BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

AUS DER PRAXIS

Dr. Jakob Degen und Kristin Dortans
Arbeitsrecht skurril – Geschichten, die das Leben schreibt

ZIVILRECHT

Helena Ferber
Corporate Digital Responsibility –
Einsatz von KI in der Unternehmensleitung

ÖFFENTLICHES RECHT

Jakob S. Feddersen
Keine Steuern für Digitalkonzerne? – zur beihilfenrechtlichen Kontrolle von Steuervorteilen für Internetgiganten

Adrian Kaufmann
Öffentliche Blockchains im Spannungsfeld zur datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit der DSGVO

STRAFRECHT

Jan Breede
Die einverständliche Fremdgefährdung

GRUNDLAGEN DES RECHTS

Jann Maatz
Willensfreiheit und Privatrecht

Charles E. Müller
Die Sozialbindung des Eigentums –
Rudolf von Jherings Vorarbeit für § 906 BGB

3. Jahrgang | Seiten 89–176
www.berlinerrechtszeitschrift.de
ISSN (Print) 2699-948X | ISSN (Online) 2699-2132

AUSGABE 2/2022

sehen. Wie eine effektive Überwachung in der Praxis umsetzbar sein soll, ist daher schwer vorstellbar, insbesondere im Falle des Exports von Produkten. Gerade kleinen und mittelständischen Unternehmen, die etwa aufgrund sog. Weitergabeklauseln zumindest mittelbar den Lieferkettensorgfaltspflichten unterliegen, droht hierdurch eine Überforderung.

Zusammenfassend lässt sich Folgendes festhalten: Während die nationalen Regelungen des LkSG einen nicht unerheblichen Aufwand für Unternehmen mit geringem positivem Effekt auf die menschenrechtliche Situation erwarten lassen, bringt der RL-Entwurf durch die Einbeziehung auch indirekter Geschäftspartner (*upstream*) zwar einen noch gesteigerten Aufwand, dafür jedoch auch eine reelle Chance auf tatsächliche menschenrechts- und umweltbezogene Verbesserungen mit sich. Es bleibt zu hoffen, dass der europäische Gesetzgeber diesen Kurs beibehält, dem Begriff der „etablierten Geschäftsbeziehung" indes noch schärfere Konturen verleiht. Die Ausdehnung auf *downstream*-Aktivitäten überzeugt dagegen nicht. Insgesamt macht der RL-Entwurf aber Hoffnung auf eine echte Verbesserung der Menschenrechtsstandards entlang der Lieferkette.

von **Laetizia Krigar**

Dr. *Jakob Degen* und *Kristin Dortans*[*]

Arbeitsrecht skurril – Geschichten, die das Leben schreibt

Neben der provokanten Frage, ob man sich als Arbeitsrechtler für die dunkle (Arbeitgeberanwalt) oder die helle (Arbeitnehmeranwalt) Seite der Macht entschieden habe, folgt im Anschluss häufig: Warum überhaupt Arbeitsrecht? Der folgende Beitrag versucht mit einer anekdotischen Führung durch die Arbeitswelt, eine Antwort zu liefern und die Begeisterung der Autoren für das Arbeitsrecht zu vermitteln. Denn die besten Geschichten schreibt letztlich das (Arbeits-)Leben selbst.

Inhaltsübersicht

A. Im Anfang war der Job 91
I. Coole Typen gesucht 91
II. Die schwangere Schwangerschaftsvertretung 93
III. Ossis unerwünscht 94
IV. „AGG-Hopper" 94
B. Mitten im (Arbeits-)Leben 95
I. Mit dem Leichenwagen zum Supermarkt 95
II. Das stille Örtchen und die Arbeit 96
III. Kleider machen Arbeitnehmer 98
C. Jedem Anfang wohnt ein Ende inne 98
I. Die unglücksbringenden Emoticons 99
II. Why so serious? Lach doch mal! 100
III. Die hinderliche U-Haft 101
IV. Täglich grüßt das Murmeltier (nicht) 102
V. Angriff ist nicht immer die beste Verteidigung 103
VI. Krankheit ja oder nein, schnell wie er sein 104
D. Fazit 104

A. Im Anfang war der Job

Jede gute Erwerbsbiografie beginnt mit der Einstellung. Diese will wohl überlegt, eine Ausschreibung ordnungsgemäß verfasst und eine Bewerbung gut geprüft sein. Denn auf einen Job kommen meist viele Bewerber. Dies bietet viel Platz für enttäuschte Erwartungen bei der Suche nach dem Traumjob. Dabei haben insbesondere im Bewerbungsverfahren z.B. etwaige Verstöße gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) eine Menge Konfliktpotential, sodass statt aus potenziellen Arbeitnehmern und Arbeitgebern ganz schnell Kläger und Beklagte werden und man sich vor Gericht wiederfindet.

Doch welche Anforderungen darf der Arbeitgeber in seinen Ausschreibungen an die Bewerber stellen? Welche Fragen dürfen im Bewerbungsverfahren gestellt werden? Und was hat der Arbeitnehmer seinem neuen Arbeitgeber bereits vor der Einstellung zu offenbaren?

I. Coole Typen gesucht

Die inhaltliche Formulierung einer Stellenausschreibung wird zuvörderst von den Maßgaben des AGG bestimmt. Nach § 11 i.V.m. § 7 Abs. 1 AGG haben Stellenausschreibungen frei von Diskriminierungen zu erfolgen. So soll sichergestellt werden, dass Benachteiligungsverbote bereits im Vorfeld – also bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses – wirksam werden können.[1] Sofern das Gebot der diskriminierungsfreien Ausschreibung verletzt wird, kann dies zu einem Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2

[*] Dr. *Jakob Degen* ist Rechtsanwalt in der Berliner Wirtschaftskanzlei *Raue* und *Kristin Dortans* Rechtsreferendarin ebendort.

[1] *Schlachter,* in: ErfK, AGG, 22. Aufl. 2022, § 11 Rn. 1; *Buschmann* in: Däubler/Beck, AGG, 5. Aufl. 2022, § 11 AGG Rn. 1.

AGG wegen einer individuellen Benachteiligung führen, wobei bei einer Ausschreibung mit diskriminierenden Kriterien nach § 22 AGG regelmäßig vermutet wird, dass die Benachteiligung hierauf auch beruht.[2] Hierbei rücken zwei potenzielle Diskriminierungsmerkmale (vgl. § 1 AGG) immer wieder in den Vordergrund: Benachteiligungen wegen des Geschlechts und Benachteiligungen wegen des Alters. Dass überall dort, wo kein berechtigtes Interesse an einer Differenzierung zwischen den Geschlechtern besteht,[3] eine genderneutrale Sprache („m/w/d“) verwendet werden sollte, müsste sich mittlerweile in jeder Personalabteilung herumgesprochen haben. Sowohl eine aufsehenerregende Schadensersatzklage einer nichtbinären Person gegen die Deutsche Bahn wegen fehlender gendergerechten Anspracheoptionen beim Fahrkartenkauf[4] als auch die – medienwirksam inszenierte – abgewiesene Klage eines Mitarbeiters beim Automobilhersteller Audi, der sich als männlicher Mitarbeiter durch den unternehmensinternen „Leitfaden für gendersensible Sprache“ diskriminiert fühlte („Audianer“ oder „Audianer_innen“?),[5] dürften den Fokus auf diese Thematik noch einmal verschärft haben.

Aber auch das Diskriminierungsmerkmal „Alter“ bereitet den Verfassern von Stellenausschreibungen immer wieder Kopfzerbrechen. Das in einer Stellenausschreibung angepriesene „junge und dynamische Team“[6] erweist sich dabei genauso diskriminierungsproblematisch wie ein auf den Bewerber wartendes „lockeres und junges 14-köpfiges Team“ kombiniert mit einem Duzen des Bewerberkreises[7]. Die Stellenausschreibung durch ein „junges, dynamisches Unternehmen“ begegnet hingegen keinen Bedenken, da sich hier keine bestimmte Erwartungshaltung an den Bewerber als jung und dynamisch ableiten lässt, sondern vielmehr das Unternehmen selbst als derartig bezeichnet wird.[8] Dies dürfte aber natürlich nur so lange gelten, wie es sich ernsthaft vertreten lässt, dass man das Unternehmen wegen seines Gründungsdatums selbst noch als jung bezeichnen darf.[9]

Sowohl mit der Frage der Diskriminierung wegen des Geschlechtes als auch wegen des Alters durfte sich in diesem Jahr das ArbG Koblenz beschäftigen.[10] Hier hatte ein Unternehmen aus dem Heizungs- und Sanitärbereich mit einer Stellenausschreibung „coole Typen – Anlagenmechaniker – Bauhelfer …“ gesucht. Auf diese Bewerbung meldete sich eine Handwerkerin, ihrem biologischen Geschlecht nach ein Mann, die bereits zusammen mit dem Unternehmen bei einer gemeinsamen Kundin in einem Sanierungsprojekt mitgewirkt hatte. Der Geschäftsführer des Unternehmens leitete die Bewerbung an die gemeinsame Kundin per WhatsApp weiter, versehen mit der spöttischen Anmerkung „Was läuft da nur falsch“ sowie einem Smiley mit heruntergezogenen Mundwinkeln. Die Stelle bekam die Handwerkerin nicht. Nach einem Streit auf der Baustelle verfolgte die klagende Handwerkerin nunmehr Entschädigungsansprüche wegen einer Diskriminierung aufgrund ihres Alters und ihrer sexuellen Identität sowie wegen der Weitergabe ihrer Bewerbung an Dritte.

Keine Diskriminierung konnte das Gericht allein in der Suche nach „coolen Typen“ entdecken, wobei die richterliche Definition von „cool“ für sich spricht und an dieser Stelle nicht vorenthalten werden soll:

> „Eine Altersdiskriminierung liegt allerdings nicht vor. Wenn die Beklagte in ihrer Stellenausschreibung „coole“ Typen sucht, so lässt sich dem nicht entnehmen, dass sie lediglich Bewerber eines (wie auch immer zu bestimmenden) „jungen“ Alters sucht. Bei dem Wort „cool“ handelt es sich um einen mittlerweile eingebürgerten und in der allgemeinen Kommunikation gängigen Begriff, der weder ausschließlich oder typischerweise nur von jüngeren Personen benutzt noch umgekehrt ausschließlich oder hauptsächlich auf jüngere Personen angewendet wird. Cool können Personen, Verhaltensweisen, Ereignisse oder sonstige Umstände sein, der Begriff dient der saloppen Bezeichnung einer besonders gelassenen, lässigen, nonchalanten, kühlen, souveränen, kontrollierten, nicht nervösen Geisteshaltung oder Stimmung sowie der Kennzeichnung besonders positiv empfundener, den Idealvorstellungen entsprechender Sachverhalte. Einen Altersbezug weist er nicht auf. Daher ist unbeachtlich, ob die Beklagte – wie die Klägerin behauptet – in ihrem Betrieb nur „junge“ Arbeitnehmer beschäftigt.“[11]

Während „coole Typen“ also noch unproblematisch sind und auch der Begriff „Typ“ grammatikalisch zwar ein maskulines Substantiv darstellt, inhaltlich jedoch geschlechtsunspezifisch ist und eine feminine Form des Wortes (etwa „Typin“) in der deutschen Sprache nicht existiert und im allgemeinen Sprachgebrauch auch nicht verwendet wird, so legen aber spätestens die auf den Begriff „Typ“ folgenden Wörter „Anlagenmechaniker“ und „Bauhelfer“ nahe, dass das Unternehmen tatsächlich männliche Typen suchte. Eine Benachteiligung wegen des Geschlechts lässt sich daher bejahen. Den kurz vor dem Kammertermin erhobenen Einwurf der Beklagten, die Klägerin könne als „Mann“ ja gar nicht durch die Ausschreibung diskriminiert werden, hat die Kammer zurecht ignoriert. Denn selbstverständlich er-

[2] *Turba/Klapp* in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2022, § 11 AGG Rn. 3; *Schlachter* (Fn. 1), § 11 AGG Rn. 3.
[3] So z.B. BAG NZA 2009, 1016 Rn. 45 zum männlichen Bewerber auf die Betreuerstelle in einem Mädcheninternat mit Nachtdiensten, wobei nach jüngster Rechtsprechung des BAG NZA 2020, 707 Sportlehrer z.B. nicht zwingend dem Geschlecht der zu unterrichtenden Schüler angehören müssen.
[4] OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2022, 13903.
[5] Vgl. *Pfaller*, „Urteil zur gender-sensiblen Sprache bei Audi-Klage abgewiesen“, BR24 v. 29.7.2022, https://www.br.de/nachrichten/bayern/urteil-zur-gendersensiblen-sprache-bei-audi-klage-abgewiesen,TCwxc86, zuletzt abgerufen am 14.8.2022.
[6] BAG NZA 2016, 1394 Rn. 75.
[7] LAG Berlin-Brandenburg BeckRS 2018, 34009.
[8] BAG NJW 2018, 1497 Rn. 34.
[9] Letztlich offengelassen BAG NJW 2018, 1497 Rn. 35.
[10] ArbG Koblenz BeckRS 2022, 9385.
[11] ArbG Koblenz BeckRS 2022, 9385 Rn. 23.

streckt sich der Schutz des AGG auch und gerade auf transsexuelle Personen. Soweit sich eine transsexuelle Person durch eine Benachteiligung wegen ihrer Transsexualität für beschwert hält, so genügt sie ihrer Darlegungslast im Prozess, wenn sie Indizien vorträgt, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass sie als solche Person wahrgenommen und deshalb benachteiligt wurde.[12] Der Klägerin wurde vom Gericht ein Entschädigungsanspruch in Höhe von 6.000 EUR zugesprochen. „Uncool" in dieser Geschichte war daher letztlich wohl allein der Arbeitgeber.

II. Die schwangere Schwangerschaftsvertretung

Selbst wenn es zur Einladung zu einem Bewerbungsgespräch kommt, so lauern dort – sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Arbeitnehmer – einige Tücken. Der Arbeitgeber möchte so viel wie möglich über seinen potenziellen neuen Mitarbeiter erfahren und hat daher naturgemäß ein großes Informationsbedürfnis. Dieses wird jedoch durch das AGG und das Datenschutzrecht und somit durch die Wahrung der Privatsphäre und des Persönlichkeitsrechts des Bewerbers begrenzt. Die Reichweite des Fragerechts des Arbeitgebers in einem Vorstellungsgespräch ist bereits Gegenstand etlicher Gerichtsentscheidungen gewesen,[13] sodass sich hieraus eine beachtliche Kasuistik von zulässigen und nicht zulässigen Fragen ergeben hat. Zulässigerweise dürfen demnach grundsätzlich nur Fragen gestellt werden, an deren wahrheitsgemäßer Beantwortung der Arbeitgeber auch ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse hat, sodass die Belange des Bewerbers (Schutz seines Persönlichkeitsrechts/Unverletzbarkeit der Individualsphäre) hier zurücktreten müssen.[14] Je weniger eine Frage jedoch mit dem angestrebten Arbeitsplatz in Verbindung steht und vielmehr zur Ausforschung des Bewerbers dient, desto eher erweist sich die Frage als unzulässig.[15] Zulässig sind daher vor allem Fragen nach dem bisherigen beruflichen Werdegang, Fähigkeiten, Kenntnissen, Erfahrung und nach Inhalten von Zeugnissen oder Ähnlichem. Kritisch wird es jedoch bei Fragen nach Krankheiten. Solche Fragen sind nur zulässig, wenn die erfragten Krankheiten die Arbeitsleistung des Bewerbers auf Dauer oder in periodisch wiederkehrenden Abständen einschränken.[16] Besonders problembehaftet sind auch Fragen, die vom AGG geschützte Diskriminierungsmerkmale berühren. So dürften sich bspw. Fragen nach der sexuellen Identität, dem Lebensalter oder der Religion verbieten, da sich hier regelmäßig kein legitimes Interesse des Arbeitgebers bejahen lassen wird.

In diesem Spannungsverhältnis erkennt die wohl überwiegende Auffassung – auch um den Bewerber im laufenden Bewerbungsprozess zu schützen – das sog. „Recht zur Lüge" bei unzulässigen Fragen an.[17] Denn der Bewerber befindet sich in einem Dilemma: Schweigt er auf eine unzulässige Frage oder beruft sich sogar darauf, dass diese Frage unzulässig sei, dürften seine Chancen den Job zu bekommen, drastisch schwinden. Beantwortet er sie jedoch wahrheitsgemäß und damit unter Umständen inhaltlich zum Missfallen des Arbeitgebers, so dürfte es sich ähnlich verhalten.

Stellt der Arbeitgeber hingegen eine zulässige Frage, so muss der Bewerber hierauf auch wahrheitsgemäß antworten, andernfalls drohen ihm rechtliche Konsequenzen. Das auf der Unwahrheit aufgebaute Arbeitsverhältnis kann dann sowohl angefochten (§ 123 Abs. 1 Fall 1 BGB oder auch § 119 Abs. 2 BGB) als auch gekündigt werden, wenn bspw. fachliche oder persönliche Qualifikationsmerkmale fehlen sollten.

Ein wenig konsterniert dürfte daher auch der Arbeitgeber in dem vor dem LAG Köln verhandelten Fall geschaut haben, als er im Oktober 2011 eine Rechtsanwaltsfachangestellte befristet als Schwangerschaftsvertretung eingestellt hatte und ihm seine neue Mitarbeiterin bereits einen Monat nach der Einstellung ebenfalls eröffnete, in freudiger Erwartung zu sein. Dies trübte die Freude des Arbeitgebers hingegen schlagartig und er focht im Januar 2012 das geschlossene Arbeitsverhältnis wegen arglistiger Täuschung an. Er hätte niemals mit seiner neuen Mitarbeiterin einen wegen einer Schwangerschaftsvertretung befristeten Arbeitsvertrag geschlossen, wenn er denn gewusst hätte, dass sein ausgesuchter Ersatz ebenfalls schwanger ist. Die neueingestellte Mitarbeiterin wusste bereits während der Vertragsanbahnung von ihrer Schwangerschaft.[18]

Nun hatte der Arbeitgeber die damalige Bewerberin im Einstellungsgespräch nicht explizit danach gefragt, ob sie schwanger sei. Die Bewerberin musste also nicht lügen. Musste sie aber ihrem Arbeitgeber von selbst offenbaren, dass auch sie ein Kind erwartet? Eine solche Offenbarungspflicht der Klägerin gegenüber ihrem potenziellen Arbeitgeber verneinte das LAG Köln. Denn die Klägerin sei weder dazu verpflichtet gewesen, dem Arbeitgeber ihre Schwangerschaft vor der Einstellung ungefragt mitzuteilen, noch wäre der Arbeitgeber zur Nachfrage berechtigt gewesen. Eine Offenbarungspflicht bestünde nur dann, wenn der Vertragspartner nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise Aufklärung

[12] ArbG Koblenz BeckRS 2022, 9385 Rn. 34.
[13] Siehe nur BAG NZA 1999, 975 (zur Frage nach Vorstrafen); NZA 2000, 1294 (Gewerkschaftszugehörigkeit); NZA 2003, 848 (Schwangerschaft); NZA 2012, 555 (Schwerbehinderung).
[14] BAG NZA 1996, 371 f.; NZA 1985, 57; *Riesenhuber*, NZA 2012, 771.
[15] *Preis*, in: ErfK (Fn. 1), § 611a BGB Rn. 271.
[16] BAG NZA 1985, 57.
[17] *Preis*, in: ErfK (Fn. 1), § 611a BGB Rn. 286; *Benecke* in: MHdB ArbR Bd 1, 5. Aufl. 2021, § 33 Rn. 142; *Koch* in: Schaub/Koch, ArbR A-Z, 26. Aufl. 2022, Fragerecht des Arbeitgebers; BAG NJW 1962, 74 (75).
[18] LAG Köln NZA-RR 2013, 232.

erwarten durfte.[19] Bejaht wurde dies z.B. im Fall von Krankheiten, die zur fehlenden Eignung für die angestrebte Tätigkeit führten[20], bei einer alsbald anzutretenden Haftstrafe[21] oder aber einer fehlenden Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis[22], die den Dienstantritt verhindern wird. Richtigerweise scheiden Offenbarungspflichten überall dort aus, wo die durch den Arbeitgeber hypothetisch gestellte Frage zu einer unmittelbaren Benachteiligung wegen der Diskriminierungsmerkmale nach § 1 AGG führen würde.

Aus diesem Grund – genauer wegen einer unmittelbaren Geschlechtsdiskriminierung (vgl. § 3 Abs. 1 S. 2 AGG) – scheidet eine Offenbarungspflicht bezüglich einer bestehenden Schwangerschaft aus.[23]

Sucht der Arbeitgeber folglich eine Schwangerschaftsvertretung, besteht für diesen keine Möglichkeit auszuschließen, dass es am Ende des Tages nicht doch noch einer Schwangerschaftsvertretung für die Schwangerschaftsvertretung bedarf.

III. Ossis unerwünscht

Im Jahr 2009 war die Mauer zwar schon seit 20 Jahren gefallen, aber gleichwohl noch in den Köpfen so mancher Mitbürger vorhanden. So auch bei einem Arbeitgeber im Großraum Stuttgart, der eine neue Buchhalterin suchte. Dabei schien er ganz besondere Vorstellungen zur gewünschten Herkunft seiner neuen Mitarbeiterin zu haben. Denn die Bewerbungsunterlagen einer Bewerberin aus dem Gebiet der ehemaligen DDR sendete er mit dem Vermerk „Ossi“ und einem daneben eingekreisten Minuszeichen sowie den Vermerken „DDR“ an zwei Stellen zurück. Hierin sah die auf diese Weise abgelehnte Bewerberin eine Benachteiligung wegen ihrer Herkunft und verlangte nach § 15 Abs. 2 AGG Entschädigung.[24]

Das Merkmal „ethnische Herkunft“ (§ 1 AGG) umfasst die Zurechnung eines Menschen zu einer durch besondere Merkmale verbundenen – vom Arbeitgeber definierten – Gemeinschaft, wobei sich die Zugehörigkeit räumlich, zeitlich und kulturell und weniger nach persönlichen Merkmalen bestimmt.[25] Die bloße Staatsangehörigkeit wird hingegen nicht erfasst. Das ArbG Stuttgart machte sich sodann über den Begriff „Ossi“ als ethnische Herkunft in seiner Urteilsbegründung tiefgehende Gedanken und lieferte damit in gewisser Weise auch einen Beitrag zur gesamtdeutschen Einheitsgeschichte:

„b) Wenn dieser Begriff auf das griechische Wort „ethnos“ basiert [sic!] und dessen Übertragung in die deutsche Sprache „Volk“ oder „Volkszugehörigkeit“ bedeutet, wird deutlich, dass die ethnische Herkunft i.S. von § 1 AGG mehr als nur die Herkunft aus einem Ort, einem Landstrich, einem Land oder einem gemeinsamen Territorium beinhaltet. Der Begriff der Ethnie kann nur mit Sinn erfüllt werden, wenn er die gemeinsame Geschichte und Kultur, die Verbindung zu einem bestimmten Territorium und ein Gefühl der solidarischen Gemeinsamkeit für eine bestimmbare Population von Menschen darstellbar macht. Dazu mögen eine gemeinsame Sprache, tradierte Gewohnheiten und Ähnliches gehören.

c) Die dem Rechtsstreit zu Grunde liegende Bezeichnung „Ossi“ mag dem Element eines „Territoriums“ im Begriff der Ethnie entsprechen (die ehemalige DDR/die Neuen Bundesländer). Eine gemeinsame Sprache prägt ihn jedoch nicht, da in den ostdeutschen Ländern Dialekte von sächsisch bis plattdeutsch gesprochen werden, wobei unterschiedliche Dialekte ohnehin nicht einer gemeinsamen Sprache entgegen stehen. Auch die Geschichte der nach 1989 entstandenen Bezeichnung „Ossi“ ist viel zu jung, um seither eine abgrenzbare Population beschreiben zu können. Dass die damalige DDR und die Bundesrepublik Deutschland gesellschaftspolitisch unterschiedliche Entwicklungen bis 1989 aufzeigen, lässt die (ehemaligen) Bürger der beiden staatlichen Räume nicht als abgrenzbare Ethnien von jeweils eigener Art beschreiben, denn die gemeinsame Geschichte seit Abschaffung der Kleinstaaterei, die gemeinsame Kultur der letzten 250 Jahre, die von Dialektunterschieden abgesehene gemeinsame Sprache machen deutlich, dass im 21. Jahrhundert regionale Unterscheidungsmöglichkeiten weder Schwaben noch Bayern noch „Wessis” noch in Ostdeutschland Geborene zu jeweils voneinander abgrenzbaren Ethnien werden lassen.“[26]

Auch wenn der Begriff „Ossi“ für manch einen ehrverletzend sein mag, einen Entschädigungsanspruch nach dem AGG begründet er nicht.

IV. „AGG-Hopper“

Dass der Arbeitgeber gut beraten ist, sich im gesamten Bewerbungsprozess – und darüber hinaus natürlich auch – AGG-konform zu verhalten, zeigt die Existenz einer ganz speziellen Form von Bewerbern: den sog. „AGG-Hoppern“. Hierunter versteht man Bewerber, die sich systematisch und zielgerichtet auf Stellenausschreibungen bewerben, um mit den anschließend geltend gemachten Entschädigungsansprüchen einen Gewinn zu erzielen. Dies kann sich mitunter als wirklich attraktiv erweisen, da die Entschädigung nach § 15 Abs. 2 S. 2 AGG bei einer diskriminierenden Nichteinstellung bis zu drei Monatsgehälter betragen kann. Um die ausgeschriebene Stelle selbst geht es

[19] BAG NZA 1991, 719; LAG Köln NZA-RR 2013, 232; *Preis*, in: ErfK (Fn. 1), § 611a BGB Rn. 288; *Benecke* (Fn. 17), § 33 Rn. 132.
[20] BAG AP BGB § 119 Nr. 3 zur Epilepsie; auch wenn eine Schwerbehinderung dazu führen sollte, dass man die vorgesehene Arbeit nicht leisten kann, so wird eine Offenbarungspflicht bejaht, so BAG NZA 1986, 635.
[21] LAG Frankfurt NZA 1987, 352 (353); *Kreitner* in: Küttner, Personalbuch, 29. Aufl. 2022, Auskunftspflichten Arbeitnehmer Rn. 6; *Benecke* (Fn. 17), § 33 Rn. 137; *Preis*, in: ErfK (Fn. 1), § 611a BGB Rn. 289.
[22] LAG Nürnberg NZA 1995, 228.
[23] LAG Köln NZA-RR 2013, 232; LAG Hamm BeckRS 1999, 30777852; *Preis*, in: ErfK (Fn. 1), § 611a BGB Rn. 290; *Thüsing* in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2021, § 3 AGG Rn. 23; *Joussen* in: BeckOK ArbR, 64. Ed. 1.6.2022, § 611a BGB Rn. 114; *Kreitner* (Fn. 21), Auskunftspflichten Arbeitnehmer Rn. 9; zur unzulässigen Frage nach der Schwangerschaft vgl. BAG NZA 2003, 848.
[24] ArbG Stuttgart NZA-RR 2010, 344 (345).
[25] BAG NZA 2012, 1345 (1347).
[26] ArbG Stuttgart NZA-RR 2010, 344 (345).

den Bewerbern dabei nicht. Sie suchen vielmehr nach Stellenausschreibungen, die nicht AGG-konform formuliert sind und/oder bewerben sich mit Bewerbungsunterlagen, die man nicht ernsthaft für eine Jobsuche in Betracht ziehen würde. Dieses Vorgehen hat sich so mancher fast selbst zum neuen „Beruf" gemacht. Ein besonders hartnäckiger Kandidat – natürlich ein Jurist – hat es vom BAG[27] über den EuGH[28] bis zu einem Strafverfahren[29] geschafft und hat den zweifelhaften Ruf als „Deutschlands namhaftester AGG-Hopper"[30].

Nach dem BAG kann das Entschädigungsverlangen nach § 15 AGG dem Rechtsmissbrauchseinwand nach § 242 BGB unterliegen. Dies ist der Fall, sofern sich die Person nicht beworben hat, um die ausgeschriebene Stelle zu erhalten, sondern es ihr darum ging, nur den formalen Status als Bewerber i.S.v. § 6 Abs. 1 S. 2 AGG zu erlangen, mit dem ausschließlichen Ziel, Ansprüche auf Entschädigung und/oder Schadensersatz geltend zu machen (Scheinbewerbung).[31] Strafrechtlich kann ein solches Verhalten als (versuchter) Betrug oder (versuchte) Erpressung relevant werden.[32]

Ein treuwidriges Entschädigungsverlangen stellte der BGH bei der Bewerbung des bekannten AGG-Hoppers bei einem Diakonieträger der Evangelischen Kirche auf eine Stellenausschreibung fest, in welcher die Mitgliedschaft in der evangelischen Kirche vorausgesetzt wurde. In dem Bewerbungsschreiben beschränkte sich der Bewerber aber nicht etwa auf den Hinweis, dass er derzeit der evangelischen Kirche nicht angehöre, vielmehr wies er daraufhin, dass er nach langjähriger Mitgliedschaft aus finanziellen Gründen ausgetreten sei.[33] Der Inhalt des Bewerbungsschreibens lasse nur den Schluss zu, dass es dem Bewerber lediglich darum gegangen sei, dem Arbeitgeber bereits beim ersten Lesen Gründe für eine Absage zu liefern, was wiederum nur den Schluss zulasse, dass der Bewerber damit rechtsmissbräuchlich die Grundlage für eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG schaffen wollte.

Schon im Jahr 2007 wurde in einem besonders skurrilen Fall die Geltendmachung des Entschädigungsanspruches – erneut durch einen Juristen – von der Rechtsprechung als rechtsmissbräuchlich betrachtet.[34] Der Bewerber hatte als Bewerbungsbild ein Bild von sich vor einem Schachbrett sitzend eingereicht, sich in den Bewerbungsunterlagen allgemein und ohne jeglichen Bezug zu seiner Bewerbung oder der ausgeschriebenen Stelle zu den Themen Bordelle, Freier und Bordellsteuer geäußert und im Lebenslauf angegeben „seit 01.01.2005 im Zuge der sogenannten Reform Harz IV auf Bahnhofspennerniveau verharzt" zu sein. Abgerundet wurde der Lebenslauf mit der Angabe, dass sich der Kläger erfolglos als Vorstandsvorsitzender der Bundesagentur für Arbeit beworben habe. Das LAG Baden-Württemberg stellte fest, dass das gesamte Verfahren dazu gedient habe, „das System des staatlichen Rechtsschutzes *ad absurdum* zu führen und der Lächerlichkeit preiszugeben".[35]

Sehr verblüfft dürfte auch der Arbeitgeber geschaut haben, der Fachanleiter aus den Bereichen Küche/Hauswirtschaft/Nähen gesucht hatte, nachdem sich ein Bewerber mit einem Dreizeiler meldete, in dem dieser betonte, dass er Regel-Altersrentner sei, der Ausbildungsbereich „Nähen" durch ihn nicht erbracht werden könne und er von dem Arbeitgeber ein Appartement in nächster Betriebsnähe benötigen würde. Über die geforderten Qualifikationen hatte der Bewerber hingegen kein Wort verloren, sondern hob vielmehr nur das hervor, was er nicht konnte: Nähen. In der Aufnahme der Forderung nach einem vom Arbeitgeber zu stellenden „Appartement in nächster Betriebsnähe", konnte das ArbG Bonn keinen anderen Grund erkennen als das Heraufbeschwören einer Absage.[36] Auch hier scheiterte eine Entschädigungsklage am Einwand des Rechtsmissbrauches. Dreistigkeit siegt in solchen Fällen zum Glück nicht.

B. Mitten im (Arbeits-)Leben

Ist die Hürde des Einstellungsprozesses überwunden, so gestaltet sich der Berufsalltag in vielen Fällen nicht minder streit- und konfliktbelastet. Dass die zwischenmenschlichen Auseinandersetzungen im Arbeitsleben mitunter absurde Züge annehmen können, zeigen die folgenden Beispiele.

I. Mit dem Leichenwagen zum Supermarkt

Neben dem reinen Arbeitsentgelt stellt der Arbeitgeber seinen Mitarbeitern oftmals sog. Sachbezüge als Teil des Arbeitsentgelts zur Verfügung. Gem. § 107 Abs. 2 S. 1 GewO können Sachbezüge als Teil des Arbeitsentgelts vereinbart werden, wenn dies dem Interesse des Arbeitnehmers oder der Eigenart des Arbeitsverhältnisses entspricht.[37] Dies können Diensthandy, Dienstlaptop oder Personalrabatte sein. Allen Jobtickets und Jobfahrrädern zum Trotz – in der „Nation der Autofahrer" dürfte die Überlassung eines

[27] BAG NZA 2019, 527.
[28] EuGH Urt. v. 28.7.2016 – C-423/15 (Nils-Johannes Kratzer / R+V Allgemeine Versicherung AG), NZA 2016, 1014.
[29] Vgl. *Löw,* BB 2020, 2425, (2427); LG München Urt. v. 06.07.2020, 12 KLs 231 Js 139171/12 – juris.
[30] *Bauer*, FD-ArbR 2019, 415710.
[31] BAG NZA 2016, 1394 Rn. 33; LAG Baden-Württemberg BeckRS 2021, 31804 Rn. 93.
[32] *Metz*, NZA 2019, 876 (881); *Brand/Rahimi-Azar*, NJW 2015, 2993 f.
[33] BAG BeckRS 2018, 40097 Rn. 8 und 56 ff.
[34] LAG Baden-Württemberg BeckRS 2007, 46956.
[35] LAG Baden-Württemberg BeckRS 2007, 46956.
[36] ArbG Bonn NZA-RR 2020, 70 Rn. 41.
[37] *Salamon*, in: Entgeltgestaltung, 2019, B. Rn. 65.

Dienstwagens zur privaten Nutzung aber nach wie vor der begehrteste Sachbezug sein.[38]

Sofern sich der Arbeitgeber verpflichtet, einen Dienstwagen zur Verfügung zu stellen, und der Dienstwagen auch zu privaten Zwecken genutzt werden darf, so richten sich der Inhalt und die Ausgestaltung der Nutzungsüberlassung grundsätzlich nach der vertraglichen Vereinbarung. Da es sich bei der privaten Nutzungsmöglichkeit des Dienstfahrzeuges lediglich um einen Zusatz zur betrieblichen Nutzung handelt, besteht der Anspruch zur Nutzung auch nur, solange der Arbeitgeber Arbeitsentgelt zu leisten hat.[39] Damit entfällt der Nutzungsanspruch zwar nicht bereits mit einer kurzzeitigen Erkrankung. Erst nach sechs Wochen der Erkrankung endet die Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber gemäß § 3 Abs. 1 EFZG und damit auch der Anspruch auf die Nutzung des Dienstfahrzeugs.[40]

Der Anreiz, welcher durch die private Nutzung eines Dienstwagens für den Arbeitnehmer gesetzt wird, dürfte jedoch regelmäßig beträchtlich gemindert sein, wenn das ihm überlassene Fahrzeug ein Leichenwagen ist. Die Aussicht, die Fahrt zum Supermarkt nach Dienstschluss oder zur nächsten privaten Feier am Wochenende mit einem Leichenwagen anzutreten, erscheint wenig verlockend. Ob ein Leichenwagen als taugliches Dienstfahrzeug für den privaten Gebrauch betrachtet werden kann, musste tatsächlich das LAG Köln klären.[41] Der Mitarbeiter eines Bestattungsunternehmens beantragte, seinen Arbeitgeber zu verurteilen, ihm „einen Pkw mit einem Listenpreis zwischen 20.000,00 € und 30.000,00 € zur privaten Nutzung zu überlassen, wobei es sich bei dem Fahrzeug nicht um einen Leichenwagen handeln dürfe.“[42].

Das LAG Köln entschied den Fall kurz und schmerzlos, indem es ausführte, dass der vertraglich vereinbarte Anspruch auf einen auch in der Freizeit nutzbaren Dienstwagen nicht durch einen Leichenwagen erfüllt werden könne. Denn nach der allgemeinen Verkehrsanschauung sei es dem Kläger nicht zumutbar, ein solches Fahrzeug für sich und seine Angehörigen in seiner Freizeit privat zu nutzen. Das Gericht betonte, dass dies keiner weiteren Vertiefung bedürfe.[43]

II. Das stille Örtchen und die Arbeit

Ist das Büro nun mit dem Dienstwagen erreicht, muss auch mal gearbeitet werden. Fragt sich nur: Wie lange? Ein Mensch hat schließlich Bedürfnisse. Grundlegende Regelungen zur Arbeitszeit finden sich im gleichnamigen Gesetz (ArbZG). Gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 ArbZG ist die Arbeitszeit die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen. Wenn sich ein Arbeitnehmer nun aber während der Zeit, welche dieser im Büro verbringt, für eine beträchtliche Dauer in den Toilettenräumen aufhält, zählt dies trotz dessen zur Arbeitszeit und ist als solche zu vergüten?

Hierüber entfachte ein Rechtsstreit zwischen zwei Juristen. Der beklagte Rechtsanwalt hatte bei einem bei ihm angestellten Rechtsanwalt die Dauer der Toilettengänge über 19 Tage kontrollieren lassen und behauptet, insgesamt habe dieser 384 Minuten auf dem stillen Örtchen gesessen. Diesen Anteil der Toilettenzeit rechnete der Arbeitgeber auf die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses hoch und kürzte das Gehalt seines Angestellten entsprechend. Der Angestellte begründete sein längeres Verweilen auf der Toilette damit, in der betreffenden Zeit unter Verdauungsstörungen gelitten zu haben. Das ArbG Köln stellte fest, dass die angeführten Toilettenzeiten bereits zu unsubstantiiert vorgetragen seien, da diese lediglich auf einer pauschalen Hochrechnung beruhten.[44] Somit ist die Frage nach der zulässigen Toilettennutzungshöchstdauer, bevor diese nicht mehr als Arbeitszeit gilt, weiterhin in der Rechtsprechung nicht ausdrücklich geklärt.

Doch auch über die Vergütungsfrage hinaus bietet der Toilettengang im Arbeitskontext reichlich Konfliktpotenzial. So stellt sich erstaunlich häufig die Frage, ob Unfälle während des Toilettenganges oder auf dem Weg zur Toilette noch einen Arbeitsunfall darstellen oder nicht.

Ansprüche der Arbeitnehmer im Rahmen der gesetzlichen Unfallversicherung werden im SGB VII geregelt. Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII sind grundsätzlich alle Arbeitnehmer pflichtversichert. Ein versicherter Arbeitsunfall liegt gemäß § 8 Abs. 1 SGB VII bei einem Unfall eines Arbeitnehmers infolge einer versicherten Tätigkeit vor. Dies bedeutet nach ständiger Rechtsprechung des BSG, dass die Tätigkeit der versicherten Tätigkeit zugerechnet werden können muss, also eine sachliche Verbindung mit dieser besteht.[45] Der innere Zusammenhang ist stets wertend zu ermitteln, indem untersucht wird, ob die jeweilige Verrichtung noch innerhalb der Grenze liegt, bis zu welcher der Versicherungsschutz in der gesetzlichen Unfallversicherung reicht. Entscheidend für die Bestimmung eines solchen Zusammenhangs ist wiederum der durch den Arbeitnehmer mit dem Handeln verfolgte Zweck, das heißt eine sog. Handlungstendenz des Arbeitnehmers.[46]

Gerade im Bereich von für sich betrachtet privaten Tätigkeiten, wie der Nahrungsaufnahme, dem Trinken oder den Toilettengängen kann die Bestimmung des erforderlichen

[38] Konkurrenz in der Beliebtheit könnte dieser Sachbezug allerhöchstens von dem über hundert Jahre alten sog. „Haustrunk“ im Brauereigewerbe, bei dem Brauereimitarbeitern bis zum Rabattfreibetrag von 1080 EUR jährlich steuerfrei Bier überlassen werden kann. Aber auch ein namhafter Getränkehersteller mit rot-weißem Logo bietet seinen Mitarbeitern kostenfreie Getränke des Sortiments für Zuhause an.
[39] BAG NJW 2011, 1469 Rn. 14.
[40] BAG NJW 2011, 1469 Rn. 13.
[41] LAG Köln BeckRS 2010, 73541.
[42] LAG Köln BeckRS 2010, 73541.
[43] LAG Köln BeckRS 2010, 73541.
[44] ArbG Köln BeckRS 2010, 65877.
[45] BSG NZS 2006, 100.
[46] BSG NZS 2006, 100 (101).

Zusammenhangs zur Arbeitstätigkeit problematisch werden. So kann es sich bei einer rein privaten Nahrungsaufnahme[47] sehr wohl um eine im Zusammenhang mit der Arbeitstätigkeit stehende Handlung handeln, wenn es sich beispielsweise um ein Geschäftsessen handelt.[48] Geht ein Arbeitnehmer – während er auf die Betriebsbereitschaft des Kopiergeräts an seinem Arbeitsplatz wartet – zum 1,5 Meter entfernten Kühlschrank, entnimmt diesem ein Bier und verletzt sich nach Öffnung der Flasche beim Abtrinken des heraussprudelnden Biers, liegt mangels eines hinreichenden Bezugs zu einer Arbeitstätigkeit jedoch kein Arbeitsunfall vor.[49] Andererseits besteht ein solcher allerdings, wenn die Nahrungsaufnahme oder das Trinken beispielsweise im Wesentlichen der Fahrfähigkeit eines Kraftfahrers dient.[50] Wenn sich ein Jagdhelfer (ein sog. Treiber) nach erfolgreicher Jagd an ein Lagerfeuer setzt, dort nach jagdlicher Tradition beim sog. „Schüsseltreiben" Speis und Trank zu sich nimmt und sich dann beim Versuch die Sitzbank zu wechseln verletzt, so liegt kein Arbeitsunfall vor, weil diese Veranstaltung ungeachtet der jagdlichen Traditionen im Wesentlichen den privaten Belangen der Teilnehmer dient und ein innerer Zusammenhang mit der „Jagd" hier nicht ersichtlich ist.[51] Aber Grillabend ist nicht gleich Grillabend: Dass der gesetzliche Versicherungsschutz mitunter beim Gang zur Toilette recht weitreichend sein kann, zeigt ein Urteil des SG Dortmund.[52] Dort brach sich die Klägerin nach einem Workshop bei ihrem Arbeitgeber mit einem anschließenden gemeinsamen Grillabend auf dem Weg zur Toilette das Sprunggelenk. Der Grillabend sei hier eine Betriebsgemeinschaftsveranstaltung gewesen, die Teilnahme von der Unternehmensleitung gewünscht und gewollt und diene vornehmlich der Förderung der Betriebsverbundenheit. Da ändere auch eine Alkoholisierung der Arbeitnehmerin mit nahezu 2,0 Promille nichts daran, dass dieser Weg zur Toilette in der Betriebsstätte vom Versicherungsschutz erfasst war. Ein Betriebsbezug ließe sich nach Ansicht des SG Dortmund erst dann aufgrund starker Alkoholisierung nicht mehr annehmen, wenn ausgeschlossen werden könne, dass die Arbeitnehmerin wegen der Alkoholisierung noch dem Unternehmen dienende Tätigkeiten ausüben könnte. Abzustellen sei dabei nicht auf einen abstrakten BAK Wert, sondern auf den konkreten „Leistungsabfall", welcher bei der alkoholisierten Arbeitnehmerin mit 2,0 Promille aber – erstaunlicherweise – (noch) nicht erkennbar gewesen sei.[53] In diesem Sinne: Prost!

Kehren wir zurück zum stillen Örtchen: Jedenfalls der Weg zu den Toilettenräumen auf der Betriebsstätte steht nach ständiger Rechtsprechung des BSG noch in einem hinreichenden Zusammenhang mit der Betriebstätigkeit, da dieser zum einen der Aufrechterhaltung der Arbeitsfähigkeit und damit der Fortsetzung der betrieblichen Tätigkeit diene und zum anderen aufgrund der Eingliederung des Arbeitnehmers in die betriebliche Sphäre in die Verantwortlichkeit des Arbeitgebers falle.[54] Aber auch hier gibt es Grenzen und irgendwann fängt auch hier die gänzlich private Angelegenheit an. Innerhalb einer grundsätzlich einzelfallbezogenen Abwägung soll nach der Rechtsprechung des LSG Baden-Württemberg eine natürliche Zäsur zwischen dem Arbeits- und Privatbereich wohl die Außentür einer Toilettenanlage darstellen. Die Verrichtung der Notdurft selbst sei als höchstpersönliche Angelegenheit kein Arbeitsunfall. Hierzu müsse auch das „(privatnützige) Händewaschen" zählen und damit der mit dieser rein privatnützigen Tätigkeit verbundene gesamte Aufenthalt in allen zur Toilette gehörenden Räumlichkeiten einschließlich des Waschbeckenraums, mithin in der gesamten Toilettenanlage.[55] Dementsprechend stand also der Sturz einer Arbeitnehmerin auf der Personaltoilette – genauer verortet: Auf der Türschwelle zwischen dem Vorraum mit Waschbecken und dem Raum, in dem sich die Toilettenkabinen befinden – nicht unter Versicherungsschutz.

Noch strengere Regeln galten eigentlich bislang im Home-Office. So war selbst der Weg zur Toilette im Home-Office nach früherer Rechtsprechung ebenso wenig versichert wie der Weg im Home-Office zur Nahrungsaufnahme (sprich: Küche), da dieser Weg gerade nicht in die betriebliche Sphäre falle und der Arbeitgeber keinerlei Sicherungsmaßnahmen trage beziehungsweise Kontrollen durchführe.[56] Die Corona-Pandemie und das schlagartige Arbeiten von Millionen von Arbeitnehmern im Home-Office über Nacht und über eine längere Zeit führte hier zu einem Umdenken. Nachdem zunächst im neu eingeführten § 8 Abs. 1 S. 3 SGB VII festgehalten wurde, dass grundsätzlich im gleichen Maße ein Versicherungsschutz wie bei der Ausübung einer Tätigkeit auf der Unternehmensstätte existiert, wenn die versicherte Tätigkeit im Haushalt des Versicherten ausgeübt wird, hat sich mittlerweile auch die Rechtsprechung an diese neue Arbeitswelt angepasst. Nach der jüngsten Rechtsprechung des BSG lag daher auch dann ein Arbeitsunfall vor, als ein im Home-Office-tätiger Arbeitnehmer aus dem Bett aufgestanden war, die Treppe in seinem Haus hinunter zu seinem Arbeitsplatz gehen wollte und dabei stürzte.[57] Zwischen der Arbeit im Homeoffice und der Arbeit im Betrieb wird also aus unfallversicherungsrechtlicher Sicht nicht mehr differenziert, so dass nunmehr – vollkommen zu Recht und der derzeitigen Arbeitswirklichkeit

[47] BSG NJW 1997, 2261 (2262).
[48] *Wietfeld* in: BeckOK SozR, 64. Ed. 1.3.2022, § 8 SGB VII Rn. 59.
[49] SG Dresden BeckRS 2014, 71530.
[50] BSG BeckRS 1964, 267 Rn. 10.
[51] BSG NZS 2006, 100 (101).
[52] SG Dortmund BeckRS 2018, 1324.
[53] SG Dortmund BeckRS 2018, 1324 Rn. 43.
[54] BSG NZS 2017, 625 Rn. 17.
[55] LSG Baden-Württemberg BeckRS 2020, 15303 Rn. 29.
[56] BSG NJW 2017, 508 (510); SG München NZA-RR 2019, 616 (620).
[57] BSG BeckRS 2021, 39878.

von Millionen Arbeitnehmern angepasst – auch privatnützige Handlungen wie das Holen eines Getränks oder der Gang zur Toilette im Home-Office versichert sind.

III. Kleider machen Arbeitnehmer

Es ist wohl kaum möglich im Arbeitsvertag auf jegliche Situationen bei der Arbeit einzugehen und im Vorhinein festzulegen, wie der Arbeitnehmer mit diesen im Detail umzugehen hat. Dem Arbeitgeber steht daher ein Weisungsrecht (auch Direktionsrecht genannt) zu, das in § 106 GewO auch normiert ist. So kann er die Arbeitspflichten seiner Arbeitnehmer nach § 106 S. 1 GewO hinsichtlich der Zeit, des Ortes und der Art der Arbeitsleistung sowie gemäß § 106 S. 2 GewO hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb näher konkretisieren. Dieses Weisungsrecht zeichnet ein Arbeitsverhältnis grundlegend aus, ist seit einigen Jahren auch im § 611a BGB normiert und zudem zentral für die Abgrenzung zwischen einem Arbeitsverhältnis i.S.d. § 611a BGB und einem freien Mitarbeiter.[58]

Eingeschränkt wird das Weisungsrecht allerdings bereits gemäß § 106 S. 1 GewO dadurch, dass der Arbeitgeber bei den Weisungen nicht nur durch das limitiert ist, was im Arbeitsvertrag, einer Betriebsvereinbarung, einem Tarifvertrag oder gesetzlichen Vorschriften ausdrücklich steht, sondern darüber hinaus müssen die Weisungen auch billigem Ermessen entsprechen. Das verlangt vom Arbeitgeber, dass die wechselseitigen Interessen nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit bei jeder Weisung abgewogen werden.[59] Dabei muss insbesondere auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer gewahrt werden.[60] In diesem Zusammenhang stellen Anordnungen des Arbeitgebers zur Dienstkleidung oftmals den Stein des Anstoßes dar. Zwar ist der Arbeitgeber grundsätzlich berechtigt, dem Arbeitnehmer Weisungen hinsichtlich seiner Kleidung und seines äußeren Erscheinungsbildes zu erteilen oder ihm gar vorzuschreiben, eine betriebseinheitliche Dienstkleidung zu tragen.[61] Wenn aber z.B. ein Personenbeförderungsunternehmen seinen Fahrkartenkontrolleuren keine Umkleideräume zur Verfügung stellt, kann es von diesen auch nicht verlangen, dass sie ihren Dienst in Uniform verrichten. Denn der Arbeitgeber greift hier zu sehr in die Privatsphäre seiner Arbeitnehmer ein, da diese gezwungen wären, bereits in voller Montur ihre Arbeit zu beginnen und sich nach dem Dienstende erst einmal zuhause umziehen müssten, um sich anschließend ihrer Freizeit zu widmen.[62]

In welchem Fall dem Weisungsrecht aufgrund einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmer eine Grenze zu setzen ist, versuchte das LAG Köln in einer etwas seltsam anmutenden Entscheidung näher zu bestimmen. Es hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem ein Unternehmen, das die Fluggastkontrollen am Flughafen durchführte, eine umfassende Regelung des äußeren Erscheinungsbildes und der Dienstkleidung der Arbeitnehmer vornahm. So wurde den Arbeitnehmerinnen vorgegeben, lediglich einfarbige Fingernägel zu tragen und allen Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen vorgeschrieben, nur natürlich wirkende Haarfarben und keine künstlichen Haare zu tragen. Zudem wurden die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zum Tragen von BHs, Bustiers bzw. eines Unterhemdes verpflichtet. Diese sollten ausschließlich weiß oder hautfarben sein und keine Muster/Beschriftungen oder Embleme aufweisen.[63]

Manche dieser sehr speziellen Vorgaben gingen dem LAG Köln dann doch deutlich zu weit. Die Regelungen über die Fingernägel und die Haarpracht würden das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer verletzen. So seien diese Regelungen bereits nicht erforderlich, um ein einheitliches Auftreten sicherzustellen. Vielmehr könne dieses durch einheitliche Kleidung erzeugt werden, während die Haarpracht und Fingernägel das Erscheinungsbild nicht bedeutend beträfen.[64] Im Gegensatz dazu betrachtete das LAG Köln die Regelungen zur Unterwäsche der Mitarbeiter als verhältnismäßig, da das Interesse des Arbeitgebers an einer möglichst geringen Abnutzung der in seinem Eigentum stehenden Arbeitskleidung, welche die Mitarbeiter über der Unterwäsche bei der Arbeit trugen und das Interesse an einem ordentlichen Erscheinungsbild die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts der Mitarbeiter überwiege.[65] Ob dies in heutiger Zeit noch haltbar ist, erscheint uns durchaus fraglich.

Letztendlich bestimmt sich die Zulässigkeit einer Weisung des Arbeitgebers damit jeweils nach einer einzelfallbezogenen Abwägung der Interessen des Arbeitgebers und der der Arbeitnehmer.

C. Jedem Anfang wohnt ein Ende inne

Wird die Bewerbungsphase erfolgreich abgeschlossen und das Arbeitsverhältnis über viele Jahre gar konfliktlos durchgeführt, dürfte der ein oder andere beim Renteneintritt geradezu wehmütig an seine Arbeitszeit zurückdenken. So manches Arbeitsverhältnis endet jedoch viel früher als

[58] *Spinner* in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 95.
[59] BAG NZA-RR 2018, 568 Rn. 39.
[60] *Tillmanns*, in: BeckOK ArbR (Fn. 23), § 106 GewO Rn. 52; *Ehrich* in: Grobys/Panzer-Heemeier, StichwortKommentar Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2021, Direktionsrecht Rn. 38; BAG NZA 1999, 1209 (1210).
[61] *Maschmann* in: Richardi, BetrVG, 17. Aufl. 2022, § 75 BetrVG Rn. 54.
[62] LAG Baden-Württemberg BeckRS 2004, 30453181.
[63] LAG Köln NZA-RR 2011, 85 (86).
[64] LAG Köln NZA-RR 2011, 85 (88).
[65] LAG Köln NZA-RR 2011, 85 (88).

gedacht und die Gründe hierfür haben es oftmals in sich: Denn wie jede zwischenmenschliche Beziehung ist auch das Arbeitsverhältnis nicht davor gefeit, in einem Rosenkrieg vor Gericht zu landen.

I. Die unglücksbringenden Emoticons

Das Arbeitsverhältnis kann – neben anderen Beendigungsgründen wie dem Erreichen einer Altersgrenze, dem Abschluss eines Aufhebungsvertrages oder dem Ablauf einer Frist – durch Kündigung beendet werden. Neben der ordentlichen Kündigung (zu den Fristen vgl. § 622 BGB) kommt bei schwerwiegenden Pflichtverletzungen eine außerordentliche Kündigung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber gemäß § 626 BGB in Betracht. Gerade aufgrund der besonders einschneidenden Folge der fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses, ist die außerordentliche Kündigung nur unter Einhaltung enger Voraussetzungen möglich. Hier kommt es zu einer zweistufigen Prüfung: Es wird zunächst geprüft, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls *an sich* geeignet ist, einen wichtigen Grund zur Kündigung zu begründen.[66] Sodann wird in einem zweiten Schritt geprüft, ob bei Berücksichtigung dieser Umstände und der Interessenabwägung die konkrete Kündigung gerechtfertigt ist und dem Kündigenden nicht noch die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses jedenfalls bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar ist.[67] Aus dieser Prüfung folgt, dass es keine sog. „absoluten" Kündigungsgründe gibt. Durch die notwendige Überprüfung des Einzelfalles wird stets eine Einzelfallgerechtigkeit sichergestellt.[68] Nichtsdestotrotz wurden auch im Rahmen der außerordentlichen Kündigung in Rechtsprechung und Literatur Fallgruppen zu diesem „wichtigen Grund an sich" herausgebildet, die grundsätzlich in die Kategorien der verhaltensbedingten und der personenbedingten Kündigung und der Kündigung aus betrieblichen Gründen unterteilt werden können.[69]

Das meiste Streitpotential dürfte wohl die verhaltensbedingte Kündigung bieten. In Betracht kommen dabei schwerwiegende Pflichtverletzungen wie Arbeitszeitbetrug[70], eigenmächtige Selbstbeurlaubungen[71], ausschweifende private Internetnutzungen[72] oder strafbare Handlungen[73]. Bei Beleidigungen wird es für die Gerichte jedoch – dies sollte aus dem Strafrecht bekannt sein – aufgrund der verfassungsrechtlichen Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 GG besonders knifflig. Wer aber seinem Arbeitgeber Ansichten und Verfahrensweisen wie im Dritten Reich vorwirft[74] oder seinem Arbeitgeber einen Umweltskandal, einen Subventionsbetrug und weitere Betrügereien unterstellt,[75] dürfte sich ebenso wenig über eine Kündigung wundern dürfen, wie jemand, der sich rassistisch und fremdenfeindlich äußert,[76] seinem Vorgesetzten wiederholt den Mittelfinger zeigt[77] oder ihn als Betrüger, Gauner oder Halsabschneider bezeichnet.[78] Durch grobe Beleidigungen verletzt der Arbeitnehmer das gegenseitige Rücksichtnahmegebot im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB. Entsprechendes gilt für bewusst wahrheitswidrig aufgestellte Tatsachenbehauptungen, etwa wenn sie den Tatbestand der üblen Nachrede erfüllen. Der Arbeitnehmer kann sich in diesen Fällen nicht mehr auf sein Recht zur freien Meinungsäußerung berufen.[79] Einer erstaunlichen Beliebtheit im Umgangston von Arbeitnehmern mit ihren Arbeitgebern oder Vorgesetzten erscheint sich das mehrere hundert Jahre alte sog. *Götz-Zitat*[80] zu erfreuen, das schon Gegenstand vieler Prozesse über die Wirksamkeit einer Kündigung gewesen ist.[81]

Aber auch die Form der verwendeten Beleidigungen gehen mit der Zeit. So eröffnen die sozialen Medien einen ganz neuen Anwendungsbereich, um weitere Kündigungssachverhalte zu kreieren. Gerade die sozialen Medien sind in den letzten Jahren zum – sehr öffentlichen – Stammtisch geworden und ermöglichen einen schnellen und oftmals unüberlegten Austausch über das (Arbeits-)Leben. Bereits im Jahr 2016 musste daher das LAG Baden-Württemberg die Grenzen einer eine außerordentliche Kündigung rechtfertigenden Beleidigung ausloten, wobei hier die Verwendung eines Schwein- und eines Bären-Facebook-Emoticons (oder war es doch ein Affe?) eine tragende Rolle spielte.[82] Gerade hier empfiehlt es sich, das Urteil im Original nachzulesen, da in den Entscheidungsgründen tatsächlich die Emoticons abgedruckt werden, die vorliegend die Gemüter der Parteien erhitzt hatten. Was war passiert?

Ein Arbeitnehmer eines Maschinenbauunternehmens hatte in seiner Facebook-Chronik ein Foto seiner Hand, welche er sich bei einem Arbeitsunfall verletzt hatte, gepostet.

---

[66] Ständige Rspr. vgl. nur BAG NZA 2017, 1605 Rn. 17; BAG NZA 2018, 845 Rn. 26; BAG NZA 2019, 445 Rn. 15.
[67] *Niemann*, in: ErfK (Fn. 1), § 626 BGB Rn. 15; *Vossen* in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, § 626 BGB Rn. 29; BAG NZA 2017, 1121 Rn. 11.
[68] *Vossen* (Fn. 67), § 626 BGB Rn. 56.
[69] Vgl. bspw.: *Henssler* (Fn. 58), § 626 BGB Rn. 139 ff.; *Stoffels*, in: BeckOK ArbR (Fn. 23), § 626 BGB.
[70] BAG NJW 2019, 1161.
[71] BAG NZA 2021, 1092.
[72] BAG, NZA 2006, 98.
[73] BAG NJOZ 2005, 3779; BAG NJW 2011, 167.
[74] BAG NZA 2011, 1412; auch LAG Schleswig-Holstein BeckRS 2006, 43907.
[75] BAG NZA 2015, 797.
[76] BAG NZA 1999, 1270.
[77] VGH München NZA-RR 2013, 518.
[78] BAG BeckRS 1997, 30368988.
[79] BAG NZA 2010, 698 (699).
[80] D.h. die Worte „leck mich am Arsch" – Schon früh berühmt geworden durch die Passage von *Johann Wolfgang von Goethe* in dem Schauspiel „Götz von Berlichingen": „Er aber, sag's ihm, er kann mich im Arsche lecken!".
[81] Vgl. nur LAG Frankfurt NZA 1984, 200; LAG Köln BeckRS 2010, 74443; LAG Rheinland-Pfalz BeckRS 2011, 70583; ArbG Köln MDR 1971, 957.
[82] LAG Baden-Württemberg MMR 2016, 702 (703).

Unter diesem Foto entwickelte sich in der Kommentarfunktion eine lebhafte Konversation über seine Krankmeldung und die Rückkehr in den Betrieb. Dabei äußerte sich der Arbeitnehmer folgendermaßen indirekt über den Produktionsleiter seines Arbeitgebers: „Das fette *[Schwein-Emoticon]* dreht durch!!!“ Indirekt auf den Gruppenleiter und direkten Vorgesetzten bezogen schrieb der Arbeitnehmer zudem folgendermaßen: „Und der *[monkey face-Emoticon]* kopf auch!!!“. Für diese Entgleisungen wurde der Arbeitnehmer fristlos gekündigt. Arbeitnehmer und Arbeitgeber trugen in ihren Schriftsätzen vor, dass das letztgenannte Emoticon als Bär aufgefasst wurde, hier also die Beleidigung als „Bärenkopf“ im Raum stünde.[83]

Bei der Bezeichnung des Produktionsleiters mit einem „Schwein“-Emoticon war für das Gericht die Sache klar: Dies stellt ohne jeglichen Zweifel eine grobe Beleidigung dar und könne damit eine außerordentliche Kündigung an sich rechtfertigen.[84]

Hinsichtlich der Bezeichnung eines Vorgesetzten mit dem *monkey-face-Emoticon* und dem Zusatz „Kopf“ mussten vom Gericht zunächst die Umstände dieser doch eher außergewöhnlichen „Beleidigung“ näher beleuchtet werden. In einem ersten Schritt „übersetzte“ das Gericht das verwendete Emoticon richtig. Hierbei handelte es sich laut der List of Emoticons for Facebook[85] nicht etwa um einen „Bärenkopf“, sondern vielmehr um das Emoticon *monkey face*.[86] Da das verwendete Emoticon jedoch von beiden Parteien im Prozess als Bär aufgefasst worden sei, sei davon auszugehen, dass das Emoticon in der Art der Verwendung durch den Arbeitnehmer auch „Bärenkopf“ bedeuten solle.[87] Auch hier galt dann wohl der alte zivilrechtliche Grundsatz: *falsa demonstratio non nocet* (bzw. Affenkopf = Bärenkopf).

Weiter führte das Gericht sodann aus, dass der Spitzname „Bärenkopf“ zumindest dann als Beleidigung aufgefasst werden könne, wenn sich dieser auf die krankheitsbedingt ausgeprägten Gesichtszüge des Vorgesetzten beziehen würde und dazu diene, sich über diese lustig zu machen.[88] Ob sich die Bezeichnung „Bärenkopf“ allerdings überhaupt auf eine bestimmte Person und wenn ja auf welche, bezogen hatte, konnte das Gericht letztlich dahinstehen lassen. Denn die außerordentliche Kündigung scheiterte trotz des Vorliegens eines an sich wichtigen Grundes im Sinne des § 626 BGB an der einzelfallbezogenen umfassenden Interessensabwägung. Dabei hat die Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Eine außerordentliche Kündigung als letztes Mittel (*ultima ratio*) kommt nur dann in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. Soweit ein steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers vorliegt, ist regelmäßig davon auszugehen, dass auch das mildere Mittel der Abmahnung (Androhung arbeitsrechtlicher Konsequenzen bis hin zur Kündigung im Wiederholungsfalle) dazu führen wird, dass das Arbeitsverhältnis positiv beeinflusst und das pflichtwidrige Verhalten zukünftig abgestellt wird.[89] Eine Abmahnung ist nur dann entbehrlich, wenn bereits *ex ante* erkennbar ist, 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.[90]

Dies war in dem emotionalen Emoticon-Streit nicht der Fall. Zwar wöge besonders schwer, dass die Äußerungen auf Facebook veröffentlicht wurde und so einem potentiell großen Adressatenkreis zugehen konnte. Allerdings seien die verwendeten Bezeichnungen Ausdruck einer gewissen Insidersprache gewesen und damit nicht unbedingt allgemein verständlich.[91] Zu berücksichtigen sei zudem die beanstandungslose Ausübung des Arbeitsverhältnisses seit 16 Jahren, die Behinderung des Arbeitnehmers und die Versorgung des einjährigen Sohnes sowie der demenzkranken Großmutter des Arbeitnehmers.[92] Letztlich sei aufgrund der Umstände des Einzelfalls daher die gelbe Karte in Form einer Abmahnung ausreichend gewesen.[93]

II. Why so serious? Lach doch mal!

Die richtige und bedachte Verwendung von Smileys kann übrigens auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei der Erstellung eines Arbeitszeugnisses eine entscheidende Rolle spielen. So unterschrieb ein Arbeitgeber das Arbeitszeugnis seines Arbeitnehmers mit seinem Namen und fügte in dem ersten Buchstaben „G“ zwei Punkte ein, sowie einen nach unten gezogenen Haken, sodass bei näherer Betrachtung der Unterschrift des Arbeitgebers der Eindruck entstand, es handele sich hierbei um einen traurigen Smiley.[94] Eine solche Unterschrift stellt nach dem ArbG Kiel keine den gesetzlichen Anforderungen an ein Arbeitszeugnis entsprechende Unterschrift dar, weil damit eine negative Aussage über den Arbeitnehmer getroffen wird. Die Verteidigungsstrategie des Arbeitgebers war ebenso

[83] LAG Baden-Württemberg MMR 2016, 702 (703).
[84] LAG Baden-Württemberg MMR 2016, 702 (703).
[85] List of Emoticons for Facebook, http://www.symbols-n-emoticons.com/p/facebook-emoticons-list.html, zuletzt abgerufen am 14.8.2022.
[86] LAG Baden-Württemberg MMR 2016, 702 (704).
[87] LAG Baden-Württemberg MMR 2016, 702 (704).
[88] LAG Baden-Württemberg MMR 2016, 702 (704).
[89] Ständige Rechtsprechung vgl. nur BAG NZA 2013, 319 (320).
[90] BAG NZA 2013, 319 (320).
[91] LAG Baden-Württemberg, MMR 2016, 702 (705).
[92] LAG Baden-Württemberg MMR 2016, 702 (705).
[93] LAG Baden-Württemberg MMR 2016, 702 (705).
[94] ArbG Kiel BeckRS 2013, 71590.

kreativ wie erfolglos. So behauptete er unter Vorlage verschiedener Dokumente und sogar seines Personalausweises, dass es sich bei dieser Unterschrift um seine typische Unterschrift handeln würde, bei der nun einmal ein Smiley zu erkennen sei. Dies sah wohl im Ergebnis auch das Gericht so, erkannte hingegen bei den ansonsten im Rechtsverkehr verwendeten Unterschriften des Arbeitgebers eindeutig ein fröhliches Smiley und gab dem Arbeitgeber daher im Urteilstenor genaue Instruktionen für die richtige Unterzeichnung des Zeugnisses: „Die Unterschrift des Beklagten wird sodann in das Feld für die Unterschrift gesetzt und enthält einen „Smiley mit einem lachenden Gesicht"."[95]

Nach § 109 Abs. 1 S. 1 GewO hat jeder Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses einen Anspruch auf ein schriftliches Zeugnis. Das Zeugnis muss dabei klar und verständlich formuliert sein und darf keine Merkmale oder Formulierungen enthalten, die den Zweck haben, eine andere als aus der äußeren Form oder aus dem Wortlaut ersichtliche Aussage über den Arbeitnehmer zu treffen (§ 109 Abs. 2 GewO).

Wenn also ein Geschäftsführer statt mit seiner ansonsten bei wichtigen betrieblichen Dokumenten üblichen Unterschrift auf einmal mit einer Art „Kinderschrift" unterschreibt (1. untauglicher Versuch), so ist dies ebenso wenig eine ordnungsgemäße Unterschrift, wie wenn die Unterschrift auf einmal quer zum übrigen Zeugnistext verläuft (2. untauglicher Versuch). Hier kämen regelmäßig Zweifel an der Ernsthaftigkeit des verfassten Zeugnisses auf.[96]

Auch im Übrigen ist die Erstellung eines Arbeitszeugnisses eine Wissenschaft für sich, um die sich viele Mythen von verdeckten Codes und Geheimzeichen ranken. So wird von Arbeitnehmern zu Unrecht befürchtet, dass ein Zeugnis auf gelochtem Papier[97] oder getackerten Papier[98] ein verbotenes Geheimzeichen (Unzufriedenheit mit dem Arbeitnehmer) darstellt. Gewiss sollte ein Zeugnis jedoch frei von Rechtschreibfehlern sein, denn im Zeitalter von PCs mit Rechtschreibkontrolle lassen solche Fehler eher vermuten, der Aussteller distanziere sich vom Inhalt des Zeugnisses, als dass sie lediglich eine Rechtschreibschwäche des Ausstellers offenbaren würden.[99] Aber selbst „zu gut" sollte es der Arbeitgeber nicht mit seinem ausgeschiedenen Mitarbeiter meinen: Denn wenn der Arbeitgeber von einem vom Arbeitnehmer eingereichten Zeugnisvorschlag – darauf hatten sich die Parteien bereits zuvor in einem Rechtsstreit verglichen – dergestalt abweicht, dass er fast überall vollkommen übertriebene Steigerungen hinzufügt, so hat dies nur einen Zweck: Dem Leser mitzuteilen, dass die verwendeten Formulierungen nicht ernst gemeint sein können.[100] So wurde bspw. aus einem „Wegen seines freundlichen" ein „Wegen seines extrem freundlichen" oder einem „seine sehr gut entwickelte Fähigkeit" ein „seine extrem gut entwickelte Fähigkeit". Vollkommen auf die Spitze getrieben hatte der Arbeitgeber es sodann aber, als er zusätzlich noch ein „Wir bewerten ihn mit „sehr gut"." in ein „Wenn es bessere Note als „sehr gut" geben würde, würden wir ihn damit beurteilen." wandelte. Hier nahm das Gericht völlig zu Recht an, dass solche Formulierungen allein dem Zweck dienen, eine andere als aus dem Wortlaut ersichtliche Aussage über den ehemaligen Arbeitnehmer zu treffen.

III. Die hinderliche U-Haft

Kehren wir zurück zu den Kündigungsgründen. Wie bereits dargelegt, können sich wichtige Gründe im Sinne des § 626 BGB gerade auch aus Verletzungen der gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) ergeben.[101] Dazu gehört auch die Pflicht des Arbeitnehmers, im Rahmen des Zumutbaren, seinem Arbeitgeber all das unaufgefordert und rechtzeitig mitzuteilen, was einer Erbringung seiner Arbeitsleistung entgegensteht. Im Falle einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ist die Anzeigepflicht in § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG sogar gesetzlich geregelt. Die Rücksichtnahmepflicht des Arbeitnehmers geht jedoch noch weiter: So verletzt ein Arbeitnehmer seine Nebenpflichten grundsätzlich auch dann, wenn dieser dem Arbeitgeber nicht unverzüglich nach seiner Inhaftierung mitteilt, dass er sich in U-Haft befindet.[102] Darüber hinaus muss der Arbeitgeber auch über die voraussichtliche Haftdauer und unter Umständen über anstehende Haftprüfungstermine in Kenntnis gesetzt werden.[103] Eine außerordentliche Kündigung rechtfertigt die unterlassene Mitteilung, dass man sich im Gefängnis befindet jedoch nach Auffassung des BAG nicht zwingend. Eine besonders schwerwiegende Pflichtverletzung könne nur vorliegen, wenn beispielsweise die Rücksichtnahmepflichten besonders beharrlich verletzt würden und der Arbeitnehmer es darauf angelegt habe, seinen Aufenthaltsort gegenüber dem Arbeitgeber zu verschleiern.[104]

Die Inhaftierung eines Arbeitnehmers kann allerdings auch im Rahmen einer personenbedingten Kündigung an Bedeutung gewinnen. Als Kündigungsgrund in der Person des

[95] ArbG Kiel BeckRS 2013, 71590.
[96] LAG Hamm NZA-RR 2016, 570 (572).
[97] ArbG Weiden BeckRS 2019, 1305 Rn. 19 verneinend für den Fall eines kleinen Handwerkerbetriebes, der nur gelochtes Geschäftspapier besitzt.
[98] Nach dem LAG Rheinland-Pfalz BeckRS 2017, 140033 Rn. 33 gibt es ebenso wenig einen Anspruch auf ein ungefaltetes Zeugnis (so auch schon BAG NZA 2000, 257) wie auf ein ungetackertes. So gäbe es keinerlei Belege dafür, dass ein „getackertes Zeugnis" einem unbefangenen Arbeitgeber mit Berufs- und Branchenkenntnis signalisiert, der Zeugnisaussteller sei mit dem Arbeitnehmer nicht zufrieden gewesen.
[99] LAG Hessen BeckRS 2015, 70674 Rn. 13.
[100] LAG Hamm BeckRS 2016, 74518 Rn. 25.
[101] Vgl. nur BAG, NZA 2017, 1332 Rn. 49; NZA 2017, 1179 Rn. 15; NZA 2017, 1605 Rn. 50.
[102] BAG NJW 2016, 103 (105).
[103] BAG NJW 2016, 103 (105).
[104] BAG NJW 2016, 103 (106).

Arbeitnehmers kommen daher Umstände in Betracht, die auf einer in dessen persönlichen Verhältnissen oder Eigenschaften liegenden „Störquelle“ beruhen.[105] Es müssen folglich Gründe aus der Sphäre des Arbeitnehmers vorliegen.[106] Hierzu zählt vor allem die krankheitsbedingte Kündigung, aber auch eine Arbeitsverhinderung, die auf einer Straf- oder Untersuchungshaft beruht.[107] Hierbei erfolgt die Prüfung einer solchen Kündigung nach dem allgemeinen Schema, dass eine Negativprognose gegeben sein muss, erhebliche Beeinträchtigungen betrieblicher Interessen vorliegen müssen, die auch durch ein milderes Mittel nicht beseitigt werden können, bevor abschließend noch eine umfassende Interessenabwägung stattfindet.[108] Insbesondere für die Haftfälle hat sich in der Rechtsprechung folgender Grundsatz herausgebildet: Die personenbedingte Kündigung ist dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer aller Voraussicht nach für eine verhältnismäßig erhebliche Zeit nicht in der Lage sein wird, seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen.[109] Jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer sich für mehr als zwei Jahre ins Gefängnis verabschiedet und es nicht absehbar ist, dass er früher entlassen wird, soll nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Regelfall ein personenbedingter Kündigungsgrund zu bejahen sein.[110] Keinesfalls kann demnach von einer bloßen Inhaftierung des Arbeitnehmers darauf geschlossen werden, eine personenbedingte Kündigung wäre nun gerechtfertigt. Es kommt auf die Dauer an. Gleiches gilt für die Untersuchungshaft. Denn eine Untersuchungshaft kann jeden treffen und es gilt auch hier immer noch die Unschuldsvermutung, sodass dem inhaftierten Arbeitnehmer grundsätzlich vor der Kündigung – genauso wie bei einer Verdachtskündigung – auch die Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden sollte.[111]

Irgendwann ist aber auch hier das Maß des für den Arbeitgeber Erträglichen erreicht. Ein Arbeitnehmer, der dem Haschischkonsum keinesfalls abgeneigt war und bereits zu einer zweijährigen Freiheitsstrafe wegen Verstößen gegen das Betäubungsmittelgesetz verurteilt worden war, wurde nur zwei Jahre später erneut wegen des Betriebs einer Haschischplantage in Untersuchungshaft genommen. Nachdem sich der Arbeitnehmer nicht beim Arbeitgeber meldete, brachte dieser bei dem Prozessbevollmächtigten des Arbeitnehmers in Erfahrung, dass nicht absehbar sei, wann die Untersuchungshaft und die Inhaftierung enden würden. Der Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis daraufhin ordentlich und kurz darauf wurde der Arbeitnehmer zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren verurteilt. Das BAG bestätigte, dass der bereits zum Kündigungszeitpunkt nicht absehbar endende Aufenthalt im Gefängnis in diesem Fall eine personenbedingte Kündigung rechtfertigen würde.[112]

IV. Täglich grüßt das Murmeltier (nicht)

Sozialadäquate Umgangsformen sind nicht nur im privaten, sondern auch im beruflichen Umfeld von großer Bedeutung. Werden diese besonders grob verletzt, kann dies unter Umständen weitreichende Konsequenzen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses haben. Doch wie weit reichen die Anforderung an höfliche Umgangsformen?

Mit dieser Frage musste sich das LAG Köln befassen. Der beklagte Arbeitgeber hatte die Kündigung des Klägers neben betriebsbedingten Gründen auch mit dem Verhalten des Klägers ihm gegenüber im Privaten begründet. Der Kläger habe bei zwei Begegnungen mit dem Beklagten Arbeitgeber den Gruß des Arbeitgebers in Anwesenheit dritter Personen nicht erwidert. Der Arbeitgeber trug vor, er sei durch dieses Verhalten beleidigt worden. Das LAG Köln sah dies hingegen anders. Im Rahmen eines im Betrieb durchgeführten Personalgesprächs sei die Verweigerung des Grußes durch den Arbeitnehmer nicht unbedingt als Ausdruck seiner Missachtung im Sinne einer Beleidigung zu betrachten. Vielmehr sei ein solches Verhalten eine Möglichkeit für den Arbeitnehmer, eine gewisse Verärgerung oder Verstimmung anzuzeigen, ohne hiermit gleichzeitig eine Ehrverletzung zu bezwecken. Diesen Ansatz überträgt das LAG Köln auch auf den Bereich außerhalb des Betriebs. Zudem stünde es dem Arbeitgeber frei, den Arbeitnehmer im nächsten Personalgespräch darauf hinzuweisen, dass „bei allem Verständnis für die aktuellen Gefühle des Arbeitnehmers doch die üblichen Umgangsformen gewahrt werden sollten“.[113]

Eine Ehrverletzung, gar eine grobe Beleidigung, die eine Kündigung rechtfertigen würde, ist in dem stoffeligen Verhalten des verärgerten Arbeitnehmers allerdings nicht zu erblicken.

Und so täte manch ein Arbeitgeber gut daran, über den ein oder anderen im Prozess vorgebrachten Kündigungsgrund vielleicht doch noch einmal eine Nacht zu schlafen, um sich vor Gericht nicht der Lächerlichkeit preiszugeben. So erstaunt es kaum, dass der Streit über die Kündigung eines Ausbildungsverhältnisses vor dem ArbG Mannheim ganz schnell durch einen gerichtlichen Vergleich zu Gunsten einer Auszubildenden beendet worden ist, nachdem ein Rechtsanwalt dieser u.a. deswegen kündigte, da sie sich bei der Schätzung des Alters seiner Freundin auf einem Foto um knapp 10 Jahre nach oben vertan hatte. Durch die

[105] BAG NZA 2013, 1211 (1212).
[106] *Hergenröder* in: MüKoBGB (Fn. 58), § 1 KSchG Rn. 146.
[107] *Koch*, in: Schaub/Koch, ArbR A-Z (Fn. 17), Personenbedingte Kündigung.
[108] *Kerwer*, in: NK-ArbR, 2016, § 1 KSchG Rn. 629.
[109] BAG NZA 2011, 1084 Rn. 15; NZA 2013, 1211 Rn. 23.
[110] Vgl. nur BAG NJW 2011, 1896 Rn. 25; NZA 2013, 1211 Rn. 37; auch LAG Rheinland-Pfalz BeckRS 2017, 122462 Rn. 21; LAG Köln BeckRS 2020, 32572 Rn. 47.
[111] BAG NZA 2013, 1211 Rn. 25; *Kerwer* (Fn. 108), § 1 KSchG Rn. 636.
[112] BAG NZA 2013, 1211 Rn. 37.
[113] LAG Köln BeckRS 2006, 41311.

falsche Altersschätzung habe er sich beleidigt und gekränkt gefühlt.[114]

V. Angriff ist nicht immer die beste Verteidigung

Dass so manch einer dem eigenen Auto einen sehr hohen Stellenwert beimisst, dürfte wohl allgemein bekannt sein. Dass die harmlose Wäsche des eigenen Autos schließlich in der Kündigung des Arbeitsverhältnisses gemündet hat, dürfte jedoch durchaus überraschen. Dies ist einem Arbeitnehmer passiert, nachdem er anfänglich nur sein Auto waschen wollte. Sehr löblich – hätte er dies nicht getan, während er bei seinem Arbeitgeber krankgeschrieben war. Und wie das Leben so spielt, hielt sich der Vorgesetzte des Arbeitnehmers an eben dieser Autowaschanlage auf, während der Arbeitnehmer sein Auto intensiv unter vollem Körpereinsatz reinigte und dabei Fußmatten mit Schwung gegen ein Metallgitter schlug. Verwundert über die körperlich gute Verfassung des Arbeitnehmers befürchtete der Vorgesetzte, die Arbeitsunfähigkeit sei lediglich vorgetäuscht, sodass er drei Fotos von dem Arbeitnehmer in Aktion anfertigte. Ausgelöst durch diese Fotos entstand eine körperliche Auseinandersetzung zwischen dem Vorgesetzten und dem Arbeitnehmer. Von dem Arbeitnehmer zu Boden gedrückt fiel der Vorgesetzte hin. Kurz darauf kündigte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer wegen eines tätlichen Angriffs außerordentlich, hilfsweise ordentlich.[115]

Zurecht, wie das LAG Rheinland-Pfalz entschied. Streitgegenständlich war dann auch gar nicht mehr der ursprüngliche Verdacht der Vortäuschung einer Arbeitsunfähigkeit, sondern vielmehr die tätliche Auseinandersetzung. Dabei wäre auch das Vortäuschen einer Erkrankung verbunden mit der entsprechend erschlichenen Entgeltfortzahlung zu Lasten des Arbeitgebers ein typischer Sachverhalt, der eine (außerordentliche) Kündigung auch ohne Abmahnung rechtfertigen würde.[116] Zwar kommt einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zunächst ein hoher Beweiswert zu;[117] dieser kann aber durchaus erschüttert werden. Dazu geeignet ist z.B. ein Verhalten des Arbeitnehmers, das mit dem Krankheitsbild nicht in Einklang zu bringen ist (hierzu sogleich unter C. VI.). Auch der Umstand, dass die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung von einem Arzt stammt, der auffällig oft[118] Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ausstellt, kann den Beweiswert erschüttern.[119] Gleiches gilt unter Umständen, wenn der Arbeitnehmer trotz einer Arbeitsunfähigkeit im Hauptarbeitsverhältnis eine Nebenbeschäftigung weiterhin ausübt[120] – zumindest dann, wenn es sich bei der (Neben-)Tätigkeit um genesungswidriges Verhalten handelt.

Aber auf diesen Kündigungsgrund musste der Arbeitgeber in unserem Fall aufgrund der Handgreiflichkeit des Arbeitnehmers gar nicht mehr ausweichen. Durch diese sei die gegenseitige Rücksichtnahmepflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB in besonders schwerwiegender Weise verletzt worden. Denn auch wenn es außerhalb des Betriebs zur tätlichen Auseinandersetzung kommt, habe dies letztlich Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis, wenn die beiden Streithähne demselben Betrieb angehören. Der Arbeitgeber sei verpflichtet, seine Arbeitnehmer vor tätlichen Angriffen zu schützen. Zudem habe dieser ein berechtigtes betriebliches Interesse daran, dass Arbeitskräfte nicht wegen Verletzungen infolge eines tätlichen Übergriffs ausfielen.[121] Wer seinen Vorgesetzten schlägt, muss auch nicht vorher abgemahnt werden. Es sollte jedem Arbeitnehmer von vornherein bewusst sein, dass tätliche Angriffe nicht gebilligt werden.[122]

Das LAG Rheinland-Pfalz stellte auch klar, dass der Arbeitnehmer nicht etwa aus Notwehr gehandelt habe. Denn dies hätte vorausgesetzt, dass sein Vorgesetzter ihn durch die Fotoaufnahmen rechtswidrig angegriffen hätte. Dies war nicht der Fall. Der Vorgesetzte wollte lediglich Fotos machen, um den körperlich fitten Zustand des Arbeitnehmers zu dokumentieren und um den Beweiswert der vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu erschüttern.[123] Der Arbeitnehmer sei auch nicht unverhältnismäßig in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt worden, da er sich auf einer öffentlichen Waschanlage befunden habe.[124]

Tätlichkeiten sind damit nicht nur generell nicht zielführend, sondern vielmehr arbeitsrechtlich – und im Zweifel auch strafrechtlich – relevant. So ist im Übrigen auch eine Ohrfeige nach einem abgelehnten Angebot, ein Bonbon zu erhalten,[125] das Packen an den Handgelenken in sehr schmerzhafter Weise und dadurch in die Knie drücken[126] oder das Übergießen eines Kollegen mit einer heißen Kanne Tee[127] ein wichtiger Grund an sich für eine Kündigung.

---

[114] *Stoffels*, „Azubi schätzt Lebensgefährtin ihres Chefs älter und wird entlassen", beck-community v. 30.3.2011, https://community.beck.de/2011/03/30/azubi-schaetzt-lebensgefaehrtin-ihres-chefs-aelter-und-wird-entlassen, zuletzt abgerufen am: 14.8.2022.

[115] LAG Rheinland-Pfalz BeckRS 2014, 66821.

[116] *Niemann* in: ErfK (Fn. 1), § 626 BGB Rn. 156; *Vossen* (Fn. 67), § 626 BGB Rn. 189a; BAG NZA 1994, 63 (64).

[117] BAG NZA 2022, 39 Rn. 12; *Ricken*, in BeckOK ArbR (Fn. 23), § 5 EFZG Rn. 26; *Reinhard,* in: ErfK (Fn. 1), § 5 EFZG Rn. 14; *Fuhlrott/Mai*, NZA 2022, 97 (98).

[118] Während der Corona-Zeit waren auch die sog. Online-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen eines Anbieters im Internet sehr beliebt, bei denen man nie einen Kontakt zu einem echten Arzt hatte und sich auch Coronatest-Bescheinigungen ausstellen lassen konnte, ohne nachweisbar jemals einen Test absolviert zu haben, vgl. https://www.tk.de/firmenkunden/service/fachthemen/versicherung-fachthema/urteil-keine-efz-bei-online-au-2113656, zuletzt abgerufen am: 14.8.2022.

[119] *Reinhard,* in: ErfK (Fn. 1), § 5 EFZG Rn. 15 f.

[120] BAG NZA 1994, 63 (65).

[121] LAG Rheinland-Pfalz BeckRS 2014, 66821.

[122] LAG Rheinland-Pfalz BeckRS 2014, 66821.

[123] LAG Rheinland-Pfalz BeckRS 2014, 66821.

[124] LAG Rheinland-Pfalz BeckRS 2014, 66821.

[125] BAG NZA 2006, 431.

[126] LAG Berlin-Brandenburg, ArbRAktuell 2016, 194.

[127] LAG Niedersachsen NZA-RR 2003, 75.

VI. Krankheit ja oder nein, schnell wie er sein

Wann jedoch der Beweiswert in eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung tatsächlich erschüttert ist, zeigt der Fall eines verhinderten Leistungssportlers. Während einer Krankheit muss sich der Arbeitnehmer grundsätzlich so verhalten, dass er bald wieder gesund wird und an seinen Arbeitsplatz zurückkehren kann. Er hat daher alles zu unterlassen, was seine Genesung verzögert.[128] Gesundheitswidriges Verhalten verstößt damit gegen seine Leistungspflicht und kann insbesondere das Vertrauen in die Redlichkeit des Arbeitnehmers zerstören.[129]

Was also darf der Arbeitnehmer nun während der Dauer der Arbeitsunfähigkeit und mit welchen Zeitvertreiben sollte er sich im Zweifel eher zurückhalten? Mit eben dieser Frage setzte sich auch das ArbG Stuttgart auseinander und verdeutlichte erneut, dass es immer einer Einzelfallbetrachtung bedarf. In dem von dem ArbG Stuttgart zu entscheidenden Fall erlitt ein Arbeitnehmer bei einem Sturz vom Fahrrad einen Bruch des linken Schulterblattes.[130] Was sich nun doch recht gravierend anhört und so manch einen für längere Dauer von sportlichen Aktivitäten ferngehalten hätte, sollte für diesen Arbeitnehmer allerdings kein Hindernis darstellen. Denn er war seit seinem 16. Lebensjahr Leistungssportler, nahm regelmäßig an Marathonläufen teil, ging regelmäßig schwimmen, Rad fahren und Fußball spielen. Pro Jahr lief er insgesamt eine Strecke von 3.000 km. Das gebrochene Schulterblatt war nun für den Arbeitnehmer sehr misslich, wollte dieser doch weniger als eine Woche nach seinem Unfall an einem Marathon über 53 Kilometer in Österreich und einen Monat später an einem weiteren Marathon über 50 km teilnehmen. Der behandelnde Arzt teilte dem Arbeitnehmer sodann mit, dass aus ärztlicher Sicht nichts gegen die Teilnahme spreche und der Heilungsverlauf hierdurch voraussichtlich nicht verzögert werde. Der Arbeitgeber hingegen dürfte einigermaßen überrascht gewesen sein, seinen krankgemeldeten Arbeitnehmer während der Dauer der Arbeitsunfähigkeit in der lokalen Presse wiederzusehen und zu erfahren, dass dieser an zwei Marathons teilgenommen hatte. Kurz darauf erhielt der Arbeitnehmer die außerordentliche Kündigung.

Mag die Verwunderung des Arbeitgebers zunächst auch durchaus verständlich sein, so rechtfertigte das Verhalten des Arbeitnehmers in diesem Fall eine außerordentliche Kündigung nicht. Denn ein Verstoß gegen die vertragliche Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB liegt nur vor, wenn das Verhalten des Arbeitnehmers während der Arbeitsunfähigkeit geeignet ist, die Genesung zu behindern oder zu verzögern.[131] Die bloße Möglichkeit einer ungünstigen Auswirkung auf den Krankheitsverlauf ist hingegen nicht ausreichend. Vielmehr müsse konkret im Einzelfall vorgetragen und bewiesen werden, dass das Verhalten des Arbeitnehmers den Genesungsprozess hindern würde.[132] Dies könne beispielsweise dann erfüllt sein, wenn gegen ärztliche Anweisungen verstoßen werde.[133]

Im vorliegenden Fall sei eine Behinderung des Heilungsprozesses nicht zu erwarten gewesen. Das ArbG Stuttgart führte sogar aus, dass die Teilnahme an den Marathons womöglich dem Heilungsprozess zuträglich war, da der Arbeitnehmer letztlich nur circa einen Monat wegen des Schulterbruchs erkrankt war.[134] Insbesondere sei auch auf die positive Einschätzung des behandelnden Arztes, welcher mit dem Krankheitsbild und der Person des Arbeitnehmers vertraut war, abzustellen.[135] Aber dass Sport nicht immer genesungsförderlich ist, zeigt ein Fall des BAG: So konnte ein wegen einer Hirnhautentzündung krankgeschriebener Arbeitnehmer, der sodann während seiner Krankheit an einer Ski-Reise in der Schweiz teilnahm (sich dabei jedoch auch noch Schien- und Wadenbein brach), trotz einer Unbedenklichkeitsbescheinigung seines Arztes das Gericht nicht von dem genesungsfördernden Charakter seiner Ski-Reise überzeugen. Denn nur wenige Tage vor Abfahrt hatte er seinem Arbeitgeber gegenüber noch über seine Konzentrationsschwächen geklagt und mit dieser Begründung die Teilnahme an einer Fortbildungsveranstaltung verweigert.[136] Dann ist auch die Teilnahme an einer Ski-Reise keine gute Idee.

D. Fazit

All diese skurrilen Fälle zeigen die große Bandbreite an rechtlichen Fragestellungen innerhalb des Arbeitsrechts und die Absurditäten auf, mit denen sich ein Arbeitsrechtler zu beschäftigen hat. Aber genau das ist es, was das Arbeitsrecht – neben vielem anderen – so interessant macht: Es entwickelt sich mit der Gesellschaft weiter und spiegelt das Leben genauso, wie es oftmals spielt. Und so blicken wir gespannt auf die zukünftige arbeitsrechtliche Rechtsprechung und viele weitere skurrile Fälle, die das (Arbeits-) Leben noch schreiben wird.

[128] BAG NZA 1994, 63 (66).
[129] BAG NZA-RR 2006, 636 (639).
[130] ArbG Stuttgart BeckRS 2008, 13257 Rn. 4.
[131] BAG NZA 1994, 63 (66).
[132] ArbG Stuttgart BeckRS 2008, 13257 Rn. 22.
[133] ArbG Stuttgart BeckRS 2008, 13257 Rn. 22.
[134] ArbG Stuttgart BeckRS 2008, 13257 Rn. 23.
[135] ArbG Stuttgart BeckRS 2008, 13257 Rn. 24.
[136] BAG NZA-RR 2006, 636.