

DDN - Nachrichten 1/2022 vom 2. März 2022

Geschäftsstelle

Robert Johns

**Ebhardtstr. 3a
30159 Hannover**

Mail: gf@ddniedersachsen.de

Telefon: 0511 - 3604112

Homepage:
www.ddniedersachsen.de

2. März 2022

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit der bundesweiten [Veröffentlichung von Daten zur tariflichen Bezahlung in der Langzeitpflege liefern die Landesverbände der Pflegekassen](#) erstmals einen detaillierten Überblick über das Ausmaß der Tarifbindung von Pflegeeinrichtungen in Deutschland.

Von den ca. 3600 zugelassenen Einrichtungen in Niedersachsen haben nach Angaben der AOK 462 Häuser, also nur etwa jede achte Einrichtung bzw. 13 Prozent einen entsprechenden Nachweis erbracht verantwortlich für den Unterschied ist vermutlich, dass zwischen Ems und Elbe eine deutliche Mehrheit der Langzeitpflegeeinrichtungen in privater Hand sind. Folgendes ist bemerkenswert: Bei 70 Prozent der Einrichtungen, die bereits nach Tarif zahlen, gelten kirchliche Arbeitsrechtsregelungen. Ein Faktum, dass in der Berichterstattung der Medien und den Kommentaren aus der Politik gern unerwähnt bleibt. Bei der Kritik am kirchlichen Arbeitsrecht ist man da gern schneller bei der Hand. So [bejubelt denn auch der ehemalige ver.di-Chef](#) und jetzige MdB Frank Bsirske unter medialer Aufmerksamkeit, dass im Koalitionsvertrag der Ampel-Regierungsparteien ein „Prüfauftrag“ zur Angleichung des kirchlichen an das weltliche Arbeitsrecht steht und damit den Eindruck, dass nun das Ende des eigenständigen kirchlichen Arbeitsrecht eingeläutet sei. Es spricht allerdings angesichts niedrigster Tarifbindung sowohl der Arbeitgeber als auch der Mitarbeitenden in Pflegeeinrichtungen (siehe oben) wenig dafür, dass derzeit nun gerade die im fairen Verfahren faire Arbeitsbedingungen garantierenden kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen dem hier doch recht erfolglosen Tarifvertragssystem weichen müssten. Wer als niedersächsischer Diakoniker bei dieser Aussage die Stirn runzelt führe sich vor Augen, dass auch der kirchengemäße Tarifvertrag TV DN nicht ur Tarifvertrag, sondern auch kirchliches Arbeitsrechtsregelungswerk ist. Seine aus dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht resultierende

Kirchengemäßheit liegt im absoluten Vorrang der Schlichtung von Tarifstreitigkeiten und in der einer Allgemeinverbindlichkeit gleichkommende Verbindlichkeit für alle von seinem Geltungsbereich erfassten diakonischen Einrichtungen begründet. Hören wir nicht gerade aus den Reihen der zunehmend erfolgloser agierenden Gewerkschaften eben diesen Ruf nach bitte schön staatlich verfügter Allgemeinverbindlichkeit ihrer Tarifverträge? Jedenfalls scheint es so, dass sich die von nicht tarifgebundenen Pflegeeinrichtungen ab dem 1. September den Pflegekräften mindestens zu zahlenden Stundenlöhne der Höhe nach im ganz Wesentlichen nach den durch kirchliche Arbeitsrechtsregelungen maßgeblich geprägten Durchschnittslöhnen richten müssen. In Niedersachsen wird nun der TV DN als für die größte Anzahl von Einrichtungen und Unternehmen der Altenpflege in der Region geltender Tarifvertrag maßgeblich diesen Durchschnittslohn prägen. Mit dieser Feststellung leite ich zu den folgenden Beiträgen über seit dem Jahreswechsel erfolgte Entwicklungen im Arbeitsrecht über:

1. **Coronaprämien in den diakonischen Einrichtungen in Niedersachsen**
2. **KGH: Initiativantrag zur Korrektur einer Eingruppierung**
3. **KGH: Verfahren und Kosten bei Änderung von Dienstplänen ohne Zustimmung der Mitarbeitervertretung**
4. **EuGH: Diskriminierung wegen des Glaubens oder der Weltanschauung**
5. **BAG: Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers bei der Erteilung von Urlaub an langzeiterkrankte Arbeitnehmer**
6. **BAG: Mehrmaliges betriebliches Eingliederungsmanagement bei wiederholter Arbeitsunfähigkeit**
7. **BAG: Kein Durchführungsanspruch des Arbeitnehmers auf ein bEM**
8. **BAG: Bestimmter Klageantrag bei Antrag nach DS-GVO**
9. **LAG: Initiativrecht zur Einführung einer technischen Arbeitszeiterfassung?**
10. **LAG: Kündigung wegen Krankheit – die Hürden für ein ordnungsgemäßes bEM bleiben hoch**
11. **LAG: Ende des Kündigungsverbots bei Elternzeit**
12. **LAG: Beginn der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist**
13. **LAG: Zustellung einer Kündigung per Einschreiben**
14. **LAG: Zustellung einer Kündigung per Einschreiben**
15. **LAG: Absender einer E-Mail trifft volle Beweislast für deren Zugang**
16. **LAG: Anspruch eines Betriebsrates auf Zurverfügungstellung von dienstlichen E-Mail-Adressen der Beschäftigten**
17. **LAG: Pfändbarkeit von Corona-Prämien**
18. **ArbGer: Hauswirtschaftlerin hat keinen Anspruch auf TVöD-Erschwerniszulage für Tragen von FFP-2-Maske**
19. **Start der elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (eAU) auf 2023 verschoben**
20. **Arbeitsbefreiung für die Ausübung eines kommunalpolitischen Mandats**
21. **Aktualisierung Praxisleitfaden: Freiwilliger Wehrdienst und Bundesfreiwilligendienst**
22. **Pflegefamilien und Erziehungsstellen unter der Lupe – angestellt oder selbstständig?**
23. **Rechtsfragen rund um die „Bildschirmbrille“**

1. Coronaprämien in den diakonischen Einrichtungen in Niedersachsen

Den Arbeitsverträgen der Mitarbeitenden in niedersächsischen diakonischen Einrichtungen liegen entweder überwiegend der TV DN, oder auch die AVR Diakonie Deutschland oder die Dienstvertragsordnung mit ihren Verweisen auf TV-L bzw. TVöD zu Grunde. Für alle drei tariflichen Regelungsbereiche sind zu unterschiedlichen Terminen die Zahlung einer steuer- und sozialgabenfreien Corona-Prämie in jeweils unterschiedlicher Höhe bei jeweils unterschiedlicher Verschiebung des Zeitpunkts der nächsten regulären allgemeinen Tarifierhöhungen geregelt. Denn Letzteres ist in allen drei Fällen die Bedingung für eine tarifliche Vereinbarung einer Corona-Prämie und der Umfang des Verschiebungszeitraums steht deshalb wertmäßig in einem entsprechenden Verhältnis zur Höhe der Corona-Prämie.

Zahlreiche Anfragen beim DDN und beim Diakonischen Werk geben Anlass für einen Überblick auf die in den niedersächsischen diakonischen Einrichtungen geltenden Regelungen für die Zahlung einer Corona-Prämie. Bei einigen Mitarbeitenden besteht unberechtigt Unverständnis und Unmut.

Geltungsbereich des TV DN

In den meisten niedersächsischen diakonischen Einrichtungen gilt der TV DN. Für dessen Geltungsbereich haben der DDN und die Gewerkschaften Ver.di und Marburger Bund den [TV Corona-Einmalzahlung 2021](#) vereinbart. Dieser sah im Ausgleich für die zwischen dem 1. Juli 2021 und dem 31. Dezember 2021 währenden Zeitraum von sechs Monaten unterbleibende Erhöhung der Entgelte folgende Regelungen vor: Die Mitarbeitenden erhielten im zweiten Halbjahr 2021 eine einmaligen Corona-Einmalzahlung in Höhe von

- für die Entgeltgruppen S 1, S 2, E 1 und E 2 700,00 Euro
- für die Entgeltgruppen 3 bis 8: 600,00 Euro
- für die Entgeltgruppen 9 bis 11: 400,00 Euro
- für die Entgeltgruppen 12 bis 14 300,00 Euro
- Auszubildenden gern. Teil C Anlage 1 § 1 225,00 Euro

Geschäftsgrundlage der Vereinbarung von sechs Leermonaten gegen Coronaprämie war die Möglichkeit der steuer- und abgabenfreien Auszahlung.

Weil die Mitarbeitenden in Altenpflegeeinrichtungen aber gemäß § 151 a SGB XI vom Staat eine Coronaprämie bis zur Höhe von 1500,- € erhalten haben, war der Grenzbetrag für die Steuer- und Abgabefreiheit für viele Mitarbeitende in Altenpflegeeinrichtungen ausgeschöpft oder würde diesen addiert mit der tariflichen Coronaprämie übersteigen. Mitarbeitende in Altenpflegeeinrichtungen hätten also für ihre Coronaprämie Steuern und Sozialabgaben leisten müssen. Deshalb haben diese Mitarbeitenden anstelle des Anspruchs auf eine Coronaprämie bereits ab dem 1. Juli 2021 prozentual angehobene Entgelte erhalten. Ab diesem Datum beruhen ihre Entgelte nicht mehr auf der mit niedrigeren Werten geltenden und nun obsoleten Tabelle für Altenpflegeeinrichtungen, sondern auf der für alle (anderen) Mitarbeitenden geltenden Tabelle. Das bedeutete für Mitarbeitenden in Altenpflegeeinrichtungen eine Entgelterhöhung von ca. 1,75 %, die zusätzlich zu den für alle anderen Mitarbeitenden ab dem 1. Januar 2022 in Höhe von 1,4 % und ab dem 1. Januar 2023 in Höhe von 1,8 % vereinbarten Entgelterhöhungen hinzukam. Auf diese Art und Weise konnte in etwa die finanzielle tarifliche Gleichbehandlung von coronaprämieberechtigten Mitarbeitenden und Mitarbeitenden in Altenpflegeeinrichtungen hergestellt werden.

Geltungsbereich der AV DD

Die Arbeitsrechtliche Kommission der Diakonie Deutschland beschloss am 25. November 2021 für den Geltungsbereich der AVR DD eine Corona-Sonderzahlung. Sie beträgt für Mitarbeitende

- in den EG 1-7 800 €
- in den EG 8-13 600 €
- und Auszubildende und Anerkennungspraktikanten 225 € für

Wie beim TV DN wurden auch bei den AVR DD im Gegenzug zur Coronaprämie die an sich für den 1. August 2021 anstehenden Entgelterhöhungen auf den 1. Januar 2022 verschoben. Eine Sonderregelung für Mitarbeitende in Altenhilfeeinrichtungen wurde nicht vereinbart, so dass in vielen Fällen die Zahlung nicht abgabenfrei ist. Im Gegensatz zu anderen Tarifverträgen und kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen, die Vereinbarungen über Coronaprämien im Zusammenhang mit allgemeinen Entgelterhöhungen beinhalten, wurde für die AVR DD keine feste Laufzeit bis zur nächsten allgemeinen Entgelterhöhung festgeschrieben.

Geltungsbereich der Dienstvertragsordnung (DVO) der niedersächsischen Landeskirchen

- mit Verweis auf TVÖD-Entgelte

Die Arbeits- und Dienstrechtliche Kommission (ADK) hat am 10. Dezember 2020 eine Arbeitsrechtsregelung über eine einmalige Corona-Sonderzahlung für Personen, die im Sozial- und Erziehungsdienst eingesetzt sind und die unter den Geltungsbereich der Anlage 9 „Sonderregelungen für den Sozial- und Erziehungsdienst“ der Dienstvertragsordnung (DienstVO) fallen, beschlossen. Analog der Tarifeinigung zum TVÖD betrug die Höhe der einmaligen Corona-Sonderzahlung

- – für die Entgeltgruppen S 2 bis S 8b: 600,00 Euro
- – für die Entgeltgruppen S 9 bis S 18: 400,00 Euro.

und war im Gegenzug mit der Verschiebung der allgemeinen Entgelterhöhung um sieben Monate auf den 1. April 2021 verknüpft.

- mit Verweis auf TV-L-Entgelte

Die Arbeits- und Dienstrechtliche Kommission (ADK) hat am 24. Januar 2022 eine Arbeitsrechtsregelung über eine einmalige Corona-Sonderzahlung ([ARR- Corona-Sonderzahlung 2022](#)) beschlossen.

- 1.300 € erhalten alle Mitarbeitende, auf deren Dienstverhältnis der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) nach den Maßgaben der Dienstvertragsordnung anzuwenden ist und
- 650 € erhalten Auszubildende und Praktikantinnen/Praktikanten.

Mit dem Beschluss war zur Gewährleistung der nur bis Ende März 2022 währenden Abgabefreiheit der Teil der Tarifeinigung der Länder zum TV-L vorweggenommen worden, die im Gegenzug zu 14 Leermonaten ohne Entgelterhöhung die Zahlung der Coronaprämie beinhaltet. Es steht zu erwarten, dass die ADK nun auch erst zum 1. Dezember 2022 die TV-L-analoge Tarifierhöhung in Höhe von 2,8 Prozent beschließen wird.

Auch die ADK hat keine Sonderregelung für Mitarbeitende in Altenpflegeeinrichtungen beschlossen, für die der Grenzbetrag der Abgabefreiheit von 1.500 € nun mit Sicherheit überschritten wird.

Auf Nachfrage kann den Mitarbeitenden also dargelegt werden, dass mit Ausnahme der in TV DN-tarifgebundenen Altenpflegeeinrichtungen Mitarbeitenden alle in niedersächsischen diakonischen Einrichtungen Beschäftigten eine Corona-Prämie erhalten haben und dafür je nach Tarifregelung in Relation zur Höhe der Prämie stehend für einen unterschiedlich langen Zeitraum die an sich anstehende allgemeine Tarifierhöhung später erfolgt.

Nur die Tarifvertragspartner des TV DN haben dem Umstand Rechnung getragen, dass für Mitarbeitende in Altenpflegeeinrichtungen der Vorteil der Steuer- und Sozialabgabenfreiheit wegen der zuvor bereits gemäß § 151 a SGB XI geleisteten Zahlungen nicht zur Geltung kommen konnte. Für sie wurde daher statt des Anspruchs auf eine Corona-Prämie in etwa gleichwertigem Umfang eine bereits sofort ab dem 1. Juli 2021 ohne Leermonate einsetzende zusätzliche Entgelterhöhung geregelt.

2. KGH: Initiativantrag zur Korrektur einer Eingruppierung

Der [KGH-EKD, Beschluss vom 16. August 2021, II-0124/10-2021](#), hat entschieden, dass die Mitarbeitervertretung im Wege eines Initiativantrags nach § 47 MVG.EKD der Dienststellenleitung schriftlich vorschlagen kann, eine fehlerhafte Eingruppierung zu korrigieren. Nach § 47 Absatz 1 MVG-EKD kann die Mitarbeitervertretung der Dienststellenleitung auch in einem Fall des § 42 c) MVG-EKD eine Maßnahme schriftlich vorschlagen. Die Dienststellenleitung hat innerhalb eines Monats Stellung zu nehmen. Kommt eine Einigung über die Initiative der Mitarbeitervertretung nicht zustande, kann die Mitarbeitervertretung innerhalb von zwei Wochen nach Abschluss der Erörterung oder Ablehnung das Kirchengericht anrufen. Das Kirchengericht stellt gemäß § 60 Absatz 7 MVG-EKD sodann fest, ob die Weigerung der Dienststellenleitung, die von der Mitarbeitervertretung beantragte Maßnahme zu vollziehen, rechtswidrig ist. Ist das der Fall, hat die Dienststellenleitung nach § 60 Absatz 7 Satz 2 MVG-EKD erneut unter Berücksichtigung des Beschlusses über den Antrag der Mitarbeitervertretung zu entscheiden.

3. KGH: Verfahren und Kosten bei Änderung von Dienstplänen ohne Zustimmung der Mitarbeitervertretung

Wenn die Arbeitgeberin Dienstpläne ohne Zustimmung der Mitarbeitervertretung ändert, ist diese nicht gehalten, die Einigungsstelle nach § 36a MVG-EKD anzurufen. Es ist Sache der Arbeitgeberin, vor einer Änderung der Dienstpläne die Zustimmung der Mitarbeitervertretung zu beantragen und nach § 38 Absatz 4 Satz 3 und 4 MVG-EKD bei Nichteinigung die Einigungsstelle anzurufen.

Das Kirchengericht hatte die Arbeitgeberin verpflichtet, die Kosten der Mitarbeitervertretung für die Einschaltung der Verfahrensbevollmächtigten zu übernehmen. Zur Begründung hat es darauf abgestellt, es sei ein Rechtsverstoß durch einseitige Änderung der Schichtpläne ohne Zustimmung der Mitarbeitervertretung erfolgt, der die Einschaltung von Rechtsanwälten zur Wahrung der eigenen Rechte erfordere. Hiergegen wendet sich die Arbeitgeberin mit der sofortigen Beschwerde unter Hinweis darauf, dass unter Berücksichtigung der sachlichen Unzuständigkeit der Kirchengerichtsbarkeit das Erstgericht der Arbeitgeberin nicht die Kosten habe auferlegen dürfen.

Der KGH (KGH.EKD, Beschluss vom 26. Juli 2021, II-0124/32-2021) hat nun entschieden, dass die sofortige Beschwerde unbegründet ist. Die Mitarbeitervertretung habe einen Anspruch auf Übernahme der in dem

Verfahren angefallenen Verfahrenskosten nach § 61 Absatz 4 Satz 2 i.V.m. § 30 Absatz 2 Satz 1 MVG-EKD. Entgegen der Auffassung des Erstgerichts und entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin habe die Mitarbeitervertretung mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung den zutreffenden Antrag vor dem zuständigen Kirchengericht gestellt.

Nach § 38 Absatz 1 MVG-EKD dürfe eine Maßnahme der Mitbestimmung der Mitarbeitervertretung - hier kollektive Änderung der Dienstpläne für Mai 2021 - erst vollzogen werden, wenn die Zustimmung der Mitarbeitervertretung vorliege oder kirchengerichtlich ersetzt worden sei oder die Einigungsstelle gemäß § 36a MVG-EKD entschieden habe; mitbestimmungswidriges Verhalten müsse die Mitarbeitervertretung nicht hinnehmen.

Die Mitarbeitervertretung könne vor dem Kirchengericht die Dienststellenleitung auf Unterlassung in Anspruch nehmen; aus dem Verbot, Maßnahmen ohne Zustimmung der Mitarbeitervertretung zu vollziehen, folge der Anspruch auf Unterlassung des mitbestimmungswidrigen Verhaltens (JMNS/Mestwerdt § 38 Rn. 119 mit Rechtssprechungsnachweis). Dies sei auch bei Eilbedürftigkeit durch Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung möglich (JMNS/Mestwerdt MVG.EKD § 38 Rn. 124).

Die Mitarbeitervertretung sei nicht gehalten gewesen, die Einigungsstelle nach § 36a MVG-EKD anzurufen. Es wäre Sache der Arbeitgeberin gewesen, vor einer Änderung der Dienstpläne die Zustimmung der Mitarbeitervertretung zu beantragen und nach § 38 Absatz 4 Satz 3 und 4 MVG-EKD bei Nichteinigung die Einigungsstelle anzurufen. Dies sei unterblieben, die Arbeitgeberin habe die Änderung der Dienstpläne einseitig vollzogen. Darin habe ein mitbestimmungswidriges Verhalten gelegen, welches die Antragstellerin vor dem Kirchengericht mit ihrem Unterlassungsbegehren habe angreifen können. Da die beantragte einstweilige Verfügung auf Unterlassung der Dienstplanänderung begründet gewesen wäre, bestehe nach §§ 61 Abs. 4 Satz 2, 30 MVG-EKD ein Anspruch auf Übernahme der entstandenen Verfahrenskosten.

4. EuGH: Diskriminierung wegen des Glaubens oder der Weltanschauung

Im Juli entschied der EuGH ([EuGH Urteil vom 15.7.2021 – C-804/18; C-341/19](#)) sowohl im durch das ArbG Hamburg vorgelegten Verfahren WABE (C-804/18,) als auch im vom BAG vorgelegten Verfahren Drogeriekette Müller (C-341/19,). Die Klägerin im Verfahren C-804/18 war seit 2014 als Heilerziehungspflegerin in einer überkonfessionellen Kindertagesstätte beschäftigt und trug seit Anfang 2016 das islamische Kopftuch. Mit einer von dem Betreiber im Jahr 2018 erlassenen Dienstanweisung wurde das Tragen von sichtbaren Zeichen der politischen, weltanschaulichen oder religiösen Überzeugung am Arbeitsplatz bei Kontakt mit Eltern oder Kindern untersagt. Die Mitarbeiterin weigerte sich, das Kopftuch abzulegen und wurde daraufhin abgemahnt, wohingegen sie sich an das Arbeitsgericht wandte. Die Klägerin im Verfahren C-341/19 war seit 2002 als Kassiererin bei einer Drogeriemarktkette, beschäftigt und trug seit 2016 das islamische Kopftuch. Der Aufforderung, das Kopftuch abzulegen, war die Mitarbeiterin nicht nachgekommen, woraufhin ihr die Weisung erteilt worden war, am Arbeitsplatz keine auffälligen großflächigen Zeichen politischer, weltanschaulicher oder religiöser Art zu tragen. Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass eine interne Regel des Arbeitgebers, die Beschäftigten das Tragen jeder sichtbaren Ausdrucksform politischer, weltanschaulicher oder religiöser Überzeugung untersage, durch ein wirkliches Bedürfnis des Arbeitgebers gerechtfertigt sein könne, gegenüber Kunden eine Neutralitätspolitik zum Ausdruck zu bringen oder soziale Konflikte zu vermeiden. Nationale Gerichte

könnten aber im Rahmen des Ausgleichs der in Rede stehenden Rechte und Interessen nationale Vorschriften, die die Religionsfreiheit schützten, als für den Arbeitnehmer günstigere Vorschriften berücksichtigen. Ein entsprechendes umfassendes Neutralitätsgebot am Arbeitsplatz stellt nach Ansicht des EuGH danach keine unmittelbare, sondern eine mittelbare Diskriminierung dar. Die Rechtfertigung einer solchen mittelbaren Ungleichbehandlung über ein „wirkliches Bedürfnis“ könne angenommen werden, wenn Rechte und berechnigte Erwartungen der Kunden – etwa im Erziehungsbereich der Wunsch der Eltern, dass ihre Kinder von Personen beaufsichtigt werden, die gegenüber den Kindern nicht ihre Religion oder Weltanschauung zum Ausdruck bringen – geschützt werden sollen. Um verhältnismäßig zu sein, müsse das Verbot aber jede noch so kleine sichtbare Ausdrucksform der Überzeugung erfassen. Das Tragen unauffälliger, kleiner Zeichen (etwa eines an einer Halskette getragenen Kreuzes) könne die Eignung des Verbots zur Erreichung des angeblich vom Arbeitgeber verfolgten Ziels beeinträchtigen und die Kohärenz der Neutralitätspolitik in Frage stellen.

Der EuGH hat durch seine Entscheidungen seine bisherigen Kriterien bestätigt, sich im Ergebnis aber deutlich der deutschen Linie angenähert. Damit hat er auf der einen Seite das Spannungsfeld zwischen den Diskriminierungsverboten der RL 2000/78 und der unternehmerischen Freiheit weiter präzisiert, auf der anderen Seite aber insbesondere geklärt, welche Rolle nationale Vorschriften bei der Beurteilung spielen dürfen. Die Ansichten des BAG und auch des BVerfG waren hier seit jeher strikt; gefordert wird für eine ausnahmsweise Rechtfertigung für ein Verbot religiöser Symbole am Arbeitsplatz das Vorliegen einer „konkreten Gefährdung“ unternehmerischer Interessen (BAG, [Urteil vom 27.8.2020 – 8 AZR 62/19](#)). Dieses Kriterium wird es Arbeitgebern künftig in der Praxis nicht eben einfach machen, eine europarechtskonforme Regelung zum neutralen Auftritt ihrer Mitarbeiter einzuführen; die Anforderungen hieran jedoch stehen nun belastbar fest. Folgerichtig erging in den vor dem ArbG Hamburg und dem BAG liegenden Fällen auch jeweils keine Entscheidung mehr, sondern beide Angelegenheiten endeten durch Anerkenntnis bzw. durch Prozessvergleich.

Das Kopftuch am Arbeitsplatz beschäftigte auch das LAG Hamm (LAG Hamm, [Urteil vom 25.03.2021 – 18 Sa 1197/20](#)), das über die Kündigung einer Krankenpflegerin muslimischen Glaubens zu befinden hatte, die in einem Krankenhaus in evangelischer Trägerschaft tätig war und trotz wiederholter Abmahnung darauf beharrt hatte, ihren Dienst kopftuchtragend zu versehen. Das Gericht sah hierin eine beharrliche Verweigerung der Neutralitätspflicht der Mitarbeiterin, die mit Blick auf die evangelische Trägerschaft des Krankenhauses zu beachten sei. Ein konsequenter Verstoß hiergegen könne den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung rechtfertigen.

Keinen außerordentlichen Kündigungsgrund erblickte hingegen das LAG Baden-Württemberg (LAG Baden-Württemberg, [Urteil vom 10.02.2021 – 4 Sa 27/20](#)) im Fall eines Kochs, der in einer evangelischen Kindertagesstätte tätig und aus der Kirche ausgetreten war. Der Loyalitätsanspruch der Arbeitgeberin, dass der Mitarbeiter nicht aus der evangelischen Kirche austreten möge, stelle insoweit keine wesentliche und berechnigte Anforderung an dessen persönliche Eignung dar

5. BAG: Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers bei der Erteilung von Urlaub an langzeiterkrankte Arbeitnehmer

Ist der Arbeitgeber seinen Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten nicht nachgekommen, erlischt der gesetzliche Urlaubsanspruch gemäß § 7 III 3 BUrlG 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres, sofern es

dem Arbeitnehmer, allein weil er bis zu diesem Zeitpunkt durchgehend krankheitsbedingt arbeitsunfähig war, nicht möglich war, den Urlaub (vollständig) zu nehmen. In diesem Fall ist nicht die unterlassene Mitwirkung des Arbeitgebers, sondern die Arbeitsunfähigkeit kausal für die fehlende Möglichkeit des Arbeitnehmers, den Urlaubsanspruch zu realisieren. (Orientierungssatz der Richterinnen und Richter des BAG, [Urteil vom 07.09.2021 - 9 AZR 3/21](#)).

Die Parteien stritten über die Abgeltung von Urlaub aus den Jahren 2015 bis 2017. Der Kläger war vom 01.11.2001 bis 31.12.2019 bei der Beklagten beschäftigt. Vom 18.11.2015 bis 31.12.2019 war er krankheitsbedingt arbeitsunfähig. Er hatte Anspruch auf 30 Urlaubstage pro Jahr. 2015 gewährte die Beklagte 21 Urlaubstage, in den Jahren 2016 und 2017 keinen Urlaub. Die Beklagte hat den Kläger nicht aufgefordert, Urlaub zu nehmen und auch nicht darauf hingewiesen, dass nicht beantragter Urlaub mit Ablauf des Kalenderjahres oder des Übertragungszeitraums verfallen kann. Die Klage auf Urlaubsabgeltung haben das ArbG und das LAG abgewiesen.

Im Hinblick auf die Urlaubsabgeltung für 2016 und 2017 wies das BAG die Klage ab. Im Hinblick auf die Abgeltung für 2015 setzte das Gericht das Verfahren wegen eines anderweitig anhängigen Vorabentscheidungsverfahrens beim EuGH nach § 148 ZPO analog aus. Nach Auffassung des BAG sind die Urlaubsansprüche des Klägers aus 2016 am 31.03.2018 verfallen und die Urlaubsansprüche aus 2017 am 31.03.2019. § 7 III BUrIG sei unionsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass der bei langzeiterkrankten Arbeitnehmern über das Ende des Urlaubsjahres und des Übertragungszeitraums hinaus aufrechterhaltene Urlaubsanspruch zu dem im Folgejahr entstandenen Urlaubsanspruch hinzutrete und bei fortlaufender Arbeitsunfähigkeit 15 Monate nach dem Ende des Urlaubsjahres verfalle. Die Befristung des Urlaubsanspruchs nach § 7 III BUrIG setze nach unionsrechtskonformer Auslegung jedoch voraus, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer – erforderlichenfalls förmlich – auffordere, seinen Urlaub zu nehmen, und ihm klar und rechtzeitig mitteile, dass der Urlaub mit Ablauf des Kalenderjahres oder des Übertragungszeitraums verfalle, wenn er ihn nicht beantrage. Diese Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten des Arbeitgebers bestünden zwar auch, wenn und solange der Arbeitnehmer arbeitsunfähig sei. Der Arbeitgeber könne nämlich den arbeitsunfähigen Arbeitnehmer rechtzeitig entsprechend den gesetzlichen Vorgaben unterrichten und ihn auffordern, den Urlaub bei Wiedergenesung vor Ablauf des Urlaubsjahres oder des Übertragungszeitraums rechtzeitig zu beantragen. Die Befristung des Urlaubsanspruchs sei allerdings nicht von der Erfüllung der Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten abhängig, wenn es – was erst im Nachhinein feststellbar sei – objektiv unmöglich gewesen wäre, den Arbeitnehmer durch Mitwirkung des Arbeitgebers in die Lage zu versetzen, den Urlaubsanspruch zu realisieren. Dies sei der Fall, wenn der Arbeitnehmer durchgehend bis zum 31.03. des zweiten auf das Urlaubsjahr folgende Kalenderjahr arbeitsunfähig sei.

Mit Beschluss vom 7.7.2020 hatte der Senat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten des Arbeitgebers bei langzeiterkrankten Arbeitnehmern einem Verfall 15 Monaten nach Ende des Urlaubsjahres entgegenstünden, soweit der vor (!) der langfristigen Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers entstandene und nicht genommene Urlaub betroffen sei. Mit der vorliegenden Entscheidung stellt der Senat klar, dass es für Urlaubsansprüche, die (vollständig) während der langfristigen Arbeitsunfähigkeit entstanden sind, bei der vom EuGH bereits seit langem entschiedenen und vom BAG übernommenen Verfall 15 Monate nach Ende des Urlaubsjahres auch dann verbleibt, wenn der Arbeitgeber die Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten während dieser Zeit nicht erfüllt.

6. BAG: Mehrmaliges betriebliches Eingliederungsmanagement bei wiederholter Arbeitsunfähigkeit

Ein Arbeitgeber muss grundsätzlich erneut ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchführen, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres nach dessen Abschluss abermals länger als sechs Wochen durchgängig oder wiederholt arbeitsunfähig erkrankt war. Anderenfalls spricht es laut Bundesarbeitsgericht, [Urteil vom 18.11.2021 - 2 AZR 138/21](#), dafür, dass mildere Mittel zur Vermeidung einer Kündigung hätten vorliegen können. Die Darlegungs- und Beweislast treffe den Arbeitgeber. Ein schwerbehinderter Produktionshelfer wehrte sich gegen die krankheitsbedingte Kündigung durch seine Arbeitgeberin. Der Angestellte wies einen hohen Krankenstand auf - in 2017 war er an 40 Tagen arbeitsunfähig erkrankt, 2018 an 61 Tagen und 2019 an 103. Im März 2019 fand mit dem Arbeiter ein Gespräch zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (bEM) statt. In dem auch vom Kläger unterzeichneten Erhebungsbogen war unter anderem angegeben, dass kein "zusätzlicher Sachverständiger (zum Beispiel Betriebsarzt, Fachkraft für Arbeitsschutz/Arbeitssicherheit)" eingebunden werden solle. Der heute 49-Jährige war nach dem Gespräch bis zur Kündigung im Februar 2020 erneut an 79 Arbeitstagen arbeitsunfähig krank. Eine Eingliederung unterblieb. Die Klage hatte sowohl beim Arbeitsgericht Düsseldorf als auch beim dortigen LAG Erfolg, da die Beklagte das vor Ausspruch der Kündigung erforderliche erneute bEM nicht durchgeführt habe, wozu sie nach § 167 Abs. 2 SGB IX verpflichtet gewesen sei. Die Revision der Arbeitgeberin beim BGH blieb erfolglos. Den Erfurter Richtern zufolge ging das LAG zutreffend davon aus, dass die Kündigung sozial ungerechtfertigt war (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG). Die Arbeitgeberin habe nicht dargelegt, dass auch mit Hilfe eines (weiteren) bEM keine milderen Mittel als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hätten erkannt oder entwickelt werden können. Das BAG betont, dass sie nach § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX verpflichtet gewesen sei, die Initiative für ein (erneutes) bEM zu ergreifen, selbst wenn sie bereits im März 2019 ein solches mit dem Angestellten durchgeführt habe. Ein erneutes bEM sei auch dann durchzuführen, wenn nach dem zuvor durchgeführten noch nicht wieder ein Jahr vergangen sei. Ziel des bEM sei es festzustellen, aufgrund welcher gesundheitlichen Einschränkungen es zu den bisherigen Ausfallzeiten gekommen sei, und herauszufinden, ob Möglichkeiten bestehen, eine bestehende Arbeitsunfähigkeit zu überwinden, erneuter Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen und eine möglichst dauerhafte Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses zu fördern. Das BAG weist darauf hin, dass ein bEM jedenfalls dann abgeschlossen sei, wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer einig seien, dass der Suchprozess durchgeführt sei oder nicht weiter durchgeführt werden solle.

7. BAG: Kein Durchführungsanspruch des Arbeitnehmers auf ein bEM

§ 167 II 1 SGB IX begründet keinen Individualanspruch der betroffenen Arbeitnehmer auf Einleitung und Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (bEM). (amtl. Leitsatz zu BAG, [Urteil vom 07.09.2021 - 9 AZR 571/20](#))-

Die Parteien streiten darüber, ob der Kläger Anspruch auf Einleitung und Durchführung eines bEM hat. Zwischen dem Kläger, der mit einem GdB von 30 einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt ist, und der beklagten Gemeinde besteht seit dem 03.07.2000 ein Arbeitsverhältnis. Der Kläger wurde zunächst im Bereich „Bauhof“ eingesetzt. Mit Wirkung zum 01.01.2016 versetzte ihn die Beklagte in den Bereich „C“. Im Jahr 2018 war der Kläger an 122 Arbeitstagen krankheitsbedingt arbeitsunfähig, im Jahr 2019 vom 01.01. bis zum 25.08. an 86 Arbeitstagen. Mit anwaltlichem Schreiben vom 02.08.2019

verlangte der Kläger die Durchführung eines bEM. Die Beklagte lehnte dies mit Schreiben vom 19.08.2019 ab.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er habe unmittelbar aus § 167 II SGB IX, jedenfalls aber aus § 167 II SGB IX i.V.m. dem Gebot der Rücksichtnahme (§ 241 II BGB) einen Anspruch auf Einleitung und Durchführung eines bEM, weil er in den Jahren 2018 und 2019 – wie auch in den Folgejahren – jeweils länger als sechs Wochen krankheitsbedingt arbeitsunfähig gewesen sei. Der Kläger hat zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen, mit ihm ein bEM gemäß § 167 SGB IX durchzuführen und zu klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und sein Arbeitsplatz erhalten werden könne.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Das ArbG hat der Klage stattgegeben. Das LAG hat die Klage, soweit der Kläger die Durchführung eines bEM verlangt, als unzulässig und i.Ü. als unbegründet abgewiesen.

Die gemäß § 71 II Nr. 2 ArbGG zugelassene Revision sei nicht begründet. Der Kläger könne die Klageforderung nicht auf § 167 II 1 SGB IX stützen. Dies ergäbe die Auslegung der Norm. Für die Auslegung sei der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend, wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergebe. Für die Beantwortung der Frage, welche Regelungskonzeption dem Gesetz zugrunde liege, komme den Gesetzesmaterialien und der Systematik des Gesetzes Indizwirkung zu. Nach § 167 II 7 SGB IX könnten die zuständige Interessenvertretung i.S.d. § 176 SGB IX, bei schwerbehinderten Menschen außerdem die Schwerbehindertenvertretung, die nach § 167 II 1 SGB IX gebotene Klärung verlangen. Sie würden nach § 167 II 8 SGB IX darüber wachen, dass der Arbeitgeber die ihm nach dieser Vorschrift obliegenden Verpflichtungen erfülle. Entsprechende Rechte und Aufgaben sehe die gesetzliche Regelung für die betroffenen Arbeitnehmer dagegen nicht vor. Die Regelungssystematik lasse zudem darauf schließen, dass § 167 II 7 SGB IX Rechtsschutzdefizite in Kauf genommen habe, die entstehen könnten, weil die tatsächliche Einleitung und Durchführung des bEM rechtlich nicht durch einen Individualanspruch des Arbeitnehmers abgesichert sei. Auch die Systematik des SGB IX bestätige dieses Verständnis. Kapitel 3 des Teils 3 des SGB IX unterscheidet zwischen sonstigen Pflichten der Arbeitgeber und Rechten der (schwerbehinderten) Arbeitnehmer und bringe damit zum Ausdruck, dass nicht jeder Pflicht des Arbeitgebers ein entsprechender Anspruch bzw. ein entsprechendes Recht des Arbeitnehmers gegenüberstehe. Ein abweichendes Auslegungsergebnis könne aus den Gesetzesmaterialien nicht abgeleitet werden. Weder die Richtlinie 2000/78/EG noch die Bestimmungen der UN-Behindertenrechtskonvention verlangten ein bestimmtes Verfahren zur Ermittlung angemessener Vorkehrungen. Ein Anspruch des Klägers auf Einleitung und Durchführung eines bEM ergebe sich auch nicht aus dem Gebot der Rücksichtnahme als vertragliche Nebenpflicht aus § 241 II BGB i.V.m. § 167 II SGB IX

oder einer Konkretisierung der Schutzpflichten des Arbeitgebers aus § 618 BGB. Dem stehe der in der Gesetzessystematik zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers entgegen.

8. BAG: Bestimmter Klageantrag bei Antrag nach DS-GVO

Ein Auskunftsanspruch nach der Datenschutz-Grundverordnung verlangt einen hinreichend bestimmten Klageantrag. Das Bundesarbeitsgericht, [Urteil vom 16.12.2021 - 2 AZR 235/21](#); lehnte die Verwendung

auslegungsbedürftiger Begriffe ab. Es argumentierte, die Klärung des Umfangs der Auskunft dürfe nicht in das Vollstreckungsverfahren verlagert werden.

Ein Arbeitnehmer hatte sich erfolgreich gegen seine verhaltensbedingte Kündigung gewehrt. Hintergrund waren Vorwürfe gegen ihn, die in einem extra eingerichteten Portal der Firma zum Aufdecken von Missständen erhoben worden waren. Daher wollte er im Rahmen seiner Kündigungsschutzklage auch Auskunft über zu seiner Person gespeicherte Daten haben. Er bezog sich dabei auf die "nicht in der Personalakte des Klägers gespeicherten personenbezogenen Leistungs- und Verhaltensdaten des Klägers". Das ArbG Stuttgart gab der Klage insgesamt statt. Das LAG Baden-Württemberg bestätigte dies im Grundsatz, schränkte aber den Auskunftsanspruch unter anderem im Hinblick auf die Rechte der Hinweisgeber mit "zahlreichen Einschränkungen, Bedingungen und Beispielfällen" ein. Die Revision des Unternehmens hiergegen war erfolgreich.

Die Erfurter Richter konnten sich weder mit dem Tenor des LAG noch mit der Formulierung des Angestellten anfreunden. Sie wiesen die Klage insgesamt wegen fehlender Bestimmtheit als unzulässig ab. Das LAG habe selbst erkannt, dass die aufgenommenen Einschränkungen zu weiteren Streitigkeiten in der Vollstreckung führen würden. Der Vorbehalt, dass nicht "überwiegende berechnigte Interessen eines Dritten", § 29 Abs. 1 S. 2 BDSG, entgegenstünden, überfrachte das Vollstreckungsverfahren mit der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe. Das mache es der Firma unmöglich zu erkennen, inwieweit sie verpflichtet sei. Auch der Kläger zog Kritik auf sich: Es sei zwar Aufgabe des Erkenntnisverfahrens, die Rechtsdurchsetzung nicht unnötig zu erschweren, aber nachdem die Arbeitgeberin Auskünfte gemacht habe, sei eine Konkretisierung der gegebenenfalls noch fehlenden Daten zumutbar gewesen.

9. LAG: Initiativrecht zur Einführung einer technischen Arbeitszeiterfassung?

Die Rechtsfrage, ob dem Betriebsrat ein Initiativrecht zur Einführung einer technischen Arbeitszeiterfassung zusteht, ist derzeit in Rechtsprechung und Literatur umstritten, eine aktuelle Klärung durch das Bundesarbeitsgericht steht noch aus. Die inzwischen mehr als 30 Jahre alte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 28.11.1989 (1 ABR 97/88) ist nicht geeignet, eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung zu dieser Fragestellung zu begründen. Dementsprechend ist eine Einigungsstelle zur Regelung der Einführung einer technischen Arbeitszeiterfassung derzeit nicht offensichtlich unzuständig und mithin nach § 100 Abs. 1 Satz 2 ArbGG (gilt gemäß § 62 MVG-EKD) einzusetzen (Leitsatz des LAG Düsseldorf [Beschluss v. 24.08.2021 - 3 TaBV 29/21](#)).

Die Beteiligten streiten über die Einsetzung einer Einigungsstelle zum Thema "Gleitende Arbeitszeit und Arbeitszeiterfassung", hilfsweise zum Thema der Arbeitszeiterfassung bei Arbeitnehmern in mobiler Arbeit, sowie über die Anzahl der Beisitzer. Die Arbeitgeberin hat von ihrem ursprünglichen Vorhaben der Einführung eines technischen Arbeitszeiterfassungssystems Abstand genommen und reagierte zuletzt nicht mehr auf Anfragen des Betriebsrats, so dass dieser die Verhandlungen für gescheitert erklärte und beschloss, die Einigungsstelle anzurufen. Der Betriebsrat hat daraufhin die gerichtliche Einsetzung einer Einigungsstelle beantragt.

Das Landesarbeitsgericht hat nun entschieden, dass die Beschwerde beider Beteiligten zulässig ist. Die Beschwerde des Betriebsrats sei darüber hinaus im Wesentlichen auch begründet.

Die Einigungsstelle zu dem Thema "Betriebsvereinbarung über gleitende Arbeitszeit und Arbeitszeiterfassung" sei nicht offensichtlich unzuständig. Der Regelungsgegenstand betreffe mehrere

Mitbestimmungsrechte. Zum einen betreffe er mit der gleitenden Arbeitszeit den Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG (vergl. § 40 d) MVG-EKD. In diesem Bereich sei unproblematisch von einem Mitbestimmungs- und Initiativrecht des Betriebsrats auszugehen. Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts sei es jedenfalls auch nicht offensichtlich ausgeschlossen, dass zu dem weiteren Thema der Arbeitszeiterfassung ein Mitbestimmungs- wie auch ein Initiativrecht des Betriebsrats bestehe. Dieses könne sich aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG (vergl. § 40 j) MVG-EKD ergeben. Danach habe der Betriebsrat mitzubestimmen bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Zu solchen technischen Einrichtungen würden insbesondere technische Arbeitszeiterfassungssysteme zählen, wobei es bereits ausreiche, dass sie objektiv zu einer Verhaltens- und Leistungskontrolle geeignet seien, ohne dass eine entsprechende Nutzungsabsicht als Voraussetzung hinzutreten müsse.

Es sei zwar richtig, dass das Bundesarbeitsgericht in einer Entscheidung aus dem Jahr 1989 entschieden habe, dass dem Betriebsrat kein Initiativrecht auf Einführung einer technischen Kontrolleinrichtung zukomme. Diese Rechtsprechung sei jedoch nach der Entscheidung vom 28.11.1989 nicht erneut ausdrücklich durch das Gericht bestätigt oder weiterentwickelt worden. Darüber hinaus sei ihr schon seit einiger Zeit ein Teil der Instanzenrechtsprechung und auch ein nicht unerheblicher Teil der Literatur nicht gefolgt. Diese Stimmen seien nicht vereinzelt geblieben und sie verstümmen auch nicht.

In einer aktuellen Entscheidung vom 27.07.2021 vertrete das LAG Hamm dezidiert und mit ausführlicher Begründung die Ansicht, dass sich unmittelbar aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ein Initiativrecht des Betriebsrats auf Einführung einer technischen Arbeitszeiterfassungsanlage ergebe ([LAG Hamm vom 27.07.2021 - 7 TaBV 79/20](#)). Wegen Divergenz zu der anderslautenden Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 1989 habe das LAG Hamm die Rechtsbeschwerde zugelassen, die unter dem Aktenzeichen 1 ABR 22/21 anhängig sei.

Solange hierüber nicht durch das Bundesarbeitsgericht entschieden sei, könne im Verfahren nach § 100 ArbGG nicht mehr von einer offensichtlichen Unzuständigkeit einer initiativ durch den Betriebsrat beantragten entsprechenden Einigungsstelle gesprochen werden. Die Frage bedürfe einer höchstrichterlichen, sich mit der aktuellen Kritik an dem Beschluss aus dem Jahr 1989 auseinandersetzenen Klärung.

Eine wichtige Rolle spiele in diesem Zusammenhang weiterhin die neuere Rechtsprechung des [EuGH, Urteil vom 14. Mai 2019 \(C-55/18\)](#): Danach verpflichteten Art. 3, 5, 6 der Richtlinie 2003/88/EG i.V.m. Art. 31 Abs. 2 GrCh und Art. 4 Abs. 1, 11 Abs. 3, 16 Abs. 3 der Richtlinie 89/391/EWG die Mitgliedsstaaten dazu, ein objektives, verlässliches und zugängliches System der Arbeitszeiterfassung einzuführen (EuGH vom 14.05.2019 - C-55/18, NZA 2019, 683, 686, Rz. 60). Weiter heiße es, dass ein solches System insbesondere erforderlich sei, damit die Arbeitnehmervertreter das in Art. 11 Abs. 3 der Richtlinie 89/391/EWG vorgesehene Recht ausüben könnten, den Arbeitgeber um geeignete Maßnahmen zu ersuchen und ihm Vorschläge zu unterbreiten. Diese Rechtsprechung habe einen weiteren und höchstrichterlich ebenfalls noch nicht geklärten Meinungsstreit zum Initiativrecht des Betriebsrats auf Einführung technischer Arbeitszeiterfassungssysteme ausgelöst, in dem mit beachtlichen Gründen ein Initiativrecht des Betriebsrats zur Einführung eines technischen Arbeitszeiterfassungssystems nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG oder teilweise nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG vertreten werde. Abwegig seien diese Ansichten keineswegs und diesbezüglich sei die Frage eines Initiativrechts des Betriebsrats noch gänzlich

ungeklärt. Auch vor diesem Hintergrund komme die Annahme einer offensichtlichen Unzuständigkeit daher derzeit nicht in Betracht.

10. LAG: Kündigung wegen Krankheit – die Hürden für ein ordnungsgemäßes bEM bleiben hoch

Eine Kündigung ist durch eine Krankheit nicht bedingt, wenn es angemessene mildere Mittel zur Vermeidung oder Verringerung künftiger Fehlzeiten gibt. Dazu gehört vor allem ein korrekt durchgeführtes bEM. So entschied das [LAG Hessen, Urteil vom 19.7.2021 – 16 Sa 231/21](#). Der klagende Arbeitnehmer wurde wegen des Umstandes, dass er krankheitsbedingt seinen Aufgaben nicht oder nicht im erforderlichen Maße nachkommen könne, von der Beklagten Arbeitgeberin gekündigt. Im Vorfeld dieser Kündigung fand ein Gespräch statt, das die Arbeitgeberin als „betriebliches Eingliederungsmanagement“ (bEM) bezeichnete, dessen Inhalt allerdings strittig ist und das vom Arbeitnehmer nicht als solches angesehen wurde. Das ArbG wies die Kündigung zurück.

Entscheidung

Auch das LAG hielt die Kündigung für rechtswidrig. Die ordentliche Kündigung sei sozial ungerechtfertigt, weil sie nicht durch Gründe in der Person des Klägers bedingt sei, § 1 II KSchG. Eine Kündigung ist dann durch eine Krankheit nicht „bedingt“, wenn es angemessene mildere Mittel zur Vermeidung oder Verringerung künftiger Fehlzeiten gibt. Dies können insbesondere die Umgestaltung des bisherigen Arbeitsbereichs oder die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen – leidensgerechten – Arbeitsplatz sein. Darüber hinaus kann sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Verpflichtung des Arbeitgebers ergeben, dem Arbeitnehmer vor einer Kündigung die Chance zu bieten, ggfs. spezifische Behandlungsmaßnahmen zu ergreifen, um dadurch die Wahrscheinlichkeit künftiger Fehlzeiten auszuschließen. Die Arbeitgeberin war hier gemäß § 167 II 1 SGB IX verpflichtet, ein betriebliches bEM durchzuführen, da der Kläger innerhalb eines Jahres länger als 6 Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig war. Dies war zwischen den Parteien auch nicht streitig. Ein regelkonformes bEM habe jedoch nicht stattgefunden.

- Dies setzt zunächst voraus, dass der Arbeitgeber den betreffenden Arbeitnehmer auf die Ziele des BEM sowie Art und Umfang der dabei erhobenen Daten hinweis.
- Es kommt sodann darauf an, ob bestimmte vom Arbeitgeber tatsächlich ergriffene Maßnahmen den Anforderungen eines BEM genügen, ist zu prüfen, ob sie sich als der vom Gesetz vorgesehene umfassende, offene und an den Zielen des BEM ausgerichtete Suchprozess erweisen. Dafür reiche es nicht aus, mit dem betreffenden Arbeitnehmer die Fragestellung eines möglichen Zusammenhangs zwischen seiner Tätigkeit und den Erkrankungen zu besprechen.

Selbst wenn die Arbeitgeberin den Kläger in dem umstrittenen Gespräch nach den Ursachen seiner Arbeitsunfähigkeitszeiten, insbesondere, ob diese im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit stehen, gefragt und der Kläger erklärt habe, die Arbeit sei halt schwer, aber er könne sie ausüben, die Beklagte könne insoweit keine Hilfestellung geben, reiche dies nicht aus. Als medizinischer Laie konnte der Kläger selbst nicht beurteilen, ob ein Zusammenhang zwischen seinen Arbeitsunfähigkeitszeiten und seiner Tätigkeit besteht. Die Beklagte hätte daher weitere Maßnahmen ergreifen müssen, um zu klären, welche Maßnahmen ergriffen werden können, um die Fehlzeiten des Klägers zu mindern. Hierfür wäre es jedenfalls angezeigt gewesen, einen Arbeitsmediziner hinzuzuziehen, der den Kläger untersucht und die gesundheitlichen Anforderungen seines Arbeitsplatzes mit seinem gesundheitlichen Leistungsvermögen

abgleicht, Feststellungen über mögliche (technische) Hilfestellungen (z. B. Hebehilfen) oder eine Umgestaltung des Arbeitsplatzes trifft. Allein die Aufforderung an den Kläger, ein aktuelles fachärztliches Attest vorzulegen, reiche hierfür nicht aus. Im Übrigen sei nicht auszuschließen, dass bei ordnungsgemäßer Durchführung eines bEM Rehabilitationsbedarfe in der Person des Klägers hätten erkannt und durch entsprechende Maßnahmen künftige Fehlzeiten spürbar hätten reduziert werden können.

11. LAG: Ende des Kündigungsverbots bei Elternzeit

Das LAG Baden-Württemberg, [Urteil v. 17.9.2021 - 12 Sa 23/21](#) entschied:

Die Elternzeit und damit das Kündigungsverbot während der Elternzeit enden, sobald eine der materiellen Voraussetzungen der Elternzeit (§ 15 Abs. 1, 1a BEEG) nachträglich wegfällt. Auf die Zustimmung der Arbeitgeberin kommt es nicht an. § 16 Abs. 3 Satz 1 BEEG, wonach die Elternzeit vorzeitig beendet oder im Rahmen des § 15 Abs. 2 BEEG verlängert werden kann, ist nicht anwendbar. Die Elternzeit endet, wenn eine der Anspruchsvoraussetzungen nachträglich entfällt. Die §§ 15 und 16 BEEG begründen ein Gestaltungsrecht der/des Beschäftigten, bei Einhaltung der Form- und Fristvorschriften Elternzeit in Anspruch zu nehmen und damit eine Freistellung von der vertraglichen Arbeitspflicht zu erwirken, ohne dass es dazu einer Erklärung der Arbeitgeberin bedarf. Das Gestaltungsrecht wird zwar nur einmal vor Beginn der Elternzeit ausgeübt. Seine Rechtswirkungen können aber grds. nur so lange fort dauern, wie seine Voraussetzungen bestehen. Besteht der Zweck der Elternzeit darin, dass sich ein Elternteil der Betreuung und Erziehung des Kindes widmen kann, hat sie auch faktisch S. 300 keine Grundlage mehr, wenn die Betreuung des Kindes – wie im vorliegenden Fall – auf eine andere Person übergeht.

12. LAG: Beginn der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist

Das [LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 3.11.2021 – 10 Sa 7/21](#) entschied:

1. Die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist des § 626 II BGB für eine außerordentliche Kündigung gegenüber einem Arbeitnehmer oder einer Arbeitnehmerin beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und hinreichend vollständige Kenntnis der einschlägigen Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung darüber ermöglicht, ob er dieses konkrete Arbeitsverhältnis fortsetzen soll oder nicht.
 2. Auch im Falle von Compliance-Untersuchungen gegen eine Mehrzahl von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen läuft die jeweilige Kündigungserklärungsfrist individuell und wird grundsätzlich nicht so lange gehemmt, bis die Untersuchungen gegenüber allen potentiell beteiligten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen abgeschlossen sind. (amtl. Leitsätze)
 3. Die Kenntnis einer nicht kündigungsberechtigten Person muss sich der Arbeitgeber für den Fristbeginn zurechnen lassen, wenn diese Person eine herausgehobene Position im Betrieb innehat, und wenn die Verspätung, mit der der Kündigungsberechtigte in eigener Person Kenntnis erlangt hat, auf einer unsachgemäßen Organisation des Betriebs beruht.
- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung des tariflich unkündbaren Klägers. Der Kläger (Vertriebsleiter) war einer von bis zu 89 betroffenen Mitarbeiterinnen und

Mitarbeitern, gegen die im Juli 2018 umfangreiche Compliance-Untersuchungen eingeleitet wurden. Diese Untersuchungen wurden geleitet vom Leiter des „Legal & Compliance Departments“. Im Oktober 2018 wurde zudem eine externe Kanzlei mit weitergehenden Untersuchungen beauftragt. Im Juni 2019 wurden die Untersuchungen unterbrochen und das Compliance-Team verfasste einen Zwischenbericht. Die Kanzlei fertigte bis zum 16.9.2019 ebenfalls einen solchen Bericht. Beide Berichte wurden der Geschäftsführung am 16.9.2019 übergeben. Nach Anhörung des Betriebsrats kündigte die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 27.9.2019 außerordentlich, der Kläger erhob Kündigungsschutzklage. Das ArbG hat der Klage stattgegeben. Das LAG hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und erkannt, dass die Kündigungserklärungsfrist des § 626 II BGB abgelaufen war. Grundsätzlich komme es zwar für den Beginn der zweiwöchigen Frist auf die Kenntnis des kündigungsberechtigten Geschäftsführers der Beklagten an; allerdings müsse sich dieser die Kenntnis des Leiters des Compliance-Teams zurechnen lassen. Dieser habe spätestens im Juni 2019, als er den Zwischenbericht verfasste, hinreichend gesicherte Kenntnis von möglichen Kündigungsgründen gehabt. Der Geschäftsführer habe die Pflicht gehabt, sich regelmäßig über den Stand der Ermittlungen berichten zu lassen, um zeitnah über mögliche arbeitsrechtliche Konsequenzen entscheiden zu können. Dieser habe jedoch die Ermittlungen vollständig aus der Hand gegeben, ohne sich regelmäßig über relevante Zwischenstände informieren zu lassen. Aufgrund dieses Organisationsverschuldens müsse er sich zurechnen lassen, dass der Leiter des Compliance-Teams ihn erst im September 2019, mithin verspätet informierte. Zudem könne auch die Tatsache, dass gegen zuletzt noch 17 verdächtige Mitarbeiter umfangreiche Ermittlungen geführt wurden, nicht dazu führen, dass die Kündigungserklärungsfrist „grenzenlos verschoben“ werde. Die jeweilige Erklärungsfrist beginne individuell für jeden betroffenen Kollegen ab hinreichender Kenntnis von möglichen Kündigungsgründen zu laufen, auch wenn ggf. bezüglich anderer Kolleginnen und Kollegen noch ermittelt werde.

13. LAG: Zustellung einer Kündigung per Einschreiben

Das [LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 18.01.2022 - 1 Sa 159/21](#):

Wird ein Kündigungseinschreiben per Einwurf-Einschreiben übersendet und legt der Absender den Einlieferungsbeleg und die Reproduktion des Auslieferungsbelegs mit der Unterschrift des Zustellers vor, spricht der Beweis des ersten Anscheins für den Zugang des Schreibens beim Empfänger. (amtl. Leitsatz)
Die Parteien stritten in der Sache insbesondere um die Wirksamkeit einer ordentlichen Beendigungskündigung zum 30.11.2020. Die Beklagte hatte das Arbeitsverhältnis durch Schreiben vom 29.10.2020 ordentlich gekündigt und die Kündigung als Einwurf-Einschreiben bei der Post aufgegeben. Am 29.10.2020 bestätigte ein Postmitarbeiter mit seiner Unterschrift diese Sendung „dem Empfangsberechtigten übergeben bzw. das Einschreiben-Einwurf in die Empfangsvorrichtung des Empfängers eingelegt“ zu haben. Der Kläger wohnte in einem Mehrfamilienhaus mit 10 Stockwerken und ca. 80 Briefkästen. Er hatte behauptet, keine Kündigung erhalten zu haben. Die Beklagte hat vorgetragen, sie habe den Auslieferungsbeleg des Zustellers vorgelegt, so dass davon ausgegangen werden müsse, dass der Kläger die Kündigung in seinem Briefkasten vorgefunden habe.
Das ArbG gab der Kündigungsschutzklage statt, weil die Beklagte den Zugang des Kündigungsschreibens nicht bewiesen habe. Der Auslieferungsbeleg eines Einwurf-Einschreibens liefere keinen Beweis des

ersten Anscheins für den Zugang dieses Schreibens. Hiergegen richtete sich die Berufung der Beklagten vor dem LAG Schleswig-Holstein.

Das LAG hat die Entscheidung insoweit aufgehoben und die Kündigungsschutzklage abgewiesen. Der Versand einer Kündigungserklärung per Einwurf-Einschreiben begründe dann einen Anscheinsbeweis für deren Zustellung beim Empfänger, wenn der Absender sowohl den Einlieferungsbeleg mit der Sendungsnummer als auch die Reproduktion des Auslieferungsbelegs mit derselben Sendungsnummer und der Unterschrift des Zustellers im Prozess vorlege. Beim Einwurf-Einschreiben werde die Zustellung für den Postzusteller aus der routinemäßigen Zustellung herausgenommen, indem der Zusteller das sog. „Peel-off-Label“ (Abziehetikett), das zur Identifizierung der Sendung dient, von dieser abziehe und es auf den so vorbereiteten, auf die eingeworfene Sendung bezogenen Auslieferungsbeleg klebe. Anschließend bestätige er auf diesem Beleg mit seiner Unterschrift und der Datumsangabe die Zustellung. Bei dieser Vorgehensweise seien fehlerhafte Zustellungen zwar nicht naturgesetzlich ausgeschlossen, aber – auch in großen Mehrfamilienhäusern – nach der Lebenserfahrung so unwahrscheinlich, dass die Annahme eines Anscheinsbeweises gerechtfertigt sei. Die Kammer begründet diese Auffassung auch damit, dass es sich bei dem Postbediensteten um eine berufsmäßig mit der Zustellung beauftragten Person handele, die entsprechende Erfahrung aufweise. Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen spreche ein Anscheinsbeweis für ein ordnungsgemäßes Einwerfen in den richtigen Briefkasten. Mangels substantiierten Sachvortrags der Gegenseite sei dieser auch nicht erschüttert worden, so dass die Kündigung gem. §§ 4 S. 1, 7 KSchG als rechtswirksam gelte.

14. LAG: Absender einer E-Mail trifft volle Beweislast für deren Zugang

Den Absender einer E-Mail trifft gemäß § 130 BGB die volle Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die E-Mail dem Empfänger zugegangen ist. Ihm kommt nach einem [Urteil des LAG Köln vom 11.1.2022 \(4 Sa 315/21\)](#) keine Beweiserleichterung zugute, wenn er nach dem Versenden keine Meldung über die Unzustellbarkeit der E-Mail erhält.

In dem Rechtsstreit stritten die Parteien um die Verpflichtung des Klägers, ein ihm zur Finanzierung einer Fortbildung gewährtes Darlehen an die Beklagte zurückzuzahlen. In dem Darlehensvertrag war geregelt, dass die Beklagte auf die Rückzahlung des Darlehens verzichtet, wenn sie aus betrieblichen Gründen dem Kläger nicht innerhalb von fünf Jahren nach Beendigung der Fortbildung die Übernahme in ein Arbeitsverhältnis anbietet. Ob der Kläger eine E-Mail der Beklagten mit einem Beschäftigungsangebot als Anlage am letzten Tag der Frist erhalten hat, war streitig. Die Beklagte verwies auf ihr Postausgangs- und Posteingangskonto, wonach die E-Mail verschickt worden sei und sie daraufhin keine Meldung der Unzustellbarkeit bekommen habe. Laut Kläger ging eine solche E-Mail erst drei Tage später bei ihm ein. In dem hieraufhin vereinbarten Arbeitsverhältnis begann die Beklagte, vom Gehalt des Klägers monatlich jeweils 500 Euro als Darlehensrückzahlung einzubehalten. Sie war der Ansicht, dass dem Kläger rechtzeitig ein Arbeitsplatz aufgrund der E-Mail angeboten worden sei. Die Bedingung für den Verzicht auf die Rückzahlung sei nicht eingetreten. Sie könne sich hinsichtlich des fristgerechten Zugangs der E-Mail auf den Beweis des ersten Anscheins berufen.

Das Arbeitsgericht hatte der Lohnzahlungsklage in erster Instanz stattgegeben. Die hiergegen eingelegte Berufung der Beklagten hat das LAG nun zurückgewiesen. Der Zugang einer E-Mail sei vom Versender darzulegen und zu beweisen. Die Absendung der E-Mail begründe keinen Anscheinsbeweis für den

Zugang beim Empfänger. Ob nach dem Versenden einer E-Mail die Nachricht auf dem Empfängerserver eingeht, sei nicht gewiss. Wie auch bei einfacher Post sei es technisch möglich, dass die Nachricht nicht ankommt. Dieses Risiko könne nicht dem Empfänger aufgebürdet werden. Denn der Versender wähle die Art der Übermittlung der Willenserklärung und trage damit das Risiko, dass die Nachricht nicht ankommt. Um sicherzustellen, dass eine E-Mail den Adressaten erreicht hat, habe der Versender über die Optionsverwaltung eines E-Mail-Programms die Möglichkeit, eine Lesebestätigung anzufordern.

15. LAG: Gesamtzusage sticht Erledigungsklausel

Fällt ein Arbeitnehmer in den durch eine Gesamtzusage begünstigten Adressatenkreis, kann er die dort zugesagte Leistung auch dann beanspruchen, wenn mit ihm zuvor ein Aufhebungsvertrag mit Erledigungsklausel geschlossen wurde. Die Gesamtzusage ist nur nach vom Einzelfall unabhängigen Kriterien auszulegen. Auf den subjektiven Empfängerhorizont des einzelnen Arbeitnehmers wegen nur ihn betreffender Umstände kommt es insoweit nicht an. (amtl. Leitsatz des [LAG Hessen zum Urteil vom 25.6.2021 – 14 Sa 1403](#))

Die Arbeitsvertragsparteien streiten über die Zahlung einer Sonderprämie i. H. v. 1000 EUR brutto. Das Arbeitsverhältnis bestand seit Juli 2006. Zuletzt war der Kläger als Verkaufsberater tätig. Im Dezember 2019 schlossen die Parteien einen Aufhebungsvertrag. Danach endete das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des Mai 2020. Bis zur rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses war der Kläger bezahlt freigestellt, zugleich sollte das Arbeitsverhältnis bis zum Beendigungszeitpunkt ordnungsgemäß abgewickelt und der sich hieraus jeweils ergebende Nettobetrag ausgezahlt werden. Auch enthielt der Aufhebungsvertrag eine von der Beklagten formulierte Erledigungsklausel, die auszugsweise lautete: „Zugleich sind mit Erfüllung der Verpflichtungen aus dieser Vereinbarung alle wechselseitigen Ansprüche der Vertragsparteien – bekannt oder unbekannt – endgültig erledigt.“

Im Februar 2020 kündigte die Beklagte mittels eines Informationsschreibens sowie im Rahmen einer betrieblichen Jahresauftaktveranstaltung gegenüber allen Arbeitnehmern an, als Dank für das abgelaufene Geschäfts- und Kalenderjahr eine Prämie von 1000 EUR brutto zu zahlen. Ausgenommen von der Prämienzahlung waren nur Arbeitnehmer, die sich zum Auszahlungszeitpunkt in einem gekündigten Arbeitsverhältnis befanden. Im März 2020 zahlte die Beklagte die Sonderprämie für das Jahr 2019 an die Beschäftigten aus; eine Zahlung der Prämie an den Kläger erfolgte nicht.

Das ArbG hat der Klage stattgegeben. Die beklagte Arbeitgeberin hat gegen dieses Urteil Berufung eingelegt.

Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus der Sicht des LAG steht dem Kläger gegen die Beklagte ein Anspruch auf Zahlung einer Sonderprämie aufgrund der von der Beklagten im Februar 2020 erteilten Gesamtzusage zu.

Gesamtzusagen seien als typisierte Willenserklärungen nach objektiven, vom Einzelfall unabhängigen Kriterien auszulegen. Wolle ein Arbeitgeber den Adressatenkreis für das Leistungsangebot beschränken, müsse er dies im Rahmen der Gesamtzusage tun. Ein Arbeitnehmer erwerbe dann einen einzelvertraglichen Anspruch auf die in der Gesamtzusage versprochene Leistung, wenn er die genannten Anspruchsvoraussetzungen erfülle. Im hiesigen Fall sei der Kläger, dessen Arbeitsverhältnis nicht durch eine Kündigung, sondern durch einen Aufhebungsvertrag geendet habe, nicht aus dem Adressatenkreis ausgenommen worden. Durch die Erledigungsklausel im Aufhebungsvertrag könne der aus der

Gesamtzusage entstandene Anspruch auf die Sonderprämie nicht beseitigt werden. Zwar seien Ausgleichsklauseln, nach denen wie vorliegend bekannte und unbekannt wechselseitige Ansprüche erledigt sein sollen, regelmäßig als umfassender Ausschluss zu verstehen. Von Ausgleichsklauseln in Aufhebungsvereinbarungen, die vor dem im Aufhebungsvertrag geregelten Beendigungszeitpunkt vereinbart werden, seien aber solche Forderungen, die im fortbestehenden Arbeitsverhältnis zeitlich nach Vereinbarung der Ausgleichsklausel entstehen, regelmäßig nicht erfasst. Anderes gelte nur, wenn sich hierfür aus der vertraglichen Vereinbarung der Parteien deutliche Anhaltspunkte ergeben. Dies sei vorliegend aber nicht der Fall. Denn die Vereinbarung sehe etwa vor, dass das Anstellungsverhältnis bis zur rechtlichen Beendigung nach Maßgabe der Bestimmungen der getroffenen Vereinbarung ordnungsgemäß abzuwickeln sei. Zukünftige Ansprüche, die nach Abschluss des Aufhebungsvertrages entstehen, seien in der Folge von der Erledigungsklausel nicht umfasst.

16. LAG: Anspruch eines Betriebsrates auf Zurverfügungstellung von dienstlichen E-Mail-Adressen der Beschäftigten

1. Der Betriebsrat hat im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens einen Anspruch auf die zur Zurverfügungstellung der dienstlichen Emailadressen der Beschäftigten. Der Anspruch besteht auch noch nach einer erfolgreichen, aber noch nicht rechtskräftigen Wahlanfechtung und insbesondere im Hinblick auf eine bevorstehende Betriebsratswahl.

2. Der Betriebsrat hat im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens keinen Anspruch die generelle Duldung von Dienstreisen von Betriebsratsmitgliedern zu Standorten der Arbeitgeberin. (amtl. Leitsätze des [LAG Köln, Beschluss vom 12.10.2021 - 4 TaBVGa 10/21](#))

Nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG (ebenso § 34 Abs. 1 S.1 MVG-EKD) hat der Arbeitgeber den Betriebsrat zur Durchführung seiner Aufgaben rechtzeitig und umfassend zu unterrichten, sowie auf dessen Verlangen Einsicht in die erforderlichen Unterlagen zu gewähren. Hieraus folgt ein entsprechender Anspruch des Betriebsrats, soweit die begehrte Information zur Aufgabenwahrnehmung erforderlich ist.

Anspruchsvoraussetzung ist damit zum einen, dass überhaupt eine Aufgabe des Betriebsrats gegeben ist und zum anderen, dass im Einzelfall die begehrte Information zur Wahrnehmung der Aufgabe erforderlich ist. Dies hat der Betriebsrat darzulegen. Erst anhand dieser Angaben können der Arbeitgeber und im Streitfall das Arbeitsgericht prüfen, ob die Voraussetzungen einer Auskunftspflicht oder ggf. ein Einsichtsrecht vorliegen. Ein Auskunftsanspruch besteht weiterhin nicht erst dann und nicht nur insoweit, als Beteiligungsrechte aktuell sind. Dem Betriebsrat soll es durch die Auskunft ermöglicht werden, in eigener Verantwortung zu prüfen, ob sich Aufgaben im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes ergeben und ob er zur Wahrnehmung dieser Aufgaben tätig werden muss (BAG, Beschluss vom 24. April 2018 - [1 ABR 6/16](#)).

17. LAG: Pfändbarkeit von Corona-Prämien

Corona-Prämien, die einem Arbeitnehmer in der Gastronomie vom Arbeitgeber zusätzlich zum geschuldeten Arbeitslohn gezahlt werden, können aufgrund ihrer Zweckbestimmung auch unter Berücksichtigung der Gläubigerinteressen als unpfändbare Erschwerniszuschläge gem. § 850 a Nr. 3 ZPO qualifiziert werden. (amtl. Leitsatz [LAG Niedersachsen, Urteil vom 25.11.2021 – 6 Sa 216/21](#))

K ist seit 2015 Insolvenzverwalterin über das Vermögen von Arbeitnehmer M. Dieser war bei Arbeitgeber B befristet in dem Zeitraum vom 1.7. bis 31.12.2020 als Küchenhilfe beschäftigt. Im September 2020 zahlte B an M neben dem Festlohn von 1.350 EUR brutto und Sonntagszuschlägen von 66,80 EUR brutto eine Corona-Unterstützung i. H. v. 400 EUR. Ausgehend von einem pfändungsrelevanten Nettoverdienst im September 2020 (Festlohn zzgl. Corona-Unterstützung ohne Sonntagszuschläge) i. H. v. 1.440,47 EUR netto errechnet K einen pfändbaren Betrag i. H. v. 182,90 EUR netto. Mit Schreiben vom 22.10.2020 fordert sie B auf, diesen Betrag bis spätestens zum 5.11.2020 an sie abzuführen. Das lehnt B mit der Begründung ab, die Corona-Sonderzahlung sei unpfändbar. Daher erhebt K Klage. Das ArbG weist diese ab. Dagegen richtet sich die Berufung der K.

Ohne Erfolg! Gem. § 36 I 2 InsO gehörten unpfändbare Forderungen nicht zur Insolvenzmasse. Unpfändbar seien entsprechend § 850 a Nr. 3 ZPO Aufwandsentschädigungen, Auslösungsgelder und sonstige soziale Zulagen für auswärtige Beschäftigungen, das Entgelt für selbstgestelltes Arbeitsmaterial, Gefahrenzulagen sowie Schmutz- und Erschwerniszulagen, soweit diese Bezüge den Rahmen des Üblichen nicht übersteigen. Der M im September gewährte Sonntagszuschlag i. H. v. 66,80 EUR sei danach dem Zugriff der K entzogen gewesen. Dies gelte aber auch für die im September 2020 gezahlte Corona-Prämie i. H. v. 400 EUR. Diese folge zwar nicht aus § 150 a VIII 4 SGB IX. Danach sei allein eine obligatorische Corona-Prämie für bestimmte Pflegekräfte unpfändbar. § 150 a VIII 4 SGB IX erfasse also keine freiwilligen Corona-Prämie in anderen Berufsbereichen. Eine freiwilligen Corona-Prämie sei aber als eine Erschwerniszulage i. S. v. § 850 a Nr. 3 ZPO anzusehen. Denn der Begriff der Erschwernis in § 850 a Nr. 3 ZPO erfasse eine besondere Belastung bei der Arbeitsleistung Dazu gehörten u. a. die Umstände, die für die Gesundheit des Arbeitnehmers nachteilig seien und Maßnahmen zum Schutz und zur Sicherheit des Arbeitnehmers erforderten. Die Tätigkeit des M im gastronomischen Betrieb des B im September 2020 sei für diesen aber mit besonderen Belastungen und gesundheitlichen Risiken verbunden gewesen. Diese habe B über die Corona-Prämie kompensieren wollen. Zur Bestimmung, was üblich sei, könne man aus Gründen der Praktikabilität an die gesetzgeberische Wertung in § 3 Nr. 11 a EStG anknüpfen. Dessen Grenze von 1.500 EUR überschreite die an M gezahlte Corona-Beihilfe nicht.

Es geht um die Frage, ob Corona-Prämien als unpfändbare Erschwerniszuschläge gem. § 850 a Nr. 3 ZPO qualifiziert werden können. Dazu muss man den Begriff „Erschwerniszuschlag“ auslegen. Er ist nicht eindeutig, lässt es aber zu, das Tragen von Masken, das „Abstandhalten“, regelmäßige Testungen, die psychischen Belastungen sowie Gefährdungen durch die COVID-19-Pandemie als eine „Erschwernis“ anzusehen. Sinn und Zweck des § 850 a Nr. 3 ZPO sprechen nicht dagegen. Es liegt mithin nahe, Corona-Prämien allgemein als einen „Erschwerniszuschlag“ zu qualifizieren, jedenfalls aber dann, wenn das Berufsbild des Arbeitnehmers mit einer erhöhten gesundheitlichen Gefährdung während einer Pandemie verbunden ist, so z. B. bei Arzthelferinnen, Mitarbeitenden des ÖPNV oder Mitarbeitenden in der Gastronomie. Den Gläubigerinteressen ist durch die Deckelung auf 1.500 EUR ausreichend Rechnung getragen.

Gegen diese Entscheidung ist die Revision anhängig, Az. 8 AZR 14/22.

18. ArbGer: Hauswirtschaftlerin hat keinen Anspruch auf TVÖD-Erschwerniszulage für Tragen von FFP-2-Maske

Ein [Urteil des Arbeitsgerichts Karlsruhe vom 8.12.2021 \(Az.: 9 Ca 238/21\)](#) ist deshalb interessant, weil die Vorschrift des § 19 Abs. 1 und 2 TVöD die Voraussetzungen für den Anspruch auf eine Erschwerniszulage inhaltsgleich mit Teil C Anlage 6 § 2 TV DN regelt.

Eine hauswirtschaftliche Helferin in einem Klinikum, deren Arbeitsverhältnis dem TVöD unterfällt, kann keine Erschwerniszulage dafür verlangen, dass sie bei der Arbeit eine FFP-2-Maske trägt. Das hat das Arbeitsgericht Karlsruhe entschieden. Allein das Tragen dieser Form einer Mund-Nase-Bedeckung sei "keine außergewöhnliche Erschwernis im Sinne von § 19 Abs. 1 Satz 1 TVöD", hieß es u.a. zur Begründung.

Die spätere Klägerin hatte sich im Februar 2021 an ihren Arbeitgeber gewandt und erfolglos eine Zulage für das Tragen einer FFP-2-Maske gefordert. Auch als ihr Anwalt die Firma im März und April anschrieb, lehnte diese entsprechende Zahlungen ab. Daraufhin ging die Frau vor Gericht – und unterlag.

Wie es in der Urteilsbegründung u.a. heißt, setze die im TVöD vorgesehene Zahlung einer Zulage für außergewöhnliche Erschwernisse voraus, dass es sich um "Arbeiten mit besonderer Gefährdung, mit extremer, nicht klimabedingter Hitzeeinwirkung, mit besonders starker Schmutz- oder Staubbelastung oder mit besonders starker Strahlenexposition" handele.

Demgegenüber bestehe kein Anspruch, "wenn der außergewöhnlichen Erschwernis durch geeignete Vorkehrungen, insbesondere zum Arbeitsschutz, Rechnung getragen wird". Das aber sei hier der Fall. Zwar sei der Arbeitnehmerin zuzugestehen, dass das Arbeiten mit Maske belastend ist, "weil man durch das Tragen einer FFP2-Maske weniger Luft bekommt, die man vermehrt bei hauswirtschaftlichen Arbeiten benötigt". Eine besondere Gefährdung "durch das Tragen einer FFP2-Maske bei Reinigungsarbeiten ist allerdings weder erkennbar noch von der Klägerin konkret aufgezeigt", so das Gericht.

Vielmehr werde einer Infektionsgefahr gerade "durch das Tragen einer FFP2-Maske begegnet, die insoweit eine Schutzvorkehrung im Sinne von § 19 Abs. 3 TVöD ist, sodass dafür kein Zuschlag nach § 19 Abs. 1 TVöD zu zahlen ist".

Gegen die Entscheidung wurde Berufung eingelegt unter dem Az. 12 Sa 91/21.

19. Start der elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (eAU) auf 2023 verschoben

Ab dem 1. Januar 2022 startete die Pilotierung des Abrufs der Arbeitgeber der elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung von den Krankenkassen. Mit dem offiziellen Start am 1. Juli sollte der „gelbe Schein“ Geschichte sein. Am 18. Februar hat der Deutsche Bundestag in 2./3. Lesung die Verlängerung der Pilotphase und damit den Start frühestens am 1. Januar 2023 beschlossen. Die Einführung habe sich "Corona-bedingt verzögert", heißt es im Gesetzentwurf "zur Verlängerung von Sonderregelungen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie beim Kurzarbeitergeld und anderer Leistungen" des Bundesarbeitsministeriums. Um sicherzustellen, dass das Abrufverfahren durch die Arbeitgeber, das auf die Meldungen durch die Ärzte an die Krankenkassen angewiesen ist, reibungslos erprobt werden kann, ohne dass technische Probleme und arbeitsrechtliche negative Auswirkungen für die Arbeitnehmer haben, soll die Pilotphase bis zum 31. Dezember 2022 verlängert werden.

Bis zum neuen Starttermin der obligatorischen eAU gilt nun weiterhin der "gelbe Zettel" auf Papier als Nachweis der Arbeitsunfähigkeit.

Alle wichtigen Fragen und Antworten für Arbeitgeber zur elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (eAU) erhalten Sie als **Anlage1**. Als **Anlage 2** übersende ich ein Erläuterungsschema zur Einführung der eAU.

20. Arbeitsbefreiung für die Ausübung eines kommunalpolitischen Mandats

[§ 54 Abs. 2 NKomVG](#) ist mit Wirkung zum 01.11.2021 geändert worden. Eine in den Sätzen 5 und 6 getroffene Neuregelung beinhaltet nach ihrem Wortlaut nunmehr einen gegenüber dem bisherigen Recht neuen Anspruch § 54 Abs. 2 Satz 5 Sätze 5 und 6 NKomVG n.F.:

„⁵Abgeordnete, die innerhalb eines vorgegebenen Arbeitszeitrahmens Beginn und Ende ihrer täglichen Arbeitszeit selbst bestimmen können, haben einen Anspruch auf Verringerung ihrer regelmäßigen Arbeitszeit für die Zeit, in der sie an

- 1. einer Sitzung der Vertretung, des Hauptausschusses, eines Ausschusses, ihrer Fraktion oder Gruppe,*
- 2. einer Sitzung eines Organs oder Gremiums einer juristischen Person oder Vereinigung des öffentlichen oder privaten Rechts, in das sie von der Kommune gewählt, entsandt oder in sonstiger Form bestellt worden sind, oder*
- 3. einer Veranstaltung, für die die Vertretung die Teilnahme beschlossen hat oder zu der die Hauptverwaltungsbeamtin oder der Hauptverwaltungsbeamte die Abgeordneten eingeladen hat, teilnehmen, soweit kein Anspruch auf Gewährung freier Zeit nach Satz 4 besteht und die Teilnahme in ihrem Arbeitszeitrahmen liegt.*

⁶Der Anspruch nach Satz 5 besteht nur, soweit die Summe aus der am Tag der Teilnahme geleisteten Arbeitszeit, der nach Satz 4 zu gewährenden Freistellungszeit und der nach Satz 5 zu berücksichtigenden Teilnahmezeit ein Fünftel der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit der oder des Abgeordneten nicht überschreitet.“

Während nach der alten Fassung des § 54 NKomVG die in die Gleitzeit fallende Mandatstätigkeit anderweitig nachzuarbeiten war, ist dies zukünftig in den von § 54 Abs. 2 Satz 5 und 6 NKomVG erfassten Fällen infolge der Reduzierung der Sollarbeitszeit nicht mehr der Fall. Ein Anspruch auf Freistellung von der Arbeit unter Fortzahlung der Vergütung für die Ausübung eines kommunalpolitischen Mandats besteht weiterhin nicht.

21. Aktualisierter Praxisleitfaden: Freiwilliger Wehrdienst und Bundesfreiwilligendienst

Die BDA hat einige Detailänderungen der Gesetze, die den freiwilligen Wehrdienst und den Bundesfreiwilligendienst betreffen zum Anlass genommen, ihren Praxisleitfaden "Freiwilliger Wehrdienst und Bundesfreiwilligendienst" zu aktualisieren.

So ist beispielsweise das Benachteiligungsverbot nicht mehr in § 6 Abs. 1, sondern (inhaltlich unverändert) in § 5 ArbPISchG geregelt. § 14 a Abs. 3 ArbPISchG zur Altersvorsorge wurde um einen Satz 2 ergänzt mit einer Definition von betrieblichen und überbetrieblicher Alters- und Hinterbliebenenversorgungen.

Gemäß dem neu eingefügten § 1 Abs. 6 ArbPISchG erstattet der Bund dem Arbeitgeber auf Antrag die zusätzlichen Kosten für die Einstellung einer Ersatzkraft auf Grund einer Wehrübung. Als **Anlage 3** erhalten Sie den aktualisierten Leitfadens „Freiwilliger Wehrdienst und Bundesfreiwilligendienst“.

22. Pflegefamilien und Erziehungsstellen– angestellt oder selbstständig?

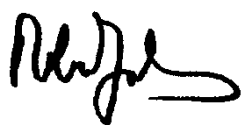
Unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung erörtert die Verfasserin RAin Melanie van Luijn in diesem in NZA-RR 2022, 8-13 veröffentlichtem Beitrag die Ausgestaltung von Arbeitsverhältnissen von professionellen Pflegefamilien. Sie erhalten den Beitrag im Anhang als **Anlage 4**. Meist werden Verträge für Betreuungsaufgaben von Pflegekindern zwischen den Trägern der Jugendhilfe und den Erziehungsstellen geschlossen. Mithilfe des klassischen Arbeitnehmerbegriffs wird geprüft, ob diese Verträge als klassische Arbeitsverträge mit Schutzpflichten oder als freie Dienstverhältnisse einzuordnen sind und welche Abgrenzungskriterien dafür heranzuziehen sind.

23. Rechtsfragen rund um die „Bildschirmbrille“

Tätigkeiten an Bildschirmgeräten gehören mittlerweile zum Arbeitsalltag und prägen das Berufsleben der meisten Beschäftigten. Kaum ein Arbeitsplatz kommt noch gänzlich ohne Bildschirmarbeit aus. Die europarechtliche Einordnung von Bildschirmtätigkeiten bedingen auch, dass Beschäftigte unter gewissen Voraussetzungen einen Rechtsanspruch auf eine Bildschirmbrille haben. Der als **Anlage 5** beigefügte Beitrag von Patrick Aligbe, LL. M. aus ArbRAktuell 2022, 7, erläutert die wesentlichen Rahmenbedingungen.

Ich verabschiede mich mit den besten Wünschen für bleibende Gesundheit in einem hoffentlich schönen und für uns friedlich verlaufenden Frühjahr.

Mit freundlichen Grüßen



Robert Johns
Geschäftsführer