

Diakonisches Werk evangelischer Kirchen in Niedersachsen •  
Ebhardtstraße 3 A • 30159 Hannover

Bereich 5

Heike Wiglinghoff  
Telefon: +49 511 36 04 - 400  
Telefax: +49 511 36 04 - 44403  
heike.wiglinghoff  
@diakonie-nds.de

Justitiariat

Rechtsanwalt  
Ralf Witte  
Telefon: +49 511 36 04 - 230  
Telefax: +49 511 36 04 - 296  
ralf.witte  
@diakonie-nds.de

Hannover, 16. März 2016

**DIAKONIE-IUS Nr. 1/2016**

Sehr geehrte Damen und Herren,

in der ersten Ausgabe 2016 des DIAKONIE-IUS haben wir wieder interessante Themen aus dem Bereich „Recht und Betriebswirtschaft“ zusammengestellt.

**PSG II – Was haben Einrichtungen schon ab dem 01.01.16 zu beachten?** Dieses Thema wird uns weiterhin begleiten. In Artikel 1 möchten wir, ergänzend zu den bereits stattgefundenen fachlichen Veranstaltungen im DWiN und im Vorgriff auf unseren Fachtag (sh. Ankündigung), aktuelle Informationen geben.

Das Thema „Flüchtlinge“ greifen wir in zwei Artikeln aus den Bereichen Jugendhilferecht und Ausländerrecht auf.

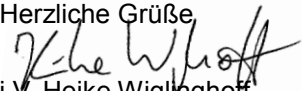
Weitere Informationen zu aktueller Rechtsprechung sowie eine Auswahl an Informationen aus den Gebieten Steuerrecht, Gemeinnützigkeitsrecht, Arbeitsrecht und Vereinsrecht runden diesen Newsletter ab. Insbesondere das Thema Datenschutz haben wir in den Artikeln 6 und 7 dargestellt.

Wir möchten Sie darauf hinweisen, dass wir am **14.06.2016** einen Fachtag mit dem Schwerpunktthema PSG II – Aktuelles zu Pflegesatzverhandlungen – sowie weiteren Themen veranstalten. Bitte notieren Sie diesen Termin. Eine gesonderte Einladung mit Agenda wird Ihnen zeitnah zugehen.

Für Rückfragen zu den Veranstaltungen bzw. Zusendung der Einladungsflyer steht Ihnen Frau Wemmer Tel. 05 11 / 36 04 403 gerne zur Verfügung.

Wir wünschen Ihnen eine anregende Lektüre.

Herzliche Grüße

  
i.V. Heike Wiglinghoff  
Bereichsleitung

Diakonisches Werk  
evangelischer Kirchen  
in Niedersachsen e.V.  
Ebhardtstraße 3 A  
30159 Hannover

Telefon +49 511 36 04 - 0  
Telefax +49 511 36 04 - 100  
geschaeftsstelle  
@diakonie-nds.de  
www.diakonie-  
niedersachsen.de

Gesetzliche Vertreter  
Vorstand:  
Dr. Christoph Künkel  
Dr. Susanne Schott-Lemmer  
Cornelius Hahn

Geschäftskonten:  
Evangelische Bank eG  
IBAN  
DE83 5206 0410 0000 6000 08  
BIC GENODEF1EK1

Spenden DIAKONIEHilfe:  
Evangelische Bank eG  
IBAN  
DE80 5206 0410 0000 0009 90  
BIC GENODEF1EK1

Spenden Brot für die Welt:  
Bank für Kirche und Diakonie  
IBAN  
DE10 1006 1006 0500 5005 00  
BIC GENODED1KDB

Steuernummer:  
25/206/27306

Vereinsregister-Nr.:  
82VR2906

# Newsletter Recht und Betriebswirtschaft

**Diakonie**   
in Niedersachsen

Diakonisches Werk  
evangelischer Kirchen  
in Niedersachsen e.V.  
Ebhardtstr. 3 A  
30159 Hannover

Tel. +49 511 3604-0  
Fax +49 511 3604-100  
info@diakonie-nds.de  
www.diakonie-in-  
niedersachsen.de

Ausgabe Nr. 1/2016

Rechtsinfodienst DIAKONIE-IUS +  
Betriebswirtschaft

## Bereich 5

Heike Wiglinghoff  
Telefon: +49 511 36 04 - 400  
Telefax: +49 511 36 04 - 44403  
heike.wiglinghoff  
@diakonie-nds.de







## Justitiariat

Ralf Witte  
Tel. +49 511 3604-230  
Fax +49 511 3604-296  
ralf.witte  
@diakonie-nds.de

## Inhaltsverzeichnis

Nr.	Titel	Autor	Seite
1.	<b>PSG II – Was haben Einrichtungen schon ab dem 01.01.16 zu beachten?</b>	<b>Ga</b>	<b>1</b>
2.	<b>Vertretung und Verteilung unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge</b>	<b>Wi</b>	<b>3</b>
3.	Möglichkeiten der Beschäftigung von Flüchtlingen	Ga	5
4.	Schadensersatz wegen Nichtgewährung von Urlaub einer 450 € Kraft	Kr	7
5.	Hinweis auf Datenerhebung gehört zum ordnungsgemäßen Angebot auf Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM)	Sc	9
6.	Meldepflicht von Verfahren automatisierter Verarbeitungen	Ni	12
7.	Verordnung zur Sicherheit der Informationstechnik (IT-Sicherheitsverordnung)	Ni	14
8.	Änderung des Anwendungserlasses zur Abgabenordnung/Verrechnungsmöglichkeiten zwischen Zweckbetrieben sind deutlich reduziert	Wi	16
9.	Achtung: Kapitalausstattung von Tochtergesellschaften kann gemeinnützigkeitsrechtlich bedenklich sein!	Ga	18
10.	Wie wird ein nicht-rechtsfähiger Verein zum e. V.?	Wi	19
11.	Nachgefragt: Einladung zur Mitgliederversammlung eines Vereins per E-Mail	Ga	20

### Mitgewirkt haben an dieser Ausgabe:

Frank Garlich	(Ga)		0511/3604-240/Fax: -44240	frank.garlich@diakonie-nds.de
Gerhard Krause	(Kr)		0511/3604-213/Fax: -44212	gerhard.krause@diakonie-nds.de
Ulrike Nickolaus	(Ni)		0511/3604-261/Fax: -44261	ulrike.nickolaus@diakonie-nds.de
Silke Schrader	(SC)		0511/3604-211/Fax: -44212	silke.schrader@diakonie-nds.de
Ralf Witte	(Wi)		0511/3604-230/Fax: -296	ralf.witte@diakonie-nds.de
Redaktionsbearbeitung				
Ina Wemmer			0511/3604-403/Fax: -44403	ina.wemmer@diakonie-nds.de

**Bei Rückfragen zu den jeweiligen Themen sind die Autoren gern Ihre Ansprechpartner**



## PSG II – Was haben Einrichtungen schon ab dem 01.01.16 zu beachten?

Teile des PSG II treten schon zum 01.01.2016 in Kraft. Nachfolgend erfolgt eine kurze Darstellung, von welchen Regelungen Einrichtungen schon ab diesem Zeitpunkt betroffen sind.

- Leistungsregelungen:** Bisher wurde das **anteilige Pflegegeld** nur jeweils bis zu vier Wochen pro Jahr zur Hälfte in der Höhe weiterbezahlt, in der schon vor Beginn der Kurzzeit- oder Verhinderungspflege geleistet wurde (auch bei verlängerter Kurzzeit- oder Verhinderungspflege!). Es erfolgt nun eine Verlängerung der hälftigen Weiterzahlung des Pflegegeldes bei der verlängerten Kurzzeitpflege auf bis zu 8 Wochen bzw. bei der verlängerten Verhinderungspflege auf bis zu 6 Wochen (siehe § 37 Absatz 2 Satz 2 SGB XI).
- Verfahrensregelungen:** Die Prüfung, ob eine erheblich eingeschränkte Alltagskompetenz nach § 45a SGB XI vorliegt, wird nun auch **in stationären Einrichtungen** vorgenommen (siehe § 18 Absatz 1 SGB XI).
- Bisher war dem Antragsteller spätestens fünf Wochen nach Eingang seines Antrags bei der zuständigen Pflegekasse die Entscheidung der Pflegekasse schriftlich mitzuteilen. **Diese Wochenfrist wird nun durch Arbeitstage ersetzt**, also: 25 Arbeitstage statt 5 Wochen (siehe § 18 Absatz 3, 3a, 3b SGB XI).
- Die **Feststellungen zur medizinischen Rehabilitation** sind auf der Grundlage eines bundeseinheitlichen strukturierten Verfahrens zu ermitteln (siehe § 18 Absatz 6 Satz 3 SGB XI).
- Pflegeberatung:** Dem Anspruchsberechtigten soll durch die Pflegekasse vor der erstmaligen Beratung **ein zuständiger Pflegeberater oder eine sonstige Beratungsstelle benannt** werden (siehe § 7a SGB XI).
- Die Pflegeberatung kann nun auf Wunsch **auch gegenüber Angehörigen** (insbesondere auch über Leistungen zur Entlastung von Pflegepersonen) sowie **in der häuslichen Umgebung** in Anspruch genommen werden (siehe § 7a SGB XI).
- Die Pflegekasse hat dem Versicherten **spätestens 14 Tage** nach der Erstantragsstellung eine Beratung anzubieten oder einen Beratungsgutschein auszustellen (siehe § 7b SGB XI).
- Die **14-Tage-Frist** ist nun **nicht nur bei Erstanträgen** wie bisher, sondern u. a. auch bei späteren Anträgen auf Leistungen oder bei Anträgen, die auf ein Neueinstufungsverfahren oder den Leistungswechsel abstellen, einzuhalten (siehe § 7b SGB XI).
- Die Regelungen zur **Anschubfinanzierung von Pflegestützpunkten** sind ausgelaufen und werden gestrichen.
- Prüfungen:** Eine **Wiederholungsprüfung** kann grundsätzlich **nur noch von den Landesverbänden der Pflegekassen** veranlasst werden. Sie erfolgt nicht auf



Kosten der Pflegeeinrichtung (siehe § 114 Absatz 5 SGB XI).

**Anlassprüfungen** sollen nun auch bei ambulanten Pflegediensten **unangemeldet** erfolgen (siehe § 114a Absatz 1 Satz 3 SGB XI).

Die **Einholung der Einwilligung** des Pflegebedürftigen bei der Qualitätsprüfung kann ausnahmsweise **auch mündlich** erfolgen, wenn eine Einwilligung in Textform nicht möglich ist (siehe § 114a Absatz 3a SGB XI).

Fazit

**Bestimmte Regelungen des PSG II, die auch Einrichtungen betreffen, treten schon zum 01.01.2016 in Kraft.**



## Vertretung und Verteilung unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge

### Unbegleitete jugendliche Flüchtlinge werden in Obhut genommen

**Unbegleitet eingereiste minderjährige Flüchtlinge** nimmt das Jugendamt in seine Obhut, wenn sich kein Personensorgeberechtigter oder Erziehungsberechtigter im Inland aufhält. Das war bisher auf § 42 Abs.1 Nr.3 SGB VIII gestützt. Es handelt sich um eine Schutzmaßnahme i. S. v. Art. 9 des Haager MSA.

### Das UMG hat das SGB VIII geändert

Das **Gesetz zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung, und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher vom 28.10.2015 (UMG)** sieht in den §§ 42a bis 42e und 88a eine gesetzliche **Neuregelung der Inobhutnahme** unbegleitet eingereister ausländischer Kinder und Jugendlicher, d.h. minderjähriger Flüchtlinge, vor (BGBl. I, Nr. 42 vom 30.10.2015, S. 1802ff.).

### Tatsächlicher Aufenthalt bleibt zuständigkeitbestimmend

Maßgebend für die **örtliche Zuständigkeit des Jugendamts** bleibt danach grundsätzlich der tatsächliche Aufenthalt des Minderjährigen (§ 88a Abs. 1), der bei Aufgreifen regelmäßig grenznah sein wird. Nach der **Zuweisungsentscheidung** des für die Verteilung zuständigen Landes, das durch eine vorausgehende Entscheidung des Bundesverwaltungsamts nach § 42b Abs.1 zur Aufnahme verpflichtet ist, ist das von der Landesverteilstelle bestimmte Jugendamt (§ 42b Abs.3 S.1) zuständig. Die Verteilung auf Landesebene liegt in der Hand des Landesjugendamts, sofern das Bundesland keine andere Regelung trifft. Das Zuweisungsjugendamt nach § 42b Abs. 3 S. 1 wird nach der Gesetzesbegründung von der Landesverteilstelle unter Berücksichtigung besonderer Kompetenzen in der Unterbringung, Versorgung und Betreuung unbegleiteter ausländischer Kinder und Jugendlicher ausgewählt (BR-DRs. 349/15, S. 24).

### Besondere öffentlich-rechtliche Vertretungskompetenz

§ 42a Abs. 3 verschafft demjenigen Jugendamt, das die vorläufige Inobhutnahme vornimmt (Aufnahmejugendamt), eine - vorläufige - öffentlich-rechtliche Kompetenz zur Vertretung des Minderjährigen, macht es aber nicht zum Personensorgeberechtigten (Gesetzesbegründung in BR-Drs. 349/15, S. 21). Es handelt sich um eine Notkompetenz. Das Zuweisungsjugendamt muss, ebenfalls in der öff.-rechtl. Notkompetenz handelnd, unverzüglich nach der Verteilung die Vormund- bzw. Pflegerbestellung durch das Familiengericht veranlassen, und zwar spätestens einen Monat nach der vorläufigen Inobhutnahme (§ 42b Abs. 4 Nr. 4). Dieser Personensorgeberechtigte hat als gesetzlicher Vertreter den asylsuchenden Jugendlichen zu unterstützen, um das Kindeswohl zu wahren und hat alle erforderlichen Rechtshandlungen vorzunehmen.

### Zuständigkeitsgleichheit für Leistungen, Schutzmaßnahmen und Vertretung

Durch § 88a Abs.4 wird sichergestellt, dass die örtliche Zuständigkeit für Schutzmaßnahmen und Leistungen sowie die Amtsvormundschaft bzw. Amtspflegschaft gleich ist und die Zuständigkeiten nicht mehr auseinanderfallen können.

Faktisch wird es sich in der aktuell massiven Flüchtlingswelle bei noch nicht entsprechend angewachsenen Zahlen von Einzelvormündern und



Einzelpflegern regelmäßig um bestellte Amtsvormundschaften nach § 1791b BGB handeln.

**Fazit**

**Unbegleitet eingereiste minderjährige Flüchtlinge werden in Obhut genommen und verteilt, um die Lasten aufzuteilen. Sie werden vor der Bestellung eines Personensorgeberechtigten aufgrund besonderer öffentlich-rechtlicher Vertretungskompetenz zunächst durch das Aufnahmejugendamt, dann durch das Zuweisungsjugendamt vertreten.**



### Möglichkeiten der Beschäftigung von Flüchtlingen

**Angesichts des stark gestiegenen Zustroms von Flüchtlingen stellen sich auch Arbeitgeber in der Diakonie, gerade in Regionen, in denen bereits ein Mangel an Personal festzustellen ist, die Frage, ob und wie sie Flüchtlinge beschäftigen können.**

#### **Personen mit einer Aufenthaltsgestattung und Personen mit einem Duldungsstatus:**

Personen mit einer Aufenthaltsgestattung und Personen mit einem Duldungsstatus können eine Arbeit aufnehmen, wenn sie die Genehmigung zur Ausübung einer Beschäftigung bei ihrer Ausländerbehörde eingeholt haben. Dabei liegt die Erteilung der Genehmigung immer im Ermessen der zuständigen Ausländerbehörde. Zudem ist auch die Zustimmung der örtlichen Arbeitsagentur erforderlich. In der Regel holt die Ausländerbehörde die Zustimmung der Arbeitsagentur ein, der Arbeitssuchende muss sich nicht selbst um die Zustimmung bemühen. Eine Genehmigung zur Ausübung einer Beschäftigung ist aber erst nach drei Monaten möglich. Die Drei-Monats-Frist beginnt am Tag der Meldung des Asylgesuchs und der Ausstellung der Aufenthaltsgestattung.

#### **Berufsausbildung Praktikum und Freiwilligendienst**

Es gibt bestimmte Beschäftigungsarten, für die keine Zustimmung der Arbeitsagentur erforderlich ist. Hierzu zählen eine Berufsausbildung, Praktika zu Weiterbildungszwecken und Freiwilligendienste. Ob die konkrete Beschäftigung zustimmungsfrei ist, prüft die Ausländerbehörde in jedem Einzelfall. Auch bei zustimmungsfreien Beschäftigungen gilt für Personen mit einer Aufenthaltsgestattung die Drei-Monats-Frist, in der sie keiner Beschäftigung nachgehen dürfen. Für Personen mit einem Duldungsstatus entfällt die Drei-Monats-Frist.

#### **Hospitationen**

Rechtlich nicht als Beschäftigung einzustufen sind Hospitationen. Bei Hospitationen werden Kenntnisse und Erfahrungen in einem Tätigkeitsbereich ohne zeitliche und inhaltliche Festlegung und ohne rechtliche und tatsächliche Eingliederung in den Betrieb gesammelt. Sie bieten sich an, um betriebliche Abläufe besser kennen zu lernen. Eine Arbeitserlaubnis ist insoweit grundsätzlich nicht erforderlich. j

#### **Fazit**

**Zum Kennenlernen eines Betriebes oder eines Berufsfeldes bieten sich Hospitationen oder Praktika an. Hier sind die Zugangsvoraussetzungen niedrig.**

**Eine weitergehende Beschäftigung ist möglich, wenn sie von der Ausländerbehörde genehmigt ist.**

**Personen mit einer Aufenthaltsgestattung erlangen mit der Aufnahme einer Arbeit oder einer Ausbildung kein gesondertes Aufenthaltsrecht. Die Integrationsleistung des Einzelnen spielt bei der Prüfung des Asylantrags im Hinblick auf die Gewährung von asylrechtlichem Schutz keine Rolle.**

**Bei Personen mit einem Duldungsstatus hingegen werden die individuellen Umstände und Integrationsleistungen bei der Verlängerung der Duldung bzw. bei der Erteilung eines Aufenthaltstitels berücksichtigt.**



**Vgl. zu diesen Ausführungen:**

[https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Downloads/Infothek/Asyl/faq-arbeitsmarktzugang-gefluechtete-menschen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Downloads/Infothek/Asyl/faq-arbeitsmarktzugang-gefluechtete-menschen.pdf?__blob=publicationFile)





### Schadensersatz wegen Nichtgewährung von Urlaub einer 450 € Kraft

#### Orientierungssätze des Gerichts

1. Ein Urlaubsanspruch wandelt sich in einen Schadensersatzanspruch um, wenn der Arbeitgeber rechtswidrig einen Urlaub nicht gewährt.
2. Der Schadensersatzanspruch unterliegt nicht der gesetzlichen Verfallfrist gemäß § 7 Abs. 3 BUrlG.

#### LAG Rheinland Pfalz, Urteil vom 05.08.2015 – 4 Sa 52/15

#### Tatbestand:

Das LAG Rheinland-Pfalz hatte sich bei dem im Folgenden dargestellten Urteil mit einem auf Zahlung von Urlaubsabgeltung gerichteten Schadensersatzanspruch zu befassen.

Die Klägerin war bei der Beklagten vom 01.04.2008 bis 15.04.2014 als geringfügig Beschäftigte tätig. Sie arbeitete jeweils von Montags bis Freitags und erhielt zuletzt eine vertragsgemäße Arbeitsvergütung von 450 € netto monatlich.

Der von der Beklagten vorformulierte Arbeitsvertrag der Parteien vom 01.04.2008 enthielt in § 2 unter anderem folgende Bestimmung:

*„... Die Vertragspartner sind sich darüber einig, dass die Vergütung entsprechend den Vorschriften des § 40 a EStG erfolgen soll und somit ein Anspruch auf bezahlten Urlaub nicht besteht.“*

Die Klägerin hat während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses keinen bezahlten Urlaub erhalten.

Mit ihrer am 07.08.2014 beim Arbeitsgericht eingereichten Klage hat die Klägerin die Beklagten auf Abgeltung von insgesamt 101 Urlaubstagen für die Jahre 2010 - 2014 mit einem Gesamtbetrag von 1515 € netto in Anspruch genommen.

Die Beklagte zahlte nach Klageerhebung den auf das Urlaubsjahr 2014 entfallenden Teilbetrag an die Klägerin aus, die Bezahlung einer Abgeltung für die Jahre 2010 - 2013 lehnte sie ab.

Die Beklagte trägt im Wesentlichen vor, dass die im Arbeitsvertrag verwendete Klausel, wonach der Klägerin im Hinblick auf § 40 a EStG kein Urlaubsanspruch zustehe, auch einen Schadensersatzanspruch ausschließe. Die Verwendung der zweifellos rechtsunwirksamen Vertragsklausel habe lediglich zur Folge, dass die gesetzlichen Vorschriften anzuwenden seien. Zudem hätte die Klägerin ihre Urlaubsansprüche jeweils rechtzeitig geltend machen müssen, was sie nicht getan habe. Sie sei bei Vertragsschluss der Auffassung gewesen, in geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen bestehe kein Urlaubsanspruch.

Das Arbeitsgericht hat der Klage ganz überwiegend stattgegeben und im



Übrigen die Klage abgewiesen.

Die Beklagte hat gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Berufung eingelegt.

**Entscheidungsgründe:** Das LAG hat der Klage hinsichtlich der Jahre 2011 bis 2013 stattgegeben und sie (nur) hinsichtlich des Jahres 2010 wegen Verjährung abgewiesen.

Im Einzelnen hat das LAG ausgeführt:

**Umwandlung des Urlaubsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch bei rechtswidriger Verhinderung der Urlaubnahme durch den Arbeitgeber**

1. Der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers wandle sich in einen Schadensersatzanspruch um, der auf Gewährung von Ersatzurlaub als Naturalrestitution gerichtet sei, wenn der Arbeitgeber den rechtzeitig verlangten Urlaub nicht gewähre und der Urlaub aufgrund seiner Befristung verfaüle (§ 275 Abs. 1, Abs. 4, § 280 Abs. 1, § 283 S. 1, § 286 Abs. 1 S. 1, § 249 Abs. 1 BGB). Dieser Schadensersatzanspruch unterliege nicht der gesetzlichen Befristung, d.h. Verfallfrist, gemäß § 7 Abs. 3 BUrlG. Können der als Schadensersatz geschuldete Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gewährt werden, sei der Arbeitnehmer gemäß § 251 Abs. 1 BGB in Geld zu entschädigen (BAG von 11.04.2006 – 9 AZR 523/05; BAG vom 15.9.2011 – 8 AZR 846/09).

**Entschädigung in Geld**

2. Der Klägerin stehe aus dem beendeten Arbeitsverhältnis ein Schadensersatzanspruch in Form einer Geldentschädigung wegen Nichterfüllung ihrer Urlaubsansprüche aus den Jahren 2011, 2012 und 2013 zu. Die Beklagte habe sich im Zeitpunkt des Verfalls des jeweiligen Urlaubsanspruchs in Verzug (§ 286 BGB) befunden. Dem stehe im vorliegenden Fall nicht entgegen, dass die Klägerin während des Arbeitsverhältnisses ihre Urlaubsansprüche nicht geltend gemacht habe. Die Beklagte habe nämlich bereits bei Vertragsabschluss durch die Verwendung des in § 2 des von ihr vorformulierten Arbeitsvertrages, wonach ein Urlaubsanspruch gemäß § 40 a EStG nicht bestehe, jegliche Gewährung von Urlaub von vornherein ernsthaft und endgültig verweigert (§ 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB). Damit habe die Beklagte deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie nicht bereit sei, Urlaubsansprüche zu erfüllen. Einer Geltendmachung der Urlaubsansprüche durch die Klägerin bzw. einer entsprechenden Mahnung, um die Beklagte in Verzug zu setzen, habe es nicht bedurft.

**Verzug des Arbeitgebers**

**Mahnung zur Urlaubsgewährung nicht erforderlich**

**Schwerwiegende Vertragsverletzung**

3. Der Schadensersatzanspruch der Klägerin resultiere darüber hinaus auch aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB, da die Beklagte der geschäftsunerfahrenen Klägerin durch die in § 2 des Arbeitsvertrages enthaltene Klausel vorspiegelte habe, es bestünden keinerlei Urlaubsansprüche und habe sie dadurch davon abgehalten, Urlaub in Anspruch zu nehmen. Die Beklagte habe die Klägerin damit über das Bestehen von Urlaubsansprüchen getäuscht und gleichzeitig in schwerwiegender Weise ihre Aufklärungspflichten verletzt.

**Verjährung**

4. Der Urlaubsanspruch aus 2010 sei seit dem 31.12.2013 verjährt (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB).

5. Revision werde nicht zugelassen.

**Fazit:**

**Mit seiner Entscheidung macht das LAG abermals deutlich, dass geringfügig Beschäftigte Arbeitnehmer (sog. 450 € Kräfte) als normale Teilzeitbeschäftigte gelten. Das beinhaltet auch einen jährlichen Urlaubsanspruch. Dieser kann nicht aufgrund des besonderen steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Charakters der Beschäftigung ausgeschlossen werden. Wird dagegen verstoßen, muss gegebenenfalls mit erheblichen Nachzahlungen für den Arbeitgeber gerechnet werden.**



### Hinweis auf Datenerhebung gehört zum ordnungsgemäßen Angebot auf Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM)

**Urteil des LAG  
Schleswig-Holstein  
vom 22.09.2015  
Aktenzeichen 1 Sa 48a/15**

Ein zur Vorbereitung der Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements unterbreitetes Angebot an den betroffenen Arbeitnehmer gilt nicht als ordnungsgemäßes Angebot, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht mitteilt, welche Daten im Sinne von § 3 Abs.9 BDSG erhoben, gespeichert und für welchen Zweck dem Arbeitgeber zugänglich gemacht werden.

**siehe u.a.: BAG Urteil  
vom 20.11.2014  
Aktenzeichen 2 AZR  
755/13**

Das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein konkretisiert mit dem vorliegenden Urteil die Anforderungen, die das BAG in mehreren Entscheidungen an die ordnungsgemäße Durchführung eines BEM-Verfahrens gestellt hat.

Der Kläger war seit über 30 Jahren bei dem Beklagten als Lagerarbeiter tätig. In den vergangenen vier Jahren häuften sich Fehlzeiten wegen verschiedener Erkrankungen in erheblichem Ausmaße an. Der Arbeitgeber bot dem Kläger mit Schreiben aus Januar und April 2014 die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements an. Das Schreiben enthielt keine Informationen, welche Krankheitsdaten im Rahmen des BEM-Verfahrens erhoben und gespeichert werden sollen und inwieweit und für welchen Zwecke dem Arbeitgeber zugänglich gemacht werden sollen. Der Kläger lehnte die Durchführung eines BEM-Gesprächs ab.

Nachdem der Kläger eine Bescheinigung seines Arztes vorlegte, wonach er keine Arbeiten mit Zwangshaltung der Wirbelsäule mehr durchführen sowie keine Hebe- und Tragearbeiten ohne Hilfsmittel bei Gegenständen über 5 kg verrichten solle, hörte der Arbeitgeber den Betriebsrat an und kündigte sodann das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristgemäß.

In der Berufungsinstanz vor dem LAG Schleswig-Holstein stellte das Gericht fest, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht beendet worden sei.

**Nichtdurchführung eines ordnungsgemäßen BEM-Verfahrens führt zu gesteigerter Darlegungslast seitens des Arbeitgebers**

Zur Begründung führte das Gericht unter anderem an, der Beklagte habe die Durchführung eines erforderlichen BEM-Verfahrens unterlassen, deshalb träge ihn eine **gesteigerte Darlegungslast** bezüglich nicht vorhandener anderweitiger Einsatzmöglichkeiten für den erkrankten Arbeitnehmer. Er hätte von sich aus denkbare oder vom Arbeitnehmer (außergerichtlich) bereits benannte Alternativen zu würdigen und im Einzelnen im Prozess darzulegen, aus welchen Gründen sowohl eine Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes als auch die Beschäftigung auf einem anderen - leidensgerechtem – Arbeitsplatz ausscheide.

Mit seiner pauschalen Behauptung, anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten hätte es nicht gegeben, wurde der beklagte Arbeitgeber dieser gesteigerten Darlegungslast nicht gerecht und unterlag im Kündigungsschutzprozess.

**Ausgangssituation:  
Kündigungsrechtsstreit  
aus Anlass einer**

Ausgangssituation der Entscheidungen war die Überprüfung der ordentlichen krankheitsbedingten Kündigung durch das Gericht.



### krankheitsbedingten Kündigung

Dabei hängt gemäß § 1 Abs. 1 KSchG die Wirksamkeit jeder ordentlichen Kündigung, die unter den Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes fällt, davon ab, ob sie **sozial gerechtfertigt** ist. Die Gerichte prüfen die soziale Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung, die auf einer Erkrankung oder häufigen Kurzzeiterkrankungen gestützt wird, in einem dreistufigen System.

### Voraussetzungen für soziale Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung

Auf der ersten Prüfungsstufe muss das Gericht eine negative Prognose hinsichtlich der künftigen Entwicklung des Gesundheitszustands des Arbeitnehmers erkennen. Die anhand der negativen Prognose zu erwartenden Fehlzeiten müssen in einer zweiten Prüfungsstufe zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen. In der letzten Prüfungsstufe nimmt das Gericht sodann eine **Interessenabwägung** unter Berücksichtigung des sogenannten **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** vor. Denn auch in Fällen, in denen Arbeitnehmer auf Dauer wegen Krankheit die geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringen können, ist eine Kündigung nach dem das gesamte Kündigungsrecht beherrschendem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur gerechtfertigt, wenn sie zur Beseitigung der eingetretenen Vertragsstörung erforderlich ist. Existiert jedoch ein angemessenes – milderer – Mittel als die Kündigung zur Vermeidung der Beeinträchtigung der betrieblichen Belange, so ist der Arbeitgeber auf dieses verwiesen – eine Kündigung scheiterte dann auf der dritten Prüfungsstufe und würde als nicht sozial gerechtfertigt für unwirksam erkannt. Mildere Mittel sind hier insbesondere die Umgestaltung des bisherigen Arbeitsplatzes – Stichwort Hilfsmittel - sowie die Weiterbeschäftigung auf einem sogenannten **„leidensgerechtem Arbeitsplatz“**.

### BEM als Kündigungsvoraussetzung?

Wie kommt hier nun das betriebliche Eingliederungsmanagement gemäß § 84 SGB IX ins Spiel?

Erkennt das Gericht auf der 1. und 2. Prüfungsstufe die Rechtmäßigkeit einer Kündigung wegen einer negativen Gesundheitsprognose, die zur erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Belange führt, an, so kann der Arbeitgeber gleichwohl im Prozess unterliegen, weil die Kündigung am Maßstab der 3. Stufe, der Verhältnismäßigkeit, scheitert, da das betriebliche Eingliederungsmanagement nicht ordnungsgemäß durchgeführt wurde. Dies war in dem Rechtsstreit, den das LAG Schleswig-Holstein zu entscheiden hatte der Fall.

Zwar ist die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements nicht formelle Wirksamkeitsvoraussetzung einer Kündigung und für sich genommen auch kein milderer Mittel als diese. Jedoch sollen mit Hilfe des betrieblichen Eingliederungsmanagements die milderen Mittel erkannt und entwickelt werden.

Dies ist vor dem Hintergrund der Darlegungs- und Beweislastverteilung im Kündigungsschutzprozess zu betrachten.

Grundsätzlich trägt der Arbeitgeber für die Umstände, die nach § 1 Abs. II KSchG die Kündigung bedingen – dazu gehört auch das Fehlen anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten – die Darlegungs- und Beweislast. Hier genügt im Normalfall der pauschale Vortrag, es existierten keine anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten.

Hat der Arbeitgeber jedoch entgegen § 84 Abs. 2 SGB IX die Durchführung eines BEM unterlassen – z.B. in dem er es im Anschreiben an den erkrankten Arbeitnehmer nicht ordnungsgemäß eingeleitet hat – kann dies zu einer Verschärfung der Darlegungslast führen.

### Welche Anforderungen sind an die Einleitung

§ 84 Abs. 2 SGB IX schreibt dem Arbeitgeber weder konkrete Maßnahmen noch ein festes Verfahren vor, die es einzuhalten gilt. Allerdings lassen sich



eines ordnungsgemäßen BEM-Verfahrens zu stellen?

aus dem Gesetz gewisse Mindeststandards ableiten. Unter anderem soll die Initiative zur Durchführung eines BEM-Verfahrens vom Arbeitgeber ergriffen werden.

Im Streitfall – Kündigungsschutzprozess – kommt es also darauf an, ob der Arbeitgeber die Initiative zur Einleitung eines Verfahrens zum betrieblichen Wiedereingliederungsmanagement ordnungsgemäß ergriffen hat. Gemäß § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX ist der Arbeitnehmer in Vorbereitung zum BEM-Gespräch auf die Ziele des Verfahrens sowie Art und Umfang der erhobenen Daten hinzuweisen. Dieser Hinweis erfordert eine Darstellung der Ziele, die sich inhaltlich nicht auf die bloße Wiedergabe des Wortlautes von § 84 SGB IX beschränken darf. Dem Arbeitnehmer muss verdeutlicht werden, dass es um seine Weiterbeschäftigung geht und dazu ein ergebnisoffenes Verfahren durchgeführt wird.

Daneben ist ein Hinweis zur Datenerhebung und Datenverwendung erforderlich, der klarstellt, dass nur solche Daten erhoben werden, deren Kenntnis erforderlich ist, um ein zielführendes, der Gesundheit und Gesunderhaltung des Betroffenen dienendes BEM durchführen zu können. Dem Arbeitnehmer muss also mitgeteilt werden, welche sensiblen Daten im Sinne von § 3 Abs. 9 BDSG erhoben und gespeichert werden und inwieweit und für welche Zwecke sie dem Arbeitgeber zugänglich gemacht werden. Nur bei entsprechender Unterrichtung kann vom Versuch der ordnungsgemäßen Durchführung eines BEM die Rede sein.

Nur wenn der Arbeitgeber diese Voraussetzungen erfüllt, kann er sich ungeachtet der Tatsache, dass der Arbeitnehmer in die Durchführung des BEM-Verfahrens nicht eingewilligt hat, in seinem die Klageabweisung begründenden Vortrag zunächst darauf beschränken, das Fehlen anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten zu behaupten.

Fazit

**Auch wenn die Durchführung eines BEM-Verfahrens nicht Wirksamkeitsvoraussetzung für eine krankheitsbedingte Kündigung ist, stellt sich aus prozesstaktischen Überlegungen, die Durchführung als empfehlenswert dar. Dabei muss darauf geachtet werden, bei Einleitung und Durchführung des Verfahrens die Vorgaben des Gesetzes sowie die von der Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe für ein ordnungsgemäßes Verfahren zu berücksichtigen.**



### Meldepflicht von Verfahren automatisierter Verarbeitungen

**Gemäß § 21 Abs. 1 Kirchengesetz über den Datenschutz der Evangelischen Kirche in Deutschland (DSG EKD) sind Verfahren automatisierter Verarbeitungen vor ihrer Inbetriebnahme von kirchlichen Stellen dem nach § 18 Abs. 1 Beauftragten für Datenschutz nach Maßgabe von § 21a zu melden.**

Auch diakonische Einrichtungen müssen daher dem Beauftragten für Datenschutz nach § 18 DSG EKD, der die Aufgaben der Datenschutzaufsicht wahrnimmt, Verfahren automatisierter Verarbeitungen melden.

Die Meldepflicht entfällt, wenn die diakonische Einrichtung einen Betriebsbeauftragten für Datenschutz gemäß § 22 Abs. 1 DSG EKD bestellt hat oder bei ihr in der Regel höchstens neun Personen ständig mit der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten beschäftigt sind (vgl. § 21 Abs. 2 DSG EKD).

**Durch die Meldepflicht soll die Aufsichtsbehörde in die Lage versetzt werden, pauschal die Rechtmäßigkeit des Verfahrens zu prüfen**

Die Aufsichtsbehörde hat die Meldung zu registrieren. Durch die vor Inbetriebnahme einer automatisierten Verarbeitung zu erfolgende Meldung soll die Aufsichtsbehörde jenes Minimum an Informationen erhalten, das ihr zumindest im Rahmen einer pauschalen Prüfung die Bewertung der Zulässigkeit des beabsichtigten Verfahrens ermöglicht (vgl. Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 12. Aufl. 2015, § 4e Rn. 1 zur entsprechenden Regelung im Bundesdatenschutzgesetz).

Sofern Verfahren automatisierter Verarbeitungen meldepflichtig sind, sind gemäß § 21a Satz 1 DSG EKD folgende Angaben zu machen:

1. Name und Anschrift der verantwortlichen Stelle sowie Namen der mit der Leitung der Datenverarbeitung beauftragten Personen
2. Zweckbestimmungen der Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung (z. B. Personalverwaltung inkl. Lohn- und Gehaltsabrechnung, Videoüberwachung als Sicherheitsmaßnahme gegen Straftaten)
3. eine Beschreibung der betroffenen Personengruppen (z. B. Arbeitnehmer, Bewohner, Patienten) und der diesbezüglichen Daten oder Datenkategorien
4. Empfänger oder Kategorien von Empfängern, denen die Daten mitgeteilt werden können. Zu beachten ist, dass als Empfänger auch Nutzer innerhalb der verantwortlichen Stelle und Auftragnehmer gemäß § 11 DSG EKD in Betracht kommen. Bei internen Empfängern sollte die Funktionsbezeichnung zur Klarstellung hinzugefügt werden.
5. Regelfristen für die Löschung der Daten. Die Bestimmung einer konkreten Löschrfrist wäre sehr aufwändig und zum Teil im Voraus nicht möglich. Verlangt wird daher nur die Angabe einer Regelfrist. Diese kann die gesetzlichen Vorgaben ausfüllen, nicht verändern



(Beck'scher Online Kommentar Datenschutzrecht/Meltzian, BDSG, 14. Edition November 2015, § 4e Rn. 11 zur entsprechenden Regelung im Bundesdatenschutzgesetz).

6. eine geplante Datenübermittlung in Drittstaaten
7. Rechtsgrundlage der Verarbeitung
8. eine allgemeine Beschreibung, die es ermöglicht, vorläufig zu beurteilen, ob die Maßnahmen nach § 9 Abs. 1 DSG EKD zur Gewährleistung der Sicherheit der Verarbeitung angemessen sind.

Hierfür sind die 8 Gebote der Anlage zu § 9 DSG EKD zu konkretisieren. Die Maßnahmen können stichwortartig zusammengefasst werden, ohne die konkrete Umsetzung zu erläutern, z. B. Passwort auf System- und Anwendungsebene, Firewall, Verschlüsselung von Leitungen und Dateien, Virenschutz, Sperrung von Schnittstellen (Beck'scher Online Kommentar Datenschutzrecht/Meltzian, a. a. O., Rn. 16,16.1 zur entsprechenden Regelung im Bundesdatenschutzgesetz).

Die verantwortliche Stelle ist gemäß § 21a Satz 2 DSG EKD verpflichtet, auch Änderungen der nach § 21a Satz 1 DSG EKD mitgeteilten Angaben sowie den Zeitpunkt des Eintritts der Änderung dem Beauftragten für Datenschutz mitzuteilen (vgl. § 21a Satz 2 DSG EKD).

#### Fazit

**Diakonische Einrichtungen sind grundsätzlich verpflichtet, Verfahren automatisierter Verarbeitungen vor ihrer Inbetriebnahme dem Beauftragten für Datenschutz zu melden. Die Meldepflicht entfällt, wenn die Einrichtung einen Betriebsbeauftragten für Datenschutz bestellt hat oder bei ihr in der Regel höchstens neun Personen ständig mit der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten beschäftigt sind.**



### **Verordnung zur Sicherheit der Informationstechnik (IT-Sicherheitsverordnung)**

**Am 16. Juli 2015 ist die IT-Sicherheitsverordnung in Kraft getreten, die der Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland mit Zustimmung der Kirchenkonferenz erlassen hat (zu finden unter: [www.kirchenrecht-ekd.de](http://www.kirchenrecht-ekd.de), „Geltendes Recht“, Ordnungsnummer 1.13.5).**

Danach sind die mit Informationstechnik (IT) erhobenen oder verarbeiteten Daten insbesondere vor unberechtigtem Zugriff, vor unerlaubten Änderungen und vor der Gefahr des Verlustes zu schützen (IT-Sicherheit), um deren Vertraulichkeit, Integrität und Verfügbarkeit zu gewährleisten (§ 1 Abs. 1 IT-Sicherheitsverordnung).

#### **Diakonische Einrichtungen haben ein IT-Sicherheitskonzept zu erstellen**

Zur Umsetzung der IT-Sicherheit haben die Evangelische Kirche in Deutschland, ihre Gliedkirchen und ihre gliedkirchlichen Zusammenschlüsse sowie die ihnen zugeordneten kirchlichen und diakonischen Werke und Einrichtungen ohne Rücksicht auf deren Rechtsform sicherzustellen, dass ein IT-Sicherheitskonzept erstellt und kontinuierlich fortgeschrieben wird (vgl. § 1 Abs. 2 S. 1 IT-Sicherheitsverordnung).

Die Evangelische Kirche in Deutschland stellt dafür Muster-IT-Sicherheitskonzepte zur Verfügung (vgl. § 1 Abs. 4 IT-Sicherheitsverordnung). Die Muster-IT-Sicherheitskonzepte sind zu finden unter: [datenschutz.ekd.de](http://datenschutz.ekd.de), „Infothek“, „Muster“, „Muster-IT-Sicherheitskonzepte“.

#### **Die Verantwortung für die IT-Sicherheit liegt beim Leitungsorgan der kirchlichen Stelle**

Die Verantwortung für die IT-Sicherheit liegt beim Leitungsorgan der jeweiligen kirchlichen Stelle (§ 4 Abs. 2 S. 1 IT-Sicherheitsverordnung), d. h. beim Leitungsorgan der jeweiligen diakonischen Einrichtung. Sie kann mit der Wahrnehmung der IT Sicherheit besondere Personen beauftragen, die sogenannten IT-Sicherheitsbeauftragten (vgl. § 5 Abs. 1 IT-Sicherheitsverordnung). Zu den Aufgaben der IT-Sicherheitsbeauftragten zählt z. B.:

- den IT-Sicherheitsprozess beratend zu begleiten und bei allen damit zusammenhängenden Aufgaben mitzuwirken
- Regelungen zur IT-Sicherheit vorzuschlagen
- IT-Sicherheitsvorfälle zu untersuchen und Handlungsempfehlungen auszusprechen
- IT-Schulungen zu initiieren und zu koordinieren
- mit den Betriebsbeauftragten oder den örtlich Beauftragten für den Datenschutz zusammenzuarbeiten.

Die ausführliche nichtamtliche Begründung zur IT-Sicherheitsverordnung ist zu finden unter: [www.kirchenrecht-ekd.de](http://www.kirchenrecht-ekd.de), „Geltendes Recht“, Ordnungsnummer 1001.13.5.





Für Fragen zur Umsetzung der IT-Sicherheitsverordnung, insbesondere zur Erstellung eines IT-Sicherheitskonzeptes, wenden Sie sich bitte an:

GS GmbH  
Gesellschaft für Sicherheit  
im Informationsbereich

Illexweg 10

48531 Nordhorn

fon +49.5921.72 77 77 3  
fax +49.5921.72 77 77 4  
fix +49.1522.92 72 64 6  
mail [gschepers@gsgmbh.de](mailto:gschepers@gsgmbh.de)

## Fazit

Die IT-Sicherheitsverordnung verpflichtet diakonische Einrichtungen, IT-Sicherheit zu gewährleisten. Dafür haben sie ein IT-Sicherheitskonzept zu erstellen.



## Änderung des Anwendungserlasses zur Abgabenordnung / Verrechnungsmöglichkeiten zwischen Zweckbetrieben sind deutlich reduziert

### Zweckbetriebe der Wohlfahrtspflege

**Zweckbetriebe der Wohlfahrtspflege** sind steuerbegünstigt.

„**Wohlfahrtspflege**“ ist nach der gesetzlichen Definition des **§ 66 AO** die planmäßige, zum Wohle der Allgemeinheit und nicht des Erwerbs wegen ausgeübte Sorge für notleidende oder gefährdete Mitmenschen“.

Steuerlicher „**Zweckbetrieb**“ ist nach der gesetzlichen Definition des **§ 65 AO** ein „wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb, der in seiner Gesamtausrichtung dazu dient, die steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke der Körperschaft zu verwirklichen“, wobei „die Zwecke nur durch einen solchen Geschäftsbetrieb erreicht werden können und der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb zu nicht begünstigten Betrieben der selben oder ähnlichen Art nicht in größerem Umfang in Wettbewerb tritt, als es bei Erfüllung der steuerbegünstigten Zwecke unvermeidbar ist“. Für die im Gesetz speziell genannten Zweckbetriebe, wie diejenigen der Wohlfahrtspflege nach § 66 AO, gilt die letztgenannte Wettbewerbsklausel (nach der BFH-Rspr.) allerdings nicht.

Es handelt sich bei einem Zweckbetrieb um eine steuerrechtliche Kategorie, die sich nicht in einer selbständigen rechtlichen Organisationseinheit abbilden muss.

### Neuregelung im AEAO

**Wann** gemeinnützige diakonische Rechtsträger einen steuerlichen **Zweckbetrieb der Wohlfahrtspflege** vorhalten, hat die Finanzverwaltung mit BMF-Schreiben zur Änderung des Anwendungserlasses zur Abgabenordnung vom 26.01.2016 **neu bestimmt**. Sie hat dabei ausdrücklich die BFH-Rechtsprechung übernommen („Rettungsdiensturteil“ vom 27.11.2013, Az. I R 17/12).

### Definition des Gewinnabsichts-Verbots

In Nr. 2 des AEAO zu § 66 wird nun ausdrücklich definiert, dass Wohlfahrtspflege, die **nicht „des Erwerbs wegen** ausgeführt werden darf, den steuerbegünstigen Bereich verlässt, wenn „Gewinne angestrebt werden, die den konkreten Finanzierungsbedarf des jeweiligen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs übersteigen“, die Wohlfahrtspflege mithin in erster Linie auf Mehrung des eigenen Vermögens gerichtet ist“.

Wann der konkrete Finanzierungsbedarf des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs an sich übersteigen ist, legt der Anwendungserlass nicht fest. Insoweit kommt es bis zu einer Bestimmung durch die Finanzverwaltung auf den konkreten Einzelfall an. Es wird auch zu beachten sein, dass über eine solche Grenze hinausgehende Überschüsse nur dann „des Erwerbs wegen“ erzielt wurden, wenn sie angestrebt waren. Allein, dass sie entstanden sind, dürfte deshalb nicht dafür genügen, dass das Finanzamt für den betreffenden Veranlagungszeitraum die Gemeinnützigkeit des Zweckbetriebs aberkennt, so dass für die Überschüsse Körperschaftssteuer und Gewerbesteuer erhoben wird. Einschränkend wird im AEAO allerdings festgelegt, dass Gewinnerzielung „in



gewissem Umfang“, z.B. zum Inflationsausgleich oder zur Finanzierung betrieblicher Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen ohne Schaden für die Steuerbegünstigung „geboten“ sein könne.

**Zweckbetrieb der Wohlfahrtspflege nicht als „Vorwand“ für Vermögensvermehrung**

Der BFH hatte noch davon gesprochen, dass der **Zweckbetrieb** der Wohlfahrtspflege **nicht als „Vorwand“** dienen dürfe, **das eigene Vermögen zu mehren**. Gewinnerzielung dürfe nicht die „subjektive, individuelle Zweckbestimmung“, könne aber durchaus „geboten“ sein. Dabei rekurrierte der BFH ausdrücklich auf Hüttemann (Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 2. Aufl. § 4, Rz. 101), der beim Zweckbetrieb der Wohlfahrtspflege zutreffend ein Gewinnstreben nicht von vornherein als ausgeschlossen qualifiziert hatte, weil es u.a. ökonomisch geboten sein kann.

**Der AEAO lässt Gewinne aus dem Zweckbetrieb der Wohlfahrtspflege** zur Mitfinanzierung anderer Zweckbetriebe der Wohlfahrtspflege als gemeinnützigkeitskonform **zu**. Er nimmt **aber** ein Handeln „des Erwerbs wegen“ an, wenn die Gewinne aus dem Zweckbetrieb der Wohlfahrtspflege für andere Zweckbetriebe (nach §§ 65,67,67a oder 68 AO) oder zur Finanzierung der übrigen ideellen Tätigkeiten eingesetzt werden.

**„Verrechnung“ zwischen den Zweckbetrieben wird deutlich begrenzt**

Danach kann der Einsatz von Überschüssen aus einem Zweckbetrieb der Wohlfahrtspflege z. B. aus der Diakonie-Sozialstation etwa im MVZ gemeinnützigkeitsrechtskonform erfolgen, aber z.B. nicht (mehr) steuerunschädlich im Krankenhaus oder anderen (gesetzlich nicht ausdrücklich benannten) Zweckbetrieben oder zur Finanzierung anderer ideeller Tätigkeitsfelder des diakonischen Trägers. Eine Ausnahme davon könnte wohl nur für Maßnahmen der Flüchtlingshilfe (BMF-Schreiben vom 22.09.2015) als „anderer ideeller Tätigkeit“ anzunehmen sein.

**Fazit**

**Weil die unternehmensinterne Verrechnung von Gewinnen eines Zweckbetriebs mit Verlusten eines anderen durch die geänderten Vorgaben für die Finanzverwaltung erheblich eingeschränkt worden ist, muss darauf geachtet werden, dass eine klare buchhalterische Trennung der einzelnen Zweckbetriebe auch hinsichtlich deren jeweiliger Überschüsse erfolgt. Ferner ist eine Vergewisserung über die „verrechnungsfähigen“ Zweckbetriebe im Unternehmen geboten. Die erforderliche klare Bezifferung des Bedarfs betrieblicher Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen dient der Belegbarkeit des Maßes steuerunschädlicher Gewinne des Zweckbetriebs der Wohlfahrtspflege. Bei diesen Maßnahmen wird der Rat des Steuerberaters einzuholen sein.**



**Achtung: Kapitalausstattung von Tochtergesellschaften kann gemeinnützigkeitsrechtlich bedenklich sein!**

**Die Verfügung der OFD Frankfurt/Main vom 28. März 2014 setzt sich mit der Frage auseinander, wie die Kapitalausstattung einer Tochtergesellschaft gemeinnützigkeits- und steuerrechtlich zu bewerten ist.**

**Kapitalausstattung**

Von der Verfügung der OFD Frankfurt/Main sind Sachverhalte betroffen, bei denen eine gemeinnützige Muttergesellschaft eine Tochtergesellschaft (aus-)gründet und diese mit Kapital ausstattet.

**Vermögensverwaltung als Satzungszweck?**

Die Kapitalausstattung wertet die OFD als „Vermögensverwaltung“. Achtung: In der Regel ist die Vermögensverwaltung aber nicht Satzungszweck einer gemeinnützigen Einrichtung.

**Mittelfehlverwendung**

Aus diesem Grunde schauen die Finanzbehörden verstärkt darauf, ob in solchen Fällen eine Mittelfehlverwendung vorliegt. Insoweit bedarf es einer besonderen Prüfung durch die Muttergesellschaft bevor Kapital bereitgestellt wird. Haben Mutter- und Tochtergesellschaft die gleichen satzungsmäßigen gemeinnützigen Zwecke wird regelmäßig keine Mittelfehlverwendung angenommen.

Sollte eine Mittelfehlverwendung durch die Finanzbehörde festgestellt werden, könnte im Jahr der Mittelfehlverwendung die Gemeinnützigkeit der Muttergesellschaft entfallen.

**Fazit**

**Bei der Kapitalausstattung einer gemeinnützigen Tochtergesellschaft ist vermehrt der satzungsmäßige Zweck von Mutter- und Tochtergesellschaft zu beachten, um eine Mittelfehlverwendung zu vermeiden.**



## Wie wird ein nicht-rechtsfähiger Verein zum e.V.?

### Gründe einer Rechtsformänderung

Diakonische Aktivitäten werden mancherorts bewusst, z.T. aber auch den Handelnden unbewusst, im Rechtsrahmen des „nicht-rechtsfähigen Vereins“ unternommen. Spätestens dann, wenn der Verein Verbindlichkeiten eingeht, wie Personal beschäftigt oder Immobilien erwirbt, ist die körperschaftliche Verfasstheit zu empfehlen. Dann ist der Wechsel in die juristische Person „e.V.“ als eigenständiges Haftungssubjekt angezeigt.

### Zutreffende Bezeichnung

Der früher sog. nicht-rechtsfähige Verein (§ 54 BGB) ist nach der Rechtsprechungsänderung zur Teilrechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ebenfalls als teilrechtsfähig anzusehen. Er ist deshalb heute zutreffend bezeichnet lediglich „**nicht-eingetragener Verein**“. Vom eingetragenen Verein unterscheidet er sich insbesondere dadurch, dass er nicht selbst Haftungssubjekt ist. Vielmehr haften hier die Vereinsmitglieder als Gesamtschuldner selbst, wenn auch begrenzt auf ihren Anteil am Gesellschaftsvermögen (BGH NJW-RR 2003, 1265) und die für ihn Handelnden (§ 54 S. 2 BGB).

### Keine Umwandlung nach dem UmwG

Der nicht eingetragene Verein ist nicht umwandlungsfähig, sofern er -wie in der Diakonie immer der Fall- nicht Personenhandelsgesellschaft ist. Er kann nicht nach dem Umwandlungsgesetz zu einem eingetragenen Verein umstrukturiert werden. Wenn er Rechtssubjekt werden, d.h. (volle) Rechtsfähigkeit als juristische Person erlangen soll, muss dieses Ziel durch satzungsändernde Beschlüsse herbeigeführt werden.

### Satzungsänderungsbeschluss

Weil der nicht-eingetragene Verein bereits besteht, ist er ein sog. unechter Vorverein. Die Frage, ob dieser Verein über die Mindestzahl der Gründungsmitglieder verfügen muss, stellt sich gleichwohl noch im Zusammenhang mit dem Eintragungsantrag. Dieser ist nämlich dann zurückzuweisen, wenn den Erfordernissen der §§ 56 bis 59 BGB nicht genügt ist (§ 60 BGB). Denn nach § 59 Abs. 3 BGB muss die Satzung von sieben Mitgliedern unterzeichnet sein. Das müssen nach dem Gesetzeswortlaut aber nicht unbedingt Gründungsmitglieder sein. Mit der Unterzeichnung wird die Mitgliedschaft bestätigt, sie bedarf keiner besonderen Prüfung.

### Anmeldung zum Vereinsregister

Der nach den Satzungsregeln des nicht-rechtsfähigen Vereins zu fassende Beschluss (i.d.R.) der Mitgliederversammlung des nicht-eingetragenen Vereins, die Eintragung herbeizuführen muss vom Vereinsvorstand ausgeführt werden. Der Vorstand (§ 59 Abs. 1 BGB) hat zu diesem Zweck die Anmeldung des Vereins beim zuständigen Registergericht zur Eintragung in das Vereinsregister notariell beglaubigt anzumelden. Satzung des Vereins zur Eintragung in das Vereinsregister vorzunehmen, die werden muss.

### Fazit

**Der nicht-eingetragene Verein in der Diakonie wird durch Satzungsänderungsbeschluss und Registeranmeldung zum e.V., er ist nicht umwandlungsfähig.**



**Nachgefragt:**  
**Einladung zur Mitgliederversammlung eines Vereins per E-Mail**

**Frage**

**Kann ein Verein zu seiner Mitgliederversammlung auch per E-Mail einladen, wenn die Vereinssatzung eine schriftliche Einladung zur Mitgliederversammlung vorsieht?**

**Antwort**

Diese Frage hat das Oberlandesgericht Hamm mit Beschluss vom 24. September 2015 (Az.: 27 W 104/15) positiv entschieden.

Das OLG begründet seine Auffassung folgendermaßen:

Die Einladung von Mitgliedern per E-Mail genügt der in der Satzung vorgeschriebenen Schriftform.

Dieses Schriftformerfordernis unterscheidet sich von der im allgemeinen Wirtschaftsleben vereinbarten Schriftform. Im allgemeinen Wirtschaftsleben ist wegen der Bedeutung bestimmter Erklärungen, z. B. der Kündigung eines Vertragsverhältnisses, eine größere Rechtssicherheit erforderlich, die durch die Schriftform angestrebt wird. Der Schriftform kommt insoweit eine Abschluss-, Identifikations-, Echtheits- und Warnfunktion zu. Diese Funktionen sind bei der Einladung zu einer Mitgliederversammlung eines Vereins von untergeordneter Bedeutung, weshalb für die Einladung von Vereinsmitgliedern zur Mitgliederversammlung - abweichend von den Schriftformerfordernissen im allgemeinen Wirtschaftsleben - auch die elektronische Form ausreichend ist.

**Fazit**

**Die vorgegebene Schriftform soll die Kenntnis der Mitglieder von der anberaumten Versammlung und ihrer Tagesordnung gewährleisten. Diesem Zweck genügt eine elektronische Form, wobei auch eine Unterschrift entbehrlich ist.**