

KV-Nr.: 601

Die Aufgabe besteht (ohne Deckblatt) aus 7 Blatt und ist vollständig durchnummeriert.

Der Aufgabentext ist zu Beginn auf Vollständigkeit zu überprüfen.

Anwaltskanzlei Edel

Rechtsanwälte • Steuerberater

Anwaltskanzlei Edel, Rosenstraße 67, 40479 Düsseldorf

Felix Edel
Patrizia Rieger
Otto Ozdemir*
Rechtsanwälte

40479 DÜSSELDORF
Rosenstraße 67
Telefon (0211) 49 27 67
Telefax (0211) 49 56 76

* zugleich Steuerberater

E/Logan.16/10

Düsseldorf, den 03.05.2010

1. Vermerk:

Nach telefonischer Terminvereinbarung erscheint Herr Stefan Logan, Im Dahlacker 46, 40223 Düsseldorf, und überreicht folgende Unterlagen:

- Kopie des Arbeitsvertrages vom 01.01.2000 (**Anlage 1**),
- Kopie der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom 22.04.2010 (**Anlage 2**) sowie
- Kopie des Kündigungsschreibens vom 26.04.2010 (**Anlage 3**).

Sodann schildert Herr Logan den folgenden Sachverhalt:

"Ich bin seit dem 01.01.2000 bei der Forrester Gerüstbau GmbH in Düsseldorf als Schreibkraft angestellt. Zuletzt habe ich EUR 1.300,00 brutto verdient. Die Firma ist in der Gerüstbaubranche tätig und hat etwa 70 Mitarbeiter. Ein Betriebsrat existiert nicht.

Hier geht es jetzt um Folgendes: Mein Cousin ist zur Zeit in Bad Pyrmont in Kur und bat mich, ihn dort am Wochenende vom 23.04.2010 bis zum 25.04.2010 zu besuchen. Das habe ich ihm dann auch zugesagt und wollte dementsprechend am 21.04.2010 für Freitag, den 23.04.2010, Urlaub nehmen. Normalerweise ist es in unserem Betrieb kein Problem, so kurzfristig Urlaub zu bekommen. Mein Chef, der Geschäftsführer der GmbH, Herr Erik Forrester, hat den Urlaub aber noch am selben Tag abgelehnt, weil ein termingebundener Auftrag für einen unserer wichtigsten Kunden noch bis Freitag Abend fertig gestellt werden musste. Er hat mich auf die folgende Woche getröstet. An diesem Tag - es war wie gesagt Mittwoch, der 21.04.2010, - musste ich dann die ganze Zeit diverse handschriftliche Aufzeichnungen fertigen.

Am Abend hat mir dann mein rechtes Handgelenk fürchterlich weh getan. Nachdem das über Nacht nicht besser wurde, bin ich Donnerstag früh direkt zu meinem Hausarzt, Herrn Dr. Webber, gegangen, der mich wegen einer schweren Sehnscheidenentzündung für den 22. und 23.04.2010 krankgeschrieben hat. Ich habe mich dann erst einmal ausgeruht, bevor ich gegen 11 Uhr im Betrieb angerufen und mitgeteilt habe, dass ich heute morgen direkt um 7:30 Uhr beim Arzt war und von diesem sofort krankgeschrieben wurde. Ich bin direkt zu Herrn Forrester durchgestellt worden, der mir kein Wort geglaubt und darauf bestanden hat, sofort meinen "gelben Schein", d.h.

die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, zu sehen. Daraufhin habe ich die Krankschreibung noch am 22.04.2010 gegen Mittag persönlich im Betrieb abgegeben.

Am Freitag bin ich dann wie geplant zu meinem Cousin nach Bad Pyrmont gefahren.

Am Montag, dem 26.04.2010, als ich wieder zur Arbeit gegangen bin, hat mir mein Chef dann wortlos die fristlose Kündigung ausgehändigt. Das fand ich total ungerecht. Es stimmt zwar, dass ich in Bad Pyrmont am Freitag Nachmittag mit meinem Cousin etwa vier Stunden lang spazieren gegangen bin und am Abend dann noch mit ihm gemeinsam ein paar Bier getrunken und bis spät in die Nacht geredet habe. Aber deshalb kann man mir doch wohl nicht kündigen, zumal ich noch nie abgemahnt worden bin. Außerdem habe ich mich am Wochenende in Bad Pyrmont auch viel ausgeruht und war ja auch wirklich krank. Das beweist doch schon die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Ich mache mir allerdings doch Sorgen, dass mein Chef in einem möglichen gerichtlichen Verfahren behaupten wird, ich sei gar nicht krank gewesen und hätte mir ein Gefälligkeitsattest ausstellen lassen. Ich hoffe aber, dass er damit nicht durchkommen wird. Auch wenn mein Chef glaubt, ich wolle ihn betrügen, kann er doch nicht einfach so auf Verdacht die Kündigung aussprechen, ohne es beweisen zu können.

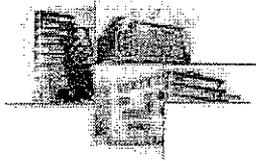
Ich bitte Sie daher zu prüfen, ob ich mit Erfolg gegen die Kündigung vorgehen kann."

2. Neues Mandat eintragen und Akte anlegen. *akt. 03.05.*

bt

3. WV: sodann

Edel
Edel
Rechtsanwalt



ARBEITSVERTRAG

Zwischen

Herrn Stefan Logan, geb. am 06.05.1974, Im Dahlacker 46, 40223 Düsseldorf,

- im Folgenden "Arbeitnehmer" -

und

der Forrester Gerüstbau GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Erik Forrester,
Kirchfeldstraße 67, 40217 Düsseldorf,

- im Folgenden "Arbeitgeber" -

wird folgender Arbeitsvertrag geschlossen:

§ 1

Der Arbeitnehmer wird zum 01.01.2000 als Schreibrkraft eingestellt. Arbeitsort ist vorbehaltlich anderer Weisungen die Betriebsstätte des Arbeitgebers in Düsseldorf.

§ 2

Es gilt eine Probezeit von sechs Monaten. Danach kann das Arbeitsverhältnis mit der gesetzlichen Kündigungsfrist gekündigt werden.

§ 3

Der Arbeitnehmer erhält eine monatliche Vergütung von 2.200,- DM brutto.

§ 4

Urlaub wird im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften gewährt.

(...)

Düsseldorf, den 14. Dezember 1999

Forrester Gerüstbau GmbH

Kirchfeldstr. 67

40217 Düsseldorf

Arbeitgeber

Stefan Logan
Arbeitnehmer

Hinweis des LJPA: Von dem Abdruck des Arbeitsvertrags im Übrigen wird abgesehen. Es ist zu unterstellen, dass nicht abgedruckte Teile für die Bearbeitung nicht von Bedeutung sind.

• Bitte sofort dem Arbeitgeber vorlegen! •

AOK	LKK	BKK	IKK	VdAK	AEV	Knappschaft
AOK Rheinland						24101
Name, Vorname des Versicherten			geb. am			
Logan, Stefan			06.05.1974			
Im Dahlacker 46 40223 Düsseldorf						
Kassen-Nr.		Versicherten-Nr.		Status		
4212059		281542918		1000 1		
Vertragsarzt-Nr.		VK gültig bis		Ausstellungsdatum		
00 00 000		12/10		16.11.08		

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung
zur Vorlage beim Arbeitgeber

Der angegebenen Krankenkasse wird unverzüglich eine Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit mit Angaben über die Diagnose sowie eine voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit übersandt.

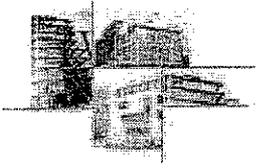
<input checked="" type="checkbox"/> Erstbescheinigung	<input type="checkbox"/> Folgebescheinigung
<input type="checkbox"/> Arbeitsunfall, Arbeitsunfallfolgen, Berufskrankheit	<input type="checkbox"/> Dem Durchgangsarzt zugewiesen.
Arbeitsunfähig seit	2 2 0 4 1 0
Voraussichtlich arbeitsunfähig bis einschließlich	2 3 0 4 1 0
Festgestellt am	2 2 0 4 1 0



Dr. med. Rick Webber
Facharzt für Allgemeinmedizin
Lorettostr. 19, 40219 Düsseldorf
Tel.-Nr. 0211 / 24 44 648

Vertragsarztstempel/ Unterschrift des Arztes

Kopie


Forrester Gerüstbau GmbH

Forrester Gerüstbau GmbH Kirchfeldstr. 67 40217 Düsseldorf

Herrn Stefan Logan
- im Hause -

Düsseldorf, 26.04.2010

Außerordentliche Kündigung

Sehr geehrter Herr Logan,

nach Ihrer dreisten und zudem um Stunden verzögerten "Krank"meldung habe ich die Detektei Riebler mit Ihrer Überwachung beauftragt und habe erfahren, dass Sie offensichtlich gesund genug waren, um mit dem Zug nach Bad Pyrmont zu fahren, wo Sie kurz nach Ihrer Ankunft geschlagene vier Stunden spazieren gegangen sind, um danach bis spät in die Nacht bei mehreren Glas Bier hochtrabende Reden zu schwingen. Den Bericht der Detektei füge ich diesem Schreiben zu Beweis Zwecken als Anlage bei.

Ich gehe daher davon aus, dass es sich bei dem Attest um ein Gefälligkeitsattest handelt. Jedenfalls reicht mir schon der Verdacht, dass Sie meine Firma offensichtlich betrügen wollten.

Selbst wenn Sie tatsächlich erkrankt gewesen sein sollten, hätten Sie zusehen sollen, dass Sie schnellst möglich gesund werden, um dem Betrieb wieder mit voller Arbeitskraft zur Verfügung zu stehen, anstatt sich in einem Kurort die Nächte um die Ohren zu schlagen.

Daher kündige ich Ihnen hiermit fristlos und außerordentlich mit sofortiger Wirkung.

Mit freundlichen Grüßen

Forrester Gerüstbau GmbH

Kirchfeldstr. 67

40217 Düsseldorf

Erik Forrester
Geschäftsführer



Kopie

Anlage

6

Detektei Riebler

Ermittlungen aller Art

Observationsbericht

Ihr Auftrag vom 22.04.2010

Freitag, 23.04.2010

9:00 Uhr: Zielperson besteigt in der Straße "Im Dahlacker" in Düsseldorf ein Taxi
9:15 Uhr: Zielperson trifft am Hauptbahnhof Düsseldorf ein
9:46 Uhr: Zielperson besteigt IC nach Bad Pyrmont
13:01 Uhr: Ankunft der Zielperson in Bad Pyrmont

[...]

14:30 Uhr bis 18:30 Uhr: Zielperson spaziert mit anderer männlicher Person durch den Kurpark

[...]

21:30 Uhr bis 23:30 Uhr: Zielperson hält sich in der Kneipe "Im Brunnen" auf.

[...]

Samstag, 24.04.2010

[...]

Hinweis des LJPA: Von dem Abdruck des Berichts im Übrigen wird abgesehen. Es ist zu unterstellen, dass nicht abgedruckte Teile für die Bearbeitung nicht von Bedeutung sind.

Vermerk für die Bearbeitung

Die Angelegenheit ist aus anwaltlicher Sicht zu bearbeiten. Dabei sollen auch Überlegungen zur Zweckmäßigkeit des Vorgehens angestellt werden. Zeitpunkt der Begutachtung ist der

03.05.2010.

Sollte eine Frage für beweisheblich gehalten werden, so ist eine Prognose zu der Beweislage (z. B. Beweislast, Qualität der Beweismittel etc.) zu erstellen.

Werden Anträge an ein Gericht empfohlen, so sind diese am Ende des Vortrages auszuformulieren.

Die Formalien (Ladungen, Zustellungen, Unterschriften, Vollmachten) sind in Ordnung, soweit sich nicht aus dem Sachverhalt etwas anderes ergibt.

Der Bearbeitung ist der geltende Rechtszustand zugrunde zu legen. Übergangsvorschriften sind nicht zu prüfen.

Düsseldorf verfügt neben einem Arbeitsgericht über ein Amts- sowie ein Landgericht.

Dieser Vermerk erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Er soll lediglich auf die Probleme hinweisen, die das Prüfungsamt veranlasst haben, die Aufgabe für einen Aktenvortrag auszugeben.

A. GUTACHTEN

1. Wirksamkeit der fristlosen Kündigung

Die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund setzt gemäß § 626 Abs. 1 BGB voraus, dass Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Arbeitgeber (im Folgenden "AG") des Mandanten (im Folgenden "M") unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Fraglich ist daher, ob das Verhalten des M im Zusammenhang mit seiner Arbeitsunfähigkeit einen solchen wichtigen Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB darstellt.

a) Verletzung der Pflichten aus § 5 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG)

Besonders aufmerksame Kandidaten dürften ansprechen, dass der AG die Kündigung in einem möglichen Kündigungsschutzprozess nicht auf eine Verletzung der im Falle einer Arbeitsunfähigkeit nach § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG bestehenden Anzeigepflicht des M stützen kann. Inhalt dieser Pflicht ist es, den AG unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB), über die eingetretene Arbeitsunfähigkeit zu informieren. Auch wenn M seinen AG am 22.04.2010 erst gegen 11 Uhr von seiner Arbeitsunfähigkeit informiert hat, obgleich diese bereits am frühen Vormittag ärztlicherseits festgestellt wurde, dürfte es sich bei der Anzeigepflicht nur um eine vertragliche Nebenpflicht handeln, deren Verletzung erst im Wiederholungsfalle und nach einer vorangegangenen einschlägigen Abmahnung eine verhaltensbedingte (i.d.R. fristgerechte) Kündigung rechtfertigen kann (vgl. BAG BB 1992, 2076 - Urteil liegt den Kandidaten nicht vor).

b) Vortäuschen von Arbeitsunfähigkeit

Täuscht ein Arbeitnehmer (im Folgenden "AN") eine Arbeitsunfähigkeit nur vor, so begeht er dadurch eine schwere Vertragsverletzung, die je nach den Umständen des Einzelfalls eine außerordentliche oder ordentliche Kündigung auch ohne vorherige Abmahnung rechtfertigen kann (vgl. BAG BB 1994, 142 - Urteil liegt den Kandidaten nicht vor; Palandt-Weidenkaff, a.a.O., § 626 Rn. 46). Der AN, der zugleich Entgeltfortzahlung begehrt, dürfte zudem regelmäßig einen Betrug begehen, da er durch Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (im Folgenden "AU") den AG unter Vortäuschung falscher Tatsachen dazu veranlassen will, ihm unberechtigter Weise die Vergütung fortzuzahlen (vgl. BAG BB 1994, 142 - Urteil liegt den Kandidaten nicht vor).

aa) Tatündigung

Die Berechtigung einer Kündigung wegen eines als feststehend angenommenen Sachverhalts (Tatündigung) würde voraussetzen, dass tatsächlich keine Arbeitsunfähigkeit des M vorlag. Darlegungs- und beweispflichtig hierfür wäre vorliegend der AG als derjenige, der gekündigt hat und sich auf die Wirksamkeit der Kündigung beruft (vgl. Palandt-Weidenkaff, a.a.O., § 626 Rn. 6). Hier würde dem AG daher nicht nur der Nachweis für das Fehlen des M obliegen, er müsste auch darlegen, dass M unentschuldig gefehlt hat und die von ihm behauptete Krankheit nicht vorlag (vgl. BAG BB 1994, 142 - Urteil liegt den Kandidaten nicht vor). Allerdings hätte der AN seinerseits nach § 138 Abs. 2 ZPO substantiiert vorzutragen und darzulegen, warum sein Fehlen als entschuldig anzusehen ist; nur die hierzu vom AN behaupteten Tatsachen hätte der AG zu widerlegen. Im vorliegenden Fall hat M dem AG eine ärztliche AU vorgelegt, so dass er in einem Kündigungsschutzprozess seiner Einlassungspflicht zunächst nachgekommen wäre. Für diese als Privaturkunde i.S.v. § 416 ZPO einzuordnende Bescheinigung streitet zwar keine gesetzliche Vermutung nach § 292 ZPO; für ihre Richtigkeit spricht jedoch der Beweis des ersten Anscheins (vgl. BAG NZA 1993, 23 - Urteil liegt den Kandidaten nicht vor). Folglich müsste der AG die Umstände, die gegen die Arbeitsunfähigkeit sprechen, näher darlegen und notfalls beweisen, um die Beweiskraft der AU zu erschüttern. Allein die Tatsache, dass M eine längere Zugfahrt unternommen hat, dürfte hierfür noch nicht ausreichen. Gleiches dürfte für den Spaziergang und den abendlichen Gaststättenbesuch gelten. Es sind eine Vielzahl von Erkrankungen denkbar, die dem AN trotz bestehender Arbeitsunfähigkeit die weitere Teilnahme am gesellschaftlichen Leben erlauben. Allerdings dürfte der zeitliche Zusammenhang mit der versagten Urlaubsgewährung entsprechende Zweifel begründen. Es dürfte daher davon auszugehen sein, dass es dem AG in einem Prozess gelingen wird, den Beweiswert der ärztlichen AU zu erschüttern. Dies hätte zur Folge, dass hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast wieder derselbe Zustand eintreten würde, wie er vor Vorlage des Attestes bestand. Im Prozess müsste M daher die krankheitsbedingten Hinderungsgründe im Einzelnen vortragen und ggf. der behandelnde Arzt von seiner Schweigepflicht entbunden werden. Erst wenn ein entsprechender Vortrag des M vorliegt, müsste der AG ihn widerlegen. Diesem dürfte hier jedoch allein ein Beweisantritt durch Benennung des Arztes als Zeugen bzw. durch Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens verbleiben. Im Rahmen der vorzunehmenden Beweisprognose dürfte dabei zu berücksichtigen sein, dass der Arzt bei einer für den AG positiven Aussage zugleich eingestehen müsste, dass es sich um ein "Gefälligkeitsattest" oder zumindest eine irrtümlich ausgestellte AU gehandelt hat. Auch eine Begutachtung des M durch einen Sachverständigen dürfte angesichts der Art der Erkrankung als sporadische Belastungsreaktion und dem mutmaßlichen Zeitpunkt einer solchen Begutachtung wenig Aussagekraft für die Frage besitzen, ob gerade zum streitigen Zeitpunkt eine Arbeitsunfähigkeit des M vorlag. Daher dürfte viel dafür sprechen, dass sich im Rahmen einer etwaigen Beweisaufnahme keine ausreichenden Anhaltspunkte für ein Vortäuschen der Arbeitsunfähigkeit ergeben würden. Eine hierauf gestützte verhaltensbedingte Tatündigung dürfte somit im Ergebnis ausscheiden.

bb) Verdachtskündigung

Ist der Beweiswert eines ärztlichen Attestes nicht erschüttert, sondern bestehen nur gewisse Verdachtsmomente, M habe eine Erkrankung vorgetäuscht, kommt eine Verdachtskündigung in Betracht. Hierbei genügt der Verdacht schwerer Verfehlungen, wenn dieser das Vertrauensverhältnis zerstört und die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht (vgl. Palandt-Weidenkaff, a.a.O., § 626 Rn. 49 mwN). Angesichts des engen zeitlichen Zusammenhangs zwischen der versagten Urlaubsgewährung, der Erkrankung und der Reise nach Bad Pyrmont dürfte das Vorliegen eines dringenden Verdachtes zu bejahen sein. Gründet sich der Verdacht des AGs darauf, dass M Tätigkeiten verrichtet hat, die der AG mit der Erkrankung nicht für vereinbar hält, so muss er jedoch in Erfüllung der vor Ausspruch einer Verdachtskündigung bestehenden Anhörungspflicht den M konkret zu der Art seiner Erkrankung befragen und ihm Gelegenheit zur Erklärung geben, weshalb die Krankheit diese Tätigkeiten zuließ, aber der vertragsgemäßen Arbeit im Betrieb entgegenstand (vgl. BAG NZA 1996, 1030 - Urteil liegt den Kandidaten nicht vor; allgemein zur Aufklärungspflicht: Palandt-Weidenkaff, a.a.O., § 626 Rn. 49). Das hat der AG vorliegend mit der "wortlosen" Aushändigung des Kündigungsschreibens unterlassen. Die Verletzung gegen diese Anhörungspflicht führt zur Unwirksamkeit der auf den Verdacht gestützten Kündigung (vgl. Palandt-Weidenkaff, a.a.O., § 626 Rn. 49). Eine Verdachtskündigung dürfte somit ebenfalls nicht in Betracht kommen.

c) Verstoß gegen die Pflicht zu heilungsförderndem Verhalten

Schließlich dürfte sich die Kündigung auch nicht auf die Verletzung der vertraglichen Nebenpflicht zu heilungsförderndem Verhalten stützen lassen. Zwar ist ein arbeitsunfähig krankgeschriebener AN verpflichtet, sich so zu verhalten, dass er möglichst bald wieder gesund wird, und hat alles zu unterlassen, was seine Genesung verzögern könnte. Vorliegend dürften jedoch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sein, dass der Genesungsprozess des M durch die Reise beeinträchtigt worden ist. Im Übrigen dürfte der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung gestützt auf diesen Nebenpflichtverstoß unverhältnismäßig sein.

2. Umdeutung

Die unwirksame fristlose Kündigung dürfte auch nicht in eine wirksame ordentliche Kündigung umgedeutet werden können. Auch wenn eine solche Umdeutung gemäß § 140 BGB hier möglich sein dürfte (vgl. zu den Voraussetzungen Palandt-Weidenkaff, a.a.O., § 626 Rn. 34 ff), dürfte eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung ebenfalls unwirksam sein. Das Kündigungsschutzgesetz findet vorliegend gemäß der §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 KSchG Anwendung. Mangels einer einschlägigen Abmahnung kann die Kündigung nicht auf einen Verstoß gegen § 5 EFZG gestützt werden. Das Vortäuschen der Arbeitsunfähigkeit dürfte nicht zu beweisen sein, eine hierauf gestützte Verdachtskündigung scheidet wie die fristlose Kündigung an der nicht erfolgten Anhörung des M (s.o.). Ein Verstoß gegen die Pflicht zu heilungsförderndem Verhalten dürfte nicht ersichtlich sein (s.o.).

B. ZWECKMÄßIGKEITSERWÄGUNGEN / WEITERES VORGEHEN

Nach der hier bevorzugten Auffassung ist die Kündigung des AGs unwirksam. M dürfte zu raten sein, innerhalb der Frist des § 4 Satz 1 KSchG beim zuständigen Arbeitsgericht Düsseldorf (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 b) ArbGG, § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. §§ 12, 17, 29 ZPO bzw. § 48 Abs. 1a ArbGG) Kündigungsschutzklage einzureichen.