

**Anmerkung zum Urteil des LAG München vom 3.11.2000 –
10 Sa 1037/99 - Außerordentliche Kündigung –
Rechtsschutzbedürfnis –gesundheitswidriges Verhalten
des Arbeitnehmers während einer bescheinigten
Arbeitsunfähigkeit [Urteilsanmerkung]**

Herbert Buchner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Buchner, Herbert. 2000. "Anmerkung zum Urteil des LAG München vom 3.11.2000 –10 Sa 1037/99 - Außerordentliche Kündigung –Rechtsschutzbedürfnis –gesundheitswidriges Verhalten des Arbeitnehmers während einer bescheinigten Arbeitsunfähigkeit [Urteilsanmerkung]." In *Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte (LAGE)*, edited by Eugen Stahlhacke and Gert-Albert Lipke, Loseblatt-Ausgabe, 12–16. Köln: Luchterhand.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



LAGE

Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte

begründet von

*Prof. Dr. Dr. h.c. Eugen Stahlhacke
Präsident des Landesarbeitsgerichts a. D.*

fortgeführt von

*Prof. Dr. Gert-Albert Lipke
Präsident des Landesarbeitsgerichts
Niedersachsen*



Luchterhand

Zitierweise:

z. B.

LAG Düsseldorf LAGE § 309 BGB 2002 Nr. 1

ISBN 3-472-10680-8



HOTLINE für Ihre Fragen: 0 26 31/8 01 22 38 (Monika Thiel)

Fax: 0 26 31/8 01 24 44

LAGE *Entscheidungen der
Landesarbeitsgerichte*

Alle Rechte vorbehalten

Luchterhand, eine Marke von Wolters Kluwer Deutschland
© 2003 by Wolters Kluwer Deutschland GmbH, München/Unterschleißheim
Anschrift: Postfach 23 52, 56513 Neuwied,
Tel. 0 26 31/8 01-0, Telefax 0 26 31/8 01 22 04.
Redaktion: Helmut Zölch, Tel. 0 26 31/8 01 22 96 oder
Monika Thiel, Tel. 0 26 31/8 01 22 38.
Herausgegeben und bearbeitet von: Prof. Dr. Gert-Albert Lipke
Satz: Libro, Krißtel
Druck: Druckerei Plump KG, Rheinbreitbach

Höhe bereits dem Grunde nach aus positiver Vertragsverletzung des Arbeitsvertrages oder aus unerlaubter Handlung (§ 823 Abs. 2 BGB i. V. mit § 263 StGB) nur bestehen, wenn die Klägerin durch den Einsatz der Detektive einer vorsätzlichen vertragswidrigen Handlung überführt worden wäre (vgl. BAG vom 17. 09. 1998 – 8 AZR 5/97 – AP Nr. 113 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“ [= *EzA* § 249 BGB Nr. 23 – d. Red.]; LAG Rheinland-Pfalz vom 15. 06. 1999 – 5 Sa 540/99 – BB 2000, 155 [= *LAGE* § 249 BGB Nr. 15 – d. Red.]). Dies ist, wie ausgeführt, hier aber nicht der Fall.

IV. ...

Anmerkung

Die einzelnen Versatzstücke der Entscheidungsbegründung des vorstehenden Urteils sind zwar als solche nicht angreifbar, im Ergebnis wird das Urteil der Fallage jedoch nicht gerecht. Statt – wie es wohl in der Intention der Kammer liegt – den sozialen Schutz der Arbeitnehmer zu stabilisieren, bewirkt die Entscheidung dessen Diskreditierung.

1. Zu folgen ist dem LAG darin, daß die außerordentliche Kündigung nicht auf eine Vortäuschung einer Arbeitsunfähigkeit gestützt werden konnte. Zwar mochte die Arbeitgeberin aufgrund ihrer Feststellungen, speziell der anderweitigen Erwerbstätigkeit der Arbeitnehmerin, den Eindruck gewinnen, daß Arbeitsunfähigkeit nicht vorliege und damit vorgetäuscht werde. Damit kann sie jedoch im Kündigungsschutzprozeß angesichts der vorliegenden ärztlichen Aussagen beweismäßig nicht durchdringen. Nicht belegt war zwar zunächst die Arbeitsunfähigkeit für einige Tage nach dem 14. 08. 1998, doch reicht dies allein wegen der kurz danach wieder ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit nicht aus, den Vorwurf vorgetäuschter Arbeitsunfähigkeit zu begründen, zumal der Rentenversicherungsträger von der Erwerbsunfähigkeit bereits ab 28. 06. 1998 ausging.
2. Zu folgen ist auch der weiteren Feststellung des LAG, daß sich im Hinblick darauf auch eine Verdachtskündigung verbietet. Zwar führt eine anderweitige gewerbliche Tätigkeit im Zeitraum geltend gemachter Arbeitsunfähigkeit zu einer Erschütterung des Beweiswertes des Krankheitsattestes (*Ascheid*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, KSchG § 1 Rn. 355). Der vom LAG entschiedene Fall weist jedoch die Besonderheit auf, daß nicht nur eine gewöhnliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlag, sondern auch die recht zeitnahe Untersuchung durch den medizinischen Dienst (mit gleichem Ergebnis) und die Feststellung der Erwerbsunfähigkeit durch den Rentenversicherungsträger (auch wenn aus der

Entscheidung nicht erkennbar wird, wieso aufgrund eines am 16. 10. 1998 gestellten Antrags auf Erwerbsunfähigenrente die Feststellung der Erwerbsunfähigkeit zum 29. 06. 1998 erfolgen konnte).

Zu akzeptieren ist auch noch die Bewertung des LAG, daß die außerordentliche Kündigung auch nicht wegen eines gesundheitswidrigen Verhaltens der Arbeitnehmerin gerechtfertigt ist. Unter Berufung auf die ärztlichen Aussagen geht das LAG davon aus, daß eine Wiederherstellung der Gesundheit – besser wohl der Arbeitsfähigkeit – nicht mehr möglich war (das LAG spricht insoweit vom „Endzustand der Krankheit“). Das LAG geht solchenfalls offensichtlich davon aus, daß der Arbeitnehmer dann dem Arbeitgeber gegenüber keinen gesundheitsförderlichen Verhaltenspflichten mehr unterliegt. Dagegen läßt sich kaum etwas einwenden.

3. Wenn allerdings Arbeitsunfähigkeit und Nichtwiederherstellbarkeit der Arbeitsfähigkeit so klar herausgestellt werden, drängt sich die Frage auf, ob nicht dann diese dauernde Arbeitsunfähigkeit selbst die Kündigung rechtfertigt.

a) Ungeachtet der Abgrenzung im einzelnen ist im Grundsatz in der Rechtsprechung anerkannt, daß dauernde Arbeitsunfähigkeit zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt. Die Schwierigkeiten liegen meistens in der von der Rechtsprechung angeforderten Prognose, daß die Arbeitsfähigkeit nicht wieder erwartet werden kann. Der entscheidende Zeitpunkt für diese Prognose ist der der Kündigungserklärung.

Nach der Überzeugung des LAG war zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung von einer Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit der Arbeitnehmerin nicht auszugehen. Dem Arbeitgeber fehlte offensichtlich die entsprechende Kenntnis; er stellte deshalb auf fehlerhaftes Verhalten der Arbeitnehmerin bezüglich der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit ab. Da der Arbeitgeber seine Kündigung nicht auf einen bestimmten Kündigungsgrund stützen muß, reicht es, wenn überhaupt ein die Kündigung tragender Grund vorliegt.

b) Grundsätzlich berechtigt Arbeitsunfähigkeit allerdings nur zur ordentlichen Kündigung. Dies kann jedoch dort nicht gelten, wo ein Arbeitnehmer unter tarifliche Vorschriften über die Unkündbarkeit älterer, länger im Arbeitsverhältnis stehender Arbeitnehmer fällt. Das LAG weist darauf hin, daß die Trägerin ordentlich nicht mehr kündbar war. Nach den allgemeinen kündigungsrechtlichen Grundsätzen und der speziellen Vorgabe des Tarifvertrages blieb das Recht des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis

gemäß § 626 BGB aus wichtigem Grund fristlos zu kündigen, unberührt. Dabei fordert der Tarifvertrag, daß dort, wo der wichtige Grund eine dauernde Minderleistung der Arbeitnehmerin ist, der Arbeitgeber eine zumutbare Änderung des bisherigen Arbeitsvertrages anzubieten hat. In dem vom LAG entschiedenen Fall lag nicht nur eine dauernde Minderleistung, sondern Arbeitsunfähigkeit schlechthin vor; damit stand der Weg zur außerordentlichen Kündigung offen. Es hätte auch wenig Sinn, das Arbeitsverhältnis mit einem auf Dauer arbeitsunfähigen Arbeitnehmer fortzuführen. Das LAG zieht im Rahmen der Prüfung des Feststellungsinteresses (unter II.1.b, bb) auch selbst in Betracht, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht mehr fortgesetzt werden könnte. Wie sollte es aber beendet werden, wenn nicht durch Kündigung? Erwerbsunfähigkeit führt keineswegs automatisch zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Da die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist, bleibt nur die außerordentliche.

4. Mag man insoweit noch unterschiedlicher Meinung sein, kann aber keinesfalls das Verhalten der Arbeitnehmerin gebilligt werden, da es jegliche Rücksichtnahme auf die Belange des Arbeitgebers vermissen läßt.

a) Arbeitnehmer sind für den Krankheitsfall mit einem weitreichenden sozialen Schutz bedacht. Kündigungen werden weitgehend beschränkt. Schon nach dem Gesetz hat der Arbeitgeber für sechs Wochen das Entgelt weiterzugewähren. Nach der speziellen tariflichen Regelung war die Arbeitnehmerin noch weitergehend durch einen Arbeitgeberzuschuß zum Krankengeld begünstigt. Vom Arbeitnehmer wird im Hinblick darauf gefordert, daß er sich so verhält, daß der Heilungsprozeß nicht verzögert wird. Bei anderweitiger Erwerbstätigkeit während der Zeit der Krankmeldung kommt eine Beeinträchtigung des Heilungsprozesses zumindest in Betracht. Daß der Heilungsprozeß im Einzelfall nicht behindert wird, kann der Arbeitgeber normalerweise nicht wissen, da ihm nur Arbeitsunfähigkeit, nicht das Krankheitsbild mitgeteilt werden; schon gar nicht ist für ihn erkennbar, daß der Heilungsprozeß wegen des „Endzustands der Krankheit“ nicht mehr beeinträchtigt werden kann. Im übrigen kann er die anderweitige Erwerbstätigkeit auch als Indiz für fehlende Arbeitsunfähigkeit sehen.

b) Im vorliegenden Fall hat sich die Arbeitnehmerin nicht so verhalten, wie es von ihr im Rahmen der arbeitsvertraglichen Kooperationsbeziehung erwartet werden konnte. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses können nicht als isolierte formale Rechtspositionen ausgespielt werden, sie sind vielmehr eingebettet in die

Rechtsbeziehung Arbeitsverhältnis. Mit seiner Arbeitsleistung trägt der Arbeitnehmer zur unternehmerischen Zielsetzung bei; der Arbeitgeber gewährt hierfür einen gewissen Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses und unmittelbar sowie mittelbar (über die Beteiligung an den sozialversicherungsrechtlichen Lasten) die soziale Absicherung. Gefordert wird dabei beiderseitige Rücksichtnahme auf die Belange des jeweiligen Vertragspartners. Insoweit konnte die Klägerin im vorliegenden Fall nicht nur Entgeltfortzahlung und Bestandsschutz geltend machen, sie mußte sich auch so verhalten, daß diese Leistungen dem Arbeitgeber zumutbar blieben.

Diesem war am 28./29. 09. 1998 nicht bekannt, daß nach der Terminologie des LAG der „Endzustand der Krankheit“ erreicht war. Er konnte den anderweitigen Arbeitseinsatz nur als Verletzung der arbeitsvertraglichen Verpflichtung sehen. Daß dieser Arbeitseinsatz bezüglich des Heilungsprozesses neutral oder gar förderlich sein könnte, war angesichts des festgestellten Ablaufs dieser auswärtigen Aktion aus der Sicht des Arbeitgebers auszuschließen. Es bestand deshalb seitens der Arbeitnehmerin aller Anlaß, mit dem Arbeitgeber in einem aufklärenden Gespräch Ausgleich zu suchen. Ob der Arbeitnehmerin zum damaligen Zeitpunkt die dauernde Erwerbsunfähigkeit bereits bekannt war, läßt sich der Sachverhaltsdarstellung des LAG nicht entnehmen. War sie ihr noch nicht bekannt, mußte sie von einer Verpflichtung, den Heilungsprozeß zu fördern und einer entsprechenden Erwartung des Arbeitgebers ausgehen. Selbst wenn sie die Verträglichkeit einer andersartigen Tätigkeit testen wollte, wäre dies ihrem Arbeitgeber gegenüber in dieser Situation eines Wortes wert gewesen.

War ihr die dauernde Erwerbsunfähigkeit bereits bekannt, kann ihr zwar nicht die Beeinträchtigung des Heilungserfolges vorgeworfen werden. Sie hätte dann aber ihren Arbeitgeber darüber aufklären können. Immerhin muß dieser während der Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmerin zu deren Gunsten den Arbeitsplatz verfügbar halten, was bei lang andauernden Krankheiten eine erhebliche organisatorische Belastung bedeutet. Deshalb kann der Arbeitgeber unabhängig von einer noch laufenden Entgeltfortzahlungspflicht sehr wohl erwarten, daß der Arbeitnehmer durch sein Verhalten den Heilungserfolg nicht beeinträchtigt, und daß er informiert wird, wenn ein dem Heilungserfolg abträgliches Verhalten wegen dauernder Erwerbsunfähigkeit seine arbeitsvertragliche Relevanz verloren hat.

5. Die völlige Ungebundenheit des Arbeitnehmers bezüglich seiner Tätigkeit überzeugt aber selbst in der Phase der dauernden Arbeitsunfähigkeit nicht ganz. Nach den Feststellungen des LAG bestand Arbeitsunfähigkeit im Sinne des Entgeltfortzahlungsrechtes sowohl im Hinblick auf geschul-

dete arbeitsvertragliche Tätigkeit wie auch auf den am 28./29. 09. 1998 geleisteten Einsatz. Arbeitsunfähigkeit bedeutet, wie das LAG verdeutlicht, nicht, daß die Arbeit von einem Arbeitnehmer tatsächlich nicht geleistet werden kann, sondern nur, daß sie nicht zuzumuten ist. Die Arbeitnehmerin hatte im vorliegenden Fall mit ihrem auswärtigen Arbeits-einsatz eine ihr nicht zuzumutende Tätigkeit tatsächlich erbracht. Wenn sie sich dergestalt aber über das ihr zuzumutende Maß hinaus überobligationsmäßig betätigt – ist dann von vornherein ausgeschlossen, von ihr zu verlangen, daß sie dies nicht außerhalb, sondern im Rahmen des bestehenden Arbeitsverhältnisses tut? Wer dies als schlechthin unzumutbar zurückweist, sollte an die Zumutbarkeit der Weiterführung des Arbeitsverhältnisses seitens des Arbeitgebers den gleichen großzügigen Maßstab anlegen.

Fazit:

Die Klägerin hat ein schweres persönliches Schicksal zu bewältigen. Arbeits- und sozialrechtlich ist sie mit Entgeltfortzahlungspflicht, Krankengeld und Krankengeldzuschußgewährung, Kündigungsschutz und anschließenden Rentenversicherungsleistungen so gut abgesichert, wie es Arbeitgeber und Solidargemeinschaft eben noch tragen können. Der Arbeitgeber hat nicht nur die Entgeltfortzahlung zu leisten, sondern auch den Arbeitsplatz verfügbar zu halten, und er wird auch noch auf die Versorgungsleistungen in Anspruch genommen. Gewisse Loyalitätspflichten sollte die Arbeitnehmerin dann nicht als absurd empfinden. Der Arbeitgeber – in dem vom LAG entschiedenen Fall eine Anstalt des Öffentlichen Rechts – hatte, wie sich aus dem Sachverhalt der Entscheidung entnehmen läßt, es nicht darauf angelegt, der Arbeitnehmerin den sozialen Schutz, der aufgrund tariflicher Regelung erheblich über das gesetzliche Maß hinaus angehoben worden war, in irgendeiner Weise vorzuenthalten, in Frage zu stellen oder in seiner Geltendmachung auch nur zu erschweren. Wenn die Arbeitnehmerin angesichts dessen glaubte, nach ihrem anderweitigen auswärtigen Arbeitseinsatz nicht einmal auf das Gesprächsangebot ihres Arbeitgebers eingehen zu müssen, sind die rechtlichen – im übrigen auch die außerrechtlichen – Maßstäbe offensichtlich doch verlorengegangen. Es ist bedauerlich, daß sie auch vom LAG nicht zurechtgerückt wurden.

Prof. Dr. Herbert Buchner, Augsburg