

The background of the entire page is a photograph of a factory floor, specifically a gear manufacturing area. In the foreground on the right, a large, metallic gear is being processed by a machine. The gear has many teeth and is mounted on a vertical shaft. Below it, another gear is visible, partially obscured. The background is filled with various industrial equipment, including conveyor belts, structural beams, and other machinery, all slightly out of focus. The lighting is bright, typical of an industrial setting. The overall color palette is dominated by the metallic greys and blues of the machinery, with a teal overlay on the right side.

LOSCHELDER

**Newsletter Arbeitsrecht
Oktober 2021**

Inhalt

Neues aus der Rechtsprechung

„Zurück in den Betrieb“ – Rückkehr aus dem Homeoffice auf Anordnung des Arbeitgebers

Neues aus der Rechtsprechung

BAG: Erschütterung des Beweiswertes einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Neues aus der Rechtsprechung

Kein Schulzeugnis für Arbeitnehmer – tabellarische Arbeitszeugnisse unzulässig

Neues vom Gesetzgeber

Trojaner im Omnibus - Zur Reform des Statusfeststellungsverfahrens gemäß § 7a SGB IV

Neues aus der Rechtsprechung

Äußerungen im WhatsApp-Chat als Kündigungsgrund?

Neues aus der Rechtsprechung

„Zurück in den Betrieb“ – Rückkehr aus dem Homeoffice auf Anordnung des Arbeitgebers

Die Pandemie hat das Homeoffice endgültig als regelmäßigen Arbeitsort etabliert. Die damit verbundenen Rechte und Pflichten werden derzeit sukzessive durch die Rechtsprechung konturiert. Das Landesarbeitsgericht München hat sich mit seinem Urteil vom 26. August 2021 (Az. 3 Ga 13/21; bisher liegt nur eine Pressemitteilung vor) mit der Frage beschäftigt, ob der Arbeitgeber das Ende des Homeoffice einseitig anordnen kann.

In dem vom LAG entschiedenen Fall war der betreffende Arbeitnehmer seit Dezember 2020 – wie die weit überwiegende Mehrzahl der weiteren Mitarbeiter des Arbeitgebers – auf Anordnung des Arbeitgebers aus dem Homeoffice tätig. Mit Weisung vom 24.02.2021 „beendete“ der Arbeitgeber dann die Homeoffice Tätigkeit des als Grafiker tätigen Arbeitnehmers unter Verweis darauf, dass die technische Ausstattung am häuslichen Arbeitsplatz des Arbeitnehmers nicht der am Bürostandort entsprochen habe. Zudem seien die im Zuge der Aufgabenerfüllung zu bearbeitenden Daten des Arbeitgebers nicht ausreichend gegen den Zugriff Dritter, insbesondere der in Konkurrenz tätigen Ehefrau des Arbeitnehmers, geschützt.

Der Arbeitnehmer wehrte sich, indem er unter anderem eine einstweilige Verfügung dahingehend beantragte, seine Tätigkeit weiterhin jedenfalls regelmäßig im Homeoffice erbringen zu können. Er blieb erfolglos. Die erstinstanzliche Entscheidung wurde vom LAG München bestätigt. Der Arbeitgeber habe im Rahmen seines Direktionsrechts den Arbeitsort durch Weisung neu bestimmen können. Dabei hätte er lediglich die Grenzen billigen Ermessens zu wahren. Allein durch die eingeräumte Möglichkeit, im Homeoffice tätig zu werden, sei keine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung dahingehend getroffen worden, dass der Arbeitsort zukünftig allein in der Wohnung des betreffenden Arbeitnehmers liege.

Auch wenn die Entscheidung die Rechte des Arbeitgebers richtigerweise bestätigt bzw. stärkt, führt sie nicht zwingend dazu, dass in sämtlichen Fällen eine einseitig angeordnete „Rückholaktion“ ohne Weiteres möglich ist. In jedem Fall sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.

Zudem dürften – je länger der Beginn der Pandemie zurückliegt desto häufiger – der Homeoffice Tätigkeit von Arbeitnehmern regelmäßig Vereinbarungen zugrunde liegen, die auch Bedingungen festzurren (müssen), unter denen eine Beendigung des Homeoffice möglich ist. Auch hier dürften die zulässigen Gründe für die Beendigung des Homeoffice für den Arbeitgeber durch die Rechtsprechung kurzfristig die ein oder andere Konkretisierung erfahren.

Wir halten Sie diesbezüglich auf dem Laufenden und beraten Sie gerne sowohl bei der Gestaltung der Einführung als auch bei der Beendigung von Homeoffice Einsätzen.



Neues aus der Rechtsprechung

BAG: Erschütterung des Beweiswertes einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Meldet sich der Arbeitnehmer krank, bildet die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in aller Regel eine sichere Brücke zur Entgeltfortzahlung. Zu den Ausnahmen hat die Rechtsprechung einige Fallgruppen entwickelt. Nun hat sich das BAG in einem Urteil vom 8. September 2021 (Az. 5 AZR 149/21) mit einem Fall befasst, in dem die klagende Arbeitnehmerin ein Attest vorgelegt hatte, das passgenau den Zeitraum vom Ausspruch der Kündigung bis zum Beendigungsdatum abdeckte.

Die **Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall** gehört zu den Ausnahmefällen, in denen der Arbeitnehmer einen Vergütungsanspruch hat, ohne arbeiten zu müssen. Daher trägt grundsätzlich der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit. Die **ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung** („AUB“) ist das gesetzlich vorgesehene Beweismittel. Dessen **Beweiswert** kann der Arbeitgeber aber **erschüttern**, wenn er tatsächliche Umstände darlegt und ggf. beweist, die Anlass zu **ernsthaften Zweifeln** an der Arbeitsunfähigkeit geben. Gelingt dies dem Arbeitgeber, muss der Arbeitnehmer substantiiert darlegen und beweisen, dass er arbeitsunfähig war. Dieser Beweis kann insbesondere durch die Vernehmung des behandelnden Arztes nach entsprechender Befreiung von der Schweigepflicht erfolgen.

Die Rechtsprechung hat einige Fallgruppen gebildet, in denen solche ernsthaften Zweifel üblicherweise bejaht werden. Gerade mit einer in der Praxis sehr häufigen Kategorie hat sich die Rechtsprechung aber, soweit ersichtlich, noch nicht in der Weise befasst, dass man von einer Fallgruppe sprechen könnte, nämlich der **Erkrankung des Mitarbeiters nach Kündigungsausspruch**. Wird der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber nicht bis zum Ablauf der Kündigungsfrist von der Pflicht zur Arbeitsleistung freigestellt, kommt es nicht selten vor, dass der Arbeitnehmer sich unter Vorlage einer AUB krankheitsbedingt abmeldet. Lob verdient sich, wer bis zum letzten Tag des Arbeitsverhältnisses professionell seine Arbeitsleistung erbringt.

In dem nun vom BAG entschiedenen Fall hatte eine Arbeitnehmerin dem Arbeitgeber das Kündigungsschreiben und eine AUB vom

selben Tag vorgelegt. Die AUB deckte exakt die zwei Wochen bis zum Ablauf der Kündigungsfrist ab. Der Arbeitgeber verweigerte die Entgeltfortzahlung, verlor die ersten beiden Instanzen des Prozesses – und gewann vor dem BAG. Aus Sicht des BAG begründete die Koinzidenz zwischen der Kündigung und der AUB ernsthafte Zweifel daran, dass die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit wirklich vorlag. Im Prozess hatte das BAG der Klägerin offenbar noch Hinweise zum weiteren Vortrag erteilt. Nachdem die Klägerin diesen daraufhin nicht konkretisiert hatte, wies das BAG die Klage ab.

Man darf gespannt sein, welche **Auswirkungen** das Urteil haben wird. Zum einen waren nach unserer Erfahrung die **Arbeitsgerichte** bislang eher vorsichtig bei der Erweiterung der bekannten **Fallgruppen**. Das BAG-Urteil verschafft den Arbeitsgerichten nun vielleicht etwas Rückendeckung, auch andere Gestaltungen kritisch zu hinterfragen, in denen Zweifel an der Richtigkeit der AUB und am Vorliegen der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit durchaus angebracht sind. Vielleicht hat das BAG-Urteil auch einen Effekt bei der **Ärzterschaft**. Es wäre sicherlich nicht schlecht, wenn hier über das „Risiko“, die bescheinigte krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit im arbeitsgerichtlichen Prozess bezeugen zu müssen, eine gewisse Sensibilisierung stattfindet. Schließlich ist mit der AUB in aller Regel nicht nur die Befreiung des Arbeitnehmers von der Pflicht zur Arbeitsleistung verbunden, sondern eben auch die Pflicht des Arbeitgebers, trotzdem die Vergütung zu zahlen.



Neues aus der Rechtsprechung

Kein Schulzeugnis für Arbeitnehmer – tabellarische Arbeitszeugnisse unzulässig

Mathematik: „sehr gut“, Sport: „gut“. Tabellarische Schulzeugnisse mit Einzelnotenübersicht geben einen schnellen ersten Eindruck von den gezeigten Leistungen eines Schülers. Bei Arbeitszeugnissen ist dies nicht immer der Fall. Zum einen liegt das an der gerade im oberen Bewertungsbereich zum Teil „gezwungenermaßen“ überschwänglichen Beurteilung der gezeigten Leistungen. Zum anderen haben sich zwar Zeugniscodes und Textbausteine eingebürgert; die Gewichtung in einzelnen Teilbereichen ist dabei auch für Profis jedoch nur bei einem aufmerksamen Blick auf die Details erkennbar. Dem Versuch, durch die Verwendung des klassischen Schulnotensystems im Rahmen eines Arbeitszeugnisses in tabellarischer Form für mehr Transparenz zu sorgen, hat das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 27. April 2021 (Az. 9 AZR 262/20) vorerst wohl einen Riegel vorgeschoben.

In dem betreffenden Fall hatte der Arbeitnehmer ein tabellarisches Zeugnis erhalten, in dem verschiedene Kategorien (z.B. Fachkenntnisse allgemein, Pünktlichkeit etc.) mit Einzelnoten beurteilt worden waren. Der gegen eine solche Form der Zeugniserteilung vorgehende Arbeitnehmer hatte in der ersten Instanz Erfolg. Das BAG hob die entgegenstehende Entscheidung der Berufungsinstanz nun auf und gab dem Arbeitnehmer Recht. Zur Begründung führt das BAG an, dass ein tabellarisches Zeugnis dem individuellen Charakter eines Arbeitszeugnisses nicht gerecht werde. Der Arbeitnehmer habe Anspruch auf ein auf seine Leistungen und seine Person zugeschnittenes Zeugnis. Ein solcher Anspruch könne nur durch einen individuell abgefassten Text erfüllt werden. Insbesondere ließen sich aus einer tabellarischen Zeugnisform Gewichtungen zwischen den unterschiedlichen Bewertungskategorien nicht herleiten und Nuancen zwischen den unterschiedlichen Bewertungskriterien und Bereichen nicht mehr feststellen.

Die Entscheidung erscheint vor dem Hintergrund der regelmäßig floskelartigen Formulierung von Arbeitszeugnissen nicht überzeugend. Regelmäßig werden Arbeitszeugnisse durch Verwendung eines vorgefertigten Baukastensystems erstellt. Ein anderes Vorgehen ist aus Zeitgründen und angesichts der Anforderungen der Rechtsprechung an die Transparenz und die

Nachvollziehbarkeit der Notengebung auch nicht empfehlenswert. Tatsächlich individuell gestalteten Zeugnisse, aus denen sich die Leistungen und Fähigkeiten des Arbeitnehmers mit Bestimmtheit herauslesen lassen, sind daher nicht die Regel. Der Übersichtlichkeit halber und um eine Vergleichbarkeit zwischen mehreren Bewerbern zu vereinfachen, wäre es daher durchaus naheliegend, das transparente Schulnotensystem zuzulassen. Zudem würde sich die teils umständliche und aufwendige Paraphrasierung gängiger Textbausteine erübrigen. Sicherlich sind auch Schwerpunktsetzungen denkbar, in dem einzelnen Bewertungskriterien durch Hervorhebung im Text (**Fettdruck**, Unterstreich) mehr Bedeutung beigemessen wird.

Ein solches Vorgehen ist jedoch angesichts der derzeitigen Rechtslage wohl nur streitlustigen Arbeitgebern anzuraten. Denn gerade angesichts der Tatsache, dass ein Zeugnis die arbeitsrechtlichen Beziehungen endgültig beenden und nicht zu unnötigen Streitigkeiten führen soll, ist die Verwendung des Schulzeugnis-Modells nicht empfehlenswert.



Neues vom Gesetzgeber

Trojaner im Omnibus - Zur Reform des Statusfeststellungsverfahrens gemäß § 7a SGB IV

Das Statusfeststellungsverfahren gemäß § 7a SGB IV, das eingeführt wurde, um für Auftraggeber eine sichere Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status eines Auftragnehmers zu ermöglichen, hat dieses Ziel nie wirklich erreichen können. Das lag hauptsächlich an zahlreichen negativen Erfahrungen mit der Prüfpraxis der Deutschen Rentenversicherung Bund. Zu hartnäckig hält sich die Befürchtung, dass die Entscheidungen im Statusfeststellungsverfahren vorrangig von finanziellen Eigeninteressen der Sozialversicherungsträger an einer Ausweitung der Beschäftigung beeinflusst sind. Die Rentenversicherung weist zwar darauf hin, dass die Statusentscheidungen strikt rechtlich gebunden seien und mehrheitlich auch das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit feststellten – praktische Erfahrungen mit dem Statusfeststellungsverfahren lassen dieses dagegen häufig als zu vermeidende Quelle von Fehlentscheidungen erscheinen.

Angesichts dieser Ausgangssituation war es nicht die beste Entscheidung, eine weitreichende Reform des Verfahrens einem Gesetzesentwurf zum Barrierefreiheitsstärkungsgesetz anzuhängen und damit Proteste zahlreicher Wirtschaftsverbände auszulösen. Tatsächlich wurde durch die Entscheidung, die Änderungen im „Omnibusverfahren“ mit einem anderen Gesetz, ohne jeden sachlichen Bezug zum Statusfeststellungsverfahren mit durchzuziehen, eine angemessene politische Beratung der Reform vermieden.

Trotz der aus der Gesetzesentstehung folgenden Zweifel lohnt sich ein unbefangener Blick auf die neuen Regelungen, die versuchen, das Verfahren fortzuentwickeln und es praxisnäher zu gestalten.

- Eine wichtige Grundlagenentscheidung ist, dass künftig nicht mehr, wie bisher, über die Versicherungspflicht in einzelnen Versicherungszweigen entschieden wird, sondern, dass die für die Beteiligten relevantere Vorfrage geklärt wird: die des Status des Arbeitnehmers als sozialversicherungspflichtiger Beschäftigter oder sozialversicherungsfreier Selbstständiger. Bislang blieb die Statusfrage zuweilen ungeklärt, wenn aus anderen Gründen – etwa geringfügiger Beschäftigung – keine Versicherungspflicht bestand. Dass das Verfahren nunmehr

auf die eigentliche Grundfrage zugeschnitten wird, ist zu begrüßen.

- Künftig erfasst werden sollen Dreiecksverhältnisse, wenn etwa Auftragnehmer im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrages eingesetzt werden. Die Prüfung der Rentenversicherung wird damit auf die Frage ausgedehnt, ob im Verhältnis zum Dritten ein Dienst- oder Werkvertrag oder Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Durch diese Änderung soll sichergestellt werden, dass auch solche Dreieckskonstellationen sicher geklärt werden können.

Die Neuregelung weckt allerdings eher Befürchtungen: Die Sachbearbeiter der Rentenversicherung müssen künftig nicht nur die komplexen und differenzierten Regelungen zur Abgrenzung zwischen Beschäftigung und Selbstständigkeit anwenden, was schon bislang nicht immer zu überzeugenden Ergebnissen führte, sondern auch die im Detail abweichenden und ebenso komplexen Regelungen zur Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung.

Nicht geregelt im Gesetzentwurf werden auch die Folgen einer Entscheidung, dass Arbeitnehmerüberlassung vorliege. Während das Gesetz die Sozialversicherungspflicht während des laufenden Verfahrens bis zu einer Entscheidung gerade herausschiebt – und damit Nachzahlungen, Bußgelder und gegebenenfalls sogar eine Strafbarkeit für den Auftraggeber vermeidet – gibt es entsprechende Regelungen für die Arbeitnehmerüberlassung nicht: Hier drohen, bei einem bereits in Gang gesetzten Beschäftigungsverhältnis, hohe Bußgelder von bis zu 30.000,00 €. Da eine Arbeitnehmerüberlassung auch im Regelfall zu einem fingierten Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher führt, drohen als Folge einer Entscheidung der Deutschen Rentenversicherung zugleich arbeitsrechtliche Folgeverfahren.

Angesichts dieser vom Gesetzgeber wohl nicht mitbedachten Folgen sollte der Arbeitgeber ein Statusfeststellungsverfahren in Dreiecksverhältnissen unbedingt vermeiden. Hier droht dem Auftraggeber sogar eher eine Gefahr daraus, dass auch Arbeitnehmer gemäß § 7a SGB IV ohne zeitliche Einschränkung antragsberechtigt sind. Die arbeitsgerichtliche Klärung, ob Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, ist für den

Arbeitnehmer häufig mit erheblichen Beweisschwierigkeiten verbunden – hier lohnt sich für den Arbeitnehmer künftig der Umweg über die Amtsermittlung durch die Deutsche Rentenversicherung im Statusfeststellungsverfahren, um so eine das arbeitsrechtliche Verfahren, wenn nicht präjudizierende so doch maßgeblich beeinflussende, Entscheidung der Deutschen Rentenversicherung zu erlangen.

Falls diese für die Durchsetzung der Regelungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes relevante Folge nicht unmittelbar bezweckt war, hätte sie jedenfalls durch ein transparenteres Gesetzgebungsverfahren verhindert werden können.

- Bislang konnte das Statusfeststellungsverfahren lediglich nach Beginn der Tätigkeit durchgeführt werden, mit der Folge, dass die Rentenversicherung lediglich feststellen konnte, ob das Kind bereits im sozialversicherungsrechtlichen Brunnen lag. Nunmehr ist auch eine Prognoseentscheidung, vor Aufnahme der Tätigkeit, möglich. Getroffen wird diese Prognoseentscheidung auf Grundlage der schriftlichen Vereinbarungen und einer Darlegung der beabsichtigten Umstände der Vertragsdurchführung. Änderungen dieser Umstände haben die Beteiligten unverzüglich mitzuteilen.

Falls die geänderten Umstände eine wesentliche Änderung in der Beurteilung des Erwerbsstatus zur Folge haben, soll die Entscheidung geändert werden. Nach der Gesetzesbegründung sollten solche Änderungen mit Wirkung für die Zukunft erfolgen. Bei Verletzungen der Mitteilungspflicht soll dagegen die Entscheidung rückwirkend geändert werden, sodass für den Arbeitgeber auch rückwirkend Beitragspflichten entstehen. Leider hat diese Absicht im Gesetzestext keinen Ausdruck gefunden: Nach diesem gilt die Aufnahme der Tätigkeit als Zeitpunkt der Änderung – mit der Konsequenz, dass die rückwirkende Feststellung der Versicherungspflicht die Regel ist.

Angesichts dieser Regelung bedeutet eine Prognoseentscheidung für einen Arbeitgeber nur eine geringe Sicherheit, da sie unter dem steten Vorbehalt einer rückwirkenden Änderung steht. Insoweit bleibt abzuwarten, ob die Deutsche Rentenversicherung ihre Praxis am

missverständlichen Gesetzestext oder den differenzierteren Überlegungen der Gesetzesbegründung ausgerichtet. Bis dahin sollte vom Instrument der Prognoseentscheidung nur sehr vorsichtig Gebrauch gemacht werden.

- Eine letzte wesentliche Änderung betrifft die Möglichkeit einer Gruppenfeststellung. Bislang betrafen Statusfeststellungsverfahren lediglich einzelne Vertragsverhältnisse. Nunmehr kann eine gutachterliche Stellungnahme der Rentenversicherung auch für Auftragnehmer in gleichen Auftragsverhältnissen – die der Art und den Umständen der Ausübung nach übereinstimmen und denen einheitliche vertragliche Vereinbarungen zugrunde liegen – verlangen. Entgegenstehende Entscheidungen im Einzelfall durch die Deutsche Rentenversicherung oder andere Sozialversicherungsträger werden hierdurch nicht ausgeschlossen, allerdings tritt die Versicherungspflicht unter bestimmten Voraussetzungen erst mit Bekanntgabe der entgegenstehenden Entscheidung ein. Diese Wirkung ist auf Auftragsverhältnisse, die innerhalb von zwei Jahren nach Zugang der gutachterlichen Äußerung geschlossen werden, beschränkt.

Die Rechtssicherheit für den Auftraggeber durch eine gutachterliche Äußerung ist damit recht beschränkt: Nicht einmal die Deutsche Rentenversicherung Bund selbst ist daran gehindert oder eingeschränkt, in der Beurteilung des Einzelfalls von ihrer gutachterlichen Stellungnahme abzuweichen. Eine rechtlich tragfähige Klärung des Erwerbsstatus für größere Gruppen ist damit nicht zu erreichen. Dabei bleibt noch unberücksichtigt, dass eine rückwirkende Statusfeststellung jedenfalls für den Fall, dass eine unzutreffende Darstellung der Beschäftigungsbedingungen angenommen werden sollte, in Betracht kommt.

Für den Fall, dass eine für den Auftraggeber positive Entscheidung in einem Statusfeststellungsverfahren getroffen wurde, spricht wenig dagegen, diese für ähnliche Fälle in einer gutachterlichen Stellungnahme festzuschreiben zu lassen. Ein geeignetes Verfahren, um für eine größere Anzahl ähnlicher Auftragsverhältnisse Rechtssicherheit zu erhalten, ist dies jedoch nicht.

- Schließlich gibt das Gesetz noch die Möglichkeit, dass die Beteiligten im Widerspruchsverfahren eine mündliche Anhörung beantragen. Für den Arbeitgeber, der ggf. mit anwaltlicher Hilfe, zumeist in der Lage ist, seine Argumente auch schriftlich vorzubringen, hat diese Möglichkeit eher geringe Bedeutung. Interessanter kann sie für Auftragnehmer sein, um, mit Unterstützung der Mitarbeiter der Rentenversicherung Bund, ihre Argumente für eine abhängige Beschäftigung in eine für die Rentenversicherung geeignete Form zu bringen.

In einer ersten Bewertung wird das Ziel der Neuregelung –

„Bisher wird die Möglichkeit des Statusfeststellungsverfahrens häufig nicht in Anspruch genommen, weil es als nicht sachgerecht, zu langwierig und die Ergebnisse als nicht vorhersehbar angesehen werden. [...] Mit einer zeitgemäßen Weiterentwicklung des Statusfeststellungsverfahrens soll dem entgegengewirkt und den Vertragsbeteiligten ein einfacheres und zukunftsgerichtetes Verfahren zur Klärung des Erwerbsstatus zur Verfügung gestellt werden.“ –

verfehlt. Hauptschwierigkeit bleibt weiterhin, dass die Kriterien für die Annahme einer Beschäftigung gesetzlich kaum definiert sind und damit für Sozialversicherungsträger und Sozialgerichte erhebliche Auslegungsspielräume bestehen. Daran und der Folge, dass eine Entscheidung im Statusfeststellungsverfahren häufig schwer prognostizierbar bleibt, ändert sich nichts. Die zahlreichen Unklarheiten und Hintertüren in den Neuregelungen sind auch nicht geeignet, das historisch gewachsene Misstrauen gegen das Statusfeststellungsverfahren zu beseitigen.

Die Neuregelungen treten zum 01.04.2022 in Kraft; sie sind zunächst bis 30.06.2027 befristet und sollen auf Grundlage eines Berichts, den die Deutsche Rentenversicherung Bund bis zum Dezember 2025 vorlegen soll, evaluiert werden.



Neues aus der Rechtsprechung

Äußerungen im WhatsApp-Chat als Kündigungsgrund?

In einem aktuellen Fall hatte das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg über die Kündigung des Technischen Leiters eines gemeinnützigen Vereins zu entscheiden. Dieser hatte sich in einem privaten WhatsApp-Chat mit Kollegen sehr herabwürdigend und verächtlich über Geflüchtete und in der Flüchtlingshilfe tätige Menschen geäußert. Mit Urteil vom 19. Juli 2021 (Az. 21 Sa 1291/20 – bislang nur als Pressemitteilung) hat das LAG entschieden, dass die Kündigung zwar unwirksam sei; es hat aber das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufgelöst.

Bei dem beklagten Arbeitgeber handelt es sich um einen Verein, der überwiegend in der Flüchtlingshilfe tätig ist. Der Verein ist in erheblichem Maße auf ehrenamtliche Unterstützung angewiesen. Per Zufall erlangte der Verein Kenntnis von einem privaten WhatsApp-Chat-Verlauf zwischen dem Technischen Leiter (und späteren Kläger) und zwei weiteren Beschäftigten. Innerhalb des Chats tätigte der Technische Leiter menschenverachtende und herabwürdigende Äußerungen sowohl über Geflüchtete als auch über Helferinnen und Helfer. Diese Äußerungen gelangten an die Öffentlichkeit. Der Verein kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Technischen Leiter verhaltensbedingt und ordentlich.

Das LAG Berlin-Brandenburg hat die Entscheidung der Vorinstanz bestätigt und die Kündigung für unwirksam erklärt. Dabei hat es ein

etwaiges Beweisverwertungsverbot abgelehnt und stattdessen die Verwertung des Chatverlaufs im Gerichtsverfahren für zulässig erachtet. Es hat jedoch eine die Kündigung rechtfertigende Pflichtverletzung mit der Begründung verneint, dass eine **vertrauliche Kommunikation** unter den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts falle. Das Vorliegen einer solchen vertraulichen Kommunikation hat das Gericht hinsichtlich des WhatsApp-Chats bejaht. Hier sei die Kommunikation in einem **sehr kleinen Kreis mit privaten Handys** erfolgt und erkennbar **nicht auf Wiedergabe an Dritte**, sondern auf Vertraulichkeit ausgelegt gewesen.

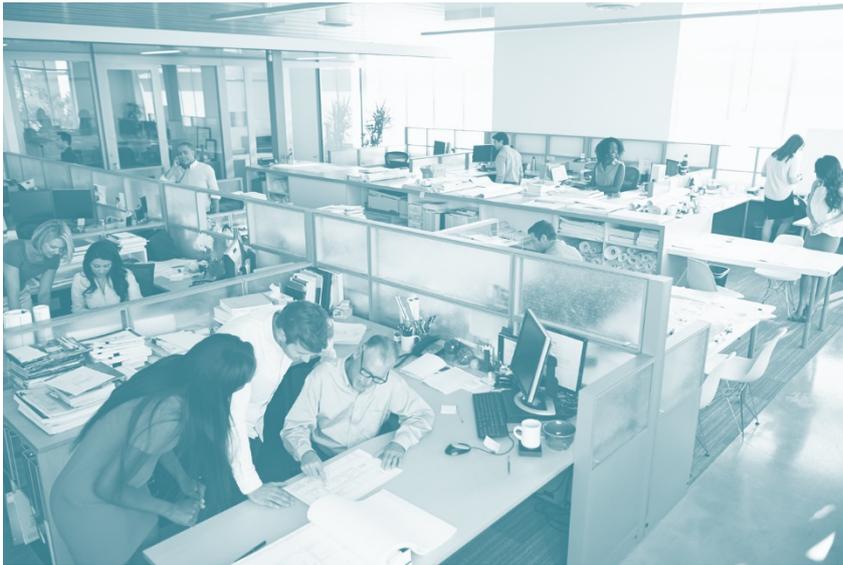
Dass der Kläger aufgrund seiner Äußerungen nicht für die Tätigkeit bei der Beklagten geeignet sei, hat das Gericht ebenfalls verneint. Hierbei hat das Gericht ausgeführt, dass besondere Loyalitätspflichten nicht bestünden, weil der Kläger als Technischer Leiter **keine unmittelbaren Betreuungsaufgaben** wahrnehme. Auch könne dem Kläger nicht das erforderliche **Mindestmaß an Verfassungstreue**, welches für eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst erforderlich sei, allein aufgrund dieser Äußerungen abgesprochen werden.

Das Gericht hat jedoch auf Antrag des Beklagten das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufgelöst. Diese Möglichkeit eröffnet **§ 9 KSchG**. Danach hat das Gericht auf **Antrag des Arbeitgebers** das Arbeitsverhältnis aufzulösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer **angemessenen Abfindung** zu verurteilen, wenn Gründe vorliegen, die eine den **Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit** zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen. Diese Voraussetzung hat das Gericht im vorliegenden Fall bejaht. Aufgrund des öffentlichen Bekanntwerdens der schwerwiegenden Äußerungen des Technischen Leiters könne der Verein bei dessen Weiterbeschäftigung nicht mehr glaubwürdig gegenüber geflüchteten Menschen auftreten. Auch sei zu befürchten, dass eine Weiterbeschäftigung des Klägers zu einer deutlichen Verringerung der ehrenamtlichen Hilfe führen würde, auf die der Verein dringend angewiesen ist. Vor diesem Hintergrund sei eine **weitere Zusammenarbeit nicht möglich** gewesen.

Das LAG hat die Revision zum Bundesarbeitsgericht zugelassen.

Auch wenn das LAG Berlin-Brandenburg im vorliegenden Fall den WhatsApp-Chat-Verlauf unter den Schutz des allgemeinen

Persönlichkeitsrechts gestellt hat, bedeutet das nicht, dass solche widrigen Äußerungen in Chatverläufen immer geschützt sind. Es ist davon auszugehen, dass das Gericht bei einer – ggf. auch nur geringfügig – höheren Anzahl an Gruppenteilnehmern in dem Chat die Vertraulichkeit verneint und eine Pflichtverletzung des Klägers bejaht hätte. Zu begrüßen ist hingegen die Entscheidung des Gerichts, dem Auflösungsantrag des Arbeitgebers stattzugeben – dies geschieht in der Praxis selten.



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