV nur dann am Jahresende unter, wenn die Freistellungstage aus personenbedingten*

*Gründen im gesamten Kalenderjahr nicht oder nicht vollständig genommen werden. Das setzt voraus, dass dem (noch) bestehenden Freistellungsanspruch lückenlos bis zum Jahresende personenbedingte Gründe, wie beispielsweise eine durchgehende krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit, entgegenstanden. In einem solchen Fall lebt der Anspruch auf das tarifliche Zusatzgeld im Umfang der nicht realisierten Freistellungstage wieder auf (Rn. 30, 48).*

**Ab Rn. 27 der Entscheidungsgründe führt das BAG aus:**

*(27) § 25.3 Abs. 2 Satz 1 MTV verweist jedoch nicht pauschal auf das gesamte gesetzliche oder tarifliche Urlaubsrecht. Vielmehr bezieht sich die Tarifnorm nur auf eine Modalität, wie der Freistellungsanspruch umzusetzen ist. Es geht darum, dass die Freistellungstage wie im Urlaubsrecht grundsätzlich in vollen Tagen einzubringen sind (vgl. zum Urlaubsrecht BAG 19. Juni 2018 – 9 AZR 615/17 – Rn. 33 mwN, BAGE 163, 72). Auf andere urlaubsrechtliche Bestimmungen – wie zB § 9 BUrlG – bezieht sich die Tarifnorm hingegen nicht; die Tarifvertragsparteien haben vielmehr hinsichtlich der Freistellungstage ein eigenes Regelungsregime geschaffen.*

*28 bb) Zentral für das Verständnis der Norm ist die Struktur des Anspruchs. Bei den Freistellungstagen nach § 25 MTV handelt es sich um den nach (einmaliger) Ausübung des Wahlrechts umgewandelten Anspruch auf ein tarifliches Zusatzgeld nach dem TV T-ZUG. Soweit dieser monetäre Anspruch bei Vorliegen der tariflichen Tatbestandsvoraussetzungen entstanden ist und in den Freistellungsanspruch umgewandelt wurde, scheidet eine Verlagerung des Risikos der tatsächlichen Realisierung auf den Arbeitnehmer aus. Für den Freistellungsanspruch gilt insoweit nichts anderes als für den ursprünglichen Zahlungsanspruch.*

Mit der Umwandlung des Geldanspruchs in einen Arbeitsbefreiungsanspruch sollte demnach nicht das Risiko des Untergangs wegen Erfüllung im Krankheitsfall auf den Arbeitnehmer verlagert werden. Niemand würde schließlich auf die Idee kommen, dass ein Zahlungsanspruch untergehe, wenn der Arbeitnehmer ihn wegen Krankheit am Fälligkeitstermin nicht mehr geltend machen kann.

Die Entlastungstage gemäß § 12 Abs. 3 TV DN sind dagegen reine Jahresarbeitszeitverkürzungstage, die zusätzlich zu den gemäß § 12 Abs. 1 TV DN zu gewährleistenden arbeitsfreien Tagen im 14-Tages-Zeitraum zu gewähren sind. Diese sind unstreitig im Krankheitsfall nicht nachzugewähren.

**5. BAG: (Kein) Initiativrecht zur Einführung einer elektronischen Zeiterfassung – Gesetzliche Erfassungspflicht**

Ein Betriebsrat kann die Einführung eines (elektronischen) Zeiterfassungssystems über eine Einigungsstelle nicht erzwingen, da bereits eine gesetzliche Erfassungspflicht besteht., [PM zu BAG Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21.](#)

Die beteiligten Arbeitgeberinnen unterhalten eine Wohneinrichtung im Rahmen der Eingliederungshilfe als Gemeinschaftsbetrieb. Mit dem dort gebildeten Betriebsrat schlossen sie 2018 eine Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit. Gespräche über eine weitere Betriebsvereinbarung zur elektronischen Arbeitszeiterfassung blieben ergebnislos, weshalb die Arbeitgeberinnen auf die Einführung eines entsprechenden Systems verzichteten. Der Betriebsrat leitete daraufhin ein

Beschlussverfahren zur Einsetzung einer Einigungsstelle mit dem Regelungsgegenstand „Einführung einer elektronischen Zeiterfassung“ ein. Arbeitsgericht und LAG gaben dem Antrag statt.

Der 1. BAG-Senat, dessen Entscheidung bisher nur als Pressemitteilung vorliegt, hat der Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberinnen stattgegeben und ein Initiativrecht abgelehnt. Der Betriebsrat habe nach § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG in sozialen Angelegenheiten nur mitzubestimmen, soweit keine gesetzliche oder tarifliche Regelung bestehe. Bei unionsrechtskonformer Auslegung von § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG sei der Arbeitgeber aber bereits gesetzlich verpflichtet, die Arbeitszeiten der Arbeitnehmer zu erfassen. Dies schließe ein Initiativrecht des Betriebsrats zur Einführung eines Systems der Arbeitszeiterfassung aus. Aufgrund der gesetzlichen Pflicht des Arbeitgebers könne der Betriebsrat die Einführung eines Systems der (elektronischen) Arbeitszeiterfassung im Betrieb somit auch nicht mithilfe der Einigungsstelle erzwingen.

Der Senat sieht den Gesundheitsschutz als maßgeblich an und lehnt ein Mitbestimmungsrecht wegen einer bestehenden gesetzlichen Regelung ab, da eine Arbeitgeberpflicht zur Zeiterfassung bestehe. Bis zur Lektüre der Entscheidungsgründe schafft die Entscheidung nur Klarheit darüber, dass dem Betriebsrat ein Initiativrecht zur elektronischen Zeiterfassung ebenso wenig zusteht wie zu jeder anderen Methodik der Zeiterfassung. Ob und welche Freiheiten das BAG den Unternehmen zubilligt, kann der vorliegenden Pressemitteilung des Gerichts nicht entnommen werden. Dort lautet es nur recht schnörkellos "Der Arbeitgeber ist nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG verpflichtet, ein System einzuführen, mit dem die von den Arbeitnehmern geleistete Arbeitszeit erfasst werden kann." Da ist zwischen handschriftlicher Dokumentation und elektronischer Zeiterfassung ein weiter Spielraum. Wichtig ist, dass Verstöße gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG keine Ordnungswidrigkeit sind. Es drohen damit zumindest keine Bußgelder, wenn Arbeitgeber nicht sofort ein Arbeitszeiterfassungssystem einführen.

**6. EuGH: Anspruch auf Urlaubstage unterliegt nicht der regelmäßigen Verjährung nach § 195 BGB**  
der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in drei Fällen aus Deutschland entschieden, dass der Anspruch auf Urlaub in bestimmten Fällen niemals verfällt..

In einem der Fälle forderte die Klägerin, eine Bilanzbuchhalterin, nach ihrer Kündigung eine finanzielle Abgeltung der Urlaubstage, die sie wegen nach eigener Aussage jahrelangen hohen Arbeitsaufkommens nicht genommen hatte. Ihr Arbeitgeber argumentierte, dass der Anspruch wegen der üblichen zivilrechtlichen Verjährungsfrist von drei Jahren verjährt sei.

Der Arbeitgeber muss dem EuGH zufolge aber dafür sorgen, dass der Arbeitnehmer seinen Urlaubsanspruch tatsächlich wahrnehmen kann. Der Arbeitgeber muss demnach den Arbeitnehmer dazu auffordern, den Urlaub zu nehmen, und darauf hinweisen, dass die Tage sonst verfallen könnten. Tut er dies nicht, habe er sich selbst in die Situation gebracht, mit Anträgen auf finanzielle Vergütung lange zuvor entstandener Ansprüche konfrontiert zu sein. Ob dies im Fall der Buchhalterin so war, müsse nun das Bundesarbeitsgericht prüfen, teilte der EuGH mit, EuGH, Urt. v. 22.09.2022, [Az. C-120/21](#).

Die zwei weiteren Fälle drehten sich um den Urlaubsanspruch bei Krankheit. Die Kläger, eine ehemalige Mitarbeiterin eines Krankenhauses und ein ehemaliger Frachtfahrer, machten geltend, dass sie einen Anspruch auf bezahlten Urlaub für das Jahr haben, in dem sie aus gesundheitlichen Gründen

erwerbsgemindert beziehungsweise arbeitsunfähig waren. Nach deutschem Recht verfällt der Urlaubsanspruch bei Krankheit normalerweise nach 15 Monaten.

Die EuGH-Richter teilten nun mit, dass die Urlaubsansprüche nicht erlöschen, wenn sie vor der Erwerbsunfähigkeit entstanden und der Arbeitgeber die Arbeitnehmer nicht rechtzeitig dazu aufforderte, oder es ermöglichte, Urlaub zu nehmen. (EuGH [C-518/20](#); [C- 727/20](#))

Ein EU-Staat kann demnach zwar beschließen, dass der Urlaubsanspruch für mehrere Jahre lang erwerbsunfähige Arbeitnehmer nach einem Übertragungszeitraum von 15 Monaten verfällt. In diesen beiden Fällen gehe es aber um das Jahr, in dem die Kläger erst arbeitsunfähig wurden. Es bestehe also nicht die Gefahr, dass Urlaubsansprüche unbeschränkt angesammelt würden, erklärte der EuGH.

Das Bundesarbeitsgericht hat schon angekündigt, über die Fälle im Dezember entscheiden zu wollen. Es ist dabei an die Rechtsauslegung des EuGHs gebunden. Ausführlicher erläutert [Prof. Dr. Martin Fuhlrott auf LTO](#) diese EuGH-Entscheidungen.

Arbeitgeber können sich also faktisch unverfallbaren Urlaubsansprüchen ausgesetzt sehen, wenn sie nicht jedes Kalenderjahr aufs Neue bzw. bei Neueinstellung Ihre Mitarbeitenden nachweisbar über Ihre konkreten Urlaubsansprüche informiert, die Möglichkeit des Verfalls hingewiesen und zur rechtzeitigen Urlaubsnahme aufgefordert haben. **Was hierbei notwendig, aber auch ausreichend ist, hat das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 1.02.2019 - [BAG 9 AZR 541/15](#) – ab Rn. 43bb) ausgeführt.**

## **7. BAG: Zusatzurlaub – Verfall bei rückwirkender Anerkennung der Schwerbehinderung**

Orientierungssätze zu [BAG vom 26.04.2022 – 9 AZR 367/21](#):

1. Der Anspruch auf Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen kann grundsätzlich nur dann gemäß § 7 Abs. 3 BUrlG mit Ablauf des Urlaubsjahrs oder eines zulässigen Übertragungszeitraums erlöschen, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor durch Erfüllung seiner Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten rechtzeitig in die Lage versetzt hat, den Urlaubsanspruch zu verwirklichen (Rn. 13).
2. Hat der Arbeitgeber keine Kenntnis von der Schwerbehinderung des Arbeitnehmers und ist diese nicht offenkundig, hat er keinen Anlass, vorsorglich auf einen Zusatzurlaub hinzuweisen und den Arbeitnehmer aufzufordern, diesen in Anspruch zu nehmen. In diesem Fall verfällt der Anspruch auf Zusatzurlaub nach § 7 Abs. 3 BUrlG, ohne dass der Arbeitgeber seinen Mitwirkungsobliegenheiten nachkommt (Rn. 17).
3. Der Anspruch auf Zusatzurlaub kann auch dann ohne vorherige Erfüllung der Mitwirkungsobliegenheiten durch den Arbeitgeber erlöschen, wenn der Arbeitnehmer einen Antrag auf Anerkennung der Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch gestellt hat, ohne seinen Arbeitgeber darüber zu unterrichten und ohne dass die Schwerbehinderung offensichtlich ist (Rn. 18).
4. Demgegenüber setzen Befristung und Verfall des Anspruchs auf Zusatzurlaub grundsätzlich die Erfüllung der Mitwirkungsobliegenheit durch den Arbeitgeber voraus, wenn der (objektiv schwerbehinderte) Arbeitnehmer den Arbeitgeber über seinen (noch nicht beschiedenen) Antrag auf Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft unterrichtet hat (Rn. 19 ff.).
5. Wird der dem Arbeitgeber bekannte Antrag auf Anerkennung der Schwerbehinderung zunächst durch behördlichen Bescheid zurückgewiesen und die Schwerbehinderung später aufgrund eines vom



Arbeitnehmer eingelegten Rechtsbehelfs oder Rechtsmittels rückwirkend festgestellt, hängen Befristung und Verfall des Zusatzurlaubs vom Kenntnisstand des Arbeitgebers ab. Hat der Arbeitnehmer den Arbeitgeber unverzüglich über die ablehnende Entscheidung der zuständigen Behörde sowie über die (beabsichtigte) Einlegung eines Rechtsbehelfs unterrichtet, setzt die Befristung des Urlaubsanspruchs weiterhin die Erfüllung der Mitwirkungsobliegenheiten voraus. Anderenfalls verfällt der Zusatzurlaubsanspruch auch ohne Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers nach § 7 Abs. 3 BUrlG mit Ausnahme des Urlaubs, über den der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bis zur Ablehnung hätte belehrt haben müssen (Rn. 22 ff.).

#### **8. BAG: Darlegungs- und Beweislast bei korrigierender Herabgruppierung**

Die Darlegungs- und Beweislast für eine höhere Eingruppierung obliegt in einem Prozess grundsätzlich den Beschäftigten. Das BAG entschied mit [Urteil vom 27.04.2022, 4 AZR 463/21](#), dass im Fall einer sog. korrigierenden Rückgruppierung, dh. bei einer beabsichtigten Zuordnung zu einer niedrigeren als der bisher als zutreffend angenommenen Vergütungsgruppe, sich Beschäftigte jedoch auf die ihnen zuvor als maßgebend mitgeteilte Vergütungsgruppe berufen können. Dann hat die Arbeitgeberin die objektive Fehlerhaftigkeit der bisherigen Eingruppierung darzulegen und zu beweisen. Diese Grundsätze gelten auch, wenn durch die Änderung der Bewertung der Tätigkeit durch die Arbeitgeberin einem (ggf. erst später möglichen) Höhergruppierungsantrag nach § 29b TVÜ-VKA die Grundlage entzogen wird.

#### **9. LAG: Gericht bestätigt weitere Vergütung für häusliche 24-Stunden-Pflege**

Die Klage einer im Rahmen einer "24- Stunden-Pflege" tätigen Arbeitnehmerin auf Zahlung zusätzlicher Vergütung hat vor dem LAG Berlin-Brandenburg mit Urteil vom 05.09.2022 - [21 Sa 1900/19](#), erneut überwiegend Erfolg. Im Jahr 2020 hatte das Gericht der Klage schon einmal im Wesentlichen stattgegeben. Im Rahmen der Revision hatte das Bundesarbeitsgericht eine weitere Aufklärung konkret geleisteter Arbeits- und Bereitschaftszeiten gefordert und das Verfahren an das LAG zurückgewiesen. Die Klägerin, eine bulgarische Staatsangehörige, wurde auf Vermittlung einer deutschen Agentur, die mit dem Angebot "24 Stunden Pflege zu Hause" wirbt, von ihrem in Bulgarien ansässigen Arbeitgeber nach Deutschland entsandt, um eine hilfsbedürftige, über 90 Jahre alte Dame zu betreuen. Die ältere Dame lebte allein in ihrer Wohnung in einer Seniorenwohnanlage. In dem Arbeitsvertrag der Klägerin war eine Arbeitszeit von 30 Stunden wöchentlich vereinbart. In dem Betreuungsvertrag mit der zu versorgenden Dame war eine umfassende Betreuung mit Körperpflege, Hilfe beim Essen, Führung des Haushalts und Gesellschaftleisten und ein Betreuungsentgelt für 30 Stunden wöchentlich vereinbart. Die Klägerin war gehalten, in der Wohnung der zu betreuenden Dame zu wohnen und zu übernachten. Mit ihrer Klage forderte die Klägerin Vergütung von 24 Stunden täglich für mehrere Monate. Sie sei in dieser Zeit von 6 Uhr morgens bis etwa 22/23 Uhr im Einsatz gewesen und habe sich auch nachts bereithalten müssen, falls sie benötigt werde, so ihre Begründung. Sie habe deshalb für die gesamte Zeit einen Anspruch auf den Mindestlohn. Der Arbeitgeber hat die behaupteten Arbeitszeiten bestritten und sich auf die arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeitszeit berufen. Nach der vom BAG geforderten umfangreichen Beweisaufnahme hat das LAG der Klägerin den geforderten Mindestlohn erneut im Wesentlichen zugesprochen. Die Betreuung der älteren,

pflegebedürftigen Dame habe 24 Stunden am Tag sichergestellt werden müssen. Die Klägerin habe nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme neben ihren vergüteten Arbeitszeiten in erheblichem Umfang vergütungspflichtige Bereitschaftszeiten zur Sicherstellung der Betreuung erbringen müssen. In den Zeiten, zu denen sich keine andere Person zur Betreuung in der Wohnung der älteren Dame aufgehalten habe, sei die Klägerin verpflichtet gewesen, die Betreuung für den Fall der Fälle sicherzustellen. Das LAG ist hierbei davon ausgegangen, dass die Klägerin die Beweislast für die erbrachten Bereitschaftszeiten trage. Für einen kleinen Teil der eingeklagten Zahlungen hat das Gericht die Klage abgewiesen. Für diese Zeiten sei das LAG nach der Beweisaufnahme nicht davon überzeugt gewesen, dass die Klägerin Bereitschaftszeiten geleistet habe. Hierbei handele es sich um Zeiten, die die ältere Dame mit Familienangehörigen in ihrer Wohnung oder im Restaurant verbracht habe.

#### **10. LAG: Außerordentliche Kündigung mit Auslaufzeit bei dauernder Leistungsunfähigkeit**

Das LAG Mecklenburg-Vorpommern entschied mit [Urteil vom 21.06.2022 - 5 Sa 259/21](#):

Eine mit Auslaufzeit ausgesprochene außerordentliche Kündigung eines ordentlich unkündbaren Arbeitsverhältnisses kann gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitnehmer krankheitsbedingt auf Dauer außerstande ist, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen.

Sofern eine dauernde Leistungsunfähigkeit nicht medizinisch festgestellt ist, bspw. als Folge eines schweren Unfalls, bedarf es einer entsprechenden Negativprognose, die sich wiederum aus einer langanhaltenden Arbeitsunfähigkeit ergeben kann. Der Rückschluss von einer langanhaltenden Arbeitsunfähigkeit auf eine voraussichtlich dauernde Leistungsunfähigkeit ist im Regelfall erst dann möglich, wenn der Arbeitnehmer etwa 18 Monate ununterbrochen krank war.

Die Rechtmäßigkeit einer Kündigung ist anhand der zum Zeitpunkt des Zugangs gegebenen objektiven Verhältnisse zu beurteilen. Das gilt auch im Falle einer Kündigung, die auf eine Langzeiterkrankung gestützt wird. Die tatsächliche Entwicklung nach Kündigungsausspruch bis zum Ende der mündlichen Verhandlung kann nicht zur Bestätigung oder Korrektur der Prognose verwertet werden. (amtl. Leitsätze).  
Aus den Gründen:

Randnummer 45 ff ... Ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB kann sich aus einer Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit ergeben. Grundsätzlich ist dem Arbeitgeber aber die Einhaltung der Kündigungsfrist zuzumuten. Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in eng begrenzten Fällen in Betracht, etwa wenn die ordentliche Kündigung aufgrund tarifvertraglicher oder einzelvertraglicher Vereinbarungen ausgeschlossen ist. In diesem Fall kann ein Sachverhalt, der bei einem Arbeitnehmer ohne Sonderkündigungsschutz nur eine ordentliche Kündigung rechtfertigen würde, gerade wegen der infolge des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung langen Bindungsdauer einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung für den Arbeitgeber im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB darstellen. Zur Vermeidung eines Wertungswiderspruchs muss dann allerdings zugunsten des Arbeitnehmers zwingend eine der fiktiven ordentlichen Kündigungsfrist entsprechende Auslaufzeit eingehalten werden. Überdies muss der Prüfungsmaßstab den hohen Anforderungen Rechnung tragen, die nach § 626 Abs. 1 BGB an eine außerordentliche Kündigung zu stellen sind.

Danach kann die außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit eines ordentlich unkündbaren Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitnehmer krankheitsbedingt auf Dauer außerstande ist, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Ein Leistungsaustausch ist dann

nicht mehr möglich. Dieser Maßstab ist auch bei einer Kündigung nach § 32 AVR-DD heranzuziehen. Schon die Änderungskündigung aus in der Person liegenden Gründen zum Zwecke der Herabgruppierung um eine Entgeltgruppe nach § 31 Abs. 3 Satz 1 AVR-DD setzt voraus, dass der Mitarbeiter dauernd außerstande ist, die vertragliche Arbeitsleistung zu erfüllen. Erst recht gilt das für die deutlich stärker in das Arbeitsverhältnis eingreifende außerordentliche Beendigungskündigung. Eine zur Arbeitsunfähigkeit führende Langzeiterkrankung rechtfertigt danach regelmäßig noch nicht eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund, solange nicht eine dauernde Leistungsunfähigkeit vorliegt. Unter welchen Voraussetzungen häufige Kurzerkrankungen einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darstellen können, bedarf keiner Entscheidung, da der Kläger in dem hier maßgeblichen Zeitraum seit Anfang Juni 2019 seine Arbeit nicht wieder aufgenommen hat.

Steht fest, dass der Arbeitnehmer in Zukunft die geschuldete Arbeitsleistung überhaupt nicht mehr erbringen kann, so ist schon aus diesem Grund das Arbeitsverhältnis auf Dauer ganz erheblich gestört. Sofern eine dauernde Leistungsunfähigkeit nicht medizinisch festgestellt ist, beispielsweise als Folge eines schweren Unfalls, bedarf es einer entsprechenden Negativprognose, die sich wiederum aus einer langanhaltenden Arbeitsunfähigkeit ergeben kann. Der Rückschluss von einer langanhaltenden Arbeitsunfähigkeit auf eine voraussichtlich dauernde Leistungsunfähigkeit ist im Regelfall erst dann möglich, wenn der Arbeitnehmer etwa 18 Monate ununterbrochen krank war.

Der Arbeitgeber genügt seiner Darlegungslast für eine negative Prognose zunächst, wenn er die bisherige Dauer der Erkrankung und die ihm bekannten Krankheitsursachen vorträgt. Alsdann ist es Sache des Arbeitnehmers, gemäß § 138 Abs. 2 ZPO darzulegen, weshalb im Kündigungszeitpunkt mit einer baldigen Genesung zu rechnen war. Der Arbeitnehmer genügt dieser prozessualen Mitwirkungspflicht schon dann, wenn er vorträgt, die behandelnden Ärzte hätten seine gesundheitliche Entwicklung positiv beurteilt, und wenn er diese von ihrer Schweigepflicht entbindet. Je nach Erheblichkeit des Vortrags ist es dann Sache des Arbeitgebers, den Beweis für die Berechtigung einer negativen Gesundheitsprognose zu führen. Hat der Arbeitgeber im Falle einer langanhaltenden Arbeitsunfähigkeit durchgängige Fehlzeiten im Umfang von etwa 18 Monaten dargelegt, die eine dauernde Leistungsunfähigkeit indizieren, kann der Arbeitnehmer demgegenüber einwenden, dass nach ärztlicher Einschätzung jedenfalls in den nächsten 24 Monaten mit einer Genesung zu rechnen sei. Ist hingegen in den nächsten 24 Monaten eine Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit nicht zu erwarten, kann von einer dauernden Leistungsunfähigkeit ausgegangen werden.

Die Rechtmäßigkeit einer Kündigung ist anhand der zum Zeitpunkt des Zugangs gegebenen objektiven Verhältnisse zu beurteilen. Das gilt auch im Falle einer Kündigung, die auf eine Langzeiterkrankung gestützt wird. Die tatsächliche Entwicklung nach Kündigungsausspruch bis zum Ende der mündlichen Verhandlung kann nicht zur Bestätigung oder Korrektur der Prognose verwertet werden.

#### **11. LAG: Ordentliche verhaltensbedingte Kündigung wegen Arbeitszeitmanipulation für Raucherpausen**

Mit [Urteil des LAG Erfurt vom 03.05.2022 – 1 Sa 18/21](#) ist entschieden, dass hier in der Regel eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt sein kann, wenn bewusst falschen Angaben hinsichtlich der Arbeitszeit oder bei mehrfachen nicht unerheblichen Falschaufzeichnungen gemacht werden und es bedarf nicht noch einer vergeblichen Abmahnung.

Ein Arbeitszeitbetrug, bei dem ein Mitarbeiter vortäuscht, für einen näher genannten Zeitraum seine Arbeitsleistung erbracht zu haben, obwohl dies tatsächlich nicht oder nicht in vollem Umfang der Fall ist, stellt eine besonders schwerwiegende Pflichtverletzung dar und erfüllt an sich den Tatbestand des wichtigen Grundes im Sinne von § 626 Abs 1 BGB. Dasselbe gilt für den Verstoß eines Arbeitnehmers gegen seine Verpflichtung, die abgeleistete Arbeitszeit korrekt zu dokumentieren. (Rn. 65)

Auch die hartnäckige Missachtung der Anweisung, bei Raucherpausen auszustempeln, ist geeignet eine außerordentliche Kündigung zu begründen. (Rn. 65)

Der Gleichbehandlungsgrundsatz kann im Rahmen der Interessenabwägung dann zu Gunsten eines Arbeitnehmers zu berücksichtigen sein, wenn der Arbeitgeber in der Vergangenheit bei bestimmten Pflichtverletzungen stets und nicht nur wegen der Besonderheiten des Einzelfalls keine kündigungsrechtlichen Konsequenzen gezogen hat oder wenn der Arbeitgeber bei gleichgelagerten Pflichtverletzungen willkürlich einen von mehreren vergleichbar beteiligten Arbeitnehmern herausgreift. (Rn. 77)

Der Arbeitnehmer hat die gleichgelagerten Pflichtverletzungen, die trotz Kenntnis des Arbeitgebers von diesem nicht zur Grundlage kündigungsrechtlicher Konsequenzen gegenüber den übrigen Mitarbeitern gemacht werden konkret darzulegen. (Rn. 78)

Eine Nikotinsucht mag allenfalls die Anzahl der Raucherpausen erklären, nicht jedoch die Verletzung der Pflichten zu deren ordnungsgemäßer Dokumentation. (Rn. 80)

Bei bewusst falschen Angaben hinsichtlich der Arbeitszeit oder bei mehrfachen nicht unerheblichen Falschaufzeichnungen bedarf es in der Regel nicht noch einer vergeblichen Abmahnung. (Rn. 83)

Aus dem Familienstand „geschieden“ ergibt sich nicht zwingend eine erhöhte Schutzbedürftigkeit als aus dem Familienstand „verheiratet“. Entscheidend ist nicht der Familienstand selbst, sondern sind die aus ihm resultierenden Unterhaltsverpflichtungen. (Rn. 103)

Eine fehlerhafte Angabe zur Betriebszugehörigkeit gegenüber dem Personalrat im Rahmen der Anhörung führt dann nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung, wenn die Abweichung zwischen der richtigen und der fehlerhaft mitgeteilten Betriebszugehörigkeit für die Ermittlung der Schutzbedürftigkeit des zu kündigenden Arbeitnehmers nicht entscheidend ins Gewicht fällt. (Rn. 105). (Revision anhängig)

## **12. LAG: Rechtsweg bei Zahlungsklagen des abberufenen GmbH-Geschäftsführers**

Ein sog. sic-non-Fall liegt vor, wenn die Klage nur dann begründet sein kann, wenn das Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis einzuordnen ist und nach wirksamer Beendigung der Organstellung als solches fortbestand oder wieder auflebte. Das LAG Düsseldorf entschied mit [Beschl. v. 19.7.2022 – 3 Ta 90/22](#) dass es sich um einen „sic-non Fall“ handelt, wenn ein GmbH-Geschäftsführer nach Abberufung Ansprüche auf § 3 Abs. 1 EFZG stützt. Werden weitere Ansprüche geltend gemacht, bedarf es jeweils der Zuständigkeitsprüfung, da sic-non Fälle keine Zusammenhangszuständigkeit nach § 2 Abs. 3 ArbGG begründen.

Durch Abschluss eines schriftlichen GmbH-Geschäftsführervertrags wird ein zuvor bestehendes Arbeitsverhältnis i.d.R. formwirksam aufgehoben.

Die Parteien streiten über den Rechtsweg für Ansprüche auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaubsabgeltung und Schadensersatz wegen Entzugs des Dienst-Pkw. Der Kläger war als Verkaufsleiter Arbeitnehmer der beklagten GmbH und schloss später mit ihr einen schriftlichen Geschäftsführer-

Dienstvertrag. Im Juli 2021 berief die Beklagte den Kläger als Geschäftsführer ab und erklärte, man setze ihn wieder als Verkaufsleiter mit Geschäftsführer-Vergütung ein. Zugleich kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich zum Jahresende. Im weiteren Fortgang versagte die Beklagte dem Kläger Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaubsabgeltung und entzog den Dienstwagen.

Der Kläger wandte sich an das Arbeitsgericht und machte die o.g. Ansprüche geltend. Auf Antrag der Beklagten verwies das Arbeitsgericht den Rechtsstreit an das LG. Hiergegen legte der Kläger sofortige Beschwerde beim Arbeitsgericht ein, welches sie dem LAG vorlegte.

Das LAG hält entgegen der Vorinstanz den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten für gegeben. Es kommt zu dem Ergebnis, dass § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG den Rechtsweg nicht mehr sperrt, weil der Kläger bei Klageerhebung als GmbH-Geschäftsführer bereits abberufen war.

Grundsätzlich mache die Abberufung das Dienstverhältnis nicht zum Arbeitsverhältnis. Den Kläger treffe die Darlegungs- und Beweislast, ob ein Arbeitsverhältnis vorliege. Sei jedoch ein sic-non Fall gegeben (eine Klage kann nur Erfolg haben, wenn sie auf einen ausschließlich arbeitsrechtlichen Anspruch gestützt wird), bedürfe es nur der klägerischen Behauptung, er sei Arbeitnehmer.

Ein solcher Fall liege hier vor, weil § 3 Abs. 1 EFZG nur auf Arbeitsverhältnisse Anwendung finde.

Bezüglich der Urlaubsabgeltung und des Schadensersatzes liege kein sic-non Fall vor, da sowohl das BURLG als auch § 280 BGB auch auf Dienstnehmer Anwendung finden. Folglich prüft und verneint das LAG, dass diese Ansprüche gleichwohl im Wege der Zusammenhangsklage, § 2 Abs. 3 ArbGG, in die arbeitsgerichtliche Zuständigkeit fallen. Ein sic-non Fall rechtfertige einen solchen Zusammenhang nicht. Allerdings hätten die Parteien nach der Abberufung des Klägers durch Wiedereinsetzung als Verkaufsleiter ein neues Arbeitsverhältnis begründet. Aus diesem folge der Rechtsweg zum Arbeitsgericht für alle Ansprüche.

### **13. LAG: Kirchen müssen behinderte Stellenbewerber nicht einladen**

Kirchliche Arbeitgeber sind einem Gerichtsurteil zufolge bei Stellenausschreibungen nicht zur Einladung schwerbehinderter Bewerberinnen und Bewerber verpflichtet. Auch wenn ein Kirchenkreis der evangelischen Kirche als öffentlich-rechtliche Körperschaft gilt, greife die gesetzliche Pflicht zur Einladung schwerbehinderter Bewerber nur für öffentliche Arbeitgeber, die in die Staatsorganisation eingebunden sind und staatlicher Aufsicht unterliegen, entschied das LAG Rheinland-Pfalz mit [Urteil vom 21.07.2022 - 5 Sa 10/22](#).

Die Mainzer Richter ließen wegen der grundsätzlichen Bedeutung die Revision zum Bundesarbeitsgericht in Erfurt zu. Nach den gesetzlichen Bestimmungen sind öffentliche Arbeitgeber verpflichtet, bei Stellenausschreibungen dem Grunde nach geeignete schwerbehinderte Bewerber zum Vorstellungsgespräch einzuladen. Als öffentlicher Arbeitgeber gelten danach etwa Bundes- und Landesbehörden, aber auch „jede sonstige Körperschaft, Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts“. Wird ein Vorstellungsgespräch verwehrt, liegt ein Indiz für eine Diskriminierung wegen der Behinderung vor. Der öffentliche Arbeitgeber kann dann zu einer Entschädigung verpflichtet sein.

Im Streitfall hatte ein Kirchenkreis der Evangelischen Kirche im Rheinland am 4. April 2020 eine Stelle in der Finanzbuchhaltung ausgeschrieben. Der schwerbehinderte Kläger hatte sich erfolglos auf die Stelle beworben. Zum Vorstellungsgespräch wurde er nicht eingeladen. Dazu wäre der Kirchenkreis als öffentlich-rechtliche Körperschaft aber verpflichtet gewesen, meinte er und verlangte eine Entschädigung

in Höhe von 7.500 Euro. Der Kirchenkreis sei wie ein öffentlicher Arbeitgeber anzusehen. Doch das Landesarbeitsgericht wies ihn ab. Die evangelische Kirche, einschließlich ihrer Untergliederungen, sei kein öffentlicher Arbeitgeber, befand das Gericht. Die Einladungspflicht gelte für die öffentliche Verwaltung und damit der staatlichen, nicht aber der kirchlichen Gewalt. Zwar sei der Kirchenkreis eine öffentlich-rechtliche Körperschaft. Er nehme aber weder Staatsaufgaben wahr, noch sei er in einer Staatsorganisation eingebunden. Er unterliege auch keiner staatlichen Aufsicht. Damit seien der Kirchenkreis und die Stellung der Kirchen nicht mit anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften vergleichbar.

#### **14. Auskunftspflicht nach DSGVO bei Fragen zur Speicherung personenbezogener Daten**

In der europäischen Datenschutzgrundverordnung sind die Auskunftsrechte der Betroffenen in Art. 15 geregelt. Demnach haben die von der Datenverarbeitung betroffenen Personen umfangreiche Informationsansprüche gegenüber Unternehmen und Behörden. Dieser Anspruch erstreckt sich auf sämtliche gespeicherten personenbezogenen Daten nach Art. 4 Nr. 1 DSGVO (inklusive der Metadaten). In den Auskünften muss eine ganze Reihe von Informationen enthalten sein, diese betreffen etwa

- die Verarbeitungszwecke,
- weitere Empfänger, denen diese Daten zugänglich gemacht wurden
- und die geplante Speicherdauer der Daten.

Zudem gibt es eine strikte Terminvorgabe durch die DSGVO: Die für die Datenverarbeitung Verantwortlichen sollen die verlangten Auskünfte spätestens einen Monat nach Eingang der Anfrage erteilen. Ausnahmen von dieser Regel sind nur in begründeten Ausnahmen möglich, etwa wenn die Komplexität sehr hoch ist oder die Zahl der Anfragen die Kapazitäten für die Beantwortung überfordert. In diesen Fällen kann die Frist um weitere zwei Monate verlängert werden.

Da durch die DSGVO bei Verstößen jetzt auch drastische Bußgelder fällig werden können, empfiehlt es sich in keinem Fall, solche Auskunftersuche einfach zu ignorieren.

Selbst wenn keine Daten über den Anfragenden vorliegen, gibt es eine Verpflichtung zur Antwort. Die Pflicht zu dieser Negativauskunft resultiert ebenfalls aus Art. 15 DSGVO. Im Rahmen einer solchen Negativauskunft werden allerdings wiederum personenbezogene Daten des Auskunftersuchenden verarbeitet, etwa dessen Name und Anschrift oder Mail-Adresse.

Daher müssen Sie in der Antwort auf diesen Umstand aufmerksam machen und zugleich auf die grundlegenden Datenschutz-Informationen, wie sie in Art. 13 DSGVO beschrieben sind, hinweisen. Diesen Datenschutzhinweisen muss der Antragsteller dann beispielsweise auch entnehmen können, wie lange Sie die Anfrage und diese Antwort speichern. Denn eine solche Speicherung ist notwendig, wenn Sie belegen wollen oder müssen, wann sie die Anfrage erhalten und auf welche Weise sie geantwortet haben.

Liegen personenbezogene Daten der anfragenden Person vor und treffen die genannten Ausnahmetatbestände nicht zu, müssen gegebenenfalls Auskünfte gemacht werden, die den Vorgaben des Art. 12 DSGVO zur Kommunikation (vollständig, konkret und detailliert) genügen:

Lesen Sie die detaillierten Anforderungen und rechtlichen Verpflichtungen unter [Haufe Online Redaktion - NEWS 05.10.2022 Umfang der Auskunftsrechte aus Art. 15 DSGVO:](#)

## 15. FAQ zu den neue Minijob-Regelungen ab 1. Oktober 2022

Seit dem 1. Oktober 2022 gilt für Minijobs eine neue Verdienstgrenze. Dadurch ergeben sich für Minijobber sowie Arbeitgeber einige Änderungen und Fragen, die von der [Minijobzentrale auf ihrer Homepage](#) beantwortet werden.

Die sogenannten Geringfügigkeits-Richtlinien unterstützen Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber bei der Beurteilung von geringfügigen Beschäftigungen. Sie finden darin Informationen über das Versicherungs-, Beitrags- und Melderecht bei geringfügigen Beschäftigungen – dazu zählen Minijobs mit Verdienstgrenze sowie kurzfristige Beschäftigungen.

Am 16. August 2022 haben die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung eine [neue Version der Geringfügigkeitsrichtlinien](#) veröffentlicht. Diese enthält unter anderem alle Informationen zu den neuen Minijob-Regelungen. Sie gelten grundsätzlich ab dem Inkrafttreten der jeweiligen gesetzlichen Regelung, spätestens aber ab dem 1. Oktober 2022.

## 16. Mindesttemperatur am Arbeitsplatz: Wie kalt darf es sein?

Seit dem 1. September 2022 gilt die ["Verordnung zur Sicherung der Energieversorgung über kurzfristig wirksame Maßnahmen" \(EnSikuMaV\)](#) - zunächst bis zum 28. Februar 2023. Diese sieht insbesondere vor, dass öffentliche Gebäude und Büros in der kommenden Heizperiode nur bis maximal 19 Grad Celsius beheizt werden dürfen.

Auch private Unternehmen und ihre Beschäftigten können einen Beitrag leisten, um die Energieversorgung im Winter zu stabilisieren. Denn die geltenden Mindesttemperaturen am Arbeitsplatz wurden durch die Verordnung übergangsweise gesenkt.

Grundsätzlich gibt es Vorgaben im Arbeitsschutz, welche Temperaturen in Werkstätten, Büros oder Lagerhallen angemessen sind. Die Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) fordert für Arbeitsräume "gesundheitlich zuträgliche Raumtemperaturen". Belastungen durch Hitze, aber auch durch Kälte sind zu vermeiden. Diese Anforderung wird durch die "Technischen Regeln für Arbeitsstätten" (ASR) für Raumtemperatur konkretisiert. Wenn Arbeitgeber diese einhalten, können sie sicher sein, dass sie den entsprechenden Anforderungen der Verordnung genügen.

Als untere Schwelle sehen die [Technische Regeln für Arbeitsstätten Raumtemperatur \(ASR A3.5\)](#) konkrete Mindestwerte der Lufttemperatur vor: Je nach Schwere der Tätigkeit betragen sie **zwischen 12 und 20 Grad Celsius**. Der höchste Wert, 20 Grad, gilt als Mindesttemperatur für "leichte Arbeit", also beispielsweise bei ruhigem Sitzen und gelegentlichem Gehen im Büro. 12 Grad sind nötig, wenn es um harte körperliche Arbeiten geht.

Wärmer sollen es Beschäftigte laut den Regelungen in Pausen-, Bereitschafts-, Sanitär-, Kantinen- und Erste-Hilfe-Räumen haben. Hier sollte die Temperatur wenigstens 21 Grad betragen. In Waschräumen, in denen Duschen installiert sind, sollen es während der Nutzungsdauer sogar mindestens 24 Grad sein. Über die neue Energiesparverordnung haben Arbeitgeber die Möglichkeit, die geltenden Grenzwerte **übergangsweise um 1 Grad Celsius zu unterschreiten**. Die Mindesttemperaturen im Büro müssen danach

- für körperlich leichte und überwiegend sitzende Tätigkeit 19 Grad Celsius,

- für körperlich leichte Tätigkeit überwiegend im Stehen oder Gehen 18 Grad Celsius,
- für mittelschwere und überwiegend sitzende Tätigkeit 18 Grad Celsius und
- für mittelschwere Tätigkeit überwiegend im Stehen oder Gehen 16 Grad Celsius betragen.

Für körperlich schwere Tätigkeit muss die Mindesttemperatur weiterhin 12 Grad Celsius betragen. Auch an den Regelungen für die Raumtemperatur in Pausen-, Bereitschafts-, Liege-, Sanitär-, Kantinen- und Erste-Hilfe-Räume, die mindestens 21 Grad vorsehen, ändert sich nichts.

Keine Grenzwerte nach oben für private Arbeitgeber

Diese neuen Mindesttemperaturen stellen in öffentlichen Gebäuden gemäß der Energiesparverordnung gleichzeitig auch die Höchsttemperaturen dar. Private Arbeitgeber verpflichtet die Energiesparverordnung dagegen nicht, geringere Höchstwerte beim Heizen einzuhalten. In Unternehmen können Arbeitsstätten also grundsätzlich auch im Winter weiter mit höheren Temperaturen beheizt werden.

Längst gibt es jedoch auch in privaten Unternehmen Überlegungen dazu, wie Energie eingespart werden könnte und ob ein verpflichtendes Absenken der Raumtemperatur eine Option wäre. Die Deutsche Telekom erklärte beispielsweise, dass sie es berücksichtigen würden, falls sich vorübergehende Änderungen an der gültigen Richtlinie zur Mindesttemperatur von 20 Grad bei leichten Arbeiten im Sitzen ergeben würden.

### **17. Künstlersozialabgabe künftig bei 5,0 Prozent (BMAS)**

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) hat die Ressort- und Verbändebeteiligung zur Künstlersozialabgabe-Verordnung 2023 (KSA-VO 2023) eingeleitet. Nach der neuen Verordnung wird der Abgabesatz zur Künstlersozialversicherung im Jahr 2023 auf 5,0 Prozent angehoben.

Der Künstlersozialabgabesatz lag seit 2018 – auch während der schwierigen Phase der Corona-Pandemie – unverändert bei 4,2 Prozent. Dies wurde durch zusätzliche Bundesmittel in Höhe von insgesamt 117 Mio. Euro in den Jahren 2021 und 2022 gewährleistet.

Angesichts der großen wirtschaftlichen Schäden in der Kunst- und Kulturwirtschaft infolge der Pandemie hätte der Abgabesatz für 2023 eigentlich auf 5,9 Prozent angehoben werden müssen. Dank weiterer Bundesmittel ("Stabilisierungszuschuss") in Höhe von rund 58,9 Mio. Euro wird der Anstieg des Abgabesatzes im Jahr 2023 auf 5,0 Prozent begrenzt. Dies ist eine angemessene Lastenverteilung zwischen Bund und abgabepflichtigen Unternehmen.

Den [Link zur verkündeten Künstlersozialabgabe-Verordnung 2023](#) finden Sie auf der Homepage des BMAS.

### **18. Sozialversicherungs-Rechengrößenverordnung 2023**

Mit der Verordnung werden die maßgeblichen Rechengrößen der Sozialversicherung entsprechend den gesetzlichen Regelungen für das Jahr 2023 bestimmt, insbesondere für das Versicherungs-, Beitrags- und Leistungsrecht der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung. Den [Link zur von der Regierung beschlossenen Verordnung](#) finden Sie auf der Homepage des BMAS. Der Bundesrat hat zugestimmt. Die Verordnung tritt am 1. Januar 2023 in Kraft.



## 19. Pfändungsfreigrenzen-Rechner und Pfändungstabellen-Generator

Das Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen hat u.a. einen Pfändungsfreigrenzen-Rechner veröffentlicht, mit dem die Höhe des unpfändbaren Nettoeinkommens ermittelt werden kann.

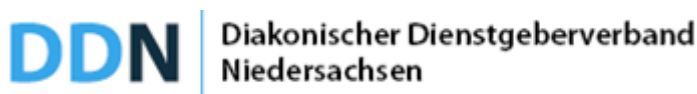
Hintergrund: Die Höhe der Pfändungsfreigrenzen für Arbeitseinkommen wird jeweils zum 1.7. eines jeden zweiten Jahres an die Entwicklung des steuerlichen Grundfreibetrages für das sächliche Existenzminimum angepasst. Hierzu führt das Justizministerium NRW weiter aus:

- Neben der Berechnung der Pfändungsfreigrenzen können sich Nutzer mit dem Pfändungstabellen-Generator auf ihre Bedürfnisse angepasste Pfändungstabellen nach [§ 850c ZPO](#) erstellen lassen. Dabei besteht die Möglichkeit, nicht nur zwischen alten und aktuellen Freigrenzen zu wählen, sondern den Umfang der Tabelle selbst zu beeinflussen.
- Die Tabelle wird im HTML-Format ausgegeben. Ein Download als PDF-Datei ist ebenfalls möglich.

Der [Pfändungsfreigrenzen-Rechner](#) und der [Pfändungstabellen-Generator](#) sind auf der [Homepage der Justiz des Landes NRW](#) veröffentlicht.

Damit beende ich diese Ausgabe der DDN-Nachrichten und wünsche Ihnen wie stets Gesundheit, Glück, Erfolg und Gottes Segen für Ihre Arbeit.

Robert Johns  
Geschäftsführer



Homepage: [www.ddniedersachsen.de](http://www.ddniedersachsen.de)  
- Geschäftsstelle -  
Ebhardtstraße 3 A, 30159 Hannover  
Tel. : 0511 - 3604 112  
e:mail: [gf@ddniedersachsen.de](mailto:gf@ddniedersachsen.de)



TV DN



MVG-EKD

**Der Tarifvertrag Diakonie Niedersachsen (TV DN) vom 19.09.2014 in der durchgeschriebenen aktuellen Fassung des 9. Änderungstarifvertrags vom 16.02.2022 und das Mitarbeitervertretungsgesetz der EKD (MVG-EKD) i.d. Fassung vom 13.09.2019 können als Broschüre bestellt werden.**

- Für die Broschüre TV DN (je Ex. 1,50 €) klicken Sie bitte [hier](#)
- Für die Broschüre MVG-EKD (je Ex. 2,50 €) klicken Sie bitte [hier](#)