

The background of the entire page is a blue-tinted photograph of an industrial setting. In the foreground on the right, there are large, metallic gears or sprockets. In the background, there are various industrial structures, including what looks like a conveyor system or a large machine frame, with some lights visible. The overall scene is a blurred industrial environment.

LOSCHOLDER

Newsletter Arbeitsrecht
August 2021

Inhalt

Neues vom Gesetzgeber

Testpflicht für Urlaubsrückkehrer in NRW

Neues aus der Rechtsprechung

ArbG Bonn: Keine Nachgewährung von Urlaubstagen bei Quarantäne

Neues aus der Rechtsprechung

LAG Köln bestätigt Maskenpflicht und verneint Anspruch auf Homeoffice

Neues aus der Rechtsprechung

Abschnittweise geschützt – Kündigungsschutz vor Beginn *jeder* Elternzeit

Loschelder Praxistipp

Neues vom BAG zur Unwirksamkeit einer umfassenden Verfallklausel

Neues vom Gesetzgeber

Testpflicht für Urlaubsrückkehrer in NRW

Am 9. Juli 2021 ist in NRW eine neue Fassung der Coronaschutzverordnung NRW (CoronaSchVO NRW) in Kraft getreten. Diese sieht für NRW eine Testpflicht für Urlaubsrückkehrer vor. Die Regelung ist jüngst bis einschließlich zum 19. August 2021 verlängert worden. Wir fassen zusammen, was derzeit gilt.

§ 7 Abs. 3 CoronaSchVO NRW sieht vor, dass **nicht vollständig immunisierte Beschäftigte**, die nach dem 1. Juli 2021 **mindestens fünf Werktage hintereinander** aufgrund von Urlaub und vergleichbaren Dienst- oder Arbeitsbefreiungen (z.B. Zeitausgleich) nicht gearbeitet haben, am ersten Arbeitstag nach der Arbeitsunterbrechung ihrem Arbeitgeber entweder einen **Negativtestnachweis** vorlegen müssen **oder** im Verlauf des ersten Arbeitstags einen **dokumentierten beaufsichtigten Test** im Rahmen der Beschäftigtentestung durchführen müssen. Hierzu kann nach den FAQs des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes NRW („MAGS“) **einer der zwei wöchentlichen Tests** verwendet werden, die der Arbeitgeber gemäß § 4 der Corona-ArbSchV ohnehin anbieten muss.

Für Beschäftigte, die die Arbeit nach dem Urlaub oder der Arbeitsbefreiung im **Homeoffice** wieder aufnehmen, gilt die Testpflicht für den **ersten Tag**, an dem sie wieder im **Betrieb** oder an einem **anderen Einsatzort außerhalb des Homeoffice** tätig werden. Nach dem Wortlaut der Regelung ist es dabei irrelevant, wie lange die Beschäftigten nach ihrer Rückkehr im Homeoffice tätig waren. Selbst wenn sie erst nach 14 Tagen wieder in den Betrieb zurückkehren, muss am ersten Tag ein Test nachgewiesen bzw. durchgeführt werden.

Vollständig immunisiert und damit von der Testpflicht ausgenommen sind gemäß § 7 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. § 3 Abs. 3 Satz 4 CoronaSchVO NRW Beschäftigte, die **vollständig geimpft oder genesen** sind **und** weder **typische Symptome** einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 **noch eine akute (= aktuelle) Infektion** aufweisen.

Beschäftigte, die einen **Testnachweis** entgegen § 7 Abs. 3 CoronaSchVO NRW **nicht vorlegen** bzw. einen **Test** im Betrieb **nicht durchführen**, handeln gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 4a CoronaSchVO NRW

ordnungswidrig. Gleiches gilt für **Arbeitgeber**, die die **Kontrolle der Testnachweise** bzw. die **Testdurchführung** im Betrieb **nicht sicherstellen**. Die Kontrolle kann zentral oder z.B. durch Vorgesetzte erfolgen. Entscheidend ist, so die FAQs des MAGS, dass Betriebe bei einer Überprüfung durch die Behörde ihr **Kontrollsystem darstellen** können. Ordnungswidrigkeiten können mit einer **Geldbuße von bis zu 25.000,00 Euro** geahndet werden.

Arbeitgeber sollten also spätestens jetzt Prozesse aufsetzen, um eine rechtzeitige Vorlage von Testnachweisen bzw. eine rechtzeitige Testdurchführung nach Urlaubsrückkehr sicherzustellen und die Mitarbeiter zur Mitwirkung auffordern. Letzteres ist insbesondere dann angezeigt, wenn Mitarbeiter selbst entscheiden dürfen, ob und wann sie im Homeoffice oder im Betrieb arbeiten. Bei der Festlegung des Verfahrens ist der **Betriebsrat einzubeziehen**.

Die CoronaSchVO ist am 30. Juli bis einschließlich zum **19. August 2021** verlängert worden. Neben dieser Sonderregelung für NRW sind die seit dem 1. August geltenden bundesweiten Regelungen für Reiserückkehrer zu beachten. Zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses bestanden keine Anhaltspunkte dafür, dass die Testpflicht in NRW durch die Regelung auf Bundesebene eingeschränkt wird. Es ist daher bis auf Weiteres davon auszugehen, dass auch Arbeitnehmer, die bereits im Rahmen ihrer Urlaubsrückreise einen Corona-Test durchgeführt haben, am ersten Arbeitstag einen Negativtestnachweis vorlegen müssen.



Neues aus der Rechtsprechung

ArbG Bonn: Keine Nachgewährung von Urlaubstagen bei Quarantäne

Pünktlich zur Urlaubszeit steigen die Corona-Fallzahlen und damit auch das Risiko einer Infektion mit anschließender Quarantäne. Das Arbeitsgericht Bonn hat sich in seinem Urteil vom 7. Juli 2021 (Az. 2 Ca 504/21; bislang liegt nur die Pressemitteilung vor) nunmehr mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob bei einer Überschneidung von Urlaub und Quarantäne eine Nachgewährung der Urlaubstage erfolgen muss.

In dem der Entscheidung des Arbeitsgerichts Bonn zugrundeliegenden Fall wurde der Arbeitnehmerin und späteren Klägerin für den Zeitraum vom 30.11.2020 bis zum 12.12.2020 Erholungsurlaub gewährt. In Folge einer Ansteckung mit dem Coronavirus musste sich die Arbeitnehmerin jedoch auf behördliche Anordnung vom 27.11.2020 bis zum 07.12.2020 in Quarantäne begeben. Eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung lag für diesen Zeitraum nicht vor.

Mit ihrer Klage vor dem Arbeitsgericht Bonn machte die Arbeitnehmerin die Nachgewährung von fünf Urlaubstagen geltend. Das Arbeitsgericht Bonn hat die Klage abgewiesen.

Nach Auffassung des Gerichts lagen die Voraussetzungen von § 9 Bundesurlaubsgesetz („BUrlG“) nicht vor. In dieser Vorschrift ist geregelt, dass bei einer Erkrankung des Arbeitnehmers während seines Urlaubs die durch ärztliches Zeugnis nachgewiesenen Tage der Arbeitsunfähigkeit auf den Jahresurlaub nicht angerechnet werden (mit anderen Worten: „Wer im Urlaub krank wird, bekommt seinen Urlaub zurück.“). Einen solchen ärztlichen Nachweis einer Arbeitsunfähigkeit hatte die Klägerin jedoch nicht vorgelegt. Weiter führte das Arbeitsgericht aus, dass eine behördliche Quarantäneanordnung einem ärztlichen Zeugnis über die Arbeitsunfähigkeit nicht gleichstehe. Die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers obliege alleine dem behandelnden Arzt.

Nach Auffassung des Gerichts komme auch eine analoge Anwendung von § 9 BUrlG bei einer behördlichen Quarantäneanordnung aufgrund einer Infektion mit dem Coronavirus nicht in Betracht. Es liege weder eine planwidrige

Regelungslücke noch ein mit einer Arbeitsunfähigkeit vergleichbarer Sachverhalt vor. Denn eine Erkrankung mit dem Coronavirus führe nicht zwingend und unmittelbar zu einer Arbeitsunfähigkeit.

Die Entscheidung des Arbeitsgerichts ist noch nicht rechtskräftig.



Neues aus der Rechtsprechung

LAG Köln bestätigt Maskenpflicht und verneint Anspruch auf Homeoffice

Auch eineinhalb Jahre nach Beginn der Pandemie ist „die Maske“ fester Bestandteil im Alltag, genauso die Maskenpflicht in vielen Betrieben. Die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV), die zu den vom Arbeitgeber zu treffenden Schutzmaßnahmen auch die Anordnung einer Tragepflicht von Atemschutzmasken zählt, gilt mindestens noch bis zum 10. September 2021. Ob und in welcher Form die Verordnung verlängert wird, ist derzeit noch unklar. Die Fälle von „Maskenverweigern“ häufen sich und beschäftigen zunehmend die Gerichte.

Schon vor Inkrafttreten der Corona-ArbSchV hatte das Arbeitsgericht Siegburg entschieden, dass ein **ärztliches Attest**, das **ohne nähere Begründung** eine „Maskenunverträglichkeit“ attestiert, **keine Befreiung** von der im Betrieb angeordneten Maskenpflicht **rechtfertigt**. Der Arbeitgeber müsse aufgrund **konkreter und nachvollziehbarer Angaben** in der ärztlichen Bescheinigung in der Lage sein, das Vorliegen der jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen selbstständig zu prüfen. Der auf eine Beschäftigung ohne

Maskenpflicht gerichtete Verfügungsantrag des im Rathaus der Gemeinde tätigen Bauamt-Mitarbeiters hatte daher keinen Erfolg. Auch der hilfsweise geltend gemachte Anspruch auf eine Beschäftigung im Homeoffice wurde zurückgewiesen.

Das LAG Köln hat diese Entscheidung nunmehr bestätigt (Urteil vom 12. April 2021, Az. 2 SaGa 1/21). Zwar folgte die Maskenpflicht im Rathaus im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung schon aus der Corona-Schutzverordnung NRW. Zudem galt inzwischen die Corona-ArbSchV. Nach Auffassung des LAG war die Anordnung zum Tragen der Maske jedoch auch vom arbeitgeberseitigen Direktionsrecht gemäß § 106 Satz 1 GewO umfasst und im Einzelfall angemessen. Das Tragen einer **FFP2-Maske** diene dem **Infektionsschutz in beide Richtungen**. Einerseits sollten andere Mitarbeiter und Besucher des Rathauses vor Aerosolen geschützt werden, die der Kläger ausstoßen könnte und die potentiell tödlich sein könnten. Andererseits müsse die Arbeitgeberin auch den Gesundheitsschutz des Klägers im Auge behalten, der selbst krankmachende oder potentiell tödliche Aerosole einatmen könnte.

Das LAG hält die Maskenpflicht auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Kläger an einer **psychischen Erkrankung** leidet, für verhältnismäßig. Der Kläger hatte im Berufungsverfahren vorgetragen, dass er keine Maske tragen könne, weil er aufgrund einer Straftat, deren Opfer er im Alter von 13 Jahren geworden war, traumatisiert sei; infolgedessen sei es ihm unmöglich, sein Gesicht zu bedecken. Nach Auffassung des LAG durfte die Arbeitgeberin diesen Umstand **im Rahmen der Abwägungsentscheidung sogar zu Ihren Gunsten berücksichtigen**, da dem Kläger wegen seiner Erkrankung ein **Anspruch auf Entgeltfortzahlung und Krankengeld** zustehe, der in der Regel ausreiche, um eine Heilung zu ermöglichen. Diesen Ausführungen lässt sich auch entnehmen, dass – jedenfalls nach Auffassung des LAG Köln – **ein hinreichend begründetes ärztliches Befreiungsattest Entgeltfortzahlungsansprüche auslöst**.

Interessant sind ferner die Ausführungen zur **Homeoffice-Angebotspflicht**, die zum Zeitpunkt der Entscheidung gemäß § 2 Abs. 4 Corona-ArbSchV (später § 28b Abs. 7 IfSG) galt. Der Kläger hatte versucht, hieraus einen Anspruch auf mobile Erbringung der Bürotätigkeiten, die zwischen 60 und 80 % seiner Tätigkeit ausmachten, durchzusetzen. Nach Auffassung des LAG stehen einer

Homeoffice-Tätigkeit jedoch **zwingende betriebsbedingte Gründe** im Sinne von § 28b Abs. 7 Satz 1 IfSG entgegen, da der Kläger nur einen Teil seiner Tätigkeit von zu Hause hätte erbringen können. Die übrigen 20 bis 40 % der Tätigkeit bestehen aus Beratungsleistungen im Außendienst oder vor Ort im Rathaus. Selbst wenn die Beklagte ihm also eine Tätigkeit im Homeoffice ermöglichen würde, so das LAG, würde er im Übrigen arbeitsunfähig bleiben. Da das **Entgeltfortzahlungsgesetz jedoch keine Teilarbeitsunfähigkeit kenne**, wäre die Investition in den mobilen Arbeitsplatz unnütz, da sie nicht die (gesamte) Arbeitsfähigkeit des Klägers wiederherstellen könne.

Die Tätigkeit des Klägers könne auch **nicht anderweitig organisiert** werden. Die für die Arbeit des Klägers erforderlichen Bauakten seien noch **nicht digitalisiert**; insbesondere größere Karten seien noch nicht eingescannt worden. Ein nächtliches Abholen der Akten wäre wiederum nicht mit § 5 ArbZG zu vereinbaren, da das Abholen der Akte als Arbeitszeit zu bewerten wäre, der Kläger dann aber **keine elfstündige Ruhezeit** einhalten würde. Schließlich hält das LAG Köln es auch nicht für zumutbar, die zur Tätigkeit des Klägers gehörenden Bürgerberatungen – wie von diesem vorgeschlagen – auf offener Straße unter Wahrung eines Mindestabstands von 1,5 Metern ohne Maske durchzuführen.

Die in der Entscheidung behandelten Fragestellungen dürften dem einen oder anderen HR-Mitarbeiter durchaus bekannt vorkommen. Das LAG Köln gibt der Praxis einige Hinweise zur Handhabung vergleichbarer Abwägungsentscheidungen an die Hand. Gleichzeitig betont das LAG im Orientierungssatz, dass es sich um eine Einzelfallentscheidung handelt. Daher sind Arbeitgeber gut beraten, bei „Maskenverweigerern“ genau zu prüfen, ob eine Tätigkeit nach einer zumutbaren Umorganisation möglich wäre.



Neues aus der Rechtsprechung

Abschnittsweise geschützt – Kündigungsschutz vor Beginn jeder Elternzeit

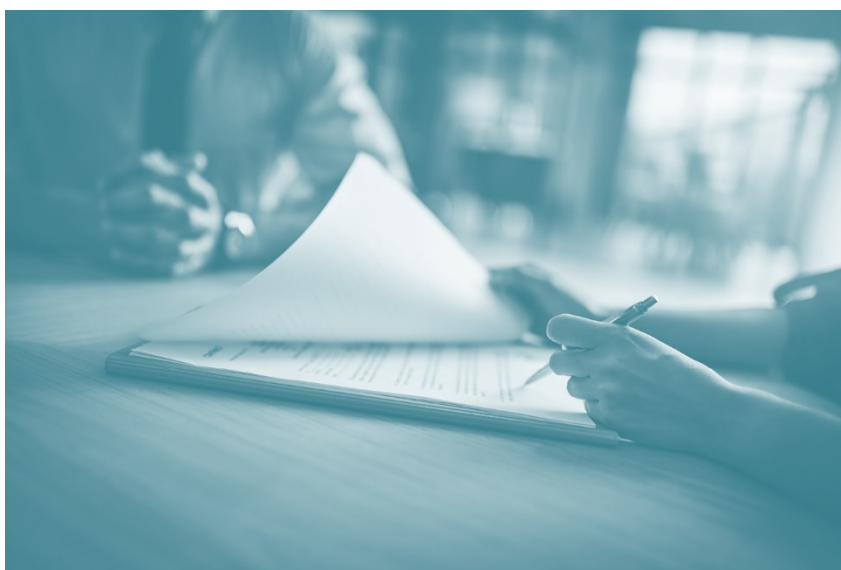
*Gemäß § 18 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) beginnt der Kündigungsschutz von Arbeitnehmer*innen, die Elternzeit beantragen, ab dem Zeitpunkt, von dem an eine Elternzeit verlangt worden ist, frühestens jedoch acht (bis zum vollendeten dritten Lebensjahres des Kindes) bzw. vierzehn Wochen (zwischen dem dritten Geburtstag und dem vollendeten achten Lebensjahres des Kindes) vor Beginn der Elternzeit. Mit der umstrittenen Frage, ob dieser vorwirkende Sonderkündigungsschutz uneingeschränkt auch bei der abschnittweisen Beantragung von Elternzeiten gilt, hat sich das LAG Mecklenburg-Vorpommern mit seinem Urteil vom 13. April 2021 (Az. 2 Sa 300/20) befasst. Das LAG entschied, dass der Kündigungsschutz vor jedem Elternzeitabschnitt neu beginnt.*

Die Parteien stritten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. Der Anwendungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzes gemäß § 1 KSchG war nicht eröffnet. Der Kläger hatte im Januar 2019 Elternzeit beantragt und zwar für die Zeitabschnitte vom 26.05.2019 bis zum 25.06.2019 sowie vom 26.04.2020 bis zum 25.05.2020. Am 21.04.2020 kündigte die Beklagte ordentlich und fristgerecht. Der Kläger berief sich auf vorwirkenden Kündigungsschutz vor Beginn des zweiten Teilabschnitts seiner im Januar 2019 beantragten und am 26.04.2020 beginnenden Elternzeit.

Mit Erfolg: Das LAG ging nicht nur von einem einmalig vorwirkenden Kündigungsschutz für den ersten Elternzeitabschnitt aus, sondern von einem vorwirkenden Sonderkündigungsschutz je Zeitabschnitt. § 18 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BEEG sehe vor, dass der vorwirkende Sonderkündigungsschutz acht Wochen vor Beginn „einer Elternzeit“ stehe. Daraus lasse sich schließen, dass der Sonderkündigungsschutz für jeden Zeitabschnitt der Elternzeit gesondert zur Anwendung komme. Dieses Ergebnis stehe auch im Einklang mit dem Normzweck. Dieser bestehe darin, die Möglichkeiten, Elternzeit in Anspruch zu nehmen, stetig zu erweitern. Davon betroffen seien auch die vielfältigen Fallgestaltungen, in denen die Elternzeiten beider Elternteile aufeinander abgestimmt werden und daher von jedem Elternteil anteilig genommen werden können.

Die Entscheidung ist nachvollziehbar und in der Praxis zu berücksichtigen. Sie kann dazu führen, dass Arbeitnehmer den vorwirkenden Sonderkündigungsschutz durch vorausschauende Gestaltung ihrer Elternzeit bestmöglich ausnutzen können. Auf Arbeitgeberseite ist ein sorgfältiges Fristenmanagement erforderlich. Im Rahmen entsprechender Prozesse sollte sichergestellt werden, dass jeweils die Zeiträume des vorwirkenden Sonderkündigungsschutzes im Falle möglicher Trennungsszenarien Berücksichtigung finden.

Wir beraten Sie gerne hierzu.



Loschelder Praxistipp

Neues vom BAG zur Unwirksamkeit einer umfassenden Verfallklausel

Die Rechtsprechung zur Wirksamkeit von Ausschluss- bzw. Verfallklauseln ist seit Jahren im Fluss. Im Jahr 2013 hatte der 8. Senat des BAG entschieden, dass Ausschlussklauseln trotz der gesetzlichen Regelung der §§ 202 Abs. 1, 276 Abs. 3 BGB auch dann wirksam sind, wenn sie Ansprüche aus Haftung wegen Vorsatzes nicht ausnehmen. Außerhalb des Arbeitsrechts sieht dies der BGH seit jeher anders. Seine davon abweichende Rechtsprechung hat das BAG nun im Urteil vom 26. November 2020 (Az. 8 AZR 58/20) geändert. Wir skizzieren die Rechtsprechung und stellen Ihnen einen Klauselvorschlag vor.

§ 202 Abs. 1 BGB, wonach die Verjährung bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Rechtsgeschäfte erleichtert werden kann, verbietet nach der neuen Rechtsprechung des BAG nicht nur Vereinbarungen über die Verjährung, sondern auch über Ausschlussfristen insgesamt, die sich auf eine Vorsatzhaftung des Schädigers beziehen.

Das hat das BAG zu folgender Klausel entschieden:

„Alle Ansprüche, die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergeben, sind binnen einer Ausschlussfrist von zwei Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend zu machen und im Falle der Ablehnung durch die Gegenpartei binnen einer Ausschlussfrist von einem Monat einzuklagen.“

Diese Klausel erfasst auch Schadensersatzansprüche wegen vorsätzlicher Vertragsverletzung und vorsätzlicher unerlaubter Handlung. Angesichts der eindeutigen gesetzlichen Regelung sei – und hier weicht das BAG von seiner Rechtsprechung aus dem Jahr 2013 ab – die Ausschlussklausel wegen Verstoßes gegen § 202 Abs. 1 BGB nach § 134 BGB nichtig.

Darauf kann sich auch der Arbeitgeber berufen, was eine absolute Neuheit ist. Hat der Arbeitgeber eine Ausschluss- bzw. Verfallklausel verwandt, wonach alle Ansprüche nach drei Monaten verfallen, kann er sich nun darauf berufen, diese Klausel sei unwirksam und die Ansprüche weiter geltend machen. Das BAG weicht damit von bisher als gefestigt geltenden Rechtsgrundsätzen ab.

Begründet wird das mit der Bedeutung des Verbotes, wonach die Haftung wegen Vorsatzes nicht erleichtert werden kann. In diesem besonderen Fall soll auch der Arbeitgeber als Verwender in der Lage sein, sich auf die Unwirksamkeit der (=Nichtigkeit) der Klausel zu berufen.

Formulierungsvorschlag für die Personal-Praxis: Der 9. Senat des BAG hat in einem Urteil vom 18.09.2018, Az. 9 AZR 162/19 auf einen Formulierungsvorschlag des Richters am Bundesarbeitsgericht Dr. Roloff in der Festschrift für Willemsen, 2018, S. 416 hingewiesen, dem sich große Teile der Literatur angeschlossen haben. Danach kann wie folgt formuliert werden:

„§ XYZ Ausschlussfrist

Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und mit diesem im Zusammenhang stehende Ansprüche verfallen, wenn sie nicht binnen drei Monaten nach Fälligkeit bei einem Vertragspartner in Textform (§ 126 b BGB) geltend gemacht werden.

Die Ausschlussfrist gilt nicht:

- (1) Für die Haftung aufgrund Vorsatzes,
- (2) für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit oder
- (3) für Ansprüche des Arbeitnehmers, die kraft Gesetzes dieser Ausschlussfrist entzogen sind (z.B. AEntG, MiLoG, BetrVG, TVG).“

Gerne stehen wir Ihnen bei weiteren Fragen rund um die Gestaltung aktuell rechtssicherer Arbeitsverträge zur Unterstützung zur Verfügung.

Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm
+49 (0) 221 650 65-129
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock
+49 (0) 221 650 65-233
martin.brock@loschelder.de



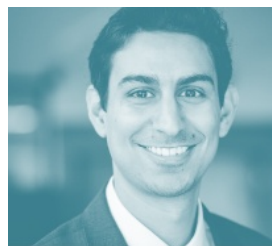
Dr. Sebastian Pelzer
+49 (0) 221 650 65-263
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.
+49 (0) 221 650 65-263
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh
+49 (0) 221 650 65-129
stefan.freh@loschelder.de



Farzan Daneshian, LL.M.
+49 (0) 221 65065-263
farzan.daneshian@loschelder.de



Dr. Malte Göbel
+49 (0) 221 650 65-129
malte.goebel@loschelder.de

Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de