Landesarbeitsgericht Hamm, 10 Sa 2425/04

Datum:	16.09.2005
Gericht:	Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper:	10. Kammer
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	10 Sa 2425/04
ECLI:	ECLI:DE:LAGHAM:2005:0916.10SA2425.04.00

Vorinstanz:	Arbeitsgericht Bielefeld, 3 Ca 353/04
Schlagworte:	außerordentliche Kündigung eines Betriebsratsmitglieds Vortäuschen einer Arbeitsunfähigkeit genesungswidriges Verhalten Besuch eines Fußballspiels und Ausüben einer Ordnertätigkeit
Normen:	§ 15 Abs. 1 KSchG§ 626 Abs. 1 BGB
Leitsätze:	Genesungswidriges Verhalten eines Arbeitnehmers kann ohne vorherige Abmahnung nur in schwerwiegenden Fällen eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.
Rechtskraft:	Die Revision wird nicht zugelassen

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 29.09.2004 - 3 Ca 353/04 - wird auf Kosten der Beklagten zu-rückgewiesen.

T a t b e s t a n d: 1

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. 2

Die am 22.12.13xx geborene, ledige Klägerin ist seit dem 16.11.1979 bei der Beklagten, die ca. 700 Mitarbeiter beschäftigt, als Lagerarbeiterin im Bereich Retouren zu einem monatlichen Bruttoentgelt von 1.931,39 € zuzüglich eines Arbeitgeberanteils für vermögens-wirksame Leistungen in Höhe von 26,59 € brutto beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden die Tarifverträge im Groß- und Außenhandel Anwendung. 3

Die Klägerin ist seit dem 19.08.1983 mit einem Grad der Behinderung von 50 % schwerbehindert. 4

Seit 1998 ist die Klägerin Mitglied des aus 13 Personen bestehenden Betriebsrats. 5

In der Vergangenheit erhielt die Klägerin mehrere Abmahnungen; so am 10.08.1993 wegen unbegründeter verbaler Angriffe gegen einen Kollegen, am 28.12.1993 wegen eigenmächtiger Urlaubsnahme, am 11.02.1994 wegen Unpünktlichkeit, am 30.05.1994 wegen eigen-mächtiger Urlaubsnahme und am 05.04.1995 wegen Arbeitsverweigerung. 6

Im Jahre 1995 und im Jahre 1998 hatte die Beklagte zwei vergebliche Anträge auf Zustimmung zu einer beabsichtigten Kündigung der Klägerin wegen arbeitsvertraglicher Verstöße bei der Hauptfürsorgestelle gestellt. 7

Am 10.04.2003 erhielt die Klägerin eine weitere Abmahnung (Bl. 40 d.A.) wegen Verletzung der Anzeigepflicht im Falle der Erkrankung nach § 6 des Arbeitsvertrages. Ob die Klägerin sich am Montag, den 07.04.2003 bei der Beklagten telefonisch arbeitsunfähig abgemeldet hat, ist zwischen den Parteien streitig. 8

Für den Zeitraum von Dienstag, den 09.12.2003 bis Mittwoch, den 17.12.2003 wurde die Klägerin von ihrem behandelnden Arzt, Herrn Z2xxxxx, wegen Rückenbeschwerden, die die Grundlage für die anerkannte Schwerbehinderung der Klägerin bilden, arbeitsunfähig krankgeschrieben. Ihr wurde ein Medikament verordnet. Vorschriften oder Empfehlungen bezüglich ihres Aufenthaltes erhielt die Klägerin nicht. 9

Am Freitag, den 12.12.2003 fand in der zweiten Bundesliga ein Heimspiel des DSC Arminia Bielefeld gegen den VFL Osnabrück auf der seinerzeitigen "Alm", der heutigen "Schüco-Arena" statt. Die Klägerin besuchte dieses Fußballspiel. 10

Neben einem professionellen Ordnungsdienst bedient sich der DSC Arminia Bielefeld bei seinen Heimspielen einem ergänzenden Ordnungsdienst aus einem Pool von Personen, in dem auch die Klägerin geführt wurde. Die Klägerin wurde auf Nachfrage am 12.12.2003 als Ordnerin eingeteilt. Sie erhielt ein gelbes Leibchen mit der Aufschrift "Ordner" und hatte die Aufgabe, dafür zu sorgen, dass die Zuschauer die Treppenaufgänge im Stadion nicht blockierten und dass die Fluchtwege freigehalten wurden. Den Ordnern ist es untersagt, sich während des Spiels auf freie Sitzplätze zu setzen. Für die Tätigkeit erhalten die Ordner eine Aufwandsentschädigung von 20,00 €, sie brauchen keinen Eintritt in das Stadion zu zahlen. Die Ordnertätigkeit der Klägerin begann ab 17.00 Uhr. Wie lange sich die Klägerin im Stadion aufhielt, bis Spielende um 20.45 Uhr oder bis 22.45 Uhr, ist zwischen den Parteien streitig. Das Fußballspiel selbst begann um 19.00 Uhr und endete um 20.45 Uhr. Die Temperaturen lagen an diesem Tag um den Gefrierpunkt. 11

Die Ordnertätigkeit der Klägerin am 12.12.2003 wurde von einem Arbeitskollegen der Klägerin, der ebenfalls als Ordner eingeteilt war, der Beklagten mitgeteilt. 12

Am 18.12.2003 übergab die Klägerin persönlich im Betrieb der Beklagten eine Folgearbeitsunfähigkeitsbescheinigung, die vom 18.12.2003 bis zum 23.12.2003 datierte. 13

Bei Abgabe dieser Folgearbeitsunfähigkeitsbescheinigung wurde die Klägerin am 18.12.2003 zu ihrer Ordnertätigkeit für den DSC Arminia Bielefeld am 12.12.2003 befragt. Ob die Klägerin bei dieser Befragung ihren Einsatz als Ordner abgestritten hat, ist zwischen den Parteien streitig. 14

Da die Beklagte lediglich die Tatsache des Arbeitsunfähigkeitszeitraums für die Klägerin und nicht die Diagnose kannte, fragte sie am 18.12.2003 über die zuständige AOK beim behandelnden Arzt nach, ob aufgrund des bei der Klägerin bestehenden Krankheitsbildes während der bestehenden Arbeitsunfähigkeit die Klägerin eine Ordnertätigkeit hätte ausüben dürfen. Welche Auskunft der die Klägerin behandelnde Arzt, Herr Z2xxxxx, der Sachbearbeiterin der AOK B1xxxxxxx, Frau K3xxxx, gegeben hat, ist zwischen den Parteien streitig. In einer Mitteilung der AOK W2xxxxxxx-L1xxx vom 12.02.2004 (Bl. 39 d.A.) heißt es insoweit: 15

> "Frau C1xxxxxx B3xxxx war in der Zeit vom 09.12.2003 bis zum 23.12.2003 arbeitsunfähig krank. Da Frau B3xxxx zu dieser Zeit bei einem Spiel im Fußballstadion ALM als Ordnerin gesehen wurde, baten Sie um Klärung der Arbeitsunfähigkeit mit dem behandelnden Arzt. In dem folgenden Telefongespräch mit Herrn Z2xxxxx teilte er mir mit, dass Frau B3xxxx arbeitsunfähig für jede Tätigkeit ist und dies beinhalte auch die Ordnertätigkeit. Über dieses Ergebnis informierte ich Sie anschließend telefonisch. 16
>
> Falls Sie noch Fragen haben, können Sie mich jederzeit gerne anrufen." 17

In einem Telefonat vom 22.12.2003 wurde einem Mitarbeiter aus der Personalabteilung der Beklagten bestätigt, dass die Klägerin für die Ordnertätigkeit eine Aufwandsentschädigung von 20,00 € erhalten hatte. 18

Am 22.12.2003 wurde der Vorsitzende des Betriebsrats im Betrieb der Beklagten vom Kündigungssachverhalt mündlich unterrichtet. Ihm wurde am 23.12.2003 eine vom 22.12.2003 datierende schriftliche Anhörung (Bl. 57 d.A.) übergeben. Diesem Schreiben waren Ablichtungen der beiden Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, eine Kopie der Abmahnung vom 10.04.2003 sowie Anträge auf Zustimmung einer beabsichtigten Kündigung vom 06.04.1995 und 11.09.1998 beigefügt. Am 23.12.2003 fasste der Betriebsrat den Beschluss, der beabsichtigten Kündigung der Klägerin zu entsprechen (Bl. 58 d.A.). 19

Mit Schreiben vom 23.12.2003 (Bl. 9 ff.d.A.) beantragte die Beklagte beim Integrationsamt des Landwirtschaftsverbandes Westfalen-Lippe die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung der Klägerin. Der Antrag ging am 30.12.2003 beim Integrationsamt ein. 20

Mit Schreiben vom 06.01.2004 (Bl. 38 d.A.) bestätigte der Betriebsrat gegenüber dem Integrationsamt, dass er am 23.12.2003 zu dem Schluss gekommen sei, dem Antrag der Beklagten auf Zustimmung zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung zuzustimmen. 21

Der Vertrauensmann der Schwerbehinderten bestätigte, zu dem gleichen Ergebnis gekommen zu sein. 22

Mit Schreiben vom 13.01.2004 (Bl. 37 d.A.), der Beklagten bereits am 12.01.2004 per Fax übersandt, erteilte der Landschaftsverband W2xxxxxxx-L1xxx - Integrationsamt - die beantragte Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung und stimmte darüber hinaus dem hilfsweise gestellten Antrag auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist zu. Die Zustimmung zur beabsichtigten Kündigung wurde mit Schreiben vom 26.01.2004 (Bl. 61 ff.d.A.) schriftlich begründet. 23

Mit Schreiben vom 13.01.2004 (Bl. 8 d.A.) kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin daraufhin fristlos und darüber hinaus fristlos unter Einhaltung einer sozialen Auslauffrist zum nächstmöglichen Termin. Das Kündigungsschreiben vom 13.01.2004 wurde der Klägerin am gleichen Tag per Boten übergeben. 24

Gegen diese Kündigung vom 13.01.2004 erhob die Klägerin am 30.01.2004 Kündigungsschutzklage zum Arbeitsgericht. 25

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Beklagte sei nicht berechtigt, das seit mehr als 20 Jahren bestehende Arbeitsverhältnis mit ihr fristlos zu beenden. Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, sie habe sich durch den Besuch des Fußballspiels am 12.12.2003 genesungswidrig verhalten. Der sie behandelnde Arzt habe ihr weder Bettruhe noch einen ausschließlichen Aufenthalt zu Hause verordnet. Das Versehen des Ordnungsdienstes habe in keiner Weise zu einer Verzögerung der Genesung der Klägerin geführt oder gar ihren Gesundheitszustand irgendwie verschlechtert. Auch habe der die Klägerin behandelnde Arzt gegenüber der AOK nicht geäußert, dass die Klägerin angesichts ihrer Erkrankung Ordnertätigkeiten nicht hätte verrichten dürfen. Der Arzt sei lediglich gefragt worden, ob jemand während der Arbeitsunfähigkeit arbeiten dürfe, das habe er selbstverständlich verneint. 26

Die Beklagte könne sich auch nicht darauf berufen, die Klägerin habe sie bei ihrer Befragung am 18.12.2003 angelogen. Sie, die Klägerin, sei lediglich gefragt worden, ob sie am 12.12.2003 auf der Alm gewesen sei, das habe sie bejaht. Sie habe allerdings auch zum Ausdruck gebracht, dass es sich bei ihrer Ordnertätigkeit nicht um eine "Arbeit" handele. 27

Die Klägerin hat beantragt, 28

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 13.01.2004 nicht aufgelöst worden ist, 29

2. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die fristlose Kündigung mit sozialer Auslauffrist der Beklagten vom 13.01.2004 nicht aufgelöst worden ist. 30

Die Beklagte hat beantragt, 31

die Klage abzuweisen. 32

Sie hat die Auffassung vertreten, die ausgesprochene außerordentliche Kündigung sei wirksam. Wenn sie auch der Klägerin nicht vorwerfen wolle, in Wirklichkeit nicht arbeitsunfähig gewesen zu sein, wie sie unstreitig zu Protokoll der Kammersitzung des Arbeitsgerichts vom 29.04.2004 erklärt hat, so habe die Klägerin doch gegen ihre Verpflichtung einer möglichst schnellen Wiederherstellung der Arbeitsunfähigkeit verstoßen. Wenn ihr das lange Stehen im Stadion problemlos möglich gewesen sei, hätte sie auch ihre bei der Beklagten zu erledigenden Arbeiten ausführen können. 33

Die Beklagte hat behauptet, die Klägerin habe sich am 12.12.2003 abends bis 22.45 Uhr auf der Alm aufgehalten. Die Beklagte hat weiter behauptet, die Klägerin habe bei ihrer Befragung am 18.12.2003 wissentlich die Unwahrheit gesagt. Auf die Frage, ob sie am 12.12.2003 als Ordner auf der Alm gearbeitet und dafür ein Entgelt erhalten habe, habe sie mit nein geantwortet; sie habe lediglich die Ordnerweste angezogen und sich das Spiel von der Tribüne aus angesehen, sie habe aber nicht als Ordner gearbeitet. 34

Die Beklagte hat weiter behauptet, der die Klägerin behandelnde Arzt habe gegenüber Frau K3xxxx von der AOK B1xxxxxxx mitgeteilt, dass die Klägerin eine Ordnertätigkeit nicht hätte ausüben dürfen. 35

36

Durch Urteil vom 29.09.2004 hat das Arbeitsgericht der Klage stattgegeben und zur Begründung ausgeführt, das Verhalten der Klägerin stelle einen einmaligen Vorfall dar, der eine außerordentliche Kündigung nicht rechtfertigern könne. Zwar sei das Verhalten der Klägerin geeignet, die Genesung des Rückenleidens zu verzögern, die Ordnertätigkeit während mehrerer Stunden sei unter den bestehenden Witterungsverhältnissen dem Rückenleiden der Klägerin sicherlich nicht förderlich gewesen. Vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung habe die Beklagte der Klägerin wegen dieses Vorwurfs jedoch eine Abmahnung aussprechen müssen, die nicht vorliege.

Gegen das der Beklagten am 25.11.2004 zugestellte Urteil, auf dessen Gründe ergänzend Bezug genommen wird, hat die Beklagte am 23.12.2004 Berufung zum Landesarbeitsgericht eingelegt und diese mit dem am 20.01.2005 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet. 37

Die Beklagte ist nach wie vor der Auffassung, die Klägerin habe sich am 12.12.2003 durch den Besuch des Fußballspiels auf der Alm genesungswidrig verhalten. Darüber hinaus habe sie bei ihrer Befragung am 18.12.2003 wissentlich die Unwahrheit gesagt. Das Vertrauensverhältnis zur Klägerin sei restlos zerstört. Hinzu komme, dass die Klägerin im Jahre 2004 erhebliche krankheitsbedingte Fehlzeiten aufzuweisen habe. Die erforderliche Interessenabwägung müsse - auch in Anbetracht der in der Vergangenheit ausgesprochenen Abmahnungen - zu Lasten der Klägerin ausgehen. 38

Die Beklagte beantragt, 39

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 29.09.2004 - 3 Ca 353/04 - 40
die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, 41

die Berufung zurückzuweisen. 42

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und ist nach wie vor der Auffassung, ihr könne ein genesungswidriges Verhalten nicht vorgeworfen werden. Auf die im Jahre 2004 angefallenen Arbeitsunfähigkeitszeiten könne die Beklagte sich nicht berufen, da ihr ein künstliches Kniegelenk eingesetzt worden sei. 43

Die Klägerin habe sich auch keine Entgeltfortzahlung erschlichen. Das Arbeitsgericht habe zu Recht entschieden, dass einer etwaigen fristlosen Kündigung eine einschlägige Abmahnung hätte vorausgehen müssen. 44

Die am 12.12.2003 ausgeübte Ordnertätigkeit unterscheide sich generell und grundlegend von ihrer Arbeitstätigkeit bei der Beklagten. Die Tätigkeit einer Lagerarbeiterin sei nämlich mit ständigem Heben und Bücken während der Arbeitszeit verbunden. Genau diese Tätigkeit sei der Klägerin während ihrer Arbeitsunfähigkeit aufgrund ihrer Rückenbeschwerden nicht möglich gewesen. Mit ihrer Tätigkeit als ehrenamtlicher Ordner sei dies nicht zu vergleichen. 45

Im Übrigen wird auf den weiteren Inhalt der von den Parteien gewechselten Schriftsätze ergänzend Bezug genommen. 46

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e: 47

Die zulässige Berufung der Beklagten ist nicht begründet. 48

49

Das Arbeitsgericht hat der gegen die außerordentliche Kündigung vom 13.01.2004 gerichtete Feststellungsklage zu Recht stattgegeben. Die zulässige Feststellungsklage ist begründet.

I. 50

Die außerordentliche Kündigung vom 13.01.2004 ist - auch unter Einhaltung einer Auslauffrist - unwirksam. Sie hat das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht mit Zugang der Kündigung vom 13.01.2004 wirksam beendet. Dies hat das Arbeitsgericht zutreffend erkannt. 51

Die Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung vom 13.01.2004 ergibt sich aus § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG i.V.m. § 626 BGB. 52

Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG ist die Kündigung eines Betriebsratsmitglieds unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen, und dass die nach § 103 BetrVG erforderliche Zustimmung vorliegt oder durch gerichtliche Entscheidung ersetzt ist. 53

Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. 54

Zwar ist die Klägerin Betriebsratsmitglied. Die Berufungskammer geht auch davon aus, dass der Betriebsrat der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung durch Beschluss vom 23.12.2003 zugestimmt hat, indem er der beabsichtigten Kündigung entsprochen hat (Bl. 58 d.A.). 55

Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten liegt aber ein wichtiger Grund im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG nicht vor. 56

1. In § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG sind ohne eigenständige Definitionen die in § 626 Abs. 1 BGB verwandten Formulierungen übernommen worden. Da der Gesetzgeber in § 626 BGB geregelt hat, unter welchen Voraussetzungen eine "Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist" gerechtfertigt ist, sind die in § 626 BGB enthaltenen und daraus abgeleiteten Regeln zur Zulässigkeit einer außerordentlichen Kündigung auch im Rahmen des § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG anzuwenden (BAG, Urteil vom 18.02.1993 - AP KSchG 1969 § 15 Nr. 35; BAG, Beschluss vom 21.06.1995 - AP KSchG 1969 § 15 Nr. 36; BAG, Urteil vom 17.03.2005 - NZA 2005, 949; ErfK/Ascheid, 5. Aufl., § 15 KSchG Rz. 26; KR/Etzel, 7. Aufl., § 15 KSchG Rz. 21). 57

2. Die Beklagte kann sich zur Begründung der außerordentlichen Kündigung vom 13.01.2004 nicht darauf berufen, die Klägerin habe ihre Arbeitsunfähigkeit ab 09.12.2003 lediglich vorgetäuscht und Entgeltfortzahlung erhalten, ohne in Wirklichkeit arbeitsunfähig erkrankt gewesen zu sein. 58

Zwar ist das Vortäuschen einer in Wirklichkeit nicht bestehenden Arbeitsunfähigkeit ebenso wie der dringende Verdacht des Arbeitgebers, der Arbeitnehmer habe eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung mit unlauteren Mitteln erschlichen, grundsätzlich geeignet, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung abzugeben. Ein Arbeitnehmer, der das Vorliegen einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit lediglich vortäuscht, verstößt regelmäßig gegen seine Arbeitspflicht und kann bei einem entsprechenden Nachweis unter Umständen auch wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung fristlos entlassen werden (BAG, Urteil vom 26.08.1993 - AP BGB § 626 Nr. 112; BAG, Urteil vom 17.06.2003 - AP ZPO 1977 59

§ 543 Nr. 13; LAG Düsseldorf, Urteil vom 03.06.1981 - DB 1981, 1731; LAG Köln, Urteil vom 23.08.1996 - NZA-RR 1997, 338; LAG Berlin, Urteil vom 03.08.1998 - NZA-RR 1999, 523; 60

LAG Hamm, Urteil vom 10.09.2003 - NZA-RR 2004, 292; KR/Fischermaier, a.a.O., § 626 BGB Rz. 428; ErfK/Müller-Glöge, a.a.O., § 626 BGB Rz. 132, 142; APS/Dörner, 2. Aufl., § 626 BGB Rz. 186, 189, 245; Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl., Rz. 655 m.z.w.N.).

Ein Vortäuschen einer Arbeitsunfähigkeit durch die Klägerin kommt als außerordentlicher Kündigungsgrund jedoch schon deshalb nicht in Betracht, weil die Beklagte den Nachweis, dass die Klägerin ab 09.12.2003 tatsächlich nicht arbeitsunfähig erkrankt gewesen ist, nicht erbracht hat. Die Beklagte hat bereits erstinstanzlich ausdrücklich zu Protokoll erklärt, es werde der Klägerin nicht vorgeworfen, in Wirklichkeit arbeitsfähig gewesen zu sein und sich die Arbeitsunfähigkeit erschlichen zu haben. 61

3. Zur Begründung der außerordentlichen Kündigung vom 13.01.2004 kann sich die Beklagte auch nicht darauf berufen, die Klägerin habe sich durch den Besuch des Fußballspiels DSC Arminia Bielefeld gegen VFL Osnabrück am 12.12.2003 und durch die Verrichtung einer Ordnertätigkeit während dieses Fußballspiels genesungswidrig verhalten. 62

a) Richtig ist zwar, dass nach der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte genesungswidriges Verhalten eines Arbeitnehmers während der Zeit der attestierten Arbeitsunfähigkeit je nach den Umständen des Einzelfalles auch als außerordentlicher Kündigungsgrund grundsätzlich in Betracht kommen kann. Ein arbeitsunfähig krankgeschriebener Arbeitnehmer ist grundsätzlich verpflichtet, sich so zu verhalten, dass er möglichst bald wieder gesund wird; er hat alles zu unterlassen, was seine Genesung verzögern könnte; die Verletzung dieser aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers herzuleitenden Pflicht ist unter Umständen geeignet, auch eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen (BAG, Urteil vom 26.08.1993 - AP BGB § 626 Nr. 112; LAG München, Urteil vom 09.09.1982 - BB 1983, 1931; LAG Niedersachsen, Urteil vom 01.09.1983 - BB 1984, 1233; LAG Hamm, Urteil vom 28.08.1991 - DB 1992, 431; LAG Berlin, Beschluss vom 03.08.1998 - LAGE KSchG § 15 Nr. 17 = NZA-RR 1999, 523 = MDR 1999, 167; LAG Köln, Urteil vom 09.10.1998 - NZA-RR 1999, 188; LAG Nürnberg, Urteil vom 07.09.2004 - LAGE BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 1; KR/Fischermaier, a.a.O., § 626 Rz. 429; APS/Müller-Glöge, a.a.O., § 626 BGB Rz. 244; Stahlhacke/Preis/Vossen, a.a.O., Rz. 712 m.w.N.). Bei der Überprüfung eines wichtigen Grundes im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB ist stets zu prüfen, ob das konkret beanstandete Verhalten tatsächlich genesungswidrig ist. Dies hängt wesentlich von der Art und der Schwere der jeweiligen Erkrankung ab. Arbeitsunfähigkeit ist nicht mit der Pflicht gleichzusetzen, Bett 63

oder Haus nicht zu verlassen. Geringfügige Verletzungen der Nebenpflicht rechtfertigen 64

insoweit regelmäßig weder eine außerordentliche noch eine ordentliche Kündigung. Demgegenüber kann in schweren Fällen aber auch eine außerordentliche Kündigung ohne vorherige Abmahnung begründet sein, etwa bei einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit während der Arbeitsunfähigkeit (BAG, Urteil vom 26.08.1993 - a.a.O.; HK/Dorndorf, KSchG, 4. Aufl., § 1 Rz. 758 ff., 761; HaKo/Fiebig, KSchG, 2. Aufl., § 1 Teil D Rz. 362 f. m.w.N.). Wird einem arbeitsunfähigen Arbeitnehmer Genesungsgefährdung vorgeworfen, ist grundsätzlich - von schweren Fällen abgesehen - eine Abmahnung erforderlich (LAG Köln, Urteil vom 07.01.1993 - DB 1993, 941; LAG Köln, Urteil vom 09.10.1998 - NZA-RR 1999, 188). 65

b) Unter Berücksichtigung der vorstehenden Grundsätze kann das Verhalten der Klägerin vom 12.12.2003 einen wichtigen Kündigungsgrund nicht abgeben. Dies hat das Arbeitsgericht zu Recht erkannt. Die Beklagte kann der Klägerin nicht vorwerfen, sich durch die Ordnertätigkeit während des Fußballspiels vom 12.12.2003 in schwerwiegender Weise 66

genesungswidrig verhalten zu haben. Die Ordnertätigkeit der Klägerin anlässlich des Fußballspiels vom 12.12.2003 hat lediglich ca. fünf Stunden in Anspruch genommen. Auch wenn zu Lasten der Klägerin davon ausgegangen wird, dass in den Abendstunden des 12.12.2003 winterliches Wetter geherrscht hat, ist von der Beklagten nicht substantiiert vorgetragen worden, inwieweit die Ordnertätigkeit der Klägerin zur Beeinträchtigung der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit der Klägerin geführt haben soll. Besondere ärztliche Verhaltensmaßregeln sind der Klägerin durch den sie behandelnden Arzt nicht mit auf den Weg gegeben worden. Die Klägerin hatte keine Bettruhe einzuhalten und war ärztlicherseits auch nicht verpflichtet, sich zu Hause aufzuhalten. Darüber hinaus handelt es sich bei der Ordnertätigkeit, die die Klägerin am 12.12.2003 verrichtet hat, um eine allerleichteste Tätigkeit, die mit ihrer Tätigkeit als Lagerarbeiterin, zu der sie gegenüber der Beklagten arbeits-vertraglich verpflichtet war, in keiner Weise vergleichbar war. Die Klägerin hat unstreitig vorgetragen, dass die Tätigkeit einer Lagerarbeiterin bei der Beklagten mit einem ständigen Heben und Bücken während der Arbeitszeit verbunden ist. Gerade diese Tätigkeiten waren der Klägerin während der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit aufgrund ihrer Rückenbeschwerden nicht möglich. Hingegen erforderte die Ordnertätigkeit, die die Klägerin am 12.12.2003 ausgeübt hatte, kein schweres Heben und ständiges Bücken.

4. Zur Begründung der außerordentlichen Kündigung vom 13.01.2004 kann die Beklagte sich schließlich auch nicht darauf berufen, die Klägerin habe bei ihrer Anhörung am 18.12.2003 unzutreffende Angaben gemacht. 67

Selbst wenn zu Gunsten der Beklagten davon ausgegangen wird, dass die Klägerin die Frage, ob sie am 12.12.2003 auf der Alm als Ordnerin gearbeitet habe, verneint habe, vermag dies die außerordentliche Kündigung vom 13.01.2004 nicht zu begründen. Die Klägerin hat sich am 18.12.2003 bei ihrer Anhörung durch die Beklagte lediglich gegen die ihrer Auffassung nach ungerechtfertigten Vorwürfe der Beklagten verteidigt. Selbst wenn die Klägerin im Rahmen dieser Verteidigung unzutreffende Angaben gemacht haben sollte, kann nicht außer Betracht bleiben, dass die Klägerin ihre Ordnertätigkeit nicht als Arbeit empfunden und die Aufwandsentschädigung in Höhe von 20,00 € nicht als Arbeitsentgelt angesehen hat. Unzutreffende Äußerungen die ein Arbeitnehmer in einem Prozess oder auch nur vorprozessual zu seiner Verteidigung gegenüber dem Arbeitgeber vorbringt, rechtfertigen selbst bei Verletzung der Gebote der Sachlichkeit grundsätzlich noch nicht eine außerordentliche Kündigung (LAG Saarland, Urteil vom 09.12.1987 - NJW 1989, 420). Grundsätzlich darf nämlich eine Partei nicht gehindert werden, im Prozess diejenigen Behauptungen aufzustellen und Werturteile abzugeben, die sie zur Wahrnehmung ihrer prozessualen Stellung für zweckmäßig und notwendig hält. Es widerspräche der rechtstaatlichen Ordnung, wenn es einer Partei erschwert werden würde, das von ihr zur Rechtsverfolgung für erheblich gehaltene dem Richter zu unterbreiten. Eine Partei darf insbesondere nicht unter dem Druck etwaiger Konsequenzen für ihr Arbeitsverhältnis sich gezwungen fühlen, einen Vortrag zu unterlassen, den sie zur Wahrnehmung ihrer Rechte im Prozess von ihrem subjektiven Standpunkt aus für erheblich ansieht. Diese Grundsätze gelten nach Auffassung der Berufungskammer auch für vorprozessuale Behauptungen, die mit dem Arbeitsverhältnis in unmittelbarem Zusammenhang stehen. 68

5. Die Kündigung vom 13.01.2004 ist auch insoweit unwirksam, als sie unter Einhaltung einer sozialen Auslauffrist zum nächstmöglichen Termin ausgesprochen worden ist. Auch bei Einhaltung einer sozialen Auslauffrist konnte das Arbeitsverhältnis nur bei Vorliegen wichtiger Gründe gemäß § 626 Abs. 1 BGB gekündigt werden. Die Einhaltung einer Auslauffrist bedeutet nicht, dass die Anforderungen an einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB gemindert wären. 69

II. 70

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Beklagte hat die Kosten des erfolglos gebliebenen Rechtsmittels zu tragen. 71

Der Streitwert hat sich in der Berufungsinstanz nicht geändert, § 63 GKG. 72

Für die Zulassung der Revision zum Bundesarbeitsgericht bestand nach § 72 Abs. 2 ArbGG keine Veranlassung. 73

Schierbaum	Depping	Berghahn

74

/N. 75

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE