

Das LAG Düsseldorf befasst sich gemäß PM Nr. 13/22 in zwei Verfahren mit Kündigungen wegen der Fälschung eines Impfnachweises zum Corona-Virus. In dem einen Verfahren galt bei der Beklagten mit Inkrafttreten des § 28b Abs. 1 IfSG in der Fassung ab dem 24.11.2021 die 3G-Regelung. Die Beklagte bat den Kläger um Vorlage eines entsprechenden Beleges. Mit Datum vom 25.11.2021 legte der Kläger ein digitales EU-Impfzertifikat vor, welches einen vollständigen Impfschutz ab dem 13.9.2021 auswies. Der Impfpass selbst wies eine Impfung vom 12.8.2021 sowie vom 13.9.2021 auf, welche jeweils in der Praxis einer Berliner Ärztin durchgeführt worden sein sollen. An beiden Impfterminen war der Kläger arbeitsunfähig erkrankt. Gegen die Berliner Ärztin liefen diverse Strafverfahren wegen des Verdachts auf illegalen Handel mit gefälschten Impfausweisen. Der Kläger wurde am 3.1.2022 durch die Beklagte im Beisein des Betriebsrats mit dem Vorwurf der Vorlage eines gefälschten Impfnachweises konfrontiert. Mit Schreiben vom 7.1.2022 erfolgte nach Anhörung des Betriebsrats die fristlose, hilfsweise die fristgerechte Kündigung. Das ArbG hat der Kündigungsschutzklage stattgegeben. Die Vorlage eines gefälschten Impfpasses stelle zwar einen wichtigen Grund i. S. v. § 626 Abs. 1 BGB zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses dar, die Beklagte konnte jedoch nicht nachweisen, dass der Kläger einen gefälschten Impfpass vorgelegt hatte. Die Voraussetzungen für eine Verdachtskündigung seien ebenfalls nicht gegeben, da hierzu der Betriebsrat nicht angehört worden war. Die 8. Kammer des LAG (Beweisbeschluss v. 4.10.2022 – 8 Sa 326/22) hat in der mündlichen Verhandlung deutlich gemacht, dass eine Impfpassfälschung die außerordentliche Kündigung rechtfertigen würde, aber zur streitigen Frage des tatsächlichen Vorliegens einer Fälschung eine noch durchzuführende Beweisaufnahme erforderlich ist. Dies gilt es bei entsprechenden Sachverhalten (vorsorglich) zu beachten. In einem weiteren Verfahren vor der 3. Kammer des LAG (Urteil v. 4.10.2022 – 3 Sa 374/22) hat die Kammer ebenfalls zum Ausdruck gebracht, dass eine Impfpassfälschung grundsätzlich einen Kündigungsgrund darstellt. Die außerordentliche Kündigung scheiterte hier an der Interessenabwägung aufgrund der 19-jährigen Betriebszugehörigkeit des Klägers, der Tatsache, dass die Fälschung auf Vorhalt sofort zugestanden wurde und dem Umstand, dass auch die Arbeitgeberin sich einen Verstoß gegen § 28b IfSG vorhalten lassen musste.



Prof. Dr. Christian Pelke,
Ressortleiter Arbeitsrecht

Entscheidungen

BAG: Annahmeverzug – Anweisung zur Durchführung von PCR-Tests auf eine Infektion mit SARS-CoV-2 (Coronavirus)

1. Die Anordnung, entsprechend einem betrieblichen Hygienekonzept PCR-Tests auf eine Infektion mit SARS-CoV-2 vorzunehmen, betrifft Ordnung und Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb, § 106 S. 2 GewO (Rn. 25).
2. Nach § 106 S. 2 i.V. m. S. 1 GewO bilden die arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften, die der Arbeitgeber mit Weisungen umsetzt, insoweit die Grundlage des Weisungsrechts. Geben die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzanforderungen keine klar definierten Maßnahmen zwingend vor, hat diese Umsetzung unter Beachtung billigen Ermessens (§ 106 S. 1 GewO) zu erfolgen. Sie kann in diesem Rahmen auch über die durch die Arbeitsschutzregeln vorgegebenen Mindeststandards hinausgehen (Rn. 22, 26).
3. Das billige Ermessen, das bei der Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts nach § 106 S. 2 i.V. m. S. 1 GewO zu wahren ist, wird inhaltlich auch durch die Grundrechte des Arbeitnehmers mitbestimmt. Wenn es sich beim Arbeitgeber um eine selbst nicht grundrechtsfähige juristische Person des öffentlichen Rechts handelt, ist die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Grundrechte des Arbeitnehmers zu prüfen (Rn. 35).
4. Der mit einem PCR-Test (Nasen-Rachen-Abstrich) verbundene Eingriff in die körperliche Unversehrtheit ist minimal und mit Blick auf die damit bei Einbettung in ein betriebliches Hygiene-

konzept verfolgten legitimen arbeitsschutzrechtlichen Ziele verhältnismäßig und gerechtfertigt (Rn. 36 ff., 45 ff.).

5. Die Datenverarbeitung bei der Umsetzung einer im Rahmen eines arbeitsschutzrechtlichen Hygienekonzepts vorgesehenen Corona-Testpflicht kann nach § 26 Abs. 3 BDSG i.V. m. Art. 9 Abs. 2 Buchst. b DS-GVO zur Ausübung von Rechten bzw. zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht erforderlich und damit zulässig sein. Der Datenschutz genießt gegenüber dem Arbeitsschutz keinen absoluten Vorrang (Rn. 62 ff.).

BAG, Urteil vom 1.6.2022 – 5 AZR 28/22
(Orientierungssätze)

Volltext: [BB-ONLINE BBL2022-2419-1](#)
unter [www.betriebs-berater.de](#)

BAG: Annahmeverzugsvergütung – Mindestlohn – Ausschlussfristen – Leistungswille

1. Wird einem Arbeitnehmer nach § 615 S. 1 BGB für Zeiten ohne Arbeitsleistung der Vergütungsanspruch aufrechterhalten, ist der Mindestlohn nach § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG als Geldfaktor in die Berechnung der Vergütung einzustellen, so dass diese insoweit wegen § 3 S. 1 MiLoG nicht nach einer tariflichen oder sonstigen Ausschlussfristenregelung verfallen kann (Rn. 17).
2. Der nach § 297 BGB für den Annahmeverzug des Arbeitgebers erforderliche Leistungswille des Arbeitnehmers ist eine innere Tatsache, für dessen Bekundung nach außen ein bloßes „Lippenbekenntnis“ regelmäßig nicht ausreicht (Rn. 28 ff.).

BAG, Urteil vom 13.7.2022 – 5 AZR 498/21
(Orientierungssätze)

Volltext: [BB-ONLINE BBL2022-2419-2](#)
unter [www.betriebs-berater.de](#)

BAG: Annahmeverzugsvergütung: Annahmeverzug des Arbeitgebers nach Vorlage eines aktuellen negativen Corona-Tests (ärztliches Attest nebst Laborbefund) nach Reiserückkehr des Arbeitnehmers

1. Annahmeverzug tritt auch dann ein, wenn der Arbeitgeber die tatsächliche oder rechtliche Leistungsunfähigkeit des Arbeitnehmers selbst herbeigeführt hat (Rn. 24).
2. Der Arbeitgeber schuldet grundsätzlich Vergütung wegen Annahmeverzugs, wenn er einem Arbeitnehmer, der aus einem SARS-CoV-2-Risikogebiet zurückkehrt, ein 14-tägiges Betretungsverbot für den Betrieb erteilt, obwohl dieser nach den geltenden verordnungsrechtlichen Vorgaben bei der Einreise aufgrund der Vorlage eines aktuellen negativen PCR-Tests und eines ärztlichen Attests über Symptombefreiheit keiner Absonderungspflicht (Quarantäne) unterliegt (Rn. 27 ff.).
3. Die Annahme der Arbeitsleistung ist dem Arbeitgeber mit Blick auf das SARS-CoV-2-Infektionsrisiko nicht ausnahmsweise unzumutbar, wenn ihm mildere Mittel als die Anordnung eines Betretungsverbots für den Betrieb mit Verlust des Vergütungsanspruchs zur Verfügung stehen. Mildere Mittel können u. a. ein Betretungsverbot unter Fortzahlung der Vergütung oder die Anordnung zur Vorlage eines weiteren aktuellen PCR-Tests vor Arbeitsaufnahme sein (Rn. 46).

BAG, Urteil vom 10.8.2022 – 5 AZR 154/22
(Orientierungssätze)

Volltext: [BB-ONLINE BBL2022-2419-3](#)
unter [www.betriebs-berater.de](#)