



Liebe Freunde der Mitbestimmung,

heute erhalten Sie die **3. Ausgabe** unseres **Newsletters für Betriebsräte** im Jahre 2022 mit folgenden Themen:

1. **Corona-bedingte Betriebsschließung während eines „Lockdown“**
BAG, Urteil vom 04.05.2022, Az.: 5 AZR 366/21
2. **Kündigung eines sogenannten „Low-Performer“**
LAG Köln, Urteil vom 03.05.2022, Az.: 4 Sa 762/21
3. **Anwesenheit von Gewerkschaftsvertretern in der Betriebsratssitzung**
Arbeitsgericht Weiden, Beschluss vom 23.02.2022, Az.: 4 BVGa 3/22

Viele Grüße aus Bochum

Birger Baumgarten
Dr. Laurie-Ann Klein

-
1. **Corona-bedingte Betriebsschließung während eines „Lockdown“**
BAG, Urteil vom 04.05.2022, Az.: 5 AZR 366/21

Bei einer öffentlich-rechtlich verfügten vorübergehenden Betriebsschließung während eines „Lockdown“ handelt es sich nicht um einen Fall des vom Arbeitgeber nach § 615 Satz 3 BGB zu tragenden Betriebsrisikos, mit der Folge, dass seine Entgeltzahlungs-pflicht entfällt.

DIE ENTSCHEIDUNG

Gemäß § 615 Satz 3 BGB hat der Arbeitgeber das sogenannte Betriebsrisiko zu tragen. Die Frage, wie sich dieses Betriebsrisiko anlässlich eines pandemiebedingten Lockdowns verteilt, war seit dem ersten Lockdown im Frühjahr 2020 rechtlich hoch umstritten. Das BAG hat diese Rechtsfrage nunmehr abschließend entschieden. Es stellte fest, dass einen Arbeitgeber während eines Lockdowns keine Entgeltzahlungspflicht trifft, die Arbeitnehmer*innen während dieses Zeitraums also keinen Anspruch auf Vergütung haben. Die Vorinstanzen hatten dies noch anders gesehen und das Betriebsrisiko und damit auch die Entgeltzahlungsverpflichtung bei den Arbeitgebern gesehen.

BEDEUTUNG FÜR DIE PRAXIS

Auch wenn die Entscheidung des BAG vom Ergebnis her negativ für Arbeitnehmer*innen ausfällt, ist sie rechtlich doch durchaus vertretbar. Letztlich hat auch ein Arbeitgeber im Falle einer vom Gesetz- bzw. Verordnungsgeber angeordneten Betriebsschließung nicht die Möglichkeit, diese in irgendeiner Weise zu beeinflussen. Müsste er in einem solchen Fall die vollen Lohnkosten weitertragen, würde er (unbillig) belastet. Indes sind in einer solchen Situation natürlich auch die Arbeitnehmer*innen durch den Entgeltausfall belastet. Hier greift jedoch das während der Corona-Pandemie massiv ausgeweitete Kurzarbeitergeld, mit welchem für die Arbeitnehmer*innen die finanziellen Folgen eines Entgeltverlustes größtenteils abgemildert werden können.

2. Kündigung eines sogenannten „Low-Performer“

LAG Köln, Urteil vom 03.05.2022, Az.: 4 Sa 762/21

Wenn ein Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum die durchschnittliche Arbeitsleistung um mehr als 1/3 unterschreitet, kann dies im Einzelfall nach einschlägiger Abmahnung eine Kündigung rechtfertigen.

DIE ENTSCHEIDUNG

Der Kläger war als Kommissionierer in einem Bereich beschäftigt, in dem eine Basisleistung als Normalleistung festgelegt worden war. Der Kläger erreichte im Jahr 2018 in keinem Monat diese Basisleistung, so dass im Jahr 2019 zwei Personalgespräche mit ihm geführt wurden. Nachdem sich die Minderleistung des Klägers fortsetzte, wurden ihm im Januar und März 2020 Abmahnungen wegen bewusster Zurückhaltung seiner ihm zur Verfügung stehenden Arbeitskraft ausgesprochen. Im Mai 2020 kündigte die beklagte Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis ordentlich verhaltensbedingt. Die hiergegen gerichtete Kündigungsschutzklage blieb erst- und zweitinstanzlich ohne Erfolg. Da es dem Kläger nicht gelungen war, die Behauptungen der Arbeitgeberin zu dem Umfang seiner Arbeitsleistung zu widerlegen, ging das Gericht von einer nachgewiesenen Minderleistung aus. In einem solchen Fall sei der Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung möglich. Zwar richte sich der Inhalt der Leistungspflicht eines Arbeitnehmers nach dessen persönlichem, subjektivem Leistungsvermögen; eine „Top-Leistung“ könne arbeitgeberseitig nicht erwartet werden. Wenn ein Arbeitgeber allerdings vortrage, dass ein Arbeitnehmer deutlich und längerfristig den Mittelwert der normal zu erwartenden Arbeitsleistung unterschreitet, sei es Sache des Arbeitnehmers, hierauf substantiiert zu entgegnen. Da der klagende Arbeitnehmer dies im vorliegenden Fall nicht getan hatte, hatte seine Kündigungsschutzklage keinen Erfolg.

BEDEUTUNG FÜR DIE PRAXIS

Das LAG Köln hat sich bei seiner Entscheidung an der ständigen Rechtsprechung des BAG orientiert. Das BAG geht bei unterhalb einer Grenze von etwa 1/3 im Vergleich zur Normalleistung liegenden Leistungen noch von einer hinnehmbaren Leistungsstörung aus; sogenannten „Low-Performern“ kann dann keine verhaltensbedingte Kündigung ausgesprochen werden. Liegen die Leistungen eines „Low-Performers“ allerdings mehr als 1/3 unter der Durchschnittsleistung, kommt eine verhaltensbedingte Kündigung grundsätzlich in Betracht. In diesem Fall muss der gekündigte Arbeitnehmer im Prozess darlegen, dass er seine individuelle Leistungsfähigkeit ausgeschöpft hat. Gelingt ihm dies nicht, ist eine verhaltensbedingte Kündigung gerechtfertigt.

3. Anwesenheit von Gewerkschaftsvertretern in der Betriebsratssitzung

Arbeitsgericht Weiden, Beschluss vom 23.02.2022, Az.: 4 BVGa 3/22

Gemäß § 31 BetrVG darf grundsätzlich auch mehr als ein Gewerkschaftsvertreter an einer Betriebsratssitzung teilnehmen.

DIE ENTSCHEIDUNG

Der Betriebsrat hatte zu einer Betriebsratssitzung zwei Gewerkschaftssekretäre eingeladen. Teilnehmen sollten zum einen der betreuende Gewerkschaftssekretär sowie ein Sekretär der Hauptverwaltung. Der Arbeitgeber wollte den Besuch nur eines Gewerkschaftsvertreters gestatten. Hiergegen wandte sich der Betriebsrat mit einer einstweiligen Verfügung und hatte Erfolg. Ungeachtet des Wortlauts des § 31 BetrVG, wonach *ein* Beauftragter einer im Betriebsrat vertretenen Gewerkschaft an den Sitzungen beratend teilnehmen kann, verwies das Arbeitsgericht auf Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung. § 31 BetrVG wolle den Minderheitenschutz sicherstellen. Die Regelung habe keinen abschließenden Charakter für das Teilnahmerecht der Gewerkschaften, sondern solle sicherstellen, dass auch die Minderheit im Betriebsrat die Unterstützung der sie vertretenden Gewerkschaft in Anspruch nehmen kann. Der Wortlaut der gesetzlichen Regelung könne daher nicht als Abwehrrecht für den Arbeitgeber herangezogen werden mit der Folge, dass er mit dem Wortlaut der Vorschrift die Teilnahme von mehr als einem Gewerkschaftsvertreter nicht verweigern kann.

**BEDEUTUNG FÜR DIE PRAXIS**

Das Recht der Zusammenarbeit des Betriebsrats mit Gewerkschaften ist an mehreren Stellen im BetrVG verankert. § 31 BetrVG konkretisiert hierbei das allgemeine Gebot der Zusammenarbeit für Betriebsratssitzungen. Insofern besteht für die Gewerkschaften kein eigenständiges Teilnahmerecht, wie es z.B. für Betriebsversammlungen gemäß § 46 Abs. 1 Satz 1 BetrVG der Fall ist. Die Vorschrift schafft allerdings einen Minderheitenschutz dahingehend, dass $\frac{1}{4}$ der Mitglieder des Betriebsrats die Teilnahme der vertretenden Gewerkschaften beantragen kann. Es handelt sich bei § 31 BetrVG damit um eine Vorschrift, die das Zusammenspiel zwischen Betriebsrat, Betriebsratsmitgliedern und Gewerkschaft regelt. Arbeitgeber sind an dieser Stelle außen vor, so dass die Entscheidung des Arbeitsgerichts Weiden, die festlegt, dass ein Arbeitgeber aus dieser Vorschrift auch keinerlei Rechte zu seinen Gunsten herleiten kann, erfreulich und zu begrüßen ist.