



Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für April 2020 unserer auf das Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei, **BECK.Kanzlei für Arbeitsrecht**. Auch in diesem Monat werden wir Sie über aktuelle Entscheidungen und Entwicklungen im Arbeitsrecht informieren.

Der erste Teil erläutert, wann eine ordentliche Kündigung ohne Geltung des Kündigungsschutzgesetzes unwirksam sein kann.

Der zweite Teil handelt von der Feiertagsvergütung trotz Feiertage vermeidender Arbeitszeitgestaltung.

Die Tipps im April befassen sich mit dem Coronavirus und den arbeitsrechtlichen Folgen.

---

## Inhalt

---

- 1. Ordentliche Kündigung außerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG)**  
(BAG vom 05.12.2019 – 2 AZR 107/19)
- 2. Feiertagsvergütung trotz Feiertage vermeidender Arbeitszeitgestaltung**  
(BAG vom 16.10.2019 – 5 AZR 352/18)
- 3. Tipps: Coronavirus und die arbeitsrechtlichen Folgen**

---

## Ordentliche Kündigung außerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) (BAG vom 05.12.2019 – 2 AZR 107/19)

---

Wenn das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) Anwendung findet, ist der Ausspruch einer ordentlichen Kündigung nur möglich, wenn diese **sozial gerechtfertigt** ist. Hierzu bedarf es entweder eines betriebsbedingten, verhaltensbedingten oder personenbedingten Kündigungsgrund, wobei die Hürden im Einzelfall sehr hoch sind.

Aus diesem Grund sind Unternehmen bestrebt, Mitarbeiter in der „Probezeit“ zu kündigen, um im Falle einer möglichen Kündigungsschutzklage größere Erfolgsaussichten zu haben.

Das Bundesarbeitsgericht hat sich in einem Fall mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine ordentliche Kündigung ohne Geltung des Kündigungsschutzgesetzes unwirksam ist, weil dem Arbeitnehmer keine Gelegenheit zur Stellungnahme zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfe gegeben wurde (BAG vom 05.12.2019 – 2 AZR107/19).



### Beispiel

A beschäftigt in ihrem Privathaushalt zwei Kindermädchen, die sich um ihr Kind kümmern sollen. Arbeitnehmerin B hat gegen Arbeitnehmerin C erwähnt, dass A nie zuhause sei, sich immer in ihrem Zimmer einschließe und schließlich nur, wenn sie überhaupt einmal daheim sei, Schokolade mit ihrer Tochter esse.

Nachdem C diese Aussage an A herangebracht hat, kündigt sie das Arbeitsverhältnis mit B ordentlich nach einer Beschäftigungsdauer von drei Wochen.

B erhebt fristgerecht Kündigungsschutzklage gegen die ordentliche Kündigung und vertritt die Auffassung, die Kündigung sei sitten- und treuwidrig gewesen, da A sie vor Ausspruch der Kündigung nicht angehört habe.

**Hat die Kündigungsschutzklage Aussicht auf Erfolg?**

### Kündigungsschutz nach KSchG

Nach § 23 Abs. 1 KSchG findet der allgemeine Kündigungsschutz nach § 1 KSchG **keine**

**Anwendung** auf Betriebe, in denen Regel **zehn oder weniger Arbeitnehmer** ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten beschäftigt werden (sog. **Kleinbetriebsklausel**).

Für die Bestimmung der relevanten Anzahl der Beschäftigten ist auf die Verhältnisse im Betrieb des Arbeitgebers abzustellen. Zu betrachten ist folglich die organisatorische Einheit, die durch einen einheitlichen Leitungsapparat, der insbesondere in personellen und sozialen Angelegenheiten wesentliche Entscheidungen selbstständig treffen kann, charakterisiert ist.



### Hinweis

Sind in einem Betrieb damit zehn oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt, haben diese Mitarbeiter **zu keinem Zeitpunkt** den weitreichenden Kündigungsschutz nach Kündigungsschutzgesetz.

### Kein Kündigungsschutz in den ersten sechs Monaten

Ein häufiges Missverständnis besteht darin, dass ein Arbeitsverhältnis in den ersten sechs Monaten „ohne Angabe von Gründen“ gekündigt werden kann, wenn eine „Probezeit“ vereinbart worden ist.

Die Vereinbarung einer Probezeit hat jedoch **einzig und allein zur Konsequenz**, dass das Arbeitsverhältnis während der vereinbarten Dauer der Probezeit (maximal sechs Monate) anstatt mit der Grundkündigungsfrist des § 622 Abs. 1 BGB (vier Wochen zum 15. oder Kalendermonatsende) mit einer **verkürzten Kündigungsfrist von zwei Wochen** gemäß § 622 Abs. 3 BGB gekündigt werden kann.

Es ist zwar richtig, dass in den ersten sechs Monaten das Arbeitsverhältnis erleichtert gekündigt werden kann; dies hängt jedoch **nicht von einer vereinbarten Probezeit**, sondern von der Regelung im § 1 KSchG ab.

Danach ist der Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes einzig für Arbeitsverhältnisse eröffnet, die **länger als sechs Monate** bestanden haben.

## Treu- und sittenwidrige Kündigung

In den ersten sechs Monaten eines Arbeitsverhältnisses bzw. in Betrieben mit zehn oder weniger Arbeitnehmern auch nach sechs Monaten sind Arbeitnehmer im Hinblick auf Kündigungen **nicht komplett rechtlos** gestellt. Vielmehr besteht auch außerhalb des KSchG ein **Schutz vor willkürlichen Kündigungen**.

### Sittenwidrigkeit

Eine Kündigung kann gegen die **guten Sitten** verstoßen und aus diesem Grunde nichtig sein (§ 138 BGB). Sie verstößt gegen die guten Sitten, wenn sie nach der Anschauung aller billig und gerecht Denkenden jedem Maß von Sichtlichkeits- und Anstandsrücksichten krass widerspricht, das von Menschen durchschnittlich zu fordern ist.

### Treu und Glauben

Treu und Glauben ist ein von der Rechtsprechung entwickelter Grundsatz, der das Verhalten eines redlich und anständig handelnden Menschen bezeichnet.

Eine Kündigung außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes kann gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen, wenn eine Kündigung **rechtsmissbräuchlich** erfolgt. Die Rechtsausübung ist rechtsmissbräuchlich, wenn ihr **kein schutzwürdiges Eigeninteresse** zugrunde liegt. Das ist anzunehmen, wenn die Ausübung des Rechts als **Vorwand** dient, um **vertragsfremde oder unlautere Zwecke** zu erreichen.



## Hinweis

Eine Kündigung verstößt nur in den seltensten Fällen gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. Nach der Rechtsprechung ist eine Kündigung dann **nicht treuwidrig**, wenn ein **irgendwie einleuchtender Grund** für die Kündigung besteht.

### BAG vom 05.12.2019 – 2 AZR 107/19

Sowohl das Arbeitsgericht als auch das Landesarbeitsgericht hatten die Kündigungsschutzklage der Mitarbeiterin abgewiesen. Auch das Bundesarbeitsgericht vertrat diese Auffassung.

Die von der Arbeitgeberin ausgesprochene Kündigung war zunächst nicht anhand der strengen Maßstäbe des Kündigungsschutzgesetzes zu prüfen, da das Arbeitsverhältnis weder länger als sechs Monate bestanden hatte noch mehr als zehn Mitarbeiter beschäftigt waren.

Sodann führte das Bundesarbeitsgericht aus, dass aus seiner Sicht ein **einleuchtender Grund** für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorgelegen hatte. Wenn ein Arbeitnehmer **negative Tatsachen** über seinen Arbeitgeber verbreitet, muss der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht fortsetzen, sondern kann es außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes ordentlich beenden.

Der von der Mitarbeiterin vorgebrachte Einwand, die Arbeitgeberin hätte den Sachverhalt zunächst aufklären müssen, war für die Erfurter Richter nicht maßgeblich.

---

## Feiertagsvergütung trotz Feiertage vermeidender Arbeitszeitgestaltung (BAG vom 16.10.2019 – 5 AZR 352/18)

---

In Unternehmen, in denen Mitarbeiter an nicht festgelegten Arbeitstagen ihre Arbeitsleistung erbringen, sondern dies vielmehr variieren kann, entbrennt häufig eine Diskussion über die Zahlung von Feiertagsvergütung.

Arbeitgeber argumentieren häufig, dass die Arbeit nicht wegen des Feiertages ausgefallen ist und damit auch keine Vergütung geschuldet wird. Die betroffenen Arbeitnehmer haben hingegen das Gefühl, dass Dienstpläne bewusst so gestaltet werden, dass sie gerade an den Feiertagen aus der Planung herausgenommen werden.

Das Bundesarbeitsgericht musste sich mit dem Anspruch auf Feiertagsvergütung bei einem Zeitungszusteller auseinandersetzen, der mit seinem Arbeitgeber arbeitsvertraglich Montag bis Samstag als Arbeitstage definiert hat, in einer Ergänzung jedoch Arbeitstage ausgenommen wurden, an denen Zeitungen im Zustellgebiet nicht erscheinen (dies betraf gerade Feiertage), Urteil vom 16.10.2019 – 5 AZR 352/18.



### Beispiel

Arbeitnehmer A ist bei Verlag B als Zeitungszusteller beschäftigt. Mit Änderung des Arbeitsvertrags vom 12.12.2014 vereinbarten die Parteien, dass A zur Belieferung von Abonnenten täglich von Montag bis Samstag eingesetzt werde. Mit einer als Anlage 1 bezeichneten Ergänzung vom 31.03.2015 vereinbarten die Parteien, dass Arbeitstage des Zustellers alle Tage seien, an denen Zeitungen im Zustellgebiet erscheinen.

B rechnete das Arbeitsverhältnis im Jahr 2015 auf Basis des damaligen Mindestlohns in Höhe von € 6,38 brutto je Zeitstunde ab, zahlte jedoch keine Vergütung für fünf gesetzliche Feiertage unter der Woche, unter anderem am Karfreitag und Ostermontag.

A ist der Auffassung, dass ihm an diesen Feiertagen eine Vergütung gemäß § 2 EFZG zustehe.

### Zu Recht?

### Entgeltfortzahlung am Feiertag

Für Arbeitszeit, die infolge eines gesetzlichen Feiertages ausfällt, hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer das Arbeitsentgelt zu zahlen, das er ohne den Arbeitsausfall erhalten hätte, § 2 Abs. 1 EFZG.

Voraussetzung für den Vergütungsanspruch ist damit, dass der Arbeitsausfall auf einem gesetzlichen Feiertag beruht.

Entscheidend ist, dass es sich um einen **gesetzlichen Feiertag** (Tag der Deutschen Einheit als bundesweit gesetzlicher Feiertag sowie die Feiertage nach den Feiertagsgesetzen der einzelnen Bundesländer) handelt.

Im Hinblick auf die unterschiedlichen landesrechtlichen Regelungen kann das Problem auftauchen, dass die Feiertagsgestaltung am **Wohnort des Arbeitnehmers** eine andere ist, als am **Ort der Beschäftigung** bzw. am Sitz des Arbeitgebers.

In diesen Fällen ist grundsätzlich auf das Feiertagsrecht abzustellen, das für den **Betriebs-sitz des Arbeitgebers** gilt, sofern der Arbeitnehmer an diesem Betriebsitz regelmäßig tätig ist.

Ist der Arbeitnehmer nicht nur für kurze Zeit, sondern für einen **längeren Einsatz** in einem anderen Bundesland tätig, dann gilt das **dortige Feiertagsrecht** für den Arbeitnehmer.

### Höhe des fortzuzahlenden Arbeitsentgelt

Wie bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall schuldet der Arbeitgeber das Arbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer erhalten hätte, wenn der Feiertag ein Arbeitstag für den Arbeitnehmer gewesen wäre (sog. **strenges Lohnausfallprinzip**).

Anders als bei der Urlaubsvergütung gemäß § 11 Bundesurlaubsgesetz muss damit grundsätzlich **keine Durchschnittsvergütung** für die letzten 13 Wochen vor dem Arbeitsausfall errechnet werden.

### **BAG vom 16.10.2019 – 5 AZR 352/18**

Das Bundesarbeitsgericht entschied wie die Vorinstanzen auch zugunsten des Arbeitnehmers. Die Erfurter Richter zitierten zunächst § 2 Abs. 1 EFZG, wonach der Arbeitgeber verpflichtet ist, dem Arbeitnehmer für infolge eines gesetzlichen Feiertags ausgefallene Arbeitszeit das Entgelt zu zahlen, das er ohne den Arbeitsausfall erhalten hätte.

Der Anspruch auf Entgeltzahlung an Feiertagen bestehe aber nur dann, wenn der Feiertag **alleinige Ursache** für den Arbeitsausfall sei. **Eine dienstplanmäßige Freistellung** am Feiertag könne den Anspruch auf Feiertagsvergütung durchaus ausschließen.

Dies setze – so die Erfurter Richter – allerdings voraus, dass sich die Freistellung aus **einem von dem gesetzlichen Feiertag unabhängigen Schema ergebe**.

Wäre der Arbeitnehmer hingegen zur Arbeit herangezogen worden, wenn der betreffende Tag **kein Feiertag** gewesen wäre, könnte er die Feiertagsvergütung gemäß § 2 Abs. 1 EFZG verlangen. Nach Auffassung des BAG bestehe in diesem Fall der erforderliche Ursachenzusammenhang zwischen Feiertag und Arbeitsausfall.

Bei Zeitungszustellungen sei der erforderliche Ursachenzusammenhang zwischen Feiertag und

Arbeitsausfall stets dann gegeben, wenn wegen des Feiertags keine Zeitung hergestellt werde und deshalb durch den Zusteller am Feiertag keine Zeitungen ausgetragen werden müssen.

Der kreativen Gestaltung des Arbeitgebers, dass Arbeitstage nur die Tage seien, an denen im Zustellgebiet des Arbeitnehmers auch Zeitungen erscheinen, schob das Bundesarbeitsgericht einen Riegel vor. Diese Klausel verstoße gegen § 12 EFZG, wonach einzelarbeitsvertraglich keine zu Lasten des Arbeitnehmers vom Entgeltfortzahlungsgesetz abweichenden Regelungen vereinbart werden dürfen. Schließlich folgte die Vereinbarung zwischen den Parteien zur Arbeitszeit auch **keinem feiertagsunabhängigen Schema**.

Zuletzt gab das Bundesarbeitsgericht zu bedenken, dass anders als vom Landesarbeitsgericht festgestellt die Feiertagsvergütung nicht unter Berücksichtigung eines Referenzzeitraums von drei Monaten zu berechnen sei; vielmehr bedürfe es einer hypothetischen Betrachtung nach dem strengen Lohnausfallprinzip.

Es liege daher nahe, eine repräsentative Bemessung der Feiertagsvergütung von Zeitungszustellern in einem Zeitraum zu wählen, der nahe an dem jeweiligen Feiertag liege.

---

## Tipps: Coronavirus und die arbeitsrechtlichen Folgen

---

Nachdem das Coronavirus nach Italien nun auch Deutschland fest im Griff hat, stellen sich viele Arbeitgeber die Frage, welche Auswirkungen eine tatsächliche Infektion, eine mögliche Infektion und reine Vorsichtsmaßnahme auf den arbeitsrechtlichen Beschäftigungs- und Vergütungsanspruch haben.

Da es hierzu naturgemäß noch keine arbeitsgerichtlichen Entscheidungen gibt, sollen die Tipps im April 2020 ein paar allgemeine Rechtsgrundsätze beleuchten.

### Pflicht zur Arbeitsleistung

Auch bei einer neuartigen Viruserkrankung wie dem Coronavirus bleibt zunächst die Pflicht des Arbeitnehmers zur Erbringung der Arbeitsleistung grundsätzlich unberührt. Damit haben Arbeitnehmer **kein allgemeines Zurückbehaltungsrecht** im Hinblick auf ihre Arbeitsleistung, weil sie am Arbeitsplatz oder auf dem Weg dorthin einem potentiellen Ansteckungsrisiko ausgesetzt sein können.

Damit sind Arbeitnehmer weiterhin verpflichtet, ihren Arbeitsvertrag zu erfüllen und dem Direktionsrecht des Arbeitgebers Folge zu leisten. In der Regel kommt ein **Zurückbehaltungsrecht** an der Arbeitsleistung auch dann **nicht** in Betracht, wenn Arbeitnehmer aus dem Urlaub aus einer gefährdeten Region, für die z.B. eine entsprechende Reisewarnung bestanden hat, zurückkehren.

Ein Anspruch auf bezahlte Freistellung kann auch **nicht** in der Situation geltend gemacht werden, wenn ein Kind des Arbeitnehmers wegen Schließung der Kindertageseinrichtung oder der Schule nicht betreut werden kann.

### Mitteilungsobliegenheiten

Unter Umständen kann es die **arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht** gebieten, dass ein Arbeitgeber bei erkennbaren Risiken Aufklärungs- oder andere Vorsichtsmaßnahmen durchführt, um möglichen Ansteckungsgefahren der Arbeitnehmer gegenzusteuern.

Nach einer Empfehlung des Robert-Koch-Institutes sollen Personen, die sich in einem ausgewiesenen Risikogebiet aufgehalten haben, unnötige Kontakte vermeiden und nach Möglichkeit die Wohnung nicht verlassen.

Liegt eine **konkrete Infektionsgefahr** eines Arbeitnehmers vor (z.B. weil er sich in einer gefährdeten Region aufgehalten hat, für die eine Reisewarnung des Auswärtigen Amtes ausgesprochen war), kann der Arbeitgeber den Beschäftigten **einseitig von seiner Leistung entbinden** und gegebenenfalls anweisen, im Home-Office zu arbeiten bzw. ihm den Zugang zum Betrieb untersagen.

In diesem Fall sollten Arbeitgeber ihre Mitarbeiter zudem verpflichten, vor Rückkehr in den Betrieb die Arbeitsfähigkeit ärztlich nachzuweisen.

### Entgeltfortzahlung

#### Tatsächliche Erkrankung

Ist ein Arbeitnehmer **tatsächlich am Coronavirus erkrankt**, hat er ganz regulär Anspruch auf **Entgeltfortzahlung** gemäß § 3 EFZG. Dieser Anspruch ist nur dann **ausgeschlossen**, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeit **selbst verschuldet** hat.

Gegebenenfalls könnte im Einzelfall ein derartiges Verschulden bejaht werden, wenn der Arbeitnehmer trotz einer bestehenden Reisewarnung des Auswärtigen Amtes wegen entsprechender Ansteckungsgefahr sich in einem Risikogebiet privat aufgehalten hat. Allerdings ist an dieser Stelle zu beachten, dass die Rechtsprechung für ein Verschulden **hohe Maßstäbe** ansetzt.

#### Konkrete Infektionsgefahr

Stellt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer wegen einer **konkreten Infektionsgefahr** einseitig von der Pflicht zur Arbeitsleistung frei, ist dem Arbeitnehmer die Leistungserbringung in der Regel unmöglich, sodass die Vergütungspflicht des Arbeitgebers gemäß § 326 BGB **entfällt**.

Diskutiert wird in diesen Fällen, ob der Arbeitgeber zumindest für eine gewisse Zeit gemäß § 616 BGB die Vergütung fortzahlen muss. Diese Vergütungspflicht entfällt jedoch wiederum dann, wenn § 616 BGB im Arbeits- oder Tarifvertrag wirksam ausgeschlossen worden ist.

#### Staatliche Anordnung einer Behörde

Befindet sich ein Arbeitnehmer auf **staatliche Anordnung einer deutschen Behörde** in **Quarantäne** oder in **häuslicher Isolierung** und kann er trotzdem seine Arbeitsleistung erbringen (Home-



Office), erhält der Arbeitnehmer die für die erbrachte Tätigkeit geschuldete Vergütung.

Kann der Arbeitnehmer wegen der Quarantäne bzw. häuslichen Isolierung hingegen nicht arbeiten, ist ihm die Arbeitsleistung unmöglich und sein Entgeltanspruch **entfällt** gemäß § 326 Abs. 1 BGB.

Grundsätzlich kann auch in dieser Konstellation § 616 BGB greifen, d.h. der Arbeitgeber wäre für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit zur Fortzahlung der Vergütung verpflichtet. Dies gilt wiederum dann nicht, wenn diese Norm im Arbeits- oder anwendbaren Tarifvertrag wirksam ausgeschlossen wurde.

Zum Tragen kommt bei einem wirksamen Ausschluss des § 616 BGB allerdings § 56 Abs. 2 Satz 2 Infektionsschutzgesetz, wonach für die ersten sechs Wochen der Quarantäne bzw. häuslichen Isolierung ein Arbeitnehmer seinen Verdienstausfall als Entschädigung zunächst vom Arbeitgeber gezahlt bekommt; der Arbeitgeber kann in der Folge bei der zuständigen Behörde die Erstattung der vom ihm ausgelegten Entschädigung beantragen.

### Vorsorgliche Freistellung

Stellt der Arbeitgeber einen Mitarbeiter hingegen **vorsorglich** (d.h. ohne Erkrankung, ohne behördliche Anordnung und ohne konkrete Infektionsgefahr) von der Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung frei, muss der Arbeitgeber die vereinbarte Vergütung **im Wege des Annahmeverzugs**, § 615 BGB fortzahlen.

### Betriebsschließung durch den Arbeitgeber ohne behördliche Anordnung

Schließt der Arbeitgeber freiwillig aus Gründe der Ansteckungsvorsorge den Betrieb, einen Betriebsteil oder eine Verwaltungseinheit, behalten die arbeitsfähigen und arbeitswilligen Beschäftigten ihren Entgeltanspruch auch für den Zeitraum der Freistellung und die, wegen der Schließung ausgefallenen, Arbeitszeiten müssen durch die betroffenen Arbeitnehmer nicht nachgearbeitet werden.

Im Rahmen des allgemeinen Direktionsrechts kann der Arbeitgeber anstatt einer Freistellung einen anderweitigen gleichwertigen Arbeitseinsatz anordnen bzw. einen Arbeitseinsatz im Rahmen des Home-Office von seinem Mitarbeiter verlangen.

### Betriebsschließung durch staatliche Anordnung

Ordnet hingegen eine Behörde wegen der öffentlichen Gesundheitsgefährdung durch eine Infektionsgefahr generell die Schließung eines Betriebs oder Betriebsteils an, ohne konkret für die Beschäftigten Quarantäne bzw. häusliche Isolierung anzuordnen, wird derzeit die Meinung vertreten, dass eine solche Schließung dem **Betriebsrisiko** des Arbeitgebers unterfällt; nach dieser Auffassung hätte der Arbeitgeber somit die Entgeltfortzahlungskosten zu tragen und die Beschäftigten müssten die ausgefallene Arbeitszeit nicht nacharbeiten.



### Hinweis

Ob diese Rechtsauffassung aufrechterhalten wird, bleibt abzuwarten. Die Bundesregierung hat sich unter anderem durch die erleichterte Beantragung von Kurzarbeitergeld zum Ziel gesetzt, betroffene Unternehmen möglichst unbürokratisch zu unterstützen. Denkbar ist also, dass bei einer staatlich angeordneten Betriebsschließung das Risiko zumindest teilweise vom Arbeitgeber genommen wird.

### Kontakt:



Rechtsanwälte Beck und Schwanke PartGmbH  
Nordostpark 16  
90411 Nürnberg

Telefon: +49 911 49 52 02 - 0  
Telefax: +49 911 49 52 02 - 99  
[www.arbeitsrecht-beck.de](http://www.arbeitsrecht-beck.de)  
[info@arbeitsrecht-beck.de](mailto:info@arbeitsrecht-beck.de)