
Datum: 18.02.2022
Gericht: Arbeitsgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 11. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 Ca 5388/21
ECLI: ECLI:DE:ARBGD:2022:0218.11CA5388.21.00

Leitsätze:

Die Vorlage einer Kopie eines gefälschten Impfausweises in der Absicht über die Erfüllung der Nachweispflicht des § 28b Abs. 1 IfSG zu täuschen ist geeignet, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darzustellen.

Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

1. Die Klage wird abgewiesen.
 2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.
 3. Streitwert: 14.250,00 €.
-

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen, fristlosen Kündigung und einer hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung seitens der Beklagten wegen der Vorlage einer Kopie eines gefälschten Impfausweises durch den Kläger vor dem Hintergrund der aktuellen 3G-Regelung am Arbeitsplatz. 1 2

Die Beklagte betreibt einen Einzelhandel, insbesondere mit Küchen und Einrichtungsgegenständen. Der Kläger war auf Grundlage des Arbeitsvertrages vom 21.08.2012 seit dem 01.04.2013 bei der Beklagten als Küchenfachberater mit einem durchschnittlichen Bruttomonatsentgelt von 4.750,00 € brutto angestellt. 3

Als Küchenfachberater führt der Kläger insbesondere Verkaufsgespräche mit Kunden vor Ort in der Filiale. Dementsprechend besteht nicht nur ein intensiver persönlicher Kontakt zu den weiteren in der Filiale tätigen Arbeitnehmern der Beklagten, sondern auch zu den Kunden in der Filiale.

Vor dem Hintergrund der aktuellen Covid-19-Pandemie erklärte der Kläger gegenüber der Beklagten wiederholt, dass er sich nicht gegen Covid-19 impfen lassen wolle. 5

Durch das Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes vom 22.11.2021, welches am 24.11.2021 in Kraft getreten ist, wurden für Arbeitnehmer vor Betreten der Arbeitsstätte Nachweispflichten begründet (sogenannte 3G-Regelung), die auch den Betrieb der Beklagten betreffen. Hiernach dürfen nur geimpfte, genesene oder getestete Personen den Arbeitsplatz betreten, wenn diese physischen Kontakt zu Dritten haben. 6

Am 23.11.2021 legte der Kläger der Beklagten eine Kopie seines Impfausweises vor, nach dem der Kläger über einen seinerzeit vollständigen Impfschutz verfügen sollte. Als Impfdaten waren jeweils der 06.03.2021 und der 28.05.2021 eingetragen und als Aussteller das T.. Insoweit wird Bezug genommen auf Blatt 23 und 25 der Gerichtsakte. Bei dem Impfausweis des Klägers handelt es sich tatsächlich – was der Kläger mittlerweile eingeräumt hat – um eine Fälschung. Der Kläger ist nicht geimpft. 7

Bei der Prüfung aller Kopien der Impfausweise der Mitarbeiter durch den Geschäftsführer der Beklagten am 25.11.2021 ergab sich der Verdacht, dass der Impfausweis des Klägers gefälscht sein könnte, da die beim Kläger im Impfausweis eingetragenen Impfstoffchargen („Comirnaty Ch.-B.: EJ796“ und Comirnaty Ch. B.: EW8904“) ebenso bei einem weiteren Mitarbeiter der Beklagten eingetragen sind. Bei diesem sollen die Impfungen hingegen am 20.03.2021 sowie am 31.05.2021 durchgeführt worden sein. Am 26.11.2021 zog die Beklagte die Polizei hinzu. Am 30.11.2021 hörte der Geschäftsführer sowie der Vertriebsleiter der Beklagten den Kläger zu dem Sachverhalt an. Wie auch zuvor, behauptete der Kläger, der Impfausweis sei nicht gefälscht und gab gegenüber der Beklagten an, mit dem Impfstoff Moderna geimpft zu sein. 8

Daraufhin kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 30.11.2021 das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis außerordentlich, fristlos und hilfsweise ordentlich zum nächstmöglichen Termin. 9

Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner am 09.12.2021 beim Arbeitsgericht Düsseldorf eingegangenen Kündigungsschutzklage. 10

Der Kläger hält die ausgesprochene außerordentliche, sowie hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung für unwirksam. Dies u.a. aus dem Grund, weil die Vorlage der Kopie des gefälschten Impfausweises gegenüber der Beklagten am 23.11.2021 nicht strafbar gewesen sei. Zu berücksichtigen sei zudem, der langjährige einwand- und störungsfreie Bestand des Arbeitsverhältnisses. Insoweit sei eine Abmahnung vorrangig. Zudem sei ihm die Einführung der 3G-Regelung im Betrieb der Beklagten nicht bekannt gewesen. Auch handele es sich bei der Vorlage des gefälschten Impfausweises um einen einmaligen Vorgang, der sich so oder ähnlich ohnehin nicht wiederholen werde. Auch sei von ihm zu keinem Zeitpunkt ein höheres Ansteckungsrisiko ausgegangen, da aus der Vorlage des gefälschten Impfausweises nicht geschlossen werden könne, er ließe sich nicht testen. Auch habe die Beklagte die Durchführung täglicher Tests ab dem 01.12.2021 angekündigt, wobei noch offen gewesen sei, ob diese im Betrieb oder in Testzentren stattfinden sollten. 11

Der Kläger beantragt,	
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgrund fristloser Kündigung der Beklagten vom 30.11.2021 beendet wurde bzw. aufgrund hilfsweise ausgesprochener ordentlicher Kündigung sein Ende finden wird.	13
Die Beklagte beantragt,	14
die Klage abzuweisen.	15
Die Beklagte ist der Auffassung, die außerordentliche, fristlose Kündigung sei gerechtfertigt. Insoweit sei ihr eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Klägers nicht zuzumuten. Die Beklagte treffe in der derzeitigen Pandemielage eine entsprechende Fürsorgepflicht gegenüber den anderen Beschäftigten und den Kunden in der Filiale. Mit Vorlage der Kopie des gefälschten Impfausweises habe der Kläger darüber getäuscht, dass er tatsächlich nicht geimpft sei und insofern nicht arbeiten dürfen. Hierdurch sei das Vertrauensverhältnis gestört. Durch sein Verhalten habe der Kläger die übrigen Beschäftigten sowie Kunden der Filiale einem erhöhten Infektionsrisiko ausgesetzt und damit deren Gesundheit gefährdet.	16
<u>Entscheidungsgründe:</u>	17
A. Die zulässige Kündigungsschutzklage ist unbegründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist wirksam durch die außerordentliche, fristlose Kündigung seitens der Beklagten vom 30.11.2021 beendet worden.	18
I. Die außerordentliche, fristlose Kündigung vom 30.11.2021 ist wirksam. Die Kündigung der Beklagten erfolgte aus wichtigem Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB. Die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB wurde durch die Beklagte eingehalten.	19
1. Es liegt ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vor. Hiernach 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. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls „an sich“, d. h. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Anschließend bedarf es der Prüfung, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung dieser Umstände und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile zumutbar ist oder nicht (BAG, Urt. v. 27.04.2006 – 2 AZR 386/05, NZA 2006, 977, 978 (Rn. 19); BAG, Urt. v. 10.06.2010 – 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227, 1229 (Rn. 16); BAG, Urt. v. 27.06.2019 – 2 AZR 50/19, NZA 2019, 1345 (Rn. 12); ausführlich MHdB-ArbR/Rachor, Bd. 2, § 124 Rn. 2 ff., 5. Aufl. 2021).	20
a. Voraussetzung für eine fristlose Kündigung ist daher zunächst das Vorliegen eines Sachverhalts, der „an sich“ objektiv geeignet ist, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen.	21
Die Vorlage einer Kopie eines gefälschten Impfausweises in der Absicht über die Erfüllung der Nachweispflicht aus § 28b Abs. 1 IfSG zu täuschen ist „an sich“ geeignet, selbst eine außerordentliche fristlose Kündigung zu rechtfertigen (hierzu <i>Kleinebrink</i> , DB 2022, 392, 396). Auch wenn die Handlungsweise des Klägers zu diesem Zeitpunkt noch nicht strafbewehrt war, liegt gleichwohl eine schwerwiegende Pflichtverletzung vor. Der Kläger hat	22

gegen seine arbeitsvertragliche Nebenpflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Beklagten gem. § 241 Abs. 2 BGB verstoßen.

aa. Zwar war das Gebrauchen eines gefälschten Impfausweises gegenüber dem Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Vorlage durch den Kläger am 23.11.2021 nach § 279 StGB in der bis zum 23.11.2021 geltenden Fassung nicht strafbar, da die §§ 277 bis 279 StGB a.F. eine abschließende spezialgesetzliche Regelung über die Strafbarkeit des Umgangs mit Gesundheitszeugnissen enthalten und hierdurch der Rückgriff auf die allgemeine Vorschrift der Urkundenfälschung in § 267 StGB als *lex generalis* versperrt ist. 23

Der Kläger verkennt allerdings, dass nicht die Einordnung als Straftat ausschlaggebend für die Frage ist, ob der Sachverhalt „an sich“ objektiv geeignet ist, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. 24

Denn für die kündigungsrechtliche Würdigung kommt es nicht entscheidend auf die strafrechtliche Bewertung des Verhaltens an, sondern auf den Verstoß gegen Haupt- oder Nebenpflichten und der mit der Handlungsweise einhergehenden Störung des Arbeits- und Vertrauensverhältnisses (BAG, Urt. v. 01.07.1999 – 2 AZR 676/98, NZA 1999, 1270, 1271; BAG, Urt. v. 10.06.2010 – 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227, 1230 (Rn. 30); ErfK/*Niemann*, § 626 BGB Rn. 133a; HWK/*Sandmann*, § 626 BGB Rn. 236, 9. Aufl. 2020). Deshalb kann auch eine nicht strafbare, gleichwohl erhebliche Verletzung der sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Pflichten einen wichtigen Grund im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB darstellen. Insoweit kennt das Gesetz keine „absoluten“ Kündigungsgründe (BAG, Urt. v. 10.06.2010 – 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227, 1229 (Rn. 16)). 25

bb. Die Verletzung arbeitsvertraglicher Nebenpflichten kann „an sich“ einen wichtigen Grund im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB darstellen. Nach § 241 Abs. 2 BGB ist jede Vertragspartei zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet. Der Arbeitnehmer hat seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis so zu erfüllen, seine Rechte so auszuüben und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs nach Treu und Glauben billigerweise verlangt werden kann (BAG, Urt. v. 28.10.2010 – 8 AZR 418/09, NZA 2011, 345, 346 (Rn. 12); BAG, Urt. v. 25.04.2018 – 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405, 1409 (Rn. 44); BAG, Urt. v. 05.12.2019 – 2 AZR 240/19, NZA 2020, 646, 652 (Rn. 75); MüKoBGB/*Spinner*, § 611a Rn. 993, 8. Aufl. 2020). Aus der Interessenwahrungspflicht folgt insbesondere die Pflicht des Arbeitnehmers in den Grenzen seiner Möglichkeiten und der Zumutbarkeit, einen dem Betrieb oder den anderen Arbeitnehmern des Betriebs drohenden Schaden zu verhindern. Dies gilt in gesteigertem Maße bei erheblichen Gesundheitsgefahren (vgl. LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 14.04.2005 – 11 Sa 810/04, NZA-RR 2006, 194, 196; LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 08.10.2008 – 6 Sa 158/08, BeckRS 2009, 50494; MüKoBGB/*Spinner*, § 611a Rn. 1001 f., 8. Aufl. 2020; zur vertraglichen Rücksichtnahmepflicht des Arbeitnehmers aus § 241 Abs. 2 BGB während der Corona-Pandemie siehe *Kleinebrink*, NZA 2020, 1361 ff.). 26

Die Vorlage eines gefälschten Impfausweises in der Absicht die Nachweispflicht des § 28b Abs. 1 IfSG zu umgehen stellt die Verletzung einer arbeitsvertraglichen Nebenpflicht dar (zur Kündigung aufgrund der Verweigerung der Durchführung angeordneter Corona-Schnelltests siehe ArbG Hamburg, Urt. v. 24.11.2021 – 27 CA 208/21, BeckRS 2021, 3713; zur Kündigung wegen Nichttragens eines Mund-Nasen-Schutzes siehe ArbG Köln, Urt. v. 17.6.2021 – 12 Ca 450/21, BeckRS 16225; ArbG Cottbus, Urt. v. 17.06.2021 – 11 Ca 10390/20, BeckRS 2021, 20355). 27

Zwar begründet § 28b Abs. 1 IfSG keine unmittelbaren arbeitsvertraglichen Pflichten des Arbeitnehmers, sondern regelt allein die Voraussetzungen des Zutritts zur Arbeitsstätte. Nach § 28b Abs. 1 S. 1 IfSG dürfen Beschäftigte Arbeitsstätten, in denen physische Kontakte von Arbeitgebern und Beschäftigten untereinander oder zu Dritten nicht ausgeschlossen werden können, nur betreten, wenn sie einen Impfnachweis, einen Genesenennachweis oder einen Testnachweis mit sich führen, zur Kontrolle verfügbar halten oder bei dem Arbeitgeber hinterlegt haben. 28

Allerdings kann die Verwendung von gefälschten Impfausweisen in der derzeitigen Pandemielage erhebliche Gefahren für den Gesundheitsschutz Dritter mit sich bringen. Dem möchte der Gesetzgeber zielgerichtet mit der Änderung und Ergänzung der §§ 277 bis 289 StGB sowie mit der Änderung des Infektionsschutzgesetzes vom 22.11.2021 entgegenzutreten (siehe BT-Drs. 20/89, S. 4, 16; BT-Drs. 20/15, S. 2, 20 ff.). So besteht für Beschäftigte grundsätzlich nach § 28b Abs. 3 S. 2 IfSG die Pflicht, vor Betreten des Betriebs einen entsprechenden Nachweis auf Verlangen vorzulegen. Verfügt der Beschäftigte nicht über einen entsprechenden Nachweis, muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nach § 28b Abs. 1 IfSG daran hindern, den Betrieb zu betreten (ausführlich *Kleinebrink*, DB 2022, 392 ff.; *Harländer/Otte*, NZA 2022, 160, 162). 29

Der Arbeitgeber möchte nur solche Mitarbeiter beschäftigen, die keine Gefahr für andere darstellen und auf diese Weise so weit wie möglich vermeiden, dass sich seine Mitarbeiter mit dem Covid-19-Virus im Betrieb anstecken. Anderenfalls können Störungen im Betriebsablauf, Arbeits- und Produktionsausfälle durch Quarantäneanordnungen sowie Entgeltfortzahlungen wegen Erkrankungen mit Covid-19 drohen (ArbG Aachen, Urt. v. 11.03.2021 – 1 CA 3196/20, NZA-RR 2021, 471; *Hidalgo/Ceelen/Buziek*, NJW 2021, 3151, 3153). Im letzteren Fall besteht zudem das Risiko einer Haftung des Arbeitgebers gem. § 280 Abs. 1 BGB. Im Rahmen seiner Fürsorgepflicht nach § 618 Abs. 1 BGB trifft den Arbeitgeber nämlich die Pflicht, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes zu treffen, um die Sicherheit und Gesundheit der AN bei der Arbeit zu gewährleisten. Insoweit müssen Arbeitgeber nach § 28b Abs. 3 S. 1 IfSG die Einhaltung der Nachweispflichten jedes Beschäftigten täglich überwachen und das Ergebnis regelmäßig dokumentieren (ArbG Siegburg, Urt. v. 16.12.2020 – 4 Ga 18/20, NZA-RR 2021, 129, 130 (Rn. 18); ArbG Hamburg, Urt. v. 24.11.2021 – 27 Ca 208/21, NZA-RR 2022, 19, 22 (Rn. 63); *ErfK/Preis*, § 106 GewO Rn. 33a, 22. Aufl. 2022; zu den Haftungsrisiken siehe *Müller-Bonanni/Bertke*, NJW 2020, 1617, 1618; *Seiwerth/Witschen*, NZA 2020, 825 ff.). Nicht nur der Schutz der Mitarbeiter und Kunden vor dem hohen Infektionsrisiko mit gegebenenfalls schwerwiegenden gesundheitlichen Folgen spricht für ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers, sondern auch das drohende Bußgeld gem. § 73 Abs. 1a Nr. 11d IfSG. 30

cc. Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze liegt auch im konkreten Fall eine erhebliche, die Schwelle zum wichtigen Grund überschreitende Pflichtverletzung vor, welche die außerordentliche, fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt. 31

(1) Der Kläger hat seine arbeitsvertragliche Nebenpflicht zur Rücksichtnahme aus § 241 Abs. 2 BGB verletzt. Er hat die anderen Arbeitnehmer und Kunden der Filiale unter bewusster Missachtung der Nachweispflicht aus § 28b Abs. 1 S. 1 IfSG wegen der großen Ansteckungsgefahr des Covid-19-Virus einem erheblichen Gesundheitsrisiko ausgesetzt, da er unstreitig nicht geimpft ist. Daher ist es auch nicht entscheidend, dass der Kläger nicht den gefälschten Impfausweis selbst, sondern nur eine Kopie hiervon der Beklagten vorgelegt hat. Die Beklagte hat ein berechtigtes Interesse daran, nur solchen Arbeitnehmern den Zutritt zum Arbeitsplatz zu gewähren, die ihrer nach § 28b Abs. 1 IfSG obliegenden Nachweispflicht 32

nachkommen, um ihrer Schutzpflicht gegenüber ihren anderen Arbeitnehmern und Kunden der Filiale nachzukommen und einen ordnungsgemäßen Betriebsablauf zu sichern.

(2) Der Einwand des Klägers, von ihm sei zu keinem Zeitpunkt ein höheres Ansteckungsrisiko ausgegangen, da aus der Vorlage des gefälschten Impfausweises nicht geschlossen werden könne, er ließe sich nicht testen, verfährt nicht. Der Umstand, dass der Kläger einen Tag vor in Kraft treten der sogenannten 3G-Regelung am Arbeitsplatz einen gefälschten Impfausweis vorgelegt hat, lässt wegen des unmittelbaren zeitlichen Zusammenhangs keinen anderen Rückschluss zu, als dass der Kläger in der Absicht handelte, ohne weitere (tägliche) Testung Zutritt zu der Arbeitsstätte zu erhalten. Daraus folgt, dass der Kläger bereit war, alle anderen Arbeitnehmer und Kunden, mit denen er in Kontakt gekommen wäre, vorsätzlich in ihrer Gesundheit zu gefährden. 33

(3) Auch der dahingehende Vortrag des Klägers, ab dem 01.12.2021 seien ohnehin seitens der Beklagten tägliche Testungen vorgesehen gewesen, dringt nicht durch. 34

Zwar stehen der Impf-, Genesenen- und Testnachweis nach § 28b Abs. 1 IfSG gleichwertig nebeneinander und die Beschäftigten können frei entscheiden, welchen Nachweis sie erbringen. Das Gesetz statuiert besondere Anforderungen an den Testnachweis in § 28b Abs. 1 IfSG durch Verweis auf die COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung (SchAusnahmV). Dabei sieht § 2 Nr. 7 lit. a SchAusnahmV vor, dass der Test vor Ort unter Aufsicht desjenigen stattfindet, der der jeweiligen Schutzmaßnahme unterworfen ist oder nach § 2 Nr. 7 lit. b SchAusnahmV im Rahmen einer betrieblichen Testung im Sinne des Arbeitsschutzes durch Personal erfolgt, das die dafür erforderliche Ausbildung oder Kenntnis und Erfahrung besitzt. Eine weitere Möglichkeit liegt darin, den Testnachweis gem. § 2 Nr. 7 lit. c SchAusnahmV durch einen Leistungserbringer nach § 6 Abs. 1 der Coronavirus-Testverordnung vornehmen oder überwachen zu lassen. 35

Der Kläger verkennt allerdings, dass der Arbeitgeber eben nicht verpflichtet ist, einen Nachweis im Sinne des § 28b Abs. 1 IfSG und ein Zutrittsrecht für die Beschäftigten zu ermöglichen (*Fuhlrott/Schäffer*, NZA 2021, 1679, 1680; *Kleinebrink*, DB 2022, 392, 393). Den Arbeitgeber trifft allein die Pflicht, seinen Beschäftigten nach § 4 Abs. 1 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV) zweimal pro Kalenderwoche kostenfrei einen zugelassenen Selbsttest anzubieten. Diese müssen indes nicht die besonderen Anforderungen des § 28b Abs. 1 IfSG erfüllen, vielmehr ist es dem Arbeitgeber freigestellt, in welcher Form er Testungen anbietet. Nach eigenem Vortrag des Klägers hingegen sei noch offen gewesen, ob die Tests im Betrieb der Beklagten oder in einem Testzentrum haben stattfinden sollen. Selbst zu Gunsten des Klägers unterstellt, die vorgesehene Testung würde die besonderen Anforderungen des § 28b Abs. 1 IfSG erfüllen, war dem Kläger jedenfalls nicht bekannt, ob ihn diese als vermeintlich geimpfte Person betreffen würde. Denn der Arbeitgeber kann bei der Festlegung und der Umsetzung betrieblicher Infektionsschutzmaßnahmen im Rahmen des betrieblichen Hygienekonzepts den Impf- und Genesungsstatus des Beschäftigten gem. § 2 Abs. 1 S. 3 Corona-ArbSchV berücksichtigen. 36

b. Auch die erforderliche Interessenabwägung fällt zu Lasten des Klägers aus. Der Beklagten ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist auch bei Berücksichtigung der Interessen des Klägers nicht zumutbar. 37

Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen 38

Fortbestand abzuwägen. Dabei hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Zu den zu berücksichtigenden Umständen zählen 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. Eine außerordentliche Kündigung kommt als ultima ratio nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. Sie scheidet aus, wenn es ein „schonenderes“ Gestaltungsmittel – etwa Abmahnung, Versetzung, ordentliche Kündigung – 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, Urt. v. 20.10.2016 – 6 AZR 471/15, NZA 2016, 1527, 1529 (Rn. 30); ErfK/Niemann, § 626 Rn. 25, 22. Aufl. 2022; MHdB-ArbR/Rachor, Bd. 2, § 124 Rn. 7). Die ordentliche und außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen regelmäßig eine Abmahnung mit entsprechender Warnfunktion voraus.

Im konkreten Fall war eine Abmahnung des Klägers von vornherein entbehrlich. 39

Eine Abmahnung ist nämlich entbehrlich, 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 Hinnahe dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – ausgeschlossen ist (BAG, Urt. v. 20.11.2014 – 2 AZR 651/13, NZA 2015, 294, 296 (Rn. 22); BAG, Beschl. v. 10.02.1999 – ABR 31/98, NZA 1999, 708, 710). Die Schwere der Pflichtverletzung, die für sich schon die Basis für eine weitere Zusammenarbeit irreparabel entfallen lässt, bemisst sich unabhängig von einer Wiederholungsgefahr (BAG, Urt. v. 20.5.2021 – 2 AZR 596/20, NZA 2021, 1178, 1181 (Rn. 27); BAG, Urt. v. 05.04.2001 – 2 AZR 159/00, NZA 2001, 954; ErfK/Niemann, § 626 Rn. 20, 22. Aufl. 2022). 40

Eine Abmahnung war nach den Umständen des Einzelfalls entbehrlich. Die Pflichtverletzung war für den Kläger ohne weiteres erkennbar. Das hohe Infektionsrisiko mit gegebenenfalls schwerwiegenden gesundheitlichen Folgen ist mit der nunmehr fast zwei Jahre andauernden Pandemielage jedermann bekannt. Durch die mediale Berichterstattung sind auch der betriebliche Infektionsschutz und die Einführung der 3G-Regelung am Arbeitsplatz in den Fokus der breiten Öffentlichkeit gerückt, weshalb sich der Kläger nicht darauf berufen kann, dass er keine Kenntnis von der Einführung der 3G-Regelung im Betrieb der Beklagten gehabt habe. Insofern handelt es sich um eine klare Rechtslage. Auch wenn sich der Kläger auf die Straffreiheit beruft, war ihm durchaus bewusst, dass sein Verhalten rechtswidrig ist. Indem der Kläger eine Kopie eines gefälschten Impfausweises verwendete, um über seinen Impfstatus zu täuschen und auf diese Weise die Nachweispflicht aus § 28b Abs. 1 S. 1 IfSG zu umgehen, legte er ein hohes Maß an krimineller Energie an den Tag, welches das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien nachhaltig gestört hat. Der Kläger hat durch sein berechnendes und rücksichtsloses Verhalten die Gesundheit der anderen Arbeitnehmer sowie der Kunden gefährdet. Insoweit kommt es hier wegen der Schwere der Pflichtverletzung weder auf eine Wiederholungsgefahr noch auf den langjährigen störungsfreien Bestand des Arbeitsverhältnisses an (vgl. MHdB-ArbR/Rachor, Bd. 2, § 124 Rn. 17, 5. Aufl. 2021). 41

2. Die Beklagte hat die Zwei-Wochen-Frist der § 626 Abs. 2 BGB gewahrt. 42

B. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 46 Abs. 2 ArbGG, 91 Abs. 1 ZPO. Die Streitwertfestsetzung folgt aus §§ 46 Abs. 2, 61 Abs. 1 ArbGG, 42 Abs. 2 GKG und berücksichtigt drei Bruttomonatsgehälter.

43