

# Newsletter-Arbeitsrecht IV/2021

Sehr geehrte Mandantinnen und Mandanten,  
liebe Leserinnen und Leser,

ich freue mich, Ihnen heute die vierte Ausgabe des *Newsletter Arbeitsrecht* für das Jahr 2021 überreichen zu dürfen.


In dieser Ausgabe finden Sie zum Jahresende interessante neue Tendenzen in der Rechtsprechung.

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.

Ihnen und Ihren Lieben ein wunderbares Weihnachtsfest und einen guten Start in das Jahr 2022. Bleiben Sie gesund!

Ihr

  
David Pitzer  
Rechtsanwalt

In dieser Ausgabe:

- **Rechtsprechung**

1. Zur Urlaubsberechnung bei Kurzarbeit
2. Zum tariflichen Erschwerniszuschlag für medizinische Gesichtsmasken
3. Zur Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers während eines Lockdowns
4. Zur pauschalen Abgeltung von Überstunden mit dem Gehalt
5. Zum Anordnungsrecht von Corona-Tests durch den Arbeitgeber
6. Zum insolvenzrechtlichen Rang des Urlaubsabgeltungsanspruchs

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 Urlaubsberechnung bei Kurzarbeit (Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 30.11.2021, Aktenzeichen 9 AZR 225/21)**

Die Richter des Bundesarbeitsgerichts hatten nunmehr über die Berechnung von Erholungsurlaub während Kurzarbeit zu entscheiden.

Weil es während der Corona-Pandemie zu Arbeitsausfall gekommen war, führte die Arbeitgeberin Kurzarbeit ein.

In diesem Zusammenhang traf die Arbeitgeberin mit der Arbeitnehmerin eine Kurzarbeitsvereinbarung, die die Arbeitnehmerin in drei Kalendermonaten des Jahres 2020 vollständig von der Arbeitspflicht befreite und die Arbeitspflicht in weiteren zwei Kalendermonaten deutlich herabsetzte.

Wegen der somit gegebenen, kurzarbeitsbedingten Arbeitsausfälle berechnete die Arbeitgeberin den Erholungsurlaubsanspruch der Arbeitnehmerin neu und bezifferte den Jahresurlaub der Arbeitnehmerin in der Folge geringer.

Weil nunmehr der Urlaubsanspruch der Arbeitnehmerin geringer ausfiel, klagte sie gegen ihre Arbeitgeberin.

Sie führte an, dass kurzarbeitsbedingt ausgefallene Arbeitstage urlaubsrechtlich wie Arbeitstage gewertet werden müssen.

So sei die Arbeitgeberin nicht berechtigt gewesen, eine Kürzung des Urlaubsanspruchs vorzunehmen.

Die Richter des Bundesarbeitsgerichts stellten klar, dass kurzarbeitsbedingte vollständige Arbeitsausfälle bei der Berechnung des Jahresurlaubs zu berücksichtigen sind, und wiesen die Klage ab.

So belaufe sich nach § 3 Abs. 1 Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz, BurlG) der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub bei einer gleichmäßigen Verteilung der Arbeit auf sechs Tage in der Woche auf 24 Werktage.

Nach der Rechtsprechung des Senats (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19.03.2019, Aktenzeichen 9 AZR 406/17) sei für den Fall, dass sich die Arbeitszeit der Arbeitnehmer:innen nach dem Arbeitsvertrag auf weniger oder mehr als sechs Arbeitstage in der Kalenderwoche verteilt, die Anzahl der Urlaubstage grundsätzlich unter Berücksichtigung des für das Urlaubsjahr maßgeblichen Arbeitsrhythmus zu berechnen.

Damit solle sichergestellt werden, dass für alle Arbeitnehmer:innen eine gleichwertige Urlaubsdauer gewährleistet werden könne (Berechnung: 24 Werktage x Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht geteilt durch 312 Werktage).

Dies gelte auch für einen vertraglich vereinbarten Mehrurlaub, sofern

die Arbeitsvertragsparteien für die Berechnung des Urlaubsanspruchs keine von § 3 Abs. 1 Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz, BurlG) abweichende Vereinbarung getroffen hätten, so die Richter.

Auch rechtfertige der kurzarbeitsbedingte Ausfall ganzer Arbeitstage eine unterjährige Neuberechnung des Urlaubsanspruchs.

Denn aufgrund der zwischen den Arbeitsvertragsparteien einzelvertraglich vereinbarten Kurzarbeit seien ausgefallene Arbeitstage weder nach nationalem Recht noch nach Unionsrecht den Zeiten mit Arbeitspflicht gleichzustellen, urteilten die Richter, und wiesen die Klage ab.

### **2. Zum tariflichen Erschwerniszuschlag für medizinische Gesichtsmasken (Landesarbeitsgericht (LAG) Berlin-Brandenburg, Urteil vom 17.11.2021, Aktenzeichen 17 Sa 1067/21)**

Ein Arbeitnehmer, beschäftigt als Reinigungskraft bei einer Gebäudereinigungsfirma, musste bei Arbeiten eine OP-Maske verwenden.

Der für allgemeinverbindlich erklärte „Rahmentarifvertrag für die gewerblichen Beschäftigten in der Gebäudereinigung vom 31. Oktober 2019 (RTV)“ sieht bei Arbeiten mit persönlicher Schutzausrüstung eine vorgeschriebene Atemschutzmaske

# Seite drei

vor und gewährt für das Tragen einer vorgeschriebenen Atemschutzmaske einen Zuschlag von 10 Prozent.

Weil der Arbeitnehmer nun bei der Verrichtung seiner Arbeit eine OP-Maske zu tragen hatte, verlangte er von seiner Arbeitgeberin die Auszahlung des Erschwerniszuschlages.

Die Richter des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg folgten der Argumentation der Arbeitgeberin und wiesen die Klage auch in der zweiten Instanz ab.

Sie stellten klar, dass der Erschwerniszuschlag nur dann zu zahlen sein, wenn die Atemschutzmaske Teil der persönlichen Schutzausrüstung des Arbeitnehmers sei. Und dies sei bei einer OP-Maske gerade nicht der Fall.

Denn die OP-Maske diene, anders als eine FFP2- oder FFP3-Maske, gerade nicht vor allem dem Eigenschutz des Arbeitnehmers, sondern dem Schutz anderer Personen, also Dritter.

Aus diesem Grunde sei der tarifliche Erschwerniszuschlag nicht zu zahlen, so die Richter.

Die Revision des Klägers an das Bundesarbeitsgericht ist jedoch zugelassen.

Weil die Tarifbestimmung aus der Zeit vor der Corona-Pandemie stammt, könnte eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts durchaus anders ausfallen. Es bleibt abzuwarten, ob der Kläger das Bundesarbeitsgericht anruft.

### **3. Zur Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers während eines Lockdowns (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 13.10.2021, Aktenzeichen 5 AZR 211/21)**

Weil eine Arbeitnehmerin, als Verkaufshilfe im Einzelhandel als geringfügig Beschäftigte tätig, während der Dauer der Geschäftsschließung aufgrund einer Allgemeinverfügung zur Eindämmung der Corona-Pandemie keinen Lohn von ihrem Arbeitgeber erhalten hatte, klagte diese aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs gegen die Arbeitgeberin auf Lohnzahlung.

Sie argumentierte, dass die Schließung des Betriebs aufgrund behördlicher Anordnung ein Fall des von der Beklagten als Arbeitgeberin zu tragenden Betriebsrisikos sei und ihr der Vergütungsanspruch zustehe.

Die Beklagte war hingegen der Auffassung, dass die zur Pandemiebekämpfung angeordneten Maßnahmen das nicht beherrschbare allgemeine Lebensrisiko betreffen würden und somit von allen gleichermaßen zu tragen sei und beantragte Klageabweisung.

Nachdem die Vorinstanzen der Arbeitnehmerin Recht gegeben hatten mit dem Argument, dass die Arbeitgeberin hier das Betriebsrisiko zu tragen habe, wenn aufgrund behördlicher Vorgaben Arbeitskräfte nicht wie gewünscht beschäftigt werden könnten, hatte die vom Landesarbeitsgericht zugelassene und

von der Beklagten eingelegte Revision nun Erfolg.

Die Richter des Bundesarbeitsgerichts entscheiden nun, dass die Arbeitnehmerin für die Zeiten, in denen ihre Arbeitsleistung und deren Annahme durch die Arbeitgeberin aufgrund der behördlich angeordneten Betriebsschließung unmöglich war, keinen Anspruch auf Entgeltzahlung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs habe, und wiesen die Klage ab.

Die Richter stellten klar, dass der Arbeitgeber auch nicht das Risiko des Arbeitsausfalls zu tragen habe, wenn durch behördliche Anordnung zum Schutz der Bevölkerung vor schweren und tödlichen Krankheitsverläufen infolge Infektionen mit dem SARS-CoV-2-Virus soziale Kontakte in einem Bundesland auf ein Minimum reduziert wurden, indem flächendeckend alle nicht für die Versorgung der Bevölkerung notwendigen Einrichtungen durch behördliche Anordnung zum Schutz der Bevölkerung geschlossen wurden.

Gerade in diesem Fall realisiere sich eben nicht ein in einem bestimmten Betrieb angelegtes Betriebsrisiko, so die Richter.

Eine Unmöglichkeit der Arbeitsleistung sei vielmehr Folge eines hoheitlichen Eingriffs zur Bekämpfung einer die Gesellschaft insgesamt betreffenden Gefahrenlage.

Die Richter stellten weiterhin klar, dass es Sache des Staates sei, gegebenenfalls

# Seite vier

für einen angemessenen Ausgleich des den Beschäftigten durch den hoheitlichen Eingriff entstehenden finanziellen Nachteils zu sorgen, so etwa durch den erleichterten Zugang zum Kurzarbeitergeld geschehen.

Weil die Arbeitnehmerin als geringfügig Beschäftigte tätig war, und deshalb ein adäquater Ausgleich nicht gewährleistet werden konnte, so beruht dies auf Lücken in dem sozialversicherungsrechtlichen Regelungssystem, die jedoch nicht dem Arbeitgeber anzulasten seien.

Aus dem Fehlen nachgelagerter Ansprüche lasse sich keine arbeitsrechtliche Zahlungspflicht des Arbeitgebers herleiten, so die Richter.

#### **4. Zur pauschalen Abgeltung von Überstunden mit dem Gehalt (Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 14.09.2021, Aktenzeichen 2 Sa 26/21)**

Ein Arbeitnehmer, der mit 40-Wochennstunden und einem eher geringen Gehalt beim Arbeitgeber beschäftigt war, hatte eine zusätzliche Regelung in seinem Arbeitsvertrag vereinbart, die klarstellte, dass mit dem Gehalt monatlich zehn Stunden Mehrarbeit abgegolten seien.

Diese Vereinbarung im Arbeitsvertrag hielt der Arbeitnehmer für unwirksam und verlangte von seinem Arbeitgeber die Zahlung weiterer Vergütung für die geleisteten Überstunden.

Die Richter des Landesarbeitsgerichts

Mecklenburg-Vorpommern wiesen die Forderung zurück und die vom Arbeitnehmer erhobene Klage ab.

Sie stellten klar, dass die im Arbeitsvertrag vereinbarte Pauschalvergütung zulässig sei.

Diese sei zwar an den Regeln der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zu messen, da es sich bei dem Arbeitsvertrag um einen vorformulierten Standardvertrag handele, so die Richter.

Weil eine Pauschalabgeltung für zehn Stunden Mehrarbeit weit verbreitet und daher nicht ungewöhnlich sei, sei die Klausel im Arbeitsvertrag nicht überraschend (§ 305 c Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)), und der Beschäftigte musste mit einer solchen Klausel rechnen.

Da die Stundenzahl in der von dem Arbeitnehmer angegriffenen Klausel genannt war, ergebe sich klar und deutlich aus dem Arbeitsvertrag, welche Arbeitsleistungen in welchem zeitlichen Umfang erfasst werden solle, stellten die Richter klar.

Die Klausel benachteilige also den Arbeitnehmer nicht unangemessen (§ 307 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)) und unterliege als Hauptleistungsabrede keiner weiteren Inhaltskontrolle (§ 307 Abs. 3 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)).

Die Klausel genüge also den Voraussetzungen der zur Pauschalvergütungsabrede vorhandenen, ständigen

Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.

Dass eine solche Pauschalvergütungsabrede für Überstunden für ein geringeres Jahresgehalt vereinbart wurde, beanstandeten die Richter nicht.

Sie stellten klar, dass Vertragsfreiheit bestehe und diese ihre Begrenzung in der Sittenwidrigkeit finde.

Die Sittenwidrigkeit setze jedoch ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung voraus, welches regelmäßig nur dann angenommen werden könne, wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal 2/3 eines in dem betreffenden Wirtschaftszweig üblicherweise gezahlten Tariflohnes erreiche, so die Richter.

Anhaltspunkte für eine solche Annahme seien allerdings nicht vorgetragen.

#### **5. Zum Anordnungsrecht von Corona-Tests durch den Arbeitgeber (Arbeitsgericht Hamburg, Urteil vom 24.11.2021, Aktenzeichen 27 Ca 208/21)**

Ein Arbeitgeber verpflichtete seine Beschäftigten, regelmäßig vor Dienstantritt einen Corona-Schelltest durchzuführen.

Weil sich einer der Beschäftigten weigerte, den verlangten Test durchzuführen, wurde er vom Arbeitgeber für diesen Arbeitstag freigestellt und mündlich auf die Verpflichtung zur Durchführung des

# Seite fünf

Schnelltests hingewiesen.

Nachdem der Mitarbeiter auch an den Folgetagen die Durchführung des Schnelltests verweigerte, kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis.

Der Arbeitnehmer klagte gegen die Kündigung und trug vor, dass die Testpflicht sein Recht auf körperliche Unversehrtheit und sein Allgemeines Persönlichkeitsrecht verletze.

So würden die bereitgestellten Tests zu einer Reizung der Nasenschleimhaut führen und eine erhebliche Verletzungsgefahr mit sich bringen.

Die Richter des Arbeitsgerichts Hamburg gaben der Klage statt, weil sie die Kündigung für unwirksam hielten.

Weil sich insbesondere nicht feststellen ließ, ob der Arbeitnehmer zuvor abgemahnt worden war, und die Abmahnung als milderer Mittel geeignet und ausreichend gewesen sei, eine zukünftige Verhaltensänderung zu bewirken, und eine Abmahnung auch nicht entbehrlich gewesen sei, stellten die Richter klar, dass die ausgesprochene Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht sozial gerechtfertigt gewesen sei.

Auch habe der Arbeitnehmer die Bereitschaft gezeigt, einen anderen als den zur Verfügung gestellten Test durchzuführen.

Die Richter stellten jedoch weiterhin klar, dass eine Anordnung zur Durchführung der Corona-Schnelltests durch den als berechtigt angesehen werden muss.

Zwar habe eine solche gesetzliche Verpflichtung für Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt gefehlt, der Arbeitgeber sei aber gleichwohl berechtigt gewesen, gegenüber dem Arbeitnehmer die Durchführung bereitgestellter Corona-Schnelltests anzuordnen, so die Richter.

Eine solche Anordnung durch den Arbeitgeber sei vom Weisungsrecht des Arbeitgebers gem. § 106 Gewerbeordnung (GewO) gedeckt.

Auch sei die Intensität des Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit im gewählten Testverfahren äußerst gering, da die Tests im vorderen Nasenbereich lediglich mit einem leicht unangenehmen Gefühl verbunden seien, so die Richter.

So sei das vorrangige Ziel der Anordnung zur Durchführung bereitgestellter Corona-Schnelltests, potenziell ansteckende Personen rechtzeitig zu identifizieren und mit weiteren Maßnahmen dafür Sorge zu tragen, dass diese unbemerkt keine anderen Personen infizieren.

Und weil eine Infektion mit dem Corona-Virus zu erheblichen Gesundheitsschädigungen bis hin zum Tode oder zu besonders unangenehmen Spät- und Langzeitfolgen führen könne, und die Folgen einer Infektion um ein Vielfaches unangenehmer und abstrakt gefährlicher seien als ein Selbsttest mit einem Stäbchen im vorderen Nasenbereich, überwiege daher der Schutz von Leben und Gesundheit, urteilten die Richter.

## **6. Zum insolvenzrechtlichen Rang des Urlaubsabgeltungsanspruchs (Bundesarbeitsgericht, Teilurteil vom 10.09.2020, Aktenzeichen 6 AZR 94/19)**

Sofern der starke vorläufige Insolvenzverwalter, also der vorläufige Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis, die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch in Anspruch genommen hat, ist der Anspruch von Beschäftigten auf Urlaubsabgeltung vollständig als Masseverbindlichkeit zu berichtigen, so die Richter des Bundesarbeitsgerichts.

Dem stehe auch nicht entgegen, dass der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts bezüglich der vergleichbaren Regelung in § 209 Abs. 2 Nr. 3 Insolvenzordnung (InsO) von einer nur anteiligen Zuordnung der geldwerten Urlaubsansprüche ausgegangen war. Dieser erklärt, an dieser Auffassung nicht festzuhalten (Beschluss vom 16.02.2021, Aktenzeichen 9 AS 1/21).

### **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 © 2021 David Pitzer. All rights reserved.

# Seite sechs

Ich wünsche Ihnen und Ihren Familien eine ruhige und besinnliche Weihnachtszeit, schöne Festtage, einen tollen Jahreswechsel und einen guten Start in das Jahr 2022, verbunden mit dem Dank für die gute Zusammenarbeit im vergangenen Jahr.

Bleiben Sie gesund.

*Handwritten signature: David Pitzer*  
**David Pitzer  
Rechtsanwalt**

Hubertusstrasse 2  
D-35630 Ehringshausen- Katzenfurt  
Tel: +49 (0) 6449 / 719 286 0  
Fax: +49 (0) 6449 / 719 286 6  
E-Mail: [info@d-h-p.de](mailto:info@d-h-p.de)  
Web: <http://www.d-h-p.de>



Frohe Weihnachten und einen guten Start ins neue Jahr | I'D Miilad Said ous Sana Saida | Edo bri'cho o rish d'shato brich'to | Feliz Navidad | Boas Festas e Feliz Ano Novo | Seng Dan Fai Lok, Sang Nian Fai Lok | Gun Tso Sun Tan'Gung Haw Sun | Merry Christmas & Happy New Year | Gajan Kristnaskon | Zalig Kerstfeest en Gelukkig nieuw jaar | Joyeux Noël et Bonne Année | Mo'adim Lesimkha. Shana Tova | Buon Natale e Felice Anno Nuovo | En frehlicher Grischtdaag unen hallich Nei Yaahr | Bella Festas da zNadal ed in Ventiravel Onn Nov | Feliz Navidad y Próspero Año Nuevo | God Jul och Gott Nytt År and S Rozhdestvom Kristovym | Suksan Wan Christmas lae Sawadee Pee Mai | Noeliniz Ve Yeni Yiliniz Kutlu Olsun | Gute Vaynakhtn un a Gut Nay Yor

**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>