

3 Sa 374/22
5 Ca 1575/21
Arbeitsgericht Duisburg



Verkündet am 04.10.2022

Willms
Regierungsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Ge-
schäftsstelle

**LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES**

URTEIL

In dem Rechtsstreit

des J. X., N.-Weg 2, C.

Kläger und Berufungsbeklagter

Prozessbevollmächtigte

Rechtsanwälte T., Kanzlei für Arbeitsrecht, H. Straße 17, E.

g e g e n

die E. Recycling und S. GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer I. F. und I. I. T.,
X.Straße 182, E.

Beklagte und Berufungsklägerin

Prozessbevollmächtigte

Rechtsanwälte Kanzlei A., D. Straße 11, E.

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 04.10.2022
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Klein als Vorsitzenden
sowie die ehrenamtlichen Richter Büchling und Jedinski

für R e c h t erkannt:

- I. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Duisburg vom 08.04.2022 – Az.: 5 Ca 1575/21 – wird zurückgewiesen.**
- II. Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.**
- III. Die Revision wird nicht zugelassen.**

...

TATBESTAND:

Die Parteien streiten über die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses durch Ausspruch einer arbeitgeberseitigen außerordentlichen, fristlosen sowie hilfsweise ordentlichen Kündigung vom 10.12.2021 sowie über den Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers.

Der verheiratete und kinderlose Kläger, geboren am 26.10.1983, ist bei der Beklagten, die ca. 300 Arbeitnehmer beschäftigt und bei der ein Betriebsrat besteht, seit dem 01.09.2002 beschäftigt, zuletzt als Kranschlosser in der Kranwerkstatt gegen ein durchschnittliches Bruttomonatsentgelt in Höhe von 3.750,00 €.

Durch das Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22.11.2021 (BGBl. I, Seite 4906 ff.) wurde mit Wirkung ab 24.11.2021 die Regelung des § 28b IfSG dahingehend geändert, dass Beschäftigte Arbeitsstätten, in denen – wie es auch beim Betrieb der Beklagten der Fall war und ist – physische Kontakte zu anderen Beschäftigten oder zu Dritten nicht ausgeschlossen werden können, nur betreten durften, wenn sie gegen COVID-19 geimpft, von einer Infektion genesen oder im Sinne des Gesetzes getestet waren und einen Impfnachweis, einen Genesenennachweis oder einen aktuellen Testnachweis mit sich führten, zur Kontrolle verfügbar hielten oder beim Arbeitgeber hinterlegt hatten (sog. 3G-Regel, § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG a.F.). Die Arbeitgeber wurden gesetzlich verpflichtet, die Einhaltung der vorgenannten Verpflichtungen durch Nachweiskontrollen täglich zu überwachen und regelmäßig zu dokumentieren (§ 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG a.F.). Diese gesetzlichen Vorgaben galten bis einschließlich 19.03.2022. Zum 20.03.2022 trat eine gesetzliche Neuregelung des § 28b IfSG in Kraft, die keine 3G-Regelung mehr vorsah.

Die Beklagte forderte ihre Mitarbeiter seit dem 24.11.2021 dazu auf, einen vollständigen Impfausweis/Genesenennachweis oder einen Nachweis einer negativen Testung betreffend das Coronavirus vor Dienstantritt in der Personalabteilung vorzulegen. Dies erfolgte zur Gewährleistung der Einhaltung der 3G-Regel nach § 28b Abs. 1 IfSG in der damals geltenden Fassung. In dem entsprechenden Aufforderungsschreiben der Beklagten vom 24.11.2021 fanden sich keine Informationen zum Datenschutz. Eine Betriebsvereinbarung im Zusammenhang mit der 3G-Kontrolle bestand zu dem Zeitpunkt nicht. Eine solche existierte erst seit dem 18.01.2022 im Betrieb der Beklagten.

Der Kläger, welcher in der Zeit vom 25.10.2021 bis über den 19.03.2022 hinaus arbeitsunfähig erkrankt war, begab sich am 30.11.2021 in die Personalabteilung der Beklagten, um dort eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung abzugeben. In diesem Zusammenhang legte er in der Personalabteilung dann auch eine auf ihn ausgestellte „Internationale Bescheinigung über Impfungen – Impfbuch“ vor, in der ihm unter dem

28.07.2021 sowie unter dem 23.08.2021 jeweils eine Impfung mit Biontech („Cominarty“) bescheinigt wurde. Abgestempelt waren die angegebenen Impfungen mit einem Stempel mit der Aufschrift „Impfzentrum Duisburg – im auftrag des Landes NRW“.

Bei dem Impfausweis und den Eintragungen handelte es sich um Fälschungen, die der Kläger käuflich im Internet erworben hatte, um sie bei der Beklagten vorlegen zu können. Die Beklagte fertigte eine Kopie von der Umschlagseite sowie der Seite des Eintrages an. Der Kläger hatte Kenntnis von diesem Vorgang und widersprach nicht.

Die von der Beklagten eingeschaltete Kriminalpolizei Duisburg überprüfte die Chargennummern der angegebenen Biontech-Impfdosen. Am 07.12.2021 erhielt der Personalleiter der Beklagten von der Kriminalpolizei die Information, dass der Impfausweis des Klägers definitiv gefälscht sei. Sowohl die Chargennummer als auch der Stempel seien nicht original.

Darüber hinaus hatte sich die Personalleitung der Beklagten mit der P.-Apotheke am H. platz in E. in Verbindung gesetzt, um sich über die grundsätzliche Handhabung von Impfausweisen und deren Digitalisierung zu informieren. Bei einem Gespräch am 06.12.2021 erfuhr der Personalleiter, dass bereits sämtlichen Apotheken durch die Duisburger Amtsärztin mitgeteilt worden sei, dass es sich bei allen Impfausweisen mit dem Stempel „Impfzentrum Duisburg – im Auftrag des Landes NRW“ nachweislich um Fälschungen handele.

Der Kläger begab sich aufgrund einer ihm übermittelten Aufforderung der Personalabteilung, wonach ein „BEM-Gespräch“ beabsichtigt sei, am 07.12.2021 in den Betrieb. Eine Nachweiskontrolle nach § 28b Abs. 3 IfSG in der damals geltenden Fassung fand bei ihm nicht statt, ebenso wenig ein BEM-Gespräch. Es fand aber ein Gespräch mit dem Kläger, dem damaligem Betriebsratsvorsitzenden, einer Personalreferentin und dem Personalleiter statt, in dem dem Kläger die Situation und die der Beklagten bis dahin bekannte Beweislage erläutert wurden. Ihm wurde dementsprechend vorgehalten, sein Impfpass sei gefälscht. Dies räumte der Kläger dann auch ein.

Die Beklagte hörte den Betriebsrat mit je einem gesonderten Schreiben vom 07.12.2021 zu der beabsichtigten außerordentlichen, fristlosen Kündigung (Anlage B1, Blatt 60 f. der Akte) sowie zur hilfsweise ordentlich fristgerecht zum 31.07.2022 beabsichtigten Kündigung (Anlage B2, Blatt 62 der Akte) des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger an.

Der Betriebsrat nahm mit Schreiben vom 10.12.2021, welches der Beklagten am selben Tage zuging, wie folgt Stellung (Anlage B3, Blatt 63 der Akte):

*„Betr: Ihr Schreiben vom 07.12.2021
Anhörung gemäß § 102 BetrVG zur außerordentlichen Kündigung von
I. J. X.*

Der Betriebsrat teilt Ihnen hiermit seine auf seiner Sitzung vom 10.12.2021 beratende Beschlussfassung mit:

I. J. X. wurde am 10.12.2021 zum Sachverhalt angehört.

Der BR sieht die vorliegende Kündigung nicht als Milderer Mittel an, da der Kollege X. wegen der anhaltenden AU bereits seit dem 25.10.2021 das Werks-gelände nicht betreten und somit keine Kollegen gefährdet hat.

Er hat zudem seinen Fehler sofort eingestanden und hat Einsichtigkeit gezeigt, er wird sich am 11.12.2021 entsprechend impfen lassen.

Aus den oben genannten Gründen lehnt der Betriebsrat hiermit die außerordentliche Kündigung ab und hält eine Abmahnung als ausreichend und erfolg-versprechendes Mittel.“

Danach kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 10.12.2021 außerordentlich fristlos und hilfsweise ordentlich zum 31.07.2022 (Anlage K2, Blatt 8 der Akte).

Danach, nämlich mit Schreiben vom 14.12.2021 (Blatt 107 der Akte) nahm der Betriebsrat zur Anhörung zur beabsichtigten ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger Stellung.

Der Kläger wurde am 11.12.2021 und im Januar 2022 gegen das Coronavirus zweifach geimpft. Wegen des Gebrauchs des gefälschten Impfnachweises erhielt der Kläger nachfolgend einen Strafbefehl über 60 Tagessätze, den er rechtskräftig werden ließ; die Geldstrafe hat er nach eigenem Bekunden gezahlt.

Mit seiner bei dem Arbeitsgericht Duisburg am 23.12.2021 eingegangenen und der Beklagten am 30.12.2021 zugestellten Kündigungsschutzklage hat sich der Kläger gerichtlich gegen die Kündigungen gewandt und zudem seinen Weiterbeschäftigungsanspruch geltend gemacht. Er hat behauptet, am 30.11.2021 vor dem Aufsuchen der Betriebsstätte gegen das Coronavirus negativ getestet gewesen zu sein, zudem habe er durchgehend eine medizinische Maske getragen. Er habe die Betriebsstätte nur zur Abgabe einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung aufgesucht. Die Kopie von dem dabei vorgelegten, gefälschten Impfnachweis sei gefertigt worden, ohne seine Zustimmung hierzu einzuholen. Zu dem Termin am 07.12.2021 sei er unter dem Vorwand eines „BEM-Gesprächs“ in den Betrieb „gelockt“ worden. Auf die entsprechenden Vorhaltungen habe er – unstrittig – die Nutzung eines gefälschten, im Internet besorgten Impfnachweises gestanden. Als Grund habe er jedoch nicht genannt, weiter alle Freiheiten genießen zu wollen. Vielmehr habe er die Beklagte über seinen bestehenden Kinderwunsch und die erfolgte Durchführung zweier künstlicher Befruchtungen bei seiner

Ehefrau in Kenntnis gesetzt. Er habe mitgeteilt, dass bei seiner Ehefrau und ihm wegen fehlender Langzeitstudien zu Corona-Impfstoffen große Sorgen vor einer bevorstehenden Diagnose von Sterilität oder Infertilität bestehen würden. Der Kläger hat die Ansicht vertreten, es bestehe ein Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbot bezüglich des von ihm vorgelegten Impfnachweises und der daraus im Anschluss gewonnenen Erkenntnisse. Die Beklagte habe die Daten ohne wirksame Einwilligung nach Art 6, 9 DSGVO, ohne gesetzliche Ermächtigung nach § 28b IfSG oder § 26 BDSG und ohne den vorherigen Abschluss einer kollektivrechtlichen Erlaubnisgrundlage erhoben. Jedenfalls scheiterten die Kündigungen im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung. Bei dem ihm vorgeworfenen Verhalten fehle es an der notwendigen Schwere des Pflichtverstoßes, da er während der gesamten Geltungsdauer der 3-G Regelung arbeitsunfähig erkrankt gewesen sei. Er habe keine anderen Beschäftigten oder sonst Dritte gefährdet oder gefährden wollen. Ohne Abmahnung könne nicht auf eine Negativprognose bezüglich des Arbeitsverhältnisses geschlossen werden. Schließlich hat der Kläger die ordnungsgemäße Durchführung der Betriebsratsanhörung bestritten und die Ansicht vertreten, die ordentliche Kündigung sei bereits unwirksam, weil sie vor Abschluss des Anhörungsverfahrens erfolgt sei. Er hat behauptet, die Beklagte habe in der Vergangenheit schon öfter außerordentliche Kündigungen in Verbindung mit hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigungen ausgesprochen. Der Betriebsrat habe hierzu immer in getrennten Widerspruchsschreiben Stellung genommen. Auch die Stellungnahme vom 10.12.2021 beziehe sich schon vom Wortlaut her nur auf die fristlose Kündigung. Eine abschließende Stellungnahme auch zur ordentlichen Kündigung habe vor dem 14.12.2021 nicht vorgelegen.

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt,

- 1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die mit Schreiben der Beklagten vom 10.12.2021 ausgesprochene außerordentliche, fristlose Kündigung aufgelöst ist;**
- 2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die mit Schreiben der Beklagten vom 10.12.2021 ausgesprochene ordentliche Kündigung zum 31.07.2022 aufgelöst wird;**
- 3. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern auf unbestimmte Zeit auch über den 31.07.2022 unverändert fortbesteht;**
- 4. im Falle des Obsiegens mit den Anträgen zu 1. und 2. die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens als Kranschlosser in der Kranwerkstatt der Montagewerkstatt weiter zu beschäftigen.**

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat behauptet, die Kopie von dem Impfnachweis sei am 30.11.2021 mit Zustimmung des Klägers gefertigt worden. Bei der Anhörung am 07.12.2021 habe der Kläger zudem erklärt, er habe den gefälschten Impfnachweis erworben und genutzt, weil er von dem Impfstoff nicht überzeugt sei und so alle Freiheiten genießen könne. Es treffe auch nicht zu, dass der Kläger keinen Kontakt zu Mitarbeitern der Beklagten während seiner Arbeitsunfähigkeit gehabt habe. Er sei außer am 07.12.2021 noch mehrfach, so am 26.10.2021, 12.11.2021, 30.11.2021 und 13.12.2021 bei der Beklagten und dort unter anderem im Büro der Mitarbeiterinnen N. und O. gewesen. Der Kläger sei an diesen Tagen nicht im Besitz eines Negativattestes gewesen. Zur Betriebsratsanhörung hat die Beklagte die Ansicht vertreten, das Anhörungsverfahren sei durch die Stellungnahme des Betriebsrates vom 10.12.2021 auch bezüglich der ordentlichen Kündigung abgeschlossen gewesen. Inhaltlich habe der Betriebsrat abschließend auch zur ordentlichen Kündigung Stellung genommen, da er mitgeteilt habe, dass er eine Abmahnung als ausreichendes Mittel ansehe. Aufgrund der geständigen Einlassung des Klägers hätte es auch keiner weiteren Ermittlungen bzw. einer Sachverhaltsaufklärung des Betriebsrats mehr bedurft.

Mit Urteil vom 08.04.2022 hat das Arbeitsgericht Duisburg der Klage mit Ausnahme des allgemeinen Feststellungsantrages Ziffer 3 stattgegeben und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die außerordentliche Kündigung halte der Interessenabwägung nicht stand und die ordentliche Kündigung sei unwirksam, weil sie ohne abschließende vorherige Stellungnahme des Betriebsrats vor Ablauf der Wochenfrist des § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG ausgesprochen worden sei. Dementsprechend stehe dem Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu.

Das Urteil des Arbeitsgerichts ist der Beklagten über ihre Prozessbevollmächtigten am 19.04.2022 zugestellt worden. Sie hat mit am 19.05.2022 bei dem Landesarbeitsgericht Düsseldorf eingegangenen Anwaltschriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten Berufung eingelegt, die sie – nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 19.07.2022 – mit am 19.07.2022 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Anwaltschriftsatz begründet hat.

Die Beklagte verfolgt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens den Antrag auf vollständige Klageabweisung weiter. Die von dem Arbeitsgericht zur außerordentlichen Kündigung vorgenommene Interessenabwägung stelle zu Unrecht darauf ab, dass es zu keiner konkreten Gefährdung der Gesundheit anderer Mitarbeiter durch das Verhalten des Klägers gekommen sei. Denn der Kläger habe sich zum einen mehrfach längere Zeit in der Personalabteilung der Beklagten aufgehalten und mit den dortigen Mitarbeiterinnen N. und O. gesprochen. Das sei zumindest

dreimal nach Einführung der 3G-Regel geschehen, nämlich am 30.11., 07.12. und 13.12.2021. Zum anderen sei eine konkrete Gefährdung nicht erforderlich. Der Kläger habe durch sein Verhalten nicht nur in Kauf genommen, andere Mitarbeiter zu gefährden, sondern der Beklagten hätten auch Störungen im Betriebsablauf, Arbeits- und Produktionsausfälle durch Quarantäneanordnungen sowie Entgeltfortzahlungen wegen Erkrankung mit Covid-19 gedroht. Ebenfalls nicht hinreichend berücksichtigt habe das Arbeitsgericht die erhebliche kriminelle Energie des Klägers, eine Straftat zu begehen, die schwerwiegende Folgen für andere Kollegen und die Beklagte hätte haben können. Es sei bloßer Zufall gewesen, dass der Kläger zum Zeitpunkt der Vorlage des gefälschten Impfausweises arbeitsunfähig gewesen sei. Hätte die Beklagte die Fälschung nicht aufgedeckt, wäre der Kläger spätestens nach Genesung wieder ohne 3G-Schutz am Arbeitsplatz erschienen. Der Kläger habe in der Absicht gehandelt, ohne weitere tägliche Testung Zutritt zu der Arbeitsstätte zu erhalten, er sei also bereit gewesen, alle anderen Arbeitnehmer und Kunden, mit denen er in Kontakt gekommen wäre, vorsätzlich an der Gesundheit zu gefährden. Vor dem Hintergrund der Schwere dieser Pflichtverletzung habe es keiner vorherigen Abmahnung bedurft. Auch sein Verhalten nach der Tatbegehung lege eine Wiederholungsgefahr nahe, denn während er bei der Anhörung am 07.12.2021 die Vorlage des gefälschten Impfausweises noch eingeräumt habe, habe er dies im Kündigungsschutzverfahren in 1. Instanz nicht zugestanden. Hieraus lasse sich nur auf ein fehlendes Unrechtsbewusstsein schließen. Auch unabhängig von der Frage einer Wiederholungsgefahr sei hier aber wegen der Schwere der Pflichtverletzung keine Abmahnung vorrangig gewesen. Hinsichtlich der ordentlichen Kündigung vertritt die Beklagte weiterhin die Ansicht, mit dem Schreiben des Betriebsrats vom 10.12.2021 sei eine abschließende Stellungnahme zu beiden beabsichtigten Kündigungen, also auch zur ordentlichen Kündigung erfolgt. Denn die von dem Betriebsrat für seine Bedenken vorgebrachte Begründung betreffe die außerordentliche ebenso wie die ordentliche Kündigung. Aus der verständigen Sicht des Erklärungsempfängers sei das Anhörungsverfahren mit der Stellungnahme vom 10.12.2021 somit zu beiden Kündigungen abgeschlossen gewesen. Ein weiteres Abwarten hinsichtlich der ordentlichen Kündigung sei nicht erforderlich gewesen. Das gelte umso mehr, als in den Parallelverfahren anderer Mitarbeiter – so die Behauptung der Beklagten –, denen ebenfalls wegen der Vorlage gefälschter Impfnachweise gekündigt worden sei, die Stellungnahme des Betriebsrats auch zu den ordentlichen Kündigungen binnen der Dreitagesfrist abgegeben worden sei. Der Weiterbeschäftigungsantrag schließlich sei unbegründet, da die Kündigungsschutzklage bereits unbegründet sei. Darüber hinaus sei der Beklagten aber auch im Übrigen eine weitere Beschäftigung des Klägers unzumutbar. Dies begründe sich aus der eklatanten Gesundheitsgefährdung durch das Verhalten des Klägers. Das Interesse der Beklagten, dem Kläger keinen weiteren Zutritt zum Betrieb zu gewähren und sein Zusammentreffen mit anderen Mitarbeitern zu verhindern, sei damit evident.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Duisburg vom 08.04.2022 – Az.: 5 Ca 1575/21 – teilweise abzuändern und die Klage vollständig abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens. Er betont erneut, dass das Arbeitsverhältnis bis zum Ausspruch der streitgegenständlichen Kündigungen – unstrittig – beanstandungsfrei verlaufen sei. Ferner verweist er erneut auch die – unstrittig – während des gesamten Zeitraums der 3G-Regelung bestandene Arbeitsunfähigkeit des Klägers, die wegen einer Fraktur des linken Unterarms bestanden und dazu geführt habe, dass er in dieser Zeit ohnehin nur am 30.11., 07.12. und 13.12.2021 für kurze Zeit im Betrieb erschienen sei. Am 07.12.2021 sei er nur auf Aufforderung der Beklagten in den Betrieb gekommen. Eine Nachweiskontrolle sei durch die Beklagte, obwohl sie bereits von einer Fälschung des Impfnachweises ausgegangen sei, – unbestritten – nicht vorgenommen worden. Er habe auf Vorhalt die Fälschung zugestanden und diese auch im Prozessverlauf in erster Instanz zu keiner Zeit substantiiert bestritten, sondern im Kammertermin vor dem Arbeitsgericht erneut eingeräumt. Auch am 13.12.2021 sei keine Nachweiskontrolle durchgeführt worden. An diesem Tag sei er in den Betrieb gekommen, um wie schon zuvor am 30.11.2021 eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung abzugeben. Er sei an diesem Tag zuvor beim Arzt gewesen und habe dementsprechend zuvor einen Antigen-Schnelltest durchgeführt, der ein negatives Ergebnis gezeigt habe. Er habe wie ebenfalls schon am 30.11.2021 eine medizinische Maske getragen und das Aufeinandertreffen mit der Mitarbeiterin der Personalabteilung habe nur kurze Zeit gedauert. Seit dem 13.12.2021 habe er das Betriebsgelände nicht mehr betreten. Bei allen Terminen, zu denen er sich in den Betrieb begeben habe, sei er symptomfrei gewesen und am 30.11. und 13.12.2021 habe es sich um Kurzzeitkontakte im Sinne von Ziffer 2.8 der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel in der damals geltenden Fassung gehandelt und somit um solche ohne erhebliches Infektionsrisiko gehandelt.

Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze beider Parteien nebst Anlagen in erster und zweiter Instanz sowie auf die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist angesichts des Streits der Parteien über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Ausspruch der Kündigungen vom 10.12.2021 statthaft gemäß § 64 Abs. 1, Abs. 2 lit. c) ArbGG. Ferner ist sie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

II.

Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Vielmehr ist dem Arbeitsgericht im Ergebnis und in Teilen der Begründung darin zu folgen, dass die Kündigungen vom 10.12.2021 weder fristlos noch hilfsweise ordentlich, fristgerecht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses geführt haben. Folge dessen ist, dass dem Kläger dann auch der Weiterbeschäftigungsanspruch zu Recht durch das Arbeitsgericht zugesprochen wurde.

Im Einzelnen:

1. Die form- und fristgerecht im Sinne der §§ 13, 4, 7 KSchG erhobene Kündigungsschutzklage ist zulässig und begründet.

Mit der zutreffenden Würdigung des Arbeitsgerichts begründet das unstrittige Fehlverhalten des Klägers, am 30.11.2021 einen gefälschten Impfnachweis durch Vorlage bei der Personalabteilung und damit zur Täuschung im Rechtsverkehr, hier zudem zur Täuschung seines Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis gebraucht zu haben, zwar – ungeachtet der datenschutzrechtlichen Bewertung und der Frage eines Sachvortragsverwertungsverbots, die hier dahingestellt bleiben können – einen „an sich“ wichtigen Grund nach § 626 Abs. 1 BGB zur außerordentlichen, fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Jedoch führen die Besonderheiten des vorliegenden Einzelfalls im Rahmen der Interessenabwägung dazu, dass der Beklagten die Weiterbeschäftigung des Klägers zumindest noch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar gewesen wäre, so dass sich die außerordentliche, fristlose Kündigung als unwirksam erweist. Ob die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung vom 10.12.2021 sozial gerechtfertigt im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG gewesen wäre, kann dahingestellt bleiben, denn diese Kündigung scheitert offensichtlich an der nicht ordnungsgemäßen Durchführung des Anhörungsverfahrens gegenüber dem Betriebsrat nach § 102 BetrVG.

a. Die außerordentliche Kündigung vom 10.12.2021 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht mit sofortiger Wirkung beendet.

aa. 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 mehr zugemutet werden kann. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, das heißt typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist, eine außerordentliche fristlose Kündigung zu rechtfertigen (1. Stufe). Alsdann bedarf es der Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist oder nicht (2. Stufe, vgl. BAG vom 13.12.2018 – 2 AZR 370/18, juris, Rz. 15; BAG vom 25.01.2018 – 2 AZR 382/17, juris, Rz. 26; BAG vom 14.12.2017 – 2 AZR 86/17, juris, Rz. 27; BAG vom 31.07.2014 – 2 AZR 407/13, juris, Rz. 25; BAG vom 08.05.2014 – 2 AZR 249/13, juris, Rz. 16; BAG vom 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, juris, Rz. 15; BAG vom 21.06.2012 – 2 AZR 694/11, juris, Rz. 20; BAG vom 09.06.2011 – 2 AZR 323/10, juris, Rz. 14; BAG vom 10.10.2010 – 2 AZR 541/09, juris, Rz. 30).

Als wichtiger Grund nach § 626 Abs. 1 BGB kann neben der Verletzung vertraglicher Hauptpflichten auch die schuldhaftige Verletzung von Nebenpflichten „an sich“ geeignet sein (BAG vom 31.07.2014 – 2 AZR 407/13, juris, Rz. 26; BAG vom 08.05.2014 – 2 AZR 249/13, juris, Rz. 19; BAG vom 27.01.2011 – 2 AZR 825/09, juris, Rz. 29). Nach § 241 Abs. 2 BGB ist jede Partei des Arbeitsvertrags zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Diese Regelung dient dem Schutz und der Förderung des Vertragszwecks. Der Arbeitnehmer hat seine Arbeitspflichten so zu erfüllen und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung und Tätigkeit im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs nach Treu und Glauben verlangt werden kann (BAG vom 31.07.2014 – 2 AZR 407/13, juris, Rz. 26; BAG vom 08.05.2014 – 2 AZR 249/13, juris, Rz. 19).

Kommt gemessen daran ein wichtiger Grund „an sich“ in Betracht, ist Voraussetzung weiter, dass sich die Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls als verhältnismäßig erweist.

Die Interessenabwägung im Rahmen von § 626 Abs. 1 BGB hat bei Vorliegen einer Vertragspflichtverletzung unter anderem zum Gegenstand, ob dem Kündigenden eine mildere Reaktion als eine (fristlose) Kündigung, also insbesondere eine Abmahnung zumutbar war. Dieses Vorrangverhältnis gilt gleichermaßen für die Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG. Ordentliche und außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen regelmäßig eine Abmahnung voraus (BAG vom 20.05.2021 – 2 AZR 596/20, juris, Rz. 27 m.w.N.). Einer solchen bedarf es nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach einer 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 (BAG vom 20.05.2021 – 2 AZR 596/20, juris, Rz. 27; BAG vom 27.02.2020 – 2 AZR 570/19, juris, Rz. 23; BAG vom 13.12.2018 – 2 AZR 370/18, juris, Rz. 30; BAG vom 29.06.2017 – 2 AZR 302/16, juris, Rz. 28). Liegt nur eine dieser Fallgruppen vor, kann Ergebnis der Interessenabwägung nicht sein, den Kündigenden auf eine Abmahnung als milderes Mittel zu verweisen (BAG vom 20.05.2021 – 2 AZR 596/20, juris, Rz. 27; BAG vom 27.02.2020 – 2 AZR 570/19, juris, Rz. 24).

Zur ersten Fallgruppe ist dann, wenn die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers beruht, grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann (BAG vom 20.05.2021 – 2 AZR 596/20, juris, Rz. 28; BAG vom 27.02.2020 – 2 AZR 570/19, juris, Rz. 23; BAG vom 13.12.2018 – 2 AZR 370/18, juris, Rz. 30; BAG vom 29.06.2017 – 2 AZR 302/16, juris, Rz. 28).

Die zweite Fallgruppe betrifft ausschließlich das Gewicht der in Rede stehenden Vertragspflichtverletzung, die für sich schon die Basis für eine weitere Zusammenarbeit irreparabel entfallen lässt. Dieses bemisst sich gerade unabhängig von einer Wiederholungsgefahr. Die Schwere einer Pflichtverletzung kann zwar nur anhand der sie beeinflussenden Umstände des Einzelfalls beurteilt werden, diese müssen aber die Pflichtwidrigkeit selbst oder die Umstände ihrer Begehung betreffen. Dazu gehören etwa ihre Art und ihr Ausmaß, ihre Folgen, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers sowie die Situation bzw. das „Klima“, in der bzw. in dem sie sich ereignete. Sonstige Umstände, die Gegenstand der weiteren Interessenabwägung sein können, wie etwa ein bislang unbelastetes Arbeitsverhältnis, haben bei der Prüfung der Schwere der Pflichtverletzung außer Betracht zu bleiben. Dies gilt umgekehrt ebenso für ein nachfolgendes wahrheitswidriges Bestreiten, das für sich genommen ebenfalls nichts über die Schwere der begangenen Pflichtverletzung besagt (BAG vom 20.05.2021 – 2 AZR 596/20, juris, Rz. 27).

Kommt man nach Maßgabe dieser Grundsätze zur Entbehrlichkeit des vorherigen Ausspruchs einer Abmahnung, ist bei der außerordentlichen Kündigung noch weitergehend in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen (BAG vom 13.12.2018 – 2 AZR 370/18, juris, Rz. 28; BAG vom 14.12.2017 – 2 AZR 86/17, juris, Rz. 54; BAG vom 29.06.2017 – 2 AZR 302/16, juris, Rz. 26). Bei dieser Interessenabwägung ist insbesondere zu prüfen, ob das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers auch dahingehend überwiegt, dass ihm nicht einmal die Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar war. Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Dabei lassen sich die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumindest bis zum Ende der Frist für eine ordentliche Kündigung zumutbar war oder nicht, nicht abschließend festlegen (vgl. aber die Aufstellung bei

HWK/Sandmann, 10. Auflage, § 626 BGB Rn. 75 ff. m.w.N.). Zu berücksichtigen sind jedoch regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf (BAG vom 13.12.2018 – 2 AZR 370/18, juris, Rz. 29). Ebenfalls zu berücksichtigen ist das Nachtatverhalten bis zum Ausspruch der Kündigung und damit insbesondere, ob der Arbeitnehmer die Tat auf Vorhalt eingeräumt und sich reuig gezeigt oder ob er sie wahrheitswidrig abgestritten und/oder zu vertuschen versucht hat (vgl. BAG vom 24.11.2005 – 2 AZR 39/05, juris, Rz. 21, 23; LAG Berlin-Brandenburg vom 01.12.2011 – 2 Sa 2015/11, juris, Rz. 32; KR/Fischermeier/Krumbiegel, 13. Auflage, § 626 BGB Rn. 256). Entscheidend sind die objektiv feststellbaren Umstände zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung, weshalb nachträgliche Umstände wie insbesondere ein bestimmtes Prozessverhalten im Kündigungsschutzverfahren grundsätzlich keine die bereits ausgesprochene Kündigung – sozusagen nachträglich – rechtfertigende oder das Gewicht einer Pflichtverletzung verstärkende oder mindernde Bedeutung mehr haben können (BAG vom 10.06.2010 – 2 AZR 541/09, juris, Rz. 52 ff. m.w.N.).

Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche mildereren Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. Sie scheidet aus, wenn es ein „schonenderes“ Gestaltungsmittel – wozu außer der Abmahnung unter anderem eben auch die ordentliche Kündigung zählen kann – gibt, das ebenfalls geeignet ist, den mit einer außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck – nicht die Sanktion des pflichtwidrigen Verhaltens, sondern die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen des Arbeitsverhältnisses – zu erreichen (BAG vom 13.12.2018 – 2 AZR 370/18, juris, Rz. 29; BAG vom 23.08.2018 – 2 AZR 235/18, juris, Rz. 40; BAG vom 29.06.2017 – 2 AZR 302/16, juris, Rz. 27).

bb. Gemessen hieran ist dem Arbeitsgericht ebenso wie der Beklagten zunächst beizupflichten, dass das unstreitige Fehlverhalten des Klägers, am 30.11.2021 einen zuvor käuflich im Internet erworbenen, gefälschten Impfnachweis über eine tatsächlich zum damaligen Zeitpunkt nicht stattgefundene Grundimmunisierung gegen das Corona-Virus seinem Arbeitgeber als Impfnachweis im Sinne von § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG in der damals geltenden Fassung und damit als 3G-Nachweis vorzulegen, eine schwerwiegende Pflichtverletzung darstellt. Ein solches Verhalten ist „an sich“ geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu begründen. Denn mit einem solchen Verhalten hat ein Arbeitnehmer, wenn er den Betrieb unter Vortäuschen der Zutrittsberechtigung eines vollständigen Impfstatus betreten hat, in der Zeit vom 24.11.2021 bis 19.03.2022 nicht nur gegen seine damaligen gesetzlichen Pflichten aus § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG, mithin gegen spezialgesetzlich normierte, arbeitsschutzrechtliche Vorgaben und damit zugleich gegen entsprechende arbeitsvertragliche Nebenpflichten verstoßen, sondern regelmäßig auch den Straftatbestand des § 279 StGB in der ab 24.11.2021 geltenden Fassung verwirklicht.

Im Falle des Klägers ist dies zweifellos so, denn er hat vorsätzlich, nämlich wissentlich und nach seiner Einlassung in der mündlichen Berufungsverhandlung auch gerade zu diesem Zweck, also absichtlich zur Täuschung im Rechtsverkehr von dem gefälschten Impfnachweis und damit von einem gefälschten Gesundheitszeugnis (hierzu OLG Karlsruhe vom 26.07.2022 – 2 Rv 21 Ss 262/22, juris, Rz. 19 ff. m.w.N.) Gebrauch gemacht. Zur Täuschung im Rechtsverkehr handelt derjenige, der eine andere Person aufgrund eines Irrtums zu rechtserheblichem Verhalten veranlassen will (Fischer, StGB, 69. Auflage, § 267 Rn. 42 m.w.N.). Das war hier der Fall, denn durch den Gebrauch, also das Vorzeigen des gefälschten Impfnachweises wollte der Kläger erreichen, dass sein Arbeitgeber irrtümlich von der (Dauer-)Erfüllung der gesetzlichen Vorgaben aus § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG durch den Kläger ausgeht und ihm damit ohne weitere, arbeitstägliche Kontrollen bspw. zur Negativtestung Zutritt zum Betrieb gewährt. Ob der Kläger mit dem Gebrauch des gefälschten, da jedenfalls inhaltlich unrichtigen Impfnachweises zugleich den Tatbestand des § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB verwirklicht hat – was nach dem Wegfall einer etwaigen Sperrwirkung des § 279 StGB seit 24.11.2021 (hierzu näher OLG Karlsruhe vom 26.07.2022 – 2 Rv 21 Ss 262/22, juris, Rz. 26 ff. m.w.N.) maßgeblich davon abhängen dürfte, ob die von dem Kläger genutzte Fälschung zwar von einem Arzt stammte, jedoch inhaltlich unrichtige Angaben enthielt, oder aber selbst der ärztliche Aussteller falsch angegeben ist –, kann dahingestellt bleiben. Kündigungsrechtlich entscheidend ist nicht die Frage, ob und wie viele (weitere) Straftatbestände ein Verhalten verwirklicht hat, sondern das Vorliegen einer erheblichen Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, die grundsätzlich – nämlich „an sich“ – geeignet ist, einen wichtigen Grund zur fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu begründen (BAG vom 08.05.2014 – 2 AZR 249/13, juris, Rz. 20; BAG vom 21.06.2012 – 2 AZR 694/11, juris, Rz. 21 m.w.N.).

Eine schwerwiegende und so erhebliche Pflichtverletzung des Klägers, dass damit an sich ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung begründet worden ist, lag mit dem Fehlverhalten vom 30.11.2021 vor. Der Kläger hat bewusst gegen seine arbeitsschutzrechtlichen Pflichten aus § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG, damit zugleich gegen die entsprechenden arbeitsvertraglichen Nebenpflichten verstoßen und dabei zumindest den Straftatbestand des § 279 StGB n.F. verwirklicht. Die Straftat betraf auch unmittelbar sein Arbeitsverhältnis. Den Arbeitgeber über den Impfstatus vorsätzlich zu täuschen und damit gegen gesetzliche Vorgaben zu verstoßen, die dem Gesundheitsschutz unter anderem aller Beschäftigten des Betriebes in einer bekanntermaßen seit Monaten bestehenden, weltweiten gesundheitlichen Bedrohungslage dienen, begründet einen schwerwiegenden Pflichtverstoß und Vertrauensbruch. Ungeachtet der noch zu prüfenden Umstände des Einzelfalls liegt darin ein Verhalten, das zur außerordentlichen Kündigung an sich berechtigt.

Diese Rechtsansicht der Berufungskammer geht einher mit allen bislang zum Thema veröffentlichten arbeitsgerichtlichen Entscheidungen und dem hierzu ergangenen Schrifttum und kann somit als allgemeine Ansicht in Rechtsprechung und Literatur bezeichnet werden (vgl. insoweit ArbG Siegburg vom 23.06.2022 – 3 Ca 2171/21, juris, Rz. 18; ArbG Berlin vom 26.04.2022 – 58 Ca 12302/21, juris, Rz. 76 ff.; ArbG Hamburg

vom 31.03.2022 – 4 Ca 323/21, juris, Rz. 33 ff.; ArbG Köln vom 23.03.2022 – 18 Ca 6830/21, juris, Rz. 41; ArbG Bielefeld vom 04.03.2022 – 1 Ca 2208/21, juris, Rz. 47 ff. mit Anm. Busch, jurisPR-ArbR 24/2022, Anm. 9; ArbG Düsseldorf vom 18.02.2022 – 11 Ca 5388/21, juris, Rz. 25 ff. mit Anm. Bissels/Prokop, jurisPR-ArbR 28/2022, Anm. 6; Pieper, NZA-RR 2022, 449, 450 ff.; Kleinebrink, DB 2022, 392, 397; Seel, öAT 2022, 155, 157 f.).

cc. Allerdings kennt das Kündigungsschutzrecht weder im Bereich der außerordentlichen noch im Bereich der ordentlichen Kündigung absolute Kündigungsgründe (BAG vom 19.04.2012 – 2 AZR 186/11, juris, Rz. 28; BAG vom 10.06.2010 – 2 AZR 541/09, juris, Rz. 16). Vielmehr sind wie bereits vorstehend ausgeführt immer alle Umstände des Einzelfalls zu würdigen im Hinblick auf die Frage, ob das dem Arbeitnehmer vorgeworfene Verhalten zur außerordentlichen (oder im Falle der Prüfung einer ordentlichen Kündigung zur fristgerechten) Beendigung auch ohne vorangegangene Abmahnung ausreicht.

Im vorliegenden Fall ist zunächst festzustellen, dass mit dem Verhalten des Klägers vom 30.11.2021 eine derart schwere Pflichtverletzung vorlag, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit auch für den Kläger bei der Tatbegehung erkennbar ausgeschlossen war. Damit kann die Beklagte nicht auf den Vorrang einer Abmahnung verwiesen werden. Diese scheidet als milderer Mittel gegenüber einer außerordentlichen Kündigung hier ungeachtet der Frage einer Steuerbarkeit des Verhaltens und einer etwaigen Wiederholungsgefahr allein bereits aufgrund der Schwere der Pflichtverletzung aus. Denn zwar liegt mit dem Verhalten des Klägers am 30.11.2021 eine einmalige, von ihm nicht etwa wiederholt begangene Pflichtverletzung vor. Jedoch hat der Kläger in der mündlichen Beruungsverhandlung selbst zugestanden, sich den gefälschten Impfnachweis nicht einfach so bzw. zu anderen – nicht minder unzulässigen – Zwecken beschafft zu haben, sondern gezielt zur Vorlage beim Arbeitgeber, also im Hinblick auf die neue gesetzliche 3G-Regelung und um künftig nicht weiter Testnachweise vorlegen zu müssen. Damit lag nicht nur objektiv ein schwerwiegender Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften, deren Verletzung zudem strafbewehrt war, vor, sondern subjektiv ebenfalls kein Versehen, sondern vorsätzliches Handeln mit der Absicht zur Täuschung des Arbeitgebers. Das Tatmotiv war kein hehres, im Gegenteil handelte der Kläger mit dem Ziel, künftig als lästig empfundene Testnachweise zu vermeiden, die er bei unverändert unterbleibender Impfung hätte vorlegen müssen. Soweit er vorgetragen hat, gesundheitliche Bedenken gegen die Impfung gehabt zu haben im Hinblick auf eine beabsichtigte Kinderwunschbehandlung, vermag dieses Handlungsmotiv sein Verhalten weder zu rechtfertigen, zu entschuldigen noch den Schweregrad der Pflichtverletzung zu reduzieren. Denn § 28b IfSG begründete auch im hier relevanten Zeitraum vom 24.11.2021 bis 19.03.2022 bezogen auf den streitgegenständlichen Betrieb keine Impfpflicht, sondern arbeitsschutzrechtlich begründete Nachweispflichten, die wahlweise durch einen Impfnachweis oder eben auch durch Testnachweise erfüllt werden konnten. Man kommt mithin nicht umhin, als das tragende Handlungsmotiv des Klägers allein die Vermeidung „lästiger“ Testnachweise anzunehmen. Die Einlassung des

Klägers in der Berufungsverhandlung hat dies letztlich bestätigt. Der damit einhergehende schwerwiegende Vertrauensbruch schließt dann aber – auch für den Kläger seinerzeit bereits erkennbar – selbst die erstmalige Hinnahme eines solchen Verhaltens durch den Arbeitgeber aus. Ein Mitarbeiter, der so schwerwiegend gegen gesetzliche und betriebliche Regeln vorsätzlich und mit Täuschungsabsicht verstößt, kann nicht damit rechnen, hierfür lediglich eine Abmahnung zu erhalten.

Gleichwohl war der Beklagten zur Überzeugung der Berufungskammer die Weiterbeschäftigung des Klägers bis zum Ablauf der Kündigungsfrist von – hier unstreitig nach Maßgabe tariflicher Vorgaben – sieben Monaten bis zum 31.07.2022 zumutbar. Damit scheidet die außerordentliche Kündigung im Rahmen der Interessenabwägung am Vorrang der ordentlichen Kündigung. Dass diese wiederum aus formalen Gründen an einer nicht ordnungsgemäßen Durchführung des Anhörungsverfahrens nach § 102 BetrVG scheidet (dazu sogleich), ändert nichts daran, dass sie das vorrangige Reaktionsmittel gewesen wäre. Der Kündigungsgrund der ordentlichen Kündigung ist zudem nicht „verbraucht“, wenn diese wie hier lediglich aus formalen Gründen für unwirksam erklärt wird.

Im Rahmen der Gesamtwürdigung aller Umstände des vorliegenden Falles ist zum einen erneut die schwerwiegende und vorsätzlich begangene Pflichtverletzung zu Lasten des Klägers zu berücksichtigen. Grundsätzlich rechtfertigt ein solches Fehlverhalten eben durchaus eine außerordentliche Kündigung. Dabei muss der Arbeitgeber auch keine konkreten Gesundheitsgefährdungen von Beschäftigten im Betrieb durch das Verhalten des Arbeitnehmers darlegen. Die verletzte Arbeitsschutznorm dient der allgemeinen Gefahrenprävention unabhängig von einer konkreten Gefährdungslage in dem jeweiligen konkreten Betrieb und unabhängig von konkret gegebener Infektion des Beschäftigten. Ihre Verletzung durch Vorlage gefälschter Nachweisdokumente ist strafbewehrt. Allein das zeigt schon hinlänglich die durch den Gesetzgeber erfolgte Einschätzung zum Schweregrad entsprechender Pflichtverletzungen. Dementsprechend kann es den Kläger nur nicht weitergehend belasten, jedoch hinsichtlich des festzustellenden Verstoßes des Gebrauchs eines gefälschten Impfnachweises auch nicht entlasten, dass es unstreitig an keinem der Tage seines Erscheinens im Betrieb im Geltungszeitraum der 3G-Regelung und bis zur Kündigung (30.11.2021 und 07.12.2021) zu einer auf ihn zurückzuführenden Infektion mit dem Corona-Virus gekommen ist.

Durchaus zu berücksichtigen ist aber, dass das dem Kläger vorzuwerfende Verhalten dadurch, dass er aufgrund seiner bereits seit 25.10.2021 bestehenden und fortdauernden Arbeitsunfähigkeit vor Aufdeckung der Tat nur ein einziges Mal, nämlich am 30.11.2021 im Betrieb war, keine Perpetuierung erfahren hat, indem der Kläger beispielsweise unter Berufung auf den an jenem Tag vorgelegten – gefälschten – Impfnachweis mehrere Tage im Betrieb anwesend gewesen wäre, ohne sich erneut nach § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG einer Nachweiskontrolle unterziehen zu müssen – da der Arbeitgeber vor Aufdeckung der Tat vom Vorliegen eines ausreichenden Dauernachweises des Impfstatus hätte ausgehen können. Auch am 30.11.2021 begab sich der

Kläger unstreitig nur zwecks Abgabe einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in den Betrieb. Auch wenn die Beklagte vorträgt, es habe sich um einen längeren Aufenthalt gehandelt, bleibt sie als darlegungsbelastete Partei hierzu aber jede Konkretisierung schuldig. Der Kläger hat konkret vorgetragen, der Aufenthalt und Kontakt mit den Mitarbeiterinnen der Personalabteilung habe weniger als 10 Minuten betragen. Es habe sich um Kurzzeitkontakte im Sinne von Ziffer 2.8 der damals gültigen SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel gehandelt. Da die Beklagte dem nicht konkret entgegen getreten ist und zudem unstreitiger Sinn und Zweck des Aufsuchens der Betriebsstätte einen Kurzeitaufenthalt nahelegen, selbst wenn dann noch der Impfnachweis vorgelegt und kopiert wird, ist nach § 138 Abs. 2, 3 ZPO von einem Kurzzeitkontakt mit weniger als 10 Minuten Dauer auszugehen. Damit hat der Kläger sich mittels Vorlage des gefälschten Dokuments nur für verhältnismäßig kurze Zeit ungehinderten Zugang zum Betrieb verschafft. Schon das abstrakte Gefährdungspotential eines solchen Kurzeitaufenthalts liegt erkennbar deutlich unterhalb desjenigen eines Beschäftigten, der auf diese Weise arbeitstätig vollschichtig im Betrieb seiner Arbeit nachgeht, dabei mit wesentlich mehr Menschen für wesentlich längere Zeit in Kontakt kommt. Hinzu kommt, dass der Kläger unwiderlegt vorträgt, am Tag negativ getestet gewesen zu sein und die ganze Zeit über eine medizinische Maske getragen zu haben. Der maßgebliche Kündigungsvorwurf besteht zwar – wie man der Betriebsratsanhörung entnehmen kann – nicht in einer konkreten Gesundheitsgefährdung der Belegschaft, sondern in der Täuschung des Arbeitgebers über den Impfstatus durch Vorlage gefälschter Dokumente, mithin in der Verletzung arbeitsschutzrechtlicher, der Gefahrenprävention dienender und strafbewehrter Verhaltensnormen. Allerdings bleibt festzuhalten, dass dieser maßgebliche Verstoß nicht mehrfach vorgekommen ist und der Kläger sich auf der Grundlage dieses Verstoßes auch nicht mehrfach unbefugt Zutritt zum Betrieb verschafft hat, sondern einmalig am 30.11.2021.

Denn beim nächsten Betreten des Betriebs am 07.12.2021 handelte es sich bereits um ein solches nach Aufdecken der Tat. Die Beklagte wusste in Person ihres Personalleiters und damit ihr zurechenbar seit 06.12.2021, dass alle Impfnachweise mit dem Stempel „Impfzentrum Duisburg – im Auftrag des Landes NRW“ Fälschungen waren. Damit wusste sie, dass der von dem Kläger vorgelegte Impfnachweis gefälscht war. Hinzu kam noch die gleichlautende Information der Kriminalpolizei am 07.12.2021 konkret bezogen auf die Angaben im Impfnachweis des Klägers. Einzig unklar konnte damit zum Zeitpunkt des Beginns des Gesprächs mit dem Kläger, zu dem er unter dem Vorwand eines beabsichtigten „BEM-Gesprächs“ in den Betrieb gebeten worden war, noch sein, ob und in welchem Umfang dieser bei der Vorlage des objektiv nachweislich gefälschten Dokuments vorsätzlich gehandelt hatte. Ihn diesbezüglich anzuhören und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, ist der Beklagten insoweit – wenn man mal die Umstände der Einladung in den Betrieb außer Betracht lässt – nicht vorzuwerfen und wird ihr natürlich auch nicht vorgeworfen. Wenn ein Arbeitgeber wie hier aber nachfolgend zum schärfsten Reaktionsmittel der außerordentlichen Kündigung in Reaktion auf das Fehlverhalten des Klägers greift, muss er sich schon entgegen halten lassen, dass er – unstreitig – den ungeimpften Mitarbeiter, zu dem kein wirksamer Impfnachweis, kein Genesenennachweis und auch kein gültiger Testnachweis vorliegt

und dokumentiert ist, in den Betrieb beordert, ohne vor Betreten des Betriebs der eigenen Nachweiskontrollpflicht nach § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG in der seinerzeit geltenden Fassung nachzukommen. Bei der nach dem vorliegenden Ermittlungsergebnis gegebenen Sachlage durfte die Beklagte den Kläger nicht mehr in den Betrieb lassen, ohne zuvor – da ja ihr bekannt kein gültiger, ungefälschter Impfnachweis vorlag – zumindest eine – täglich vorgeschriebene – Nachweiskontrolle zu einem negativen Corona-Test durchzuführen. Diese gesetzliche Pflicht des Arbeitgebers wurde nicht durch Ermittlungen im Zusammenhang mit einem möglichen Ausspruch einer Kündigung suspendiert. Sie galt unabhängig hiervon. Sie nicht zu beachten, um möglicherweise ein gewisses Überraschungsmoment gegenüber dem Kläger weiter nutzen zu können – welches Motiv die Beklagte hier letztlich bewogen haben mag, kann dahingestellt bleiben –, wirkt sich im Rahmen der Interessenabwägung zu Lasten der Beklagten aus, denn es zeigt, dass sie unter gewissen Umständen auch bereit war, gesetzliche Arbeitsschutzregeln zu überschreiten, den Gesundheitsschutz ihrer Belegschaft also nicht so ernst nahm, wie sie es im vorliegenden Rechtsstreit wiederum glauben machen möchte.

Das nimmt der Pflichtverletzung des Klägers nicht die Relevanz, stellt aber infrage, dass es der Beklagten unzumutbar gewesen wäre, ihn jedenfalls noch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen. Richtig ist, dass der Kläger über seinen Impfstatus gelogen und getäuscht hat und sich hierzu in strafbarer Weise gefälschter Dokumente bedient hat. Richtig und hier zu berücksichtigen ist aber auch, dass er die Tat nach Aufdeckung und Vorhalt durch die Beklagte am 07.12.2021 und damit noch deutlich vor Ausspruch der Kündigung sofort zugegeben hat. Das zeigt, dass man es bei dem Kläger nicht per se mit einer unehrlichen Person zu tun hat, in die keinerlei Vertrauen mehr gesetzt werden könnte. Nicht zuletzt wird diese Einschätzung auch untermauert durch immerhin mehr als 19 Jahre unstreitig unbeanstandeter Betriebszugehörigkeit des Klägers. Diese lange unbeanstandete Betriebszugehörigkeit zeigt, dass jedenfalls für den Lauf der Kündigungsfrist durchaus noch ein Vertrauen auf eine ordnungsgemäße Abwicklung des Arbeitsverhältnisses gesetzt werden konnte. Denn der Kläger ist allein im Hinblick auf die – auch im Übrigen weite Teile der Gesellschaft spaltende – „Corona-Politik“ und von ihm offensichtlich nicht hinreichend ernst genommener gesetzlicher Pflichten in diesem Zusammenhang negativ auffällig geworden – nicht anders und nicht zuvor bereits. Er hat den Verstoß sofort zugegeben. Eine gleichartige Pflichtverletzung war von ihm nicht mehr zu erwarten, und sei es auch nur aufgrund des nun deutlich erhöhten Aufdeckungsrisikos und der ihm nunmehr spätestens bewussten, auch strafrechtlichen Dimension seines Handelns; eine andere Pflichtverletzung war angesichts des langjährig unbescholtenen Verhaltens auch nicht zu erwarten. Aufgrund des durch den Betriebsrat in seiner Stellungnahme vom 10.12.2021 mitgeteilten Umstandes, dass die erste – echte – Impfung nach Auskunft des Klägers für den 11.12.2021 angekündigt war und unmittelbar bevorstand, war der Beklagten eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses aus Sicht der Berufungskammer jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar. Denn damit war kurzfristig ein vollständiger Impfschutz erwartbar. Selbst ohne diesen wäre eine Weiterbeschäftigung im

Zeitraum der 3G-Regelung mit entsprechendem Testnachweis nach Beendigung der Arbeitsunfähigkeit des Klägers zulässig und zumutbar gewesen.

Da die Beklagte selbst ihre gesetzlichen Pflichten wie aufgezeigt auch nicht durchgängig beachtet hat, konnte durchaus von ihr erwartet werden, dem Kläger die Chance zu geben, über den Lauf der Kündigungsfrist aus einem noch bestehenden Arbeitsverhältnis heraus eine neue Anstellung zu finden und dabei nicht durch den durch ein Beendigungsdatum im laufenden Monat deutlich sichtbaren „Makel einer fristlosen Kündigung“ beeinträchtigt zu werden. Gerade bei einem 19 Jahre bestandenen Arbeitsverhältnis dürfte jedem künftigen Arbeitgeber klar sein, dass dieses nicht regulär beendet worden ist, wenn es zum 10. eines Monats beendet wurde. Dass der Kläger also mit seinem Verhalten sein Arbeitsverhältnis aufgrund der Schwere der Pflichtverletzung durchaus aufs Spiel gesetzt hat, heißt nicht, dass man ihm nach 19 Jahren zuvor unbeeinträchtigter Abwicklung des Vertragsverhältnisses nun noch die Chance zu einem auch nach außen sichtbar ordentlichen Ende nehmen muss.

Auf Seiten der Beklagten jedenfalls vermag die Kammer keine durchgreifenden und überwiegenden Interessen an einer sofortigen Beendigung erkennen. Soweit man noch an generalpräventive Erwägungen denken könnte, also an die Außen- und Abschreckungswirkung gegenüber anderen Mitarbeitern, wird diese schon durch die Beendigung eines immerhin fast zwei Jahrzehnte bestandenen Beschäftigungsverhältnisses hinreichend zum Ausdruck gebracht. Es bedarf insoweit nicht noch zusätzlich der fristlosen Beendigung, um eine generalpräventiv ausreichende Wirkung zu erzielen.

Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses jedenfalls bis zum 31.07.2022 war der Beklagten mithin nicht unzumutbar. Folge dessen ist die Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung.

b. Die ordentliche Kündigung vom 10.12.2021, die aus Sicht der Berufungskammer nach den vorstehenden Ausführungen hätte sozial gerechtfertigt sein können, erweist sich als unwirksam gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG, weil die Beklagte sie vor Ablauf der insoweit nach § 102 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 BetrVG für die Anhörung geltenden Wochenfrist ausgesprochen hat, ohne dass bis dahin bereits eine abschließende und sich auf die ordentliche Kündigung beziehende Stellungnahme des Betriebsrats vorgelegen hätte.

Das hat bereits das Arbeitsgericht zutreffend unter II. der Entscheidungsgründe festgestellt. Diese Erwägungen macht sich die Berufungskammer zu eigen und nimmt gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG hierauf zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen Bezug. Zum Berufungsvorbringen ist ergänzend lediglich noch folgendes auszuführen:

Eine vor Ablauf der Wochenfrist ausgesprochene Kündigung ist nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Der Betriebsrat muss mit seiner Äußerung zwar nicht bis

zum Fristablauf warten. Er kann bereits vor diesem Zeitpunkt zur mitgeteilten Kündigungsabsicht des Arbeitgebers abschließend Stellung nehmen. Das Beteiligungsverfahren ist mit Eingang einer solchen Äußerung vorzeitig beendet und der Arbeitgeber kann die Kündigung umgehend erklären (BAG vom 25.05.2016 – 2 AZR 345/15, juris, Rz. 23; BAG vom 23.10.2014 – 2 AZR 736/13, juris, Rz. 13).

Insoweit ist der Beklagten zuzustimmen. Das hat aber auch das Arbeitsgericht schon nicht anders gesehen. Zu beachten ist nämlich, dass einer Äußerung des Betriebsrats während des Anhörungsverfahrens nach § 102 BetrVG nur fristverkürzende Wirkung zukommt, wenn ihr der Arbeitgeber unzweifelhaft entnehmen kann, dass es sich um eine abschließende Stellungnahme handelt. Erklärt der Betriebsrat dies nicht ausdrücklich, ist der Inhalt seiner Mitteilung durch Auslegung entsprechend §§ 133, 157 BGB zu ermitteln (BAG vom 25.05.2016 – 2 AZR 345/15, juris, Rz. 24). Diese muss eindeutig ergeben, dass der Betriebsrat sich bis zum Ablauf der Anhörungsfrist nicht noch einmal – und sei es „nur“ zur Ergänzung der Begründung seiner bereits eröffneten Entschließung – äußern möchte (BAG vom 25.05.2016 – 2 AZR 345/15, juris, Rz. 24 m.w.N.). Der Arbeitgeber muss aufgrund der bisherigen Äußerung des Betriebsrats davon ausgehen können, dieser werde unter keinen Umständen mehr tun als bereits geschehen (BAG vom 25.05.2016 – 2 AZR 345/15, juris, Rz. 24 m.w.N.).

Für die Annahme einer vorfristig abgegebenen verfahrensbeendenden Äußerung bedarf es besonderer Anhaltspunkte. Dem Betriebsrat steht für die Mitteilung der Gründe, die aus seiner Sicht gegen die Verwirklichung des Kündigungsentschlusses sprechen, die gesamte Anhörungsfrist zur Verfügung. Die Möglichkeit zur Stellungnahme gegenüber dem Arbeitgeber ist dabei nicht auf eine einmalige Äußerung beschränkt. Ebenso wie der Arbeitgeber seine Angaben im Verfahren nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG während der Wochenfrist ergänzen darf, kann auch der Betriebsrat in diesem Zeitraum eine bereits abgegebene Stellungnahme jederzeit erweitern. Hierfür kann insbesondere Anlass bestehen, wenn sich der Kündigungssachverhalt oder dessen rechtliche Bewertung aus Sicht des Betriebsrats im Verlauf der Wochenfrist verändern. Dieser ist auch nicht gehalten, sich die Ergänzung einer bereits übermittelten Stellungnahme ausdrücklich vorzubehalten (BAG vom 25.05.2016 – 2 AZR 345/15, juris, Rz. 25).

Besondere Anhaltspunkte für eine abschließende Stellungnahme liegen regelmäßig vor, wenn der Betriebsrat dem Arbeitgeber mitteilt, er stimme der beabsichtigten Kündigung ausdrücklich und vorbehaltlos zu oder erklärt, von einer Äußerung zur Kündigungsabsicht abzusehen. In anderen Fällen wird der Arbeitgeber nur von einer abschließenden Stellungnahme ausgehen können, wenn aus seiner Sicht eine weitere Äußerung des Betriebsrats zur Kündigungsabsicht ausgeschlossen ist. Dazu ist es nicht ausreichend, dass der Betriebsratsvorsitzende dem Arbeitgeber das Ergebnis der Beschlussfassung des Gremiums mitgeteilt hat. Dies schließt für sich allein genommen eine erneute Beschlussfassung des Betriebsrats oder eine Ergänzung der mitgeteilten Beschlussgründe durch den Vorsitzenden nicht aus (BAG vom 25.05.2016 – 2 AZR 345/15, juris, Rz. 26). Fehlt es an sicheren Anhaltspunkten dafür, dass sich

der Betriebsrat in keinem Fall mehr zur Kündigungsabsicht äußern wird, muss der Arbeitgeber, sofern er die Kündigung vor Ablauf der Wochenfrist erklären will, beim Betriebsratsvorsitzenden nachfragen und um entsprechende Klarstellung bitten. Auf dessen Erklärung darf er sich dann verlassen (BAG vom 25.05.2016 – 2 AZR 345/15, juris, Rz. 27).

In Anwendung dieser Grundsätze ist hier festzustellen, dass nicht etwa eine möglicherweise noch nicht vollständige und abschließende Stellungnahme des Betriebsrats mit dem Schreiben vom 10.12.2021 zur ordentlichen Kündigung vorlag. Vielmehr lag überhaupt keine Stellungnahme des Betriebsrats zur ordentlichen Kündigung vor.

Das Schreiben bezieht sich schon im Betreff ausdrücklich allein auf die Anhörung zur außerordentlichen Kündigung des Klägers. Die ebenfalls am 07.12.2021 eingegangene Anhörung zur ordentlichen Kündigung wird nicht erwähnt. Auch inhaltlich erklärt der Betriebsrat allein, die außerordentliche Kündigung abzulehnen. Zur ordentlichen Kündigung erfolgt keinerlei Stellungnahme.

Soweit die Beklagte aus der Begründung des Betriebsrats, die außerordentliche Kündigung abzulehnen, weil eine Abmahnung ausreichend gewesen sei, herleitet, damit sei zugleich zur ordentlichen Kündigung Stellung genommen worden – und das noch dazu ohne irgendeinen Anhaltspunkt im Wortlaut des Schreibens abschließend –, weil derselbe Grund auch einer ordentlichen Kündigung entgegenstehe, verlässt ihre Ansicht den Bereich der Auslegung und betritt den der Spekulation. Die Auslegung hat vom Wortlaut auszugehen und dieser gibt keinerlei Hinweis zu einer Stellungnahme zur ordentlichen Kündigung, sondern spricht ausdrücklich und allein von der außerordentlichen Kündigung. Dass gegen die außerordentliche Kündigung eingewandte Bedenken nicht nur deren Wirksamkeit berühren, sondern zugleich die der ordentlichen Kündigung, schließt gleichwohl nicht aus, dass der Betriebsrat zu jener Kündigung innerhalb der noch laufenden Stellungnahmefrist möglicherweise noch zusätzliche Bedenken mitteilt. Ebenso wenig ist für den Erklärungsempfänger erkennbar, dass zur ordentlichen Kündigung damit überhaupt schon eine Beschlussfassung des Gremiums erfolgt ist. Mitgeteilt wird allein eine solche am 10.12.2021, dem Datum des Ablaufs der insoweit relevanten Dreitagesfrist des § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG, zur außerordentlichen Kündigung.

Es lagen damit keinerlei sichere Anhaltspunkte für eine am 10.12.2021 erfolgte abschließende Stellungnahme auch zur ordentlichen Kündigung vor. Objektiv betrachtet lagen mit dem Schreiben ausschließlich sichere Anhaltspunkte für eine allein auf die außerordentliche Kündigung bezogene Stellungnahme vor. Selbst wenn die Beklagte dies hätte anders sehen wollen, wäre eine Nachfrage erforderlich gewesen, um sich zu vergewissern, dass keine weitere – objektiv betrachtet: schon keine erstmalige – Stellungnahme des Betriebsrats zur ordentlichen Kündigung beabsichtigt war. Wie sich der nachfolgenden Entwicklung entnehmen lässt, hätte die Beklagte dann die schon nach dem Wortlaut und Kontext des Schreibens vom 10.12.2021 erwartbare Antwort erhalten, dass eine gesonderte Stellungnahme zu der ja auch gesondert mit

weiterem Schreiben vom 07.12.2021 erfolgten Anhörung zur ordentlichen Kündigung erfolgen werde, jedenfalls mit dem Schreiben vom 10.12.2021 eine solche noch nicht erfolgt war. Zutreffend hätte die Beklagte somit den Ablauf der Wochenfrist bis 14.12.2021 abwarten müssen und hätte dann vor Ausspruch der ordentlichen Kündigung noch die eigentliche und einzige Stellungnahme des Betriebsrats zu dieser vom 14.12.2021 zur Kenntnis nehmen können – und müssen. Dass diese erneut auf den Vorrang der Abmahnung verweist, ist richtig. Sie verweist aber weitergehend auch darauf, dass der Kläger sich zwischenzeitlich am 11.12.2021 tatsächlich habe impfen lassen, was in der Stellungnahme vom 10.12.2021 nur als seine Ankündigung wiedergegeben werden konnte. Insoweit geht die Stellungnahme also hinsichtlich des Informationsgehalts und damit auch der Argumentation zu den Bedenken über die vom 10.12.2021 hinaus. Das war seitens der Beklagten abzuwarten. Ungeachtet der noch ausstehenden Stellungnahme des Betriebsrats zur ordentlichen Kündigung diese zeitgleich mit der außerordentlichen Kündigung auszusprechen, verletzt die Pflichten der Beklagten aus § 102 BetrVG und führt damit zur Unwirksamkeit der Kündigung nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG.

2. Aufgrund der Unwirksamkeit beider Kündigungen vom 10.12.2021 und der Begründetheit der hierauf bezogenen Kündigungsschutzanträge ist auch der Weiterbeschäftigungsantrag weiterhin begründet. Das Beschäftigungsinteresse des Klägers überwiegt das Suspensionsinteresse der Beklagten. Diese trägt über die Kündigungsbegründung hinaus keine Gründe vor, die ausnahmsweise zur Annahme eines überwiegenden Suspensionsinteresses führen würden. Soweit sie sich auf Gesundheitsgefahren für die anderen Beschäftigten des Betriebes und Dritte bezieht, ist ungeachtet des zwischenzeitlichen Außerkrafttretens der gesetzlichen 3G-Regelung doch festzustellen, dass der Kläger nach seinem unbestritten gebliebenen Sachvortrag zwischenzeitlich alle zur Grundimmunisierung erforderlichen Impfungen gegen das Corona-Virus erhalten hat und damit nicht mehr oder weniger als andere immunisierte Arbeitnehmer eine Gesundheitsgefahr im Betrieb begründet. Dementsprechend ist nicht ersichtlich, warum er nicht ebenso wie diese weiterbeschäftigt werden kann und dies der Beklagten unzumutbar wäre.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 525, 97 Abs.1 ZPO. Danach hat die Beklagte, da ihr Rechtsmittel erfolglos geblieben ist, die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

IV.

Die Entscheidung über die Nichtzulassung der Revision beruht auf § 72 Abs. 1 ArbGG. Ein Zulassungsgrund nach § 72 Abs. 2 ArbGG liegt nicht vor, insbesondere betrifft die Entscheidung weder entscheidungsrelevante Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG noch liegt eine Divergenz im Sinne von § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG vor.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.

Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf § 72a ArbGG verwiesen.

Klein

Büchling

Jedinski