Landesarbeitsgericht Köln, 11 Sa 915/12

Datum:	16.10.2013
Gericht:	Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper:	11. Kammer
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	11 Sa 915/12
ECLI:	ECLI:DE:LAGK:2013:1016.11SA915.12.00

Vorinstanz:	Arbeitsgericht Köln, 1 Ca 1510/12
Schlagworte:	Kündigung, Verhalten, Arbeitsunfähigkeit, Nebentätigkeit
Normen:	§ 1 II KSchG
Sachgebiet:	Arbeitsrecht
Leitsätze:	
	- Einzelfall -

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 10.08.2012 – 1 Ca 1510/12 – wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

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

Die Parteien streiten zuletzt noch um die Wirksamkeit einer fristlosen und einer hilfsweisen ordentlichen Kündigung. 2

Der Kläger ist seit dem Januar 2002 bei der Beklagten als Versandhelfer beschäftigt. Ab dem 12.01.2012 war der Kläger arbeitsunfähig krankgeschrieben. Am 03.02.2012 wurde der Kläger an der rechten Leiste operiert. 3

Nachdem die Beklagte erfahren hatte, dass der Kläger von dem Zeugen A auf dem Gelände der Firma L in der Nacht vom 14.01.2012 auf den 15.01.2012 und vom 21.01.2012 auf den 22.01.2012 beim Heben von Papierpaketen und deren Abtransport mit einem PKW 4

gesehen worden sei, hörte sie erst den Kläger am 30.01.2012 zum Sachverhalt und sodann den Betriebsrat mit Schreiben vom 03.02.2012 (Bl. 19 f. d. A.) zur beabsichtigten außerordentlichen, hilfsweisen ordentlichen Tatkündigung bzw. Verdachtskündigung wegen vorgetäuschter Arbeitsunfähigkeit, jedenfalls genesungswidrigem Verhalten, an. Der Betriebsrat hat mit Schreiben vom 07.02.2012 (Bl. 21 d. A.) Bedenken gegen die Kündigung angemeldet. Mit Schreiben vom 08.02.2012 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos, mit Schreiben vom 13.02.2012 hilfsweise ordentlich zum 30.06.2012.

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 10.08.2012 (Bl. 44 ff. d. A.) der Kündigungsschutzklage stattgegeben, die Beklagte zur Weiterbeschäftigung und zur Erteilung eines Zwischenzeugnisses verurteilt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die von der Beklagten geschilderte Nebentätigkeit des Klägers lasse nicht hinreichend den Schluss zu, der Kläger habe seine Arbeitsunfähigkeit nur vorgetäuscht. Die Kündigungen seien daher sowohl als Tat- wie auch als Verdachtskündigungen nicht gerechtfertigt. Ein Verstoß wegen genesungswidrigen Verhaltens scheide als Kündigungsgrund mangels vorheriger Abmahnung aus. Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung des Arbeitsgerichts wird auf die Entscheidungsgründe, wegen der weiteren Einzelheiten des streitigen und unstreitigen Vorbringens sowie der Antragstellung der Parteien erster Instanz wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. 5

Mit Schreiben vom 28.08.2012 hat die Beklagte das Arbeitsverhältnis erneut ordentlich gekündigt. Hinsichtlich dieser Kündigung ist ein weiteres Kündigungsschutzverfahren beim Arbeitsgericht Köln - 4 Ca 6884/12 - anhängig. 6

Die Beklagte hat gegen das ihr am 07.09.2012 zugestellte Urteil am 17.09.2012 Berufung eingelegt und diese am 07.11.2012 begründet. 7

Die Beklagte erteilte dem Kläger unter dem 17.09.2012 ein Zwischenzeugnis. In der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht am 05.03.2013 haben die Parteien den Rechtsstreit im Hinblick auf die Verpflichtung zur Erteilung eines Zwischenzeugnisses und den Weiterbeschäftigungsantrag übereinstimmend für erledigt erklärt. 8

Die Beklagte meint, der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sei durch die beobachtete Nebentätigkeit des Klägers erschüttert. Es sei mit großer Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Kläger seine Arbeitsunfähigkeit nur vorgetäuscht bzw. erschlichen habe, jedenfalls habe sich der Kläger genesungswidrig verhalten. Die unterlassene Anzeige der Nebentätigkeit nebst den weiteren Umständen des Vortäuschens einer Arbeitsunfähigkeit bzw. des genesungswidrigem Verhaltens rechtfertige auch ohne vorherige Abmahnung den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung. Jedenfalls für die ordentliche Kündigung wegen genesungswidrigen Verhaltens komme es nicht darauf an, ob der Heilungsprozess tatsächlich verzögert worden sei. 9

Die Beklagte beantragt, 10

das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 10. August 2012 - 1 Ca1510/12 - abzuändern und die Klage abzuweisen. 11

Der Kläger beantragt, 12

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 13

14

Der Kläger verteidigt unter Bezugnahme auf den erstinstanzlichen Vortrag die Entscheidung des Arbeitsgerichts. Er bestreitet weiterhin die von der Beklagten behauptete Nebentätigkeit. Er sei arbeitsunfähig gewesen. Neben dem Leistenbruch habe er in der Zeit vom 12.01.2012 bis 03.02.2013 an einer inkurrenten Infektion der oberen Luftwege gelitten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird ergänzend auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze der Parteien vom 07.11.2012, 11.01.2013, 15.02.2013, 22.02.2013, 09.08.2013, 09.10.2013 und 15.10.2013, die Sitzungsprotokolle vom 05.03.2013, 09.07.2013 und 16.10.2013 sowie den übrigen Akteninhalt Bezug genommen. 15

Das Landesarbeitsgericht hat Beweis erhoben zu der behaupteten Nebentätigkeit des Klägers sowie zur behaupteten Vortäuschung einer Arbeitsunfähigkeit durch Vernehmung der Zeugen A , C , K , Y und Dr. D . Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschriften vom 09.07.2013 und 16.10.2013 verwiesen. 16

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e: 17

I. Die Berufung der Beklagten ist zulässig, denn sie ist gemä? 64 Abs. 2 c) ArbGG statthaft und wurde innerhalb der Fristen des§ 66 Abs. 1 ArbGG ordnungsgemäß eingelegt und begründet. 18

II. Die Berufung der Beklagten ist unbegründet. 19

1. Nach der durchgeführten Beweisaufnahme kann nicht davon ausgegangen werden, es bestehe zumindest der dringende Tatverdacht, der Kläger habe seine Arbeitsunfähigkeit ab dem 12.01.2012 nur vorgetäuscht. Zur Überzeugung der erkennenden Kammer litt der Kläger ab dem 12.01.2012 an einem Leistenbruch sowie Hämorrhoiden und ab dem 20.01.2012 zudem an einem Infekt der oberen Luftwege. 20

a) Im Ansatz zutreffend geht die Beklagte davon aus, dass es einen verhaltensbedingten wichtigen Kündigungsgrund darstellen kann, wenn der Arbeitnehmer unter Vorlage eines Attests der Arbeit fernbleibt und sich Lohnfortzahlung gewähren lässt, obwohl es sich in Wahrheit nur um eine vorgetäuschte Krankheit handelt (BAG, Urteil vom 23.06.2009– 2 AZR 532/08 – m.w.N.). Auch der Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung kann einen wichtigen Grund bilden. Eine Verdachtskündigung kann gerechtfertigt sein, wenn sich starke Verdachtsmomente auf objektive Tatsachen gründen, die Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören, und der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat (BAG, Urteil vom 23.05.2013 - 2 AZR 102/12 - m.w.N.). 21

b) Die Vernehmung des behandelnden Arztes, des Zeugen Dr. D hat zur Überzeugung der Berufungskammer ergeben, dass der Kläger ab dem 12.01.2012 aufgrund durch den Arzt festgestellter gesundheitlicher Beschwerden arbeitsunfähig krankgeschrieben wurde. Die Feststellungen des Arztes beruhten nicht nur auf den Angaben des Klägers, sondern auch auf objektiven Befunden. Der Zeuge konnte eine simulierte Arbeitsunfähigkeit des Klägers ausdrücklich ausschließen. Seine Bekundungen waren auch glaubhaft, insbesondere hinreichend detailliert. Zwar konnte der Zeuge verständlicherweise aufgrund des Zeitablaufs nicht mehr aus der bloßen Erinnerung die Einzelheiten der Untersuchungen wiedergeben. Anhand der ihm zur Verfügung gestellten Patientenunterlagen war ihm jedoch 22

eine verwertbare Aussage möglich. Anhaltspunkte dafür, dass die Eintragungen in den Patientenunterlagen inhaltlich unzutreffend waren, sind nicht ersichtlich. Der Zeuge hat den Kläger sowohl am 12.01.2012, am 20.01.2012 und am 23.01.2012 nach vorheriger Befragung persönlich klinisch untersucht. Am 12.01.2012 hat er aufgrund Rektaluntersuchung blutende Hämorrhoiden und ferner einen Leistenbruch diagnostiziert. Er hat dem Kläger Medikamente verschrieben. An die Verhaltensmaßregeln konnte er sich nicht erinnern, jedoch empfiehlt er üblicherweise bei diesem Krankheitsbild Stuhlregulierung wegen der Hämorrhoiden und nicht schwer Heben wegen des Leistenbruchs. Anhaltspunkte dafür, dass dieses im Fall des Klägers anders war, sind nicht erkennbar. Vorgaben, welches Gewicht der Kläger nicht habe heben sollen, habe er keine erteilt, da aus seiner Sicht jeder selbst einschätzen könne und müsse, was für ihn aufgrund des Gesundheitszustands zu schwer sei. Am 20.01.2012 hat der Zeuge nach erneuter Untersuchung des Klägers einen Infekt der oberen Luftwege festgestellt und eine symptomatische Therapie, z.B. durch Einnahme von Hustenmittel, Verwendung von Nasenspray oder fiebersenkende Mittel, sowie Schonung empfohlen. Am 23.01.2012 hat der Zeuge diagnostiziert, dass der Infekt noch vorhanden war. Das gesundheitliche Leiden der Hämorrhoiden sowie des Leistenbruchs hat nach seiner Bekundung bis zum 02.02.2012 fortbestanden. Angesichts der Diagnosen des Arztes aufgrund der durchgeführten Untersuchungen ist zusammenfassend festzustellen, dass keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Annahme einer nur vorgetäuschten oder erschlichenen Arbeitsunfähigkeit des Klägers bestehen.

2. Die Kündigungen lassen sich auch nicht mit Erfolg auf ein genesungswidriges Verhalten oder jedenfalls auf den Verdacht eines solchen Verhaltens stützen, selbst wenn man zugunsten der Beklagten unterstellt, der Kläger habe in den beiden umstrittenen Nächten von 1:00 bis 2:00 Uhr auf dem Gelände der Firma L auf Zeitungspakete gewartet und diese sodann in einen PKW verladen und abtransportiert, was angesichts des Ergebnisses der Beweisaufnahme vom 09.07.2013 zweifelhaft erscheint. Es mangelt aus Gründen der Verhältnismäßigkeit an einer vorherigen einschlägigen Abmahnung des Klägers. 23

a) Ein arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer muss sich so verhalten, dass er bald wieder gesund wird und an seinen Arbeitsplatz zurückkehren kann. Er hat alles zu unterlassen, was seine Genesung verzögern könnte. Der erkrankte Arbeitnehmer hat insoweit auf die schützenswerten Interessen des Arbeitgebers, die sich u.a. aus der Verpflichtung zur Entgeltfortzahlung ergeben, Rücksicht zu nehmen. Eine schwerwiegende Verletzung dieser Rücksichtnahmepflicht kann eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund an sich rechtfertigen. Der Arbeitnehmer verhält sich pflichtwidrig, wenn er bei bescheinigter Arbeitsunfähigkeit den Heilungserfolg durch gesundheitswidriges Verhalten - z.B. wenn der Arbeitnehmer während der Krankheit nebenher bei einem anderen Arbeitgeber arbeitet - gefährdet. Damit verstößt er nicht nur gegen eine Leistungspflicht, sondern zerstört insbesondere auch das Vertrauen des Arbeitgebers in seine Redlichkeit (BAG, Urteil vom 02.03.2006 - 2 AZR 53/05 - m.w.N.). Davon ist z.B. auszugehen, wenn ein arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer während dieser Zeit schichtweise einer Vollbeschäftigung nachgeht. In einem solch schweren Fall kann auch eine außerordentliche Kündigung ohne vorherige Abmahnung begründet sein (vgl. BAG, Urteil vom 26.08.1993 - 2 AZR 154/93 -). Eine Abmahnung ist auch entbehrlich, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft trotz Abmahnung nicht zu erwarten war. Ansonsten setzen ordentliche und außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung regelmäßig eine Abmahnung des Arbeitnehmers voraus, da grundsätzlich davon auszugehen ist, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann (BAG, Urteil vom 25.10.2012 - 2 AZR 495/11 - m.w.N.). 24

b) Zwar ist das Heben von Papierpakten bei Leistenbruch und Hämorrhoiden in der nächtlichen Kälte des Januars 2012 auf freiem Betriebsgelände bei Infekt der oberen Luftwege im Allgemeinen nicht förderlich für den Heilungsverlauf. Jedoch lässt sich eine Verzögerung des Genesungsverlaufs vorliegend nicht positiv feststellen. Es fehlen jegliche Anhaltspunkte dafür, dass die Zeit der Arbeitsunfähigkeit sich verkürzt hätte, wenn der Kläger nicht der umstrittenen Nebentätigkeit nachgegangen wäre. Im Gegenteil ist es höchst unwahrscheinlich, dass der Leistenbruch durch bloße Schonung bis zum 03.02.2012, dem Tag der Operation, von selbst verheilt wäre. Das Ausmaß der von der Beklagten behaupteten Nebentätigkeit ist sowohl hinsichtlich Art und Dauer nicht so erheblich, dass es von einem so schweren Pflichtverstoß ausgegangen werden kann, der eine vorherige Abmahnung entbehrlich gemacht hätte. Die Beklagte behauptet nicht, dass der Kläger über einen langen Zeitraum Papierpakete gehoben und abtransportiert hat, sondern führt lediglich an, dass der Kläger dies in zwei Nächten jeweils eine Stunde getan habe. Bei den Papierpaketen handelte es sich laut Aussage des Zeugen A um gebundene Zeitungspakete von 10 bis 15 Zeitungen, mithin nicht um besonders schwere Pakete. Auch die Anzahl der Pakete war nach der Bekundung des Zeugen A eher gering. Er gab eine normale Lieferung für jeden Abholer von 20 Paketen an, wobei er zwar die auf den Kläger entfallende Zahl nicht anzugeben vermochte, allerdings darauf beschränkte, dass der Kofferraum des PKW gefüllt gewesen sei. Dass uns aus welchem Grund eine Abmahnung im Falle des Klägers nicht erfolgversprechend gewesen wäre ist weder vorgetragen noch ersichtlich. 25

III. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. 26

IV. Die Revision wurde nicht zugelassen, da die gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen des § 72 Abs. 2 ArbGG nicht vorliegen. Die Entscheidung beruht auf den besonderen Umständen des Einzelfalls. 27

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g: 28

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. 29

Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf§ 72a ArbGG verwiesen. 30

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE