

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 14. Dezember 2023
- 2 AZR 55/23 -
ECLI:DE:BAG:2023:141223.U.2AZR55.23.0

I. Arbeitsgericht Lübeck

Urteil vom 15. Juni 2022
- 4 Ca 188/22 -

II. Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Urteil vom 24. November 2022
- 4 Sa 139/22 -

Entscheidungsstichworte:

Kündigung - Täuschung über die vorläufige Impfunfähigkeit

Leitsatz:

Ein in der Patientenversorgung eingesetzter Arbeitnehmer, der im Geltungsbereich von § 20a IfSG idF vom 10. Dezember 2021 wahrheitswidrig behauptet, aufgrund einer ärztlichen Untersuchung sei festgestellt worden, dass er vorläufig nicht gegen das Coronavirus Sars-CoV-2 geimpft werden könne, verletzt in erheblicher Weise eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht.

Hinweis des Senats:

Führende Entscheidung zu einer teilweisen Parallelsache

BUNDEARBEITSGERICHT



2 AZR 55/23
4 Sa 139/22
Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
14. Dezember 2023

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 14. Dezember 2023 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann und Dr. Schlünder sowie die ehrenamtliche Richterin Peter und den ehrenamtlichen Richter Prinz für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 24. November 2022
- 4 Sa 139/22 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten vorrangig über die Wirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung. 1

Die Klägerin war seit 1988 in einem von der Beklagten betriebenen Krankenhaus beschäftigt, zuletzt als Pflegehelferin. 2

Mit Schreiben vom 17. Dezember 2021 informierte die Beklagte alle betroffenen Mitarbeiter über die zum 16. März 2022 in Kraft tretende sog. einrichtungsbezogene Impfpflicht und bat um Vorlage der von § 20a Abs. 2 IfSG in der Fassung vom 10. Dezember 2021 (im Folgenden IfSG aF) verlangten Nachweise, darunter ggf. ein solcher, dass sie aufgrund einer medizinischen Kontraindikation nicht gegen das Coronavirus Sars-CoV-2 geimpft werden konnten. 3

Die Klägerin legte der Beklagten eine auf den 4. Januar 2022 datierte „Bescheinigung einer vorläufigen Impfunfähigkeit gegen das Coronavirus Sars-CoV-2“ vor, die sie im Internet nach Zahlung einer Gebühr und Eingabe ihrer persönlichen Daten generiert und ausgedruckt hatte. In der Bescheinigung heißt es, dass „dieser Patient“ aufgrund der ärztlichen Einschätzung und Bewertung seiner Angaben vor einer Impfung mit Covid-19-Impfstoffen von einem Facharzt für Allergologie überprüft werden müsse. Bis zum Vorliegen eines Impfstoff-Allergie-Gutachtens sei „der Patient“ zeitlich begrenzt bis zum 4. Juli 2022 impfunfähig und es bestehe die Gefahr, dass „der Patient“ durch eine Impfung schwere, ggf. sogar tödliche Nebenwirkungen erleben könne. Eine Kommunikation der Klägerin - und sei es fernmündlich oder digital - mit der vermeintlichen Ärztin, deren Unterschrift auf die Bescheinigung aufgedruckt ist, erfolgte nicht. 4

Die Beklagte informierte gemäß § 20a Abs. 2 Satz 2 IfSG aF das zuständige Gesundheitsamt, welches am 19. Januar 2022 mitteilte, dass die Bescheinigung aus dem Internet heruntergeladen sei und somit nicht auf einer ärztlichen Untersuchung beruhe. Die unterzeichnende Ärztin sei dort nicht bekannt. 5

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis der Parteien - nach Anhörung des Betriebsrats - mit Schreiben vom 24. Januar 2022, der Klägerin am selben Tag zugegangen, außerordentlich fristlos, hilfsweise außerordentlich mit Auslauffrist zum 31. August 2022. 6

Dagegen hat sich die Klägerin rechtzeitig mit der vorliegenden Klage gewandt und ua. geltend gemacht, die von ihr vorgelegte Bescheinigung attestiere ersichtlich keinen individuellen Gesundheitszustand, sondern gebe die allgemeine Auffassung der ausstellenden Ärztin wieder, dass jede Person vor einer Impfung gegen das Coronavirus Sars-CoV-2 allergologisch untersucht werden müsse. Sie - die Klägerin - habe damit lediglich ihre generelle Sorge hinsichtlich möglicher Impfreaktionen gegenüber der Beklagten zum Ausdruck bringen wollen. 7

Die Klägerin hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - beantragt 8

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 24. Januar 2022 nicht beendet worden ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Pflegehelferin weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat gemeint, die Klägerin habe durch die Vorlage der Bescheinigung versucht, über eine vermeintlich in ihrer Person bestehende Impffähigkeit zu täuschen, um der einrichtungsbezogenen Impfpflicht zu entgehen. 9

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat sie auf die Berufung der Beklagten abgewiesen. Mit ihrer Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. 10

Entscheidungsgründe

- Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg. 11
- A. Der Senat kann offenlassen, ob die Revision zulässig ist, insbesondere ob die Voraussetzungen nach § 46g Satz 4 ArbGG für eine wirksame Ersatzeinreichung der Revisionsbegründungsschrift vorlagen. Die Zulässigkeit eines Rechtsmittels kann dahinstehen, wenn zwischen seiner Verwerfung als unzulässig und seiner Zurückweisung als unbegründet weder hinsichtlich der Rechtskraftwirkung noch hinsichtlich der Anfechtbarkeit der Rechtsmittelentscheidung Unterschiede bestehen (*BGH 7. November 2022 - VIa ZR 737/21 - Rn. 15*). So liegt es hier. 12
- B. Die Revision ist jedenfalls unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat - der Sache nach - den Hauptantrag gegen die außerordentliche fristlose Kündigung mit der Folge ohne Rechtsfehler abgewiesen, dass die unechten Hilfsanträge gegen die außerordentliche Kündigung mit Auslaufrfrist und auf vorläufige Weiterbeschäftigung nicht zur Entscheidung anfallen. Seine Annahme, die nach ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG innerhalb der Frist des § 626 Abs. 2 BGB erklärte außerordentliche fristlose Kündigung beruhe auf einem wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 13
- I. Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, und damit typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigen- 14

den die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der (fiktiven) Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (*BAG 27. Juni 2019 - 2 AZR 50/19 - Rn. 12*).

II. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, das der Klägerin angelastete Verhalten sei „an sich“ geeignet, einen wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB zu bilden. 15

1. In der unter Geltung von § 20a IfSG aF wahrheitswidrig erfolgten Behauptung durch einen in einem Krankenhaus beschäftigten Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber, *aufgrund einer ärztlichen Untersuchung (Anamnese)* sei *festgestellt* worden, dass - gerade - er vorläufig nicht gegen das Coronavirus Sars-CoV-2 geimpft werden könne, lag - zumal unter Berücksichtigung des besonders vulnerable Personen schützenden Gegenstands der Nachweispflicht (*BT-Drs. 20/188 S. 2 und S. 40; BVerfG 27. April 2022 - 1 BvR 2649/21 - Rn. 263 ff., BVerfGE 161, 299*) - eine erhebliche Verletzung einer arbeitsvertraglichen Nebenpflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB (*Kamanabrou RdA 2023, 188, 189*), die „an sich“ als wichtiger Grund nach § 626 Abs. 1 BGB geeignet ist. Das gilt ungeachtet der Frage, ob der Arbeitnehmer laienhaft davon ausging, er sei tatsächlich (vorläufig) impfunsfähig. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob der Arbeitnehmer sich wegen der Vorlage eines unrichtigen Gesundheitszeugnisses nach §§ 277 ff. StGB strafbar gemacht hat. Maßgebend ist vielmehr der mit der arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung verbundene Vertrauensbruch (*vgl. BAG 31. Januar 2019 - 2 AZR 426/18 - Rn. 75, BAGE 165, 255*). 16

2. Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, die von der Klägerin vorgelegte Bescheinigung erwecke für einen unbefangenen Dritten den Eindruck, es habe ein individueller Kontakt mit einer Ärztin unter Einschluss einer Anamnese stattgefunden. Es handele sich gerade nicht um die bloße Wiedergabe einer allgemeinen medizinischen Auffassung. Das Berufungsgericht durfte bei seiner revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbaren tatrichterlichen Würdigung berücksichtigen, dass die Klägerin die Bescheinigung in Reaktion auf das Schreiben der Beklagten vom 17. Dezember 2021 und das bevorstehende 17

Eingreifen der einrichtungsbezogenen Impfpflicht beigebracht hat. Zudem soll die Bescheinigung nach einer „ärztlichen Einschätzung und Bewertung der Angaben des Patienten“ eine vorläufige Impfunfähigkeit gerade bezogen auf eine konkrete Person, die Klägerin, attestieren. Dabei ist die Bezeichnung in der männlichen Form („dieser Patient“) irrelevant, zumal auch die ausstellende (vermeintliche) Ärztin „Arzt“ genannt wird. Die Bescheinigung einer vorläufigen Impfunfähigkeit ist auch nicht von vornherein unsinnig. Damit wird zwar eine in § 20a Abs. 2 IfSG aF nicht vorgesehene Kategorie eröffnet. Das ändert aber nichts daran, dass eine Aussage zur Impfunfähigkeit der Klägerin für einen bestimmten Zeitraum getroffen wurde (*zutreffend Kamanabrou RdA 2023, 188, 190*), die es dieser ggf. ermöglichen sollte, trotz Fehlens eines Nachweises gemäß § 20a Abs. 2 IfSG aF für einen erheblichen Zeitraum über den 15. März 2022 hinaus, nämlich zumindest bis zum 4. Juli 2022, „sanktionslos“ für die Beklagte tätig zu sein.

III. Aus § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG aF, der das Gesundheitsamt ermächtigte, gegenüber einer vor dem 16. März 2022 bereits beschäftigten Person ein Betretungs- bzw. Beschäftigungsverbot auszusprechen, ergab sich keine Sperrwirkung im Hinblick auf die außerordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 626 Abs. 1 BGB. Vielmehr kamen nach der erklärten Vorstellung des Gesetzgebers bei einem Verstoß gegen die Nachweispflicht neben öffentlich-rechtlichen Sanktionen auch arbeitsrechtliche Konsequenzen in Betracht (*BT-Drs. 20/188 S. 42; BVerfG 27. April 2022 - 1 BvR 2649/21 - Rn. 259, BVerfGE 161, 299*). Das galt umso mehr, wenn der betreffende Arbeitnehmer die Vorlage eines Nachweises nicht verweigert, sondern vorgibt, eine von ihm beigebrachte Bescheinigung über eine (vorläufige) Impfunfähigkeit beruhe auf einer ärztlichen Untersuchung. 18

IV. Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, eine vorheilige Abmahnung sei aufgrund der besonderen Schwere der Pflichtverletzung entbehrlich gewesen und auch die weitere Interessenabwägung falle zulasten der Klägerin aus. 19

1. Das Berufungsgericht hält sich im Rahmen seines lediglich eingeschränkt revisiblen Beurteilungsspielraums, wenn es unter widerspruchsfreier 20

Würdigung aller relevanten Umstände des Streitfalls annimmt, einer vorherigen Abmahnung habe es nicht bedurft, weil es sich um eine so schwere Pflichtverletzung gehandelt habe, dass selbst deren erstmalige Hinnahme durch die Beklagte nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für die Klägerin erkennbar - ausgeschlossen war (vgl. BAG 20. Mai 2021 - 2 AZR 457/20 - Rn. 32, BAGE 175, 83; 20. Mai 2021 - 2 AZR 596/20 - Rn. 27, BAGE 175, 94). Die Revision zeigt insofern keine Rechtsfehler auf, sondern verkennt, dass der Kündigungsvorwurf nicht darin besteht, dass die Klägerin über eine (vorläufige) Impfunfähigkeit getäuscht hat. Vielmehr ist ihr anzulasten, dass sie bewusst wahrheitswidrig vorgegeben hat, eine solche sei *von einer Ärztin aufgrund einer Untersuchung (Anamnese) festgestellt* worden. Bezogen auf diesen Kündigungsvorwurf ist es zum einen irrelevant, ob die Klägerin - nunmehr - bereit wäre, sich nachträglich (wirklich) ärztlich auf eine Impfunfähigkeit untersuchen zu lassen. Zum anderen spielt die vom Landesarbeitsgericht zu ihren Gunsten unterstellte Sorge der Klägerin vor einer Schädigung ihrer Gesundheit durch die Impfung keine erhebliche Rolle. Die Klägerin hätte ihre Sorgen offenlegen und sich anschließend - weiter - um eine allergologische Begutachtung bemühen können (vgl. Kamanabrou RdA 2023, 188, 191). Dessen ungeachtet ging es bei der Täuschung nicht darum, eine Gefahr für die eigene Gesundheit abzuwenden, sondern die Klägerin wollte nach den nicht mit einer zulässigen Verfahrensrüge iSv. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO angegriffenen und deshalb nach § 559 Abs. 2 ZPO für den Senat bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts „lediglich“ arbeitsrechtliche Konsequenzen, insbesondere eine Nichtbeschäftigung und damit Nichtvergütung, (vorerst) vermeiden. Das liegt auch deshalb nahe, weil sie bei Nichtvorlage eines Nachweises gemäß § 20a IfSG aF nicht „zwangsgeimpft“ worden wäre (BVerfG 27. April 2022 - 1 BvR 2649/21 - Rn. 209, BVerfGE 161, 299). Dagegen hätten die ihr anvertrauten Patienten hinsichtlich ihres Gesundheitsschutzes keine Wahl gehabt (vgl. BVerfG 27. April 2022 - 1 BvR 2649/21 - Rn. 218, aaO; BAG 30. März 2023 - 2 AZR 309/22 - Rn. 27), sondern hätten bei einer erfolgreichen Täuschung durch die Klägerin eine Gesundheitsgefährdung hinnehmen müssen, vor der der Gesetzgeber (BT-Drs. 20/188 S. 2) sie - in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise

(*BVerfG 27. April 2022 - 1 BvR 2649/21 - Rn. 128 ff., aaO*) - bewahren wollte (*vgl. Kamanabrou aaO*).

2. Auch die vom Bundesarbeitsgericht ebenfalls nur eingeschränkt überprüfbare (*vgl. BAG 20. Mai 2021 - 2 AZR 457/20 - Rn. 33, BAGE 175, 83*) weitere Würdigung des Landesarbeitsgerichts, der Beklagten sei es nach einer umfassenden Interessenabwägung angesichts der schweren und vorsätzlichen Pflichtverletzung der Klägerin nicht zuzumuten gewesen, sie auch nur bis zum Ablauf der (fiktiven) ordentlichen Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen, ist frei von revisiblen Rechtsfehlern. Das Berufungsgericht hat alle wesentlichen Aspekte des Falls berücksichtigt und die beiderseitigen Interessen gut vertretbar abgewogen. 21

a) Es musste der Klägerin schon deshalb keine Untauglichkeit ihres Täuschungsversuchs zugutehalten, weil es rechtsfehlerfrei gemeint hat, dass sich einem unbefangenen Leser der Bescheinigung ohne Recherche im Internet nicht unmittelbar aufdrängen musste, es könne schlechterdings kein persönlicher - und sei es fernmündlicher oder digitaler - Kontakt zwischen der Klägerin und der ausstellenden vermeintlichen Ärztin stattgefunden haben (*Rn. 17*). Dessen ungeachtet kann auch ein untauglicher Täuschungsversuch das vertragsnotwendige Vertrauen des Arbeitgebers in den Arbeitnehmer irreparabel zerstören (*vgl. BAG 24. Mai 2018 - 2 AZR 73/18 - Rn. 26, BAGE 163, 36*). 22

b) Das Landesarbeitsgericht musste die Interessenabwägung auch nicht deshalb zugunsten der Klägerin ausfallen lassen, weil sie „nur“ über eine durch ärztliche Untersuchung festgestellte vorläufige Impfunfähigkeit getäuscht hat, während eine Täuschung über eine erfolgte Impfung oder eine Genesung noch schwerere Folgen hätte haben können, weil sie den Arbeitgeber dazu hätte veranlassen können, auch von anderen Schutzmaßnahmen abzusehen. Das Gewicht der Pflichtverletzung der Klägerin verringert sich nicht dadurch, dass noch schwerer wiegende Verstöße denkbar sind. 23

3. Die Revision kann sich im Rahmen der Interessenabwägung schließlich nicht mit Erfolg auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz berufen. 24

Dessen Anwendung scheidet bei einer verhaltensbedingten Kündigung weitgehend aus (*BAG 7. Mai 2020 - 2 AZR 678/19 - Rn. 32, BAGE 170, 191*). Im Übrigen hat das Berufungsgericht lediglich festgestellt, dass auch andere Arbeitnehmer der Beklagten inhaltsgleiche Bescheinigungen über eine vorläufige Impfungsfähigkeit vorgelegt haben. Dem Berufungsurteil lässt sich nicht entnehmen, dass die Arbeitsverhältnisse dieser Mitarbeiter nicht gekündigt worden wären. Bei der nicht in eine Verfahrensrüge iSv. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO gekleideten Behauptung der Klägerin, teilweise seien Kündigungen unterblieben, handelt es sich um nach § 559 Abs. 1 ZPO unbeachtliches neues Tatsachenvorbringen. Überdies trägt die Revision nicht vor, dass die nicht gekündigten Arbeitnehmer ebenfalls im unmittelbaren Patientenkontakt beschäftigt gewesen wären und die Beklagte deshalb insoweit ein ebenso überragendes Interesse an der wahrheitsgemäßen Erfüllung der dem Schutz besonders vulnerabler Personen dienenden Nachweispflicht nach § 20a Abs. 2 IfSG aF hatte wie im Fall der Klägerin.

C. Die Klägerin hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen. 25

Koch

Schlünder

Niemann

Cl. Peter

T. Prinz