

## Info-Brief - Februar 2022

Liebe Leserinnen und Leser,  
liebe Kolleginnen und Kollegen,

nach den Feiertagen und den Winterferien hat uns der Alltag wieder fest im Griff – vor allem mit einem grauen, grauen, grauen Schmuddelwetter. Um auf andere Gedanken zu kommen haben wir eine bunte Mischung von Entscheidungen zusammengestellt, die das Wetter hoffentlich vergessen lassen.

Mit herzlichen Grüßen  
Team Thannheiser und Partner

Als PDF steht der Info-Brief zum kostenlosen Download bereit:  
<http://www.thannheiser.de/thannheiser/arbeitnehmer/infos.html>

### Arbeitsrecht

#### **Weiterbeschäftigungsanspruch für Mitglied eines Wahlvorstands trotz Kündigung**

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 12.01.2022 - 23 SaGa 1521/21

Ein Kurierdienstfahrer und Mitglied eines Wahlvorstands für die Betriebsratswahl muss trotz ausgesprochener Kündigung vorläufig beschäftigt werden. Das hat das LAG Berlin-Brandenburg im einstweiligen Rechtsschutz entschieden. Für Wahlvorstands-Mitglieder gelte ein besonderer Kündigungsschutz, der hier greife.

Dem Kurier war wegen der Teilnahme an einem illegalen Streik außerordentliche gekündigt worden. Mit dem Antrag hat der Fahrer im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes seine Weiterbeschäftigung verlangt. Parallel hat er gegen die Kündigung geklagt. Die Kündigung sei offensichtlich unwirksam, weil er Mitglied des Wahlvorstands für die anstehende Betriebsratswahl gewesen sei.

Das sieht das LAG auch so. Die Kündigung ist wegen des Sonderkündigungsschutzes offensichtlich unwirksam. Damit besteht ein Anspruch auf Beschäftigung wegen des fortbestehenden Arbeitsverhältnisses. Denn die aufgrund dieses Sonderkündigungsschutzes für eine Kündigung gemäß § 103 Abs. 2a BetrVG erforderliche vorherige gerichtliche Zustimmungsersetzung liege nicht vor.

#### **Zeiten bezahlten Urlaubs für Mehrarbeitszuschläge zu berücksichtigen**

EuGH vom 13.01.2022 - C-514/20

Der Kläger ist als Leiharbeitnehmer in Vollzeit beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis ist der Manteltarifvertrag für Zeitarbeit anzuwenden, der in § 4.1.2. vorsieht, dass in Monaten mit 23 Arbeitstagen ab einer geleisteten Arbeitszeit von mehr als 184 Stunden ein Zuschlag in Höhe von 25% gezahlt wird.

Der Kläger arbeitete im August 2017 an 13 Tagen und nahm für die verbleibenden 10 Arbeitstage bezahlten Urlaub. Er will für den Monat einen Mehrarbeitszuschlag, da nach seiner Ansicht, die für den bezahlten Jahresurlaub abgerechneten Tage bei der Bestimmung der geleisteten Arbeitsstunden zu berücksichtigen seien.

Das Arbeitsgericht Dortmund und das Landesarbeitsgericht Hamm wiesen die Klage ab. Das Bundesarbeitsgericht als Revisionsinstanz rief den EuGH an. Es sah die Gefahr, dass Arbeitnehmer aufgrund der MTV-Regelung davon abgehalten werden könnten, ihren bezahlten Mindesturlaub zu nehmen.

Der EuGH meint, dass eine tarifvertragliche Regelung, die genommenen bezahlten Urlaub bei der Berechnung, ob die Schwelle der zu einem Mehrarbeitszuschlag berechtigenden Arbeitszeit erreicht ist, nicht berücksichtigt, gegen Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG verstößt. Eine solche Regelung könnte Beschäftigte davon abhalten, in dem Monat, in dem sie Überstunden gemacht haben, bezahlten Urlaub zu nehmen.

### **Mitbestimmung bei Weiterbeschäftigung nach dem Renteneintritt**

BAG vom 22.09.2021 - 7 ABR 22/20

Dem BAG zufolge ist die Weiterbeschäftigung von Beschäftigten über eine tarifliche Altersgrenze hinaus, eine nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG mitbestimmungspflichtige Einstellung. Eine Einstellung liegt nicht nur bei der erstmaligen Aufnahme von Beschäftigten in den Betrieb vor. Mit der Weiterbeschäftigung, so das BAG, nimmt der Arbeitgeber - nicht anders als bei einer Neueinstellung - eine Besetzung des aufgrund der Befristung des Arbeitsverhältnisses freiwerdenden Arbeitsplatzes vor. Dies könne Zustimmungsverweigerungsgründe auslösen, die bei der "ErstEinstellung" nicht voraussehbar waren.

Bei jeder befristeten Einstellung reiche die Beteiligung des Betriebsrats daher grundsätzlich nur bis zu der vorgesehenen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Letztlich gehe es auch um die Interessen der bereits dort beschäftigten Arbeitnehmer seien auch berührt, wenn ein Beschäftigter über den zunächst vorgesehenen Zeitpunkt hinaus in Lohn und Brot bleibe.

### **Krankheitsbedingte Kündigung ohne bEM-Gespräch unwirksam**

BAG vom 18.11.2021 - 2 AZR 138/21

Ein schwerbehinderter Produktionshelfer wurde krankheitsbedingt gekündigt. Er hatte einen hohen Krankenstand: 2017 war er an 40 Tagen, 2018 an 61 Tagen und 2019 an 103 Tagen arbeitsunfähig erkrankt. Im März 2019 fand mit dem Arbeiter ein Gespräch zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (bEM) statt. Nach dem Gespräch bis zur Kündigung im Februar 2020 war er erneut an 79 Arbeitstagen arbeitsunfähig krank. Eine Eingliederung unterblieb.

Das BAG entschied, dass die Kündigung sozial ungerechtfertigt war, weil die Arbeitgeberin nicht dargelegt, dass auch mit Hilfe eines (weiteren) bEM keine mildereren Mittel als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hätten erkannt oder entwickelt werden können. Das BAG betont, dass der Arbeitgeber 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.

### **Datenschutzes im bEM: Vollumfänglich**

LAG Baden-Württemberg vom 20.10.2021 – 4 Sa 70/20

Der Kläger wurde krankheitsbedingt gekündigt. In diesem Fall war ein bEM vorangegangen. Dazu wurde eine Einwilligung des Klägers eingeholt, in der es hieß:

„Ich bin damit einverstanden, dass die Angaben, die im Rahmen des BEM erhoben werden, den am Prozess Bet. (insbesondere dem betrieblichen Eingliederungsteam (BET) und gegebenenfalls dem Vorgesetzten, dem Übersetzer, und bei erforderlichen Veränderungen des Arbeitsplatzes HSE, TEF, Standortleitung) bekannt gemacht werden.“

Diese Einwilligung ging dem Gericht zu weit und ist unwirksam. Aus § 167 II Sat 4 SGB IX folge nicht nur, dass die/der Beschäftigte auf die Art und den Umfang der im bEM erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen ist. Vielmehr ergebe sich hieraus auch, dass die Datenverarbeitung datenschutzkonform zu erfolgen habe.

Die Erreichung der Ziele des bEM erfordert nicht, dass Vertretern des Arbeitgebers, die nicht im bEM-Verfahren beteiligt waren, Diagnosedaten der Beschäftigten bekanntzumachen wären. Wenn den Beschäftigten im Rahmen des bEM dennoch eine Einwilligung in eine solche Datenoffenlegung abverlangt wird, ist im besonderen Maße auf die Freiwilligkeit hinzuweisen. Ist das nicht der Fall, ist die Durchführung des bEM unwirksam – wie in diesem Fall. Und das gilt trotz der abgeschlossenen Betriebsvereinbarung hierüber.

### **Anrechnung von Pausen auf die Arbeitszeit bei Krankheit etc. in der Bundespolizei**

OVG Koblenz vom 29.10.2021 – 10 A 10224/21.OVG

Bei der Bundespolizei sind die Ruhepausen nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AZV bei der Berechnung der tatsächlich geleisteten Dienstzeiten zu berücksichtigen. Das geschieht an geleisteten Tagen auch. Im Krankheitsfall bzw. bei anderem Dienstfrei werden die Pausen jedoch nicht dem Arbeitszeitkonto gutgeschrieben. Dieses verlangte der Kläger nunmehr vor Gericht. In der ersten Instanz konnte er das Gericht überzeugen, nicht jedoch das OVG. Dieses wies seine Klage ab.

Pausen bei Arbeitsunfähigkeit gutschreiben klingt erstmal komisch. Aber: Die Pausen werden wegen der besonderen Belastung im Dienst gutgeschrieben, weil im Polizeidienst ständige Einsatzbereitschaft abverlangt wird. Die Dienstpläne sind auf die Gutschrift der Pausen abgestellt. Daher ist nicht nachvollziehbar, dass Beschäftigte für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit „Minusstunden“ machen. Das Gericht sieht allerdings auch keine Rechtsgrundlage für eine Pflicht zur Gutschrift.

Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Angesichts der laufenden zahlreichen Widersprüche dürfen wir gespannt sein, wie das BVerwG entscheidet.

### **Stichtagsregelung für Sonderzahlung in AVR sind grds. wirksam**

BAG vom 08.09.2021 - 10 AZR 322/19

Ein Wohnbereichsleiter in einer Pflegeeinrichtung schied am 31.7.2017 bei seinem Arbeitgeber aus. Der Arbeitsvertrag verwies über eine dynamische Bezugnahme Klausel auf die AVR Caritas. Mit seiner Klage begehrt der Kläger Zahlung einer anteiligen Jahressonderzahlung für das Jahr 2017. Danach haben gem. § 16 I der Anlage 32 im Pflegedienst in sonstigen Einrichtungen nur Mitarbeiter, deren Arbeitsverhältnis am 1.12. besteht, Anspruch auf eine Jahressonderzahlung. Im Gegensatz zu § 16 VI der Besonderen Regelungen für Beschäftigte im Pflegedienst in Krankenhäusern in Anlage 31 zu den AVR Caritas, sieht § 16 I der Anlage 32 für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis vor dem Stichtag endet, gerade keinen Anspruch auf eine Jahressonderzahlung vor. Der Wohnbereichsleiter beehrte nun eine anteilige Sonderzahlung, obwohl er vor dem Stichtag ausschied.

Er hatte keinen Erfolg. Das BAG entschied, dass die Stichtagsklausel in den AVR wirksam ist. die Stichtagsregelung verstoße nicht gegen Art. 3 I bzw. Art. 12 GG. Kirchliche Arbeitsrechtsregelungen, die wie die AVR Caritas auf dem Dritten-Weg, d.h. paritätisch, zustande gekommen sind, unterlägen als Allgemeine Geschäftsbedingungen wie Tarifverträge gem. § 310 IV 2 BGB lediglich einer eingeschränkten AGB-Kontrolle bzgl. Verstößen gegen die Verfassung, anderes höherrangiges Recht oder die guten Sitten. Einmal mehr stellt das BAG somit die AVR einem Tarifvertrag gleich.

### **Wer trägt die Kosten für Fitnessstudios im Corona Lockdown?**

Während des Corona Lockdown mussten Fitnessstudios häufig über einen langen Zeitraum schließen. Zur Schadenskompensation hat es umfangreiche Wirtschaftshilfen gegeben, trotzdem versuchen die Fitnessstudiotreiber mittels einseitiger Vertragsverlängerung die Kosten auf die Kunden abzuwälzen.

#### **1. Rückzahlung von Beiträgen:**

Aufgrund behördlich angeordneter Schließungen von Fitnessstudios ab November 2020 wurde den Fitnessstudios die Erbringung ihrer vertraglichen Leistung, nämlich das Überlassen der Fitnessgeräte, gem. § 275 Abs. 1 BGB unmöglich. Dann entfällt auch der Anspruch auf die Gegenleistung nach § 326 BGB. Zu viel kassiertes Geld ist zurückzuzahlen.

Soweit den Mitgliedern „Kompensations-Angebote“ gemacht werden, z.B. durch Gutscheine, sind diese nach einer Entscheidung des Amtsgerichts Hamburg (Urteil vom 11. Juni 2021 (Az. 9 C 95/21) grundsätzlich nicht erfüllungstauglich. Gutscheine können also die ursprünglich vertraglich vereinbarte Leistung nicht ersetzen. Die gesetzliche "Gutscheinlösung", ist ohnehin zum 31.12.2021 ausgelaufen.

Auch wenn ein Mitglied nicht geimpft ist und aufgrund geltender 2-G Regelung der Zutritt zum Fitnessstudio verwehrt wird, ist dem Fitnessstudio das Erbringen der vertraglich vereinbarten Leistung nicht möglich, sodass eine entsprechende Zahlungspflicht des Kunden grundsätzlich entfällt. Allerdings macht sich der Kunde schadensersatzpflichtig, da er aufgrund der bestehenden Empfehlung, sich impfen zu lassen die Unmöglichkeit selber verschuldet hat. Der Schaden des Fitnessstudios besteht in der Höhe der an sich zurück zu zahlenden Gebühren, sodass ein nicht geimpfter Kunde keine Chancen haben dürfte, sein Geld zurück zu bekommen.

#### **2. Vertragsverlängerungen**

Ob das Fitnessstudio einseitig den Vertrag für die Schließzeiten verlängern kann, ist juristisch streitig. Erste Anhaltspunkte, hat der Bundesgerichtshof in einem aktuellen Urteil zum Mietrecht geliefert: Dort hat der BGH entschieden, dass jedenfalls eine pauschale Anpassung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage aufgrund § 313 Abs. 1 BGB von Verträgen nicht möglich ist, sondern eine Einzelfallentscheidung/Gesamtabwägung stattfinden muss. Dabei müssen unter anderem auch sämtliche Kompensationsleistungen (Wirtschaftshilfen und Betriebsschließungsversicherungen) einbezogen werden und die Möglichkeit des Fitnessstudios, dem Kunden – jedenfalls für den Zeitraum der Gültigkeit der Gutscheinregelung – einen Gutschein anzubieten. (BGH, Urteil vom 12.01.2022 -Az.: XII ZR 8/21).

Somit ist jedenfalls eine pauschale Vertragsanpassung durch das Fitnessstudio nicht haltbar, vielmehr ist der Einzelfall zu betrachten. Der Ausgang eines Rechtsstreits kann aufgrund fehlender Vorhersehbarkeit nicht prognostiziert werden. Es entstehen aber immer zusätzliche Gerichts- und Anwaltskosten, sodass zu empfehlen ist, hier eine außergerichtliche gütliche Einigung mit dem Fitnessstudio anzustreben.

### **EUGH: Mehr als eine Stunde vorverlegter Flug gilt als "annulliert"**

Ein Flug ist als annulliert anzusehen, wenn das ausführende Luftfahrtunternehmen ihn um mehr als eine Stunde vorverlegt. Wurde ein bestimmter Flug gebucht, kann unter Umständen auch dann ein Schadensersatzanspruch (Ausgleichsanspruch) gegen das ausführende Luftfahrtunternehmen bestehen, wenn ihm

die Buchung des Reisenden durch die/den Vermittler\*in fehlerhaft nicht übermittelt wurde. Dies hat der Gerichtshof der Europäischen Union mit mehreren Urteilen vom 21.12.2021 in verbundenen Verfahren entschieden.

Zudem müsse das ausführende Luftfahrtunternehmen im Fall einer erheblichen Vorverlegung des Fluges, die zu einem Ausgleichsanspruch führe, stets den Gesamtbetrag zahlen. Das Unternehmen habe nicht die Möglichkeit, die etwaige Ausgleichszahlung mit der Begründung, dass es dem Fluggast eine anderweitige Beförderung angeboten habe, mit der er sein Endziel ohne Verspätung habe erreichen können, um 50% zu kürzen.

[Quelle] : Redaktion beck-aktuell, 21. Dez 2021 zu EuGH, Urteil vom 21.12.2021 - C-146/20; C-188/20; C-196/20; C-270/20; C-263/20; C-395/20.

## **Die bunte Welt der Juristerei:**

### **Richter zum Beklagten:**

**“Was heißt für Sie Ratenzahlung?”**

### **Beklagter:**

**“Das heißt für mich, dass meine Gläubiger raten müssen, wann ich zahle.”**



#### **Achim Thannheiser**

Rechtsanwalt + Betriebswirt

#### **Angelika Küper**

Rechtsanwältin + Dozentin für Wirtschaftsrecht

#### **Lothar Böker**

Rechtsanwalt + Mediator

#### **Alexandra Borm**

Rechtsanwältin

#### **Volker Mischewski**

Rechtsanwalt + Mediator

Fachanwalt für Arbeitsrecht

#### **Silke Papke**

Rechtsanwaltsfachangestellte

#### **Josefa Günther**

Rechtsanwaltsfachangestellte

#### **Lisa-Marie Leiermann**

Stud. Hilfskraft

Rühmkorffstr. 18, 30163 Hannover

Tel: 0511 990490

E-Mail: [Rechtsanwalt@Thannheiser.de](mailto:Rechtsanwalt@Thannheiser.de)

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



Zusammenarbeit mit  
**Klaus Beckereit**  
Rechtsanwalt + Mediator