

»» Kündigung bei wiederholt verspätetem Arbeitsantritt

Kommt ein Arbeitnehmer trotz Abmahnung wiederholt zu spät zur Arbeit, kann eine ordentliche Kündigung auch dann sozial gerechtfertigt sein, wenn das Arbeitsverhältnis bereits mehr als 13 Jahre bestand.

Erfolgt die Verspätung an drei von vier aufeinanderfolgenden Arbeitstagen, kann dies die Annahme eines hartnäckigen, uneinsichtigen Fehlverhaltens begründen und eine Kündigung auch ohne vorherige Abmahnung erlauben. (alle red.)

LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 31.8.2021 – 1 Sa 70 öD/21
(ArbG Flensburg – 1 Ca 1135/19)
KSchG § 1 Abs. 2; ZPO § 529 Abs. 1 Nr. 1, § 398 Abs. 1

Das Problem

Im Streit steht die ordentliche Kündigung einer seit dem 1.1.2006 beschäftigten Mitarbeiterin der Poststelle eines Sozialgerichts.

Der Geschäftsleiter des Gerichts hatte die Klägerin im Februar 2019 wegen Nichtausstempeln während ihrer Rauchpausen und im Juli 2019 wegen Zuspätkommens bei einer Fortbildung abgemahnt. Am 21.10.2019 erschien sie nicht – wie vorgegeben – bis 9.00 Uhr am Arbeitsplatz und meldete sich erst gegen 10.30 Uhr telefonisch mit dem Hinweis, sie habe verschlafen. Die Parteien vereinbarten dann Urlaub für den Tag. Am 23.10.2019 fand ein – im Einzelnen streitiges – Gespräch zu dem Vorfall statt. Erstinstanzlich sagte der Geschäftsleiter als Zeuge aus, dass er die Klägerin darauf hingewiesen habe, dass er sich zum letzten Mal ein Verschlafen gefallen lasse; am liebsten würde er sie sofort „rausschmeißen“. Am 25.10.2019 rief die Klägerin gegen 11.30 Uhr mit dem Hinweis auf erneutes Verschlafen bei der Verwaltung an; zum Dienst erschien sie um 14.30 Uhr. Nachdem sie am 28.10.2019 erneut erst um 9.07 Uhr zur Arbeit erschienen war, sprach das beklagte Land am 1.11.2019 die Kündigung aus.

Die Entscheidung des Gerichts

Wie das Arbeitsgericht akzeptiert auch das LAG die verhaltensbedingte Kündigung. Die wiederholt **verspätete Arbeitsaufnahme stelle eine Pflichtverletzung** dar, die weder durch die von der Klägerin behauptete Arbeitsüberlastung noch durch Schlafmangel gerechtfertigt sei. Ein etwaiger Schlafmangel sei der Privatsphäre zuzurechnen und eine Arbeitsüberlastung stehe einem pünktlichen Arbeitsbeginn, der hier mit 9.00 Uhr ohnehin nicht besonders früh sei, nicht entgegen.

Eine (nochmalige) **Abmahnung sei nicht erforderlich** gewesen, da die Klägerin nicht ernsthaft gewillt gewesen sei, sich vertragsgerecht zu verhalten. Dies ergebe sich zum einen aus den massiven Verspätungen in einem engen zeitlichen Zusammenhang, nämlich an drei von vier aufeinanderfolgenden Tagen. Zum anderen sei ihrer Einlassung, sie habe auch nach dem ersten Zuspätkommen er-

neut ein Schlafmittel genommen, zu entnehmen, dass sie keine Maßnahmen gegen erneutes Verschlafen getroffen habe.

Das Gespräch am 23.10.2019 stelle aber auch eine Abmahnung dar, da der Geschäftsleiter nach seiner erstinstanzlichen Zeugenaussage sowohl die Pflichtverletzung als auch deren Folgen im Wiederholungsfall angesprochen habe. Eine **erneute Einvernahme des Zeugen** im Berufungsverfahren sei nicht erforderlich gewesen, da das Berufungsgericht nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO grds. an die Tatsachenfeststellungen der ersten Instanz gebunden sei. Die erneute Einvernahme eines Zeugen sei nur erforderlich, wenn eine erstinstanzlich protokollierte Aussage anders gewertet werden solle.

Die langjährige Betriebszugehörigkeit stehe der Kündigung nicht entgegen, da die Gleichgültigkeit der Klägerin gegenüber den Interessen des Arbeitgebers die **Interessenabwägung** zu ihren Lasten ausgehen lasse.

Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung macht deutlich, dass Arbeitgeber ein wiederholtes Zuspätkommen auch in langjährigen Arbeitsverhältnissen mit einer Kündigung sanktionieren können.

Beraterhinweis

In der Begründung weist das Gericht auf die Gerichtsbekanntheit der Tatsache hin, dass eine infolge verspäteten Arbeitsantritts nicht am selben Tag erfolgende Postverteilung bei Gericht nicht tragbar sei, und stützt hierauf die Entbehrlichkeit einer Abmahnung. Dem beklagten Land kam hier offensichtlich die Nähe des Sachverhalts zum Arbeitsumfeld des Gerichts zugute. Ob eine Entscheidung bei Arbeitnehmern der freien Wirtschaft ähnlich streng ausfallen würde, ist nicht sicher. Arbeitgebern ist deshalb vor einer verhaltensbedingten Kündigung wegen Zuspätkommens dringend zum Anspruch mindestens einer Abmahnung zu raten.

*RAin FAinArbR Dr. Cornelia Marquardt,
maat Rechtsanwälte, München*

»» Kündigung wegen verweigerter Corona-Tests

Verweigert ein Arbeitnehmer in der Corona-Pandemie die Durchführung ihm durch den Arbeitgeber zur Verfügung gestellter Corona-Schnelltests, ist vor Ausspruch einer Kündigung eine Abmahnung erforderlich. (red.)

ArbG Hamburg, Urt. v. 24.11.2021 – 27 Sa 208/21
KSchG § 1 Abs. 2; GewO § 106; GG Art. 2

Das Problem

Der Kläger war Fahrer bei der Beklagten, eines vollelektronischen „Ride-Sharing“-Anbieters.

Während der Corona-Pandemie war der Fahrbetrieb zeitweise komplett eingestellt und der Kläger in Kurzarbeit Null. Bei Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit gab die

Beklagte per Pressemitteilung bekannt, dass ihre Fahrer regelmäßig auf Corona-Infektionen getestet werden, und ergänzte die internen Anweisungen an die Fahrer dahingehend, dass ungeimpfte Fahrer zweimal pro Woche einen Schnelltest mit einem von der Beklagten zur Verfügung gestellten Test, der nur einen Abstrich im vorderen Nasenbereich erfordert, durchzuführen haben.

Am ersten, zweiten und dritten Arbeitstag nach der Kurzarbeit lehnte der Kläger es im Juni 2021 jeweils ab, bei der Beklagten vor Ort einen Test durchzuführen und für künftige Testungen Testkits mit nach Hause zu nehmen. Infolge dessen stellte die Beklagte ihn jeweils für den Tag und am dritten Tag bis auf weiteres unbezahlt frei. Sie kündigte sodann das Arbeitsverhältnis ordentlich.

Die Entscheidung des Gerichts

Das Arbeitsgericht erklärt die (unter das KSchG fallende) Kündigung für unwirksam. Zwar sei die Anordnung der Beklagten, die von ihr bereitgestellten Corona-Schnelltests durchzuführen, rechtmäßig gewesen und der Kläger habe durch deren Ablehnung schuldhaft gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. Vor Ausspruch einer Kündigung wäre jedoch der Ausspruch einer Abmahnung als milderer Mittel geeignet und ausreichend gewesen, beim Kläger künftige Vertragstreue zu bewirken.

Die Weisung der Beklagten habe nach Abwägung der Umstände des Einzelfalls in den Grenzen ihres billigen Ermessens gelegen, da die Intensität des Eingriffs in die körperliche Integrität des Testanwenders in dem von der Beklagten gewählten Verfahren eines Schnelltests mit Abstrich nur im vorderen Nasenbereich äußerst gering sei. Die Beeinträchtigung des Getesteten sei nur von kurzer Dauer und niedrigschwelliger Intensität. Den wenig intensiven Eingriffen in die Rechte des Klägers stünden gewichtige Interessen der Beklagten, insbesondere der Schutz ihrer Kunden und ihrer Mitarbeiter vor dem Infektionsrisiko mit ggf. schwerwiegenden gesundheitlichen Folgen entgegen. Das Primärziel einer Testpflicht, Personen, die potentiell ansteckend seien, zu identifizieren und sie daran zu hindern, unbemerkt andere anzustecken, habe in Pandemiezeiten eine hohe Relevanz. Dabei müsse sich die Beklagte auch nicht auf die von ihr gewählten weiteren Hygienemaßnahmen (Maskenpflicht und Trennwände in den Fahrzeugen) beschränken; keine Maßnahme zur Pandemiebekämpfung sei lückenlos, so dass mehrere kumulative Maßnahmen im Regelfall ein höheres Schutzniveau bedeuten.

Durch seine Weigerung, die bereitgestellten Schnelltests durchzuführen, habe der Kläger damit gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen.

Vor einer Kündigung hätte die Beklagte jedoch eine Abmahnung aussprechen müssen, weil nicht auszuschließen sei, dass der Kläger im Fall der Androhung von Konsequenzen für den Bestand seines Arbeitsverhältnisses seine Verweigerungshaltung aufgeben haben würde.

Konsequenzen für die Praxis

Mit der Entscheidung stellt das Arbeitsgericht schon für die Zeit vor der durch § 28b IfSG eingeführten bundesweiten 3G-Regel für den Arbeitsplatz eine Verpflichtung von Arbeitnehmern fest, ihnen angebotene Schnelltests durchzuführen, wenn dies nach dem betrieblichen Hygienekonzept vorgesehen und unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände zumutbar ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich dabei um Selbsttests handelt, die nur einen sehr gering invasiven Eingriff in Form eines Abstrichs im vorderen Nasenbereich erfordern.

Beraterhinweis

Erst recht gilt eine solche Pflicht seit Einführung der 3G-Regel am Arbeitsplatz, nach der Arbeitnehmer nun ohnehin bundesweit verpflichtet sind, täglich ihren Status als Geimpfter, Genesener oder Getesteter nachzuweisen. Gleichwohl ist auch nach Einführung der 3G-Regel davon auszugehen, dass **vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung wegen der Weigerung, Tests durchzuführen oder den 3G-Status nachzuweisen, wenigstens eine Abmahnung erforderlich** ist. Unberührt hiervon bleibt die Möglichkeit des Arbeitgebers, einen sich entsprechend weigernden Arbeitnehmer **unbezahlt von der Arbeit freizustellen**, wenn ihm mangels 3G-Nachweises eine Beschäftigung (z.B. im Home-office) nicht möglich ist.

*RAin FAinArbR Dr. Cornelia Marquardt,
maat Rechtsanwälte, München*

»» Verfall des Urlaubsanspruchs von Langzeiterkrankten nach 15 Monaten – Keine Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitgebers

Bei langzeiterkrankten Arbeitnehmern hat der Arbeitgeber keine Pflicht zum Hinweis darauf, dass der Urlaub genommen werden muss und ansonsten verfällt. Der Urlaubsanspruch verfällt daher 15 Monate nach Ende des Kalenderjahres. Eine Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitgebers entsteht erst mit der Genesung des Arbeitnehmers. (red.)

ArbG Köln, Urt. v. 30.9.2021 – 8 Ca 2545/21
BUrlG §§ 7, 3; RL 2003/88/EG Art. 7, 31

Das Problem

In diesem Verfahren streiten die Parteien u.a. über restliche Urlaubsabgeltungsansprüche.

Das Arbeitsverhältnis des zu 80 % schwerbehinderten Klägers endete zum 28.2.2021. Im Arbeitsvertrag waren 30 Tage Urlaub vereinbart. Der Arbeitgeber rechnete Urlaubsansprüche für die Jahre 2019, 2020 und anteilig für 2021 ab. Zwischen den Parteien waren einzelne Berechnungen, die Anzahl der Urlaubstage sowie der Anspruch aus den Kalenderjahren 2017 und 2018 streitig. Die nicht ausgezahlte Differenz macht der Kläger mit der Klage geltend.