



Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für November 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 befasst sich mit der Frage, ob das Arbeitsverhältnis einer Arbeitnehmerin wegen eines einzigen unentschuldigten Fehltages ohne Abmahnung außerordentlich und fristlos gekündigt werden kann.

Der zweite Teil erläutert die Frage, ob das unerlaubte Entfernen vom Unfallort auf einer Dienstreise für den Ausspruch einer außerordentlichen und fristlosen Kündigung ausreicht.

Die Tipps im November beleuchten den Gesetzentwurf zur mobilen Arbeit.

Inhalt

- 1. Fristlose Kündigung für einzelnen unentschuldigtem Fehltag**
(LAG Schleswig-Holstein vom 03.06.2020 – 1 Sa 72/20)
- 2. Fristlose Kündigung bei Unfallflucht**
(LAG Köln vom 19.06.2020 – 4 Sa 655/19)
- 3. Tipps: Gesetzentwurf zur mobilen Arbeit**

Fristlose Kündigung für einzelnen unentschuldigtem Fehltag (LAG Schleswig-Holstein vom 03.06.2020 – 1 Sa 72/20)

Im Arbeitsalltag steht es auf der Tagesordnung, dass Mitarbeiter aus diversen Gründen nicht zur Arbeit erscheinen können. Der häufigste Fall wird dabei eine Erkrankung sein, die zur Arbeitsunfähigkeit führt.

In diesen Fällen ist der Mitarbeiter jedoch verpflichtet, seinen Arbeitgeber unverzüglich über die Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer informieren, § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG.

Wenn ein Mitarbeiter hingegen **unentschuldig** der Arbeit fern bleibt, stellt dies ein großes Ärgernis für den Arbeitgeber dar, da er weder den Grund für die Abwesenheit kennt noch für den Arbeitstag und gegebenenfalls die Folgetage planen kann. Dies bedeutet jedoch nicht, dass ein Arbeitgeber in dieser Situation das Arbeitsverhältnis automatisch unmittelbar **beenden** darf.

Das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein hat sich in einer aktuellen Entscheidung mit der Frage befasst, ob das Arbeitsverhältnis einer Arbeitnehmerin wegen eines **einzigsten unentschuldigtem Fehltages ohne Abmahnung** außerordentlich und fristlos gekündigt werden kann, Urteil vom 03.06.2020 – 1 Sa 72/20.



Beispiel

Arbeitnehmerin A nahm am 01.08.2019 ihre Arbeit bei Arbeitgeber B auf. Am Montag, den 05.08. sowie am Dienstag, den 06.08.2019 arbeitete A vereinbarungsgemäß nicht. Am 07.08. sowie 08.08.2019 erschien A trotz arbeitsvertraglicher Verpflichtung nicht zur Arbeit und informierte den Arbeitgeber auch nicht über etwaige Verhinderungsgründe.

Mit Schreiben vom 08.08.2019 kündigte B daraufhin das Arbeitsverhältnis außerordentlich und fristlos, hilfsweise ordentlich in der Probezeit, wobei die Kündigung A am 09.08.2019 zugegangen ist.

Ebenfalls am 09.08.2019 ging bei B eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für den 08.08.2019 sowie den 09.08.2019 ein. Nachdem A sich mit dieser Kündigung nicht abfinden möchte, klagt sie beim zuständigen Arbeitsgericht.

Wird die Kündigungsschutzklage Erfolg haben?

Außerordentliche Kündigung wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung

Das Fernbleiben von der Arbeit kann, wenn es den Grad der **beharrlichen Arbeitsverweigerung** erreicht, grundsätzlich einen **wichtigen Grund** zur **fristlosen Kündigung** des Arbeitsverhältnisses darstellen.

Damit jedoch eine beharrliche Arbeitsverweigerung angenommen werden kann, ist der Mitarbeiter zuvor auf sein **Fehlverhalten in Form einer Abmahnung** hinzuweisen und erst wenn er diese Mahnung nicht ernst nimmt und ein weiteres Mal – dann in vollem Bewusstsein – seine Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung ohne Entschuldigung verletzt, kann gekündigt werden.

Eine außerordentliche und fristlose Kündigung ist demnach grundsätzlich nicht möglich, wenn es sich um einen **ersten Verstoß an nur einem Arbeitstag ohne vorherige Abmahnung** gehandelt hat.

Urteil des LAG Schleswig-Holstein vom 03.06.2020 – 1 Sa 72/20

Im dargestellten Beispielfall hat das LAG Schleswig-Holstein die außerordentliche Kündigung vom 08.08.2019 aus diesen Gründen für rechtsunwirksam erklärt.

Die Mitarbeiterin hatte am 07.08.2019 **nachweislich unentschuldig** gefehlt. Die Mitarbeiterin war vor Ausspruch der Kündigung durch ihren Arbeitgeber **nicht abgemahnt** worden. Wegen des unentschuldigtem Fehlens war in diesem Fall eine **vorherige Abmahnung** der Mitarbeiterin auch **nicht ausnahmsweise entbehrlich**.

Eine Abmahnung ist nur dann **entbehrlich**, wenn eine Verhaltensänderung im Zukunft trotz Abmahnung **nicht erwartet werden kann** oder es sich um einen **derart schwere Pflichtverletzung** handelt, dass die Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich und für den Arbeitnehmer erkennbar ausgeschlossen ist (BAG vom 12.05.2010 – 2 AZR 845/08).

Dass die Mitarbeiterin nach einer Arbeitsaufforderung durch ihren Arbeitgeber ihr Verhalten nicht geändert hätte, war im vorliegenden Fall nicht feststellbar. Es gab – so die Richter – keine Anhaltspunkte dafür, was passiert wäre, wenn

der Arbeitgeber unter Androhung einer Kündigung zur Wiederaufnahme ihrer Arbeit aufgefordert hätte.

Kurzes Arbeitsverhältnis hatte keinen Einfluss

Die Richter des LAG Schleswig-Holstein führten zudem aus, dass das Fehlen an einem einzigen Arbeitstag auch nicht als so schwerwiegende Pflichtverletzung gewertet werden kann, dass die Mitarbeiterin davon ausgehen musste, dass die **Hinnahme dieses Fehlens** für den Arbeitgeber **offensichtlich ausgeschlossen** war.

Daran ändert auch nichts die **Dauer des Arbeitsverhältnisses von wenigen Tagen**, da in diesem Fall der Arbeitgeber die Möglichkeit hat, das Arbeitsverhältnis mit der **kürzeren Kündigungsfrist in der Probezeit** von zwei Wochen gemäß § 622 Abs. 3 BGB zu kündigen.

Dies hatte der Arbeitgeber vorsorglich auch getan, sodass die außerordentliche Kündigung in Form einer **ordentlichen Kündigung** unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwei Wochen wirksam geworden ist.



Hinweis

Diese Entscheidung hält sich an die bekannte und gängige Rechtsprechung bei unentschuldigtem Fehlen. Während der Probezeit wird durch ein derartiges Verhalten eine Probezeitkündigung in der Regel wirksam sein, nach Ablauf der Probezeit sollte ein Arbeitgeber immer daran denken, zunächst eine **Abmahnung** auszusprechen und erst bei einem **zweiten gleichartigen Verstoß** über eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses nachzudenken. Ansonsten läuft er regelmäßig Gefahr, dass die ausgesprochene Kündigung unwirksam ist.

Fristlose Kündigung bei Unfallflucht (LAG Köln vom 19.06.2020 – 4 Sa 655/19)

Arbeitgeber sind berechtigt, Arbeitsverhältnisse bei Vorliegen eines wichtigen Grundes außerordentlich und fristlos zu kündigen, wenn ihnen eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar ist.

Als wichtiger Grund an sich ist regelmäßig anerkannt, wenn ein Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses **Straftaten** begeht, wie z.B. Arbeitszeitbetrug, Unterschlagung von betrieblichem Eigentum oder auch Körperverletzungsdelikte gegenüber Vorgesetzten oder Kollegen.

Vorliegend musste sich das LAG Köln mit der Frage befassen, ob das **unerlaubte Entfernen vom Unfallort** auf einer **Diensfahrt** für den Anspruch einer außerordentlichen und fristlosen Kündigung ausreicht, Urteil vom 19.06.2020 – 4 Sa 655/19.



Beispiel

Arbeitnehmer A war seit 15.11.2017 als Berufskraftfahrer bei B beschäftigt und als Fahrer für Müllfahrzeuge im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung an einen Versorgungsbetrieb verliehen.

Am 06.08.2018 fuhr A eine längere Strecke mit dem Müllfahrzeug rückwärts und kam auf einer Verkehrsinsel zum Stehen. Dabei wurde die Verkehrsinsel beschädigt, indem die Warnbarken sowie die Betonfundamente aus dem Boden gerissen worden sind. A machte unmittelbar nach Wahrnehmung der Beschädigung der Verkehrsinsel ein Foto und fuhr anschließend weiter, ohne den Schaden bei der Polizei, dem Entleiher oder seinem Vertragsarbeitgeber zu melden.

Die Wiederherstellung der Verkehrsinsel kostete € 464,06; am Müllfahrzeug entstand ein Schaden von ca. € 6.000.

Unmittelbar nach Kenntniserlangung von diesem Vorfall kündigte B das Arbeitsverhältnis mit A im August 2018 fristlos. Im Januar 2019 erging gegen A ein Strafbefehl wegen unerlaubtem Entfernen vom Unfallort, bei dem A zu einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen à € 30,00 verurteilt wurde.

A setzt sich gegen die Kündigung zur Wehr und erhebt fristgerecht Klage zum zuständigen Arbeitsgericht.

War die Kündigung unwirksam?

Außerordentliche Kündigung

Ein Arbeitsverhältnis kann gemäß § 626 Abs. 1 BGB aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.

Das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist in **zwei Stufen** zu prüfen. Zunächst ist zu betrachten, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls als **wichtiger Kündigungsgrund an sich geeignet** ist (erste Stufe).

Liegt ein solcher Sachverhalt vor, bedarf es der weiteren Prüfung, ob die **Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses** unter Berücksichtigung der **konkreten Umstände des Einzelfalls** und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile – jedenfalls bis zum **Ablauf der Kündigungsfrist** – **zumutbar** ist oder nicht (zweite Stufe).

Als wichtiger Grund an sich in der ersten Stufe sind unter anderem **erhebliche Pflichtverletzungen** im Sinne von nachgewiesenen Taten geeignet. Entscheidend sind der Verstoß gegen **vertragliche Haupt- oder Nebenpflichten** und der mit ihm verbundene **Vertrauensbruch**.

Bei Pflichtverletzungen ist zudem grundsätzlich eine **vorherige Abmahnung** erforderlich. Auf eine solche könne nur verzichtet werden, wenn bereits erkennbar sei, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten steht oder es sich um eine so **schwere Pflichtverletzung** handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – **ausgeschlossen** ist.

LAG Köln vom 19.06.2020 – 4 Sa 655/19

Das LAG Köln erachtete die außerordentliche und fristlose Kündigung des Berufskraftfahrers als **wirksam**. Dieser hatte bei Ausübung seiner Tätigkeit einen **erheblichen Sachschaden** an einer **Verkehrinsel** sowie an seinem **Fahrzeug selbst** verursacht und hatte sich anschließend, ohne den Schaden zuvor der zuständigen Polizeibehörde zu melden, die Unfallstelle verlassen. Auch den Entleiher oder dem Vertragsarbeitgeber hatte er den Unfall nicht gemeldet.

Damit hatte der Mitarbeiter seine **Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die Interessen seines Arbeitgebers** gemäß § 241 Abs. 2 BGB in **grober Weise** verletzt und damit einen wichtigen Grund an sich zur außerordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf erster Stufe geliefert.

Auch auf der zweiten Stufe erwies sich die außerordentliche Kündigung als wirksam. Vorliegend gab es nach Ansicht der Richter **keine mildereren Mittel**, insbesondere schied eine Abmahnung aus.

Angesichts der **Schwere der Pflichtverletzungen** hatte der Mitarbeiter eine **derart gewichtige Verletzung** seiner arbeitsrechtlichen Nebenpflichten begangen, dass eine Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen war.

Pflichtverletzung erfüllte sogar Straftatbestand

Der Mitarbeiter konnte **nicht einseitig** davon ausgehen, dass sein Arbeitgeber das schuld-

hafte Verursachen eines Verkehrsunfalls und das unerlaubte Entfernen vom Unfallort **dulden** würde.

Der Arbeitnehmer war als Berufskraftfahrer angestellt, weshalb es zu seinen **Kardinalpflichten** gehörte, im öffentlichen Straßenverkehr Kraftfahrzeuge derart sicher zu steuern, dass keine Unfälle passieren.

Ist dies dennoch der Fall, muss er entsprechende Unfälle **unverzüglich** an die zuständige Behörde sowie die Ansprechpartner im Arbeitsverhältnis **melden**.

Vorliegend hatte der Mitarbeiter jedoch keinerlei Meldung erstattet, sondern sogar den Straftatbestand des § 142 StGB (Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort) erfüllt. Aus diesem Grund konnte das Verhalten durch den Arbeitgeber nicht hingegenommen werden und das Arbeitsverhältnis wurde wirksam mit dem Zugang der außerordentlichen Kündigung beendet.

**Hinweis**

Vorliegend handelte es sich zwar um eine Einzelfallentscheidung. Das unerlaubte Entfernen vom Unfallort auf einer Dienstfahrt sollte jedoch regelmäßig dann eine außerordentliche Kündigung eines Berufskraftfahrers rechtfertigen, wenn erheblicher Sachschaden entstanden ist und der Arbeitnehmer den Vorfall nicht an seinen Arbeitgeber meldet.

Tipps: Gesetzentwurf zur mobilen Arbeit

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) hat unter dessen Minister Hubertus Heil eine Gesetzesinitiative für die **Regelung der mobilen Arbeit** gestartet.

Nicht erst seit dem Lockdown Mitte März 2020 im Zuge der Corona-Pandemie und der dadurch bedingten Verlagerung vieler Arbeitsplätze aus den Betrieben heraus in die häuslichen Arbeitszimmer der Mitarbeiter, sondern schon bereits im Koalitionsvertrag aus dem Jahr 2018 war eine gesetzliche Grundlage für mobiles Arbeiten zwischen den Koalitionsparteien CDU, CSU und SPD ins Auge gefasst worden.

Aktuell geht es um die Frage, ob Arbeitnehmer überhaupt einen Anspruch auf mobiles Arbeiten gegenüber ihrem Arbeitgeber geltend machen können, welchen Umfang dieser Anspruch umfassen soll, unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber einen derartigen Anspruch ablehnen kann und welche Voraussetzungen im Hinblick auf das Thema Arbeitssicherheit zu beachten sind.

Das SPD-geführte Ministerium erarbeitete einen ersten Gesetzentwurf, der vom Koalitionspartner zum Teil heftig kritisiert worden ist. Aus diesem Grund ist aktuell nicht absehbar, ob der Gesetzentwurf - gegebenenfalls mit Änderungen und Ergänzungen – überhaupt dem Bundestag und Bundesrat zu Abstimmung vorgelegt wird.

Koalitionsvertrag 2018

Zu Beginn der Großen Koalition im Jahr 2018 wurde ein umfangreicher Koalitionsvertrag über 175 Seiten zwischen den beteiligten Parteien vereinbart, der bei den Zielen für die Legislaturperiode auch die mobile Arbeit erwähnt.

Hierzu heißt es folgendermaßen:

„Wir wollen mobile Arbeit fördern und erleichtern. Dazu werden wir einen rechtlichen Rahmen schaffen. Zu diesem gehört auch ein Auskunftsanspruch der Arbeitnehmer gegenüber ihrem Arbeitgeber über die Entscheidungsgründe der Ablehnung sowie Rechtssicherheit für Arbeitnehmer wie Arbeitgeber im Umgang mit privat genutzter Firmentechnik. Auch die Tarifpartner sollen Vereinbarungen zu mobiler Arbeit treffen.“

In den Zielen wurde schließlich noch festgelegt, dass ein **rechtlicher Rahmen für mobiles Arbeiten** entwickelt werden soll.

Aktueller Stand

Mobile Arbeit zeichnet sich dadurch aus, dass Arbeitnehmer ihre Arbeit von einem Ort **außerhalb der eigentlichen Betriebsstätte des Arbeitgebers** erbringen.

Mobile Arbeit kann entweder an einem Ort, der vom Arbeitnehmer selbst gewählt wird oder an einem fest mit dem Arbeitgeber vereinbarten Ort (dies wird häufig ein „Home-Office“ sein) erbracht werden.

Nach aktueller Rechtslage haben Arbeitnehmer **keinen Anspruch** auf Durchführung einer mobilen Arbeit, sondern dies beruht auf einer **freiwilligen Entscheidung des Arbeitgebers**.

Will der Arbeitgeber den an ihn herangetragenen Wunsch des Arbeitnehmers nach mobiler Arbeit **ablehnen**, ist dies **jederzeit und formlos** möglich.

Das bedeutet, dass der Arbeitgeber die Ablehnung **nicht begründen** muss und dabei auch **nicht an Fristen** gebunden ist.

Eine vergleichbare Rechtsstellung des Arbeitnehmers wie z.B. bei der klassischen Teilzeitarbeit oder auch Elternzeit-Teilzeitarbeit ist bei der mobilen Arbeit somit nicht gegeben.

Gesetzesentwurf des BMAS

Am 05.10.2020 legte Arbeitsminister Hubertus Heil einen Gesetzentwurf zum mobilen Arbeiten vor. Dieser ist bislang noch nicht veröffentlicht worden.

Laut Presseberichten sieht dieser jedoch unter anderem folgende Punkte vor:

- Vollzeitbeschäftigte sollen einen Anspruch auf **24 Tage pro Jahr** auf mobiles Arbeiten erhalten, d.h. im Schnitt zwei Tage pro Monat. Die 24 Tage sollen dabei eine Untergrenze darstellen.
- Für eine Ablehnung sollen Arbeitgeber **zwingende betriebliche Gründe** angeben müssen und dabei erläutern, warum sich

die Tätigkeit grundsätzlich nicht als mobile Arbeit eignet.

- Arbeitgeber und Arbeitnehmer sollen **festе Vereinbarungen** treffen, wann Mitarbeiter zuhause erreichbar sein müssen und wann nicht.
- Sollte während der (mobilen) Arbeit ein **Unfall** passieren, ist dies schon heute auch im „Home-Office“ ein Arbeitsunfall. Ergänzend gilt es noch bestehende Versicherungslücken zu schließen.

Kritik an Gesetzentwurf

Der Gesetzentwurf müsste als nächstes in die Ressortabstimmung gehen, damit eine abgestimmte Fassung später vom Kabinett verabschiedet werden kann.

Das Bundeskanzleramt, das den Entwurf als Erstes vorgelegt bekam, sieht das Dokument als nicht geeignet für die weitere Abstimmung zwischen den Bundesministerien an, da aus dessen Sicht im Koalitionsvertrag explizit nur ein Auskunftsrecht des Arbeitnehmers vereinbart worden sei, jedoch **kein verbindlicher Rechtsanspruch** auf mobiles Arbeiten.

Neben diesem formellen Argument befürchtet die Union insbesondere, dass Unternehmen mit

dem Gesetzentwurf eine zu große Bürokratie aufgebürdet wird und der Wirtschaft dadurch ein unnötiger Schaden entstehen werde.



Hinweis

Aus diesen Gründen ist ungewiss, ob in der aktuellen Legislaturperiode bis nächstes Jahr ein Gesetz für mobiles Arbeiten verabschiedet werden wird. Dennoch dürfte es nur eine Frage der Zeit sein, bis dieses wichtige Thema in Gesetzesform gegossen 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
info@arbeitsrecht-beck.de