

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial manufacturing environment. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above, likely part of a machine. Below it, another gear is visible, partially obscured. The background is filled with various industrial structures, pipes, and lights, creating a sense of a busy factory floor. The overall aesthetic is clean and professional, with a focus on industrial precision.

**LOSCHELDER**

**Newsletter Arbeitsrecht  
September 2021**

## **Inhalt**

### **Neues vom Gesetzgeber**

**Neue Corona-Arbeitsschutzverordnung ab dem  
10. September 2021**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**VG Koblenz: Keine Erstattung gezahlter Vergütung bei  
vorübergehender Quarantäne**

### **Neues vom Gesetzgeber**

**Begleitung beim betrieblichen Eingliederungs-management  
(BEM)**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**LAG Schleswig-Holstein: Keine Diskriminierung  
intergeschlechtlicher Menschen durch die Verwendung des  
Gendersternchens**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Smiley auf dem Stimmzettel führt zu ungültiger Stimme**

## Neues vom Gesetzgeber

### Neue Corona-Arbeitsschutzverordnung ab dem

**10. September 2021**

*Am 1. September 2021 hat das Bundeskabinett eine erneute Änderung der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV) beschlossen, die am 10. September 2021 in Kraft treten und voraussichtlich bis zum 24. November 2021 gelten wird ([hier](#) abrufbar). Diese enthält zwei wesentliche Neuerungen.*

#### **Berücksichtigung des Impf- oder Genesungsstatus**

Ab dem 10.09.2021 dürfen Arbeitgeber auch „offiziell“ einen ihnen **bekanntem Impf- oder Genesungsstatus** der Beschäftigten bei der Festlegung und Umsetzung der Maßnahmen des betrieblichen **Infektionsschutzes** berücksichtigen (§ 2 Abs. 1 Satz 4 Corona-ArbSchV-E). Dies war nach Auffassung des BMAS auch zuvor schon zulässig, soweit Kontakte ausschließlich zwischen vollständig Geimpften bzw. Genesenen stattfinden (siehe hierzu [Ziff. 1.6 der FAQs des BMAS](#)).

Die von Arbeitgebern ersehnte **Auskunftsverpflichtung** der Beschäftigten über ihren Impf- bzw. Genesungsstatus ist **nicht eingeführt** worden. Das BMAS stellt in der Verordnungsbegründung und auf seiner [Homepage](#) noch einmal ausdrücklich klar, dass eine Auskunftspflicht der Beschäftigten nicht besteht. Das ist bedauerlich, da die Ausgestaltung betrieblicher Hygienekonzepte hierdurch deutlich erschwert bzw. zum Teil unmöglich gemacht wird. Solange der Status einzelner Beschäftigter nicht bekannt ist, werden Arbeitgeber auch die übrigen betrieblichen Kontaktpersonen in der Regel nicht von einschränkenden Maßnahmen wie der Maskenpflicht befreien dürfen. Sonderregelungen für immunisierte Personen können den Betriebsfrieden gefährden. Es bleibt daher zu hoffen, dass in Kürze eine gesetzliche Auskunftspflicht der Arbeitnehmer eingeführt wird; laut Regierungssprecher Seibert wird dies derzeit geprüft.

Soweit der Impf- bzw. Genesungsstatus aufgrund freiwilliger Auskünfte der Beschäftigten bekannt ist, können Arbeitgeber ihr **Hygienekonzept anpassen**. Dabei darf – so auch die Verordnungsbegründung – **zwischen bestimmten Arbeitsbereichen und Teams differenziert** werden. So wird man z.B. die Maskenpflicht in Bereichen im Betrieb entfallen lassen

können, in denen sich ausschließlich immunisierte Personen aufhalten. Auch wird man Zusammenkünfte in Besprechungs- und Pausenräumen für immunisierte Personen wieder großzügiger zulassen können.

Ein gewisses **Spannungsverhältnis** besteht allerdings zwischen § 2 Abs. 1 Satz 4 Corona-ArbSchV-E und § 3 **Corona-ArbSchV**. Der Verordnungsgeber hat die Regelung im Zuge der Überarbeitung der Corona-ArbSchV nicht angepasst. Nach § 3 Satz 1 Corona-ArbSchV sollen **betriebsbedingte Kontakte** weiterhin **reduziert** werden. Nach Satz 2 ist die **gleichzeitige Nutzung von Räumen** durch mehrere Personen auf das **betriebsnotwendige Minimum** zu reduzieren. In der Begründung der CoronaArbSchV vom 25.06.2021 hieß es dazu, dass betriebsbedingte Zusammenkünfte auf das „absolut betriebsnotwendige Maß“ zu beschränken seien; die Vorschrift ist also durchaus eng auszulegen. Aber wann ist eine persönliche Zusammenkunft in Zeiten von Microsoft Teams & Co. noch absolut betriebsnotwendig?

Letztlich sollten Arbeitgeber noch eine gewisse Zurückhaltung walten lassen und stets **Personenzahl und Raumgröße im Blick behalten**. Jedenfalls für geimpfte und genesene Personen können Besprechungen und andere Zusammenkünfte aus unserer Sicht jedoch wieder ohne größere Einschränkungen, insbesondere **ohne Maskenpflicht**, zugelassen werden. Vorsorglich sollten die Zusammenkünfte von **angemessenen Schutzmaßnahmen**, z.B. regelmäßigen Lüftungsintervallen, begleitet werden.

### **Freistellung zur Impfung**

Ab dem 10.09.2021 müssen Arbeitgeber den Beschäftigten **ermöglichen**, sich **während der Arbeitszeit** gegen das Coronavirus **impfen** zu lassen (§ 5 Abs. 1 Satz 1 Corona-ArbSchV-E). Zunächst einmal folgt aus der Regelung lediglich ein **Freistellungsanspruch** der Beschäftigten zur Wahrnehmung des Impftermins. Eine andere Frage ist, ob die Freistellung **bezahlt oder unbezahlt** zu erfolgen hat. Diese Frage beantwortet die Verordnung nicht. Allerdings geht die Verordnungsbegründung bei der Beschreibung des **Erfüllungsaufwands für die Wirtschaft von 310,4 Millionen Euro Lohnkosten** aus, die durch die eingeführte Verpflichtung zur Ermöglichung einer Schutzimpfung während der Arbeitszeit für die Geltungsdauer der Verordnung entstehen. Der Verordnungsgeber geht also davon aus, dass Arbeitgeber die

Beschäftigten bezahlt freizustellen haben. Dafür spricht auch, dass es dessen erklärtes Ziel ist, die Impfquote zu erhöhen. Würde den Beschäftigten der Gang zum Hausarzt oder Impfzentrum vom Gehalt abgezogen, würde dies viele Ungeimpfte von der Impfung abhalten. Es ist daher **davon auszugehen, dass Arbeitgeber die Ausfallzeiten für die beiden Impftermine vergüten müssen**. Die Beschäftigten trifft allerdings gemäß § 241 Abs. 2 BGB die **Pflicht, die Ausfallzeiten möglichst gering zu halten**.

### **Weitere Regelungen**

Ferner müssen Arbeitgeber nach dem neuen § 5 der Corona-ArbSchV-E

- die **Betriebsärzte**, die Corona-Schutzimpfungen durchführen, **organisatorisch und personell unterstützen**,
- die Beschäftigten über die Gesundheitsgefährdung einer Erkrankung mit COVID-19 **aufklären** und
- die Beschäftigten über die Möglichkeit einer Schutzimpfung **informieren**.

Informationen über die Gefahren von COVID-19 und die Möglichkeit der Impfung sind daher zukünftig in die **arbeitsschutzrechtliche Unterweisung gemäß § 12 ArbSchG** einzubeziehen.

Wenn Arbeitgeber **Werbung für eine Schutzimpfung im Betrieb** machen, ist **Vorsicht geboten**. Auch ein medizinischer Standardeingriff wie eine Impfung gegen das Coronavirus kann zu gesundheitlichen Schäden führen und damit zur **Haftungsfalle** für den Arbeitgeber werden. So hatte sich das **BAG** im Jahr 2017 mit der Frage zu befassen, ob ein Arbeitgeber Ersatz für materielle und immaterielle Schäden nach einer Grippeimpfung leisten muss (Urteil vom 21.12.2017 – 8 AZR 853/16). Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten ein **Behandlungsvertrag i.S.d. §§ 630a ff. BGB** zustande kommt und der Arbeitgeber die danach **erforderliche Aufklärung** über die Risiken der Impfung unterlässt. Das BAG hat das Zustandekommen eines Behandlungsvertrags im konkreten Fall verneint, weil der **Impfaufruf allein durch die Betriebsärztin** erfolgt war. Auch § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet lediglich zur **ordnungsgemäßen Auswahl der die Impfung durchführenden Person**. Arbeitgeber

müssen daher darauf achten, **jeden Anschein eines Behandlungsvertrags mit den Beschäftigten zu vermeiden** und sollten die Impfung durch die Betriebsärzte bzw. extern beauftragten **Ärzte selbstständig organisieren und durchführen** lassen.

### **Testangebotspflicht bleibt**

Weitere Neuerungen enthält die neue Fassung der Corona-ArbSchV nicht. Insbesondere bleiben Arbeitgeber verpflichtet, Beschäftigten, die nicht ausschließlich im Homeoffice arbeiten, **zweimal pro Kalenderwoche kostenfrei einen Coronatest** anzubieten. Die betriebliche Testangebotspflicht wird die kostenfreien Bürgertestungen also voraussichtlich überdauern. So können sich alle Arbeitnehmer, die nicht nachgewiesenermaßen geimpft oder genesen sind, weiterhin auf Kosten des Arbeitgebers testen lassen – also auch diejenigen, die geimpft sind, dies aber nicht preisgeben wollen.



## Neues aus der Rechtsprechung

### VG Koblenz: Keine Erstattung gezahlter Vergütung bei vorübergehender Quarantäne

*Regelmäßig zahlen Arbeitgeber die Vergütung von Arbeitnehmern weiter, die aufgrund einer behördlichen Anordnung in Quarantäne sind und deswegen ihre Arbeitsleistung nicht erbringen können. Dabei gehen viele Arbeitgeber davon aus, dass Ihnen ein entsprechender Erstattungsanspruch nach § 56 Abs. 5 Satz 3 IfSG zusteht, basierend auf einem korrespondierenden Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers nach § 56 Abs. 1 IfSG. Dieser Entschädigungsanspruch besteht allerdings nur dann, wenn der Arbeitnehmer aufgrund der Quarantäne einen Verdienstaussfall erlitten hat. Dem könnte jedoch § 616 BGB entgegenstehen. Zu dessen Voraussetzungen sowie dem Verhältnis zu § 56 IfSG hat das Verwaltungsgericht Koblenz in seiner Entscheidung vom 10. Mai 2021 (Az. 3 K 108/21.KO) dezidiert Stellung genommen.*

In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall handelte es sich bei der Klägerin um eine Bäckereikette, die u.a. eine seit über zwei Jahren angestellte Verkäuferin beschäftigte. Diese Verkäuferin musste aufgrund einer infektionsschutzrechtlichen Anordnung wegen eines Ansteckungsverdachts nach § 30 IfSG a.F. vom 16. bis einschließlich 21.03.2020 in häusliche Quarantäne („Absonderung“). Die Klägerin zahlte die Vergütung weiter und beantragte anschließend beim beklagten Landesamt nach §§ 56, 57 IfSG die Erstattung von Entschädigungszahlungen und Sozialversicherungsbeiträgen in Höhe von knapp 550 €. Der Beklagte erstattete einen Teilbetrag für den sechsten Tag der Quarantäne, lehnte jedoch den darüberhinausgehenden Antrag mit der Begründung ab, dass für die ersten fünf Tage kein Verdienstaussfall der Verkäuferin vorlag – hier habe sie einen Vergütungsanspruch aus § 616 BGB.

Nach einem erfolglosen Widerspruchsverfahren machte die Klägerin ihre Forderungen gerichtlich vor dem VG Koblenz geltend. Das Gericht hat die Klage mit der folgenden Begründung abgewiesen:

**Grundvoraussetzung für den Erstattungsanspruch** des Arbeitgebers sei es, dass der „abgesonderte“ Arbeitnehmer einen **Verdienstaussfall** erlitten hat. Hierfür sei zu prüfen, ob dem



Arbeitnehmer trotz seiner Verhinderung an der Ausübung seiner Tätigkeit ein **Lohnfortzahlungsanspruch** zusteht. In dem vorliegenden Fall habe ein solcher Anspruch aufgrund von § 616 BGB bestanden. Danach verliert der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf die Vergütung nicht bereits dadurch, dass er für eine *verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit* durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird.

Das Gericht hat im ersten Schritt festgestellt, dass es sich bei der behördlichen Quarantäneanordnung um ein **subjektives Leistungshindernis** handelt. Zwar bestehe während einer Pandemie eine nicht fernliegende Wahrscheinlichkeit, Adressat einer solchen Anordnung zu werden; dies führe nach Auffassung des VG Koblenz jedoch nicht dazu, dass die allgemeine Ansteckungsgefahr zu einem objektiven Leistungshindernis werde. Es bleibe dabei, dass der Grund für die Verhinderung in der Person des konkreten Arbeitnehmers liege, der wegen einer möglichen Ansteckungsgefahr abgesondert wurde.

Im zweiten Schritt hat das Gericht ausgeführt, dass die sechstägige Quarantäne noch eine *verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit* im Sinne des § 616 Satz 1 BGB darstelle. Dabei hat das Gericht zunächst die verschiedenen Standpunkte in Literatur und Rechtsprechung, wie dieser unbestimmte Rechtsbegriff auszulegen sei, skizziert. Während eine Position auf die Länge des Arbeitsverhältnisses abstellt, knüpft eine andere Position an den Anlass der Verhinderung. Eine wiederum andere Ansicht orientiert sich an einem Urteil des BGH aus dem Jahr 1975 und zieht im Einzelfall eine Höchstgrenze bei sechs Wochen, angelehnt an das Entgeltfortzahlungsgesetz.

Das VG Koblenz hat sich am Wortlaut der Norm orientiert und in erster Linie das **Verhältnis zwischen Dauer des Arbeitsverhältnisses und Dauer der Arbeitsverhinderung** als maßgeblich erachtet. Dabei ist es davon ausgegangen, dass jedenfalls bei einer Beschäftigungsdauer von **mindestens einem Jahr** grundsätzlich eine höchstens **14 Tage** andauernde Arbeitsverhinderung infolge einer behördlich angeordneten Quarantäne noch als nicht erhebliche Zeit im Sinne des § 616 Satz 1 BGB zu bewerten sei. Eine Korrektur könne aufgrund der Eigenart der Verhinderung und etwaiger Besonderheiten des



konkreten Arbeitsverhältnisses in Betracht kommen; einen Anlass hierzu habe es aber im vorliegenden Fall nicht gegeben.

Schließlich hat das Gericht ausgeführt, dass auch der Gesetzeszweck des § 56 IfSG kein anderes Ergebnis gebiete. Diese Regelung bezwecke es nicht, den Arbeitgebern einen Schadensausgleich zu gewähren. Vielmehr solle Arbeitnehmern, die als Ausscheider bzw. Abgesonderte ohne Verschulden eine Gefährdung der Allgemeinheit darstellen und deswegen einen schwerwiegenden Eingriff in ihre persönliche Freiheitsphäre hinnehmen müssen, eine **Billigkeitsentschädigung** gewährt werden. Hiermit solle eine gewisse Sicherung vor materieller Not geboten werden. Eine solche ist jedoch nicht gegeben, wenn der Arbeitnehmer ohnehin Anspruch auf seine Vergütung hat. Insofern sei **§ 56 IfSG stets subsidiär** anzuwenden.

Eine nicht im Urteil erwähnte Schlussfolgerung ist, dass der Beklagte selbst die anteiligen Kosten nicht hätte erstatten müssen. Ohnehin lag der Entscheidung des Beklagten offensichtlich ein falsches Verständnis des § 616 BGB zugrunde – der Vergütungsanspruch wird hiernach nämlich entweder für die gesamte Zeit der Verhinderung oder gar nicht aufrechterhalten, aber nie anteilig.

Die Ausführungen des VG Koblenz sind trotz der „fachfremden“ Materie überzeugend. Auch das OVG Lüneburg hat in einer aktuellen Entscheidung vom 02.07.2021 (Az. 13 LA 258/21) ausgeführt, dass jedenfalls eine viertägige Quarantäne noch eine nicht erhebliche Zeit im Sinne des § 616 BGB darstelle, so dass ein Erstattungsanspruch nach § 56 IfSG nicht bestehe.

Es steht zu befürchten, dass die Behörden vor dem Hintergrund dieser Entscheidungen zukünftig weniger „großzügig“ sind in Bezug auf Erstattungen nach § 56 IfSG – jedenfalls bei nicht sehr kurzen Arbeitsverhältnissen, in denen § 616 BGB nicht abbedungen oder anderweitig konkretisiert ist.



## Neues vom Gesetzgeber

### **Begleitung beim betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM)**

*Bislang bestand für Arbeitgeber keine Pflicht, betroffenen Arbeitnehmern im Verfahren des betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) die Teilnahme eines Beistandes, insbesondere eines Rechtsanwalts zu gestatten. Das hat sich infolge einer am 10. Juni 2021 in Kraft getretenen Gesetzesänderung in § 167 Abs. 2 Satz 2 SGB IX geändert: Beschäftigte können bei der Durchführung des BEM „zusätzlich eine Vertrauensperson eigener Wahl hinzuziehen.“*

Bislang galt, dass beim BEM der betroffene Beschäftigte und die betrieblichen Interessenvertretungen bzw. einzelne vom Arbeitnehmer zu benennende Mitglieder zu beteiligen sind. Zu beteiligen sind damit die Schwerbehindertenvertretung, wenn es sich um schwerbehinderte Arbeitnehmer handelt, und der Betriebsrat. Soweit erforderlich, sind weiter der Betriebsarzt und ggf. das Integrationsamt zu beteiligen, letzteres insbesondere bei der Klärung von Leistungen zu Teilhabe oder begleitenden Hilfen im Arbeitsleben.

Die Rechtsprechung hatte bislang einen Anspruch auf Hinzuziehung von Rechtsanwälten zum BEM abgelehnt. Entsprechendes galt auch für andere Vertrauenspersonen. Das ist damit begründet worden, dass es beim BEM nicht um den Ausgleich widerstreitender

Interessen ginge, sondern um Maßnahmen zur Verhinderung krankheitsbedingter Kündigungen.

Dies ist nun anders: Nach § 167 Abs. 2 Satz 2 SGB IX können Arbeitnehmer nun bei der Durchführung des BEM zusätzlich eine Vertrauensperson eigener Wahl hinzuziehen. Auch der Rechtsanwalt ist eine solche Vertrauensperson. Natürlich sind auch andere unterstützende Personen „Vertrauensperson“ im Sinne der gesetzlichen Neuregelung.

Da der Gesetzestext von „einer“ Vertrauensperson spricht, besteht kein Anspruch auf Hinzuziehung mehrerer Vertrauenspersonen.

In der Einladung muss der Arbeitgeber auf die Möglichkeiten der Hinzuziehung der Vertrauensperson hinweisen. Sonst hat er nicht ordnungsgemäß eingeladen, das BEM wird fehlerhaft eingeleitet und nicht ordnungsgemäß durchgeführt.

Zweckmäßigerweise können Sie das in Ihrem Unternehmen verwendete Einladungsformular um folgenden Satz ergänzen:

*Sie können eine Vertrauensperson Ihrer Wahl zum betrieblichen Eingliederungsmanagement hinzuziehen.*

Gerne unterstützen wir Sie bei allen Fragen rund um das BEM.



## Neues aus der Rechtsprechung

### **LAG Schleswig-Holstein: Keine Diskriminierung intergeschlechtlicher Menschen durch die Verwendung des Gendersternchens**

*Bei Stellenausschreibungen gilt es einiges zu beachten. Insbesondere müssen diese mit Blick auf das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz diskriminierungsfrei formuliert sein. Das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein hat sich in seinem Urteil vom 22. Juni 2021 (Az. 3 Sa 37 öD/21) nunmehr mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob die Verwendung des Gendersternchens in einer Stellenausschreibung intergeschlechtliche Bewerber\*innen benachteiligt.*

In dem der Entscheidung des LAG Schleswig-Holstein zugrundeliegenden Fall hatte eine Gebietskörperschaft mehrere Stellen für Diplom-Sozialpädagog\*innen, Diplom-Sozialarbeiter\*innen, Diplom-Heilpädagog\*innen u.a. ausgeschrieben. Sie wies darauf hin, dass alles Weitere „dem nachstehenden Anforderungsprofil einer Fachkraft (m/w/d)“ zu entnehmen sei. Zudem würden „Schwerbehinderte Bewerber\*innen bei entsprechender Eignung bevorzugt berücksichtigt“. Die klagende Partei bewarb sich auf eine der Stellen und legte im Rahmen der Bewerbung ihre Intergeschlechtlichkeit sowie eine Schwerbehinderung offen.

Mit ihrer Klage vor dem LAG Schleswig-Holstein beantragte die klagende Partei Prozesskostenhilfe. Sie ist der Meinung, die von der Beklagten gewählte Ausdrucksweise – „Schwerbehinderte Bewerber\*innen“ – entspreche keiner geschlechtsneutralen Formulierung, sondern stelle explizit auf das Merkmal des Geschlechts ab. Zuvor hatte das Arbeitsgericht Elmshorn ihr aus anderen Gründen bereits eine Entschädigung in Höhe von 2.000 Euro zugesprochen. Die klagende Partei ist allerdings der Ansicht, dass ihr eine Entschädigung von mindestens 4.000 Euro zustehe.

Zu Unrecht, wie bereits das Arbeitsgericht Elmshorn entschied. Der Antrag der klagenden Partei auf Prozesskostenhilfe blieb erfolglos.

Nach Auffassung des Gerichts würden Menschen durch die Verwendung des Gendersternchens nicht benachteiligt. Es diene gerade dazu, die Vielfalt der Geschlechter deutlich zu machen und insbesondere auch Menschen anzusprechen, die sich weder

dauerhaft noch ausschließlich dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zuordnen ließen.

Dass die beklagte Partei sich nicht an der gesetzlichen Formulierung des SGB IX, das ausschließlich von „schwerbehinderten Menschen“ spricht, orientierte, sei unerheblich. Vielmehr werde durch die verschiedenen gewählten Formulierungen ausdrücklich kenntlich gemacht, dass die Ausschreibung geschlechtsneutral erfolgen solle. Dies wird insbesondere auch durch den sich im Ausschreibungstext befindlichen Zusatz „m/w/d“ deutlich.

Bei der Formulierung von Stellenausschreibungen ist größtmögliche Sorgfalt und Vorsicht geboten. Die vorliegende Entscheidung stützt zwar grundsätzlich die Möglichkeit der Verwendung des Gendersternchens. Dennoch sind die Vorgaben der Rechtsprechung insbesondere zur alters- und geschlechtsbezogenen Diskriminierung zwingend einzuhalten. Fehler können teuer werden.

Wir beraten Sie gerne hierzu.



## Neues aus der Rechtsprechung

### Smiley auf dem Stimmzettel führt zu ungültiger Stimme

*Dass ein Smiley auf dem Stimmzettel nicht nur für Freude sorgen kann, hat das Bundesarbeitsgericht in seinem Beschluss vom 28. April 2021 (Az. 7 ABR 20/20) deutlich gemacht. Kurz vor den anstehenden Betriebsratswahlen im kommenden Jahr gibt das BAG mit diesem Beschluss noch einmal Leitlinien zur gültigen Stimmabgabe bei einer Arbeitnehmervertreterwahl vor. Das Gericht hat sich insbesondere mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob ein auf dem Wahlzettel aufgemalter „Smiley“ die Gültigkeit der abgegebenen Stimme beeinflusst.*

In dem der Entscheidung des BAG zugrundeliegenden Fall wurde im Rahmen einer Wahl von Arbeitnehmervertretern in den drittelbeteiligten Aufsichtsrat ein Stimmzettel eines Kandidaten 1 für ungültig erklärt und folglich nicht gewertet. Dadurch kam es zu einer Stimmgleichheit zweier Kandidaten, die durch einen Losentscheid gelöst wurde. Diesen gewann der Kandidat 2. Hätte allerdings der ausgeschlossene Stimmzettel nicht an Gültigkeit verloren, so wäre Kandidat 1 Aufsichtsratsmitglied geworden und es hätte dementsprechend kein Losverfahren stattfinden müssen. Die Stimme wurde durch den Wahlvorstand für ungültig erklärt, da den Stimmzettel, außerhalb des für die Stimmabgabe vorgesehenen Feldes ein ca. ein Zentimeter großer Smiley zierte. Die Aufsichtsratswahl wurde u.a. aus diesem Grund angefochten.

Das BAG bestätigte die Entscheidung des Wahlvorstands, den in Rede stehenden Stimmzettel für ungültig zu erklären.

Nach Auffassung des Gerichts lag ein Fall des § 13 Abs. 3 WODrittelbG vor. Diese Vorschrift regelt, unter welchen Voraussetzungen ein Stimmzettel unwirksam ist. Aus dem eingereichten Stimmzettel gehe zwar eindeutig hervor, welchem Bewerber der Wähler seine Stimme zukommen lassen wollte und dass es sich wohl auch nicht um eine nicht ernstgemeinte Stimmabgabe handle, allerdings enthalte der Stimmzettel ein besonderes Merkmal i.S.d § 13 Abs. 3 Nr. 3 WODrittelbG.

Ein solches Merkmal liege vor, wenn der Stimmzettel über die der Stimmabgabe dienenden Kennzeichnung hinaus Eigenheiten aufweist, die geeignet sind, auf die Person des Wählers hinzuweisen.

Nicht erforderlich sei dabei, dass die Person des Wählers tatsächlich feststellbar ist.

Eine solche restriktive Auslegung lässt sich bereits damit legitimieren, dass der Grundsatz der geheimen Wahl dem Schutz der Wahlfreiheit dient und essentiell für eine demokratische Teilhabe ist. Der Wähler kann auf die Wahrung seines Wahlheimnisses nicht wirksam verzichten.

Dass Urteil zeigt, dass die Rechtsprechung hohe Anforderungen an die Wirksamkeit von Wahlen stellt. Gerade auch im Hinblick auf die anstehenden Betriebsratswahlen ist den formalen Voraussetzungen an ein ordnungsgemäßes Wahlverfahren sorgsam Rechnung zu tragen. Wir unterstützen Sie dabei gerne.





## 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



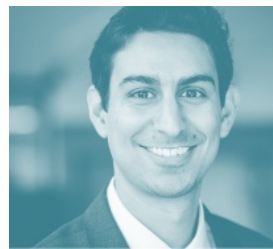
Dr. Sebastian Pelzer  
+49 (0) 221 650 65-263  
sebastian.pelzer@loschelder.de



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