



ARBEITSRECHT

Liebe Leserinnen und Leser,

die Corona-Pandemie hält das Land weiter in Atem. Die befürchtete zweite Welle ist Realität geworden und hat zu einem „Lockdown-Light“ in Deutschland geführt. Dennoch ist durch die Veröffentlichung von positiven Zwischenergebnissen bei Impfstoffen erstes Licht am Ende des Tunnels erkennbar. Es wird aber natürlich dauern, bis die Impfstoffe zugelassen werden, die Impfungen organisiert und flächendeckend durchgeführt sein werden. Daher ist noch mit einem harten Winter zu rechnen, der auch die Unternehmen weiter fordern wird. Das betrifft nicht nur in wachsender Zahl anlaufende Restrukturierungen, sondern auch ganz praktische Fragen im Umgang mit der Pandemie. Wie zum Beispiel umgehen mit Mitarbeitern, die sich nicht an Hygiene-Konzepte halten oder sogar an Corona-Kundgebungen teilnehmen und dabei die Masken- und Abstandsregeln demonstrativ missachten? Zwei Beiträge in unserer Blickpunkt-Rubrik beschäftigen sich mit dieser Frage, wobei der erste (nebenstehend) arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Teilnahme von Mitarbeitern an „Hygiene-Demonstrationen“ behandelt und der zweite Hygiene-Problematiken in den Betrieben selbst beleuchtet (ab Seite 3).

Die Rechtsprechung zeigt sich glücklicherweise relativ „corona-immun“. Ab Seite 5 finden Sie einige interessante Besprechungen unter anderem aus dem Kündigungs- und Betriebsverfassungsrecht des Bundesarbeitsgerichts, aber auch der Instanzgerichte. Dass man sich vor dem Bundesarbeitsgericht kürzlich wieder mit dem bekannten Problem eines Kopftuchverbots auseinandergesetzt hat, möchte man fast als ersten hoffnungsfrohen Schritt in Richtung Normalität betrachten.

Wir wünschen Ihnen eine informative Lektüre und eine gute Winterzeit. Denken Sie gerade dieses Jahr daran: Ab dem 21. Dezember werden die Tage auch wieder länger.

Alles Gute und bleiben Sie gesund.

Mit den besten Grüßen

Ihr



Dr. Wolfgang Lipinski
für die Praxisgruppe Arbeitsrecht

INHALT

IM BLICKPUNKT	Seite 1
RECHTSPRECHUNG	Seite 5
KURZMELDUNG	Seite 11
IMPRESSUM	Seite 11

IM BLICKPUNKT

Corona-Demonstrationen und die Grenzen des Arbeitsrechts

Die Corona-Pandemie stellt das Land vor große Herausforderungen und verunsichert in verschiedener Hinsicht. Jüngst sorgte eine Demonstration gegen die Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie in Leipzig für Schlagzeilen. Bekannt wurden die sogenannten Hygiene-Demonstrationen auch durch Großveranstaltungen in Berlin, im Rahmen derer tausende Menschen verschiedenster Interessenvertreter ihren Unmut über die Politik und die Corona-Maßnahmen kundgetan haben.

Das führt nicht nur zu Diskussionen im Alltag. Arbeitgeber sehen sich aufgrund der Teilnahme ihrer Mitarbeiter an den Demonstrationen mit ganz praktischen Auswirkungen in ihren Unternehmen konfrontiert. Oft stellt sich die Frage, ob mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen adäquat reagiert werden kann – oder vielleicht sogar sollte. Rechtsprechung dazu gibt es bisher keine, insbesondere keine höchstrichterlichen Entscheidungen, an denen sich Arbeitgeber orientieren könnten. Es ist also auch bei etwaigen Pflichtverstößen eines Mitarbeiters in Zusammenhang mit Covid-19 und der Pandemie auf die üblichen Grundsätze im Arbeitsrecht zurückzugreifen. Welche das sind und welche nicht, zeigt der Artikel in einem Überblick.

TEILNAHME AN „HYGIENE-DEMO“ ALS KÜNDIGUNGS-GRUND?

Die Teilnahme eines Arbeitnehmers an einer Demonstration gegen die Maßnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie stellt für sich genommen keinen Kündigungsgrund dar. Auch wenn der Arbeitgeber anderer Ansicht ist und sich womöglich daran stört, dass sich ein Arbeitnehmer auch mit Verfassungsgegnern auf einer Versammlung aufhält: Die Meinungs- und die Handlungsfreiheit eines Arbeitnehmers sind in Artikel 5 Abs. 1 Grundgesetz (GG) und Artikel 2 Abs. 1 GG geschützt. In seinem Privatleben ist der Arbeitnehmer berechtigt, an einer „Hygiene-Demonstration“ teilzunehmen. Das kann ihm ein Arbeitgeber nicht untersagen.

KÜNDIGUNG GERECHTFERTIGT BEI KONTAKT MIT RISIKOPATIENTEN?

Das private Verhalten eines Arbeitnehmers kann aber Auswirkungen auf das Berufsleben haben, wie ein Fall zeigte, der in den Medien für großes Aufsehen sorgte:

Eine Reinigungskraft einer Pflegeeinrichtung nahm an einer Anti-Corona-Demonstration in Berlin teil. Am darauffolgenden Montag meldete sie sich mit Erkältungssymptomen arbeitsunfähig krank. Da die Arbeitnehmerin kein Geheimnis aus ihrer Teilnahme an der Demonstration gemacht hatte, hatte der Arbeitgeber über *Facebook* davon Kenntnis nehmen können. Er forderte die Mitarbeiterin daher auf, einen negativen Corona-Test vorzulegen. Dies verweigerte die Mitarbeiterin. Der Arbeitgeber sprach daraufhin eine fristlose Kündigung aus, deren Wirksamkeit nicht abschließend gerichtlich geklärt ist.

Der Fall kann jedoch kaum als Blaupause für künftige ähnlich gelagerte Fälle dienen: Zum einen erfährt der Fall durch den Kontakt zu Risikopatienten in einer Pflegeeinrichtung eine Besonderheit, die nicht in allen Branchen gegeben ist. Zum anderen befand sich die Arbeitnehmerin noch in der Probezeit. Eines besonderen Kündigungsgrundes bedurfte es daher zumindest für eine ordentliche Kündigung nicht.

KÜNDIGUNG NACH VERÖFFENTLICHUNG EINES „CORONA-SCHERZES“

Aber auch in Branchen, in denen kein Kontakt zu Risikopatienten besteht, kann ein Arbeitnehmer durch sein Verhalten andere Kollegen gefährden, sei es durch Teilnahme an einer Corona-Demonstration oder durch ein anderes Verhalten im privaten Bereich. So veröffentlichte im Frühjahr dieses Jahres ein Arbeitnehmer in seinem *Whats-App*-Status ein Foto von sich in fröhlicher Runde mit mehreren Freunden beim Kartenspiel – mehr Teilnehmer, als zu dem Zeitpunkt in einem privaten Haushalt erlaubt waren und ohne Abstand. Als Bildunterschrift wählte er „Quarantäne bei mir“ und fügte ein Zwinkersmiley hinzu. Der Arbeitgeber sah das Bild und schloss daraus, dass der Arbeitnehmer die Corona-Maßnahmen nicht ernst nehme und sich auch zukünftig nicht im Betrieb daran halten werde. Da er sich in der Pflicht sah, Risikopersonen in seinem Unternehmen zu schützen, sprach er eine fristlose Kündigung aus.

Vor dem Arbeitsgericht erklärte der Arbeitnehmer, es habe sich um einen Scherz gehandelt und das Aufnahmedatum des Fotos läge vor dem ersten Lockdown. Eine Entscheidung fiel nicht: Man einigte sich auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter Zahlung einer Abfindung. Es ist jedoch zu vermuten, dass die Entscheidung zugunsten des Arbeitnehmers ausgefallen wäre. Das Hochladen eines Fotos, dessen Aufnahmedatum unklar ist, dürfte nicht sofort den Rückschluss zulassen, der Arbeitnehmer werde sich zukünftig nicht an Hygienebestimmungen im Betrieb halten. Abgesehen von der Frage, inwieweit der Arbeitgeber hier seiner Darlegungs- und Beweislast hätte nachkommen können, wäre zudem zuerst an eine Abmahnung zu denken gewesen.

WELCHE ARBEITSRECHTLICHEN KONSEQUENZEN KANN EIN ARBEITGEBER DANN ERGREIFEN?

Zuvor dargestellte Fälle zeigen, dass es mit einer Kündigung – ob fristlos oder fristgemäß – nicht so einfach ist, wenn der Arbeitgeber einen möglichst rechtssicheren Weg beschreiten will. Eine Kündigung ist stets das letzte Mittel. Der Arbeitgeber muss zuvor alle milderen in Betracht kommenden Mittel ausgeschöpft haben, bevor er zur letzten Möglichkeit, der Kündigung, greifen kann. Die Frage ist daher, wie vorgegangen werden kann, wenn ein Mitarbeiter offensichtlich aufgrund seines Verhaltens eine Gefahr für Kollegen und Dritte, wie Patienten oder Pflegeheimbewohner, darstellt, insbesondere auch für Menschen, die einer vulnerablen Gruppe angehören.

KANN DER ARBEITGEBER DEN ARBEITNEHMER ZUR DURCHFÜHRUNG EINES TESTS VERPFLICHTEN?

Denkbar wäre, einen Arbeitnehmer nach Teilnahme an einer Anti-Corona-Demonstration aufzufordern, einen Test machen zu lassen und anzuordnen, dass er erst wieder mit einem negativen Ergebnis im Betrieb erscheinen darf. Ob das möglich ist, ist derzeit aufgrund der unklaren Rechtslage nicht eindeutig zu beantworten.

Hier gilt es abzuwägen: Bei einem Test handelt es sich um einen Eingriff in das grundrechtlich geschützte Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers. Auf der anderen Seite steht die Gefahr für Leib und Leben anderer Menschen. Je höher diese Gefahr ist, beispielsweise wenn Kontakt zu Risikopatienten besteht, desto eher müsste sich der Arbeitnehmer wohl einem Test unterziehen. Diese Frage ist jedoch bisher ungeklärt, so dass keine eindeutige Antwort darauf gegeben werden kann, wie der Arbeitgeber rechtssicher vorgehen kann, sollte der Mitarbeiter einen Test verweigern.

ANDERE MÖGLICHKEITEN BEI VERWEIGERUNG EINES TESTS?

Weigert sich der Arbeitnehmer, einen Test durchführen zu lassen, könnte der Arbeitgeber versuchen, eine etwaige Verpflichtung im Einzelfall gerichtlich klären zu lassen, im Zweifel im einstweiligen Rechtsschutz. Das dürfte jedoch schon aufgrund der zeitlichen Bedenken kein probates Mittel sein und eher Kosten denn Nutzen mit sich bringen. Denkbar wäre – und das erscheint in der derzeitigen Lage der zunächst gangbarste Weg – den Arbeitnehmer unbezahlt frei zu stellen und ihn nicht in seine Arbeitsstätte kommen zu lassen. Zeigt der Arbeitnehmer nach 14 Tagen – angelehnt an die allgemeinen Quarantäne-Empfehlungen – keine

Symptome, kann er wieder zum Dienst erscheinen. Wenn im Betrieb entsprechende Vereinbarungen bestehen, kann der Arbeitnehmer zum Schutz anderer Kollegen ins Homeoffice geschickt werden.

Was ist aber, wenn der Arbeitnehmer regelmäßig an Corona-Demonstrationen teilnimmt? Müsste der Arbeitgeber den Arbeitnehmer jedes Mal in die unbezahlte Freistellung schicken? Das könnte für den Arbeitgeber aufwendig sein, da er dann unter Umständen immer wieder für Ersatz der ausgefallenen Tätigkeit sorgen müsste.

ABMAHNUNG BEI PFLICHTENVERSTÖßEN

Die rechtliche Schwierigkeit liegt in der Abgrenzung der Teilnahme einer legalen Demonstration von dem Verstoß gegen behördliche Auflagen, wie Abstandhalten und Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung. Die Frage der adäquaten rechtlichen Konsequenzen wird Arbeitsrechtler noch lange begleiten, bis es hierauf Antworten gibt.

Aufgrund eines legalen Verhaltens in der Freizeit kann nicht abgemahnt werden. Anders ist der Fall, wenn der Arbeitnehmer gegen die Auflagen der Behörden bei seiner Teilnahme an einer Demonstration verstößt. Dann handelt er ordnungswidrig. Nun kann eine Ordnungswidrigkeit im privaten Bereich nur arbeitsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen, wenn diese in Zusammenhang mit der ausgeübten Tätigkeit steht. Bei Verstößen gegen behördliche Auflagen kann der Arbeitgeber argumentieren, dass der Arbeitnehmer eine Gefährdung der Kollegen und etwaiger Dritter darstellt, so dass hier durchaus ein Zusammenhang bestehen kann. In der Folge würde dieses Verhalten eine Abmahnung rechtfertigen.

PRAXISTIPPS

Voranstehende Ausführungen zeigen, dass eine Kündigung, erst recht eine fristlose Kündigung, bei Verstößen des Arbeitnehmers gegen Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie in der Regel nicht das Mittel erster Wahl ist. Verstößt der Arbeitnehmer gegen Auflagen im Betrieb, so sollte wegen dieses Verstoßes stets abgemahnt werden; im Wiederholungsfall kann der Arbeitgeber dann auf eine Kündigung zurückgreifen, wobei dann die Auswahl, ob ordentlich oder außerordentlich, eine Frage des Einzelfalls ist. Die Teilnahme an einer Hygiene-Demonstration an sich stellt hingegen keinen Pflichtenverstoß dar; diese kann der Arbeitgeber nicht untersagen. Auch ein Verlangen der anschließenden Durchführung eines Tests dürfte rechtlich kaum durchsetzbar sein. Da der Arbeitnehmer dann jedoch eine Gefahr für seine Kollegen und unter Umständen auch für Dritte darstellt, kann eine unbezahlte Freistellung diese Gefahr verhindern.

Verstößt der Arbeitnehmer bei der Teilnahme an einer Demonstration gegen behördliche Auflagen, kann auch dieser Verstoß wohl nur in den seltensten Fällen sofort zum Ausspruch einer Kündigung genügen. Neben der angesprochenen unbezahlten Freistellung sollte wegen des Verhaltens mit der Begründung abgemahnt werden,

der Arbeitnehmer habe mit seinem Verhalten Nebenpflichten aus dem Arbeitsvertrag verletzt. Im Wiederholungsfall wäre dann an eine Kündigung zu denken.



Ines Neumann

Rechtsanwältin
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
Berlin

Konfliktthema Corona-Hygiene-konzepte: Was, wenn sich Arbeitnehmer nicht daran halten?

Die Infektionszahlen steigen und die zweite große Welle der Corona-Pandemie ist allgegenwärtig. Umso wichtiger ist es, sich im öffentlichen, privaten und beruflichen Rahmen an die Regeln zur Vermeidung von Infektionen zu halten. Mit der steigenden Zahl der Infektionen verweigern oder lehnen gleichzeitig immer mehr Menschen Hygiene- und Schutzmaßnahmen ab oder leugnen sogar die Existenz des Virus. Dies führt auch hier und da zu Konflikten im Arbeitsverhältnis. Beispielsweise bei der Maskenpflicht kommt es immer wieder zu Streitigkeiten im Betrieb. Für Arbeitgeber stellt sich deshalb die Frage, wie damit umzugehen ist, wenn sich ein Arbeitnehmer nicht an das Hygienekonzept hält.

SCHUTZ VOR INFEKTIONEN IM BETRIEB

Grundsätzlich ist der Arbeitgeber für den Gesundheitsschutz seiner Arbeitnehmer verantwortlich. Er hat dafür Sorge zu tragen, dass die Mitarbeiter am Arbeitsplatz und generell im Betrieb bzw. bei betrieblichen Veranstaltungen vor Gesundheitsgefahren wie z. B. einer Infektion mit dem Virus geschützt sind. Hierzu hat der Arbeitgeber nach § 5 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) zu überprüfen, welche Maßnahmen konkret erforderlich sind. Dabei hat er in Bezug auf die Corona-Pandemie den SARS-CoV-Arbeitsschutzstandard und die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregeln (Herausgegeben vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales) zu berücksichtigen. Daraus resultiert ein vom Arbeitgeber aufgestelltes Hygienekonzept, das zum Beispiel folgende Regelungen enthalten kann:

- Einhaltung der „A-H-A Regel“ (Abstand halten – Hygiene beachten – Alltagsmasken tragen);
- Einschränkungen bei persönlichen Interaktionen mit Kollegen, Kunden oder Mandanten (kein Händeschütteln, keine doppelte Bürobelegung, kein gleichzeitiger Aufenthalt von mehr als zwei Personen in Gemeinschaftsräumen wie etwa Mitarbeiter-Cafés);

- Verzicht auf Dienstreisen und Umstellung auf virtuelle Konferenzen und Meetings, soweit möglich;
- Absagen betrieblicher Events wie Betriebsausflüge und Betriebsfeiern;
- Arbeitnehmer mit Erkältungs- oder Grippe-symptomen dürfen nicht im Betrieb erscheinen.

VERSTOSS GEGEN DAS HYGIENEKONZEPT

Doch nicht jeder Arbeitnehmer hält sich an die betrieblich aufgestellten Regeln. In der Praxis kommt es immer häufiger vor, dass Arbeitnehmer z.B. das Tragen eines Mund- und Nasenschutzes verweigern, oder sogar, dass Arbeitnehmer das gesamte Hygienekonzept des Arbeitgebers ablehnen, weil sie die Corona-Pandemie an sich verleugnen und sich durch die Schutzvorkehrungen in ihren Persönlichkeitsrechten verletzt fühlen.

Diese Arbeitnehmer verstoßen gegen ihre arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflichten. Sie verpflichten Arbeitnehmer dazu, die vom Arbeitgeber aufgestellten Unfall- und Arbeitssicherheitsvorschriften im Betrieb zu befolgen. Konkretisiert wird diese allgemeine Pflicht durch § 15 Abs. 1 ArbSchG, aus dem sich ergibt, dass alle Beschäftigten verpflichtet sind, sich an die Weisungen des Arbeitgebers, die er im Rahmen des § 5 ArbSchG erteilt hat, für ihre eigene Sicherheit und die Sicherheit der Kollegen einzuhalten. In Bezug auf die Corona-Pandemie heißt das konkret, dass die Arbeitnehmer verpflichtet sind, die Corona-Schutzmaßnahmen, die der Arbeitgeber mit seinem Hygienekonzept aufgestellt hat, zu befolgen.

PRAXISTIPP

Das Hygienekonzept sollte dabei möglichst konkrete Verhaltensregeln enthalten und jedem Arbeitnehmer persönlich und schriftlich, etwa durch eine E-Mail, mitgeteilt werden. Zudem sollten sich im Betrieb (etwa am „schwarzen Brett“ oder in den Gängen) Aushänge befinden, die auf die einzuhaltenden Regeln hinweisen. Es sollte sich auch um ausdrückliche Anweisungen handeln, die der Arbeitnehmer zwingend einzuhalten hat und nicht nur um unverbindliche Vorschläge. Dadurch kann vermieden werden, dass ein Arbeitnehmer nachträglich behauptet, er habe nichts vom Hygienekonzept gewusst oder er sei nicht zur Einhaltung verpflichtet gewesen.

UND WAS, WENN SICH EIN ARBEITNEHMER NICHT AN DAS HYGIENEKONZEPT HÄLT?

Sanktioniert werden kann ein Verstoß je nach Intensität mit einer Abmahnung bis hin zur außerordentlichen Kündigung. In der Praxis hat sich gezeigt, dass in den meisten Fällen zunächst eine Abmahnung ausreicht, um dem Arbeitnehmer deutlich zu machen, dass ein Verstoß gegen die Schutzmaßnahmen nicht geduldet wird. Vor allem aber bei den sogenannten „Corona-Leugnern“, die die Schutzmaßnahmen aus Überzeugung verweigern, reichen Abmahnungen nicht aus. In diesem Fall kommt oft nur eine Kündigung in Betracht. Handelt es sich um einen besonders schweren

Verstoß gegen die Schutzmaßnahmen, wie etwa bei wiederholtem vorsätzlichem Missachten, oder bei bewusstem Verstoß, um andere Mitarbeiter anzustecken (gezieltes Anhusten oder Anniesen) kann auch eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen werden. Dies gilt vor allem auch deshalb, weil dem Arbeitgeber oft kein milderer Mittel bleibt, da er auch dafür Sorge zu tragen hat, dass die restliche Belegschaft nicht gefährdet wird. So stellt z.B. eine Versetzung ins Home Office im Regelfall kein probates Mittel dar, da meist nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich der betreffende Mitarbeiter hin und wieder im Betrieb aufhält.

PRAXISTIPP

Trotz möglicherweise schweren Verstößen sollten Arbeitgeber immer vorsorglich auch eine ordentliche Kündigung aussprechen, für den Fall, dass die außerordentliche Kündigung gerichtlich nicht halten sollte.

Zudem ist zu beachten, dass bei verhaltensbedingten Kündigungen, egal ob ordentlich oder außerordentlich, zunächst grundsätzlich eine Abmahnung ausgesprochen werden muss. Im Regelfall kann daher erst dann gekündigt werden, wenn der Arbeitnehmer trotz einschlägiger Abmahnung wiederholt gegen die Schutzvorschriften verstößt. Einer vorherigen Abmahnung bedarf es aber dann nicht, wenn der Pflichtverstoß derart schwer ist, dass der Arbeitnehmer nicht mit einer Billigung durch den Arbeitgeber rechnen durfte und ihm auch bewusst war, dass er durch sein Verhalten mit ernststen Konsequenzen zu rechnen hat. Dies wird man jedenfalls dann annehmen können, wenn ein Arbeitnehmer bewusst gegen Corona-Vorschriften verstößt, um andere Arbeitnehmer anzustecken oder sie dieser Gefahr auszusetzen, z.B. bei vorsätzlichen Anhusten, Anspucken oder Anniesen.

FAZIT

Um das Hygienekonzept ordnungsgemäß durchzuführen, hat der Arbeitgeber auch darauf zu achten, dass alle Arbeitnehmer das Konzept einhalten. Unternehmen sollten ihre Mitarbeiter ausdrücklich anweisen, sich an die im Rahmen des Hygienekonzepts aufgestellten Verhaltensregeln zu halten. Gegebenenfalls können sie die Regeln durch arbeitsrechtliche Sanktionen zwangsweise durchsetzen.



Jana Halbhuber

Rechtsanwältin
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
München

Hinweis: Der Beitrag ist in der SPA – Schnellinformation für Personalmanagement und Arbeitsrecht, Ausgabe 22/2020, Seite 1 f. erschienen.

RECHTSPRECHUNG

Versäumung der Zwei-Wochen-Frist bei außerordentlicher Kündigung – die Wahrheit muss erst später auf den Tisch

Bundesarbeitsgericht vom 7. Mai 2020 – 2 AZR 678/19

Die Anhörung des Betriebsrats zu einer außerordentlichen Kündigung nach § 626 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) muss keine Ausführungen zur Wahrung der Kündigungserklärungsfrist enthalten.

SACHVERHALT

Der Arbeitgeber hörte den bei ihm gebildeten Betriebsrat zu einer beabsichtigten außerordentlichen fristlosen, hilfsweise ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien an und kündigte dieses anschließend außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich. Der Arbeitnehmer rügte im Kündigungsschutzverfahren unter anderem, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat deshalb nicht ordnungsgemäß angehört habe, weil in der Betriebsratsanhörung keine Ausführungen zur Wahrung der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB – insbesondere zum Zeitpunkt der Kenntniserlangung vom Kündigungssachverhalt durch eine kündigungsberechtigte Person – enthalten waren.

DIE ENTSCHEIDUNG

Nach dem BAG war die Kündigung nicht gem. § 102 Abs. 1 S. 3 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) unwirksam, weil die Beklagte keine weiteren Ausführungen zur Wahrung der Kündigungserklärungsfrist gemacht hatte. Das Gericht wies zunächst auf seine ständige Rechtsprechung hin, wonach die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers im Rahmen von § 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG nicht so weit reiche wie seine Darlegungslast im Kündigungsschutzverfahren. Der notwendige Inhalt der Unterrichtung richte sich vielmehr nach dem Sinn und Zweck des Beteiligungsrechts, der darin besteht, den Betriebsrat durch die Unterrichtung in die Lage zu versetzen, sachgerecht, d.h. gegebenenfalls zugunsten des Arbeitnehmers auf den Arbeitgeber einzuwirken. Der Betriebsrat solle die Stichhaltigkeit und Gewichtigkeit der Kündigungsgründe beurteilen und sich eine eigene Meinung bilden können. Demgegenüber soll dem Betriebsrat nicht die selbstständige – objektive – Überprüfung der rechtlichen Wirksamkeit der beabsichtigten Kündigung ermöglicht werden. Im Hinblick auf die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB führte das BAG aus, dass die Wahrung dieser nicht zu den „Gründen für die Kündigung“ i. S. v. § 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG gehöre, sodass der Arbeitgeber hierzu keine gesonderten Ausführungen machen muss.

KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Der Arbeitgeber muss entgegen der bisher weit verbreiteten Auffassung erst im Kündigungsschutzprozess detaillierte Ausführungen zur Wahrung der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB machen und nicht bereits im Rahmen der Beteiligung des

Betriebsrats, was gerade in zweifelhaften Fällen zu empfehlen ist, um die Verhandlungsposition für eine gegebenenfalls angestrebte einvernehmliche Trennung zu stärken. Neben den vorstehenden Ausführungen gibt das BAG der Arbeitgeberseite weitere Hinweise für die ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrats, indem es ausführt, dass der Arbeitgeber angeben müsse, wann sich der Kündigungssachverhalt ereignet hat, da nur dies den Betriebsrat in die Lage versetzt, zu prüfen, ob die Kündigungsgründe stichhaltig sind. Dies ist nicht neu und wird von der Arbeitgeberseite in der Regel umgesetzt. Sofern der Arbeitgeber freiwillig Angaben zur Einhaltung der Frist des § 626 Abs. 2 BGB macht, müssen diese, so das BAG, wahrheitsgemäß erfolgen.

PRAXISTIPP

Die Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB ist in der Praxis häufig eine Herausforderung, da der Arbeitgeber einerseits verpflichtet ist, den zur Kündigung berechtigenden Sachverhalt vollumfänglich aufzuklären, um anschließend – im Fall einer Verdachtskündigung – den Arbeitnehmer hiermit zu konfrontieren bzw. die Kündigung wirksam erklären zu können. Andererseits wird zugleich verlangt, diese vollständige Aufklärung der belastenden und entlastenden Umstände in der gebotenen Eile durchzuführen und dann nach vollständiger Kenntnis des zur Kündigung berechtigenden Sachverhalts sowohl den Betriebsrat ordnungsgemäß zu beteiligen als auch die Kündigung zuzustellen. Um dieser Herausforderung gerecht zu werden, ist gerade bei Sachverhalten, bei denen die Aufklärung etwas Zeit in Anspruch nimmt, zu empfehlen, die Aufklärung unterhalb der Ebene der zur Kündigung berechtigten Person – auf deren Kenntnis kommt es i. S. d. § 626 Abs. 2 BGB an – durchzuführen. Dies verschafft dem Arbeitgeber etwas mehr Zeit, da die Zwei-Wochen-Frist erst ab Kenntnis einer zur Kündigung berechtigten Person zu laufen beginnt. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass nicht zu lange mit der Aufklärung zugewartet werden darf. Erst nach vollständiger Aufklärung des zur Kündigung berechtigenden Sachverhalts sollte die zur Kündigung berechtigte Person unverzüglich informiert werden. In Umsetzung der neuen Rechtsprechung sollten in der Betriebsratsanhörung nun keinerlei Ausführungen zur Einhaltung der Frist des § 626 Abs. 2 BGB gemacht werden, um mögliche Angriffspunkte zu vermeiden.



Dr. Roman Parafianowicz

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Berlin



Dr. Thomas Barthel

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Berlin

Verletzung des Mitbestimmungsrechts durch Duldung von Überstunden

Bundesarbeitsgericht vom 28. Juli 2020 – 1 ABR 18/19

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats erstreckt sich auch auf die Duldung von Überstunden. Ob Überstunden tatsächlich geduldet werden, ist anhand aller Umstände des Einzelfalls zu ermitteln.

SACHVERHALT

Im Betrieb der Arbeitgeberin gilt eine „Betriebsvereinbarung Arbeitszeiten“, in der für einen Betriebsteil eine gleitende Arbeitszeit und für andere Bereiche Schichtarbeit festgelegt wurde. Der Betriebsrat beanstandete zunächst, dass das elektronische Zeiterfassungssystem bei zwei Arbeitnehmern wiederholt Überstunden auswies. Die Arbeitgeberin teilte dem Betriebsrat daraufhin mit, dass die Arbeitnehmer fehlerhaft dem – für sie nicht geltenden – Arbeitszeitmodell der gleitenden Arbeitszeit zugeordnet worden seien, dieser Fehler jedoch behoben sei und die Mitarbeiter auf die für sie geltenden Arbeitszeiten hingewiesen worden seien. Nachdem es bei einem weiteren Mitarbeiter an zwei Tagen zu Überstunden kam, machte der Betriebsrat gegenüber der Arbeitgeberin einen Unterlassungsanspruch geltend, den er auf die Verletzung seines Mitbestimmungsrechts durch eine wiederholte Duldung nicht mitbestimmter Überstunden stützte.

DIE ENTSCHEIDUNG

Das Arbeitsgericht München hat den Unterlassungsantrag des Betriebsrats abgewiesen; das Landesarbeitsgericht München gab dem Antrag statt. Die hiergegen gerichtete Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin vor dem BAG hatte Erfolg. Der Unterlassungsantrag des Betriebsrats sei unbegründet, da es an einem betriebsverfassungswidrigen Verhalten der Arbeitgeberin fehle. Eine Einzelfallbetrachtung ergebe keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine arbeitgeberseitige Duldung von Überstunden. Die Arbeitgeberin habe die Überschreitung der betriebsüblichen Arbeitszeit nicht über einen längeren Zeitraum hingenommen. Sie habe vielmehr zeitnah nach Kenntnis der Überstunden die Zuordnung des Arbeitszeitmodells korrigiert und die betroffenen Arbeitnehmer auf das für sie geltende Schichtarbeitssystem hingewiesen. Zudem sprächen einzelne Überstunden oder solche aufgrund besonderer einmaliger Umstände für sich genommen nicht für eine Duldung.

KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Nicht nur die Anordnung, sondern auch die arbeitgeberseitige Duldung von Überstunden kann eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG darstellen. Wird das Mitbestimmungsrecht dadurch grob verletzt, kann dem Betriebsrat ein Unterlassungsanspruch zustehen.

Das BAG bestätigt mit dieser Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung, wonach die Frage, ob der Arbeitgeber die Leistung von Überstunden duldet, einer Einzelfallbetrachtung unterliegt. Eine Duldung liegt regelmäßig vor, wenn der Arbeitgeber

in Kenntnis der Überstunden untätig bleibt und diese über einen längeren Zeitraum hinnimmt. Dabei kann es bereits ausreichen, dass der Arbeitgeber die Überstunden trotz entsprechender Möglichkeit nicht zur Kenntnis nimmt. Bei dem Anfall einzelner Überstunden oder einer Überstundenleistung aufgrund einmaliger besonderer Umstände wird eine Duldung jedoch regelmäßig nicht angenommen.

PRAXISTIPP

Arbeitgeber sollten beachten, dass sowohl die Anordnung als auch die bloße Duldung von Überstunden ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auslösen kann. Es sollte insbesondere darauf geachtet werden, in Betriebsvereinbarungen zu Themen der Arbeitszeit eine Regelung zum gelegentlichen Anfall und zum Ausgleich von Überstunden aufzunehmen. Zudem bietet sich der Einsatz eines Zeiterfassungssystems an, um einen Überblick über die geleisteten Überstunden zu behalten.



Martina Dierks

Rechtsanwältin
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Hamburg

Wirksamkeit einer Betriebsvereinbarung kann nicht von der Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmer abhängig gemacht werden

Bundesarbeitsgericht vom 28. Juli 2020 – 1 ABR 4/19

Der Betriebsrat kämpft für die Belegschaft – so wird die Tätigkeit des im Betriebsverfassungsgesetz beschriebenen Gremiums allgemein wahrgenommen. Dabei kann er jedoch auch einmal über das Ziel hinausschießen, wie der vorliegende Fall zeigt: Betriebsrat und Arbeitgeber schlossen eine Betriebsvereinbarung, deren Geltung von der Zustimmung der Belegschaft abhängig gemacht wurde. Zu klären war, ob eine solche Bedingung wirksam vereinbart werden kann. Das BAG entschied, dass dies nicht möglich und die Betriebsvereinbarung somit unwirksam ist.

SACHVERHALT

Der Antragsteller ist der Betriebsrat eines Logistik- und Produktveredelungsdienstleisters. Antragsgegner ist das Unternehmen als Arbeitgeber. Die Beteiligten schlossen 2007 eine Betriebsvereinbarung über eine variable Vergütung für die Mitarbeiter im Lager,

wobei die Höhe der Vergütung unter anderem an leistungsorientierte Kriterien anknüpfte. Die Betriebsvereinbarung sollte jedoch nur dann umfassend in Kraft treten, wenn „80 % der abgegebenen Stimmen“ der in den Geltungsbereich der Vereinbarung fallenden Arbeitnehmer „bis zum Ablauf der vom Unternehmen jeweils gesetzten Frist der Betriebsvereinbarung einzelvertraglich schriftlich“ zustimmen. Sollte dies nicht der Fall sein, konnte der Arbeitgeber die Betriebsvereinbarung unter Umständen dennoch für wirksam erklären. Das Zustimmungsquorum von 80 % wurde erreicht. Der Betriebsrat beantragte gerichtlich die Feststellung der Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung.

DIE ENTSCHEIDUNG

Das BAG gab dem Betriebsrat Recht und stellte die Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung fest. Eine Betriebsvereinbarung wirkt grundsätzlich normativ. Dies bedeutet, dass Betriebsvereinbarungen unmittelbar und zwingend gelten. Sie wirken folglich direkt und ohne weiteren Zwischenakt auf das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers ein und sind grundsätzlich nicht abdingbar. Betriebsvereinbarungen haben somit gesetzgleiche Wirkung. Diese normative Wirkung kann laut BAG nicht von der Zustimmung der Belegschaft abhängig gemacht werden. Dies widerspricht den Strukturprinzipien der Betriebsverfassung: Sie legt fest, dass der Betriebsrat die Arbeitnehmer aufgrund der Betriebsratswahl repräsentiert. Er werde daher als Organ der Betriebsverfassung im eigenen Namen kraft Amtes tätig und sei daher weder an die Weisungen der Arbeitnehmer gebunden noch bedürfe sein Handeln deren Zustimmung. Das Gesetz legt fest, dass eine vom Betriebsrat abgeschlossene Betriebsvereinbarung normativ und unmittelbar gilt. Damit gestaltet sie unabhängig vom Willen oder der Kenntnis der Parteien eines Arbeitsvertrags das Arbeitsverhältnis. Auch später eintretende Arbeitnehmer würden von ihr erfasst. Das schließt nach Ansicht des BAG aus, die Geltung einer Betriebsvereinbarung an das Erreichen eines Zustimmungsquorums, verbunden mit dem Abschluss einer einzelvertraglichen Vereinbarung mit dem Arbeitgeber, zu knüpfen.

KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Das Urteil macht deutlich, dass der Betriebsrat nicht zugunsten Dritter auf sein Mitbestimmungsrecht verzichten kann. Er muss sein Mandat höchstpersönlich wahrnehmen und kann sich seiner Repräsentationsfunktion auch nicht gegenüber den Arbeitnehmern selbst entziehen.

PRAXISTIPP

Als Arbeitgeber ist daher bei Verhandlung und Abschluss einer Betriebsvereinbarung darauf zu achten, dass nur der Betriebsrat als Verhandlungspartner und Vertragspartei auftritt und einbezogen wird. Dies kann den Prozess jedoch auch erheblich vereinfachen, da sich der Arbeitgeber auch nur auf den Betriebsrat als Verhandlungspartner einlassen muss. Dritte können die Wirksamkeit einer ausgehandelten Betriebsvereinbarung nicht verhindern, der Betriebsrat hat die Betriebsvereinbarung auf eigene Verantwortung zu schließen.



Regina Holzer

Rechtsanwältin
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
München

Berliner Kopftuchverbot für Lehrkräfte ist zu weitgehend

Bundesarbeitsgericht vom 27. August 2020 – 8 AZR 62/19

Das im Berliner Neutralitätsgesetz verankerte pauschale Kopftuchverbot für Lehrkräfte greift in die Religionsfreiheit nach Art. 4 GG ein. Damit darf einer Lehrerin das Tragen eines Kopftuchs während des Unterrichts nicht ohne weiteres verboten werden.

SACHVERHALT

Eine Muslima hatte sich beim Land Berlin für eine Beschäftigung als Lehrerin beworben. Im Rahmen des Bewerbungsverfahrens hatte sie auf Nachfrage erklärt, dass sie ihr Kopftuch auch im Unterricht nicht ablegen würde. Im weiteren Verlauf erhielt sie weder eine Ab- noch Zusage und nahm das Land Berlin auf Zahlung einer Entschädigung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in Anspruch. Sie hat die Auffassung vertreten, das Land Berlin habe sie entgegen den Vorgaben des AGG wegen ihrer Religion benachteiligt. Zur Rechtfertigung dieser Benachteiligung könne sich das Land Berlin nicht mit Erfolg auf § 2 Berliner Neutralitätsgesetz (NeutrG) berufen. Das darin geregelte pauschale Verbot, innerhalb des Dienstes ein muslimisches Kopftuch zu tragen, verstoße gegen die durch Art. 4 GG geschützte Glaubensfreiheit. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat der Muslima eine Entschädigung zugesprochen. Gegen diese Entscheidung hat das Land Berlin Revision eingelegt. Die Muslima hat Anschlussrevision eingelegt, mit der sie eine noch höhere Entschädigung fordert.

DIE ENTSCHEIDUNG

Sowohl die Revision als auch die Anschlussrevision hatten keinen Erfolg. Nach Auffassung des BAG hatte die Bewerbung der Klägerin aus religiösen Gründen keinen Erfolg. Aufgrund der Nichtberücksichtigung bei der Auswahlentscheidung sei eine unmittelbare Benachteiligung im Sinne von § 3 Abs. 1 AGG aufgrund der Religion erfolgt. Einen Rechtfertigungsgrund hierfür sah das BAG nicht. Das Land Berlin könne sich auch nicht auf § 2 NeutrG berufen. Die Norm sei verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass das dort genannte Verbot des Tragens religiöser Zeichen im Schulbetrieb nur bei einer konkreten Gefahr für den Schulbetrieb oder die staatliche Neutralität gelte. Ein pauschales Verbot des Tragens religiöser Symbole sei ein unverhältnismäßiger Eingriff in die nach Art. 4 GG geschützte Religionsfreiheit. Unter Abwägung aller Umstände erachtete das BAG, wie

das LAG, eine Entschädigung in Höhe von anderthalb potenziellen Monatsgehältern für angemessen.

KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Die Entscheidung war zu erwarten, nachdem das Bundesverfassungsgericht 2015 entschieden hatte, dass ein pauschales Verbot religiöser Bekundungen von Lehrkräften in öffentlichen Schulen mit der Religionsfreiheit gem. Art. 4 GG nicht vereinbar sei. Auch wenn die Entscheidung nicht für private Arbeitgeber gilt, so zeigt sie, wie schnell die Haftung nach § 15 Abs. 2 AGG eingreifen kann.

PRAXISTIPP

Auch mit dem vorliegenden Urteil ist die komplexe Thematik von Kopftuchverboten nicht abschließend geklärt. Es bleibt insbesondere für private Arbeitgeber schwierig, ein Kopftuchverbot im Betrieb im Wege des Direktionsrechts wirksam anzuordnen. Ein solches Verbot kann aber zulässig sein, wenn es auf einer unternehmensinternen Regel basiert, die das Tragen politischer, weltanschaulicher oder religiöser Zeichen unterschiedslos verbietet und diese Regel auch konsequent umgesetzt wird. Über konkrete Fragen zu derartigen unternehmensinternen „Neutralitätsregeln“ wird der Europäische Gerichtshof erneut im Rahmen des Vorabentscheidungsersuchens des BAG vom 30. Januar 2019 zu befinden haben. Die Beantwortung der Vorlagefragen ist mit Spannung zu erwarten. Bis dahin sollten private Arbeitgeber sehr einzelfallbezogene und pragmatische Lösungen suchen, wenn es um das Tragen von Kopftüchern im Betrieb geht.



Nadine Radbruch

Rechtsanwältin
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
München

Fristlose Kündigung wegen privater Internetnutzung

Landesarbeitsgericht Köln vom 7. Februar 2020 – 4 Sa 329/19

Die private Nutzung des dienstlichen E-Mail-Accounts sowie die private Nutzung des dienstlichen Internetzugangs trotz arbeitsvertraglich vereinbarten Verbots kann eine fristlose Kündigung rechtfertigen. Ein Beweisverwertungsverbot scheidet aus, wenn sich der Arbeitgeber bei der Datenverwertung, z. B. Auswertung der Verlaufsdaten, datenschutzkonform verhalten hat.

SACHVERHALT

Ein IT-Dienstleister kündigte das Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer fristlos. Grund war ein Arbeitszeitbetrug. Der Mitarbeiter hatte für die Ausübung seiner Tätigkeit einen Laptop erhalten. Der Arbeitnehmer nutzte während der Arbeitszeit den dienstlichen E-Mail-Account sowie den Internetzugang sehr extensiv für private Zwecke. Die Parteien hatten neben dem Arbeitsvertrag eine gesonderte Vereinbarung abgeschlossen. Danach war es dem Arbeitnehmer untersagt, das Internet sowie den dienstlichen E-Mail-Account für private Zwecke zu nutzen. Weiterhin war vereinbart, dass der Arbeitgeber zur Überprüfung dieses Verbots den Laptop sowie die Daten auswerten durfte. Der Arbeitnehmer schrieb von seinem Dienstlaptop an einem Tag sehr viele private E-Mails und nutzte übermäßig lang das Internet privat. Als der Arbeitgeber hiervon Kenntnis erhielt, kündigte er fristlos und ließ den Laptop auswerten. Hierbei wurden erhebliche Verstöße gegen das Verbot der Privatnutzung festgestellt, sodass an einzelnen Tagen so gut wie keine Arbeit erbracht wurde. Gegen die Kündigung ging der Arbeitnehmer vor.

DIE ENTSCHEIDUNG

Das LAG Köln urteilte, dass die Kündigung wirksam sei. Es stellte fest, dass ein Arbeitszeitbetrug vorlag, da der Arbeitnehmer die E-Mails und Internetseiten während der Arbeitszeit allein zu privaten Zwecken versandte bzw. aufrief. Diese Pflichtverletzung war wegen der erheblichen privaten Nutzung und des vertraglichen Verbots der privaten Nutzung noch gravierender. Außerdem machte das LAG wichtige Ausführungen zu einem Beweisverwertungsverbot. Es kann vorliegen, wenn die Erhebung oder die Verwendung von Daten massiv das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers verletzt. Nicht jeder Eingriff in das Persönlichkeitsrecht führt zu einem Beweisverwertungsverbot. Das LAG prüfte, ob ein solches vorlag und wog die gegenseitigen Interessen – u. a. Persönlichkeitsrecht und Beweisführungsrecht ab, wobei das Persönlichkeitsrecht hinter das Interesse des Arbeitgebers, seine Rechtspositionen durchzusetzen, zurücktrat. Weiterhin handelte es sich bei den Daten „nur“ um Logfile-Daten, also wann welche Internetseite wie lange besucht wurde. Als Rechtsgrundlage zog das LAG § 26 Abs. 1 S. 1 Bundesdatenschutzgesetz heran, beurteilte aber die „Einwilligung“ als unwirksam, da das „Einverständnis“ des Arbeitnehmers die strengen Vorgaben der Datenschutzgrundverordnung nicht erfüllte. Die Datennutzung war *erforderlich*, da es kein milderes und effektiveres Mittel für den Arbeitgeber gab, die Pflichtverletzungen nachzuweisen.

KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Das LAG Köln hat konsequent die Vorgaben des BAG und des Beschäftigtendatenschutzes umgesetzt. Es hat praxisgerechte Leitplanken für Arbeitgeber aufgestellt, wie sie erhebliche Pflichtverletzungen aufdecken und ahnden können. Arbeitgeber können wirksame (fristlose) Kündigungen aussprechen, auch wenn das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer betroffen ist. Vorab sollte stets eine Interessenabwägung durchgeführt werden, um die Erfolgsaussichten einer etwaigen Klage durch den Arbeitnehmer zu prognostizieren.

PRAXISTIPP

Die Privatnutzung des dienstlichen E-Mail-Accounts ist ein fehleranfälliges Feld. Gestatten Arbeitgeber die Privatnutzung, werden sie rechtlich als „Telekommunikationsanbieter“ tätig. Dies hat erhebliche Auswirkungen auf die datenschutzrechtlichen Vorgaben. Eine schlichte Einwilligung des Arbeitnehmers, dass der Arbeitgeber die Daten auch zu stichprobenartigen Kontrollzwecken nutzen darf, ist dann unbeachtlich, wenn der Arbeitgeber in den E-Mail-Account „hineinschauen“ möchte. Dies kann beispielsweise notwendig werden, wenn der Mitarbeiter nicht erreichbar ist oder im Verdacht steht, erhebliche Pflichtverletzungen begangen zu haben. Denn eine Einwilligung kann sich immer nur auf den Teil der E-Mail-Korrespondenz des Arbeitnehmers beziehen. Der private Empfänger der E-Mails des Arbeitnehmers wird gegenüber dem Arbeitgeber nie eine Einwilligung abgegeben haben. Daher ist die Einsicht auch in die geschäftliche E-Mail-Korrespondenz für den Arbeitgeber, wenn er die Privatnutzung nicht untersagt, mit erheblichen Risiken verbunden. Denn die Vertraulichkeit der privaten Kommunikation wäre, wenn sie gestattet ist, dann nicht mehr sichergestellt. Aus diesem Grund ist es empfehlenswert, die Privatnutzung des dienstlichen E-Mail-Accounts zu untersagen, um dieser Situation aus dem Weg zu gehen.

Sofern auch die private Nutzung des Internets untersagt werden soll, was ebenfalls zu empfehlen ist, ist die Auswertung von Verlaufsdaten datenschutzrechtlich und nach der Rechtsprechung zulässig, wenn damit die Einhaltung des Verbots kontrolliert wird. Arbeitgeber sollten also vereinbaren, dass die Privatnutzung verboten ist und, zu welchen Zwecken eine Kontrolle und Auswertung erfolgen darf. Sofern Unternehmen auf andere Mittel zurückgreifen können, um den Missbrauch nachzuweisen, scheidet eine Datenverwertung aus. Auf Einwilligungen, dass Daten im Arbeitsverhältnis genutzt werden dürfen, sollten Arbeitgeber aber generell verzichten. Denn die Hürden für eine wirksame Einwilligung sind sehr hoch und das Gesetz gibt ausreichend Gestaltungsspielraum für die Datennutzung auch ohne eine Einwilligung.

**Dr. Dominik Sorber**

Rechtsanwalt
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
München

Keine fristlose Kündigung trotz unentschuldigtem Fehlen am dritten Arbeitstag

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein vom 3. Juni 2020 – 1 Sa 72/20

Fehlt ein Arbeitnehmer an einem einzigen Tag seines Arbeitsverhältnisses unentschuldig, rechtfertigt das in der Regel keine außerordentliche fristlose Kündigung. Das gilt auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis erst zwei Tage bestanden hat. Für eine ordentliche Kündigung während der Probezeit dürfen die Arbeitsvertragsparteien keine abweichende Vereinbarung von der gesetzlich vorgesehenen Kündigungsfrist von zwei Wochen vornehmen.

SACHVERHALT

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit von zwei Kündigungen in der Probezeit. Bereits zwei Arbeitstage nach Beginn der Beschäftigung fehlte die Arbeitnehmerin einen Tag unentschuldig. Der Arbeitgeber kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis mit der im Arbeitsvertrag vereinbarten, einwöchigen Probezeitkündigungsfrist. Nach Zugang der ordentlichen Kündigung erschien die Arbeitnehmerin zwei Tage zunächst unentschuldig nicht zur Arbeit. Aus diesem Grund kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos. Die Arbeitnehmerin reichte später für den zweiten Fehltag eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach und erhob Kündigungsschutzklage.

DIE ENTSCHEIDUNG

Das LAG schloss sich der Entscheidung des Arbeitsgerichts an, die Arbeitnehmerin obsiegte. Das Fernbleiben von der Arbeit kann, wenn es den Grad der beharrlichen Arbeitsverweigerung erreicht, zwar grundsätzlich einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses abgeben. Das LAG bestätigte aber, dass das Fehlen eines Arbeitnehmers an bloß einem einzigen Arbeitstag regelmäßig nicht geeignet sei, eine außerordentliche fristlose Kündigung ohne Ausspruch einer vorhergehenden Abmahnung zu rechtfertigen. Vielmehr verbleibt es bei dem Grundsatz, dass Arbeitnehmer durch eine Abmahnung auf ihre Pflichtverletzung hingewiesen werden müssen. Auch die kurze Dauer des Arbeitsverhältnisses spreche nicht gegen die Annahme, dass die Arbeitnehmerin trotz Kündigungsandrohung ihr Verhalten in Zukunft nicht ändern werde.

Im Hinblick auf die ordentliche Kündigung und die vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist urteilte das LAG, dass eine einzelvertragliche Vereinbarung, die eine Verkürzung der gesetzlichen Kündigungsfrist von zwei Wochen auf eine Woche vorsieht, unwirksam ist. Als Begründung wurde angeführt, dass § 622 Abs. 3 S. 1 BGB nicht zur Disposition der Arbeitsvertragsparteien stehe. Zwar haben Tarifvertragsparteien die Möglichkeit der Vereinbarung kürzerer Kündigungsfristen, Arbeitsvertragsparteien aber nicht. Hierin sei auch keine gleichheitswidrige Behandlung zu sehen, da die Verhandlungsparität von Tarifvertragsparteien nicht mit der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu vergleichen ist. Die Revision wurde nicht zugelassen.

KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

In Fortführung der ständigen Rechtsprechung des BAG zeigt sich abermals, dass der Arbeitgeber vor (außerordentlichen, fristlosen) verhaltensbedingten Kündigungen im Regelfall zunächst abmahnen muss. Es bedarf nach der Rechtsprechung stets einer Einzelfallabwägung, ob auch bei mehreren unentschuldigten Fehltagen noch abzumahnend ist. In die Abwägung sind insbesondere einschlägige vorhergehende Abmahnungen einzubeziehen. Hieran ändert auch ein besonders kurzes Bestehen des Arbeitsverhältnisses nichts. Von einem „Schnellschuss“ in Form einer (außerordentlichen, fristlosen) Kündigung sollte daher abgesehen werden. Für die Wirksamkeit von individuellen Kündigungsfristen gilt, dass eine Abweichung nur im Geltungsbereich von Tarifverträgen möglich ist.

PRAXISTIPP

Auch bei nur kurzer Betriebszugehörigkeit finden die allgemeinen Grundsätze zur verhaltensbedingten, außerordentlichen und fristlosen Kündigung Anwendung. Vor Ausspruch muss daher in jedem Fall eine Überprüfung der Verhältnismäßigkeit der Kündigung an sich vorgenommen werden. Erst wenn sie erfolgt ist, kann die Kündigung rechtmäßig ausgesprochen werden.



Fee Clemens

Rechtsanwältin
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
München



Dr. Kathrin Bürger

Rechtsanwältin | Fachanwältin für Arbeitsrecht
LL.M.
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
München

Qualifiziertes Zeugnis muss auf Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses datiert werden

Landesarbeitsgericht Köln vom 27. März 2020 – 7 Ta 200/19

Das Datum eines qualifizierten Arbeitsendzeugnisses hat regelmäßig den Tag der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses

zu bezeichnen, nicht dagegen den Tag, an dem das Zeugnis tatsächlich physisch ausgestellt worden ist.

SACHVERHALT

Nach einem im Kündigungsschutzprozess geschlossenen Beendigungsvergleich war die Arbeitgeberin verpflichtet, der Arbeitnehmerin nach ihrem Zeugnisenwurf, von dem die Arbeitgeberin nur aus wichtigem Grund abweichen durfte, ein qualifiziertes Zeugnis zu erteilen. Der Zeugnisenwurf der Arbeitnehmerin war mit dem Datum der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses versehen. Die Arbeitgeberin wich von diesem Entwurf in mehreren Zeugnisversionen ab und datierte das Zeugnis jeweils auf den Tag der Ausstellung. Nach Antrag der Arbeitnehmerin verhängte das Arbeitsgericht Siegburg deswegen ein Zwangsgeld in Höhe von EUR 600 gegen die Arbeitgeberin.

DIE ENTSCHEIDUNG

Das LAG Köln hat die Entscheidung des Arbeitsgerichts bestätigt und einen „wichtigen Grund“ zur Abweichung vom Zeugnisenwurf der Arbeitnehmerin verneint. Denn nach Ansicht des LAG Köln widerspricht es nicht der Pflicht zur Zeugniswahrheit, wenn das Zeugnis auf den Tag der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zurückdatiert wird. Fordert ein Arbeitnehmer zeitnah die Erstellung eines Zeugnisses, muss das qualifizierte Arbeitsendzeugnis nach ständiger Rechtsprechung des BAG das Datum der rechtlichen Beendigung enthalten und nicht das Datum der physischen Ausstellung. Die Gründe dafür sieht auch das LAG Köln zum einen in der Rechtssicherheit und zum anderen in der Vermeidung von Spekulationen über einen Streit über den Inhalt des Zeugnisses, die entstehen können, wenn zwischen dem Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses und dem Ausstellungsdatum ein längerer Zeitraum liegt. Außerdem ist die Beendigung auch der Zeitpunkt, zu dem das Verhalten und die Leistung des Arbeitnehmers, die den Hauptinhalt des qualifizierten Zeugnisses bilden, in der Rückschau auf das Arbeitsverhältnis zu bewerten sind.

KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Die Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses auf Grundlage eines Zeugnisenwurfs des Arbeitnehmers, von dem nur aus „wichtigen Grund“ abgewichen werden darf, ist eine regelmäßige Klausel im gerichtlichen Beendigungsvergleich. Dabei sollte in der Praxis beachtet werden, dass ein „wichtiger Grund“ zur Abweichung nur dann vorliegt, wenn der Inhalt des Zeugnisenwurfs gegen den Grundsatz der Zeugniswahrheit verstößt. Da der Inhalt des Zeugnisses vom Verhalten und der Leistung des Arbeitnehmers bis zum Beendigungszeitpunkt bestimmt wird, widerspricht es aber gerade nicht der Wahrheit, wenn das Zeugnis auf das Beendigungsdatum zurückdatiert wird.

PRAXISTIPP

Zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten und schlimmstenfalls eines Zwangsgeldes sollte jeder Arbeitgeber das (qualifizierte) Zeugnis mit dem Datum der Beendigung des Arbeitsverhältnisses versehen. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Ausstellung eines Zeugnisses nicht zeitnah nach der

Beendigung geltend macht. Fünf Wochen nach Beendigung werden jedoch von der Rechtsprechung noch als „zeitnah“ angesehen.



Ann-Kathrin Pongratz
Rechtsanwältin
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
München

KURZMELDUNG

Steigender Mindestlohn

Das Bundeskabinett hat am 28. Oktober 2020 die 3. Mindestlohnanpassungsverordnung beschlossen. Damit wird der gesetzliche Mindestlohn zum 1. Januar 2021 zunächst auf brutto EUR 9,50 je Zeitstunde angehoben und steigt dann in weiteren Schritten zum 1. Juli 2021 auf brutto EUR 9,60, zum 1. Januar 2022 auf brutto EUR 9,82 und zum 1. Juli 2022 auf brutto EUR 10,45. Die Anhebung des Mindestlohns beruht auf dem Beschluss der Mindestlohnkommission vom 30. Juni 2020.

Quelle: Pressemitteilung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales

Impressum

BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)
Ganghoferstraße 33 | D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/impressum>

REDAKTION (VERANTWORTLICH)

Markus Bauer | Rechtsanwalt
Redaktionsschluss dieser Ausgabe ist der 11. November 2020.
Nicht gekennzeichnete Beiträge stammen aus der Redaktion.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten.

HINWEIS

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.
Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an Markus.Bauer@bblaw.com) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

IHRE ANSPRECHPARTNER

BERLIN

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin
Dr. Thomas Puffe | Rechtsanwalt
Tel.: +49 30 26471-281 | Thomas.Puffe@bblaw.com

DÜSSELDORF

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf
Christian von Buddenbrock | Rechtsanwalt
Tel.: +49 211 518989-190 | Christian.vonBuddenbrock@bblaw.com

FRANKFURT AM MAIN

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main
Dr. Thomas Drosdeck | Rechtsanwalt
Tel.: +49 69 756095-115 | Thomas.Drosdeck@bblaw.com

HAMBURG

Neuer Wall 72 | 20354 Hamburg
Dr. Thomas Lambrich | Rechtsanwalt
Tel.: +49 40 688745-144 | Thomas.Lambrich@bblaw.com

MÜNCHEN

Ganghoferstraße 33 | 80339 München
Dr. Wolfgang Lipinski | Rechtsanwalt
Tel.: +49 89 35065-1133 | Wolfgang.Lipinski@bblaw.com



Exclusive German member of the Employment Law Alliance, the leading global network.

BEIJING | BERLIN | BRÜSSEL | DÜSSELDORF | FRANKFURT AM MAIN
HAMBURG | MOSKAU | MÜNCHEN | ST. PETERSBURG

WWW.BEITENBURKHARDT.COM

WUSSTEN SIE SCHON...

dass Entsenden mit BBGO grenzenlos einfach ist?

BBGO



Dienstreisen und Entsendungen – Ihr Manager zum Abonnieren

BBGO ist die langersehnte Antwort auf die Komplexität der Entsenderichtlinie ins EU-Ausland. Lassen Sie aufwändige Recherchen und den fehlenden Überblick über entsandte Mitarbeiter hinter sich. BBGO – Ihr Expatmanager – organisiert für Sie alles an einem Ort, in Ihrem Web-Browser. Grenzenlos einfach.

BBGO – Ihr Expatmanager

Vorteile für Ihre optimierten Entsendeprozesse:



**TOPAKTUELLE
RECHTSNORMEN**



**SCHNELLE
ENTSENDUNG**



**INTUITIV &
STRUKTURIERT**



AB 49 € MONATLICH

Neugierig?

WWW.BB-GO.DE

BBGO ist ein Produkt der Beiten Burkhardt Services GmbH

In Kooperation mit:

**BEITEN
BURKHARDT**