
Datum: 10.12.2020
Gericht: Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper: 8. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 Sa 491/20
ECLI: ECLI:DE:LAGK:2020:1210.8SA491.20.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Köln, 10 Ca 6255/19
Schlagworte: außerordentliche Kündigung; Verdachtskündigung; vorgetäuschte Arbeitsunfähigkeit
Sachgebiet: Arbeitsrecht

Tenor:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 07.05.2020 – 10 Ca 6255/19 – wird kostenpflichtig zurückgewiesen.
 2. Die Revision wird nicht zugelassen.
-

Tatbestand

- Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung der Beklagten. 1
- Der am 1974 geborene, verheiratete und 2 Kindern zum Unterhalt verpflichtete Kläger ist bei der Beklagten seit dem 1.7.1997 als Lagerist im Logistikcenter in K beschäftigt. Die Beklagte beschäftigt regelmäßig mehr als 10 Arbeitnehmer. Im Betrieb ist ein Betriebsrat gebildet. 3
- Der Kläger war vom 29.08.2019 bis 02.09.2019 arbeitsunfähig krankgeschrieben. Er hat die darüber ausgestellte Erstbescheinigung seiner Hausärztin D . L (Fachärztin für innere Medizin) der Beklagten eingereicht. Am 03.09.2019 machte der Kläger einen Arbeitsversuch, den er jedoch abbrach. Er erklärte dazu seinem Vorgesetzten, Herrn L , dass er seit längerem an einem Magen-Darm-Infekt mit Durchfall leide. Der Kläger wurde am 03.09.2019 weiter bis zum 14.09.2019 arbeitsunfähig krankgeschrieben. Die Folgebescheinigung vom 03.09.2019 wurde der Beklagten überreicht. Als Diagnosen waren – auf der vom Kläger 4

überreichten Bescheinigung für die Krankenversicherung vom 03.09.2019 – angegeben: A09.9 G (Gastroenteritis) und R 53 G (Unwohlsein und Ermüdung).

Am 08.09.2019 hielt sich der Kläger während seiner Arbeitsunfähigkeit in einer Pizzeria („ F - B) auf. Er hat dort Pizzakartons in eine Styroporbox gestellt und diese sodann in ein geparktes Auto verbracht. Zwischen den Parteien ist streitig, wie lange der Kläger dieser Tätigkeit nachgegangen ist. Der Vorgesetzte des Klägers, Herr L , der diesen Vorgang beobachtet hatte, sprach den Kläger umgehend darauf an. Der Kläger war nach diesem Vorfall noch weiter bis zum 14.09.2019 arbeitsunfähig krankgeschrieben. 5

Die Beklagte hörte den Kläger am 16.09.2017 zum Vorwurf der vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit an. Auf das von der Beklagten erstellte Anhörungsprotokoll (Anlage A 1, Bl. 224 -226) wird verwiesen. Unter Vorlage eines Fotos von der Pizzeria, auf dem – nach Behauptung der Beklagten – der Kläger vor dem Backofen zu erkennen sein soll (Anlage B 6, Bl. 181 d.A.), hörte die Beklagte den Kläger am 17.09.2019 nochmals an. 6

Mit Schreiben vom 17.09.2019 hörte die Beklagte den bei ihr gebildeten Betriebsrat zur beabsichtigten außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung des Klägers – als Verdachts- und Tat Kündigung - an. Darin heißt es auszugweise: 7

„Wir werfen Herrn K vor, jedenfalls im Zeitraum 29.08.2019 bis 14.09.2019 nicht arbeitsunfähig krank für seine Tätigkeit bei uns im Logistikcenter gewesen zu sein. Weiter werfen wir Herrn K vor, eine angebliche Arbeitsunfähigkeit wahrheitswidrig angezeigt und mit gleichwohl existierenden, aber zu Unrecht erhaltenen oder erschlichenen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nachgewiesen zu haben.“ 8

Hilfsweise werfen wir Herrn K jedenfalls vor, sich vorsätzlich genesungswidrig verhalten zu haben, indem er jedenfalls am Sonntag, den 08.09.2019 gegen 18.00 Uhr über einen längeren Zeitraum im Ladengeschäft „ F B “,(...) einer Erwerbstätigkeit nachgegangen ist und in diesem Rahmen insbesondere Pizzakartons sowie andere Speisen in Alu-Behältern in Styroporwarmhaltebehältern zum Zwecke der Auslieferung an den Kunden umgelagert, diese sodann in einen Lieferwagen gebracht zu haben und Bestell- und Kassenzettel sortiert zu haben bzw. vergleichbar damit umgegangen zu sein. 9

Er hat dies absichtlich in Bereicherungsabsicht (Erschleichung Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall) und im Wissen, dass dies nicht erlaubt ist, getan. 10

(...) 11

Höchst hilfsweise besteht jedenfalls der dringende Verdacht, dass Herr K eine nicht vorhandene Arbeitsunfähigkeit angezeigt und nachgewiesen hat und sich somit an der Entgeltfortzahlung vorsätzlich zu Unrecht bereichern wollte; hilfsweise hierzu besteht der dringende Verdacht, dass er sich vorsätzlich genesungswidrig verhalten hat. 12

(...) 13

*Erschwerend zu den bereits eine außerordentliche Kündigung rechtfertigenden Gründen kommt weiterhin dazu, dass Herr K durch die Tätigkeitsaufnahme in dem Geschäft „ F -B “ gegen seine **arbeitsvertragliche Pflicht zur Anzeige der Nebentätigkeit Ziffer 6 des Arbeitsvertrages vom 25.06.1997** (...) verletzt hat. Gleichzeitig hat er auch gegen die für alle Beschäftigten der D AG geltende Betriebsvereinbarung „**Arbeitsordnung**“ verstoßen, indem er seine nebenberufliche Tätigkeit nicht mitgeteilt hat (...)*“ 14

| | |
|---|----------------|
| Wegen der weiteren Einzelheiten der Betriebsratsanhörung wird auf das Anhörungsschreiben (Anlage B 10, Bl. 210 - 223 d. A.) verwiesen. | 15 |
| Der Betriebsrat teilte der Beklagten am 20.09.2019 mit, dass gegen die außerordentliche Kündigung Bedenken bestehen würden. In seinem Schreiben vom 20.09.2019 begründet er diese Bedenken wie folgt: | 16 |
| <i>„Der Kollege K hat in der Pizzeria nicht im Rahmen einer dem Arbeitgeber nicht bekannten Nebentätigkeit gearbeitet, sondern im Rahmen eines „Freundschaftsdienstes“ kurz beim Verpacken und der Bereitstellung einer Bestellung dort den Inhaber unterstützt. Dieses wird auch von ihm nicht bestritten. Dieses geschah darüber hinaus ausdrücklich unentgeltlich.</i> | 17 |
| <i>Die ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen für den Zeitraum waren nicht zusätzlich mit der Bedingung durch den behandelnden Arzt unterlegt, dass der Kollege K nicht das Haus bzw. die Wohnung verlassen darf. Die von ihnen aufgeführte mutmaßliche Verschlechterung der Krankheitssymptome im Rahmen der Magen- und Darmerkrankung ist in ihrem Kündigungsantrag neben anderen Ausführungen als weitere Vermutung aber nicht als konkreter Beweis zu werten.</i> | 18 |
| <i>Richtig ist, dass auch ein freundschaftliches Helfen im Rahmen einer solchen Erkrankung im Rahmen von Lebensmittelverarbeitung und Herstellung nicht korrekt ist.</i> | 19 |
| <i>Die Erklärung des Kollegen K ist aber aus Sicht des Betriebsrats abschließend als insgesamt glaubhaft anzusehen.</i> | 20 |
| <i>Als Fazit sieht der Betriebsrat eine entsprechende scharfe Abmahnung, nach ausreichender Würdigung des gesamten Sachverhalts unter Berücksichtigung der langen, bisher störungsfreien 22-jährigen Betriebszugehörigkeit, als arbeitsrechtliche Konsequenz als ausreichend an.“</i> | 21 |
| Mit Schreiben vom 23.09.2019 kündigte die Beklagte dem Kläger außerordentlich und mit Schreiben vom 25.09.2019 hilfsweise ordentlich zum 30.04.2020. | 22 |
| Dagegen hat sich der Kläger mit seiner am 24.09.2019 beim Arbeitsgericht Köln eingegangenen Klage sowie der Klageerweiterung vom 09.10.2019 gewandt. Der Kläger hat die Ansicht vertreten, die Kündigungen seien rechtsunwirksam. Er sei im September 2019 arbeitsunfähig erkrankt gewesen und habe in der Pizzeria nur aus Freundschaft kurz ausgeholfen, aber nicht dort gearbeitet. | 23 |
| Der Kläger hat beantragt, | 24 |
| <ul style="list-style-type: none"> • 1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung vom 23.9.2019 nicht aufgelöst worden ist; | 226 |
| <ul style="list-style-type: none"> • 2. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auch nicht durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 25.9.2019 sein Ende finden wird; | 228 |
| <ul style="list-style-type: none"> • 3. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern über den 23.9.2019 hinaus andauert. | 230 |

| | |
|---|----|
| Die Beklagte beantragt, | 31 |
| die Klage abzuweisen. | 32 |
| Die Beklagte hat behauptet, der Kläger habe am 08.09.2019 für einen Zeitraum von 45 Minuten in der Pizzeria gearbeitet. Dies habe sein Vorgesetzter, Herr L , der im gegenüberliegenden Imbiss auf eine Bestellung gewartet habe, beobachtet. Der Kläger habe Essensbehälter in Styroporboxen zum Zwecke der Auslieferung an Kunden verbracht, Bestell- bzw. Kassenzettel sortiert bzw. sei damit vergleichbar umgegangen. Sodann habe er die Box in einen Lieferwagen verbracht. Dabei habe er keine Anzeichen einer Magen-Darm-Erkrankung gezeigt. Er habe keine Handschuhe oder Mundschutz getragen. Er habe auch nicht krank gewirkt. Der Zeuge L habe den Kläger angesprochen. Zunächst habe der Kläger bestritten, in der Pizzeria gearbeitet zu haben. Er habe erklärt, er sei als Gast da und er sei krank. Als der Zeuge den Kläger auf seine Beobachtung angesprochen habe, habe der Kläger gefragt, was er machen solle. Dieser habe erklärt, er solle zur Arbeit kommen, falls er gesund sei und zuhause bleiben, falls er krank sei. Der Zeuge habe sodann noch beobachtet, wie der Kläger die Pizzeria verlassen habe. Er habe nichts zum Essen in der Hand gehabt oder mitgeführt. | 33 |
| In dem Personalgespräch am 16.09.2019 habe der Kläger erklärt, dass er den Inhaber der Pizzeria kenne und seine Tätigkeit dort während der Wartezeit auf seine Pizza lediglich ein Reflex gewesen sei. Er habe lediglich unentgeltlich ausgeholfen. | 34 |
| Die Beklagte hat die Aussagen des Klägers als reine Schutzbehauptung gewertet. Durch die Tätigkeit sei der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung entkräftet. Der Kläger habe die Entgeltfortzahlung erschlichen. Zudem habe der Kläger gegen die Verpflichtung zur Anzeige einer Nebentätigkeit verstoßen, die im Arbeitsvertrag geregelt sei. | 35 |
| Der Kläger hat behauptet, am 8.9.2019 habe er sich tatsächlich für ca. 15 Minuten in der Pizzeria aufgehalten. Dies habe er getan, da er sich dort ein Essen bestellt habe und einen Kaffee getrunken habe. Der Kläger hat bestritten, in der Pizzeria entgeltlich gearbeitet zu haben. Er habe lediglich für ca. 10 Minuten geholfen. Er sei mit dem Inhaber des Restaurants befreundet. Er habe dann nur kurz ein paar befüllte Pizzakartons in eine Styroporbox gestellt und diese in ein vor der Pizzeria geparktes Auto gestellt. Sein Freund sei im Stress gewesen. Deshalb habe er kurz geholfen. | 36 |
| Der Kläger hat behauptet, er sei arbeitsunfähig erkrankt gewesen. Neben der der Beklagten mitgeteilten Magen-Darmerkrankung sei eine psychische Erkrankung Ursache seiner Arbeitsunfähigkeit gewesen. Wegen seiner psychischen Erkrankung werde er von Herrn D . A -J behandelt. Dies habe er der Beklagten zuvor jedoch nicht mitteilen wollen und auch nicht müssen. Seine behandelnden Ärzte würden dies bescheinigen. Der Kläger hat diese von ihrer Schweigepflicht befreit. | 37 |
| Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen. | 38 |
| Das Arbeitsgericht hat der Klage – mit Ausnahme des allgemeinen Feststellungsantrags unter Ziffer 3 - stattgegeben. Auf das Urteil (Bl. 283 – 286 R d.A.) wird verwiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung der Beklagten, die weiter unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags der Auffassung ist, die außerordentliche Kündigung vom 23.09.2019 sei sowohl als Tat- als auch als Verdachtskündigung wirksam. | 39 |

Durch Vernehmung der Ärztin D . L hätte Beweis für die den dringenden Verdacht begründenden Indizien erbracht werden können, dass der Kläger unter Vortäuschen falscher Beschwerden die von ihm vorgelegten Atteste erschlichen habe. Auch ohne weitere Beweisaufnahme bestünden erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der vorgelegten Atteste. Aus diesem Grund sei auch die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung gerechtfertigt.

Die dringenden Verdachtsmomente ergäben sich aus hinreichend objektiven Tatsachen. Erste Verdachtsmomente seien ihr – der Beklagten – aufgetreten als Herr H von Herrn L am 09.09.2019 von seinen Beobachtungen am Vortag in der Pizzeria, erfahren habe. Die Verdachtsmomente hätten sich aufgrund der Nachfrage des Klägers an Herrn L „aber was soll ich jetzt machen?“, verdichtet. Hinzu komme, dass sich der Kläger bei der Übergabe des Anhörungsschreibens sogar explizit bei Herrn L entschuldigt habe. Aufgrund dieser Indizien sei eine große Wahrscheinlichkeit begründet, dass der Kläger seine Arbeitsunfähigkeit durch Vorspiegeln falscher Beschwerden gegenüber der Hausärztin und später entsprechend gegenüber ihr – der Beklagten – lediglich vorgetäuscht habe. Soweit die Einlassung des Klägers überhaupt dienlich sein könne, sei diese als bloße Schutzbehauptung zu werten. Im Übrigen bestätigten folgende Aussagen des Klägers den bestehenden Verdacht:

- Er habe in der Pizzeria noch nie gearbeitet (obgleich er hierbei beobachtet worden sei) 423
- Seine beobachtete Tätigkeit in der Pizzeria sei vielmehr ein Reflex gewesen (was nicht einleuchte) 44
- Ob er jemals in der Pizzeria ausgeholfen habe, habe er *vergessen* (was nicht vorstellbar sei) 45
- Warum er – mit Ausnahme des Reflexes – am 8. September 2019 in der Pizzeria tätig gewesen sei, wisse er nicht 46

Danach bestehe der dringende Verdacht, dass der Kläger insgesamt an vielen Tagen eine Nebentätigkeit für die Pizzeria ausgeübt habe. Ungeachtet dessen spreche auch schon die 45minütige Tätigkeit des Klägers am 08.09.2019 gegen das Vorliegen einer seinerzeitigen Arbeitsunfähigkeit. Die vom Kläger als Lagerist auszuübende Tätigkeit stehe dieser Tätigkeit in der Pizzeria im Wesentlichen gleich. 47

Soweit der Kläger vorgetragen habe, dass für seine Arbeitsunfähigkeit am 08.09.2019 die Magen-Darm-Erkrankung gar nicht mehr im Vordergrund gestanden habe, sondern eine psychische Erkrankung, spreche dies nicht gegen, sondern ebenfalls für den dringenden Verdacht. Das Arbeitsgericht habe die Frage der Erschütterung der Beweislast zu Unrecht offen lassen. Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen seien von der Hausärztin D . L ausgestellt worden. Am 03.09. sei eine Folgebescheinigung ausgestellt worden. Also müsse es sich um dieselbe Diagnose gehandelt haben. Da nicht seine Hausärztin, sondern – wie der Kläger selbst vorgetragen hat – Herr D . A -J die vermeintlich vorliegende psychische Erkrankung behandelt habe, könne deren Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung keine Arbeitsunfähigkeit wegen einer psychischen Erkrankung attestieren. Hinzu komme, dass der Kläger am 08.09.2019 in der Pizzeria 45 Minuten die – vorgetragenen - Tätigkeiten ausgeübt habe und sich gegenüber der Beklagten zu keinem Zeitpunkt auf eine psychische Erkrankung berufen habe. Unter Berücksichtigung dieser Umstände sei der Beweiswert der vom Kläger vorgelegten Atteste erschüttert. In Folge dessen hätte der Kläger substantiiert vortragen 48

müssen, welche Krankheiten konkret vorgelegen hätten. Dies habe er nicht getan.

Soweit sich der Kläger auf die Diagnosen des ihn behandelnden Psychotherapeuten D . A -J beruft, habe er keinen Nachweis darüber erbracht. Der Vortrag werde bestritten. Der Kläger habe auch nicht dargelegt, dass er in der Zeit vom 29.08. -14.09.2019 an einer depressiven Störung gelitten habe. Dem stehe die von der Hausärztin ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung entgegen, die lediglich Unwohlsein und Ermüdung attestiert habe. Nach den Diagnoseschlüssel ICT-10 A0.0.9 und R 53 stehe fest, dass die Diagnosen allein auf den subjektiven Schilderungen des Klägers beruht hätten, die keine vorherige ärztliche Untersuchung erfordert hätten. Frau D . L sei daher als Zeugin zu vernehmen dafür, dass der Kläger es dem Kläger ausschließlich durch Vorspielen nicht vorhandener Beschwerden gegenüber der Zeugin ermöglicht worden sei, die von ihm vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zu erschleichen. 49

Die außerordentliche, jedenfalls die ordentliche Kündigung, sei außerdem begründet, weil der Kläger sich genesungswidrig verhalten und zugleich gegen die Verpflichtung zur Anzeige einer Nebentätigkeit verstoßen habe. 50

Die Beklagte beantragt, 51

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen. 52

Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Berufung. 53

Der Kläger verteidigt die angefochtene Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags. Er bestreitet weiter, dass er seiner Hausärztin für die Krankschreibungen vom 29.09. bis 14.09.2019 nicht vorhandene Beschwerden vorgespiegelt habe. Die Beklagte habe dafür keine objektivierbaren Anhaltspunkte. Sie folgere dies lediglich daraus, dass der Kläger am 08.09.2019 über einen von ihm bestrittenen Zeitraum von 45 Minuten Speisen verpackt und in den Kofferraum eines KFZ gestellt habe. Als Lagerist im Logistikcenter der Beklagten habe er - der Kläger – eine körperlich anspruchsvolle Arbeit zu verrichten. Denn zu seinen Aufgaben gehöre u.a. das Be- und Entladen von Warenlieferungen bzw. Leergut, die Einlagerung, Zusammenstellung, Auslagerung und Bereitstellung von Teilen und Materialien an vorgegebene Lagerorte ggf. mit Transportgeräten, wie z.B. Gabelstaplern. Diese Arbeit sei mit schwerem Heben und Tragen verbunden. Weshalb solle das Verpacken und Umlagern von Pizzakartons für 45 Minuten einen dringenden Verdacht begründen, dass er – der Kläger – in der physisch betonten vollschichtigen Haupttätigkeit als Lagerist nicht arbeitsunfähig sei? Das Arbeitsgericht habe zu Recht ausgeführt, dass bereits die Erschütterung des Beweiswertes der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung fraglich sei. 54

Die von der Beklagten zu seinen Lasten behaupteten Äußerungen, u.a. seiner Entschuldigung gegenüber Herrn L am 08.09. mögen sinngemäß so gefallen seien. Er spreche allerdings nicht fließend deutsch. Er sei ein sehr zurückhaltender und höflicher Mensch, der Fehler immer zuerst bei sich selbst suche. Auch die Anhörung habe den Verdacht nicht erhärtet, wie die Beklagte meine. In seiner Aussage, die Handlungen in der Pizzeria seien ein „Reflex“. würden seine Mängel in der deutschen Sprache zutage treten. Gemeint sei gewesen, er sei von seinem Freund gebeten worden, das „mal eben“ zu machen und er dies „mal eben“ gemacht habe. Es sei auch falsch, dass er in der Anhörung nicht gewusst habe, weshalb er am 08.09.2019 in der Pizzeria „tätig“ geworden sei. Vielmehr habe er erklärt: „ich habe nur auf meinen Kaffee und meine Pizza gewartet und aus Reflex mit den Sachen geholfen. Das ist mein Bekannter. Da macht man das so“. 55

| | |
|---|----|
| Der Kläger trägt weiter vor, er sei durchgängig seit 08.01. 2019 in psychotherapeutischer Behandlung bei Herrn D . Dipl. Psych. A -J , auch im streitgegenständlichen Zeitraum. Dieser habe für das Jahr 2019 folgende Diagnosen festgestellt: | 56 |
| F32.2 – rez. Depressive Störung, gegenwärtig schwere Episode | 57 |
| F45.4 – somatoforme Schmerzstörung | 58 |
| F43.2 – Anpassungsstörung | 59 |
| F41.1 – Angststörung | 60 |
| F60.3 – Emotional-Instabile –Persönlichkeitsstörung | 61 |
| Diese Diagnosen hätten u.a. zu folgenden Einschränkungen im psychischen Bereich geführt: | 62 |
| Umstellungsfähigkeit | 63 |
| Affektwahrnehmung und Regulationsfähigkeit | 64 |
| Konfliktfähigkeit | 65 |
| Selbstbehauptungsfähigkeit | 66 |
| Mittelgradige Einschränkungen im kognitiv-mental Bereich | 67 |
| Durchhaltefähigkeit. Belastbarkeit, Ausdauer. | 68 |
| Er – der Kläger – sei durchgängig – bis heute –in psychiatrischer und psychologischer Behandlung. Alle drei Monate stelle er sich bei seinem Psychiater D . K vor, der Medikamente verordne. Nach wie vor nehme er alle 2 bis 3 Monate Behandlungstermine bei seinem Psychologen D . A -J wahr. Er habe zur Zeit der hier streitigen Arbeitsunfähigkeit an den oben genannten Diagnosen gelitten | 69 |
| Er sei aufgrund dieser psychischen Einschränkungen nicht in der Lage gewesen, sich gegenüber den völlig übertriebenen Vorhaltungen der Beklagten adäquat zu verteidigen. Es dürfte der Beklagten einleuchten, dass er mit diesen Diagnosen bei seinem Arbeitgeber nicht hausieren gegangen sei. Seine Hausärztin habe mit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom 03.09.2019 - neben der Diagnose der Magen- und Darmentzündung - aus ihrer nicht fachärztlichen Sichtweise nachvollziehbar – fachfremd - die Diagnose R 53 (Unwohlsein und Ermüdung Allgemeiner körperlicher Abbau Asthenie o.n.A- Lethargie Müdigkeit Schwäche: chronische Schwäche: o.n.A. Adynamie Allgemeine Ermüdungserscheinungen Allgemeine Mattigkeit), attestiert. Es sei von ihm auch nicht behauptet worden, dass die Magen-Darm-Erkrankung „nicht der Grund der Arbeitsunfähigkeit am 08.09.20129 gewesen“ sei, sondern, dass diese Erkrankung „nicht mehr im Vordergrund“ gestanden habe und der Grund für seine Erkrankung vielfältiger gewesen wäre. | 70 |
| Der Kläger ist weiter der Auffassung, die Beklagte hätte im Rahmen ihrer Aufklärungspflicht einer Verdachtskündigung, den Inhaber der Pizzeria befragen müssen, ob und wie lange er am 08.09. oder/und an anderen Tagen er einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sei. | 71 |
| Wegen der Einzelheiten des Sach-und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils, die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze, die eingereichten Unterlagen und die Sitzungsprotokolle Bezug genommen. | 72 |

I. Die Berufung der Beklagten ist zulässig, hat in der Sache jedoch keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht hat der Klage im erkannten Umfang zu Recht stattgegeben. Die Klage ist begründet. Sowohl die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 23.09.2019 als auch die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung vom 25.09.2019 sind rechtsunwirksam und haben das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst. 74

1. Die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 23.09.2019 ist weder als Verdachts- und erst recht nicht als Tat Kündigung rechtswirksam. Es besteht kein wichtiger Kündigungsgrund iSv § 626 Abs.1 BGB. 75

a. Die Beklagte wirft dem Kläger vor allem vor, er habe seine Arbeitsunfähigkeit im Zeitraum 29.08.2019 bis 14.09.2019 vorgetäuscht und sich für diese Zeit vorsätzlich Entgeltfortzahlung erschlichen. Darüber hinaus habe der Kläger sich genesungswidrig verhalten und zugleich gegen die Verpflichtung zur Anzeige einer Nebentätigkeit verstoßen. Es bestehe insoweit jedenfalls ein dringender Tatverdacht. 76

b. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB 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. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, dh. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (st. Rspr., vgl. etwa BAG 21.11.2013 – 2 AZR 797/11 – mwN). 77

Als wichtiger Grund "an sich" geeignet sind nicht nur erhebliche Pflichtverletzungen im Sinne von nachgewiesenen Taten. Auch der dringende, auf objektive Tatsachen gestützte Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung kann einen wichtigen Grund bilden. Ein solcher Verdacht stellt gegenüber dem Vorwurf, der Arbeitnehmer habe die Tat begangen, einen eigenständigen Kündigungsgrund dar. (st. Rspr., vgl. etwa BAG 17. 03. 2016 - 2 AZR 110/15 – mwN). 78

Eine auf einen solchen Verdacht gestützte Kündigung kann gerechtfertigt sein, wenn sich der Verdacht auf objektive Tatsachen gründet, 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. Der Verdacht muss dringend sein. Es muss eine große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass er in der Sache zutrifft. Die Umstände, die ihn begründen, dürfen nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht ebenso gut durch ein Geschehen zu erklären sein, das eine außerordentliche Kündigung nicht zu rechtfertigen vermag. Bloße auf mehr oder weniger haltbare Vermutungen gestützte Verdächtigungen reichen zur Rechtfertigung eines dringenden Tatverdachts nicht aus. Die vorherige Anhörung des Arbeitnehmers ist Wirksamkeitsvoraussetzung der Verdachtskündigung. Der Arbeitnehmer muss die Möglichkeit haben, bestimmte, zeitlich und räumlich eingegrenzte Tatsachen ggfs. zu bestreiten oder den Verdacht entkräftende Tatsachen aufzuzeigen und so zur Aufhellung der für den Arbeitgeber im Dunkeln liegenden Geschehnisse beizutragen. Bei der gerichtlichen 79

Überprüfung der Verdachtskündigung ist dem Vorbringen des Arbeitnehmers, mit dem er sich von dem ihm gegenüber vorgebrachten Verdacht reinigen will, durch eine vollständige Aufklärung des Sachverhalts nachzugehen (vgl. etwa BAG 20.06. 2013 - 2 AZR 546/12; BAG 18.06.2015 - 2 AZR 256/14; BAG 17. 03. 2016 - 2 AZR 110/15; LAG Köln 23.09. 2015 - 11 Sa 1220/14; LAG Köln 07.07.2017 – 4 Sa 936/16 – jeweils mwN).

c. Die Beklagte wirft dem Kläger vor allem vor, er habe seine Arbeitsunfähigkeit im Zeitraum 29.08.2019 bis 14.09.2019 vorgetäuscht und sich für diese Zeit vorsätzlich Entgeltfortzahlung erschlichen. Die Beklagte hat jedoch die Voraussetzungen eines dringenden Tatverdachts für eine Verdachtskündigung nicht schlüssig dargelegt. Denn sie hat keine ausreichenden objektiven Tatsachen vorgetragen, woraus sich eine große Wahrscheinlichkeit ergibt, dass ihr Kündigungsvorwurf in der Sache zutrifft. Erst recht hat die Beklagte schlüssig objektive Tatsachen für eine erwiesene Tat vorgetragen, die eine Tat Kündigung rechtfertigen könnte. Insbesondere hat die Beklagte die Beweiskraft der hier streitigen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nicht erschüttert. Einer Beweisaufnahme durch Vernehmung der Hausärztin des Klägers Frau D . L bedurfte es daher nicht. 80

aa. Das Vortäuschen von Arbeitsunfähigkeit kann einen "wichtigen Grund an sich" im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB Kündigung darstellen, wenn der Arbeitnehmer unter Vorlage eines Attests der Arbeit fernbleibt und sich Entgeltfortzahlung gewähren lässt, obwohl es sich in Wahrheit nur um eine vorgetäuschte Krankheit handelt. Ein solcher Arbeitnehmer wird regelmäßig sogar einen vollendeten Betrug begangen haben, denn durch Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung hat er den Arbeitgeber unter Vortäuschung falscher Tatsachen dazu veranlasst, ihm unberechtigterweise Lohnfortzahlung zu gewähren. Dabei obliegt es dem Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess, den Beweis für den erhobenen Kündigungsvorwurf zu führen (grundlegend BAG 26.08.1993 - 2 AZR 154/93; BAG 29.06.2017 – 2 AZR 597/16 – mwN; vgl. etwa auch LAG Köln 07.07.2017 – 4 Sa 936/16 – mwN). 81

bb. Der Kläger war unstreitig vom 29.08.2019 bis 02.9.2019 arbeitsunfähig krankgeschrieben. Er hat die darüber ausgestellte Erstbescheinigung seiner Hausärztin D . L (Fachärztin für innere Medizin) der Beklagten eingereicht. Am 03.09.2019 machte der Kläger einen Arbeitsversuch, den er jedoch abbrach. Durch Folgebescheinigung vom 03.09.2019 wurde er weiter bis zum 14.09.2019 arbeitsunfähig krankgeschrieben. Als die Arbeitsunfähigkeit begründende Diagnosen waren – auf der vom Kläger vorgelegten Bescheinigung für die Krankenversicherung vom 03.09.2019 – angegeben: AO9.9 G (Gastroenteritis) und R 53 G (Unwohlsein und Ermüdung). 82

cc. Einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kommt ein hoher Beweiswert zu. Sie hat die Vermutung der inhaltlichen Richtigkeit für. Erhebt der Arbeitgeber trotz vorgelegter ärztlicher Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung den Vorwurf, die Arbeitsunfähigkeit sei nur vorgetäuscht, muss er einerseits vortragen, dass der Arbeitnehmer ihn vorsätzlich über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit getäuscht und darüber hinaus ausreichende Tatsachen darlegen und beweisen, die zu ernsthaften Zweifeln an einer Arbeitsunfähigkeit Anlass geben und den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeit erschüttern (vgl. etwa BAG 26.10.2016 - 5 AZR 167/1; 19.02. 2015 - 8 AZR 1007/13; BAG 21.03.1993 - 2 AZR 543/95 – jeweils mwN). 83

Der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kann erschüttert werden durch Umstände im Zusammenhang mit der Bescheinigung selbst, durch das Verhalten des Arbeitnehmers vor der Erkrankung und durch das Verhalten des Arbeitnehmers während der bescheinigten Dauer der Arbeitsunfähigkeit (vgl. etwa LAG Köln 26.06.2007 – 11 Sa 238/07 – 84

mwN).

Ist ihm dies gelungen, so ist es unter Berücksichtigung der im Kündigungsschutzprozess greifenden abgestuften Darlegungs- und Beweislast Aufgabe des Arbeitnehmers darzulegen, welche Erkrankungen zur Arbeitsunfähigkeit geführt haben, welche gesundheitlichen Beeinträchtigungen diese mit sich gebracht haben und welche Verhaltensweisen ihm ärztlicherseits auferlegt worden sind. Bei ausreichender Substantiierung ist es sodann Sache des Arbeitgebers, den konkreten Sachvortrag des Arbeitnehmers, dem es obliegt, die ihn behandelnden Ärzte von der ärztlichen Schweigepflicht zu entbinden, zu widerlegen (vgl. BAG 07.12.1995 - 2 AZR 849/94; 26.08.1993 - 2 AZR 154/93; LAG Hamm 13.03.2015 – 1 Sa 1534/14 – mwN).

dd. Der Beklagten ist es nicht gelungen, objektive Tatsachen – weder für die Verdachtskündigung und erst recht nicht für die Tat Kündigung vorzutragen, die den Beweiswert der vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen für den Zeitraum vom 29.08.2019 bis zum 14.09.2019 erschüttern und damit ausreichende Zweifel an der Vermutung auslösen, dass diese Bescheinigung inhaltlich zutrifft.

aaa. Dabei geht das Gericht in tatsächlicher Hinsicht davon aus, dass der attestierten Arbeitsunfähigkeit für den Zeitraum vom 29.08.2019 bis zum 14.09.2019 eine ärztliche Diagnose mit den Kurzbezeichnungen *AO9.9 G* (Gastroenteritis, also Magen-Darmentzündung) und *R 53 G* (Unwohlsein und Ermüdung. (Unwohlsein und Ermüdung; Allgemeiner körperlicher Abbau Asthenie o.n.A- Lethargie Müdigkeit Schwäche: chronische Schwäche: o.n.A. Adynamie Allgemeine Ermüdungserscheinungen Allgemeine Mattigkeit),) zugrunde liegt.

bbb. Die von der Beklagten vorgetragene Hilfs-Tatsachen sind nicht geeignet, den hohen Beweiswert einer ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit wegen einer Magen-Darmentzündung und psychischer Beschwerden allgemeiner Müdigkeit und Schwäche und die damit einhergehende Vermutung der inhaltlichen Richtigkeit zu erschüttern.

1) Die Beklagte beruft sich dafür vor allem auf die Tatsache, dass sich der Kläger unstreitig am 08.09.2019 während seiner Arbeitsunfähigkeit in einer Pizzeria („ F -B) aufgehalten und dort Pizzakartons in eine Styroporbox gestellt und diese sodann in ein geparktes Auto verbracht hat. Nach Vortrag der Beklagten hat der Kläger dabei für eine Dauer von 45 Minuten Essensbehälter in Styroporboxen zum Zwecke der Auslieferung an Kunden verbracht, Bestell- bzw. Kassenzettel sortiert und die Box in einen Lieferwagen verbracht.

Dieser Vortrag der Beklagten ist bereits deshalb nicht geeignet, den Beweiswert der vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zu erschüttern, weil er im Hinblick auf die Dauer der Arbeitsunfähigkeit über den Zeitraum vom 29.08.2019 bis zum 14.09.2019 lediglich eine - auch bei 45 Minuten – sehr kurze Tätigkeit des Klägers betrifft. Es kommt hinzu, dass auch der Zeitpunkt dieser Tätigkeit am 08.09.2019 keinen hinreichend wahrscheinlichen oder gar sicheren Rückschluss auf das Vorliegen der attestierten Arbeitsunfähigkeit im Zeitpunkt der Ausstellung der Erstbescheinigung am 29.08.2019 sowie der Folgebescheinigung am 03.09.2019 zulässt.

2) Soweit die Beklagte behauptet, der Kläger habe nicht nur am 08.09.2019 sondern an vielen Tagen – auch in der Zeit seiner Arbeitsunfähigkeit – erwerbsmäßig als Nebentätigkeit in der Pizzeria gearbeitet, hat sie zur Begründung dieses Vortrags keine objektiven Tatsachen für einen dringenden Tatverdacht und erst recht für eine

nachgewiesene Tat vorgetragen.

Der Kläger hat die pauschale Behauptung der Beklagten bestritten und vorgetragen, er habe am 8.9.2019 habe er sich tatsächlich für ca. 15 Minuten in der Pizzeria aufgehalten. Dies habe er getan, da er sich dort ein Essen bestellt habe und einen Kaffee getrunken habe. Der Kläger hat bestritten, in der Pizzeria entgeltlich gearbeitet zu haben. Er habe lediglich für ca. 10 Minuten geholfen. Er sei mit dem Inhaber des Restaurants befreundet. Er habe dann nur kurz ein paar befüllte Pizzakartons in eine Styroporbox gestellt und diese in ein vor der Pizzeria geparktes Auto gestellt. Sein Freund sei im Stress gewesen. Deshalb habe er kurz geholfen. 92

Diesen Vortrag hat die darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nicht ausgeräumt. Sie beschränkt sich vielmehr auf bloße, nicht durch objektive Tatsachen belegte Vermutungen. Soweit sie unter Vorlage eines Fotos von der Pizzeria (Anlage B 6, Bl. 181 d. A.), behauptet, der Kläger sei darauf vor dem Backofen zu erkennen, hat der Kläger dies bestritten. Selbst wenn er dort am Backofen gestanden haben soll, lässt sich daraus nicht der Schluss ziehen, dass der Kläger – wie die Beklagte behauptet –während seiner Arbeitsunfähigkeit an mehreren Tagen in der Pizzeria gearbeitet hat. 93

3) Die im Wesentlichen unstrittige kurzzeitige Tätigkeit des Klägers am 08.09. in der Pizzeria während seiner Arbeitsunfähigkeit, ist - sogar wenn er diese nicht nur an diesem einen Tag verrichtet haben sollte, auch deshalb nicht geeignet den Beweiswert der vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zu erschüttern, weil daraus nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit oder gar Sicherheit folgt, dass der Kläger in dieser Zeit vollschichtig seine Tätigkeit als Lagerist hätte ausüben können. Schon gar nicht lässt dies einen hinreichenden Rückschluss auf Zeit der Ausstellung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen am 29.08.2019 und 03.09.2019 zu. 94

Denn der Kläger hat nach seinem - von der Beklagten nicht bestrittenen Vortrag – als Lagerist im Logistikcenter der Beklagten vollschichtig eine körperlich anspruchsvolle Arbeit zu verrichten. So gehört zu seinen Aufgaben u.a. das Be- und Entladen von Warenlieferungen bzw. Leergut, die Einlagerung, Zusammenstellung, Auslagerung und Bereitstellung von Teilen und Materialien an vorgegebene Lagerorte ggf. mit Transportgeräten, wie z.B. Gabelstaplern. Diese Arbeit ist mit schwerem Heben und Tragen verbunden. 95

Soweit die Beklagte vorträgt, diese Tätigkeit stehe der vom Kläger in der Pizzeria ausgeübten Tätigkeit im Wesentlichen gleich, ist dieser Einwand im Hinblick auf die körperlichen Anforderungen einer vollschichtigen Tätigkeit als Lagerist unsubstantiiert und nicht nachzuvollziehen. 96

4) Soweit die Beklagte bestreitet, dass die Arbeitsunfähigkeit des Klägers neben der Magen-Darmentzündung auch auf einer psychischen Erkrankung beruht hat, ist dieses Bestreiten gleichfalls nicht geeignet den Beweiswert der vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zu erschüttern. 97

Dem steht bereits die Diagnose der Hausärztin auf der vom Kläger vorgelegten Bescheinigung für die Krankenversicherung vom 03.09.2019 entgegen. Danach hat sie neben der Diagnose der Magen- und Darmentzündung eine psychische Erkrankung mit der Diagnose R 53 G (Unwohlsein und Ermüdung Allgemeiner körperlicher Abbau Asthenie o.n.A- Lethargie Müdigkeit Schwäche: chronische Schwäche: o.n.A. Adynamie Allgemeine Ermüdungserscheinungen Allgemeine Mattigkeit), attestiert. Der Einwand der Beklagten, diese Diagnose hätte allein auf den subjektiven Schilderungen des Klägers beruht, die keine 98

vorherige ärztliche Untersuchung erfordert hätten, erfolgt ohne Tatsachenvortrag und ärztliche Expertise „ins Blaue“ und ist daher unerheblich. Ernsthafte Zweifel ergeben sich auch nicht daraus, dass die Ärztin, die den Kläger behandelt und die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ausgestellt hat, eine Fachärztin für Innere Medizin ist und keine für psychische oder psychiatrische Erkrankungen einschlägige Facharztausbildung aufzuweisen hat. Warum sollte eine Fachärztin für Innere Medizin die von ihr attestierten psychischen Beschwerden nicht diagnostizieren können?

Im Übrigen hat der Kläger im Einzelnen – von der darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten nicht ausgeräumt - vorgetragen, dass er seit dem 08.01. 2019 durchgängig - auch im streitgegenständlichen Zeitraum – bis heute in psychiatrischer und psychologischer Behandlung ist. Er stelle sich alle drei Monate bei seinem Psychiater D . K vor, der Medikamente verordne. Darüber hinaus nehme er alle 2 bis 3 Monate Behandlungstermine bei seinem Psychologen D . A -J wahr. Dieser habe für das Jahr 2019 folgende Diagnosen festgestellt hat:

F32.2 – rez. Depressive Störung, gegenwärtig schwere Episode 100

F45.4 – somatoforme Schmerzstörung 101

F43.2 – Anpassungsstörung 102

F41.1 – Angststörung 103

F60.3 – Emotional-Instabile –Persönlichkeitsstörung 104

Der Kläger hat auch zur Zeit der hier streitigen Arbeitsunfähigkeit an den oben genannten Diagnosen gelitten. Diesem substantiierten Sachvortrag ist die darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nicht mit erheblichem Sachvortrag oder Beweisbeitrag entgegengetreten. Vielmehr beschränkt sich ihr Vortrag im Wesentlichen auf ein Bestreiten wegen fehlender Nachweise sowie den Einwand, der Kläger habe sich (vorgerichtlich) zu keinem Zeitpunkt auf eine psychische Erkrankung berufen. Letzteres bestreitet der Kläger nicht. Seine nachvollziehbare Erklärung dafür ist, dass er mit der Diagnose einer psychischen Erkrankung nicht bei seinem Arbeitgeber „hausieren“ gegangen“.

Selbst wenn der Kläger nur wegen einer Magen- und Darmentzündung arbeitsunfähig krankgeschrieben worden wäre, würde die kurzzeitige Tätigkeit des Klägers am 08.09. in der Pizzeria aus den vorgenannten Gründen, keine ernsthaften Zweifel an der am 29.08.2019 und 03.09.2019 für den Zeitraum 29.8. bis 14.09.2019 attestierte Arbeitsunfähigkeit begründen. Eine Arbeitsunfähigkeit – auch eine Magen-Darmentzündung - bedeutet nicht, dass der Arbeitnehmer sich ausschließlich zu Hause, möglicherweise auch zu Bett aufhalten muss. Allerdings verbietet sich aus Ansteckungsgründen – was allerdings für die streitgegenständliche Kündigung unerheblich ist - bei einer solchen Erkrankung, mit fremden Lebensmitteln umzugehen und – wie es der Kläger am 08.09.2019 getan hat, in einer Pizzeria auszuhelfen.

5) Schließlich sind auch das von der Beklagten vorgetragene Verhalten des Klägers bzw. dessen Äußerungen am 08.09.2019 und 09.09.2019 gegenüber dem Vorgesetzten Herrn L sowie bei seiner Anhörung am 17.09.2019 nicht geeignet, den Beweiswert der hier streitigen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zu erschüttern.

Dazu trägt die Beklagte vor, der Kläger habe am 08.09. keine Anzeichen einer Magen-Darm-Erkrankung gezeigt. Er habe keine Handschuhe oder Mundschutz getragen. Er habe auch nicht krank gewirkt. Der Zeuge L habe den Kläger angesprochen. Zunächst habe der Kläger bestritten, in der Pizzeria gearbeitet zu haben. Er habe erklärt, er sei als Gast da und er sei krank. Als der Zeuge den Kläger auf seine Beobachtung angesprochen habe, habe der Kläger gefragt, was er machen solle. Dieser habe erklärt, er solle zur Arbeit kommen, falls er gesund sei und zuhause bleiben, falls er krank sei. Der Zeuge habe sodann noch beobachtet, wie der Kläger die Pizzeria verlassen habe. Er habe nichts zum Essen in der Hand gehabt oder mitgeführt.

Wie bereits unter Ziffern 1) - 4) ausgeführt, ist weder die kurzzeitige Tätigkeit des Klägers am 08.09. in der Pizzeria, noch ein Fehlen von „Anzeichen einer Magen-Darm-Erkrankung“ begründet einen dringenden Verdacht einer vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit. Soweit die Beklagte anführt, der Kläger habe Herrn L gefragt „aber was soll ich jetzt machen?“, sich bei der Übergabe des Anhörungsschreibens sogar explizit bei Herrn L entschuldigt, ergeben diese Umstände für sich genommen und im Hinblick auf Gesamtbetrachtung unter Ziffern 1) - 4) gleichfalls keinen dringenden Tatverdacht, der geeignet wäre, den Beweiswert der vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zu erschüttern. Dies gilt schließlich auch für die – von der Beklagten angeführten Äußerungen des Klägers in der Anhörung:

- Er habe in der Pizzeria noch nie gearbeitet (obgleich er hierbei beobachtet worden sei) 11101
- Seine beobachtete Tätigkeit in der Pizzeria sei vielmehr ein Reflex gewesen (was nicht einleuchte) 112
- Ob er jemals in der Pizzeria ausgeholfen habe, habe er vergessen (was nicht vorstellbar sei) 113
- Warum er – mit Ausnahme des Reflexes – am 8. September 2019 in der Pizzeria tätig gewesen sei, wisse er nicht 114

Diese Äußerungen sind auch unter Berücksichtigung des Vortrags des Klägers als Verdachtsmomente ungeeignet, der dazu vorgetragen hat: In seiner Aussage, die Handlungen in der Pizzeria seien ein „Reflex“. würden seine Mängel in der deutschen Sprache zutage treten. Gemeint sei gewesen, er sei von seinem Freund gebeten worden, das „mal eben „ zu machen und er dies „mal eben“ gemacht habe. Es sei auch falsch, dass er in der Anhörung nicht gewusst habe, weshalb er am 08.09.2019 in der Pizzeria „tätig“ geworden sei. Vielmehr habe er erklärt: „ich habe nur auf meinen Kaffee und meine Pizza gewartet und aus Reflex mit den Sachen geholfen. Das ist mein Bekannter. Da macht man das so“. Im Übrigen ergibt sich aus der Anhörung insgesamt hinreichend deutlich, dass der Kläger sich – wie im Prozess – auf einen einmaligen kurzzeitigen und unentgeltlichen „Freundschaftsdienst“ berufen hat. 115

ee. Da es bereits an einem dringenden Tatverdacht fehlt, kann offen bleiben, ob die Beklagte vor Ausspruch der Verdachtskündigung nach den o.g. Grundsätzen der Rechtsprechung alle ihr zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen hat. Dem könnte – worauf der Kläger zu Recht hinweist – entgegenstehen, dass die Beklagte den Inhaber der Pizzeria nicht befragt hat, ob und wie lange der Kläger am 08.09. oder/und an anderen Tagen dort der von der Beklagten behaupteten Erwerbstätigkeit nachgegangen sei. 116

d. Die Beklagte kann ihre außerordentliche Kündigung auch nicht darauf stützen, der Kläger habe, indem er während seiner Arbeitsunfähigkeit in der Pizzeria gearbeitet habe, den Heilungserfolg durch ein grob genesungswidriges Verhalten gefährdet. Zwar kann auch dies eine außerordentliche Kündigung im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB auf der ersten Prüfungsstufe an sich rechtfertigen. Denn ein arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer ist angehalten, alles zu unternehmen, um zu gesunden, und alles zu unterlassen, was diesem Prozess entgegenwirken könnte rechtfertigen (vgl. etwa BAG 02.03.2006 - 2 AZR 53/05 – mwN; BAG 26.08.1993 - 2 AZR 154/93;LAG Hamm 13.03.2015 – 1 Sa 1534/14 – mwN). 117

Wie bereits ausgeführt, beschränkt sich der Vortrag der Beklagten dazu im Wesentlichen auf die Beobachtung des Vorgesetzten L , wonach der Kläger am 08.09.2019 in der Pizzeria 45 Minuten lang gearbeitet habe. Dieser Sachvortrag der Beklagten als wahr unterstellt, ist jedoch – weder unter dem Gesichtspunkt einer Verdachtskündigung und erst recht nicht einer Tat Kündigung geeignet, eine Gefährdung der Heilung des Klägers schlüssig zu begründen. 118

Im Übrigen kann ein genesungswidriges Verhalten des Arbeitnehmers während einer Arbeitsunfähigkeitsperiode nur in besonders schwerwiegenden Ausnahmekonstellationen als außerordentlicher Kündigungsgrund ohne vorangegangene einschlägige Abmahnung in Frage kommen, wie sie insbesondere der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 02.03.2006 (2 AZR 53/05), aber auch der weiteren Entscheidung vom 26.08.1993 (2 AZR 154/93) zugrunde lagen. Mit dem Sachverhalt dieser BAG-Entscheidungen ist der vorliegende Fall jedoch auch nicht annähernd zu vergleichen. 119

e. Die Beklagte kann ihre außerordentliche Kündigung schließlich auch nicht darauf stützen, der Kläger habe durch seine Tätigkeit in der Pizzeria gegen seine von der Beklagten behaupteten Verpflichtung zur Anzeige einer Nebentätigkeit verstoßen hat. Dieser Vorwurf beinhaltet die Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht, die allenfalls nach vorheriger Abmahnung geeignet ist, eine ordentliche Kündigung zu begründen. Die Beklagte hat – wie bereits ausgeführt - darüber hinaus auch nicht schlüssig vorgetragen - weder unter dem Gesichtspunkt einer Verdachtskündigung und erst recht nicht einer Tat Kündigung, dass der Kläger tatsächlich in der Pizzeria nicht nur – wie er vorträgt – ausnahmsweise kurzzeitig „freundschaftlich“ ausgeholfen, sondern einer Nebentätigkeit im Sinne einer Erwerbstätigkeit nachgegangen ist. 120

f. Die Beklagte hat nach alledem bereits keine objektiven Indizien zur Erschütterung des Beweiswertes der hier streitigen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorgetragen. Einer Vernehmung der Ärztin D . L bedurfte es daher nicht. Damit besteht zugleich kein dringender Verdacht einer vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit, erst recht hat die Beklagte diesen Vorwurf nicht nachgewiesen. 121

2. Die von der Beklagten mit Schreiben vom 25.09.2019 hilfsweise ausgesprochene ordentliche, verhaltensbedingte Kündigung ist gleichfalls – als Verdachtskündigung und erst recht als Tat Kündigung - rechtsunwirksam, da gemäß §§ 1 Abs.1,Abs. 2 KSchG sozial ungerechtfertigt. 122

Auch als ordentliche Kündigung ist eine Verdachtskündigung sozial nur gerechtfertigt, wenn Tatsachen vorliegen, die zugleich eine außerordentliche, fristlose Kündigung gerechtfertigt hätten. Dies gilt auch für die Anforderungen an die Dringlichkeit des Verdachts als solchen. In dieser Hinsicht bestehen keine Unterschiede zwischen außerordentlicher und ordentlicher Kündigung. Für beide Kündigungsarten muss der Verdacht gleichermaßen erdrückend sein (vgl. etwa BAG 20.06. 2013 - 2 AZR 546/12 – mwN). 123

Die Beklagte hat bereits – wie schon ausgeführt – weder den Kündigungsgrund der Vortäuschung einer Arbeitsunfähigkeit, noch des genesungswidrigen Verhaltens oder einer pflichtwidrigen Nichtanzeige einer Nebentätigkeit schlüssig vorgetragen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird ergänzend auf die zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts verwiesen.

- II. Die Beklagte hat die Kosten der erfolglosen Berufung zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO). 125
- III. Die Revision war gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG nicht zuzulassen. 126
-