

# Newsletter-Arbeitsrecht I/2022

Sehr geehrte Mandanten,  
liebe Leser,

ich freue mich, Ihnen heute die erste Ausgabe des *Newsletter Arbeitsrecht* für das Jahr 2022 überreichen zu dürfen.

In dieser Ausgabe finden Sie aktuelle Tendenzen der Rechtsprechung sowie weitere Antworten auf die arbeitsrechtlichen Fragen rund um die Corona-Pandemie.

Aber bitte beachten Sie: *Newsletter Arbeitsrecht* ersetzt keine rechtliche Beratung im Einzelfall. Es soll nur Tendenzen aufzeigen und Sie sensibilisieren. Für die gewohnte Qualität in der Rechtsberatung durch meine Kanzlei ist der persönliche Kontakt der Weg der Wahl und kann durch nichts ersetzt werden.

Ich wünsche Ihnen auch bei dieser Ausgabe eine interessante Lektüre und stehe für Gespräche, Beratung und Anregungen gerne zu Verfügung.

Ihr

David Pitzer  
Rechtsanwalt



In dieser Ausgabe:

- **Rechtsprechung**

1. Zur Urlaubsgutschrift bei angeordneter Quarantäne
2. Zur Mitbestimmung des Betriebsrates bei Vorlageverlangen zu ärztlichen Attesten
3. Zur gerechtfertigten Benachteiligung wegen des Alters
4. Zur Unwirksamkeit einer Kündigung per WhatsApp
5. Zum Gebot des fairen Verhandeln bei Aufhebungsverträgen
6. Zur Notwendigkeit des erneuten Durchführens eines betrieblichen Eingliederungsmanagements

David Pitzer  
Rechtsanwalt

Kanzleianschrift:  
Hubertusstrasse 2  
35630 Ehringshausen

Telefon: 06449 7192860  
Telefax: 06449 7192866

E-Mail: [info@d-h-p.de](mailto:info@d-h-p.de)  
Internet: <http://www.d-h-p.de>

# Seite zwei

## Rechtsprechung

### **1. Zur Urlaubsgutschrift bei angeordneter Quarantäne (Landesarbeitsgericht Hamm, Urteil vom 27.01.2022, 5 Sa 1030/21)**

Ein Arbeitnehmer wurde während seines Erholungsurlaubs Ende 2020 unter behördlich angeordnete Quarantäne gestellt.

Grund hierfür war der Kontakt zu einem bestätigten COVID-19-Fall. Der Arbeitnehmer begehrt die Gutschrift von acht Urlaubstagen aus der Zeit der behördlich angeordneten Quarantäne.

Denn im Falle einer behördlich angeordneten Quarantäne während eines geplanten Urlaubs erlösche der Urlaubsanspruch ähnlich einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit nicht.

Der Arbeitnehmer argumentierte weiter, die Quarantäneanordnungen habe dem Erholungszweck des Erholungsurlaubes entgegengestanden.

Die Richter des Landesarbeitsgericht Hamm bestätigten das Recht des Beschäftigten auf Gutschrift der Urlaubstage wegen der behördlich angeordneten Quarantäne während seines geplanten Erholungsurlaubs.

Dabei argumentieren die Richter mit einer in diesem Fall bestehenden Analogie zu § 9 Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz, BurlG).

Die Norm legt fest, dass im Falle einer Erkrankung des Arbeitnehmers während des Urlaubs die (durch ärztliches Attest) nachgewiesenen Tage der Arbeitsunfähigkeit auf den Jahresurlaub nicht angerechnet werden.

Und so sei die behördlich angeordnete Quarantäne ähnlich wie bei einer Krankheit bzw. Arbeitsunfähigkeit jedenfalls analog zu der Regelung des zu § 9 Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz, BurlG) anzuwenden.

Denn die Anordnung einer Quarantäne stehe einer freien, selbstbestimmten Gestaltung des Urlaubszeitraums diametral entgegen, so die Richter.

Und dies sei unabhängig davon zu beurteilen, wie der Betroffene sie persönlich empfinde, argumentierten die Richter weiter.

Die Zeiten der Quarantäne seien daher nicht auf den Jahresurlaub anzurechnen. Diese seien dem Kläger zu einem späteren Zeitpunkt nachzugewähren.

Zu diesem Zweck seien diese Tage dem Urlaubskonto gutzuschreiben, so die Richter.

Die Frage der analogen Anwendung des § 9 Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz, BurlG) im Fall einer behördlich angeordneten Quarantäne ist jedoch in Rechtsprechung und Literatur umstritten und wird unterschiedlich

beantwortet (siehe unter Anderem Ziffer 2 im Newsletter-Arbeitsrecht III/2021 vom 24.09.2021).

So wird die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes (BAG) aufgrund der uneinheitlichen Rechtsprechung der Instanzengerichte abzuwarten sein. Zurzeit sind bereits zwei Revisionsverfahren beim Bundesarbeitsgericht (BAG) anhängig.

### **2. Zur Mitbestimmung des Betriebsrates bei Vorlageverlangen zu ärztlichen Attesten (Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 03.12.2021, 12 TaBV 74/21)**

Aus § 5 Abs. 1 Satz 3 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) ergibt sich die Verpflichtung für die Arbeitnehmer, im Fall einer Krankheit ab dem vierten Tag ein ärztliches Attest beim Arbeitgeber vorzulegen.

Eine Arbeitgeberin führte eine neue Regelung ein, nach der die Beschäftigten nach Abstimmung zwischen deren Vorgesetztem und dem Personalleiter im Falle einer Erkrankung bereits am ersten Krankheitstag ein ärztliches Attest vorlegen sollten, wenn sie nicht zur Arbeit erscheinen konnten.

Weil der Betriebsrat seine Mitbestimmungsrechte verletzt sah, forderte er von der Arbeitgeberin die Unterlassung der Umsetzung dieser Regelung.

Die Richter des Landesarbeitsgerichts

# Seite drei

Berlin-Brandenburg entschieden nun, dass der Betriebsrat von der Arbeitgeberin keine Unterlassung verlangen kann.

Zwar greife eigentlich ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates, denn sei es richtig, so die Richter, dass die Pflicht zur Vorlage von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen am ersten Krankheitstag das Ordnungsverhalten im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) betreffe.

Hier fehle es nach Meinung der Richter jedoch am Vorliegen des kollektiven Tatbestandes, der vorhanden sein müsse, um ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates auszulösen. So falle gerade nicht unter den Mitbestimmungstatbestand aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) die Ausübung individualrechtlicher Befugnisse, durch die die Arbeitgeberin auf ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers reagieren könne, so die Richter.

Denn die Arbeitgeberin könne mit diesen individualrechtlichen Möglichkeiten auch auf Verstöße des Arbeitnehmers gegen die kollektive betriebliche Ordnung, die das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer im Betrieb regelt, reagieren, ohne dass seine Reaktion dadurch mitbestimmungspflichtig würde, stellten die Richter klar, und verwiesen damit auf den Beschluss des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 17.10.1989, 1 ABR 100/88. Und wenn die Ausübung individualrechtlicher Befugnisse mitbestimmungsfrei

bliebe, so die Richter, müsse dies erst recht für die in das Musterschreiben aufgenommene Androhung solcher Maßnahmen gelten.

Zwar habe der Betriebsrat eine Reihe von Einzelfällen vorgelegt, in denen die Arbeitgeberin solche Attest- Auflagen erteilt habe.

Jedoch sei kein Schema zu erkennen, denn die Unterschiedlichkeit der Begründungen zeige, dass eine vergleichbare Situation, aus der die Arbeitgeberin vergleichbar handele, nicht bestehe, so die Richter.

So seien nur wenige Beschäftigte von der Attestpflicht ab dem ersten Krankheitstag betroffen, damit fehle es an dem kollektiven Tatbestand, so die Richter, und ein Mitbestimmungsrecht sei nicht gegeben.

### **3. Zur gerechtfertigten Benachteiligung wegen des Alters (Bundesarbeitsgericht (BAG), Beschluss vom 24. Februar 2022, 8 AZR 208/21 (A))**

Die Klägerin, eine 1968 geborene Bewerberin auf eine Stellenausschreibung, nahm die Beklagte auf Zahlung einer Entschädigung in Anspruch, weil die Beklagte gegen die Vorgaben des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) verstoßen habe und sie wegen ihres Alters benachteiligt sei und ihr somit nach § 15 Abs. 2 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) eine Zahlung einer Entschädigung zustehe.

Die Beklagte bietet Menschen mit Behinderungen Beratung, Unterstützung sowie Assistenzleistungen in verschiedenen Bereichen des Lebens (sog. Persönliche Assistenz) an.

So werden Assistenzleistungen nach § 78 Sozialgesetzbuch Neuntes Buch (SGB IX) für Menschen mit Behinderungen zur selbstbestimmten und eigenständigen Bewältigung des Alltags einschließlich der Tagesstrukturierung erbracht und umfassen insbesondere Leistungen für die allgemeinen Erledigungen des Alltags wie die Haushaltsführung, die Gestaltung sozialer Beziehungen, die persönliche Lebensplanung, die Teilhabe am gemeinschaftlichen und kulturellen Leben, die Freizeitgestaltung einschließlich sportlicher Aktivitäten sowie die Sicherstellung der Wirksamkeit der ärztlichen und ärztlich verordneten Leistungen und beinhalten die Verständigung mit der Umwelt in diesen Bereichen.

Für eine 28jährige Studentin suchte die Beklagte im Rahmen der Assistenzleistungen nach § 78 Sozialgesetzbuch Neuntes Buch (SGB IX) eine „weibliche Assistentin“ für alle Lebensbereiche des Alltags, die „am besten zwischen 18 und 30 Jahre alt sein“ sollten.

Die Klägerin führte an, dass die ausdrücklich an Personen im Alter „zwischen 18 und 30“ Jahren gerichtete Stellenausschreibung vermuten lasse, dass sie bei der Stellenbesetzung wegen ihres fortgeschrittenen Alters nicht berücksichtigt und damit wegen ihres Alters diskriminiert worden sei und eine

# Seite vier

unterschiedliche Behandlung wegen des Alters bei Leistungen der Assistenz nach § 78 Sozialgesetzbuch Neuntes Buch (SGB IX) nicht gerechtfertigt sei.

Dagegen führte die Beklagte an, dass die Ungleichbehandlung wegen des Alters nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) gerechtfertigt sei, denn vorliegend seien die Bestimmungen der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) zu berücksichtigen, die schwerbehinderten Menschen die Teilhabe garantiere. Außerdem ergebe sich aus § 8 Sozialgesetzbuch Neuntes Buch (SGB IX) ein Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten, wie ihre Leistungen zur Teilhabe ausgeführt werden sollen, und dieses müsse auch ein Wahlrecht im Hinblick auf das Alter der Assistenz bedeuten, denn nur so sei eine selbstbestimmte Teilhabe von Menschen mit Behinderungen zu erreichen.

Die Richter des Bundesarbeitsgerichts (BAG) stellten nun klar, dass die Entscheidung des Rechtsstreits davon abhängt, ob die durch die Stellenausschreibung bewirkte unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters nach den Bestimmungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) gerechtfertigt sei, und dies bestimme sich wiederum nach höherrangigem Recht, so die Richter. Dabei lieferten die Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinie (2000/78/EG vom 27.11.2000) und die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Charta) Vorgaben, die neben Art. 19 UN-Behindertenrechtskonvention

(UN-BRK) für die Entscheidung relevant seien, so die Richter, denn im Rahmen des Art. 19 UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) seien die Staaten verpflichtet, das Recht von Menschen mit Behinderungen auf eine unabhängige und selbstbestimmte Lebensführung durchzusetzen. So riefen die Richter des achten Senat des Bundesarbeitsgerichts den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) an und ersuchte diesen, die folgende Frage zu beantworten:

*„Können Art. 4 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1, Art. 7 und/oder Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie 2000/78/EG – im Licht der Vorgaben der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Charta) sowie im Licht von Art. 19 des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-BRK) – dahin ausgelegt werden, dass in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters gerechtfertigt werden kann?“*

Eine Beantwortung der Frage und die im Nachgang zu erwartende Entscheidung wird Aufschluss über die Grenzen der gerechtfertigten Ungleichbehandlung im Rahmen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) geben.

#### **4. Zur Unwirksamkeit einer Kündigung per WhatsApp (Landesarbeitsgericht München, Urteil vom 28.10.2021, 3 Sa 362/21)**

Weil der Arbeitgeber einem Mitarbeiter fristlos kündigte, indem

er die unterschriebene Kündigung mit seinem Mobiltelefon fotografiert und mittels des Messengerdienstes WhatsApp an den Mitarbeiter gesendet hatte, klagte der Mitarbeiter gegen die fristlose Kündigung und machte weitere Gehaltsansprüche gegen den Arbeitgeber geltend.

Dabei gab der Arbeitgeber im Berufungsverfahren an, dass der Beschäftigte den Zugang der Kündigung vereitelt habe, da der Beschäftigte sich geweigert habe, seine aktuelle Anschrift dem Arbeitgeber mitzuteilen.

Die Richter des Landesarbeitsgerichts München urteilten, dass die per WhatsApp zugestellte fristlose Kündigung wegen Verstoßes gegen das Schriftformerfordernis der §§ 623, 126 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) nichtig sei.

Dabei stellten die Richter in ihrer Entscheidung klar, dass ein Arbeitsverhältnis nur mittels schriftlicher Kündigung beendet werden kann, denn hierdurch entstehe Rechtssicherheit für die Vertragsparteien und eine Beweiserleichterung im Rechtsstreit.

Und so sei das Schriftformerfordernis erst dann erfüllt, wenn das Kündigungsschreiben vom Arbeitgeber eigenhändig durch Unterschrift bzw. durch notariell beglaubigtes Handzeichen unterzeichnet wurde.

Denn gerade durch die Unterzeichnung werde der Aussteller der Urkunde erkennbar, so die Richter. Auch müsse diese Urkunde dem Empfänger dann

# Seite fünf

entsprechend zugehen.

Da es sich bei einer per WhatsApp übermittelten Kündigungserklärung, vergleichbar mit einem Faxschreiben, lediglich um eine Ablichtung der Originalunterschrift handele, genüge diese Art der Übermittlung dem Schriftformerfordernis des § 126 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) demnach nicht, so die Richter.

Auch seien Gründe, weswegen der Mitarbeiter sich nicht auf den Formmangel und die damit verbundene Unwirksamkeit der Kündigung berufen dürfe, nicht ersichtlich, denn ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)) liege nicht vor.

So hatte der Arbeitgeber nicht dargelegt, wann oder wie er den Beschäftigten dazu aufgefordert hatte, seine aktuelle Anschrift mitzuteilen.

Der Arbeitgeber hatte lediglich behauptet, dass der Beschäftigte den Einsatzort verlassen und seine aktuelle Anschrift nicht mitgeteilt habe.

Die Richter stellten klar, dass das Schriftformerfordernis nach § 623 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) im Hinblick auf den Sinn und Zweck der Norm nicht ausgehöhlt werden dürfe, und so könne ein Formmangel nach § 242 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) nur ganz ausnahmsweise als unbeachtlich qualifiziert werden und dies nur dann, wenn das Ergebnis für eine Vertragspartei untragbar sei. In diesem Sinne sei eine entsprechende

Ausnahmesituation nicht begründet, so die Richter.

## **5. Zum Gebot des fairen Verhandeln bei Aufhebungsverträgen (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 24.02.2022, 6 AZR 333/21)**

Im Rahmen eines Gesprächs mit einer Mitarbeiterin aus dem Bereich Verkauf erhoben die Vertreter der Arbeitgeberin gegenüber einer Mitarbeiterin den Vorwurf, sie habe unberechtigt Einkaufspreise in der Elektronischen Datenverarbeitung der Arbeitgeberin abgeändert beziehungsweise reduziert, um so einen höheren Verkaufsgewinn vorzuspiegeln.

Nach einer etwa zehnminütigen Pause unterzeichnete die Arbeitnehmerin einen von der Arbeitgeberin vorbereiteten Aufhebungsvertrag, der eine einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorsah.

Die Arbeitnehmerin erklärte die Anfechtung des Aufhebungsvertrages wegen widerrechtlicher Drohung und erhob Klage, mit der sie den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses geltend machte.

Die Arbeitnehmerin führte an, ihr sei für den Fall der Nichtunterzeichnung des Aufhebungsvertrags der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung sowie die Erstattung einer Strafanzeige in Aussicht gestellt worden.

Auch habe man ihrer Bitte, eine längere Bedenkzeit zu erhalten und Rechtsrat einholen zu können, nicht entsprochen,

wodurch die Arbeitgeberin gegen das Gebot fairen Verhandeln verstoßen habe.

Die Richter des Bundesarbeitsgerichts stellten klar, dass es an der Widerrechtlichkeit der behaupteten Drohung fehle, selbst wenn wenn der von der Arbeitnehmerin geschilderte Gesprächsverlauf zu ihren Gunsten unterstellt werde.

Denn ein verständiger Arbeitgeber durfte sowohl die Erklärung einer außerordentlichen Kündigung, als auch die Erstattung einer Strafanzeige ernsthaft in Erwägung ziehen, so die Richter.

Ebenso habe die Arbeitgeberin nicht unfair verhandelt und dadurch gegen ihre Pflichten aus § 311 Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit § 241 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) verstoßen. Die Entscheidungsfreiheit der Arbeitnehmerin sei indes nicht dadurch verletzt, dass die Beklagte den Aufhebungsvertrag entsprechend § 147 Abs. 1 Satz 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) nur zur sofortigen Annahme unterbreitet habe und die Arbeitnehmerin über die Annahme deswegen sofort entscheiden musste, urteilten die Richter.

## **6. Zur Notwendigkeit des erneuten Durchführens eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 18.11.2021, 2 AZR 138/21)**

Ein langjährig beschäftigter Mitarbeiter

# Seite sechs

war mehrfach für längere Zeit krankheitsbedingt arbeitsunfähig.

In diesem Zusammenhang führte er mit seiner Arbeitgeberin ein Gespräch zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM).

In der Folge war der Mitarbeiter erneut über mehrere Monate krankheitsbedingt arbeitsunfähig.

Die Arbeitgeberin kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis, weil Sie der Meinung war, ein erneutes betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) hätte sie vor dem Kündigungsausspruch nicht durchführen müssen.

Der Mitarbeiter berief sich auf die Unwirksamkeit der Kündigung und klagte.

Die Richter des Bundesarbeitsgerichts stellten nun klar, dass die Kündigung unverhältnismäßig, nicht sozial gerechtfertigt und damit unwirksam sei.

So sei die Arbeitgeberin verpflichtet gewesen, die Initiative für ein erneutes betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) zu ergreifen, selbst wenn sie bereits zeitlich unmittelbar zuvor ein betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) mit dem Arbeitnehmer durchgeführt habe, so die Richter.

Im Rahmen der Regelungen des Sozialgesetzbuch Neuntes Buch (SGB IX) hätte die Arbeitgeberin die Verpflichtung gehabt,

grundsätzlich ein neues betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) durchzuführen, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres nach Abschluss eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) erneut länger als sechs Wochen durchgängig oder wiederholt arbeitsunfähig erkrankt.

Dies gelte auch dann, wenn nach dem zuvor durchgeführten und abgeschlossenen betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) noch kein ganzes Jahr vergangen sei, so die Richter, und auch dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit über den Abschluss des vorherigen BEM hinaus ununterbrochen weitere mehr als sechs Wochen angedauert habe.

So könnten sich im Zeitraum der erneuten Arbeitsunfähigkeit weitere und neue Erkenntnisse zu den Krankheitsursachen des Beschäftigten und damit unter anderem auch neue Möglichkeiten zu einer Weiterbeschäftigung ergeben, und damit könnte dann die Rechtfertigung zur Kündigung wegfallen.

Denn es könnte angemessene mildere Mittel zur Vermeidung oder Verringerung künftiger Fehlzeiten geben, etwa die Umgestaltung des Arbeitsbereichs oder die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen, seinem Gesundheitszustand entsprechenden Arbeitsplatz, stellten die Richter klar.

Und all dies müsse in einem BEM

ermittelt werden.

So habe die Arbeitgeberin zwar auch die Möglichkeit darzulegen, dass das bereits abgeschlossene betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) kein positives Ergebnis erbracht habe und sich daraus ableiten lasse, dass auch ein erneutes betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) nutzlos gewesen wäre.

Jedoch trage die Arbeitgeberin hierfür die Darlegungs- und Beweislast, so die Richter.

Da die Arbeitgeberin im zu entscheidenden Fall lediglich darauf hingewiesen habe, dass es keinen leidensgerechten Arbeitsplatz gäbe, hätte die Arbeitgeberin im Ergebnis ein weiteres betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) durchführen müssen, denn der Hinweis genüge den Anforderungen eines umfassenden und konkreten Vortrages nicht, urteilten die Richter.

## **HAFTUNGSAUSSCHLUSS:**

Dieser Newsletter Arbeitsrecht ersetzt keine rechtliche Beratung im Einzelfall, er dient als allgemeine Information über aktuelle Rechtsentwicklungen. Eine Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Ausführungen im Einzelfall übernehme ich mit der Herausgabe des Newsletter Arbeitsrecht nicht.

Verantwortlich für den Inhalt: David Pitzer, Ehringshausen.

Wenn Sie diese Informationen nicht länger erhalten möchten, senden Sie bitte eine Email an [info@d-h-p.de](mailto:info@d-h-p.de).

Copyright © 2022 David Pitzer. All rights reserved.