

Az.: 16 Ca 2864/18



ARBEITSGERICHT KÖLN
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL
In dem Rechtsstreit

Verkündet am 10.07.2018

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

☐ Zurückgehe	☐ Wiedervorlage	
DGB Rechtsschutz GmbH Büro Köln		
13. Nov. 2018		
Erläutert	Fristen + Termine	Beantwortet
.....		

Klägerin

Prozessbevollmächtigte

DGB Rechtsschutz GmbH, handelnd durch ihre Rechtsschutzsekretäre Sabine Lorenz u. a., als mit der Prozessvertretung beauftragte Vertreter, Hans-Böckler-Platz 1, 50672 Köln

g e g e n

hat die 16. Kammer des Arbeitsgerichts Köln
auf die mündliche Verhandlung vom 10.07.2018
durch den Richter am Arbeitsgericht als Vorsitzenden
sowie den ehrenamtlichen

für Recht erkannt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 20.04.2018 nicht beendet wird.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

3. Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu $\frac{1}{4}$ und die Beklagte zu $\frac{3}{4}$.

4. Streitwert: 6.847,88 Euro

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer von der Beklagten mit einer vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit begründeten fristgerechten Kündigung.

Die am 23.08.1958 geborene, ledige Klägerin ist seit 28.02.1989 als Rotationsmitarbeiterin in dem Restaurant beschäftigt, das der Beklagte im Jahre 2008 im Wege des Betriebsübergangs übernahm. Sie erhielt zuletzt einen Stundenlohn von 10,13 € brutto bei einer 39-Stunden-Woche. In dem Betrieb werden regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer vollzeitig beschäftigt.

Nach einer vorangegangenen Abmahnung vom 16.09.2014 wegen Arbeitsverweigerung und respektlosen Verhaltens mahnte die Beklagte die Klägerin mit Schreiben vom 19.04.2018 ab, weil sie sich am 16.04.2018 über eine Weisung der Schichtführerin im wütenden Ton beschwert und anschließend „mit großer Wucht ein Tablett auf den Boden fallen“ gelassen habe. Mit ärztlicher Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ihres Hausarztes vom 20.04.2018 wurde der Klägerin eine Arbeitsunfähigkeit vom 20.04.2018 bis 30.04.2018 attestiert.

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 20.04.2018, das der Klägerin am selben Tag zugeing, zum 30.09.2018. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer am 26.04.2018 bei Gericht eingegangenen Kündigungsschutzklage. Bis zur letzten mündlichen Verhandlung am 10.07.2018 war die Klägerin weiterhin durchgehend arbeitsunfähig krankgeschrieben. In der mündlichen Verhandlung erklärte die Klägerin, sie könne noch nicht sagen, wann ihre Arbeitsunfähigkeit enden werde.

Die Klägerin hält die Kündigung für sozial ungerechtfertigt. Sie habe am 16.04.2018 das Tablett nicht hingeworfen; es sei ihr einfach hingefallen. Auch habe sie am 20.04.2018 keine Arbeitsunfähigkeit vorgetäuscht. Vielmehr sei sie tatsächlich arbeitsunfähig erkrankt gewesen. Die Beklagte habe auch keine hinreichenden Indizien vortragen, die den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeit erschütterten.

Die Klägerin beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 20.04.2018 nicht beendet wird;
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern auf unbestimmte Zeit fortbesteht;
3. im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. und/oder zu 2. die Beklagte zu verurteilen, sie bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahren zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Rotationsmitarbeiterin weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie behauptet, die Klägerin habe die Arbeitsunfähigkeit ab 20.04.2018 nur vorge täuscht. In Wirklichkeit sei sie nicht arbeitsunfähig erkrankt. Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen hätten ohnehin keinen hohen Beweiswert, wie das LAG München in einer Entscheidung aus dem Jahre 1989 bereits festgestellt habe. Der Beweiswert der von der Klägerin vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen werde zudem dadurch erschüttert, dass die Bescheinigung vom 20.04.2018 am Tag nach Erhalt der Abmahnung vom 19.04.2018 ausgestellt worden sei. Außerdem habe die Klägerin für

die Zeit vom 05.05. bis 27.05.2018 eine erneute Erstbescheinigung vom 04.05.2018 vorgelegt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Akteninhalt Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Kündigungsschutzklage ist begründet, der allgemeine Feststellungsantrag unzulässig und der Weiterbeschäftigungsantrag zurzeit unbegründet.

Der Klageantrag zu 1. ist begründet, denn die streitgegenständliche Kündigung beendet das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht.

Die Klägerin genießt nach der Größe des Betriebs der Beklagten und der Dauer ihrer Betriebszugehörigkeit den Schutz des Kündigungsschutzgesetzes. Sie hat ihre Kündigungsschutzklage fristgerecht innerhalb der Dreiwochenfrist des § 4 Satz 1 KSchG erhoben.

Die streitgegenständliche Kündigung beendet das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht, sie ist rechtsunwirksam, weil sie sozial ungerechtfertigt ist (§ 1 Abs. 1 KSchG). Insbesondere ist sie nicht im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG durch Gründe im Verhalten der Klägerin bedingt.

Zwar kann das Vortäuschen von Arbeitsunfähigkeit an sich sogar einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB darstellen, wenn der Arbeitnehmer unter Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung der Arbeit fern bleibt und sich Entgeltfortzahlung gewähren lässt, obwohl es sich in Wahrheit nur um eine vorgetäuschte Krankheit handelt (LAG Köln, Urteil vom 07.07.2017 - 4 Sa 936/16 - BeckRS 2017, 121232 Rn 39 m.w.N.). Denn der Arbeitnehmer, der in Wirk-

lichkeit nicht arbeitsunfähig krank ist, aber dem Arbeitgeber eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegt, begeht regelmäßig einen (versuchten) Betrug gegenüber dem Arbeitgeber, indem er ihn unter Vortäuschung falscher Tatsachen dazu veranlassen will, ihm unberechtigtweise die Vergütung fortzuzahlen (BAG, Urteil vom 17.06.2003, AP Nr. 13 zu § 543 ZPO 1977 unter II 2 a) der Gründe m.w.N.). Doch hat die Klägerin ihre Arbeitsunfähigkeit ab 20.04.2018 nicht vorgetäuscht. dies steht auf Grund der von ihr vorgelegten, ordnungsgemäßen ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen fest.

Der kündigende Arbeitgeber ist darlegungs- und beweispflichtig für alle Umstände des wichtigen Grundes im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB bzw. des verhaltensbedingten Grundes nach § 1 Abs. 2 KSchG (§ 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG). Ihn trifft die Darlegungs- und Beweislast auch für diejenigen Tatsachen, die einen vom Gekündigten behaupteten Rechtfertigungsgrund ausschließen. Deshalb obliegt dem Arbeitgeber nicht nur der Nachweis für das Fehlen des Arbeitnehmers. Er muss auch darlegen, dass der Arbeitnehmer unentschuldigt gefehlt hat und die vom Arbeitnehmer behauptete Krankheit nicht vorliegt (BAG, Urteil vom 17.06.2003, AP Nr. 13 zu § 543 ZPO 1977 unter II 2 b aa) der Gründe m.w.N.).

Legt der Arbeitnehmer ein ärztliches Attest vor, so begründet dieses regelmäßig den Beweis für die Tatsache einer Arbeitsunfähigkeit. Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG hat der Arbeitnehmer eine Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtlicher Dauer vorzulegen, wenn die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Tage dauert. Ein solches Attest hat einen hohen Beweiswert. Es ist der gesetzlich vorgesehene und wichtigste Beweis für die Tatsache der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit. Bezweifelt der Arbeitgeber die attestierte Arbeitsunfähigkeit, beruft er sich insbesondere darauf, der Arbeitnehmer habe den die Bescheinigung ausstellenden Arzt durch Simulation getäuscht oder der Arzt habe den Begriff der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit verkannt, muss er die Umstände, die gegen die Arbeitsunfähigkeit sprechen, näher darlegen und notfalls beweisen, um die Beweiskraft des Attestes zu erschüttern (BAG, Urteil vom 17.06.2003, AP Nr. 13 zu § 543 ZPO 1977 unter II 2 b bb) der Gründe).

Nach der ganz vorherrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum kommt der von einem Arzt ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ein hoher Beweiswert zu. Eine solche Bescheinigung hat die tatsächliche Vermutung der Richtigkeit für sich, so dass durch deren Vorlage zunächst einmal der Nachweis der Arbeitsunfähigkeit geführt ist (BAG, Urteil vom 11.08.1976, AP Nr. 2 zu § 3 LohnFG unter II 2 a) der Gründe; Urteil vom 15.07.1992, AP Nr. 98 zu § 1 LohnFG unter II. der Gründe; Urteil vom 26.10.2016, NZA 2017, 240, 241 Rn 17; LAG Köln, Urteil vom 16.06.1989, BB 1989, 2048; Urteil vom 19.08.1990, LAGE § 616 BGB Nr. 6 unter 1. der Gründe; LAG München, 2. Kammer, Urteil vom 05.04.1991, LAGE § 3 LohnFG Nr. 10; LAG Berlin, Urteil vom 27.05.1991, LAGE § 3 LohnFG Nr. 12; Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge: EFZG-Kommentar, 5. Auflage Köln 2000, § 5 EFZG Rn 52 m.w.N.; Schmitt: EFZG, 8. Auflage München 2018, § 5 EFZG Rn 105 ff. m.w.N.).

Demgegenüber wird vereinzelt die Ansicht vertreten, ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen komme kein nennenswerter Beweiswert zu (LAG München, Urteil der 2. Kammer vom 29.11.1988, LAGE § 3 LohnFG Nr. 3; Urteile der 5. Kammer vom 09.11.1988, LAGE § 63 HGB Nr. 8 unter 2. der Gründe und vom 27.03.1991, LAGE § 3 LohnFG Nr. 9 unter 1. der Gründe).

Das erkennende Gericht schließt sich in dieser Frage der herrschenden Meinung aus folgenden Erwägungen an:

Die Gegenansicht, auf die sich auch die Beklagte beruft, ist mit der gesetzlichen Regelung der Entgeltfortzahlung nicht vereinbar. §§ 3 und 5 EFZG ist die normative Wertung zu entnehmen, dass der Arbeitgeber die Lohnfortzahlung nach Vorlage einer ordnungsgemäß ausgefüllten, ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht mehr unter Berufung auf ein bloßes Bestreiten der Arbeitsunfähigkeit verweigern dürfen soll, sondern dass diese Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung das für den Arbeitnehmer grundsätzlich erforderliche, aber auch ausreichende Beweismittel für seinen Entgeltfortzahlungsanspruch darstellt (so schon zu §§ 3, 5 LohnFG: BAG, Urteil vom 15.07.1992, AP Nr. 98 zu § 1 LohnFG unter II 1. der Gründe). Aus dieser gesetzlichen Regelung ist erkennbar, dass der Gesetzgeber nach der Lebenserfahrung die vom Arzt ausgestellte Bescheinigung als den auf der ärztlichen Sachkunde beruhenden

Nachweis der Arbeitsunfähigkeit wertet. Diese Wertung kommt auch in § 46 Satz 1 Nr. 2 SGB V zum Ausdruck.

Der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für den Regelfall ihren hohen Beweiswert abzusprechen, ist auch nicht aus Gründen der Missbrauchsbekämpfung geboten. Zum einen haben der Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen in der Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie vom 03.09.1991 (RdA 1992, 208 ff.) die Pflichten des Arztes und seine Verantwortung bei der Feststellung einer Arbeitsunfähigkeit eingehend festgelegt (BAG, Urteil vom 15.07.1992, AP Nr. 98 zu § 1 LohnFG unter II 2. der Gründe). Zum anderen ist der Arbeitgeber auch nach der herrschenden Auffassung Missbrauchsfällen nicht schutzlos ausgesetzt. Er hat vielmehr bei einem konkreten Missbrauchsverdacht die Möglichkeit, im Prozess Tatsachen vorzutragen, die zu ernsthaften und begründeten Zweifeln an der attestierten Arbeitsunfähigkeit Anlass geben und damit geeignet sind, den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu erschüttern (BAG, Urteil vom 15.07.1992, AP Nr. 98 zu § 1 LohnFG unter II 1. der Gründe; LAG Köln, Urteil vom 19.08.1990, LAGE § 616 BGB Nr. 6 unter 1. der Gründe).

Die Beklagte hat mit ihrem Vorbringen den Beweiswert der ihr vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nicht erschüttert. Dass die attestierte Arbeitsunfähigkeit einen Tag nach der Abmahnung vom 19.04.2018 beginnt, spricht nicht gegen den Beweiswert der ärztlichen Bescheinigung. Dass eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit von heute auf morgen auftreten kann, entspricht allgemeiner Lebenserfahrung. Deshalb vermag der Umstand, dass eine attestierte Arbeitsunfähigkeit am ersten Tag nach Ausspruch einer Kündigung beginnt, keine Zweifel an dem Beweiswert einer ärztlichen Bescheinigung zu begründen (LAG Hamm, Urteil vom 09.04.1975, EEK I/466 unter II. der Gründe; Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge: EFZG-Kommentar, 5. Auflage Köln 2000, § 5 EFZG Rn 63). Nichts anderes gilt, wenn sie am ersten Tag nach einer Abmahnung beginnt.

Auch der Umstand, dass die Klägerin nacheinander zwei Erstbescheinigungen unterschiedlicher Ärzte vom 30.04.2018 und vom 04.05.2018 vorlegt, ist nicht geeignet, den Beweiswert dieser Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zu erschüttern. Ob eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung als Erstbescheinigung oder als Folgebescheinigung

ausgestellt wird, hängt davon ab, ob die neue Arbeitsunfähigkeitsperiode auf derselben Haupterkrankung beruht wie die vorangegangene. Selbst derselbe Arzt kann zwei aufeinander folgende Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen als Erstbescheinigungen ausstellen, wenn die zweite Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auf einer anderen Krankheitsursache beruht (LAG Köln, Urteil vom 25.06.2015 - 7 Sa 737/14 - juris Rn 41; LAG München, Urteil vom 07.02.2012 – 6 Sa 631/11 – juris Rn 93).

Der Klageantrag zu 2), bei dem es sich nach der ausdrücklichen Klarstellung auf Seite 3 der Klageschrift um einen allgemeinen Feststellungsantrag handelt, ist wegen fehlenden Feststellungsinteresses unzulässig. Die allgemeine Feststellungsklage setzt auch im Kündigungsschutzprozess ein besonderes Feststellungsinteresse i.S.v. § 256 ZPO voraus. Dieses besteht nicht schon deshalb, weil eine bestimmt bezeichnete Kündigung ausgesprochen worden und wegen dieser ein Kündigungsschutzrechtsstreit anhängig ist. Es ist vielmehr erforderlich, dass der klagende Arbeitnehmer durch Tatsachenvortrag weitere streitige Beendigungstatbestände in den Prozess einführt oder wenigstens deren Möglichkeit darstellt und damit belegt, warum dieser, die Klage nach § 4 KSchG erweiternde Antrag zulässig sei, d.h., warum an der - noch dazu alsbaldigen - Feststellung ein rechtliches Interesse bestehen soll (BAG, Urteil vom 13.07.1997, AP Nr. 38 zu § 4 KSchG 1969 unter II 1 b) der Gründe m.w.N.). Die Klägerin hat jedoch keine Tatsachen vorgetragen, aus denen das erforderliche Feststellungsinteresse für den Klageantrag zu 2. hergeleitet werden kann.

Der Klageantrag zu 3. ist zurzeit unbegründet, denn die Beklagte kann die Klägerin zur Zeit nicht beschäftigen, weil die Klägerin im Zeitpunkt der letzten mündliche Verhandlung bereits seit längerem arbeitsunfähig erkrankt war und nicht wusste, wann sie wieder genesen wird. Der Beschäftigungsanspruch ist während der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers nicht erfüllbar (ArbG Köln, Urteil vom 17.01.1995 - 16 Ca 4135/93 - unter 2. der Gründe; Urteil vom 20.12.1996 - 16 Ca 4472/95 - S. 6 f.). Er erlischt wegen Unmöglichkeit der Erfüllung gemäß § 275 BGB, wenn der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt ist (BAG, Urteil vom 09.04.2014, NZA 2014, 719, 720 Rn 15; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 17.11.2016 – 7 Sa 150/16 – BeckRS 2016, 113589 Rn 63), denn dann kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer keine Beschäftigung zuweisen (LAG Hamm, Urteil vom 20.12.2005 – 19 Sa 1375/05 – BeckRS 2006, 40900 unter B II 1.

der Gründe). Die Beschäftigung ist nur bei Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers möglich (LAG Köln, Urteil vom 12.04.2017 – 11 Sa 336/16 – BeckRS 2017, 131300 Rn 19). Das krankheitsbedingte Ruhen der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers wirkt zwangsläufig zurück auf die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers. Die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers ist die Kehrseite der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers (LAG Köln, Urteil vom 11.09.2003 – 6 Sa 798/03 – unter I 2 a) der Gründe). Sie besteht in der Abnahme der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung des Arbeitnehmers (Erman/E-denfeld: Handkommentar zum BGB, 15. Auflage 2017, § 611 Rz. 353). Diese Arbeitsleistung kann die Klägerin wegen ihrer Arbeitsunfähigkeit zur Zeit nicht anbieten. Da außerdem nicht feststeht, wann sie wieder arbeitsfähig wird, scheidet auch eine zeitlich beschränkte Verurteilung zur Beschäftigung der Klägerin aus.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, die Streitwertfestsetzung auf §§ 42 Abs. 2 Satz 1 GKG, 3 ZPO.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von beiden Parteien Berufung eingelegt werden.

Die Berufung muss innerhalb einer Notfrist* von einem Monat schriftlich oder in elektronischer Form beim

Landesarbeitsgericht Köln
Blumenthalstraße 33
50670 Köln
Fax: 0221-7740 356

eingegangen sein.

Die elektronische Form wird durch ein qualifiziert signiertes elektronisches Dokument gewahrt, das nach Maßgabe der Verordnung des Justizministeriums über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Arbeitsgerichten im Lande Nordrhein-Westfalen (ERVVO ArbG) vom 2. Mai 2013 in der jeweils geltenden Fassung in die elektronische Poststelle zu übermitteln ist. Nähere Hinweise zum elektronischen Rechtsverkehr finden Sie auf der Internetseite www.egvp.de.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach dessen Verkündung.

Die Berufungsschrift muss von einem Bevollmächtigten unterzeichnet sein. Als Bevollmächtigte sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

Eine Partei, die als Bevollmächtigte zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

* Eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.