

DIES & DAS Dezember 2021 im Arbeitsrecht

Nikolaus Spezial



Rechtsprechung | Informationen Werkzeuge

Ausgabe 3 | 2021

HIGHLIGHTS

- **Betriebsrisiko und Lockdown**
- **Zuständigkeit des Betriebsrats**
- **Betriebsratswahl - Anfechtung - Nichtigkeit - fehlerhafte Wählerliste - Wahlvorschläge**
- **Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitbescheinigung**
- **Betriebsübergang - Verlust des Entgeldanspruchs**



Ihre Arbeitsrechtler im Zepplin-Carrée

Unsere Anwaltsherzen schlagen für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen, die Betriebsräte. Für alle Probleme und Fragen steht unsere Fachkompetenz zur Verfügung. Die sachgerechte Vertretung der Arbeitnehmer in allen Gebieten des Arbeitsrechts gehört zu unseren selbstverständlichen Dienstleistungen. Die Betriebsräte können auf unsere Jahrzehnte lange Erfahrung zurückgreifen, sei es in der Beratung, der Vertretung in Beschlussverfahren, Einigungsstellen, bei Interessenausgleich und Sozialplan.

Betriebsrisiko und Lockdown



Behördlich verfügte Betriebsschließung - verlieren die Arbeitnehmer ihren Entgeltanspruch?



R. W.: Herr Rechtsanwalt Pitterle, lange war unter den Arbeitsrechtlern streitig, wie es um die Entgeltansprüche der Arbeitnehmer bestellt ist, wenn ein Arbeitgeber auf Grund einer behördlichen Anordnung seinen Betrieb vorübergehend schließen muss. So hat das Landesarbeitsgericht Niedersachsen einer Arbeitnehmerin recht gegeben, die wegen der Schließung des Ladengeschäfts im April 2020 nicht arbeiten konnte und den Arbeitgeber zur Zahlung ihres Lohnes von 432,00 Euro als geringfügig Beschäftigte verurteilt.

RA Pitterle.: Bemerkenswert ist, dass das Bundesarbeitsgericht bereits am 13. Oktober 2021 – 5 AZR 211/21 mit nie gesehener Geschwindigkeit knapp

sechs Monate nach und entgegen dem Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 23. März 2021 entschieden hat, dass der Anspruch nicht besteht. Wie in der Pressemitteilung nachzulesen ist, trägt der Arbeitgeber nicht das Risiko des Arbeitsausfalls und ist nicht verpflichtet, den Beschäftigten Vergütung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs zu zahlen, wenn er seinen Betrieb aufgrund eines staatlich verfügten allgemeinen „Lockdowns“ zur Bekämpfung der Corona-Pandemie vorübergehend schließen muss.

RA Wohlfarth.: Es trifft halt immer die, die als geringfügig Beschäftigte sowieso meist schlechter gestellt sind, in der Regel Frauen. Ein verständiger Arbeitgeber wird nämlich Kurzarbeit zur Überbrückung der Betriebsschließung beantragen mit der Folge, dass die Beschäftigten wenigstens Kurzarbeitergeld erhalten. Kurzarbeitergeld kann aber nur bezahlt werden, wenn ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis besteht. Bei geringfügig Beschäftigten ist das gerade nicht der Fall.

RA Pitterle.: Das Bundesarbeitsgericht hat dieses Problem durchaus gesehen, aber konsequent rein arbeitsrechtlich argumentiert. Die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung sei Folge eines hoheitlichen Eingriffs zur Bekämpfung einer die Gesellschaft insgesamt treffenden Gefahrenlage. Es sei Sache des Staates, gegebenenfalls für einen adäquaten Ausgleich der den Beschäftigten durch den hoheitlichen Eingriff entstehenden finanziellen Nachteile – wie es zum Teil mit dem erleichterten Zugang zum Kurzarbeitergeld erfolgt ist – zu sorgen.

RA Wohlfarth: Das LAG Niedersachsen hatte noch ganz gut versucht, einen Ausgleich zwischen den Interessen zu schaffen. Es wies darauf hin, dass durch die Anordnung von Kurzarbeit unter Inanspruchnahme von Leistungen der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung der Arbeitgeber einen Verdienstaufschlag abmildern kann. Die wirksame Anordnung von Kurzarbeit schließt einen Annahmeverzug aus. Diese sozialversicherungsrechtliche Lösung sei bei geringfügig Beschäftigten infolge fehlender Beitragspflicht in der Arbeitslosenversicherung nicht gegeben. Das Betriebsrisiko

spiegele insoweit den betriebswirtschaftlichen Vorteil, den das Unternehmen durch den Einsatz von geringfügig Beschäftigten Arbeitnehmern erziele.

RA Pitterle: Das Bundesarbeitsgericht lässt das nicht gelten. Es werde nicht nicht ein von einem Arbeitgeber zu tragendes für einen Betrieb typisches Betriebsrisiko realisiert.

R. W.: Also ein Auftrag an die Ampel, diese Lücke zu schließen wobei sich mir die Frage stellt, ob ein Arbeitgeber bei einer behördlich angeordneten Schließung seines Betriebes arbeitsrechtlich verpflichtet ist, Kurzarbeit zu beantragen, oder sich auf der Grundlage des besprochenen Urteils zurücklehnen kann und seine Arbeitnehmer im Regen stehen lässt.

Zuständigkeit des Betriebsrats



Betriebszugehörigkeit - Eingliederung - Abgrenzung Betrieb / Betriebsteil



R. W.: Nicht nur für die Frage, für welche Personen einem Betriebsrat die Beteiligungsrechte nach dem Betriebsverfassungsgesetz zustehen, besprechen wir den Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 26.05.2021 - 7 ABR 17/20, sondern auch im Hinblick auf die kommenden Betriebsratswahlen. Streitig war die Frage, ob sechs am Unternehmensstandort in S beschäftigte Arbeitnehmer an einer Betriebsversammlung im Standort H teilnehmen dürfen und ob die für den Standort H abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen auf diese sechs Beschäftigte Anwendung finden.

RAin Behl: Zur Vorgeschichte muss man noch wissen, dass die sechs Arbeitnehmer bei den Betriebsratswahlen auf der Wählerliste sowohl des

Betriebes H als auch des Betriebes S aufgeführt waren. Die Arbeitgeberin machte mit ihrem Einspruch gegen die Richtigkeit der Wählerliste in H vergeblich geltend, die sechs Arbeitnehmer seien ausschließlich in S wahlberechtigt. Sie focht die Betriebsratswahl in H nicht an, erklärte aber, die sechs Arbeitnehmer seien nicht dem Betrieb H, sondern dem Betrieb S zuzuordnen und deshalb nicht zur Teilnahme an Betriebsversammlungen in H berechtigt. Entsprechend würden auch Betriebsvereinbarungen des Betriebes H keine Anwendung finden. Der Betriebsrat stellte sich auf den Standpunkt, sie seien dem Standort H zuzuordnen, da sie ihre fachlichen Weisungen von dort erhielten.

RA Zeller: Bekanntlich setzt die Betriebszugehörigkeit eine tatsächliche Eingliederung des Arbeitnehmers in die Betriebsorganisation voraus. Dafür ist entscheidend, ob der Arbeitgeber mit Hilfe des Arbeitnehmers den arbeitstechnischen Zweck des Betriebs verfolgt. Wichtig ist festzuhalten, dass nach den Ausführungen des BAG diese Grundsätze auch für Arbeitnehmer, die in standortübergreifenden Teams einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck verwirklichen, gelten. In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, dass der Arbeitnehmer seine Arbeiten auf dem Betriebsgelände oder innerhalb der Betriebsräume verrichtet.

RA W.: Das ist schon richtig. Andererseits ist die Erbringung der Arbeitsleistung in den Betriebsräumen mit den dort von der Arbeitgeberin zur Verfügung gestellten Betriebsmitteln ein wesentliches Indiz für die Eingliederung in diesen Betrieb. Es spricht daher zunächst alles dafür, dass die sechs Arbeitnehmer in den Betrieb S eingegliedert sind.

RA Zeller: Dagegen spricht aber, dass die Leitung der Softwareentwicklung dem im Betrieb H ansässigen Dr. Ha obliegt.

RAin Behl: Gutes Argument. Allerdings hat das BAG bereits in seinem Beschluss vom 22. Oktober 2019 - 1 ABR 13/18, festgestellt, dass es für die Eingliederung in einen Betrieb eine Bindung an die Weisungen einer Führungskraft in diesem Betrieb nicht erforderlich ist. Im besprochenen Beschluss führt das BAG aus: „Die Unterstellung eines in

einem Betrieb tätigen Arbeitnehmers unter das fachliche Weisungsrecht eines in einem anderen Betrieb ansässigen Vorgesetzten führt nicht zur Ausgliederung des Arbeitnehmers aus seinem bisherigen Beschäftigungsbetrieb und zur Eingliederung in den Beschäftigungsbetrieb des Vorgesetzten“.

RA Wohlfarth: Ich darf an den Beschluss des BAG vom 12. Juni 2019 zur Beteiligung nach § 99 BetrVG erinnern - 1 ABR 5/18. Danach liegt in einem solchen Fall eine Einstellung und damit eine Eingliederung des Vorgesetzten in den Betrieb der ihm unterstellten Arbeitnehmer vor, da durch die Wahrnehmung der Führungsaufgaben (auch) der arbeitstechnische Zweck des Betriebs verwirklicht wird, in dem die ihm unterstellten Mitarbeiter tätig sind (vgl. die Besprechung in Dies & Das aus der Rechtsprechung des BAG 2019/2020 S. 72 ff.). Interessanterweise hält es das BAG unter Anwendung dieser Rechtsgrundsätze eine Eingliederung des Arbeitnehmers K (einem der sechs Betroffenen) in den Betrieb H für möglich, weil ihm nach dem Vortrag der Arbeitgeberin die am Standort H beschäftigten Arbeitnehmer De, R, Wa und Z fachlich unterstellt sind.

R.W.: Viele Fragen konnten nicht abschließend wegen mangelndem tatsächlichem Vortrag beantwortet werden. Also zurück an das Landesarbeitsgericht.

RA Wohlfarth: Abschließend noch ein Hinweis. Es ist rechtlich möglich, dass die Arbeitnehmer sowohl in den Betrieb H als auch in den Betrieb S eingegliedert sind. Beide Betriebsräte sind dann zuständig. Für jedes geltend gemachten Mitbestimmungsrecht muss dann geprüft werden, ob der Betriebsrat H für dessen Wahrnehmung - ggf. neben dem Betriebsrat S- zuständig ist. Darauf weist der Senat ausdrücklich hin und problematisiert die Zuständigkeit insbesondere im Hinblick auf das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG (Gesundheitsschutz), bleibt eine Antwort aber schuldig.

Betriebsratswahl



Anfechtung - Nichtigkeit - fehlerhafte Wählerliste - Wahlvorschläge



R.W.: Im Hinblick auf die kommenden Betriebsratswahlen lohnt es sich, den Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 30.06.2021 - 7 ABR 24/20, vorzustellen. Ich gebe an Rechtsanwalt Zeller weiter.

RA Zeller: Bei einer Wahlanfechtung hängt über dem amtierenden Betriebsrat immer das Damoklesschwert der Nichtigkeit der Wahl. Das hängt damit zusammen, dass die Arbeitsgerichte bei einer Wahlanfechtung nicht nur zu prüfen haben, ob ein Verstoß gegen wesentlich Wahlvorschriften zur Unwirksamkeit der Wahl führt, sondern auch ob so eklatant verstoßen wurde, dass die Wahl nichtig ist.

R. W.: Was ist der Unterschied?

RA Zeller: Die Rechtsfolgen können nicht unterschiedlicher sein. Bei einer Nichtigkeit der Wahl war der gewählte Betriebsrat nie im Amt. Alle seine Rechtshandlungen sind unwirksam. Man denke nur an einen Sozialplan, der keine Anwendung finden kann. Im Unterschied dazu führt die Feststellung der Unwirksamkeit nur dazu, dass das Amt des Betriebsrats mit der Rechtskraft eines entsprechenden Beschlusses beendet ist. Alle Rechtshandlungen bis zu diesem Zeitpunkt bleiben rechtswirksam!

RA Pitterle: Um die Nichtigkeit einer Betriebsratswahl festzustellen, muss sie nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts „den Stempel der Nichtigkeit auf der Stirn tragen“. Vorliegend war es nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts so, dass auf der 64 Personen umfassenden Wählerliste ein Mann enthalten ist, der nie in einem Arbeitsverhältnis zur Arbeitgeberin stand, vier Personen als wahlberechtigt aufgeführt sind, deren Arbeitsverhältnis zur Arbeitgeberin noch vor dem Wahltermin endete, und sechs Wahlberechtigte nicht aufgeführt sind. Nun sieht § 4 WO vor, dass vor Ablauf von zwei Wochen seit Erlass des Wahlausschreibens beim Wahlvorstand Einspruch gegen die Richtigkeit der Wählerliste eingelegt werden kann. Die Frist ist eine Ausschlussfrist. Wird die Wahl nicht innerhalb der Frist des § 19 BetrVG angefochten, ist sie wirksam. Nach dem neuen § 19 Abs. 3 Satz 1 BetrVG (Betriebsrätemodernisierungsgesetz) ist die Anfechtung der Wahl durch die Wahlberechtigten grundsätzlich sogar ausgeschlossen, soweit sie darauf gestützt wird, dass die Wählerliste unrichtig ist, wenn nicht zuvor aus demselben Grund ordnungsgemäß Einspruch gegen die Richtigkeit der Wählerliste eingelegt wurde. Das Bundesarbeitsgericht stellt daher in Frage, ob eine fehlerhafte Wählerliste überhaupt geeignet sein kann, die Nichtigkeit der Wahl zu begründen.

RA Zeller: Es gab aber noch andere Gründe, auf welche sich das Landesarbeitsgericht stützte. Nach dessen Feststellungen hat der Wahlvorstand die Wählerliste auf der Grundlage unzureichender Informationen erstellt, indem er hinsichtlich der

Wahlberechtigten am Standort A auf ein Telefonverzeichnis abgestellt hat, dessen Urheberschaft unklar und dessen Inhalt ungeprüft gewesen sei. Das Bundesarbeitsgericht lässt diese Argumentation nicht gelten, weil weder das Betriebsverfassungsgesetz noch die Wahlordnung vorschreiben, anhand welcher Vorgaben die Wählerliste zu erstellen ist und kommt im Übrigen zum Ergebnis, dass auch sonst keine Wahlrechtsverstöße festgestellt oder erkennbar sind, die eine Nichtigkeit der Wahl begründen könnten.

R. W.: Die Unwirksamkeit wurde aber festgestellt. Was sind die Gründe?

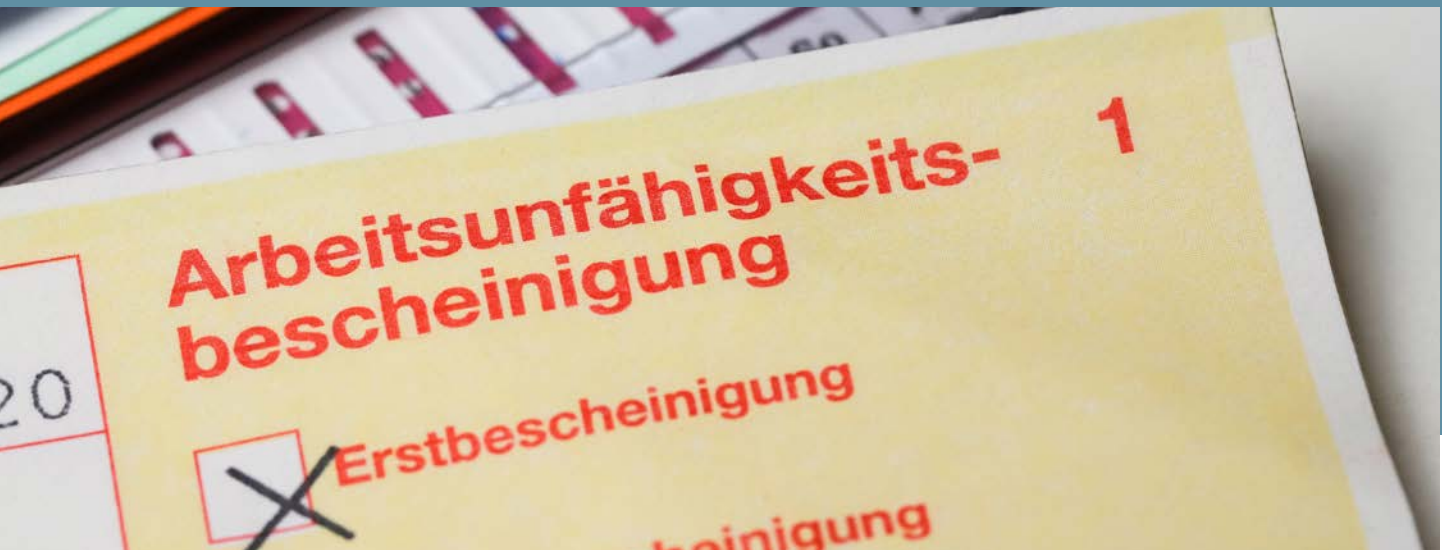
RA Pitterle: Als erstes stellte das Bundesarbeitsgericht fest, dass der Wahlanfechtungsantrag der Arbeitgeberin innerhalb der Anfechtungsfrist von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses beim Arbeitsgericht eingegangen ist, die Frist also gewahrt wurde. Als zweites stellte es darauf ab, dass jedenfalls sechs wahlberechtigte Personen auf der Wählerliste fehlten und somit gegen § 7 BetrVG und § 2 Abs. 1 WO verstoßen wurde.

RA Zeller: Das reicht aber für die Feststellung der Unwirksamkeit noch nicht aus. Die Tatsache, dass diese sechs Personen nicht wählen konnten muss auch das Wahlergebnis beeinflussen. Nach den Feststellungen des Bundesarbeitsgerichts traf dies zu. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich konkret feststellen lässt, dass auch bei der Einhaltung der Wahlvorschriften kein anderes Wahlergebnis erzielt worden wäre. Dann muss die Betriebsratswahl nicht wiederholt werden.

R. W.: Und was ist mit der Einreichung von Wahlvorschlägen am letzten Tag der Frist?

RA Zeller: § 41 Abs. 2 der Wahlordnung stellt klar, dass der Wahlvorstand eine Uhrzeit angeben kann, bis zu der Vorschlagslisten eingereicht werden können. Er muss aber beachten, dass die Uhrzeit nicht vor dem Ende der Arbeitszeit der Mehrheit der Wählerinnen und Wähler an diesem Tag liegt, was auch der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts entspricht.

Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung



Trotz ärztlicher Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung?



R. W.: Ein grosses Presseecho fand das Urteil des Bundesarbeitsgericht vom 8. September 2021 – 5 AZR 149/21. Die Klage auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall hatte entgegen den Vorinstanzen beim Bundesarbeitsgericht keinen Erfolg. Frau Rechtsanwältin, Sie haben das Wort!

RAin Behl: Für uns Arbeitsrechtler war das Urteil nur insofern überraschend, als der Senat den Beweiswert der vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im Unterschied zu den Vorinstanzen als erschüttert ansah. Man muss wissen, dass ein Arbeitnehmer mit der Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zunächst alles erforderliche getan hat, um seinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung zu begründen. Diese ist das gesetzlich

vorgesehene Beweismittel. Mehr ist nicht erforderlich, weil der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ein hoher Beweiswert zukommt. Ein Arbeitnehmer muss sich letztlich genauso wie der Arbeitgeber darauf verlassen können, dass der ausstellende Arzt die richtige Diagnose getroffen hat.

RA Zeller: Wie richtig ausgeführt wurde kommt der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ein hoher Beweiswert zu. Bewiesen ist die Arbeitsunfähigkeit aber noch nicht, wenn erhebliche Zweifel bestehen. Kann ein Arbeitgeber also durch einen entsprechenden Vortrag Zweifel am Beweiswert vortragen, den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttern, muss der Arbeitnehmer seinen Arzt von der Schweigepflicht entbinden, damit dieser als Beweismittel, als Zeuge, zum Ausräumen der Zweifel in Frage kommt.

RA Pitterle: Da lag der Hase im Pfeffer. Im konkreten Fall hatte die Arbeitnehmerin am 8. Februar 2019 das Arbeitsverhältnis zum 22. Februar 2019 gekündigt und eine auf den 8. Februar 2019 datierte, als Erstbescheinigung gekennzeichnete Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorgelegt. Diese Tatsachen genügten dem Senat zur Erschütterung des Beweiswerts, weil die bescheinigte Arbeitsunfähigkeit passgenau die Dauer der Kündigungsfrist umfasste. Es war jetzt Aufgabe der Arbeitnehmerin substantiiert darzulegen und zu beweisen, dass sie arbeitsunfähig war. Der Beweis kann insbesondere durch Vernehmung des behandelnden Arztes nach entsprechender Befreiung von der Schweigepflicht erfolgen. Trotz Hinweises des Senats erfolgte die Entbindung von der Schweigepflicht nicht mit der Folge der Abweisung der Klage.

RA Wohlfarth: Ein Hinweis. Als Tatsachen, die den Beweiswert erschüttern können, kommen z.B. in Betracht die Erteilung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ohne Untersuchung nur nach telefonischer Rücksprache (man bedenke aber die Erteilung per Videosprechstunde) oder auch die abgesprochene, gemeinsame Krankschreibung mehrerer Arbeitnehmer für die Dauer eines vom Arbeitgeber widerrufenen Betriebsurlaubes (vgl. Landesarbeitsgericht Nürnberg, Urteil vom 27. Juli 2021 – 7 Sa 359/20), oder regelmäßig an Brückentagen. Im Übrigen kann ein Arbeitgeber die Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auch früher als nach Ablauf von drei Kalendertagen verlangen.

R. W.: Wenn es einen Betriebsrat gibt muss dessen Mitbestimmungsrecht beachtet werden, wenn die Vorlage allgemein früher verlangt wird und nicht lediglich begründet bezogen im Einzelfall.

Verarbeitung von Gesundheitsdaten im Arbeitsverhältnis



Vorlagebeschluss des Bundesarbeitsgerichts an den Europäischen Gerichtshof



R. W.: Das Bundesarbeitsgericht beschäftigt die spannende Frage, ob ein Arbeitgeber die Gesundheitsdaten seines Arbeitnehmers verarbeiten darf. Im vorliegenden Fall ist Arbeitgeber der Medizinische Dienst einer Krankenkasse (MDK). Ausgangsfall ist die Klage eines Arbeitnehmers auf Schadenersatz wegen Verletzung datenschutzrechtlicher Bestimmungen im Arbeitsverhältnis (Vorabentscheidungsersuchen vom 28.08.2021 - 8 AZR 253/20 (A)).

RA Wohlfarth: Der Arbeitnehmer ist in der IT-Abteilung als Systemadministrator und Mitarbeiter Help-desk beschäftigt. Der Arbeitgeber erstellt in seiner Eigenschaft als Medizinischer Dienst für die gesetzlichen Krankenkassen gutachtliche Stellungnahmen zur Beseitigung von Zweifeln an der

Arbeitsunfähigkeit von Versicherten auch in den Fällen, in denen seine eigenen Beschäftigten betroffen sind. Die Krankenkasse des Arbeitnehmers beauftragte seine Arbeitgeberin zur Beseitigung von Zweifeln an seiner Arbeitsunfähigkeit eine gutachtliche Stellungnahme zu erstellen. Das Gutachten enthielt die Diagnose der Krankheit. Das Gutachten wurde beim Arbeitgeber elektronisch archiviert. Es enthielt unter anderem die Angabe „Diagnose(n): F32.2 – Schwere depressive Episode ohne psychotische Symptome“.

RAin Behl: Das Bundesarbeitsgericht geht davon aus, dass sich der Arbeitgeber MDK nicht auf den Ausnahmetatbestand des Art. 9 Abs. 2 Buchstabe b DSGVO berufen kann. Die Bestimmung lautet:

b) die Verarbeitung ist erforderlich, damit der Verantwortliche oder die betroffene Person die ihm bzw. ihr aus dem Arbeitsrecht und dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erwachsenden Rechte ausüben und seinen bzw. ihren diesbezüglichen Pflichten nachkommen kann, soweit dies nach Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten oder einer Kollektivvereinbarung nach dem Recht der Mitgliedstaaten, das geeignete Garantien für die Grundrechte und die Interessen der betroffenen Person vorsieht, zulässig ist, ...

Der Senat führt im einzelnen die Gründe aus, nach denen die Verarbeitung der Gesundheitsdaten des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber unter keinem der in Art. 9 Abs. 2 Buchstabe b DSGVO genannten Gesichtspunkte erforderlich war. Der Senat betont, dass die Krankenkasse nach § 277 Abs. 2 SGB V im Einzelfall verpflichtet sein kann, dem Arbeitgeber und dem Versicherten das Ergebnis des Gutachtens des Medizinischen Dienstes über die Arbeitsunfähigkeit mitzuteilen; jedoch darf die Mitteilung keine Angaben über die Krankheit des Versicherten enthalten.

RA Wohlfarth: Eine weitere Frage wirft der Senat auf. Die Verarbeitung der Gesundheitsdaten des Arbeitnehmers im Zusammenhang mit der Erstellung einer gutachtlichen Stellungnahme könne gegebenenfalls für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Klägers im Sinne von Art. 9 Abs. 2 Buchstabe h DSGVO erforderlich gewesen sein. Die Bestimmung lautet:

h) die Verarbeitung ist für Zwecke der Gesundheitsvorsorge oder der Arbeitsmedizin, für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Beschäftigten, ... oder für die Verwaltung von Systemen und Diensten im Gesundheits- oder Sozialbereich auf der Grundlage des Unionsrechts oder des Rechts eines Mitgliedstaats oder aufgrund eines Vertrags mit einem Angehörigen eines Gesundheitsberufs und vorbehaltlich der in Absatz 3 genannten Bedingungen und Garantien erforderlich, ...

Auch insoweit hat der Senat Bedenken. Er führt aus: „Eine Anwendbarkeit von Art. 9 Abs. 2 Buchstabe h DSGVO im Ausgangsfall würde nämlich dazu führen, dass dem Beklagten, der sich – nach Auffassung des Senats – in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber des Klägers für eine Verarbeitung der im Rahmen der gutachtlichen Stellungnahme anfallenden Gesundheitsdaten des Klägers nicht auf Art. 9 Abs. 2 Buchstabe b DSGVO berufen kann, entgegen dieser Bestimmung wegen seiner Doppelfunktion als Arbeitgeber und als Medizinischer Dienst der Krankenkasse des Klägers eine weitergehende Datenverarbeitung erlaubt wäre.“

R. W.: Der Europäische Gerichtshof hat eine weitere Möglichkeit, den Anwendungsbereich der DSGVO zu klären. Wir werden wieder berichten.

Annahmeverzug



Unterlassener Zwischenverdienst - Böswilligkeit - Betriebsübergang



R. W.: Im Mai 2021 hat das Bundesarbeitsgericht ein Urteil gesprochen, das sicherlich bei den Arbeitnehmer nicht auf große Zustimmung stoßen wird (vgl. Urteil vom 19. Mai 2021 – 5 AZR 420/20). Ich übergebe an Frau Rechtsanwältin Behl .

RAin Behl: in der Tat. Es ging um einen Betriebsübergang. Eine Arbeitnehmerin widersprach dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses. Ihre Arbeitgeberin wies sie darauf hin, dass es mit der Erwerberin eine Vereinbarung gäbe, nach der für einen Zeitraum von zwölf Monaten bei der Erwerberin die Arbeit fortgesetzt werden könne. Die Arbeitgeberin bot ihr daher an, vom 1. August 2019 bis zum 31. Juli 2020 zu ansonsten unveränderten Bedingungen mit ihrer bisherigen Tätigkeit als Leiharbeitnehmerin bei der Erwerberin zu arbeiten. Das lehnte die Arbeitnehmerin ab. Mit

Schreiben vom 29. Juli 2019 informierte die Arbeitgeberin die Arbeitnehmerin darüber, sie wegen des Teilbetriebsübergangs ab dem 1. August 2019 nicht mehr beschäftigen und keinen Zugang zu den Betriebsstätten ermöglichen zu können. Weil sie das Angebot einer zumutbaren und gleichwertigen Beschäftigung abgelehnt habe, werde sie ab dem 1. August 2019 keine Gehaltszahlungen mehr erhalten.

Die Arbeitnehmerin war der Auffassung, die angebotene Tätigkeit als Leiharbeiterin sei ihr nicht zumutbar gewesen. Neben der Vergütung wegen Annahmeverzug stehe ihr für den Zeitraum August 2019 bis Januar 2020 Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für den Zeitraum ihrer Erkrankung und Urlaubsentgelt für den von der Arbeitgeberin gewährten Urlaub im August 2019 zu. Ferner könne sie das tarifliche Urlaubsgeld und die tarifliche Jahresleistung beanspruchen. Sie begehrte daher die Zahlung von 31.323,80 €.

RA Zeller: Das Bundesarbeitsgericht hat der Arbeitnehmerin nur den Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zugesprochen, weil sie für diese Zeit keine Verpflichtung traf, eine anderweitige Arbeit anzunehmen, sowie auf Urlaubsentgelt, weil während des Urlaubs eine Erwerbstätigkeit verboten ist. Auf den restlichen Anspruch müsse sie sich jedoch nach § 615 Satz 2 BGB den Wert desjenigen anrechnen lassen, was zu erwerben sie böswillig unterlassen habe. Es ging also um die Anrechnung des Verdienstes, den sie als Leiharbeiterin bei der Erwerberin erhalten

hätte. Das gelte auch für eine Erwerbsmöglichkeit beim neuen Betriebsinhaber, selbst wenn der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses wirksam widersprochen hat.

RA Pitterle: Die angebotene, auf zwölf Monate befristete anderweitigen Beschäftigung sei zumutbar gewesen. Weder die Art der Tätigkeit, noch der Arbeitsort, noch die von ihr bezogene Vergütung hätten sich verändert. Sie hätte nicht vorübergehend in ein „klassisches“ Leiharbeitsverhältnis wechseln müssen, sondern lediglich ihre bisherige Arbeitsleistung zu den bisherigen Konditionen für einen Dritten erbringen müssen.

R.W.: Mein Resümee. Allein der Wunsch, nicht in einem Leiharbeitsverhältnis arbeiten zu wollen, begründet einen Anspruch auf Annahmeverzugsvergütung. Im Gegenteil. In der Regel wird eine Anrechnung wegen böswilligen Unterlassens anderweitigen Erwerbs die Vergütung ausschließen.

Beschäftigungsanspruch - unternehmerische Entscheidung



Grenzen des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs



R. W.: Zu guter Letzt schlage ich vor, das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 15.06.2021 - 9 AZR 217/20 unseren Lesern vorzustellen. Es lohnt sich, weil im Mittelpunkt der allgemeine Beschäftigungsanspruch steht. Frau Rechtsanwältin Behl, was versteht man unter dem allgemeinen Beschäftigungsanspruch?

RAin Behl: Dieser Anspruch steht immer zur Disposition, wenn ein Arbeitnehmer freigestellt wird, weil z. B. durch eine Organisationsentscheidung des Arbeitgebers sein Arbeitsplatz wegfällt und eine vertragsgemäße Weiterbeschäftigung auf seinem bisherigen oder einem freien Arbeitsplatz nicht möglich ist. Grundsätzlich hat jeder Arbeitnehmer im bestehenden Arbeitsverhältnis einen Anspruch auf vertragsgemäße tatsächliche Beschäftigung. Ein Arbeitnehmer soll als Ausdruck und in Achtung seiner Persönlichkeit und seines

Entfaltungsrechts tatsächlich arbeiten können, was der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgericht entspricht. Der Anspruch setzt allerdings voraus, dass das Interesse des Arbeitnehmers an seiner Beschäftigung die des Arbeitgebers an seiner Nichtbeschäftigung überwiegt.

RA Wohlfarth: Der Beschäftigungsanspruch gibt also keine Beschäftigungsgarantie! Das Bundesarbeitsgericht musste sich im vorliegenden Fall mit der Frage auseinandersetzen, inwieweit eine unternehmerische Entscheidung zur Umorganisation mit dem Wegfall des Arbeitsplatzes bereits dazu führt, die Nichtbeschäftigung zu rechtfertigen. Kann ein Arbeitgeber die Umstände ausreichend darlegen und gegebenenfalls beweisen, aus denen sich ergibt, dass die getroffenen Organisationsmaßnahmen nicht offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich sind und ergibt sich daraus, dass die Beschäftigung unmöglich geworden ist, weil keine Möglichkeit mehr besteht, den Arbeitnehmer vertragsgemäß sinnvoll zu beschäftigen, hilft der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch nicht weiter. Ein Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, für den betroffenen Arbeitnehmer einen zusätzlichen Arbeitsplatz einzurichten.

Dies & Das im Arbeitsrecht



Ausgabe 3 | 2021

Verlag

Hans Dieter Wohlfarth Verlag
Spemannstraße 35 | 70186 Stuttgart
Telefon: +49 160 93497661
E-Mail: info@edition-wohlfarth.net
www.edition-wohlfarth.net

Redaktion

Hans-Dieter Wohlfarth (verantwortlich)
Raffael Wohlfarth

Grafik & Layout

Raffael Wohlfarth
www.ra-wo.net

Urheberrechte

Copyright für Inhalt und Gestaltung – falls nicht
ausdrücklich anders vermerkt:
by Hans Dieter Wohlfarth Verlag 2021.

hansdieter wohlfarth verlag



Besetzung der Einigungsstelle

- sofortige Beschwerde

1 AZB 24/21

Leitsatz:

Gegen einen landesarbeitsgerichtlichen Beschluss, durch den über die Besetzung der Einigungsstelle iSv. § 100 ArbGG entschieden wurde, ist keine sofortige Beschwerde nach § 92b ArbGG gegeben.

Das Team

stellt sich vor



Rechtsanwalt
**Hans-Dieter
Wohlfarth**



Rechtsanwältin
Ina Behl



Content Creator
Raffael Wohlfarth



Rechtsanwalt
Richard Pitterle



Rechtsanwalt
Jürgen Zeller



Das Buch ist so konzipiert, dass es auch Antworten und Lösungen zu Rechtsfragen gibt, welche die abgehandelten Themen berühren."

Dies & Das aus der Rechtsprechung des **Bundesarbeitsgerichts** 2018/2019



Mit Schwerpunkt Entscheidungen zum Betriebsverfassungsrecht

Raffael Wohlfarth erörtert zusammen mit Herrn Rechtsanwalt Hans-Dieter Wohlfarth – Fachanwalt für Arbeitsrecht – einem ausgewiesenen Kenner des Arbeitsrechts und langjährigem Praktiker, 44 ausgewählte Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts aus dem Zeitraum 2017 bis August 2018 in 12 Kapiteln.

Das Buch zeichnet sich aus – und unterscheidet sich dadurch von anderen Publikationen – dass in Frage und Antwort die Entscheidungslinien über den konkret entschiedenen Fall hinaus herausgearbeitet und die Themen verknüpft werden.

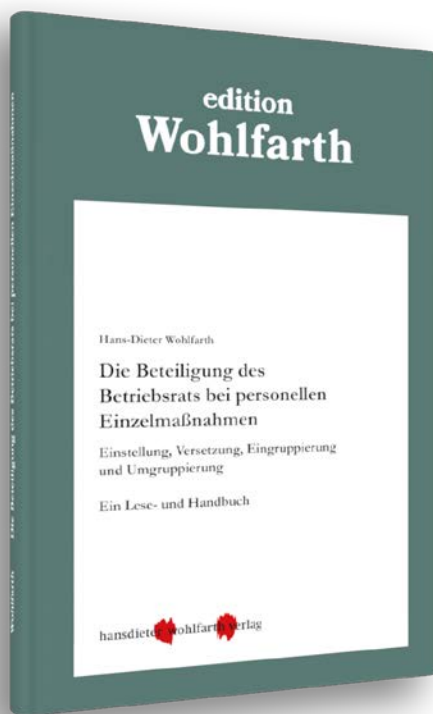
- Hardcover
- 212 Seiten
- ISBN: 978-3-947133-13-0

24,90€



Was Betriebsrat und Personalausschuss für die tägliche Arbeit wissen müssen! Schnelle Orientierungshilfe für Personalabteilungen, Verbandsvertreter und Rechtsanwälte."

Die Beteiligung des Betriebsrats bei **personellen Einzelmaßnahmen**



24,90€

Einstellung, Versetzung, Eingruppierung und Umgruppierung

Die Beteiligung des Betriebsrats bei den personellen Einzelmaßnahmen Einstellung, Versetzung, Eingruppierung und Umgruppierung nach den §§ 99 ff. BetrVG ist Tagesgeschäft. In der betrieblichen Praxis besteht gleichwohl oft große Unsicherheit über das einzuhaltende Verfahren, der Zuordnung der Maßnahmen zu den Tatbeständen, die eine Beteiligung auslösen, wie eine beachtliche Verweigerung der begehrten Zustimmung zu begründen ist und dem Zusammenspiel der §§ 99 und 100 BetrVG und vieles mehr. Das vorliegende Lese- und Handbuch beruht auf der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Ausgewertet wurden über 170 Entscheidungen.

Es ist in erster Linie für Betriebsräte konzipiert, aber auch nützlich für Personalabteilungen, Rechtsanwälte und Verbandsvertreter, Studierende und alle, die sich mit diesem wichtigen Ausschnitt der Betriebsverfassung befassen.

- Hardcover
- 268 Seiten
- ISBN: 978-3-947133-14-7



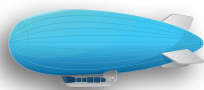
Ihre Arbeitsrechtler im **Zeppelin-Carrée**

Unsere Anwaltsherzen schlagen für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen, die Betriebsräte. Für alle Probleme und Fragen steht unsere Fachkompetenz zur Verfügung. Die sachgerechte Vertretung der Arbeitnehmer in allen Gebieten des Arbeitsrechts gehört zu unseren selbstverständlichen Dienstleistungen. Die Betriebsräte können auf unsere Jahrzehnte lange Erfahrung zurückgreifen, sei es in der Beratung, der Vertretung in Beschlussverfahren, Einigungsstellen, bei Interessenausgleich und Sozialplan.

Wohlfarth | Gutmann | Pitterle | Zeller | Behl
Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB
Kronenstraße 24
70173 Stuttgart

Die Fachanwälte für Arbeitsrecht

Hans-Dieter Wohlfarth | Ina Behl | Richard Pitterle | Jürgen Zeller



www.anwalt-in-stuttgart.de