

The background of the entire page is a blurred industrial scene, likely a factory or machine shop. In the foreground on the right, there are large, metallic gears or flywheels. The background shows various industrial structures, pipes, and lights, all in a monochromatic blue-green color scheme.

LOSCHOLDER

**Newsletter Arbeitsrecht
Juli 2021**

Inhalt

Neues vom Gesetzgeber

BMAS aktualisiert Corona-Arbeitsschutzverordnung

Neues aus der Rechtsprechung

Der Betriebsrat muss sich das Handeln seines Vorsitzenden zurechnen lassen, oder?

Neues aus der Rechtsprechung

BAG: Freigestellte Betriebsratsmitglieder können Anspruch auf Beförderung haben

Neues aus der Rechtsprechung

Ist eine Kündigung wegen Krankheit im Kleinbetrieb oder in der Probezeit zulässig?

Loschelder Praxistipp

Nicht ohne Rechtsgrund fristlos kündigen!

Neues vom Gesetzgeber

BMAS aktualisiert Corona-Arbeitsschutzverordnung

Das Bundeskabinett hat am 23. Juni 2021 die Neufassung der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung („Corona-ArbSchV“) verabschiedet, die vom 1. Juli 2021 bis längstens zum 10. September 2021 gelten soll. Aufgrund der rückläufigen Neuinfektionszahlen und des stetigen Impffortschritts verbleiben nur noch grundlegende Vorgaben, wie Kontaktreduzierung, Testangebotspflicht sowie die Verpflichtung zur Erstellung und Aktualisierung betrieblicher Hygieneschutzkonzepte in der Corona-ArbSchV.

Die neue Fassung Arbeitsschutzverordnung tritt gemäß ihrem § 5 am **1. Juli 2021** in Kraft. Sie tritt am **Tag der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite** durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 2 IfSG, **spätestens** jedoch mit Ablauf des **10. September 2021** außer Kraft.

Während dieses Zeitraums gilt Folgendes:

- **Mittelpunkt** der neuen Verordnung sind die **Gefährdungsbeurteilung** und das betriebliche **Hygienekonzept** als „sich ergänzende Bestandteile des betrieblichen Infektionsschutzes“. Arbeitgeber müssen die Gefährdungsbeurteilung i.S.v. § 5 ArbSchG laufend auf zusätzlich erforderliche Maßnahmen **überprüfen und aktualisieren** und auf dieser Grundlage ein Hygienekonzept festlegen und umsetzen (**§ 2 Abs. 1 Corona-ArbSchV**). Als wichtigste Grundlage für die Erstellung des Hygienekonzepts nennt die Verordnungsbegründung nach wie vor die **SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel** sowie – als branchenspezifische Konkretisierungen – die Handlungshilfen der Unfallversicherungsträger.
- Folgt aus der Gefährdungsbeurteilung, dass ein Schutz der Beschäftigten durch **technische und organisatorische Schutzmaßnahmen** (z.B. geringe Raumbelastung, Abstandsregelung, Aufstellen von Trennwänden) **nicht ausreichend** ist, sind weiterhin **medizinische Gesichtsmasken** zu **tragen** und vom Arbeitgeber **bereitzustellen**. Die Verordnungsbegründung nennt darüber hinaus **körperlich anstrengende Tätigkeiten** und Tätigkeiten, bei denen aufgrund lauter Umgebungsbedingungen **lautes**

Sprechen erforderlich ist und daher verstärkt potentiell virenbelastete Aerosole ausgeschieden werden (§ 2 Abs. 2 Corona-ArbSchV).

- Arbeitgeber müssen weiterhin alle geeigneten technischen und organisatorischen Maßnahmen treffen, um **betriebsbedingte Kontakte zu reduzieren**. Insbesondere ist die **gleichzeitige Nutzung von Räumen** durch mehrere Personen auf das **betriebsnotwendige Minimum** zu reduzieren (§ 3 Corona-ArbSchV).

Der derzeit noch in § 2 Abs. 2 Satz 3 Corona-ArbSchV vorhandene Hinweis, dass dies auch für **Pausenbereiche** gilt, ist entfallen. Da eine Unterscheidung zwischen Besprechungs- und Pausenräumen aus unserer Sicht nicht viel Sinn macht, im Gegenteil, in Pausenräumen das Ansteckungsrisiko höher sein dürfte, ist nicht auszuschließen, dass es sich um ein Redaktionsversehen handelt. Arbeitgeber sollten die **Pausenraumregelungen also nicht vorschnell lockern**, zumal eine Pflicht, entsprechende Schutzmaßnahmen zu treffen, auch aus den allgemeinen arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften i.V.m. mit der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel folgen kann. Zudem sind die Maßnahmen des Hygienekonzepts nach § 2 Abs. 1 Corona-ArbSchV ausdrücklich auch in den Pausenbereichen umzusetzen.

Die strenge **Mindestflächenvorgabe von 10 qm pro Person** bei gleichzeitiger Raumnutzung wird hingegen **entfallen**. Auch muss **keine Einteilung** in möglichst kleine **Arbeitsgruppen** mehr erfolgen. Aber auch hier gilt: Solche Regelungen können gleichwohl weiterhin sinnvoll und geboten sein.

- Die **Testangebotspflicht bleibt bestehen**. Arbeitgeber müssen den Beschäftigten, die nicht ausschließlich in ihrer Wohnung arbeiten, also weiterhin mindestens zweimal pro Woche kostenfrei einen Corona-Test anbieten (§ 4 Abs. 1 Corona-ArbSchV). Neu ist, dass die Verordnung ausdrücklich klarstellt, dass die vom Arbeitgeber angebotenen **Tests vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte zugelassen** sein müssen (die entsprechenden Listen finden Sie [hier](#)).

Neu ist ferner, dass Arbeitgeber **im Einzelfall auf Testangebote verzichten** dürfen. Ein Testangebot ist nicht erforderlich, soweit der Arbeitgeber **durch andere geeignete Schutzmaßnahmen** einen **gleichwertigen Schutz** der Beschäftigten **sicherstellt** oder einen **bestehenden gleichwertigen Schutz nachweisen** kann. Letzteres kann etwa bei **vollständig geimpften oder genesenen Personen** der Fall sein; dies stellt die Verordnungsbegründung ausdrücklich klar.

Oftmals werden Arbeitgeber allerdings nicht wissen, welche Arbeitnehmer geimpft oder genesen sind und es dürfte grundsätzlich auch kein dahingehender Auskunftsanspruch bestehen. Die Verordnungsbegründung stellt klar, dass durch die Verordnung auch **kein neues Auskunftsrecht begründet** werden soll. Denkbar wäre, dass Arbeitgeber überflüssigen Testangeboten z.B. durch einen **Aufruf zur freiwilligen Mitteilung des Impfstatus** begegnen. Dabei sollte nicht vergessen werden, dass auch ein Testangebot an vollständig Geimpfte oder Genesene im Einzelfall sinnvoll sein kann, da auch diese Personen nach dem derzeitigen Stand der Wissenschaft das Coronavirus übertragen können. Angesichts der vielen Lockerungen, der anstehenden Ferienzeit und der neuen Virusvarianten dürfte z.B. ein **Testangebot an Reiserückkehrer** durchaus **sinnvoll** sein.

Die **Aufbewahrungsfrist für Nachweise** über die Beschaffung von Tests und Vereinbarungen mit Dritten über die Testung der Beschäftigten läuft mit dem Außerkrafttreten der Verordnung zum 10. September 2021 aus. **Achtung:** Dies gilt auch für Nachweise über die Beschaffung von Tests und den Abschluss von Vereinbarungen **bis zum 30. Juni 2021** unter Geltung der früheren Fassungen der Corona-ArbSchV.

- Die **Homeoffice-Angebotspflicht** – und die Pflicht der Beschäftigten, dieses Angebot anzunehmen – folgten schon zuletzt nicht mehr aus der Corona-ArbSchV, sondern aus **§ 28b Abs. 7 IfSG**. Auch diese Regelung **läuft jedoch zum 30. Juni 2021** – gemeinsam mit den weiteren Regelungen der „Bundesnotbremse“ – **aus**.



Neues aus der Rechtsprechung

Der Betriebsrat muss sich das Handeln seines Vorsitzenden zurechnen lassen, oder?

Der Betriebsratsvorsitzende darf den Betriebsrat nur dann vertreten, wenn er durch ordnungsgemäßen Betriebsratsbeschluss hierzu ermächtigt wurde. Fehlt es an einem ordnungsgemäßen Betriebsratsbeschluss, darf der Betriebsratsvorsitzende z.B. keine Betriebsvereinbarungen im Namen des Betriebsrates unterzeichnen. Weitgehend ungeklärt ist allerdings, inwieweit sich der Betriebsrat gegenüber dem Arbeitgeber auf solche Vertretungsmängel berufen kann und ob er unter Verweis auf (seine eigenen) Fehler in der Beschlussfassung aus einer unterzeichneten Betriebsvereinbarung „rauskommt“. Mit dieser Frage befasste sich nun das LAG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 15. April 2021 (Az. 11 Sa 490/20).

Im Fall des LAG Düsseldorf hatten der Betriebsrat und der Arbeitgeber durch **Abschluss einer Betriebsvereinbarung** ein neues Entgeltsystem im Betrieb eingeführt. Die Betriebsvereinbarung wurde von Seiten des Arbeitgebers und **durch den Betriebsratsvorsitzenden unterzeichnet**. Gegen dieses neue Entgeltsystem klagte ein Arbeitnehmer des Betriebes, dessen Lohnniveau durch das neue Entgeltsystem abgesenkt wurde.

Der Kläger behauptete, vor Unterzeichnung der Betriebsvereinbarung wäre überhaupt keine Betriebsratssitzung einberufen und deshalb **kein ordnungsgemäßer**

Betriebsratsbeschluss gefasst worden. Das Gericht hörte darauf die Mitglieder des Betriebsrates an, die in der Tat übereinstimmend aussagten, dass kein ordnungsgemäßer Beschluss gefasst wurde bzw. sie sich an eine Beschlussfassung nicht mehr erinnern könnten. Der Kläger argumentierte nun, dass der Betriebsratsvorsitzende den Betriebsrat deshalb nicht hätte vertreten dürfen, die neue Betriebsvereinbarung unwirksam sei und er weiterhin seinen alten, höheren Lohn beanspruchen könne.

Das **LAG Düsseldorf** folgte dieser Sicht jedoch nicht, sondern hielt die Betriebsvereinbarung trotz allem für wirksam und **wies die Klage ab**. Für das LAG Düsseldorf kam es gar nicht darauf an, ob ein ordnungsgemäßer Betriebsratsbeschluss gefasst worden war. Ob der Betriebsrat ordnungsgemäß beschließt, könnte der Arbeitgeber nämlich nicht wissen. Dennoch muss der Arbeitgeber darauf vertrauen können, dass eine von Seiten des Betriebsratsvorsitzenden unterzeichnete Betriebsvereinbarung wirksam ist. Deshalb nahm das LAG Düsseldorf an, dass der Betriebsratsvorsitzende den Betriebsrat aufgrund einer sog. **Rechtsscheinvollmacht** wirksam vertreten habe. Für die Rechtsscheinvollmacht stellte das LAG Düsseldorf die folgenden Voraussetzungen auf:

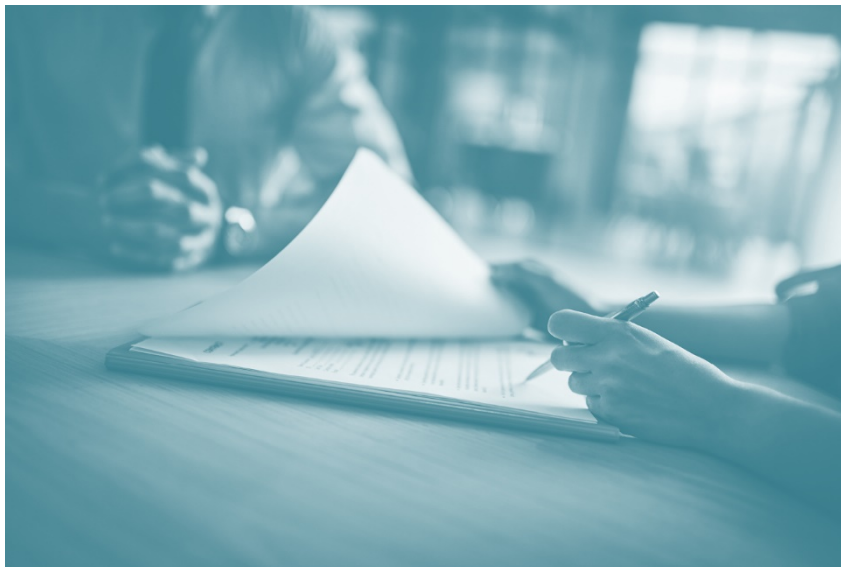
- Die **Mehrzahl der übrigen Betriebsratsmitglieder** muss von dem Handeln des Betriebsratsvorsitzenden **gewusst** haben oder jedenfalls wissen müssen.
- Der **Arbeitgeber** muss darauf **vertraut haben**, dass eine ordnungsgemäße Beschlussfassung erfolgt ist und er darf **von den Mängeln bei der Beschlussfassung nicht wissen**. Insbesondere dürfen ihn die übrigen Betriebsratsmitglieder nicht auf die Mängel aufmerksam gemacht haben.

Diese Voraussetzungen lagen im zu entscheidenden Fall vor.

Arbeitgeber sollten trotzdem vorsichtig sein und sich vor Unterzeichnung einer Betriebsvereinbarung durch Nachfrage rückversichern, dass eine Beschlussfassung erfolgt ist. Im Zweifelsfall kann der Betriebsrat das Handeln des Betriebsratsvorsitzenden noch **durch einen nachträglichen Betriebsratsbeschluss** hinterher genehmigen und etwaige Beschlussfassungsmängel auf diese Weise **heilen**. Denn die **Sicht des LAG Düsseldorf ist in der Rechtsprechung umstritten**. Noch mit Urteil vom 27.04.2018 (Az. 10 TaBV 64/17) hatte eine andere Kammer

des LAG Düsseldorf genau gegenläufig entschieden und eine Rechtsscheinvollmacht beim Abschluss von Betriebsvereinbarungen generell abgelehnt. Gegen das neue Urteil des LAG Düsseldorf ist nun die **Revision zum BAG** anhängig. Es bleibt zu hoffen, dass es mittelfristig zu einer Klärung dieser wichtigen Rechtsfrage kommt. Wir halten Sie auf dem laufenden.

Arbeitgeber sollten auch beachten, dass bei **Flurgesprächen mit dem Betriebsratsvorsitzenden** und vergleichbaren kurzfristigen Abstimmungen, bei denen der Betriebsratsvorsitzende erkennbar gar nicht die Möglichkeit hatte, das Gremium um Beschlussfassung zu ersuchen, selbstverständlich **keine ordnungsgemäße Vertretung** erfolgt. Zwar mögen solche Abstimmungen in der Praxis häufig gut funktionieren. Auf diese Weise übt der Betriebsrat aber weder Mitbestimmungsrechte aus, noch kommen Regelungsabreden zustande. Die Abstimmungen sind ohne rechtliches Gehalt und lediglich „**Gentlemen's Agreements**“.



Neues aus der Rechtsprechung

BAG: Freigestellte Betriebsratsmitglieder können Anspruch auf Beförderung haben

Auch freigestellte Betriebsratsmitglieder können sich auf Beförderungstellen bewerben. Dann dürfen die Betriebsratsmitglieder im Bewerbungsverfahren nicht wegen ihrer Betriebsrats Tätigkeit benachteiligt werden (§ 78 BetrVG). Lehnt der Arbeitgeber ihre Bewerbung trotzdem ab, kann das Betriebsratsmitglied unter bestimmten Umständen einen Anspruch auf Entschädigung erwerben und künftig das Gehalt der höherdotierten Beförderungsstelle fordern. Mit seinem Urteil vom 20. Januar 2021 (Az. 7 AZR 52/20) stellt das Bundesarbeitsgericht (BAG) eingehend dar, unter welchen Voraussetzungen dies möglich ist.

Im zu entscheidenden Fall hatte der Arbeitgeber – ein Krankenhaus – eine Stelle als Pflegedirektor intern ausgeschrieben. Auf die Stelle bewarb sich der – seit 10 Jahren freigestellte – Betriebsratsvorsitzende, welcher examinierter Krankenpfleger war und vor seiner Freistellung Führungserfahrung als stellvertretender Pflegedienstleiter, Bereichsleiter Pflegedienst sowie als Hauptnachtwahe gesammelt hatte. Außerdem bewarb sich eine weitere Mitarbeiterin, die zwar umfangreiche praktische Erfahrungen in der Stationsleitung und Pflege besaß, aber kein Examen als Krankenpflegerin hatte.

Der Arbeitgeber führte mit beiden Bewerbern ein Bewerbungsgespräch. Mit Blick auf den freigestellten Betriebsratsvorsitzenden notierte der Arbeitgeber in seinen Gesprächsnotizen: „keine aktuelle Pflegeerfahrung aktiv“. Er entschied sich schließlich für die Mitbewerberin. Darauf erhob der Betriebsratsvorsitzende Klage und forderte eine Eingruppierung in die höhere Tarifgruppe eines Pflegedirektors. Er sei wegen seiner Stellung als freigestelltes Betriebsratsmitglied benachteiligt worden. Dass ihm die aktuelle Pflegeerfahrung fehle, sei nur darauf zurückzuführen, dass er als Betriebsratsmitglied freigestellt gewesen sei. Durch seine Entscheidung verstoße der Arbeitgeber gegen § 78 Satz 2 BetrVG.

Das BAG stellte im Ausgangspunkt Folgendes klar:

- Ein Betriebsratsmitglied darf **wegen seiner Amtstätigkeit** nicht **benachteiligt** werden (§ 78 Satz 2 BetrVG). Ein Betriebsratsmitglied, das nur infolge der Amtsübernahme

nicht in eine Position mit höherer Vergütung aufgestiegen ist, kann daher den Arbeitgeber unmittelbar auf Zahlung der höheren Vergütung in Anspruch nehmen.

- Zwar darf der Arbeitgeber die Bewerbung eines freigestellten Betriebsratsmitgliedes **wegen dessen Freistellung ablehnen**. Eine solche Entscheidung kann z.B. getroffen werden, weil das Betriebsratsmitglied wegen der Freistellung keine aktuellen Fachkenntnisse hat, weil sich der Arbeitgeber zur Beurteilung der fachlichen und beruflichen Qualifikation infolge der Freistellung außerstande sieht, oder, weil das Betriebsratsmitglied auf seine Freistellung nicht verzichten will und die Stelle bis zum Ablauf des Betriebsratsmandates gar nicht antreten könnte (dazu LAG Köln, Urteil vom 25.04.2016, Az. 2 Sa 561/15). Allerdings ergibt sich auch in diesen Fällen ein Anspruch auf die höhere Vergütung der Beförderungsstelle. Denn das Arbeitsentgelt von Betriebsratsmitgliedern muss gemäß § 37 Abs. 4 BetrVG in gleichem Maße angehoben werden, wie das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung auch, also so, als wenn es die Freistellung gar nicht gäbe (sog. **fiktiver Beförderungsanspruch**).

Der Beförderungsanspruch des Betriebsratsmitgliedes besteht allerdings nur dann, wenn es darlegen und beweisen kann, dass es für die ausgeschriebene, höherdotierte Stelle fachlich qualifiziert war oder ihm die erforderliche fachliche Eignung ausschließlich wegen des Betriebsratsamts bzw. der Freistellung als Betriebsratsmitglied fehlte. Außerdem muss das Betriebsratsmitglied darlegen und beweisen, dass es ausschließlich wegen der Betriebsratsstätigkeit oder seiner Freistellung durch den Arbeitgeber abgelehnt wurde.

Letzteres ist für das Betriebsratsmitglied natürlich nicht so einfach zu beweisen, da es nicht in den „Kopf des Arbeitgebers hineingucken“ und deshalb die Beweggründe des Arbeitgebers nur schwer aufdecken kann. Gerichte geben dem Betriebsratsmitglied deshalb Hilfestellungen.

1. Im ersten Schritt genügt es, wenn das Betriebsratsmitglied pauschal behauptet, es wäre nur wegen seiner Betriebsratsstätigkeit/Freistellung abgelehnt worden.

2. Hierzu muss sich der Arbeitgeber nun qualifiziert erklären und darstellen, aufgrund welcher Erwägungen er dem anderen Bewerber den Vorzug gegeben hat. Kann er keine Gesichtspunkte benennen, die nicht auf der Betriebsrätstätigkeit/Freistellung beruhen, verliert der Arbeitgeber den Prozess. Allerdings kann der Arbeitgeber seine Auswahlentscheidung auch auf weiche Faktoren stützen, z.B. kommunikative Fähigkeiten und Sozialkompetenz. Gelingt es dem Arbeitgeber, ausreichende andere Gründe zu schildern, wird er seiner Darlegungslast gerecht.
3. Nun liegt es beim Betriebsratsmitglied, den Beweis zu führen, dass der Vortrag des Arbeitgebers unwahr ist. Diesen Beweis kann das Betriebsratsmitglied i.d.R. nur anhand von Indizien erbringen. Folgende Indizien kommen in Betracht:
 - Eine Benachteiligung ist indiziert, wenn der Arbeitgeber jemanden befördert, der niedriger qualifiziert ist als das Betriebsratsmitglied.
 - Zu berücksichtigen ist aber nicht bloß die Formalqualifikation, sondern auch weiche Faktoren, wenn sie in der Stellenausschreibung zum Ausdruck kommen.
 - Für eine Benachteiligung spricht es, wenn der Arbeitgeber in seiner Stellenausschreibung Anforderungen gezielt so zuschneidet, dass das Betriebsratsmitglied benachteiligt wird und dies in einer Weise erfolgt, die sachwidrig ist. Das Betriebsratsmitglied muss aufzeigen können, warum die gestellten Anforderungen sachwidrig sind.
 - Schließlich spricht für eine Benachteiligung, wenn die Stelle so ausgeschrieben oder bekannt gegeben wird, dass das Betriebsratsmitglied von der Ausschreibung nicht erfährt, obwohl von vornherein klar ist, dass das Betriebsratsmitglied zum engen Kreis der infrage kommenden Bewerber gehört (z.B. bei einer Ausschreibung in seinem Urlaub).

Insgesamt muss das Betriebsratsmitglied den Vollbeweis führen. Es genügt nicht, dass eine Benachteiligung in der Gesamtschau als wahrscheinlich erscheint. Der Betriebsrat

muss das Gericht so überzeugen, dass sich die Richter letztlich sicher sind, dass eine Benachteiligung stattgefunden hat. Das BAG stellt also hohe Anforderungen an einen Nachweis.

Das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein hatte diese hohen Anforderungen verkannt. Das BAG hob dessen Entscheidung auf und wies den Fall zur weiteren Sachaufklärung zurück. Ob das Betriebsratsmitglied seine Beförderung noch erhält, wird sich zeigen.



Neues aus der Rechtsprechung

Ist eine Kündigung wegen Krankheit im Kleinbetrieb oder in der Probezeit zulässig?

Es versteht sich von selbst, dass die Krankheit eines Arbeitnehmers für sich genommen kein Kündigungsgrund ist. Was aber, wenn ein Arbeitnehmer gar keinen Kündigungsschutz hat – z.B. weil er sich noch in der Probezeit befindet oder in einem Kleinbetrieb (§ 23 Abs. 1 KSchG) arbeitet – und ständig krank ist? Darf der Arbeitgeber dann auf diese Krankheiten mit einer Kündigung reagieren? Oder stellt dies eine unzulässige Maßregelung (§ 612a BGB) dar, da ein Arbeitnehmer für die Wahrnehmung seines gesetzlichen Anspruchs auf Entgeltzahlung im Krankheitsfall bestraft wird? Über diese Frage hatte jüngst das LAG Berlin-Brandenburg mit seinem Urteil vom 12. März 2021 (Az. 2 Sa 1390/20) zu entscheiden und gab eine klare Antwort.

Besteht das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers noch keine sechs Monate (sog. **Wartezeit**, umgangssprachlich auch **Probezeit**), steht

dem Arbeitnehmer **kein Kündigungsschutz** zu (§ 1 Abs. 1 KSchG). Gleiches gilt auch darüber hinaus in sog. **Kleinbetrieben**, die zehn oder weniger Arbeitnehmer beschäftigten (§ 23 Abs. 1 KSchG). Der Ausspruch einer ordentlichen Kündigung benötigt dann keinen Kündigungsgrund.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass der Arbeitgeber willkürlich aus jedem beliebigen Grund kündigen darf. Es gibt bestimmte Kündigungsmotive, die rechtlich missbilligt sind und aus denen keinesfalls eine Kündigung ausgesprochen werden darf. Unzulässig wären z.B. Kündigungen, denen diskriminierende oder rein schikanöse Beweggründe zu Grunde liegen. Solche Kündigungen sind auch dann unwirksam, wenn der Arbeitnehmer keinen Kündigungsschutz hatte. Sie verstoßen gegen das **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)** oder die **Grundsätze von Treu und Glauben** (§ 242 BGB).

Im zu entscheidenden Fall waren im Unternehmen des Arbeitgebers, einer Arztpraxis, weniger als zehn Arbeitnehmer beschäftigt. Nach § 23 Abs. 1 KSchG stand den Arbeitnehmern deshalb kein Kündigungsschutz zu. Der Arbeitgeber kündigte einer Mitarbeiterin ordentlich, nachdem sie sich für drei Monate krankgemeldet hatte und eine Genesung weiterhin nicht abgesehen werden konnte. Die Mitarbeiterin erhob Kündigungsschutzklage und rügte, diese Kündigung wäre eine unzulässige Maßregelung (§ 612a BGB), da ihr wegen ihrer Krankmeldung gekündigt worden sei.

Das **LAG Berlin-Brandenburg** gab eine klare Antwort: Ob die Kündigung wegen der Krankheit der Arbeitnehmerin ausgesprochen sei, könne dahinstehen. Denn dann, wenn kein Kündigungsschutz besteht, **darf der Arbeitgeber generell kündigen**, wenn er die **Krankheitszeiten des Arbeitnehmers als zu hoch empfindet**. Eine Kündigung ist deshalb nicht unwirksam. Ähnlich hatte im letzten Jahr bereits das LAG Baden-Württemberg (Urteil vom 30.10.2020, Az. 12 Sa 33/20) geurteilt.

Arbeitgebern, die im Kleinbetrieb oder während der Probezeit kündigen, ist trotz dieser Rechtsprechung anzuraten, den **Anlass für die Kündigung nicht** gegenüber dem Arbeitnehmer zu **benennen**, sondern sich in Schweigen zu hüllen. Wenn Arbeitnehmer vor Gericht einwenden wollen, eine Kündigung verstoße gegen das AGG, das Maßregelungsverbot oder die Grundsätze von Treu und

Glauben, tragen die Arbeitnehmer im Ausgangspunkt die Darlegungs- und Beweislast. Je mehr ihnen der Arbeitgeber mitteilt, desto mehr Material erhält der Arbeitnehmeranwalt, um darauf einen Fall aufzubauen. Reden ist in diesen Fällen deshalb Silber, Schweigen aber Gold.

Außerdem ist in mitbestimmten Betrieben unbedingt zu beachten, dass auch **vor Ausspruch einer Probezeitkündigung** unbedingt der **Betriebsrat angehört** werden muss (§ 102 BetrVG). Dies ist besonders beim Fristenmanagement zu berücksichtigen, da dem Betriebsrat eine Stellungnahmefrist von einer Woche eingeräumt werden und der anschließende Kündigungsausspruch immer noch in der Probezeit liegen muss. Wie die Betriebsratsanhörung in solchen Fällen aufgebaut wird, haben wir in unserem [Newsletter aus Juli 2018](#) dargestellt.



Loschelder Praxistipp

Nicht ohne Rechtsgrund fristlos kündigen!

„Das Maß ist voll!“ Der Mitarbeiter ist unzuverlässig, unsorgfältig, unverschämt und in jeder Hinsicht kritikresistent. Der Arbeitgeber weiß nicht mehr weiter. Nachdem ein letztes Personalgespräch abermals in wilden Streit eskaliert, drückt er dem Mitarbeiter entnervt die fristlose Kündigung in die Hand. Schließlich ist er doch wohl noch der Chef in seinem eigenen Unternehmen und muss sich ein solches Verhalten nicht bieten lassen, oder? So oder so ähnlich ereignet es sich leider immer wieder, wahrscheinlich jeden Tag irgendwo in Deutschland. Auch wenn die Reaktion des Arbeitgebers menschlich nachvollziehbar ist – taktisch ist sie falsch. Wir erklären Ihnen, warum:

Eine fristlose Kündigung ist nur gerechtfertigt, wenn eine schwere Pflichtverletzung durch den Arbeitnehmer nachgewiesen werden kann, welche die Vertrauensbeziehung zum Arbeitgeber unwiederbringlich zerstört (§ 626 BGB). Gleiches gilt für eine ordentliche Verhaltensbedingte Kündigung ohne vorangehende Abmahnung (§ 1 KSchG).

Schwere Pflichtverletzungen, die eine sofortige Kündigung rechtfertigen können, sind vor allem Diebstahl, Betrug, Untreue, Verrat von Geschäftsgeheimnissen und Tötlichkeiten. Beleidigungen können eine fristlose Kündigung nur in besonders schweren Fällen rechtfertigen. Niemals aber ist eine fristlose Kündigung gerechtfertigt, weil viele Kleinigkeiten zusammenkommen und deshalb aus Sicht des Arbeitgebers „das Maß voll ist“: Wenn ein Arbeitnehmer immer wieder zu spät kommt, unzuverlässig und unsorgfältig ist oder Arbeitsanweisungen missachtet, muss der Arbeitgeber ihn zunächst abmahnen. Kündigt er ohne vorangehende Abmahnung, ist die Kündigung – egal ob fristlos oder ordentlich – offensichtlich unwirksam.

Spricht der Arbeitgeber eine offensichtlich unwirksame fristlose Kündigung aus, passiert Folgendes:

1. Der fristlos gekündigte Mitarbeiter wird vermutlich Arbeitslosengeld beantragen. Bei der Arbeitsagentur wird er dann allerdings darüber aufgeklärt, dass gegen ihn eine Sperrzeit von 12 Wochen verhängt würde, wenn er die fristlose Kündigung hinnimmt.

2. Also geht der Mitarbeiter zum Anwalt. Der Anwalt erhebt Kündigungsschutzklage und wird seinen Mandanten darüber aufklären, dass die Kündigung unwirksam sei und er den Kündigungsschutzprozess gewinnen werde. Der Mitarbeiter könne sich also die nächsten Monate entspannt zuhause zurücklehnen. Früher oder später werde der Arbeitgeber nämlich das Gehalt für sämtliche Monate des Gerichtsverfahrens nachzahlen müssen (§ 615 Satz 1 BGB).
3. Wenig später treffen Mitarbeiter und Arbeitgeber dann im Güte Termin vor dem Arbeitsgericht aufeinander. Nun wird über einen Vergleich verhandelt. In diesen Vergleichsverhandlungen ist der Anwalt des Mitarbeiters allerdings in einer weit überlegenen Verhandlungsposition. Sein Mandant entspannt sich während des Prozesses nämlich zuhause und wird – wenn der Prozess weitergeht – früher oder später vom Arbeitgeber Geld fürs Nichtstun bekommen. Entsprechend drastische Vergleichsforderungen kann der Mitarbeiteranwalt deshalb stellen: Ein halbes und z.T. sogar ganzes Jahresgehalt Abfindung sind nicht unrealistisch. Nur wenn der Arbeitgeber großes Glück hat, ist der Anwalt mit seinen Abfindungsforderungen zurückhaltender.
4. Lässt der Arbeitgeber sich nicht auf diese Vergleichsforderungen ein, geht der Prozess weiter. Eventuell erst ein Jahr nach Erhebung der Kündigungsschutzklage wird das Arbeitsgericht einen sog. Kammertermin anberaumen und den Rechtsstreit entscheiden. Es stellt die Unwirksamkeit der Kündigung fest. Der Arbeitgeber kann zwar Berufung einlegen. Das verbessert seine Position aber nicht. Im Berufungsverfahren würde der Rechtsstreit ein weiteres halbes Jahr vor dem Landesarbeitsgericht fortgesetzt. Anschließend wird das Landesarbeitsgericht die erstinstanzliche Entscheidung durch ein weiteres Urteil bestätigen und dann hat der Arbeitgeber endgültig verloren. Dieses Ergebnis können auch die besten Anwälte nicht „drehen“. Fehlte es von Anfang an einem ausreichenden Kündigungsgrund, kann dieser Fehler im Verlauf des Prozesses nicht mehr korrigiert werden.
5. Nach der endgültigen Niederlage stellt sich nur noch die Frage, wie teuer es für den Arbeitgeber wird. Hat der Mitarbeiter während der Dauer des Gerichtsverfahrens eine andere,

genauso gut vergütete Anstellung gefunden, in der er bleiben möchte, muss der Arbeitgeber ihm nur das Gehalt für die dazwischenliegende Arbeitslosigkeit nachzahlen.

Ist der Mitarbeiter aber immer noch arbeitslos – ein worst case, der bei einer fristlosen Kündigung im Lebenslauf aber durchaus vorkommt – muss der Arbeitgeber ihm das Gehalt für die gesamte Prozessdauer nachzahlen, nach zwei Instanzen also ca. 1,5 Jahresgehälter. Hinzu kommen natürlich erhebliche Prozesskosten, die der Arbeitgeber im Lauf der Prozessführung selbst aufwenden und dem Mitarbeiter für das zweitinstanzliche Verfahren erstatten muss. Außerdem kehrt der Mitarbeiter an seinen Arbeitsplatz zurück und brüskiert den Arbeitgeber durch diesen symbolischen Triumph vor der Belegschaft. Nun geht der Konflikt weiter. Trotz all der Kosten und eines erheblichen Zeitaufwandes, den die Prozessführung auch für den Arbeitgeber persönlich beansprucht, wäre ein Ende des Konfliktes immer noch nicht in Sicht.

Aus diesem Grund ist Arbeitgebern fast immer davon abzuraten, ohne Rechtsgrund eine fristlose Kündigung auszusprechen. Wenn sich der Arbeitgeber von einem Mitarbeiter trennen möchte, gibt es meistens eine bessere Alternative:

- In vielen Fällen genügt es, dass der Arbeitgeber einem Mitarbeiter nicht kündigt, sondern ihm bloß mitteilt, dass er im Unternehmen keine Zukunft mehr hat und sich was Anderes suchen soll. Bis dahin muss der Mitarbeiter dann aber weiterhin jeden Morgen zur Arbeit erscheinen, obwohl er weiß, dass er nicht erwünscht ist. Der Druck, etwas anders zu finden, ist dann größer, als nach einer fristlosen Kündigung. Nach einer fristlosen Kündigung könnte sich der Mitarbeiter nämlich zuhause entspannen und den Prozess abwarten. Außerdem ist es für den Mitarbeiter natürlich leichter, etwas anders zu finden, wenn sein Lebenslauf nicht durch eine fristlose Kündigung „zerschossen“ wurde.
- Der Arbeitgeber kann auch ordentlich aus vorgeblich betrieblichen Gründen kündigen. Eine solche Kündigung würde zwar niemals vor Gericht halten. Das Vorgehen steigert aber die Chance, dass der Arbeitnehmer die Kündigung hinnimmt. Denn bei einer ordentlichen Kündigung aus

betrieblichen Gründen würde die Arbeitsagentur keine Sperrzeit verhängen.

- Ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis bietet oft bessere Bedingungen, um einen Aufhebungsvertrag zu verhandeln, auch weil viele Arbeitnehmer im mittleren und unteren Lohnsegment davon absehen, für solche Verhandlungen einen Anwalt zu beauftragen. Viele Arbeitnehmer unterschätzen dann ihre Verhandlungsmacht.
- Wenn der Arbeitgeber in Kauf nimmt, einen Kündigungsschutzprozess durchzufechten, sollte er die Kündigung sorgfältig vor ihrem Ausspruch vorbereiten. Ist der Arbeitgeber selbst nicht rechtlich geschult, benötigt er dazu rechtliche Beratung.

Welcher dieser unterschiedlichen Ansätze zielführend ist, hängt vom Einzelfall ab. Wir beraten Sie 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



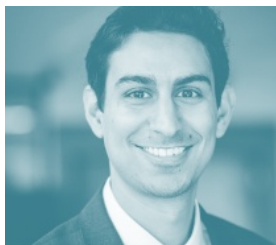
Arne Gehrke, LL.M.
+49 (0) 221 650 65-263
arne.gehrke@loschelder.de



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



Dr. Jonas Singraven
+49 (0) 221 650 65-129
jonas.singraven@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