

Liebe Freunde der Mitbestimmung,

heute erhalten Sie die **3. Ausgabe** unseres **Newsletters für Betriebsräte** im Jahre 2025 mit folgenden Themen:

- 1. Vergütungsanpassung bei Betriebsratsmitgliedern**  
BAG, Urteil vom 20.03.2025, Az.: 7 AZR 159/24
- 2. Kein Zugangsnachweis der Kündigung durch Einwurf-Einschreiben**  
BAG, Urteil vom 30.01.2025, Az.: 2 AZR 68/24
- 3. Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit rechtfertigen keine Kündigung**  
LAG Köln, Urteil vom 21.01.2025, Az.: 7 SLa 204/24

Viele Grüße aus Bochum

Birger Baumgarten  
Dr. Laurie-Ann Klein

- .....
- 1. Vergütungsanpassung bei Betriebsratsmitgliedern**  
BAG, Urteil vom 20.03.2025, Az.: 7 AZR 159/24

*Für die Bemessung des Arbeitsentgelts von Mitgliedern des Betriebsrates nach § 37 Abs. 4 BetrVG ist zur Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer auf den Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts grundsätzlich auch dann abzustellen, wenn das Betriebsratsmitglied vor der Mandatsübernahme von der Erbringung seiner Arbeitsleistung befreit war.*

#### **DIE ENTSCHEIDUNG**

Ein freigestelltes Betriebsratsmitglied verlangte die Anpassung bzw. Erhöhung seiner Vergütung nach Maßgabe des § 37 Abs. 4 BetrVG. Bevor er das Betriebsratsamt übernommen hatte, war der Kläger aufgrund seiner Mitgliedschaft bei der Vertrauenskörperleitung, einem Steuerungsgremium der Vertrauensleute einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft, von seiner Arbeitsleistung freigestellt. Im Rahmen der Vergütungsklage nach § 37 Abs. 4 BetrVG stellte sich die beklagte Arbeitgeberin auf den Standpunkt, die Vergleichsgruppe des Klägers müsse auf den Zeitpunkt gebildet werden, zu dem dieser zuletzt gearbeitet hatte; der Kläger vertrat dagegen die Auffassung, dass auf den Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamtes abzustellen sei. Diese Auffassung bestätigte das BAG.

Maßgebender Zeitpunkt für die Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer i.S.v. § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG ist nach der ständigen Rechtsprechung der Zeitpunkt der Wahl des Betriebsratsmitglieds. Diese Rechtsauffassung ist seit dem Jahr 2024 in § 37 Abs. 4 Satz 3 BetrVG kodifiziert, wonach zur Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer auf den Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts abzustellen ist. Auf einen davor liegenden Zeitpunkt kann aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlautes nicht abgestellt werden; allenfalls kann bei Vorliegen eines „sachlichen Grundes“ eine spätere Neubestimmung der Vergleichsgruppe stattfinden. Das BAG gab daher dem Kläger vollumfänglich Recht und zwang die beklagte Arbeitgeberin dazu, dessen Arbeitsentgelt neu zu bemessen und sich hieraus ergebende Nachzahlungsbeträge an den Kläger auszukehren.

#### **BEDEUTUNG FÜR DIE PRAXIS**

Mit der seit einem Jahr bestehenden Neuregelung in § 37 Abs. 4 Satz 3 BetrVG hat der Gesetzgeber die ständige Rechtsprechung des BAG in das BetrVG einfließen lassen. Das Arbeitsentgelt von Betriebsratsmitgliedern darf sich nicht schlechter entwickeln als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer. Wer als „vergleichbarer Arbeitnehmer“ anzusehen ist, wurde nunmehr gesetzlich festgelegt. Die vorliegende Entscheidung des BAG bestätigt hierbei den eindeutigen Gesetzeswortlaut.

## **2. Kein Zugangsnachweis der Kündigung durch Einwurf-Einschreiben**

BAG, Urteil vom 30.01.2025, Az.: 2 AZR 68/24

*Beim Streit um den Zugang einer Kündigung genügt ein Einwurf-Einschreiben nicht als Beweis dafür, dass die Kündigung bei der Empfängerin angekommen ist.*

#### **DIE ENTSCHEIDUNG**

In Streit stand, ob einer Arbeitnehmerin ein Kündigungsschreiben zugegangen war. Der Arbeitgeber behauptete, dass das Kündigungsschreiben von zwei Mitarbeiterinnen in einen Briefumschlag gesteckt und sodann zur Post und als Einwurf-Einschreiben übersandt worden sei. Laut der vergebenen Sendungsnummer sei das Kündigungsschreiben der Klägerin am 28.07.2022 zugestellt worden. Die Klägerin trug dagegen vor, ein Kündigungsschreiben nie erhalten zu haben. Ein Zugang einer Kündigung war auch nach Auffassung des BAG nicht erfolgt, jedenfalls konnte er durch den Arbeitgeber nicht nachgewiesen werden. Das BAG stellte heraus, dass der Zugang einer Kündigung nach ständiger Rechtsprechung voraussetzt, dass sie in verkehrsüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers, wozu auch dessen Briefkasten gehört, gelangt ist und für diesen unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht. Für den Zugang trägt hierbei der Arbeitgeber die Beweislast. Dieser Beweislast sei der Arbeitgeber durch Vorlage des Einlieferungsbeleges für das Einschreiben nicht nachgekommen.

In einem solchen Einlieferungsbeleg fehlen Angaben zum Überbringer der Kündigung, d.h. der Name des/der Postbediensteten, sowie über weitere Einzelheiten der Zustellung. Auch der mittels Online-Sendungsverfolgung abrufbare Sendungsstatus „zugestellt“ war nach Auffassung des BAG nicht ausreichend; auch der Sendungsstatus lasse nicht den Schluss zu, dass die eingelieferte Sendung tatsächlich in den Briefkasten des Empfängers gelangt sei.

#### **BEDEUTUNG FÜR DIE PRAXIS**

Die vorstehende Entscheidung zeigt, dass der Zugangsnachweis für eine Kündigung mittels Einschreiben grundsätzlich nicht bzw. nur sehr schwer möglich ist. Wird eine Kündigungserklärung daher ausschließlich per Einschreiben zugestellt, ist für Arbeitgeber die Gefahr groß, in einem späteren Kündigungsrechtsstreit den Zugang nicht beweisen zu können. Dies geht dann zu ihren Lasten mit der Folge, dass die Kündigungsschutzklage des gekündigten Arbeitnehmers Erfolg hat. Auf diese Rechtswirkung sollten Betriebsräte daher alle Arbeitnehmer\*innen hinweisen, die sich mit einem Kündigungs-Einschreiben konfrontiert sehen.

### **3. Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit rechtfertigen keine Kündigung**

LAG Köln, Urteil vom 21.01.2025, Az.: 7 SLa 204/24

*Zweifel an einer Arbeitsunfähigkeit können grundsätzlich nicht durch Umstände begründet werden, die erst nach Ablauf der ärztlich festgestellten Arbeitsunfähigkeit eintreten.*

#### **DIE ENTSCHEIDUNG**

Ein Arbeitnehmer war zu zwei Zeiträumen erkrankt; einmal bis zum 04.11.2022 und einmal bis zum 06.01.2023. An den letzten Tagen seiner Arbeitsunfähigkeit besuchte er abends jeweils Veranstaltungen seines Karnevalsvereins, bei dem er Mitglied war. Der Arbeitgeber erfuhr dies und sprach eine fristlose sowie eine hilfsweise ordentliche Kündigung aus, die er mit einer vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit begründete. Die hiergegen erhobene Kündigungsschutzklage hatte Erfolg. Das LAG Köln begründete dies damit, dass es dem Arbeitgeber im Rahmen des Kündigungsrechtsstreits nicht gelungen sei, das Vorliegen einer vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit zu beweisen; hierfür hätte er beweisen müssen, dass die behauptete und ärztlich attestierte Arbeitsunfähigkeit tatsächlich nicht vorlag. Ein solcher Nachweis konnte nach Ansicht des Gerichts hierbei nicht dadurch geführt werden, dass der Kläger (unstreitig) am letzten Tag seiner Arbeitsunfähigkeit jeweils Karnevalsveranstaltungen besucht hatte. Beide Veranstaltungen fanden nämlich in den Abendstunden statt. Zu diesem Zeitpunkt sei die ärztlich attestierte Arbeitsunfähigkeit aber jeweils schon abgelaufen gewesen, denn die Arbeitsunfähigkeit ende grundsätzlich zu dem Zeitpunkt des üblichen Arbeitsendes.

Die Veranstaltungen lagen damit außerhalb des Arbeitsunfähigkeitszeitraums, sodass sie die ausgesprochenen Kündigungen nicht begründen konnten.

#### **BEDEUTUNG FÜR DIE PRAXIS**

Anhand des vom LAG Köln entschiedenen Falles lässt sich die sog. abgestufte Darlegungs- und Beweislast gut erklären: Im Rahmen einer Kündigungsschutzklage hat zunächst der Arbeitgeber die Kündigungsgründe darzulegen und zu beweisen. Stützt er sich hierbei darauf, dass ein Arbeitnehmer unentschuldig gefehlt hat und die von ihm behauptete Krankheit nicht vorliegt, muss er hierfür konkrete Umstände vortragen. Hierauf muss dann der Arbeitnehmer reagieren. Legt dieser ein ärztliches Attest vor, so begründet dieses regelmäßig den Beweis für die Tatsache einer Arbeitsunfähigkeit. Der Arbeitgeber muss dann wiederum Umstände vortragen, die geeignet sind, den Beweiswert der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu erschüttern bzw. zu entkräften. Gelingt ihm dies, hat der Arbeitnehmer wiederum die Möglichkeit, hierauf substantiiert zu erwidern und ggf. die behandelnden Ärzte von ihrer Schweigepflicht zu entbinden.