

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial setting. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a metal hanger. Below it, another similar gear is partially visible, resting on a surface. The background is filled with various industrial structures, pipes, and lights, all slightly out of focus, creating a sense of depth and a professional, manufacturing-oriented atmosphere.

LOSCHELDER

**Newsletter Arbeitsrecht
Januar 2024**

Inhalt

Loschelder Praxistipp

Anwendungsbereich des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes wurde zum 1. Januar 2024 erweitert

Neues aus der Rechtsprechung

Keine Unwirksamkeit der Kündigungen trotz Fehler im Massenentlassungsanzeigeverfahren?

Neues aus der Rechtsprechung

Beweiswert passgenauer Krankmeldungen kann auch bei arbeitgeberseitiger Kündigung erschüttert sein

Neues aus der Rechtsprechung

LAG: Keine „Rücknahme“ einer Eigenkündigung

Loschelder Praxistipp

Anwendungsbereich des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes wurde zum 1. Januar 2024 erweitert

Zum Jahreswechsel wurde der Schwellenwert für die Anwendbarkeit des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes (LkSG) herabgesetzt. Unternehmen mit über 1000 Beschäftigten (bisher: 3000) sind nunmehr gesetzlich verpflichtet, menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflichten zu beachten und ein Risikomanagement einzurichten. Von den Auswirkungen der Gesetzesänderung werden indes nicht nur diese großen Unternehmen, sondern auch deren unmittelbare Zulieferer betroffen sein. Wir geben einen Überblick zu den Pflichten der unmittelbar betroffenen Unternehmen sowie den zu erwartenden Auswirkungen auf die Zuliefererbranche (KMU). Am Ende des Beitrags erfolgt ein Ausblick auf die zu erwartende EU-Lieferkettenrichtlinie.

1. Pflichten unmittelbar betroffener Unternehmen

Das LkSG markiert einen Paradigmenwechsel in der deutschen Außenwirtschaftspolitik. Die Verantwortung für den Menschenrechtsschutz soll nicht mehr allein staatliche Aufgabe, sondern auch Verantwortung von Unternehmen sein. Nach einer einjährigen Übergangsphase geht das Gesetz nun für alle Unternehmen, welche mindestens 1000 Mitarbeiter beschäftigen.

Durch verschiedene im Gesetz geregelte „Sorgfaltspflichten“ trifft diese Unternehmen nun die Verantwortung, ihre weltweiten Lieferketten auf Menschenrechts- und umweltbezogene Risiken zu überprüfen und Verletzungen der entsprechenden Schutzgüter in der Lieferkette vorzubeugen.

Ausgangspunkt der gesetzlichen Pflichten ist die jährliche Risikoanalyse, welche gemäß § 5 Abs. 1, 4 LkSG im eigenen Geschäftsbereich (einschließlich Konzernunternehmen) sowie hinsichtlich der direkten Zulieferer durchgeführt werden muss; bei entsprechenden Risikolagen auch anlassbezogen häufiger. Auf mittelbare Zulieferer, also solche, die keine direkte Geschäftsbeziehung mit dem verpflichteten Unternehmen unterhalten, muss die Risikoanalyse gemäß § 9 Abs. 3 LkSG anlassbezogen ausgeweitet werden, wenn von möglichen Verletzungen der menschenrechtlichen oder umweltbezogenen Schutzgüter substantiierte Kenntnis erlangt wird.

Überblick zu den Schutzgütern:

Die Schutzgüter des LkSG (geregelt in § 2 LkSG) umfassen ein breites Spektrum menschenrechtlicher Standards: Neben dem Verbot von Kinderarbeit und Sklaverei, Zwangsarbeit, Vertreibung, Gewalt und Zwangsräumung – für welche Gefahren vor allem in entfernteren Regionen der Welt bestehen – sind ausdrücklich auch die Beachtung arbeitsschutzrechtlicher Vorschriften, die Freiheit gewerkschaftlicher Betätigung, der Schutz vor Diskriminierung und die Beachtung des Mindestlohns geschützt.

Die umweltbezogenen Pflichten beschränken sich im Wesentlichen auf den sachgemäßen Umgang mit Quecksilber, besonders langlebigen organischen Schadstoffen (POPs) sowie gefährlichen Abfällen.

Die Risikoanalyse erfolgt abgestuft: Zunächst ist im Rahmen einer abstrakten Risikoanalyse festzustellen, welche Bereiche der individuellen Lieferkette aufgrund ihrer Merkmale besonders gefährdet sind. Das Gesetz folgt insoweit einem Maßstab der „angemessenen Sorgfalt“, da es davon ausgeht, dass die meisten Unternehmen nicht dazu in der Lage sein werden, alle Zulieferer – unabhängig von ihrer Risikogeneithheit – jährlich umfassend auf Risiken zu überprüfen. Erst im zweiten Schritt ist auf Grundlage des Ergebnisses der abstrakten Risikoanalyse bei denjenigen Zulieferern, die als besonders risikoreich erscheinen, eine nähere Betrachtung notwendig.

Beispiel:

Abstrakte Risiken eines Sektors der Lieferkette können sich insbesondere aus der Zugehörigkeit zu einer besonders gefährdeten Branche (z.B. Bergbau/Textilindustrie usw.) oder aus einer kritischen Herkunft (Länder oder Regionen mit bekannten Menschenrechtsverletzungen) ergeben.

Zeigen sich nach der Analyse Risiken, so fordert das Gesetz Präventions- bzw. Abhilfemaßnahmen. Die Beendigung einer Geschäftsbeziehung soll dabei nur ultima ratio sein. Nach dem Grundsatz der angemessenen Sorgfalt ist das verpflichtete deutsche Unternehmen nicht dazu gehalten, umfassende Menschenrechtskonformität in der gesamten Lieferkette sicherzustellen – geschuldet ist lediglich ein Einwirken auf Zulieferer im Sinne von *best-effort*-Bemühungen.

Besonders kritisiert werden die bürokratischen Pflichten des Gesetzes. Nach § 10 Abs. 1 LkSG sind die internen Maßnahmen einerseits zu dokumentieren und 7 Jahre lang nachzuhalten. § 10 Abs. 2 LkSG regelt zudem die Pflicht, jährlich einen ausführlichen Bericht über die

Einhaltung der Pflichten des LkSG zu erstellen, diesen im Internet zu veröffentlichen und bei dem Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) einzureichen. Der Inhalt des Berichts ist durch das BAFA reglementiert; es werden umfangreiche Angaben zum Vorgehen des verpflichteten Unternehmens bei der Risikoanalyse, sowie zu den gefundenen Risiken und der Reaktion des Unternehmens mit Präventions- bzw. Abhilfemaßnahmen gefordert.

Im Unternehmen muss zudem nach § 4 Abs. 3 LkSG eine verantwortliche Person, etwa in Form eines Menschenrechtsbeauftragten, bestimmt werden. Nach § 8 LkSG ist ein Meldekanal für Lieferketten-Whistleblowing zu eröffnen.

Bei Verstößen gegen die Pflichten des LkSG, einschließlich der Berichtspflicht, sieht das Gesetz in § 24 LkSG Bußgelder (je nach Art des Verstoßes) i.H.v. 100.000 bis 500.000 € vor. Unternehmen mit einem durchschnittlichen Jahresumsatz von mehr als 400 Millionen Euro können darüber hinaus sogar mit einer Geldbuße bis zu 2 % des weltweiten Jahresumsatzes belegt werden.

Praxishinweis:

Bei geringfügigen Verstößen wird das BAFA in der Einführungsphase des Gesetzes nach eigener Aussage zunächst keine Bußgelder verhängen.

2. Auswirkungen auf mittelständische Zuliefererunternehmen

Auch mittelständische Unternehmen werden (indirekt) betroffen sein, sofern sie als Zulieferer für vom Gesetz erfasste Unternehmen tätig werden. Wenn beispielsweise die abstrakte Gefahr von arbeitschutzrechtlichen Verstößen in der Lieferkette besteht, muss das direkt betroffene Unternehmen im Rahmen der konkreten Risikoanalyse weitere Untersuchungen einleiten und gegebenenfalls Maßnahmen ergreifen, um das entsprechende Risiko einzuschätzen und Verletzungen entgegenzuwirken.

Zu einer Erforschung von Risiken bei mittelbaren Zulieferern ist das direkt vom Gesetz betroffene Unternehmen verpflichtet, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für Risiken in tieferen Gliedern der Lieferkette vorliegen. Das Gesetz spricht dann von „substantiiertes Kenntnis“ eines Risikos. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass (anders als der Gesetzeswortlaut nahelegt) diese Schwelle bereits aufgrund von Medienberichten über Menschenrechtsverletzungen in bestimmten Regionen oder Wirtschaftssektoren erreicht sein kann.

Verpflichtete Unternehmen benötigen dann bei der Analyse die Hilfe ihrer unmittelbaren Zulieferer. Vor allem der industrielle Mittelstand kann sich daher in naher Zukunft vermehrten Auskunftsverlangen ausgesetzt sehen.

Grundsätzlich ist dabei zur Kooperation zu raten – denn das verpflichtete Unternehmen kann die erforderlichen Informationen nur durch die Hilfe seines unmittelbaren Zulieferers erlangen. Mittelständler sollten allerdings darauf achten, nicht aufgrund übertriebener Auskunftsersuchen Ressourcen zu verschwenden. Zudem sollten die eigenen Interessen geschützt werden.

Die folgenden Hinweise können dabei als Leitlinien dienen.

Praxistipps:

- Abwehr übertriebener Auskunftsverlangen: Sieht man sich ohne Risikoanlass mit umfangreichen Fragebögen konfrontiert, sollte der Geschäftspartner zunächst daran erinnert werden, dass die Auskunft für eine ordnungsgemäße Risikoanalyse nicht erforderlich ist.
- Wer schreibt, der bleibt: Notwendige Auskünfte sollten erteilt werden, denn das verpflichtete Unternehmen kann sie nicht anders erlangen. Bei Auskunftsverweigerung ist die Geschäftsbeziehung in Gefahr.
- Schutz von Geschäftsgeheimnissen: Verträge mit eigenen Zulieferern können sensible Informationen enthalten. Diese sollten geschwärzt werden. Ist die Geheimhaltung nicht möglich, sollte mit Verschwiegenheitsvereinbarungen gearbeitet werden.
- Keine Verantwortung abwälzen lassen: Für verpflichtete Unternehmen ist die Versuchung groß, Verantwortung und Kosten auf direkte Zulieferer abzuwälzen. Das Gesetz lässt dies jedoch nur in engen Grenzen zu. Eine Verpflichtung, eventuelle Schäden in der tieferen Lieferkette selbst auszugleichen, sollten KMU nicht eingehen.
- Präventive Risikoanalyse: Es kann sich auch für KMU in entsprechenden Branchen lohnen, eigene Analysen ihrer Lieferkette durchzuführen um die Informationen im Bedarfsfall weitergeben zu können. In Anbetracht der neuen Regulation kann

sich dies zukünftig bei Ausschreibungen und Vergabeverfahren auch in der Privatwirtschaft als Wettbewerbsvorteil herausstellen.

3. Fazit und Ausblick nach Europa

Das LkSG wird erhebliche Auswirkungen auf die Geschäftsbeziehungen insbesondere der produzierenden und handeltreibenden Unternehmen haben – und dies unabhängig davon, ob sie aufgrund ihrer Mitarbeiterzahl formal vom Gesetz erfasst sind. Auch mittelständische Zuliefererunternehmen sollten ihren Handlungsbedarf unter Berücksichtigung des Marktumfelds einschätzen. Menschenrechtsrisiken werden in der gesamten Wirtschaft zukünftig eine erhebliche Rolle in Beschaffungsprozessen erlangen.

Ein Blick nach Brüssel zeigt ebenfalls, dass die Pflichten des LkSG nur der erste Schritt einer Verpflichtung der Wirtschaft auf umfangreiche Lieferketten-Compliance sind. In einer Presseerklärung vom 14. Dezember 2023 teilte das EU-Parlament mit, dass die Verhandlungsführer des Parlaments und des Rates sich auf einen Entwurfstext der EU-Lieferkettenrichtlinie geeinigt haben. Der Entwurf sieht einen weiteren Anwendungsbereich vor als das LkSG – so sollen etwa auch Unternehmen ab 250 Beschäftigten mit einem Umsatz von mehr als 40 Mio. Euro betroffen sein, wenn mindestens 20 Mio. davon in bestimmten Risikosektoren (z.B. Textilgroßhandel, Landwirtschaft und Fischerei und Lebensmittelherstellung) erwirtschaftet werden. Auch hinsichtlich der Rechtsfolgen ist die Richtlinie strenger: Es drohen etwa öffentliches „naming and shaming“ sowie zivilrechtliche Schadensersatzansprüche. Im Ausland Geschädigte könnten so gegen Konzernmutterunternehmen in Europa eventuelle Schäden geltend machen.



Neues aus der Rechtsprechung

Keine Unwirksamkeit der Kündigungen trotz Fehler im Massenentlassungsanzeigeverfahren?

Der Sechste Senat des BAG beabsichtigt, seine Rechtsprechung, dass eine Kündigung unwirksam ist, wenn bei ihrer Erklärung keine wirksame Anzeige nach § 17 Abs. 1, 3 KSchG vorliegt, aufzugeben und legte mit Beschluss vom 14. Dezember 2023 dem Zweiten Senat des BAG die Frage vor, ob dieser weiterhin an seiner bisherigen Rechtsprechung festhält, wonach die Kündigung bei fehlender oder fehlerhafter Anzeige unwirksam ist (sog. Divergenzanfrage).

In dem dem Vorlagebeschluss vom 14.12.2023 (Az. 6 AZR 157/22 (B)) zugrundeliegenden Fall streiten die Parteien über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung. Der Arbeitgeber hat die erforderliche Massenentlassungsanzeige nicht erstattet.

§ 17 KSchG verpflichtet den Arbeitgeber, ein vor dem Ausspruch der Kündigung erforderliches Massenentlassungsverfahren ordnungsgemäß durchzuführen. Eine Massenentlassung liegt vor, wenn innerhalb von 30 Tagen Mitarbeiter in so großer Zahl entlassen werden, dass die von der Betriebsgröße abhängigen Schwellenwerte des § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG überschritten werden. Vor jeder Massenentlassung ist der Arbeitgeber verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten (§ 17 Abs. 1 KSchG). Vor Erstattung der Massenentlassungsanzeige ist der Betriebsrat zu konsultieren; in diesem Verfahrensabschnitt teilt der Arbeitgeber dem Betriebsrat zweckdienliche

Informationen – beispielsweise über die Gründe für die geplanten Entlassungen und die Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer – mit und die Parteien beraten über die Möglichkeit, Entlassungen zu vermeiden oder einzuschränken und ihre Folgen zu mildern (§ 17 Abs. 2 KSchG).

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG waren Kündigungen unwirksam, wenn im Zeitpunkt der Erklärung keine oder eine fehlerhafte Anzeige vorlag, § 134 BGB in Verbindung mit § 17 Abs. 1, 3 KSchG führen (BAG, Urteil vom 22.11.2012, Az. 2 AZR 371/11). Das BAG qualifizierte § 17 Abs. 3 Satz 2 und 3 KSchG als Verbotsgesetze i.S.d. § 134 BGB. Dies begründete das BAG im Wesentlichen mit dem unionsrechtlichen Grundsatz des „effet utile“, also dem Grundsatz, dass Normen des EU-Rechts auf nationaler Ebene größtmögliche Wirkung zu verleihen ist. Dieses vom BAG aufgestellte – äußerst scharfe – Sanktionssystem führte bei Arbeitgebern zu einem erheblichen Risiko bei der Durchführung des Massenentlassungsanzeigeverfahrens, denn auch bei kleineren Fehlern drohte die Unwirksamkeit aller ausgesprochenen Kündigungen.

Der Sechste Senat hatte im Januar 2022 den EuGH im Vorabentscheidungsverfahren zu der Frage angerufen, welchem Zweck die in Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 RL 98/59/EG (Massenentlassungsrichtlinie, MERL) statuierte Pflicht zur Übermittlung einer Auskunftsabschrift an die Agentur für Arbeit dient (BAG, Beschluss vom 27.01.2022, Az. 6 AZR 155/21). Der EuGH entschied, dass diese Pflicht, die durch § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG in das deutsche Recht umgesetzt ist, nicht dem Individualrechtsschutz diene und damit nicht die von den Massenentlassungen betroffenen Arbeitnehmern zu schützen bezwecke (EuGH, Urteil vom 13.07.2023, Az. C 134/22). Die Übermittlungspflicht soll lediglich den zuständigen Behörden ermöglichen, sich auf die zu entlassenden Arbeitnehmer einzustellen und basiere damit auf arbeitsmarktpolitischen Erwägungen.

Der Sechste Senat kündigte daraufhin eine Rechtsprechungsänderung an, die sich auf Fehler im Massenentlassungsanzeigeverfahren gemäß § 17 Abs. 1, 3 KSchG bezieht. Fehler im Zusammenhang mit der Massenentlassungsanzeige sollen nicht zur Nichtigkeit der Kündigung führen, denn § 17 Abs. 1, 3 KSchG erfüllten nicht die Anforderungen an ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB. Dies begründet der Sechste Senat im Wesentlichen wie folgt:

Nach dem Willen des Gesetzgebers werde die Wirksamkeit der Kündigung auch bei Verstößen gegen die Anzeigeverpflichtung aus § 17 Abs. 1, 3 KSchG nicht angetastet. Den Arbeitgeber treffen im Anzeigeverfahren lediglich außerhalb des Arbeitsverhältnisses stehende, administrativ-prozedurale Verpflichtungen, die – auch bei fehlerhafter Erfüllung – keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Kündigung haben könnten.

Darüber hinaus erfordere § 17 Abs. 1, 3 KSchG nach seinem Zweck nicht die Nichtigkeit der Kündigungen. Denn die Norm solle weder die Kündigungsmöglichkeit als solche, noch die Entscheidung des Arbeitgebers, wie viele Arbeitnehmer er zu welchem Zeitpunkt entlässt, beeinflussen oder gar anzeigepflichtige Kündigungen untersagen. Die Vorschrift diene lediglich dem Zweck, die sozio-ökonomischen Auswirkungen von Massenentlassungen auf den Arbeitsmarkt zu mildern, indem die zuständige Agentur für Arbeit frühzeitig in das Verfahren eingebunden werde und sich auf die bevorstehenden Entlassungen vorbereiten könne. Der Verstoß gegen die Anzeigepflicht gebiete daher allenfalls eine arbeitsförderungsrechtliche Sanktion, die Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigungen könnten davon indes nicht berührt werden.

Klarstellend führt der Sechste Senat aus, dass das Sanktionsregime in Bezug auf Fehler im Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG davon unberührt bleibe. Danach haben Fehler im Konsultationsverfahren (weiterhin) die Nichtigkeit der Kündigung gemäß § 134 BGB zur Folge. Denn § 17 Abs. 2 KSchG sei ein betriebsverfassungsrechtlich geprägtes Verfahren, welches auch den individuellen Arbeitnehmerschutz bezwecke. Durch das Konsultationsverfahren werde dem Betriebsrat nämlich frühzeitig die Möglichkeit gewährt, auf die Willensbildung des Arbeitgebers Einfluss zu nehmen und Kündigungen zu verhindern.

Das Massenentlassungsverfahren bleibt (zunächst) für Unternehmen mit hohen Anforderungen und Risiken verbunden. Auch wenn der Sechste Senat hinsichtlich des Anzeigeverfahrens eine Rechtsprechungsänderung beabsichtigt – die aus Arbeitgebersicht zu begrüßen ist – stellt er zugleich klar, dass Fehler im Konsultationsverfahren mit dem Betriebsrat weiterhin zur Unwirksamkeit der Kündigung führen.

Es bleibt abzuwarten, ob der Zweite Senat, der das derzeit bestehende Sanktionssystem durch seine grundlegende Entscheidung

vom 22.11.2012 (Az. 2 AZR 371/11) mitgeprägt hat, an seiner Rechtsprechung festhält oder sich der Auffassung des Sechsten Senats anschließt. Mit Blick auf die EuGH-Rechtsprechung, die den arbeitsmarktpolitischen Zweck hervorhebt, wäre eine Rechtsprechungsänderung zu begrüßen. Schließt sich der Zweite Senat nicht an, so müsste nach § 45 Abs. 2 ArbGG der Große Senat entscheiden. Bis auf Weiteres sind Arbeitgeber daher jedenfalls gut beraten, sowohl das Konsultations- als auch das Anzeigeverfahren korrekt durchzuführen.



Neues aus der Rechtsprechung

Beweiswert passgenauer Krankmeldungen kann auch bei arbeitgeberseitiger Kündigung erschüttert sein

Nach Auffassung der Arbeitsgerichte kommt der ordnungsgemäß ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ein hoher Beweiswert für das Vorliegen tatsächlicher Arbeitsunfähigkeit zu. Das Vorliegen eines Attestes gibt dem Arbeitnehmer im Regelfall einen Lohnfortzahlungsanspruch. Manchmal erkranken Arbeitnehmer unmittelbar nach Zugang einer Kündigung bis zum Ende der Kündigungsfrist. Für einen solchen Fall hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) im Urteil vom 13. Dezember 2023 (Az. 5 AZR 137/232) entschieden, dass der Beweiswert von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen erschüttert sein kann, wenn der arbeitsunfähige Arbeitnehmer nach Zugang der Kündigung eine oder mehrere Folgebescheinigungen vorlegt und die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen „passgenau die Dauer der Kündigungsfrist umfassen“ und der Arbeitnehmer unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine neue Beschäftigung aufnimmt.

Zum Sachverhalt: Ein als Helfer bei der beklagten Arbeitgeberin beschäftigter Mitarbeiter war zunächst am 02.05.2022 arbeitsunfähig erkrankt und hatte ein Attest für die Zeit vom 02.05. bis zum 06.05.2022 vorgelegt. Die beklagte Arbeitgeberin hatte dann mit einem 03.05.2022 zugegangenen Kündigungsschreiben vom 02.05.2022 das Arbeitsverhältnis zum 31.05.2022 gekündigt. Der Arbeitnehmer war daraufhin mit Folgebescheinigungen vom 06.05.2022 und 20.05.2022 bis zum 31.05.2022 (einem Dienstag) weiter erkrankt. Er nahm dann am 01.06.2022 eine neue Beschäftigung auf und war arbeitsfähig.

Bekannte Fallgruppe Eigenkündigung des Arbeitnehmers:

Im Urteil vom 08.09.2021 (Az. 5 AZR 149/21) hatte sich das BAG mit dem Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung befasst, wenn nach einer Eigenkündigung des Arbeitnehmers am gleichen Tag eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses übergeben wird. In diesem Fall entfällt der zunächst bestehende Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, weil nach einer Gesamtbetrachtung Anlass zu ernststen Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers besteht. Dann hat

der Arbeitnehmer die volle Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit, also die Voraussetzung für den Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 Abs. 1 EFZG ist. Der Leitsatz des BAG lautet:

Kündigt ein Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis und wird er am Tag der Kündigung arbeitsunfähig krankgeschrieben, *kann* dies den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung insbesondere dann erschüttern, wenn die bescheinigte Arbeitsunfähigkeit *passgenau* die Dauer der Kündigungsfrist umfasst.

Mehrere Landesarbeitsgerichte sind dieser Rechtsprechung gefolgt, haben dabei aber immer zusätzlich die Umstände des Einzelfalls bewertet. So hat beispielsweise das LAG Köln (Urteil vom 10.08.2023, Az. 6 Sa 682/22) den Beweiswert einer mit der Eigenkündigung eingereichten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung dann als nicht erschüttert angesehen, wenn der Arbeitnehmer eine entsprechende medizinische Vorgeschichte (in diesem Fall: psychische Belastungsstörung) beweisen konnte. Es bedurfte dazu aber einer detaillierten Sachverhaltsaufklärung.

Weitere Fallgruppe: Passgenaue Krankmeldung folgt einer Kündigung des Arbeitgebers nach

In dem am 13.12.2023 entschiedenen Fall ging es nicht um die Eigenkündigung des Arbeitnehmers, sondern eine vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung.

Das BAG formuliert, es sei „nicht entscheidend, ob es sich um eine Kündigung des Arbeitnehmers oder eine Kündigung des Arbeitgebers handelt und ob für den Beweis der Arbeitsunfähigkeit eine oder mehrere Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorgelegt werden“. Damit wird der Anwendungsbereich der Rechtsprechung aus dem Jahr 2021 erweitert.

Aber: Wie immer ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Besteht Anlass zu ernsthaften Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, entfällt der Beweiswert.

Hier liegt aus Sicht des BAG zwar nicht bei der ersten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom 02.05.2022, aber bei den Folgebescheinigungen vom 06.05. und 20.05.2022 bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses, eine Koinzidenz zwischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigun-

gen und Ende des Arbeitsverhältnisses vor. Der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ist damit erschüttert, weil ernstliche Zweifel an deren Richtigkeit bestehen.

In dem nun fortzusetzenden Rechtsstreit beim LAG Niedersachsen wird aufgeklärt werden, ob der Arbeitnehmer krank war oder nicht. Dafür muss der Arbeitnehmer den vollen Beweis erbringen bzw. zunächst die Umstände seiner Krankheit darlegen. Dies geschieht üblicherweise durch die Benennung des die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausstellenden Arztes als Zeugen, das Beibringen ärztlicher Befundberichte und eine nähere – mit Beweisanträgen versehene – Erläuterung der Krankheit. Es ist somit nicht ausgeschlossen, dass der Arbeitnehmer seine Entgeltfortzahlung erhält. In jedem Fall ist ihm Weg dorthin erheblich erschwert.

Auswirkungen für die Praxis:

Folge der Rechtsprechung des BAG ist, dass der verbreiteten Praxis, nach Ausspruch einer Eigenkündigung oder Zugang einer arbeitgeberseitigen Kündigung bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses „passgenau“ zu erkranken, entgegengetreten werden kann. Der Aufwand für diejenigen Arbeitnehmer, die so vorgehen, erhöht sich beträchtlich, wenn sich der Arbeitgeber in diesen Fällen entschließt, die Entgeltfortzahlung zu verweigern und den damit verbundenen Prozessaufwand in Kauf zu nehmen. Auf der Seite der Arbeitnehmer bedarf es dann doch recht aufwendigen schriftsätzlichen Vortrags zum tatsächlichen Vorliegen einer Erkrankung (wie in dem oben dargestellten Fall des LAG Köln). Nach unserer Erfahrung lohnt sich zumindest mittelfristig diese Strategie, insbesondere in Unternehmen, in denen derartige Vorgänge häufig auftreten.



Neues aus der Rechtsprechung

LAG: Keine „Rücknahme“ einer Eigenkündigung

Das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz hat mit Urteil vom 20. Juli 2023 (Az. 5 Sa 318/22) entschieden, dass die Drohung mit einer außerordentlichen Kündigung nicht widerrechtlich sei, wenn der dringende Verdacht besteht, dass der Arbeitnehmer ein falsches digitales COVID-19 Impfbzertifikat vorgelegt hat. Eine in diesem Zusammenhang erklärte Eigenkündigung des Arbeitnehmers könne dieser daher nicht „zurücknehmen“.

Der Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Der klagende Arbeitnehmer war Feuerwehrmann bei den US-Stationierungstreitkräften. Während der Corona Pandemie waren besondere Schutzmaßnahmen am Arbeitsplatz vorgeschrieben, um das Infektionsrisiko zu senken. Es wurde die sog. **3-G-Regel** (geimpft, genesen oder getestet) am Arbeitsplatz eingeführt. Bis einschließlich zum 22.12.2021 legte der Kläger entsprechend Negativtests vor. Als kurz darauf eine **Impfprämie** von 100,00 € für alle vollständig geimpften Beschäftigten in Aussicht gestellt wurde, legte der Kläger dem beklagten Arbeitgeber ein **COVID-19 Impfbzertifikat** vor, das durchgeführte Impfungen mit vollständigem Impfschutz bereits seit dem 28.05.2021 auswies. Die Vorlage von Negativtests wäre gar nicht erforderlich gewesen. Die Beklagte bezweifelte daher die Echtheit des vorgelegten Impfbzertifikats und erstattete **Strafanzeige**.

Die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft deckten einige Tatsachen auf, die jedenfalls den **Verdacht** der Vorlage eines nicht ordnungsgemäßen Impfbzertifikats bestärkten. Sodann erfolgte eine **Anhörung** des Klägers wegen des Verdachts, dass er dem Arbeitgeber ein unrichtiges COVID-19 Impfbzertifikat vorgelegt habe. An der Anhörung nahmen neben dem Kläger der Vorgesetzte und stellvertretende Abteilungsleiter, ein Sergeant der US Militärpolizei, eine Mitarbeiterin der Personalabteilung, der Vorsitzende der Betriebsvertretung und ein stellvertretendes Mitglied der Schwerbehindertenvertretung teil. Der Kläger beteuerte weiterhin, dass er vollständig geimpft und das vorgelegte Impfbzertifikat echt sei. Nach einer Unterbrechung zur Beratung teilte der Vorgesetzte dem Kläger mit, dass der Arbeitgeber eine **außerordentliche Verdachtskündigung** aussprechen werde und der Kläger bis dahin **freigestellt** sei. Er sollte unverzüglich seine persönlichen Sachen packen, die Kaserne verlassen und seine ID-Karte abgeben. Der Vorsitzende der Betriebsvertretung schlug als **Alternative eine Eigenkündigung** des Klägers mit anschließender Freistellung vor. Die Mitarbeiterin der Personalabteilung fertigte sodann am Computer eine schriftliche Eigenkündigung vom 16.05.2022 zum 30.06.2022, die der Kläger unterschrieb. Mit Anwaltsschreiben vom 02.06.2022 focht der Kläger die Eigenkündigung aus allen erdenklichen Gründen, insbesondere wegen **widerrechtlicher Drohungen**, an.

Das LAG hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und die Klage als unbegründet angesehen. Dabei ist es davon ausgegangen, dass es **mangels Nötigungswillens** bereits an einer Drohung im Rechtssinne gefehlt habe. Selbst wenn man jedoch eine **Drohung** annehmen wollen würde, wäre diese im vorliegenden Fall **nicht widerrechtlich** gewesen.

Gemäß § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB kann derjenige, der widerrechtlich durch Drohung zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt worden ist, seine **Willenserklärung anfechten**. Für eine Drohung in diesem Sinne ist es erforderlich, dass der Bedrohte in eine **Zwangslage** versetzt wird, die ihm subjektiv das Gefühl gibt, sich nur noch **zwischen zwei Übeln** entscheiden zu können. Nach Auffassung des LAG lag eine solche Drohung bereits nicht vor. Der Vorgesetzte hat dem Kläger nämlich keine Eigenkündigung nahegelegt und wollte ihn auch nicht dazu veranlassen. Er hat ihm vielmehr nach der Gesprächsunterbrechung mitgeteilt, dass eine außerordentliche Kündigung erfolgen werde. Es war nicht so, dass dem Kläger eine Wahl

zwischen zwei Übeln gelassen wurde. Vielmehr war es erst der Vorsitzende der Betriebsvertretung, der eine Eigenkündigung des Klägers vorschlug.

Selbst wenn hier eine Drohung vorgelegen hätte – der Vorgesetzte dem Kläger also gesagt hätte, dass er entweder selbst kündigen kann oder ansonsten fristlos entlassen werde – wäre **diese Drohung jedenfalls nicht widerrechtlich** gewesen. Die Drohung mit einer außerordentlichen Kündigung ist dann widerrechtlich, wenn ein verständiger Arbeitgeber eine solche Kündigung nicht **ernsthaft in Erwägung ziehen** durfte. Nicht erforderlich ist allerdings, dass die angedrohte Kündigung, wenn sie erklärt worden wäre, sich in einem Kündigungsschutzprozess als rechtsbeständig erwiesen hätte. Nur wenn der Arbeitgeber unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls davon ausgehen muss, die angedrohte Kündigung werde im Falle ihrer Erklärung **einer arbeitsgerichtlichen Überprüfung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht standhalten**, darf er sie nicht in Aussicht stellen, um damit den Arbeitnehmer zum Abschluss einer Beendigungsvereinbarung oder zum Ausspruch einer Eigenkündigung zu veranlassen. Unter Berücksichtigung der Erkenntnisse aus dem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren kam das Gericht zu dem Ergebnis, dass der Verdacht der Beklagten begründet war. Es wäre daher ihr gutes Recht gewesen, auf dieser Basis auch tatsächlich eine außerordentliche Verdachtskündigung auszusprechen, womit es an der Widerrechtlichkeit fehlt.

Das gut begründete Urteil verdeutlicht, dass Arbeitgeber in Trennungsgesprächen durchaus den Ausspruch einer fristlosen Kündigung „androhen“ können, solange diese einigermaßen vertretbar ist.

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. Sebastian Krülls, LL.M.
Telefon: +49 221 65065-129
sebastian.kruells@loschelder.de



Dr. Baris Güzcel
Telefon: +49 221 65065-129
baris.guezel@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