

LANDESARBEITSGERICHT NÜRNBERG

3 Sa 758/12

2 Ca 1383/11

(Arbeitsgericht Bamberg)

Datum: 06.12.2013

Rechtsvorschriften: § 626 Abs. 1 BGB

Leitsatz:

Es kann ein wichtiger Grund i. S. von § 626 Abs. 1 BGB sein, wenn der Arbeitnehmer unter Vorlage eines ärztlichen Attestes der Arbeit fern bleibt und sich Entgeltfortzahlung gewähren lässt, obwohl es sich in Wahrheit nur um eine vorgetäuschte Krankheit handelt.

Urteil:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Bamberg vom 19.10.2012, Az.: 2 Ca 1383/11 wird auf Kosten des Rechtsmittelführers zurückgewiesen.
2. Die Revision wird nicht zugelassen

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit von drei Kündigungen sowie über Annehmeverzugslohnansprüche.

Der Kläger ist bei der Beklagten seit 21.12.1988 beschäftigt. Er wurde zuletzt als Lagermitarbeiter eingesetzt. Sein erzielttes Bruttomonatseinkommen beläuft sich auf EUR 2.410,86.

Mit Schreiben vom 30.11.2011 (Anlage K1) kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung. Mit einem weiteren Schreiben vom 30.11.2011 (Anlage K2) kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis höchstvorsorglich fristgerecht zum 31.01.2012. Mit Schreiben vom 22.12.2011 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis höchstvorsorglich fristgerecht zum 31.07.2012.

Der Kläger hat sich am 17.11.2011 telefonisch für den 17.11.2011 und 18.11.2011 krank gemeldet. Er hat auch eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorgelegt. Am späten Nachmittag des 18.11.2011 hat der Kläger eine Nebentätigkeit bei der Fa. K... verrichtet.

Der Kläger hat erstinstanzlich vorgetragen, er habe am frühen Morgen des 17.11.2011 über Bauchschmerzen, Unwohlsein, Schwäche und leichten Durchfall geklagt. Deshalb habe er sich in aller Frühe am 17.11.2011 bei der Beklagten arbeitsunfähig gemeldet. Der von ihm am gleichen Tage aufgesuchte Arzt habe nach ärztlicher Untersuchung eine leichte Magen-Darm-Grippe diagnostiziert. Er habe Tabletten verschrieben und den Kläger für den 17. und 18.11.2011 krank geschrieben. Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sei unverzüglich der Beklagten zur Vorlage gebracht worden. Nach Einnahme der Tabletten und nach ganztägiger Ruhe am 17.11.2011 habe er sich im Laufe des Vormittags des 18.11.2011 wieder fit gefühlt. Er habe deshalb am 18.11.2011 gegen 12 Uhr seinen Vorgesetzten telefonisch davon in Kenntnis gesetzt, dass es ihm wieder besser gehe und er wie geplant am 19.11.2011 wieder arbeiten könne. Er habe jedoch von seinem Vorgesetzten die Mitteilung erhalten, dass er am 19.11.2011 nicht zur Arbeit kommen müsse, da ein Ersatz für ihn besorgt worden sei. Wegen seiner erkennbaren Wiedergenesung im Laufe des Vormittags des 18.11.2011 habe er keine Probleme gesehen, am späten Nachmittag seiner Nebentätigkeit bei der Fa. K... nachzugehen. Es sei bei der Fa. K... am 18.11.2011 ein Arbeitseinsatz von 17.00 Uhr bis 20.00 Uhr geplant gewesen. Die falsche Erklärung zu seiner Nebentätigkeit habe er aus Angst vor einem Verbot durch die Beklagte abgegeben. Er sei aus finanziellen Gründen auf den Verdienst einer Nebentätigkeit angewiesen.

Der Kläger hält daher, soweit die Beklagte die Kündigung auf diese Gründe stützt, den Ausspruch der Kündigungen für unwirksam.

Des Weiteren verlangt der Kläger unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs Lohnfortzahlung für die Monate Dezember 2011 bis einschließlich Juni 2012 unter Berücksichtigung des in diesem Zeitraum bezogenen Arbeitslosengeldes.

Der Kläger hat daher erstinstanzlich folgende Anträge gestellt:

1. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 30.11.2011 nicht beendet wird.
2. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auch nicht durch die hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 30.11.2011 beendet wird.
3. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auch nicht durch die höchst vorsorgliche ordentliche Kündigung der Beklagten vom 22.12.2011 beendet wird.
4. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern sowohl über den 30.11.2011 als auch über den 31.01.2012 als auch über den 31.07.2012 hinaus unverändert fortbesteht.
5. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 2.410,86 brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.01.2012 abzüglich erhaltenes Arbeitslosengeld in Höhe von € 925,80 netto zu bezahlen.
6. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 2.410,86 brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.02.2012 abzüglich erhaltenes Arbeitslosengeld in Höhe von € 925,80 netto zu bezahlen.
7. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 2.410,86 brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.03.2012 abzüglich erhaltenes Arbeitslosengeld in Höhe von € 925,80 netto zu bezahlen.
8. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 2.410,86 brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.04.2012 abzüglich erhaltenes Arbeitslosengeld in Höhe von € 925,80 netto zu bezahlen.
9. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 2.410,86 brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.05.2012 abzüglich erhaltenes Arbeitslosengeld in Höhe von € 925,80 netto zu bezahlen.

10. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 2.410,86 brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.06.2012 abzüglich erhaltenes Arbeitslosengeld in Höhe von € 649,80 netto zu bezahlen.
11. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 2.410,86 brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.07.2012 abzüglich erhaltenes Arbeitslosengeld in Höhe von € 925,80 netto zu bezahlen.

Demgegenüber hat die Beklagte beantragt, diese Anträge abzuweisen.

Sie erklärt, der Kläger habe sich am 17.11.2011 telefonisch für den 17.11.2011 und 18.11.2011 krank gemeldet. Er habe insoweit auch eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorgelegt. Am 21.11.2011 sei der Lagerleiter in Kenntnis gesetzt worden, dass der Kläger am 18.11.2011 in der Getränkeabteilung der Fa. K... in B... gearbeitet habe. Er habe Kisten aufgeschichtet und auch einen Hubwagen mit einer Palette Getränke bewegt. Er habe daher die Firmenkleidung der Fa. K... getragen. In einem mit ihm geführten Personalgespräch am 28.11.2011 habe der Kläger die eingangs gestellte Frage, ob er einer Nebentätigkeit bei der Fa. K... nachgehen werde, verneint. Als er damit konfrontiert worden sei, dass er am 18.11.2011 in der Getränkeabteilung der Fa. K... gesehen worden sei, habe er eingeräumt, schon seit dem Jahre 1998 einer bezahlten Nebentätigkeit nachzugehen. Auf die Frage, wie es sein könne, dass er sich für den 18.11.2011 bei der Beklagten als arbeitsunfähig krank gemeldet habe, er aber dann an diesem Tag gleichwohl eine Tätigkeit bei der Fa. K... verrichtet habe, habe er ausgeführt, dass er am 18.11.2011 Magen- und Darmprobleme gehabt habe und er nur am Vormittag des 18.11.2011 arbeitsunfähig erkrankt gewesen sei. Am 18.11.2011 habe er gegen Mittag beim Teamleiter angerufen und erklärt, dass er am Samstag, den 19.11.2011 wieder arbeitsfähig sei. Am 18.11.2011 sei er dann von 8 Uhr bis 14 Uhr bei der Beklagten eingeteilt gewesen. Es existiere zumindest der Verdacht der Vortäuschung einer Arbeitsunfähigkeit. Zumindes habe der Kläger hinsichtlich seiner Nebentätigkeit wahrheitswidrige Angaben gemacht.

Das Arbeitsgericht Bamberg hat mit Urteil vom 19.11.2012 den Anträgen des Klägers im vollen Umfang stattgegeben. Es war der Auffassung, dass dem Kläger die Vortäuschung

einer Arbeitsunfähigkeit nicht vorgeworfen werden könne. Auch der Verdacht einer Vortäuschung sei nicht gerechtfertigt. Es hätten keine Hindernisse bestanden, der Nebentätigkeit bei der Fa. K... ab 17 Uhr des 18.11.2011 nachzugehen. Es sei nicht ansatzweise in Frage zu stellen, dass der Kläger am 17.11.2011 bis einschließlich gegen Mittag des 18.11.2011 tatsächlich arbeitsunfähig erkrankt war. Eine Argumentation, der Kläger hätte dann von Mittag, des 18.11.2011 bis 14 Uhr des 18.11.2011 auch bei der Beklagten eine Tätigkeit aufnehmen können, sei schlicht und einfach lebensfremd. Es könne nicht erwartet werden, dass der Kläger gegen 12 Uhr bei der Beklagten erscheint und sinngemäß äußert, er möchte jetzt die letzten zwei Stunden und die letzte halbe Stunde seine Arbeit verbringen.

Im Übrigen wird wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des Endurteils vom 19.10.2012 (Bl. 150 bis 165 d.A.) verwiesen.

Das Urteil des Arbeitsgerichts Bamberg vom 19.11.2012 ist der Beklagten am 27.12.2012 zugestellt worden. Die Berufungsschrift vom 29.12.2012 ist beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am 31.12.2012 eingegangen. Die Berufung wurde nach verlängerter Berufungsbegründungsfrist am 27.03.2013 begründet.

Der Berufungskläger meint, die pauschalen Ausführungen des Erstgerichts stellten keine hinreichende Würdigung und Auseinandersetzung der von der Beklagten dargelegten und unter Beweis gestellten Kündigungsumstände dar.

Die Beklagte verkenne nicht, dass sie für die Kündigungsgründe darlegungs- und beweissbelastet sei. Vorliegend müsse jedoch der Umstand berücksichtigt werden, dass der Kläger sich zur Begründung seiner Arbeitsunfähigkeit auf die streitgegenständliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, die ihm Arbeitsunfähigkeit für den 17.11.2011 und 18.11.2011 bescheinige, bezogen habe. Diese Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sei zeitlich unteilbar. Sie bescheinige Arbeitsunfähigkeit des gesamten Tages des 18.11.2011. Aufgrund der unstreitigen Tätigkeit des Klägers an jenem Tag bei der Fa. K... sei somit der gesamte Beweiswert dieser Bescheinigung vernichtet. Somit habe der Kläger seine Behauptung, er sei am Mittag des 18.11.2011 wieder gesundet, im Rahmen der insoweit eingreifenden

abgestuften Darlegungs- und Beweislast konkretisieren müssen. Er hätte nachvollziehbare, konkrete weitere Tatsachen vortragen und auch beweisen müssen, weshalb er angeblich am Morgen des 18.11.2011 gerade während der Zeit, in welcher er bei der Beklagten an diesem Tag zur Arbeit vor seiner Erkrankung eingeteilt war, noch arbeitsunfähig war, aber keine drei Stunden später wieder voll genesen und arbeitsfähig gewesen sein wolle. Dazu zähle u.a. auch der Vortrag, welche angeblichen Krankheitssymptome der Kläger bis Mittag des 18.11.2011 noch verspürt haben wolle, ab spätestens 17 Uhr aber nicht mehr. Nicht nachvollziehbar sei auch die Folgerung des Erstgerichts, eine etwaige Argumentation, der Kläger habe dann von Mittag des 18.11.2011 bis 14.00 Uhr des 18.11.2011 auch bei der Beklagten seine Tätigkeit aufnehmen können, sei nach Auffassung der erkennenden Kammer schlicht und einfach lebensfremd. Das genaue Gegenteil sei richtig. Ein solches Verhalten sei entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts **nicht** lebensfremd, sondern vielmehr auch rechtlich in jeder Hinsicht geboten gewesen. Jeder Arbeitnehmer sei verpflichtet, die Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit unverzüglich dem Arbeitgeber anzuzeigen.

Die Berufungsklägerin stellt daher folgende Anträge:

Das Urteil des Arbeitsgerichts Bamberg vom 19.11.2012 zu Aktenzeichen 2 Ca 1383/11 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Demgegenüber beantragt der Kläger und Berufungsbeklagte:

1. Die Berufung der Beklagten und Berufungsklägerin gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Bamberg vom 19.11.2012, Aktenzeichen 2 Ca 1383/11, wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte und Berufungsklägerin trägt auch die weiteren Kosten des Rechtsstreits.

Der Kläger verteidigt das erstinstanzliche Urteil vollumfänglich gegen die Berufungsangriffe der Beklagten. Er erklärt, das Erstgericht sei völlig zu Recht zu der Auffassung gelangt, dass es der Beklagten eben nicht gelungen sei, darzulegen und zu beweisen, dass der Kläger gegenüber der Beklagten eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit lediglich vor-

getäuscht habe. Entgegen der Auffassung der Beklagten treffe nicht den Kläger die Darlegungs- und Beweislast dahingehend, wie sein Krankheitsverlauf war. Unabhängig davon habe der Kläger dementsprechendes sogar substantiiert und unter Beweistritt dargestellt. Dem Kläger erschließe sich auch nicht, weshalb die Beklagte, was die Arbeitszeit des Klägers für den 18.11.2011 anbelangt, wiederum unrichtig vorträgt. Der Kläger habe an diesem Tag seine Arbeitszeit von 4 Uhr bis 12.30 Uhr verrichten müssen, nicht von 8 Uhr bis 14 Uhr. Es sei auch daher nicht verwunderlich, dass der Vorgesetzte des Klägers, Herr S..., den Kläger am 18.11.2011 um 12 Uhr, als er bei Herrn S... seine Wiedergenesung mitteilte, ihn für diesen Tag nicht mehr zur Arbeit eingeteilt habe. Die Arbeitszeit des Klägers habe an diesem Tag wenige Minuten nach dem Telefonat bereits geendet. Der Kläger habe anlässlich des Telefonats mit Herrn S... auch nicht mitgeteilt, dass er für den darauf folgenden Arbeitstag wieder arbeitsfähig wäre. Der Kläger habe nichts anderes getan, als Herr S... am 18.11.2011 gegen 12 Uhr mitgeteilt, dass es ihm wieder besser gehen würde, dass er sich wieder besser fühle und deshalb wieder, wie geplant, am darauf folgenden Samstag arbeiten könne. Der Kläger sei allerdings von Herrn S... damit konfrontiert worden, dass er trotz Wiedergenesung am morgigen Samstag nicht arbeiten müsse. Für den Kläger sei damit das Thema erledigt gewesen. Die streitgegenständlichen Kündigungen seien auch deshalb unwirksam, weil die Beklagte den Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigungen nicht umfassend angehört hatte.

Wegen den weiteren Einzelheiten des beiderseitigen Parteivorbringens im Berufungsverfahren wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bamberg vom 19.10.2012 ist zulässig. Sie ist gemäß §§ 511 ZPO, 64 Abs. 2 ArbGG statthaft und wurde form- und fristgerecht eingelegt und begründet (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 518, 519 ZPO).

- 8 -

II.

Die zulässige Berufung ist sachlich ohne Erfolg. Die Ausführungen in den Entscheidungsgründen sind zutreffend dargestellt, so dass gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG Bezug genommen werden kann. Im Hinblick auf das Berufungsvorbringen der Berufungsklägerin sind folgende ergänzende Ausführungen veranlasst:

Die von der Beklagten ausgesprochenen Kündigungen sind unwirksam.

Im vorliegenden Fall war über eine fristlose und hilfsweise ordentliche erklärte Kündigung vom 30.11.2011 und über eine weitere ordentliche Kündigung vom 22.12.2011 zu entscheiden.

Alle drei Kündigungen wurden mit identischen Sachverhalten begründet. Im Wesentlichen geht es um den Vorwurf, der Kläger habe während der attestierten Arbeitsunfähigkeit im Zeitraum 17.11.2011 bis 18.11.2011, am 18.11.2011 spätestens ab 17 Uhr in der Getränkeabteilung der Fa. K... im B... eine ungenehmigte Nebentätigkeit ausgeübt.

Aufgrund des Personalgesprächs vom 28.11.2011 sei eine fristlose Verdachtskündigung, welche am 30.11.2011 ausgesprochen wurde, zulässig, zumindest könne eine ordentliche Kündigung ausgesprochen werden.

Gemäß § 626 Abs. 2 BGB ist eine fristlose Kündigung möglich, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Ein wichtiger Grund ist dann gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, die unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile dem Kündigenden die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar machen. Das BAG geht bei der Prüfung der Voraussetzungen davon aus, ob die Tatsachen überhaupt geeignet sind:

1. Einen wichtigen Grund zu bilden.
2. Ob im Rahmen der Zumutbarkeit alle Umstände des Einzelfalles bei den Interessen berücksichtigt und widerspruchsfrei gewürdigt worden sind.

Für das Vorliegen eines objektiven Elements des wichtigen Grundes ist entscheidend, ob Tatsachen vorliegen, die das Arbeitsverhältnis mit dem Gewicht eines wichtigen Grundes belasten. Ist ein Sachverhalt an sich geeignet, einen wichtigen Grund zur Kündigung abzugeben, hat die Interessenabwägung stattzufinden. Auch hier haben sich in der Rechtsprechung allgemeine Grundsätze herausgebildet. In die Zumutbarkeitsprüfung sind alle Umstände einzubeziehen (BAG AP Nr. 81 zu § 626 BGB = der Betrieb 1985, 1244 = NJW 1985, 1853 = NZA 1985, 288; NJW 1985, 1853 = NZA 1985, 426).

Der Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung kann einen wichtigen Grund bilden. Eine Verdachtskündigung ist möglich, wenn sich starke Verdachtsmomente auf objektive Tatsachen gründen, die Verdachtsmomente geeignet sind, dass für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstören und der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhaltes unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat (BAG NZA RR 2012, 222 = AP BBG § 626 Verdacht strafbarer Handlung). Der Verdacht muss auf konkrete Tatsachen gestützt sein. Der Verdacht muss ferner dringend sein. Es muss eine große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass er zutrifft (BAG NZA RR 2012, 222; BAG, NZA RR 2011, 15 = AP Kündigungsschutzgesetz 1969 § 15 Nr. 67). Die Umstände, die ihn begründen, dürfen nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht ebenso gut durch ein Geschehen zu erklären sein, dass eine außerordentliche Kündigung nicht zu rechtfertigen vermochte. Dabei ist für die arbeitsrechtliche Beurteilung nicht entscheidend, ob das Verhalten, dessen der Arbeitnehmer verdächtigt wird, Straftatbestände erfüllt. Entscheidend sind der Verstoß gegen vertragswidrige Haupt- oder Nebenpflichten und der hiermit verbundene Vertrauensbruch. Auch eine nicht strafbare gleichwohl erhebliche Verletzung der sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Pflichten kann deshalb ein wichtiger Grund im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB sein. Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist eine Kündigung sozial gerechtfertigt, wenn sie durch Gründe, die im Verhalten des Arbeitnehmers liegen, bedingt ist. Sie ist durch solche Gründe bedingt, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten und in der Regel schuldhaft verletzt hat und eine dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten steht (BAG NZA RR 2012, 12 = AP Kündigungsschutzgesetz 1969 § 1 verhaltensbedingte Kündigung Nr. 64 = NZA BGB 2002, § 626 Nr. 37 Rn. 37, BAG Entscheidung vom 21.06.2012 – 2 AZR 694/11, NZA 2013, Seite 199).

Während der Arbeitsunfähigkeit hat der Arbeitnehmer alles zu unterlassen, was seine Genesung verzögern könnte. Verstöße hiergegen berechtigen nach vorheriger Abmahnung die ordentliche Kündigung, in besonders gravierenden Fällen auch ohne vorherige Abmahnung die außerordentliche Kündigung. Wer, obwohl er arbeitsunfähig krank geschrieben ist, den Heilungserfolg dadurch gefährdet, dass er während seiner Krankheitschichtweise einer Vollbeschäftigung, noch dazu zur Nachtzeit nachgeht, zerstört das Vertrauen des Arbeitgebers in seine Redlichkeit. Unerheblich sind dagegen geringfügige Verstöße, wie z.B. das Überschreiten der Ausgehzeiten, kurzer Gaststättenbesuch u.s.w. (vgl. BAG 26.08.1993, AP Nr. 112 zu § 626 BGB = NZA 94, 63). Es kann auch ein wichtiger Grund im Sinne von § 626 BGB zur fristlosen Kündigung sein, wenn der Arbeitnehmer unter Vorlage eines ärztlichen Attestes der Arbeit fern bleibt und sich Entgeltfortzahlung gewähren lässt, obwohl es sich in Wahrheit nur um eine vorgetäuschte Krankheit handelt (BAG Urteil vom 28.08.1993 – AZR 154/93).

In Anwendung dieser Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall ist festzustellen, dass die von der Beklagten vorgetragene Indizien keineswegs ausreichen, um den Vorwurf einer vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit bzw. eines genesungswidrigen Verhaltens im Zusammenhang mit der ausgeübten Nebentätigkeit zu begründen.

Das Landesarbeitsgericht schließt sich der Auffassung des Erstgerichts an, wonach die Einlassung des Klägers nachvollziehbar und damit keine Ausrede ist, wenn er vorträgt, dass er sich ab Mittag des 18.11.2011 trotz attestierter Arbeitsunfähigkeit an diesem Tag wieder wohl gefühlt habe und deshalb einer Nebentätigkeit am Nachmittag nachgehen konnte.

Die Rüge der Beklagten, wonach der Kläger den Genesungsverlauf nicht substantiiert vorgetragen habe, ist unbeachtlich.

Der Kläger hat insoweit bereits erstinstanzlich vorgetragen, dass er am frühen Morgen des 17.11.2011 unter Bauchschmerzen, Unwohlsein, Schwäche und leichtem Durchfall gelitten habe, dass er seinen behandelnden Arzt aufgesucht habe, der bei ihm eine leichte Magen-Darm-Grippe diagnostizierte, ihm ein Medikament verschrieb und eine Arbeits-

unfähigkeit für den 17.11.2011 und 18.11.2011 feststellte. Auch hat der Kläger vorgetragen, dass er sich noch den ganzen Tag schlecht fühlte, allerdings nach medikamentöser Behandlung eine Besserung am darauffolgenden Vormittag festgestellt habe. Insbesondere habe er am 18.11.2011 nicht mehr über Durchfall und Bauchschmerzen klagen müssen. Er habe dann auch den Umstand, dass er sich am Vormittag des 18.11.2011 besser fühlte, zum Anlass genommen, sich telefonisch mit seinem Vorgesetzten in Verbindung zu setzen und ihm die Besserung mitzuteilen. Damit hat der Kläger entgegen der Auffassung der Beklagten sehr wohl seinen Krankheitsverlauf substantiiert unter Beweisantritt dargestellt. Dieser nachvollziehbare Sachvortrag ist auch von der Beklagten nicht zu widerlegen, weshalb er insgesamt als zugestanden galt (§ 138 Abs. 3 ZPO).

Der Kläger hat am 18.11.2011 um 12 Uhr in einem Telefonat Herr S... auch seine Genesung mitgeteilt.

Entgegen der Auffassung der Beklagten war der Kläger auch nicht verpflichtet, am 18.11.2011 in den möglicherweise restlichen zwei Stunden zur Arbeit zu erscheinen.

Das Gericht schließt sich der Auffassung der Beklagten an, wonach eine derartige Forderung lebensfremd ist.

Dagegen konnte der Kläger der Nebentätigkeit bei der Fa. K..., welche im Übrigen erst um 17 Uhr begann, zulässigerweise nachgehen.

Die Ausübung einer Nebentätigkeit kann einem Arbeitnehmer grundsätzlich nicht verboten werden.

Insoweit bedarf es nicht einmal einer Genehmigung.

Dass es sich bei der Nebentätigkeit um eine verbotene Konkurrenztaetigkeit gehandelt hat, wurde von der Beklagten nicht einmal behauptet, geschweige denn unter Beweis gestellt.

Im Übrigen kann der Arbeitgeber grundsätzlich Nebentätigkeiten einem Arbeitnehmer nicht untersagen, da ein derartiges Verbot gegen das grundgesetzliche geschützte Gebot

der Berufsfreiheit verstoßen würde.

Soweit der Kläger die Nebentätigkeit möglicherweise entgegen einer ausdrücklichen Anordnung des Arbeitgebers nicht angezeigt hat, ist diese Verletzung einer Nebenpflicht zu geringfügig, als dass sie den Ausspruch einer fristlosen oder ordentlichen Kündigung rechtfertigen könnte. Insoweit ist auch die Behauptung der Beklagten, wonach der Kläger in dem Personalgespräch am 28.11.2011 eingeräumt habe, dass er seit dem Jahr 1998 eine bezahlte Nebentätigkeit ausübt, für den Ausspruch einer Kündigung völlig irrelevant.

Falls die Beklagte die Kündigung auf die Erklärung des Klägers nach § 21a Arbeitszeitgesetz stützt, hat der Kläger insoweit keine falsche Antwort gegeben.

Denn der Kläger hat bei der Beklagten nicht zu widerlegen vorgetragen, dass er über keinen Staplerschein verfügt und während seiner gesamten Tätigkeit für die Beklagte nie einen Stapler oder ähnliche Transportmittel gefahren ist.

Der Ausspruch der verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung war wegen Verletzung möglicher Nebenpflichten auch schon deswegen nicht begründet, weil es an einer einschlägigen Abmahnung fehlt. Hinzu kommt die lange Betriebszugehörigkeit des Klägers, die seit dem 21.12.1988 besteht. Sie spricht im Rahmen der Interessenabwägung zu Gunsten des Klägers.

Das Gericht hat deshalb im Ergebnis zu Recht festgestellt, dass die ausgesprochenen Kündigungen unwirksam sind.

Darüber hinaus war festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis über den 30.11.2011, über den 31.01.2012 und über den 31.07.2012 hinaus unverändert fortbesteht. Aufgrund der unwirksamen Kündigungen hat die Beklagte dem Kläger auch unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges die eingeklagten Lohnansprüche abzüglich des vom Kläger erhaltenen Arbeitslosengeldes zu bezahlen.

Die vom Kläger angegebene Vergütung abzüglich des erhaltenen Arbeitslosengeldes wurde von der Beklagten der Höhe nach nicht bestritten, weshalb gemäß § 138 Abs. 3

ZPO von der rechnerischen Richtigkeit auszugehen war.

Nach alledem war die Berufung mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Für die Zulassung der Revision besteht kein gesetzlich begründeter Anlass.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben; auf § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Bär
Vorsitzender Richter
am Landesarbeitsgericht

Pfreundner
ehrenamtlicher Richter

Richter
ehrenamtlicher Richter