

## Angestelltenlehrgang II

**Basisstudium****Leistungsnachweis im Modul****Personalrecht**

Zeit:	180 Minuten
Hilfsmittel:	TVöD-V, Beck-Texte Arbeitsgesetze, Rechtssammlung Pappermann
Seitenzahl:	3 (einschl. Kalender)

**Sachverhalt:**

Der 43-jährige, verheiratete Balduin B. ist seit dem 01.04.2004 bei der mittleren kreisangehörigen Stadt Waldheim (NRW, rd. 39.000 EW) tätig und seit fünf Jahren als Sachbearbeiter (EG 9 TVöD) im Jugendamt im Bereich der wirtschaftlichen Jugendhilfe eingesetzt.

B. legt im Jugendamt sehr großen Arbeitseifer an den Tag - nur mit der Zeiterfassung nahm er es in letzter Zeit nicht mehr so genau. Er verließ seinen Arbeitsplatz mehrfach schon ab 14 Uhr ohne sich auszustempeln und behauptete, Heimarbeit zu machen („Wann und wo ich arbeite, ist doch egal. Hauptsache, die Ergebnisse stimmen!“). Die Heimarbeit war ihm aber nicht genehmigt worden. Aus diesem Grunde sprach die Bürgermeisterin dem B. gegenüber im Oktober 2012 eine in jeder Hinsicht wirksame Abmahnung wegen der Vortäuschung von Arbeitsleistung aus und drohte ihm im Wiederholungsfalle arbeitsrechtliche Konsequenzen an, insbesondere die Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Gegen die Abmahnung unternahm B. nichts. Er hielt sich danach auch an die Arbeitszeitregelungen. Allerdings verlegte er sein Interesse nun auf den regionalen Arbeitsmarkt, um sich eine andere Stelle zu suchen.

Im März 2013 bewarb er sich bei der benachbarten Gemeinde Forstheim (F.) um die in der regionalen Presse ausgeschriebene Stelle des Standesbeamten, die zum 01.08.2013 neu zu besetzen ist. Da er zu den aussichtsreichen Kandidaten gehörte, wurde B. zu einem Vorstellungsgespräch gebeten. Am 29.04.2013 stellte sich B. in der Gemeinde F. vor und überzeugte die Auswahlkommission dermaßen, dass er den Zuschlag erhielt. Über dieses freudige Ereignis berichtete die Gemeinde F. in einer Pressemitteilung, die am 03.05.2013 in der Tageszeitung erschien. B. war zu diesem Zeitpunkt aufgrund einer Krankschreibung, die für die Zeit vom 25.04.2013 bis zum 03.05.2013 reichte, arbeitsbefreit.

Die Bürgermeisterin der Stadt Waldheim. staunte nicht schlecht, als sie den Artikel mit dem Foto des frisch gebackenen Standesbeamten in spe B. las. Ihr Erstaunen wandelte sich in tiefe Irritation, als sie ihn noch am selben Tag zur Rede stellen woll-

te und von der Krankschreibung des B. erfuhr. Ihre Emotionen verschwanden über das Wochenende nicht, so dass sie den B. am 06.05.2013 zum Gespräch bat. Sie warf ihm angesichts der zweiten Chance, die sie ihm noch im Herbst gegeben hatte, Illloyalität vor („Wie können Sie nur so undankbar sein und sich eine andere Stelle suchen?“). Auch deutete sie an, dass er durch sein Verhalten seine Erkrankung unnötig verlängert habe, und zweifelte letztlich seine Krankschreibung an. B. beendete das sehr emotional geführte Gespräch schnell, erklärte die Hintergründe seiner Erkrankung und verwies noch auf die von ihm vorgelegte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, bevor er das Büro der Bürgermeisterin verließ.

Die Bürgermeisterin entschloss sich, den B. fristlos zu kündigen. Die Anhörung des Personalrats und der Gleichstellungsbeauftragten erfolgte in wirksamer Weise mit Schreiben vom 13.05.2013. Beide erhoben nach ausführlicher Beratung keine Bedenken.

Unter dem 17.05.2013 fertigte das Personalamt das Kündigungsschreiben aus und ließ es von der Bürgermeisterin unterzeichnen. In dem Schreiben wurde das o.g. Verhalten des B. als Kündigungsgrund ausführlich dargestellt und das Arbeitsverhältnis wegen illoyalen Verhaltens und wegen Pflichtwidrigkeit im Zusammenhang mit der Krankschreibung (genesungswidriges Verhalten bzw. hilfsweise Arbeitsverweigerung, da die Arbeitsunfähigkeit nur vorgetäuscht war - was sein öffentlicher Auftritt belege) außerordentlich gekündigt.

Der Personalamtsleiter händigt dem B. die Kündigung am 20.05.2013 aus. Dieser nimmt das Schreiben entgegen und kündigt einen Gang zu seinem Rechtsanwalt Dr. Bissig an.

### **Aufgabe:**

Prüfen Sie gutachterlich in jeder Hinsicht, ob die Kündigung vom 17.05.2013 wirksam ist (ohne Prüfung einer evtl. Umdeutung in eine ordentliche Kündigung).

Viel Erfolg!

### **Bearbeitungshinweis:**

- B. hat während der Arbeitsunfähigkeit vom 25.04.2013 bis zum 03.05.2013 an einer Einschränkung der Bewegungsfähigkeit seines rechten Arms gelitten, die auf einen eingeklemmten Nerv zurückzuführen war. Ärztlicherseits ist ihm nur angeraten worden, den rechten Arm nicht zu belasten.
- B. hat für seine Erkrankung rechtzeitig eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorgelegt. Eine (ärztliche) Prüfung dieser Bescheinigung wurde von der Stadt W. nicht veranlasst.

# Arbeitshilfe – Kalender

◀ Januar 2013		Februar 2013		März 2013		April 2013 ▶																									
MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO				
53	31	1	2	3	4	5	6	5				1	2	3	9				1	2	3	14	1	2	3	4	5	6	7		
2	7	8	9	10	11	12	13	6	4	5	6	7	8	9	10	10	4	5	6	7	8	9	10	15	8	9	10	11	12	13	14
3	14	15	16	17	18	19	20	7	11	12	13	14	15	16	17	11	11	12	13	14	15	16	17	16	15	16	17	18	19	20	21
4	21	22	23	24	25	26	27	8	18	19	20	21	22	23	24	12	18	19	20	21	22	23	24	17	22	23	24	25	26	27	28
5	28	29	30	31				9	25	26	27	28				13	25	26	27	28	29	30	31	18	29	30					
Mai 2013		Juni 2013		Juli 2013		August 2013																									
MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO				
18			1	2	3	4	5	22				1	2	27	1	2	3	4	5	6	7	31				1	2	3	4		
19	6	7	8	9	10	11	12	23	3	4	5	6	7	8	9	28	8	9	10	11	12	13	14	32	5	6	7	8	9	10	11
20	13	14	15	16	17	18	19	24	10	11	12	13	14	15	16	29	15	16	17	18	19	20	21	33	12	13	14	15	16	17	18
21	20	21	22	23	24	25	26	25	17	18	19	20	21	22	23	30	22	23	24	25	26	27	28	34	19	20	21	22	23	24	25
22	27	28	29	30	31			26	24	25	26	27	28	29	30	31	29	30	31					35	26	27	28	29	30	31	
September 2013		Oktober 2013		November 2013		Dezember 2013																									
MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO				
35						1	40		1	2	3	4	5	6	44					1	2	3	48						1		
36	2	3	4	5	6	7	8	41	7	8	9	10	11	12	13	45	4	5	6	7	8	9	10	49	2	3	4	5	6	7	8
37	9	10	11	12	13	14	15	42	14	15	16	17	18	19	20	46	11	12	13	14	15	16	17	50	9	10	11	12	13	14	15
38	16	17	18	19	20	21	22	43	21	22	23	24	25	26	27	47	18	19	20	21	22	23	24	51	16	17	18	19	20	21	22
39	23	24	25	26	27	28	29	44	28	29	30	31				48	25	26	27	28	29	30		52	23	24	25	26	27	28	29
40	30																							1	30	31					
Januar 2014		Februar 2014		März 2014		April 2014																									
MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO				
1			1	2	3	4	5	5					1	2	9					1	2	14		1	2	3	4	5	6		
2	6	7	8	9	10	11	12	6	3	4	5	6	7	8	9	10	3	4	5	6	7	8	9	15	7	8	9	10	11	12	13
3	13	14	15	16	17	18	19	7	10	11	12	13	14	15	16	11	10	11	12	13	14	15	16	16	14	15	16	17	18	19	20
4	20	21	22	23	24	25	26	8	17	18	19	20	21	22	23	12	17	18	19	20	21	22	23	17	21	22	23	24	25	26	27
5	27	28	29	30	31			9	24	25	26	27	28			13	24	25	26	27	28	29	30	18	28	29	30				
																14	31														
Mai 2014		Juni 2014		Juli 2014		August 2014																									
MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO				
18			1	2	3	4	22					1	27	1	2	3	4	5	6	31				1	2	3					
19	5	6	7	8	9	10	11	23	2	3	4	5	6	7	8	28	7	8	9	10	11	12	13	32	4	5	6	7	8	9	10
20	12	13	14	15	16	17	18	24	9	10	11	12	13	14	15	29	14	15	16	17	18	19	20	33	11	12	13	14	15	16	17
21	19	20	21	22	23	24	25	25	16	17	18	19	20	21	22	30	21	22	23	24	25	26	27	34	18	19	20	21	22	23	24
22	26	27	28	29	30	31		26	23	24	25	26	27	28	29	31	28	29	30	31				35	25	26	27	28	29	30	31
								27	30															36	1	2	3	4	5	6	7

## Lösungshinweise:

Der Fall basiert auf einer Entscheidung des LAG Mecklenburg-Vorpommern vom 05.03.2013, 5 Sa 106/12.

### **0. Vorprüfung**

- a) Bestehendes Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien
- b) Betroffener ist der AN

hier unproblematisch!

### **1. Schriftliche Kündigungserklärung**

- a) Form: § 623 BGB

Lt. SV wurde die Kündigung schriftlich ausgesprochen, und zwar unter dem 17.05.2013. Die Kündigung enthielt auch die Kündigungsgründe, die aber nicht der Schriftform unterfallen.

#### b) Zugang

- unter Abwesenden nach § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB: Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihm zugeht. Eine Willenserklärung unter Abwesenden gilt als zugegangen, wenn die Willenserklärung so in den Machtbereich des Erklärungsempfängers gelangt, dass dieser unter normalen Umständen von ihr Kenntnis erlangen kann.
- unter Anwesenden: Eine schriftliche Willenserklärung gilt unter Anwesenden als zugegangen, wenn sie dem Empfänger übergeben wurde.
- keine Zugangsvereitelung

Die Kündigung müsste dem B. auch zugegangen sein. Die Kündigung vom 17.05.2013 wurde dem B. vom Leiter des Personalamts am 20.05.2013 überreicht. Es ist also von einem „Zugang unter Anwesenden“ auszugehen. Dabei gilt die Kündigung als zugegangen, wenn sie dem B. übergeben wurde. Dies ist hier der Fall – B. hat sie entgegengenommen. Die Kündigung ist damit wirksam zugegangen, und zwar am 20.05.2013.

### **2. Kündigungserklärungsfrist, § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB**

- a) Fristbeginn mit letzter Aufklärungshandlung oder Anhörung des AN
- b) Berechnung gem. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB  
Fristende immer gleicher Tag (Name) wie Tag der Kenntniserlangung (Montag - Montag)
- c) Kündigungserklärung muss binnen zwei Wochen nach Kenntniserlangung des Kündigungsgrundes zugegangen sein (Absendung genügt nicht!)

Die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB müsste eingehalten worden sein. Danach muss die Kündigungserklärung innerhalb von zwei Wochen erfolgen, nachdem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Für den Fristbeginn kommt es auf die sichere und möglichst vollständige positive Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen durch den Arbeitgeber an. Nicht ausreichend ist die Kenntnis des konkreten, die Kündigung auslösenden Anlasses, d. h. des "Vorfalls", der einen wichtigen Grund darstellen könnte. Dem kündigungsberechtigten Ar-

beitgeber muss eine Gesamtwürdigung des Kündigungssachverhalts möglich sein. Der Arbeitgeber muss die Ermittlungen aber zügig durchführen.

Die Frist beginnt demnach i.d.R. mit der letzten Aufklärungshandlung oder der Anhörung des Arbeitnehmers. Bei der Fristberechnung zählt dieser Tag aber nicht mit (§ 187 Abs. 1 BGB).

Lt. SV hat die Bürgermeisterin am 03.05.2013 von der Vorstellung des B. bei der Gemeinde F. und der vorliegenden Krankenschreibung erstmals erfahren. Am 06.05.2013 hat sie den B. zu dem Vorfall angehört. Eine frühere Anhörung des B. war ihr nicht möglich, da er am 03.05.2013 noch krankgeschrieben war. Mit dieser Anhörung war die Aufklärung des Vorfalls nach dem Sachverhalt beendet.

Die Frist begann also am 07.05.2013 und endete zwei Wochen später am 20.05.2013. Spätestens an diesem Tag musste dem B. die Kündigung zugehen. Die Kündigung wurde dem B. am 20.05.2013 übergeben. Sie ging ihm also fristgerecht an diesem Tag zu. Die Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB wurde eingehalten.

### **3. Wirksamkeitsfiktion der Kündigung**

- Geltung der §§ 1, 23 KSchG
- nicht rechtzeitige Klageerhebung durch den AN (§ 4 Satz 1 KSchG) innerhalb von 3 Wochen und auch keine nachträgliche Klagezulassung (§ 5 KSchG)
- Rechtsfolge: § 7 KSchG

Nach dem Sachverhalt und der Fragestellung nicht relevant.

### **4. Allgemeine Voraussetzungen einseitiger Gestaltungserklärungen**

- Geschäftsfähigkeit
- ggf. Vollmacht
- Bedingungsfeindlichkeit

An einer wirksam abgegebenen Kündigungserklärung bestehen keine Zweifel. Die Kündigung ist von der BM' unterzeichnet (vgl. § 74 Abs. 3 Satz 1 GO). Es wird eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen.

### **5. Kein Ausschluss der außerordentlichen Kündigung**

- a) kein gesetzlicher Ausschluss, u.a.
  - § 15 Abs. 3 TzBfG (befristetes Arbeitsverhältnis)
  - § 15 Abs. 1 – 3 KSchG, § 43 Abs. 2 LPVG
  - § 22 Abs. 2 BBiG
  - § 9 Abs. 1, 3 MuSchG
  - § 18 BEEG
  - § 5 PflegeZG
  - § 9 Abs. 3 FPfZG
  - § 85 SGB IX, § 2 Abs. 1 SGB IX
- b) kein kollektivvertraglicher Ausschluss (TV, DV)
- c) kein vertraglicher Ausschluss

Es sind keine gesetzlichen, tarifvertraglichen oder (einzel-)vertraglichen Ausschlussgründe erkennbar.

### **6. Keine Nichtigkeit der Kündigung**

- a) Verstoß gegen gesetzliches Verbot (§ 134 BGB), u.a.
  - AGG: Kündigung wegen der dort genannten Kriterien
  - § 612a BGB: Kündigung wegen der Wahrnehmung von Arbeitnehmerrechten
  - § 11 TzBfG: Weigerung eines Arbeitnehmers, von einem Vollzeit- in ein Teilzeitarbeitsverhältnis oder umgekehrt zu wechseln
- b) Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)
- c) Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB)

Anhaltspunkte für eine Nichtigkeit der Kündigung sind nicht erkennbar.

## 7. Ordnungsgemäße Beteiligung des Personalrats, der Gleichstellungsbeauftragten und ggf. der Schwerbehindertenvertretung bzw. des Integrationsamtes

- a) Personalrat: § 74 Abs. 2 LPVG, insb. § 74 Abs. 3 LPVG
- b) Gleichstellungsbeauftragte: §§ 17, 18 LGG
- c) Schwerbehindertenvertretung: § 95 Abs. 2 Satz 1, 1. Halbs. SGB IX
- d) Integrationsamt: §§ 91, 85 ff. SGB IX -> vorherige Zustimmung erforderlich

Gemäß § 74 Abs. 2 LPVG ist der Personalrat bei außerordentlichen Kündigungen durch den Arbeitgeber anzuhören. Eine Kündigung ist unwirksam, wenn der Personalrat nicht beteiligt worden ist (§ 74 Abs. 3 LPVG).

Lt. Sachverhalt wurde der Personalrat wirksam angehört. Der Personalrat hat keine Bedenken gegen die Kündigung erhoben. Gleiches gilt für die Gleichstellungsbeauftragte.

B. ist nicht schwerbehindert. Die Schwerbehindertenvertretung bzw. das Integrationsamt mussten nicht beteiligt werden.

## 8. Kündigungsgrund

Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden – hier der Stadt W. – unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Frist für eine ordentliche Kündigung nicht zugemutet werden kann.

§ 626 Abs. 1 BGB ist nur erfüllt, wenn ein Anlass zur Kündigung vorliegt, der an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund darzustellen, wenn es keine mildere Alternative zu der Kündigung zur Behebung des Problems gibt und wenn im Rahmen der abschließenden Interessenabwägung kein Überwiegen der für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses streitenden Interessen festgestellt werden kann.

- a) „an sich“ zur außerordentlichen Kündigung geeigneter Kündigungsgrund (= Abwarten der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zumutbar)
 

Ist der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, d.h. typischerweise als wichtiger Grund geeignet?

  - rechtswidrige und vorsätzliche gegen das Vermögen des AG gerichtete Handlungen, die der AN bei oder im Zusammenhang mit seiner Arbeit begeht unabhängig vom Wert des Tatobjekts und der Höhe des eingetretenen Schadens (zugleich schwerwiegende Verletzung der schuldrechtlichen Pflicht zur Rücksichtnahme, § 241 Abs. 2 BGB)

- Straftat  
Achtung! Im Kündigungsrecht gilt das Prognose- und nicht das Sanktionsprinzip. Für die kündigungsrechtliche Beurteilung ist weder die strafrechtliche noch die sachenrechtliche Bewertung maßgebend. Entscheidend ist der Verstoß gegen vertragliche Haupt- oder Nebenpflichten und der mit ihm verbundene Vertrauensbruch.
- erhärteter Verdacht einer Straftat -> Tatkündigung
- Vertrauensverlust (z.B. aufgrund des Verdachts einer Straftat -> Verdachtskündigung)
  - dringender Tatverdacht
  - Tatvorwurf im Falle der Bestätigung ausreichend für aOK
  - alle zumutbare Aufklärungsarbeit durch AG getan
  - Möglichkeit der Stellungnahme des AN

Es müsste zunächst ein „an sich“ zur außerordentlichen Kündigung geeigneter Kündigungsgrund vorliegen. Dann müssten die zum Gegenstand der außerordentlichen Kündigung gemachten Pflichtverletzungen des B. diesen Anforderungen gerecht werden.

#### (1) Vorwurf der Illoyalität

Der Auftritt des B. bei der Gemeinde F. und die damit in Zusammenhang stehenden Umstände könnten einen wichtigen Grund i.S. des § 626 Abs. 1 BGB „an sich“ darstellen. Die Stadt W. wirft dem B. Illoyalität vor. Loyalität, d.h. die Vertragstreue unter Achtung der Interessen des Arbeitgebers gehört zu den Nebenpflichten aus dem Arbeitsverhältnis.

Fraglich ist, ob B. mit seinem Verhalten seine Nebenpflicht zu loyalen Verhalten gegenüber dem Arbeitgeber Stadt W. verletzt hat und ob die Kündigung damit unter dem Gesichtspunkt des durch B. mit seinem Verhalten dokumentierten Abkehrwillens begründet sein könnte.

Ein von einem Arbeitnehmer gezeigter Abkehrwille rechtfertigt nicht ohne Weiteres die Kündigung – auch bzw. auch gerade dann nicht, wenn er erst kürzlich wegen einer Pflichtverletzung abgemahnt (und insoweit nicht gekündigt) wurde. Solange der Arbeitnehmer (hier: nach der Abmahnung) seine vertraglichen Pflichten erfüllt, kann es ihm grundsätzlich nicht vorgeworfen werden, dass er sich nach einem anderen Arbeitsfeld umschaute. Art. 12 GG gewährt dem Arbeitnehmer die freie Arbeitsplatzwahl.

Die Tatsache, dass er im Herbst 2012 nicht gekündigt, sondern „lediglich“ abgemahnt wurde, stellt keinen Umstand dar, der ihm eine besondere Loyalitätspflicht auferlegt, so dass er sich nicht nach einem anderen Arbeitsplatz umsehen durfte. Dem B. kann demnach nicht vorgeworfen werden, sich nach einem anderen Arbeitsplatz umzuschauen.

*Hinweis: Ausreichend für die Klausurlösung ist es, wenn der Prüfling diesen eben genannten Gesichtspunkt aus Art. 12 GG erkennt. Es kann nicht erwartet werden, dass der folgende Punkt erkannt wird.*

Eine Kündigung kann allenfalls dann gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitnehmer seine Pflichten im alten Arbeitsverhältnis zu Gunsten seiner zukünftigen Tätigkeit vernachlässigt. Aus dem Sachverhalt ergibt sich aber nicht, dass B. seine Pflichten aus Anlass der Umschau nach einem neuen Arbeitgeber oder gar zugunsten der künftigen Tätigkeit bei der Gemeinde F. vernachlässigt hat.

Zwischenergebnis zu (1): Dem B. kann keine Verletzung der ihm obliegenden Nebenpflicht zur Loyalität vorgeworfen werden.

(2) Vorwurf der Pflichtwidrigkeit (genesungswidriges Verhalten und Arbeitsverweigerung)

Fraglich ist, ob sich der B. durch seine Vorstellung bei der Gemeinde F. während seiner Arbeitsunfähigkeit am 29.04.2013 pflichtwidrig verhalten hat. Nach Ansicht der Stadt W. hat er sich insoweit genesungswidrig verhalten bzw. (hilfsweise) die Arbeit verweigert, da er eigentlich gar nicht arbeitsunfähig war.

Ein arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer hat während seiner Ausfallzeit durch sein eigenes Verhalten dafür Sorge zu tragen, dass er die Phase der Arbeitsunfähigkeit möglichst zügig überwindet. Das bedeutet aber nicht, dass er stets nur das Bett zu hüten hat, oder jedenfalls die eigene Wohnung nicht verlassen sollte. Vielmehr ist auf die je vorliegende Krankheit abzustellen, um ermessen zu können, welche Tätigkeiten einem Arbeitnehmer während der Zeit der Arbeitsunfähigkeit untersagt sind.

Im vorliegenden Falle hat B. während der hier streitigen Arbeitsunfähigkeit an einer Einschränkung der Bewegungsfähigkeit seines rechten Arms gelitten, die auf einen eingeklemmten Nerv zurückzuführen war. Ihm ist ärztlicherseits nur angeraten worden, den rechten Arm nicht zu belasten. Damit ist nicht erkennbar, weshalb es dem B. verboten sein sollte, sich bei der Gemeinde F. während der Arbeitsunfähigkeit für den von ihm angestrebten Posten vorzustellen.

Ein genesungswidriges Verhalten des B. liegt demnach nicht vor.

Des Weiteren wirft die Stadt W. dem B. (hilfsweise) Arbeitsverweigerung vor, da nach ihrer Ansicht keine Arbeitsunfähigkeit vorgelegen habe - was sein öffentlicher Auftritt bei der Gemeinde F. belege (Vortäuschung von Arbeitsunfähigkeit).

Die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit hat der Arbeitnehmer nachzuweisen. B. ist dieser Anforderungen mit der Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nachgekommen (s. Bearbeitungshinweis). Der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kommt nach der Rechtsprechung ein hoher Beweiswert zu. Auch in einem Arbeitsgerichtsverfahren ist im Regelfall der Beweis der Arbeitsunfähigkeit mit Vorlage der Bescheinigung als erbracht anzusehen.

Fraglich ist insoweit aber, ob möglicherweise der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung wegen des öffentlichen Auftritts des B. während seiner Krankschreibung erschüttert sein könnte. Nach dem Bearbeitungshinweis hat die Stadt W. aber nichts unternehmen, ihre Ansicht, Arbeitsunfähigkeit habe gar nicht vorgelegen, zu untermauern – sie hat die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht ärztlich prüfen lassen (z.B. betriebsärztlich). Es verbleibt damit bei dem Inhalt und dem Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, so dass von einer Arbeitsunfähigkeit des B. am 29.04.2013 auszugehen ist, die nicht widerlegt ist.

Zwischenergebnis zu (2): Der Auftritt des B. bei der Gemeinde F. während seiner Arbeitsunfähigkeit kann daher weder als genesungswidriges Verhalten noch als Arbeitsverweigerung gewertet werden.

Weitere Kündigungsgründe sind nicht erkennbar.

Zwischenergebnis: Es liegt kein „an sich“ zur außerordentlichen Kündigung geeigneter Kündigungsgrund vor.

b) Grund nicht „verbraucht“ (z.B. in Abmahnung oder früherer Kündigung)

Da kein Kündigungsgrund vorliegt, kann dieser auch nicht in einer Abmahnung oder früheren Kündigung verbraucht worden sein.

c) **Negativprognose: Abmahnung nur erforderlich, wenn noch Verhaltensänderung erreicht werden könnte**

Eine Prüfung entfällt, da B. keine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt hat. Auch eine Abmahnung als milderer Mittel kommt schließlich nur in Betracht, wenn tatsächlich eine Pflichtverletzung vorliegt.

Insbesondere kann auch die im Herbst 2012 erteilte Abmahnung hier nicht zur Begründung einer Negativprognose herangezogen werden, da die dem B. seinerzeit abgemahnte und die ihm nunmehr vorgeworfene Pflichtverletzung nicht miteinander vergleichbar sind. Dies wäre aber eine Voraussetzung, um aus der seinerzeitigen Abmahnung eine Negativprognose herzuleiten.

d) **ultima-ratio-Prinzip (Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar)**

Prüfung entfällt, da keine Pflichtverletzung vorliegt.

e) **Interessenabwägung im konkreten Fall**

Entfällt.

## **9. Eintritt der Kündigungswirkung**

a) Grundsatz: Fristlos

b) ggf. soziale Auslauffrist, wenn ordentliche Kündigung ausgeschlossen

Da keine Kündigungsgründe vorliegen, die Kündigung mithin unwirksam ist, kann die von der Stadt W. erwünschte Kündigungswirkung nicht eintreten.

## **10. Ggf. Umdeutung in ordentliche Kündigung (§ 140 BGB)**

a) bei Unwirksamkeit der aOK

b) Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für ordentliche Kündigung

c) Beteiligung und Zustimmung des Personalrats... (hilfsweise) zur ord. Kündigung

d) hypothetisches Einverständnis des Kündigenden, ggf. Wegfall des Grundes

e) Klageerhebung des AN innerhalb der Klagefrist von 3 Wochen

Nach Aufgabenstellung nicht zu prüfen.

ERGEBNIS: Die außerordentliche Kündigung vom 17.05.2013 ist mangels eines wichtigen Grundes i.S. des § 626 Abs. 1 BGB unwirksam.