



Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für Mai 2022 unserer auf das Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei, **BECK.Kanzlei für Arbeitsrecht**. Auch in diesem Monat werden wir Sie über aktuelle Entscheidungen und Entwicklungen im Arbeitsrecht informieren.

Im ersten Teil musste sich das Bundesarbeitsgericht in einer aktuellen Entscheidung mit der Frage befassen, ob ein Arbeitgeber nach Durchführung eines bEM-Verfahrens vor Ausspruch einer Kündigung knapp 12 Monate später ein weiteres bEM-Verfahren durchführen muss, damit die Kündigung wirksam ist.

Im zweiten Teil musste das Landesarbeitsgericht München die Wirksamkeit einer Kündigung beurteilen, die durch den Arbeitgeber per WhatsApp übermittelt worden ist.

Die Tipps im Mai stellen die geplanten Änderungen bei Mindestlohn und Minijob ab Oktober vor.

Inhalt

- 1. Durchführung eines weiteren bEM innerhalb eines Jahres nach Abschluss eines bEM**
(BAG vom 18.11.2021 – 2 AZR 138/21)
- 2. Wirksamkeit einer per WhatsApp übermittelten Kündigung**
(LAG München vom 28.10.2021 – 3 Sa 362/21)
- 3. Tipps: Änderungen bei Mindestlohn und Minijob ab Oktober**

Durchführung eines weiteren bEM innerhalb eines Jahres nach Abschluss eines bEM
(BAG vom 18.11.2021 – 2 AZR 138/21)

Zum 01.05.2004 wurde in § 84 Abs. 2 und 3 SGB IX das sogenannte betriebliche Eingliederungsmanagement (bEM) eingeführt. Seit 01.01.2018 sind die Vorgaben in § 167 Abs. 2 und 3 SGB IX geregelt.

Trotz der Regelung im SGB IX unter dem Titel „Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen“ sind die Vorschriften und das bEM-Verfahren auf **alle Arbeitnehmer** anzuwenden. Es findet **keine Begrenzung auf schwerbehinderte und diesen gleichgestellte Arbeitnehmer oder auf Menschen mit Behinderung** statt.

Das Bundesarbeitsgericht musste sich in einer aktuellen Entscheidung mit der Frage befassen, ob ein Arbeitgeber nach Durchführung eines bEM-Verfahrens vor Ausspruch einer Kündigung knapp 12 Monate später ein **weiteres bEM-Verfahren** durchführen muss, damit die Kündigung wirksam ist (Urteil vom 18.11.2021 – 2 AZR 138/21).



Beispiel

Arbeitnehmer A ist seit 2001 bei Unternehmen B beschäftigt. A war im Jahr 2017 an insgesamt 40 Arbeitstagen, im Jahr 2018 an insgesamt 61 Arbeitstagen und im Jahr 2019 an insgesamt 103 Arbeitstagen arbeitsunfähig erkrankt.

Am 05.03.2019 fand zwischen den Parteien ein Gespräch zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (bEM) statt.

Mit Schreiben vom 26.02.2020 erklärte B die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Im Zeitraum zwischen dem am 05.03.2019 geführten Gespräch und dem Ausspruch der Kündigung war A an insgesamt 79 Arbeitstagen arbeitsunfähig erkrankt.

Hätte der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung ein weiteres bEM-Gespräch führen müssen?

Betriebliches Eingliederungsmanagement

§ 167 Abs. 2 SGB IX lautet folgendermaßen:

„Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen

oder wiederholt arbeitsunfähig, klärt der Arbeitgeber mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person die Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann (betriebliches Eingliederungsmanagement).“

Voraussetzung für die Durchführung eines bEM ist somit, dass ein Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres (d.h. 12 Monate, nicht Kalenderjahr) länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig ist. Das Gesetz gibt allerdings keine Auskunft darüber, wie lange ein abgeschlossenes bEM „haltbar“ ist.

Mit dieser Frage hat sich das Bundesarbeitsgericht nun befasst.

BAG vom 18.11.2021 – 2 AZR 138/21

Im dargestellten Beispielfall hatte sowohl das Arbeitsgericht als auch das Landesarbeitsgericht die Kündigung für unwirksam erklärt; auch das Bundesarbeitsgericht kam zu der Überzeugung, dass die Kündigung einer gerichtlichen Überprüfung nicht standhält.

Der Arbeitgeber hätte vor Ausspruch der Kündigung die Initiative zur Durchführung eines weiteren bEM ergreifen müssen, wobei er dieser Verpflichtung im vorliegenden Fall nicht nachgekommen ist.

Aus diesem Grund traf den Arbeitgeber die **erweiterte Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass durch ein bEM **keine mildereren Mittel** als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hätten erkannt oder entwickelt werden können. Dieser erweiterten Darlegungslast konnte – so die Erfurter Richter – der Arbeitgeber nicht nachkommen.

Selbst wenn es sich bei dem am 05.03.2020 geführten Gespräch um ein bEM gehandelt haben sollte, habe der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung am 26.02.2020 die Initiative zur Durchführung eines weiteren bEM ergreifen müssen, da der Arbeitnehmer im Zeitraum zwischen diesem Gespräch und dem Ausspruch der Kündigung am 26.02.2020 **erneut 79 Arbeitstage** arbeitsunfähig gewesen sei.

Pflicht zur Durchführung eines weiteren bEM

§ 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX verpflichtet Arbeitgeber insoweit zur Durchführung eines bEM, sobald ein Arbeitnehmer innerhalb eines Zeitraums von **maximal einem Jahr** ununterbrochen oder wiederholt **länger als sechs Wochen** arbeitsunfähig sei.

Die Richter führten weiter aus, wenn ein Arbeitnehmer nach Abschluss eines bEM erneut innerhalb eines Jahres für mehr als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig werde, der Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet sei, **erneut** ein bEM durchzuführen, auch wenn seit dem zuvor durchgeführten bEM **noch nicht wieder ein Jahr** verstrichen sei.

Dies ergebe sich nach Auffassung des BAG nicht nur aus dem **Gesetzeswortlaut**, sondern folge auch aus dem **Sinn und Zweck** des bEM, den Bestand des Arbeitsverhältnisses durch geeignete Gesundheitsprävention **möglichst dauerhaft** zu sichern.

Die Annahme eines „**Mindesthaltbarkeitsdatums**“ von einem Jahr für ein bereits durchgeführtes bEM widerspräche somit dem Sinn und Zweck des § 167 Abs. 2 SGB IX.

Verpflichtung auch bei weiterbestehender Arbeitsunfähigkeit

Die grundsätzliche Verpflichtung des Arbeitgebers, die **erneute Initiative** zur Durchführung eines bEM zu ergreifen, bestehe auch,

- wenn die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers über das abgeschlossene bEM hinaus über **mehr als sechs weitere Wochen** ununterbrochen andauere, sowie auch dann,
- wenn der Arbeitnehmer die Teilnahme an einem ihm bereits angebotenen bEM **abgelehnt** habe und die **Ablehnung weniger als ein Jahr** zurückliege.

Wirksamkeit einer per WhatsApp übermittelten Kündigung (LAG München vom 28.10.2021 – 3 Sa 362/21)

Bei der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses werden in der Praxis immer wieder sehr leicht vermeidbare Fehler begangen, die jedoch massive – insbesondere finanzielle – Konsequenzen haben können.

Immer wieder besteht Unsicherheit darüber, in welcher **Form** eine Kündigung ausgesprochen werden muss, insbesondere ob die Kündigungserklärung z.B. per Telefax, per E-Mail, per SMS oder gar WhatsApp übermittelt werden kann.

Das Landesarbeitsgericht München musste die **Wirksamkeit einer Kündigung** beurteilen, die durch den Arbeitgeber per **WhatsApp** übermittelt worden ist (Urteil vom 28.10.2021 – 3 Sa 362/21).



Beispiel

Unternehmen U schickte Arbeitnehmer A das Foto eines unterschriebenen Kündigungsschreibens vom 02.09.2020, wonach dem Mitarbeiter wegen Arbeitens unter Alkoholeinfluss die außerordentliche fristlose Kündigung ausgesprochen wurde, per WhatsApp.

Gegen diese Kündigung ging A im Rahmen einer Kündigungsschutzklage vor. Im Güutetermin am 11. Januar 2021 übergab U dem A eine ordentliche Kündigung, die das Arbeitsverhältnis fristgemäß zum 15.02.2021 beenden sollte.

Das Arbeitsgericht gab der Kündigungsschutzklage statt, da nach seiner Auffassung die per WhatsApp übermittelte Kündigung formell unwirksam war. Da U sich mit diesem Urteil nicht arrangieren wollte, wurde Rechtsmittel eingelegt mit der Begründung, die Berufung auf den Formmangel verstoße gegen § 242 BGB, da A den Zugang der Kündigung vereitelt und er U seine aktuelle Anschrift trotz mehrfacher Aufforderung nicht mitgeteilt habe.

War die außerordentliche Kündigung von September 2020 wirksam?

Schriftform der Kündigung

Gemäß § 623 BGB bedarf die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Auflösungsvertrag zu ihrer Wirksamkeit der **Schriftform**; die **elektronische Form ist ausgeschlossen**.

Dieser strengen Formvorschrift kommt zum einen eine **Warnfunktion** zu, da verhindert werden soll, dass sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis unüberlegt durch Kündigung beenden.

Daneben dient das Formerfordernis auch der **Klarstellung**, dass eine Kündigung tatsächlich erklärt ist.

Schließlich hat § 623 BGB **Beweisfunktion**, weil der Tatbestand der Kündigung zuverlässiger beweisbar gemacht wird.

Schließlich hat der Gesetzgeber das Ziel verfolgt, **Rechtssicherheit** zu schaffen und gleichzeitig die Arbeitsgerichte zu entlasten.

Schriftform

Schriftform bedeutet zunächst, dass die Kündigungserklärung in einer **Urkunde** niedergelegt sein muss. Die Urkunde kann im Unterschied zur Unterschrift vorgedruckt, fotokopiert oder von einem Dritten gefertigt sein.

Das Kündigungsschreiben muss gleichzeitig vom Aussteller **eigenhändig durch Namensunterschrift** oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens **unterschrieben** werden.

Das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift stellt dabei eine eindeutige **Verbindung** zwischen der Urkunde und dem Aussteller her (**Identitätsfunktion**), außerdem wird durch die Verbindung zwischen Unterschrift und Erklärungstext gewährleistet, dass die Erklärung inhaltlich vom Unterzeichner herrührt (**Echtheitsfunktion**).

Eine **digital erstellte Signatur** genügt wegen des Ausschlusses der elektronischen Form **nicht**. Die Kündigung muss schließlich als empfangsbedürftige Willenserklärung in der **Form zugehen**, die für die **Abgabe erforderlich** ist.

Art des Zugangs

Ein **Telegramm** genügt daher trotz eigenhändiger Unterzeichnung des Aufgabetelegramms nicht, gleiches gilt für die Übermittlung durch **Telefax**, da die dem Empfänger zugehende Erklärung lediglich eine **Kopie** des beim **Absender verbleibenden Originals** ist.

Schließlich genügt auch eine **E-Mail** dem Schriftformerfordernis nicht, selbst wenn sie mit einer Unterschriftsdatei „unterschrieben“ worden ist. Damit wäre nur die **Textform** gewahrt, die für § 623 BGB aber gerade nicht ausreicht.

Nicht ausreichend ist auch ein **eingescanntes Kündigungsschreiben**, das per E-Mail an den Erklärungsempfänger übermittelt wird.

Auch per **SMS** kann die Kündigung nicht formwirksam erklärt werden, da auch diese lediglich der Textform genügen würde. Schließlich ist auch eine per **WhatsApp** übermittelte Kündigung **formunwirksam**.

LAG München vom 28.10.2021 – 3 Sa 362/21

Mit der vorstehenden Begründung gab sowohl das Arbeitsgericht als auch in der Berufungsinstanz das Landesarbeitsgericht München der Kündigungsschutzklage statt. Eine per WhatsApp übermittelte Kündigungserklärung

sei, so die Richter, wegen **Verstoßes gegen das Schriftformgebot** gemäß § 623 BGB **nichtig**.

Die dem Arbeitnehmer übersandte WhatsApp-Nachricht gebe lediglich die Ablichtung der Originalunterschrift des Arbeitgebers wieder, während das **schriftliche Original** des Kündigungsschreibens dem Kläger gerade **nicht zugegangen** sei.

Die Richter verweherten dem Arbeitnehmer schließlich auch nicht die Berufung auf diesen Formmangel nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nach § 242 BGB, denn weder sei das Ergebnis der Formnichtigkeit für den **Arbeitgeber schlechthin untragbar** noch stelle sich das **Verhalten des Klägers** (angebliche Zugangsverweigerung) **in hohem Maße als widersprüchlich** dar.

Dieser Entscheidung ist zuzustimmen, da sie auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung und im Übrigen auch auf Linie der gesetzlichen Vorgaben liegt.

Tipps: Änderungen bei Mindestlohn und Minijob ab Oktober

Das Bundeskabinett hat am 23.02.2022 den Entwurf eines Gesetzes zur Erhöhung des Schutzes durch den gesetzlichen Mindestlohn und zu Änderungen im Bereich der geringfügigen Beschäftigung beschlossen.

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass der Mindestlohn zum **01.10.2022** auf **12,00 Euro brutto je Zeitsunde** angehoben wird.

Zudem wird die **Entgeltgrenze für geringfügig entlohnte Beschäftigungen** von derzeit 450,00 Euro auf **520,00 Euro** erhöht.

Die Tipps im Mai stellen die geplanten Änderungen vor.

Erhöhung des gesetzlichen Mindestlohns

Mit dem Gesetzentwurf soll die im Koalitionsvertrag vereinbarte **einmalige gesetzliche Erhöhung** des Mindestlohns auf 12,00 Euro brutto je Zeitsunde umgesetzt werden.

Diese Mindestlohnhöhe entspricht laut Bundesministerium für Arbeit und Soziales ungefähr **60 Prozent des Medianlohns** in Deutschland – eine Richtgröße, die im europäischen Diskurs für einen angemessenen Mindestschutz empfohlen wird.

Zukünftige Anpassungen des Mindestlohns erfolgen weiterhin auf **Grundlage von Beschlüssen der Mindestlohnkommission**, erstmals wieder **bis zum 30. Juni 2023** mit Wirkung zum **1. Januar 2024**.

Anpassung der Schwellenwerte in der Mindestlohndokumentationspflichten-Verordnung

Als **Folgeänderung** zur Erhöhung des gesetzlichen Mindestlohns enthält der Entwurf der Bundesregierung eine **Anpassung der Schwellenwerte** der **Mindestlohndokumentationspflichten-Verordnung**, die **Ausnahmen von den Dokumentationspflichten** der §§ 16, 17 MiLoG vorsieht.

Dabei soll § 1 Abs. 1 der Verordnung wie folgt geändert werden:

- In Satz 1 soll die Angabe „**2 958 Euro**“ durch die Angabe „**4 176 Euro**“ und
- in Satz 3 die Angabe „**2 000 Euro**“ durch die Angabe „**2 784 Euro**“ ersetzt werden.

Ausnahmen vom gesetzlichen Mindestlohn bleiben bestehen

Von der Änderung der Höhe des Mindestlohns unangetastet bleiben die **Ausnahmen vom gesetzlichen Mindestlohn**.

Praktikanten muss gem. § 22 Abs. 1 MiLoG ausnahmsweise kein gesetzlicher Mindestlohn gezahlt werden, wenn

- ein Praktikum **verpflichtend** auf Grund einer schulrechtlichen Bestimmung, einer Ausbildungsordnung, einer hochschulrechtlichen Bestimmung oder im Rahmen einer Ausbildung an einer gesetzlich geregelten Berufsakademie geleistet wird,
- ein (freiwilliges) Praktikum von **bis zu drei Monaten zur Orientierung** für eine Berufsausbildung oder für die Aufnahme eines Studiums geleistet,
- ein (freiwilliges) Praktikum von **bis zu drei Monaten begleitend** zu einer Berufs- oder Hochschulausbildung geleistet wird, wenn nicht zuvor ein solches Praktikumsverhältnis mit demselben Auszubildenden bestanden hat, oder
- ein Praktikant an einer **Einstiegsqualifizierung** nach § 54a SGB III oder an einer Berufsausbildungsvorbereitung nach §§ 68 bis 70 BBiG teilnimmt.

Der gesetzliche Mindestlohn muss auch nicht Personen im Sinne von § 2 Absatz 1 und 2 des JArbSchG, d.h. **minderjährigen Arbeitnehmern** gezahlt werden, solange sie **keine abgeschlossene Berufsausbildung** haben.

Für Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die unmittelbar vor Beginn der Beschäftigung **langzeitarbeitslos** im Sinne des § 18 Abs. 1 SGB III waren, gilt der Mindestlohn schließlich in den **ersten sechs Monaten der Beschäftigung nicht**.

Erhöhung der Geringfügigkeitsgrenze und dynamische Anpassung

Mit dem vom Kabinett beschlossenen Gesetzentwurf wird auch die Entgeltgrenze für geringfügig entlohnte Beschäftigungen („Minijob“) auf **520,00 Euro monatlich** erhöht und **dynamisch**

ausgestaltet, so dass künftig eine **Wochenarbeitszeit von 10 Stunden** zum Mindestlohn ermöglicht wird.

Mit der geplanten Erhöhung auf 12,00 Euro brutto je Zeitstunde sieht die Berechnung folgendermaßen aus:

10 Stunden x 13 Wochen / 3 Monate = 43,33
Stunden im Schnitt pro Monat x 12 Euro =
520,00 Euro

Sollte der Mindestlohn ab 2024 z.B. auf 12,50 Euro brutto je Zeitstunde steigen, würde automatisch auch die Geringfügigkeitsgrenze auf dann 541,67 Euro erhöht werden (dynamische Anpassung):

43,33 Stunden im Schnitt pro Monat x 12,50
Euro = **541,67 Euro**

Anhebung der Höchstgrenze im Übergangsbereich

Die Höchstgrenze für eine **Beschäftigung im Übergangsbereich** soll schließlich von derzeit monatlich 1.300,00 Euro auf **1.600,00 Euro** angehoben werden.

Der Belastungssprung beim Übergang aus einer geringfügigen in eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung soll nach Angaben des BMAS dadurch geglättet werden. Damit sollen die **Anreize erhöht** werden, über einen Minijob hinaus erwerbstätig zu sein.

Der Arbeitgeberbeitrag wird **oberhalb der Geringfügigkeitsgrenze** zunächst auf die für einen Minijob zu leistenden **Pauschalbeiträge in Höhe von 28 Prozent angeglichen** und gleitend auf den **regulären Sozialversicherungsbeitrag abgeschmolzen**.

Kontakt:



Rechtsanwälte Beck und Schwanke PartGmbH
Nordostpark 16
90411 Nürnberg

Telefon: +49 911 49 52 02 - 0
Telefax: +49 911 49 52 02 - 99
www.arbeitsrecht-beck.de
info@arbeitsrecht-beck.de