



Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für März 2021 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 mit einer fristlosen Kündigung bei Desinfektionsmitteln.

Im zweiten Teil muss das Bundesarbeitsgericht bewerten, ob eine Arbeitnehmerin erfolgreich eine Entgeltdiskriminierung geltend machen kann.

Die Tipps beschäftigen sich mit der Frage, ob im Zeitraum der Kurzarbeit neue Mitarbeiter eingestellt werden dürfen.

---

## Inhalt

---

### 1. **Fristlose Kündigung bei Entwendung von Desinfektionsmitteln**

(LAG Düsseldorf vom 14.01.2021 – 5 Sa 483/20)

### 2. **Entgeltgleichheitsklage**

(BAG vom 21.01.2021 – 8 AZR 488/19)

### 3. **Tipps: Neueinstellung während Kurzarbeit?**

---

## Fristlose Kündigung bei Entwendung von Desinfektionsmitteln (LAG Düsseldorf vom 14.01.2021 – 5 Sa 483/20)

---

Arbeitnehmer sind im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses verpflichtet, sich vertragsgetreu zu verhalten, insbesondere die Rechtsgüter des Arbeitgebers zu schützen.

Dies bedeutet nicht nur, dass Arbeitnehmer im laufenden Vertragsverhältnis keine Konkurrenzfähigkeit zu Lasten des Arbeitgebers ausüben dürfen, sie sind selbstverständlich auch verpflichtet, keine Straftaten in Form von Betrug, Unterschlagung oder Diebstahl zu Lasten des Arbeitgebers zu begehen.

Sollten derartige Rechtsverletzungen begangen werden, ist der Arbeitgeber grundsätzlich berechtigt, das Arbeitsverhältnis sogar außerordentlich und fristlos zu kündigen.

In einem aktuellen Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf ging es darum, ob der Diebstahl von einem Liter Desinfektionsmittel und einer Handtuchrolle ausreicht, um eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen (LAG Düsseldorf vom 14.01.2021 – 5 Sa 483/20).



### Beispiel

*Arbeitnehmer A war seit 2004 bei einem Paketzustellunternehmen als Be- und Entlader sowie Wäscher für die Fahrzeuge beschäftigt. Die Wäsche der Wagen erfolgte in Nachtschicht mit 6 bis 7 Kollegen, wobei A sein eigenes Fahrzeug in der Nähe des Arbeitsplatzes abstellen konnte.*

*Bei einer stichprobenartigen Ausfahrtkontrolle am 23.03.2020 gegen 07:50 Uhr fand der Werksschutz im Kofferraum des A eine nicht angebrochene Plastikflasche mit einem Liter Desinfektionsmittel und eine Handtuchrolle. Der Wert des Desinfektionsmittels betrug zu diesem Zeitpunkt ca. 40 Euro.*

*Nach Anhörung und Zustimmung des Betriebsrats am 24.03.2020 wurde A mit Kündigung vom 25.03.2020 außerordentlich und fristlos gekündigt.*

*A möchte sich mit dieser Kündigung nicht abfinden und erhebt fristgerecht Kündigungsschutzklage.*

### Wird die Klage Erfolg haben?

### Außerordentliche Kündigung wegen strafbarer Handlungen

Voraussetzung für eine außerordentliche Kündigung ist zunächst einmal immer, dass ein **wichtiger Grund** vorliegt und die Kündigung dem Arbeitnehmer **innerhalb von zwei Wochen** nach Kenntnis der kündigungsrelevanten Umstände zugeht, § 626 Abs. 2 BGB.

**Strafbare Handlungen**, die sich gegen den Arbeitgeber richten, stellen **regelmäßig einen wichtigen Grund** für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung dar. Hierzu gehören vor allem Eigentums- und Vermögensdelikte.

Maßgeblich ist die **Zerstörung des Vertrauensverhältnisses**; für die kündigungsrechtliche Würdigung kommt es nicht entscheidend auf die strafrechtliche Bewertung an.

Seit der sogenannten „Emmely-Entscheidung“ (BAG vom 28.07.2009 – 3 AZN 224/09) wurde vor allem die Entwendung geringwertiger Güter (Pfandbon von einem Wert von 1,30 Euro) auch öffentlich breit diskutiert. Die Rechtsprechung erkannte trotz des geringen Wertes einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung an sich an; jedoch kommt gerade in diesen Fällen der Interessenabwägung entscheidendes Gewicht zu (Dauer des Arbeitsverhältnisses, bisheriges Verhalten im Arbeitsverhältnis, Vorlage einer Abmahnung wegen eines gleichgelagerten Sachverhalts und Wert des entwendeten Gutes).

### LAG vom 14.01.2021 – 5 Sa 483/20

Sowohl das zunächst angerufene Arbeitsgericht Mönchengladbach sowie das in der Berufung zuständige Landesarbeitsgericht Düsseldorf haben die Kündigungsschutzklage im dargestellten Beispielfall abgewiesen und damit die außerordentliche Kündigung für rechtswirksam erachtet.

Zunächst bejahten die Gerichte das Vorliegen eines **wichtigen Grundes** zum Ausspruch der außerordentlichen Kündigung. Der Mitarbeiter hatte im Prozess zunächst behauptet, dass er das Desinfektionsmittel im Kofferraum hatte, um es **selbst zu verbrauchen**.

Diese Einlassung wurde durch die Gerichte als **nicht glaubhaft** gewertet. Wenn der Mitarbeiter das Desinfektionsmittel während der Schicht habe benutzen wollen, hätte es nahegelegen, das Desinfektionsmittel auf den Materialwagen am Arbeitsplatz zu stellen, insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass in der Nacht nur 6 bis 7 Kollegen gearbeitet haben.

Darüber hinaus sei es nicht nachvollziehbar, dass er – wie von ihm behauptet – das Desinfektionsmittel auch für die Kollegen verwenden wollte, denn weder hatte er ihnen gesagt, wo er das Desinfektionsmittel aufbewahrt noch ihnen den Autoschlüssel gegeben, damit sie es benutzen können.

Schließlich war die aufgefundene Flasche auch nicht angebrochen.

### **Außerordentliche Kündigung auch verhältnismäßig**

Die Gerichte haben die außerordentliche Kündigung auch als **verhältnismäßig** gewertet.

Auch in Ansehung der **langen Beschäftigungszeit von 16 Jahren** war eine **vorherige Abmahnung nicht erforderlich**. Der Mitarbeiter hat in Zeiten einer Pandemie, als Desinfektionsmittel

**Mangelware** war und in Kenntnis davon, dass auch der Arbeitgeber mit **Versorgungsengpässen** zu kämpfen hatte, eine nicht geringe Menge Desinfektionsmittel entwendet.

Dadurch hatte er zugleich in Kauf genommen, dass seine **Kollegen leer ausgingen**. In Ansehung dieser Umstände musste ihm klar sein, dass er mit der Entwendung von einem Liter Desinfektionsmittel den Bestand seines Arbeitsverhältnisses gefährdete.

Im Ergebnis fiel die **Interessenabwägung** angesichts dieser besonderen Umstände **zu Lasten des Mitarbeiters** aus.



### **Hinweis**

Auch wenn eine außerordentliche Kündigung im vorliegenden Fall als sehr harte Maßnahme erscheinen mag, ist sie vor dem Hintergrund der dargestellten Hintergründe durchaus nachvollziehbar. Das Verhalten des Mitarbeiters hatte dazu geführt, dass der Arbeitgeber das Vertrauen in die Integrität des Mitarbeiters verloren hatte und somit auch eine Abmahnung dieses nicht mehr hätte herstellen können. Insofern ist der Entscheidung des LAG Düsseldorf im Ergebnis zuzustimmen.

## Entgeltgleichheitsklage (BAG vom 21.01.2021 – 8 AZR 488/19)

In Deutschland beträgt die **Entgeltlücke** zwischen Frauen und Männern, bezogen auf durchschnittliche Bruttostundenentgelt, noch immer **rund 19%**.

Hinter dieser Ungleichheit stehen **strukturelle Faktoren** und **erwerbsbiografische Unterschiede** zwischen Frauen und Männern.

Insbesondere führen eine geschlechtsspezifische Berufswahl, eine geringere Präsenz von Frauen in Führungspositionen, familienbedingte Erwerbsunterbrechungen und länger andauernde Teilzeittätigkeit sowie nicht zuletzt die traditionell schlechtere Bezahlung von sog. typischen Frauenberufen zu unterschiedlichen durchschnittlichen Entgelten von Frauen und Männern.

Um diese Unterschiede zu verringern und in Zukunft zu beseitigen, wurde im Jahr 2017 das sog. **Entgelttransparenzgesetz** verabschiedet.

Das Bundesarbeitsgericht musste sich in einer aktuellen Entscheidung mit der Frage auseinandersetzen, ob eine Mitarbeiterin erfolgreich eine Entgeltdiskriminierung aufgrund dieses Gesetzes geltend machen kann (BAG vom 21.01.2020 – 8 AZR 488/19).



### Beispiel

Arbeitnehmerin A ist bei Unternehmen U als Abteilungsleiterin beschäftigt. Im August 2018 erhielt sie von U eine Auskunft gemäß § 10 ff. Entgelttransparenzgesetz, aus der u.a. das Vergleichsentgelt der bei U beschäftigten männlichen Abteilungsleiter hervorgeht.

Angegeben wurde dieses entsprechend den Vorgaben von § 11 Abs. 3 Entgelttransparenzgesetz als „auf Vollzeitäquivalent hochgerechneter statistischer Median“ des durchschnittlichen monatlichen übertariflichen Grundentgelts sowie der übertariflichen Zulage (Median-Entgelte).

Das Vergleichsentgelt lag sowohl beim Grundentgelt als auch bei der Zulage über dem Entgelt der Arbeitnehmerin A.

Da sich A hiermit nicht abfinden möchte, erhebt sie Klage auf Zahlung der Differenz zwischen dem ihr gezahlten Grundentgelt sowie der ihr

gezahlten Zulage und der ihr mitgeteilten höheren Median-Entgelte für die Monate August 2018 bis Januar 2019.

### Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

#### Entgelttransparenzgesetz

Das Entgelttransparenzgesetz hat folgende wesentliche Inhalte:

- Die **Definition wesentlicher Grundsätze und Begriffe** zum Gebot der Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern bei gleicher und gleichwertiger Arbeit,
- Die Einführung eines **individuellen Auskunftsanspruch** für Beschäftigte in Betrieben mit **mehr als 200 Beschäftigten** bei gleichzeitiger Stärkung des Betriebsrats bei der Wahrnehmung des Auskunftsanspruch,
- Die **Aufforderung** an private Arbeitgeber mit **mehr als 500 Beschäftigte, betriebliche Verfahren zur Überprüfung** und Herstellung von Entgeltgleichheit durchzuführen sowie
- Die Einführung einer **Berichtspflicht** zur Gleichstellung und Entgeltgleichheit von Frauen und Männern für Unternehmen mit in der Regel **mindestens 500 Beschäftigten**, soweit diese nach dem Handelsgesetzbuch lageberichtspflichtig sind.

#### Auskunftsanspruch

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben nach § 10 Abs. 1 Entgelttransparenzgesetz **Anspruch auf Auskunft** über die Bezahlung von Arbeitskollegen des jeweils anderen Geschlechts („Vergleichsentgelt“), die eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit verrichten („Vergleichstätigkeit“).

Dieser Anspruch besteht jedoch nur in Betrieben mit in der Regel **mehr als 200 Beschäftigten** bei demselben Arbeitgeber, auch im öffentlichen Dienst bei entsprechend großen Dienststellen, § 16 Entgelttransparenzgesetz.

Eine **erneute Auskunft** über das Vergleichsentgelt kann **frühestens nach 2 Jahren** verlangt

werden. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn sich die Grundlagen der Vergütung geändert haben (§ 10 Abs. 2 Entgelttransparenzgesetz).

### **Angabe zu Vergleichstätigkeit und Vergleichsentgelt**

Die Auskunftspflichtung zu den Kriterien und Verfahren der Entgeltfindung erstreckt sich auf die Information über die Festlegung des eigenen Entgelts sowie des Entgelts für die **Vergleichstätigkeit**, § 11 Abs. 2 Entgelttransparenzgesetz.

Die Auskunftspflichtung in Bezug auf das **Vergleichsentgelt** erstreckt sich dann auf die Angabe des Entgelts für die Vergleichstätigkeit.

Das Vergleichsentgelt ist anzugeben als auf Vollzeitäquivalente hochgerechneter **statistischer Median** des durchschnittlichen monatlichen Bruttoentgelts sowie der benannten Entgeltbestandteile, jeweils **bezogen auf ein Kalenderjahr**, § 11 Abs. 2 Entgelttransparenzgesetz.

### **BAG vom 21.01.2021 – 8 AZR 488/19**

Das angerufene Arbeitsgericht hatte im dargestellten Beispielsfall der Klage zunächst stattgegeben und damit den Arbeitgeber zur Zahlung der Entgeltlücke verpflichtet. Das Landesarbeitsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichts hingegen abgeändert und die Klage abgewiesen. Das LAG nahm an, dass **keine ausreichenden Indizien** im Sinne des § 22 AGG vorlagen, die die Vermutung begründet hätten, die Mitarbeiterin A habe **eine Entgeltbenachteiligung** wegen des **Geschlechts** erfahren.

Dieser Auffassung ist das Bundesarbeitsgericht **nicht gefolgt**. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung durfte – so die Erfurter Richter – die Klage nicht abgewiesen werden.

Das BAG argumentierte, dass sich aus der erteilten Auskunft des Arbeitgebers das **Vergleichsentgelt der maßgeblichen männlichen Vergleichsperson** ergebe.

### **Vermutung der Benachteiligung wegen des Geschlechts**

Nach den Vorgaben des Entgelttransparenzgesetzes liege in der Angabe des Vergleichsentgelts als Median-Entgelt durch einen Arbeitgeber zugleich die **Mitteilung der maßgeblichen Vergleichsperson**, weil entweder ein konkreter oder ein hypothetischer Beschäftigter des anderen Geschlechts dieses Entgelt für **gleiche bzw. gleichwertige Tätigkeit** erhalte.

Vor diesem Hintergrund hatte die Arbeitnehmerin gegenüber der ihr vom Arbeitgeber mitgeteilten Vergleichsperson eine **unmittelbare Benachteiligung** im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 1 Entgelttransparenzgesetz erfahren, denn ihr Entgelt sei geringer als das der Vergleichsperson gewesen.

Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts begründet dieser Umstand zugleich die – vom Arbeitgeber **widerlegbare – Vermutung**, dass die Arbeitnehmerin die Entgeltbenachteiligung „wegen des Geschlechts“ erfahren habe.

### **Weitere Feststellungen erforderlich**

Aufgrund der bislang vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen konnte das Bundesarbeitsgericht nicht entscheiden, ob der Arbeitgeber, den insoweit die **Darlegungs- und Beweislast** treffe, diese **Vermutung** den Vorgaben von § 22 AGG in unionsrechtskonformer Auslegung entsprechend **widerlegt** habe.

Zugleich sei den Parteien Gelegenheit zu **weiterem Vorbringen** zu geben, was zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur **Zurückverweisung** der Sache zur **erneuten Verhandlung und Entscheidung** an das Landesarbeitsgericht führe.

---

 Tipps: Neueinstellung während Kurzarbeit?
 

---

Seit März 2020 haben mehrere Millionen Arbeitnehmer in Deutschland Kurzarbeitergeld bezogen, nachdem in ihren Betrieben aufgrund der Corona-Pandemie Kurzarbeit eingeführt werden musste.

Wurde in einem Betrieb Kurzarbeit eingeführt, stellt sich die Frage, ob im Zeitraum der Kurzarbeit **neue Mitarbeiter eingestellt** werden dürfen und ob für diese **selbst Kurzarbeitergeld** beantragt werden kann.

Die Tipps im März 2021 werden diese beiden Punkte näher beleuchten.

### Genehmigung und Dokumentation

Die Frage der rechtlichen Zulässigkeit einer Neueinstellung birgt für das kurzarbeitende Unternehmen somit ein **erhebliches Risiko**, da die Gewährung des Kurzarbeitergeldes stets unter dem **Vorbehalt einer umfassenden Abschlussprüfung** steht.

Kommt die Bundesagentur für Arbeit erst in einigen Monaten oder Jahren zu dem Ergebnis, der Arbeitsbedarf hätte durch interne Mitarbeiter gedeckt werden können, muss unter Umständen mit einer **beträchtlichen Rückforderung** und einer nicht zu unterschätzenden **Beweisnot** gerechnet werden.



#### Hinweis

Um dieser Gefahr zu begegnen, sollte **vor jeder Neueinstellung** eine **Genehmigung** der zuständigen Arbeitsagentur eingeholt, zumindest aber eine **sehr genaue Dokumentation** vorgenommen werden, weshalb die Neueinstellung durch **sachliche Gründe** gerechtfertigt bzw. **unerlässlich** war.

### Kurzarbeitergeld für neuingestellte Mitarbeiter?

Eine weitere Problematik besteht darin, ob während der Kurzarbeit **neueingestellten Mitarbeitern Kurzarbeitergeld** gewährt werden kann.

Nach den gesetzlichen Vorgaben sind die **persönlichen Voraussetzungen** für den Bezug von Kurzarbeitergeld nur erfüllt, wenn der Arbeitnehmer nach Beginn des Arbeitsausfalls eine versicherungspflichtige Beschäftigung aus **zwingenden Gründen aufnimmt**, § 98 Abs. 1 Nr. 1b) SGB III.

Nach den Fachlichen Weisungen der Bundesagentur für Arbeit vom 20.12.2018 werden zwingende Gründe nur in einem sehr eng begrenzten Umfang anerkannt, wobei der für die Praxis maßgeblichste zwingende Grund sein wird, dass eine **nicht entbehrliche Fachkraft unumgänglich eingestellt** werden muss, um die **Weiterführung des Betriebes zu gewährleisten** (Fachliche Weisungen zum Kurzarbeitergeld, Ziffer 4.3, Seite 47).

Diese Einschränkung führt dazu, dass in aller Regel für die neuingestellten Mitarbeiter während der Kurzarbeit **kein Kurzarbeitergeld** beantragt werden kann.



#### Hinweis

Die Neueinstellung von Mitarbeitern während Kurzarbeit ist somit nur in **ganz engen Grenzen** möglich. Bevor dies passiert, sollte unbedingt Rücksprache mit der zuständigen Arbeitsagentur gehalten werden und dargelegt werden können, dass die Einstellung des Mitarbeiters **zwingend erforderlich** war.

#### 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)