

## **LANDEsarBEITSGERICHT NÜRNBERG**

**7 Sa 498/13**

4 Ca 94/13

(Arbeitsgericht Weiden)

Datum: 01.07.2014

Rechtsvorschriften: § 626 BGB; § 1 Abs. 2 KSchG

Leitsatz:

Außerordentliche Kündigung wegen genesungswidrigen Verhaltens; Klage abgewiesen.

---

### **Urteil:**

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Weiden vom 11.07.2013 wird kostenpflichtig zurückgewiesen.
2. Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung.

Der Kläger war seit 01.03.2011 bei der Beklagten als Produktionsmitarbeiter beschäftigt. Mit Schreiben vom 11.01.2013 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zum 28.02.2013.

Der Kläger war vom 28.01.2013 bis 09.02.2013 wegen einer Grippe arbeitsunfähig krank geschrieben.

Am 07.02.2013 fand in M... abends eine Faschingsveranstaltung (Weiberfasching) statt.

- 2 -

Es handelt sich dabei um eine Veranstaltung, die im Freien stattfindet. Es herrschte eine Temperatur von minus 5° Celsius. Der Kläger nahm an der Faschingsveranstaltung teil. Dort traf er den Geschäftsführer der Beklagten. Der Geschäftsführer forderte den Kläger auf, am folgenden Tag zur Arbeit zu erscheinen. Der Kläger kam der Aufforderung nicht nach.

In einem Schreiben vom 08.02.2013 wies die Beklagte den Kläger darauf hin, dass seine Teilnahme an der Faschingsveranstaltung ein äußerst unkorrektes Verhalten seinen Kollegen und ihr gegenüber sei und eine fristlose Kündigung nach sich ziehen werde. Unter dem selben Datum kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos.

Der Kläger erhob gegen die Kündigung am 14.02.2013 die vorliegende Klage zum Arbeitsgericht Weiden. Er machte außerdem klageerweiternd Ansprüche für Februar ab 08.02.2013 und Urlaubsabgeltung geltend.

In einem ärztlichen Attest vom 27.02.2013 heißt es:

Herr H... befand sich am 28.01.13 in meiner Praxis zur Behandlung wegen grippalen Infektes mit Husten und Halsschmerzen. Wegen seiner Erkrankung erhielt Herr H... Antibiotika, Schmerz- und Hustenmittel. Arbeitsunfähigkeit wurde zwar ebenfalls attestiert, jedoch wurde Herrn H... keine Bett- oder Liegepflicht empfohlen – das Verlassen des Hauses oder geringe Freizeitbetätigung ohne Kälte/Arbeitsbelastung wurde ihm jedoch nicht untersagt.

Das Arbeitsgericht sprach dem Kläger mit Urteil vom 11.07.2013 682,00 € brutto abzüglich 370,46 € netto zu und wies im Übrigen die Klage ab.

Das Urteil wurde dem Kläger am 03.09.2013 zugestellt.

Der Kläger legte am 02.10.2013 Berufung ein und begründete sie am 04.11.2013.

Der Kläger macht geltend, es fehle an einem vertragswidrigen Verhalten. Er trägt vor, er habe zwei Stunden an der Faschingsveranstaltung teilgenommen. Dabei sei er passend und warm angezogen gewesen. Der zweistündige Aufenthalt mit einem bisweilen erfolgreichen Wechsel zwischen dem Aufenthalt im Freien und in einer Gaststätte sei nicht geeignet gewesen, den weiteren Heilungsprozess zu gefährden. Es sei ihm keine Bettruhe verordnet worden, er habe sich schonen sollen, dies aber gerade zu Beginn der Erkan-

kung.

Der Kläger macht geltend, jedenfalls habe es einer vorherigen Abmahnung bedurft.

Zumindest im Rahmen der Interessenabwägung müsse auch der Umstand berücksichtigt werden, dass er schon vor der Krankschreibung deutlich erkrankt und arbeitsunfähig gewesen sei. Das belege, dass er kein „Blaumacher“ sei.

Der Kläger beantragt:

1. Das Endurteil des Arbeitsgerichts, Az: 4 Ca 94/13, verkündet am 11.07.2013, zugestellt am 03.09.2013, wird dahingehend abgeändert, dass
  - a. festgestellt wird, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 08.02.2013 nicht aufgelöst worden ist, sondern bis zum 28.02.2013 fortbestanden hat.
  - b. Die Beklagte verurteilt wird, an den Kläger 1.624,00 € brutto abzüglich 370,46 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.03.2013 zu bezahlen.
2. Der Beklagte und Berufungsbeklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Die Beklagte beantragt:

- I. Die Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.
- II. Der Berufungskläger trägt auch die weiteren Kosten des Rechtsstreits.

Die Beklagte macht geltend, der Kläger habe durch seinen Besuch der Faschingsveranstaltung bei Minusgraden seine vertragliche Rücksichtnahmepflicht verletzt. Ein solches Verhalten sei genesungsgefährdend. Dieses Verhalten habe der Kläger trotz Anwesenheit seines Arbeitgebers fortgesetzt.

Gemäß Beschluss vom 25.02.2014 (Bl. 149/150 d.A.) bzw. 10.03.2014 (Bl. 160 d.A.) ist Herr G... H... uneidlich als (sachverständiger) Zeuge vernommen worden. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die schriftliche Aussage vom 18.03.2014 Bezug genommen (Bl. 162/163 d.A.).

### **Entscheidungsgründe:**

Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft, § 64 Absatz 1 und Absatz 2 c) ArbGG, sowie form- und fristgerecht eingelegt worden, § 66 Absatz 1 Satz 1 und 2 ArbGG.

Die Berufung ist nicht begründet.

Die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 08.02.2013 hat das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien mit sofortiger Wirkung beendet. Zwar wäre das Arbeitsverhältnis aufgrund der Kündigung des Klägers ohnehin zum 28.02.2013 beendet worden. Es liegen indes Umstände vor, die eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Parteien auch nur bis zu diesem Zeitpunkt als für die Beklagte unzumutbar erscheinen lassen, § 626 Absatz 1 BGB.

Eine schwere, insbesondere schuldhaftige Vertragspflichtverletzung kann die außerordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund rechtfertigen.

Eine Verletzung der Hauptleistungspflicht liegt hier allerdings nicht vor. Der Kläger war nicht verpflichtet, am 08.02.2013 die Arbeit wieder aufzunehmen.

Der Arbeitnehmer ist möglicherweise berechtigt, jedenfalls aber nicht verpflichtet, die Arbeit zu einem Zeitpunkt vor Ablauf der ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit wieder aufzunehmen, auch wenn er sich als wieder genesen oder auf dem Weg der Besserung betrachtet. Die vom Arzt prognostizierte Dauer der Arbeitsunfähigkeit berechtigt den Arbeitnehmer, ohne weitere Prüfung, ob weiterhin Arbeitsunfähigkeit besteht, der Arbeit fern zu bleiben.

Ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Absatz 1 BGB kann indes nicht nur in einer erheblichen Verletzung der vertraglichen Hauptleistungspflichten liegen. Auch die erhebliche Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten kann ein wichtiger Grund an sich für eine außerordentliche Kündigung sein. Da die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung die

übliche und regelmäßig auch ausreichende Reaktion auf die Verletzung einer Nebenpflicht ist, bedarf es jedoch wegen des regelmäßig geringeren Gewichts dieser Pflichtverletzung der Feststellung erschwerender Umstände des Einzelfalles, die ausnahmsweise die Würdigung rechtfertigen, dem Arbeitgeber sei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist bzw. bis zum vereinbarten Beendigungszeitpunkt nicht zumutbar gewesen (Bundesarbeitsgericht - Urteil vom 19.04.2007 - 2 AZR 78/06 = AP Nr. 77 zu § 611 BGB Direktionsrecht und ZTR 2007/564).

Der Kläger hat gegen die ihm obliegende Pflicht zur Rücksichtnahme verstoßen, § 241 Absatz 2 BGB. Nach dieser Regelung sind die Parteien eines Vertrags über die Hauptleistungspflichten hinaus gehalten, Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils zu nehmen.

Wie bereits das Erstgericht ausgeführt hat, muss sich ein arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer 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 in diesem Fall insbesondere aus der Verpflichtung zur Entgeltfortzahlung ergeben, Rücksicht zu nehmen. Eine schwerwiegende Verletzung dieser Rücksichtnahmepflicht kann nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund an sich rechtfertigen. Deshalb kann ein pflichtwidriges Verhalten vorliegen, wenn ein Arbeitnehmer bei bescheinigter Arbeitsunfähigkeit den Heilungserfolg durch gesundheitswidriges Verhalten gefährdet. Damit zerstört er insbesondere das Vertrauen des Arbeitgebers in seine Redlichkeit. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer während der Krankheit nebenher bei einem anderen Arbeitgeber arbeitet, sondern kann auch gegeben sein, wenn er Freizeitaktivitäten nachgeht, die mit der Arbeitsunfähigkeit nur schwer in Einklang zu bringen sind (vgl. Bundesarbeitsgericht – Urteil vom 02.03.2006 2 AZR 53/05 = AP Nr. 14 zu § 626 BGB Krankheit und ZTR 2007/105).

Ein solcher Fall ist vorliegend zu bejahen.

Der Kläger hat sich am 07.02.2013 beginnend ab 22:00 Uhr mindestens zwei Stunden bei minus 5 ° Celsius auf dem Weiberfasching in M... aufgehalten. Dass der Kläger die Faschingsveranstaltung besucht hat, ist unstrittig. Der Kläger trägt selbst vor, dass er um

ca. 22:00 Uhr gekommen und zwei Stunden geblieben sei.

Dies war mit der Art seiner Erkrankung nicht zu vereinbaren.

Der Kläger litt, wie sich aus dem Attest vom 27.02.2013 und der schriftlichen Aussage von Herrn H... ergibt, an einem schweren grippalen Infekt. Er war zwar nicht bettlägerig, wurde aber darauf hingewiesen, dass er sich während der Arbeitsunfähigkeit u.a. von körperlichen Belastungen, kühler Umgebung, kalten Getränken und vom Rauchen fernhalten sollte. Erlaubt war das Verlassen des Hauses oder geringe Freizeitbetätigung ohne Kälte.

Trotz dieses ärztlichen Hinweises nahm der Kläger an der Faschingsveranstaltung teil. Dies betraf einen längeren Zeitraum. Der Kläger hat selbst eingeräumt, dass er zwei Stunden auf der Veranstaltung war. Er hat sich dabei durch die Teilnahme an der Veranstaltung weisungswidrig der Kälte ausgesetzt. Die Temperatur betrug an dem Abend minus 5 Grad. Indem er sich, wie er selbst vorträgt, mehrmals in einer Gaststätte aufwärmte, belastete er sich noch zusätzlich durch den Wechsel von warm und kalt. Damit hat der Kläger gegen die ärztliche Anweisung gehandelt, nach der er während der Arbeitsunfähigkeit derartige Belastungen zu meiden hatte.

Dieses Verhalten war objektiv genesungsfeindlich.

Darauf, ob der Kläger wegen der Teilnahme an der Faschingsveranstaltung tatsächlich länger als vorausgesehen wegen des grippalen Infekts arbeitsunfähig war, kommt es nicht an. Insbesondere ist unerheblich, ob die sich anschließende weitere Arbeitsunfähigkeit ausschließlich durch die sturzbedingte Verletzung bedingt war.

Der Kläger bestreitet zwar die Genesungsfeindlichkeit seines Verhaltens. Er ist indes beweispflichtig dafür, dass sein Verstoß gegen die ärztlichen Anweisungen den Genesungsprozess nicht in Gefahr brachte. Das Verhalten, das eindeutig im Widerspruch zu der ärztlichen Anordnung stand, begründet eine (widerlegbare) Vermutung dafür, dass es genesungsfeindlich war und den Heilungsprozess behindern konnte (§ 286 ZPO).

Der Kläger hat nicht nachgewiesen, dass die Teilnahme an der Faschingsveranstaltung den Heilungsprozess nicht beeinträchtigen konnte. Insbesondere hat der als sachverständiger Zeuge benannte und vernommene behandelnde Arzt, Herr H..., diese Aussage des Klägers nicht bestätigt.

Der Zeuge H... hat in seiner schriftlichen Aussage nochmals die von ihm erteilten Anweisungen wiedergegeben. Er hat auch die Vermutung geäußert, dass am 07.02.2013 eine Besserung des Lungen- und grippalen Infekts eingetreten war. Ob der Besuch der Veranstaltung dem Heilungsprozess tatsächlich entgegenstand, ließ sich nach seinem Bekunden im Nachhinein aber nicht mehr feststellen. Dies geht zu Lasten des Klägers.

Nach Auffassung des erkennenden Gerichts hat der Kläger dadurch in schwerwiegender Weise gegen die ihm obliegende Rücksichtnahmepflicht verstoßen.

Eine Abmahnung war vorliegend nicht erforderlich.

Beruhet die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist allerdings grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Ordentliche und außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus. Einer solchen bedarf es nach Maßgabe des auch in § 314 Absatz 2 iVm. § 323 Absatz 2 BGB zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten steht, oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – ausgeschlossen ist (vgl. Bundesarbeitsgericht – Urteil vom 25.10.2012 – 2 AZR 495/11 = AP Nr. 239 zu § 626 BGB und NZA 2013/319).

Gemessen an diesen Grundsätzen war eine Abmahnung vorliegend entbehrlich. Aufgrund des Verhaltens des Klägers am Abend des 07.02.2013 war nicht anzunehmen, dass der Kläger einsichtsfähig sein würde. So hatte er keine Bedenken, trotz seiner Begegnung mit dem Geschäftsführer der Beklagten auf der Veranstaltung zu verbleiben, obwohl ihm die Unvereinbarkeit von Arbeitsunfähigkeit und dem Besuch der Veranstaltung vor Augen geführt wurde. Vielmehr beharrte er auch noch im Prozess darauf, dass die Krankschreibung der Teilnahme an der Faschingsveranstaltung nicht entgegen stand.

Schließlich führt auch die vorzunehmende Interessenabwägung nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. Insoweit folgt das erkennende Gericht zunächst den zutreffenden Ausführungen

rungen des Erstgerichts, § 69 Absatz 2 ArbGG. Ergänzend ist auszuführen, dass sich der Kläger nicht darauf berufen kann, er sei schon vor der Krankschreibung deutlich erkrankt und arbeitsunfähig gewesen und habe gleichwohl gearbeitet. Das belege, dass er kein „Blaumacher“ sei. Es geht indes nicht darum, dass der Kläger tatsächlich nicht erkrankt gewesen sei. Vielmehr liegt der Vorwurf darin, dass der Kläger an einer schweren Grippe erkrankt war und sich gesundheitswidrig verhielt. Dass er nicht bereits früher zu Hause blieb, stellt eine überobligatorische Pflichterfüllung dar. Insoweit findet indes eine „Aufrechnung“ nicht statt.

Da das Arbeitsverhältnis somit durch die außerordentliche Kündigung beendet worden ist, stehen dem Kläger über die vom Erstgericht zugesprochenen Ansprüche hinaus keine weiteren Forderungen mehr zu.

Die Berufung war daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Absatz 1 ZPO.

Für die Zulassung der Revision ist ein gesetzlicher Grund nicht gegeben, § 72 Absatz 2 ArbGG.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

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

Weißenfels  
Vorsitzende Richterin  
am Landesarbeitsgericht

Dr. Schmölz  
ehrenamtliche Richterin

Winnerlein  
ehrenamtlicher Richter