DDN Diakonischer Dienstgeberverband Niedersachsen

Geschäftsstelle
Robert Johns

Ebhardtstr. 3a
30159 Hannover
Mail:gf@ddniedersachsen.de
Telefon: 0511 - 3604112
Homepage:
www.ddniedersachsen.de

DDN - Nachrichten 1/2023 vom 16. März 2023

16. März 2023

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Laufzeit der derzeit geltenden Vereinbarungen im TV DN zu den Entgelten endet am 31.08.2023 (Teil F Satz 2 TV DN). Obwohl neue Entgelterhöhungen somit erst in ca. sechs Monaten zu erwarten sind häufen sich in der Geschäftsstelle eingehende Anfragen aus Einrichtungen, die Neuverhandlungen mit Kostenträgern über die künftige Refinanzierung beginnen oder bereits führen. Leider gibt es noch keine Anhaltspunkte für eine halbwegs zuverlässige Vorhersage der Entwicklung der TV DN-Entgelte ab 1. September 2023. Bestenfalls der Orientierung dienen, leider aber ohne konkreten Nutzen in Verhandlungen mit den Kostenträgern sind Hinweise auf die für Anfang des 2. Kalenderquartals 2023 zu erwartenden Ergebnisse der Tarifrunden des öffentlichen Dienstes zum TVöD und zum TV Ärzte VKA. Die in diesen Tarifrunden verhandelnden Gewerkschaften sind identisch mit unseren Sozialpartnern beim TV DN. Es war in der Vergangenheit stets so, dass die Gewerkschaften in den TV DN-Tarifverhandlungen regelmäßig nahezu identische Forderungen erhoben haben, mit denen sie ihre Verhandlungen im öffentlichen Dienst geführt haben. In der Regel waren die dort erzielten Ergebnisse in den TV DN-Tarifverhandlungen für die Gewerkschaften Richtschnur und Maßstab für eine Tarifeinigung. Die aktuell mit den Gewerkschaften Ver.di und Marburger Bund geführten Gespräche deuten darauf hin, dass vor Ende August 2023 keine Tarifeinigung für eine neue Laufzeit der Vereinbarungen der Entgelte im TV DN zu erwarten ist.

Im weiteren Jahresverlauf wird das kirchliche Arbeitsrecht wiederholt zur Diskussion stehen. Die Vereinbarungen der an der Bundesregierung beteiligten Parteien im Koalitionsvertrag zum kirchlichen Arbeitsrecht *(S. 72: „Gemeinsam mit den Kirchen prüfen wir, inwiefern das kirchliche Arbeitsrecht dem staatlichen Arbeitsrecht angeglichen werden kann. Verkündungsnahe Tätigkeiten bleiben ausgenommen.*“) hat bei verschiedenen Repräsentanten und Funktionsträger der EKD-Kirchen und der Diakonischen Werke zu einiger Besorgnis über den rechtlichen Bestand des kirchlichen Selbstverwaltungsrecht im Arbeitsrecht und danach zu etwas hektischen und jedenfalls ergebnislosen

Gesprächsrunden geführt. Erfreulich unaufgeregt beurteilt Oberkirchenrat Fey von der EKD den Sachstand im Interview mit Oberkirchenrat Detlev Fey im Sonntagsblatt v. 2. November 2022.
Auch wir erwarten hier keine überraschenden Kapriolen des Gesetzgebers. Einige aussagekräftigere Hinweise auf zu erwartende Entwicklungen hätte man einer Entscheidung des BVerfG im Fall „Egenberger“ entnehmen können. Hier deuten die Indizien jedoch darauf hin, dass eine Entscheidung erst im Sommer 2024 getroffen wird. Vorher werden sich die Rechtspositionen der Kirchen und kirchlichen Rechtsträger wohl nicht ändern müssen.

Lesen Sie in den nachfolgenden Beiträgen über Entwicklungen im Arbeits- und Personalrecht der ersten Monate des Kalenderjahres:

1. **BAG: Auskunftsanspruch und Darlegungslast im Rahmen des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes**
2. **BAG: Weiterbeschäftigung nach Erreichen des Rentenalters**
3. **BAG: Sachgrundlose Befristung - sehr kurze Dauer einer Vorbeschäftigung**
4. **BAG zur „Pflege-Zulage“ in Universitätskliniken gem. TV-L**
5. **BAG: Keine Verletzung der Pflicht zum Nachweis von Ausschlussfristen bei Hinweis auf kirchliche Arbeitsrechtsregelung**
6. **BAG: Beginn des Kündigungsverbots in der Schwangerschaft**
7. **BAG: Mitbestimmung bei der Anordnung der Vorlage einer AU ab dem ersten Tag**
8. **BVerwG: Mitbestimmungsrecht für allgemeine Urlaubsgrundsätze**
9. **BAG-Urteile zum Verfall bzw. zur Verjährung von Urlaubsansprüchen:**
10. **BAG: Korrigierende Höhergruppierung im Anwendungsbereich des TVöD (VKA)**
11. **LAG: Unterlassungs - und Schadensersatzanspruch wegen Datenweitergabe im Konzern**
12. **LAG: Leistungsverweigerung wegen fehlender Betreuungsmöglichkeit für ein minderjähriges Kind**
13. **LAG: Keine Mitbestimmung bei Verbot der Nutzung von Smartphones während der Arbeitszeit**
14. **LAG: Rechtsweg für die Klage des Arbeitnehmers auf Zahlung einer Entschädigung nach § 56 IfSG**
15. **LAG: Vergütung von Pausenzeiten während des Nachtdienstes**
16. **Gesetz zur Umsetzung der Vereinbarkeitsrichtlinie verabschiedet**
17. **Zweiwöchige Partnerfreistellung nach der Geburt soll zügig umgesetzt werden**
18. **Gesetz zur Förderung eines inklusiven Arbeitsmarktes**
19. **Fragen und Antworten zur elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (eAU)**
20. **DGUV: Serviceportal der gesetzlichen Unfallversicherung gestartet**
21. **Versicherungs-, beitrags- und melderechtliche Behandlung von Beschäftigungsverhältnissen im Übergangsbereich nach § 20 Absatz 2 SGB IV ab dem 01.01.2023**
22. **Information des GKV-SV über versicherungs- und beitragsrechtliche Auswirkungen bei Rückforderung von Kurzarbeitergeld**

1. BAG : Auskunftsanspruch und Darlegungslast im Rahmen des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes

Der Kläger gehört seinem Arbeitsvertrag nach zum Kreis der „leitenden Führungskräfte“. Im November 2016 sprach die Beklagte ihm gegenüber zwei Kündigungen aus. Der Kläger hatte mit seinen Kündigungsschutzklagen Erfolg und war ab Februar 2019 wieder bei der Beklagten beschäftigt. In den Jahren 2017 bis 2020 erhöhte die Beklagte die Jahreszielgehälter mehrerer Arbeitnehmer, nicht aber das des Klägers, wobei der jeweilige Vorgesetzte die genaue Höhe bestimmte.
Mit seiner Klage verlangte er im Wege der Stufenklage Auskunft über die Gehaltserhöhungen aus den Jahren 2017 bis 2019 von dreizehn namentlich benannten Arbeitnehmern und eine Anpassung des eigenen Gehalts nach Maßgabe der zu erteilenden Auskunft. Der Kläger ist der Ansicht, die Beklagte habe das Gehalt bei nahezu allen leitenden Angestellten leistungsunabhängig als Inflationsausgleich angepasst und ihn zu Unrecht von der Erhöhung ausgenommen.
ArbG und LAG wiesen die Klage ab. Die Revision des Klägers hatte vor dem BAG Erfolg. Nach Auffassung des Gerichts steht dem Kläger nach den o.g. Grundsätzen ein Auskunftsanspruch gegen die Beklagte zu., BAG, Urteil vom 12.10.2022 - 5 AZR 135/22-; Orientierungssätze des BAG:

1. Obwohl es für die Parteien eines Rechtsstreits grundsätzlich keine allgemeine prozessuale Pflicht zur Auskunftserteilung gibt, kommt unter bestimmten Voraussetzungen ein auf § 242 BGB gestützter materiell-rechtlicher Auskunftsanspruch in Betracht. Zwischen den Parteien muss hierzu
   - eine besondere rechtliche Beziehung bestehen und
   - im vertraglichen Bereich muss die Existenz eines Leistungsanspruchs des Auskunftsfordernden gegen den Anspruchsgegner zumindest wahrscheinlich sein.
   - Weiter muss der Auskunftsfordernde entschuldbar in Unkenntnis über Bestehen und Umfang seiner Rechte sein
   - und dem Anspruchsgegner die Auskunftserteilung zumutbar.
   - Durch die Zuerkennung des Auskunftsanspruchs dürfen schließlich die allgemeinen Beweisgrundsätze nicht unterlaufen werden (Rn. 23).

2. Für einen Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz trägt grundsätzlich der anspruchstellende Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast. Somit hat er
   - die Voraussetzungen des Anspruchs auf Gleichbehandlung darzulegen und
   - dazu vergleichbare Arbeitnehmer zu nennen, die ihm gegenüber vorteilhaft behandelt wurden.

3. Hat er dies getan, muss der Arbeitgeber diesen Behauptungen zur Gruppenbildung substantiiert entgegentreten und wenn er den Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer anders beurteilt seinerseits darlegen,
   - wie groß der begünstigte Personenkreis ist,
   - wie er sich zusammensetzt,
   - wie er abgegrenzt ist und
   - warum der klagende Arbeitnehmer nicht dazugehört (Rn. 26).

2. BAG: Weiterbeschäftigung nach Erreichen des Rentenalters

In Unternehmen mit regelmäßig mehr als 20 Arbeitnehmern hat der Arbeitgeber den Betriebsrat vor jeder Einstellung zu unterrichten, ihm die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorzulegen und Auskunft über die Person der Beteiligten zu geben (§ 99 Abs. 1 BetrVG). Eine solche mitbestimmungspflichtige Einstellung liegt auch dann vor, wenn ein Arbeitnehmer über die gesetzliche Regelaltersgrenze hinaus aufgrund einer sog. Hinausschiebensvereinbarung (§ 41 Satz 3 SGB VI) im Unternehmen weiterbeschäftigt wird. Dies hat das BAG entschieden (Beschluss v. 22.9.2021 - 7 ABR 22/20). Die Mitbestimmungspflicht folge aus dem Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts, den Interessen der schon im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu dienen. Deshalb komme eine Einstellung nicht nur bei der erstmaligen Eingliederung eines Mitarbeiters in den Betrieb in Betracht, sondern auch dann, wenn ein Arbeitnehmer über den zunächst vorgesehenen Zeitpunkt hinaus im Betrieb verbleibt. Denn mit der Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers über das Ende eines befristeten Arbeitsverhältnisses hinaus nehme der Arbeitgeber genauso wie bei einer Neueinstellung eine Besetzung des aufgrund der Befristung des Arbeitsverhältnisses freiwerdenden Arbeitsplatzes vor, so das Gericht.
Entsprechendes gilt dann auch für das Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung einer diakonischen Einrichtung gem. § 42 a) MVG-EKD.

3. BAG: Sachgrundlose Befristung - sehr kurze Dauer einer Vorbeschäftigung

Die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsverhältnisses ist nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat (§ 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG). Das BVerfG hatte 2018 entschieden, dass Ausnahmen von diesem „Vorbeschäftigungsverbot“ in verfassungskonformer Auslegung im Einzelfall möglich sind, wenn eine Vorbeschäftigung „sehr lang“ zurückliegt, „ganz anders“ geartet oder von „sehr kurzer Dauer“ war (BVerfG, Beschluss v. 6.6.2018 - 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14). In einem aktuellen Urteil hat das BAG nunmehr die Begrifflichkeit „sehr kurze Dauer“ präzisiert (BAG, Urteil v. 15.12.2021 - 7 AZR 530/20).
In dem konkreten Fall stritten die Parteien über die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses infolge einer im Juli 2017 vereinbarten sachgrundlosen Befristung. Dieser Befristung war ein zwischen ihnen bestehendes Arbeitsverhältnis im Zeitraum vom 21.6.2004 - 14.8.2004 vorausgegangen. Die Dauer der Vorbeschäftigung sei, so das BAG, als „sehr kurz“ zu bewerten und stehe somit dem Vorbeschäftigungsverbot nicht entgegen. Eine Grenze zur Einordnung eines „sehr kurzen“ Arbeitsverhältnisses lasse sich – in Anlehnung an § 622 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 und § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV – bei drei Monaten ziehen.

4. BAG zur „Pflege-Zulage“ in Universitätskliniken gem. TV-L

Mit Urteil vom 19. Januar 2023 – 6 AZR 62/22 trifft das Bundesarbeitsgericht ausführlich Feststellungen zur Abgrenzung von Tätigkeiten von Pflegekräften in der „Pflege am Bett“ bzw. nicht per se als Tätigkeiten „ in der Pflege“ zu definierenden Tätigkeiten etwa in der Ambulanz, Blutzentralen, Milchküchen, Frauenmilchsammelstellen und Dialyseeinheiten, bei denen es sich typischerweise nicht um pflegende Tätigkeiten handelt. Über ausdrückliche Regelung im TV-L wird die Tätigkeit in den genannten Bereichen gleichwohl den „entsprechenden Tätigkeiten“ von Beschäftigten in der Pflege zugewiesen, um

eine entsprechende Eingruppierung der dort beschäftigten Pflegehelferinnen und Pflegerinnen zu ermöglichen. Hierfür bestünde kein Anlass, würde man auch diese als Tätigkeiten „in der Pflege“ werten müssen. Im TV DN gibt es keine solchen Festlegungen zur den Tätigkeiten „in der Pflege“ entsprechenden Tätigkeiten.

5. BAG: Keine Verletzung der Pflicht zum Nachweis von Ausschlussfristen bei Hinweis auf kirchliche Arbeitsrechtsregelung

BAG, Urteil vom 22.09.2022 - 8 AZR 4/21

1. Eine Ausschlussklausel in kirchlichen Arbeitsrechtsregelung ist nach § 2 I 1 NachwG a.F. vom Arbeitgeber nachzuweisen.
2. Gerät der Arbeitgeber mit dieser Pflicht in Verzug, hat der Arbeitnehmer ggfs. einen Schadensersatzanspruch in Höhe seines erloschenen Entgeltanspruchs, wenn dieser allein wegen Versäumung der Ausschlussfrist erloschen ist und bei ordnungsgemäßen Nachweis nach § 2 I 1 NachwG aF nicht untergegangen wäre.
3. Verstößt der Arbeitgeber gegen die Nachweispflicht, wird vermutet, dass der Arbeitnehmer seine Entgeltansprüche bei einem Hinweis auf die Ausschlussfrist rechtzeitig geltend gemacht hätte. Die Vermutung reicht aber nicht so weit, das auch unterstellt werden kann, dass der Arbeitnehmer selbst ihm unbekannte Ansprüche rechtzeitig geltend gemacht hätte. (amtl. Leitsätze)

In dem hier entschiedenen Fall war der Kläger über viele Jahre hinweg zu niedrig eingruppiert. Nachdem er durch ein Gespräch mit einem Kollegen davon erfahren hatte, machte er gegenüber dem Arbeitgeber die Auszahlung des Differenzbetrages für den gesamten Zeitraum geltend. Der Arbeitgeber wies die Forderung unter Berufung auf eine in der für das Arbeitsverhältnis geltenden kirchlichen Arbeits- und Vergütungsordnung enthaltene Verfallfrist zurück. An anderer Stelle in den Vertragsunterlagen war diese Frist nicht erwähnt. Das Arbeitsgericht wies die Klage ab, vom LAG Düsseldorf bekam er einen Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung der Nachweispflicht für den Zeitraum zugesprochen, in dem die Forderungen zwar verfallen aber noch nicht verjährt waren. Mit der Berufung verfolgte er die Forderung für die weiter zurückliegenden Zeiträume - unter Zugrundelegung der obenstehenden Grundsätze ohne Erfolg.

Der Kläger habe nach Ansicht des BAG nicht ausreichend dargelegt, dass er die Forderung in Kenntnis der Verfallfrist rechtzeitig geltend gemacht hätte. Dagegen spreche die Tatsache, dass er selbst vorgetragen hat, lange Zeit keine Kenntnis von seinem Anspruch gehabt zu haben. Einen Anspruch, den man nicht kenne, könne man nicht geltend machen.

Das Urteil bezieht sich explizit auf die alte Fassung des Nachweisgesetzes und auf kirchliche Arbeitsrechtsregelungen. Das BAG hat bereits in seinem Urteil vom 30.10.2019 (6 AZR 465/18), denselben Fall betreffend entschieden, dass kirchliche Arbeitsrechtsregelungen, die für die Geltendmachung von Ansprüchen eine Ausschlussfrist vorsehen, wesentliche Vertragsbedingung i.S.d. § 2 Abs. 1 Satz 1 a.F. NachwG sind und als solche schriftlich niederzulegen sind. Der pauschale Verweis auf die Geltung der kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen reiche hierfür nicht aus. Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG a.F. ist in den Nachweis ein „in allgemeiner Form gehaltener Hinweis auf die Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen, die auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind“ aufzunehmen. Hinsichtlich in Tarifverträgen enthaltener Ausschlussfristen gehe die Rechtsprechung davon aus, dass der

Arbeitgeber nur verpflichtet ist, den Arbeitnehmer auf den Tarifvertrag hinzuweisen. Eines gesonderten Hinweises auf die Ausschlussfrist bedürfe es nicht (BAG 5. November 2003 – 5 AZR 469/02). Über diese Entscheidung wurde in der Ausgabe 4/2019 der DDN-Nachrichten unter Nr. 6 berichtet.
Diese Rechtsprechung wurde in der Literatur kritisiert. Unabhängig von der für Tarifverträge geltenden Rechtslage sei § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG a.F. seinem unmissverständlichen Wortlaut nach auf kirchliche Arbeitsrechtsregelungen nicht anwendbar. Diese seien Allgemeine Geschäftsbedingungen und damit weder Tarifverträge noch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen.
In § 2 Abs. 1 Nr. 15 NachwG n.F. werden nun auch ausdrücklich die kirchlichen Arbeitsbedingungen genannt: „ein in allgemeiner Form gehaltener Hinweis auf die auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen sowie Regelungen paritätisch besetzter Kommissionen, die auf der Grundlage kirchlichen Rechts Arbeitsbedingungen für den Bereich kirchlicher Arbeitgeber festlegen.“ In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu: *„Die Vorschrift entspricht weitestgehend dem bisherigen § 2 Absatz 1 Nummer 10, listet jedoch als weiteren Unterrichtungsgegenstand einen Hinweis auf die Regelungen paritätisch besetzter Kommissionen, die auf der Grundlage kirchlichen Rechts Arbeitsbedingungen für den Bereich kirchlicher Arbeitgeber festlegen, auf. Diese Klarstellung ist notwendig geworden, nachdem das Bundesarbeitsgericht entschieden hatte, dass kirchliche Arbeitsrechtsregelungen von der bisherigen Nummer 10 nicht erfasst werden (BAG, Urteil vom 30. Oktober 2019 – 6 AZR 465/18, Rn. 51).*“ Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 15 NachweisG n. F. reiche ein pauschaler Verweis auf die Geltung der kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen als für die Geltung einer darin geregelten Ausschlussklausel notwendiger Hinweis aus.

6. BAG: Mitbestimmung bei der Anordnung der Vorlage einer AU ab dem ersten Tag

Da die Ausübung des Bestimmungsrechts nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG ausschließlich auf individuellen Besonderheiten des einzelnen Arbeitsverhältnisses beruhen kann, besteht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nur dann, wenn der Arbeitgeber hierbei eine selbst gesetzte Regel vollzieht oder der Ausübung dieses Rechts eine solche Regelhaftigkeit zugrunde liegt. Das ist etwa der Fall, wenn er das Verlangen gleichermaßen gegenüber allen Arbeitnehmern, gegenüber einer Gruppe von ihnen oder zumindest dann ausübt, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind (Rn. 25). (BAG, Beschluss vom 15.11.2022 – 1 ABR 5/22 –Orientierungssatz Nr.3)
Die Parteien stritten darüber, ob dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (vergl. § 40 k) MVG-EKD) zusteht, wenn der Arbeitgeber von mehreren Arbeitnehmenden mit gleichlautender schriftlicher Anordnung nach § 5 Abs. 1 S.3 EFZG die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem ersten Krankheitstag einfordert.
Die Arbeitgeberin hatte seit dem Jahr 2018 insgesamt 17 Arbeitnehmern gleichlautende schriftliche Anordnungen mit dem Inhalt erteilt, dass ab Erhalt des Schreibens für den Arbeitnehmer die Verpflichtung bestehe, jede Krankmeldung durch ein ärztliches Attest – vom ersten Fehltag an – der Personalabteilung vorzulegen. Eine Begründung war in dem Schreiben nicht angegeben. Der Betriebsrat war der Ansicht, es handele sich bei diesem Vorgehen um eine Maßnahme mit kollektivem Bezug, die das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmenden betreffe.

Die Anträge des Betriebsrats hatten in allen Instanzen, so auch beim BAG keinen Erfolg. Zwar betreffe das Verlangen des Nachweises der Arbeitsunfähigkeit in einer bestimmten Form und ggf. innerhalb einer bestimmten Frist zwar grundsätzlich das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer.
Ein für die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG notwendiger kollektiver Sachverhalt sei aber nur gegeben, wenn die entsprechenden Anordnungen des Arbeitgebers regelhaft erfolgen. Dies sei nicht schon deshalb der Fall, weil die Anordnung gegenüber mehreren Arbeitnehmern gleichlautend und in gleicher Form erfolgt. Ein regelhaftes Vorgehen liege beispielsweise vor, wenn die Anordnung gegenüber allen Arbeitnehmern, gegenüber einer Gruppe von ihnen oder zumindest immer dann ergeht, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind.
Hiervon sei aber nicht schon allein deshalb auszugehen, wenn die Anordnung gegenüber Arbeitnehmern mit „häufigen Kurzerkrankungen“ oder mit „hohen Fehlzeiten, darunter vielen Einzelfehltagen“ erteilt wird. Eine Regelung liege vielmehr erst dann vor, wenn die Maßnahme stets nach den gleichen Voraussetzungen, wie bei Erreichen einer bestimmten Anzahl von krankheitsbedingten Fehltagen, getroffen würde.
Anmerkung: Zwischenzeitlich gilt für die gesetzlichen Versicherten das Verfahren zur elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Die vom BAG aufgestellten Grundsätze dürften gleichermaßen für das Vorziehen des Zeitpunkts der Verpflichtung gelten, beim Arzt vorstellig zu werden, um sich eine elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausstellen zu lassen.

7. BAG: Beginn des Kündigungsverbots in der Schwangerschaft

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte am 24. November 2022 (AZ: 2AZR 11/22) zu entscheiden, in welchem Zeitfenster vor der Geburt der Kündigungsschutz wirkt und welche Wirkung das Versäumen der Mitteilungsfrist hat.
Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung in der Probezeit. Die Beklagte kündigte das seit dem 15.10.2020 bestehende Arbeitsverhältnis mit einem der Klägerin am Folgetag zugegangenen Schreiben vom 6.11.2020 ordentlich.
Mit einem am 12.11.2020 beim Arbeitsgericht (ArbG) eingegangenen Schriftsatz erhob die Klägerin Kündigungsschutzklage. Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 2.12.2020, der am Folgetag beim ArbG einging, teilte die Klägerin unter Vorlage einer Schwangerschaftsbestätigung ihrer Frauenärztin mit, in der sechsten Woche schwanger zu sein. Später legte die Klägerin eine weitere Schwangerschaftsbestätigung vor, in welcher der voraussichtliche Geburtstermin mit dem 5.08.2021 angegeben wurde. Die werdende Mutter hielt die Kündigung wegen Verstoßes gegen das Kündigungsverbot nach § 17 Abs. 1 Mutterschutzgesetz (MuSchG) für unwirksam. Zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs sei sie bereits schwanger gewesen. Die gegen die Kündigung gerichtete Klage bliebt in erster und zweiter Instanz ohne Erfolg. Der voraussichtliche Entbindungstermin könne nur 266 Tage (durchschnittliche Schwangerschaftsdauer) zurückgerechnet werden. Die vom BAG angewandte Rückrechnung um 280 Tage (äußere Grenzen für den möglichen Beginn einer Schwangerschaft) sei mit typischen Schwangerschaftsverläufen nicht in Einklang zu bringen.
Das BAG hob das Berufungsurteil am 24. November 2022 auf und verwies die Sache zurück an das Landesarbeitsgericht (LAG). Das LAG habe rechtsfehlerhaft angenommen, die Klägerin könne sich, da bei ihr zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs am 7.11.2020 keine Schwangerschaft vorgelegen habe, nicht

auf das Kündigungsverbot aus § 17 Absatz 1 Satz 1 MuSchG berufen. Nach der Senatsrechtsprechung werde der Beginn des Kündigungsverbots aus § 17 Absatz 1 Satz 1 MuSchG bei natürlicher Empfängnis in der Weise bestimmt, dass von dem ärztlich festgestellten mutmaßlichen Tag der Entbindung um 280 Tage zurückgerechnet werde. Es gehe dabei nicht um die Bestimmung des tatsächlichen – naturwissenschaftlichen – Beginns der Schwangerschaft im konkreten Fall, sondern um eine Berechnungsmethode für die Bestimmung des Kündigungsverbots wegen Schwangerschaft, der prognostische Elemente innewohnten und die am verfassungsrechtlich gebotenen Schutzauftrag orientiert sei. Nach der Rechtsprechung des EuGH zur Richtline 92/85/EWG (Mutterschutzrichtlinie) Artikel 10 Nummer 1 sei vom frühestmöglichen Zeitpunkt des Vorliegens einer Schwangerschaft auszugehen, um die Sicherheit und den Schutz von schwangeren Arbeitnehmerinnen zu gewährleisten. Diese Vorgaben berücksichtige die Berechnungsmethode des BAG.
Ob die Kündigung wegen Verstoßes gegen das Verbot in § 17 Absatz 1 1 Nummer 1 MuSchG unwirksam sei, stehe noch nicht fest. Das LAG habe im fortgesetzten Berufungsverfahren noch Feststellungen zu der Frage der unverschuldeten Fristüberschreitung i. S. v. § 17 Absatz 1 Satz 2 MuSchG zu treffen. Hier hielt das Gericht fest, dass die Mitteilung im Rahmen eines Schriftsatzes in einem Kündigungsschutzprozess ausreichend sei, dass die Arbeitnehmerin nicht allgemein das Risiko des rechtzeitigen Zugangs der Schwangerschaftsmitteilung trage und nicht für das Verschulden eines Boten oder Vertreters hafte. Im vorliegenden Fall erachte das BAG es noch als unverzüglich, wenn die Klägerin ihren mit der Vertretung im Kündigungsschutzverfahren beauftragten Anwalt sechs Tage nach Kenntnis von der Schwangerschaft kontaktiert haben sollte.

8. BVerwG: Mitbestimmungsrecht für allgemeine Urlaubsgrundsätze

Vom Begriff der „Aufstellung des Urlaubsplans“ i. S. d. § 72 IV 1 Nr. 4 Alt. 1 LPVG NRW ist auch die der konkreten Festlegung des Urlaubs sachlich und zeitlich vorgelagerte abstrakt-generelle Festlegung sog. allgemeiner Urlaubsgrundsätze umfasst (Änderung der Rechtsprechung). (amtl. Leitsatz des BVerwG, Beschluss vom 21.9.2022 – 5 P 17.21).
Die Beteiligten streiten über ein Mitbestimmungsrecht wegen Veränderung der Vorgehensweise in der Urlaubsplanung in einer Klinik, deren Träger der Landschaftsverband Rheinland ist. Die Klinik stellt in jeder ihrer allgemeinen psychiatrischen Abteilungen einen Sozialdienst zur Verfügung, der mit mindestens zwei Sozialarbeiterin besetzt ist, sodass eine gegenseitige Vertretung im Urlaub grundsätzlich möglich ist. Der Dienststellenleiter bat die Sozialarbeiter Ende Oktober 2018 in einer E-Mail darum, die Urlaubsvertretung des Sozialdienstes für die Urlaubsplanung ab Januar 2019 nur noch jeweils abteilungsintern abzustimmen. Eine abteilungsübergreifende Urlaubsvertretung erfolgte zu diesem Zeitpunkt bereits für keine andere Berufsgruppe der Dienststelle mehr, weshalb durch die genannte Vorgabe eine Angleichung der Handhabung erfolgen sollte.
Das VG Düsseldorf lehnte ein Mitbestimmungsrecht wegen der Beschränkung der möglichen Urlaubsvertretung auf die jeweils eigene Abteilung ab, da diese weder eine Urlaubsplanung noch einen allgemeinen Urlaubsgrundsatz darstelle und damit keinen Mitbestimmungstatbestand erfülle. Für das OVG Münster lag durch die E-Mail hingegen zweifelsfrei eine Maßnahme im personalvertretungsrechtlichen Sinn vor, die ein Mitbestimmungsrecht des Personalrats begründe.

Die vom OVG zugelassene Rechtsbeschwerde blieb erfolglos. Das BVerwG stellt fest, dass die Maßnahme des Dienststellenleiters zur Sicherstellung einer abteilungsinternen Urlaubsvertretung vom Wortlaut des § 72 IV 1 Nr. 4 Var. 1 LPVG NRW erfasst sei.
Lehrbuchmäßig legt das BVerwG den Mitbestimmungstatbestand der Aufstellung des Urlaubsplans nach Wortlaut, Sinn und Zweck, Systematik und Gesetzgebungsgeschichte aus. Die „Aufstellung“ beinhalte auch abstrakt-generelle Festlegungen von allgemeinen Urlaubsgrundsätzen (§ 40 e) MVG-EKD) durch Maßnahmen eines Dienststellenleiters. Vor allem sei bei abstrakt-generellen Regelungen, die die zeitliche Festlegung des Urlaubs in einem ersten Schritt sachlich und zeitlich beeinflussen und damit zumindest Vorfestlegungen enthalten, nach welchen die dienstlichen Erfordernisse und individuellen Urlaubsansprüche koordiniert werden, der Tatbestand erfüllt. Die „Aufstellung“ erfasse die materielle und verfahrensbezogene Gesamtheit der Urlaubsplanung. Der Sinn und Zweck der Mitbestimmung, sei die Einflussnahme des Personalrats auf das Direktionsrecht des Dienststellenleiters, um unter Berücksichtigung der Interessen des Dienstbetriebs eine gerechte Verteilung der Urlaubszeiten unter den Beschäftigten durchzusetzen und dabei ggf. verschiedene Urlaubswünsche in Einklang zu bringen. Dieser Zweck könne allerdings nur erreicht werden, wenn über abstrakt-generelle Regelungen, die Vorfestlegungen des Urlaubsplans betreffen, mitbestimmt werden kann. Ansonsten bestehe die Gefahr, dass der Dienststellenleiter wegen solcher Vorfestlegungen rechtlich gebunden wird und der Personalrat sich nicht mehr nach Belieben über diese hinwegsetzten kann.
Der 5. Senat hat die bisherige Rechtsprechung des BVerwG aufgegeben. Allgemeine Urlaubsgrundsätze in Form von abstrakt-generellen Regelungen wurden bisher als nicht vom Tatbestand erfasst angesehen. In der Praxis wird nun häufiger ein Mitbestimmungsrecht anzunehmen sein.

9. BAG-Urteile zum Verfall bzw. zur Verjährung von Urlaubsansprüchen

Mit Urteil vom 20. Dezember 2022, Az. 9 AZR 245/19 zur Frage des Verfalls von Urlaub bei langandauernder Arbeitsunfähigkeit hat das BAG entschieden, dass dieser nur dann nach Ablauf eines Übertragungszeitraums von 15 Monaten erlischt, wenn der Arbeitgeber zuvor seinen Hinweis- und Mitwirkungsobliegenheiten nachgekommen ist.
Hinsichtlich der Hinweisobliegenheiten des Arbeitgebers bei langandauernden Erkrankungen hat das BAG klargestellt, dass keine Hinweispflicht des Arbeitgebers besteht, wenn der Arbeitnehmer während des gesamten Urlaubsjahres arbeitsunfähig ist.
Im Jahr des Eintritts der Erkrankung muss hingegen ein entsprechender Hinweis erfolgen. In diesem Fall verfällt der Urlaub 15 Monate nach Ende des Urlaubsjahres, in dem der Arbeitnehmer erkrankt ist.
Dadurch hat das BAG grundsätzlich an der 15-Monatsfrist bei Langzeiterkrankungen festgehalten.
Nach Rückkehr des Arbeitnehmers sollte dieser auf noch nicht verfallenen Urlaub hingewiesen werden.
D.h.:

- Keine Hinweispflicht: Arbeitnehmer ist während des gesamten Urlaubsjahres arbeitsunfähig erkrankt.
- Hinweispflicht: Im Jahr des Eintritts der Erkrankung; Arbeitnehmer ist also nicht das gesamte Urlaubsjahr arbeitsunfähig erkrankt.
- Besteht keine Hinweispflicht oder wurde ein entsprechender Hinweis zum Ende des Urlaubsjahres gegeben, so verfällt der gesetzliche Urlaubsanspruch nach 15 Monaten bzw. gem. § 32 Abs. 3 TV DN zum 30.04. des Folgejahres.

Das BAG hat am selben Tag entschieden, dass der Anspruch auf Jahresurlaub der gesetzlichen Verjährung unterliegt, wobei die Verjährung am Ende des Kalenderjahres beginnt, in dem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über seinen konkreten Urlaubsanspruch und die Verfallfristen belehrt hat (9 AZR 266/20). Das BAG hat bestätigt, dass die Vorschriften über die Verjährung auf den gesetzlichen Mindesturlaub Anwendung finden. Die Verjährungsfrist beginnt jedoch nicht zwangsläufig mit Ende des Urlaubsjahrs, sondern erst mit dem Ende des Jahres, indem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über seinen konkreten Urlaubsanspruch und die Verfallfristen belehrt hat. Die Bedeutung der Verjährungseinrede dürfte dadurch in diesen Fällen gering bleiben, weil im Fall des Hinweises der Urlaub spätestens nach Ablauf des ersten Quartals des Folgejahres verfällt (s.o.). Ferner ist zu folgern, dass für die Geltendmachung des Urlaubsabgeltungsanspruchs der Lauf der Verjährung hingegen nicht von einem entsprechenden Hinweis des Arbeitgebers abhängt.

10. BAG: Korrigierende Höhergruppierung im Anwendungsbereich des TVöD (VKA)

Das BAG entschied mit Urteil vom 08.12.2022 - 6 AZR 459/21:
Die Korrektur einer seit Beginn der Tätigkeit zu niedrigen Eingruppierung ist keine Höhergruppierung i.S.v. § 17 IV TVöD-AT. (amtl. Leitsatz)
Gleiches gilt dann auch hinsichtlich der Anwendung des Teil B Abschnitt I § 5 Abs. 6 TV DN.

11. LAG: Unterlassungs - und Schadensersatzanspruch wegen Datenweitergabe im Konzern

Das LAG Hamm entschied mit Urteil vom 14.12.2021, 17 Sa 1185/20:
Die Verarbeitung von Gehaltsdaten und deren Weitergabe im Konzern zu dem Zweck, einheitliche Arbeitsbedingungen zu schaffen, ist nur in dem Umfang zulässig, der zur Vergleichsdatenbildung erforderlich ist.
In einem Krankenhaus-Konzern hatte der Arbeitgeber zum Zweck der Vergleichsdatenbildung innerhalb des Klinikverbunds Arbeitnehmerdaten an eine andere Gesellschaft weitergegeben. Dazu gehörten u.a. Namen und Vornamen, Einstellungsdatum, das vereinbarte Jahres-Bruttogehalt, die Vereinbarung von Tantiemen und sonstiger Leistungen. Der beklagte Arbeitgeber hielt diese Datenübermittlung für zulässig, denn sie läge im berechtigten Interesse des Unternehmens und auch der Mitarbeiter. Der konzerninterne Vergleich von Vergütungen führe zu mehr Lohngerechtigkeit. Nachteile seien nicht zu befürchten, da Gehaltsanpassungen, die darauf aufbauend in Betracht gezogen würden, nur Anpassungen nach oben wären.
Die Klägerin beanstandete die Datenweitergabe. Die Übermittlung sei jedenfalls in diesem Umfang nicht erforderlich gewesen. Homogene Vergütungsstrukturen innerhalb des Konzerns könnten auch erreicht werden, wenn Daten pseudonymisiert würden. Das Arbeitsgericht hatte der Unterlassungsforderung der Klägerin überwiegend stattgegeben und die Beklagte zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 2.000 € verurteilt. Der Arbeitgeber hat hiergegen Berufung eingelegt.
Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Arbeitgebers als unbegründet zurückgewiesen. Die Forderungen der Klägerin seien begründet gewesen. Zwar sei es zum Zweck der Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen im Konzern auch möglich, Gehaltsdaten zwischen Konzerngesellschaften

auszutauschen und zu vergleichen. Eine Datenverarbeitung zu diesem Zweck könne auf Art. 6 I lit. f. DSGVO gestützt werden. Die Verarbeitung sei aber nur in dem Umfang rechtmäßig, der zur Erfüllung dieses Zweckes erforderlich sei. Der Abgleich pseudonymisierter Daten sei gleich geeignet, den Verarbeitungszweck des Verantwortlichen zu erreichen. Die DSGVO gebiete es, einen Ausgleich zu schaffen zwischen relevanten Grundrechtsbezügen, der Eingriffsintensität, der Art der verarbeiteten Daten, den Anliegen der Betroffenen, mögliche Aufgaben und Pflichten und den Zwecken der Datenverarbeitung. Dabei sei auch zu berücksichtigen, ob die betroffene Person zum Zeitpunkt der Erhebung der Daten vernünftigerweise absehen könne, dass Daten zu einem Zweck verarbeitet würden. Insbesondere dann, wenn damit nicht zu rechnen sei, könnten die Interessen und Grundrechte der betroffenen Personen das Interesse der Verantwortlichen an der Datenverarbeitung überwiegen.
Einen Überblick über das Gehaltsgefüge der AT-Mitarbeiter im Konzern zu schaffen, wäre auch möglich gewesen, ohne alle von der Klägerin übermittelten Daten zu übermitteln. Auch ohne die Angabe des Namens, des Geburtsdatums und der Privatadresse ließe sich der Gehaltsvergleich erstellen. Es sei nicht nachvollziehbar, dass durch die Pseudonymisierung der Daten das Risiko falscher Zuordnungen bestehe. Auch sei nicht zu befürchten, dass bei sorgfältigem Umgang Daten durcheinandergeraten könnten.

12. LAG: Leistungsverweigerung wegen fehlender Betreuungsmöglichkeit für ein minderjähriges Kind

Ein Arbeitnehmer kann sich im Einzelfall auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen, wenn er unverschuldet keine anderweitige Betreuungsmöglichkeit für ein minderjähriges Kind hat. Trägt er hierzu substantiiert vor, obliegt es dem Arbeitgeber, die behaupteten Tatsachen zu widerlegen.
BGB § 275 Abs. 3, § 626 Abs. 1; LAG Thüringen Urt. v. 19.7.2022 – 1 Sa 191/21.
Die Klägerin war seit 1999 bei der Beklagten als Mitarbeiterin im Jugendamt beschäftigt. Sie ist ledig und alleinerziehend mit zwei minderjähren Kindern. Nach der Geburt ihrer Tochter im Februar 2018 wollte die Klägerin zum 1.4.2020 in den aktiven Dienst zurückkehren. Zwar war ihr zu diesem Datum ein Kita-Platz zugesagt worden. Diesen wollte sie jedoch erst ab September 2020 in Anspruch nehmen und ihre Tochter bis dahin durch ihre Eltern betreuen lassen. Nachdem aufgrund der Corona-bedingten Infektionslage ab dem 17.3.2020 alle Kitas landesweit geschlossen wurden, legte die Beklagte fest, dass alle Mitarbeitenden, welche aufgrund einer Kita- oder Schulschließung nicht zur Arbeit kommen können, bis zu sechs Wochen Lohnfortzahlung erhalten. Voraussetzung war, dass sie alle Möglichkeiten einer selbstorganisierten Pflege ausgeschöpft hatten.
Die Eltern der Klägerin waren bereits über 65. Die Mutter galt aufgrund von Vorerkrankungen zudem als besonders gefährdet. Nach Auffassung der Klägerin war eine Betreuung durch sie daher ausgeschlossen. Der Kindsvater sei selbst erwerbstätig und habe wegen der konfliktreichen Trennung derzeit keinen Kontakt zum Kind. Dennoch lehnte die Beklagte eine bezahlte Freistellung ab und bot eine unbezahlte Freistellung an. Nachdem hierüber keine Einigung erzielt werden konnte, und die Klägerin den wiederholten Aufforderungen der Beklagten, zur Arbeit zu erscheinen, keine Folge leistete, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis am 30.4.2020 fristlos, hilfsweise ordentlich zum 31.12.2020.
Das Arbeitsgericht Erfurt hat der hiergegen gerichteten Kündigungsschutzklage mit der Begründung stattgegeben, das Nichterscheinen der Klägerin sei von einem Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 3 BGB gedeckt. Wegen fehlender Betreuungsmöglichkeiten für ihre Tochter habe keine Pflicht der Klägerin zur Arbeitsleistung bestanden. Hiergegen wendet sich die Beklagte.

Das LAG Thüringen bestätigt die Entscheidung des Arbeitsgerichts. Zwar könne eine beharrliche Arbeitsverweigerung zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung berechtigen. Eine solche scheide jedoch aus, wenn dem Arbeitnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht zustehe. Die Erforderlichkeit der Betreuung von Kindern könne dabei als Grund für eine vorübergehende Leistungsverweigerung dienen. Hierbei gelte eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast, der der Klägerin nachgekommen sei. Daher stehe ihr Leistungsverweigerungsrecht zu.
Aber auch ohne Leistungsverweigerungsrecht wären sowohl eine außerordentliche als auch eine ordentliche Kündigung unwirksam gewesen. Durch das Angebot der unbezahlten Freistellung habe die Beklagte deutlich gemacht, dass das Nichterscheinen am Arbeitsplatz die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht unzumutbar mache.
Das LAG bestätigt die bisherige Rechtsprechung hinsichtlich der Möglichkeit eines vorübergehenden Leistungsverweigerungsrechts seitens des Arbeitnehmers, wenn ihm die Erbringung der Arbeitsleistung unzumutbar ist.

13. LAG: Keine Mitbestimmung bei Verbot der Nutzung von Smartphones während der Arbeitszeit

LAG Niedersachsen, Beschluss vom 13.10.2022 – 3 TaBV 24/22 (ArbG Braunschweig 17.3.2022 – 6 BV 15/21) entschied, dass das Verbot eines Arbeitgebers, während der Arbeitszeit Mobiltelefone/Smartphones zu nutzen, nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt. Das Unterlassen der Nutzung stellt auch dann kein mitbestimmungspflichtiges Ordnungsverhalten dar, wenn es im Betrieb an einigen Arbeitsplätzen Warte- oder Leerlaufzeiten geben kann.
Die Arbeitgeberin ist ein produzierender Betrieb im Bereich der Automobilzulieferindustrie. Antragsteller ist der bei ihr gebildete Betriebsrat. In einigen Bereichen im Betrieb kann es zu Leerlauf- oder Wartezeiten kommen, etwa wenn ein Maschinenumbau notwendig ist oder wenn auf einen neuen Arbeitsvorgang gewartet wird. In diesen Zeiten werden die Mitarbeiter teilweise anderweitig eingesetzt, teilweise sollen Nebenarbeiten, wie das Aufräumen des Arbeitsplatzes oder das Nachfüllen von Verbrauchsmaterial selbständig ohne Anweisung im Einzelfall ausgeführt werden. Die Arbeitgeberin wies per Aushang darauf hin, dass jede Nutzung von Mobiltelefonen/Smartphones während der Arbeitszeit nicht gestattet sei. Der BR macht sein Mitbestimmungsrecht geltend und beantragt die Unterlassung des Verbots.
Das ArbG hat den Antrag des BR zurückgewiesen. Das LAG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Bei dem Verbot der Nutzung von Smartphones sei nicht mitbestimmungspflichtiges Ordnungs-, sondern mitbestimmungsfreies Arbeitsverhalten betroffen. Gegenstand des § 87 I 1 BetrVG sei das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer, das der Arbeitgeber kraft seiner Leitungsmacht durch Verhaltensregeln oder sonstige Maßnahmen beeinflussen oder koordinieren könne. Zweck der Mitbestimmung sei die gleichberechtigte Teilnahme der Arbeitnehmer an der Gestaltung des betrieblichen Zusammenlebens. Dagegen seien Regelungen und Weisungen zum sog. Arbeitsverhalten, welche die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisieren, mitbestimmungsfrei. Wirke sich eine Maßnahme sowohl auf das Arbeits- als auch auf das Ordnungsverhalten aus, komme es darauf an, welcher – objektive – Regelungszweck überwiege. Daran gemessen unterliege das Verbot zur Smartphonenutzung während der Arbeitszeit nicht der Mitbestimmung nach 87 I 1 BetrVG. Gegenstand der Maßnahme sei die Festlegung, welche Tätigkeit die Beschäftigten während der Arbeitszeit zu unterlassen hätten, weil sie

einer tatsächlichen Arbeitsleistung entgegenstünde. Beschäftigte, die ihr privates Handy nutzten, könnten regelmäßig keine Arbeitsleistung erbringen. Der Blick auf das Telefon, das Entsperren und die weitere Beschäftigung damit verhindere, dass die Beschäftigten ihrer Arbeitsleistung nachgegen könnten. Hierin liege auch eine Unterscheidung zum Radiohören während der Arbeitszeit, dessen Verbot mitbestimmungspflichtig sei, weil es nach dem überwiegenden Regelungszweck das Ordnungsverhalten betreffe. Der Umstand, dass ein Arbeitnehmer während der Arbeitszeit Radio höre, hindere ihn nicht an der Erfüllung seiner Arbeitspflicht. Das sei bei der Smartphonenutzung anders. Daran änderten auch die Leerlaufzeiten nichts, denn auch während dieser seien die Beschäftigten zur Arbeitsleistung in Form der Nebentätigkeiten verpflichtet, was das Verbot der Smartphonenutzung gerade gewährleisten solle.
Die Schwierigkeiten der Abgrenzung zwischen mitbestimmungspflichtigem Ordnungsverhalten und mitbestimmungsfreiem Arbeitsverhalten sind gerade in Bezug auf Handy/Smartphonenutzung während der Arbeitszeit vielfach diskutiert.
Hierzu auch ein Beitrag auf Rehm-Portal mit Hinweis auf die hier erörtertee, im Wortlaut leider nicht veröffentlichte Entscheidung des LAG Nds. entsprechenden Ansicht des LAG Hessen Beschluss vom 16.7.2020 (5 TaBV 178/19) Es bleibt abzuwarten, wie das BAG im Rahmen der eingelegten Rechtsbeschwerde entscheidet (1 ABR 24/22).

14. LAG: Rechtsweg für die Klage des Arbeitnehmers auf Zahlung einer Entschädigung nach § 56 IfSG

Für die Klage des Arbeitnehmers auf Zahlung einer Entschädigung nach § 56 IfSG ist der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen auch dann nicht eröffnet, wenn der Arbeitgeber nach § 56 V 1 IfSG in Anspruch genommen wird. Auch in diesem Fall ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, § 68 I IfSG. (amtl. Leitsatz des LAG Baden-Württemberg, Beschluss vom 21.12.2022 - 19 Ta 13/22)

15. LAG: Vergütung von Pausenzeiten während des Nachtdienstes

Eine Altenpflegerin machte während ihrer Nachtwache rechtlich gesehen keine Pause, sondern hielt sich in Bereitschaft. Geld für diese Arbeitsleistung erhielt sie von ihrem Arbeitgeber jedoch nicht. Das Landesarbeitsgericht Köln hat die Einrichtung daraufhin zur Lohnnachzahlung verurteilt.
Die Klägerin arbeitete in der Seniorenwohnanlage der Beklagten. Diese umfasste eine stationäre Pflegeeinrichtung und eine ambulante Pflege während der Zeiten der Nachtwache. Im stationären Nachtdienst kümmerten sich zwei Pflegekräfte um die Bewohner, beide waren mit einem Telefon oder einem Pieper ausgerüstet, um im Ernstfall eingreifen zu können. Aus dem ambulanten Pflegedienst konnten bei Bedarf unterstützende Pflegekräfte hinzugerufen werden. Die Beklagte hat einen Zeitkorridor festgelegt, in welchem die Nachtwachen ihre Pausen im Schwesternzimmer verrichten sollen.
Mit ihrer Klage begehrte die Klägerin die durchgehende Vergütung ihrer geleisteten Nachtarbeit einschließlich der eingelegten Pausen im Zeitraum von Januar 2011 bis Oktober 2014. Bis März 2013 begann der Nachtdienst um 20:45 Uhr und endetet um 6:45 Uhr, der Pausenkorridor umfasste die Zeit zwischen 0:15 Uhr und 1:45 Uhr. Seit April 2013 lagen die Nachtschichten zwischen 21:30 Uhr und 7:00 Uhr, der Pausenkorridor zwischen 0:00 Uhr und 2:00 Uhr nachts. Die Klägerin erhielt einen Nachtzuschlag

von 1,28 Euro pro Stunde. Das Arbeitsgericht Köln hat der Klage zugestimmt (ArbG Köln vom 5.6.2015 – 1 Ca 8922/14).
Die Beklagte legte Berufung vor dem Landesarbeitsgericht (LAG) Köln ein. Laut ihrer Ansicht bestand für die Klägerin kein Anspruch auf eine Vergütung der Pausenzeiten. Während der Dauer der gesetzlichen Mindestpausen könne keine Arbeitsleistung angenommen werden. Für auftretende Notfälle sei die im Dienst tätige Nachtwache zuständig. Erst wenn diese zusätzliche Hilfe benötigt, käme ein Einsatz der sich in der Pause befindenden Nachtwache in Betracht. Die Klägerin gab nicht an, dass es zu solchen Vorfällen gekommen war.
Eine Pause ist nach § 4 ArbZG eine im Voraus festgelegte Arbeitsunterbrechung. In dieser ist der Arbeitnehmer von jeglichen Arbeitspflichten befreit. Er braucht damit weder Arbeitsleistungen zu erbringen noch sich für Eventualitäten bereitzuhalten. Darüber hinaus verfügt der Arbeitnehmer über das Bestimmungsrecht, wann, wo und wie er seine Pause verbringen möchte. Im Falle der Klägerin war genau das Gegenteil der Fall. Sie konnte aufgrund der Zeitanweisungen der Beklagten ihren Arbeitsplatz nicht verlassen und musste sich auch in der Zeit des Pausenkorridors für Notfälle bereithalten. Die Klägerin konnte damit nicht frei über die Gestaltung ihrer Pause bestimmen und hat somit vergütungspflichtige Arbeit geleistet. Eine geringere Entgeltabgabe für den nächtlichen Bereitschaftsdienst haben die Parteien nicht vereinbart. Der Klägerin steht nach § 611 Absatz 1 in Verbindung mit dem Anstellungsvertrag nebst Rechtshängigkeitszinsen eine Lohnnachzahlung in Höhe von 4.804 Euro (brutto) zu (LAG Köln vom 17.2.2016 – 11 Sa 734/15).

16. Gesetz zur Umsetzung der Vereinbarkeitsrichtlinie verabschiedet

Am 1. Dezember 2022 hat der Bundestag das Gesetz zur weiteren Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1158 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates (VRUG) (BT-Drs. 20/3447) verabschiedet. Es ist einen Tag nach seiner Verkündung im Gesetzblatt am 23.12.2022 in Kraft getreten.

Damit ergeben sich Änderungen in BEEG, PflegeZG, FPflZG sowie AGG, die vor allem kleine Unternehmen betreffen werden, deren Auswirkungen jedoch nicht gravierend ausfallen dürften.

- Die Ablehnung eines Antrags auf Teilzeit in Elternzeit muss künftig generell innerhalb von vier Wochen nach Zugang erklärt und begründet werden. Dies galt bislang nur für Anträge auf Arbeitszeitreduzierung nach § 15 Abs. 6 BEEG für die die besonderen Voraussetzungen aus Abs. 7 vorliegen müssen, also mehr als 15 Arbeitnehmer/-innen beschäftigt werden, das Arbeitsverhältnis länger als 6 Monate bestanden hat, die Arbeitszeit für mindestens zwei Monate auf einen Umfang von nicht weniger als 15 und nicht mehr als 32 Wochenstunden verringert werden soll, keine dringenden betrieblichen Gründe entgegen und der Antrag form- und fristgerecht eingereicht wurde.
  Eine Fiktion der Zustimmung für den Fall der nicht form- und fristgerechten Ablehnung tritt jedoch weiterhin nur bei Vorliegen der genannten besonderen Voraussetzungen nach Abs. 7 ein, also nicht bei Anträgen an Kleinunternehmen etc..

- Das Gesetz sieht in einem neuen § 3 (6a) PflegeZG künftig die Möglichkeit, eine ganz oder teilweise Freistellung als Pflegezeit zu beantragen auch bei kleinen Arbeitgebern mit bis zu 15 Beschäftigten vor. Der Arbeitgeber ist dann verpflichtet, auf solche Anträge innerhalb von vier Wochen nach Zugang des Antrags zu antworten und eine Ablehnung des Antrags innerhalb dieser Frist zu begründen.
  Ein Anspruch auf Gewährung besteht jedoch nicht. Laut Gesetzesbegründung sind an den Inhalt der Begründung zur Ablehnung eines Antrags keine hohen Anforderungen zu stellen. Was im Einzelnen darzulegen ist, wird nicht näher erläutert. Eine unterbliebene Antwort oder nicht sachlich begründete Ablehnung führt aber explizit nicht zu einer Fiktion der Zustimmung des Arbeitgebers zur beantragten Freistellung. Im Falle des Abschlusses einer entsprechenden Vereinbarung genießen die Beschäftigten auch in Kleinunternehmen nun mit Beginn der Freistellung besonderen Kündigungsschutz.
- Entsprechendes gilt für die neu geschaffene Möglichkeit der Beantragung einer Familienpflegezeit in Unternehmen mit i.d.R. bis zu 25 Beschäftigten.

Der Zuständigkeitsbereich der Antidiskriminierungsstelle des Bundes nach dem AGG wird auf Fragen der Diskriminierungen wegen der Beantragung oder Inanspruchnahme von Rechten als Eltern oder pflegende Angehörige ausgeweitet. Beschäftigte haben künftig die Möglichkeit, sich aus diesen Gründen an die Antidiskriminierungsstelle zu wenden.
Eine Erweiterung der Benachteiligungsgründe im Sinne von § 1 AGG ist im Gesetz nicht vorgesehen. Das Gesetz schafft also vor allem weitere Antragsmöglichkeiten und zusätzliche formale Anforderungen bei Wünschen der Arbeitszeitreduzierung. Da für den Fall der Nichtbeachtung keine Rechtsfolgen vorgesehen sind, dürften die Auswirkungen jedoch gering ausfallen.

17. Zweiwöchige Partnerfreistellung nach der Geburt soll zügig umgesetzt werden

Die Bundesregierung bekräftigt ihr Ziel, die zweiwöchige Partnerfreistellung nach der Geburt eines Kindes zügig umsetzen zu wollen. In einer Antwort (20/5036) auf eine Kleine Anfrage (20/4777) der Unionsfraktion schreibt sie, es sei ihr ein Anliegen, sowohl die Bezugsdauer als auch die Väterbeteiligung an der Elternzeit und am Elterngeld zu steigern. Gerade die frühe Familienphase könne eine weichenstellende Wirkung entfalten und die zweiwöchige Partnerfreistellung einen neuen Anreiz dafür schaffen, dass sich Väter gleich zu Beginn Zeit für die Familie nehmen können und damit Familien in ihrem Wunsch nach einer partnerschaftlichen Aufgabenteilung unterstützen.
„Für die weitere Nutzung von Elternzeit und Elterngeld durch Väter ist auch die Unterstützung auf betrieblicher Ebene eine notwendige Voraussetzung. Daher arbeitet die Bundesregierung mit dem Unternehmensprogramm 'Erfolgsfaktor Familie' gemeinsam mit Spitzenverbänden der deutschen Wirtschaft an einer familienfreundlichen Arbeitswelt und einer Steigerung der Akzeptanz von Elternzeit und Elterngeld“, heißt es in der Antwort.
Die Bundesregierung bekräftigt ferner, auch an der Höhe des Elterngeldes zu arbeiten. Unter Verweis auf den Koalitionsvertrag schreibt sie, die Dynamisierung von Mindest- und Höchstbetrag werde derzeit beraten.

18. Gesetz zur Förderung eines inklusiven Arbeitsmarktes

Das Bundeskabinett hat am 21.12.22 das Gesetz zur Förderung eines inklusiven Arbeitsmarktes beschlossen.
Die Maßnahmen des Gesetzes zur Förderung eines inklusiven Arbeitsmarkts zielen darauf ab, mehr Menschen mit Behinderungen in reguläre Arbeit zu bringen und zu halten sowie eine zielgenauere Unterstützung für Menschen mit Schwerbehinderung zu ermöglichen.
Mit dem Gesetz werden die Abgaben für Arbeitgebende, die die Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen gem. § 154 SGB IX nicht erfüllen (sog. Schwerbehindertenausgleichsabgaben) erhöht:

- Von 125 € auf 140 € bei einer jahresdurchschnittlichen Beschäftigungsquote von 3 Prozent bis weniger als dem geltenden Pflichtsatz,
- von 220 € auf 245 € bei einer jahresdurchschnittlichen Beschäftigungsquote von 2% bis weniger als 3 % und
- von 320 € auf 360 € bei einer jahresdurchschnittlichen Beschäftigungsquote von 0-2 %.
- Für Arbeitgebende, die trotz bestehender Beschäftigungspflicht keinen einzigen Scherbehinderten Menschen beschäftigen, wird eine vierte Staffel eingeführt. Diese beträgt 720 €.

Für kleinere Arbeitgebende zwischen 20 und 59 Arbeitsplätzen gelten wie bisher Sonderregelungen, die geringere Beträge vorsehen (künftig zwischen 140 und 410 €). Die vierte Staffel ist erstmals zum 31.03.2025 zu zahlen, wenn die Ausgleichsabgabe für das Jahr 2024 fällig wird.

Es entfällt dafür mit Wirkung zum 01.01.2024 der Bußgeldtatbestand, wonach Verstöße gegen die Beschäftigungspflicht derzeit zusätzlich zur Ausgleichsabgabe mit einem Bußgeld bis zu 10 000 € geahndet werden können.
Die Mittel aus der Ausgleichsabgabe sollen künftig vollständig zur Unterstützung und Förderung der Beschäftigung von Menschen mit Behinderung auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt verwendet werden.
Das Bewilligungsverfahrens der Integrationsämter für unterstützende Leistungen zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmender (Arbeitsassistenz und Berufsbegleitung im Rahmen der Unterstützten Beschäftigung), wird durch Einführung einer Genehmigungsfiktion beschleunigt. Anträge, über die nach Ablauf von sechs Wochen nicht entschieden wurde, gelten hiernach als genehmigt. eingeführt.
Beim Budget für Arbeit (Lohnkostenzuschüsse bei Einstellung schwerbehinderter Menschen sowie Aufwendungen für die wegen der Behinderung erforderliche Anleitung und Begleitung am Arbeitsplatz) entfällt die Deckelung auf 40 Prozent der Bezugsgröße.

19. Fragen und Antworten zur elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (eAU)

Einführung der elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (eAU)im Unternehmen
Ab dem 1. Januar 2023 müssen alle Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ihrer Beschäftigten elektronisch bei den Krankenkassen abfragen. Die Papiermeldung entfällt grundsätzlich. Zum Starttermin sind viele Fragen zum Verfahren noch offen.
Für die häufigsten Fragen hat die BDA eine sehr informative Website erstellt ein neu überarbeitete FAQ (Fragen und Antworten zur elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (eAU)) erstellt.

20. DGUV: Serviceportal der gesetzlichen Unfallversicherung gestartet

Das Serviceportal der gesetzlichen Unfallversicherung, welches das an- und abmelden von Unternehmen sowie die Anzeige von Arbeitsunfällen und den Verdacht auf Berufskrankheiten erleichtern soll, ist gestartet. Informationen erhalten Sie über Ihre zuständige Berufsgenossenschaft z.B. die Berufsgenossenschaft für Gesundheits- und Wohlfahrtspflege (BGW).

Einen Arbeitsunfall anzeigen, ein Unternehmen an- oder abmelden – seit dem Jahreswechsel stehen mehr als 30 Serviceleistungen der gesetzlichen Unfallversicherung auch online zur Verfügung. Darüber informiert die Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung (DGUV). https://serviceportal-uv.dguv.de/können Unternehmen und Versicherte Anliegen zeit- und ortsunabhängig erledigen. Dazu zählt u.a. die Möglichkeit Arbeitsunfälle oder den Verdacht auf eine Berufskrankheit anzuzeigen. Präventionsleistungen (z. B. Beratung auf Anfrage) sind noch nicht an das digitale System angebunden. Durch die DGUV wurde angekündigt, dass zeitnah ein Fragen-Antwort-Katalog zum Serviceportal bereitgestellt wird.

Je nach Serviceleistung und gewähltem Kommunikationsweg müssen sich die Nutzerinnen und Nutzer identifizieren oder elektronisch ausweisen. Dies können sie über die sicheren Angebote des Bundes erledigen: Versicherte über das sogenannte Nutzerkonto Bund (BundID), Unternehmen über „Mein Unternehmenskonto“. Auch die Bundesländer bieten eigene Länderkonten an, die ebenfalls im Serviceportal genutzt werden können. Antragstellende können sich über die Konten einmalig ausweisen und auf diese Authentifizierung bei jedem weiteren Behördenkontakt zurückgreifen. Zudem können Daten hinterlegt, diese in verschiedene Formulare übernommen sowie Bescheide und Mitteilungen im Postfach digital empfangen werden.

Mit der Digitalisierung ihrer Leistungen setzt die gesetzliche Unfallversicherung Anforderungen aus dem Onlinezugangsgesetz (OZG) um. Das OZG verpflichtet Bund, Länder und Kommunen, ihre Verwaltungsleistungen ab 2023 auch elektronisch anzubieten und zu einem Portalverbund zu verknüpfen. Ziel des OZG ist es, möglichst viele Behördenleistungen mit wenigen Klicks online zugänglich zu machen. Die digitalen Services sind ein zusätzliches Angebot, die bisherigen Kommunikationswege für Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung bleiben erhalten.

21. Versicherungs-, beitrags- und melderechtliche Behandlung von Beschäftigungsverhältnissen im Übergangsbereich nach § 20 Absatz 2 SGB IV ab dem 01.01.2023

Aufgrund der gesetzlichen Anhebung der oberen Entgeltgrenze des Übergangsbereichs ist das bisherige Rundschreiben vom 16.08.2022 überarbeitet worden; es wird für die Zeit ab dem 01.01.2023 durch dieses Rundschreiben der Sozialversicherungen vom 20.12.2022 ersetzt.

Durch das Gesetz zur Erhöhung des Schutzes durch den gesetzlichen Mindestlohn und zu Änderungen im Bereich der geringfügigen Beschäftigung vom 28.06.2022 (BGBl. I S. 969) wurde zum 01.10.2022 neben der Arbeitsentgeltgrenze für geringfügig entlohnte Beschäftigungen von monatlich 450,00 Euro auf 520,00 Euro auch die obere Entgeltgrenze für eine mehr als geringfügige Beschäftigung im Übergangsbereich von monatlich 1.300,00 Euro auf 1.600,00 Euro angehoben. Aufgrund des Gesetzes zur Zahlung einer Energiepreispauschale an Renten- und Versorgungsbeziehende und zur Erweiterung des

Übergangsbereichs vom 07.11.2022 (BGBl. I S. 1985) steigt die obere Entgeltgrenze des Übergangsbereichs zum 01.01.2023 von monatlich 1.600,00 Euro auf 2.000,00 Euro.
Vom 01.01.2023 an liegt ein Beschäftigungsverhältnis im Übergangsbereich vor, wenn das daraus erzielte Arbeitsentgelt regelmäßig 520,01 Euro bis 2.000,00 Euro im Monat beträgt und regelmäßig 2.000,00 Euro im Monat nicht übersteigt.
Für Beschäftigte mit einem regelmäßigen Arbeitsentgelt innerhalb des Übergangsbereichs gelten besondere Regelungen für die Ermittlung der Beitragsbemessungsgrundlage. Die Beschäftigten zahlen im Übergangsbereich einen ermäßigten Beitragsanteil am Gesamtsozial-versicherungsbeitrag. Bis zum 31.12.2023 sind für Beschäftigte mit einem regelmäßigen monatlichen Arbeitsentgelt in Höhe von 450,01 Euro bis 520,00 Euro, die am 30.09.2022 versicherungspflichtig gewesen sind, Bestandsschutzregelungen zu berücksichtigen.

22. Information des GKV-SV über versicherungs- und beitragsrechtliche Auswirkungen bei Rückforderung von Kurzarbeitergeld

Der GKV-Spitzenverband, die Deutsche Rentenversicherung Bund und die Bundesagentur für Arbeit haben in einer gemeinsamen Verlautbarung zu den versicherungs- und beitragsrechtlichen Auswirkungen bei Rückforderung von Kurzarbeitergeld Stellung genommen. In den Fällen, in denen das im Rahmen einer vorläufigen Bewilligung von den Arbeitsagenturen dem Arbeitgeber erstattete Kurzarbeitergeld nach abschließender Prüfung (vollständig oder teilweise) zurückgefordert wird, sind im Versicherungs- und Beitragsrechtsverhältnis rückwirkend Korrekturen zu veranlassen. Für Entgeltabrechnungszeiträume ab dem 1. Januar 2023 ist in den vorgenannten Fällen eine bereits vorgenommene Beitragsabrechnung zu korrigieren. Die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung halten insofern an ihrer bisherigen Auffassung nicht weiter fest. Entgeltabrechnungszeiträume bis Dezember 2022 nach alter Auffassung werden allerdings nicht beanstandet.

Damit verabschiede ich mich mit besten Wünschen für einen angenehmen Frühlingsanfang.

Robert Johns
Geschäftsführer

DDN Diakonischer Dienstgeberverband Niedersachsen