

# NZA-RR

# Rechtsprechungs-

# Report **Arbeitsrecht**

Herausgegeben von der  
NZA-Redaktion

**Aufsätze, Berichte  
und neue Entscheidungen  
aus den Bereichen**

Arbeitsvertragsrecht  
Kündigungsrecht  
Betriebsverfassungsrecht  
Tarifvertragsrecht  
Betriebliche Altersversorgung  
Verfahrens- und Kostenrecht  
Arbeitsförderung  
Öffentlicher Dienst  
Steuer- und Insolvenzrecht  
Sonstiges Arbeitsrecht

Aus dem Inhalt

<i>C. Betz</i>	Die Bindungswirkung von rechtskräftigen Entscheidungen über Kündigungsschutzklagen	281
<i>B. Güzel</i>	Das Massenentlassungsanzeigeverfahren nach § 17 KSchG	285
<i>BVerwG</i>	Bewilligung von Sonntagsarbeit zur Verhütung eines unverhältnismäßigen Schadens	290
<i>LAG Niedersachsen</i>	Entgeltzahlungspflicht trotz pandemiebedingter Geschäftsschließung	293
<i>LAG Düsseldorf</i>	Kündigung eines Schwerbehinderten wegen rassistischer Äußerungen	298
<i>ArbG Köln</i>	Kündigung aufgrund behördlich angeordneter Quarantäne	306
<i>LAG Düsseldorf</i>	Kürzung des Urlaubsanspruchs bei Kurzarbeit ( <i>F. Merath</i> )	329
<i>BAG</i>	Notwendige Herausnahme der Vorsatzhaftung in Verfallklauseln – Rechtsprechungsänderung ( <i>S. Sura</i> )	330
<i>LAG Baden-Württemberg</i>	Kein DS-GVO-Schadensersatz wegen Übermittlung von Beschäftigtendaten in Drittstaaten ( <i>W. Böhm/I. Brams</i> )	331
<i>ArbG Kiel</i>	Fristlose Kündigung bei Fernbleiben vom Betrieb aus Angst vor Ansteckung ( <i>M. Fuhlrott</i> )	335



C.H. BECK

## 6/2021

8. Juni 2021  
26. Jahrgang S. 281–336



# Ihr Erfurter für 2021.

MIT  
COVID-19-  
INHALTEN

## Auf den Erfurter ist Verlass

Es ist wieder so weit: Der einzige **jährlich erscheinende Kommentar** zum Arbeitsrecht, der Erfurter, kommt pünktlich im November und wartet mit dem gesamten Arbeitsrecht in einem einzigen Band auf. Der jährliche Rhythmus garantiert den **aktuellsten Stand der Rechtslage** und ist somit für jeden Praktiker unverzichtbar. Seit mehr als 20 Jahren bietet der Erfurter Informationen in Hülle und Fülle zu einem der wichtigsten und komplexesten Rechtsgebiete.

## Die Neuauflage 2021

Wie in jedem Jahr werten die Kommentatoren des Erfurter Kommentars die neueste Rechtsprechung und Literatur aus. Die 21. Auflage bringt den Kommentar auf **Stand 1. September 2020**. So wurden neben neuen gesetzlichen Entwicklungen zahlreiche **höchststrichterliche Entscheidungen** des BAG als auch des EuGH ebenso wie richtungweisende Instanzgerichtsurteile ausgewertet und um eine reichhaltige Auswahl aus Literatur und Wissenschaft zum Gesamtbereich des Arbeitsrechts erweitert. **Aktuelle Themenschwerpunkte** sind eingearbeitet, darunter:

- die Digitalisierung
- das Geschäftsgeheimnisschutzgesetz
- die Änderungen im Berufsbildungsgesetz und
- die Folgen der SGB-IX-Reform.

**Weitere Schwerpunkte** sind u.a. das Gesetz zu sozialen Maßnahmen zur Bekämpfung der **COVID-19-Pandemie** (Sozialschutz-Paket II), die praktischen Auswirkungen des Qualifizierungschancengesetzes, die Folgen des Betriebsrentenstärkungsgesetzes, das Heimarbeitsrecht im Hinblick auf Crowdfunding sowie die Neuerungen im AEntG.



### Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht

21. Auflage, 2021.  
LI, 3157 Seiten.  
In Leinen € 179,-  
ISBN 978-3-406-75700-6  
**Neu im November 2020**

☰ [beck-shop.de/30948151](https://beck-shop.de/30948151)

### Das Arbeitsrechts-Paket: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht + Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht

zusammen € 369,- (statt € 418,-)  
Sie sparen € 49,-  
ISBN 978-3-406-76902-3

☰ [beck-shop.de/32024120](https://beck-shop.de/32024120)

# NZA-Rechtsprechungs-Report

## Arbeitsrecht

## NZA-RR

Schriftleitung: *Antje Glinski* und *Prof. Dr. Achim Schunder*  
Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

6 2021

## Inhalt

### Aufsatz und Bericht

<i>Christoph Betz</i> Die Bindungswirkung von rechtskräftigen Entscheidungen über Kündigungsschutzklagen	281
<i>Baris Güzel</i> Das Massenentlassungsanzeigeverfahren nach § 17 KSchG	285

### Rechtsprechung

#### Arbeitsvertragsrecht

BVerwG	27. 1. 21 – 8 C 3/20	<b>Bewilligung von Sonntagsarbeit</b>	290
LAG Nds	23. 3. 21 – 11 Sa 1062/20	<b>Entgeltzahlungspflicht trotz pandemiebedingter Geschäftsschließung</b>	293
ArbG Mannheim	25. 3. 21 – 8 Ca 409/20	Annahmeverzugslohnansprüche aufgrund pandemiebedingter Schließung	294

#### Kündigungsrecht

LAG Düsseldorf	10. 12. 20 – 5 Sa 231/20	<b>Kündigung eines Schwerbehinderten wegen rassistischer Äußerungen</b>	298
ArbG Köln	15. 4. 21 – 8 Ca 7334/20	<b>Kündigung aufgrund behördlich angeordneter Quarantäne</b>	306
ArbG Berlin	27. 1. 21 – 60 Ca 10965/20	Unwirksame außerordentliche Kündigung wegen Nebentätigkeit	310

#### Betriebsverfassungsrecht

LAG Hessen	16. 11. 20 – 16 TaBV 107/20	Entsendung von Betriebsratsmitgliedern zu Schulungsveranstaltung	314
------------	-----------------------------	--	-----

#### Tarifvertragsrecht

BAG	19. 11. 20 – 6 AZR 331/19	<b>Eingruppierung einer Pflegefachkraft nach AVR Caritas – Praxisanleiter</b>	316
-----	---------------------------	---	-----

#### Verfahrens- und Kostenrecht

BVerwG	17. 3. 21 – 2 B 3/21	<b>Rechtsweg im Konkurrentenstreit um ein öffentliches Amt</b>	320
LAG Bln-Bbg	17. 12. 20 – 26 Ta (Kost) 6098/20	Kostenrechtliche Bewertung eines Weiterbeschäftigungsantrags	323
LAG RhPf	5. 11. 20 – 8 Ta 75/20	Gegenstandswert von Bestandsschutzantrag und Annahmeverzugslohnforderung (Ls.)	324

#### Öffentlicher Dienst

BVerwG	4. 2. 21 – 5 VR 1/20	<b>Amtsausübung als Personalratsmitglied nach fristloser Kündigung</b>	324
--------	----------------------	--	-----

## Kommentierte Rechtsprechung

### Arbeitsvertragsrecht

LAG Düsseldorf	12. 3. 21 – 6 Sa 824/20	Kürzung des Urlaubsanspruchs bei Kurzarbeit <b>Friedrich Merath</b>	329
BAG	26. 11. 20 – 8 AZR 58/20	Notwendige Herausnahme der Vorsatzhaftung in Verfallklauseln <b>Stephan Sura</b>	330
LAG BaWü	25. 2. 21 – 17 Sa 37/20	Kein DS-GVO-Schadensersatz wegen Übermittlung von Beschäftigtendaten <b>Wolf-Tassilo Böhm/Isabelle Brams</b>	331
LAG Bln-Bbg	20. 1. 21 – 15 Sa 1128/20	Unangemessene Benachteiligung durch Rückzahlungsklausel <b>Brigitte Glatzel</b>	332
LAG Düsseldorf	18. 1. 21 – 13 Ta 364/20	Bestimmtheit des Vollstreckungstitels bei Zeugnisananspruch <b>Robert Weber</b>	333
LAG Düsseldorf	12. 1. 21 – 3 Sa 800/20	Anspruch auf Schlussformel im Arbeitszeugnis <b>Brigitte Glatzel</b>	334

### Kündigungsrecht

ArbG Kiel	11. 3. 21 – 6 Ca 1912 c/20	Fristlose Kündigung bei Fernbleiben vom Betrieb aus Angst vor Ansteckung <b>Michael Fuhlrott</b>	335
-----------	----------------------------	---	-----

### Sonstiges Arbeitsrecht

BAG	18. 11. 20 – 5 AZR 103/20	Abgrenzung einer Anpassungsqualifizierung zu mindestlohnpflichtigen Praktika <b>Stephan Sura</b>	336
-----	---------------------------	---	-----

ISSN 0949-7137

### NZA-RR NZA-Rechtsprechungs- Report Arbeitsrecht

#### Schriftleitung und Verlagsredaktion:

Rechtsanwältin *Anja Glinski* (verantwortlich für den Textteil) und Rechtsanwalt Professor Dr. *Achim Schunder*.  
*Allgemeine Adresse:* Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.,  
*Postanschrift:* Postfach 11 02 41, 60037 Frankfurt a. M.,  
Telefon: (0 69) 75 60 91-0,  
Telefax: (0 69) 75 60 91-49.  
E-Mail: [NZA@beck-frankfurt.de](mailto:NZA@beck-frankfurt.de)  
Internet: [www.nza.de](http://www.nza.de)

**Manuskripte:** Manuskripte sind an die Redaktion zu senden. Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag C.H.BECK an seinem Beitrag für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts das exklusive, räumlich und zeitlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen

Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zu deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Das in § 38 Abs. 4 UrhG niedergelegte zwingende Zweitverwertungsrecht des Autors nach Ablauf von 12 Monaten nach der Veröffentlichung bleibt hiervon unberührt.

**Urheber- und Verlagsrechte:** Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen,

auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

**Verlag:** Verlag C.H.BECK oHG, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon: (0 89) 3 81 89-0, Telefax: (0 89) 3 81 89-3 98, Postbank München IBAN: DE82 7001 0080 0006 2298 02, BIC: PBNKDEFFXXX. Der Verlag ist oHG. Gesellschafter sind Dr. Hans Dieter Beck und Dr. h. c. Wolfgang Beck, beide Verleger in München.

**Erscheinungsweise:** Monatlich.

**Bezugspreise 2021:** Jährlich (inkl. NZA-RRDirekt) € 249,- (inkl. MwSt.); *Vorzugspreis* für NZA-Bez. (inkl. NZA-RR Direkt) € 225,- (inkl. MwSt.); Einzelheft: € 24,- (inkl. MwSt.). Die Rechnungsstellung erfolgt zu Beginn eines Bezugszeitraumes. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden. Jahrestitel und -register sind nur noch mit dem jeweiligen Heft lieferbar.

**Versandkosten** jeweils zuzüglich.

**Bestellungen** über jede Buchhandlung und beim Verlag.

#### KundenServiceCenter:

Telefon: (0 89) 3 81 89-750,  
Telefax: (0 89) 3 81 89-358.  
E-Mail: [kundenservice@beck.de](mailto:kundenservice@beck.de)

**Abbestellungen** müssen 6 Wochen vor Jahresschluss erfolgen.

**Adressenänderungen:** Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an.

Hinweis gemäß § 7 Abs. 5 der Postdienste-Datenschutzverordnung: Bei Anschriftenänderung des Beziehers kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeantrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezieher innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen dieses Hefes beim Verlag widersprechen.

**Druck:** HOLZMANN DRUCK GmbH & Co. KG, Gewerbestraße 2, 86825 Bad Wörishofen.



[chbeck.de/nachhaltig](http://chbeck.de/nachhaltig)

# NZA-RR

# NZA-Rechtsprechungs-Report

## Arbeitsrecht

Aufsätze, Rechtsprechungsberichte und neue Entscheidungen aus den Bereichen: Arbeitsvertragsrecht, Kündigungsrecht, Betriebsverfassungsrecht, Tarifvertragsrecht, Betriebliche Altersversorgung, Verfahrens- und Kostenrecht, Arbeitsförderung, Öffentlicher Dienst, Steuer- und Insolvenzrecht, Sonstiges Arbeitsrecht

Seiten 281 – 336  
26. Jahrgang  
8. Juni 2021

Schriftleitung: *Antje Glinski* und *Prof. Dr. Achim Schunder*  
Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

Heft **6**

---

### Aufsatz und Bericht

---

Richter am ArbG Dr. Christoph Betz\*

## Die Bindungswirkung von rechtskräftigen Entscheidungen über Kündigungsschutzklagen

Obwohl der Gesetzgeber mit dem Kündigungsschutzgesetz vom 10.8.1951 (BGBl. I 1951, 499) bereits vor ca. 70 Jahren eine besondere Feststellungsklage geschaffen hat, mithilfe derer gerichtlich überprüft werden kann, ob ein Arbeitsverhältnis durch eine Kündigung aufgelöst worden ist, besteht in Rechtsprechung und juristischem Schrifttum noch immer keine Einigkeit darüber, welche Bindungswirkung einer rechtskräftigen Entscheidung über eine Kündigungsschutzklage zukommt. Die nachfolgende Abhandlung soll dazu dienen, einen Überblick über den diesbezüglichen Meinungsstand zu geben und eine Lösungsmöglichkeit für die Bearbeitung praxisrelevanter Fallgestaltungen aufzuzeigen.

### I. Problemaufriss

Nach einer rechtskräftigen Entscheidung über eine Kündigungsschutzklage kann in verschiedenen Fallgestaltungen die Frage auftreten, ob zu einem Zeitpunkt, der vor dem Termin der Kündigung lag, die Gegenstand des Kündigungsschutzverfahrens war, ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Veranschaulicht werden soll dies an folgendem Beispiel: Ein Kläger trägt in einem Kündigungsrechtsstreit vor, zwischen ihm und dem beklagten Arbeitgeber sei mit Wirkung zum 1.1. eines Jahres ein Arbeitsvertrag geschlossen worden, den der Arbeitgeber mit einem ihm am 30.10. desselben Jahres zugewandtem Schreiben zum 30.11. gekündigt habe, obwohl die Kündigung nicht nach § 1 II KSchG sozial gerechtfertigt sei. Gibt das *ArbG* hier einem nach § 4 S. 1 KSchG formulierten Klageantrag rechtskräftig statt, kann sich in einem Folgeprozess, in dem der Arbeitnehmer Annahmeverzugslohn für Januar begehrt, die Frage stellen, ob es dem Arbeitgeber noch möglich ist, einzuwenden, das Arbeitsverhältnis sei erst mit Wirkung zum Februar geschlossen worden. Problematisch ist beispielsweise auch, ob sich der Ar-

beitgeber in einem Folgeprozess, in welchem der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung für September geltend macht, darauf berufen kann, er habe das Arbeitsverhältnis nach der rechtskräftigen Entscheidung über den Kündigungsschutzantrag mit Wirkung zum 1.9. angefochten, weil der Arbeitnehmer ihn bei Abschluss des Arbeitsvertrags arglistig getäuscht habe und das Arbeitsverhältnis bereits seit 1.9. außer Vollzug sei.<sup>1</sup> Denkbar ist schließlich etwa auch, dass sich in einem Folgeprozess, in dem über Vergütungsansprüche für November gestritten wird, die Frage stellt, ob das Vorbringen des Arbeitgebers noch zu berücksichtigen ist, wonach das Arbeitsverhältnis am 1.11. geendet habe, weil der Arbeitnehmer eine ihm an diesem Tag zugegangene fristlose Kündigung nicht fristgerecht mit einer Kündigungsschutzklage angegriffen habe.

Um derartige Fragen bzgl. der Bindungswirkung rechtskräftiger Entscheidungen über Kündigungsschutzanträge im Einklang mit allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen beantworten zu können, muss man sich zunächst die Bindungswirkung von rechtskräftigen Urteilen im Allgemeinen vergegenwärtigen.

### II. Bindungswirkung von Urteilen im Allgemeinen

Entscheidend für den Umfang der Bindungswirkung vorangegangener Urteile ist deren materielle Rechtskraft. Dieser sind nach § 322 I ZPO enge Grenzen gezogen.<sup>2</sup> Urteile sind

\* Der Autor ist Richter am *ArbG Regensburg* und derzeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an das *BAG* abgeordnet.

1 Grundlegend zur ausnahmsweisen Rückwirkung einer Anfechtung des Arbeitsvertrags wegen einer Außervollzugsetzung des Arbeitsverhältnisses *BAG* v. 16. 9. 1982. – 2 AZR 228/80, *BAGE* 41, 54 = *NJW* 1984, 446.

2 *BGH* v. 22.9.2016 – V ZR 4/16, *NJW* 2017, 893.



danach der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden worden ist. Eine Bindungswirkung kommt danach unter zwei Gesichtspunkten in Betracht, nämlich bei Identität der Streitgegenstände und in den Fällen einer Tatsachenpräklusion.<sup>3</sup>

Ergeht in einem Rechtsstreit eine rechtskräftige Entscheidung, kann in einem weiteren Verfahren bezüglich des identischen Streitgegenstands keine neuerliche Sachentscheidung ergehen.<sup>4</sup> Das Fehlen einer entgegenstehenden Rechtskraft ist danach eine von Amts wegen zu prüfende negative Prozessvoraussetzung.<sup>5</sup>

Dagegen kann eine sogenannte Tatsachenpräklusion in Rechtsstreitigkeiten mit unterschiedlichen Streitgegenständen auftreten. Insoweit gilt zunächst der Grundsatz, dass tatsächliche Feststellungen und Feststellungen über die der Entscheidung zugrundeliegenden präjudiziellen Rechtsverhältnisse nicht nach § 322 I ZPO in Rechtskraft erwachsen.<sup>6</sup> Allerdings darf die Rechtskraft der Entscheidung im Vorprozess nicht mit dem Vorbringen ausgehöhlt werden, das rechtskräftige Urteil gründe sich auf unrichtige tatsächliche Feststellungen. Hat ein Gericht den Streitgegenstand eines rechtskräftig entschiedenen Vorprozesses erneut zu prüfen, hat es deshalb seinem Urteil den Inhalt dieser Entscheidung zugrunde zu legen.<sup>7</sup> Mit Vortrag zu Tatsachen, die im maßgebenden Zeitpunkt des Vorprozesses schon vorhanden waren und darauf gerichtet sind, das kontradiktorische Gegenteil der im Vorprozess festgestellten Rechtsfolge auszusprechen, sind die Parteien insoweit ausgeschlossen, als sie bei natürlicher Anschauung zu dem im Vorprozess vorgetragenen Lebensvorgang gehören.<sup>8</sup> Nach der übereinstimmenden Auffassung des BAG und des BGH geht diese Präklusion jedoch nicht weiter als die Rechtskraftwirkungen des Urteils. Sie ist kein Institut neben der materiellen Rechtskraft, sondern nur die notwendige Kehrseite der Maßgeblichkeit der Entscheidung.<sup>9</sup>

### III. Der Meinungsstand zur Bindungswirkung von Kündigungsschutzklagen

#### 1. Die kündigungsschutz- und die bestandsorientierte Sichtweise des Schrifttums

Analysiert man das umfangreiche arbeitsrechtliche Schrifttum zur Frage der Bindungswirkung von Kündigungsschutzklagen, lassen sich im älteren Schrifttum grundsätzlich zwei Strömungen identifizieren, die nachstehend anhand der Auffassungen namhafter Vertreter der jeweiligen Richtung gegenübergestellt werden.

Während für die Anhänger einer streng kündigungsorientierten Sichtweise allein die Rechtmäßigkeit der Kündigung den Streitgegenstand eines Kündigungsschutzverfahrens bildete, erblickte eine andere Gruppe von Autoren diesen in erster Linie im Bestand des Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Zeitpunkt. Einer der ersten Vertreter einer solchen bestandsorientierten Sichtweise war *Böttcher*, der annahm, dass durch einen Kündigungsrechtsstreit geklärt werde, ob im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz noch ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien besteht. Zur Begründung stellte er zum einen auf die Belange des gekündigten Arbeitnehmers und zum anderen auf die Prozessökonomie ab, die jeweils eine weitreichende Streitgegenstandsfassung erforderten.<sup>10</sup> Gestützt darauf vertrat er die Meinung, dass eine Kündigungsschutzklage – ungeachtet der auf den Streit Anlass zugeschnittenen Formulierung – jenen Umfang habe, wie er durch eine Klage

auf Feststellung, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestehe, induziert werde.<sup>11</sup> Ebenfalls – nicht zuletzt mit Blick auf die Arbeitnehmerinteressen – befürwortete später auch *Güntner* eine bestandsorientierte Sichtweise.<sup>12</sup> Er argumentierte, aus §§ 11, 12 KSchG, die vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses sprächen, ergäbe sich, dass ein klagestattgebendes Urteil eine bestandsschützende Wirkung haben müsse.<sup>13</sup> Ein Arbeitsverhältnis könne im Laufe eines Kündigungsschutzstreits aber auch aus anderen Auflösungsgründen als einer zunächst ausgesprochenen Kündigung enden, etwa aufgrund einer Befristung oder der Anfechtung des Arbeitsvertrags. Wenn also die Kündigungsschutzklage den Bestand des Arbeitsverhältnisses zum Gegenstand habe, müsse der Arbeitnehmer ein Urteil mit zweckentsprechender Rechtskraftwirkung erlangen können, nämlich der Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis bis zur letzten Tatsachenverhandlung fortbestanden habe und das daher ausschließe, dass sich der Arbeitgeber nach der Beendigung des Kündigungsschutzprozesses noch darauf berufen könne, dass das Arbeitsverhältnis durch einen anderen Auflösungsgrund als durch die vom Gericht für unwirksam erklärte Kündigung beendet worden sei.<sup>14</sup> Eine derartige Rechtskraftwirkung eines Urteils in einem Kündigungsschutzprozess hielt auch *Lüke* für möglich.<sup>15</sup> Allerdings machte er dies streng vom jeweiligen Sachvortrag der Parteien abhängig. Seinen Überlegungen stellte *Lüke* die These voran, dass die Bestimmung des Streitgegenstands im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozess grundsätzlich mit dem allgemeinen zweigliedrigen zivilprozessualen Streitgegenstandsbegriff übereinzustimmen habe.<sup>16</sup> Das Klagebegehren bei einem Kündigungsschutzantrag sei zweispurig. Der Kläger wende sich zu einem gegen die Kündigung und zum anderen erstrebe er die Feststellung des Bestehens des Arbeitsverhältnisses.<sup>17</sup> Das Gericht habe daher alle Unwirksamkeitsgründe in die Entscheidung einzubeziehen, die sich aus dem von den Parteien vorgetragenen Prozessstoff ergeben. Jedoch sei der beklagte Arbeitgeber nicht gezwungen, alle Tatsachen vorzutragen, die das Nichtbestehen des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen könnten. Deshalb stehe die Rechtskraft einer stattgebenden Kündigungsschutzklage der Geltendmachung eines anderen Beendigungstermins als der im Vorprozess angegriffenen Kündigung auch dann nicht entgegen, wenn dieser Beendigungstatbestand im Falle seiner Wirksamkeit zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu einem früheren Termin führen würde, als mit der im Vorprozess angegriffenen Kündigung seitens des Arbeitgebers intendiert gewesen sei, wenn über diesen Beendigungstatbestand im Vorprozess noch nicht gestritten worden sei. Unerheblich sei dabei, ob der Arbeitgeber schon im

3 Zu dieser Unterscheidung vgl. etwa auch: Musielak/Voit/Musielak, ZPO, 17. Aufl. 2020, § 322 Rn. 9 – 12; Zöller/Vollkommer, ZPO, 33. Aufl. 2020, Vorb. zu § 322 Rn. 17.

4 Zöller/Vollkommer, ZPO, Vorb. zu § 322 Rn. 17.

5 Zöller/Vollkommer, ZPO, Vorb. zu § 322 Rn. 17.

6 BAG v. 15.11.2018 – 6 AZR 522/17, BAGE 164, 168 = NZA 2019, 928; BGH v. 21.10.2020 – VIII ZR 261/18, NJW 2021, 701.

7 BAG v. 15.11.2018 – 6 AZR 522/17, BAGE 164, 168 = NZA 2019, 928; BGH v. 21.10.2020 – VIII ZR 261/18, NJW 2021, 701.

8 BGH v. 22.9.2016 – V ZR 4/16, NJW 2017, 893.

9 BAG v. 15.11.2018 – 6 AZR 522/17, BAGE 164, 168 = NZA 2019, 928; BGH v. 22.9.2016 – V ZR 4/16, NJW 2017, 893.

10 Böttcher, FS Herschel, 1955, 181 (187 ff.).

11 Böttcher, FS Herschel, 1955, 181 (187 ff.); ähnl. Zeumer, MDR 1956, 257 (259 ff.).

12 Güntner, AuR 1974, 97, ders., DB 1975, 1267 und DB 1975, 1317.

13 Güntner, AuR 1974, 110.

14 Güntner, AuR 1974, 108.

15 Lüke, JZ 1960, 203 ff.

16 Lüke, JZ 1960, 203 (204).

17 Lüke, JZ 1960, 203 (205 f.).

Vorprozess in der Lage gewesen wäre, den weiteren Beendigungsstatbestand einzuführen.<sup>18</sup>

Dagegen vertrat im älteren Schrifttum zunächst vor allem *Hueck* eine streng kündigungssorientierte Sichtweise. Nach seiner Auffassung handelt es sich bei einer Kündigungsschutzklage, um eine negative Feststellungsklage, welche auf die Feststellung der Unwirksamkeit einer ganz bestimmten Kündigung zielt.<sup>19</sup> Er argumentierte, die Rechtskraft eines Urteils könne niemals über das vom Kläger verlangte hinausgehen. Werde etwa eine Kündigungsschutzklage abgewiesen, weil nach Ansicht des Gerichts ein Arbeitsverhältnis überhaupt nicht wirksam zustande gekommen sei, so sei damit die Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses nicht rechtskräftig festgestellt, da eine solche Feststellung mehr bedeuten würde, als eine bloße Anerkennung des vom Kläger geltend gemachten Feststellungsbegehrens. Sie sei nicht Streitgegenstand des Prozesses, sondern nur Entscheidungsgrund.<sup>20</sup> Übereinstimmend damit führte *Walther J. Habscheid* aus, die Rechtsfolgenbehauptung einer Kündigungsschutzklage sei weit enger als eine Klage auf Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses. Die Klage stelle auf die konkrete Kündigung ab. Daher müsse der Kläger weitere Kündigungen, die der Arbeitgeber im Laufe des Verfahrens ausspreche, im Wege der Klageerweiterung einbeziehen.<sup>21</sup> Dieser streng kündigungsorientierten Ansicht folgten in den 1970er bis 2000er Jahren zahlreiche weitere Autoren. So führte etwa *Wolf* an, dass für einen streng punktuellen Streitgegenstandsbegriff eine sachgerechte Begrenzung des Streit- und Prozessstoffes sowie eine angemessene Verteilung der Beweislast spreche.<sup>22</sup> *Künzl* und auch *Prütting* begründeten ihre streng kündigungsbezogene Auffassung ua mit dem Wortlaut von § 4 S. 1 KSchG, dem sie die Aussage entnahmen, dass die konkret angegriffene Kündigung Gegenstand des Kündigungsschutzverfahrens sei.<sup>23</sup> Eingehend für eine streng kündigungsschutzbezogene Sichtweise sprach sich auch *Grunsky* aus, der die Meinung vertrat, die Annahme, im Falle der rechtskräftigen Stattgabe einer Kündigungsschutzklage stehe auch fest, dass im Kündigungstermin ein Arbeitsverhältnis bestanden habe, stehe im Widerspruch zu allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen, ohne dass der Gesetzgeber hierfür eine Regelung geschaffen habe, die dies rechtfertigen könne.<sup>24</sup> Klage etwa ein Abzahlungsverkäufer auf Feststellung, dass der Kaufvertrag durch eine bestimmte zwischen den Parteien getroffene Abrede nicht wieder aufgehoben worden sei, und werde der Klage stattgegeben, so dürften keine Zweifel daran bestehen, dass jede Partei sich später immer noch darauf berufen könne, der Vertrag sei von Anfang an unwirksam gewesen. Es gäbe keinen Grund dafür, das im Kündigungsschutzverfahren anders zu sehen. Der Arbeitnehmer, der eine Globalentscheidung über den Bestand des Arbeitsverhältnisses anstrebe, möge einen dahingehenden Antrag stellen.

## 2. Die Sichtweise des BAG und die Kritik des neueren Schrifttums hieran

Das BAG befasste sich erstmals in einer Entscheidung vom 13.11.1958 eingehend mit dem Streitgegenstand einer Kündigungsschutzklage unter Geltung des Kündigungsschutzgesetzes.<sup>25</sup> Darin lehnte das BAG die von den Vertretern einer bestandsorientierten Sichtweise teilweise vertretene Auffassung ab, wonach Streitgegenstand einer Kündigungsschutzklage der Bestand des Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung sei. Hierbei argumentierte das BAG vorwiegend mit dem Wortlaut von § 3 S. 1 KSchG aF, welcher – wie auch der spätere § 4 S. 1 KSchG – die Möglichkeit einer Feststellungsklage eröffnete,

wonach das Arbeitsverhältnis durch eine (bestimmte) Kündigung nicht aufgelöst wird. Allerdings sah das BAG den Streitgegenstand einer Kündigungsschutzklage auch nicht auf die Feststellung der Wirksamkeit einer bestimmten Kündigung begrenzt, sondern bezog den Bestand des Arbeitsverhältnisses zu dem in der Kündigung vorgesehenen Termin mit ein. Zusammenfassend formulierte das BAG, Streitgegenstand einer Kündigungsschutzklage sei die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis aus Anlass einer bestimmten Kündigung zu dem von der Kündigung gewollten Endtermin aufgelöst ist oder nicht.<sup>26</sup> Trotz dieses punktuellen Streitgegenstandsverständnisses nahm das BAG bereits anfänglich eine weitgehende Bindungswirkung von Urteilen in Kündigungsschutzverfahren an und begründete diese mit dem Präklusionsprinzip. So führte es in der Entscheidung vom 13.11.1958 aus, der Arbeitgeber müsse zur Vermeidung einer Präklusion bereits im Kündigungsschutzprozess geltend machen, dass das, was der Arbeitnehmer im Wege der Kündigungsschutzklage angreife, gar keine Kündigung darstelle, weil zB das Arbeitsverhältnis überhaupt nicht bestanden habe oder längst beendet sei. Darüber, ob zu ein und demselben Zeitpunkt ein Arbeitsverhältnis sein Ende gefunden habe oder nicht, könne nicht in verschiedenen Prozessen entschieden werden. Eine solche Verfahrensweise würde zu einer unökonomischen mehrfachen Inanspruchnahme der Gerichte, zu der unerwünschten Möglichkeit von sich in ihrem Ergebnis widersprechenden Urteilen und damit zur Rechtsunsicherheit, zum Hintanhalten von Tatsachenstoff, mit einem Wort, zu Sinnwidrigkeiten in jeder Form führen. Das BAG vertrat daher anfänglich im Ergebnis die Auffassung, aufgrund der Präklusionswirkung sei es dem Arbeitgeber nach einer rechtskräftigen Stattgabe einer Kündigungsschutzklage verwehrt, in Abrede zu stellen, dass das Arbeitsverhältnis überhaupt nicht bestanden habe oder vor dem Kündigungstermin wieder beendet worden sei.<sup>27</sup> Mittlerweile hat das BAG jedoch sein streng punktuellen Streitgegenstandsverständnis aufgegeben, indem es die Auffassung vom sogenannten erweiterten punktuellen Streitgegenstand vertritt, welche dieses (zumindest begrifflich) in einem Urteil vom 18.12.2014 begründet hat.<sup>28</sup> Danach soll ein Verständnis, wonach Gegenstand des Antrags nach § 4 S. 1 KSchG lediglich – rein punktuell – die Wirksamkeit der angegriffenen Kündigung sei, dem weitergehenden Wortlaut des Gesetzes nicht gerecht werden und das Ziel der Rechtskraft, Rechtsfrieden herzustellen und Rechtsgewissheit zu schaffen, nicht erreichen können. Ergäbe sich weder aus der Klagebegründung noch aus sonstigen Erklärungen des Arbeitnehmers oder in den Rechtsstreit eingeführten Umständen, dass er den Gegenstand der Kündigungsschutzklage auf die Wirksamkeit der konkret angegriffenen Kündigung beschränken wolle, müsse der Arbeitgeber davon ausgehen, der Arbeitnehmer wende sich mit seiner Klage zugleich gegen die Be-

18 *Lüke*, JZ 1960, 203 (207).

19 *Hueck*, FS Nipperdey, 1955, 99 (108).

20 *Hueck*, FS Nipperdey, 1955, 99 (109).

21 *Habscheid*, RdA 1958, 95 (97).

22 BAG v. 11.2.1981 – 7 AZR 12/79, AP KSchG 1969 § 4 Nr. 8 mAnm. *Wolf* [unter I 1].

23 *Künzl/Erlanger*, FS Schwab, 1990, 136; *Prütting*, FS Lüke, 1997, 626.

24 BAG v. 12.1.1977 – 5 AZR 593/75, AP KSchG 1969 § 4 Nr. 3 mAnm. *Grunsky* = NJW 1977, 1895).

25 BAG v. 13.11.1958 – 2 AZR 573/57, BAGE 7, 36 = BeckRS 9998, 157888.

26 BAG v. 13.11.1958 – 2 AZR 573/57, BAGE 7, 36 = BeckRS 9998, 157888.

27 BAG v. 13.11.1958 – 2 AZR 573/57, BAGE 7, 36 = BeckRS 9998, 157888.

28 BAG v. 18.12.2014 – 2 AZR 163/14, BAGE 150, 234 = NZA 2015, 635.

endigung seines Arbeitsverhältnisses durch mögliche andere Tatbestände bis zu dem in der angegriffenen Kündigung vorgesehenen Auflösungsstermin.<sup>29</sup> Im juristischen Schrifttum wird diese neuere Rechtsprechung im Hinblick auf die hier interessierende Frage nach der Bindungswirkung einer stattgebenden Kündigungsschutzklage allgemein dahingehend interpretiert, dass nach dessen Auffassung im Falle der Stattgabe einer Kündigungsschutzklage feststehe, dass das Arbeitsverhältnis vor oder bis zum Kündigungstermin auch nicht aufgrund irgendeines anderen Umstands sein Ende gefunden habe.<sup>30</sup> Richtigerweise entsprach dieses Ergebnis allerdings – wie gezeigt – auch unter Geltung des strengen punktuellen Streitgegenstandsbegriffs bereits der Sichtweise des BAG. Geändert hat sich mE allerdings, dass die Bindungswirkung früher mit der Präklusionswirkung begründet wurde, weil davon ausgegangen wurde, dass nur der Bestand des Arbeitsverhältnisses im vorgesehenen Beendigungszeitpunkt vom Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage erfasst ist, während sich die Bindungswirkung nach neuerer Auffassung aus der Identität der Streitgegenstände ergibt, weil angenommen wird, dass auch alle potenziellen früheren Beendigungstatbestände und Zeitpunkte vom Streitgegenstand einer Kündigungsschutzklage erfasst sind.

Im Schrifttum wird diese neuere Sichtweise des BAG jedenfalls teilweise abgelehnt.<sup>31</sup> So argumentieren etwa *Preis/Schneider*, dass es sich bei einer Kündigungsschutzklage um den vom Gesetzgeber geschaffenen Sonderfall handle, in dem ausnahmsweise einzelne Elemente eines Rechtsverhältnisses Gegenstand einer Feststellungsklage sein könnten. Stelle man bei einer Kündigungsschutzklage dennoch nicht die Entscheidung über die konkrete Kündigung, sondern den Bestand des Arbeitsverhältnisses in den Vordergrund, drohen die Konturen zwischen der allgemeinen Feststellungsklage und der besonderen Feststellungsklage in Form der Kündigungsschutzklage zu verwischen.<sup>32</sup> Lege man einen entsprechend § 4 S. 1 KSchG formulierten Klageantrag so aus, wie das BAG dies unter Zugrundelegung seiner Auffassung vom erweiterten punktuellen Streitgegenstand tue, begegne dies Bedenken im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit der Dispositionsmaxime. Schließlich orientiere sich die Auslegung des Klageantrags nicht daran, wie die Parteien den Streitgegenstand bestimmen hätten, sondern danach, auf welche Weise ein größeres Maß an Rechtssicherheit durch eine möglichst umfangreiche Rechtskraft erreicht werde.<sup>33</sup> Einen solchen Verstoß gegen die Dispositionsmaxime erblickt auch *Weißenfels* in der aktuellen Rechtsprechung des BAG zum erweiterten punktuellen Streitgegenstand.<sup>34</sup> Sie argumentiert, dass sich der Streitgegenstand ausgehend vom zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff bestimme. Maßgeblich sei danach auch der Sachvortrag des klagenden Arbeitnehmers und damit der von diesem vorgetragene Beendigungstatbestand, so dass das Gericht auch nur hierüber entscheiden könne.<sup>35</sup> Sodann führt sie an, dass in Rechtskraft nur die im Urteil ausgesprochene Rechtsfolge und nicht auch der Feststellung zugrunde liegende präjudizielle Rechtsverhältnisse oder sonstige Vorfragen erwachsen würden, so dass die Wirkung des Urteils auf die konkret angegriffene Kündigung beschränkt bleibe.<sup>36</sup>

#### IV. Stellungnahme

Meines Erachtens hat die Rechtsprechung des BAG zutreffend erkannt, dass der Streitgegenstand einer Kündigungsschutzklage nicht nur die Wirksamkeit einer bestimmten Kündigung ist, sondern dass hiervon auch der Bestand des Arbeitsverhältnisses erfasst ist. Diese beiden Komponenten

des Streitgegenstands, die auch *Lüke* zutreffend identifiziert hat, ergeben sich bereits aus dem Wortlaut von § 4 S. 1 KSchG, der besagt, dass ein Arbeitnehmer, der geltend machen will, eine Kündigung sei sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam, innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben muss, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist. Zurecht weist das BAG neuerdings – wie bereits zuvor *Güntner* – darauf hin, dass der Wortlaut von §§ 11 und 12 KSchG, demzufolge das Arbeitsverhältnis nach der einer Beendigungsschutzklage stattgebenden Entscheidung fortbesteht, ebenfalls dafür streitet, dass auch der Bestand des Arbeitsverhältnisses vom Streitgegenstand einer Kündigungsschutzklage erfasst ist.<sup>37</sup> Aus § 11 KSchG ergibt sich mE auch, auf welchen Zeitpunkt insoweit abzustellen ist. Schließlich heißt es danach, dass sich der Arbeitnehmer auf das Arbeitsentgelt, das ihm der Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung schuldet, ua anderweitig erzielten Erwerb anrechnen lassen muss, wenn nach der Entscheidung des Gerichts das Arbeitsverhältnis fortbesteht. Mithin geht der Gesetzgeber davon aus, im Falle einer erfolgreichen Kündigungsschutzklage bestehe ein Arbeitsverhältnis jedenfalls zunächst einmal über das in der unwirksamen Kündigung vorgesehene Beendigungsdatum hinaus fort. Ein solcher Fortbestand ist aber nur dann denkbar, wenn auch zum Beendigungstermin ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Ferner spricht für die Maßgeblichkeit dieses Datums, dass für eine Kündigungsschutzklage richtigerweise kein Rechtsschutzbedürfnis mehr besteht, wenn das Arbeitsverhältnis während der Frist der angegriffenen Kündigung aus einem anderen Grund – beispielsweise wegen einer früher wirkenden Kündigung – endet.<sup>38</sup> Hierbei handelt es sich nicht nur um eine Vorfrage der Entscheidung in einem Kündigungsschutzverfahren. Vielmehr ist der Bestand des Arbeitsverhältnisses im vorgesehenen Beendigungszeitpunkt Gegenstand des Urteilsausspruchs selbst. Das zeigt sich besonders deutlich in den Fällen, in denen das Gericht zu dem Ergebnis kommt, dass eine Kündigung zwar sozial gerechtfertigt ist, aber mit zu kurzer Frist erklärt wurde. Schließlich ist hier im Tenor zum Ausdruck zu bringen, zu welchem Datum das Arbeitsverhältnis beendet wurde.<sup>39</sup> Spiegelbildlich dazu geht aus einem stattgebenden Urteil anlässlich einer Kündigungsschutzklage hervor, dass im vorgesehenen Beendigungszeitpunkt ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.<sup>40</sup> Der Zeitraum vor diesem Termin ist dagegen von §§ 4 S. 1, 11 und 12 KSchG nicht angesprochen und mE auch nicht Streitgegenstand des Kündigungs-

29 BAG v. 18.12.2014 – 2 AZR 163/14, BAGE 150, 234 = NZA 2015, 635; v. 24.5.2018 – 2 AZR 67/18, BAGE 163, 24 = NZA 2018, 1127.

30 Vgl. etwa HaKo-KSchR/Gallner, 7. Aufl. 2021, § 4 KSchG Rn. 167; Linck/Krause/Bayreuther/Linck, KSchG, 16. Aufl. 2019, § 4 Rn. 150; Klose, KR, 12. Aufl. 2019, § 4 KSchG Rn. 287; MHdB ArbR/Rachor, 4. Aufl. 2018, § 130 Rn. 107.

31 Vgl. etwa Linck/Krause/Bayreuther/Linck, KSchG § 4 Rn. 146 ff.; Preis/Schneider, FS Prütting, 2018, 474; Vossen in Stahlhacker/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 11. Aufl. 2015, § 1 Rn. 2019 ff.; Weißenfels, NZA 2019, 810.

32 Preis/Schneider, FS Prütting, 2018, 474.

33 Preis/Schneider, FS Prütting, 2018, 474.

34 Weißenfels, NZA 2019, 810.

35 Weißenfels, NZA 2019, 811.

36 Weißenfels, NZA 2019, 812.

37 BAG v. 24.5.2018 – 2 AZR 67/18, BAGE 163, 24 = NZA 2018, 1127.

38 Vgl. etwa LAG Hamm v. 23.9.1999 – 4 (19) Sa 1361/98, BeckRS 1999, 30814329.

39 Ausführl. Niemann, NZA 2019, 68.

40 Sollte ausnahmsweise der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, vor dem Beendigungsdatum der Kündigung liegen – beispielsweise bei einem Versäumnisurteil – ist allerdings nur der Bestand des Arbeitsverhältnisses zu diesem früheren Termin vom Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage erfasst.



schutzverfahrens.<sup>41</sup> Würde man dies anders sehen (wobei dann auch zu fragen wäre, welcher genaue Zeitraum erfasst sein soll), hätte dies beim Ausspruch mehrerer Kündigungen zu unterschiedlichen Beendigungsterminen zur Folge, dass gegen die einzelnen Kündigungen wegen § 261 III Nr. 1 ZPO nicht mit gesonderten Kündigungsschutzanträgen vorgegangen werden kann, weil deren Streitgegenstände (teilweise) identisch wären.<sup>42</sup> Dass aber gerade ein solches Vorgehen gegen jede einzelne Kündigung dem Willen des Gesetzgebers entspricht und daher zulässig ist, ergibt sich aus dem Wortlaut von §§ 4 und 7 KSchG. Eine abweichende Sichtweise und damit ein extensiveres Streitgegenstandsverständnis des Kündigungsschutzverfahrens ist auch im Hinblick auf die vom BAG und von den Vertretern der bestandsorientierten Sichtweise angeführten Argumente der Schaffung von Rechtsfrieden und der Sicherung der Prozessökonomie nicht veranlasst. Schließlich tritt eine Bindungswirkung, wie gezeigt, auch in den Fällen einer sogenannten Tatsachenpräklusion ein. Aufgrund dieser wird der Arbeitgeber nach einer rechtskräftigen Stattgabe einer Kündigungsschutzklage in einem Folgeprozess regelmäßig nicht mehr einwenden können, das Arbeitsverhältnis habe bereits vor dem Termin der Kündigung des Erstprozesses nicht mehr bestanden. Dem steht im Einklang mit der älteren Rechtsprechung des BAG nicht entgegen, dass nach hier vertretener Auffassung nur der Bestand des Arbeitsverhältnisses im Kündigungstermin selbst, jedoch nicht der Zeitraum davor, vom Streitgegenstand einer Kündigungsschutzklage erfasst ist. Zwar setzt eine Tatsachenpräklusion voraus, dass der Streitgegenstand eines rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens eine entscheidende Vorfrage in einem späteren Verfahren ist,<sup>43</sup> jedoch stellt derjenige, der behauptet, ein Arbeitsverhältnis habe bereits vor dem Termin der Kündigung, die Gegenstand des Vorprozesses war, nicht mehr bestanden, nicht nur eine Vorfrage des Vorprozesses in Abrede. Er begründet vielmehr

auch einen Widerspruch zum Streitgegenstand des Vorprozesses, indem er den Bestand des Arbeitsverhältnisses im Beendigungsdatum der Kündigung des Vorprozesses negiert. Anders ist dies nur dann, wenn er im Folgeprozess auch vorträgt, dass ein (neuerliches) Arbeitsverhältnis nach dem von ihm geltend gemachten (früheren) Beendigungsdatum und vor dem Beendigungstermin der Kündigung, die Gegenstand des Vorprozesses war, begründet worden ist. Richtigerweise kann sich eine Partei daher nach der rechtskräftigen Stattgabe einer Kündigungsschutzklage nicht darauf berufen, dass ein Arbeitsverhältnis nie wirksam begründet worden ist.

Im Hinblick auf die eingangs erwähnten Beispielfälle führt die hier für richtig erachtete Auffassung mithin dazu, dass sich der Arbeitgeber, auch wenn rechtskräftig festgestellt wurde, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung nicht aufgelöst worden ist, in einem Folgeprozess ohne Weiteres darauf berufen kann, dass das Arbeitsverhältnis erst später begründet wurde als im Erstprozess angenommen. Dieses Vorbringen steht nicht im Widerspruch zum Streitgegenstand des Erstprozesses. Anders verhält es sich dagegen in den Fällen, in denen der Arbeitgeber argumentiert, das Arbeitsverhältnis habe bereits zu einem Datum geendet, welches vor dem Beendigungstermin der Kündigung des Vorprozesses liegt. Schließlich steht dieses Vorbringen zugleich der rechtskräftig getroffenen Feststellung entgegen, wonach im vorgesehenen Beendigungstermin der Kündigung des Vorprozesses ein Arbeitsverhältnis der Parteien bestanden hat. ■

41 Für die Maßgeblichkeit des vorgesehenen Beendigungsdatums auch *Holtermüller*, Streitgegenstand, Rechtskraft und Präklusion im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzverfahren, 2000, § 37 2. g) bb).

42 Vgl. insoweit auch *Linck/Krause/Bayreuther/Linck*, KSchG § 4 Rn. 146.

43 *BGH*, MDR 2019, 694.

Wiss. Mitarbeiter Baris Güzel\*

## Das Massenentlassungsverfahren nach § 17 KSchG

Das Massenentlassungsverfahren gewinnt angesichts der aktuellen Corona-Pandemie und den damit einhergehenden Restrukturierungs- und Betriebsstilllegungsmaßnahmen wirtschaftlich geschwächter Unternehmen branchenübergreifend an Bedeutung. Neben bereits angeschlagenen Großkonzernen, wie Thyssenkrupp, die zuletzt eine Streichung von 11.000 Stellen vermeldeten, bleiben auch mittelständische und kleine Unternehmen vor den wirtschaftlichen Folgen nicht verschont. Durch die weiter anhaltenden Maßnahmen der Bundes- und jeweiligen Landesregierungen wurde die betriebswirtschaftliche Krisensituation erheblich erschwert, so dass Unternehmen jeglicher Größeneinheit sich mit der Massenentlassung und ihren Fallstricken vertraut machen müssen.

### I. Einleitung

Vor jeder Massenentlassung ist der Arbeitgeber verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten (§ 17 I KSchG). Eine Massenentlassung liegt vor, wenn Mitarbeiter in so großer Zahl entlassen werden, dass die von der Betriebsgröße abhängigen Schwellenwerte des § 17 I 1 KSchG überschritten werden. Vor Erstattung der Anzeige ist die Konsultation des Betriebsrats durchzuführen, in der der Arbeitgeber

dem Betriebsrat zweckdienliche Informationen mitzuteilen und über die Situation zu beraten hat (§ 17 II KSchG). Im Anschluss an dieses zweistufige Verfahren können Entlassungen in der Regel vorgenommen werden. Innerhalb dieses Grundkonstrukts bestehen zahlreiche Fragestellungen, die bisher nur teilweise vom BAG und *EuGH* für die Praxis geklärt wurden. Dieses Dickicht an Problemen ergibt sich zum einen aus der defizitären Ausgestaltung des § 17 KSchG und zum anderen aus den Vorgaben der Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG. Nachfolgend werden der Betriebs- und Arbeitnehmerbegriff sowie das Konsultationsverfahren im Überblick vorgestellt, bevor Fehlerquellen der Massenentlassungsanzeige und der Umgang mit diesen im Einzelnen erläutert werden.

### II. Voraussetzungen des Massenentlassungsschutzes

#### 1. Betrieb

Für die Eröffnung des Schutzbereichs des Massenentlassungsrechts müssen die in § 17 I 1 KSchG genannten Schwellenwerte hinsichtlich der Betriebsgröße erreicht werden. Es

\* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Institut für Versicherungsrecht der Universität zu Köln.

ist eine Mindestbetriebsgröße von 20 Arbeitnehmern erforderlich (§ 17 I 1 Nr. 1 KSchG). Der Bezugspunkt für den Schwellenwert ist der Betrieb. Das BAG hat bis zur „Air-Berlin Entscheidung“<sup>1</sup> den Betriebsbegriff unter Zugrundelegung des betriebsverfassungsrechtlichen Verständnisses<sup>2</sup> definiert, ist davon nun aber abgerückt. Der Betriebsbegriff des Massenentlassungsrechts ist ein unionsrechtlicher. Er ist nach der Rechtsprechung des *EuGH* in der Unionsrechtsordnung autonom und einheitlich allein von diesem und damit losgelöst von den nationalen Begrifflichkeiten und Rechtsvorschriften auszulegen.<sup>3</sup> Demnach ist unter Betrieb diejenige Einheit zu verstehen, der die von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer zur Erfüllung ihrer Aufgaben angehören. Es muss sich um eine unterscheidbare Einheit von gewisser Dauerhaftigkeit und Stabilität handeln, die zur Erledigung einer oder mehrerer konkreter Aufgaben bestimmt ist, über eine Gesamtheit von Arbeitnehmern sowie über technische Mittel und eine organisatorische Struktur zur Erfüllung dieser Aufgaben verfügt.<sup>4</sup> Anders als beim betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff besitzt das Merkmal der formalen Entscheidungsbefugnis – also eines einheitlichen Leitungsapparats – lediglich eine untergeordnete Bedeutung. Es genügt eine für die ordnungsgemäße Durchführung der Arbeit und Lösung technischer Probleme einsetzbare Ebene.<sup>5</sup> Daher kann auch schon das mit eigenem Filialleiter und eigener Kostenstelle ausgestattete Ladengeschäft den Betriebsbegriff iSd RL 98/59/EG erfüllen.<sup>6</sup> Diese weite Auslegung entspricht dem Telos der Richtlinie, das mit Rücksicht auf die sozio-ökonomischen Auswirkungen der Massenentlassung auf den örtlichen Arbeitsmarkt abstellt.<sup>7</sup> „Einfache“ Betriebsteile gem. § 4 II BetrVG, die mangels eines eigenen Leitungsapparats betriebsverfassungsrechtlich als unselbstständig gelten und deshalb dem Hauptbetrieb zugeordnet werden, können aufgrund dieses weiten Verständnisses durchaus eigenständige Betriebe iSd RL 98/59/EG darstellen.<sup>8</sup> „Qualifizierte“ Betriebsteile gem. § 4 I BetrVG, die sich durch eigene Aufgabenbereiche und selbstständige Organisation kennzeichnen, werden ohnehin regelmäßig den Anforderungen eines Betriebs iSd RL 98/59/EG genügen.

## 2. Arbeitnehmerbegriff

Darüber hinaus muss der von der Betriebsgröße abhängige Schwellenwert der zu entlassenden Arbeitnehmer erreicht werden. Der Arbeitnehmerbegriff wird vom *EuGH* ebenfalls autonom definiert. Arbeitnehmer ist demnach, wer während einer bestimmten Zeit für eine andere Person nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.<sup>9</sup> In zahlreichen Fällen besteht eine Übereinstimmung zwischen dem unionsrechtlichen und nationalen Arbeitnehmerbegriff des § 611 a BGB, zB bei Arbeitern, Angestellten oder Teilzeitbeschäftigten. Divergenzen bestehen insbesondere bei Fremdgeschäftsführern einer GmbH, die Arbeitnehmer iSd RL 98/59/EG sind, da sie organschaftlichen Weisungen unterliegen und jederzeit gegen ihren Willen von der Gesellschafterversammlung abberufen werden können.<sup>10</sup> Dies gilt ebenso für minderheitsbeteiligte Geschäftsführer ohne Sperrminorität. Geschäftsführer, die als Mehrheitsgesellschafter bestimmenden Einfluss auf die Gesellschafterversammlung ausüben, sind allerdings von § 17 V Nr. 3 KSchG erfasst und werden daher nicht berücksichtigt.<sup>11</sup> Leitende Angestellte sind entgegen § 17 V Nr. 3 KSchG ebenfalls als Arbeitnehmer einzuordnen.<sup>12</sup> Praktikanten und Auszubildende sind Arbeitnehmer iSd RL 98/59/EG, wenn diese im Unternehmen praktisch mitarbeiten, um Kenntnisse zu erwerben oder zu vertiefen und weisungsgebunden sind, unabhängig davon, ob die finanzielle Ver-

gütung vom Arbeitgeber oder durch die für Arbeitsförderung zuständige öffentliche Stelle übernommen wird.<sup>13</sup> Leiharbeiter hat das *LAG Düsseldorf* nicht als Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs qualifiziert, da trotz Beendigung der Tätigkeit im Einsatzbetrieb des Entleihers das Arbeitsverhältnis zum Verleiher weiter fortbesteht.<sup>14</sup>

## 3. Tatbestandliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Ein weiteres entscheidendes Merkmal für das Eingreifen des Massenentlassungsschutzes ist die Entlassung und die ihr gleichgestellte Beendigung des Arbeitsverhältnisses, welche auf Veranlassung des Arbeitgebers erfolgt (§ 17 I 1, 2 KSchG).

### a) Entlassungen und gleichgestellte Beendigungen

Unter „Entlassung“ ist die ohne Zustimmung des Arbeitnehmers erfolgende Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verstehen.<sup>15</sup> Nach Art. 1 I RL 98/59/EG dürfen die Gründe der Entlassung nicht in der Person des Arbeitnehmers liegen, so dass von der Richtlinie lediglich betriebsbedingte Kündigungen erfasst werden. Dass § 17 KSchG keine Differenzierung hinsichtlich des Entlassungsgrundes trifft und damit auch personen- und verhaltensbedingte Kündigungen erfasst, ist eine auf der Günstigkeitsklausel (Art. 5 RL 98/59/EG) beruhende und damit unionsrechtskonforme gesetzgeberische Umsetzung.<sup>16</sup> Fristlose Kündigungen werden bei der Berechnung der Entlassungen nicht mitgezählt (§ 17 IV KSchG). Änderungskündigungen stellen, genauso wie Beendigungs-

- 1 BAG v. 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006; die gegen diese und weitere Entscheidungen des BAG eingelegten Verfassungsbeschwerden des Insolvenzverwalters von *Air Berlin* wurden mit Beschluss vom 5.1.2021 nicht zur Entscheidung angenommen, *BVerfG* v. 5.1.2021 – 1 BvR 1771/20, NZA 2021, 271. Eine neue Terminierung der vom BAG ausgesetzten Verfahren ist noch nicht erfolgt, vgl. BAG v. 10.9.2020 – 6 AZR 136/19, NZA 2021, 149 = NJW 2021, 339. Zum Air-Berlin-Verfahren auch *Ludwig/Hinze*, NZA 2020, 694.
- 2 Vgl. dazu *ErfK/Koch*, 21. Aufl. 2021, BetrVG § 1 Rn. 7 ff.
- 3 *EuGH* v. 13.5.2015 – C-182/13, ECLI:EU:2015:317 = NZA 2015, 731 Rn. 26 – Lyttle ua; v. 13.5.2015 – C-392/13, ECLI:EU:2015:318 = NZA 2015, 669 Rn. 42 – Rabal Cañas; v. 30.4.2015 – C-80/14, ECLI:EU:C:2015:291 = NZA 2015, 601 Rn. 45 – USDAW und Wilson; BAG v. 14.5.2020 – 6 AZR 235/19, NZA 2020, 1091 Rn. 115; v. 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 Rn. 32.
- 4 *EuGH* v. 13.5.2015 – C-392/13, ECLI:EU:2015:318 = NZA 2015, 669 Rn. 44 – Rabal Cañas; v. 30.4.2015 – C-80/14, ECLI:EU:C:2015:291 = NZA 2015, 601 Rn. 49 – USDAW und Wilson; v. 15.2.2007 – C-270/05, ECLI:EU:C:2007:101 = NZA 2007, 319 Rn. 27 – Athinaiki Chartopoiia; BAG v. 14.5.2020 – 6 AZR 235/19, NZA 2020, 1091 Rn. 116; v. 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 Rn. 33.
- 5 *EuGH* v. 15.2.2007 – C-270/05, ECLI:EU:C:2007:101 = NZA 2007, 319 = EuZW 2007, 280 Rn. 29 – Athinaiki Chartopoiia.
- 6 *EuGH* v. 13.5.2015 – C-392/13, ECLI:EU:2015:318 = NZA 2015, 669 Rn. 44 – Rabal Cañas; v. 15.2.2007 – C-270/05, ECLI:EU:C:2007:101 = NZA 2007, 319 Rn. 31 – Athinaiki Chartopoiia; BAG v. 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 Rn. 33.
- 7 BAG v. 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 Rn. 33, 49.
- 8 *Jares/Fuchs*, NZA 2020, 1071 (1074); *Spelge*, RdA 2018, 297 (299).
- 9 *EuGH* v. 9.7.2015 – C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455 = NZA 2015, 861 = NJW 2015, 2481 Rn. 34 – Balkaya.
- 10 *EuGH* v. 9.7.2015 – C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455 = NZA 2015, 861 = NJW 2015, 2481 Rn. 40 – Balkaya; krit. dazu *Junker*, EuZA 2016, 428 (433).
- 11 *Jares/Fuchs*, NZA 2020, 1071 (1072); *Lingemann/Steinhauser*, NJW 2017, 2245 (2246).
- 12 *DDZ/Callsen*, KSchR, 11. Aufl. 2020, § 17 KSchG Rn. 11; *ErfK/Moll*, KSchG, § 17 Rn. 15.
- 13 *EuGH* v. 9.7.2015 – C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455 = NZA 2015, 861 = NJW 2015, 2481 Rn. 50 f. – Balkaya.
- 14 *LAG Düsseldorf* v. 8.9.2016 – 11 Sa 705/15, BeckRS 2016, 116155.
- 15 *EuGH* v. 11.11.2015 – C-422/14, ECLI:EU:C:2015:743 = NZA 2015, 1441 = NJW 2016, 927 Rn. 48 – Pujante Rivera; v. 12.10.2004 – C-55/02, ECLI:EU:C:2004:605 = NZA 2004, 1265 Rn. 50 – Kommission/Portugal.
- 16 *MüHdb-ArbR/Spelge*, 4. Aufl. 2018, § 121 Rn. 47.

kündigungen, Entlassungen dar, unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer das Änderungsangebot annimmt, nur unter Vorbehalt annimmt oder ablehnt.<sup>17</sup> Eine vom Arbeitgeber veranlasste Beendigung ist gekennzeichnet durch einen hinreichend konkreten Hinweis an den Arbeitnehmer, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis in nächster Zeit kündigen werde, sofern der Arbeitnehmer nicht freiwillig ausscheiden sollte.<sup>18</sup> Die infolgedessen geschlossenen Aufhebungsverträge oder Eigenkündigungen fallen ebenfalls in den Schutzbereich des § 17 KSchG.<sup>19</sup>

### b) Zeitpunkt

Für die zeitliche Abfolge von Konsultationsverfahren, Massenentlassungsanzeige und Entlassung ist entscheidend, auf welchen Zeitpunkt bei der „Entlassung“ abgestellt wird. Nach tradierter Auffassung des BAG wurde unter Entlassung die tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses, die mit Ablauf der Kündigungsfrist eintrat, verstanden, so dass insbesondere bei längeren Kündigungsfristen die Anzeige und das Konsultationsverfahren auch nach Ausspruch der Kündigung erfolgen konnten.<sup>20</sup> Dies hat sich mit der Junk-Entscheidung des *EuGH* vom 27.1.2005<sup>21</sup> grundlegend geändert. Danach kommt es bei der Entlassung in richtlinienkonformer Auslegung des § 17 I KSchG auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung an.<sup>22</sup> Diese Rechtsprechung kommt dem in Erwägungsgrund 2 RL 98/59/EG genannten Zweck nach, welcher neben dem Arbeitmarktschutz ebenso den individualrechtlichen Arbeitnehmerschutz verfolgt. Das Konsultationsverfahren hat die Vermeidung bzw. Beschränkung der Anzahl der Kündigungen zum Ziel, welches nicht erreicht werden kann, wenn die Konsultation erst nach Ausspruch der Kündigungen – und damit nach der Manifestation des Kündigungswillens – durchgeführt wird.<sup>23</sup> Sollen Arbeitnehmer in Elternzeit entlassen werden, so ist der Zeitpunkt des Antragsengangs bei der zuständigen Behörde auf Kündigungszustimmung maßgeblich.<sup>24</sup> Dies dürfte auch für andere Fälle des gesetzlichen Sonderkündigungsschutzes gelten.<sup>25</sup>

### III. Konsultationsverfahren

Nach § 17 II KSchG besteht die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Konsultation des Betriebsrats. Diesem sind zweckdienliche Auskünfte zu erteilen, um über die Möglichkeit zu beraten, Entlassungen zu vermeiden, einzuschränken und deren sozialen Folgen abzumildern. Die Ermittlung der zuständigen Arbeitnehmervertretung richtet sich gem. Art. 1 I UAbs. 1 Buchst. b RL 98/59/EG nach den nationalen Rechtsvorschriften, in der Privatwirtschaft außerhalb des kirchlichen Dienstes also nach den Kompetenzzuweisungen des BetrVG.<sup>26</sup> In das Konsultationsverfahren wird derjenige Betriebsrat einbezogen, der für den von der Massenentlassung betroffenen Betrieb zuständig ist. Dies kann zunächst der örtliche Betriebsrat sein, sofern ein solcher besteht. Soll eine geplante Massenentlassung betriebsübergreifend erfolgen, so ist entsprechend § 50 I BetrVG der Gesamtbetriebsrat zu konsultieren.<sup>27</sup> Auf diese Weise wird gewährleistet, dass eine Sachnähe zwischen dem Arbeitgeber und dem die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer vertretenden Organ besteht, so dass eine möglichst effektive Abmilderung der Nachteile erfolgen kann. Die Unterrichtung hat „rechtzeitig“, also möglichst frühzeitig, zu erfolgen. Sofern eine strategische Entscheidung zur Massenentlassung getroffen wurde und die Planung des Arbeitgebers sich so verdichtet hat, dass die Anzahl der Entlassungen und Grundsätze der Auswahl erkennbar sind, ist der Betriebsrat zu informieren.<sup>28</sup> Es dürfen jedenfalls noch keine unumkehrbaren Maßnahmen

getroffen worden sein.<sup>29</sup> Der Inhalt der Unterrichtung richtet sich insbesondere nach den Vorgaben des § 17 II 1 Nr. 1–6 KSchG und kann – entgegen des Wortlauts des § 17 II 1 KSchG („schriftlich“) – in Textform entsprechend § 126 b BGB erfolgen.<sup>30</sup> Erfolgen Massenentlassungen in den oben genannten einfachen Betriebsteilen, die betriebsverfassungsrechtlich einem Hauptbetrieb zugeordnet sind (§ 4 II BetrVG) und verfügen diese über keinen eigenständigen Betriebsrat, so ist der Betriebsrat des Hauptbetriebs zuständig.<sup>31</sup> Geht mit der Massenentlassung eine Betriebsänderung (§ 111 BetrVG) einher, so besteht für den Arbeitgeber die Möglichkeit der Verbindung beider Verfahren, soweit die ihm obliegenden Pflichten aus § 17 II 2 KSchG mit denen nach § 111 S. 1 BetrVG übereinstimmen und für den Betriebsrat klar erkennbar ist, dass die Beratungen der Erfüllung beider Verfahren dienen sollen.<sup>32</sup>

### IV. Massenentlassungsanzeige

Schließlich ist es dem Arbeitgeber auferlegt, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er innerhalb von 30 Kalendertagen<sup>33</sup> die Massenentlassung durchführt (§ 17 I, III KSchG). Die Massenentlassung stellt eine nicht unerhebliche Belastung des örtlichen Arbeitsmarktes dar. Die Reduktion dieser Folgen ist Aufgabe der Agentur, welcher durch die

- 17 BAG v. 20.2.2014 – 2 AZR 346/12, BAGE 147, 237 = NZA 2014, 1069 Rn. 36; *Jares/Fuchs*, NZA 2020, 1071 (1073); *APS/Moll*, 6. Aufl. 2021, KSchG § 17 Rn. 26 a; *MüHdb-ArbR/Spelge*, § 121 Rn. 50; der *EuGH* differenziert dahingehend, ob die Vertragsänderung eine wesentliche oder unwesentliche Modifikation darstellt, wobei letztere keine Entlassung, sondern lediglich eine Beendigung des Arbeitsvertrags, die auf Veranlassung des Arbeitgebers erfolgt (Art. 1 I UAbs. 2 RL 98/59/EG), darstelle, die nur bei der Berechnung der Zahl der Entlassungen zu berücksichtigen sei, *EuGH* v. 21.9.2017 – C-149/16, ECLI:EU:C:2017:708 = NZA 2017, 1323 Rn. 26 ff. – Socha.
- 18 BAG v. 28.6.2012 – 6 AZR 780/10, BAGE 142, 202 = NZA 2012, 1029 Rn. 48; *Jares/Fuchs*, NZA 2020, 1071 (1073).
- 19 *DDZ/Callsen*, KSchG § 17 Rn. 27 f.
- 20 BAG v. 13.4.2000 – 2 AZR 215/99, NZA 2001, 144 (145) = NZI 2001, 272; v. 24.10.1996 – 2 AZR 895/95, BAGE 84, 267 = NZA 1997, 372 = NJW 1997, 2131.
- 21 *EuGH* v. 27.1.2015 – C-188/03, ECLI:EU:C:2005:59 = NZA 2005, 213 – Junk.
- 22 *EuGH* v. 27.1.2015 – C-188/03, ECLI:EU:C:2005:59 = NZA 2005, 213 – Junk; BAG v. 26.1.2017 – 6 AZR 442/16, BAGE 158, 104 = NZA 2017, 577 Rn. 23; aA *LAG Berlin-Brandenburg* v. 25.4.2019 – 21 Sa 1534/18, BeckRS 2019, 16811, das auf den Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung abstellt.
- 23 *EuGH* v. 27.1.2015 – C-188/03, ECLI:EU:C:2005:59 = NZA 2005, 213 Rn. 38 – Junk; BAG v. 26.1.2017 – 6 AZR 442/16, BAGE 158, 104 = NZA 2017, 577 Rn. 25 ff.
- 24 BAG v. 26.1.2017 – 6 AZR 442/16, BAGE 158, 104 = NZA 2017, 577; vgl. *BVerfG* v. 8.6.2016 – 1 BvR 3634/13, NZA 2016, 939.
- 25 *Bezani*, FS Willemssen, 2018, S. 55 ff.; *APS/Moll*, KSchG § 17 Rn. 38 c; *Spelge*, RdA 2018, 297 (300).
- 26 Vgl. zur Notwendigkeit der Einbeziehung des Sprecherausschusses für leitende Angestellte oder der Schwerbehindertenvertretung *Schubert/Schmitt*, ZESAR 2020, 53.
- 27 BAG v. 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 Rn. 62; *ErfK/Kiel*, KSchG § 17 Rn. 19 b; *APS/Moll*, KSchG § 17 Rn. 74 d; ob bei konzernweiten Entlassungen die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats nach § 58 I BetrVG begründet wird, hat das BAG offengelassen, vgl. BAG v. 22.11.2012 – 2 AZR 371/11, BAGE 144, 47 = NZA 2013, 845.
- 28 *EuGH* v. 21.9.2017 – C-149/16, ECLI:EU:C:2017:708 = NZA 2017, 1323 Rn. 31 – Socha.
- 29 *Jares/Fuchs*, NZA 2020, 1071 (1076); *MüHdb-ArbR/Spelge*, § 121 Rn. 102.
- 30 BAG v. 22.9.2016 – 2 AZR 276/16, BAGE 157, 1 = NZA 2017, 175 = NZG 2017, 670 Rn. 42 ff.; *Ludwig/Hinze*, NZA 2020, 694 (695); *MüHdb-ArbR/Spelge*, § 121 Rn. 104.
- 31 *Schubert/Schmitt*, ZESAR 2020, 53 (54); *MüHdb-ArbR/Spelge*, § 121 Rn. 87.
- 32 BAG v. 9.6.2016 – 6 AZR 405/15, BAGE 155, 245 = NZA 2016, 1198.
- 33 Vgl. zur Bestimmung des Referenzzeitraums *EuGH* v. 11.11.2020 – C-300/19, ECLI:EU:C:2020:898 = NZA 2020, 1611 = EuZW 2021, 222 – Marclean Technologies.



Anzeige und der dadurch ausgelösten Sperrfrist von einem Monat (§ 18 I KSchG) eine Vorbereitungszeit eingeräumt wird, in der sie sich auf die geplanten Entlassungen vorbereiten, Vermittlungsbemühungen anstellen und so die Folgen für die Betroffenen und den Arbeitsmarkt mildern kann.<sup>34</sup>

## 1. Örtliche Zuständigkeit

Die Massentlassungsanzeige muss bei der zuständigen Agentur für Arbeit eingehen. § 17 KSchG selbst trifft keine ausdrückliche Regelung hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit. Aus teleologischer Auslegung folgt, dass diejenige Agentur örtlich zuständig ist, bei der die zu bewältigenden sozioökonomischen Auswirkungen eintreten.<sup>35</sup> Diese tragen sich typischerweise an dem Ort zu, in dem der von der Massentlassung betroffene Betrieb ansässig ist. In diesem Einzugsgebiet leben die Arbeitnehmer und melden sich arbeitsuchend.<sup>36</sup> Die örtliche Zuständigkeit wird überwiegend – wenn auch zuletzt durch das BAG offengelassen<sup>37</sup> – aus einer richtlinienkonformen Auslegung des § 327 IV SGB III abgeleitet.<sup>38</sup> Der in § 327 IV SGB III verankerte verallgemeinerungsfähige Gedanke, dass Ortsnähe zum Gläubiger (Arbeitnehmer) die Leistungserbringung durch die Agentur simplifiziert, ist auf diese Konstellation übertragbar. Bei der im Rahmen des Massentlassungsschutzes erbrachten Leistung der Agentur für Arbeit liegt eine öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit vor, die mittelbar der Arbeitsvermittlung und damit dem SGB III zuzuordnen ist.<sup>39</sup>

Der Eingang der Anzeige bei der unzuständigen Agentur führt zur Unwirksamkeit der Anzeige und der ihr folgenden Kündigungen (§ 17 I, III 2 KSchG iVm § 134 BGB).<sup>40</sup> Das BAG konstatiert hierzu, dass „der Eingang bei irgendeiner Agentur für Arbeit in Deutschland ohne eine rechtzeitige Weiterleitung an die örtlich zuständige Agentur nicht für eine ordnungsgemäße Anzeige iSv § 17 I KSchG aus [reicht]“.<sup>41</sup> Im Hinblick auf die einschneidenden Rechtsfolgen und den damit verbundenen wirtschaftlichen Risiken ist entscheidend, ob und inwieweit der (unzuständigen) Agentur für Arbeit eine Mitwirkungspflicht obliegt. Diskutabel ist zunächst, ob die Agentur nach Eingang der Anzeige ihre Zuständigkeit lediglich im Rahmen des regulären Geschäftsgangs oder unverzüglich überprüfen muss. Gegen eine unverzügliche Überprüfungspflicht spricht freilich, dass dies die Sorgfalts- und Fürsorgepflichten der Behörden erheblich überspannen und den innerbetrieblichen Geschäftsgang in ungebührlicher Weise belasten würde.<sup>42</sup> Daher hat die Prüfung lediglich nach den Grundsätzen ordnungsgemäßen Verwaltungshandelns im Rahmen des regulären Geschäftsgangs zu erfolgen. Bei Zweifeln hinsichtlich der Zuständigkeit besteht eine aus dem Amtsermittlungsgrundsatz gem. § 20 SGB X und § 20 III KSchG resultierende Nachfragepflicht der Agentur.<sup>43</sup> Davon zu trennen ist die Frage, ob die Behörde nach Feststellung ihrer Unzuständigkeit die Anzeige (unverzüglich) weiterleiten muss. Aus den fachlichen Weisungen der Bundesagentur für Arbeit zum KSchG, welche als Verwaltungsrichtlinien und Auslegungshilfen nur behördenintern wirken, wird der unzuständigen Agentur die (unverzügliche) Weiterleitung an die zuständige Agentur auferlegt.<sup>44</sup> Unterstützt wird diese Auslegung aus einer Zusammenschau der § 20 III SGB X und § 16 II SGB I, welche in komplettierender Funktion zueinander stehen.<sup>45</sup> Die Agentur legt sich damit zwar intern Pflichten zur Mitwirkung auf, aber nach dem klaren Gesetzeswortlaut und der restriktiven Rechtsprechung des BAG liegt die Erfüllung der Anzeigepflicht im Verantwortungsbereich des Arbeitgebers.<sup>46</sup> Er hat dafür Sorge zu tragen, dass die Anzeige bei der zuständigen Agentur eingeht. Selbst die auf Anfrage erteilte unrichtige

Auskunft der Agentur hinsichtlich ihrer Zuständigkeit, auf die der Arbeitgeber vertraut, steht einer Unwirksamkeit der Anzeige nicht entgegen.<sup>47</sup> Daher dürfte ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch des Arbeitgebers gegen die Behörde nur schwer zu begründen sein.<sup>48</sup>

## 2. Zeitpunkt der Anzeige

Die Anzeige muss, wie bereits dargelegt, bei der zuständigen Agentur erfolgen, bevor die Kündigungserklärungen den Arbeitnehmern zugehen.<sup>49</sup> Erst der Eingang der Entlassungsanzeige bei der zuständigen Behörde setzt den Lauf der Sperrfrist von einem Monat in Gang (§ 18 I KSchG). Vor Ablauf dieser Sperrfrist können Entlassungen nicht wirksam werden, was bei kürzeren Kündigungsfristen de facto zu einer Mindestkündigungsfrist führt.<sup>50</sup> Eine unmittelbar nach Eingang der Anzeige zugegangene Kündigung kann also mit Ablauf der Sperrfrist wirksam werden.<sup>51</sup>

Noch nicht abschließend geklärt ist der zeitliche Zusammenhang zwischen Konsultations- und Anzeigeverfahren. Konkret geht es um die Frage, ob der Arbeitgeber die Anzeige erstatten kann, obgleich das Konsultationsverfahren noch nicht abgeschlossen ist.<sup>52</sup> Wortlaut und Systematik scheinen dem entgegen zu stehen. Im Regelfall ist nämlich der Anzeige die Stellungnahme des Betriebsrats beizufügen (§ 17 III 2 KSchG). Dies ist erst dann möglich, wenn die Konsultation abgeschlossen ist. Der Zweck des Anzeigeverfahrens, der Agentur die Möglichkeit zu Vorbereitungsmaßnahmen und Vermittlungen zu gewähren, kann erst nach Abschluss der Konsultation effektiv und wirksam erreicht werden. Denn erst nach ihrer Beendigung stehen der genaue Umfang und

34 BAG v. 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 Rn. 75; v. 22.9.2016 – 2 AZR 276/16, BAGE 157, 1 = NZA 2017, 175 Rn. 24.

35 BAG v. 14.5.2020 – 6 AZR 235/19, NZA 2020, 1091 Rn. 123; v. 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 Rn. 78; vgl. *EuGH* v. 27.1.2015 – C-188/03, ECLI:EU:C:2005:59 = NZA 2005, 213 Rn. 47 f. – Junk.

36 BAG v. 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 Rn. 78.

37 BAG v. 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 Rn. 79.

38 BAG v. 21.5.2019 – 2 AZR 582/18, NZA 2019, 1052 = NJW 2019, 2955 Rn. 25; v. 21.3.2012 – 6 AZR 596/10, NZA 2012, 1058; v. 14.8.1986 – 2 AZR 683/85, BeckRS 1986, 30717852; aA *Schubert/Schmitt*, ZESAR 2020, 53 (54).

39 So MüHdb-ArbR/*Spelge*, § 121 Rn. 128.

40 BAG v. 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 Rn. 102; noch offengelassen in BAG v. 14.3.2013 – 8 AZR 153/12, BeckRS 2013, 74879; hierzu kritisch *Moll*, RdA 2021, 49 (56 f.).

41 BAG v. 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 Rn. 78.

42 Vgl. *BSG* v. 10.12.1974 – GS 2/73, *BSGE* 38, 248 = NJW 1975, 1380 (1384).

43 BAG v. 21.3.2012 – 6 AZR 596/10, NZA 2012, 1058 Rn. 27.

44 Fachliche Weisung zum KSchG, § 17 Rn. 2.2.3. Abs. 2; für eine Weiterleitungspflicht im Rahmen des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs *DDZ/Callsen*, KSchG § 17 Rn. 52; *Spelge*, RdA 2018, 297 (300); gegen eine Weiterleitungspflicht *jurisPK/Luthe*, 2. Aufl. 2017, SGB X § 20 Rn. 30.

45 *Schütze/Siefert*, SGB X, 9. Aufl. 2020, § 20 Rn. 27; *Krauskopf/Waschull*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Stand: 7/2020, SGB I § 16 Rn. 17; aA *jurisPK/Luthe*, SGB X § 20 Rn. 30.

46 Vgl. BAG v. 14.5.2020 – 6 AZR 235/19, NZA 2020, 1091 Rn. 133.

47 BAG v. 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 Rn. 111 ff.

48 Vgl. zum Herstellungsanspruch bei Verletzung der Weiterleitungspflicht von Anträgen *Mrozynski*, SGB I, 6. Aufl. 2019, § 16 Rn. 28.

49 *EuGH* v. 27.1.2015 – C-188/03, ECLI:EU:C:2005:59 = NZA 2005, 213 – Junk; BAG v. 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 Rn. 72; v. 26.1.2017 – 6 AZR 442/16, BAGE 158, 104 = NZA 2017, 577 Rn. 23.

50 *Lingemann/Steinhauser*, NJW 2017, 2245 (2247).

51 BAG v. 13.6.2019 – 6 AZR 459/18, BAGE 167, 102 = NZA 2019, 1638 Rn. 23; v. 6.11.2008 – 2 AZR 935/07, BAGE 128, 256 = NZA 2009, 1013 Rn. 23 ff.

52 Diese Frage hat das *BVerfG* als vorlagepflichtig angesehen, *BVerfG* v. 25.2.2010 – 1 BvR 230/09, *BVerfGK* 17, 108 = NZA 2010, 439 = NJW 2010, 1268; auch schon vorgelegt vom *ArbG Berlin* v. 21.2.2006 – 79 Ca 22399/05, NZA 2006, 739, wobei es aufgrund eines Prozessvergleichs nicht zur Entscheidung kam.



Zeitpunkt der geplanten Entlassungen fest.<sup>53</sup> Systematisch ist § 17 III 4 KSchG, wonach die Anzeige die sogenannten „Muss-Angaben“ enthält, von der an die Agentur zuzuleitenden Abschrift der Mitteilung an den Betriebsrat gem. § 17 III 1 KSchG abzugrenzen, welche nur nach Abschluss der Konsultation gelingen kann, sofern diese sich in Umfang und Tiefe der Angaben unterscheiden. Anderenfalls hätte § 17 III 4 KSchG keine eigenständige Bedeutung.<sup>54</sup> Schließlich scheint auch Generalanwalt *Antonio Tizzano* Art. 2 und 3 RL 98/59/EG auf diese Weise zu verstehen, da aufgrund der dem Arbeitgeber obliegenden Pflicht, die zweckdienlichen Angaben über die Konsultation der Anzeige gegenüber der Behörde beizufügen, die „zweite Phase“ des Anzeigeverfahrens nur auf die erste Phase der Konsultation folgen könne.<sup>55</sup>

### 3. Inhalt der Anzeige

Die inhaltliche Ausgestaltung der Massenentlassungsanzeige ist in § 17 III 2–5 KSchG festgelegt.

#### a) Stellungnahme des Betriebsrats

Der Anzeige ist die Stellungnahme des Betriebsrats beizufügen (§ 17 III 2 KSchG). Fehlt dessen Stellungnahme, so muss der Arbeitgeber glaubhaft machen, dass er den Betriebsrat mindestens zwei Wochen vor Erstattung der Anzeige unterrichtet hat und gleichzeitig den Stand der Beratungen darlegen (§ 17 III 3 KSchG). Die formelhafte Wiederholung des Gesetzestextes reicht dafür nicht aus.<sup>56</sup> Die Agentur für Arbeit muss beurteilen können, ob die Betriebsparteien aufgrund zulänglichen Informationsaustausches tatsächlich über die geplante Massenentlassung und ihre Vermeidung beraten haben.<sup>57</sup>

#### b) Differenzierung zwischen „Muss-“ und „Soll-Angaben“

Innerhalb der Anzeige wird zwischen sogenannten „Muss-Angaben“ (§ 17 III 4 KSchG) und „Soll-Angaben“ (§ 17 III 5 KSchG) differenziert. Hinsichtlich der Frage, ob die in § 17 III 5 KSchG genannten Merkmale des Geschlechts, Alters, Berufs und der Staatsangehörigkeit als „Muss-Angaben“ zur sachgemäßen Vorbereitung der Abmilderungsmaßnahmen zusätzlich angegeben werden müssen, konnte im Gesetzgebungsprozess keine Einigung erzielt werden, weshalb diese Angaben im Sinne eines Mittelwegs als „Soll-Angaben“ konzipiert wurden.<sup>58</sup> Es ergibt sich die praktische Frage, ob einem Arbeitgeber, der diese zusätzlichen Angaben unzutreffend erbringt, daraus ein Nachteil erwachsen kann. Die Befürworter<sup>59</sup> einer Bindungswirkung ziehen vor allem eine aus dem Jahre 1960 stammende BAG-Entscheidung<sup>60</sup> heran, nach der ein Arbeitgeber gem. § 15 KSchG 1951 bei den zu entlassenden Arbeitnehmern nicht zwischen Angestellten und Arbeitern zu differenzieren brauchte. Der Arbeitgeber, der in der Anzeige dennoch lediglich Angestellte aufführt – und damit eine nicht notwendige Unterscheidung vornimmt – müsse sich daran festhalten lassen, wenn er nachträglich auch Arbeiter entlässt, denn er lenke durch diese ausdrückliche Nennung einer Berufsgruppe die Aufmerksamkeit und die Vorkehrungen der Agentur nur in eine Richtung und verhindere, dass sich das Arbeitsamt auch auf die Entlassungen von Arbeitern einstellen könne.<sup>61</sup> Der dieser Rechtsprechung zugrundeliegende Sachverhalt entspricht heute der Kategorie der „Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer“ (§ 17 II Nr. 2 KSchG) und stellt damit eine sogenannte „Muss-Angabe“ dar.<sup>62</sup> Daher kann diese Rechtsprechung nicht auf die Angaben des § 17 III 5 KSchG (Geschlecht, Alter, Beruf und Staatsangehörigkeit) übertragen werden, weil die dort genannten Angaben, sogar im Falle

ihrer Unrichtigkeit, nicht dazu führen würden, die arbeitsmarktpolitischen Vorkehrungen der Agentur wesentlich zu beeinträchtigen oder gar vollständig zu verhindern. Maßgebend für eine sachgemäße Vorbereitung der Agentur ist die Richtigkeit der „Muss-Angaben“. Ferner wird dem Zweck des § 17 III 5 KSchG, der Erleichterung der Arbeitsvermittlung durch zusätzliche Angaben, am ehesten dadurch Rechnung getragen, bei diesen Angaben keine Bindungswirkung anzunehmen.<sup>63</sup> Eine Bindungswirkung könnte den nachteiligen Effekt bewirken, dass der Arbeitgeber die Angaben präventiv unterlässt, um sich einem möglichen Risiko zu entziehen. Um den inhaltlichen Unsicherheiten teilweise entgegenzutreten, kann der Arbeitgeber sich der vorformulierten Entlassungsanzeige der Agentur für Arbeit bedienen. Es ist dabei freilich zu beachten, dass diese keinen Anspruch auf Vollständigkeit gewährt.

Zudem ist zu entscheiden, ob durch eine beigefügte Namensliste iSv § 1 V KSchG den Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer Genüge getan wird. Dafür könnte zwar sprechen, dass es mit der Natur der Namensliste, welche gerade die Diskussion über die sachgerechte Beurteilung der Sozialauswahl obsolet machen soll, nicht vereinbar wäre, der Agentur die zugrundeliegenden Kriterien darzulegen.<sup>64</sup> Dem steht indes der Verweis des § 1 V 4 KSchG, welcher sich lediglich auf § 17 III 2 KSchG, nicht jedoch auf § 17 III 4 KSchG bezieht, entgegen. Darüber hinaus enthält die Namensliste allenfalls das Ergebnis der Sozialauswahl, freilich nicht die zugrunde gelegten Kriterien, die aber nach dem eindeutigen Wortlaut des § 17 III 4 KSchG der Agentur beizubringen sind.<sup>65</sup>

#### c) Fehler in der Anzeige

Wird die Stellungnahme des Betriebsrats der Anzeige nicht beigelegt oder wird im Fall der fehlenden Stellungnahme nicht glaubhaft gemacht, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat mindestens zwei Wochen vor Erstattung der Anzeige unterrichtet hat oder der Stand der Beratungen nicht hinreichend dargelegt, so ist die Anzeige fehlerhaft und die Kündigung unwirksam (§ 134 BGB).<sup>66</sup>

Geht es um Fehler im Rahmen der sogenannten „Muss-Angaben“, so ist nicht eine pauschale Unwirksamkeit, sondern eine differenzierte Betrachtungsweise, welche den Zweck des Anzeigeverfahrens berücksichtigt, geboten. Fehlen die „Muss-Angaben“ in Gänze, dann kann die Agentur sich nicht sachgemäß vorbereiten, so dass die Anzeige unwirksam ist. Nicht so klar auf der Hand liegt der Umgang

53 Vgl. BAG v. 14.5.2020 – 6 AZR 235/19, NZA 2020, 1091 Rn. 139; MüHdb-ArbR/Spelge, § 121 Rn. 132.

54 APS/Moll, KSchG § 17 Rn. 125 a.

55 GA *Tizzano* v. 30.9.2004, ECLI:EU:C:2004:571 = ZIP 2004, 2019 Rn. 61 – Junk.

56 BAG v. 14.5.2020 – 6 AZR 235/19, NZA 2020, 1091 Rn. 138.

57 Vgl. zu den Anforderungen hinsichtlich der Darlegung des Beratungsstands BAG v. 14.5.2020 – 6 AZR 235/19, NZA 2020, 1091 Rn. 135 ff.

58 Vgl. Begr. zum GE der BReg, BT-Drs. 8/1041, 5; Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, BT-Drs. 8/1546, 7.

59 DDZ/Callsen, KSchG § 17 Rn. 56; KR/Weigand, 12. Aufl. 2019, KSchG § 17 Rn. 134 ff.

60 BAG v. 6.10.1960 – 2 AZR 47/59, BAGE 10, 61 = NJW 1961, 187 (188).

61 BAG v. 6.10.1960 – 2 AZR 47/59, BAGE 10, 61 = NJW 1961, 187 (188).

62 APS/Moll, KSchG § 17 Rn. 108.

63 APS/Moll, KSchG § 17 Rn. 108.

64 *Lingemann/Steinhauser*, NJW 2017, 2245 (2247).

65 LAG Düsseldorf v. 26.9.2013 – 5 Sa 530/13, BeckRS 2013, 74192.

66 BAG v. 14.5.2020 – 6 AZR 235/19, NZA 2020, 1091 Rn. 135; v. 21.3.2012 – 6 AZR 596/10, NZA 2012, 1058 Rn. 21 ff.

mit geringfügigen Abweichungen. Zeigt der Arbeitgeber mehr Entlassungen an, als er tatsächlich vornimmt, ist dies unschädlich, wenn dieser Fehler keine Auswirkungen auf die Tätigkeit der Agentur hat und die sachliche Prüfung nicht beeinflusst.<sup>67</sup> So hat zur Überzeugung des *LAG Baden-Württemberg* bei insgesamt über 50 Entlassungen die irrtümliche Angabe von acht Kündigungen, die tatsächlich nicht ausgesprochen werden konnten, keine Auswirkungen auf die Vorbereitung der Agentur.<sup>68</sup> Derselbe Grundsatz gilt – mit einer Besonderheit – für den Arbeitgeber, der weniger Entlassungen angibt, als tatsächlich vorgenommen. Unterlässt der Arbeitgeber beispielsweise die Anzeige der Kündigung von vier Arbeitnehmern, so führte dies nicht zur Unwirksamkeit aller Kündigungen. Vielmehr können sich nur diejenigen Arbeitnehmer auf die Unwirksamkeit berufen, die in der Anzeige nicht aufgeführt wurden. Hinsichtlich dieser kann die Agentur keine Vorbereitungsmaßnahmen treffen. Erforderlich ist also, dass der einzelne Fehler sich konkret auf die einzelne Kündigung auswirkt und ihre Unwirksamkeit begründet.<sup>69</sup> Eine Unwirksamkeitsfolge aller Kündigungen widerspräche dem Zweck des Anzeigeverfahrens und dieser könne es nicht rechtfertigen, alle sachgemäß beurteilten Kündigungen für unwirksam zu erklären.<sup>70</sup> Dafür sprechen auch Praktikabilitäts- und Schutzwürdigkeitsaspekte. Es wäre dem Arbeitgeber – auch wirtschaftlich – nicht zuzumuten, wenn aufgrund einer marginalen Abweichung eine Vielzahl von Kündigungen unwirksam wären.

Hinsichtlich irrtümlicher Angaben der im Betrieb in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer gelten ähnliche Maßstäbe. Zwar kann grundsätzlich eine falsche Angabe die Vermittlungsbemühungen der Agentur erschweren, freilich führt auch dies nicht zu einer pauschalen Unwirksamkeit der Anzeige.<sup>71</sup> Es ist vielmehr zu prüfen, ob eine erhebliche Abweichung vorliegt, die im konkreten Einzelfall tatsächlich die sachliche Prüfung obstruiert.<sup>72</sup> So hat das *LAG Düsseldorf* zutreffend eine Diskrepanz von 17 Arbeitnehmern zwischen angegebener und tatsächlicher Anzahl der in der Regel Beschäftigten – bei insgesamt über 1.300 im Betrieb Beschäftigten – für unerheblich bewertet. Eine solche Abweichung konnte keine Auswirkungen auf die sachliche Prüfung der Agentur haben.<sup>73</sup> In einem anderen Fall entschied das *LAG Rheinland-Pfalz*, dass bereits eine Abweichung von zwei Beschäftigten die Unwirksamkeit der Anzeige zur Folge haben kann. Auch dem ist zuzustimmen, denn der Arbeitgeber

gab lediglich 20 anstatt der tatsächlich 22 Beschäftigten an, so dass die Agentur davon ausging, dass keine Massentlassung vorliege.<sup>74</sup> Somit handelte es sich trotz der marginalen Abweichung um eine erhebliche Beeinflussung der sachlichen Prüfung. Es wird deutlich, dass damit unabhängig von einer bestimmten Anzahl stets zu prüfen ist, inwiefern die Arbeit der Agentur durch die fehlerhafte Anzeige beeinflusst wird, wobei geringfügige Diskrepanzen eine Beeinflussung zwar unwahrscheinlicher machen dürften, diese aber dennoch nicht gänzlich ausschließen.

## V. Fazit

Das Massentlassungsverfahren birgt trotz zunehmender Konkretisierung durch die Rechtsprechung weiterhin Unsicherheiten. Gerade deswegen sollte ein sachgerechter Ausgleich zwischen den Verantwortungssphären des Arbeitgebers und der Agentur für Arbeit angestrebt werden. Die unzuständige Agentur für Arbeit muss den Antrag im Rahmen des ordnungsgemäßen Verwaltungsverfahrens an die zuständige Behörde weiterleiten und gegebenenfalls Nachfragen stellen. Darüber hinaus führen Fehler im Anzeigeverfahren nicht per se zur Unwirksamkeit der Anzeige und der darauffolgenden Kündigungen. Es ist stets unter Heranziehung teleologischer Erwägungen auszuloten, ob ein einzelner Fehler zur Unwirksamkeit der Anzeige insgesamt führt. Dies ist anzunehmen, wenn der Fehler die Agentur für Arbeit in der sachlichen Prüfung erheblich beeinflusst. Auf diese Weise werden, ohne den Zweck des Anzeigeverfahrens zu konterkarieren, handhabbare Anforderungen geschaffen. ■

67 *LAG Baden-Württemberg* v. 16.9.2010 – 9 Sa 33/10, BeckRS 2011, 66064; KR/Weigand, KSchG § 17 Rn. 131; vgl. BAG v. 28.6.2012 – 6 AZR 780/10, BAGE 142, 202 = NZA 2012, 1029 Rn. 50.

68 *LAG Baden-Württemberg* v. 16.9.2010 – 9 Sa 33/10, BeckRS 2011, 66064.

69 LKB/Bayreuther, KSchG, 16. Aufl. 2019, § 17 Rn. 136.

70 BAG v. 28.6.2012 – 6 AZR 780/10, BAGE 142, 202 = NZA 2012, 1029 Rn. 50.

71 BAG v. 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 Rn. 109.

72 BAG lässt es offen, ob bei unerheblichen Abweichungen eine sachliche Beeinflussung vorliegen könne, BAG v. 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 Rn. 109.

73 *LAG Düsseldorf* v. 5.12.2018 – 12 Sa 401/18, BeckRS 2018, 38377; v. 17.10.2018 – 1 Sa 337/18, BeckRS 2018, 32831.

74 *LAG Rheinland-Pfalz* v. 26.8.2011 – 7 Sa 672/10, BeckRS 2011, 78098.

## Rechtsprechung

### Arbeitsvertragsrecht

#### Bewilligung von Sonntagsarbeit zur Verhütung eines unverhältnismäßigen Schadens

ArbZG § 13 III Nr. 2 Buchst. a, b; VwGO §§ 42 II, 113 I 4

**Besondere Verhältnisse nach § 13 III Nr. 2 Buchst. b ArbZG sind vorübergehende Sondersituationen, die eine außerbetriebliche Ursache haben. Sie dürfen nicht vom Arbeitgeber selbst geschaffen sein.**

*BVerwG, Urt. v. 27.1.2021 – 8 C 3/20 (OVG Münster v. 11.12.2019 – 4 A 738/18)*

**Zum Sachverhalt:** Die Beigel. ist die Tochtergesellschaft eines Online-Versandhändlers. Sie ist mit der Ausführung der auf dessen Webseite eingehenden Bestellungen betraut. Im November 2015 beantragte sie bei dem Bkl. eine Bewilligung zur Beschäftigung von jeweils 800 Arbeitnehmern an zwei Adventssonntagen am 13. und 20.12.2015 nach § 13 III Nr. 2 Buchst. b ArbZG. Im Zeitraum 1. bis 24.12.2015 sei mit einem gegenüber dem regulären Betrieb deutlich erhöhten Bestelleingang zu rechnen, der durch die Einstellung zusätzlicher Arbeitskräfte, die Erhöhung der Schichtarbeitszeit und eine Verlagerung der Abwicklung der Bestellungen auf andere Tochterunternehmen nicht vollständig aufgefangen werden könne. Ohne die beantragte Sonntagsarbeit werde die Zahl der unbearbeiteten Bestellungen bis Weihnachten 2015 voraussichtlich auf 500.000 anwachsen. Dem Unternehmen drohe dadurch ein unverhältnismäßig hoher wirtschaftlicher Schaden. Kunden würden sich abwenden. Entschädigungen wegen nicht eingehaltener Lieferzusagen müssten geleistet werden. Außerdem müssten Schadensersatzansprüche von Lieferanten und

Dritten befriedigt werden, wenn Waren wegen voller Lager nicht abgenommen werden könnten. Der Bkl. erteilte die Bewilligung am 9.12.2015.

Die Kl. – eine Gewerkschaft für Dienstleistungsberufe – hat vor dem VG (BeckRS 2018, 1407) die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Bewilligung erstritten. Das OVG (BeckRS 2019, 34572) hat die Berufungen des Bkl. und der Beigel. zurückgewiesen. Die Revisionen von Bkl. und Beigel. blieben ohne Erfolg.

**Aus den Gründen:** [9] (...) Das Berufungsurteil verletzt kein Bundesrecht (§ 137 I VwGO).

[10] 1. Die Klage ist zum insoweit maßgeblichen Zeitpunkt des Schlusses der letzten Revisionsverhandlung (stRspr, vgl. *BVerwG* v. 9.6.1981 – 2 C 16/80, Buchholz 237.1 Art. 9 BayLBG Nr. 5 S. 10 = BeckRS 1981, 31247648; v. 30.4.1999 – 1 B 36/99, Buchholz 310 § 113 I VwGO Nr. 6 S. 12 f. = BeckRS 1999, 31353198) als Fortsetzungsfeststellungsklage statthaft und auch im Übrigen zulässig.

[11] a) Der Kl. steht das erforderliche Fortsetzungsfeststellungsinteresse – soweit die Klage sich nach Klageerhebung erledigt hat – bzw. Feststellungsinteresse – soweit die Klage sich vor Klageerhebung erledigt hat (vgl. *BVerwG* v. 14.7.1999 – 6 C 7/98, *BVerwGE* 109, 203 [208 f.] = NVwZ 2000, 63) – zur Seite. Es ist schon deswegen anzunehmen, weil Bewilligungen von Sonntagsarbeit zur Verhütung eines unverhältnismäßigen Schadens sich entsprechend der für ihre Beantragung aufgeführten Bedarfslagen typischerweise so kurzfristig erledigen, dass sie ohne die Annahme eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses regelmäßig keiner Überprüfung zugeführt werden können (vgl. *BVerwG* v. 16.5.2013 – 8 C 14/12, *BVerwGE* 146, 303 = NVwZ 2013, 1481 Rn. 32).

[12] b) Die Kl. war – soweit die Klage sich nach Klageerhebung erledigt hat – gem. § 42 II VwGO (*BVerwG* v. 27.3.1998 – 4 C 14/96, *BVerwGE* 106, 295 [296 f.] = NVwZ 1998, 1295) im Zeitpunkt der Erledigung und – soweit die Klage sich vor Klageerhebung erledigt hat – in entsprechender Anwendung von § 42 II VwGO (*BVerwG* v. 14.7.1999 – 6 C 7/98, *BVerwGE* 109, 203 = NVwZ 2000, 63; v. 30.7.1990 – 7 B 71/90, NVwZ 1991, 470 = Buchholz 310 § 43 VwGO Nr. 109 S. 24) bei Schluss der mündlichen Verhandlung in der Revisionsinstanz klagebefugt.

[13] Eine Klagebefugnis ist anzunehmen, wenn subjektive Rechte oder zumindest anderweitig geschützte rechtliche Interessen des Kl. verletzt sein können. Diese Möglichkeit ist nur dann auszuschließen, wenn offensichtlich und nach keiner Betrachtungsweise subjektive Rechte des Kl. verletzt sein können (stRspr, zB *BVerwG* v. 12.12.2018 – 10 C 10/17, *BVerwGE* 164, 53 = NVwZ-RR 2019, 508 = Buchholz 428.2 § 1 VZOG Nr. 8 Rn. 17). Nach diesem Maßstab ist von der Möglichkeit einer Verletzung der Kl. in eigenen Rechten durch die angegriffene Bewilligung auszugehen.

[14] aa) § 13 III Nr. 2 Buchst. b ArbZG dient auch dem Schutz der Interessen der Gewerkschaften. Die Vorschrift konkretisiert mit den Voraussetzungen, unter denen Arbeitnehmer an Sonn- und Feiertagen ausnahmsweise beschäftigt werden dürfen, auf der Ebene des einfachen Rechts den verfassungsrechtlichen Schutzauftrag, der sich für den Gesetzgeber aus Art. 140 GG iVm Art. 139 WRV ergibt (vgl. BT-Drs. 12/5888, 23). Der Gesetzgeber ist danach zur Stärkung derjenigen Grundrechte verpflichtet, die in besonderem Maße auf Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung angewiesen sind (*BVerfG* v. 1.12.2009 – 1 BvR

2857, 2858/07, *BVerfGE* 125, 39 [84] = NVwZ 2010, 570). Dazu zählen neben der Religionsfreiheit die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 I GG) und die Koalitionsfreiheit (Art. 9 III GG). Die Gewährleistung rhythmisch wiederkehrender Tage der Arbeitsruhe soll deren effektive Wahrnehmung ermöglichen (vgl. *BVerfG* v. 1.12.2009 – 1 BvR 2857/07 u. 2858/07, *BVerfGE* 125, 39 [82] = NVwZ 2010, 570). Sie erleichtert dem Einzelnen, sich in einem Verein oder einer Koalition zu gemeinsamem Tun zusammenzufinden. Spiegelbildlich wird zugleich die Möglichkeit der Vereinigung selbst gefördert und erleichtert, ihren Zweck zu verwirklichen, der gerade in der Organisation von gemeinschaftlich wahrzunehmenden Interessen besteht (*BVerwG* v. 26.11.2014 – 6 CN 1/13, *BVerwGE* 150, 327 = NVwZ 2015, 590 Rn. 16). Die Vereinigung kann insoweit nicht nur verlangen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Durchbrechung des Sonntagschutzes den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen, sondern auch, dass die Anwendung von Vorschriften, die zu Eingriffen in den Sonntagschutz ermächtigen, in jedem Einzelfall mit den Bestimmungen der Verfassung vereinbar ist (vgl. *BVerfG* v. 1.12.2009 – 1 BvR 2857, 2858/07, *BVerfGE* 125, 39 [84, 98 f.] = NVwZ 2010, 570; *BVerwG* v. 12.12.2018 – 8 CN 1/17, *BVerwGE* 164, 64 = NVwZ 2019, 964 Rn. 19).

[15] bb) Eine Verletzung von § 13 III Nr. 2 Buchst. b ArbZG durch die angegriffene Bewilligung ist nach dem Vortrag der Kl. möglich. Hierfür ist notwendig aber auch hinreichend, dass die Vereinigung oder die Gewerkschaft durch den angegriffenen Hoheitsakt in ihrem Tätigkeitsbereich betroffen ist (vgl. *BVerwG* v. 26.11.2014 – 6 CN 1/13, *BVerwGE* 150, 327 = NVwZ 2015, 590 Rn. 17). Solches ist hier anzunehmen. Die angegriffene Bewilligung greift in den Schutz der Sonntagsruhe im Dienstleistungsbereich ein, in dem die Kl. tätig ist. Dies kann dazu führen, dass ihre Mitglieder an diesem Tag an der Teilnahme an Veranstaltungen der Kl. gehindert sind. Betroffen ist auch die Möglichkeit der Kl., Mitglieder unter den von der Sonntagsöffnung betroffenen Arbeitnehmern zu werben.

[16] Damit werden Gewerkschaften nicht ungerechtfertigt gegenüber Arbeitnehmern privilegiert. Sie können eine mögliche Verletzung der sie schützenden Vereinigungsfreiheit und damit das Recht geltend machen, in ihrem Aufgabenbereich frei von staatlicher Beeinträchtigung tätig zu sein, während der Anspruch von Arbeitnehmern auf Sonn- und Feiertagsruhe nur verletzt sein kann, wenn sie von einer zugelassenen Sonntagsarbeit individuell betroffen sind.

[17] Entgegen der Ansicht der Beigel. muss die Kl. auch nicht die Möglichkeit einer mehr als geringfügigen Beeinträchtigung ihrer Interessen darlegen. Aus der Entscheidung des *Senats* vom 11.11.2015 – 8 CN 2/14 (*BVerwGE* 153, 183 = NVwZ 2016, 689 Rn. 18) folgt nichts anderes. Sie hatte die Zulässigkeit eines Antrags nach § 47 VwGO zu beurteilen. Der *Senat* hat das Erfordernis einer mehr als nur geringfügigen Beeinträchtigung der Interessen der dortigen Ast. aus § 47 II VwGO abgeleitet. Im vorliegenden Fall beurteilt sich der für die Zulässigkeit der Klage erforderliche subjektivrechtliche Bezug des Kl. zum streitigen Sachverhalt dagegen nach § 42 II VwGO. Die Vorschrift lässt die Möglichkeit jeder noch so geringfügigen Rechtsbeeinträchtigung des Kl. für die Zulässigkeit der Klage genügen.

[18] Entgegen der Auffassung der Beigel. führt die Annahme einer Klagebefugnis von Gewerkschaften nicht zur Un-



durchführbarkeit von Verwaltungsverfahren über die Bewilligung von Sonntagsarbeit. Dritte, deren rechtliche Interessen durch den Ausgang des Verwaltungsverfahrens berührt werden können, kann die Behörde gem. § 13 II 1 VwVfG NRW von Amts wegen oder auf Antrag zum Verfahren hinzuziehen. Hat der Ausgang des Verfahrens rechtsgestaltende Wirkung für einen Dritten, so ist dieser nach S. 2 der Vorschrift von der Einleitung des Verfahrens zu benachrichtigen, wenn er der Behörde bekannt ist und im Übrigen auf seinen Antrag hin zum Verfahren hinzuzuziehen. Allein die Unkenntnis der Behörde einer von der beantragten Bewilligung von Sonntagsarbeit betroffenen Gewerkschaft führt nicht zur formellen Rechtswidrigkeit ihrer Entscheidung.

[19] 2. Die von der Beigel. erhobene Aufklärungsrüge (§ 86 I VwGO) bleibt unsubstanziert. Sie benennt mit dem Vorwurf, das BerGer. habe es unterlassen aufzuklären, wann genau das Same-Day-Delivery-Versprechen eingeführt oder geändert wurde, welche Auswirkungen dies auf das Bestellvolumen vor Weihnachten gehabt habe und ob den Kunden in der Vorweihnachtszeit 2015 empfohlen worden sei, frühzeitiger als gewohnt zu bestellen, lediglich die aus ihrer Sicht noch klärungsbedürftigen Tatsachen, ohne zugleich anzugeben, mit welchen konkreten Aufklärungsmaßnahmen sie hätten ermittelt werden können und was sich dabei ergeben hätte. Ebenso wenig legt sie dar, dass bereits im Verfahren vor dem Tatsachengericht, insbesondere in der mündlichen Verhandlung, auf die Vornahme der Sachverhaltsaufklärung, deren Unterbleiben nunmehr gerügt wird, hingewirkt worden ist oder aufgrund welcher Anhaltspunkte sich dem Gericht die bezeichneten Ermittlungen auf der Grundlage seiner materiellrechtlichen Auffassung auch ohne ein solches Hinwirken hätten aufdrängen müssen (stRSpr, vgl. etwa *BVerwG v. 26.9.2016 – 5 B 1/16 D*, BeckRS 2016, 53768 Rn. 9 mwN).

[20] 3. Das BerGer. ist im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass die von der Beigel. beantragte Bewilligung zur Beschäftigung von jeweils 800 Arbeitnehmern am 13. und 20.12.2015 nicht nach § 13 III Nr. 2 Buchst. b ArbZG erteilt werden durfte. Nach dieser Vorschrift kann die zuständige Behörde an bis zu fünf Sonn- und Feiertagen die Beschäftigung von Arbeitnehmern bewilligen, wenn besondere Verhältnisse zur Verhütung eines unverhältnismäßigen Schadens dies erfordern. Eine Bewilligung von Sonn- und Feiertagsarbeit setzt danach voraus, dass zwischen den besonderen Verhältnissen und dem drohenden unverhältnismäßigen Schaden ein ursächlicher Zusammenhang besteht und die beantragte Sonn- und Feiertagsarbeit erforderlich ist, um den drohenden Schaden abzuwenden.

[21] Diese Voraussetzungen lagen hier im für die rechtliche Beurteilung maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung des Bkl. über den Antrag (vgl. *BVerwG v. 3.3.1987 – 1 C 15/85*, *BVerwGE 77, 70* [73] = *NVwZ 1987, 494*; *Riese in Schoch/Schneider*, Verwaltungsrecht VwGO, Stand: Juli 2020, § 113 Rn. 152) nicht vor. Insoweit kann dahinstehen, ob der von der Beigel. behauptete Schaden gedroht hat und als unverhältnismäßig anzusehen gewesen wäre. Denn er wurde nach den nicht mit durchgreifenden Verfahrensrügen erschütterten tatbestandlichen Feststellungen des BerGer. jedenfalls nicht durch besondere Verhältnisse iSv § 13 III Nr. 2 Buchst. b ArbZG verursacht.

[22] a) Besondere Verhältnisse sind vorübergehende Sondersituationen, die eine außerbetriebliche Ursache haben. Sie dürfen nicht vom Arbeitgeber selbst geschaffen sein. Der

Wortlaut der Vorschrift ließe zwar auch eine Erstreckung dieses Tatbestandsmerkmals auf Sondersituationen mit einer innerbetrieblichen Ursache zu (so Teile der Literatur, vgl. *Schliemann*, ArbZG, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 50; *Biebl in Neumann/Biebl*, ArbZG, 16. Aufl. 2012, § 13 Rn. 16; *Schaumberg in Hahn/Pfeiffer/Schubert*, Arbeitszeitrecht, 2. Aufl. 2018, § 13 Rn. 24). Ihre Systematik und die Entstehungsgeschichte des Arbeitszeitgesetzes gebieten aber seine Beschränkung auf Sondersituationen, die eine außerbetriebliche Ursache haben.

[23] Die Erteilung einer Bewilligung von Sonntagsarbeit nach § 13 III Nr. 2 Buchst. b ArbZG ist mit dem Vorliegen besonderer Verhältnisse an dieselbe Voraussetzung geknüpft wie diejenige nach § 13 III Nr. 2 Buchst. a ArbZG. Besondere Verhältnisse müssen nach der zu dessen gleichlautender Vorgängervorschrift des § 105 b II 2 GewO ergangenen Rechtsprechung durch Umstände verursacht sein, die von außen auf das betreffende Unternehmen einwirken. Sie dürfen also weder von dem Unternehmen, das eine Bewilligung von Sonntagsarbeit beantragt geschaffen sein (zB Arbeitsorganisation) noch in unternehmensbezogenen Sondersituationen (zB Umsatzschwäche) bestehen (vgl. *BVerwG v. 29.4.1983 – 1 C 140/80*, NJW 1984, 1318 = *Buchholz 451.20 §§ 105 a–i GewO Nr. 5 S. 9 f.*; *VGH Mannheim v. 23.3.1977 – VI 1498/76*, GewArch 1978, 24).

[24] Für dieses Verständnis spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 13 III Nr. 2 Buchst. b ArbZG. Die Vorschrift wurde durch Art. 1 des Gesetzes zur Vereinheitlichung und Flexibilisierung des Arbeitszeitrechts vom 6.6.1994 (BGBl. 1994 I 1170) mit Wirkung zum 1.7.1994 geschaffen. Der Gesetzentwurf sah ursprünglich die Übernahme der Vorgängerregelung des § 105 f GewO vor (BT-Drs. 12/5888, 30), welche die Erteilung einer Bewilligung von Sonntagsarbeit wegen eines drohenden unverhältnismäßigen Schadens an das Vorliegen eines nicht vorhersehbaren Bedürfnisses knüpfte. Während des Gesetzgebungsverfahrens wurde der Begriff des nicht vorhersehbaren Bedürfnisses durch denjenigen der besonderen Verhältnisse und damit ein im Arbeitszeitrecht bereits verwendetes Tatbestandsmerkmal ersetzt (BT-Drs. 12/6990, 16, 44). Der im Gesetzgebungsverfahren geäußerte Wille des Gesetzgebers, die jeweiligen Vorgängerregelungen im Übrigen unverändert zu übernehmen (vgl. BT-Drs. 12/5888, 30; BT-Drs. 12/6990, 16), lässt nur den Schluss zu, dass der Gesetzgeber eine gleichlautende Interpretation des Tatbestandsmerkmals der besonderen Verhältnisse in § 13 III Nr. 2 Buchst. a und b ArbZG angestrebt hat.

[25] b) Der Bedarf für die von der Beigel. beantragte Sonntagsarbeit war nicht auf außerbetriebliche Umstände zurückzuführen. Nach den tatsächlichen Feststellungen des BerGer., die der Bkl. und die Beigel. nicht mit durchgreifenden Verfahrensrügen angegriffen haben, wurden die Lieferengpässe maßgeblich durch die kurz vor dem Weihnachtsgeschäft 2015 eingeführte Zusage kostenloser Lieferung am Tag der Bestellung verstärkt. Dass bereits der saisonbedingt erhöhte Auftragseingang für sich genommen den von der Beigel. geltend gemachten drohenden Schaden verursacht hat, hat das BerGer. nicht festgestellt. Deshalb war nicht zu entscheiden, ob schon ein saisonbedingt erhöhter Auftragseingang eine Sondersituation darstellt, die die Bewilligung von Sonntagsarbeit rechtfertigen kann.

**Anm. d. Schriftltg.:** Zur Klage von Gewerkschaft und Kirche gegen Ladenöffnung am Sonntag vgl. *VGH Kassel v. 15.5.2014 – 8 A 2205/13*, NZA-RR 2014, 664. ■



## Entgeltzahlungspflicht trotz pandemiebedingter Geschäftsschließung

BGB §§ 611, 615 S. 1 u. 3

Wird eine Verkaufsstelle des Fachhandels durch behördliche Anordnung infolge der COVID 19-Pandemie für den Kundenverkehr geschlossen, so erhält eine geringfügig beschäftigte Arbeitnehmerin ihren Vergütungsanspruch gem. § 615 S. 1 und 3 BGB.

LAG Niedersachsen, Urt. v. 23.3.2021 – 11 Sa 1062/20 (ArbG Verden, Urt. v. 29.9.2020 – 1 Ca 391/20) (nicht rechtskräftig)

**Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten um die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Entgeltzahlung für den Monat April 2020, während dessen die Filiale, in der die Kl. tätig ist, aufgrund behördlicher Anordnung wegen der Corona-Pandemie geschlossen war.

Das ArbG (BeckRS 2020, 46027) hat der Klage stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Bekl. schulde der Kl. die Zahlung des im Rahmen des Minijobs vereinbarten Monatslohns von 2.000 Euro netto gem. §§ 611, 615 S. 3 BGB. Durch die behördlich angeordnete Schließung der Zweigfiliale habe sich das Betriebsrisiko zulasten der Bekl. realisiert. Wann den Arbeitgeber das Betriebsrisiko treffe, regle § 615 S. 3 BGB nicht. Das BAG vertrete in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass grundsätzlich und in erster Linie den Arbeitgeber das volle Betriebsrisiko treffe, da er den Betrieb und die betriebliche Gestaltung organisiere, die Verantwortung trage und die Erträge beziehe. Ob die Betriebsstörung auf ein Versagen sachlicher oder persönlicher Mittel des Betriebs oder auf sonstigen Einwirkungen auf das Unternehmen, etwa Naturkatastrophen, extreme Witterungsverhältnisse usw. beruhe, sei nach der Rechtsprechung des BAG unerheblich. Anders könne es liegen, wenn – etwa aufgrund von Naturereignissen – auch der Arbeitnehmer am Erscheinen gehindert sei, da sich dann das von ihm zu tragende Wegerisiko realisiere. Das sei vorstehend jedoch nicht der Fall. Die vom BAG aufgestellten Grundsätze seien auch auf den Fall der Corona-Pandemie und die daraus resultierende behördliche Anordnung der temporären Schließung von Ladengeschäften anwendbar. Dabei komme es auch nicht darauf an, ob das Risiko der Betriebsschließung in der besonderen Eigenart des jeweiligen Betriebs angelegt sei oder ob etwa die generelle Schließung sämtlicher Betriebe angeordnet wird. Zwar habe das BAG in früheren Jahrzehnten teilweise die Auffassung vertreten, dass der Arbeitnehmer das Betriebsrisiko ausnahmsweise mittragen müsse, falls die Entgeltfortzahlung die Existenz des Betriebs gefährde. Die Bekl. habe aber nicht behauptet, dass mit der Lohnzahlung an die Kl. iHv 2.000 Euro eine Existenzgefährdung der Bekl. verbunden sei. Die Bekl. habe offenbar für die nicht geringfügig beschäftigten Arbeitnehmer Kurzarbeit wirksam angeordnet.

Gegen dieses Urteil hat die Bekl. Berufung eingelegt. Die Berufung hatte keinen Erfolg.

**Aus den Gründen:** [14] (...) Das ArbG hat zutreffend entschieden.

[15] Die Kl. kann Zahlung des vereinbarten Entgeltes für den Monat April 2020 wegen Annahmeverzugs gem. § 615 S. 1 und S. 3 BGB verlangen. Das ArbG hat zutreffend angenommen, dass S. 3 selbst nicht die Frage regelt, wann der Arbeitgeber das Betriebsrisiko trägt (etwa MüKoBGB/Henssler, 8. Aufl., § 615 Rn. 90). Die vorliegende Sachverhaltskonstellation macht erneut deutlich, dass die vom Gesetzgeber verwendete Terminologie des Annahmeverzugs in § 615 BGB in der Abgrenzung zum Recht der Unmöglichkeit problematisch ist. Ist die Erbringung der Arbeitsleistung kalendarisch festgelegt, wie hier der Fall, ist die Leistung nicht mehr nachholbar bzw. eine nachgeholte Leistung wäre eine andere. Es wäre daher eher von der Annahmehemöglichkeit zu sprechen (vgl. Staudinger/Richardi, BGB, Neubearb. 2019, § 615 Rn. 19 ff., 43 f.; MüKoBGB/Henssler, § 615 Rn. 8).

[16] Wenn der Arbeitgeber den Betrieb schließt, ist ein weiteres tatsächliches Angebot der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer entbehrlich (§ 296 BGB).

[17] Scheitert der Leistungsvollzug am fehlenden Arbeitssubstrat (Begriff bereits in RAG v. 20.6.1928, ARS 3, 116) – hier wegen Schließung des Geschäfts für Kunden –, trägt der Dienstberechtigte das Betriebsrisiko (vgl. Staudinger/Richardi, BGB, § 615 Rn. 200). § 615 BGB ist danach eine spezielle Gefahrtragsregel (etwa HWK/Krause, ArbR, 9. Aufl., § 615 Rn. 9). Sie gilt unabhängig davon, ob der Arbeitgeber nicht willens oder nicht fähig ist, die Leistung anzunehmen (MüKoBGB/Henssler, BGB § 615 Rn. 8). Sie verdrängt auch den Anwendungsbereich des § 326 II 1 Alt. 1 BGB (HWK/Krause, BGB § 615 Rn. 11). § 615 S. 3 BGB betrifft damit alle Fälle, in denen der Arbeitgeber, sei es aus tatsächlichen, sei es aus rechtlichen Gründen notwendige Arbeitsmittel nicht zur Verfügung stellen kann (MüKoBGB/Henssler, BGB § 615 Rn. 96).

[18] Die Frage der Eigenart des Betriebs kann hier dahinstehen. Im Übrigen war laut Allgemeinverfügung der Freien Hansestadt Bremen nur die Öffnung von Einzelhandelsgeschäften für den Publikumsverkehr verboten. Damit wäre es durchaus möglich gewesen, die Kl. mit den ohnehin nur wenigen Stunden mit anderen zumutbaren Aufgaben im Geschäft zu beschäftigen – Näheres über den vertraglichen Aufgabenbereich ist nicht vorgetragen. Diese Situation kommt dem allgemeinen Wirtschaftsrisiko nahe, das der Arbeitgeber trägt.

[19] Zwar ist richtig, dass in der Entwicklung der Rechtsprechung zum Betriebsrisiko verschiedene Fallgruppen zu unterscheiden sind. Eine Sonderrolle spielt dabei die Fallgruppe von arbeitskampfbedingten Störungen (etwa Schaub, ArbR-Hdb, 18. Aufl., § 194 Rn. 20 ff.; Staudinger/Richardi, BGB, § 615 Rn. 210). Gesundheitspolizeilich angeordnete Betriebsschließungen betreffen üblicherweise nur einen einzelnen Betrieb und haben auch regelmäßig dort eine konkrete Ursache. Bei witterungsbedingten Betriebsstörungen, etwa bei Zusammenbruch des Straßenverkehrs, kann auch den Arbeitnehmer das Wegerisiko treffen, wie das ArbG zutreffend angeführt hat. Die während der Corona-Pandemie eingetretene Situation, dass behördliche Schließungen einerseits großflächig, nämlich landes- und bundesweit angeordnet und andererseits auch für längere Zeiträume aufrechterhalten worden sind, ist soweit ersichtlich bisher in der Rechtsprechung nicht behandelt. Dass eine Vielzahl von Unternehmen und damit eine Vielzahl von Arbeitgebern betroffen sind, ändert aber auf der Ebene der arbeitsvertraglichen Risikozuweisung nichts Entscheidendes. Etwa die Rechtsprechung zu den Fällen witterungsbedingter Störungen (Eisgang: bereits RAG, ARS 5, 110; Frost: RAG, ARS 10, 150, Winterwetter: BAG v. 17.11.98 – 9 AZR 507/97, AP TVG § 1 Nr. 6 = BeckRS 1998, 30033868 Tarifverträge: Betonsteingewerbe) zeigt, dass es auf ein „Vertretenmüssen“ des Arbeitgebers gerade nicht ankommt.

[20] Soweit sich die Bekl. auf eine Entscheidung des LG Paderborn vom 25.9.2020 bezieht, ist diese nicht einschlägig. Dort ging es um die Anwendung einer Vertragsklausel und den Begriff der höheren Gewalt. Wie oben dargelegt, sind etwa Witterungseinflüsse, die in anderem Zusammenhang durchaus höhere Gewalt darstellen können, im Rahmen des § 615 BGB häufig dem Betriebsrisiko des Arbeitgebers zuzuordnen.

[21] Die vom ArbG angesprochene ältere Rechtsprechung (etwa BAG v. 28.9.72 – 2 AZR 506/71, BAGE 24, 446 = NJW 1973, 342) zu einer Anspruchsbegrenzung bei einer drohenden Bestandsgefährdung des Betriebs ist rechtlich problematisch (vgl. Staudinger/Richardi, BGB § 615

Rn. 230; MüKoBGB/Henssler, BGB § 615 Rn. 105; HWK/Krause, BGB § 615 Rn. 87). Das ArbG hat ferner zutreffend darauf hingewiesen, dass die Bekl. eine Bestandsgefährdung auch nicht geltend macht.

[22] Im Übrigen realisiert sich in dem wirtschaftlichen Risiko, die Arbeitskraft der Kl. nicht verwerten zu können, zugleich eine Konsequenz der Vertragsgestaltung durch die Bekl. Bei sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnissen kann eine derartige Situation durch die Anordnung von Kurzarbeit unter Inanspruchnahme von Leistungen der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung gemildert werden. Die wirksame Anordnung von Kurzarbeit schließt einen Annahmeverzug aus (BAG v. 22.4.09 – 5 AZR 310/08, NZA 2009, 913). Diese sozialversicherungsrechtliche Lösung ist bei geringfügig Beschäftigten infolge fehlender Beitragspflicht in der Arbeitslosenversicherung nicht gegeben. Das Betriebsrisiko spiegelt insoweit den betriebswirtschaftlichen Vorteil, den das Unternehmen durch den Einsatz von geringfügig Beschäftigten Arbeitnehmern erzielt.

**Anm. d. Schriftltg.:** Gegen die Entscheidung wurde Revision eingelegt unter dem Az. 5 AZR 211/21. – Mit Rechtsfragen der Entgeltfortzahlung in der Pandemie beschäftigen sich Preis/Schmid, NZA 2020, 1137 und Hohenstatt/Krois, NZA 2020, 413. Zu Lohnansprüchen und unternehmerischem Risiko in Zeiten der Pandemie s. Benkert, NJW-Spezial 2020, 306. ■

### Annahmeverzugslohnansprüche aufgrund pandemiebedingter Betriebsschließung

BGB §§ 615 S. 3, 269

**Durch die aufgrund des Infektionsschutzgesetzes mittels „Corona-Verordnung“ angeordnete Schließung eines Tanzclubs (hier mit einer Tanzfläche von nur 20 m<sup>2</sup> und einem Gastraum von nur 48 m<sup>2</sup>) realisiert sich gerade das aufgrund dieses Geschäftsmodells bestehende besondere Infektionsrisiko – und damit das Betriebsrisiko im Sinne des § 615 S. 3 BGB –, denn Sinn und Zweck der Schließungsanordnung besteht in der Verhinderung sozialer Kontakte in Betrieben mit möglichst engem Kundenkontakt.**

*ArbG Mannheim, Urt. v. 25.3.2021 – 8 Ca 409/20*

**Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten um den Bestand ihres Arbeitsverhältnisses und diverse Ansprüche hieraus, insbesondere um Annahmeverzugslohnansprüche aufgrund pandemiebedingter Schließung des Betriebs.

Der Kl. war im Rahmen einer geringfügigen Nebenbeschäftigung bei der Bekl., die ein Tanzlokal betreibt, als Barkeeper zu einem Stundenlohn von 10 Euro ab September 2009 angestellt. Am 13.3.2020, unmittelbar vor Ausbruch der Corona-Pandemie, hatte der Kl. zum letzten Mal bei der Bekl. seine Arbeitsleistung erbracht. Seitdem ist der Betrieb der Bekl. geschlossen und hat der Kl. keine Entgeltzahlung mehr erhalten. Darüber hinaus war der Betrieb im August 2019 lediglich am ersten Augustwochenende geöffnet und blieb dann in den folgenden vier Wochen wegen Renovierungsarbeiten ebenfalls geschlossen. Der Betrieb der Bekl. hatte bis zur Schließung Mitte März 2020 regelmäßig nur an den Wochenenden freitags und samstags von jeweils 21:00 Uhr bis 3:00 Uhr geöffnet. Manchmal war der Club auch an Feiertagen von 21:00 Uhr bis 3:00 Uhr geöffnet. Der von der Bekl. betriebene Club verfügt über eine Tanzfläche von 20 m<sup>2</sup>, einen Gastraum von 48 m<sup>2</sup> sowie eine Bar. Beschäftigt waren regelmäßig neun Teilzeitkräfte auf Mini-Job-Basis und ein vollzeitangestellter Mitarbeiter, welcher als „Betriebsleiter“ bzw. „Geschäftsführer“ sowohl als kommunikatives Bindeglied zwischen den Gesellschaftern und den Angestellten sowie während der Öffnungszeiten als Türsteher fungierte. Die Beschäftigten einer Schicht erhielten am Schichtende 7 % der Einnahmen in bar – wie

im Übrigen auch die sonstige Vergütung – ausgekehrt. Am 27.4.2020 übersandte einer der Gesellschafter der Bekl. an den „Betriebsleiter“ eine PDF-Datei, in der die Abmeldungen sämtlicher Mitarbeiter der Bekl. von der Sozialversicherung enthalten waren.

Mit Schreiben vom 22.9.2020 hat die Bekl. die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit Wirkung zum 31.10.2020, hilfsweise zum nächst zulässigen Zeitpunkt, ausgesprochen.

Mit seiner Klage bzw. den Klageerweiterungen vom 18.12.2020 – 28.12.2020 sowie 18.3.2021 greift der Kl. die Kündigung vom 22.9.2020 an und begehrt Annahmeverzugslohn, Auskunft und Entschädigung nach der DS-GVO, Leistungen nach dem Manteltarifvertrag für das Hotel- und Gaststättengewerbe Baden-Württemberg, Erteilung von Arbeitspapieren sowie im Wege der Stufenklage Umsatzbeteiligung. Er trägt hierzu vor, er sei durchgehend seit September 2009 bei der Bekl. angestellt, lediglich im Jahr 2016 habe das Arbeitsverhältnis – ohne dass es beendet worden sei – für ca. zwölf Monate geruht. Aufgrund des für allgemein verbindlich erklärten Manteltarifvertrags für das Hotel- und Gaststättengewerbe Baden-Württemberg sei damit eine Kündigungsfrist von fünf Monaten zum Monatsende anwendbar. In den Zeiträumen Februar 2019 bis Juli 2019 sowie Januar und Februar 2020 habe er insgesamt an 26 Arbeitstagen 160 Stunden geleistet und damit 6,15 Stunden pro Schicht und insgesamt 1.600 Euro brutto an Stundenlohn verdient. Durchschnittlich habe er daher seine Arbeitsleistung an 0,5 Abenden pro Woche erbracht. Zusätzlich zu diesem Stundenlohn habe jeder in einer Schicht eingesetzte Barkeeper eine Beteiligung am Umsatz des jeweiligen Abends erhalten. Hierfür habe der am Abend für die Kasse zuständige Mitarbeiter einen Betrag iHv 7 % der an diesem Abend erwirtschafteten Gesamtumsätze entnommen und gleichmäßig auf die eingeteilten Barkeeper verteilt. Die eingesetzten Mitarbeiter, deren Stundenverdienst sowie Gesamtumsätze und Umsatzbeteiligung seien auf abendlichen Abrechnungsbelegen vermerkt worden. Die Umsatzbeteiligung sei dem Kl. durch die Gesellschafter der Bekl. zu Beginn des Arbeitsverhältnisses zugesagt und damit vertraglich vereinbart worden. Für August 2019 sowie die Zeit ab Mitte März 2020 stehe dem Kl. Annahmeverzugslohn zu, da die Bekl. mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug gewesen sei bzw. das Betriebsrisiko zu tragen habe. Nach dem letzten Arbeitseinsatz am 12./13.3.2020 seien bis einschließlich 31.12.2020 41 Wochen angefallen, an denen der Kl. 0,5 Schichten pro Woche gearbeitet hätte. Hinzu kämen vier Wochen der Schließung wegen Renovierungsarbeiten nach dem ersten Augustwochenende 2019. Der Kl. habe zudem nach dem Manteltarifvertrag für das Hotel- und Gaststättengewerbe in Baden-Württemberg Anspruch auf Urlaubsgeld iHv 11 Euro brutto pro Urlaubstag sowie Urlaubsabgeltung. Der Kl. habe während des Arbeitsverhältnisses kein Urlaubsgeld und keinen Urlaub erhalten. Ausgehend von einer 1-Tage-Woche stünden ihm für die Jahre 2017–2020 insgesamt 264 Euro brutto sowie für die Jahre 2018–2020 Urlaubsabgeltung iHv 1.107 Euro brutto zu, jeweils ausgehend von sechs Urlaubstagen pro Kalenderjahr. Daneben stehe ihm die Jahressondervergütung gem. § 15 MTV für die Jahre 2017–2019 zu. Da dem Kl. während des gesamten Arbeitsverhältnisses keine Lohnabrechnungen zur Verfügung gestellt worden seien, habe er Anspruch auf sämtliche Entgeltabrechnungen sowie die Erteilung eines Arbeitszeugnisses. Schließlich habe er einen Entschädigungsanspruch nach Art. 82 I DS-GVO, da die an den „Betriebsleiter“ übermittelte Meldebescheinigung personenbezogene Daten enthalten habe, die zudem dem Betreiber der Anwendung WhatsApp, nämlich dem Unternehmen Facebook Inc. zur Kenntnis gegeben worden seien. Der Auskunftsanspruch ergebe sich aus Art. 15 DS-GVO.

Die Bekl. beantragt, die Klage wird abgewiesen. Darüber hinaus hat die Bekl. für den Fall des Erfolgs der Zahlungsklage Widerklage erhoben und beantragt, der Kl. wird verurteilt, Auskunft darüber zu erteilen, ob er und gegebenenfalls in welcher Höhe er Einkünfte durch anderweitige Verwendung seiner Dienste im Zeitraum von Mitte März 2020 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses erworben hat.

Die Bekl. trägt vor, sie sei davon ausgegangen, dass das Arbeitsverhältnis im Februar 2014 beendet worden sei und der Kl. erst im Februar 2019 wieder angefangen habe tätig zu werden. Soweit der Kl. jedenfalls im Jahr 2016 nicht tätig geworden sei, könne dies als einvernehmliche, konkludente Aufhebung des Arbeitsverhältnisses zu sehen sein. Die Bekl. schulde für den Zeitraum ab Mitte März 2020 keinen Annahmeverzugslohn. Bei der Corona-Pandemie handele es sich keineswegs um ein gelegentlich vorkommendes Ereignis, sondern um eine Jahrhundertkatastrophe von einzigartigem Ausmaß und damit höhere Gewalt. Dieses Ereignis sprengt jede Form von Vorhersehbarkeit und stelle damit

kein Betriebsrisiko der Bekl. dar. Von den Betriebsschließungen seien nicht Betriebe betroffen, bei denen viele Menschen miteinander in Kontakt kämen, sondern solche, bei denen Menschen miteinander in Kontakt kämen und auf deren Öffnungen volkswirtschaftlich und aus Gründen der Notwendigkeit verzichtet werden könne. Berücksichtige man, dass laut Virologen das Hauptansteckungsrisiko im privaten Umfeld liege, könne man schwerlich behaupten, dass sich bei dem Betrieb der Bekl. ein besonderes Ansteckungsrisiko realisiere. Der Kl. erhalte – wie auch die anderen Barkeeper und Bedienungen – keine Umsatzbeteiligung. Vielmehr handele es sich um eine Abrechnung und Verteilung der Trinkgelder einer Schicht zwischen den Beschäftigten. Der Einfachheit halber und um eine gleichmäßige Verteilung der Trinkgelder zwischen den Beschäftigten zu erreichen, seien 7 % der Einnahmen einer Schicht der Kasse entnommen und zwischen den Bedienenden zu gleichen Anteilen verteilt worden. Dieses Vorgehen sei im Gastronomie- und Clubbetrieb üblich. Diese Trinkgelder seien auch in der klägerseits vorgelegten Anlage RK 3 als „Tipp“ (englisch für Trinkgeld) vermerkt worden. 7 % der Einnahmen entsprächen in etwa auch dem durchschnittlichen von Gästen gegebenen Trinkgeldanteil. Anderweitige Trinkgelder hätten die Mitarbeiter der Bekl. nicht bezogen. Lohnabrechnungen habe die Bekl. immer in die Kassenschublade im Betrieb eingelegt. Jedenfalls für die Zeiträume April 2019 bis März 2020 habe die Bekl. nunmehr im Prozess Entgeltabrechnungen erteilt. Sollte die Bekl. dazu verpflichtet sein, Lohn ab Mitte März 2020 zu zahlen, müsse sich der Kl. das anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens seiner Tätigkeit in dem Club durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erworben habe.

Die Klage war nur teilweise begründet, die Widerklage war unbegründet.

**Aus den Gründen:** [17] II. 1. Bezüglich des Kündigungsschutzantrags ist die Klage lediglich hinsichtlich des geltend gemachten späteren Beendigungstermins erfolgreich, so dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der ordentlichen Kündigung vom 22.9.2020 mit Ablauf des 28.2.2021 aufgelöst wurde.

[18] a) Der betriebliche Anwendungsbereich des § 23 KSchG ist nicht eröffnet. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass regelmäßig nicht mehr als zehn Vollzeitmitarbeiter zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung beschäftigt waren.

[19] b) Vorliegend werden jedoch die gesetzlichen Kündigungsfristen durch die Kündigungsfristen des für allgemeinverbindlich erklärten Manteltarifvertrags für das Hotel- und Gaststättengewerbe Baden-Württemberg (MTV) verdrängt. Anwendbar sind die verlängerten Kündigungsfristen gem. § 4 C 3. MTV, soweit das Arbeitsverhältnis der Parteien länger als zehn Jahre ununterbrochen bestanden hat, so dass die Kündigungsfrist vorliegend fünf Monate zum Monatsletzten beträgt. Unstreitig wurde das Arbeitsverhältnis der Parteien im September 2009 begründet. Soweit die Parteien darüber streiten, ob und wie lange das Arbeitsverhältnis „geruht“ hat, ist dies irrelevant. Der Tarifvertrag stellt nach dem eindeutigen Wortlaut auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses, nicht auf dessen Vollzug oder die tatsächliche Arbeitsleistung ab. Der Wortlaut des Tarifvertrags entspricht insoweit dem der Regelung in § 622 II BGB, für die anerkannt ist, dass ausschließlich der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses maßgeblich ist (vgl. APS/Linck, 6. Aufl. 2021, BGB § 622 Rn. 32). Dass das 2009 begründete Arbeitsverhältnis zu irgendeinem Zeitpunkt formwirksam iSd § 623 BGB aufgelöst worden wäre, hat die Bekl. weder dargelegt, geschweige denn unter Beweis gestellt. Soweit die Bekl. die Kündigung hilfsweise zum nächst zulässigen Termin ausgesprochen hat, endet damit das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 28.2.2021.

[20] 2. Der Kl. hat Anspruch auf Zahlung von Annahmeverzugslohn iHv 1.260,75 Euro brutto für den Zeitraum

vom 14.3.2020 bis 31.12.2020 gem. § 615 S. 1 BGB bzw. § 615 S. 3 BGB iVm S. 1 BGB.

[21] a) Für den Zeitraum vom 1.11.2020 bis zum 31.12.2020 ergibt sich der Anspruch des Kl. bereits unmittelbar aus § 615 S. 1 BGB, soweit die Bekl. mit Ausspruch der Kündigung nach Ablauf der von ihr angewendeten unzutreffenden, verkürzten gesetzlichen Kündigungsfrist zum 31.10.2020 in Annahmeverzug geraten ist.

[22] b) Darüber hinaus besteht für diesen Zeitraum als auch für den Zeitraum vom 14.3.2020 bis zum 31.10.2020 Anspruch auf Zahlung von Annahmeverzugslohn, da die Bekl. das Risiko des Arbeitsausfalls (Betriebsrisiko) zu tragen hat.

[23] aa) Dabei kann zunächst dahinstehen, dass die Bekl. nur pauschal vorgetragen hat, der Betrieb habe wegen der mit der Covid-19-Pandemie einhergehenden staatlichen Verordnungen und Vorschriften – insbesondere der Corona-Verordnung des Landes Baden-Württemberg – geschlossen werden müssen und eine Wiedereröffnung – auch zeitweise – habe deswegen nicht erfolgen können, ohne dies für den gesamten streitgegenständlichen Zeitraum näher darzulegen. Dies kann zugunsten der Bekl. als wahr unterstellt werden.

[24] bb) Die *Kammer* ist der Auffassung, dass sich jedenfalls im vorliegenden Fall eines Tanzclubs durch die aufgrund des Infektionsschutzgesetzes vermittelte „Corona-Verordnung“ angeordnete Schließung das Betriebsrisiko iSv § 615 S. 3 BGB verwirklicht hat, so dass das Entgelt der Arbeitnehmer fortzuzahlen ist. Die Zuweisung des Wirtschafts- und Betriebsrisikos an den Arbeitgeber entspricht zunächst allgemeinen Prinzipien der Arbeitsrechtsordnung. Nach der Rechtsprechung des BAG kommt es bei Verböten aus betriebsfremden Gründen auf die Eigenart des Betriebs an, ob der Betrieb also eine besondere Risikosphäre darstellt (vgl. BAG v. 30.5.1963 – 5 AZR 282/62, BeckRS 1963, 00001). Ebenso ist ein Argument für die Annahme eines solchen Betriebsrisikos die Vorhersehbarkeit und Kalkulierbarkeit des Risikos (vgl. BAG v. 30.5.1963 – 5 AZR 282/62, BeckRS 1963, 00001; v. 28.9.1972 – 2 AZR 506/71, BAGE 24, 446 = NJW 1973, 342). Diese Kriterien sieht die *Kammer* vorliegend als erfüllt an. Bei einem Tanzclub mit einer Tanzfläche von nur 20 m<sup>2</sup> und einem Gastraum von nur 48 m<sup>2</sup> sowie Betriebszeiten zwischen 21:00 Uhr und 3:00 Uhr realisiert sich gerade das aufgrund dieses Geschäftsmodells bestehende besondere Infektionsrisiko, denn Sinn und Zweck der Schließungsanordnungen bestand in der Verhinderung sozialer Kontakte in Betrieben mit möglichst engem Kundenkontakt. Das wirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers an möglichst hohem Kundenverkehr erhöht zugleich das Risiko einer sich ausweitenden Epidemie. Die Zuweisung des Betriebsrisikos rechtfertigt sich aus dem Umstand, dass sein Geschäft „in guten wie in schlechten Tagen“ auf Kundenverkehr bzw. hohe Besucherzahl ausgerichtet ist (vgl. ErfK/Preis, 21. Aufl. 2021, BGB § 615 Rn. 132 ff.; Preis/Mazurek/Schmid, NZA 2020, 1137). Schließlich handelt es sich bei der Corona-Pandemie auch nicht um ein völlig unvorhergesehenes Ereignis. Das verwirklichte Betriebsrisiko lässt sich durch Rücklagen oder den Abschluss einer Betriebsschließungsversicherung theoretisch einkalkulieren. Der Arbeitgeber kann zudem für seine Beschäftigten Kurzarbeitergeld beantragen (dies war vorliegend aufgrund der nur geringfügigen Beschäftigung nicht möglich) oder betriebsbedingte Kündigungen aussprechen (vgl. auch Fischinger/Hengstberger, NZA 2020, 559, die auch bei flächendeckenden Betriebsschließungen generell das Lohnrisiko beim Arbeitgeber sehen; vgl. Preis/Mazurek/Schmid, NZA 2020, 1137; ErfK/Preis, BGB § 615 Rn. 132 ff.; aA Sagan/



*Brockfeld*, NJW 2020, 1112, die ein alle Betriebe gleichermaßen treffendes Epidemierisiko annehmen wollen).

[25] cc) Ob man die Pandemie als „Naturkatastrophe“ oder „höhere Gewalt“ ansehen mag, kann dahinstehen, denn auch dies führte nicht per se zu dem beklagten Ergebnis. Der Arbeitgeber trägt grundsätzlich auch für Naturkatastrophen das Lohnrisiko, denn auch insoweit realisiert sich typischerweise das Betriebsrisiko. Unbeschadet dessen, erfolgte die Schließung des Betriebs der Bekl. nicht aufgrund der Pandemie (im Gegenteil: weite Teile der Wirtschaft und gerade der Gastronomie sind der Auffassung, eine Schließung sei bei Einhaltung eines Hygienekonzepts nicht notwendig), sondern der Anordnungen der Exekutive. Die Betriebsstörung tritt durch einen politischen Ermessensakt ein, der im Kern den Zweck hat, die Infizierung der Bevölkerung zu verlangsamen, um sie besser behandelbar zu machen (Verhinderung des Zusammenbruchs der Gesundheitsversorgung). Nicht die Epidemie macht damit die Fortsetzung des Betriebs unmöglich, sondern die politische Entscheidung, Unternehmungen zu untersagen, deren wirtschaftliche Betätigung entweder auf viele Kunden zielt oder die so kundennah arbeiten, dass Infektionsgefahr besteht. Es handelt sich also um eine wertende, gesundheitspolitische, behördliche Entscheidung mit erheblichem Ermessensspielraum, die Epidemie nicht einfach „auszusitzen“ und zahlreiche Todesfälle in Kauf zu nehmen, sondern Betriebe mit einer bestimmten Struktur einzuschränken oder stillzulegen (ErfK/Preis, BGB § 615 Rn. 132 ff. *Preis/Mazurek/Schmid*, NZA 2020, 1137).

[26] c) Aufgrund der Betriebsschließung war ein Angebot gem. § 296 BGB entbehrlich (vgl. *BAG v. 9.7.2008 – 5 AZR 810/07*, *BAGE* 127, 119 = NZA 2008, 1407 = NJW 2008, 3803).

[27] d) Eine Anrechnung anderweitigen Verdienstes gem. § 615 S. 2 BGB hat vorliegend nicht zu erfolgen. Auf das Auskunftsverlangen der Bekl. hat der Kl. mitgeteilt, er habe seit März 2020 in der Nacht von Freitag auf Samstag bzw. Samstag auf Sonntag keine andere Nebenbeschäftigung ausgeübt. Dem ist die Bekl. nicht mehr entgegengetreten, §§ 138 II, 3 ZPO. Nach § 615 S. 2 BGB muss der Arbeitnehmer sich auf den Annahmeverzugslohn anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt, sogenannter Zwischenverdienst, oder zu erwerben böswillig unterlässt. Zweck der Vorschrift ist, dass der Arbeitnehmer aus dem Annahmeverzug keinen Vorteil zieht. Er soll nicht mehr erhalten, als er bei ordnungsgemäßer Abwicklung des Arbeitsverhältnisses erhalten hätte (vgl. ErfK/Preis, BGB § 615 Rn. 83 mwN). Anrechnungspflichtig ist nur ein Verdienst, für dessen Erzielung das Freiwerden der Arbeitskraft kausal war. Der Arbeitnehmer muss sich nur dasjenige anrechnen lassen, was in der Arbeitszeit erworben wurde, in der er bei seinem Arbeitgeber zur Arbeitsleistung verpflichtet war (ErfK/Preis, BGB § 615 Rn. 90 mwN). Soweit der Kl. ohnehin aus seiner Haupttätigkeit – nicht kausal – Einkünfte erzielte und pandemiebedingt eine neue Nebenbeschäftigung in der Gastronomie nicht zu erzielen gewesen sein dürfte, gibt es für böswillig unterlassenen anderweitigen Erwerb keine Anhaltspunkte.

[28] e) Gegen die Höhe des geltend gemachten Annahmeverzugslohns hat die Bekl. keine Einwendungen erhoben. Insoweit ist es im Rahmen des Entgeltausfallprinzips tauglich, die durchschnittlichen Einsatzzeiten der letzten zwölf Monate (ein Einsatz pro Zwei-Wochen-Zeitraum á 6,15

Stunden á 10 Euro) anzusetzen und den Monat August im Hinblick auf die renovierungsbedingte Betriebsschließung außer Betracht zu lassen.

[29] 3. Der Kl. hat auch Anspruch auf Annahmeverzugslohn iHv 123 Euro brutto gem. § 615 S. 1 BGB für den Zeitraum vom 4.8.2019 bis 31.8.2019. Der Kl. hat unbestritten vorgetragen, im August ausschließlich am Wochenende des 2./3.8. gearbeitet und hierfür 60 Euro brutto bezogen zu haben, die darauffolgenden vier Wochen sei der Betrieb renovierungsbedingt geschlossen gewesen. Damit befand sich die Bekl. mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, in diesem Zeitraum lagen vier Wochenenden (9./10.8., 16./17.8., 23./24.8., 30./31.8.), so dass der Kl. nach der Durchschnittsbetrachtung an zwei Tagen eingesetzt worden wäre. Auch hier war ein Angebot gem. § 296 BGB entbehrlich (s. II 2 c)

[30] 4. Der Kl. hat Anspruch auf Zahlung von Urlaubsgeld iHv 132 Euro brutto gem. § 11 MTV für die Jahre 2017, 2018 (2019) und 2020, auf Zahlung von Urlaubsabgeltung gem. § 10 MTV iHv 553,50 Euro brutto für die Jahre 2018, 2019 und 2020 sowie auf Jahressondervergütung gem. § 15 MTV iHv insgesamt 236,52 Euro brutto für die Jahre 2017, 2018 (2019) und 2020. Soweit der Kl. ausgehend von einem von ihm errechneten Jahresurlaubsanspruch von sechs Tagen höhere Ansprüche geltend gemacht hat, war die Klage im Übrigen abzuweisen.

[31] a) Gemäß § 10 Nr. 2 MTV besteht ab dem dritten Beschäftigungsjahr ein Jahresurlaubsanspruch von 30 Urlaubstagen in der Fünftagewoche. Der Kl. geht bei seiner Berechnung des Urlaubsanspruchs irrig von einer 1-Tage-Woche aus. Soweit er unbestritten nach eigenem Vortrag einen Arbeitstag pro zwei-Wochen-Zeitraum leistete, beträgt sein individueller Urlaubsanspruch drei Urlaubstage pro Kalenderjahr.

[32] b) Folglich steht ihm gem. § 11 Nr. 1 MTV für jeden Urlaubstag ein Urlaubsgeld iHv 11 Euro brutto zu, für den geltend gemachten Zeitraum mithin 132 Euro brutto.

[33] c) Ausgehend von drei Urlaubstagen pro Kalenderjahr sowie einer urlaubstäglichen Vergütung von 61,50 Euro brutto (10 Euro × 6,15 Stunden), errechnet sich ein Urlaubsabgeltungsanspruch iHv 553,50 Euro brutto. Der Urlaubsabgeltungsanspruch des Kl. ist auch nicht etwa verfallen. Dieser hat unbestritten vorgetragen, er sei zu keinem Zeitpunkt aufgefordert worden, seinen Jahresurlaub zu nehmen. Der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub (§§ 1, 3 I BUrlG) erlischt bei einer mit Art. 7 RL 2003/88/EG konformen Auslegung von § 7 BUrlG nur dann am Ende des Kalenderjahres (§ 7 III 1 BUrlG) oder eines zulässigen Übertragungszeitraums (§ 7 III 3 und 4 BUrlG), wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor in die Lage versetzt hat, seinen Urlaubsanspruch wahrzunehmen, und der Arbeitnehmer den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat. Die Befristung des Urlaubsanspruchs nach § 7 III BUrlG setzt grundsätzlich voraus, dass der Arbeitgeber seinen aus einem richtlinienkonformen Verständnis von § 7 I 1 BUrlG resultierenden Mitwirkungsobliegenheiten bei der Verwirklichung des Urlaubsanspruchs genügt, indem er den Arbeitnehmer – erforderlichenfalls förmlich – auffordert, seinen Urlaub zu nehmen, und ihm klar und rechtzeitig mitteilt, dass der Urlaub mit Ablauf des Kalenderjahres oder Übertragungszeitraums verfällt, wenn er ihn nicht beantragt (*BAG v. 19.2.2019 – 9 AZR 423/16*, *BAGE* 165, 376 = NZA 2019, 977 = NJW 2019, 2643). Da der Manteltarifvertrag für das Hotel- und Gaststättengewerbe Baden-Würt-



temberg auch nicht zwischen gesetzlichem Mindesturlaub und übergesetzlichem Tarifurlaub unterscheidet, gilt dies auch für den tarifvertraglichen Mehrurlaub.

[34] d) Schließlich steht dem Kl. auch für die Jahre 2017, 2018 (2019) und 2020 jeweils die Jahressondervergütung gem. § 15 MTV zu. Diese beträgt gem. § 15 Nr. 1 MTV grundsätzlich ab dem dritten Beschäftigungsjahr 750 Euro brutto, wobei gem. Nr. 2 bei Teilzeitbeschäftigten die Jahressondervergütung nach dem Verhältnis der individuellen Arbeitszeit zur regelmäßigen tariflichen Arbeitszeit zu errechnen ist. Gegen die konkrete Berechnung der Jahressondervergütung durch den Kl. ( $[(0,5 \times 6,15)/39] \times 750 = 59,13$  Euro; für 4 Jahre: 236,52 Euro) sind Einwendungen weder vorgetragen, noch sonst ersichtlich.

[35] 5. Der Anspruch des Kl. auf Erteilung eines qualifizierten Arbeitszeugnisses ergibt sich aus § 109 I 3 GewO, die Ansprüche auf Auskunft verarbeiteter personenbezogener Daten bzw. auf Erstellung einer Kopie dieser Daten aus Art. 15 I, III 1 DS-GVO (vgl. *LAG Baden-Württemberg v. 20.12.2018 – 17 Sa 11/18, NZA-RR 2019, 242*).

[36] 6. Dem Kl. steht weder ein Auskunftsanspruch hinsichtlich der von der Bekl. erzielten Umsätze im Zeitraum von August 2018 bis März 2020 noch dem Grunde nach Anspruch auf Umsatzbeteiligung zu, so dass die Stufenklage insgesamt abzuweisen war.

[37] a) Der geltend gemachte Auskunftsanspruch ist bereits insoweit unbegründet, als der Kl. Auskunft über Umsätze an sämtlichen Öffnungstagen begehrt. Maßgeblich für eine Berechnung einer Umsatzbeteiligung nach dem Entgeltausfallprinzip wären jedoch ausschließlich die Umsätze an den Einsatztagen des Kl. im Referenzzeitraum, nicht sämtliche von der Bekl. erzielten Umsätze. Darüber hinaus besteht jedenfalls kein Anspruch auf Auskunft darüber, welche Mitarbeiter an sämtlichen Öffnungstagen gearbeitet haben und wie hoch die Umsatzbeteiligung dieser Mitarbeiter gewesen sein soll. Diese Informationen sind für die Berechnung einer ausgefallenen Umsatzbeteiligung des Kl. irrelevant.

[38] b) Der Auskunftsanspruch ist aber auch deshalb unbegründet, als der Kl. hierauf für die Berechnung im Rahmen des § 615 BGB gerade nicht angewiesen ist. Der Kl. trägt selbst vor, er habe seit Beginn des Arbeitsverhältnisses im Jahre 2009 bis zur Schließung des Lokals Mitte März 2020 ausnahmslos Umsatzbeteiligung bezogen. Weshalb er aufgrund der tatsächlich erhaltenen und damit bekannten Umsatzbeteiligung keine Durchschnittsberechnung anstellen kann, erschließt sich der *Kammer* nicht. Da der Kl. damit aber über die begehrten Auskünfte bereits verfügt, war der Antrag auch aus diesem Grund abzuweisen.

[39] c) Schließlich war die Stufenklage insgesamt der Erfolg zu versagen, da ein Anspruch auf Umsatzbeteiligung nicht schlüssig dargelegt wurde. Die Bekl. ist der pauschalen Behauptung einer Umsatzbeteiligung qualifiziert entgegengetreten und hat vorgetragen, dass es sich bei der Barauskehrung eines festen Anteils des Umsatzes einer Schicht um eine Modalität der Trinkgeldverteilung gehandelt hat, wofür auch entscheidend die Verwendung des Begriffs „Tip“ auf dem Abrechnungsbogen spricht. Soweit der Kl. lediglich vorträgt, die Umsatzbeteiligung sei zu Beginn des Arbeitsverhältnisses zugesagt und damit vertraglich vereinbart worden, handelt es sich um eine bloße Rechtsbehauptung ohne Tatsachengrundlage, für die im Übrigen keinerlei Beweise angeboten wurde. Würden während der Betriebsschließung Trinkgelder nicht eingenommen, besteht auch im Rahmen des

§ 615 BGB kein Anspruch auf deren Verteilung, da es sich nicht um Arbeitsentgelt iSd §§ 611, 615 BGB handelt. Trinkgelder, die dem Bedienungspersonal in Gaststätten von den Gästen freiwillig gegeben werden, gehören jedenfalls bei Fehlen einer besonderen arbeitsvertraglichen Vereinbarung für Zeiten des Urlaubs, der Arbeitsunfähigkeit und der Betriebsratstätigkeit nicht zum vom Arbeitgeber fortzuzahlenden Arbeitsentgelt (*BAG v. 28.6.1995 – 7 AZR 1001/94, BAGE 80, 230 = NZA 1996, 252 = NJW 1996, 1012; LAG Hamburg v. 13.2.2008 – 5 Sa 69/07, BeckRS 2008, 56424*).

[40] 7. Soweit der Kl. zusammen mit seinen Zahlungsanträgen auf Annahmeverzugslohn auch beantragt hat, über diese Ansprüche ordentliche Lohnabrechnungen zu erstellen und zur Verfügung zu stellen, war dieser weitergehende Antrag abzuweisen. Ein Anspruch nach § 108 GewO besteht (noch) nicht. Die Fälligkeit des Anspruchs nach § 108 GewO besteht „bei Zahlung des Arbeitsentgelts“. Sie ist also nicht bereits bei Fälligkeit des Arbeitsentgelts (§ 614 BGB) gegeben, sondern zu dem Zeitpunkt, zu dem das Arbeitsentgelt ausgezahlt wird (*BeckOK ArbR/Tillmanns*, 59. Ed. 1.3. 2021, GewO § 108 Rn. 4).

[41] 8. Soweit der Kl. darüber hinaus beantragt hat, monatliche Gehaltsabrechnungen seit Oktober 2008 zu erstellen und diese zu übersenden, fehlt es an schlüssigem Klagevorbringen.

[42] a) Haben die Parteien übereinstimmend den Beginn des Arbeitsverhältnisses mit September 2009 angegeben, erschließt sich der *Kammer* nicht, woraus sich ein Anspruch auf Gehaltsabrechnungen für die Zeiträume Oktober 2008 bis August 2009 ergeben sollte.

[43] b) Die Bekl. hat unstreitig im laufenden Rechtsstreit Entgeltabrechnungen für den Zeitraum April 2019 bis März 2020 vorgelegt. Insoweit ist der Anspruch des Kl. jedenfalls erfüllt, § 362 BGB.

[44] c) Im Übrigen besteht ein Anspruch auf Erteilung einer Abrechnung gem. § 108 GewO bei Zahlung des Entgelts (s. II 7). Soweit auch nach dem Vortrag des Kl. erhebliche Zeiträume ohne Arbeitsleistung und Entgeltzahlung vorlagen (alleine rund zwölf Monate im Jahr 2016), hätte es für einen schlüssigen Klagevortrag erfordert, die tatsächlichen Zeiträume und Zahlungen darzulegen, für die eine Entgeltabrechnung begehrt wird.

[45] 9. Einen Schadensersatzanspruch gem. Art. 82 I DS-GVO hat der Kl. ebenfalls nicht schlüssig dargelegt. Der Kl. trägt bereits nicht konkret vor, gegen welche Schutzvorschriften der DS-GVO oder des BDSG durch welche konkrete Handlung der Bekl. verstoßen worden sein soll. Soweit der Kl. auf die Übersendung und damit Kenntnisnahme der Meldebescheinigung an/durch den Betriebsleiter der Bekl. abstellt (der diese dann wohl jeweils an die betroffenen Beschäftigten weiterleitete), handelt es sich offensichtlich um eine gerechtfertigte Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses iSd § 26 BDSG, der gegenüber der DS-GVO als spezifischere Regelung vorrangig anwendbar ist (vgl. *BeckOK DatenschutzR/Riesenhuber*, 35. Ed. 1.2.2021 Rn. 20, BDSG § 26 Rn. 20). Aufgrund welches Sachverhalts gegen welche datenschutzrechtlichen Vorgaben die Bekl. durch Übersendung der Bescheinigung per „WhatsApp“ konkret verstoßen haben soll, trägt der Kl. nicht ansatzweise vor.

[46] 10. Der Beschäftigungsantrag ist unbegründet. Der Kl. hat den – als uneigentlichen Hilfsantrag zu verstehenden – ursprünglich angekündigten Weiterbeschäftigungsantrag

umgestellt und macht zuletzt die Beschäftigung bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses geltend. Ist das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Kündigungsfrist am 28.2.2021 aufgelöst, besteht kein Raum für einen Beschäftigungsanspruch.

[47] III. Die Eventualwiderklage ist unbegründet. Soweit die Bekl. Auskunft über anderweitigen Verdienst auch außerhalb der üblichen Arbeitszeit des streitgegenständlichen Arbeitsverhältnisses verlangt, besteht ein solcher Auskunftsanspruch nicht, da der Arbeitnehmer sich nur dasjenige anrechnen lassen muss, was in der Arbeitszeit erworben wurde, in der er bei seinem Arbeitgeber zur Arbeitsleistung verpflichtet war (ErfK/Preis, BGB § 615 Rn. 90 mwN). Im Übrigen ist der Auskunftsanspruch der Bekl. erfüllt. Auf das Auskunftsverlangen der Bekl. hat der Kl. mitgeteilt, er habe seit März 2020 in der Nacht von Freitag auf Samstag bzw. Samstag auf Sonntag keine andere Nebenbeschäftigung ausgeübt. Dem ist die Bekl. nicht mehr entgegengetreten, §§ 138 II, 3 ZPO.

**Anm. d. Schriftltg.:** Die Entscheidung wird besprochen von *Lachmann*, ArbRAktuell 2021, 254. ■

## Kündigungsrecht

### Kündigung eines Schwerbehinderten wegen rassistischer Äußerungen

MTV § 11 III Nr. 2; BetrVG § 102 I; BGB §§ 140, 241 II; KSchG § 4 S. 1; ZPO § 322 I; SGB IX §§ 2 II, 177 I 1

Rassistische und/oder volksverhetzende sowie ausländerfeindliche Äußerungen eines Arbeitnehmers, die er im Betrieb über Kollegen oder Dritte tätigt, sind an sich geeignet, sogar einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung im Sinne des § 626 I BGB darzustellen (vgl. nur LAG Nürnberg, Urt. v. 7.11.2017 – 7 Sa 400/16, BeckRS 2017, 143389; Schaub/Linck, ArbR-Hdb, 18. Aufl. 2019, § 127 Rn. 80). Maßgeblich sind die durch das ausländerfeindliche Verhalten eintretenden Störungen des Vertragsverhältnisses. Ausländerfeindliche Äußerungen sind nicht durch das Recht auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 GG) gedeckt. Die Meinungsfreiheit findet ihre Schranken in den allgemeinen Gesetzen und dem Recht der persönlichen Ehre (Art. 5 II GG). Sie muss stets zurücktreten, wenn die fragliche Äußerung die Menschenwürde eines anderen antastet, weil diese als Wurzel aller Grundrechte mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig ist (Gallner/Mestwerdt/Nägele-Zimmermann, Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl. 2021, KSchG § 1 Rn. 401). In der Äußerung rassistischer, volksverhetzender oder ausländerfeindlicher Erklärungen liegt ein erheblicher Verstoß gegen die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 II BGB. Die strafrechtliche Bewertung der diskriminierenden Äußerung ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Eine Abmahnung ist bei ausländerfeindlichem Verhalten am Arbeitsplatz in der Regel entbehrlich (LAG Hamm, Urt. v. 11.11.1994 – 10 [19] Sa 100/94, NZA 1995, 994 Ls. = BeckRS 9998, 81389; Gallner/Mestwerdt/Nägele-Zimmermann, KSchG § 1 Rn. 402).

LAG Düsseldorf, Urt. v. 10.12.2020 – 5 Sa 231/20 (ArbG Oberhausen, Urt. v. 27.2.2020 – 2 Ca 1324/19)

**Zum Sachverhalt:** Der 1963 geborene Kl. ist seit dem 1.9.1997, unter Einbeziehung einer anrechenbaren Vorbeschäftigungszeit seit dem 1.9.1981, als Facharbeiter am Standort der Bekl. in P. tätig. Er ist

als schwerbehinderter Mensch mit einem Grad der Behinderung von 50 % anerkannt. Die Parteien schlossen einen schriftlichen Arbeitsvertrag, nach dem der Manteltarifvertrag für die chemische Industrie (MTV Chemische Industrie) anwendbar war, § 11 III Nr. 2 MTV Chemische Industrie verweist hinsichtlich der Kündigungsfristen auf die gesetzliche Regelung. Im Betrieb der Bekl., die regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt, existieren ein Betriebsrat sowie eine Schwerbehindertenvertretung. Zur Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen wurde Herr N gewählt. Darüber hinaus existiert eine Gesamtschwerbehindertenvertretung. Gesamtschwerbehindertenvertreter ist Herr K.

Die Bekl. kündigte – ua nach Anhörung des Herrn K – das Arbeitsverhältnis zunächst mit Schreiben vom 31.1.2019 fristlos und stützte die Kündigung auf die Behauptung, der Kl. habe am 8.1.2019 in der Küche der Werkstatt am Standort P. auf Nachfrage des Mitarbeiters F, welche Geschenke er zu Weihnachten erhalten habe, geantwortet: „Ich habe mir eine Gaskammer gewünscht, diese aber leider nicht bekommen. Hätte ich eine Gaskammer, würde ich sie alle dort rein schicken. Denn weißt Du, Türken muss man ins Feuer setzen, in die Gaskammer und dann den Kopf abschlagen“. Vor dem Ausspruch dieser Kündigung führte die Bekl. mit dem Kl. am 17.1.2019 ein Personalgespräch, an dem neben der Personalleiterin D und dem Werkverbundleiter Q auch die Betriebsratsmitglieder I und C teilnahmen. Über dieses Gespräch fertigte Frau D eine Gesprächsnotiz, in der sie ua ausführte: „Nach der Begrüßung verlas Frau D die Protokolle zu den Anhörungen der Fremdfirmenmitarbeiter Herrn D und Herrn C zu ihren Anschuldigungen gegen Herrn C und bat Herrn C hierzu Stellung zu nehmen. Herr C antwortete: „Ich kann mich daran nicht erinnern.“ Gegen die Kündigung vom 31.1.2019 erhob der Kl. Kündigungsschutzklage. Das ArbG Oberhausen stellte mit Urteil vom 26.6.2019 (Az. 1 Ca 178/19) fest, dass die fristlose Kündigung das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht beendet hat. Die Bekl. kündigte das Arbeitsverhältnis sodann – ohne Zustimmung des Integrationsamts – mit Schreiben vom 31.7.2019. Gegen diese Kündigung erhob der Kl. ebenfalls Klage vor dem ArbG Oberhausen (Az: 2 Ca 950/19). In diesem Rechtsstreit einigten sich die Parteien auf ein Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses bei fortbestehender widerruflicher Freistellung des Kl.

Mit Schreiben vom 5.7.2019 beantragte die Bekl. beim Integrationsamt die Zustimmung zu einer beabsichtigten ordentlichen Kündigung des Kl. Mit Bescheid vom 26.9.2019, der den jetzigen Bevollmächtigten der Bekl. am 27.9.2019 zuging, erteilte das Integrationsamt die Zustimmung. Die Bekl. befragte sodann im Zeitraum September/Oktober 2019 weitere Mitarbeiter zum Verhalten des Kl. Mit Schreiben vom 21.10.2019 hörte die Bekl. den Betriebsrat zu einer beabsichtigten erneuten Kündigung des Kl. an. In der Anhörung heißt es auszugswise: „Die Schwerbehindertenvertretung ist über den dem Kündigungsbegehren zugrundeliegenden Sachverhalt am 3.7.2019 bereits unterrichtet worden und wird gleichzeitig mit der Anhörung des Betriebsrats ebenfalls formell angehört. Wir halten die beabsichtigte verhaltensbedingte ordentliche Kündigung aus folgenden Gründen für erforderlich:

Am 9.1.2019 suchten die Fremdfirmenmitarbeiter, Herr D und Herr C, den Werkverbundleiter West B., Herrn Q, auf und berichteten, dass gegen 8:30 Uhr Herr C in der Küche der Werkstatt am Standort P. auf Nachfrage des Fremdfirmenmitarbeiters, Herr F, welche Geschenke er zu Weihnachten bekommen habe, geantwortet hat: „Ich habe mir eine Gaskammer gewünscht, diese aber leider nicht bekommen. Hätte Ich eine Gaskammer, würde ich sie alle dort reinschicken. Denn weißt du: Türken muss man ins Feuer setzen, in die Gaskammer und dann den Kopf abschlagen.“ Herr Q hat daraufhin am 10.1.2019 alle bei dem Vorfall anwesenden internen und externen Mitarbeiter einzeln zu dem Sachverhalt befragt. Die Herren D und C wiederholten Ihre Aussagen vom 9.1.2019. Darüber hinaus gaben Sie an, dass Herr C davor auch schon ständig andere beleidigende, rassistische und ehrverletzende Äußerungen und Drohungen ausgesprochen habe. So habe er zu den Fremdfirmenmitarbeitern gesagt: „Ihr seid alle meine Nigger, meine Untertanen“, „Wenn ich die Lichter ausmache, haue ich Euch allen eine in die Fresse“, „Guten Morgen, Ölaugen“, „Tschüss Ölaugen“, „Alle deutschen Frauen, die Türken heiraten, sind Schlampen“. ... Am 17.1.2019 fand am Standort P. ein Gespräch zwischen Herrn C, Frau D (Personalleiterin), Herrn Q (Werkverbundleiter) sowie den Betriebsräten Herrn I und Herrn C, statt, in welchem Herr C über die Anschuldigungen im Einzelnen informiert und er aufgefordert wurde, hierzu Stellung zu nehmen. Herr C gab an, dass er sich an nichts erinnern könne. Des Weiteren erklärte er, dass die Fremdfirmenmitarbeiter ihn

„absagen“ wollten, um eine Festanstellung bei Air M. zu erhalten ... Im Folgenden gaben auch interne Kollegen der Instandhaltung zum Verhalten von Herrn C schriftliche persönliche Stellungnahmen ab: ...“

Der Betriebsrat äußerte sich mit Schreiben vom 25.10.2019 wie folgt:

„Sehr geehrte Damen und Herren,

der Betriebsrat stellt fest, dass zu der beabsichtigten Kündigung des Arbeitnehmers C eine ordnungsgemäße Anhörung gem. § 102 I BetrVG stattgefunden hat. Der Betriebsrat hat beschlossen, in diesem Zusammenhang keine weitere Stellungnahme abzugeben.

Mit freundlichen Grüßen

(VL, BR-Vorsitzender)“

Die Bekl. hörte zudem den Gesamtschwerbehindertenvertreter K zu einer beabsichtigten Kündigung des Kl. an und schilderte auch dort einen Vorfall vom 9.1.2019. Ob dieser Anhörung Anlagen beigefügt waren, ist zwischen den Parteien streitig. Ebenso ist streitig, ob Herr K mit einem Schreiben vom 22.10.2019 oder einem Schreiben vom 21.10.2019 angehört worden ist. Die Personalleiterin D schickte Herrn K am 21.10.2019 um 19:08 Uhr eine E-Mail mit folgendem Inhalt:

„Sehr geehrte Herren,

anbei die Anlagen zu den Anhörungen zur ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung von C.

Mit freundlichen Grüßen

OD“

Am 25.10.2019 erhielt Frau D eine E-Mail vom Absender „KV (v...k.@air m...com)“, die folgenden Inhalt hatte:

„Sehr geehrte Frau D,

die ihrerseits vorgebrachte Argumentation zu dieser Kündigung sind fern vom Schutzanspruch behinderter Menschen im Beruf.

Insofern es gibt aus Sicht der GesamtSBV der B., vertreten durch meine Person, zur ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung von Herrn C keine Äußerung in der Sache.“

Mit Schreiben vom 25.10.2019 kündigte die Bekl. das Arbeitsverhältnis daraufhin fristgemäß zum 31.5.2020. Gegen diese Kündigung wendet sich der Kl. mit seiner Klage beim ArbG. Der Kl. hat die Auffassung vertreten, die ausgesprochene Kündigung sei unwirksam. Ein Kündigungsgrund liege nicht vor. Auch sei die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung nicht ordnungsgemäß erfolgt, da nicht der zuständige Schwerbehindertenbeauftragte N, sondern der Gesamtschwerbehindertenvertreter K beteiligt worden sei. Die Anhörungen der Schwerbehindertenvertretung und des Betriebsrats seien zudem inhaltlich unzureichend, denn in den Anhörungen sei nicht mitgeteilt, dass der behauptete Vorfall am 8.1.2019 stattgefunden habe. Ebenso fehle die Information, dass er die Vorwürfe im Anhörungsgespräch ausdrücklich zurückgewiesen und Beweis dafür angetreten habe, dass der Zeuge D über eine Affinität zum Nationalsozialismus verfüge. Zudem sei die Kündigung vor Ablauf der Anhörungsfrist von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung ausgesprochen worden. Es werde bestritten, dass die E-Mail vom 25.10.2019 von Herrn K stamme.

Der Bekl. hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei aus verhaltensbedingten Gründen sozial gerechtfertigt und hat dazu behauptet, der Kl. habe am 8.1.2019 in der Werkstatküche rechtsextreme, ausländerfeindliche und menschenverachtende Äußerungen getätigt. Die anwesenden türkischstämmigen Fremdfirmenmitarbeiter D und C hätten die lautstarken Äußerungen mit angehört und sich über den Kl. beschwert. Sie habe sodann weitere Mitarbeiter zum Verhalten des Kl. befragt und dadurch erfahren, dass dieser bereits vor dem Vorfall vom 8.1.2019 mit ausländerfeindlichen Aussagen aufgefallen sei. Im täglichen Umgang seien beispielsweise Äußerungen wie „Ihr seid alle meine Nigger, meine Untertanen. Wenn ich die Lichter ausmache, hau ich euch allen eine in die Fresse. Guten Morgen Ölaugen. Tschüss Ölaugen. Alle deutschen Frauen, die Türken heiraten, sind Schlampe“ gefallen, die in den Anhörungsschreiben an Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung im Einzelnen wiedergegeben worden seien. Der Kl. sei vor dem 8.1.2019 wegen solcher beleidigenden Äußerungen gegenüber Kollegen mehrfach vom Wartungsleiter S gerügt worden. Dieser habe aber weder die Personalabteilung noch das Management involviert, da er versucht habe, die Probleme mit dem Kl. intern zu lösen. Die Bekl.

hat weiter die Auffassung vertreten, die Äußerungen des Kl. rechtfertigten eine Kündigung ohne vorherige Abmahnung. Sie stellten eine massive Störung des Betriebsfriedens dar. Zudem habe der Kl. durch sein Verhalten einen schwerwiegenden Verstoß gegen die allgemeine Pflicht zur Rücksichtnahme gem. § 241 II BGB begangen. Sie habe ein berechtigtes Interesse daran, dass kein Mitarbeiter, Fremdfirmenmitarbeiter und Kunde durch das Verhalten ihrer Mitarbeiter in seinen geschützten Rechten verletzt werde. Die Bekl. hat darüber hinaus vortragen, der Betriebsrat und die Schwerbehindertenvertretung seien ordnungsgemäß angehört worden. Sie habe die Angabe, dass der Kl. die Vorwürfe bestreite, in den Anhörungsschreiben wiedergegeben. Das Anhörungsschreiben für die Schwerbehindertenvertretung sei zutreffender Weise an Herrn K gerichtet gewesen. Der Schwerbehindertenvertreter N. sei langzeiterkrankt gewesen und zum 30.9.2019 ausgeschieden. Ein Ersatzmitglied habe es nicht gegeben. Herrn K habe sie bereits, bevor sie beim Integrationsamt die Zustimmung zur fristgemäßen Kündigung des Kl. beantragt habe, unter dem 3.7.2019 telefonisch über die beabsichtigte Kündigung unterrichtet.

Das ArbG (BeckRS 2020, 46412) hat der Kündigungsschutzklage stattgegeben.

Dagegen hat der Bekl. Berufung eingelegt. Die Berufung hatte Erfolg.

**Aus den Gründen:** [31] II. (...) Die Kündigungsschutzklage des Kl. ist unbegründet. Das Arbeitsverhältnis hat durch die fristgemäße Kündigung der Bekl. mit Ablauf des 31.5.2020 sein Ende gefunden. Ein Anspruch des Kl. auf tatsächliche Weiterbeschäftigung besteht nicht.

[32] 1. Die Kündigung gilt nicht als von Anfang an rechtswirksam gem. § 7 Hs. 1 KSchG. Der Kl. hat mit seiner am 30.10.2019 beim ArbG eingegangenen Klage, die der Bekl. am 4.11.2019 zugestellt worden ist, die dreiwöchige Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG gewahrt.

[33] 2. Die Kündigung ist nicht als sogenannte Wiederholungskündigung deswegen unwirksam, weil die Bekl. bereits mit Schreiben vom 31.1.2019 bzw. vom 31.7.2019 das Arbeitsverhältnis gekündigt hat.

[34] a) Eine Kündigung kann nicht erfolgreich auf Gründe gestützt werden, die der Arbeitgeber schon zur Begründung einer vorhergehenden Kündigung vorgebracht hat und die in dem über diese geführten Prozess mit dem Ergebnis materiell geprüft worden sind, dass sie eine solche Kündigung nicht tragen. Mit einer Wiederholung der früheren Kündigung ist der Arbeitgeber in diesem Fall ausgeschlossen (BAG v. 18.12.2014 – 2 AZR 163/14, BAGE 150, 234 = NZA 2015, 635; v. 20.3.2014 – 2 AZR 840/12, NZA 2014, 1415). Diese Wirkung beruht letztlich auf dem Bedürfnis, auch unabhängig vom Bestehen ausdrücklicher Präklusionsnormen und außerhalb des vom reinen Wortlaut des § 322 I ZPO abgesteckten Rahmens eine bestimmte, vom objektiven Recht her gegebene (positive oder negative) Sinnbeziehung zwischen dem rechtskräftig Festgestellten und der im neuen Prozess zu prüfenden Rechtsfolge zu wahren (BAG v. 8.11.2007 – 2 AZR 528/06, BeckRS 2008, 52087 Rn. 22).

[35] b) Eine solche Präklusion liegt hier nicht vor.

[36] aa) Die fristlose Kündigung vom 31.1.2019 hindert nicht den Ausspruch einer fristgemäßen verhaltensbedingten Kündigung. Das ArbG *Oberhausen* hat im Rechtsstreit 1 Ca 178/19 ausschließlich über die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung entschieden und dabei festgestellt, dass diese unverhältnismäßig sei. Es hat zudem in den Entscheidungsgründen unter Nr. II. 2) b) ausdrücklich ausgeführt: „Ob eine ordentliche Kündigung tatsächlich gem. § 1 II 1 Alt. 1 KSchG sozial gerechtfertigt wäre, ist vorliegend aber nicht zu entscheiden und kann offenbleiben.“ Die Möglichkeit einer Umdeutung der fristlosen in eine fristgerechte Kündigung gem. § 140 BGB hat das ArbG verneint.



[37] bb) Die Kündigung vom 31.7.2019 hindert den Anspruch der hier streitgegenständlichen Kündigung ebenfalls nicht. Diese Kündigung wurde ohne Zustimmung des Integrationsamts ausgesprochen. Die Parteien haben sich im vorherigen Kündigungsrechtsstreit vor dem *ArbG Oberhausen* (Az. 2 Ca 950/19) auf einen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses geeinigt, so dass es nicht zu einer gerichtlichen Entscheidung gekommen ist.

[38] 3. Die Kündigung ist nicht wegen fehlender Zustimmung des Integrationsamts unwirksam.

[39] Nach § 168 SGB IX bedarf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamts. Eine solche Zustimmung war im vorliegenden Fall erforderlich, da der Kl. mit einem Grad der Behinderung von 50 schwerbehindert iSv § 2 II SGB IX ist. Das Integrationsamt hat auf den Antrag der Bekl. vom 5.7.2019 die Zustimmung zur Kündigung des Kl. mit Bescheid vom 26.9.2019 erteilt.

[40] 4. Die Bekl. hat den Betriebsrat vor dem Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß angehört.

[41] a) Nach § 102 I 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Gemäß S. 2 der Bestimmung hat ihm der Arbeitgeber die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine Kündigung ist dabei nach S. 3 nicht erst unwirksam, wenn eine Unterrichtung gänzlich unterblieben ist, sondern schon dann, wenn der Arbeitgeber seiner Unterrichtungspflicht nicht ordnungsgemäß nachgekommen ist (BAG v. 22.9.2016 – 2 AZR 700/15, NZA 2017, 304 = NJW 2017, 684; v. 23.2.2012 – 2 AZR 773/10, NZA 2012, 992). Der notwendige Inhalt der Unterrichtung gem. § 102 I 2 BetrVG richtet sich nach Sinn und Zweck der Anhörung. Dieser besteht darin, den Betriebsrat in die Lage zu versetzen, sachgerecht, dh gegebenenfalls zugunsten des Arbeitnehmers, auf den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers einzuwirken. Der Betriebsrat soll die Stichhaltigkeit und Gewichtigkeit der Kündigungsgründe überprüfen und sich über sie eine eigene Meinung bilden können. Die Anhörung soll dem Betriebsrat nicht die selbstständige – objektive – Überprüfung der rechtlichen Wirksamkeit der beabsichtigten Kündigung, sondern gegebenenfalls eine Einflussnahme auf die Willensbildung des Arbeitgebers ermöglichen (BAG v. 22.9.2016 – 2 AZR 700/15, NZA 2017, 304 = NJW 2017, 684; v. 16.7.2015 – 2 AZR 15/15, BAGE 152, 118 = NZA 2016, 99 = NJW 2016, 588; v. 23.10.2014 – 2 AZR 736/13, NZA 2015, 476 = NJW 2015, 1469).

[42] Der Inhalt der Unterrichtung nach § 102 I 2 BGB ist deshalb grundsätzlich subjektiv determiniert. Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat die Umstände mitteilen, die seinen Kündigungsentschluss tatsächlich bestimmt haben. Dem kommt der Arbeitgeber dann nicht nach, wenn er dem Betriebsrat einen schon aus seiner Sicht unrichtigen und unvollständigen Sachverhalt unterbreitet. Schildert er dem Betriebsrat bewusst einen solchen irreführenden Kündigungssachverhalt, der sich bei der Würdigung durch den Betriebsrat zum Nachteil des Arbeitnehmers auswirken kann, ist die Anhörung unzureichend und die Kündigung unwirksam (BAG v. 10.12.2020 – 2 AZN 82/20, NZA 2021, 518 = NJW 2021, 490; v. 5.12.2019 – 2 AZR 240/19, NZA 2020, 646; v. 22.9.2016 – 2 AZR 700/15, NZA 2017, 304 = NJW 2017, 684; v. 16.7.2015 – 2 AZR 15/15, BAGE 152, 118 = NZA 2016, 99 = NJW 2016, 588; v. 23.10.2014 – 2 AZR 736/13, NZA 2015, 476 = NJW 2015, 1469).

[43] Die subjektive Überzeugung des Arbeitgebers von der Relevanz oder Irrelevanz bestimmter Umstände ist für den Umfang der Unterrichtung dann nicht maßgeblich, wenn dadurch der Zweck der Betriebsratsanhörung verfehlt würde. Der Arbeitgeber darf ihm bekannte Umstände, die sich bei objektiver Betrachtung zugunsten des Arbeitnehmers auswirken können, dem Betriebsrat nicht deshalb vorenthalten, weil sie für seinen eigenen Kündigungsentschluss nicht von Bedeutung waren (BAG v. 5.12.2019 – 2 AZR 240/19, NZA 2020, 646; v. 22.9.2016 – 2 AZR 700/15, NZA 2017, 304 = NJW 2017, 684; v. 16.7.2015 – 2 AZR 15/15, BAGE 152, 118 = NZA 2016, 99 = NJW 2016, 588; v. 23.10.2014 – 2 AZR 736/13, NZA 2015, 476 = NJW 2015, 1469). In diesem Sinne ist die Betriebsratsanhörung – ausgehend vom subjektiven Kenntnisstand des Arbeitgebers – auch objektiv, dh durch Sinn und Zweck der Anhörung determiniert (BAG v. 22.9.2016 – 2 AZR 700/15, NZA 2017, 304 = NJW 2017, 684; v. 16.7.2015 – 2 AZR 15/15, BAGE 152, 118 = NZA 2016, 99 = NJW 2016, 588). Bei der verhaltensbedingten Kündigung kann deshalb auf die Mitteilung der „Sozialdaten“ des Arbeitnehmers nicht deshalb verzichtet werden, weil sie für den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers ohne Bedeutung waren (BAG v. 5.12.2019 – 2 AZR 240/19, NZA 2020, 646; v. 23.10.2014 – 2 AZR 736/13, NZA 2015, 476 = NJW 2015, 1469). Der Wirksamkeit einer auf Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers gestützten Kündigung steht das Unterlassen der Angabe von dessen genauen „Sozialdaten“ bei der Betriebsratsanhörung deshalb nur dann nicht entgegen, wenn es dem Arbeitgeber auf diese ersichtlich nicht ankommt und der Betriebsrat jedenfalls die ungefähren Daten ohnehin kennt; er kann dann die Kündigungsabsicht des Arbeitgebers auch so ausreichend beurteilen (BAG v. 5.12.2019 – 2 AZR 240/19, NZA 2020, 646; v. 23.10.2014 – 2 AZR 736/13, NZA 2015, 476 = NJW 2015, 1469).

[44] Der Arbeitgeber trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine ordnungsgemäße Anhörung erfolgt ist (BAG v. 10.12.2020 – 2 AZN 82/20, NZA 2021, 518 = NJW 2021, 490; v. 8.5.2014 – 2 AZR 1005/12, NZA 2015, 889).

[45] b) Unter Berücksichtigung dieser Umstände war die Betriebsratsanhörung im vorliegenden Fall ordnungsgemäß. Die Bekl. hat den Betriebsrat schriftlich unter dem 21.10.2019 umfassend über die gegenüber dem Kl. erhobenen Vorwürfe informiert. Sie hat im Anhörungsschreiben im Einzelnen die angeblich vom Kl. getätigten Äußerungen aufgeführt. Ebenso hat sie – soweit es ihr aufgrund ihres Kenntnisstands möglich war – die einzelnen Tatvorwürfe zeitlich eingeordnet. Soweit die Bekl. in der Anhörung betreffend den Vorfall „Gaskammer“ den 9.1.2019 als Tattag angegeben hat, obwohl die streitige Äußerung am 8.1.2019 gefallen sein soll, handelt es sich um einen offenkundigen Schreibfehler, der den Sachverhalt an sich nicht in einem anderen Licht erscheinen lässt. Die fehlende zeitliche Eingrenzung der sonstigen behaupteten Äußerungen des Kl. steht unter Berücksichtigung der subjektiven Determinierung der Wirksamkeit der Betriebsratsanhörung ebenfalls nicht entgegen. Die Bekl. hat dem Betriebsrat die Tatsachen mitgeteilt, die sie von den von ihr befragten Mitarbeitern erhalten hat. Soweit diese keine genauen Daten angegeben haben, konnte die Bekl. dem Betriebsrat auch keine mitteilen.

[46] Entgegen der Ansicht des *ArbG* ist die Betriebsratsanhörung nicht deswegen unwirksam, weil die Bekl. den Betriebsrat nicht über die Einzelheiten der Anhörung des Schwerbehindertenvertreters informiert hat. Die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers im Rahmen von § 102 I 2

BetrVG reicht nicht so weit wie seine Darlegungslast im Prozess (*BAG v. 7.5.2020 – 2 AZR 678/19, NZA 2020, 1110 = NJW 2020, 2656; v. 26.3.2015 – 2 AZR 417/14, NZA 2015, 1083*). Der notwendige Inhalt der Unterrichtung richtet sich vielmehr nach Sinn und Zweck des Beteiligungsrechts, dem Betriebsrat die Möglichkeit zu geben, die Stichhaltigkeit und Gewichtigkeit der Kündigungsgründe zu beurteilen und sich über sie eine eigene Meinung bilden zu können (*BAG v. 7.5.2020 – 2 AZR 678/19, NZA 2020, 1110 = NJW 2020, 2656*).

[47] Bei der Frage, ob und wie die Schwerbehindertenvertretung angehört wird (worden ist), handelt es sich nicht um „Gründe für die Kündigung“ iSd § 102 I 2 BetrVG. Deshalb musste die Bekl. hierzu keine Ausführungen machen. Ein solches Erfordernis überdehnte die Zwecke des Anhörungsverfahrens und liefe darauf hinaus, dem Gremium die – objektive – Überprüfung der Wirksamkeit der beabsichtigten Kündigung zu ermöglichen (vgl. *BAG v. 7.5.2020 – 2 AZR 678/19, NZA 2020, 1110 = NJW 2020, 2656*).

[48] Die Betriebsratsanhörung ist auch nicht deswegen unwirksam, weil die Bekl. dem Betriebsrat mitgeteilt hat, der Kl. habe in dem Anhörungsgespräch vom 17.1.2019 erklärt, er könne sich an nichts erinnern. Abgesehen davon, dass die Betriebsratsmitglieder I und C an dem Gespräch vom 17.1.2019 teilgenommen haben und der Betriebsrat damit über den Inhalt der vom Kl. abgegebenen Erklärungen im Bilde war, liegt keine bewusste Irreführung des Betriebsrats vor. Allein dadurch, dass die Bekl. die Bemerkung des Kl. in die Anhörung aufgenommen hat, die Fremdfirmenmitarbeiter wollten ihn absägen, um seine Stelle zu erhalten, ergibt sich ausreichend deutlich, dass sich der Kl. gegen die Anschuldigungen wehren wollte.

[49] Ebenso ist die Betriebsratsanhörung nicht deswegen unwirksam, weil die Bekl. in ihr die vom Kl. erhobene Behauptung, der Zeuge D habe eine Affinität zum Nationalsozialismus, da er dem Kl. am 24.12.2018 eine WhatsApp mit einem Konterfei von *Adolf Hitler* im Hintergrund zugesandt habe, nicht aufgenommen hat. Die Frage, ob Herr D dem Kl. ein Bild mit dem Konterfei von *Adolf Hitler* zugesandt hat, war aus subjektiver Sicht der Bekl. für das Bestehen eines Kündigungsgrundes irrelevant. Eine Informationspflicht hinsichtlich dieses Punktes bestand nicht. Dies gilt auch dann, wenn berücksichtigt wird, dass der Arbeitgeber ihm bekannte Umstände, die sich bei objektiver Betrachtung zugunsten des Arbeitnehmers auswirken können, dem Betriebsrat nicht deshalb vorenthalten darf, weil sie für seinen eigenen Kündigungsentschluss nicht von Bedeutung waren. Die Behauptung des Kl., der Zeuge D habe eine Affinität zum Nationalsozialismus relativiert in keiner Weise die ihm vorgeworfenen Pflichtverletzungen durch rassistische und ausländerfeindliche Äußerungen gegenüber Arbeitskollegen.

[50] c) Die Kündigung vom 25.10.2019 ist nicht vor dem Ablauf der Stellungnahmefrist des Betriebsrats erklärt worden.

[51] aa) Hat der Betriebsrat gegen eine ordentliche Kündigung Bedenken, muss er diese unter Angaben von Gründen dem Arbeitgeber spätestens innerhalb einer Woche schriftlich mitteilen (§ 102 II 1 BetrVG). Innerhalb derselben Frist kann der Betriebsrat der ordentlichen Kündigung aus den in § 102 III BetrVG abschließend aufgezählten Gründen widersprechen. Eine vor Ablauf der Wochenfrist ausgesprochene Kündigung ist nach § 102 I 3 BetrVG unwirksam.

[52] Der Betriebsrat muss mit seiner Äußerung allerdings nicht bis zum Fristablauf warten. Er kann bereits vor diesem Zeitpunkt zur mitgeteilten Kündigungsabsicht des Arbeitgebers abschließend Stellung nehmen. Das Beteiligungsverfahren ist mit Eingang einer solchen Äußerung vorzeitig beendet und der Arbeitgeber kann die Kündigung umgehend erklären (*BAG v. 25.5.2016 – 2 AZR 345/15, BAGE 155, 181 = NZA 2016, 1140; v. 23.10.2014 – 2 AZR 736/13, NZA 2015, 476 = NJW 2015, 1469*). Einer Äußerung des Betriebsrats während des Anhörungsverfahrens nach § 102 BetrVG kommt indes nur dann fristverkürzende Wirkung zu, wenn ihr der Arbeitgeber unzweifelhaft entnehmen kann, dass es sich um eine abschließende Stellungnahme handelt. Erklärt der Betriebsrat dies nicht ausdrücklich, ist der Inhalt seiner Mitteilung durch Auslegung entsprechend §§ 133, 157 BGB zu ermitteln (*BAG v. 25.5.2016 – 2 AZR 345/15, BAGE 155, 181 = NZA 2016, 1140*). Diese muss eindeutig ergeben, dass der Betriebsrat sich bis zum Ablauf der Anhörungsfrist nicht noch einmal – und sei es „nur“ zur Ergänzung der Begründung seiner bereits eröffneten Entschließung – äußern möchte. Der Arbeitgeber muss aufgrund der bisherigen Äußerung des Betriebsrats davon ausgehen können, dieser werde unter keinen Umständen mehr tun als bereits geschehen (*BAG v. 25.5.2016 – 2 AZR 345/15, BAGE 155, 181 = NZA 2016, 1140; v. 24.6.2004 – 2 AZR 461/03, NZA 2004, 1330*). Für die Annahme einer vorfristig abgegebenen verfahrensbeendenden Äußerung bedarf es besonderer Anhaltspunkte. Solche besonderen Anhaltspunkte liegen regelmäßig vor, wenn der Betriebsrat dem Arbeitgeber mitteilt, er stimme der beabsichtigten Kündigung ausdrücklich und vorbehaltlos zu oder erklärt, von einer Äußerung zur Kündigungsabsicht abzusehen. In anderen Fällen wird der Arbeitgeber nur von einer abschließenden Stellungnahme ausgehen können, wenn aus seiner Sicht eine weitere Äußerung des Betriebsrats zur Kündigungsabsicht ausgeschlossen ist. Dazu ist es nicht ausreichend, dass der Betriebsratsvorsitzende dem Arbeitgeber das Ergebnis der Beschlussfassung des Gremiums mitgeteilt hat; dies schließt für sich allein genommen eine erneute Beschlussfassung des Betriebsrats oder eine Ergänzung der mitgeteilten Beschlussgründe durch den Vorsitzenden nicht aus. Fehlt es an sicheren Anhaltspunkten dafür, dass sich der Betriebsrat in keinem Fall mehr zur Kündigungsabsicht äußern wird, muss der Arbeitgeber, sofern er die Kündigung vor Ablauf der Wochenfrist erklären will, beim Betriebsratsvorsitzenden nachfragen und um entsprechende Klarstellung bitten. Auf dessen Erklärung darf er sich verlassen (*BAG v. 25.5.2016 – 2 AZR 345/15, BAGE 155, 181 = NZA 2016, 1140*).

[53] bb) Hiernach lag im vorliegenden Fall am 25.10.2019 eine abschließende schriftliche Stellungnahme des Betriebsrats vor. Zweifel daran, dass es sich bei der vor Ablauf der Wochenfrist abgegebenen Stellungnahme um eine abschließende Stellungnahme gehandelt hat, bestehen nicht. Der Betriebsrat hat seine Äußerung selbst als „Abschließende Stellungnahme“ gekennzeichnet. Die im Anschluss an die Stellungnahme erklärte Kündigung vom 25.10.2019 war zulässig.

[54] 5. Die Kündigung ist auch nicht deswegen unwirksam, weil die Bekl. die bei ihr gebildete Schwerbehindertenvertretung vor dem Ausspruch der Kündigung nicht ordnungsgemäß beteiligt hat.

[55] a) § 178 II 1 SGB IX schreibt vor, dass der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren, unverzüglich und umfassend zu

unterrichten und vor einer Entscheidung anzuhören hat. Nach § 178 II 3 SGB IX ist die Kündigung eines schwerbehinderten Menschen unwirksam, die ohne eine Beteiligung nach S. 1 ausgesprochen wird. Zuständig ist grundsätzlich die örtliche Schwerbehindertenvertretung. Die umfassende Information verlangt, dass die Schwerbehindertenvertretung in demselben Umfang zu unterrichten ist wie der Betriebsrat gem. § 102 I 2 BGB (*BAG v. 13.12.2018 – 2 AZR 378/18, BAGE 164, 360 = NZA 2019, 305 = NJW 2019, 1016; ErfK/Rolfs 21. Aufl. 2021, § 178 SGB IX Rn. 9*). Hinsichtlich der Stellungnahmefristen enthält das Gesetz seit Einführung der Unwirksamkeitsfolge eine planwidrige Regelungslücke. Sie ist durch eine analoge Anwendung von § 102 II BetrVG zu schließen (*BAG v. 13.12.2018 – 2 AZR 378/18, BAGE 164, 360 = NZA-RR 2019, 231*). Das hat zur Folge, dass die Schwerbehindertenvertretung etwaige Bedenken gegen eine beabsichtigte ordentliche Kündigung spätestens innerhalb einer Woche mitzuteilen hat. Einer ausdrücklichen Fristsetzung seitens des Arbeitgebers bedarf es nicht. Das Anhörungsverfahren ist beendet, wenn die Frist zur Stellungnahme durch die Schwerbehindertenvertretung abgelaufen ist oder eine das Verfahren abschließende Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung vorliegt (*BAG v. 13.12.2018 – 2 AZR 378/18, BAGE 164, 360 = NZA-RR 2019, 231*).

[56] b) Bei der Wahl einer Schwerbehindertenvertretung sind eine Vertrauensperson und nach § 177 I 1 SGB IX wenigstens ein stellvertretendes Mitglied zu wählen. Die Wahl eines Stellvertreters ist jedoch keine zwingende Voraussetzung für die gültige Wahl der Vertrauensperson. Dementsprechend wird auch nach § 7 III SchwbVWO die Wahl nicht abgesagt, wenn für die Wahl des Stellvertreters kein Vorschlag eingeht (*Neumann/Pablen/Greiner/Winkler/Jabben, SGB IX, 14. Aufl. 2020, § 177 Rn. 19*). Ist eine Gesamtschwerbehindertenvertretung gewählt, ist diese nach § 180 VI 1 Hs. 1 SGB IX in Angelegenheiten zuständig, die das Gesamtunternehmen oder mehrere Betriebe des Arbeitgebers betreffen und von den Schwerbehindertenvertretungen der einzelnen Betriebe nicht geregelt werden können. In § 180 VI 1 Hs. 2 SGB IX ist der Gesamtschwerbehindertenvertretung zudem ein gesetzlicher Vertretungsauftrag für die schwerbehinderten Menschen in vertretungslosen Betrieben des Unternehmens zugewiesen. Der Gesamtschwerbehindertenvertretung kommt damit kraft Gesetzes das Mandat zu, das eine gewählte örtliche Schwerbehindertenvertretung innehätte (*BAG v. 4.11.2015 – 7 ABR 62/13, BAGE 153, 187 = NZA-RR 2016, 191; vgl. Neumann/Pablen/Greiner/Winkler/Jabben, SGB IX § 180 Rn. 12*). Wird einem schwerbehinderten Arbeitnehmer in einem Betrieb ohne Schwerbehindertenvertretung gekündigt, so muss zur Vermeidung der Unwirksamkeit der Kündigung damit zuvor die zuständige Gesamtschwerbehindertenvertretung angehört werden.

[57] c) Die Bekl. hat vor dem Ausspruch der Kündigung zutreffender Weise den Gesamtschwerbehindertenvertreter K beteiligt. Eine Beteiligung des gewählten örtlichen Schwerbehindertenvertreters N war nicht möglich. Ein Vertreter des örtlichen Schwerbehindertenvertreters existiert nicht. Dies steht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zur Überzeugung der Kammer fest.

[58] Die Bekl. hat behauptet, eine Beteiligung der örtlichen Schwerbehindertenvertretung sei vor der Kündigung des Kl. nicht möglich gewesen, da der örtliche Schwerbehindertenvertreter N seit Januar 2019 dauererkrankt, mit Ablauf des 30.9.2019 ausgeschieden und eine Stellvertreter nicht gewählt sei. Die in der mündlichen Verhandlung vom 10.12.2020 zeugenschaftlich vernommene Personalleiterin der

Bekl., Frau D, hat diesen Vortrag bestätigt und bekundet, sie wisse, dass Herr N erkrankt gewesen und nicht wieder zurückgekehrt sei. Er sei als Schwerbehindertenvertreter nicht wieder tätig geworden. Sie habe sich sodann bei dem Betriebsrat nach dem zuständigen Schwerbehindertenvertreter erkundigt, der ihr mitgeteilt habe, dass aufgrund des Ausfalls des Herrn N des Gesamtschwerbehindertenvertreter K zuständig gewesen sei. Daher habe sie sich mit Herrn K in Verbindung gesetzt, der ihr dies ebenfalls bestätigt habe.

[59] Aufgrund dieser glaubhaften Aussage steht für die Kammer fest, dass der eigentlich zuständige Schwerbehindertenvertreter N zum Zeitpunkt der Anhörung im Oktober 2019 aufgrund seines Ausscheidens nicht mehr angehört werden konnte und Herr K dessen Aufgaben wahrgenommen hat. Damit steht ebenfalls fest, dass die Bekl. ihr Anhörungsschreiben zutreffender Weise an Herrn K gerichtet hat. Anhaltspunkte dafür, dass es neben Herrn N einen weiteren – stellvertretenden – örtlichen Schwerbehindertenvertreter gegeben hat, der hätte beteiligt werden müssen, liegen nicht vor. Mit dem Ausscheiden des Herrn N ist die örtliche Schwerbehindertenvertretung entfallen. Spätestens zu diesem Zeitpunkt sind deren Aufgaben auf den Zeugen K übergegangen.

[60] d) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht darüber hinaus zur Überzeugung der Kammer fest, dass Herrn K das Anhörungsschreiben vom 21.10.2019 am 21.10.2019 zugegangen ist. Der Zeuge K hat im Rahmen seiner Vernehmung Einblick in den Mailverkehr genommen und eindeutig erklärt, es handele sich um den Mailverkehr, der zwischen ihm und Frau D geführt worden sei. Er hat zudem bekundet, er habe das Anhörungsschreiben am 21.10.2019 erhalten. Auch habe er seitens der Bekl. Anlagen erhalten, die er sich angeschaut habe. Er habe dann per Mail mitgeteilt, dass der Kl. nicht wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt worden sei, weswegen die Sache für ihn erledigt gewesen sei.

[61] Unter Berücksichtigung dieser Aussage und unter Würdigung des zur Gerichtsakte gereichten E-Mail-Verkehrs zwischen der Zeugin D und dem Zeugen K steht mit hinreichender Sicherheit fest, dass Herr K am 21.10.2019 das Anhörungsschreiben vom selben Tag erhalten hat. Ausweislich des – als authentisch bezeichneten – Mail-Verkehrs hat Frau D Herrn K am 21.10.2019 um 19:08 Uhr die „Anlagen zu den Anhörungen zur ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung von C“ zukommen lassen. Bereits aus dieser Formulierung ergibt sich, wie der Zeuge auch bestätigt hat, dass ihm zuvor auch die Anhörung selbst zugegangen ist. Die von der Bekl. erstinstanzlich zur Gerichtsakte gereichte Anhörung vom 22.10.2019 ändert an dieser Wertung nichts, auch wenn ihre Erklärung, es habe sich dabei um einen Entwurf gehandelt, angesichts der Datierung auf den 22.10.2019 schwer nachvollziehbar ist. Dies ist jedoch nicht entscheidend. Die Tatsache, dass dem Zeugen K die Anhörung am 21.10.2019 zugegangen ist, spricht für die Kammer ausreichend sicher dafür, dass er das Anhörungsschreiben vom 21.10.2019 erhalten hat.

[62] e) Die schriftliche Anhörung vom 21.10.2019 ist ordnungsgemäß. Die Bekl. schildert darin die von ihr behaupteten Äußerungen des Kl. und deren zeitliche Eingrenzung, soweit sie ihr bekannt waren. Unerheblich, und daher nicht durch Zeugeneinvernahme aufzuklären war, ob der Kl., wie die Bekl. in der Anhörung behauptet, im Gespräch am 17.1.2019 erklärt hat, er könne sich an nichts erinnern, oder ob er dort erklärt hat, er bestreite die Vorwürfe. Die einzige



inhaltliche Aussage des Kl., die Fremdfirmenmitarbeiter wollten ihn „absägen“, um eine Festanstellung bei der Bekl. zu erhalten, hat die Bekl. im Anhörungsschreiben angegeben. Aus diesem Verteidigungsverhalten des Kl. ergibt sich auch ein Bestreiten der Vorwürfe. Soweit in dieser Anhörung – ebenso wie in der Betriebsratsanhörung – der behauptete Vorfall vom 8.1.2019 fehlerhaft auf den 9.1.2019 datiert ist, handelt es sich um einen unschädlichen Schreibfehler.

[63] f) Die Kündigung ist nicht vor Abgabe einer abschließenden Stellungnahme des Herrn K erklärt worden. Die per E-Mail abgegebene Stellungnahme des Herrn K vom 25.10.2019 war abschließend. Zwar hat Herr K dies nicht ausdrücklich formuliert, dies ergibt sich jedoch aus den Umständen. Der Zeuge K hat im Rahmen seiner Zeugeneinvernahme bekundet, er habe das Anhörungsschreiben am 21.10.2019 erhalten und sich nicht äußern wollen. Dies habe er Frau D mündlich mitgeteilt, die ihn gebeten habe, dies schriftlich zum Ausdruck zu bringen. Deswegen habe er seine E-Mail vom 25.10.2019 formuliert und abgesendet. Damit sei die Sache für ihn erledigt gewesen.

[64] Danach steht fest, dass es sich bei der per E-Mail erklärten Stellungnahme des Herrn K vom 25.10.2019 um eine abschließende Stellungnahme gehandelt hat. Die Bekl. musste nicht mit einer ergänzenden Stellungnahme rechnen. Herr K hat damit – nachdem er bereits zuvor mündlich gegenüber Frau D geäußert hat, er wolle keine Stellungnahme abgeben – klargestellt, dass er sich zu der Sache nicht inhaltlich äußern werde, da kein Zusammenhang mit der Schwerbehinderung des Kl. bestehe. Die im Anschluss an diese Stellungnahme erklärte Kündigung war zulässig.

[65] 6. Die Kündigung ist nicht sozial ungerechtfertigt iSd § 1 II KSchG. Sie ist vielmehr durch Gründe bedingt, die im Verhalten des Kl. liegen.

[66] a) Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet das Kündigungsschutzgesetz Anwendung, da der Kl. länger als sechs Monate im Betrieb der Bekl. beschäftigt ist und die Bekl. regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt.

[67] b) Ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund liegt vor. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht fest, dass der Kl. sowohl am 8.1.2019 in der Werkstattküche als auch bereits mehrfach zuvor beleidigende, menschenverachtende und rassistische Äußerungen gegenüber ausländischen Mitarbeitern eines bei der Bekl. eingesetzten Fremdunternehmens getätigt hat.

[68] aa) Eine Kündigung iSv § 1 II 1 KSchG ist durch Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers bedingt und damit nicht sozial ungerechtfertigt, wenn dieser seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten erheblich und in der Regel schuldhaft verletzt hat, eine dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten steht und dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers über die Kündigungsfrist hinaus in Abwägung der Interessen beider Vertragsteile nicht zumutbar ist (BAG v. 30.7.2020 – 2 AZR 43/20, NZA-RR 2020, 599; v. 7.5.2020 – 2 AZR 619/19, NZA 2020, 1022 = NJW 2020, 2428; v. 15.12.2016 – 2 AZR 42/16, NZA 2017, 703 = NJW 2017, 1833). Auch eine erhebliche Verletzung der den Arbeitnehmer gem. § 241 II BGB treffenden Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Arbeitgebers kann – je nach den Umständen des Einzelfalls – eine Kündigung rechtfertigen (BAG v. 30.7.2020 – 2 AZR 43/20, NZA-RR 2020, 599; v. 5.12.2019 – 2 AZR 240/19, NZA 2020, 646; v. 15.12.2016 – 2 AZR 42/16, NZA 2017, 703 =

NJW 2017, 1833; v. 19.11.2015 – 2 AZR 217/15, NZA 2016, 540). Dabei kommen grundsätzlich verhaltensbedingte Umstände, die an sich dazu geeignet sind, einen wichtigen Grund iSd § 626 I BGB darzustellen, ebenso als verhaltensbedingte Gründe iSd § 1 II 1 KSchG in Betracht (LAG Rheinland-Pfalz v. 18.2.2019 – 3 Sa 308/18, BeckRS 2019, 20970).

[69] Rassistische und / oder volksverhetzende sowie ausländerfeindliche Äußerungen eines Arbeitnehmers, die er im Betrieb über Kollegen oder Dritte tätigt, sind an sich geeignet, sogar einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung iSd § 626 I BGB darzustellen (vgl. nur LAG Nürnberg v. 7.11.2017 – 7 Sa 400/16, BeckRS 2017, 143389; Schaub/Linck, ArbR-Hdb., 18. Aufl. 2019, § 127 Rn. 80). Maßgeblich sind die durch das ausländerfeindliche Verhalten eintretenden Störungen des Vertragsverhältnisses. Ausländerfeindliche Äußerungen sind nicht durch das Recht auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 GG) gedeckt. Die Meinungsfreiheit findet ihre Schranken in den allgemeinen Gesetzen und dem Recht der persönlichen Ehre (Art. 5 II GG). Sie muss stets zurücktreten, wenn die fragliche Äußerung die Menschenwürde eines anderen antastet, weil diese als Wurzel aller Grundrechte mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig ist (Gallner/Mestwerdt/Nägele-Zimmermann, Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl. 2021, KSchG § 1 Rn. 401). In der Äußerung rassistischer, volksverhetzender oder ausländerfeindlicher Erklärungen liegt ein erheblicher Verstoß gegen die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 II BGB. Die strafrechtliche Bewertung der diskriminierenden Äußerung ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Eine Abmahnung ist bei ausländerfeindlichem Verhalten am Arbeitsplatz in der Regel entbehrlich (LAG Hamm v. 11.11.1994 – 10 [19] Sa 100/94, NZA 1995, 994 Ls. = BeckRS 9998, 81389; Gallner/Mestwerdt/Nägele-Zimmermann, KSchG § 1 Rn. 402).

[70] bb) Ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund ist im vorliegenden Fall gegeben. Der Kl. hat sowohl am 8.1.2019 als auch mehrfach zu vorherigen – wenn auch zeitlich nicht näher eingegrenzten – Zeitpunkten schwere rassistische und beleidigende Äußerungen gegenüber ausländischen Mitarbeitern eines Fremdunternehmens getätigt.

[71] Dies steht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zur Überzeugung der Kammer fest.

[72] (1) Gemäß § 286 I 1 ZPO hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer gegebenenfalls durchgeführten Beweisaufnahme nach seiner freien Überzeugung darüber zu befinden, ob es eine tatsächliche Behauptung für wahr erachtet oder nicht. Nach § 286 II ZPO ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen an gesetzliche Beweisregeln gebunden. Die Beweiswürdigung ist also auf eine individuelle Würdigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahme zu gründen, sie muss vollständig, widerspruchsfrei und umfassend sein. Nach § 286 I ZPO ist Ziel der Würdigung die Beantwortung der Frage, ob eine streitige Behauptung als erwiesen angesehen werden kann, dh das Gericht von der Wahrheit der behaupteten Tatsache überzeugt ist. Ein bloßes Glauben, Wähnen, Fürwahrscheinlichhalten berechtigt das Gericht nicht zur Bejahung des streitigen Tatbestandsmerkmals, umgekehrt ist es nicht verpflichtet, entgegen seiner Überzeugung von einem objektiv wahrscheinlichen Sachverhalt auszugehen (Zöller/Greger, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 286 Rn. 18/19). Absolute Gewissheit ist nicht zu verlangen. Für die volle

Überzeugungsbildung nach § 286 I ZPO ist ausreichend, dass ein für das praktische Leben brauchbarer Grad an Gewissheit erreicht ist, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig ausschließen zu müssen (*BAG v. 25.4.1018 – 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405; v. 16.7.2015 – 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161; BGH v. 18.10.2017 – VIII ZR 32/16, NJW 2018, 150; LAG Düsseldorf v. 19.2.2019 – 3 Sa 559/17, NZA-RR 2019, 530 Ls. = BeckRS 2019, 17353*). Soll ein Vortrag mittels Indizien bewiesen werden, hat das Gericht zu prüfen, ob es die vorgetragenen Hilfsstatsachen – ihre Richtigkeit unterstellt – von der Wahrheit der Haupttatsache überzeugen. Es hat die insoweit maßgebenden Umstände vollständig und verfahrensrechtlich einwandfrei zu ermitteln und alle Beweisanzeichen erschöpfend zu würdigen. Dabei sind die Tatsacheninstanzen allerdings grundsätzlich frei darin, welche Beweiskraft sie den behaupteten Indiztatsachen im Einzelnen und in einer Gesamtschau beimessen (*BAG v. 25.4.2018 – 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405; LAG Düsseldorf v. 19.2.2019 – 3 Sa 559/17, NZA-RR 2019, 530 Ls. = BeckRS 2019, 17353*).

[73] Bei der Analyse der Glaubhaftigkeit einer spezifischen Aussage ist nach den allgemein anerkannten Grundsätzen der forensischen Aussagepsychologie von der sogenannten Nullhypothese auszugehen (vgl. dazu *BGH v. 30.7.1999 – 1 StR 618/98, BGHSt 45, 164 = NJW 1999, 2746 = NStZ 2000, 100*). Dies bedeutet, dass im Ansatz davon auszugehen ist, dass die Glaubhaftigkeit einer Aussage positiv begründet werden muss (*OLG Karlsruhe v. 14.11.1997 – 10 U 169/97, NJW-RR 1998, 789*). Erforderlich ist deshalb eine Inhaltsanalyse, bei der die Aussagequalität zu prüfen ist. Es geht um die Ermittlung von Kriterien der Wahrhaftigkeit (vgl. *BAG v. 3.11.1987 – VI ZR 95/87, NJW 1988, 566 = NZV 1988, 13*). Zur Durchführung der Analyse der Aussagequalität existieren Merkmale, die die Überprüfung ermöglichen, ob die Angaben auf tatsächlichem Erleben beruhen, sogenannte „Realkennzeichen“ oder ob sie ergebnisbasiert sind. Das Vorhandensein dieser Real- oder Glaubwürdigkeitskennzeichen gilt als Hinweis für die Glaubhaftigkeit der Angaben (vgl. *BGH v. 30.7.1999 – 1 StR 618/98, BGHSt 45, 164 = NJW 1999, 274*). Bei einmaligen Aussagen kann auch eine Motivationsanalyse durchgeführt werden (vgl. *OLG Karlsruhe v. 4.8.2006 – 2 UF 270/05, BeckRS 2006, 10839*).

[74] (2) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist die Kammer aufgrund der Aussagen der Zeugen *D*, *C* und *F* zu der Auffassung gelangt, der Kl. habe am 8.1.2019 in der Werkstattküche gegenüber dem Zeugen *F* erklärt, er habe sich zu Weihnachten eine Gaskammer gewünscht, diese jedoch nicht erhalten. Weiter hat er erklärt, Türken solle man ins Feuer werfen und ihnen den Kopf abschlagen. Zur Überzeugung der Kammer steht des Weiteren fest, dass der Kl. auch bereits vor dem Vorfall am 8.1.2019 zumindest die Zeugen *C* und *D* als „Ölaugen“, „Nigger“ und „meine Untertanen“ beschimpft hat.

[75] (3) Der Zeuge *D* hat im Rahmen seiner Vernehmung bekundet, er könne sich noch deutlich an den Vorfall vom 8.1.2019 erinnern. Der Kl. habe auf die Frage des Zeugen *F*, was er zu Weihnachten bekommen habe, erklärt: „Ich habe mir eine Gaskammer gewünscht und habe die nicht gekriegt.“ Der Zeuge hat weiter ausgeführt, der Kl. habe dann gesagt, Türken sollte man ins Feuer schmeißen oder werfen, Türken solle man vergasen, Türken solle man erschlagen und da reinschmeißen. Der Zeuge hat weiter bekundet, es habe seitens des Kl. jeden Tag Beleidigungen wie zB die Bezeichnung der türkischen Mitarbeiter als „Ölaugen“ und „Untertanen“ gegeben. Ähnliches hat auch der Zeuge *C* im

Rahmen seiner Vernehmung bekundet. Er hat den bereits vom Zeugen *D* geschilderten Vorfall mit der Gaskammer bestätigt und auch den Zusammenhang, in dem diese Äußerung gefallen ist, nämlich die Frage des Zeugen *F* nach den erhaltenen Weihnachtsgeschenken. Der Zeuge *C* hat ebenfalls bekundet, vom Kl. als „Ölauge“ bezeichnet worden zu sein, ebenso wie die Äußerung des Kl. „Ihr seid meine Nigger“.

[76] Die Aussagen der Zeugen waren glaubhaft. Die Zeugen haben die Vorfälle anschaulich und ohne Zögern geschildert. Die Empörung über die ihnen gegenüber gemachten Äußerungen waren auch zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung, und damit fast zwei Jahre nach dem Vorfall vom 8.1.2019, noch spürbar und zeigte deutlich, dass die Zeugen tatsächlich Erlebtes berichteten. Der Zeuge *C* hat beispielsweise bekundet, er sei ehrlich wütend gewesen, habe jedoch nicht gewusst, wie er sich hätte zur Wehr setzen können. Der Zeuge *D*, der mit einer deutschen Frau verheiratet ist, hat seine Betroffenheit auch darüber zum Ausdruck gebracht, dass der Kl. erklärt habe, alle deutschen Frauen, die Türken heirateten, seien Schlampen.

[77] Die Zeugen haben darüber hinaus auch nachvollziehbar erklären können, warum sie sich länger nicht über den Kl. beschwert haben. Sie hätten als Mitarbeiter eines Leiharbeitsunternehmens Angst gehabt, den als attraktiv geschilderten Arbeitsplatz bei der Bekl. zu verlieren, wenn sie sich gegen den Kl. gewendet hätten. Zudem habe der Kl. sich im Betrieb geriert, als sei er unangreifbar. Beide Zeugen haben bekundet, der Kl. habe sich als jemand dargestellt, dem man „nichts könne“, da er einen Behindertenausweis habe und unkündbar sei.

[78] Die Zeugen waren auch glaubwürdig. Sie haben zwar erklärt, regelmäßig vom Kl. beleidigt worden zu sein und deutlich ihre Erleichterung darüber zum Ausdruck gebracht, dass dem Kl. aufgrund des Vorfalls vom 8.1.2019 – wie der Zeuge *D* erklärt hat – endlich mal „der Zahn gezogen“ worden sei, haben aber keinerlei Tendenzen erkennen lassen, den Kl. fälschlicherweise zu beschuldigen. Vielmehr haben sie auch positivere Aspekte betreffend des Kl. zum Ausdruck gebracht. Der Zeuge *C* hat beispielsweise auf den Einwand des Kl., er habe dem Zeugen geholfen und ihm Tricks beim Schweißen beigebracht, bekundet, dass dies richtig sei. Damit hat der Zeuge *C* deutlich gemacht, dass er die Situationen differenziert wahrgenommen hat; er bekundete: „Es ist richtig, dass Du mir beim Schweißen bestimmte Sachen beigebracht hast. Es ist richtig, dass er mir ein paar Tricks gezeigt hat. Das mit den Ölaugen hat der Kl. immer gesagt. Aber die Tricks hat er mir auch gezeigt, das stimmt.“ Die Behauptung des Kl., die Zeugen hätten ihn fälschlicherweise beschuldigt, weil sie seinen Arbeitsplatz hätten bekommen wollen, hat sich im Rahmen der Zeugenaussage nicht bestätigt. Anhaltspunkte für eine wahrheitswidrige Belastungstendenz der Zeugen liegen nicht vor.

[79] Die Glaubwürdigkeit der Zeugen wird auch nicht dadurch infrage gestellt, dass sie auf Nachfrage des Klägervertreters nicht mehr im Einzelnen mitteilen konnten, wie genau die Befragungen durch die Bekl. im Anschluss an den Vorfall vom 8.1.2019 abgelaufen sind, ob es eine oder mehrere Befragungen gab und wie viele Protokolle im Anschluss an die Befragung(en) unterschrieben wurden. Dass nach Ablauf von annähernd zwei Jahren ein solches Randgeschehen nicht mehr in allen Einzelheiten präsent ist, ist nachvollziehbar. Diesbezüglich haben die Zeugen auch freimütig eingeräumt, dass sie sich an einige Einzelheiten des Ablaufs nicht mehr

erinnern konnten. Kerngeschehen bleibt deutlich länger und konkreter in der Erinnerung haften als Randgeschehen, das schon zum damaligen Zeitpunkt als nicht relevant wahrgenommen worden ist.

[80] (4) Die Überzeugung der *Kammer* von der Richtigkeit der gegenüber dem Kl. erhobenen Vorwürfe – auch im Hinblick auf den Vorfall vom 8.1.2019 – wird nicht durch die Aussage des Zeugen *F* infrage gestellt.

[81] Der Zeuge *F* hat nicht bekundet, der Vorfall vom 8.1.2019 habe nicht stattgefunden, sondern im Rahmen seiner Zeugenvernehmung den vom Kl. verwendeten Begriff „Ölaugen“ bestätigt und im Übrigen erklärt, sich an weitere konkrete beleidigende Äußerungen nicht mehr erinnern zu können. Diese „Erinnerungslücken“ sind jedoch nicht glaubhaft. Der Zeuge *F* wirkte während seiner ganzen Aussage außerordentlich angespannt und unsicher. Er vermied jede Festlegung und versuchte dies damit zu begründen, er habe den Kl. nur morgens und abends, aber nicht den gesamten Tag über gesehen. Trotz seiner Unsicherheit hat er jedoch dem Grunde nach die Aussagen der Zeugen *D* und *C* bestätigt. Er hat, ohne Festlegung auf konkrete Begriffe, erklärt, die Äußerungen des Kl. gegenüber den ausländischen Mitarbeitern seien teilweise schlimm beleidigend gewesen. Dies hat er damit ergänzt, er sei teilweise gegangen, weil er an solchen Gesprächen nicht habe teilnehmen wollen. Zudem hat der Zeuge *F* den Kl. als Verantwortlichen der Beleidigungen identifiziert, indem er auf Nachfrage des Klägers erklärt hat, es habe ein rauer Ton geherrscht, der sehr einseitig vom Kl. an die anderen gerichtet gewesen sei.

[82] (5) Aufgrund dieser Aussagen steht zur Überzeugung der *Kammer* fest, dass der Kl. bereits vor dem Vorfall vom 8.1.2019 die Zeugen regelmäßig schwer beleidigt hat. Sowohl die Bezeichnung als „Ölaugen“ als auch die Bezeichnung als „Nigger“ oder „Untertanen“ sind nicht hinnehmbare beleidigende Äußerungen. Dies gipfelte nach Überzeugung der *Kammer* dann in der nationalsozialistisch menschenverachtenden Äußerung des Kl. vom 8.1.2019, er habe sich eine Gaskammer gewünscht, in die die Türken geworfen werden sollten. Diese Bemerkung reduziert die türkischen Arbeitskollegen auf lebensunwerte Wesen und stellt einen unmittelbaren Bezug zu den nationalsozialistischen Gräueltaten dar.

[83] Soweit der Kl. die Verwendung der Bezeichnung „Ölauge“ in der mündlichen Verhandlung damit hat erklären wollen, dass es sich bei einem „Ölauge“ um einen technischen Begriff handele und es im Bereich der Maschinen der Bekl. „Ölaugen“ gebe, auf die man achten müsse, verfängt dies nicht, sondern stellt vielmehr einen untauglichen Versuch dar, von dem durch die Zeugen geschilderten Zusammenhang abzulenken. Die von den Zeugen geschilderten Vorfälle bezogen sich nicht auf eine technische Diskussion. Die Tatsache, dass der Begriff „Ölauge“ auch in einem technischen Sinne verstanden werden kann, ändert nichts an der Verwendung des Begriffs als Beleidigung im vorliegenden Fall.

[84] c) Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Die Umstände, anhand derer

zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumutbar ist oder nicht, lassen sich nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung – etwa im Hinblick auf das Maß eines durch sie bewirkten Vertrauensverlusts und ihre wirtschaftlichen Folgen-, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf (*BAG* v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, *BAGE* 134, 349 = *BAGE* 134, 350 = *NZA* 2010, 1227 = *NJW* 2011, 167). Eine Kündigung scheidet aus, wenn schon mildere Mittel und Reaktionen vonseiten des Arbeitgebers – wie etwa eine Abmahnung – geeignet gewesen wären, beim Arbeitnehmer künftige Vertragstreue zu bewirken (*BAG* v. 15.12.2016 – 2 AZR 42/16, *NZA* 2017, 703 = *NJW* 2017, 1833; v. 19.11.2015 – 2 AZR 217/15, *NZA* 2016, 540).

[85] Als mildere Reaktion bei einer ordentlichen Kündigung ist insbesondere die Abmahnung anzusehen. Sie ist dann alternatives Gestaltungsmittel, wenn schon sie geeignet ist, den mit der Kündigung verfolgten Zweck – die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen – zu erreichen (*BAG* v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, *NZA* 2010, 1227 = *NJW* 2011, 167). Die Notwendigkeit einer Prüfung, ob nicht schon eine Abmahnung ausreichend gewesen wäre, folgt aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (die Kündigung als ultima ratio) und trägt zugleich dem Prognoseprinzip bei der verhaltensbedingten Kündigung Rechnung (*BAG* v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, *NZA* 2010, 1227 = *NJW* 2011, 167). Das Erfordernis gilt auch bei Störungen im Vertrauensbereich. Es ist nicht stets und von vorneherein ausgeschlossen, verlorenes Vertrauen durch künftige Vertragstreue zurückzugewinnen (*BAG* v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, *NZA* 2010, 1227 = *NJW* 2011, 167). Einer Abmahnung bedarf es nach Maßgabe des auch in § 314 II iVm § 323 II BGB zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung auch nach Ausspruch einer Abmahnung nicht zu erwarten ist, oder die Pflichtverletzung so schwerwiegend ist, dass selbst deren erstmalige Hinnahe durch den Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und offensichtlich (auch für den Arbeitnehmer erkennbar) ausgeschlossen ist (*BAG* v. 13.12.2018 – 2 AZR 370/18, *NZA* 2019, 445 = *NJW* 2019, 1161; v. 15.12.2016 – 2 AZR 42/16, *NZA* 2017, 703 = *NJW* 2017, 1833; v. 19.11.2015 – 2 AZR 217/15, *NZA* 2016, 540).

[86] aa) Eine Abmahnung war im vorliegenden Fall entbehrlich. Das Fehlverhalten des Kl. ist derart schwerwiegend, dass es ohne Abmahnung geeignet ist, die fristgerechte Kündigung zu rechtfertigen. Ein Arbeitnehmer, der auf beleidigende und menschenverachtende Art Arbeitskollegen beschimpft, kann nicht damit rechnen, dass der Arbeitgeber sein solches Verhalten lediglich mit einer Abmahnung ahnden wird. Dies gilt selbst dann, wenn der unmittelbare Vorgesetzte des Kl. gegen beleidigende Äußerungen in der Vergangenheit nicht konsequent genug eingeschritten sein sollte. Die am 8.1.2019 gefallene Äußerung zum Weihnachtswunsch des Kl., eine Gaskammer zu erhalten, in die Türken geworfen werden sollen, ist so schwerwiegend, dass der Bekl. eine Abmahnung nicht zumutbar war (vgl. auch *BAG* v. 1.7.1999 – 2 AZR 676/98, *NZA* 1999, 1270; *Gallner/Mestwerdt/Nägele-Zimmermann*, *KSChG* § 1 Rn. 403).

[87] bb) Auch die abschließend vorzunehmende Interessenabwägung fällt zulasten des Kl. aus.



[88] (1) Eine verhaltensbedingte Kündigung ist nur dann sozial gerechtfertigt, wenn sie bei vollständiger Würdigung und Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien billigenwert und angemessen erscheint. Für die Frage, ob das Verhalten des Arbeitnehmers iSv § 1 II 1 KSchG eine Kündigung „bedingt“, gilt ein objektiver Maßstab. Maßgeblich ist nicht, ob ein bestimmter Arbeitgeber meint, ihm sei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten, und ob er weiterhin hinreichendes Vertrauen in einen Arbeitnehmer hat. Es kommt vielmehr darauf an, ob dem Kündigenden die Weiterbeschäftigung – bei einer ordentlichen Kündigung auch über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus – aus der Sicht eines objektiven und verständigen Betrachters unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zumutbar ist (BAG v. 19.11.2015 – 2 AZR 217/15, NZA 2016, 540; LAG Rheinland-Pfalz v. 5.11.2020 – 5 Sa 147/20, BeckRS 2020, 38965).

[89] (2) Im Streitfall kommt der Dauer des Arbeitsverhältnisses von ca. 38 Jahren ein besonderes Gewicht zu. Durch seine jahrzehntelange Arbeit im Betrieb der Bekl. hat sich der Kl. einen erheblichen sozialen Besitzstand erworben. Darüber hinaus ist zugunsten des Kl. sein Lebensalter von 55 Jahren ebenso zu berücksichtigen wie die Schwerbehinderung. Seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt dürften sich unter Berücksichtigung dieser Parameter als eher schlecht darstellen.

[90] Das Interesse des Kl., das Arbeitsverhältnis aufrechtzuerhalten, überwiegt jedoch, auch unter Berücksichtigung dieses besonders hohen sozialen Besitzstands, nicht das Interesse der Bekl. an der fristgemäßen Beendigung. Allein der Vorfall vom 8.1.2019 zeigt für sich betrachtet bereits eine derart menschenverachtende Einstellung des Kl. gegenüber den türkischstämmigen Beschäftigten, die es der Bekl. nicht zumutbar machen, den Kl. über den Ablauf der Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen. Dies gilt insbesondere auch deswegen, weil der Kl. vor seinen Äußerungen zur „Gaskammer“ in keiner Weise von anderen Mitarbeitern gereizt oder verbal angegriffen worden ist. Die Äußerung fiel vielmehr als Antwort auf die völlig unverfängliche Frage des Zeugen F, was der Kl. denn zu Weihnachten bekommen habe. Zudem ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Äußerung vom 8.1.2019 nicht um einen einmaligen Vorfall handelte. Vielmehr hat sich der Kl. bereits vor dem 8.1.2019 mehrfach und wiederholt zu erheblich beleidigenden Äußerungen gegenüber den türkischen Mitarbeitern hinreißen lassen, indem er diese als „Ölaugen“, „Nigger“ und „Untertanen“ bezeichnet hat. Zudem hat er – wie die Zeugen D und C ebenfalls bekundet haben – seine Stellung im Betrieb und den erworbenen hohen Besitzstand dazu benutzt, bei den türkischen Mitarbeitern den Eindruck zu erwecken, er sei unantastbar und könne für seine Äußerungen nicht belangt werden. Im Rahmen einer Gesamtwürdigung ist daher festzustellen, dass es der Bekl. trotz etwaiger erheblicher wirtschaftlicher Folgen für den Kl. nicht zumutbar ist, ein solches Arbeitsverhältnis dauerhaft aufrechtzuerhalten.

[91] 7. Das Arbeitsverhältnis hat damit unter Einhaltung der siebenmonatigen Kündigungsfrist gem. § 11 III Nr. 2 MTV Chemische Industrie iVm § 622 II Nr. 7 BGB mit Ablauf des 31.5.2020 sein Ende gefunden.

[92] 8. Aufgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Ablauf des 31.5.2020 hat der Kl. auch keinen Anspruch auf die von ihm begehrte tatsächliche Weiterbeschäftigung.

**Anm. d. Schriftlgt.:** Die fristlose Kündigung wegen Äußerung mit „Ugah, Ugah“ gegenüber Kollegen mit dunkler Hautfarbe behan-

delt BVerfG v. 2.11.2020 – 1 BvR 2727/19, NZA 2020, 1704 mAnm. Metz, NZA 2020, 1704. Zur außerordentlichen Kündigung wegen rassistischer Äußerungen s. LAG Baden-Württemberg v. 15.1.2020 – 4 Sa 19/19, NZA-RR 2020, 253 und zur Kündigung wegen rassistischer Äußerungen auf Facebook s. ArbG Mannheim v. 19.2.2016 – 6 Ca 190/15, NZA-RR 2016, 254. ■

## Kündigung aufgrund behördlich angeordneter Quarantäne

BGB §§ 138, 242, 613 IV; IfSG §§ 28, 30, 56 V 3, 75; ZPO § 256; ArbGG §§ 46 II, 61 I

**1. Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses wegen einer behördlich angeordneten häuslichen Quarantäne des Arbeitnehmers zum Zwecke des Infektionsschutzes aufgrund der Covid 19-Pandemie ist auch außerhalb der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes regelmäßig rechtsunwirksam.**

**2. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber aufgrund des verzögerten Eingangs einer schriftlichen behördlichen Bestätigung der Quarantäne diese bezweifelt und den Arbeitnehmer insofern der Drucksituation aussetzt, entweder gegen die behördliche Quarantäne zu verstoßen oder aber seinen Arbeitsplatz zu verlieren.**

ArbG Köln, Urt. v. 15.4.2021 – 8 Ca 7334/20

**Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer Kündigung außerhalb der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes im Zusammenhang mit einer behördlich angeordneten häuslichen Quarantäne zum Zwecke des Infektionsschutzes aufgrund der Covid 19-Pandemie.

Der Bekl. ist selbstständiger Dachdeckermeister und betreibt einen Dachdeckerbetrieb als Kleinbetrieb. Ein Betriebsrat besteht nicht. Der Kl. ist seit dem 2.6.2020 beim Bekl. als Monteur beschäftigt. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag wurde nicht geschlossen. Auf das Arbeitsverhältnis findet der allgemeinverbindliche Rahmentarifvertrag für das Dachdecker-Handwerk Anwendung. Das durchschnittliche Bruttomonatseinkommen des Kl. beträgt 2.888 Euro. Für den Monat Oktober 2020 hat der Kl. unter Einziehung von Überstunden einen Vergütungsanspruch iHv 2.943,33 Euro, welcher beklagenseitig nicht erfüllt wurde.

Der Kl. wohnt in einem Mehrfamilienhaus. In der zweiten Monatshälfte des Monats Oktober 2020 meldete sich das Gesundheitsamt der Stadt telefonisch beim Kl. und ordnete gegenüber diesem telefonisch eine häusliche Quarantäne aufgrund der des Maßnahmenkatalogs zur Eindämmung der Covid 19-Pandemie an. Hintergrund war, dass der Bruder der Freundin des Kl. positiv auf das SARS-CoV-2-Virus („Corona-Virus“) getestet worden war und der Kl. dem Gesundheitsamt der Stadt insofern als Kontaktperson mitgeteilt worden war. Der Kl. teilte dem Bekl. die behördlich angeordnete Quarantäne mit und dass er aufgrund dieser vorerst nicht zur Arbeitsleistung erscheinen könne. Der Bekl. bezweifelte gegenüber dem Kl. die behördliche Quarantäne-Anordnung und verlangte hierüber einen schriftlichen Nachweis. Einen solchen schriftlichen Nachweis konnte der Kl. dem Bekl. zunächst nicht vorlegen, da er selbst eine solche noch nicht von der Stadt erhalten hatte. Auch auf telefonische Nachfrage des Kl. beim Gesundheitsamt der Stadt wurde dem Kl. eine solche schriftliche Quarantäne-Anordnung zwar in Aussicht gestellt, aber noch nicht erteilt. Es kam zu einer umfangreichen Korrespondenz der hiesigen Parteien über den Kurznachrichtendienst „WhatsApp“, welche auszugsweise vom Kl. vorgelegt wurde. Auzugsweise heißt es hier, nach einer Frage des Bekl. bezüglich einer „Bescheinigung“:

Kl.: „Ich warte darauf, dass ich die bekomme“

Bekl.: „Wie lange noch! Sollen wir das Verhältnis besser trennen? Brauche keine Krankmacher“

Kl.: „Ich will ja auch nicht krankmachen. Ich kann auch nix dafür. Mich kotzt es selbst an. Habe mir das nicht sicherlich nicht ausgesucht. Bin den ganzen Tag schon am versuchen da anzurufen.“

Bekl.: „Und?“

Kl.: „Habe immer noch nix. Hoffe, dass es morgen kommt. Ich kann dir nur das vom Bruder von meiner Freundin schicken, dass du mir es glaubst.“

Bekl.: „..., du bist Kategorie 2! Deine Frau war beim Test! Negativ? Positiv? Wurdest du persönlich zur Quarantäne angeordnet? Es gibt Regeln, dass innerhalb 48 Stunden das vorliegt. Ich warte da nicht drauf. Was hat das Amt heute gesagt?“

Nachdem der Kl. der Folgezeit keine schriftliche Bestätigung des Gesundheitsamts vorlegen konnte, fertigte der Kl. unter dem 26.10.2020 ein Kündigungsschreiben, mit dem die Kündigung des Arbeitsverhältnisses „fristgerecht zum 8.11.2020“ erklärt wurde. Der Bekl. hat dieses Kündigungsschreiben nach eigenen Angaben gemeinsam mit seiner Lebensgefährtin am 27.10.2020 in den Briefkasten des Kl. in dem Mehrfamilienhaus eingeworfen. Der Kl. hat von diesem Kündigungsschreiben erst nach Beendigung der behördlich angeordneten Quarantäne am 2.11.2020 nach eigenen Angaben Kenntnis erlangt, als er erstmals wieder zu seinem Briefkasten gehen konnte nach Beendigung der Quarantäne. Diese Kündigung hatte der Bekl. gegenüber dem Kl. auch per WhatsApp angekündigt („Jetzt wird morgen per Boten drin sein. Bis zur Bescheinigung ist sie fristlos dann“) Alsdann schrieb der Bekl. dem Kl. am 27.10.2020 um 9:19 Uhr: „Guten Morgen, habe noch einen Termin, werfe bis 12:00 Uhr die Kündigung mit Boten ein.“ Alsdann fand in den folgenden zwei Tagen zunächst keine WhatsApp-Kommunikation zwischen den Parteien statt. Der Bekl. meldete sich wiederum beim Kl. mit Nachricht vom 29.10.2020 um 17:09 Uhr: „Hallo ..., leider liegt nix vor, bitte hole dein Fahrrad ab“. Hierauf antwortete der Kl.: „Ich kann es erst nach dem 31.10. abholen.“ Der Bekl. antwortete hierauf jedoch: „Bitte vorher, dann lass jemanden aus deiner Familie es abholen. Bin hier nicht euer Kasper Kollegen. Meint ihr müsst mit mir nen Molly machen, aber dann alles fordern?“ (...) „..., das ist mir egal, dann frag Freunde etc. Es gibt keine Bescheinigung über angeordnete Quarantäne von dir. Ich war heute beim Anwalt. Hol es ab bis morgen. Sonst werde ich es separat einlagern lassen. Meinst du ich stelle dir mein Auto zur Verfügung? Nachdem du meinst du könntest mich abzocken mit deinem Dauerkrank? Und dann soll ich dir noch was gutes? Ich glaub ihr habt echt Fieber“. Hierauf antwortete der Kl.: „Es gibt noch keine Bescheinigung, da sie bei mir noch nicht vorliegt. Ich telefoniere täglich mit dem Gesundheitsamt, um diese zu bekommen. Die einzige Info, die man mir gibt, ist dass es auf jeden Fall kommen wird, aber das Gesundheitsamt derzeit mehr als überlastet ist. Mehr bleibt mir aktuell leider nicht übrig. Ich wäre froh, ich hätte dieses Schreiben und müsste nicht hier zuhause hocken. Wenn du mein Fahrrad einlagern lassen möchtest, kannst du das machen, dann musst du natürlich nur für die Kosten aufkommen. Wäre schade, wenn ich dafür zum Anwalt gehen müsste. Meine Quarantäne ist am Sonntag vorbei, somit könnte ich es Montag abholen.“ Der Bekl. antwortete hierauf: „Nein, ..., du bist verpflichtet, es zu holen, sonst kann ich es auf deine Kosten einlagern. Und eine Bescheinigung muss vorliegen. War extra heute beim Anwalt wegen euch Schwänzern. Aber dann machen wir es eben mit Anwalt.“ Antwort des Kl.: „Ja, dann müssen wir das über den Anwalt machen.“

Mit Schreiben der Stadt vom 30.10.2020, erließ die Stadt ... eine schriftliche Ordnungsverfügung gegenüber dem Kl., in welcher eine „Anordnung der Absonderung in sogenannte häusliche Quarantäne“ auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes gegenüber dem Kl. angeordnet wurde für den Zeitraum „vom 23.10.2020 bis einschließlich zum 31.10.2020“. In der schriftlichen Anordnung wurde weiter ausgeführt, dass die häusliche Quarantäne für den Kl. bedeute, dass ihm bis einschließlich zum einen 31.10.2020 untersagt sei, seinen aktuellen Aufenthaltsort an der genannten Anschrift ohne Zustimmung des Gesundheitsamts zu verlassen und dass ihm weiter ausdrücklich untersagt sei, in dieser Zeit Besuch von Personen zu empfangen, die nicht seinem Haushalt angehören. Es wird weiter ausgeführt, dass man sich vorbehalte, ausgehend vom weiteren Gesundheitsverlauf die Quarantäne gegebenenfalls zu verlängern. Es folgen auf mehreren DIN A4 Seiten weitere rechtliche und tatsächliche Ausführungen sowie eine Rechtsbehelfsbelehrung. Diese Ordnungsverfügung der Stadt (jedenfalls die erste Seite mit dem konkreten Zeitraum der angeordneten Quarantäne) übermittelte der Kl. dem Bekl. per WhatsApp.

In der weiteren vorgelegten WhatsApp-Korrespondenz kommunizierten die Parteien ua:

Bekl.: „Bescheinigung, oder Testergebnis/bzw. Anwalt“

Kl.: „14 Tage wird vom Kontakttag gerechnet. Der war am Samstag, den 17. Daher ist bis einschließlich Samstag 31. die Quarantäne. Also kann und komm ich Montag“.

Bekl.: „Anwalt, sonst nix. Vorher hast du Hausverbot. Ende.“

Kl.: „Dann stehe ich am Montag vor der Firma und muss leider die Polizei rufen und auf Herausgabe des Fahrrads bestehen eine Anzeige stellen. Wenn du diese auch noch auf dich nehmen möchtest, ist das auch deine Entscheidung.“

Bekl.: „Macht das Spinner“.

Kl.: „Bitte Beleidigungen etwas zügeln. Trotzdem noch einen schönen Abend“.

Bekl.: „..., halt jetzt die Füße still! Geh zum Anwalt und lass mich in Ruhe. Glaub mir!“

Weiter schrieb der Bekl.: „(...) Du bist doch eh arbeitsloses Gesindel und deine Familie auch! Also haste Zeit. Außerdem ist das Fahrrad schon längst beschädigt. Habe davon auch Fotos! Also lüg nicht immer rum! Nur weil du als sozialer Bengel kein Geld hast, musst du nicht auf meine Kosten dich bereichern! Glaube mir, du denkst, du bist ganz toll. Ich sage dir nur eins. Du hast so viel Mist am stecken, auch aus deiner Vergangenheit. Halt jetzt besser still und provoziere hier nicht.“

Der Kl. hat am 6.11.2020 die vorliegende Kündigungsschutzklage erhoben. Er hält die streitgegenständliche Kündigung auch außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes für rechtsunwirksam. Die Kündigung sei sittenwidrig, da sich der Kl. lediglich an die behördliche Quarantäne-Anordnung gehalten habe, die er nicht früher schriftlich habe nachweisen können, da er – auch auf mehrfache Nachfrage-Versuche beim Gesundheitsamt – nicht früher eine solche schriftliche Bestätigung erhalten habe. Der Bekl. habe insofern an ihm, dem Kl., auch im Hinblick auf andere Arbeitnehmer ein „Exempel statuieren“ wollen, der Bekl. habe insofern „Spielchen getrieben“, um den Kl. zu erniedrigen.

Der Kl. beantragt sinngemäß,

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die arbeitgeberseitige Kündigung vom 26.10.2020 nicht aufgelöst wurde,
2. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auch über den 8.11.2020 hinaus fortbesteht,
3. den Bekl. zu verurteilen, an den Kl. 2.943,33 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.11.2020 zu zahlen,
4. hilfsweise für den Fall des Unterliegens im Antrag zu 1 und 2, den Bekl. zu verurteilen, dem Kl. die Arbeitspapiere, bestehend aus Lohnabrechnung für Oktober 2020, Meldebescheinigung zur Sozialversicherung, Arbeitgeberbescheinigung nach § 112 SGB III sowie den Ausdruck der Lohnsteuerbescheinigung, zu erteilen.

Der Bekl. beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Klage war erfolgreich.

**Aus den Gründen:** [29] I. Der zulässige Kündigungsschutzantrag war begründet.

[30] 1. Zwar findet das Kündigungsschutzgesetz auf das vorliegende Arbeitsverhältnis keine Anwendung. Denn der Kl. war zum Zeitpunkt der Kündigung beim Bekl. noch nicht mehr als sechs Monate beschäftigt, so dass die Wartefrist des § 1 I KSchG vorliegend noch nicht erfüllt war. Darüber hinausgehend unterhält der Bekl. auch unstrittig lediglich einen Kleinbetrieb gem. §§ 23 KSchG, so dass das Kündigungsschutzgesetz auch unter diesem Gesichtspunkt bereits keine Anwendung findet.

[31] Mithin bedurfte die streitgegenständliche Kündigung für ihre Rechtswirksamkeit grundsätzlich keiner sozialen Rechtfertigung in Form der Erforderlichkeit eines Kündigungsgrundes gem. § 1 KSchG.

[32] 2. Aus der Nichtanwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes folgt jedoch nicht die grenzenlose Zulässigkeit

von Kündigungen. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG und des *BVerfG*, der sich auch die hiesige erkennende *Kammer* anschließt, ist auch bei Nichtanwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes der Arbeitnehmer jedenfalls vor willkürlichen Kündigungen geschützt. Als Ausfluss der zivilrechtlichen Generalklauseln der § 138 BGB (Sittenwidrigkeit) sowie § 242 BGB (Grundsatz von Treu und Glauben) hat ein Arbeitgeber auch bei Nichtanwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes bei Ausspruch von Kündigungen ein Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme zu beachten. Willkürliche Kündigungen und Kündigungen, die auf sachfremden Motiven beruhen, verstoßen gegen das Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden und sind damit auch außerhalb der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes in den ersten sechs Monaten eines Arbeitsverhältnisses bzw. im Kleinbetrieb unzulässig (zuletzt ua *BAG v. 5.12.2019 – 2 AZR 107/19*, NZA 2020, 171 = NJW 2020, 634 mwN). Insofern wird der verfassungsrechtlich gebotene Mindestschutz des Arbeitnehmers vor Kündigungen außerhalb der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes (*BVerfG v. 27.1.1998 – 1 BvL 15/87*, NZA 1998, 470) durch die zivilrechtlichen Generalklauseln, insbesondere der §§ 138, 242 BGB, garantiert.

[33] 3. Hiervon ausgehend war die vorliegend streitige Kündigung als auf sachfremden Motiven beruhende willkürliche Kündigung rechtsunwirksam gem. den §§ 138, 242 BGB.

[34] a) Die vorliegende Kündigung wurde im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang ausgesprochen mit einer behördlich angeordneten Quarantäne im Zusammenhang mit der derzeitigen Covid 19-Pandemie. Dies allein führt noch nicht zur Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung außerhalb der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes. Ein Kündigungsausschluss in Form eines „Sonderkündigungsschutzes“ oder ähnlichem für Kündigungen während einer behördlich angeordneten Quarantäne ist gesetzlich nicht vorgesehen. Es gibt für eine behördliche angeordnete Quarantäne auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes weder einen ausdrücklichen zeitlichen gesetzlichen Sonderkündigungsschutz, etwa vergleichbar mit § 2 I ArbPISchG, wonach die Kündigung eines Arbeitnehmers während des Wehrdienstes ausgeschlossen ist, noch einen etwa mit § 613 IV BGB vergleichbaren kausalen Sonderkündigungsschutz, vergleichbar mit dem Verbot einer Kündigung, die wegen eines Betriebsübergangs ausgesprochen wurde.

[35] b) Unter Anwendung der zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB ergibt sich jedoch, dass eine Kündigung im unmittelbaren zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit einer behördlich angeordneten häuslichen Covid 19-Quarantäne sich jedenfalls dann als Kündigung aus sachfremden Motiven und im Ergebnis als willkürliche Kündigung erweist, wenn der Arbeitgeber – wie vorliegend – aufgrund des verzögerten Eingangs einer schriftlichen behördlichen Bestätigung der Quarantäne diese bezweifelt und den Arbeitnehmer insofern der Drucksituation aussetzt, entweder gegen die behördliche Quarantäne zu verstoßen oder aber seinen Arbeitsplatz zu verlieren.

[36] Zum Zeitpunkt des hiesigen Kündigungssachverhalts war die Corona-Quarantäneverordnung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 12.2.2021, welche zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung die maßgeblichen Detail-Bestimmungen zur behördlichen Quarantäne auf Grundlage von § 30 IfSG regelt, noch nicht in Kraft. Auch nach damaliger Rechtslage im Oktober 2020 bestand jedoch bereits nach

allgemeinem Polizei- und Ordnungsrecht, insbesondere den §§ 28, 30 IfSG die Möglichkeit der behördlichen Anordnung der „Absonderung“ von „Ansteckungsverdächtigen“ zur Verhinderung der Verbreitung der Übertragbarkeit ansteckender Krankheiten. Eine derartige Anordnung der örtlichen Gesundheitsbehörden bedurfte nicht zwingend einer Schriftform, sondern konnte grundsätzlich auch mündlich angeordnet werden, was hinsichtlich der telefonischen Information von „Kontaktpersonen“ eines positiv auf SARS-Cov-2 Getesteten auch der Üblichkeit entsprach. Die Nichtbeachtung einer sofort vollziehbaren behördlichen Anordnung konnte strafbewährt sein (§ 75 IfSG).

[37] Insofern bestand für den hiesigen Kl. die Situation, bereits die mündliche Anordnung der häuslichen Quarantäne befolgen zu müssen und bei Nichtbeachtung möglicherweise eine Straftat zu begehen. Dass die schriftliche Anordnung der Quarantäne erst mit mehreren Tagen Verzögerung ihn erreichte, war nicht seinem Verantwortungsbereich zuzurechnen, sondern der pandemiebedingten Überlastungssituation der Gesundheitsämter im Oktober 2020 geschuldet.

[38] Andererseits musste der Kl. bei Beachtung der häuslichen Quarantäne ohne schriftlichen Nachweis der diesbezüglichen behördlichen Anordnung den Verlust seines Arbeitsplatzes fürchten, wie ihm der Bekl. in der zur Gerichtsakte gereichten WhatsApp-Kommunikation deutlich gemacht hat.

[39] Eine in dieser Konstellation ausgesprochene Kündigung erweist sich auch außerhalb der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes als rechtsunwirksame willkürliche Kündigung aus sachfremden Motiven.

[40] Aus dem Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden, welches im Rahmen der Generalklauseln nach § 138 BGB iVm § 242 BGB zu berücksichtigen ist, ergibt sich, dass es von der Rechtsordnung nicht hingenommen werden kann, wenn ein Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz allein deswegen verliert, weil eine behördliche Quarantäne-Anordnung aufgrund der Covid 19-Pandemie, die dem Arbeitnehmer zunächst nur mündlich übermittelt wird (dh zunächst ohne Nachweismöglichkeit gegenüber dem Arbeitgeber) und deren schriftliche Bestätigung aufgrund der Überlastung der Gesundheitsämter im Zusammenhang mit der Kontaktnachverfolgung von Covid 19-Infizierten erst deutliche Zeit später erfolgt.

[41] Denn insofern handelt es sich um einen zeitlichen Ablauf, auf den der Kl. nicht den geringsten Einfluss hatte. Es handelt sich auch nicht um einen atypischen Verlauf, sondern um einen auch bei anderen Gesundheitsämtern in Betracht der starken Belastungssituation der Gesundheitsämter im Zusammenhang mit der Kontaktnachverfolgung im Oktober 2020 zu Beginn der sogenannten „zweiten Welle“ der Corona-Pandemie typischen Verlauf.

[42] Genauso wie es für den Kl. eine persönliche Belastung ist, aufgrund einer behördlich angeordneten Quarantäne über einen erheblichen Zeitraum seine Wohnung nicht verlassen zu können, stellt es für den Bekl. eine Belastung dar, in diesem Zeitraum nicht über auf die Arbeitskraft des Kl. verfügen zu können, da für die Tätigkeit des Kl. als Monteur/Dachdecker die Verlagerung der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit während der Dauer der Quarantäne ins Homeoffice ersichtlich ausschied.

[43] Insofern handelt es sich jedoch um besondere Belastungen im Zusammenhang mit der Covid 19-Pandemie, wel-



che die Rechtsordnung den Parteien bewusst zumutet. So wie einerseits dem Kl. insbesondere das Grundrecht auf Freizügigkeit durch die Quarantäneanordnung beschränkt wird, verlangt die Rechtsordnung andererseits vom Arbeitgeber, dass dieser während einer häuslichen Quarantäne seines Arbeitnehmers (jedenfalls sofern keine Homeoffice-Möglichkeit besteht) auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verzichten muss. Insofern wird dem Arbeitgeber hier nicht mehr zugemutet als in der Konstellation, in der ein Arbeitnehmer etwa kurzfristig wegen Arbeitsunfähigkeit ausfällt. Im Gegenteil ist der Arbeitgeber bei einer behördlich angeordneten Quarantäne sogar finanziell noch wesentlich besser gestellt, da er anders als bei einer grundsätzlich vom Arbeitgeber für sechs Wochen zu leistenden Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gem. § 56 V 3 IfSG die Möglichkeit hat, die an den Arbeitnehmer ausgezahlte Vergütung während der behördlich angeordneten Quarantäne vollständig behördlich erstattet zu bekommen.

[44] Es wäre geradezu paradox, wenn dem Arbeitnehmer in dieser Konstellation noch zusätzlich ein „Sonderopfer“ abverlangt würde, dass dieser aufgrund der Quarantäne auch noch seinen Arbeitsplatz verliert, wohingegen der Arbeitgeber privilegiert würde, dass er sich bei einer Quarantäne einfach sofort vom Arbeitnehmer trennen und diesen durch einen anderen, sofort einsatzfähigen (und insbesondere nicht unter Quarantäne stehenden) Arbeitnehmer ersetzen könnte.

[45] Insofern stellt sich die unmittelbar aufgrund einer behördlich angeordneten Covid 19-Pandemie ausgesprochene Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes bereits aus diesem Grund regelmäßig als rechtswidrig dar und verstößt gegen das Anstandsgefühl der billig und gerecht denkenden und ist von der Rechtsordnung nicht hinzunehmen.

[46] c) Dass die vorliegende Kündigung nicht unmittelbar aufgrund der behördlich angeordneten Quarantäne, sondern aus anderen Beweggründen ausgesprochen worden sei, ist im hiesigen Sachverhalt abwegig. Der Bekl. beruft sich zwar völlig pauschal darauf, er habe die Kündigung ausgesprochen, weil er mit der Arbeitsleistung des Kl. nicht zufrieden gewesen sei. Dies wird jedoch in keiner Weise näher konkretisiert und die klägerseitig vorgelegte umfangreiche WhatsApp-Kommunikation der Parteien spricht eine deutlich andere Sprache. Der Bekl. teilt hier in keiner Weise mit, dass er künftig mit dem Kl. nicht mehr zusammenarbeiten wolle, weil er mit dessen Arbeitsleistung unzufrieden sei, sondern im Gegenteil wollte er ja gerade, dass der Kl. arbeiten kommen sollte, er unterstellte dem Kl. in diesem Zusammenhang lediglich – letztlich unstrittig zu Unrecht – das „Vortäuschen einer behördlichen Quarantäneanordnung“.

[47] d) In diesem Zusammenhang war im Rahmen der bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit einer Kündigung nach § 138 BGB vorzunehmenden Gesamtbetrachtung auch zu lasten des Bekl. zu berücksichtigen, dass dieser den Kl. vorliegend sogar ausdrücklich aufgefordert hat, die behördlich angeordnete Quarantäne zu missachten und zu brechen, zunächst um seine Arbeitsleistung zu erbringen, später, unmittelbar nach der Kündigung, um sein Fahrrad beim Bekl. abzuholen, das der Bekl. offenbar aus für die *Kammer* nicht näher nachvollziehbaren und dem Gericht auch von den Parteien nicht näher dargelegten Gründen möglichst schnell loswerden wollte.

[48] Hinsichtlich der Abholung des Fahrrades hat der Bekl. den Kl. sogar offen und ausdrücklich zum Bruch der Qua-

rantäne und zur „sofortigen“ Abholung des Fahrrads noch vor Ablauf der Quarantäne aufgefordert. Hinsichtlich des vorherigen Wunsches des Bekl., dass der Kl. sein häusliches Umfeld zum Zwecke der Arbeitsleistung verlassen sollte, ergibt sich dies jedenfalls aus dem Kontext der zur Gerichtsakte gereichten WhatsApp-Kommunikation. Der Bekl. führt hier ausdrücklich aus: „Es gibt Regeln, dass innerhalb 48 Stunden das vorliegt. Ich warte da nicht drauf.“ Nachdem der Bekl. zuvor seinen Unmut darüber zum Ausdruck gebracht hatte, dass der Kl. weiterhin nicht zur Arbeitsleistung erschien und auch keine Bescheinigung des Gesundheitsamts vorgelegt hat, konnte der Kl. das „Ich warte da nicht drauf“ nur so verstehen, dass der Bekl. ihm die Kündigung des Arbeitsverhältnisses androhte, wenn er weiterhin unter Berufung auf die Quarantäne-Anordnung nicht zur Arbeitsleistung erschien. Der Bekl. hatte hierbei offenbar die rechtsirrigere Vorstellung, eine mündliche Quarantäne-Anordnung sei nach 48 Stunden obsolet, wenn sie nicht schriftlich bestätigt werde.

[49] Das spätere Verhalten des Bekl., in Form des tatsächlichen Ausspruchs der Kündigung und der weiteren „Sanktionierung“ des Kl. durch die Aufforderung zur Abholung des Fahrrads auch nach Ausspruch der Kündigung im erneuten unmittelbaren Zusammenhang mit der Nichtvorlage einer Bescheinigung am 29.10.2020 („Leider liegt nix vor, bitte hole dein Fahrrad ab. [...] „Es gibt keine Bescheinigung über angeordnete Quarantäne von dir. Ich war heute beim Anwalt. Hol es ab bis morgen“ [...] „Du bist verpflichtet, es zu holen, sonst kann ich es auf deine Kosten einlagern. Und eine Bescheinigung muss vorliegen. War extra heute beim Anwalt wegen euch Schwänzern.“) spricht ebenfalls eindeutig für einen derartigen Kausalzusammenhang.

[50] Verbunden hat der Bekl. dies mit nicht angemessenen, wüsten Beleidigungen und Beschimpfungen des Kl. und dessen Familie.

[51] Insgesamt erweckt der Bekl. in der vorgelegten WhatsApp-Kommunikation den Eindruck, den Kl. aus einem Gefühl der „Stärke und Überlegenheit“ eines Arbeitgebers gegenüber einem Arbeitnehmer im Kleinbetrieb außerhalb der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzes im Zusammenhang mit der Kündigung noch zusätzlich erniedrigen und demütigen zu wollen. Gerade dies kann im Kleinbetrieb außerhalb der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes geeignet sein, die Sittenwidrigkeit einer Kündigung zu begründen.

[52] Auch konnte sich der Bekl. dem klägerischen Vorwurf nicht erwehren, durch sein Verhalten möglicherweise am Kl. „ein Exempel statuieren“ zu wollen. Im Zuge der Covid 19-Pandemie war aus Arbeitgebersicht zum Kündigungszeitpunkt zu befürchten, dass möglicherweise gegenüber noch weiteren Arbeitnehmern seines Betriebs behördliche Quarantäne-Maßnahmen angeordnet werden könnten. Wenn der Bekl. nun bereits am Exempel des Kl. deutlich machte, dass derjenige, der wegen einer behördlichen Quarantäne-Anordnung seine Arbeitsleistung nicht erbringt, mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu rechnen hatte, liegt nahe, dass dies den – möglicherweise vom Bekl. gerade bezweckten – Druck auf die Arbeitnehmer ausüben würde, künftig eigene Quarantänemaßnahmen zu missachten und demgegenüber die – eigentlich behördlich verbotene – Arbeitsleistung für den Bekl. vorzuziehen. Dass ein derartiges Arbeitgeberverhalten evident gegen die Rechtsordnung und das Anstandsgefühl der billig und gerecht denkenden verstößt, bedarf keiner näheren Ausführung.

[53] Der zum Kammertermin persönlich geladene Bekl. konnte diesen Eindruck im Kammertermin auch nicht entkräften. Er ist trotz ausdrücklicher Anordnung des persönlichen Erscheinens zum Kammertermin unentschuldigt nicht erschienen.

[54] 4. Da die Kündigung nach vorstehenden Ausführungen bereits insgesamt rechtsunwirksam war, kam es auf die zwischen den Parteien streitige Frage des Kündigungszugangs bei einem Einwurf in den Hausbriefkasten und den diesbezüglichen etwaigen Auswirkungen einer behördlich angeordneten häuslichen Quarantäne in einem Mehrfamilienhaus auf die Frage der Kenntnisnahmemöglichkeit im Machtbereich des Kündigungsempfängers nicht mehr entscheidungserheblich an.

[55] II. Auch der mit dem Klageantrag zu 2 gestellte allgemeine Feststellungsantrag war zulässig und begründet.

[56] Um Rechtsschutz vor etwaigen Folgekündigungen zu erlangen, kann ein Arbeitnehmer, dem gekündigt wurde, grundsätzlich auch einen allgemeinen Feststellungsantrag gem. § 256 ZPO neben dem konkreten punktuellen Kündigungsschutzantrag nach § 4 KSchG stellen (zB BAG v. 16.3.1994 – 8 AZR 97/93, BAGE 76, 148 = NZA 1994, 860; v. 26.9.2013 – 2 AZR 682/12, BAGE 146, 161 = NZA 2014, 443; v. 18.12.2014 – 2 AZR 163/14, BAGE 150, 234 = NZA 2015, 635).

[57] Auch das für die Zulässigkeit eines solchen allgemeinen Feststellungsantrags gem. § 256 ZPO erforderliche besondere Feststellungsinteresse ist vorliegend gegeben. Der Arbeitnehmer hat in Anbetracht der in den §§ 4, 7 KSchG vorgesehenen Möglichkeit, dass eine nicht binnen drei Wochen durch Erhebung einer Kündigungsschutzklage angegriffene Kündigung bestandskräftig wird, ein grundsätzlich schützenswertes Interesse daran, zum Ausdruck zu bringen, dass er sich gegen jede potenzielle Auflösungsmöglichkeit des Arbeitsverhältnisses wehren möchte. Das besondere Feststellungsinteresse ist gegeben, wenn sich aus dem Sachvortrag zumindest die Möglichkeit weiterer Beendigungstatbestände ergibt (BAG v. 26.9.2013 – 2 AZR 682/12, BAGE 146, 161 = NZA 2014, 443 Rn. 32). Vorliegend ergibt sich das erforderliche besondere Feststellungsinteresse daraus, dass der Bekl. nicht erklärt hat, sich nicht auf andere Beendigungstatbestände berufen zu wollen. Es besteht daher die Möglichkeit, dass er in der Berufungsinstanz noch andere Beendigungstatbestände in den Rechtsstreit einführen könnte.

[58] Der allgemeine Feststellungsantrag war auch begründet, da das Arbeitsverhältnis fortbesteht, da andere Tatbestände für eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht ersichtlich sind und auch von der Bekl. nicht vorgetragen werden

[59] III. Auch der zulässige Zahlungsantrag war begründet.

[60] Der Bekl. ist dem nicht entgegen getreten. Der Kl. hat insofern schlüssig dargelegt, weshalb ihm unter Einbeziehung von nicht streitigen Überstunden sowie des ebenfalls nicht streitigen Zeitraums nach § 56 BIfG ein Vergütungsanspruch für Oktober 2020 in der eingeklagten und titulierten Höhe zusteht. Für den Zeitraum der sechs Wochen nicht übersteigenden Quarantäne im Oktober 2020 hat der Kl. einen Entschädigungsanspruch nach § 56 I IfSG in Höhe des vollen Arbeitsentgelts (§ 56 II 2 IfSG), welchen der Bekl. als Arbeitgeber für die zuständige Behörde an den Kl. auszuzahlen hat (§ 56 V 1 IfSG).

**Anm. d. Schriftlgt.:** Die Entscheidung wird besprochen von Schulz, ArbRAktuell 2021, 281. Mit Abmahnung und Kündigung im Zusammenhang mit Corona beschäftigt sich Stück, ArbRAktuell 2021, 70; zu den viralen Anpassungen des Arbeitsrecht s. den Beitrag von Fuhlrott/Fischer, NZA 2020, 345; arbeitsrechtliche Fragen in der Corona-Krise erörtern Fischinger/Hengstberger, JA 2020, 561. Die Anzeige gegen den Arbeitgeber wegen Verletzung von Quarantänebestimmungen behandelt ArbG Dessau-Roßlau, NZA-RR 2021, 132. ■

### Unwirksame außerordentliche Kündigung wegen Nebentätigkeit

BGB §§ 140, 174 S. 1, 177 I, 241 I 1, 626; KSchG § 6 S. 2; TzBfG § 15 III

**Bedürfen laut Arbeitsvertrag Nebentätigkeiten der Zustimmung der Arbeitgebers, sofern sie entgeltlich sind oder das Arbeitsverhältnis der Parteien in einer nicht weiter beschriebenen Weise beeinträchtigen, ist die Unterschriftsleistung des parlamentarischen Geschäftsführers des Arbeitgebers zum Antrag auf Genehmigung einer Nebentätigkeit als Zustimmung zu sehen. (Leitsatz der Redaktion)**

*ArbG Berlin, Urt. v. 27.1.2021 – 60 Ca 10965/20 (nicht rechtskräftig)*

**Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung, über vorläufige Weiterbeschäftigung sowie über Zeugniserteilung.

Bei der Bekl. handelt es sich um eine Fraktion im Berliner Abgeordnetenhaus. Sie verfügt über eine Geschäftsordnung. Der Kl. ist 1965 geboren. Er trat zum 1.11.2016 bei der Bekl. in ein Arbeitsverhältnis als Fraktionsgeschäftsführer. Es gilt der Arbeitsvertrag unter dem 3.11.2016, in dem es auszugsweise heißt:

„§ 2. *Befristung.* (1) Das Arbeitsverhältnis beginnt am 1.11.2016 und endet am 31.10.2018 (Zweijahresfrist). Das Arbeitsverhältnis wird aufgrund der Besonderheiten des parlamentarischen Betriebs befristet.

(2) Beide Parteien streben eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über den 31.10.2018 an. Wird der Vertrag nicht mit drei Monaten Kündigungsfrist zum 31.10.2018 gekündigt, verlängert er sich automatisch bis zum Beginn der 19. Wahlperiode.

(...)

§ 4. *Beendigung des Arbeitsverhältnisses.* (1) Das Arbeitsverhältnis endet, sofern es nicht vorher im Rahmen der in § 2 (2) oder § 8 dieses Arbeitsvertrags vereinbarten Kündigungsfrist beendet wurde, mit Beginn der 19. Wahlperiode und hier mit Beginn der Konstituierung des Abgeordnetenhauses von Berlin, ohne dass es der Kündigung bedarf.

(...)

§ 8. *Urlaub/Nebentätigkeit (...).* (4) Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ist jede entgeltliche oder das Arbeitsverhältnis beeinträchtigende Nebenbeschäftigung nur mit Zustimmung des Arbeitgebers zulässig. Bis Ende 2016 ist die Abwicklung der bisherigen Geschäftstätigkeiten des Arbeitnehmers nach Abstimmung mit dem Fraktionsvorstand gestattet.

(5) Soweit eine vom Arbeitgeber genehmigte Nebentätigkeit oder die für sie erforderlichen Vorarbeiten Ihre betriebliche Tätigkeit oder Leistung beeinträchtigen, die Arbeitsgebiete des Arbeitgebers maßgeblich berühren, betriebliche Einrichtungen des Arbeitgebers beanspruchen oder Sie besondere betriebliche Erfahrungen verwerten, ist der Arbeitnehmer verpflichtet die vorherige schriftliche Zustimmung des Arbeitgebers einzuholen.

(...)

§ 11. *Treupflichten/Verschwiegenheitspflicht.* (1) Arbeitnehmer und Arbeitgeber sind verpflichtet, Dritten gegenüber strengstes Stillschweigen über alle Angelegenheiten des Arbeitgebers zu wahren. Diese Pflicht besteht auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses fort. Diese Ver-

schwiegenspflicht betrifft auch alle Angelegenheiten, die dem Arbeitnehmer im Rahmen seiner Tätigkeit für den Arbeitgeber über Dritte bekannt werden.

(2) Die Verschwiegenheitspflicht erstreckt sich auch auf den Inhalt dieses Vertrags.

(3) Geschäftliche und betriebliche Unterlagen aller Art, einschließlich persönlicher Aufzeichnungen über die dienstlichen Angelegenheiten, dürfen nur zu geschäftlichen Zwecken verwandt werden und sind sorgfältig aufzubewahren. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses sind vorstehende Unterlagen dem Arbeitgeber auszuhändigen. Dabei hat sich der Arbeitnehmer zu versichern, dass er weitere Unterlagen nicht mehr besitzt. Ein Zurückbehaltungsrecht steht dem Arbeitnehmer nicht zu.“

Unter dem 8.5.2018 stellte der Kl. bei der Bekl. einen „Antrag auf Genehmigung einer Nebentätigkeit und / oder Inanspruchnahme“ bezogen auf ein „Institut für A“ für drei Stunden in der Woche ohne Vergütung. Dieser Antrag wurde durch den parlamentarischen Geschäftsführer der Bekl., Herrn B, kommentarlos abgezeichnet.

Zu Anfang des Jahres 2020 wurde die Notwendigkeit gesehen, ein Wirtschaftsprüfungsunternehmen mit der Revision der Fraktionsfinanzen zu beauftragen. Herr C von der Bekl. holte entsprechende Angebote ein und meldete sie an den Kl. Aufgerufen wurden dort Stundensätze zwischen 125 Euro und 150 Euro. Auf Vortrag des Kl. beschloss die Bekl. am 25.2.2020 schließlich, die TRHS-Süd-mbH und damit den Wirtschaftsprüfer Herrn von E zu beauftragen, welcher jedenfalls nicht das preiswerteste Angebot vorgelegt hatte. Unter Mitarbeit des Kl. wurde dem Wirtschaftsprüfer ein 47 Punkte umfassender Plan sowie eine digitale Mappe als Grundlage von dessen Untersuchungen übermittelt. Zu Ende März oder Anfang April 2020 erhielt der Kl. von dem Wirtschaftsprüfer einen achtseitigen Entwurf von dessen Gutachten. Die Bekl. oder deren Vorstand erhielt hiervon zunächst keine Kenntnis. Bis zum 23.4.2020 überarbeiteten der Kl., Herr C und der ebenfalls zur Bekl. gehörige Dr. F den Gutachtenentwurf und fügten eigene Formulierungen ein. Dies mündete schließlich in das durch Herrn von E unterschriebene endgültige Gutachten. Es geht mit dem Finanzgebaren der Bekl. kritisch ins Gericht. Am 19.5.2020 fasste die Bekl. einen Beschluss. Dort heißt es in Auszügen:

„Die Fraktionsversammlung beschließt:

I. Der politische Bereich ist konsequent vom Fraktionsgeschäftsbetrieb (Verwaltung – Personal und Finanzen) zu trennen. Die Bereiche Finanzen und Personal unterstehen vollständig dem Fraktionsführer. Die Buchhaltung untersteht dem Leiter der Finanzen. Ist der Leiter der Finanzen nicht verfügbar, vertritt ihn sein Vorgesetzter, der Fraktionsgeschäftsführer. Die Buchhaltung erhält ausschließlich Anweisungen vom Leiter der Finanzen, vertretungshalber vom Fraktionsgeschäftsführer.

II. Die Finanzbuchhaltungssoftware wird in eine allgemein übliche revisionssichere Dienstleistung (DATEV oÄ) umgestellt und extern vergeben.

III. Die Fraktionsmitglieder erfüllen ausschließlich die Funktion eines Kontrollgangs. Dazu werden zwei Fraktionsmitglieder aus dem Kreis der Fraktionsversammlung gewählt = 1 Mitglied des Fraktionsvorstandes und 1 Fraktionsmitglied.“

Mit Schreiben unter dem 10.7.2020 hielt der parlamentarische Geschäftsführer der Bekl., Herr B, dem Kl. vor, ein mit dem Namen des Kl. firmierendes Consulting-Unternehmen zu betreiben und für eine G-Gesellschaft für Unternehmensberatung tätig zu sein sowie hierfür Infrastruktur der Bekl. zu nutzen. Der Kl. wurde aufgefordert hierzu binnen einer Frist bis zum 31.7.2020 Stellung zu nehmen. An nämllichem Tag gab der Kl. auch eine Stellungnahme ab, allerdings gegenüber der Bekl. und nicht gegenüber Herrn B.

Mit Schreiben unter dem 5.8.2020 erklärte die Bekl. gegenüber dem Kl. die außerordentliche und fristlose Kündigung. Der Kl. hat Klage erhoben und beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis des Kl. mit der Bekl. durch Kündigung der Bekl. vom 5.8.2020 nicht zum 5.8.2020 oder einem anderen Tage aufgelöst worden ist,
2. die Bekl. zu verurteilen, dem Kl. ein Zwischenzeugnis zu erteilen, dass sich auf Führung und Leistung erstreckt,

3. die Bekl. zu verurteilen, den Kl. als Fraktionsgeschäftsführer auf Grundlage des Arbeitsvertrags vom 3.11.2016 in seiner aktualisierten Fassung bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag zu 1 weiter zu beschäftigen,

4. hilfsweise für den Fall, dass der Feststellungsantrag zu 1 in vollem Umfang abgewiesen wird, die Bekl. zu verurteilen, dem Kl. ein endgültiges Zeugnis zu erteilen, dass sich auf Führung und Leistung erstreckt.

Die Bekl. ist der Meinung, dass die streitgegenständliche außerordentliche Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen gerechtfertigt sei. Das Fehlverhalten des Kl. lasse sich in fünf Vorwurfskomplexe aufgliedern, wobei jeder für sich allein gesehen bereits die Kündigung trage. Kenntnis von den arbeitsvertragswidrigen Verhaltensweisen des Kl. habe die Bekl. – mit Ausnahme des Komplexes „Nebentätigkeiten“ – erst durch die Wiederherstellung des klägerischen E-Mail-Accounts nach der Freistellung des Kl. vom 21.7.2020 erhalten. Dies bedeute, dass die Kündigungserklärungsfrist gewahrt sei. Im Juli 2020 sei aufseiten der Bekl. aufgefallen, dass der Kl. auf einer E-Mail als Privatdozent und als Inhaber eines Consulting-Unternehmens firmiere. Dies bedeute, dass der Kl. eine nicht gestattete Nebentätigkeit als Unternehmensberater unter der Geschäftsanschrift der G-GmbH unterhalte. Hierzu nutze er die dienstliche Telefonnummer. Der Kl. gehe also während der Arbeitszeit werbender Tätigkeit für ein eigenes Unternehmen nach, und zwar unter Nutzung von Betriebsmitteln der Bekl. Einen Nebentätigkeitsantrag hierfür habe er niemals gestellt. Hinzu komme, dass ausweislich der Homepage der G-GmbH diese Dienste für die öffentliche Hand, namentlich Senatsverwaltungen, Kammern und Gemeinden anbiete. Die G-GmbH wirke also „regierungsnah“, so dass die Nebentätigkeit aus dem Selbstverständnis der Bekl. heraus niemals genehmigungsfähig gewesen sei, was auch der Kl. gewusst habe. In Ansehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung habe er damit die außerordentliche Kündigung verwirkt gehabt. Nachdem der Kl. durch obige, der Bekl. frei zugänglichen E-Mail den Anhaltspunkt dafür gesetzt gehabt habe, unerlaubten Nebentätigkeiten nachzugehen, sei der Bekl. die Durchsichtung des klägerischen E-Mail-Accounts gestattet gewesen. Diese Daten lägen nicht auf dem klägerischen Laptop, sondern auf Speichermedien der Bekl. Ihre Verwertung stelle keinen Verstoß gegen Datenschutzbestimmungen dar. Am Tage der Freistellung, dem 21.7.2020, sei gleichzeitig der Zugriff auf die E-Mail-Adresse des Kl. gesperrt worden. Der Kl. habe indessen sämtliche E-Mails aus der Zeit vom 22.6.2019 bis zum 21.6.2020 gelöscht gehabt. Eine solche Datenlöschung habe er auch auf dem Server versucht, nicht allein auf dem Laptop. Diese Handlung des Kl. sei widerrechtlich gewesen und habe gegen § 11 III des Arbeitsvertrags verstoßen. Auch deswegen habe der Kl. die außerordentliche Kündigung verwirkt. Indessen sei die Wiederherstellung des Datenmaterials möglich gewesen. Ein weiterer Kündigungsgrund liege darin, dass der Kl. unter Verstoß gegen § 11 des Arbeitsvertrags einer Frau I E-Mails mit vertraulichen Inhalten, die die Bekl. betreffen, gesandt habe. Dies könne anhand von Beispielen erläutert werden. Bei Frau I handele es sich um eine private Beziehung des Kl., die im Bereich Personalcontrolling beim Bezirksamt J. in der Abteilung Bürgerdienste und Ordnungsangelegenheiten arbeite. Sie sei weder Parteimitglied noch Mitarbeiterin bei der Bekl. Der Kl. habe somit gegen Datenschutzbestimmungen verstoßen; soweit er sich hiergegen zu verwehren wünsche, sei dies unzutreffend. Weiter habe der Kl. maßgeblich einen „inneren Zirkel“ bei der Bekl. initiiert, zu welchem unter anderem Frau K, Herr C, Herr Dr. F, Frau L und Frau M gehören. Zweck dieses inneren Zirkels seien Absprachen an den Fraktionsvorstand und dem parlamentarischen Geschäftsführer vorbei. Auch dies belegten verschiedene E-Mails. Auch dies sei in Ansehung höchstrichterlicher Rechtsprechung ein Grund zur außerordentlichen Kündigung. Zum letzten habe sich der Kl. aus nicht nachvollziehbaren Gründen entschieden, mit der Revision der Fraktionsfinanzen die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft auszuwählen, zu welcher der Wirtschaftsprüfer Herr von E gehört. Mit 275 Euro die Stunde habe diese Gesellschaft mit Abstand das teuerste Angebot abgegeben gehabt, so dass der Bekl. ein Schaden von circa 6.000 Euro entstanden sei. Der Wirtschaftsprüfer Herr N prüfte bei der Bekl. dagegen schon seit 2013 und habe das preisgünstigste Angebot abgegeben gehabt. Dies bedeute, dass der Kl. auf das Gutachten Einfluss zu nehmen beabsichtigte. Hierin liege auch eine Haushaltsuntreue iSv § 266 StGB. Tatsächlich habe der Kl. dann auch manipulativen Einfluss auf das Gutachten genommen, um den parlamentarischen Geschäftsführer mit negativen Aussagen des Wirtschaftsprüfers zu belasten. Dies zeige die E-Mail vom 29.2.2020 des Kl. an Herrn von E. Anschließend habe der Kl. die Bekl. in dem Glauben



gelassen, der Inhalt des Gutachtens stamme vom Wirtschaftsprüfer, während er im Wesentlichen vom Kl. herstamme, wie auch die E-Mail vom 24.4.2020 zeige. Das Gutachten sei nicht objektiv. Auffälligkeiten im Umgang mit Finanzen bei der Bekl. seien durch den Kl. nicht substantiiert dargestellt und würden mit Nichtwissen bestritten.

Die Klage hatte überwiegend Erfolg.

**Aus den Gründen:** [35] 1. Die Klage ist insoweit begründet, als der Kl. mit dem Klageantrag zu 1 die Feststellung begehrt, das Arbeitsverhältnis der Parteien sei durch die außerordentliche Kündigung mit Schreiben der Bekl. unter dem 5.8.2020 nicht aufgelöst worden. Diese Kündigung ist von Rechtsunwirksamkeitsgründen ergriffen. Auf diese Frage kommt es an, denn der Kl. hat rechtzeitig iSd §§ 4 S. 1, 7 Hs. 1, 13 I 2 KSchG, § 167 ZPO Kündigungsschutzklage erhoben.

[36] a) Die streitgegenständliche außerordentliche Kündigung vom 5.8.2020 ist nicht durch einen wichtigen Kündigungsgrund iSv § 626 I BGB getragen.

[37] Nach der genannten Vorschrift kann ein Arbeitsverhältnis durch den Arbeitgeber aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses – hier der Zeitpunkt der Konstituierung des Abgeordnetenhauses von Berlin mit Beginn der 19. Wahlperiode gem. §§ 2 II 2, 4 I des Arbeitsvertrags vom 3.11.2016 – nicht zugemutet werden kann. Im Kern besteht der wichtige Kündigungsgrund hierbei aus einer aus objektiver Sicht zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs anzustellenden Negativprognose, dass in Ansehung des bisherigen arbeitsvertragswidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers und der arbeitgeberseitigen Reaktionen hierauf auch für die Zukunft in einem Maß mit arbeitsvertragswidrigem Verhalten des Arbeitnehmers zu rechnen ist, wie dies dem Arbeitgeber auch nur für die Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder der Zeit bis zum Bedingungseintritt als Risiko aufgebürdet werden darf. Für alle Tatsachen, die diese Negativprognose tragen sollen, ist der beklagte Arbeitgeber primär darlegungsbelastet.

[38] Die erkennende *Kammer* kommt nicht zu Feststellungen iSv § 286 I ZPO, die für das Arbeitsverhältnis die vorstehend skizzierte Negativprognose hergeben würden.

[39] aa) Der Kl. hat eine außerordentliche Kündigung nicht deshalb verwirkt, weil er in arbeitsvertragswidriger Weise einer Nebentätigkeit nachgegangen wäre.

[40] Der diesbezügliche Pflichtenkreis des Kl. soll durch § 8 IV und V des Arbeitsvertrags bestimmt sein. So bedarf die Abwicklung einer Geschäftstätigkeit aus der Zeit vor Begründung des Arbeitsverhältnisses nur der Abstimmung mit dem Vorstand der Bekl., wenn dies bis zum Jahresende 2016 geschieht. Im Übrigen bedürfen Nebentätigkeiten der Zustimmung der Bekl., sofern sie entgeltlich sind oder das Arbeitsverhältnis der Parteien in einer nicht weiter beschriebenen Weise beeinträchtigen. Die so durch die Bekl. genehmigte Nebentätigkeit einschließlich der Vorarbeiten dazu bedarf – wohl zusätzlich – einer vorherigen schriftlichen Zustimmung der Bekl., soweit sie die Interessensphäre der Bekl. auf den in § 8 V des Arbeitsvertrags genannten Feldern tangieren.

[41] Vor diesem rechtlichen Hintergrund stellte der Kl. den Antrag auf Genehmigung einer Nebentätigkeit unter dem 18.5.2018, in welcher es um eine Tätigkeit für ein Institut für Marketing und Kommunikation mit Sitz in B. bei drei Wochenarbeitsstunden geht. Die kommentarlose Unterschriftsleistung des parlamentarischen Geschäftsführers der Bekl., Herr B, ist als Zustimmung der Bekl. zu der Nebentätigkeit des Kl. zu sehen. Vorwürfe, die die Bekl. in diesem Zusammenhang gegen den Kl. erhöhe, sind nicht ersichtlich.

[42] Soweit die Bekl. darauf verweist, in einer aus Juli 2020 stammenden E-Mail habe sich der Kl. unter seiner Privatanschrift als Privatdozent bezeichnet und gleichzeitig einen Hinweis darauf gegeben, es existiere ein Consulting-Unternehmen, dessen Firma aus den Initialen und dem Nachnamen des Kl. bestehe und welches bei einer G Gesellschaft für Unternehmensberatung mit Sitz in Berlin residiere, gibt dies einen Hinweis darauf hin, der Kl. würde eine Nebentätigkeit in Gestalt von Unternehmensberatung betreiben. Allerdings erschöpft sich dieser Hinweis in der bloßen Vermutung, dass dies so sein könnte. Eine Feststellung eines Verstoßes gegen die Bestimmungen in § 8 IV und V des Arbeitsvertrags durch den Kl. ist nicht möglich; dies wäre bloße Spekulation. Handfeste Tatsachen, die auf eine tatsächliche Ausübung des Berufs des Unternehmensberaters durch den Kl. hinwiesen, vermag die Bekl. nicht beizubringen. Sie kann daher auch nicht die Einlassung des Kl. widerlegen, der Inhalt nämlicher E-Mail stamme aus Zeiten vor Begründung des Arbeitsverhältnisses.

[43] Dass aufseiten der Bekl. kein belastbares Wissen um Nebentätigkeiten des Kl. vorhanden ist, zeigt auch der unter dem 10.7.2020 an den Kl. gerichtete Fragenkatalog. Das Antwortschreiben des Kl. an die Bekl. unter dem 31.7.2020 stellt in Abrede, unerlaubterweise Nebentätigkeiten nachzugehen. Auch aus diesem Schreiben lässt sich daher für die Feststellung eines Arbeitsvertragsverstoßes nichts herleiten. Dahinzustehen hat somit die Frage, ob es den Arbeitsvertragsverstoß vertiefte, böte der Kl. über die G Gesellschaft für Unternehmensberatung im Verständnis der Bekl. „regierungsnahe“ Dienste an. Wie sehr dies dem Selbstverständnis der Bekl. zuwiderliefe, hinge von der Beantwortung der Frage ab, mit welcher Ernsthaftigkeit sie die Beseitigung der gegenwärtigen Gesellschaftsordnung betreibt.

[44] In Ansehung des Umstands, dass der Vortrag der Bekl. hinsichtlich unerlaubter Nebentätigkeiten des Kl. das Niveau von Spekulationen nicht übersteigt, kommt die erkennende *Kammer* zu der Einschätzung, dass das Anziehen dieses Vorwurfskomplexes vielmehr dazu dient, eine Rechtfertigungsgrundlage dafür zu bilden, den E-Mail-Verkehr des Kl. zu analysieren, wozu es einer datenschutzrechtlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf. Im Folgenden wird indessen ohne nähere Prüfung der datenschutzrechtlichen Rechtslage davon ausgegangen, dass der Tatsachenvortrag der Bekl. zu den nachfolgend referierten Vorwurfskomplexen keinem datenschutzrechtlich begründeten Sachvortragsverwertungsverbot oder einem nachfolgenden Beweisverwertungsverbot unterfällt. Die diesbezügliche Debatte der Parteien hat dahinzustehen.

[45] bb) Der Kl. hat keinen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung dadurch gesetzt, dass er für den Zeitraum vom 22.6.2019 bis zum 21.6.2020 die E-Mails löschte, die Bezug zu seiner dienstlichen E-Mail-Adresse besaßen.

[46] Ein Verstoß gegen die Pflicht aus § 11 III 1 Fall 2 des Arbeitsvertrags wird nicht mit der notwendigen Deutlichkeit

sichtbar. Bei dem gelöschten E-Mail-Bestand könnte es sich um „geschäftliche und betriebliche Unterlagen einschließlich persönlicher Aufzeichnungen über dienstliche Angelegenheiten“ der Bekl. handeln. Allerdings fand offenkundig keine Trennung zwischen dienstlichen und privaten Angelegenheiten hinsichtlich dieses E-Mail-Accounts statt. Nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag des Kl. wurde dies weder durch entsprechende Infrastruktur noch durch eine entsprechende Weisungslage sichergestellt. Die Sicherung privater Daten des Kl. vor – etwaig rechtswidriger – Einsichtnahme durch andere Personen bedingte daher auch die Löschung von Daten mit ausschließlich dienstlichem Bezug. Ob dies wegen begrenzter Serverkapazität und Archivierung in Papierform bei der Bekl. ein üblicher Vorgang war oder nicht, wie es der klägerische Vortrag nahelegen will, ist nicht entscheidend. Es kommt vielmehr darauf an, dass der genaue Pflichtenkreis, aus welchem der Kl. durch sein Verhalten herausgetreten sein könnte, hier für den objektiven Betrachter nicht abgrenzbar ist. Hinzukommt, dass Datenlöschungen im Bewusstsein ihrer Rechtswidrigkeit für den Kl. ohnehin keinen rechten Sinn zu machen schienen, da er um die Wiederherstellbarkeit der Datenbestände wusste. Sollte der Kl. tatsächlich versucht haben, Daten nicht allein auf seinem persönlichen Laptop, sondern auch auf dem Server der Bekl. zu löschen, so hätte es sich auch insofern um einen untauglichen Versuch gehandelt. Insgesamt betrachtet kommt der Vortrag der Bekl. nicht über die Spekulation hinaus, der Kl. habe sich gezielt dagegen entschieden, seiner Pflicht aus § 11 III 1 des Arbeitsvertrags bezüglich der der Bekl. zustehenden Datenbestände zu wahren.

[47] cc) Eine Negativprognose für das Arbeitsverhältnis der Parteien lässt sich auch nicht auf den Vortrag der Bekl. zu Datenweitergaben durch den Kl. stützen.

[48] Der Pflichtenkreis des Kl. hinsichtlich der in Bezug auf Datenmaterial zu wahren Verschwiegenheit bestimmt sich nach § 11 I 1 und 3, III 1 des Arbeitsvertrags. Dort erscheint Datenwiedergabe an Dritte als im Grundsatz ausgeschlossen; eine Zuwiderhandlung erscheint als grundsätzlich arbeitsvertragswidrig. Der konkrete Vortrag der Bekl. vermag einen nachhaltigen Verstoß des Kl. gegen seine Pflichten indessen nicht darzustellen. Die Datenweitergabe erfolgte an Frau I, zu der der Kl. nicht allein offenkundig ein vertrautes Verhältnis unterhält, sondern die zugleich beruflich für einen Parteigänger der Bekl. tätig ist, welcher im Bezirk Berlin-J das Amt eines Stadtrats innehat. Der eingereichte E-Mail-Verkehr betrifft daher Informationen, die vom politischen Zusammenhang der involvierten Personen nicht zu trennen sind. Eine Pflicht, solche Informationen nicht austauschen zu dürfen, ist fernliegend. Wegen besonderer Umstände betrifft dies auch die Tatsache, dass der Kl. an Frau I die Bewerbungsunterlagen des Herrn O weitergab. Ausweislich des klägerseits eingereichten Musterschreibens scheint es sich um einen Vorgang gehandelt zu haben, in welchem Bewerber und Bewerberinnen bei der Bekl. grundsätzlich einzuwilligen hatten, da es wegen der politischen Randständigkeit der Bekl. und aller anderen Repräsentanten der in Rede stehenden Partei schwerfällt, Personal zu gewinnen. Dem tritt die Bekl. nicht substantiiert entgegen.

[49] dd) Die außerordentliche Kündigung ist auch nicht deswegen gerechtfertigt, weil der Kl. innerhalb der Bekl. einen „inneren Zirkel“ aufgebaut hätte.

[50] Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass der Kl. im Rahmen des letztlich durch den Beschluss vom 19.5.2020 bestimmten Aufgabenkreises Loyalität gegenüber der

Bekl. als Gesamtheit der Abgeordneten schuldet, nicht jedoch einzelnen Fraktionsmitgliedern gegenüber oder unmittelbar gegenüber dem Fraktionsvorstand. Dies gilt jedenfalls vor dem Hintergrund, dass der Kl. gegenüber dem Fraktionsvorsitzenden und dem parlamentarischen Fraktionsgeschäftsführer Vorwürfe hinsichtlich unkorrekten Umgangs mit Fraktionsgeldern erhebt. Es ist offenkundig, dass die Bekl. selbst wiederum in Fraktionen zerfällt, die einander nicht wohlgesonnen sind. In einer solchen Situation sich mit anderen Fraktionsmitgliedern intern auszutauschen – also einen „Kreis“ zu bilden, wie er auch in Fraktionen anderer Parteien – gerade auch im Bundestag üblich ist –, erscheint hierbei allenfalls dann als pflichtwidrig, vernachlässigte der Kl. hierdurch seine Loyalitätspflicht gegenüber der Bekl. Dem diesbezüglichen Vortrag des Kl., er bedürfe eines Kreises von Vertrauten, um das Fehlverhalten von Personen außerhalb dieses Kreises von Vertrauten bekämpfen zu können, ist nachvollziehbar. Der Kl. benennt tatsächengestützt solchen Fehlumgang mit Fraktionsgeldern, ohne dass die Bekl. dem noch entgegenrät. Der Vortrag des Kl., dass das Unterhalten eines Diskussionskreises mit Gleichgesinnten dem Ziel diene, seinen Arbeitspflichten gegenüber der Bekl. in ihrer Gesamtheit nachzukommen, ist somit nicht erschüttert.

[51] ee) Schließlich hat der Kl. die fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch nicht im Zusammenhang mit dem Wirtschaftsprüfungsgutachten des Herrn von E verwirkt.

[52] Nicht zu folgen ist der Bekl. in deren Standpunkt, ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung läge bereits darin, dass es der Kl. betrieben habe, nicht das preisgünstigste Angebot zur Revision der Fraktionsfinanzen auszuwählen, sondern ein wesentlich teureres. Auch wenn hierdurch Mehrkosten in der Größenordnung von 6.000 Euro entstanden sein mögen, so findet die Beauftragung der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, für die auch Herr von E tätig ist, ihre Grundlage in einem entsprechenden Beschluss der Bekl. vom 25.2.2020. Die Bekl. kann dem Kl. schlechterdings etwas vorwerfen, was sie selbst beschlossen hat. Über etwaige Täuschungshandlungen des Kl. gegenüber der Bekl. in diesem Zusammenhang trägt die Letztgenannte nichts vor. Es ist daher davon auszugehen, dass die durch Herrn C betriebene Suche nach einem geeigneten Revisor und die damit eingegangenen Angebote im Moment der Beschlussfassung der Bekl. für diese transparent waren.

[53] Festzustellen ist des Weiteren, dass der Kl. massiv auf den Inhalt des letztlich durch Herrn von E erstatteten Gutachtens Einfluss nahm. Hierbei wird davon ausgegangen, dass das Gutachten inhaltlich im Grundsatz demjenigen entspricht, welches noch im Änderungsmodus Bestandteil der gerichtlichen Akte ist. Diese Einflussnahme ist indessen vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Kl. als Fraktionsgeschäftsführer namentlich für den korrekten Umgang der Bekl. mit Fraktionsgeldern verantwortlich zeichnet. Dies ist durch den Beschluss der Bekl. vom 19.5.2020 noch einmal unmissverständlich klargestellt worden.

[54] Da der Kl. somit im Interesse der Bekl. und nicht im Partikularinteresse des Fraktionsvorsitzenden oder des parlamentarischen Geschäftsführers zu handeln hatte, durfte und musste er dafür sorgen, dass das Wirtschaftsprüfergutachten die Dinge so darstellt, wie die Dinge liegen. Hierbei ist zu beachten, dass ausweislich der gewechselten Worte zwischen dem Kl. und Herrn von E ein enges Vertrauensverhältnis besteht. Dies gibt jedoch keinen Hinweis darauf her, dass sich Herr von E in seiner Funktion als Wirtschafts-

prüfer dafür hergegeben hätte, in das Gutachten Passagen – und seien sie vom Kl. formuliert – aufzunehmen, die er mit seinen Pflichten als Wirtschaftsprüfer nicht in Einklang zu bringen vermag. Auch wenn festzustellen ist, dass die kritischen Passagen des Gutachtens im Wesentlichen durch den Kl. zugearbeitet sind, verbleibt die Verantwortlichkeit für die inhaltliche Richtigkeit des Gutachtens beim Unterzeichner, und dies ist Herr *von E*. Dem Kl. kann nicht vorgeworfen werden, durch klandestines Zusammenwirken mit dem Wirtschaftsprüfer eine Begutachtung der Fraktionsfinanzen bewirkt zu haben, die durch unverblümten Hinweis auf Missstände gleichzeitig Ausdruck der Interessenswahrung zugunsten der Bekl. ist.

[55] Dies wäre allein anders zu sehen, hätte der Kl. dem Wirtschaftsprüfer unwahre Tatsachen vorgespiegelt, deren Richtigkeit Herr *von E* dann in Gestalt der Gutachtenerstattung bestätigt hätte. Zu den bei der Bekl. vorliegenden Missständen im Hinblick auf die Fraktionsgelder trägt der Kl. indessen substantiiert Umstände vor, die das Erheben von Vorwürfen rechtfertigen. Dies bestreitet die Bekl. lediglich mit Nichtwissen, obwohl sie es besser wissen müsste, sollten die Vorwürfe nicht oder wenigstens nicht so zutreffen. In der Gesamtschau kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass das Verhalten des Kl. zwar den Interessen von Fraktionsvorsitzenden und parlamentarischen Geschäftsführer zuwiderliefe, letztlich aber aus loyalem, arbeitsvertragsgerechtem Verhalten gegenüber der Bekl. besteht. In Anbetracht dessen darf das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung im hiesigen Zusammenhang nicht bejaht werden.

[56] b) Dahinzustehen hat die Frage, ob die Fiktion der Abwesenheit eines wichtigen Kündigungsgrundes nach § 626 II 1 und 2 BGB eingetreten ist, weil die Bekl. die Kündigungserklärungsfrist versäumte. Eine diesbezügliche Rüge erhebt der Kl. nicht. Eine Belehrung, dass er nur bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz zur Begründung der Unwirksamkeit der Kündigung sich innerhalb der Klagfrist nicht geltend gemachter Gründe zusätzlich berufen kann, ist ihm vonseiten des *ArbG* iSv § 6 S. 2 KSchG erteilt worden.

[57] Es sei lediglich darauf hingewiesen, dass die Bekl. bei ihrer Rechtsbehauptung, sie habe die Kündigungserklärungsfrist gewahrt, auf eine Freistellung des Kl. von den Arbeitspflichten am 21.7.2020 verweist, der sich die Wiederherstellung des in Rede stehenden E-Mail-Accounts zeitlich angeschlossen habe. Der 21.7.2020 ist indessen derjenige Zeitpunkt, an welchem die Bekl. von der Freistellung des Kl. informiert wurde. Die Freistellung gegenüber dem Kl. erfolgte ausweislich des Anhörungsschreibens unter dem 10.7.2020 bereits mit Zugang desselben beim Kl.

[58] c) Dahinzustehen hat die Frage, ob die streitgegenständliche außerordentliche Kündigung deswegen rechtsunwirksam ist, weil die Geschäftsordnung der Bekl. in § 1 Nr. 1 anordnet, dass die Bekl. über das Einstellungsverfahren und die Anstellung von Fraktionsmitarbeitern beschließe. Es sei darauf hingewiesen, dass es als zweifelhaft erscheint, dass die Geschäftsordnung unter „Anstellung von Fraktionsmitarbeitern“ auch die Kündigung derselben versteht.

[59] d) Dahinzustehen hat schließlich, ob sich die streitgegenständliche außerordentliche Kündigung deswegen als rechtsunwirksam erweist, weil der die Kündigung unterschreibende parlamentarische Geschäftsführer der Bekl. hierzu nicht berechtigt gewesen ist. Es sei lediglich darauf hingewiesen, dass der Kl. eine unverzügliche Zurückweisung der Kündigung iSv § 174 S. 1 BGB oder iSv § 180 S. 2 Fall 1 BGB nicht behauptet. Hätte Vertretung ohne Vertretungsmacht stattgefunden, läge im Klageabweisungsantrag die Genehmigung iSv § 177 I BGB.

[60] 2. Die Klage ist nicht begründet, soweit der Kl. die Feststellung begehrt, das Arbeitsverhältnis der Parteien sei nicht durch eine ordentliche Kündigung aufgelöst worden,

die im Wege der Umdeutung nach § 140 BGB aus der außerordentlichen und fristlosen Kündigung mit Schreiben unter dem 5.8.2020 zu gewinnen sei.

[61] Diese Klage ist unbegründet, da es ihr am punktuellen Streitgegenstand fehlt. Die Umdeutung der außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung ist nicht möglich, da die Bekl. nicht berechtigt ist, das Arbeitsverhältnis der Parteien ordentlich aufzukündigen. Das Arbeitsverhältnis ist ausweislich §§ 2 II 2, 4 I des Arbeitsvertrags auf den Beginn der 19. Wahlperiode des Abgeordnetenhauses von Berlin befristet. Nach § 15 III Teilzeit- und Befristungsgesetz bedarf die ordentliche Kündigung daher einer Legitimationsgrundlage, die sich in einer einzelvertraglichen Abrede oder in einem anwendbaren Tarifvertrag finden kann. Beides ist vorliegend weder vorgetragen noch sonst wie ersichtlich.

[62] 3. Die Klage ist insoweit begründet, als der Kl. von der Bekl. die Erteilung eines qualifizierten Zwischenzeugnisses begehrt.

[63] Dieser Leistungsanspruch ergibt sich auf Grundlage von § 241 I 1 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsverhältnis der Parteien. Es ist Nebenleistungspflicht des Arbeitgebers aus dem Gesichtspunkt der Interessenswahrung, dem Arbeitnehmer jederzeit durch Erteilung eines Zwischenzeugnisses, welches sich auf Führung und Leistung im Arbeitsverhältnis erstreckt, bei dem Aufsuchen eines anderweitigen Arbeitsverhältnisses zu unterstützen.

[64] 4. Die Klage ist auch insoweit begründet, als der Kl. eine Leistung in Gestalt vorläufiger Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens begehrt.

[65] Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch ist grundsätzlich dann gegeben, obsiegt der gekündigte Arbeitnehmer im Kündigungsschutzverfahren erstinstanzlich. So liegen die Dinge hier. Tatsachen, die ausnahmsweise allein die vorläufige Nicht-Beschäftigung des Kl. als allein interessengerecht erscheinen ließen, hat die Bekl. nicht vorgetragen.

[66] 5. Nicht zu bescheiden ist der unechte Hilfsantrag auf Erteilung eines qualifizierten Endzeugnisses. Die innerprozessuale Voraussetzung hierfür – das Unterliegen mit dem Klageantrag zu 1 – tritt nicht ein.

**Anm. d. Schriftlgt.:** Gegen die Entscheidung wurde Berufung eingelegt unter dem Az. 16 Sa 392/21. – Zur unwirksamen fristlosen Kündigung einer RAK-Hauptgeschäftsführerin wegen Nebentätigkeit s. *LAG Düsseldorf* v. 21.6.2017 – 4 Sa 869/16, BeckRS 2017, 129849. ■

## Betriebsverfassungsrecht

### Entsendung von Betriebsratsmitgliedern zu Schulungsveranstaltung

BetrVG § 37 VI 1

1. Der Beschluss des Betriebsrats über die Entsendung eines seiner Mitglieder zu einer Schulungsveranstaltung ist vom Betriebsrat als Gremium zu fassen. Eine Entsendung durch Beschluss des Personalausschusses, dem nach der Geschäftsordnung des Betriebsrats die personellen Angelegenheiten übertragen sind, ist unwirksam.



**2. Über die Entsendung entscheidet der Betriebsrat durch Mehrheitsbeschluss. Ein Minderheitenschutz besteht insoweit nicht.**

*LAG Hessen, Beschl. v. 16.11.2020 – 16 TaBV 107/20 (ArbG Frankfurt a. M., Beschl. v. 18.6.2020 – 26 BV 559/20)*

**Zum Sachverhalt:** Die Bet. streiten über die Freistellung des Betriebsrats von Schulungskosten.

Ast. ist der im Betrieb des Arbeitgebers (Bet. zu 2), einem Unternehmen auf dem Gebiet des Luftfahrt-Catering, gebildete, aus 15 Mitgliedern bestehende Betriebsrat, dem die Bet. zu 3 und 4 angehören. Vom 14. bis 15.3.2019 fand wegen bevorstehender Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen eine Inhouseschulung des Betriebsrats zum Thema „Sozialplan und Interessenausgleich“ statt. Hierfür waren acht Betriebsratsmitglieder angemeldet, von denen tatsächlich sieben an der Schulung teilnahmen.

Der Personalausschuss des Betriebsrats beschloss am 21.6.2019, die Bet. zu 3 und 4 zu einer vom selben Veranstalter angebotenen Schulung in A. vom 23.7. bis 26.7.2019 zu entsenden. Nach der Geschäftsordnung des Betriebsrats ist der Personalausschuss für sämtliche personellen Angelegenheiten zuständig. Der Arbeitgeber lehnte die Schulungsteilnahme ab. Die Bet. zu 3 und 4 nahmen gleichwohl daran teil. Mit Rechnung vom 24.7.2019 stellte der Schulungsveranstalter dem Betriebsrat hierfür insgesamt 3.893,68 Euro in Rechnung. Hiervon begehrt der Betriebsrat die Freistellung vom Arbeitgeber.

Das *ArbG* (BeckRS 2020, 44978) hat den Antrag zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss hat der Betriebsrat Beschwerde eingelegt. Er rügt, das *ArbG* sei fehlerhaft davon ausgegangen, dass die Bet. zu 3 und 4 an der Inhouseschulung zum gleichen Thema hätten teilnehmen können. Der Arbeitgeber habe genau dies verhindert. Er habe nicht nur die Anzahl der Teilnehmer an dieser Veranstaltung beschränkt, sondern ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er für Mitglieder der Liste „B“ keine Schulungskosten übernehmen werde. Die Teilnahme an der streitgegenständlichen Schulung sei für die Bet. zu 3 und 4 erforderlich gewesen. Ein konkreter betrieblicher Anlass habe auch noch im Juli 2019 bestanden. Das Wissen zum Thema „Interessenausgleich und Sozialplan“ sei für alle Betriebsratsmitglieder erforderlich. Zwar seien die Bet. zu 3 und 4 nicht Teil der Verhandlungskommission gewesen. Dennoch müssten sie die Verhandlungen aktiv begleiten und Zwischenergebnisse beurteilen, um eigene Positionen und Forderungen aufstellen zu können sowie um ein erzieltes Verhandlungsergebnis zu beurteilen. Der Liste der „B“ stehe Minderheitenschutz zu. Im Übrigen sei eine Wissensvermittlung im Gremium schwer möglich.

Der Arbeitgeber ist der Ansicht, das *ArbG* habe den Antrag zu Recht zurückgewiesen. Herr F habe zu keinem Zeitpunkt die Teilnahme der Bet. zu 3 und 4 an der Inhouseschulung abgelehnt. Bei dem Seminar habe es sich um eine Spezialschulung gehandelt. Die Bet. zu 3 und 4 hätten dieses Wissen nicht benötigt, da sie nicht Teil der Verhandlungsgruppe des Betriebsrats waren. Das in der Inhouseschulung vermittelte Wissen hätte innerhalb des Gremiums weitergegeben werden müssen, so dass auch deshalb eine Entsendung zu der streitgegenständlichen Schulungsveranstaltung nicht erforderlich gewesen sei.

Die Beschwerde hatte keinen Erfolg.

**Aus den Gründen:** [14] 2. (...) Das *ArbG* hat den Antrag zu Recht abgewiesen.

[15] Es fehlt bereits an einer ordnungsgemäßen Beschlussfassung des Betriebsrats hinsichtlich der Entsendung der Bet. zu 3 und 4 zu der streitgegenständlichen Schulung. Der Personalausschuss war nicht befugt, hierüber zu entscheiden. In der Geschäftsordnung des Betriebsrats ist lediglich geregelt, dass sämtliche personellen Angelegenheiten dem Personalausschuss übertragen sind. Dazu gehört die Entsendung von Betriebsratsmitgliedern zu Schulungsveranstaltungen iSv § 37 VI BetrVG nicht. „Personelle Angelegenheiten“ des Betriebsrats sind solche nach §§ 99 ff., 102 BetrVG. Darum geht es hier nicht.

[16] Unabhängig davon war die Schulungsteilnahme der Bet. zu 3 und 4 auch nicht erforderlich.

[17] Nach § 37 VI 1 BetrVG ist die Vermittlung von Kenntnissen erforderlich, wenn sie unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse in Betrieb und Betriebsrat notwendig sind, damit der Betriebsrat seine gegenwärtigen oder in naher Zukunft anstehenden Aufgaben ordnungsgemäß erfüllen kann. Bei erstmals gewählten Betriebsratsmitgliedern braucht die Schulungsbedürftigkeit nicht näher dargelegt zu werden, wenn Grundkenntnisse im Betriebsverfassungsrecht, im allgemeinen Arbeitsrecht oder im Bereich der Arbeitssicherheit und Unfallverhütung vermittelt werden. Das BAG unterscheidet zwischen der Vermittlung sogenannter Grundkenntnisse und anderen Schulungsveranstaltungen. Durch die Vermittlung von Grundwissen soll das Betriebsratsmitglied erst in die Lage versetzt werden, seine sich aus der Amtsstellung ergebenden Rechte und Pflichten ordnungsgemäß wahrzunehmen. Für andere Schulungsveranstaltungen muss ein aktueller, betriebsbezogener Anlass für die Annahme bestehen, dass die in der Schulungsveranstaltung zu erwerbenden besonderen Kenntnisse derzeit oder in naher Zukunft von dem zu schulenden Betriebsratsmitglied benötigt werden, damit der Betriebsrat seine Beteiligungsrechte sach- und fachgerecht ausüben kann (BAG v. 14.1.2015 – 7 ABR 95/12, NZA 2015, 632 Rn. 10; v. 20.8.2014 – 7 ABR 64/12, NZA 2014, 1349 Rn. 15).

[18] Die Schulung des entsandten Betriebsratsmitglieds ist nicht notwendig, wenn die in der Schulungsveranstaltung vermittelten Kenntnisse im Betriebsrat bereits vorhanden sind. Allerdings ist der Betriebsrat weder verpflichtet, die anstehenden Aufgaben auf wenige kenntnisreiche Mitglieder zu konzentrieren, noch muss er sich bei der Aufgabenerfüllung auf die Information eines einzelnen Betriebsratsmitglieds verlassen. Auch wenn ein Mitglied die erforderlichen Kenntnisse bereits besitzt, kann die sinnvolle Organisation der Betriebsratsarbeit es gebieten, auch andere Mitglieder mit der Aufgabenwahrnehmung zu betrauen. Es hängt dabei maßgeblich von der Größe und personellen Zusammensetzung sowie von der Geschäftsverteilung des Betriebsrats ab, ob und inwieweit eines oder mehrere Betriebsratsmitglieder über Spezialkenntnisse verfügen müssen (BAG v. 14.1.2015 – 7 ABR 95/12, NZA 2015, 632 Rn. 12).

[19] Bei der Entscheidung über die Erforderlichkeit der Schulungsteilnahme steht dem Betriebsrat ein Beurteilungsspielraum zu. Das macht jedoch die Darlegung, weshalb das zu der Schulung entsandte Betriebsratsmitglied die dort vermittelten Kenntnisse benötigt, damit das Gremium des Betriebsrats seine gesetzlichen Aufgaben sach- und fachgerecht wahrnehmen kann, nicht entbehrlich (BAG v. 28.9.2016 – 7 AZR 699/14, NZA 2017, 69 Rn. 14–17; v. 14.1.2015 – 7 ABR 95/12, NZA 2015, 632 Rn. 11).

[20] Diese Voraussetzungen liegen in Bezug auf die Teilnahme der Bet. zu 3 und 4 an dem Seminar vom 23. bis 26.7.2019 in A. nicht vor.

[21] Auszugehen ist davon, dass es sich um eine Vertiefungsveranstaltung handelt. Zwar gehören die Themenbereiche Interessenausgleich und Sozialplan bereits zum Grundwissen des Betriebsrats, über das jedes Betriebsratsmitglied verfügen muss. Hier wurden jedoch zu diesem Thema vertiefende Kenntnisse in einer mehrtägigen Schulung vermittelt, die über das erforderliche Grundwissen hinausgehen.

[22] Dieses Wissen war aufgrund der vom 14. bis 15.3.2019 stattgefundenen Inhouseschulung, an der von acht angemeldeten Betriebsratsmitgliedern sieben teilgenommen haben, zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Schulung im Juli 2019 bereits vorhanden. Es war dem Betriebsrat zuzumuten, dieses Wissen innerhalb des Gremiums an die übrigen Betriebsratsmitglieder weiterzugeben.

[23] Die Auffassung des Betriebsrats, aus Gründen des Minderheitenschutzes sei die Schulung der Bet. zu 3 und 4 erforderlich gewesen, trifft nicht zu. Wie bereits in dem Hinweisbeschluss vom 22.9.2020 ausgeführt, ist die Listenzugehörigkeit der Betriebsratsmitglieder nur im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen, bei denen ausdrücklich Verhältniswahl vorgesehen ist, von Bedeutung. Der Minderheitenschutz stellt nach der Rechtsprechung des BAG kein allgemeines Prinzip des Betriebsverfassungsgesetzes dar (BAG v. 11.6.1997 – 7 ABR 5/96, NZA 1997, 1301 [zu B II 2]). Über die Entsendung zu Schulungen entscheidet der Betriebsrat durch Mehrheitsbeschluss. Ein Minderheitenschutz besteht daher insoweit nicht.

**Anm. d. Schriftlgt.:** Zur Kostentragungspflicht für Betriebsratsschulung s. *LAG Hessen v. 11.3.2019 – 16 TaBV 201/18*, NZA-RR 2019, 537. Mit dem Schulungsanspruch des Betriebsrats in Zeiten der Corona-Pandemie beschäftigt sich *Althoff*, ArbRAktuell 2020, 442. ■

## Tarifvertragsrecht

### Eingruppierung einer Pflegefachkraft nach AVR Caritas – Praxisanleiter

Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes (AVR Caritas) § 23; Anlage 1 Abschnitt I Eingruppierung; Anlage 32 Anhang B, Anhang D Abschnitt I Entgeltgruppe P 8 Fallgr. 2, Anhang E Abschnitt I

#### Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG:

1. Gemäß Abschnitt I (b) der Anlage 1 AVR Caritas ist der Mitarbeiter in die Vergütungs- bzw. Entgeltgruppe eingruppiert, deren Tätigkeitsmerkmale der gesamten von ihm nicht nur vorübergehend auszuübenden Tätigkeit entspricht. Das ist der Fall, wenn zeitlich mindestens zur Hälfte Arbeitsvorgänge anfallen, die für sich genommen die Anforderungen eines Tätigkeitsmerkmals oder mehrerer Tätigkeitsmerkmale dieser Vergütungs- bzw. Entgeltgruppe erfüllen. Diese Regelungen entsprechen dem Eingruppierungssystem der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes. Die hierzu ergangene Rechtsprechung kann zur Auslegung der AVR Caritas herangezogen werden (Rn. 24).

2. Nach Anhang D Abschnitt I zur Anlage 32 AVR Caritas sind Praxisanleiter in der Pflege mit berufspädagogischer Zusatzqualifikation nach bundesrechtlicher Regelung und entsprechender Tätigkeit in die Fallgr. 2 der Entgeltgruppe P 8 eingruppiert. Bei der Tätigkeit in der Funktion als Praxisanleiter handelt es sich um einen Arbeitsvorgang, dessen Arbeitsergebnis die ordnungsgemäße Durchführung der übertragenen Ausbildung ist. Dies umfasst sowohl ausbildungsbezogene administrative Tätigkeiten als auch die Durchführung der fachpraktischen Ausbildung (Rn. 28).

3. Während der Zuweisung eines Auszubildenden bei der Patientenversorgung ist die gesamte Tätigkeit in der Funktion als Praxisanleiter als Teil eines einheitlichen Arbeitsvorgangs zu sehen, auch wenn der Praxisanleiter dabei selbst pflegerische Aufgaben ausführt. Hiervon zu unterscheiden sind organisatorisch getrennte Tätigkeiten ohne Bezug zur Ausbildung. Dies ist bspw. der Fall, wenn ein Praxisanleiter bei der Patientenversorgung keine Auszubildenden zugewiesen bekommt und die Patienten allein oder mit anderen Pflegefachkräften versorgt (Rn. 28 f.).

#### Verhältnis zu bisheriger Rechtsprechung:

Zu 1: Vgl. zum Arbeitsvorgang BAG v. 13.5.2020 – 4 AZR 173/19, NZA-RR 2020, 534; v. 16.10.2019 – 4 AZR 284/18, NZA-RR 2020, 194; v. 28.2.2018 – 4 AZR 816/16, BAGE 162, 81 = NJOZ 2018, 1065.

Zu 3: Anschluss an BAG v. 9.9.2020 – 4 AZR 161/20, AP TVöD § 12 Nr. 4 = BeckRS 2020, 25195.

*BAG, Urt. v. 19.11.2020 – 6 AZR 331/19 (LAG Köln, Urt. v. 28.3.2019 – 8 Sa 584/18)*

**Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten über die zutreffende Eingruppierung der Kl.

Der beklagte Caritasverband unterhält für die Kranken- und Altenpflege im R-Kreis mehrere stationäre Einrichtungen und ambulante Pflegestationen. Die Kl. ist examinierte Gesundheits- und Krankenpflegerin und seit dem 15.9.2003 als Pflegefachkraft in einer Pflegestation des Bekl. beschäftigt.

Nach § 2 des Arbeitsvertrags vom 4.8.2003 gelten für das Arbeitsverhältnis die „Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes“ (im Folgenden: AVR Caritas) in ihrer jeweils geltenden Fassung. Nach § 23 I 1 AVR Caritas verfallen Ansprüche aus dem Dienstverhältnis, wenn sie nicht innerhalb einer Ausschlussfrist von sechs Monaten nach Fälligkeit in Textform geltend gemacht werden, soweit die AVR Caritas nichts anderes bestimmen. Für denselben Sachverhalt reicht gem. § 23 II AVR Caritas die einmalige Geltendmachung des Anspruchs aus, um die Ausschlussfrist auch für später fällig werdende Leistungen unwirksam zu machen. Die Vergütung der Beschäftigten wird in den AVR Caritas auszugsweise wie folgt geregelt:

„Anlage 1:

#### I. Eingruppierung

(a) Die Eingruppierung des Mitarbeiters richtet sich nach den Tätigkeitsmerkmalen der Anlagen ... 31, 32 und 33 zu den AVR. Der Mitarbeiter erhält Vergütung nach der Vergütungs- bzw. Entgeltgruppe, in die er eingruppiert ist.

(b) Der Mitarbeiter ist in die Vergütungs- bzw. Entgeltgruppe eingruppiert, deren Tätigkeitsmerkmale der gesamten von ihm nicht nur vorübergehend auszuübenden Tätigkeit entspricht.

Die gesamte auszuübende Tätigkeit entspricht den Tätigkeitsmerkmalen einer Vergütungs- bzw. Entgeltgruppe, wenn zeitlich mindestens zur Hälfte Arbeitsvorgänge anfallen, die für sich genommen die Anforderungen eines Tätigkeitsmerkmals oder mehrerer Tätigkeitsmerkmale dieser Vergütungs- bzw. Entgeltgruppe erfüllen. ...“

Die in Abschnitt I (a) der Anlage 1 AVR Caritas genannte Anlage 31 AVR Caritas sieht besondere Regelungen für Mitarbeiter im Pflegedienst in Krankenhäusern vor. Anlage 32 AVR Caritas betrifft Mitarbeiter im Pflegedienst außerhalb von Krankenhäusern. Der Anhang D Abschnitt I zur Anlage 32 AVR Caritas enthält Eingruppierungsvorgaben für Mitarbeiter in der Pflege in Einrichtungen iSd § 1 I Buchst. a bis d Anlage 32 AVR Caritas. Diese Regelungen gelten nach Anhang E Abschnitt I zur Anlage 32 AVR Caritas auch für Mitarbeiter ohne Leitungsfunktion in ambulanten Pflegediensten oder teilstationären Pflegeeinrichtungen iSd § 1 I Buchst. e Anlage 32 AVR Caritas. Die jeweiligen Entgelttabellen sind im Anhang B zur Anlage 32 AVR Caritas angeführt. Für Mitarbeiter in Nordrhein-Westfalen gilt demnach seit dem 1.1.2017 auszugsweise folgende Eingruppierungsordnung:

„Anlage 32 – Anhang D

*I. Mitarbeiter in der Pflege*

...

7 Entgeltgruppe P

Pfleger mit mindestens dreijähriger Ausbildung und entsprechender Tätigkeit.

8 Entgeltgruppe P

...

2. Praxisanleiter in der Pflege mit berufspädagogischer Zusatzqualifikation nach bundesrechtlicher Regelung und entsprechender Tätigkeit.

...“

Die Kl. absolvierte in der Zeit vom 30.1.2006 bis 23.6.2006 erfolgreich eine Weiterbildung zur Praxisanleitung in der Pflege. Diese umfasste 240 Stunden theoretische und fachpraktische Inhalte einschließlich praktischer Umsetzung. Seit dem Ende der Weiterbildung setzt der Bekl. die Kl. als Praxisanleiterin ein. Zu ihren Aufgaben gehört die Betreuung von Auszubildenden des Bekl. und anderer Träger sozialer Einrichtungen. Die Ausbildung findet im Bereich der Gesundheits- und Krankenpflege sowie der Altenpflege statt. Die Kl. ist für die fachliche Anleitung und Kontrolle der Auszubildenden zuständig. Im Rahmen der fachpraktischen Ausbildung nimmt sie die Auszubildenden zu den Patienten mit. Dabei lernen die Auszubildenden die einzelnen Pflegetätigkeiten kennen und führen Pflegemaßnahmen unter Anleitung selbst durch. Diese fachpraktische Ausbildung wird auch von anderen Pflegefachkräften durchgeführt. Die Kl. teilt ein, welche Pflegefachkraft welche Auszubildenden zu welchen Patienten mitnimmt. Ferner ist die Kl. Ansprechpartnerin für die Schulen der Auszubildenden und hält Verbindung zu den Lehrkräften. Die Auszubildenden des Bekl. bereitet sie auf die Prüfungen vor. Der Bekl. hat für die Kl. zwei Stellenbeschreibungen erstellt:

Nach der Stellenbeschreibung „StB-Nr.: 2-01-04M00“ vom 18.6.2013 übt die Kl. die Tätigkeit einer „Pflegefachkraft ambulant (Gesundheits- und KrankenpflegerIn/AltenpflegerIn)“ aus. Dabei mache die in zehn Arbeitsschritten eingeteilte Tätigkeit „Planen und Durchführen der ambulanten Pflege pflegebedürftiger Personen“ (sog. „Tätigkeit 1“) einen Zeitanteil von 70 % aus. Einen Zeitanteil von 10 % beanspruche die sogenannte „Tätigkeit 3“, die aus der „Fachlichen Anleitung und Kontrolle der zugeordneten MitarbeiterInnen wie Kranken- bzw. AltenpflegehelferInnen, PflegehelferInnen, Auszubildenden und Praktikanten“ bestehe. Die „Tätigkeit 3“ sei in vier Arbeitsschritten einzuteilen. Diese umfassten die Anleitung und Kontrolle der Auszubildenden bei der sach- und fachgerechten Durchführung von grund- und behandlungspflegerischen Maßnahmen im Rahmen der Pflegevisite sowie das Erstellen von Beurteilungen für Auszubildende und Praktikanten. In einer weiteren Stellenbeschreibung „StB-Nr.: 2-01-04M01“ vom 30.3.2016 wird die Kl. als „Pflegefachkraft ambulant, Praxisanleiterin“ bezeichnet. Die darin enthaltenen Tätigkeiten decken sich mit denen der Stellenbeschreibung vom 18.6.2013. Allerdings wurde der für die „Tätigkeit 3“ angesetzte Zeitanteil auf 5 % reduziert. Als zusätzliche „Tätigkeit 6“ wurde die Tätigkeit „Sicherstellen der fachpraktischen Ausbildung von Auszubildenden als PraxisanleiterIn“ mit einem Zeitanteil von ebenfalls 5 % ausgewiesen. Mit einer Stellenbeschreibung vom 27.11.2017 änderte der Bekl. die bisherige Stellenbeschreibung vom 18.6.2013 (StB-Nr.: 2-01-04M00) ab. Für die „Tätigkeit 1“ ist nunmehr ein Zeitanteil von 80 % statt 70 % vorgesehen. Hinsichtlich der „Tätigkeit 3“ wird kein eigener Zeitanteil mehr ausgewiesen. Der diesbezügliche Zeitanteil sei im Zeitanteil der „Tätigkeit 1“ enthalten. Im Jahr 2017 wurde die Kl. bei einer Gesamtarbeitszeit von 1497,6 Stunden im Umfang von 1101,5 Stunden von Auszubildenden bei Patientenbesuchen begleitet. Die administrativen Zusatzaufgaben im Bereich der Praxisanleitung hat die Kl. für das Jahr 2017 mit insgesamt 38 Stunden, der Bekl. mit 30 Stunden angesetzt. Der Bekl. vergütet die Kl. nach Entgeltgruppe P 7 Stufe 6 Anlage 32 Anhang D AVR Caritas. Mit Schreiben vom 21.6.2017 begehrt die Kl. eine Höhergruppierung in die Entgeltgruppe P 9 Anlage 32 Anhang D AVR Caritas. Der Bekl. lehnte dies ab. Mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 9.11.2017, welches dem Prozessbevollmächtigten des Bekl. am 13.11.2017 zugeing, machte die Kl. sodann erfolglos die Bezahlung einer Vergütung nach der Entgeltgruppe P 8 Anlage 32 Anhang D AVR Caritas rückwirkend zum 1.1.2017 geltend.

Mit ihrer Klage hat die Kl. die Feststellung einer solchen Vergütungspflicht des Bekl. zum 1.2.2017 verlangt. Ihr sei entsprechend ihrer Qualifikation die Funktion einer Praxisanleiterin im Sinne der Entgeltgruppe P 8 Fallgr. 2 Anlage 32 Anhang D AVR Caritas übertragen worden und sie verrichte die entsprechende Tätigkeit. Ihre gesamte Tätigkeit stelle einen einheitlichen Arbeitsvorgang der Praxisanleitung dar, welcher zeitlich nicht aufgespalten werden dürfe. Aber selbst bei Annahme mehrerer Arbeitsvorgänge sei sie in die Entgeltgruppe P 8 Fallgr. 2 Anlage 32 Anhang D AVR Caritas eingruppiert, weil zeitlich sogar überwiegend Arbeitsvorgänge anfielen, die der Praxisanleitung zuzuordnen seien. Dies folge schon aus dem zeitlichen Umfang der Mitnahme von Auszubildenden bei Patientenbesuchen. Hierbei werde praktische Ausbildung betrieben. Sie erkläre Behandlungsabläufe, mache diese vor und lasse die Auszubildenden selbst Behandlungen unter Aufsicht durchführen. Diesen Zeiten der praktischen Ausbildung seien die Zeiten der Erfüllung administrativer Aufgaben der Praxisanleitung hinzu zu addieren.

Der Bekl. hat beantragt, die Klage abzuweisen. Die Kl. sei in Entgeltgruppe P 7 Stufe 6 Anlage 32 Anhang D AVR Caritas eingruppiert, da sie nur zu 5 % ihrer Arbeitszeit als Praxisanleiterin tätig sei. Im Übrigen erledige sie pflegerische Tätigkeiten. Soweit sie dabei auch die fachliche Anleitung und Kontrolle von Auszubildenden vornehme, handle es sich um keine spezifische Tätigkeit einer Praxisanleiterin. Jede Pflegefachkraft habe in dieser Form Ausbildung zu leisten. Dies entspreche der vorgegebenen Organisation. Als Praxisanleiterin habe die Kl. die fachpraktische Ausbildung nur sicherzustellen.

Das ArbG Siegburg (v. 16.8.2018 – 1 Ca 825/18, BeckRS 2018, 46265) hat der Klage stattgegeben. Das LAG (BeckRS 2019, 17406) hat die hiergegen gerichtete Berufung des Bekl. zurückgewiesen. Die Revision des Bekl. hatte überwiegend Erfolg.

**Aus den Gründen:** [16] (...) Das LAG hat bezogen auf den Zeitraum ab Mai 2017 zutreffend entschieden, dass die Kl. antragsgemäß zu vergüten ist. Soweit die Kl. Ansprüche für die Monate Februar bis einschließlich April 2017 geltend macht, könnten diese jedoch gem. § 23 I 1 AVR Caritas verfallen sein. Der Senat kann dies mangels hinreichender Feststellungen nicht abschließend beurteilen. Insoweit war der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurückzuverweisen.

[17] I. Die Kl. ist nach Anhang D Abschnitt I zur Anlage 32 AVR Caritas in die Fallgr. 2 der Entgeltgruppe P 8 eingruppiert.

[18] 1. Zwischen den Parteien steht außer Streit, dass § 2 des Arbeitsvertrags vom 4.8.2003 eine dynamische Bezugnahme auf die AVR des Deutschen Caritasverbandes enthält, welche diesem Regelwerk des kirchlichen Arbeitsrechts als Allgemeine Geschäftsbedingung im Arbeitsverhältnis der Parteien umfassend Geltung verschafft (BAG v. 18.10.2018 – 6 AZR 550/17, NJOZ 2019, 645 Rn. 22 = NZA 2019, 648 Os.). Die Eingruppierung der Kl. richtet sich unstreitig nach Anhang D Abschnitt I zur Anlage 32 AVR Caritas.

[19] 2. Die Eingruppierung in die Fallgr. 2 der Entgeltgruppe P 8 setzt nach Anhang D Abschnitt I zur Anlage 32 AVR Caritas eine besondere Qualifikation des Praxisanleiters („berufspädagogische Zusatzqualifikation nach bundesrechtlicher Regelung“) sowie eine entsprechende Tätigkeit voraus. Beide Voraussetzungen sind hier erfüllt.

[20] a) Die Kl. weist die berufspädagogische Zusatzqualifikation auf.

[21] aa) Bis zum Inkrafttreten der Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für die Pflegeberufe (PflAPrV) zum 1.1.2020 wurde bezüglich der Qualifikation von Praxisanleitern auf bundesrechtlicher Ebene unterschieden zwischen der Altenpflege und der Krankenpflege (vgl. *Plümecke in Beyer/Papenheim*, Arbeitsrecht der Caritas, Anlage 31/32 Anhang D, Stand: März 2017, Rn. 58.1). Nach § 2 II 4 der Aus-



bildungs- und Prüfungsverordnung für die Berufe in der Krankenpflege (KrPflAPrV) waren Personen mit einer Erlaubnis nach § 1 I 1 Nr. 1 oder Nr. 2 des Krankenpflegegesetzes, die über eine Berufserfahrung von mindestens zwei Jahren sowie eine berufspädagogische Zusatzqualifikation im Umfang von mindestens 200 Stunden verfügten, zur Praxisanleitung geeignet. Bezogen auf den Bereich der Altenpflege ließ es § 2 II 2 der Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für den Beruf der Altenpflegerin und des Altenpflegers (AltPflAPrV) ausreichen, dass ein Altenpfleger oder Krankenpfleger eine mindestens zweijährige Berufserfahrung in der Altenpflege und die Fähigkeit zur Praxisanleitung, die in der Regel durch eine berufspädagogische Fortbildung oder Weiterbildung nachzuweisen war, aufweist.

[22] bb) Die Kl. ist examinierte Gesundheits- und Krankenpflegerin und hat bereits im Jahr 2006 eine Weiterbildung zur Praxisanleitung in der Pflege mit 240 Stunden theoretischer und fachpraktischer Inhalte absolviert. Sie erfüllt damit nach den genannten bundesrechtlichen Regelungen sowohl die Anforderungen im Bereich der Kranken- als auch in der Altenpflege. Dies steht zwischen den Parteien nicht mehr im Streit. Nach § 4 III 2 PflAPrV wird ihre Qualifikation für die Zeit ab dem 1.1.2020 anerkannt.

[23] b) Die Kl. übt seit Abschluss ihrer Weiterbildung eine entsprechende Tätigkeit als Praxisanleiterin aus.

[24] aa) Gemäß Abschnitt I (b) der Anlage 1 AVR Caritas ist der Mitarbeiter in die Vergütungs- bzw. Entgeltgruppe eingruppiert, deren Tätigkeitsmerkmale der gesamten von ihm nicht nur vorübergehend ausübenden Tätigkeit entspricht. Das ist der Fall, wenn zeitlich mindestens zur Hälfte Arbeitsvorgänge anfallen, die für sich genommen die Anforderungen eines Tätigkeitsmerkmals oder mehrerer Tätigkeitsmerkmale dieser Vergütungs- bzw. Entgeltgruppe erfüllen. Bezugspunkt der Eingruppierung ist danach ebenso wie bei den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes der Arbeitsvorgang. Die hierzu ergangene Rechtsprechung kann folglich herangezogen werden (vgl. bereits BAG v. 28.1.1998 – 4 AZR 491/96, NZA-RR 1998, 424 [zu II 2]; v. 13.11.1996 – 4 AZR 290/95, BeckRS 1996, 30765122 [zu B I 2]).

[25] (1) Maßgebend für die Bestimmung des Arbeitsvorgangs ist das Arbeitsergebnis (BAG v. 28.2.2018 – 4 AZR 816/16, BAGE 162, 81 = NJOZ 2018, 1065 Rn. 24; v. 13.5.2015 – 4 AZR 355/13, NZA-RR 2015, 644 Rn. 16). Für die Beurteilung, ob eine oder mehrere Einzelaktivitäten zu einem Arbeitsergebnis führen, sind eine natürliche Betrachtungsweise und die durch den Arbeitgeber vorgenommene Arbeitsorganisation ausschlaggebend. Dabei kann die gesamte vertraglich geschuldete Tätigkeit einen einzigen Arbeitsvorgang ausmachen (ausführl. BAG v. 9.9.2020 – 4 AZR 161/20, BeckRS 2020, 25195 Rn. 20; v. 13.5.2020 – 4 AZR 173/19, NZA-RR 2020, 534 Rn. 16; v. 16.10.2019 – 4 AZR 284/18, NZA-RR 2020, 194 Rn. 17).

[26] (2) Wird die Tätigkeit eines Arbeitnehmers durch ein sogenanntes Funktionsmerkmal erfasst, ist grundsätzlich von einem einheitlichen Arbeitsergebnis und damit von einem Arbeitsvorgang auszugehen, was zu einer einheitlichen Bewertung der Tätigkeit führt (vgl. zur Stationsleitung BAG v. 29.1.2020 – 4 ABR 8/18, NZA 2020, 808 Rn. 31 ff. mwN; v. 20.3.2013 – 4 AZR 486/11, NZA-RR 2013, 582 Rn. 32 mwN). Maßstab für diese Wertung ist aber stets die Tätigkeit „in dieser Funktion“ (vgl. BAG v. 7.6.2006 – 4 AZR 225/05, NJOZ 2007, 204 Rn. 17 = NZA-RR 2007, 112 Os.). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist deshalb in den Fällen zu machen, in denen die verschiedenen Arbeits-

schritte von vornherein auseinandergelassen und organisatorisch voneinander getrennt sind und zu einem unterschiedlichen Arbeitsergebnis führen (BAG v. 9.9.2020 – 4 AZR 161/20, BeckRS 2020, 25195 Rn. 26; v. 28.2.2018 – 4 AZR 816/16, BAGE 162, 81 = NJOZ 2018, 1065 Rn. 24).

[27] bb) Bei dem Funktionsmerkmal des Praxisanleiters ist demnach zu differenzieren.

[28] (1) Bei der Tätigkeit in der Funktion als Praxisanleiter für Auszubildende handelt es sich um einen Arbeitsvorgang, dessen Arbeitsergebnis die ordnungsgemäße Durchführung der übertragenen Ausbildung ist. Dies umfasst sowohl ausbildungsbezogene administrative Tätigkeiten als auch die Durchführung praktischer Ausbildung. Dabei erfolgt die Anleitung der Auszubildenden bei den Patienten im Sinne von „Erklären und Vormachen“ sowie „Ausführen lassen“ (vgl. *Plümecke* in *Beyer/Papenheim*, Arbeitsrecht der Caritas, Anlage 31/Anlage 32 Anhang D, Rn. 58.2). Im Zeitraum der Zuweisung eines Auszubildenden bei der Patientenversorgung ist die gesamte Tätigkeit in der Funktion als Praxisanleiter als Teil eines einheitlichen Arbeitsvorgangs zu sehen, auch wenn der Praxisanleiter selbst pflegerische Aufgaben ausführt. Die Arbeitsergebnisse „fachgerechte Patientenversorgung“ und „Anleitung der Auszubildenden“ sind in dieser Zeit tatsächlich nicht getrennt. Der Beschäftigte muss dabei jederzeit damit rechnen, Aufgaben eines Praxisanleiters zu übernehmen (vgl. BAG v. 9.9.2020 – 4 AZR 161/20, BeckRS 2020, 25195 Rn. 23; zur Funktion einer Schichtleitung BAG v. 16.5.2019 – 6 AZR 93/18, NJOZ 2019, 1133 Rn. 13 ff. = NZA 2019, 1376 Os.). So werden zB Fragen von Auszubildenden bei der praktischen Arbeit beantwortet (vgl. BeckOK TVöD, EntgO/Steuernagel, Stand: 1.6.2019, EntgO VKA Teil B Entgeltgruppe P 8 Rn. 15).

[29] (2) Hiervon zu unterscheiden sind seitens des Arbeitgebers organisatorisch getrennte Tätigkeiten ohne Bezug zur Ausbildung. Dies ist der Fall, wenn ein Praxisanleiter in bestimmten Schichten oder Fahrten zu Patienten keine Auszubildenden zugewiesen bekommt und die Patienten allein oder mit anderen Pflegefachkräften versorgt. Das Arbeitsergebnis ist dann allein die fachgerechte Versorgung der Patienten (vgl. BAG v. 9.9.2020 – 4 AZR 161/20, BeckRS 2020, 25195 Rn. 24 ff.).

[30] cc) Im Falle der Kl. hat das LAG zutreffend erkannt, dass zeitlich mindestens zur Hälfte Arbeitsvorgänge anfallen, die für sich genommen die Anforderungen des Funktionsmerkmals „Praxisanleiter“ erfüllen. Es kann daher offenbleiben, ob es sich bei der gesamten Tätigkeit der Kl. nicht sogar um einen einheitlichen Arbeitsvorgang handelt.

[31] (1) Der Begriff des „Arbeitsvorgangs“ ist ein abstrakter Rechtsbegriff. Seine Anwendung durch die Tatsachengerichte ist revisionsgerichtlich in vollem Umfang nachprüfbar (stRspr, vgl. BAG v. 16.10.2019 – 4 AZR 284/18, NZA-RR 2020, 194 Rn. 18).

[32] (2) Das LAG hat angenommen, der einheitliche Arbeitsvorgang „Praxisanleitung“ bestehe aus den als „Tätigkeit 6“ in der Stellenbeschreibung „StB-Nr.: 2-01-04M01“ ausgewiesenen organisatorischen Tätigkeiten und aus der „Tätigkeit 3“. Diese beinhalte die Praxisanleitung der Auszubildenden im Rahmen der als „Tätigkeit 1“ durchzuführenden Patientenbesuche. Allein auf diese fachpraktische Anleitung entfielen bezogen auf das Jahr 2017 1.101,5 Arbeitsstunden und damit mehr als die Hälfte der 1.497,6 Gesamt-arbeitsstunden, welche auch ausbildungsferne Tätigkeiten – zB Patientenbesuche ohne Auszubildende – umfassten.

[33] (3) Die hiergegen gerichteten Rügen der Revision greifen nicht durch. Die Beurteilung des LAG entspricht den vorstehend dargestellten Grundsätzen, wonach die Anleitung der Auszubildenden bei Patientenbesuchen und die Erfüllung ausbildungsbezogener Organisationsaufgaben als einheitlicher Arbeitsvorgang zu sehen sind. Die vom LAG vorgenommene zeitliche Gewichtung der Tätigkeit der Kl. in der Funktion als Praxisanleiterin ist nicht zu beanstanden.

[34] (a) Die Organisation des Bekl. wurde entgegen der Auffassung der Revision vom LAG nicht außer Acht gelassen. Die Auffassung des LAG deckt sich vielmehr mit den vom Bekl. erstellten Stellenbeschreibungen, welche ausweislich der Feststellungen des LAG die tatsächlich übertragenen Tätigkeiten sowie die Arbeitsergebnisse ausreichend differenziert wiedergeben (vgl. BAG v. 10.6.2020 – 4 AZR 142/19, NZA-RR 2020, 483 Rn. 15). Die „Tätigkeit 6“ ist dabei unstrittig Teil der Praxisanleitung. Daneben ist aus den dargelegten Gründen auch die „Tätigkeit 3“ als Teil des Arbeitsvorgangs in der Funktion als Praxisanleiterin anzusehen. Die „Tätigkeit 3“ ist wiederum im Rahmen der „Tätigkeit 1“ zu erbringen, dh bei den Patientenbesuchen. Hiervon geht auch die Änderung der Stellenbeschreibung „StB-Nr.: 2-01-04M00“ vom 27.11.2017 aus, wonach der Zeitanteil der „Tätigkeit 3“ im Zeitanteil der „Tätigkeit 1“ enthalten sei. Nach dem unstrittigen Parteivortrag beanspruchen die Patientenbesuche der Kl. in Begleitung von Auszubildenden deutlich mehr als die Hälfte ihrer Arbeitszeit. Dies belegen die Zahlen für das Jahr 2017. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die administrativen Zusatzaufgaben mit 38 oder 30 Stunden jährlich anzusetzen sind.

[35] (b) Der von der Revision zitierte Rahmenlehrplan steht hingegen in keinem konkreten Bezug zur Organisation des Bekl. und den sich daraus ergebenden Aufgaben der Kl.

[36] (c) Entgegen der Auffassung der Revision ist für die Eingruppierung der Kl. ohne Belang, dass auch andere Pflegefachkräfte, die keine Praxisanleiter sind, Auszubildende bei der Patientenbetreuung praktisch anleiten. Folglich sind die auf die Tätigkeit anderer Pflegefachkräfte erhobenen Verfahrensrügen nicht entscheidungserheblich und schon deshalb unbeachtlich. Maßgeblich ist nur die konkrete Tätigkeit der Kl. Dem Bekl. ist zwar zuzugestehen, dass Pflegefachkräfte, die keine Praxisanleiterinnen sind und dennoch nach organisatorischen Vorgaben des Bekl. Auszubildende bei den Patientenbesuchen anleiten, bezogen auf die fachpraktische Ausbildung insoweit dieselbe Tätigkeit wie die Kl. wahrnehmen. Nach den Vorgaben des Anhangs D Abschnitt I zur Anlage 32 AVR Caritas ist die Kl. als Praxisanleiterin dennoch höher zu vergüten (Entgeltgruppe P 8 statt Entgeltgruppe P 7). Dies rechtfertigt sich nicht nur mit zusätzlichen ausbildungsbezogenen Aufgaben, sondern auch mit dem unterschiedlichen Qualifikationsniveau. Nur Praxisanleiter verfügen über die geforderte berufspädagogische Zusatzqualifikation. Diese ist nach den AVR Caritas zu honorieren.

[37] (d) Soweit die Revisionsbegründung eine fehlerhafte Anwendung von § 4 IV 3 des bis zum 31.12.2019 geltenden Altenpflegegesetzes annimmt und auf § 3 I Nr. 7 AltPflG verweist, verkennt sie sowohl die Argumentation des LAG als auch den Regelungsgehalt dieser Normen. § 4 IV 3 AltPflG formulierte iVm § 4 IV 4 AltPflG einen gesetzlichen Auftrag an die Altenpflegeschulen zur Sicherstellung der Praxisanleitung (vgl. nunmehr § 6 III 3 des seit 1.1.2020 geltenden Pflegeberufgesetzes [PflBG]). Das LAG hat § 4 IV 3 AltPflG nicht im Zusammenhang mit der

Tätigkeit der Kl. als Praxisanleiterin angeführt, sondern bei der Beurteilung ihrer Qualifikation. Es hat die Norm nur als Beleg dafür herangezogen, dass das Altenpflegegesetz eine praktische Ausbildung durch Praxisanleitung in einer Einrichtung der ambulanten Pflege vorsieht. Ein Zusammenhang mit der konkreten Tätigkeit der Kl. wird nicht hergestellt. Der Hinweis der Revision auf § 3 I Nr. 7 AltPflG führt nicht weiter. Demnach umfasst die Ausbildung in der Altenpflege die Anleitung, Beratung und Unterstützung von Pflegekräften, die nicht Pflegefachkräfte sind. Die Regelung hat ebenfalls keinen Bezug zu Tätigkeit und Eingruppierung der Kl.

[38] 3. Das LAG hat jedoch nicht berücksichtigt, dass die Ansprüche auf Differenzvergütung für die Zeit von Februar bis einschließlich April 2017 wegen Versäumung der Ausschlussfrist verfallen sein könnten.

[39] a) Nach § 23 I 1 AVR Caritas verfallen Ansprüche aus dem Dienstverhältnis, wenn sie nicht innerhalb einer Ausschlussfrist von sechs Monaten nach Fälligkeit in Textform geltend gemacht werden, soweit die AVR Caritas nichts anderes bestimmen. Eine solche Ausnahmeregelung ist hier nicht ersichtlich. Allerdings reicht gem. § 23 II AVR Caritas für denselben Sachverhalt die einmalige Geltendmachung des Anspruchs aus, um die Ausschlussfrist auch für später fällig werdende Leistungen unwirksam zu machen.

[40] b) Unterliegt die Klageforderung einer Ausschlussfrist, ist deren Einhaltung ohne Rüge des Anspruchsgegners von Amts wegen zu prüfen. Der Schuldner muss sich nicht auf ihre Wirkung berufen. Es handelt sich um eine rechtsvernichtende Einwendung. Die rechtzeitige Geltendmachung ist eine materiellrechtliche Voraussetzung für den Fortbestand des behaupteten Anspruchs, die zur schlüssigen Darlegung der Begründetheit einer Klageforderung gehört (vgl. BAG v. 19.6.2018 – 9 AZR 615/17, BAGE 163, 72 = NZA 2018, 1480 = NJW 2019, 250 Rn. 36 mwN).

[41] c) Eine solche Darlegung ist hier nur bezogen auf die Ansprüche ab Mai 2017 erfolgt. Insoweit ist die Ausschlussfrist unproblematisch durch das vorgelegte Schreiben des Prozessbevollmächtigten der Kl. vom 9.11.2017 gewahrt, denn der Anspruch auf die monatliche Vergütung ist nach Anlage 1 Abschnitt X (a) S. 1 AVR Caritas am letzten Werktag des jeweiligen Kalendermonats fällig. Folglich sind die am 31.5.2017 fällig gewordenen Ansprüche mit dem am 13.11.2017 zugegangenen Forderungsschreiben fristgemäß geltend gemacht worden. Die Ansprüche für die Folgemonate werden von § 23 II AVR Caritas erfasst.

[42] d) Bezüglich der zudem streitbefangenen Monate Februar bis einschließlich April 2017 könnte eine rechtzeitige Geltendmachung nur durch das Schreiben der Kl. vom 21.6.2017 erfolgt sein (zu den Anforderungen vgl. BAG v. 30.10.2019 – 6 AZR 16/19, NZA 2020, 398 Rn. 46). Dieses Schreiben liegt nicht vor und kann schon deshalb durch den Senat nicht gewürdigt werden. Der Kl. ist in einem fortgesetzten Berufungsverfahren Gelegenheit zum diesbezüglichen Sachvortrag zu geben. Anschließend wird der Inhalt des Schreibens vom 21.6.2017 zu beurteilen sein.

**Anm. d. Schriftlgt.:** Die Entscheidung wird besprochen von Geißler, ArbRAktuell 2021, 248. Zur Eingruppierung einer Gesundheitspflegerin nach AVR Diakonie s. BAG v. 12.4.2016 – 6 AZR 284/15, NZA-RR 2016, 419; zur Eingruppierung einer Altenpflegerin in der AWO vgl. LAG Düsseldorf v. 23.10.2018 – 3 TaBV 79/16, NZA-RR 2019, 264. ■

## Verfahrens- und Kostenrecht

### Rechtsweg im Konkurrentenstreit um ein öffentliches Amt

GG Art. 33 II, V; GVG § 17 a II, IV; VwGO §§ 40 I 1, 152 I, 173 S. 1; ArbGG § 2 I Nr. 3; BeamStG § 54 I

1. Die weitere Beschwerde gem. § 17 a IV 4 GVG ist im Rahmen eines auf die Vergabe eines öffentlichen Amtes im Sinne von Art. 33 II GG gerichteten Konkurrentenstreitverfahrens auch im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes statthaft.

2. Der von der Rechtsprechung aus Art. 33 II GG entwickelte Bewerbungsverfahrensanspruch ist weder von vornherein öffentlich-rechtlich noch bürgerlich-rechtlich zu verorten.

3. Die Gerichte für Arbeitssachen sind für Konkurrentenstreitverfahren zuständig, bei denen sich allein Arbeitnehmer und Selbstständige um die Besetzung einer Stelle im Arbeitsverhältnis des öffentlichen Dienstes bewerben.

4. Der Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 II GG hat – für alle Mitbewerber – einen einheitlichen öffentlich-rechtlichen Charakter im Sinne von § 40 I 1 VwGO, wenn entweder ein Beamter um Rechtsschutz nachsucht (unabhängig davon, ob die Stelle als Statusamt oder nach Tarifvertrag besetzt werden soll) oder wenn sich ein – auch nicht beamteter – Mitbewerber gegen die Auswahlentscheidung zugunsten eines Beamten wendet.

*BVerwG, Beschl. v. 17.3.2021 – 2 B 3/21 (OVG Bremen, Beschl. v. 15.1.2021 – 2 B 408/20)*

**Zum Sachverhalt:** Der Ast., der derzeit als Verwaltungsangestellter bei der Senatorin für Soziales, Jugend, Integration und Sport der Ag. beschäftigt ist, macht in einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes geltend, sein Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 II GG sei bei der Entscheidung der Ag. über die Besetzung einer Stelle als Referent/Referentin bei der Senatorin für Wirtschaft, Arbeit und Europa im Referat 01 „Koordinierung/Politische Gremien“ verletzt worden. Am 17.6.2020 schrieb die Ag. die im Ausgangsverfahren streitgegenständliche „Referentenstelle (m/w/d), Entgeltgruppe 14 TV-L/Besoldungsgruppe A 14“ aus. Auf diese Stelle bewarben sich neben dem Ast. sechs weitere Personen, die ebenfalls Tarifbeschäftigte/Angestellte sind. Mit Auswahlvermerk vom 15.9.2020 entschied die Ag., die Referentenstelle mit einer Mitbewerberin des Ast. zu besetzen. Dagegen hat der Ast. um vorläufigen Rechtsschutz beim VG nachgesucht.

Auf die Rüge der Ag., die sich auf eine zivilrechtliche Natur der Streitigkeit beruft, hat das VG festgestellt, dass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Die Beschwerde der Ag. wurde vom OVG (BeckRS 2021, 519) zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Ag. hatte Erfolg.

**Aus den Gründen:** [5] 1. Die weitere Beschwerde ist in auf die Vergabe eines öffentlichen Amtes iSv Art. 33 II GG gerichteten Konkurrentenstreitverfahren auch für Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gem. § 17 a IV 4–6 GVG, §§ 152 I und 173 S. 1 VwGO statthaft und auch im Übrigen zulässig.

[6] Der Senat lässt dahingestellt, ob in anderen verwaltungsgerichtlichen Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes eine weitere Beschwerde an das *BVerwG* nach § 17 a IV GVG zur Klärung des Rechtswegs ausgeschlossen ist (dafür *BVerwG* v. 8.8.2006 – 6 B 65/06, NVwZ 2006, 1291 = Buchholz 300 § 17 a GVG Nr. 26 Rn. 4 ff. in einem Verfahren betreffend die Vergabe eines Bauauftrags; zustimmend *Rudisile* in *Schoch/Schneider*, VwGO, Stand: Juli 2020, § 152 Rn. 4; *Eyermann/Rennert*, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 41/§§ 17–17 b Rn. 3; *Kuhlmann* in *Wysk*, VwGO,

3. Aufl. 2020, § 152 Rn. 3.; aA *BGH* v. 9.11.2006 – I ZB 28/06, NJW 2007, 1819 = GRUR 2007, 535; *Braun*, NVwZ 2007, 49 [51]; *Eyermann/Happ*, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 152 Rn. 1 mwN; ähnl. BeckOK VwGO/*Kaufmann*, Stand: Jan. 2020, § 152 Rn. 2).

[7] In auf die Vergabe eines öffentlichen Amtes gerichteten Konkurrentenstreitverfahren übernimmt das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes in der Sache die Funktion des Hauptsacheverfahrens, weil die Stelle nicht mehr verfügbar ist, sobald sie einem erfolgreichen Mitbewerber durch Ernennung auf Dauer übertragen worden ist (*BVerwG* v. 4.11.2010 – 2 C 16/09, *BVerwGE* 138, 102 = NJW 2011, 695 = NVwZ 2011, 358 Rn. 27 und v. 13.11.2019 – 2 C 35/18, *BVerwGE* 167, 77 = NVwZ-RR 2020, 604 Rn. 25; *BAG* v. 18.9.2007 – 9 AZR 672/06, *BAGE* 124, 80 = BeckRS 2008, 50551 Rn. 22 und v. 12.4.2016 – 9 AZR 673/14, *BAGE* 155, 29 = NZA 2016, 1279 Rn. 28). Das vorläufige Rechtsschutzverfahren darf deshalb nach Prüfungsmaßstab, Prüfungsumfang und Prüfungstiefe nicht hinter einem Hauptsacheverfahren zurückbleiben. Danach ist in dem im vorläufigen Rechtsschutzverfahren stattfindenden Konkurrentenstreitverfahren eine abschließende Prüfung der Sach- und Rechtslage geboten, wenn bei einer Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes eine Verletzung des subjektiven Rechts aus Art. 33 II GG nicht mehr beseitigt werden kann und nicht ausnahmsweise gewichtige Gründe entgegenstehen (vgl. zuletzt *BVerfG* v. 23.3.2020 – 2 BvR 2051/19, ZBR 2020, 305 = BeckRS 2020, 5359 Rn. 25 mwN; *BVerwG* v. 20.6.2013 – 2 VR 1/13, *BVerwGE* 147, 20 = NVwZ 2014, 75 Rn. 11 ff., 16 und v. 23.1.2020 – 2 VR 2/19, NVwZ-RR 2020, 493 = Buchholz 232.0 § 9 BBG Nr. 9 Rn. 22). Kommt dem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes in Konkurrentenstreitverfahren mithin die Funktion eines Hauptsacheverfahrens zu, ist es konsequent und sachgerecht, dass auch die Frage der Rechtswegklärung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes möglich und die weitere Beschwerde zum *BVerwG* zulässig ist.

[8] 2. Die danach zulässige weitere Beschwerde der Ag. ist in der Sache begründet. Das OVG hat zu Unrecht angenommen, dass für das auf die Vergabe eines öffentlichen Amtes nach Art. 33 II GG gerichtete Konkurrentenstreitverfahren bei offener Ausschreibung nach Tarifvertrag oder Beamtenstatus mit einem Bewerberkreis allein aus Arbeitnehmern der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

[9] Der von dem Ast. beschrittene Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ist unzulässig, weil es sich um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit nach § 2 I Nr. 3 ArbGG handelt, für die die Gerichte für Arbeitssachen zuständig sind. Örtlich ist zuständig nach § 46 II ArbGG iVm § 29 I ZPO das *ArbG Bremen*. Der Rechtsstreit ist deshalb nach § 173 S. 1 VwGO iVm § 17 a II 1 GVG an das *ArbG Bremen* als das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs zu verweisen.

[10] a) Es besteht vorliegend keine einzelgesetzliche Zuweisung (sog. „aufdrängende Sonderzuweisung“; vgl. *Hebeler* in *Battis*, BBG, 5. Aufl. 2017, § 126 Rn. 5; *Sieveling* in *Fürst*, GKÖD, Band I, Beamtenrecht, Stand: Jan. 2021, BBG § 126 Rn. 2) von Rechtsstreitigkeiten nach § 54 I BeamStG an die Verwaltungsgerichtsbarkeit, da es sich bei der vorliegenden Streitigkeit nicht um eine beamtenrechtliche Streitigkeit handelt. § 54 I BeamStG – wie die inhaltsgleichen § 126 I BBG und § 126 I BRRG – gibt für alle Klagen der Beamten aus einem Beamtenverhältnis den Verwaltungsrechtsweg vor. Damit bezweckt der Gesetzgeber, dass beamtenrechtliche Fragen möglichst einheitlich entschieden werden. Maß-



gebend ist dafür allein, dass der geltend gemachte Anspruch seine Grundlage in einem Beamtenverhältnis hat (*BVerwG* v. 22.2.1996 – 2 C 12/94, *BVerwGE* 100, 280 [283] = NJW 1996, 2175 mwN). Für diese Interpretation spricht bereits der Gesetzeswortlaut, wonach für „alle“ Klagen aus dem Beamtenverhältnis der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

[11] Erfasst werden deshalb von § 54 I BeamStG – ebenso wie von § 126 I BBG und § 126 I BRRG – auch Klagen vorbeamtenrechtlicher Art (*BVerwG* v. 19.1.1967 – 6 C 73/64, *BVerwGE* 26, 31 [33] zur Vorgängerregelung in § 126 BRRG), dh Klagen von Nichtbeamten, die ihren Rechtsgrund im Beamtenrecht haben und im Zusammenhang mit der Begründung eines konkreten Beamtenverhältnisses stehen. Entscheidend kommt es auf das Rechtsschutzziel – die Erlangung des Beamtenstatus – an. In Abgrenzung dazu hat der *Senat* umgekehrt die Klage einer Lehramtsanwärterin auf Zulassung zur Ausbildung für die fortführende Lehramtsausbildung aufgrund eines privatrechtlich abzuschließenden Arbeitsvertrags als bürgerliche Rechtsstreitigkeit iSv § 2 I Nr. 3 ArbGG beurteilt, für die nach § 1 ArbGG die Gerichte für Arbeitssachen zuständig sind (*BVerwG* v. 25.3.1982 – 2 C 30/79, NVwZ 1983, 220 = Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 195 S. 13 ff.). Ebenso hat der *Senat* die Klage eines selbstständigen Rechtsanwalts auf befristete Anstellung beim Bundesnachrichtendienst gemäß Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst als bürgerliche Rechtsstreitigkeit nach § 2 I Nr. 3 ArbGG angesehen (*BVerwG* v. 19.7.2017 – 2 A 9/16, Buchholz 310 § 50 VwGO Nr. 36 = BeckRS 2017, 120752 Rn. 6). Daran ist festzuhalten.

[12] Unter Anwendung dieser Grundsätze ist im vorliegenden Fall von einer bürgerlich-rechtlichen Streitigkeit auszugehen, die den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet. Der Ast. ist kein Beamter, sondern Arbeitnehmer. Er bewirbt sich auch nicht um ein konkretes beamtenrechtliches Statusamt. Denn in Ausübung seines Organisationsermessens hat der Dienstherr hier nicht die Besetzung einer Beamtenstelle ausgeschrieben; dann läge ein Rechtsstreit „aus dem Beamtenverhältnis“ nach § 54 I BeamStG vor. Im Fall der Auswahl des nicht beamteten Ast. würde die Stelle nach derzeitigem Stand jedenfalls zunächst im Arbeitsverhältnis besetzt werden. Damit liegt für den Ast. keine beamtenrechtliche Streitigkeit iSv § 54 I BeamStG vor. Die Stellenausschreibung ist nämlich nicht unmittelbar auf die Begründung eines Beamtenverhältnisses ausgerichtet, so dass für eine solche Rechtsstreitigkeit nach § 2 I Nr. 3 ArbGG die Gerichte für Arbeitssachen zuständig sind (*BVerwG* v. 19.7.2017 – 2 A 9.16, Buchholz 310 § 50 VwGO Nr. 36 = BeckRS 2017, 120752 Rn. 6 f.). Für das Verfahren um die Besetzung einer Stelle im Arbeitsverhältnis des öffentlichen Dienstes sind die Arbeitsgerichte zuständig, unabhängig davon, ob der Bewerber Beamter oder Arbeitnehmer ist (*BVerwG* v. 19.7.2017 – 2 A 9.16, Buchholz 310 § 50 VwGO Nr. 36 = BeckRS 2017, 120752 Rn. 6; *Sieveking* in *Fürst*, GKÖD, BBG § 126 Rn. 32).

[13] Nichts anderes gilt für die Mitbewerber des Ast. Auch bei ihnen handelt es sich sämtlich um Arbeitnehmer. Das hat zur Folge, dass die streitgegenständliche Referentenstelle auch der nach dem Auswahlvermerk der Ag. erfolgreichen Mitbewerberin des Ast. – jedenfalls zunächst – allein in einem Arbeitsverhältnis übertragen werden kann. Ob in unbestimmter Zeit eine Übernahme in ein Beamtenverhältnis auf Probe möglich sein wird, ist derzeit ungewiss und nicht Streitgegenstand. Dies hat das OVG im angefochtenen Beschluss verkannt. Es handelt sich nicht um die Fallkonstellation eines gemischten Bewerberfeldes aus Arbeitnehmern

und Beamten, die miteinander um ein ausgeschriebenes öffentliches Amt iSv Art. 33 II GG konkurrieren.

[14] b) Ohne dass es für die Entscheidung darauf ankommt, merkt der *Senat* zu den Gründen des angefochtenen Beschlusses der Klarstellung wegen das Folgende an: Der Rechtsweg bei dem Streit um die Vergabe eines öffentlichen Amtes nach Art. 33 II GG, um das sich sowohl Arbeitnehmer, Selbstständige und Beamte bewerben (sog gemischtes Bewerberfeld), bestimmt sich nach § 40 I 1 VwGO.

[15] Gemäß § 40 I 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Maßgeblich ist hiernach, ob eine solche auch dann vorliegt, wenn es um die Geltendmachung der Verletzung eines auf Art. 33 II GG beruhenden Bewerbungsverfahrensanspruchs geht im Hinblick auf die Besetzung einer Stelle bei Bewerbern mit und ohne Beamtenstatus bei vom Dienstherrn noch nicht abschließend vorgenommener Organisationsentscheidung darüber, ob die Stelle als tarifliche Arbeitsstelle oder als Beamtenstelle ausgebracht werden soll. § 54 I BeamStG – und § 126 I BBG, § 126 I BRRG – schließt dies nicht im Sinne einer spezielleren Regelung aus, da es in diesen Fallkonstellationen nicht um die Streitigkeit eines Beamten aus einem Beamtenverhältnis geht (vgl. oben Rn. 10 und zutreffend *Hebeler* in *Battis*, BBG, 5. Aufl. 2017, § 126 Rn. 5).

[16] Bei einem gemischten Bewerberkreis aus Arbeitnehmern, Selbstständigen und Beamten um eine öffentliche Stelle iSv Art. 33 II GG sind nach der Rechtsprechung des *Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes* folgende Grundsätze zu beachten:

[17] aa) Ob eine Streitigkeit als öffentlich- oder bürgerlich-rechtlich zu beurteilen ist, richtet sich nach dem Charakter des Rechtsverhältnisses, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird (*GmS-OGB* v. 10.4.1986 – GmS-OGB 1/85, *BGHZ* 97, 312 [313 f.] = *BVerwGE* 74, 368 = NJW 1986, 2359 = GRUR 1986, 685; v. 29.10.1987 – GmS-OGB 1/86, *BGHZ* 102, 280 [283] = NJW 1988, 2295 und v. 10.7.1989 – GmS-OGB 1/88, *BGHZ* 108, 284 [286] = NJW 1990, 1527; *BVerwG* v. 19.5.1994 – 5 C 33/91, *BVerwGE* 96, 71 [73] = NJW 1994, 2968). Der Charakter des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses bemisst sich nach dem erkennbaren Ziel des Rechtsschutzantrags und des zu seiner Begründung vorgetragenen Sachverhalts. Maßgeblich für die Rechtswegfrage ist also, ob die gerichtliche Entscheidung über den Klageanspruch, dh über den geltend gemachten materiell-rechtlichen Anspruch, nach öffentlichem Recht oder aber nach bürgerlichem Recht zu treffen ist (*Ehlers/Schneider* in *Schoch/Schneider*, VwGO, Stand: Juli 2020, § 40 Rn. 202 f.). Steht fest, welche Rechtssätze für den geltend gemachten Anspruch streitentscheidend sind, bestimmt sich der Charakter der Streitigkeit danach, ob die Rechtssätze dem öffentlichen oder dem privaten Recht angehören (*Ehlers/Schneider* in *Schoch/Schneider*, § 40 Rn. 217 f.). Öffentlich-rechtlich sind Normen, die nicht für jedermann gelten, sondern Sonderrecht des Staates oder sonstiger Träger öffentlicher Aufgaben sind, das sich zumindest auf einer Seite nur an Hoheitsträger wendet (*GmS-OGB* v. 10.7.1989 – GmS-OGB 1/88, *BGHZ* 108, 284 [286] = NJW 1990, 1527; *BVerwG* v. 26.5.2010 – 6 A 5/09, NVwZ-RR 2010, 682 = Buchholz 402.7 BVerfSchG Nr. 13 Rn. 17; *BSG* v. 1.4.2009 – B 14 SF 1/08 R, SozR 4-1500 § 51 Nr. 6 = BeckRS 2009, 62466 Rn. 11).

[18] bb) Ausschlaggebend für die Beurteilung des Rechtschutzantrags des Bet. ist danach weder die abstrakte Möglichkeit, den Beamtenstatus zu erlangen noch allein die Frage des Zugangs zu einem öffentlichen Amt nach den materiellen Kriterien von Art. 33 II GG. Dass eine zu besetzende Stelle die Qualität eines öffentlichen Amtes iSv Art. 33 II GG hat (zum Begriff des öffentlichen Amtes vgl. *BVerwG* v. 11.2.1981 – 6 P 44/79, *BVerwGE* 61, 325 [330 f.] = BeckRS 1981, 2470 und *BAG* v. 12.4.2016 – 9 AZR 673/14, *BAGE* 155, 29 = *NZA* 2016, 1279 Rn. 16) und die Einstellungskörperschaft Hoheitsträgerin ist, ist für die Bestimmung des Rechtswegs unerheblich. Denn ein öffentliches Amt kann sowohl an einen Arbeitnehmer als Tarifbeschäftigten mittels Arbeitsvertrags vergeben werden als auch einem Beamten durch die Übertragung eines Statusamts verliehen werden. Wie die Ag. dabei handelt – öffentlich-rechtlich als Dienstherr durch die Verleihung eines Statusamts oder bürgerlich-rechtlich als Arbeitgeberin durch die Begründung eines Arbeitsverhältnisses –, ist (jenseits der zwingend mit Beamten zu besetzenden Ämter, in denen, wie etwa bei Polizei und Justiz, staatliche Hoheitsgewalt iSv Art. 33 IV GG ausgeübt wird) ihr überlassen. Dies verkennt der angefochtene Beschluss und die von ihm angeführte Rechtsprechung (etwa *OVG Koblenz* v. 19.1.2018 – 2 E 10045/18, *ZUM-RD* 2018, 602 = BeckRS 2018, 9722 Rn. 5 und v. 25.3.2019 – 2 B 10139/19, *NVwZ-RR* 2019, 562 Rn. 16; *LAG Düsseldorf* v. 21.8.2020 – 3 Ta 202/20, *NZA-RR* 2021, 38 Rn. 29 f.). Art. 33 II GG wendet sich an „staatliche Arbeitgeber“ nur dann in ihrer hoheitlichen Funktion als Dienstherr, wenn es um die Verleihung eines öffentlichen Amtes durch Begründung eines Beamtenverhältnisses geht (insoweit wie hier etwa *OVG Münster* v. 27.4.2010 – 1 E 404/10, *NZA-RR* 2010, 433 [434]; *LAG Köln* v. 4.12.2020 – 9 Ta 203/20, BeckRS 2020, 36007 Rn. 15). Dagegen wird dieselbe Körperschaft als private Arbeitgeberin und nicht als Trägerin hoheitlicher Gewalt nach Art. 33 II GG bei der Vergabe eines öffentlichen Amtes durch Arbeitsvertrag verpflichtet. Dies zeigt sich ganz praktisch darin, dass sie nach geschlossenem Arbeitsvertrag dem Arbeitnehmer allein in den bürgerlich rechtlichen Formen – etwa durch Arbeitszeugnis, Höhergruppierung nach Tarifvertrag, Kündigung – und nicht hoheitlich – etwa durch dienstliche Beurteilung, Beförderung, Ausübung von Disziplinalgewalt – gegenüberzutreten darf.

[19] Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass, solange nicht feststeht, ob das nach Art. 33 II GG ausgeschriebene öffentliche Amt durch Verbeamtung oder im Wege des Arbeitsvertrags vergeben werden soll, es noch nicht um das Beamten- oder Beschäftigungsverhältnis als solches geht. Zu befinden ist vielmehr allein über die Frage, ob die Auswahlentscheidung der Einstellungskörperschaft den insoweit eigenständigen, von der Rechtsprechung aus Art. 33 II GG iVm Art. 19 IV 1 GG entwickelten Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt. Der Bewerbungsverfahrensanspruch sichert den Anspruch auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl und auf deren Durchführung anhand der in Art. 33 II GG genannten Kriterien (vgl. jüngst *BVerfG* v. 23.3.2020 – 2 BvR 2051/19, *ZBR* 2020, 305 = BeckRS 2020, 5359 Rn. 25 mwN). Dieser Verfahrensanspruch als solcher hat je nach Bewerberfeld – Arbeitnehmer, Selbstständige oder Beamte – und ausgeschriebenem öffentlichen Amt – nach Tarifvertrag oder nach Statusamt oder offen nach beiden Möglichkeiten – öffentlich-rechtlichen oder bürgerlich-rechtlichen Charakter. Der Bewerbungsverfahrensanspruch als solcher ist mithin weder von vornherein öffentlich-rechtlich noch bürgerlich-rechtlich zu verorten.

[20] Der Bewerbungsverfahrensanspruch hat nur dann für alle Mitbewerber – unabhängig von ihrem Status als Arbeitnehmer, Selbstständige oder Beamte – einen einheitlichen öffentlich-rechtlichen Charakter iSv § 40 I 1 VwGO, wenn der von der Auswahlentscheidung nach Art. 33 II GG für ein Statusamt Betroffene entweder unterlegener Beamter ist oder er als beamteter oder nichtbeamteter Antragsteller um Rechtsschutz gegen die Auswahl des erfolgreichen Beamten nachsucht. In einem solchen Fall ist nämlich – unabhängig vom Ergebnis der konkreten Auswahlentscheidung – der verfahrensrechtliche Sonderstatus eines zum Bewerberkreis um das öffentliche Amt gehörenden Beamten unmittelbar betroffen. Die Auswahl eines Dritten bei der Vergabe des öffentlichen Amtes berührt sein Sonderstatusverhältnis als Beamter unmittelbar. Seine Bewerbung um dieses Amt bleibt unberücksichtigt. Umgekehrt ist ein ausgewählter Beamtenbewerber ebenso unmittelbar von der Auswahlentscheidung betroffen, wenn ein unterlegener Dritter, gleich welchen Status, diese angreift.

[21] Denn dem Beamten steht nach Art. 33 II GG nicht nur der Anspruch auf Einbeziehung und Berücksichtigung bei der bestmöglichen Besetzung zu (sog Bestenauswahl; stRspr, vgl. *BVerwG* v. 19.3.2015 – 2 C 12/14, *BVerwGE* 151, 333 = *NVwZ* 2015, 1686 Rn. 49), die daraus resultierenden Rechte stehen den nicht beamteten Mitbewerbern gleichermaßen zu (vgl. *BAG* v. 12.4.2016 – 9 AZR 673/14, *BAGE* 155, 29 = *NZA* 2016, 1279 Rn. 17; *BVerfG* v. 19.9.2019 – 1 BvR 2059/18, *WissR* 2019, 63 [69] = BeckRS 2019, 24577). Der Beamte ist durch die Auswahlentscheidung aber darüber hinaus zusätzlich in seinem beamtenspezifischen grundrechtsgleichen Recht auf „ein angemessenes berufliches Fortkommen“ unmittelbar betroffen. Dieses Recht leitet das *BVerfG* aus Art. 33 II GG iVm den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums aus Art. 33 V GG her (*BVerfG* v. 16.12.2015 – 2 BvR 1958/13, *BVerfGE* 141, 56 = *NVwZ* 2016, 682 Rn. 31, 36 [Dienstpostenbündelung]). Zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums iSv Art. 33 V GG gehört ua das Laufbahnprinzip, wonach für die Einstellung und das berufliche Fortkommen des Beamten als Ausdruck des Leistungsprinzips Laufbahnen mit jeweils typisierten Mindestanforderungen bestehen (vgl. näher *BVerfG* v. 12.2.2003 – 2 BvR 709/99, *BVerfGE* 107, 257 [273] = *NJW* 2003, 3335 = *NVwZ* 2003, 1370 – Ostbesoldung unter Bezugnahme auf *BVerfG* v. 14.12.1982 – 2 BvR 1261/79, *BVerfGE* 62, 374 [383 f.] = *NJW* 1984, 915 – Amtsbezeichnung von Lehrern). Dazu passt spiegelbildlich, dass es eine arbeitsrechtliche Rechtsgrundlage nicht gibt, die entsprechende Vorgaben zur Durchführung eines allein arbeitsrechtlichen Besetzungsverfahrens für ein in Streit stehendes öffentliches Amt macht (insoweit zutreffend: *LAG Düsseldorf* v. 21.8.2020 – 3 Ta 202/20, *NZA-RR* 2021, 38 Rn. 34 zum Abbruch eines Stellenbesetzungsverfahrens).

[22] Das Vorstehende ergänzend streitet schließlich der Gedanke der effektiven Rechtsschutzgewährung gem. Art. 19 IV 1 iVm Art. 33 II GG gerade im Konkurrenteneilverfahren um öffentliche Stellen dafür, soweit möglich gespaltene Rechtswege zu verschiedenen Fachgerichtsbarkeiten und damit unweigerlich eintretende zeitliche Verzögerungen und gegebenenfalls sogar in der Sache sich widersprechende Entscheidungen in unterschiedlichen Rechtswegen zu vermeiden. Geht es um die Auswahlentscheidung für eine Stelle, von der noch nicht klar ist, in welcher konkreten Organisationsform (als Statusamt oder nach Tarifvertrag) sie vergeben wird, ist im Fall einer gemischten Bewerberkonkur-

renz nach § 40 I 1 VwGO der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet, wenn ein Beamter um Rechtsschutz nachsucht oder ein – auch nichtbeamteter – Dritter sich gegen die Auswahlentscheidung zugunsten eines Beamten wendet. Denn dann stehen stets Sonderstatusrechte aus Art. 33 II GG iVm Art. 33 V GG in Streit. Bewerben sich dagegen ausschließlich nichtbeamtete Bewerber um eine solche Stelle, ist umgekehrt nach § 2 I Nr. 3 ArbGG der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitsachen eröffnet.

[23] Ob hiernach die Arbeitsgerichte zuständig sind oder eine der Fallkonstellationen gegeben ist, bei denen der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist (Beteiligung eines Beamten entweder als ausgewählter oder als um Rechtsschutz nachsuchender Bewerber), wird der Dienstherr, der hierüber den Überblick hat, dem jeweils angerufenen Gericht mitzuteilen bzw. wird dieses beim Dienstherrn zu erfragen haben; gegebenenfalls wird die Sache an das Gericht des zulässigen Rechtswegs zu verweisen sein (§ 48 ArbGG bzw. § 83 S. 1 VwGO jeweils iVm § 17 b II VVG).

**Anm. d. Schriftltg.:** Zum Konkurrentenstreit bei Besetzung einer Abteilungsleiterstelle im Finanzministerium mit einem Angestellten vgl. *BVerfG v. 25.11.2011 – 2 BvR 2305/11, NVwZ 2012, 368.* ■

### Kostenrechtliche Bewertung eines Weiterbeschäftigungsantrags

RVG § 33; GKG § 45; BetrVG § 102 V

1. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Gerichts ist bei einem unbedingt formulierten Weiterbeschäftigungsantrag anzunehmen, dass dieser auch als solcher gewollt ist (vgl. *LAG Berlin-Brandenburg v. 4.12.2015 – 17 Ta [Kost] 6104/15, BeckRS 2015, 73475*).
2. Davon ist auszugehen, wenn in der Begründung ausdrücklich auf die Unbedingtheit hingewiesen wird.
3. Unabhängig davon kann der Antrag immer als unbedingter Antrag angesehen werden, wenn sich die klagende Partei auf einen Widerspruch des Betriebsrats mit den sich aus § 102 V BetrVG ergebenden Rechtsfolgen beruft.
4. In diesem Fall ist die Entscheidung über den Weiterbeschäftigungsantrag von der Entscheidung über den Kündigungsschutzantrag nicht abhängig.
5. Werden hingegen zur Begründung eines Weiterbeschäftigungsantrags ausschließlich Gesichtspunkte vorgetragen, nach denen sein Erfolg zwingend von dem des Hauptantrags abhängt und es daher der Sache nach um einen Hilfsantrag geht, muss die klagende Partei, die ihren Antrag dennoch als unbedingten Antrag verstanden wissen will, dies in der Begründung zum Ausdruck bringen.
6. Macht die Partei im Rahmen der Begründung ihres Antrags deutlich, dass auch vor diesem Hintergrund auf jeden Fall ein unbedingter Antrag gewollt ist, kann nicht unabhängig vom ausdrücklich erklärten Willen der Partei von einem Hilfsantrag ausgegangen werden.
7. Der Umstand, dass ein solches Vorgehen prozesskostenhilferechtlich als mutwillig eingestuft wird (dazu *LAG Berlin v. 29.11.2005 – 17 Ta 1981/05, NZA-RR 2006, 214*), ist bei der Streitwertbemessung nicht zu berücksichtigen (vgl. *LAG Berlin-Brandenburg v. 6.9.2019 – 26 Ta [Kost] 6012/19, NZA-RR 2019, 557 Ls. = BeckRS 2019, 20587 [zu II 1 d]*).

*LAG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17.12.2020 – 26 Ta (Kost) 6098/20 (ArbG Berlin, Beschl. v. 8.10.2020 – 7 Ca 6178/20)*

**Zum Sachverhalt:** Der Klägervertreter macht im Rahmen der Beschwerde die Berücksichtigung des Weiterbeschäftigungsantrags mit einem Bruttoeinkommen geltend.

Die Parteien haben über die Wirksamkeit einer Kündigung gestritten. Die Klageschrift enthielt einen Kündigungsschutzantrag und einen allgemeinen Feststellungsantrag, die Klageerweiterung vom 23.6.2020 einen unbedingt formulierten Weiterbeschäftigungsantrag. Zur Begründung des Weiterbeschäftigungsantrags wird in dem Schriftsatz Bezug genommen auf die Entscheidung des BAG vom 27.2.1985 (GS 1/84, BAGE 48, 122 = NZA 1985, 702). Weiter heißt es dort: „Nach dieser Rechtsprechung steht dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen zu, wenn ein obsiegendes erstinstanzliches Urteil vorliegt. Das Weiterbeschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers überwiegt in diesem Fall.“

Das *ArbG* (BeckRS 2020, 38334) hat die Berücksichtigung des Weiterbeschäftigungsantrags im Rahmen der Wertfestsetzung abgelehnt. Es habe sich bei verständiger Auslegung des Klageantrags um einen Hilfsantrag gehandelt.

Die Beschwerde hatte keinen Erfolg.

**Aus den Gründen:** [6] II. (...) Der Weiterbeschäftigungsantrag hat den Gegenstandswert hier nicht erhöht.

[7] 1) Nach der Rechtsprechung des erkennenden Gerichts ist bei einem unbedingt formulierten Antrag anzunehmen, dass dieser auch als solcher gewollt ist (vgl. *LAG Berlin-Brandenburg v. 4.12.2015 – 17 Ta [Kost] 6104/15, BeckRS 2015, 73475; LAG Nürnberg v. 4.8.2020 – 2 Ta 84/20, NZA-RR 2020, 603*). Davon ist auszugehen, wenn in der Begründung ausdrücklich auf die Unbedingtheit hingewiesen wird. Unabhängig davon kann der Antrag immer als unbedingter Antrag angesehen werden, wenn sich die klagende Partei auf einen Widerspruch des Betriebsrats mit den sich aus § 102 V BetrVG ergebenden Rechtsfolgen beruft. In diesem Fall ist die Entscheidung über den Weiterbeschäftigungsantrag von der Entscheidung über den Kündigungsschutzantrag nicht abhängig.

[8] Anders ist zu entscheiden, wenn sich aus der Klagebegründung Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Weiterbeschäftigungsantrag notwendig von dem Erfolg des Kündigungsschutzantrags abhängig ist und es daher der Sache nach um einen Hilfsantrag geht. Davon kann insbesondere dann ausgegangen werden, wenn der Weiterbeschäftigungsantrag ausdrücklich nur auf die Rechtsprechung des BAG zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch gestützt wird. In diesem Fall wird der Antrag auf vorläufige Weiterbeschäftigung während eines Kündigungsschutzverfahrens auch regelmäßig als unechter Hilfsantrag für den Fall des Obsiegens mit dem Bestandsschutzantrag ausgelegt, und zwar auch dann, wenn der Formulierung des Antrags der Hilfscharakter nicht unmittelbar zu entnehmen ist (vgl. *BAG v. 7.5.2020 – 2 AZR 692/19, NZA 2021, 225 Rn. 62*). Der Hilfscharakter ergibt sich in diesem Fall schon der Sache nach (vgl. *LAG Berlin-Brandenburg v. 17.8.2020 – 12 Ta 941/20, BeckRS 2020, 46010*).

[9] Will die klagende Partei in dieser Konstellation ihren Antrag als unbedingten Antrag verstanden wissen, muss sich dies aus der Begründung ergeben. Macht die Partei allerdings deutlich, dass auch vor diesem Hintergrund auf jeden Fall ein unbedingter Antrag gewollt ist, kann nicht unabhängig vom ausdrücklich erklärten Willen der Partei von einem Hilfsantrag ausgegangen werden. Der Umstand, dass ein solches Vorgehen prozesskostenhilferechtlich als mutwillig eingestuft wird (dazu *LAG Berlin v. 29.11.2005 – 17 Ta 1981/05, NZA-RR 2006, 214*), ist bei der Streitwertbemes-



sung nicht zu berücksichtigen (vgl. *LAG Berlin-Brandenburg* v. 6.9.2019 – 26 Ta [Kost] 6012/19, NZA-RR 2019, 557 Ls. = BeckRS 2019, 20587 [zu II 1 d]).

[10] Im Zweifel ist vor Verfahrensbeendigung durch Rückfrage aufzuklären, ob ein Haupt- oder ein Hilfsantrag gemeint ist, zumal die Beantwortung nicht nur für die Streitwertbemessung, sondern regelmäßig auch für die Entscheidung selbst von Bedeutung ist (vgl. *BAG* v. 7.5.2020 – 2 AZR 692/19, NZA 2021, 225 Rn. 62). Handelt es sich um einen Hilfsantrag, ist hierüber nicht zu entscheiden, wenn der Kündigungsschutzantrag abgewiesen wird.

[11] 2) Hier ergeben sich aus der Begründung für den Weiterbeschäftigungsantrag keine Anhaltspunkte dafür, dass ein unbedingter Antrag gewollt war. Im Gegenteil: Zur Begründung wird ausschließlich auf die Rechtsprechung des *BAG* zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsantrag Bezug genommen. Der Weiterbeschäftigungsanspruch hängt danach aber gerade davon ab, dass positiv über den Kündigungsschutzantrag entschieden worden ist. Danach spricht mehr dafür, dass es sich um einen Hilfsantrag gehandelt hat, zumal auch Anhaltspunkte für die Existenz eines Betriebsrats nicht erkennbar sind.

**Anm. d. Schriftltg.:** Zur Höhe des Streitwerts bei Kündigungsschutz- und Weiterbeschäftigungsantrag s. *LAG Nürnberg* v. 19.3.2020 – 2 Ta 15/20, BeckRS 2020, 7259. ■

### Gegenstandswert bei wirtschaftlicher Identität von Bestandsschutzantrag und Annahmeverzugslohnforderung

BGB § 615; GKG §§ 39, 45 I 3, 42 II 1, 63 II, 68 I; RVG §§ 23 I 1, 32 II, 33 III

1. Zwischen einem Bestandsschutzantrag und dem Antrag auf Zahlung von Annahmeverzugslohn für die Zeit ab dem behaupteten Beendigungstermin besteht wirtschaftliche Identität im Sinne des § 45 I 3 GKG bis zum Wert des Bestandsschutzantrags nach § 42 II 1 GKG, weil dieser Annahmeverzugslohn vom Bestand des Arbeitsverhältnisses abhängt und der Zahlungsantrag in diesem Verfahren ohne Weiteres abgewiesen werden kann, wenn der Bestandsschutzantrag erfolglos ist.

2. Die Kostenersparnis aus § 45 I 3 GKG dient dem Zweck, eine Arbeiterleichterung des Gerichts zu fördern, die sich daraus ergibt, dass der Rechtsstreit statt in zwei getrennten Verfahren über den Bestandsschutzantrag einerseits und den Zahlungsantrag andererseits in einem einheitlichen Verfahren behandelt wird und auf diese Weise Personal-, Termin- und Raumkapazitäten des Gerichts geschont werden. Die Norm bezweckt nicht, Prozessvertreter oder Gericht von der Behandlung schwieriger Rechtsfragen zu entlasten. Kostenrechtlich ist es deshalb unerheblich, ob die beklagte Partei gegen den Zahlungsantrag sonstige Einwände erhoben hat.

3. § 45 I 3 GKG verlangt eine rein wirtschaftliche Betrachtung der Verfahrensgegenstände. Auf den prozessualen Streitgegenstandsbegriff kommt es insoweit nicht an.

*LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 5.11.2020 – 8 Ta 75/20 (ArbG Koblenz, Beschl. v. 6.5.2020 – 11 Ca 3168/19)*

**Anm. d. Schriftltg.:** Die Entscheidung ist im Volltext abrufbar unter BeckRS 2020, 37929. ■

## Öffentlicher Dienst

### Amtsausübung als Personalratsmitglied nach fristloser Kündigung

GG Art. 19 IV; BPersVG §§ 8 Hs. 1, 29 I Nr. 3, 31 I 2, 47 I 1, 83 II, 84, 86 Nr. 8, 13; ArbGG §§ 83 III, 85 II; VwGO § 10 III; ZPO §§ 253 II Nr. 2, 920 II, 935, 936, 937 II, 940; KSchG §§ 4 S. 1, 13 I 2

1. Ein dem Personalrat angehörender Arbeitnehmer, der nach der außerordentlichen Kündigung seines Arbeitsverhältnisses ein Kündigungsschutzverfahren einleitet, darf in der Ausübung seines Personalratsamts nicht behindert werden, wenn die angegriffene Kündigung offensichtlich unwirksam ist.

2. Bei nicht offensichtlicher Unwirksamkeit der Kündigung ist das außerordentlich gekündigte Personalratsmitglied grundsätzlich aus rechtlichen Gründen im Sinne des § 31 I 2 BPersVG an der Ausübung seines Amts verhindert.

3. Eine offensichtlich unwirksame Kündigung liegt vor, wenn sich schon aus dem eigenen Vortrag des Arbeitgebers ohne Beweiserhebung und ohne dass ein Beurteilungsspielraum gegeben wäre, jedem Kundigen die Unwirksamkeit der Kündigung geradezu aufdrängen muss. Die Unwirksamkeit der Kündigung muss also ohne jeden vernünftigen Zweifel in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht offen zutage liegen.

*BVerwG, Beschl. v. 4.2.2021 – 5 VR 1/20*

**Zum Sachverhalt:** Der Ast. ist seit 1993 als Tarifbeschäftigter beim Bundesnachrichtendienst beschäftigt. Sein Arbeitsplatz befindet sich in der Dienststelle in B., wo er zuletzt als Referent (Entgeltgruppe E 15/Stufe 6 nach TVöD-Bund) eingesetzt war. Seit den Personalratswahlen im Mai 2020 ist er Mitglied des Bet. zu 1. Unter dem 31.7.2020 sprach der Bet. zu 2 nach erteilter Zustimmung des Bet. zu 1 eine außerordentliche Kündigung, hilfsweise eine außerordentliche Kündigung mit Auslaufzeit aus. Der Bet. zu 2 stützt die Kündigung – was im Kündigungsschreiben allerdings nicht mitgeteilt wird – darauf, dass der Ast. auch nach dem Ende seiner Zeit als Vorsitzender des örtlichen Personalrats in A. im Jahre 2011 und seinem Ausscheiden als Mitglied desselben im Jahre 2012 weiterhin über mehrere Jahre in Kopie den Absender und die Betreffzeile sämtlicher an den örtlichen Personalrat adressierter E-Mails auf seiner persönlichen dienstinternen E-Mailadresse empfangen und nicht darauf hingewirkt habe, dass dies unterbleibe. Ursache dafür sei eine entsprechende Regel im E-Mailfunktionspostfach des örtlichen Personalrats gewesen, die er während seiner Amtszeit als Vorsitzender im Jahre 2008 eingerichtet habe. Die vom Ast. gegen die Kündigung erhobene Kündigungsschutzklage ist beim *ArbG B.* anhängig. Der Ast. hat im August 2020 beim *BVerwG* das personalvertretungsrechtliche Hauptsacheverfahren (5 A 4/20) ua mit dem Ziel der Feststellung eingeleitet, dass der Beschluss des Bet. zu 1 über die Zustimmung zur ausgesprochenen Kündigung unwirksam und er weiterhin Mitglied des Bet. zu 1 sei. Gemeinsam mit der Hauptsache hat er das vorliegende personalvertretungsrechtliche Eilverfahren eingeleitet. Er wendet sich im Wesentlichen gegen den Zustimmungsbeschluss des Bet. zu 1, den er unter mehreren Gesichtspunkten für unwirksam hält. Darüber hinaus ist er der Ansicht, seine Kündigung sei allein dazu bestimmt, ihn als ordentliches Mitglied aus dem Bet. zu 1 zu entfernen. Der ihm vorgeworfene und angeblich zur Kündigung führende Sachverhalt trage die Kündigung nicht, jedenfalls nicht ohne die hier unterbliebene Abmahnung. Der Ast. hat beantragt, die Bet. im Wege der einstweiligen Verfügung zu verpflichten, ihm die weitere Ausübung der Mitgliedschaft im Bet. zu 1 bis zu einer Entscheidung des *Gerichts* in der Hauptsache zu gestatten und diese zu dulden, hilfsweise diese Verpflichtung festzustellen.

Das *BVerwG* hat den Antrag abgelehnt.

**Aus den Gründen:** [10] 1. Der Hauptantrag des Ast., die Bet. zu 1 und 2 im Wege der einstweiligen Verfügung zu

verpflichten, ihm die weitere Ausübung der Mitgliedschaft im Gesamtpersonalrat bis zu einer Entscheidung des *Gerichts* in der Hauptsache zu gestatten und diese zu dulden, ist zulässig (a), aber nicht begründet (b).

[11] a) Der Hauptantrag ist zulässig.

[12] aa) Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist im personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren gem. § 83 II BPersVG iVm § 85 II ArbGG unter entsprechender Anwendung der §§ 935 ff. ZPO statthaft.

[13] bb) Für die Entscheidung über den Antrag auf Erlass der begehrten einstweiligen Verfügung ist gem. §§ 83 II, 86 Nr. 13 BPersVG iVm § 85 II ArbGG, §§ 937 I, 943 I ZPO das *BVerwG* zuständig. Denn dieses hat gem. § 86 Nr. 13 S. 1 BPersVG in erster und letzter Instanz über die vom Ast. zeitgleich mit dem Eilantrag anhängig gemachte Hauptsache (5 A 4/20) zu entscheiden.

[14] Die Entscheidung über den Eilantrag ergeht gem. § 83 II BPersVG iVm § 85 II 2 ArbGG, § 937 II Alt. 2 ZPO ohne mündliche Verhandlung (vgl. *BVerwG* v. 14.4.2008 – 6 P 6/08, Buchholz 250 § 86 BPersVG Nr. 4 = BeckRS 2008, 34262 Rn. 1). Der *Senat* entscheidet dabei mangels abweichender Regelungen in §§ 83, 84 BPersVG gem. § 10 III VwGO in der Besetzung mit drei Richtern (vgl. *BVerwG* v. 1.11.2001 – 6 P 10/01, *BVerwGE* 115, 223 [224 f.] = NVwZ 2002, 348 Ls. = BeckRS 2001, 30216123 und v. 22.3.2006 – 6 PB 5/06, BeckRS 2006, 22440 Rn. 3).

[15] cc) Der Hauptantrag genügt – entgegen der Ansicht des Bet. zu 2 – vor allem auch den Anforderungen an die hinreichende Bestimmtheit iSv § 253 II Nr. 2 ZPO.

[16] Das mit dem Hauptantrag verfolgte Begehren des Ast. ist bei verständiger Würdigung ohne Weiteres dahin zu verstehen, dass er nach seiner außerordentlichen Kündigung bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über seinen in der Hauptsache vor dem *BVerwG* gestellten Feststellungsantrag weiterhin ungestört das Amt eines Personalratsmitglieds ausüben, also alle Rechte und Pflichten wahrnehmen möchte, die Mitgliedern des Personalrats nach dem Bundespersonalvertretungsgesetz zustehen. Das betrifft – wie seine weiteren Ausführungen über das fortlaufende Tätigwerden des Bet. zu 1 in gesetzeswidriger Besetzung erhellen – insbesondere das Recht auf rechtzeitige Ladung zu den Sitzungen des Bet. zu 1 sowie auf Teilnahme an dessen Beratungen und Beschlussfassungen. Das geltend gemachte Begehren ist bei verständiger Würdigung ferner darauf gerichtet, vom Dienstherrn ungehinderten Zutritt zur Dienststelle und allen Räumlichkeiten zu erhalten, soweit dies zur Erledigung der Personalratstätigkeit erforderlich ist. Bei dem so zu verstehenden Antrag kann es nicht zu Unklarheiten über die Reichweite der begehrten einstweiligen Verfügung kommen.

[17] dd) Der Bet. zu 2 ist – entgegen seiner Auffassung – gem. § 83 II BPersVG iVm § 83 III ArbGG am Verfahren zu beteiligen. Im personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren ist Beteiligter, wer durch die begehrte gerichtliche Entscheidung in seiner personalvertretungsrechtlichen Rechtsstellung unmittelbar berührt wird (vgl. *BVerwG* v. 16.4.2012 – 6 P 1/11, *BVerwGE* 143, 6 = NZA-RR 2012, 610 Rn. 12 und v. 22.1.2016 – 5 PB 10/15, NZA-RR 2016, 276 = PersV 2016, 186 [187], jew. mwN). Das trifft auch auf den Bet. zu 2 zu. Das vom Hauptantrag umfasste Zutrittsbegehren ist auf eine damit korrespondierende Verpflichtung des Dienststellenleiters aus § 8 BPersVG gerichtet und betrifft damit den Bet. zu 2 unmittelbar in seiner ihm im Personalvertretungsgesetz eingeräumten Stellung.

[18] b) Der Hauptantrag ist nicht begründet.

[19] Nach den gem. § 83 II BPersVG iVm § 85 II 2 ArbGG entsprechend anwendbaren §§ 935 ff. ZPO kann im personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren eine einstweilige Verfügung erlassen werden, wenn zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung des Rechts eines Beteiligten vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (§ 935 ZPO) oder wenn die Regelung eines einstweiligen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint (§ 940 ZPO). Das Recht bzw. Rechtsverhältnis (Verfügungsanspruch) und die Gefährdung des Rechts bzw. die Notwendigkeit einer Regelung (Verfügungsgrund) sind vom Ast. glaubhaft zu machen (§ 936 iVm § 920 II ZPO). In Anbetracht des Sicherungscharakters des Verfügungsverfahrens darf durch eine einstweilige Verfügung grundsätzlich die Entscheidung in der Hauptsache nicht vorweggenommen und mit ihr nicht mehr zugesprochen werden, als im Hauptsacheverfahren möglich ist. Eine die Hauptsache vorwegnehmende Entscheidung kommt nur ausnahmsweise aus Gründen des Gebotes effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) in Betracht, wenn durch das Abwarten in der Hauptsache für den Ast. schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstehen, zu deren nachträglicher Beseitigung eine Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre (vgl. *BVerfG* v. 30.4.2008 – 2 BvR 338/08, BeckRS 2008, 35237 Rn. 3 mwN; *BVerwG* v. 27.5.2004 – 1 WDS-VR 2/04, Buchholz 236.1 § 28 SG Nr. 4 S. 1 = NVwZ-RR 2004, 862 Ls. und v. 29.4.2010 – 1 WDS-VR 2/10, Buchholz 310 § 123 VwGO Nr. 28 = BeckRS 2011, 45506 Rn. 16).

[20] Gemessen daran ist die mit dem Hauptantrag begehrte einstweilige Verfügung bereits mangels Vorliegens eines Verfügungsanspruchs nicht gerechtfertigt. Personalratsmitgliedern steht zwar aufgrund ihrer personalvertretungsrechtlichen Rechtsposition ein Anspruch auf ungestörte Ausübung ihres Amtes zu (aa). Auf diesen Anspruch kann sich der Ast. als ein dem Personalrat angehörender Arbeitnehmer, der nach der außerordentlichen Kündigung seines Arbeitsverhältnisses ein Kündigungsschutzverfahren eingeleitet hat, hier mit Erfolg berufen, wenn die angegriffene Kündigung offensichtlich unwirksam ist (bb). Das ist nicht dargelegt und glaubhaft gemacht (cc).

[21] aa) Der Anspruch auf ungestörte Ausübung des Personalratsamts ist an die Mitgliedschaft im Personalrat geknüpft.

[22] Als Rechtsgrundlage des geltend gemachten Anspruchs auf ungestörte Ausübung des Personalratsamts und der damit verbundenen Tätigkeiten, der sich auf den ungehinderten Zutritt zur Dienststelle und zu allen Räumlichkeiten in ihr erstreckt, soweit dies zur Erledigung der Personalratstätigkeit erforderlich ist, kommt hier allein § 8 Hs. 1 BPersVG in Betracht (vgl. zum Zutrittsrecht *BVerwG* v. 26.4.2000 – 6 P 2/00, Buchholz 250 § 86 BPersVG Nr. 3 S. 6 = BeckRS 2000, 30434941). Danach dürfen Personen, die Aufgaben oder Befugnisse nach dem Bundespersonalvertretungsgesetz wahrnehmen, nicht darin behindert werden. Der Begriff der Behinderung iSd § 8 Hs. 1 BPersVG ist weit auszulegen und umfasst grundsätzlich jede Form der Erschwerung, Störung oder Verhinderung bei der Wahrnehmung personalvertretungsrechtlicher Aufgaben oder Befugnisse (vgl. *BVerwG* v. 28.9.2010 – 1 WB 41/09, *BVerwGE* 138, 40 = BeckRS 2011, 48773 Rn. 49). Das Behinderungsverbot besteht – soweit hier von Interesse – gerade auch

gegenüber dem Dienststellenleiter, weshalb hier – wie dargelegt – der Bet. zu 2 zu beteiligen ist. Darüber hinaus findet es – was zwischen den Verfahrensbet. zu Recht nicht streitig ist – im Verhältnis des Personalratsmitglieds zum Personalrat selbst Anwendung (vgl. *VGH Kassel v. 22.5.1974* – BPV TK 3/74, PersV 1975, 64; *Treber in Richardi/Dörner/Weber*, BPersVG, 5. Aufl. 2020, § 8 Rn. 11; *Hebeler in Lorenzen/Gerhold/Schlatmann/Rehak/Hebeler/Ramm/Sachadae*, BPersVG, Stand: Nov. 2020, § 8 Rn. 19).

[23] Der Anspruch auf ungestörte Ausübung des Personalratsamts und der damit verbundenen Tätigkeiten ist jedoch – ebenso wie die durch spezielle Rechtsvorschriften konkret geregelten Rechte und Pflichten eines Personalratsmitglieds (zB Anspruch auf rechtzeitige Ladung zu den Personalratsitzungen nach § 34 II 3 BPersVG sowie auf Mitwirkung an der Beratung und Beschlussfassung des Personalrats nach §§ 37 I 1, 38 BPersVG) – an die Mitgliedschaft im Personalrat gebunden. Diese ist ihrerseits – soweit hier von Interesse – bei Arbeitnehmern an ein bestehendes Arbeitsverhältnis geknüpft und erlischt gem. § 29 I Nr. 3 BPersVG kraft Gesetzes mit dessen Beendigung (vgl. *BVerwG v. 28.1.1998* – 6 P 2/97, *BVerwGE* 106, 153 [165] = NZA-RR 1998, 345).

[24] bb) Die erfolgreiche Geltendmachung des personalvertretungsrechtlichen Anspruchs auf ungestörte Amtsausübung eines dem Personalrat angehörenden Arbeitnehmers, dessen Arbeitsverhältnis außerordentlich gekündigt worden ist, setzt neben der Erhebung der arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzklage die offensichtliche Unwirksamkeit der angegriffenen Kündigung voraus.

[25] (1) Das Eingreifen des Erlöschenstatbestands des § 29 I Nr. 3 BPersVG erfordert die Gewissheit, dass das Arbeitsverhältnis des betreffenden Personalratsmitglieds durch eine vom Arbeitgeber ausgesprochene außerordentliche Kündigung wirksam beendet worden ist. Greift ein außerordentlich gekündigtes Personalratsmitglied die ihm gegenüber ausgesprochene Kündigung – wie hier – nach ihrem Zugang im Wege der Kündigungsschutzklage nach § 13 I 2 iVm § 4 S. 1 KSchG vor den Arbeitsgerichten an, ist die erforderliche Gewissheit in der Regel erst mit dem rechtskräftigen Unterliegen im Kündigungsschutzverfahren gegeben. Der bezüglich der Rechtswirksamkeit der außerordentlichen Kündigung und damit des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses bestehende arbeitsrechtliche Schwebezustand (vgl. insoweit etwa *BAG v. 27.2.1985* – GS 1/84, *BAGE* 48, 122 [142, 152] = NZA 1985, 702; v. 14.5.1997 – 7 ABR 26/96, *BAGE* 85, 370 [373] = NZA 1997, 1245 und v. 10.11.2004 – 7 ABR 12/04, *BAGE* 112, 305 [308] = NZA 2005, 707; s. auch zur Beachtung der in der Rechtsprechung des *BAG* zur außerordentlichen Kündigung von Arbeitnehmern aufgestellten Grundsätze im Zusammenhang mit §§ 47 I 1, 108 I 1 BPersVG: *BVerwG v. 15.10.2002* – 6 PB 7/02, Buchholz 250 § 108 BPersVG Nr. 5 S. 15 f. = BeckRS 2002, 24590) setzt sich wegen der gesetzlichen Anbindung der Personalratsmitgliedschaft an das Arbeitsverhältnis in § 29 I Nr. 3 BPersVG im Personalvertretungsrecht fort. Dementsprechend ist auch unsicher, ob ein außerordentlich gekündigtes Personalratsmitglied seinen Status als gewähltes Personalratsmitglied durch die außerordentliche Kündigung verloren hat.

[26] (2) Das Bundespersonalvertretungsgesetz regelt nicht ausdrücklich, wie sich die damit für die Dauer des Kündigungsschutzverfahrens ebenfalls ungewisse Mitgliedschaft im Personalrat auf das Recht des gekündigten Personalratsmitglieds auswirkt, sein Personalratsamt in dieser Zeit wahr-

zunehmen. Zu wessen Lasten die Ungewissheit über den Fortbestand des gekündigten Arbeitsverhältnisses und der davon abhängigen Mitgliedschaft im Personalrat geht, muss infolge dessen anhand einer Gesamtabwägung aller personalvertretungsrechtlichen Rechtspositionen, die von dem arbeitsgerichtlich ausgetragenen Streit um die Berechtigung und Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung eines Personalratsmitglieds betroffen sind, entschieden werden. Mit Blick auf die Rechtsposition, die Personalratsmitgliedern nach dem Bundespersonalvertretungsgesetz eingeräumt ist, ist dabei insbesondere in Ansatz zu bringen, dass diese durch eine Wahl der Beschäftigten der Dienststelle in ihr Amt gelangen und Repräsentanten sowie Interessenvertreter der Beschäftigten sind. Dem ist auf der anderen Seite vor allem gegenüberzustellen, dass der Personalrat, der die Beschäftigten der Dienststelle gleichfalls repräsentiert und notwendiger Gesprächs- und Verhandlungspartner des Dienststellenleiters ist, arbeits- und funktionsfähig bleiben muss. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass Beschlüsse, die unter Mitwirkung des gekündigten Personalratsmitglieds gefasst werden, dem Risiko der Unwirksamkeit ausgesetzt sind, weil bei rechtskräftiger Abweisung der Kündigungsschutzklage ein Nichtmitglied an der Beschlussfassung beteiligt gewesen ist. In Gewichtung dieser Gesichtspunkte ist zu bestimmen, welcher personalvertretungsrechtlichen Rechtsposition in welchem Maße Vorrang einzuräumen ist, um dem Anliegen des Bundespersonalvertretungsgesetzes nach Gewährleistung einer personalvertretungsrechtlichen Mitbestimmung während des rechtlichen Schwebezustands bestmöglich Rechnung zu tragen.

[27] Die dergestalt durchgeführte Gesamtabwägung führt zunächst dazu, dass außerordentlich gekündigte Personalratsmitglieder im Falle der Erhebung einer Kündigungsschutzklage jedenfalls dann befugt sind, ihr Personalratsamt und die damit verbundenen Aufgaben weiter auszuüben, wenn die ausgesprochene Kündigung im konkreten Fall offensichtlich unwirksam ist. Denn bei einer derartigen Kündigung ist in Wahrheit kein ernstzunehmender Zweifel am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses gegeben (*BAG v. 27.2.1985* – GS 1/84, *BAGE* 48, 122 [152] = NZA 1985, 702; *LAG Köln v. 15.4.2020* – 4 Ta 55/20, NZA-RR 2020, 475; *VGH München v. 17.12.2009* – 12 CS 09.2691, BeckRS 2009, 44047 Rn. 18), so dass in Anwendung des § 29 I Nr. 3 BPersVG auch an der Mitgliedschaft eines außerordentlich gekündigten Personalratsmitglieds im Personalrat keine berechtigten Zweifel bestehen können. Dementsprechend ist der Rechtsposition des Personalratsmitglieds der Vorzug zu gewähren und jede Behinderung eines außerordentlich gekündigten Personalratsmitglieds bei der Wahrnehmung seiner gesetzlichen Aufgaben und Befugnisse zu unterlassen. Dafür spricht auch, dass mit der Kündigung von Personalratsmitgliedern Einfluss auf die Zusammensetzung des Personalrats genommen werden kann und es zu verhindern gilt, dem Dienststellenleiter eine Möglichkeit zu eröffnen, unliebsame Personalratsmitglieder durch den Anspruch unberechtigter Kündigungen an der Ausübung ihres Amtes zu hindern (vgl. zur vergleichbaren Fragestellung im Betriebsverfassungsrecht etwa *LAG München v. 27.1.2011* – 3 TaBVGa 20/10, BeckRS 2011, 141167; *LAG Köln v. 27.7.2011* – 9 TaBVGa 2/11, BeckRS 2012, 66770; s. auch bezüglich der Wählbarkeit eines gekündigten Arbeitnehmers *BAG v. 14.5.1997* – 7 ABR 26/96, *BAGE* 85, 370 [374] = NZA 1997, 1245 und v. 10.11.2004 – 7 ABR 12/04, *BAGE* 112, 305 [309] = NZA 2005, 707).

[28] Lässt sich die offensichtliche Unwirksamkeit der umstrittenen Kündigung nicht feststellen, geht die rechtliche



Ungewissheit über den Fortbestand des gekündigten Arbeitsverhältnisses und der davon abhängigen Mitgliedschaft im Personalrat hingegen dergestalt zulasten des gekündigten Personalratsmitglieds, dass es iSd § 31 I 2 BPersVG zeitweilig aus rechtlichen Gründen an der Ausübung seines Amtes verhindert ist (vgl. *VGH Kassel v. 26.3.1975 – BPV TK 4/75, PersV 1976, 346 [347]*.) Ebenso die nahezu einhellige Auffassung im personalvertretungsrechtlichen Schrifttum, vgl. etwa *Fischer/Goeres/Gronimus* in GKÖD, Band V, BPersVG, Stand: Juli 2020, K § 29 Rn. 13, K § 31 Rn. 18; *Schlatmann in Lorenzen/Gerhold/Schlatmann/Rehak/Hebeler/Ramm/Sachadae*, BPersVG, Stand: Nov. 2020, § 29 Rn. 20 sowie § 31 Rn. 10 u. 21; *Ilbertz/Widmaier/Sommer*, BPersVG, 14. Aufl. 2018, § 29 Rn. 17 sowie § 31 Rn. 5 a; *Kröll in Altvater ua*, BPersVG, 10. Aufl. 2019, § 29 Rn. 11 und § 31 Rn. 2 b; BeckOK BPersVG/Bamberger, 5. Ed., Stand 1.8.2020, § 29 Rn. 23 und § 31 Rn. 26; *Schwarze in Richardi/Dörner/Weber*, BPersVG, 5. Aufl. 2020, § 29 Rn. 25, § 31 Rn. 16 ff.; *Treber in Richardi/Dörner/Weber*, BPersVG, 5. Aufl. 2020, § 47 Rn. 58).

[29] Die vorgenannten Grundsätze entsprechen auch der in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. etwa *LAG Köln v. 27.7.2011 – 9 TaBVGa 2/11*, BeckRS 2012, 66770; *LAG Hamm v. 23.6.2014 – 13 TaBVGa 21/14*, BeckRS 2014, 72579, jew. mwN) und Fachliteratur (vgl. etwa *Huke in Hess/Worzalla/Glock/Nicolai/Rose/Huke*, BetrVG, 10. Aufl. 2018, § 24 Rn. 11 f. mwN) überwiegend vertretenen Auffassung zu der vergleichbaren betriebsverfassungsrechtlichen Frage, ob und wann außerordentlich gekündigte Betriebsratsmitglieder im Falle der Erhebung der Kündigungsschutzklage gem. § 78 S. 1 BetrVG in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht gestört oder behindert werden dürfen und wann von deren zeitweiliger Verhinderung iSd § 25 I 2 BetrVG auszugehen ist (aA *ArbG Elmshorn v. 10.9.1996 – 1 d BVGa 36/96*, AiB 1997, 173 und *ArbG Hamburg v. 16.6.1997 – 21 GaBV 1/97*, AiB 1997, 659 = BeckRS 1997, 30853056, wonach ein gekündigtes Betriebsratsmitglied zur Ausübung seines Amtes bis zur rechtskräftigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses befugt sei).

[30] Offenbleiben kann hier, ob sich außerordentlich gekündigte Personalratsmitglieder auf das Behinderungsverbot des § 8 Hs. 1 BPersVG auch erfolgreich berufen können, wenn im Kündigungsschutzprozess ein die Instanz abschließendes Urteil ergeht, welches die Unwirksamkeit der ihnen gegenüber ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung und damit der Sache nach den Fortbestand ihres Arbeitsverhältnisses feststellt sowie aus Anlass einer entsprechenden Antragstellung darüber hinaus die Verpflichtung des öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers auf vorläufige Weiterbeschäftigung ausspricht (vgl. hierzu – bejahend – etwa *Schlatmann in Lorenzen/Gerhold/Schlatmann/Rehak/Hebeler/Ramm/Sachadae*, BPersVG, Stand: Nov. 2020, § 31 Rn. 21; *Ilbertz/Widmaier/Sommer*, BPersVG, 14. Aufl. 2018, § 31 Rn. 5 a; aA etwa *Fischer/Goeres/Gronimus* in GKÖD, Band V, BPersVG, Stand: Juli 2020, K § 29 Rn. 13, K § 31 Rn. 18, K § 47 Rn. 36 und L § 85 ArbGG Rn. 140; *Kröll in Altvater ua*, BPersVG, 10. Aufl. 2019, § 29 Rn. 11; zur vergleichbaren Fragestellung im Betriebsverfassungsrecht etwa *LAG München v. 27.1.2011 – 3 TaBVGa 20/10*, BeckRS 2011, 141167 und *LAG Köln v. 27.7.2011 – 9 TaBVGa 2/11*, BeckRS 2012, 66770; *Fitting ua*, BetrVG, 30. Aufl. 2020, § 24 Rn. 16 f., jew. mwN). Denn nach den dem Senat von den Verfahrensbet. mitgeteilten und bekannten Informationen hat das ArbG B. über die Kündigungsschutzklage des Ast. noch nicht entschieden.

[31] (3) Für die im personalvertretungsrechtlichen Kontext erforderliche Bestimmung des Maßstabs der offensichtlichen Unwirksamkeit der Kündigung schließt sich der Senat der Rechtsprechung des Großen Senats des BAG an. Danach liegt eine offensichtlich unwirksame Kündigung vor, wenn sich schon aus dem eigenen Vortrag des Arbeitgebers ohne Beweiserhebung und ohne dass ein Beurteilungsspielraum gegeben wäre, jedem Kundigen die Unwirksamkeit der Kündigung geradezu aufdrängen muss. Die Unwirksamkeit der Kündigung muss also ohne jeden vernünftigen Zweifel in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht offen zutage liegen (vgl. *BAG v. 27.2.1985 – GS 1/84*, BAGE 48, 122 [152] = NZA 1985, 702 = NJW 1985, 2968 = NJW 2017, 3105; s. auch *BVerwG v. 18.9.1996 – 5 B 109/96*, Buchholz 436.61 § 21 SchwbG Nr. 8 S. 4 = BeckRS 1996, 30936325 mwN).

[32] Dieser Maßstab gilt bezüglich aller formellen und materiellen Voraussetzungen, deren Erfüllung für die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung erforderlich ist und deren Verletzung mithin zur Rechtsunwirksamkeit der Kündigung führen kann.

[33] cc) In Anwendung dieser rechtlichen Vorgaben ist der Ast. zwar weiterhin Mitglied des Bet. zu 1, da er nach seinem eigenen Vorbringen gegen seine außerordentliche Kündigung vom 31.7.2020 vor dem ArbG Kündigungsschutzklage erhoben hat, über die – wie erwähnt – noch nicht entschieden ist. Auf der Grundlage des Vortrags des insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Ast. lässt sich jedoch auch unter Berücksichtigung des übrigen Akteninhalts, insbesondere der vorgelegten Verwaltungsvorgänge, nicht feststellen, dass die angefochtene Kündigung offensichtlich unwirksam ist.

Demzufolge ist der Ast. (bis auf Weiteres) nach § 31 I 2 BPersVG an der Ausübung des Personalratsamtes verhindert.

[34] (1) Der Anspruch auf ungestörte Amtsausübung kann nicht auf die vom Ast. zu dessen Begründung schwerpunktmäßig geltend gemachte Unwirksamkeit des in der Sitzung des Bet. zu 1 vom 21.7.2020 gefassten Beschlusses, der außerordentlichen Kündigung, hilfsweise der außerordentlichen Kündigung mit Auslaufrfrist zuzustimmen, gestützt werden.

[35] Im Einzelnen beruft sich der Ast. darauf, dass der Bet. zu 2 den Bet. zu 1 unvollständig und fehlerhaft unterrichtet (vgl. §§ 68 II 1, 69 II 1 BPersVG) und den Antrag auf Erteilung der Zustimmung (vgl. § 69 II 1 BPersVG) nach Ablauf der Zweiwochenfrist des § 626 II 1 BGB und damit zu spät gestellt habe sowie bei der Antragstellung nicht gesetzmäßig vertreten gewesen sei. Darüber hinaus sei der Beschluss des Bet. zu 1 in einer nicht ordnungsgemäß einberufenen und durchgeführten Sitzung gefasst worden. Diesbezüglich bestreitet der Ast. vor allem, dass die Mitglieder des Personalrats und die zur Sitzungsteilnahme berufenen Ersatzmitglieder zu der Sitzung vom 21.7.2020 rechtzeitig unter Mitteilung einer inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Tagesordnung – wie sie im Beschluss des Senats vom 15.5.2020 – 5 P 5/19 (*BVerwGE* 168, 149 = NZA-RR 2020, 552 Rn. 13) festgehalten sind – eingeladen worden seien (§§ 34 II 3, 54 I, 56 BPersVG). Des Weiteren bestreitet er, dass der Bet. zu 1 in dieser Sitzung ordnungsgemäß besetzt gewesen sei, weil hinsichtlich der eingeladenen Ersatzmitglieder die gesetzlichen Vorgaben des § 31 I 2 BPersVG nicht eingehalten worden seien, dh jeweils eine zeitweilige Verhinderung objektiv nicht vorgelegen habe, die Ersatzmitglieder zudem nicht in der richtigen Reihenfolge (vgl. § 31 II 1 BPersVG) zum Zuge gekommen seien und für zeitweilig verhinderte Mitglieder, für die jeweils kein Ersatz-

mitglied teilgenommen habe, verfügbare Ersatzmitglieder erreichbar gewesen seien. Ebenso bestreitet er die ordnungsgemäße Beteiligung des örtlichen Personalrats in A. (§ 82 II BPersVG). Ferner beanstandet er, vom Bet. zu 1 vor dessen Beschlussfassung nicht angehört worden zu sein und bestreitet, dass diese Beschlussfassung entsprechend § 38 I und II BPersVG erfolgt sei.

[36] Dieses Vorbringen rechtfertigt nicht die Annahme, der Zustimmungsbeschluss des Bet. zu 1 und somit auch die auf ihm beruhende außerordentliche Kündigung seien offensichtlich unwirksam. Der *Senat* nimmt – entgegen der vom Bet. zu 1 geäußerten Zweifel – allerdings an, dass die außerordentliche Kündigung des Ast. gem. § 47 I 1 BPersVG zustimmungsbedürftig ist. Zwar bestimmt § 86 Nr. 8 S. 1 BPersVG, dass für den Bundesnachrichtendienst an die Stelle der Mitbestimmung und der Zustimmung die Mitwirkung des Personalrats tritt. Diese Anordnung betrifft auch das Zustimmungserfordernis nach § 47 I 1 BPersVG (vgl. insoweit *BVerwG* v. 26.4.2000 – 6 P 2/00, Buchholz 250 § 86 BPersVG Nr. 3 S. 3 f. = BeckRS 2000, 30434941). Der *Senat* geht mangels belastbarer gegenteiliger Anhaltspunkte aber davon aus, dass im entscheidungserheblichen Zeitpunkt eine auf der Grundlage des § 86 Nr. 8 S. 2 BPersVG getroffene Dienstvereinbarung existierte, welche die außerordentliche Kündigung von Mitgliedern des Personalrats an die Zustimmung des Personalrats bindet (vgl. hierzu *Fischer/Goeres/Gronimus* in GKÖD, Band V, BPersVG, Stand: Juli 2020, K § 86 Rn. 29 i; *Schlatmann* in *Lorenzen/Gerhold/Schlatmann/Rehak/Hebeler/Ramm/Sachadae*, BPersVG, Stand: Nov. 2020, § 86 Rn. 47; *Gronimus*, PersV 2016, 404 [406]).

[37] Soweit der Ast. zu den geltend gemachten Gesichtspunkten über die bloße Behauptung hinaus jedenfalls Weiteres vorträgt, fehlt es an der Glaubhaftmachung der Tatsachen, die nach seiner Ansicht die (offensichtliche) Unwirksamkeit des Zustimmungsbeschlusses begründen. Ungeachtet dessen ist sein tatsächliches Vorbringen zur Begründung einer Unwirksamkeit des Zustimmungsbeschlusses nicht hinreichend substantiiert. So ist etwa nicht dargelegt worden, dass etwaige Mängel bezüglich der Ladung zur Sitzung und deren Tagesordnung – was Voraussetzung für eine Unwirksamkeit ist – von den an der Sitzung beteiligten Personalratsmitgliedern rechtzeitig geltend gemacht worden seien (vgl. hierzu *BVerwG* v. 15.5.2020 – 5 P 5/19, *BVerwGE* 168, 149 = NZA-RR 2020, 552 Rn. 17). Soweit der Ast. die ordnungsgemäße Beteiligung des örtlichen Personalrats in A. bestreitet, steht sein Vorbringen zudem nicht im Einklang mit den vorgelegten Verwaltungsvorgängen. Diese lassen auch nicht klar und eindeutig erkennen, dass die Tatsachengrundlagen für die übrigen vom Ast. geltend gemachten Fehler, die von den Bet. zu 1 und 2 nicht ansatzweise zugestanden werden, unzweifelhaft gegeben sind. Der Bet. zu 1 hält in seiner Antragsrüge vom 8.9.2020 vielmehr fest, Bedenken gegen seine Handhabung der Angelegenheit seien nicht begründet, sein Vorgehen sei personalvertretungsrechtlich nicht zu beanstanden. Besteht nach dem Vorbringen des Ast. – wie hier – allenfalls Anlass für eine weitere Prüfung mit der etwaigen Notwendigkeit einer Beweiserhebung, ob die geltend gemachten Rechtsfehler vorliegen, drängt sich die Unwirksamkeit des Zustimmungsbeschlusses nicht jedem Kundigen auf. Das räumt auch der Ast. insofern ein, als er am Ende seines Schriftsatzes vom 5.11.2020 festhält, die Unwirksamkeit des angefochtenen Zustimmungsbeschlusses sei im Hauptsacheverfahren – nach etwaiger Beweiserhebung – festzustellen.

[38] (2) Auf eine offensichtlich unwirksame Kündigung führt auch nicht das Vorbringen des Ast., die außerordentliche Kündigung sei ersichtlich dazu bestimmt, ihn als ordentliches Mitglied aus dem Bet. zu 1 zu entfernen, nachdem er zuvor als Ersatzmitglied massive, vom *BVerwG* beanstandete Gesetzesverstöße mit Erfolg zur Klärung gebracht habe und daraufhin von den Beschäftigten als ordentliches Mitglied wiedergewählt worden sei. Damit macht der Ast. der Sache nach zwar die Rechtsmissbräuchlichkeit der Kündigung geltend. Er hat aber keine Tatsachen vorgetragen, geschweige denn glaubhaft gemacht, die geeignet sind, den Vorwurf einer offensichtlich rechtsmissbräuchlichen Kündigung zu tragen. Zudem bestreitet der Bet. zu 2, dass die außerordentliche Kündigung aus den vorstehend genannten Gründen erfolgt sei, so dass auch dieser Sachverhalt gegebenenfalls im Wege einer Beweiserhebung weiter aufzuklären sein wird.

[39] (3) Aus demselben Grund ergibt sich die offensichtliche Unwirksamkeit der Kündigung auch nicht aus dem weiteren Vortrag des Ast., der ihm vorgeworfene und zur Kündigung führende Sachverhalt trage diese nicht bzw. die Kündigung sei wegen einer hier unterbliebenen Abmahnung unzulässig. Schon der tatsächliche Geschehensablauf ist zwischen den Verfahrensbet. nicht in jeder Hinsicht unstreitig. Eine eindeutige Aussage dazu, ob der Kündigungssachverhalt zutrifft und die außerordentliche Kündigung rechtfertigt, kann mithin erst nach einer eingehenderen Prüfung und gegebenenfalls nach Durchführung einer Beweiserhebung gemacht werden. Diese ist dem anhängigen Kündigungsschutzverfahren vorbehalten.

[40] (4) Der Ast. kann sich zur Begründung der offensichtlichen Unwirksamkeit der Kündigung – so er seinen entsprechenden Hinweis in diesem Sinne verstanden wissen möchte – auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass das Kündigungsschreiben keine Auskunft über die Gründe für seine außerordentliche Kündigung gebe. Insofern drängt sich einem Kundigen schon nicht auf, dass die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung von der Mitteilung eines Kündigungsgrundes im Kündigungsschreiben abhängt. Denn die Angabe eines Kündigungsgrundes gehört – von den hier nicht gegebenen gesetzlichen Ausnahmefällen des § 22 II BBiG, § 17 II 1 MuSchG abgesehen – nicht zum notwendigen Inhalt der Kündigungserklärung, was sich auch schon aus § 626 II 3 BGB ergibt (vgl. *BGH* v. 1.12.2003 – II ZR 161/02, *BGHZ* 157, 151 [157] = NZA 2004, 173 = NJW 2004, 1528 mwN). Ein Anhaltspunkt dafür, dass hier einzel- oder tarifvertraglich etwas anderes vereinbart worden sei, ergibt sich aus dem Vorbringen des Ast. nicht.

[41] (5) Auch im Übrigen drängen sich auf der Grundlage des (weiteren) Vortrags des Ast. keine Umstände auf, welche die Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung ohne jeden vernünftigen Zweifel in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht offen zutage treten ließen.

[42] 2. Der Hilfsantrag des Ast., im Wege der einstweiligen Verfügung die mit dem Hauptantrag begehrte Verpflichtung der Bet. zu 1 und 2 festzustellen, ist aus den dargelegten Gründen gleichfalls unbegründet.

**Anm. d. Schriftltg.:** Die Entscheidung wird besprochen von *Klein/Fischer*, ArbRAktuell 2021, 227. Zum vorläufigen Verbot der Amtsausübung gegenüber Personalratsmitglied vgl. *VGH München* v. 23.3.2020 – 17 PE 19.2232, NZA-RR 2020, 440; zum Hausverbot für Personalratsmitglied s. *VG Düsseldorf* v. 27.2.2020 – 40 L 214/20.PVL, NZA-RR 2020, 443. ■

## Kommentierte Rechtsprechung

### Arbeitsvertragsrecht

#### Kürzung des Urlaubsanspruchs bei Kurzarbeit

BUrlG §§ 1, 3; RL 2003/88/EG Art. 7; SGB III § 96 IV 2

**Für Zeiträume, in denen Arbeitnehmer aufgrund konjunktureller Kurzarbeit „Null“ keine Arbeitspflicht haben, ist der jährliche Urlaubsanspruch anteilig zu kürzen.**

*LAG Düsseldorf, Urt. v. 12.3.2021 – 6 Sa 824/20 = BeckRS 2021, 4281 (nicht rechtskräftig)*

#### Sachverhalt

Die Parteien streiten darüber, ob der Urlaub der Klägerin für das Jahr 2020 wegen Kurzarbeit gekürzt werden durfte.

Die Klägerin ist seit dem 1.3.2011 bei der Beklagten als Verkäuferin beschäftigt. Vereinbart ist eine Arbeitszeit von drei Tagen pro Woche. Arbeitsvertraglich steht ihr ein jährlicher Urlaubsanspruch von 28 Werktagen zu. Als Folge der Covid-19-Pandemie musste im Betrieb der Beklagten Kurzarbeit eingeführt werden. Diese wurde mit den jeweiligen Mitarbeiter/innen – so auch mit der Klägerin – vereinbart. In den Monaten April und Mai 2020 wurde der Klägerin zunächst bestehender Resturlaub aus Vorjahren gewährt. Anschließend befand sie sich – in den Monaten Juni und Juli 2020 durchgehend – in Kurzarbeit „Null“. In der Zeit vom 1.8.2020 bis 8.8.2020 und vom 1.9.2020 bis zum 18.9.2020 erhielt sie Urlaub. Für die Urlaubszeit ist die Klägerin einvernehmlich aus der Kurzarbeit herausgenommen worden. Im gesamten Monat Oktober 2020 galt vereinbarungsgemäß wiederum durchgehend Kurzarbeit „Null“. Im November und Dezember 2020 hat sie an insgesamt fünf Tagen gearbeitet.

Mit ihrer der Beklagten am 14.9.2020 zugestellten Klage hat die Klägerin geltend gemacht, ihr stünde für das Jahr 2020 ein ungekürzter Urlaubsanspruch im Umfang von 28 Werktagen zu, was umgerechnet auf die vereinbarte Drei-Tage-Woche 14 Urlaubstage ergebe. Die Kurzarbeit könne nicht zur Reduzierung des Urlaubsanspruchs führen.

Die Beklagte hat die Absicht vertreten, der Urlaubsanspruch könne für die Zeiten einer Kurzarbeit „Null“ gekürzt werden. Für jeden vollen Monat der Kurzarbeit sei eine Kürzung um 1/12 vorzunehmen, was monatlich 2,33 Werktagen entspreche. Zur Begründung verwies die Beklagte darauf, dass Kurzarbeiter mit Teilzeitbeschäftigten vergleichbar seien. Die Leistungspflichten während der Kurzarbeit seien suspendiert; bei fehlender Arbeitspflicht entstünden keine Urlaubsansprüche.

Das *ArbG* hat die Klage abgewiesen.

#### Entscheidung

Das *LAG Düsseldorf* wies die Berufung der Klägerin zurück und bestätigte das Urteil des *ArbG Essen*.

Aufgrund der Kurzarbeit „Null“ in den Monaten Juni, Juli und Oktober habe die Klägerin für diesen Zeitraum keine Urlaubsansprüche nach § 3 BUrlG erworben. So bestimme § 3 BUrlG die Zahl der Urlaubstage ausgehend vom Erholungszweck des gesetzlichen Mindesturlaubs in Abhängigkeit von der Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht. Für die Ermitt-

lung des Urlaubsanspruchs sei daher auf die für das gesamte Urlaubsjahr arbeitsvertraglich vorgesehene Verteilung der Arbeitszeit bezogen auf die Wochentage abzustellen. Dies gelte auch, wenn für einzelne Zeiträume eine Befreiung von der Arbeitsverpflichtung, also eine Arbeitszeit „Null“ vereinbart wurde. Laut Auffassung des *LAG Düsseldorf* stehe diese Berechnung des Urlaubsanspruchs auch mit dem Unionsrecht grundsätzlich im Einklang. So habe nämlich der *EuGH* entschieden, dass der Zweck des in Art. 7 der RL 2003/88/EG jedem Arbeitnehmer gewährleisteten Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub darin bestehe, es dem Arbeitnehmer zu ermöglichen, sich von der Ausübung der ihm nach seinem Arbeitsvertrag obliegenden Aufgaben zu erholen und über einen Zeitraum der Entspannung und Freizeit zu verfügen. Insofern beruhe der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub auf der Prämisse, dass der Arbeitnehmer im Laufe des Referenzzeitraums tatsächlich gearbeitet hat. In der Folge könne ein Arbeitnehmer einen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub gem. Art. 7 I der RL 2003/88/EG nur für die Zeiträume erwerben, in denen er auch tatsächlich Arbeitsleistungen erbracht hat. Bei der im vorliegenden Fall zu beurteilenden Konstellation führte die suspendierte Arbeitspflicht während der Kurzarbeit „Null“ – in den Monaten Juni, Juli und Oktober – zu einer entsprechenden Kürzung der Urlaubsansprüche. Etwaige gesetzliche Normen, die einer Kürzung des Urlaubsanspruchs infolge der Vereinbarung konjunktureller Kurzarbeit entgegenstünden, gäbe es nicht. So könne weder aus § 96 IV 2 SGB III ein Rückschluss auf die Zulässigkeit der kurzarbeitsbedingten Kürzung von Urlaubsansprüchen gezogen werden, noch enthalte das BUrlG diesbezügliche etwaige Sonderregelungen, welche einer Kürzung entgegenstehen.

Der Klägerin haben somit für das Kalenderjahr 2020 elf Urlaubstage zugestanden, welche allerdings von der Beklagten durch den Urlaub in der Zeit vom 1.8.2020 bis 8.8.2020 sowie vom 1.9.2020 bis zum 18.9.2020 unstrittig gewährt wurden.

#### Für die Praxis

Da viele Unternehmen mit Beginn der Covid-19-Pandemie Kurzarbeit eingeführt haben, hat die Entscheidung sofort für Rauschen im Blätterwald gesorgt. Doch ist das letzte Wort noch lange nicht gesprochen. So hat nämlich das *LAG Düsseldorf* die Revision zum *BAG* zugelassen. Ob allerdings das *BAG* den Fall anders bewerten wird, darf freilich bezweifelt werden. So hat nämlich das *BAG* erst im Jahr 2019 seine bisherige Spruchpraxis geändert und entschieden, dass für Zeiten des unbezahlten Sonderurlaubs grundsätzlich kein gesetzlicher Anspruch des Arbeitnehmers auf bezahlten Erholungsurlaub besteht (*BAG v. 19.3.2019 – 9 AZR 406/17, NZA 2019, 1435*). Insofern ist der Zeitraum des unbezahlten Sonderurlaubs bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs regelmäßig mit „Null“ Arbeitstagen in Ansatz zu bringen. Vor dem Hintergrund dieser jüngst ergangenen Entscheidung ist wohl auch davon auszugehen, dass das *BAG* der Argumentation des *LAG Düsseldorf* folgen wird.

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Friedrich Merath, Neu-Ulm* ■



## Arbeitsvertragsrecht

### Notwendige Herausnahme der Vorsatzhaftung in Verfallklauseln – Rechtsprechungsänderung

BGB §§ 134, 202 I, 306 I u. II, 307 I 1

1. Eine arbeitsvertragliche Ausschlussklausel ist nach § 134 BGB insgesamt nichtig, wenn sie Haftungsansprüche wegen Vorsatzes gem. § 202 I BGB nicht explizit von ihrem Anwendungsbereich ausnimmt.

2. Auch der Arbeitgeber als Verwender einer solchen Klausel muss diese trotz der Grundsätze der personalen Teilunwirksamkeit von AGB nicht gegen sich gelten lassen. (Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Urt. v. 26.11.2020 – 8 AZR 58/20 = BeckRS 2020, 45539

#### Sachverhalt

Die beklagte Arbeitnehmerin war als kaufmännische Angestellte bei der Klägerin beschäftigt, die einen Heizungs- und Sanitarbetrieb führt. Ihr Arbeitsvertrag enthielt eine Verfallklausel, wonach alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis binnen einer Ausschlussfrist von zwei Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend zu machen und im Falle der Ablehnung durch die Gegenpartei binnen einer Ausschlussfrist von einem Monat einzuklagen sind.

Die Hauptaufgabe der Beklagten lag in der Buchhaltung. Gemeinsam mit ihrem damaligen Ehemann, der Kommanditist bei der Klägerin sowie bei einem anderen Unternehmen war, beglich die Beklagte mit Firmengeldern mehrere eigene Verbindlichkeiten in einem Gesamtvolumen von etwa 230.000 Euro, indem sie fiktive Rechnungen der beiden Unternehmen verbuchten, für die der Ehemann tätig war. Als dies aufflog, kündigte die Klägerin der Beklagten und verlangte im anschließenden Kündigungsschutzprozess im Wege der Widerklage ca. hälftigen Schadensersatz, den sie bisher nicht seitens des ehemaligen Ehemanns erhalten konnte; darin enthalten waren auch abgetretene Ansprüche des anderen Unternehmens. ArbG und LAG entsprachen der Widerklage iHv ungefähr 101.000 Euro.

#### Entscheidung

Der 8. BAG-Senat gab wiederum der Revision statt. Zunächst könne anhand der bisherigen Feststellungen nicht beurteilt werden, ob und inwieweit die Widerklage begründet ist, da das LAG rechtsfehlerhaft nicht geprüft habe, ob die aus abgetretenem Recht geltend gemachten Ansprüche denen aus der zugrunde liegenden Vereinbarung entsprechen.

Gleichzeitig bewerteten die Erfurter Richter die vorliegende Ausschlussklausel. Diese stehe den geltend gemachten Ansprüchen zum einen nicht entgegen, weil diese keine aus dem Arbeitsverhältnis seien, zum anderen scheitere ein Verfall daran, dass die Klausel wegen Verstoßes gegen § 202 I BGB nach § 134 BGB nichtig sei und daher gem. § 306 I BGB entfalle. In seiner vorangegangenen Rechtsprechung entschied der 8. Senat noch, dass anhand einer am Sinn und Zweck orientierten Auslegung im Hinblick auf die klare Gesetzeslage nach § 202 I BGB regelmäßig davon auszugehen sei, dass die Vertragspartner in Ausschlussklauseln keine

Fälle erfassen wollen, die gesetzlich nicht zur ihrer Disposition stehen. Hieran hält der Senat nicht mehr fest: Sofern eine Ausschlussklausel anordne, dass ausnahmslos alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verfallen, seien davon sämtliche Ansprüche umfasst, welche die Arbeitsvertragsparteien (potenziell) gegeneinander haben – also auch wegen vorsätzlicher Vertragsverletzungen und vorsätzlicher unerlaubter Handlungen. Entgegen dem klaren Wortlaut einer solchen pauschalen Klausel könne gerade nicht unterstellt werden, dass die Parteien solche Ansprüche nicht einbeziehen wollten, da dies sonst auch bzgl. anderer Verbotsnormen gelte; irrelevant sei, dass es sich bei Haftungsansprüchen wegen Vorsatzes im Arbeitsverhältnis um ungewöhnliche Fälle handle. Eine andere Auslegung scheidet zudem aus, weil sie eine geltungserhaltende Reduktion bedingen würde, die im AGB-Recht nicht vorgesehen ist.

Trotz allem müsse die Klägerin die Klausel jedoch nicht nach den Grundsätzen der personalen Teilunwirksamkeit von AGB gegen sich gelten lassen, wonach der Verwender nicht vor von ihm selbst eingeführten, unangemessen benachteiligenden Bestimmungen geschützt wird – dieses Prinzip finde keine Anwendung, wenn eine Klausel nichtig ist.

#### Für die Praxis

Der Rechtsprechungswechsel kommt überraschend, war die dargestellte vorherige Bewertung, wonach eine undifferenzierte Klausel lediglich teilnichtig gem. § 139 BGB war, doch sowohl durch den 8. Senat (v. 20.6.2013 – 8 AZR 280/12, NZA 2013, 1265 [1267]) als auch bereits länger durch den 5. Senat des BAG (v. 25.5.2005 – 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 [1112]) etabliert (deshalb zuletzt noch genau gegenteilig Sura, NZA-RR 2021, 57 [61, 64]; ders., NZA 2021, 257 [259]). Ferner bestätigte der 9. Senat erst jüngst, dass auch tarifvertragliche Ausschlussfristen in diesem Fall nur teilnichtig sind (BAG v. 27.10.2020 – 9 AZR 531/19, NZA 2021, 504 [505]; ebenso BAG v. 23.1.2019 – 4 AZR 541/17, BeckRS 2019, 8903) und dass Haftungsansprüche gem. § 309 Nr. 7 BGB in individualvertraglichen Klauseln ebenfalls nicht ausdrücklich herausgenommen werden müssen (BAG v. 22.10.2019 – 9 AZR 532/18, NZA 2020, 513 [515]). Inhaltlich ist der Neuausrichtung indes zuzustimmen, da eine geltungserhaltende Reduktion wegen § 306 II BGB nicht in Betracht kommt. Vorliegend wäre die Klausel iÜ unwirksam gewesen, weil sie keine Mindestfristen von jeweils drei Monaten vorsah (vgl. nur BAG v. 12.3.2008 – 10 AZR 152/07, NZA 2008, 699 [701]).

In arbeitsvertraglichen Verfallklauseln sind nunmehr nicht nur Mindestlohnansprüche explizit von deren Anwendungsbereich auszunehmen (vgl. zB BAG v. 30.1.2019 – 5 AZR 43/18, NZA 2019, 768 [770 f.]; dazu Seiwerth, NZA 2019, 17), sondern auch solche zur Vorsatzhaftung. Laut dem 9. Senat reicht eine allgemeine Formulierung, etwa, dass „die kraft Gesetzes einer Ausschlussfrist entzogenen Ansprüche nicht erfasst werden“ (BAG v. 18.9.2018 – 9 AZR 162/18, NZA 2018, 1619 [1623]); es empfiehlt sich jedoch eine (beispielhafte) Aufzählung, welche Anspruchstypen gemeint sind (so Roloff, FS Willemsen, 2018, 407 [416]).

Wiss. Mitarbeiter Stephan Sura,  
Luther Rechtsanwalts-gesellschaft, Köln

## Arbeitsvertragsrecht

### Kein DS-GVO-Schadensersatz wegen Übermittlung von Beschäftigendaten in Drittstaaten

DS-GVO Art. 6 I Buchst. f, Art. 28 III, Art. 82 I; DS-GVO EG 75, 146; BDSG § 26 I

1. Ein (noch) nicht produktiv genutztes Personalverwaltungssystem mit Echtdateien anstelle fiktiver Daten zu testen, ist datenschutzrechtlich nicht erforderlich.

2. Der datenschutzwidrige Einsatz eines Personalverwaltungssystems zu Testzwecken kann grundsätzlich einen Schadensersatzanspruch betroffener Arbeitnehmer begründen. Dies setzt jedoch den Nachweis eines konkreten und individuellen Schadens voraus.

3. Die Gefahr eines Missbrauchs personenbezogener Daten durch US-Behörden oder Konzerngesellschaften bzw. ein Kontrollverlust kann grundsätzlich einen nach Art. 82 DS-GVO ersatzfähigen Schaden begründen. Der Kläger muss aber darlegen, dass der Schaden wegen eines Verstoßes gegen die DS-GVO entstanden ist (Kausalität). (Leitsätze der Bearbeiter)

*LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 25.2.2021 – 17 Sa 37/20 = BeckRS 2021, 5529 (nicht rechtskräftig)*

#### Sachverhalt

Der Kläger ist Arbeitnehmer der Beklagten, einer deutschen Tochtergesellschaft eines US-Konzerns. Die Konzernmutter kündigte im Jahr 2017 die konzernweite Einführung eines Personalverwaltungssystems an. Dazu schloss die Beklagte mit dem Betriebsrat eine Duldungsvereinbarung ab, welche die Verarbeitung bestimmter Beschäftigendaten zu Testzwecken erlaubte. Der Testbetrieb schloss ua auch Datenübermittlungen an die Konzernmutter in den USA im Rahmen einer konzerninternen Auftragsverarbeitung ein – auch über den 25.5.2018 hinaus. Der Kläger behauptete, dass die Beklagte im Rahmen der Tests auch Daten verarbeitet habe, die nicht von der Duldungsvereinbarung umfasst gewesen seien. Die USA garantiere zudem keinen wirksamen Schutz personenbezogener Daten. Daher stehe ihm nach Art. 82 I DS-GVO immaterieller Schadensersatz zu.

Das *ArbG Ulm* wies die Klage ab. Gegen das erstinstanzliche Urteil legte der Kläger Berufung ein.

#### Entscheidung

Das *LAG Baden-Württemberg* wies die Berufung des Klägers als unbegründet zurück, da ihm kein Schadensersatzanspruch nach Art. 82 I DS-GVO zustehe. Die vor dem 25.5.2018 erfolgten Datenübermittlungen in die USA seien nicht am Maßstab der DS-GVO zu messen. Die Beklagte habe aber auch nach dem 25.5.2018 nicht gegen die DS-GVO verstoßen. Der mit der Konzernmutter abgeschlossene Auftragsvertragsvertrag entspreche den in Art. 28 III DS-GVO geregelten Vorgaben. Zudem sähe der Vertrag EU-Standardvertragsklauseln auf der Grundlage des Kommissionsbeschlusses (2010/87/EU) vor.

Es bestehe zwar die Möglichkeit, dass US-Behörden und Konzerngesellschaften unbefugt auf Daten des Klägers zugreifen könnten. Der damit verbundene Kontrollverlust des Klägers über seine Daten könne auch grundsätzlich einen

immateriellen Schaden begründen. Denn nach den Erwägungsgründen 146 und 75 DS-GVO sei der Schadensbegriff weit auszulegen. Das *Gericht* lehnte einen Anspruch des Klägers dennoch ab. Der Kläger habe nicht nachgewiesen, dass der geltend gemachte Schaden kausal auf die behaupteten Datenschutzverstöße zurückzuführen sei.

Auch im Hinblick auf den angeblich rechtswidrigen Einsatz des Personalverwaltungssystems hielt das *Gericht* die Voraussetzungen des Art. 82 I DS-GVO nicht für gegeben. Das *Gericht* ging zwar davon aus, dass die von der Beklagten durchgeführten Datenverarbeitungen nur zum Teil von der Duldungsvereinbarung gedeckt gewesen seien. Die „überschießende“ Verarbeitung von Beschäftigendaten sei daher ohne Rechtsgrundlage erfolgt. Insbesondere sei die Verarbeitung nicht erforderlich iSv § 26 I BDSG und Art. 6 I Buchst. f DS-GVO gewesen. Die Beklagte hätte als milderes Mittel auf die Verarbeitung von fiktiven Daten zurückgreifen können. Dennoch lehnte das *Gericht* einen Schadensersatzanspruch des Klägers ab, da dieser nicht dargelegt habe, dass ihm infolge des Verstoßes ein konkreter Schaden entstanden sei. Bloße Befürchtungen, ein Schaden könne eintreten, stellten keinen ersatzfähigen Schaden dar.

Das *Gericht* ließ aufgrund der noch nicht höchstrichterlich geklärten Voraussetzungen eines Anspruchs nach Art. 82 DS-GVO die Revision zu (Az. 8 AZR 209/21).

#### Für die Praxis

Das *LAG Baden-Württemberg* geht zutreffend davon aus, dass EU-Standardvertragsklauseln grundsätzlich auch nach dem Urteil des *EuGH* vom 16.7.2020 in Sachen Schrems II (C-311/18, NJW 2020, 2613) geeignete Mittel zur Absicherung von Datenübermittlungen in Drittstaaten sein können. Auch die Ausführungen des *Gerichts* zur Rechtmäßigkeit „überschießender“ Datenverarbeitungen im Rahmen von Personalverwaltungssystemen entsprechen der Systematik der DS-GVO. Arbeitgeber sind zwar gut beraten, in Betriebsvereinbarungen zum Einsatz von Personalverwaltungssystemen den Umfang der in Rede stehenden Datenverarbeitungen konkret zu regeln – ohne aber den eigenen Handlungsspielraum zu sehr einzuzugrenzen.

Nur teilweise überzeugend sind hingegen die Ausführungen des *Gerichts* zur Reichweite des datenschutzrechtlichen Schadensbegriffs. Die vertretene weite Auffassung liegt insofern auf einer Linie mit Entscheidungen einzelner anderer Arbeitsgerichte (vgl. *ArbG Düsseldorf* v. 5.3.2020 – 9 Ca 6557/18, NZA-RR 2020, 409). Allerdings zeigt die Entscheidung auch einige Verteidigungsmöglichkeiten für Arbeitgeber auf. So stellt das *Gericht* klar, dass der Kläger grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der haftungsbegründenden Voraussetzungen des Art. 82 DS-GVO trägt. Dies gilt insbesondere auch für den Nachweis eines kausal verursachten Schadens. Das *Gericht* weist insofern zutreffend darauf hin, dass bloße Befürchtungen keinen Schaden begründen können.

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Dr. Wolf-Tassilo Böhm, CIPP/E und Rechtsanwältin Dr. Isabelle Brams, Latham & Watkins LLP, Frankfurt a.M.* ■

## Arbeitsvertragsrecht

### Unangemessene Benachteiligung durch Rückzahlungsklausel

BGB § 307 I 1; ArbGG §§ 66 I, 64 VI, 72 II Nr. 1; ZPO § 91

Die Frage, ob eine Rückzahlungsklausel aus einem Darlehensvertrag den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligt, ist nach den Kriterien der Rechtsprechung zu arbeitsvertraglichen Rückzahlungsklauseln bei Aus- und Fortbildungsmaßnahmen zu beantworten, wenn die Aus- und Fortbildungsmaßnahme auch im Interesse des Arbeitgebers durchgeführt wird. In diesem Fall ist von einem einheitlichen Rechtsgeschäft auszugehen. Wenn der Arbeitnehmer der Rückzahlungsverpflichtung durch Betriebsstreuung entgehen kann, stellt die Rückzahlungsverpflichtung keine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 I 1 BGB dar. (Leitsatz der Bearbeiterin)

LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 20.1.2021 – 15 Sa 1128/20 = BeckRS 2021, 3576 (nicht rechtskräftig)

#### Sachverhalt

Die Parteien streiten über die Rückzahlung eines Darlehens. Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der Fluggesellschaft A; der Beklagte war seit 2016 bei der Insolvenzschildnerin als Flugbegleiter beschäftigt. 2018 schlossen die Insolvenzschildnerin und der Beklagte einen als Darlehensvertrag betitelten Vertrag. Dabei wurde im Hinblick auf das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses mit der Insolvenzschildnerin vereinbart, dass ein Darlehen gewährt wird zur Finanzierung eines Lehrgangs und einer Prüfung als Copilot. Das Darlehen war nicht zu verzinsen und sollte in monatlichen Raten ab Beginn des Arbeitsverhältnisses getilgt werden. Zugleich mit diesem Vertrag schlossen die Insolvenzschildnerin und der Beklagte eine Ausbildungsvereinbarung zum Erwerb der Musterberechtigung als Copilot.

#### Entscheidung

Die Kammer hat die Klage abgewiesen und die Revision für den Kläger zugelassen (Az. 9 AZR 144/21). Die Rückzahlungsverpflichtung aus dem Darlehensvertrag sei unwirksam, weil ein Verstoß gegen § 307 I 1 BGB vorliege, da sie den Beklagten als Arbeitnehmer unangemessen benachteilige. Ob eine Rückzahlungsklausel aus einem Darlehensvertrag den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligt, bestimme sich nach den Kriterien der Rechtsprechung zu arbeitsvertraglichen Rückzahlungsklauseln bei Aus- und Fortbildungsmaßnahmen, wenn diese auch im Interesse des Arbeitgebers durchgeführt werden; insofern sei ein einheitliches Rechtsgeschäft anzunehmen. An sich selbstständige Rechtsgeschäfte seien nach dem Willen der Vertragsparteien als einheitliches Rechtsgeschäft zu betrachten, wenn sie derart voneinander abhängig sein sollen, dass sie miteinander „stehen und fallen“. Vorliegend sei von einem einheitlichen Rechtsgeschäft zwischen dem Darlehensvertrag und dem später abgeschlossenen Arbeitsvertrag auszugehen. Der Darlehensvertrag war nicht gewährt worden für einen Autokauf oder dergleichen, sondern zum Erwerb einer Musterberechtigung für einen Flugzeugtyp, der bei der Insolvenzschildnerin genutzt wurde. Es handele sich in dieser Konstellation bei den Aus- und Fortbildungskosten um eine Investition im Interesse des arbeitgeberischen Unternehmens. Hier werde Personalpolitik betrieben: Der Arbeitgeber wende die Kosten auf, um die

später vom Arbeitnehmer erworbenen Kenntnisse für seinen Geschäftsbetrieb nutzbar zu machen. Eine Rückzahlungsverpflichtung für die Kosten des Lehrgangs stelle nur dann keine unangemessene Benachteiligung dar, wenn dem Arbeitnehmer die Möglichkeit eingeräumt wird, der Rückzahlungsverpflichtung durch Betriebsstreuung zu entgehen. Alles andere liefe darauf hinaus, den Arbeitnehmer in unangemessener Weise Investitionsrisiken tragen zu lassen. Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung habe auch bei Vorliegen eines Darlehensvertrags in der hiesigen Konstellation immer eine Angemessenheitskontrolle mit dem Argument durchgeführt, es läge eine gestörte Vertragsparität vor. Bei Anwendung dieser Kriterien liege in der Rückzahlungsverpflichtung eine unangemessene Benachteiligung des Beklagten, da ihm an keiner Stelle des Vertrags die Möglichkeit eingeräumt worden sei, einer Rückzahlungsverpflichtung durch Betriebsstreuung zu entgehen. Die entsprechende Klausel sei daher unwirksam. Komme es, wie hier, zur Arbeitsaufnahme, dann stellen die angefallenen Kursgebühren aus der Perspektive des Arbeitgebers Investitionen in die Zukunft dar. In einem solchen Fall sei es nicht nachvollziehbar, warum ein Arbeitnehmer auch dann voll mit den Kursgebühren belastet werden darf, wenn er über die übliche Bindungsdauer hinaus in dem Arbeitsverhältnis verbleibt. Insofern könne ein angemessener Ausgleich der wechselseitigen Interessen nur dadurch erfolgen, dass rätterlich mit Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses die Belastung des Arbeitnehmers mit den Ausbildungskosten sinkt. Eine geltungserhaltende Reduktion der unwirksamen Klausel komme nicht in Betracht, so dass der Kläger von dem Beklagten keine Zahlung verlangen könne.

#### Für die Praxis

Ist die Rückzahlungsklausel unwirksam, kann der Arbeitgeber ein Zahlungsverlangen auch nicht auf bereicherungsrechtliche Vorschriften stützen. Wenn Arbeitgeber die Fortbildungskosten ihrer Arbeitnehmer übernehmen oder sich hieran beteiligen, tun sie das regelmäßig, um sich einen qualifizierten Nachwuchs zu verschaffen und damit in der Erwartung, dass der Arbeitnehmer nach Beendigung der Fortbildung einen gewissen Zeitraum in ihren Diensten bleibt. Rückzahlungsklauseln werden regelmäßig vereinbart für den Fall, dass der Arbeitnehmer nach Beendigung der Fortbildung seine Stelle nicht antritt oder das Arbeitsverhältnis vor Ablauf bestimmter Fristen beendet. Ohne eine Rückzahlungsvereinbarung ist der Arbeitnehmer zur Kostenerstattung nicht verpflichtet. Wenn eine solche existiert, muss ihm die Möglichkeit eingeräumt werden, der Rückzahlungspflicht durch Betriebsstreuung zu entgehen. Erstattungsklauseln unterliegen der Inhaltskontrolle, bei der eine Interessenabwägung vorzunehmen ist. Diese hat sich daran zu orientieren, in welchem Maße der Arbeitnehmer mit der Aus- und Weiterbildung einen geldwerten Vorteil erlangt. Wegen des Ausschlusses einer geltungserhaltenden Reduktion ist die Kammer zurecht davon ausgegangen, dass den Beklagten keine Rückzahlungspflicht trifft. Den Ausführungen des *Gerichts* zum Vorliegen eines einheitlichen Rechtsgeschäfts ist ebenfalls zuzustimmen, weil der eine Vertrag mit dem anderen „stehen und fallen“ sollte.

Rechtsanwältin und Fachanwältin für Sozialrecht  
Dr. Brigitte Glatzel, Mainz





## Arbeitsvertragsrecht

### Bestimmtheit des Vollstreckungstitels bei Zeugnisanspruch

GewO § 109; ZPO §§ 253 II Nr. 2, 888

1. Die Vollstreckung aus einem Titel kann nur dann erfolgen, wenn hinreichend klar ist, welche konkrete Leistung von dem Schuldner gefordert wird; ob der zur Vollstreckung anstehende Titel hinreichend bestimmt ist, ist dabei unter Rückgriff auf die für das Erkenntnisverfahren maßgebliche Regelung des § 253 II Nr. 2 ZPO zu bestimmen.

2. Bei einer Vollstreckung nach § 888 ZPO müssen nicht notwendig die konkret vorzunehmenden Handlungen im Titel festgelegt sein. Vielmehr reicht es aus, wenn der zu bewirkende Erfolg hinreichend bestimmt beschrieben wird; es ist dann Sache des Schuldners, auf welche Weise er den von ihm geschuldeten Erfolg herbeiführt.

3. Die Formulierung in einem Vollstreckungstitel, wonach sich die Arbeitgeberin zur Erteilung eines Zeugnisses verpflichtet, dessen Inhalt einer bestimmten Notenstufe entspricht („gute Beurteilung von Leistung und Verhalten“), erfüllt die vorgenannten Voraussetzungen (entgegen BAG v. 14.2.2017 – 9 AZB 49/16 BeckRS 2017, 103516). Es kann durch jede sachkundige Person beurteilt werden, welcher Stufe der Notenskala ein erteiltes Zeugnis zuzuordnen ist.

LAG Düsseldorf, Beschl. v. 18.1.2021 – 13 Ta 364/20 = BeckRS 2021, 5855

### Sachverhalt

Die beklagte Arbeitgeberin und jetzige Vollstreckungsschuldnerin verpflichtete sich in einem Prozessvergleich, „dem Kläger ein wohlwollendes qualifiziertes Arbeitszeugnis unter dem Ausscheidungsdatum [zu erteilen], welches sich auf Leistung und Verhalten erstreckt, eine gute Leistungs- und Verhaltensbeurteilung sowie die übliche Dankes-, Wunsches- und Bedauernsformel enthält.“ Der klagende Arbeitnehmer und jetzige Vollstreckungsgläubiger lehnte die Erfüllungswirkung mehrerer Zeugnisse ab. Einmal war das ausgewiesene Datum weit vor dem Beendigungszeitpunkt, einem anderen fehlte die Wunsches- und Bedauernsformel. Er beantragte daraufhin die Festsetzung eines Zwangsgeldes zur Durchsetzung der im Vergleich getroffenen Verpflichtung und hilfsweise zur Erstellung eines qualifizierten Zeugnisses. Das ArbG wies beide Anträge zurück und half der sofortigen Beschwerde nicht ab.

### Entscheidung

Die sofortige Beschwerde hatte Erfolg. Der zu vollstreckende Zeugnisanspruch sei hinreichend bestimmt. Die Formulierung „wohlwollend“ sei für sich genommen zwar nicht vollstreckbar, gebe aber nur deklaratorisch einen allgemeinen Grundsatz bei der Zeugniserstellung wieder. Das Ausscheidungsdatum sei hinreichend bestimmbar, da ersichtlich der Zeitpunkt gemeint sei, der im Zeugnis für die Beendigung angegeben werde. Die begehrte Notenstufe sei in Abgrenzung zur Rechtsprechung des BAG bestimmt genug. Die Anforderungen an die Bestimmtheit orientierten sich an den Maßstäben des Klageantrags nach § 253 II Nr. 2 ZPO. Dafür reiche aber, wenn der konkret zu bewirkende Erfolg beschrieben werde, da der Vollstreckungsschuldner erkennen könne, was er schulde. Hierfür genüge die begehrte Noten-

stufe. Der geschuldete Erfolg sei die entsprechende Zeugniserteilung. Dieser lasse sich durch jede sachkundige Person überprüfen. Die „übliche Dankes-, Wunsches- und Bedauernsformel“ hindere die Vollstreckung nicht, da keine bestimmte Formulierung, sondern nur das Ob einer solchen Formel nötig sei für einen hinreichend bestimmten Titel.

### Für die Praxis

Inwieweit auf die Zeugnisformulierung gerichtete Begehren hinreichend bestimmt und damit vollstreckbar sind, ist unstritten. Die Rechtsprechung und Literatur halten die Formulierung „wohlwollend“ für nicht vollstreckbar, während das bei eingeforderten Notenstufen lange nicht so deutlich vertreten wurde (*Ahmad/Horcher*, NZA 2018, 1234 [1239] mwN). Mittlerweile lehnt aber auch das BAG dies ab (v. 14.2.2017 – 9 AZB 49/16 BeckRS 2017, 103516 Rn. 11).

Die Bestimmtheit des Titels dient dem Schuldnerschutz, da er die Handlung bestimmen können muss (*Sutschet*, ZZP 119 [2006], 279 [288]). Hat der Schuldner einen Handlungsspielraum, wie er erfüllt, genügt die Titulierung des geschuldeten Erfolgs (*Musielak/Voit/Lackmann*, ZPO, 18. Aufl. 2021, § 704 Rn. 6). Darauf stellt das Gericht hier ab. Dagegen spricht bereits, wie oft um einzelne Formulierungen und deren Bedeutung gestritten wird. Das Gericht berücksichtigt nicht die Missbrauchs- und Schikanegefahr, die ein lediglich auf bestimmte Notenstufen gerichteter Titel für Arbeitgeber bedeuten kann. Dies ist nicht hinzunehmen, da Arbeitnehmern verschiedene, in der Rechtsprechung anerkannte, einfachere Wege zur Verfügung stehen. Neben vollständigen Zeugnisenentwürfen, die Abweichungen nur eingeschränkt zulassen (BAG v. 9.9.2011 – 3 AZB 35/11, NZA 2012, 1244 [1245 f.] Rn. 19 ff.), können auch nur einzelne Passagen in den Vergleichswortlaut oder im auf Zeugnisberichtigung gerichteten Klageantrag aufgenommen werden (vgl. BAG v. 14.3.2000 – 9 AZR 246/99, BeckRS 2000, 30100699; ErfK/Müller-Glöge, 21. Aufl. 2021, § 109 GewO Rn. 73, 74; ausf. *Wiebauer*, RdA 2020, 283).

Folge unbestimmter Klageanträge oder Vergleichstexte ist eine nur sehr eingeschränkte Vollstreckbarkeit. Gefordert werden kann dann nur, was dem gesetzlichen Anspruch entspricht, hier etwa nur die Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses (vgl. *LAG Hessen* v. 10.8.2018 – 8 Ta 246/18, NZA-RR 2019, 157 [158] Rn. 11; zust. ErfK/Müller-Glöge, § 109 GewO Rn. 76 a). Die abschließenden Formeln sind zB mangels gesetzlichen Anspruchs nur vollstreckbar, wenn sich die Arbeitgeberseite im Vergleichswege dazu verpflichtet hat (BAG v. 11.12.2012 – 9 AZR 227/11, NZA 2013, 324 f. Rn. 13 f.; *Ahmad/Horcher*, NZA 2018, 1234 [1239]). Aus rechtsberatender Sicht empfiehlt sich daher eine klare Formulierung bzw. der Rückgriff auf Entwürfe. Scheitert das Begehren nicht im Erkenntnisverfahren (vgl. BAG v. 19.1.1983 – 7 AZR 514/80, NJW 1983, 2047 mit Verweis auf § 308 I ZPO), drohen Regressforderungen wegen fehlender Vollstreckbarkeit (vgl. *BGH* v. 20.9.1956 – III ZR 199/55, VersR 1956, 762 [763]: klarer Antrag). Fehler des Gerichts schließen die Haftung nicht aus (*BGH* v. 17.9.2009 – IX ZR 74/08, NJW 2010, 73 [74] Rn. 7; v. 18.12.2008 – IX ZR 179/07, NJW 2009, 987 Rn. 8).

Wiss. Mitarbeiter Robert Weber, LL. M.,  
Universität Leipzig

## Arbeitsvertragsrecht

### Anspruch auf Schlussformel im Arbeitszeugnis

BGB §§ 241 II, 362; GewO §§ 106, 109; ArbGG §§ 72, 64; ZPO §§ 92, 253 II Nr. 2, 264 Nr. 2, 525, 533

Aus der Vereinbarung in einem gerichtlichen Vergleich, dem Arbeitnehmer ein „qualifiziertes wohlwollendes Arbeitszeugnis“ erteilen zu wollen, lässt sich noch nicht die Verpflichtung des Arbeitgebers zum Ausdruck von Dank und guten Zukunftswünschen herleiten. Aus dem Rücksichtnahmegebot gem. § 241 II BGB folgt, dass der Anspruch auf den Ausspruch der Schlussformel entfällt, sobald im Einzelfall berechnete Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen. (Leitsatz der Bearbeiterin)

LAG Düsseldorf, Urt. v. 12.1.2021 – 3 Sa 800/20 = BeckRS 2021, 3501

### Sachverhalt

Die Parteien streiten über einen Anspruch des Klägers auf Berichtigung eines Arbeitszeugnisses. Zwischen den Parteien bestand ein Arbeitsverhältnis, das durch arbeitgeberseitige Kündigung endete. Im Kündigungsschutzverfahren wurde ein gerichtlicher Vergleich geschlossen. Vor Ausspruch der Kündigung hatte die Beklagte dem Kläger eine Abmahnung erteilt, deren Berichtigung zwischen den Parteien streitig ist. Die Beklagte erteilte dem Kläger ein Arbeitszeugnis, das ohne die Schlussformel im Ausspruch von Dank und guten Wünschen für die Zukunft endete.

### Entscheidung

Das ArbG hat die Klage abgewiesen und wird von der Kammer größtenteils bestätigt. Für die Beklagte ist die Revision zugelassen worden. Der Arbeitgeber erfülle den Zeugnisanspruch, wenn und soweit das von ihm erteilte Zeugnis nach Form und Inhalt den gesetzlichen Anforderungen von § 109 GewO entspricht. Das Zeugnis diene dem Arbeitnehmer regelmäßig als Bewerbungsunterlage und sei insoweit Dritten, insbesondere möglichen künftigen Arbeitgebern Grundlage für ihre Personalauswahl. Dem Arbeitnehmer werde Aufschluss darüber gegeben, wie der Arbeitgeber seine Leistungen beurteilt. Daraus ergeben sich als inhaltliche Anforderungen der Grundsatz der Zeugniswahrheit und der Zeugnisklarheit. Grundsätzlich sei es Sache des Arbeitgebers, das Zeugnis im Einzelnen zu verfassen, dabei stehe die Formulierung und Ausdrucksweise in seinem pflichtgemäßen Ermessen; Maßstab sei ein wohlwollender verständiger Arbeitgeber; in erster Linie müsse das Zeugnis wahr und zugleich vom verständigen Wohlwollen des Arbeitgebers getragen sein und dürfe das weitere Fortkommen des Arbeitnehmers nicht unnötig erschweren. Die Kammer stellt fest, die Verpflichtung zur Erteilung eines wohlwollenden Zeugnisses des Arbeitgebers folge nicht gesetzlich unmittelbar aus § 109 GewO, sondern aus dem vom Arbeitgeber bei der Erfüllung seiner gesetzlichen Pflicht zur Erteilung des qualifizierten Zeugnisses zu beachtenden Rücksichtnahmegebot des § 241 II BGB. Zwischen dem Grundsatz des verständigen Wohlwollens und der Wahrheitspflicht bestehe ein Spannungsverhältnis; die Wahrheitspflicht beziehe sich auf den gesamten Inhalt des Zeugnisses. Zwar solle ein Zeugnis das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers nicht unnötig erschweren,

es könne jedoch nur im Rahmen der Wahrheit wohlwollend sein. Innerhalb dieses Rahmens wiederum – Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitspflicht und Wohlwollen – habe es aus der Sicht der Kammer dann auch wohlwollend zu sein. Nach dem Gebot der Zeugnisklarheit müsse das Zeugnis klar und verständlich formuliert sein, es dürfe zudem keine Formulierungen enthalten, die den Zweck haben, eine andere als der Wortwahl ersichtliche Aussage über den Arbeitnehmer zu treffen. Daher sei es unzulässig, ein Zeugnis mit unklaren Formulierungen zu versehen, durch die der Arbeitnehmer anders beurteilt werden soll, als dies aus dem Zeugniswortlaut ersichtlich ist. „Falsch“ sei ein Zeugnis auch dann, wenn es eine Ausdrucksweise enthalte, der entnommen werden muss, der Arbeitgeber distanzieren sich vom buchstäblichen Wortlaut seiner Erklärungen und der Arbeitnehmer werde in Wahrheit anders beurteilt, nämlich ungünstiger als im Zeugnis bescheinigt. Weder Wortwahl noch Auslassungen dürften dazu führen, beim Leser des Zeugnisses der Wahrheit nicht entsprechende Vorstellungen hervorzurufen, allein maßgeblich sei der objektive Empfängerhorizont des Zeugnislesers. Genüge das erteilte Zeugnis diesen Anforderungen nicht, ist der Zeugnisanspruch nicht erfüllt und der Arbeitnehmer könne die Berichtigung des Arbeitszeugnisses oder dessen Ergänzung verlangen. In Anwendung dieser Grundsätze stehe dem Kläger ein Anspruch auf Berichtigungen und Ergänzungen nicht zu. Insbesondere, so die Kammer, habe der Kläger keinen Anspruch auf Bescheinigung eines Bedauerns seines Ausscheidens gegen die Beklagte.

### Für die Praxis

Arbeitszeugnisse enden typischerweise mit einer Schlussformel, in der das Bedauern über das Ausscheiden, der Dank für die geleistete Arbeit sowie die Wünsche für die Zukunft ausgedrückt werden. Dadurch wird der übrige Inhalt bekräftigt bzw. durch Weglassung relativiert. Nach Auffassung des BAG vom 11.12.2012 (9 AZR 227/11, NZA 2013, 324) ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet das Arbeitszeugnis mit einer Schlussformel abzuschließen. Genauso wenig besteht ein Anspruch des Arbeitnehmers auf einen von ihm formulierten Schlusssatz. Zurecht nimmt die Kammer an, dass es sich bei dem Fehlen der Dankes- und Bedauernsformel nicht um einen Mangel des Zeugnisses handelt und daher kein Berichtigungs- und Ergänzungsanspruch besteht. Das LAG bestätigt die Rechtsprechung des BAG und löst das Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitspflicht und Wohlwollen. Die Schlusssätze in Arbeitszeugnissen, in denen der Arbeitgeber die in der Praxis oft persönlichen Empfindungen wie Dank oder gute Wünsche zum Ausdruck bringt, ist nicht beurteilungsneutral, sondern geeignet die objektiven Zeugnisausagen zu Führung und Leistung des Arbeitnehmers zu bestätigen oder zu relativieren. Wenn in der Praxis insbesondere in Zeugnissen mit überdurchschnittlicher Leistungs- und Verhaltensbeurteilung häufig dem Arbeitnehmer für seine Arbeit gedankt wird, kann daraus mangels gesetzlicher Grundlage kein Anspruch des Arbeitnehmers auf eine Dankesformel abgeleitet werden.

Rechtsanwältin und Fachanwältin für Sozialrecht  
Dr. Brigitte Glatzel, Mainz

## Kündigungsrecht

### Fristlose Kündigung bei Fernbleiben vom Betrieb aus Angst vor Ansteckung

BGB §§ 315 I, 618, 626 I, 241 II; GewO § 106; ArbSchG § 3; ArbGG § 46 c II; ZPO § 130 a II

1. Die Weisung des Arbeitgebers gegenüber einem sich selbst als Risikopatienten bezeichnenden Arbeitnehmer, die Einarbeitung von zwei neuen Mitarbeitern vor Ort unter Einhaltung der Hygieneregeln im Betrieb vorzunehmen, entspricht auch in Zeiten der Corona-Pandemie im konkreten Fall billigem Ermessen im Sinne des § 315 I BGB, unter A. II. 3. a) der Gründe.

2. Die beharrliche Weigerung des Arbeitnehmers, die Arbeit vor Ort im Betrieb zu erbringen, um die Urlaubsreise zu Familie nach B. nicht durch eine Ansteckung mit dem Sars-CoV-2-Virus zu gefährden, rechtfertigt im konkreten Fall eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund im Sinne von § 626 I BGB, unter A. II. 4. der Gründe. (Leitsätze Nr. 3 und 4 des Gerichts)

*ArbG Kiel, Urt. v. 11.3.2021 – 6 Ca 1912 c/20 = BeckRS 2021, 7859*

### Sachverhalt

Der Kläger war seit 2016 für die Beklagte als Web-Entwickler tätig. Im Zuge der Corona-Pandemie teilte der Kläger der Beklagten im März 2020 mit, dass er Risikopatient sei. Er führte sodann seine Tätigkeit – wie die meisten Mitarbeiter der Beklagten – aus dem Homeoffice fort. Einen vom Kläger beantragten fünfwöchigen Erholungsurlaub zum Besuch seiner Familie ab Mitte Dezember 2020 genehmigte die Beklagte, wobei sie den Kläger darauf hinwies, dass dieser in den ersten beiden Dezemberwochen die Einarbeitung zweier im Bereich des Klägers neu eingestellter Mitarbeiter im Betrieb vor Ort durchführen solle. Am 1. und 4.12.2020 arbeitete der Kläger die Mitarbeiter sodann ein, die in einem 40 m<sup>2</sup> großen Konferenzraum unter Einhaltung der Abstandsregeln erfolgte. Am 4.12.2020 um 13:00 Uhr beendete der Kläger die Einarbeitung eigenmächtig, nachdem er dem Geschäftsführer der Beklagten zuvor erklärt hatte, dass die Einarbeitung abgeschlossen sei. Der Geschäftsführer wies den Kläger an, die Einarbeitung vor Ort bis zum Urlaubsbeginn fortzusetzen. Der Kläger lehnte dies ab. Er erschien auch am Montag, 7.12.2020, nicht im Betrieb. Er wolle wegen Corona nicht persönlich zur Arbeit gehen, da seine Urlaubsreise ins Heimatland bereits geplant sei und er nicht das Risiko eingehen wolle, sich in der Firma noch zu infizieren. Auf erneute Nachfrage vom gleichen Tag bestätigte der Kläger seinen Entschluss, woraufhin die Beklagte fristlos kündigte. Der Kläger erhob Kündigungsschutzklage. Im Prozess legte er ein Attest vor, dass ihn als Asthma-Risikopatient auswies.

### Entscheidung

Das *ArbG* wies die Klage ab. Neben formalen Fragen hinsichtlich der Wahrung der Form der per beA eingereichten Kündigungsschutzklage durch Fehlen der notwendigen Durchsuchbarkeit des Dokuments gem. § 46 c II 1 ArbGG iVm § 2 ERVV liege jedenfalls ein wichtiger Kündigungsgrund gem. § 626 I BGB vor. Die beharrliche Arbeitsverweigerung sei an sich geeignet, eine außerordentlich fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Die angewiesene Tätigkeit der

Einarbeitung im Betrieb sei eine dem Kläger rechtmäßig zugewiesene Tätigkeit gewesen. Die Beklagte habe auch nicht gegen ihre Schutzpflicht gem. § 618 BGB in Verbindung mit den öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutznormen verstoßen. Die Vorgaben des § 4 ArbSchG und der Sars-CoV-2-Arbeitsschutzregel und des Arbeitsschutzstandards seien gewahrt. Danach seien Büroarbeiten nach Möglichkeit vom Homeoffice zu erbringen. Ein Zwang zum Homeoffice habe seinerzeit mangels Geltung der Sars-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung vom 27.1.2021 noch nicht gegolten. Auch das in der Person des Klägers liegende Risiko eines besonders schweren Verlaufes einer Corona-Erkrankung schließe die Beschäftigung vor Ort nicht per se aus. Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer nicht allein mit mehr oder weniger hoher Gefährdung Risikopatient wäre, sondern nur wenn er aufgrund Vorerkrankung ein attestiertes derartig hohes Risiko für einen schweren Corona-Erkrankungsverlauf hätte, dass jegliche Beschäftigung im Büro mit anderen Mitarbeitern unverantwortlich wäre. Die vorgelegte Bescheinigung ergebe dies zum einen bereits nicht, zum anderen wirke diese auch nicht zurück. Auch billiges Ermessen der Anweisung sei gewahrt, da ein Arbeitgeber die Einarbeitung in Präsenz organisieren dürfe. Auch auf ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 275 III BGB könne sich der Kläger nicht berufen, da der hierzu notwendige Abwägungsvorgang bereits im Rahmen billigen Ermessens gem. § 315 BGB erfolgt sei. Selbst wenn man das Verweigerungsrecht als weitergehend ansehe, genüge dies nicht zur Tätigkeitsverweigerung vor Ort, zumal der Kläger sich insbesondere auf die mögliche Gefährdung seines Urlaubsplans berufen habe, was weniger gewichtig als das Leistungsinteresse der Beklagten sei. Der Kläger habe damit zudem mit bemerkenswerter Deutlichkeit seine eigenen Urlaubsinteressen über die Interessen der Beklagten auf einen ordnungsgemäßen Betriebsablauf gestellt. Aufgrund der beharrlichen Arbeitsverweigerung habe es auch keiner Abmahnung bedurft.

### Für die Praxis

Die Entscheidung und insbesondere die Ausführungen zur Interessenabwägung überzeugen. Auch unter Geltung der Corona-Arbeitsschutz-Verordnung bzw. der in § 28 b VII 1 IfSG nF statuierten grundsätzlichen Homeoffice-Pflicht dürfte sich das Ergebnis nicht ändern, da bei Vorliegen zwingender betriebsbedingter Gründe eine Tätigkeit im Betrieb möglich bleibt. Eine zeitlich auf zwei Wochen begrenzte Einarbeitung, die das Kennenlernen der betrieblichen Strukturen vor Ort und notwendiger entsprechender Abläufe mit sich zieht, stellt einen solchen zwingenden Grund dar. Selbst wenn eine Tätigkeit im Anschluss remote erfolgen soll, ist eine kurze örtliche Einarbeitung oftmals notwendig, um zB in essentielle im Rahmen der ortsfernen Tätigkeit zu beachtende Vorgaben wie etwa des Umgangs mit personenbezogenen Daten und der IT-Sicherheit eingeführt zu werden. Zuzustimmen ist der Entscheidung auch hinsichtlich der Anforderungen an die Angaben in ärztlichen Attesten, die mindestens eine Auseinandersetzung mit den konkreten betrieblichen Umständen erkennen lassen müssen.

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Prof. Dr. Michael Fuhrott, FHM Rechtsanwälte, Hamburg* ■



## Sonstiges Arbeitsrecht

### Abgrenzung einer Anpassungsqualifizierung zu mindestlohnpflichtigen Praktika

MiLoG §§ 1 I u. II, 20, 22 I 2 u. 3; BQFG §§ 2, 4 I, 5, 11 I

1. Eine Anpassungsqualifizierung als Maßnahme zur Anerkennung einer ausländischen Berufsqualifikation (§§ 4 ff. BQFG) ist eine der Berufsausbildung vergleichbare praktische Ausbildung im Sinne des § 22 I 3 Hs. 2 MiLoG.

2. Im Gegensatz zu einem Praktikum, das abgesehen von den Ausnahmen in § 22 I 2 Nr. 1–4 MiLoG mindestlohnpflichtig ist, unterfällt eine solche Anpassungsqualifizierung nicht dem MiLoG. (Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Urt. v. 18.11.2020 – 5 AZR 103/20 = BeckRS 2020, 44689

#### Sachverhalt

Der Kläger, der zuvor im Ausland eine zweijährige Ausbildung im Bereich der Medizintechnik absolviert hatte, beantragte im Jahr 2016 bei der Handwerkskammer Hamburg die Feststellung der Gleichwertigkeit seines Berufsabschlusses für den Referenzberuf Zahntechniker. In diesem Kontext begann er bei der Beklagten, die ein zahnmedizinisches Labor betreibt, ab Oktober 2016 einen betrieblichen Anpassungslehrgang. Im zugrunde liegenden Vertrag wurde als Ziel dieser Anpassungsqualifizierung die Ergänzung der im Ausland erworbenen Qualifikationen festgelegt, wozu der Kläger bestimmte Kenntnisse und Fertigkeiten in der betrieblichen Praxis vermittelt bekommen sollte. Ferner wurden konkrete Lernziele definiert. Im Mai und November 2017 vereinbarten die Parteien jeweils eine Verlängerung des Anpassungslehrgangs, wobei in Zusatzvereinbarungen konkretisiert wurde, dass der Kläger sich zu bemühen hat, die berufliche Handlungsfähigkeit zu erwerben.

Aufgrund einer außerordentlichen Kündigung der Beklagten endete das Rechtsverhältnis zum 21.12.2017. Anschließend verlangte der Kläger Vergütungszahlungen in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns für die Zeit von März bis Dezember 2017. Seines Erachtens ist seine Tätigkeit als Praktikum iSd § 22 I 3 Hs. 1 MiLoG zu qualifizieren, weshalb er gem. §§ 22 I 2 Hs. 1, 20, 1 I u. II MiLoG einen Mindestlohnanspruch abzüglich erhaltener Leistungen nach dem SGB II habe. Das ArbG gab der Klage statt, das LAG wies sie ab.

#### Entscheidung

Auch der 5. BAG-Senat wies die Klage ab und somit die Revision zurück (Volltext in NZA 2021, 562). Der Kläger habe keinen Anspruch auf Zahlung des Mindestlohns für die im Rahmen seiner Anpassungsqualifizierung geleisteten Tätigkeit, weil der persönliche Anwendungsbereich des MiLoG nicht eröffnet sei. Zunächst sei der Kläger nicht Arbeitnehmer iSd § 22 I 1 MiLoG gewesen, da der Gegenstand des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien die Vermittlung praktischer Kenntnisse, Fertigkeiten und Erfahrungen im Bereich der vereinbarten Lerninhalte bzw. Lernziele gewesen sei; im Vordergrund habe damit die Ausbildung gestanden.

Ebenso wenig habe der Kläger mindestlohnrechtlich nach § 22 I 2 Hs. 1 MiLoG als Arbeitnehmer gegolten, weil seine Tätigkeit als Praktikum gem. § 22 I 3 Hs. 1 MiLoG zu

qualifizieren sei, vielmehr habe es sich bei der Anpassungsqualifizierung um eine mit einer Berufsausbildung iSd BBiG vergleichbaren praktischen Ausbildung gehandelt, § 22 I 3 Hs. 2 MiLoG. Für Personen mit im Ausland erworbenen Ausbildungen bestehe nach § 2 iVm §§ 4 I, 5 BQFG ein Anspruch auf Feststellung der Gleichwertigkeit mit einer inländischen Berufsausbildung. Lehnt die hierfür zuständige Stelle diese ab, sehe § 11 I BQFG die Möglichkeit von Anpassungslehrgängen vor, um Ausbildungsunterschiede auszugleichen. Derartige Ausgleichsmaßnahmen seien daher als eine mit der Berufsausbildung vergleichbare praktische Ausbildung anzusehen, da sie gleichermaßen auf die Vermittlung der beruflichen Handlungsfähigkeit und den Einstieg in den Beruf abzielen. Für ein Praktikum sei dagegen maßgeblich, dass keine geregelte umfassende fachliche Ausbildung angestrebt wird. Die Systematik der Ausbildung sei mithin das entscheidende Abgrenzungskriterium, wie sie auch der Vertrag zwischen den Parteien statuierte; auf eine bestimmte Ausbildungsdauer komme es nicht an. Da das Verfahren zur Gleichwertigkeitsfeststellung förmlich ausgestaltet ist und einer entsprechenden Prüfung unterliegt, bestehe iÜ kein Risiko der Umgehung des Mindestlohns.

#### Für die Praxis

Der Bewertung des BAG ist an sich nichts hinzuzufügen: Während Praktika selbst bei einem Ablaufplan nur dem Berufseinblick dienen, stehen Anpassungsqualifizierungen einer Berufsausbildung wesentlich näher, dienen sie doch eben der Angleichung an inländische Ausbildungsabschlüsse.

Auch Praktika können indes unterschiedlich ausgestaltet sein. Erfolgen diese freiwillig und auf vertraglicher Grundlage, bilden sie andere Vertragsverhältnisse iSd § 26 BBiG, wobei auch hier generell der Lern- und Ausbildungszweck kennzeichnend ist (zuletzt BAG v. 30.1.2019 – 5 AZR 556/17, NZA 2019, 773 [774]). In der Folge gelten für Praktikanten die zentralen Vorschriften des BBiG, weshalb sie gem. §§ 26, 17 BBiG auch einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung wie Auszubildende haben.

Seit 2015 erweitert § 22 I 2 MiLoG diese Stellung, indem Praktikanten mindestlohnrechtlich mit Arbeitnehmern gleichgestellt werden. Ausgenommen sind jedoch Pflichtpraktika im Studium oder in der Ausbildung (§ 22 I 2 Nr. 1 MiLoG), Orientierungspraktika von bis zu drei Monaten (Nr. 2), freiwillige ausbildungs- oder studienbegleitende Praktika von bis zu drei Monaten (Nr. 3) sowie Einstiegsqualifizierungen und Ausbildungsvorbereitungen (Nr. 4); in § 22 I 3 Hs. 1 MiLoG wurde der Begriff des Praktikanten erstmals definiert (instruktiv Natzel, BB 2014, 2490; zur Abgrenzung zum Arbeitsverhältnis bereits umfassend Orłowski, RdA 2009, 38 [40]). Mindestlohnberechtigt sind so letztlich nur Praktikanten nach Studien- bzw. Ausbildungsende in ihrem Fachgebiet und Praktika mit einer Länge von mehr als drei Monaten (zum streitigen Berechnungszeitpunkt Bayreuther, NZA 2015, 385 [388]), sofern sie nicht von einer Studien- oder Ausbildungsordnung vorgeschrieben sind (zum Missbrauchspotenzial und der Fehlleitung des MiLoG Burkard-Pötter/Sura, NJW 2015, 517 [520]).

Wiss. Mitarbeiter Stephan Sura,  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft, Köln

### Rechtsprechung

*In der Rubrik werden Leitsätze von Gerichtsentscheidungen nach Eingang in der Redaktion abgedruckt. Deshalb kann bereits eine frühere Berichterstattung im NZA aktuell oder im NJW aktuell erfolgt sein.*

**BAG: Einführung der stufengleichen Höhergruppierung im TVöD (VKA) – Altersdiskriminierung.** (1) Tarifnormen sind von den Gerichten für Arbeitsachen im Rahmen ihres Schutzauftrags aus Art. 1 III GG uneingeschränkt auch am Gleichheitssatz als fundamentaler Gerechtigkeitsnorm zu messen. Art. 3 I GG ist eine ungeschriebene Grenze der Tarifautonomie. (2) Aus Gründen der Praktikabilität sind Stichtagsregelungen als „Typisierungen in der Zeit“ grundsätzlich zulässig, sofern sich die Wahl des Stichtags am gegebenen Sachverhalt orientiert und demnach sachlich vertretbar ist. (3) Bei der Umstellung eines tariflichen Vergütungssystems dürfen die Tarifvertragsparteien den Stichtag in den Grenzen des Vertrauensschutzes frei aushandeln. Ebenso dürfen sie autonom festlegen, ob und für welche Personenkreise es ab welchem Zeitpunkt gegebenenfalls Übergangs- oder Besitzstandsregelungen geben soll. Das folgt aus der Tarifautonomie und bedeutet im Ergebnis eine bloße Willkürkontrolle solcher Stichtagsregelungen. (4) Der Nachweis einer mittelbaren Diskriminierung muss nicht zwingend statistisch geführt werden. Eine solche kann sich auch aus anderen Umständen ergeben. Bei Tarifverträgen ist die Gesamtheit der von der Regelung erfassten Personen der Gesamtheit der durch sie benachteiligten Personen vergleichend gegenüberzustellen. Sodann ist zu prüfen, ob die Träger eines der in § 1 AGG genannten Merkmale besonders benachteiligt sind. (5) Neues Tatsachenvorbringen in der Revisionsinstanz ist nach § 72 V ArbGG, § 559 ZPO grundsätzlich nicht zu berücksichtigen (Urt. v. 19.11.2020 – 6 AZR 449/19).

**BAG: Halbierter Nachtarbeitszuschlag für Schichtarbeit.** (1) Nach deutschem Recht üben die Tarifvertragsparteien keine delegierte Staatsgewalt, sondern – privatautonom – ihre Grundrechte aus, wenn sie auf der Grundlage von Art. 9 III GG Normen setzen. Tarifvertragliche Regelungen sind gerichtlich deshalb nicht umfassend am Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu überprüfen. (2) Die Tarifvertragsparteien können jedoch durch die

Ausstrahlungswirkung von Art. 3 I GG darin beschränkt sein, ihre Tarifautonomie als kollektiviert, von Art. 9 III GG geschützte Privatautonomie auszuüben. Das allgemeine Gleichheitsgrundrecht des Art. 3 I GG bildet als grundlegende Gerechtigkeitsnorm und verfassungsrechtliche Wertentscheidung eine ungeschriebene Grenze der Tarifautonomie. Tarifnormen sind im Ausgangspunkt uneingeschränkt am allgemeinen Gleichheitsgrundrecht zu messen. Das gilt auch dann, wenn die Kollision zwischen der Tarifautonomie und den Grundrechten der Normunterworfenen nicht durch einfaches Gesetzesrecht konkretisiert ist. (3) Als selbstständigen Grundrechtsträgern steht den Tarifvertragsparteien aufgrund der durch Art. 9 III GG geschützten Tarifautonomie eine Einschätzungsprärogative zu, soweit die tatsächlichen Gegebenheiten, die betroffenen Interessen und die Regelungsfolgen zu beurteilen sind. Sie verfügen über einen weiten Gestaltungsspielraum für die inhaltliche Ausformung ihrer normsetzenden Regelungen, dessen Reichweite im Einzelfall von den Differenzierungsmerkmalen abhängt. Ein Verstoß gegen das allgemeine Gleichheitsgrundrecht ist vor diesem Hintergrund erst dann anzunehmen, wenn die Tarifvertragsparteien es versäumt haben, tatsächliche Gemeinsamkeiten oder Unterschiede der zu ordnenden Lebensverhältnisse zu berücksichtigen, die so bedeutsam sind, dass sie bei einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise hätten beachtet werden müssen. (4) Die Arbeitsgerichte haben die Grundrechte der von Tarifnormen erfassten Arbeitnehmer zu schützen, indem sie die Grundrechtsausübung durch die Tarifvertragsparteien beschränken, wenn sie mit den Freiheits- oder Gleichheitsrechten oder mit anderen Rechten der Normunterworfenen mit Verfassungsrang kollidiert. (5) Art. 3 I GG verlangt für das Maß der Differenzierung einen inneren Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung. Dieser innere Zusammenhang muss sich als sachlich vertretbarer Unterscheidungsgesichtspunkt von hinreichendem Gewicht erweisen. Bei der Prüfung am Maßstab des Art. 3 I GG ist zu berücksichtigen, ob die Arbeitnehmer darüber verfügen können, die Differenzierungsmerkmale zu verwirklichen. (6) Tarifvertragliche Ausgleichsregelungen im Sinne von § 6 V ArbZG müssen die mit der Nachtarbeit verbundenen Beeinträchtigungen kompensieren. Das kann durch bezahlte freie Tage oder einen Zuschlag auf das Bruttoarbeitsentgelt für die während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden geschehen. (7) Nach gesicherten

arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen schadet Nachtarbeit der Gesundheit. Die gesundheitliche Belastung durch Nachtarbeit steigt nach bisherigem Kenntnisstand in der Arbeitsmedizin durch die Zahl der Nächte im Monat und die Zahl der aufeinanderfolgenden Nächte, in denen Nachtarbeit geleistet wird. Bislang ist nicht arbeitswissenschaftlich belegt, dass aufeinanderfolgende Nachtschichten signifikant weniger gesundheitsschädlich sind, wenn Arbeitnehmer nach einem im Voraus bekannt gegebenen Schichtplan eingesetzt werden. (8) Ein höherer Zuschlag für unregelmäßige Nachtarbeit kann nicht mit dem Hinweis gerechtfertigt werden, sie habe Ausnahmecharakter. (9) Die im Manteltarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Brauereien und deren Niederlassungen in Hamburg und Schleswig-Holstein vom 29.10.2005 (MTV) enthaltene Differenzierung zwischen den Zuschlägen für Nachtarbeit in § 9 Nr. 1 Buchst. b in Verbindung mit § 8 Nr. 5 MTV und für Nachtschichtarbeit in § 9 Nr. 1 Buchst. d MTV verstößt gegen Art. 3 I GG. Sie halbiert die Zuschläge für Nachtschichtarbeit nach § 9 Nr. 1 Buchst. d MTV gegenüber den Zuschlägen für Nachtarbeit nach § 9 Nr. 1 Buchst. b MTV. Beide Arbeitnehmergruppen sind vergleichbar. Dem MTV ist kein Sachgrund für die Differenzierung zwischen den Zuschlägen für Nachtarbeit und für Nachtschichtarbeit zu entnehmen. (10) Der gleichheitswidrige Zustand muss in einem solchen Fall bis zum Inkrafttreten einer diskriminierungsfreien tariflichen Neuregelung durch eine Anpassung „nach oben“ beseitigt werden. Die Anpassung „nach oben“ hat sich an der günstigeren Regelung zu orientieren. Sie enthält das einzig verbleibende gültige Bezugssystem. Eine Derogation allein der benachteiligenden Regelung mit der Folge, dass die im Tarifvertrag entstandene Lücke durch die gesetzliche Regelung in § 6 V ArbZG geschlossen wird, kommt nicht in Betracht. Die Aussetzung des Rechtsstreits bis zu einer Neuregelung scheidet ebenfalls aus, weil schon nicht sichergestellt werden kann, ob und gegebenenfalls wann sich die Tarifvertragsparteien auf eine diskriminierungsfreie Neuregelung verständigen werden (Urt. v. 9.12.2020 – 10 AZR 334/20).

**BAG: Hochschulbefristung – angemessene Befristungsdauer.** (1) Auf die nach § 2 I WissZeitVG zulässige Höchstbefristungsdauer für Arbeitsverträge mit nicht promoviertem wissenschaftlichen Personal von sechs Jahren sind nach § 2 III 1 WissZeitVG alle befristeten Arbeitsverhältnisse mit mehr

als einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit anzurechnen, die mit einer deutschen Hochschule oder einer Forschungseinrichtung im Sinne des § 5 WissZeitVG abgeschlossen wurden. Arbeitsverhältnisse mit bis zu einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit werden nicht auf die Höchstbefristungsdauer angerechnet. (2) Der in § 2 III 1 WissZeitVG bestimmte Ausschluss von Arbeitsverhältnissen mit einem zeitlichen Umfang von bis zu einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit von der Anrechnung auf die Höchstbefristungsdauer ist mit den Vorgaben der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang RL 1999/70/EG des Rates vom 28.6.1999 vereinbar. Eine missbräuchliche Inanspruchnahme der Befristungsmöglichkeiten nach § 2 I WissZeitVG durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge mit bis zu einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit ist ausgeschlossen. Nach § 2 I WissZeitVG ist nur die Befristung von Arbeitsverträgen mit mehr als einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit zulässig. (3) Nach § 2 I 3 WissZeitVG ist die vereinbarte Befristungsdauer jeweils so zu bemessen, dass sie der angestrebten Qualifizierung angemessen ist. Die Angemessenheit der Vertragslaufzeit ist einzelfallbezogen, insbesondere unter Berücksichtigung der Verhältnisse des jeweiligen Fachs, des angestrebten Qualifizierungsziels sowie des Qualifizierungsstands des Arbeitnehmers zu beurteilen. (4) Die Befristungsdauer ist stets angemessen im Sinne von § 2 I 3 WissZeitVG, wenn mit der Vertragslaufzeit die zulässige Höchstbefristungsdauer nach § 2 I 1 oder 2 WissZeitVG ausgeschöpft wird (Urt. v. 20.1.2021 – 7 AZR 193/20).

#### **BAG: Beitragspflichten zum Sozialkassenverfahren des Gerüstbaugewerbes.**

(1) Betriebe, die mobile Bühnen erstellen, fallen in den betrieblichen Geltungsbereich des VTV-Gerüstbau. Mobile Bühnen sind Sonderkonstruktionen der Rüsttechnik nach § 1 II Abschn. I Buchst. a S. 4 VTV-Gerüstbau. (2) Die Berufungsbegründung muss nach § 64 VI 1 ArbGG in Verbindung mit § 520 III 2 Nr. 2 ZPO auf den Streitfall zugeschnitten sein und im Einzelnen erkennen lassen, in welchen Punkten rechtlicher oder tatsächlicher Art und aus welchen Gründen das angefochtene Urteil fehlerhaft sein soll. Es reicht nicht aus, die tatsächliche oder rechtliche Würdigung durch das Arbeitsgericht mit formelhaften Wendungen zu rügen und lediglich auf das erstinstanzliche Vorbringen zu verweisen oder es zu wiederholen (Urt. v. 27.1.2021 – 10 AZR 512/18).

**BAG: Geltungsbereich der Tarifverträge über die Sozialkassen im Baugewerbe (VTV) – Eisenschutzarbeiten ohne Bauwerksbezug.** (1) Mit den Tätigkeiten, die in den Abschnitten I bis VII des § 1 II der Verfahrenstarifverträge des Baugewerbes genannt

sind, haben die Tarifvertragsparteien den Begriff „Betriebe des Baugewerbes“ definiert, der den betrieblichen Geltungsbereich der Verfahrenstarifverträge bestimmt. (2) Die Verfahrenstarifverträge des Baugewerbes erfassen in betrieblicher Hinsicht vorwiegend Arbeiten, die im Zusammenhang mit Bauwerken versehen werden. § 1 II Abschn. IV dieser Tarifverträge macht für einzelne der dort genannten Tätigkeiten Ausnahmen und stuft sie auch dann als baugewerbliche Tätigkeiten ein, wenn sie nicht an Bauwerken ausgeführt werden. (3) Eisenschutzarbeiten im Sinne von § 1 II Abschn. IV Nr. 2 der Verfahrenstarifverträge des Baugewerbes setzen nicht voraus, dass sie an einem Bauwerk versehen werden. Eisenschutzarbeiten sind jedoch nur dann baugewerblich im Sinne der Verfahrenstarifverträge des Baugewerbes, wenn sie industriell ausgeführt werden. Werden sie handwerklich verrichtet, sind sie nach § 1 II Abschn. VII Nr. 6 der Verfahrenstarifverträge des Baugewerbes von deren betrieblichem Geltungsbereich ausgenommen. Sie unterfallen den Tarifverträgen über das Verfahren für den Urlaub und die Zusatzversorgung im Maler- und Lackierhandwerk. (4) Die Abgrenzung von Industrie- und Handwerksbetrieb erfordert eine wertende Gesamtbetrachtung, in die alle maßgeblichen Umstände unter Berücksichtigung der jeweiligen tariflichen Regelungen einzubeziehen sind. Diese Gesamtbetrachtung obliegt in erster Linie den Tatsachengerichten, die über einen nur eingeschränkt revisiblen Beurteilungsspielraum verfügen. (5) Erbringt ein Betrieb Arbeiten, die erforderlich sind, um baugewerbliche Tätigkeiten sachgerecht auszuführen, kann er auch dann dem betrieblichen Geltungsbereich der Verfahrenstarifverträge des Baugewerbes unterfallen, wenn in ihm keine eigenen baugewerblichen Tätigkeiten verrichtet werden. Baugewerbliche Haupttätigkeiten Dritter können dem Betrieb zugerechnet werden, wenn ein enger organisatorischer Zusammenhang zwischen Nebenleistungen und baugewerblichen Arbeiten besteht und sie unter einer einheitlichen Leitung erbracht werden. Das ist bei der Überlassung von Arbeitnehmern nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz regelmäßig der Fall (Urt. v. 27.1.2021 – 10 AZR 138/19).

#### **BAG: Insolvenzzrechtliche Einordnung der Urlaubsabgeltung.**

(1) Wird die Arbeitsleistung vom starken vorläufigen Insolvenzverwalter oder vom Insolvenzverwalter nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit in Anspruch genommen und Urlaub während dieses Zeitraums gewährt bzw. das Arbeitsverhältnis unmittelbar im Anschluss an diesen Zeitraum beendet, sind die Ansprüche des Arbeitnehmers auf Urlaubsvergütung und auf Abgeltung des Urlaubs uneingeschränkt als Masseverbindlichkeiten (§ 55 II 2 InsO) bzw. als Neumasseverbindlichkeiten (§ 209 II Nr. 3 InsO) zu berücksichtigen. Die (nur) quotale Einordnung des Anspruchs auf Urlaubsvergütung und auf Urlaubsabgeltung als (Neu-) Masse-

verbindlichkeit hat keine insolvenzrechtliche Grundlage. Der 9. Senat schließt sich damit der Auffassung an, die der 6. Senat in seiner Divergenzanfrage (§ 45 III 1 ArbGG) vom 10.9.2020 (6 AZR 94/19, NZA 2021, 129 [A]) vertreten hat. (2) Einer (nur) quotalen Rangzuordnung der „geldwerten Urlaubsansprüche“ steht auch das gesetzliche Urlaubsrecht entgegen. Die Ansprüche auf Urlaubsvergütung und Urlaubsabgeltung sind keine Gegenleistung für eine bestimmte Arbeitsleistung. Sie müssen, wie der Urlaubsanspruch aus solcher, nicht im Verlauf des Arbeitsverhältnisses „ratierlich verdient“ werden. Sie können deshalb, unabhängig davon, ob sie aus dem laufenden Urlaubsjahr oder aus den Vorjahren stammen, solange die Urlaubstage nicht zeitlich festgelegt sind bzw. das Arbeitsverhältnis nicht beendet ist, nicht einem bestimmten Zeitabschnitt vor oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zugeordnet werden. (3) Der gesetzliche Mindesturlaub nach § 1 BUrlG, wie Art. 7 I RL 2003/88/EG, begründet einen einheitlichen Anspruch auf Freistellung und auf Bezahlung. Die mit der Freistellung verknüpfte Verpflichtung zur Zahlung von Urlaubsvergütung ist auch dann integraler Bestandteil des Anspruchs auf bezahlten Urlaub, wenn der starke vorläufige Insolvenzverwalter (§ 55 II 2 InsO) oder der Insolvenzverwalter nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit die Arbeitsleistung in Anspruch nimmt (§ 209 II Nr. 3 InsO). (4) Die Erfüllung des Urlaubsanspruchs (§ 362 I BGB) setzt generell voraus, dass dem Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Urlaubs entweder das Urlaubsentgelt ausgezahlt wird oder sein Anspruch hierauf aufgrund einer vorbehaltlosen Zahlungszusage sicher sein muss. Anderenfalls wird er während des Urlaubs nicht in die Lage versetzt, die in Bezug auf das Entgelt mit den Zeiten geleisteter Arbeit vergleichbar ist. Dies gilt auch, wenn der Arbeitnehmer vom starken vorläufigen Insolvenzverwalter bzw. nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit vom Insolvenzverwalter zur Arbeitsleistung herangezogen wird und ihm während dieses Zeitraums Urlaub gewährt wird. (5) Die Vergütungskomponente des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub darf im bestehenden Arbeitsverhältnis aufgrund des sich aus § 7 IV BUrlG und aus Art. 7 II RL 2003/88/EG ergebenden Abgeltungsverbots nicht isoliert erfüllt werden; sie ist fest mit dem Freistellungsanspruch verbunden. Die Ansprüche auf Urlaubsentgelt und Urlaubsabgeltung können deshalb erst dann einem bestimmten Zeitabschnitt vor oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zugeordnet werden, wenn der Arbeitnehmer die Auszahlung des Geldbetrags verlangen kann (Beschl. v. 16.2.2021 – 9 AS 1/21).

*(Die Entscheidungen werden demnächst mit Sachverhalt und Gründen in der NZA, im NZA-RR oder einer anderen Beck'schen Zeitschrift veröffentlicht.)*



# NZA-RRDirekt – die Datenbank zur NZA-RR. Jetzt im Home Office kostenlos freischalten!

Mit der Online-Freischaltung für einen Nutzer profitieren Sie sofort + gratis von allen tagesaktuellen Inhalten:

- Volltext der kompakten Entscheidungen im Heft
- Online-Archiv der NZA-RR seit 1996
- die in NZA-RR häufig zitierten Normen

The screenshot shows the Beck-Online website interface. At the top, there are navigation links for 'beck-online', 'PersonalPortal', 'Steuern & Bilanzen', 'beck-shop', and 'beck-akademie'. A search bar contains the text 'Suche: NZA-RR'. Below the search bar, there is a sidebar with a 'NZA-RR' section containing a tree view of 'Heft 1 (Seite 1-56)', 'Inhaltsverzeichnis', 'Aufsatz und Bericht', 'Rechtsprechung', and 'Kommentierte Rechtsprechung'. The main content area is titled 'Inhaltsverzeichnis' and 'NZA-RR 2019 Heft 1 Inhaltsverzeichnis'. It lists various legal entries with their page numbers, such as 'Aufsätze, Rechtsprechungsberichte und neue Entscheidungen aus den Bereichen: Arbeitsvertragsrecht, Kündigungsrecht, Betriebsverfassungsrecht, Tarifvertragsrecht...' and 'Rechtsprechung' entries like 'EuGH, 06.11.2018 - C-684/16: Pflicht des Arbeitgebers zur Urlaubsgewährung europarechtskonform...'. A 'Login / Logout' box is visible on the right side of the screenshot.

**Freischaltung**

Die Ihnen vorliegende Freischaltnummer berechtigt Sie, bestimmte Module innerhalb von beck-online zu nutzen.  
Die Freischaltung der Module endet mit dem jeweils ausgewiesenen Zeitpunkt.

Bitte geben Sie hier Ihre Freischaltnummer ein:

Bitte geben Sie hier Ihre Freischaltnummer ein:

#### Sie sind neu in beck-online?

Dann durchlaufen Sie eine einmalige Registrierung, nach der Ihre Freischaltung abgeschlossen ist. Zur Bestätigung erhalten Sie eine E-Mail mit Ihren Bestelldaten.

**Login / Logout**

Benutzername:

Passwort:

Groß-Kleinschreibung beachten

**1** Unter [www.freischaltung.beck.de](http://www.freischaltung.beck.de) geben Sie Ihre persönliche Freischaltnummer ein und klicken auf »weiter«.  
Sie finden Ihre Freischaltnummer nicht mehr?  
E-Mail: [beck-online@beck.de](mailto:beck-online@beck.de)  
(Bitte unter Angabe von Vor- und Nachname sowie der Abnummer auf dem NZA-RR-Adressaufkleber.)

**2** Wenn Sie neu in beck-online sind, klicken Sie jetzt bitte auf »Registrierung«. Nach Eingabe weniger persönlicher Daten, erhalten Sie von uns eine E-Mail mit Ihrem Benutzernamen und Ihrem Passwort.  
**Wenn Sie bereits beck-online-Kunde sind,** geben Sie hier Ihre bereits bestehenden Zugangsdaten ein und die NZA-RR wird Ihrem Konto zugeschaltet.

**3** Als neuer Nutzer von beck-online folgen Sie dem Anmelde-Link in der E-Mail und melden Sie sich jetzt an.  
Schon stehen Ihnen alle Inhalte der NZA-RR-Datenbank zur Verfügung!

#### Ihr schneller Draht zum Abo-Service:

Sie haben Fragen zur Online-Nutzung?  
E-Mail: [beck-online@beck.de](mailto:beck-online@beck.de)  
Telefon 0 89/3 81 89-747



# Für die effiziente Mandatsbearbeitung im Arbeitsrecht.



## Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht

5. Auflage. 2021. LXXVII, 3340 Seiten.  
In Leinen € 199,-  
ISBN 978-3-406-75137-0

☰ [beck-shop.de/30328801](https://beck-shop.de/30328801)

”

*Wer neben den einschlägigen Kommentaren zu den Hauptgesetzen im Arbeitsrecht ein begleitendes, für die Mandatsbearbeitung hilfreiches Werk sucht, ist mit dem ‚Münchener Anwaltshandbuch‘ von Moll optimal versorgt.*

In: Fachanwalt Arbeitsrecht 04/2017, zur 4. Auflage

## VORTEILE AUF EINEN BLICK

- › umfasst das komplette Arbeitsrecht
- › geschrieben von Praktikern für Praktiker
- › übersichtlich – fundiert – aktuell

## Das bewährte Werk

stellt das **gesamte Arbeitsrecht** umfassend dar und beantwortet die komplexen Fragen dieses Rechtsgebiets in praxisorientierter, kompakter Form. Erläutert werden alle wesentlichen Themen des **Individual- und Kollektivarbeitsrechts**, von der Anbahnung und Begründung des Arbeitsverhältnisses bis zu seiner Beendigung. Den prozessualen **Besonderheiten des arbeitsgerichtlichen Verfahrens** ist (wie auch der Mediation im Arbeitsrecht) ein eigener Abschnitt gewidmet.

Das Handbuch enthält zahlreiche **Checklisten, Formulierungsvorschläge und Vertragsmuster**.

## Jetzt neu in 5. Auflage

bringt das Handbuch auf den Stand Herbst 2020. Wie in den Voraufagen wurde das Werk auf höchstem Niveau umfassend und tiefgehend aktualisiert. Insbesondere die Themen **Digitalisierung** und »**Arbeitsrecht 4.0**«, **Entgelttransparenz, Teilzeit und Befristung** sowie **Geschäftsgeheimnisschutz** spielen in der Neuauflage eine besondere Rolle. Auch die durch COVID-19 bedingten aktuellen Rechtsentwicklungen sind berücksichtigt.