

Aktenzeichen: 2 AZR 154/93  
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 26. August 1993  
- 2 AZR 154/93 -

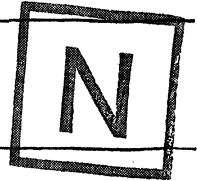
I. Arbeitsgericht  
Stuttgart

Urteil vom 07. November 1990  
- 22 Ca 4177/90 -

II. Landesarbeitsgericht  
Baden-Württemberg

Urteil vom 10. November 1992  
- 7 Sa 17/91 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja  
Für die Fachpresse : Ja  
Für das Bundesarchiv : Nein



Entscheidungsstichwort:

Fristlose Kündigung wegen Nebentätigkeiten während des  
Lohnfortzahlungszeitraums

Gesetz:

BGB § 626; KSchG § 1

Leitsätze:

1. Ist ein Arbeitnehmer während einer ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit schichtweise einer Nebenbeschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber nachgegangen, so kann je nach den Umständen auch eine fristlose Kündigung ohne vorherige Abmahnung gerechtfertigt sein.
2. Ist in derartigen Fällen der Beweiswert des ärztlichen Attestes erschüttert bzw. entkräftet, so hat der Arbeitnehmer konkret darzulegen, weshalb er krankheitsbedingt gefehlt hat und trotzdem der Nebenbeschäftigung nachgehen konnte.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 154/93  
-----

7 Sa 17/91 Baden-Württemberg

Verkündet am  
26. August 1993

Jatz,  
Reg.-Assistentin  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

## U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der  
mündlichen Verhandlung vom 26. August 1993 durch den Richter  
Bitter als Vorsitzenden, die Richter Bröhl und Böck sowie

- 2 -



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

die ehrenamtlichen Richter Binzek und Dr. Bobke-von Camen  
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil  
des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom  
10. November 1992 - 7 Sa 17/91 - aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung  
und Entscheidung, auch über die Kosten des Revi-  
sionsverfahrens, an die 1. Kammer des Landesar-  
beitsgerichts zurückverwiesen.

V o n   R e c h t s   w e g e n !

### T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer fristlosen  
Kündigung der Beklagten vom 5. Juli 1990 und die Frage, ob der  
Kläger die ihm gewährte Lohnfortzahlung für die Zeit vom 8. bis  
18. Mai 1990 zurückzahlen muß.

Der Kläger arbeitete bei der Beklagten, die mehr als zehn  
Arbeitnehmer beschäftigt, seit 1. November 1987. Zuletzt führte  
er Schlosserarbeiten durch. Die Beklagte entlackt für die M

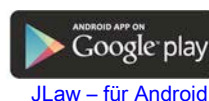
AG sogenannte Karosserieschlitten und überprüft sie auf  
ihre Maßgenauigkeit. Werden bei den Maßen Abweichungen festge-  
stellt, so werden sie von der Beklagten behoben. Diese Tätigkeit  
hatte der Kläger vorzunehmen. Er mußte die Karosserieschlitten  
mit Hilfe eines Krans auf die Richtbank befördern. Wurden Unge-  
nauigkeiten festgestellt, mußte er die Teile mit Hammerschlägen  
bearbeiten und sie mit einem Schweißbrenner erhitzen. Die Teile  
dehnen sich bei dieser Behandlung aus. Beim "Abkalten" erhält das  
vorher verbogene Teil wieder seine ursprüngliche Form. Der Kläger



arbeitete in einer 40-Stunden-Woche an fünf Wochentagen mit einer Arbeitszeit von 7.00 Uhr bis 16.15 Uhr.

Für die Zeit vom 8. Januar bis 19. Januar 1990, vom 5. März bis 16. März 1990, vom 8. Mai bis 18. Mai 1990 und vom 25. Juni bis 3. Juli 1990 legte der Kläger der Beklagten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vor. Die Beklagte gewährte ihm u.a. für die Zeit vom 8. bis 18. Mai 1990 Lohnfortzahlung in Höhe von 1.282,72 DM einschließlich der Arbeitgeberanteile.

Unstreitig war der Kläger im Mai und Juni 1990 teilweise nachts bei der D GmbH & Co. KG ( D ) tätig und führte dort Reinigungsarbeiten durch. Seine Arbeitszeit in dieser Zweitbeschäftigung betrug sechs Stunden pro Schicht und lag zwischen 22.00 Uhr und 5.00 Uhr morgens. Jeweils am Monatsanfang hatte der Kläger der D angegeben, in welchen Nächten man ihn einsetzen konnte. Im vorliegenden Verfahren hat der Kläger erklärt, es sei natürlich schwierig gewesen, bis 5.00 Uhr morgens zu arbeiten und dann bei der Beklagten den Dienst anzutreten, er habe aber in der fraglichen Zeit so große Geldprobleme gehabt, daß er die Aushilfstätigkeit übernommen habe. Der Kläger räumt ein, daß er teilweise auch nachts in der Zeit bei der D gearbeitet hat, in der er arbeitsunfähig krankgeschrieben war und bei der Beklagten nicht gearbeitet hat. Nach einer Bescheinigung der D hat der Kläger in folgenden Nächten in diesem Betrieb gearbeitet: 5./6. Mai 1990, 8./9. Mai 1990, 13./14. Mai 1990, 15./16. Mai 1990, 19./20. Mai 1990, 22./23. Mai 1990, 26./27. Mai 1990, 29./30. Mai 1990, 11./12. Juni 1990, 17./18. Juni 1990, 18./19. Juni 1990, 23./24. Juni 1990, 25./26. Juni 1990.



Die Reinigungstätigkeit für die D bestand darin, daß der Kläger bei der M AG Spritzboxen, in denen Fahrzeuge lackiert worden waren, außen von Staub und Spritzstaub zu reinigen hatte. Er wurde hierfür mit einem Eimer Wasser und einer Vielzahl von Lappen ausgerüstet und mußte beim Reinigungsvorgang Bewegungen vornehmen, wie sie beim Fensterputzen anfallen.

Nachdem die Beklagte erfahren hatte, daß der Kläger bei der D gearbeitet hatte, während er von ihr Lohnfortzahlung bezog, kündigte sie ihm mit Schreiben vom 5. Juli 1990 fristlos. Gleichzeitig machte sie geltend, der Kläger müsse ihr die gesamte im Jahr 1990 gewährte Lohnfortzahlung einschließlich der Arbeitgeberanteile in Höhe von insgesamt 4.133,07 DM zurückzahlen. Von diesen Lohnfortzahlungskosten sind inzwischen nur noch 1.282,72 DM für die Zeit vom 8. bis 18. Mai 1990 streitig. Die Beklagte hat insoweit gegen den unstreitigen Lohnanspruch des Klägers für den Monat Juni 1990 aufgerechnet und hilfsweise widerklagend die Rückzahlung dieses Betrages verlangt.

Der Kläger hat behauptet, seine nur für wenige Nächte vorge-sehene Nebentätigkeit für die D habe in einer leichten Putzar-beit bestanden, die er problemlos und ohne Vernachlässigung sei-ner Haupttätigkeit bei der Beklagten habe bewältigen können. Ab 8. Mai 1990 habe er an einer Bronchitis gelitten und schon wegen der an seinem Arbeitsplatz bei der Beklagten vorhandenen giftigen Dämpfe habe ihm seine Ärztin eine Weiterarbeit bei der Beklagten verboten. In der Zeit ab 25. Juni 1990 habe er wegen eines Zervi-kalsyndroms die außerordentlich schwere körperliche Arbeit bei



der Beklagten nicht leisten können. Durch die Nebentätigkeit sei der Heilungsverlauf nicht verzögert worden. Nähere Angaben könne die behandelnde Ärztin machen, die er von der ärztlichen Schweigepflicht entbinde.

Der Kläger hat, soweit es für die Entscheidung des Revisionsgerichts erheblich ist, beantragt

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung vom 5. Juli 1990, zugegangen am 6. Juli 1990, nicht aufgelöst worden ist,
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn als Lohn für den Monat Juni 1990 1.282,72 DM brutto nebst 4 % Zinsen aus dem hieraus sich ergebenden Nettobetrag seit 6. August 1990 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Hilfsweise hat sie Widerklage erhoben mit dem Antrag

den Kläger zu verurteilen, an sie 1.282,72 DM nebst 8 % Zinsen hieraus seit 14. Juli 1990 zu zahlen.

Der Kläger hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Einen selbständigen, früher verlesenen Antrag auf Feststellung, daß die Beklagte nicht berechtigt ist, von ihm die gezahlte



Lohnfortzahlung zurückzuverlangen, hat der Kläger in der Revisionsverhandlung zurückgenommen.

Die Beklagte hat geltend gemacht, der Kläger habe sich die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen für die Zeiträume vom 8. Mai bis 18. Mai und 25. bis 29. Juni 1990 erschlichen, um sich die Möglichkeit doppelter Einkünfte zu verschaffen. Wenn der Kläger in der fraglichen Zeit nachts einer harten körperlichen Arbeit nachgegangen sei, so sei dies mit der behaupteten Arbeitsunfähigkeit unvereinbar. Wer an einer Bronchitis erkrankt sei, wie dies der Kläger für die Zeit vom 8. bis 18. Mai 1990 behaupte, könne einer Reinigungstätigkeit, wie der Kläger sie bei der D verrichtet habe, nicht nachgehen. Erst recht könne jemand, der an einem Zervikalsyndrom mit ausstrahlenden Schmerzen im Nacken- und Halsbereich gelitten habe, nicht eine derartige Tätigkeit, die dem Fensterputzen vergleichbar sei, ausüben. Aus den eigenen Erklärungen des Klägers ergebe sich, daß er wegen seiner finanziellen Schwierigkeiten sich sowohl den Lohn in ihrem Betrieb als auch die Vergütung von der D habe verschaffen wollen. Da es ihm augenscheinlich physisch nicht möglich gewesen sei, beide Tätigkeiten nebeneinander auszuüben, habe er sich die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen besorgt. Er habe sie damit in betrügerischer Weise um den fortbezahlten Lohn geschädigt.

Jedenfalls sei der dringende Verdacht gerechtfertigt, daß sich der Kläger die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen durch Simulation erschlichen habe. Daß der Kläger die Termine frühzeitig



mit der D abgesprochen habe, spreche dafür, daß er von Anfang an vorgehabt habe, sich unberechtigt krankschreiben zu lassen.

Auf jeden Fall habe sich der Kläger, wenn man davon ausgehe, er sei arbeitsunfähig krank gewesen, grob heilungs- und gesundheitswidrig verhalten. Sein Gesamtverhalten stelle einen Vertrauensbruch dar.

Der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sei erschüttert, so daß sie die Lohnfortzahlung für die Zeit vom 8. bis 18. Mai 1990 zurückverlangen könne, denn nur eine nachgewiesene Arbeitsunfähigkeit begründe ein Recht auf Lohnfortzahlung. Für den Fall, daß die ausgesprochene Aufrechnung gegen die unstreitigen Restlohnansprüche des Klägers für unzulässig angesehen werde, habe sie vorsorglich Widerklage erhoben.

Das Arbeitsgericht hat, soweit der Rechtsstreit noch Gegenstand des Revisionsverfahrens ist, nach den Klageanträgen erkannt und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung der Beklagten gegen dieses Urteil blieb erfolglos. Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten.

### E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist begründet. Das angefochtene Urteil war aufzuheben und der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen, wobei der Senat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht hat.



A. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die fristlose Kündigung der Beklagten vom 5. Juli 1990 habe das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht beendet. Zwar sei es an sich geeignet, einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung zu bilden, wenn der Arbeitnehmer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen erschleiche, den Arbeitgeber bewußt über das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit täusche und ihn in betrügerischer Absicht um die Lohnfortzahlung schädige. Der darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten sei jedoch nicht der Nachweis gelungen, daß ein derartiger Fall vorliege. Die unstreitigen tatsächlichen Gegebenheiten ließen zwar berechnete Zweifel daran zu, daß der Kläger in den beiden streitigen Zeiträumen arbeitsunfähig krank gewesen sei. Ein verständiger Mensch werde, wenn er unter den vom Kläger angegebenen Krankheiten leide, nicht nachts solche Arbeiten verrichten, wie sie der Kläger für die D erledigt habe. Es sei aber gerichtsbekannt, daß es immer wieder Arbeitnehmer gebe, die, obwohl sie arbeitsunfähig krank seien, die geschuldete Arbeitsleistung erbrächten. Aus der Tätigkeit des Klägers für die D lasse sich deshalb noch nicht der Schluß ziehen, der Kläger habe die fraglichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen erschlichen. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, daß dem Kläger die Arbeit in beiden Beschäftigungsverhältnissen nebeneinander unmöglich gewesen sei. Auch das eingeholte Sachverständigengutachten vom 29. Juni 1992 führe nicht zu einem anderen Ergebnis. Aus der nächtlichen Tätigkeit des Klägers für die D könne nicht zwingend geschlossen werden, daß der Kläger in den fraglichen Zeiträumen arbeitsfähig gewesen sei. Bei einer Erkrankung wegen eines Zervikalsyndroms könnten medikamentöse Maßnahmen, insbesondere Injektionen, einen



zeitlich begrenzten Arbeitseinsatz trotz Fortbestehens der Krankheit erlauben. Auch bei einer Erkrankung wegen einer Bronchitis könne unter Belastung der körperlichen Reserve des Organismus willentlich unter verstärkter Anstrengung eine Arbeitsleistung auch mit erschwerten Bedingungen, wie sie unter anderem Nacharbeit darstelle, kurzfristig erbracht werden. Den nächtlichen Einsätzen könne teilweise auch eine subjektiv empfundene Minderung der krankheitsbedingten Beschwerden noch vor der vollständigen Gesundung des Organismus zugrundegelegt haben.

Wenn danach der Beklagten der Nachweis nicht gelungen sei, daß der Kläger die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen erschlichen habe, so scheitere eine Verdachtskündigung schon daran, daß die Beklagte den Kläger zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen nicht angehört habe. Die Beklagte habe nicht davon ausgehen können, daß der Kläger von vorneherein nicht bereit gewesen wäre, an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuarbeiten.

Die fristlose Kündigung könne auch nicht darauf gestützt werden, daß der Kläger durch seine Arbeit bei der D eine Pflicht zu gesundheitsförderndem Verhalten schuldhaft verletzt habe. Der Vorwurf, der Kläger habe sich genesungswidrig verhalten, ergebe aber schon deshalb keinen Kündigungsgrund, weil eine solche Pflichtverletzung dem Leistungsbereich zuzurechnen sei, es aber an der erforderlichen Abmahnung fehle. Der Kläger habe sich vor allem sich selbst gegenüber unvernünftig verhalten. Nehme man eine entsprechende Verpflichtung zu gesundheitsförderndem Verhalten für gegeben an, so habe der Kläger gegenüber der Beklagten diese Pflicht zwar verletzt, von einer Störung im Vertrauensbe-



reich gehe die Beklagte jedoch nur deshalb aus, weil sie ihren Verdacht, der Kläger sei in Wahrheit nicht arbeitsunfähig krank gewesen, mit dem Vorwurf vermenge, der kranke Kläger habe die Pflicht zu gesundheitsförderndem Verhalten verletzt.

Eine Umdeutung der fristlosen Kündigung in eine fristgerechte Kündigung komme nicht in Betracht; eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung wäre aus den gleichen Gründen sozial ungerechtfertigt.

Soweit die Beklagte einen Rückzahlungsanspruch geltend mache, sei ihre Klage nicht schlüssig. Bei allen denkbaren Anspruchsgrundlagen müsse die Beklagte den Nachweis dafür erbringen, der Kläger sei in dem fraglichen Zeitpunkt nicht arbeitsunfähig krank gewesen. Dieser Nachweis sei der Beklagten nicht gelungen.

B. Dem ist weder im Ergebnis noch in der Begründung zu folgen.

I. Ob die außerordentliche, fristlose Kündigung der Beklagten das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgelöst hat, kann noch nicht abschließend beurteilt werden, weil die entsprechenden tatsächlichen Feststellungen durch das Berufungsgericht fehlen, was zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung führt.

1. In erster Linie stützt die Beklagte die Kündigung auf das Vortäuschen einer Krankheit.



a) Zutreffend geht insoweit das Berufungsgericht davon aus, es könne einen wichtigen Grund im Sinne von § 626 BGB zur fristlosen Kündigung darstellen, wenn der Arbeitnehmer unter Vorlage eines Attestes der Arbeit fernbleibt und sich Lohnfortzahlung gewähren läßt, obwohl es sich in Wahrheit nur um eine vorgetäuschte Krankheit handelt. Wenn nach allgemeiner Meinung schon der dringende Verdacht, der Arbeitnehmer habe sich eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung mit unlauteren Mitteln erschlichen, einen wichtigen Grund zur Kündigung darstellen kann (KR-Hillebrecht, 3. Aufl., § 626 BGB Rz 320; LAG Düsseldorf, Urteil vom 3. Juni 1981 - 22 Sa 203/81 - EzA § 626 BGB n.F. Nr. 78), so kann es erst recht keinem Zweifel unterliegen, daß ein Arbeitnehmer, der nachgewiesenermaßen seine Krankheit nur vortäuscht, dadurch eine schwere Vertragsverletzung begeht, die je nach den Umständen des Einzelfalls eine fristlose Kündigung rechtfertigen kann (vgl. z.B. Lepke, Kündigung bei Krankheit, 8. Aufl., S. 227, m.w.N.; Erman/Hanau, BGB, 9. Aufl., § 626 Rz 50; MünchKomm-Schwerdtner, BGB, 2. Aufl., § 626 Rz 93; Knorr/Bichlmeier/Kremhelmer, Handbuch des Kündigungsrechts, 3. Aufl., S. 397, Rz 130). Der Arbeitnehmer wird hier regelmäßig sogar einen vollendeten Betrug begangen haben, denn durch Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung hat er den Arbeitgeber unter Vortäuschung falscher Tatsachen dazu veranlaßt, ihm unberechtigtweise Lohnfortzahlung zu gewähren.

b) Soweit das Berufungsgericht allerdings einen entsprechenden Nachweis nicht als erbracht ansieht, ist dies rechtsfehlerhaft. Zwar hat sich gemäß § 286 ZPO der Tatrichter seine Überzeugung darüber, ob eine streitige Behauptung wahr ist oder nicht, unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Er-



gebnisses einer durchgeführten Beweisaufnahme zu bilden. Das Revisionsgericht kann nur prüfen, ob die Würdigung des Berufungsgerichts möglich ist, nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt, wesentliche Punkte außer Acht läßt oder die Revision zulässige und begründete Verfahrensrügen erhoben hat (BAG Urteil vom 3. April 1986 - 2 AZR 324/85 - AP Nr. 18 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; BAG Urteil vom 5. November 1992 - 2 AZR 147/92 - AP Nr. 4 zu § 626 BGB Krankheit). Schon der Ausgangspunkt der tatrichterlichen Würdigung durch das Berufungsgericht ist jedoch unzutreffend.

c) Das Berufungsgericht verkennt die Behauptungs- und Beweislast, wenn es zwar den Beweiswert des ärztlichen Attestes als erschüttert bzw. entkräftet ansieht, trotzdem aber von der Beklagten den zwingenden Nachweis verlangt, der Kläger sei nicht arbeitsunfähig krank gewesen.

aa) Da die verhaltensbedingte Kündigung als Kündigungsgrund eine Vertragsverletzung des Arbeitnehmers voraussetzt, die der Arbeitgeber nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG zu beweisen hat, obliegt dem Arbeitgeber nicht nur der Nachweis dafür, daß der Arbeitnehmer überhaupt gefehlt hat, sondern auch dafür, daß er unentschuldigt gefehlt hat, daß also die vom Arbeitnehmer behauptete Krankheit nicht vorliegt; dies ergibt sich schon daraus, daß jede Partei die ihr günstigen Tatbestandsmerkmale zu beweisen hat (vgl. dazu und zum folgenden BAG Urteil vom 12. August 1976 - 2 AZR 237/75 - AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969; Urteil vom 6. August 1987 - 2 AZR 226/87 - AP Nr. 97 zu § 626 BGB, zu II 2 a der Gründe; Urteil vom 6. September 1989 - 2 AZR 118/89 - AP Nr. 22 zu § 1 KSchG 1969



Krankheit; Urteil vom 31. Mai 1990 - 2 AZR 535/89 - n.v., zu II 2 a der Gründe; Urteil vom 19. Dezember 1991 - 2 AZR 367/91 - n.v., zu B I 2 a und b der Gründe; Baumgärtel/v. Altrock, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 2. Aufl., § 611 BGB Anh. Kündigungsschutzprozeß Rz 46; Ascheid, Beweislastfragen im Kündigungsschutzprozeß, S. 118 ff.; KR-Hillebrecht, 3. Aufl., § 626 BGB Rz 276 f.). Wenn es danach zum Vortrag des Arbeitgebers gehört, daß der Arbeitnehmer unentschuldigt gefehlt hat, muß der Arbeitnehmer seinerseits nach § 138 Abs. 2 ZPO substantiiert im einzelnen vortragen, warum sein Fehlen als entschuldigt anzusehen ist. Nur diese vom Arbeitnehmer behaupteten Tatsachen hat der Arbeitgeber zu widerlegen. Beruft sich der Arbeitnehmer auf eine Krankheit, so hat er, solange ein ärztliches Attest nicht vorgelegt ist, vorzutragen, welche tatsächlichen physischen oder psychischen Hintergründe vorgelegen haben und wo er sich zum fraglichen Zeitpunkt aufgehalten hat. Der Arbeitgeber hat das zu widerlegen.

bb) Legt der Arbeitnehmer ein ärztliches Attest vor, so begründet dieses in der Regel den Beweis für die Tatsache der arbeitsunfähigen Erkrankung. Ein solches Attest hat einen hohen Beweiswert, denn es ist der gesetzlich vorgesehene und wichtigste Beweis für die Tatsache der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit. Bezweifelt der Arbeitgeber die 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, dann muß er die Umstände, die gegen die Arbeitsunfähigkeit sprechen, näher darlegen und notfalls beweisen, um dadurch die Be-



weiskraft des Attestes zu erschüttern (BAG Urteil vom 15. Juli 1992 - 5 AZR 312/91 - AP Nr. 98 zu § 1 LohnFG; BAGE 28, 144 = AP Nr. 2 zu § 3 LohnFG; BAG Urteil vom 4. Oktober 1978 - 5 AZR 326/77 - AP Nr. 3 zu § 3 LohnFG; BAGE 48, 115 = AP Nr. 4 zu § 3 LohnFG).

cc) Ist es dem Arbeitgeber allerdings gelungen, den Beweiswert der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu erschüttern bzw. zu entkräften, so tritt hinsichtlich der Behauptungs- und Beweislast wieder derselbe Zustand ein, wie er vor Vorlage des Attestes bestand. Jedenfalls muß dann der Arbeitgeber nicht, wie es offensichtlich das Berufungsgericht meint, "zwingend" nachweisen, daß irgendeine Krankheit überhaupt nicht vorgelegen haben kann. Es ist vielmehr wiederum Sache des Arbeitnehmers, nunmehr angesichts der Umstände, die gegen eine Arbeitsunfähigkeit sprechen, weiter zu substantiieren, welche Krankheiten vorgelegen haben, welche gesundheitlichen Einschränkungen bestanden haben, welche Verhaltensmaßregeln der Arzt gegeben hat, welche Medikamente z.B. bewirkt haben, daß der Arbeitnehmer zwar immer noch nicht die geschuldete Arbeit bei seinem Arbeitgeber verrichten konnte, aber zu leichten anderweitigen Tätigkeiten in der Lage war. Erst wenn der Arbeitnehmer insoweit seiner Substantiierungspflicht nachgekommen ist und ggf. die behandelnden Ärzte von ihrer Schweigepflicht entbunden hat, muß der Arbeitgeber aufgrund der ihm obliegenden Beweislast den konkreten Sachvortrag des Arbeitnehmers widerlegen. Mit der Patientenkartei und der Vernehmung des behandelnden Arztes kommen dabei regelmäßig Beweismittel in Betracht, die eine weitere Sachaufklärung versprechen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Es ist in derartigen Fällen auch stets zu prüfen, ob die Umstände, die den Beweiswert des ärztlichen Attests erschüttern, nicht als so gravierend anzusehen sind, daß sie ein starkes Indiz für die Behauptung des Arbeitgebers darstellen, die Krankheit sei nur vorgetäuscht gewesen, so daß der Arbeitnehmer dieses Indiz entkräften muß.

dd) Das Landesarbeitsgericht hat die Darlegungs- und Beweislast verkannt; was die Revision zutreffend rügt. Es sieht angesichts der unstreitigen Tätigkeit des Klägers bei der D den Beweiswert des ärztlichen Attestes zwar als erschüttert, wenn nicht gar entkräftet an, anstatt nun aber vom Kläger eine weitere Substantiierung zu verlangen, aufgrund welcher Tatsachen davon ausgegangen werden kann, daß er bei der D hat arbeiten können, seine Arbeit bei der Beklagten aber nicht verrichten konnte, hat es den fehlenden Sachvortrag des Klägers durch Spekulationen über mögliche Krankheitsverläufe ersetzt, die keine der Parteien vorgebracht hatte. Die Beklagte mußte nicht die rein theoretische Möglichkeit widerlegen, daß z.B. der Kläger durch Medikamenteneinnahme oder Spritzen jeweils in den Nächten, in denen er bei der D gearbeitet hat, plötzlich arbeitsfähig war, um dann morgens um 7.00 Uhr, wenn er bei der Beklagten seine Arbeit hätte verrichten müssen, wieder wegen der Bronchitis bzw. des Zervikalsyndroms arbeitsunfähig krank zu sein. Der Arbeitgeber ist nicht, wie das Arbeitsgericht annimmt, beweisfällig geblieben, weil lediglich die theoretische Möglichkeit besteht, daß doch eine Krankheit vorlag, die zur Arbeitsunfähigkeit führte.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



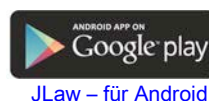
d) Das Berufungsgericht hat auch den Prüfungsmaßstab des § 286 ZPO verkannt. Wenn es in dieser Bestimmung heißt, das Gericht habe unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder nicht für wahr zu erachten sei, so wird mehr als eine subjektive Überzeugung damit nicht gefordert. Absolute Gewißheit zu verlangen, hieße die Grenze menschlicher Erkenntnisfähigkeit zu ignorieren (Zöllner/Greger, ZPO, 18. Aufl., § 286 Rz 19; Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 59 ff. insbesondere S. 65). Rechtsfehlerhaft ist es daher, einen Beweis deswegen nicht als erbracht anzusehen, weil keine absolute, über jeden denkbaren Zweifel erhabene Gewißheit gewonnen werden konnte. Der Richter muß sich vielmehr mit einer persönlichen Gewißheit begnügen, die den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (BGHZ 53, 245, 256; BGHZ 61, 165, 169).

Daß das Berufungsgericht hier von einem falschen Maßstab ausgegangen ist, zeigt sich schon an den ergänzenden Hinweisen an den Sachverständigen. Nachdem der Sachverständige in seinem ersten Gutachten Ausführungen gemacht hatte, die - ausgehend von dem Beweisbeschluß - durchaus entscheidende Gesichtspunkte enthielten, die gegen eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers sprachen, hat der Vorsitzende ein Ergänzungsgutachten zu der Frage angefordert, ob aus der Tätigkeit des Klägers für die D in gleicher Weise zwingend geschlossen werden könne, der Kläger sei nicht arbeitsunfähig krank gewesen, wie dies bei einem Berufsvolleyballspieler der Fall sei, der mit der Diagnose "Bruch von Elle und



Speiche des Wurfarms" krankgeschrieben sei, dann aber bei einem Handballspiel angetroffen werde. Wenn das Landesarbeitsgericht nur das Ergänzungsgutachten, das die so präzierte Beweisfrage verneinte, bei seiner Entscheidungsfindung berücksichtigt hat, so ergibt sich daraus, daß es die Anforderungen an das Beweismaß überspannt hat. Bei der Prüfung der Frage, inwieweit eine anderweitig verrichtete Tätigkeit dem Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit widersprechen kann, hat es eine absolute Sicherheit verlangt, die praktisch nur in solch einem atypischen Fall zu erreichen ist, wie ihn das Landesarbeitsgericht dem Sachverständigen geschildert hat. In der überwiegenden Mehrzahl der denkbaren Fälle ist auch bei sorgfältiger ärztlicher Begutachtung eine solche, fast mathematisch nachzuprüfende Sicherheit nicht zu erlangen. Trotzdem muß sich das Gericht seine Überzeugung bilden, um eine persönliche Gewißheit von dem tatsächlichen Hergang zu erreichen, die vernünftigen Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.

e) Davon abgesehen ist auch die tatrichterliche Würdigung hinsichtlich der Frage, ob aus der Tätigkeit des Klägers für die D geschlossen werden kann, daß der Kläger die Arbeitsunfähigkeit nur vorgetäuscht hat, angesichts der beschränkten Befugnisse des Revisionsgerichts bei der Nachprüfung der Beweiswürdigung als rechtsfehlerhaft anzusehen. Die Revision rügt zu Recht, das Berufungsgericht habe das eigene Vorbringen des Klägers in der mündlichen Verhandlung vom 7. November 1990 vor dem Arbeitsgericht überhaupt nicht gewürdigt und damit bei der tatrichterlichen Würdigung einen wesentlichen Punkt außer acht gelassen. Wenn danach der Kläger selbst eingeräumt hat, es sei schwierig, beide Tätig-



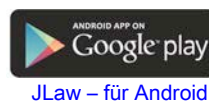
keiten nebeneinander zu verrichten, und er trotzdem wegen seiner Geldprobleme jeweils am Monatsanfang der D mitgeteilt hat, an welchen Tagen er eingesetzt werden wollte, so ist dies ein gewichtiges Indiz, das gegen die Krankheit des Klägers in den fraglichen Zeiträumen sprechen kann und das bei der Beweismwürdigung jedenfalls hätte berücksichtigt werden müssen. Es ist zudem als unvollständige Beweismwürdigung anzusehen, wenn das Berufungsgericht das zweite Sachverständigengutachten vor allem in dem Teil ausführlich würdigt, der Tatsachen behandelt, die keine der Parteien vorgetragen hat, während es auf das erste Sachverständigengutachten mit keinem Wort eingeht.

f) Ob der Kläger eine Krankheit nur vorgetäuscht hat, erfordert nach alledem eine weitere Sachaufklärung. Der Kläger wird seinen Tatsachenvortrag entsprechend den vorstehenden Äußerungen zu ergänzen haben. Tut er dies in hinreichender Weise, so wird das Berufungsgericht dem Beweisantritt auf Vernehmung der behandelnden Ärztin nachzugehen haben. Bleiben dann noch Unklarheiten, so wird zu erwägen sein, ob ein ergänzendes Sachverständigengutachten sachdienlich sein kann. Erst dann ist eine abschließende Beurteilung möglich, ob der Kläger in den fraglichen Zeiträumen entschuldigt oder unentschuldigt gefehlt hat und ob gegebenenfalls sein unentschuldigtes Fehlen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und der beiderseitigen Interessen einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung darstellen kann.

Bei der Würdigung wird das Berufungsgericht folgende Umstände zu berücksichtigen haben, die für das Vorliegen einer vorgetäuschten Krankheit sprechen könnten: Wenn der Kläger vor dem Ar-



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



beitsgericht geäußert hat, er glaube, er habe seiner Ärztin gesagt, daß er auch nachts arbeite, so ist nicht auszuschließen, daß - stellt sich seine Behauptung als wahr heraus - die Ärztin den Kläger allein deshalb arbeitsunfähig krankgeschrieben hat, weil sie die Doppelbelastung für gesundheitlich nicht vertretbar hielt. Der Kläger hat auch nicht etwa nur gegen Ende der Arbeitsunfähigkeitszeit bei der D gearbeitet, beim ersten Krankheitszeitraum liegen vielmehr zwei Atteste vor, es steht also fest, daß der Kläger im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit seiner Krankschreibung nachts gearbeitet hat, bei dem zweiten Krankheitszeitraum ist der Kläger sogar am 25. Juni beim Arzt gewesen und hat dennoch in der Nacht vom 25. zum 26. Juni 1990 bei der D gearbeitet. Daß beide Tätigkeiten nebeneinander kaum zu bewältigen waren, ergibt sich zum einen aus der eigenen Erklärung des Klägers, zum anderen hat der Kläger ausweislich der von der Beklagten vorgelegten Lohnliste im Anschluß an eine der wenigen Nachtschichten, die nicht durch eine Arbeitsunfähigkeit abgedeckt waren, am 18. Juni 1990 unentschuldigt gefehlt. Auch das Verhalten des Klägers im Prozeß, wonach er zunächst falsche Daten über seine Tätigkeit bei der D angegeben und die ihn behandelnde Ärztin zunächst überhaupt nicht und dann nur eingeschränkt von der Schweigepflicht entbunden hat, spricht eher gegen seine Darstellung.

2. Soweit die Beklagte die fristlose Kündigung auf den Verdacht stützt, der Kläger habe seine Erkrankung lediglich vorgetäuscht, geht das angefochtene Urteil zu Recht davon aus, daß eine Verdachtskündigung schon an der fehlenden Anhörung des Klägers scheitert. Verletzt der Arbeitgeber schuldhaft die ihm obliegende



Pflicht, den Arbeitnehmer vor Ausspruch einer Verdachtskündigung zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen zu hören, ist die auf den Verdacht gestützte Kündigung unwirksam (Senatsurteile vom 11. April 1985 - 2 AZR 239/84 - BAGE 49, 39 = AP Nr. 39 zu § 102 BetrVG 1972 und vom 30. April 1987 - 2 AZR 283/86 - AP Nr. 19 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung). Den Arbeitgeber trifft nur dann kein Verschulden, wenn der Arbeitnehmer von vornherein nicht bereit ist, sich zu den Verdachtsgründen substantiiert zu äußern. Da ein solcher Ausnahmefall nicht vorliegt, ist die Kündigung als Verdachtskündigung unwirksam, die Beklagte greift insoweit mit der Revision das Berufungsurteil auch nicht an.

3. Selbst wenn man zugunsten des Klägers unterstellt, er sei in der fraglichen Zeit arbeitsunfähig krank gewesen, so läßt sich die Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung nicht mit dem Fehlen einer Abmahnung begründen.

a) Zu Recht geht das Landesarbeitsgericht zunächst davon aus, ein arbeitsunfähig krankgeschriebener Arbeitnehmer sei verpflichtet, sich so zu verhalten, daß er möglichst bald wieder gesund wird und alles zu unterlassen hat, was seine Genesung verzögern könnte, und daß die Verletzung dieser aus der Treupflicht des Arbeitnehmers herzuleitenden Pflicht unter Umständen geeignet ist, eine Kündigung zu rechtfertigen (BAG Urteil vom 11. November 1965 - 2 AZR 69/65 - AP Nr. 40 zu § 1 ArbKrankhG; BAG Urteil vom 13. November 1979 - 6 AZR 934/77 - AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit), wobei in schwerwiegenden Fällen auch eine fristlose Kündigung in Betracht kommt.



Zu Unrecht läßt aber das Landesarbeitsgericht die Wirksamkeit der Kündigung von vornherein an der fehlenden Abmahnung des Klägers scheitern. Bei dem Sachverhalt, den das Berufungsgericht zugunsten der Beklagten unterstellt, war vor Ausspruch der fristlosen Kündigung keine Abmahnung des Klägers erforderlich. Wer, obwohl er arbeitsunfähig krankgeschrieben ist, den Heilungserfolg dadurch gefährdet, daß er während seiner Krankheit schichtweise einer Vollzeitbeschäftigung, noch dazu des Nachts unter teilweise erschwerten Arbeitsbedingungen nachgeht, verstößt nicht nur gegen Leistungspflichten, sondern zerstört das Vertrauen des Arbeitgebers in seine Redlichkeit. Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob solche Verstöße grundsätzlich dem Vertrauensbereich zuzuordnen sind (vgl. Lepke, Kündigung bei Krankheit, 8. Aufl., S. 222, Anm. 39, m.w.N.; Beckerle/Schuster, Die Abmahnung, 3. Aufl., Rz 46, LAG München Urteil vom 9. September 1982 - 6 Sa 94/82 - DB 1983, 1931). Es liegt jedenfalls auch eine Pflichtwidrigkeit im Leistungsbereich vor, wobei einer der Ausnahmefälle gegeben ist, in denen auch bei Störungen im Leistungsbereich eine fristlose Kündigung ohne Abmahnung gerechtfertigt ist. Entscheidend ist, dies hat die Rechtsprechung stets betont, daß eine sofortige Kündigung ohne vorherige Abmahnung bei besonders groben Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers stets dann möglich ist, wenn dem Arbeitnehmer seine Pflichtwidrigkeit ohne weiteres erkennbar ist und er mit der Billigung seines Verhaltens durch den Arbeitgeber nicht rechnen konnte (BAGE 31, 153 = AP Nr. 1 zu § 64 SeemG; BAG Urteil vom 12. Juli 1984 - 2 AZR 320/83 - AP Nr. 32 zu § 102 BetrVG 1972, zu B III 3 b der Gründe). In solchen Fällen muß dem Arbeitnehmer bewußt sein, daß er seinen Arbeitsplatz aufs



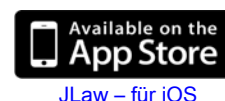
Spiel setzt. Ein derart grober Pflichtverstoß wäre hier anzunehmen, würde das zutreffen, was das Landesarbeitsgericht, ohne es näher zu prüfen, zugunsten der Beklagten unterstellt, daß nämlich der Kläger die Zeit seiner Arbeitsunfähigkeit dadurch verlängert hat, daß er trotz seiner Krankheit die Nachtschichten bei der D geleistet hat. Kein Arbeitgeber, der während einer Erkrankung seines Arbeitnehmers Lohnfortzahlung zu leisten hat, wird es dulden, daß der Arbeitnehmer zur Verbesserung seines Einkommens während der Krankheit nebenher in Nachtschicht bei einem anderen Arbeitgeber arbeitet und damit die Dauer seiner Arbeitsunfähigkeit, für die der Arbeitgeber Lohnfortzahlung zu leisten hat, verlängert, was der Sachverständige im vorliegenden Fall zumindest in seinem ersten Gutachten ausdrücklich bestätigt hat. Daß ein Arbeitnehmer, der so handelt, seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis grob verletzt und nicht damit rechnen kann, daß sein Verhalten lediglich mit einer Abmahnung geahndet wird, kann nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden. Der Kläger mußte davon ausgehen, die Beklagte werde auf ein Verhalten, wie er es gezeigt hat, mit einer sofortigen fristlosen Kündigung reagieren. Wenn der Kläger im Prozeß zunächst wahrheitswidrig behauptet hat, seine für wenige Nächte vorgesehene Nebentätigkeit habe in einer leichten Putzarbeit bestanden, die er problemlos ohne Vernachlässigung seiner Arbeit bei der Beklagten habe bewältigen können, so spricht dies dafür, daß der Kläger selbst davon ausging, die Beklagte brauche die Nebentätigkeit nicht hinzunehmen.

b) Soweit das Berufungsgericht davon ausgeht, der Kläger habe sich hauptsächlich sich selbst gegenüber unvernünftig verhalten,



hätte es prüfen müssen, ob nicht ein Pflichtverstoß auch darin gesehen werden muß, daß der Kläger, wenn er sich schon einmal dazu entschlossen hatte, während der Zeit seiner Arbeitsunfähigkeit weiterzuarbeiten, dies nicht in seinem "Hauptarbeitsverhältnis" bei der Beklagten, sondern zur Erzielung eines Nebenverdienstes bei einem anderen Arbeitgeber getan hat. Es geht hier nicht um Nebentätigkeiten von so geringem Ausmaß oder so leichter Art, daß bei fortbestehender Arbeitspflicht die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung aus dem Hauptarbeitsverhältnis nicht beeinträchtigt wäre (vgl. zu einem derartigen Fall BAG Urteil vom 13. November 1979 - 6 AZR 934/77 - AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit). Hier ergibt sich aus den eigenen Erklärungen des Klägers und ist auch unmittelbar einsichtig, daß seine Arbeitsleistung bei der Beklagten erheblich beeinträchtigt wurde, wenn er vor seiner Tagschicht bei der Beklagten ohne entsprechende Ruhezeit bei der D eine Nachtschicht absolvierte. In einem derartigen Fall ist der Arbeitnehmer verpflichtet, seine "Restarbeitsfähigkeit" jedenfalls in seinem Hauptarbeitsverhältnis zu verwerten (Willemsen, DB 1981, 2619, 2620; Herschel, Anm. zu AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit). War der Kläger in der Lage, acht Stunden zu arbeiten, so mußte er dies in seinem Arbeitsverhältnis bei der Beklagten tun und nicht in seiner Nebenbeschäftigung bei der D. Dies gilt um so mehr, als der Kläger ohne Verletzung der AZO eine derartig umfangreiche Nebentätigkeit überhaupt nicht übernehmen konnte.

Auch ein solcher Pflichtverstoß scheitert nicht an der fehlenden Abmahnung. Zieht es ein Arbeitnehmer vor, während seiner



Arbeitsunfähigkeit in erheblichem Umfang bei einem anderen Arbeitgeber zu arbeiten, um so seine Bezüge aufzubessern, so muß er es von vornherein als ausgeschlossen ansehen, daß ein solches Verhalten von seinem Arbeitgeber gebilligt und/oder lediglich mit einer Abmahnung geahndet wird.

c) Ob der Kläger, geht man von seiner Arbeitsunfähigkeit aus, seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis verletzt hat und diese Pflichtverletzungen auch ohne Abmahnung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen (§ 626 BGB) eine fristlose Kündigung rechtfertigen, hat das Landesarbeitsgericht - von seinem Standpunkt aus konsequent - nicht geprüft. Diese Prüfung wird nachzuholen sein, soweit es auf diesen Sachverhalt überhaupt noch ankommt und die fristlose Kündigung sich nicht schon wegen Vortäuschens einer Krankheit durch den Kläger als gerechtfertigt erweist.

II. Auch soweit das Berufungsgericht die Umdeutung der fristlosen Kündigung in eine fristgerechte Kündigung geprüft und festgestellt hat, eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung sei nach § 1 KSchG sozial ungerechtfertigt, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Das Landesarbeitsgericht stützt sein Urteil insoweit auf die gleichen Überlegungen, mit denen es die Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung begründet. Die - kurze - Begründung spricht dafür, daß in dem Urteil nicht hinreichend zwischen dem unterschiedlichen Prüfungsmaßstab bei einer fristlosen (§ 626 BGB) und einer fristgerechten Kündigung (§ 1 KSchG) differenziert worden ist. Dies kann aber letztlich dahinstehen, denn jedenfalls



läßt sich das angefochtene Urteil, soweit es auch die fristgerechte Kündigung für unwirksam ansieht, mit der gegebenen Begründung - wie bereits dargelegt - nicht halten. Sollte die erneute Prüfung ergeben, daß es für eine fristlose Kündigung am wichtigen Grund fehlt, so bleibt zu prüfen, ob das Vortäuschen einer Krankheit durch den Kläger oder bei vorhandener Arbeitsunfähigkeit eine sonstige Pflichtverletzung wenigstens eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung sozial rechtfertigt. Da das Berufungsgericht insoweit unter Berücksichtigung des Prüfungsmaßstabs des § 1 KSchG überhaupt noch keine Prüfung vorgenommen hat, sieht der Senat von weiteren Hinweisen ab.

III. Auch soweit das Arbeitsgericht die Beklagte zur Lohnzahlung in Höhe von 1.282,72 DM brutto nebst Zinsen verurteilt hat, obwohl die Beklagte in dieser Höhe mit einem Rückzahlungsanspruch wegen der in der Zeit vom 8. bis 18. Mai 1990 geleisteten Lohnfortzahlung aufgerechnet hat, und in dem gleichen Umfang die Widerklage der Beklagten abgewiesen hat, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

a) Die Beklagte stützt die Aufrechnung auf einen Rückzahlungsanspruch nach § 812 BGB und hat wegen dieses Anspruchs hilfsweise Widerklage erhoben. Insoweit ist der Rechtsstreit noch nicht zur Entscheidung reif, da die Frage noch nicht geklärt ist, ob der Kläger arbeitsunfähig krank war oder eine Krankheit nur vorgehtäuscht hat. Zur Behauptungs- und Beweislast gelten dabei im Ergebnis die gleichen Ausführungen wie zur Kündigung. Zwar trägt



beim Lohnfortzahlungsanspruch der Arbeitnehmer grundsätzlich die Behauptungs- und Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen, also für das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit. Hier macht jedoch die Beklagte einen Rückzahlungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alternative BGB geltend. Die Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs hat der Anspruchsberechtigte zu beweisen, ihn trifft insbesondere die Behauptungs- und Beweislast für das Fehlen eines rechtlichen Grundes. Damit hat die Beklagte zu beweisen, daß sie an den Kläger ohne Rechtsgrund Lohnfortzahlung geleistet hat, daß der Kläger also nicht arbeitsunfähig krank war. Für andere Anspruchsgrundlagen, z.B. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, gilt das gleiche. Die Frage, ob der Kläger in der fraglichen Zeit arbeitsunfähig krank war, beurteilt sich damit nach den gleichen Maßstäben, wie sie schon bei der Prüfung des Vortäuschens einer Krankheit als Kündigungsgrund dargelegt worden sind. Die aufgezeigten Rechtsfehler bei der Prüfung der Arbeitsunfähigkeit des Klägers wirken sich deshalb auch auf den Rückzahlungsanspruch aus, so daß auch insoweit das angefochtene Urteil aufzuheben und der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen ist.

b) Ob der durch die Beklagte erklärten Aufrechnung nach § 394 BGB Pfändungsgrenzen entgegenstehen und es deshalb auf die von der Beklagten hilfsweise erhobene Widerklage ankommt, hängt von der durch das Landesarbeitsgericht nach Zurückverweisung vorzunehmenden Prüfung ab, ob der Kläger die Beklagte vorsätzlich ge-



schädigt hat, indem er sie veranlaßt hat, ihm für eine bloß vor-  
getäuschte Krankheit Lohnfortzahlung zu gewähren (§ 263 StGB).

Bitter

Bröhl

Böck

Binzek

Dr. Bobke



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)