

Titel:

Außerordentliche Kündigung nach Vortäuschen der Impfunfähigkeit

Normenketten:

BGB § 241 Abs. 2, § 626

IfSG § 20a

BayPersVG Art. 72 Abs. 1, Art. 77 Abs. 1, Abs. 4

Leitsatz:

Für den Fall der Täuschung des Arbeitgebers, der eine Pflege- und Gesundheitseinrichtung iSd § 20a Abs. 1 IfSG betreibt, über einen der Vorschrift entsprechenden, gültigen Immunitätsnachweis gegen COVID-19 ist von einem wichtigen Grund an sich wegen einer schweren Verletzung vertraglicher Nebenpflichten auszugehen (Anschluss an LAG Schleswig-Holstein BeckRS 2022, 40779; Bestätigung von LAG Nürnberg BeckRS 2023, 23229; s. auch LAG Nürnberg BeckRS 2023, 28203; zur Abgrenzung s. LAG Nürnberg BeckRS 2023, 28219). (Rn. 31 und 32 – 42) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Arbeitsverhältnis, außerordentliche Kündigung, wichtiger Grund, einrichtungsbezogene Impfpflicht, Impfnachweis, Impfunfähigkeit, Bescheinigung, Nebenpflicht, Abmahnung, SARS-CoV-2, COVID-19, Personalratsanhörung

Vorinstanz:

ArbG Bamberg, Endurteil vom 15.09.2022 – 1 Ca 183/22

Tenor

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Endurteil des Arbeitsgerichts Bamberg vom 15.09.2022, Az.: 1 Ca 183/22, abgeändert. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer von der Beklagten ausgesprochenen außerordentlichen sowie einer ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses zwischen ihnen, um dessen weiteren Fortbestand und um den Anspruch der Klägerin auf tatsächliche Weiterbeschäftigung, zuletzt auch um die Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf Antrag der Klägerin.

2

Die Klägerin ist Diplom-Pädagogin und seit dem 04.05.2020 als Ordnungstherapeutin für ein monatliches Bruttoarbeitsentgelt in Höhe von zuletzt 3.073,03 € beschäftigt.

3

Die Beklagte betreibt Krankenhäuser und beschäftigt insgesamt ca. 4000 Arbeitnehmer. Sie ist eine Pflege- und Gesundheitseinrichtung im Sinne des § 20a IfSG. Es besteht ein Personalrat.

4

Die Klägerin wurde – wie die anderen Mitarbeiter der Beklagten – mit Schreiben vom 03.01.2022 (Anlage B 1, Bl. 54 d.A.) auf die eingeführte Impfpflicht gem. § 20a Infektionsschutzgesetz (IfSG) hingewiesen. Sie wurde gebeten, dieser Verpflichtung zur vollständigen Impfung umgehend nachzukommen, da der Beklagten bislang keine entsprechende Dokumentation im Mitarbeiterportal vorliege und der vollständige Impfschutz bis 15.03.2022 bestehen müsse. Den Nachweis der Impfpflicht sollte sie bis spätestens 15.03.2022 durch Eintrag im Mitarbeiterportal anhand eines Impfnachweises (2-fache Covid-Schutzimpfung), eines Genesenennachweises oder „ein ärztliches Zeugnis über eine medizinische

Kontraindikation, aufgrund derer sie nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft werden“ könne, erbringen (Fettdruck wie im Anschreiben).

5

Die Klägerin legte daraufhin am 28.01.2022 eine auf ihren Namen und ihre Adresse ausgestellte „Bescheinigung einer vorläufigen Impfunfähigkeit gegen das Coronavirus SARS-CoV-2“ vor (Anlage B 2, Bl. 55 d.A.). Als Aussteller dieser Bescheinigung, die das Datum 02.01.2022 trägt, geht die Ärztin Dr. med. M... hervor. In der Bescheinigung heißt es u.a., dass die ausstellende Ärztin aufgrund „ihrer ärztlichen Einschätzung und Bewertung der Angaben des Patienten“ nach „freiem Ermessen“ zu folgender Einschätzung komme:

„Dieser Patient muss vor einer Impfung mit Covid-19-Impfstoffen eine Überempfindlichkeit gegen einzelne Inhaltsstoffe von einem Facharzt für Allergologie überprüfen lassen. Eine Unverträglichkeit einzelner Bestandteile der aktuell zugelassenen Covid-19-Impfstoffe stellt eine endgültige Impfunfähigkeit dar.

Dieser Patient ist bis zum Vorliegen eines Impfstoff-Allergie-Gutachtens zeitlich begrenzt bis zum 02.07.2022 impfunfähig.“

6

Weiter heißt es in der Bescheinigung, dass darüber hinaus die „konkrete Gefahr“ bestünde, dass der Patient neben verschiedenen leichten und mittelschweren Nebenwirkungen weitere im Einzelnen aufgeführte „schwere Impfnebenwirkungen erleben“ könne. Es heißt in der Bescheinigung unter der Überschrift „Ausschluss möglicher Impffolgen“ ferner, dass weder der Hersteller des jeweiligen Impfstoffs, „noch ich als begutachtender Arzt“ mit Sicherheit ausschließen könnten, dass es im Fall einer Impfung zu den genannten Impfnebenwirkungen kommen würde. Es bestünde darüber hinaus Lebensgefahr, weil „die Impfung auch tödliche Wirkungen haben könnte“. Wegen des Inhalts der Bescheinigung wird ergänzend auf die Anlage B 2 (Bl. 55 d.A.) Bezug genommen.

7

Eine ärztliche Untersuchung oder ein persönlicher Kontakt der Klägerin mit Frau Dr. M... hat nicht stattgefunden. Die von der Klägerin vorgelegte Bescheinigung wurde vielmehr durch ein Online-Portal automatisch erstellt. Dabei wurde nach Eingabe der persönlichen Daten und einer Online-Überweisung von 17,49 € ein Video mit Informationen über die Vor- und Nachteile der Impfungen abgespielt, das u.a. eine Injektionsspritze auf einem Sarg, einen weinenden Mann und ein ängstliches Kind zeigt. Am Ende des Videos musste der User einen Impfstoff auswählen, den er bevorzugen würde und erhält daraufhin dessen Inhaltsstoffe angezeigt. Im Folgenden erscheint die Frage „Kannst du ausschließen, dass du gegen einen oder mehrere dieser Impfstoffe allergisch bist?“ Klickt der User, wie die Klägerin, dann auf „Nein, kann ich nicht ausschließen“ oder „Ich bin mir nicht sicher, ob ich auf einen der genannten Stoffe allergisch reagiere“ sowie „Ich versichere, dass ich umfassend aufgeklärt wurde und meine Angaben wahrheitsgemäß und mit der gebotenen Sorgfalt gemacht habe“, wird automatisch eine für sechs Monate gültige „Bescheinigung einer vorläufigen Impfunfähigkeit“ erstellt, die eine vorgedruckte Unterschrift der Ärztin enthält (Anl. B 2, Bl. 55 d.A.).

8

In ihrer Stellungnahme zum Protokoll der Anhörung (Anlage K 15, Bl. 157 ff. d.A.) hat die Klägerin angegeben, sich am 03.01.2022 im Mitarbeiterportal als „ungeimpft“ registriert und diesen Status erst nach Erhalt auf „ärztliches Attest“ abgeändert zu haben.

9

Mit Schreiben vom 26.01.2022 (Anlage K 6, Bl. 123 d.A.), der Klägerin zugegangen am 28.01.2022, bezog sich der Personalsachbearbeiter E... auf die von der Klägerin eingereichte Impfunfähigkeitsbescheinigung und fragte, ob die Klägerin diese Bescheinigung tatsächlich einreichen wolle. Wenn sie das wirklich möchte, solle sie diese Bescheinigung wieder mit einem kurzen Vermerk zurück an die Personalabteilung schicken. Nach dem nicht bestrittenen Vortrag der Beklagten hat Herr E... keine Kündigungsbefugnis.

10

Die Klägerin sandte die Bescheinigung nicht wieder an die Beklagte zurück, den Eintrag im Mitarbeiterportal hat sie nicht abgeändert.

11

Mit Schreiben vom 03.02.2022 (Anlage B 5, Bl. 65 ff. der Akten) informierte die Beklagte die Klägerin über ihre Vermutung, dass das vorgelegte „Gutachten zur Bescheinigung einer vorläufigen Impfunfähigkeit“ inhaltlich unrichtig sei und die Klägerin das Schreiben vorgelegt habe, um eine nicht bestehende medizinische Kontraindikation bezüglich einer Impfung gegen das Coronavirus vorzutäuschen. Die Beklagte lud die Klägerin zu einer Anhörung am 07.02.2022 wegen einer beabsichtigten Kündigung des Arbeitsverhältnisses ein. Das Schreiben ging der Klägerin nach ihrem Vortrag am 06.02.2022, nach dem Vortrag der Beklagten unter Vorlage einer Zustellbestätigung (Bl. 68 der Akten) am 04.02.2022 um 9:50 Uhr zu.

12

Am 07.02.2022 fand ein Anhörungsgespräch der Klägerin mit der Personalleiterin N..., weiteren Mitarbeitern der Personalabteilung und einem Personalratsmitglied statt, über das ein Protokoll aufgenommen wurde (Bl. 70 ff. der Akten). Wie in der Anhörung vom 07.02.2022 vereinbart, äußerte sich die Klägerin selbst nochmals mit Schreiben vom 15.02.2022 (Anlage K 7, Bl. 125 der Akten). Sie legte dar, dass sie in der Überzeugung, dass die Bescheinigung über eine befristete Impfunfähigkeit juristisch einwandfrei legal sei, völlig ohne Täuschungsabsicht das Schreiben erworben und in der Personalabteilung abgegeben habe. Wenn die Rechtsgültigkeit dieser Bescheinigung nicht bestehe, halte sie daran nicht fest. Sie bat, ihr das zu glauben und hoffte auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses.

13

Mit Schreiben vom 15.02.2022 (Anl. B 6, Bl. 73 ff. der Akten), mit einem Eingangsstempel des Personalrats vom selben Tag, hörte die Beklagte durch die Personalleiterin N... und die stellvertretende Personalleitung S... den Personalrat unter Bezug auf die „Bescheinigung einer vorläufigen Impfunfähigkeit“ und die Anhörung am 07.02.2022 zu einer beabsichtigten außerordentlichen und fristlosen Tat-, hilfsweise Verdachtskündigung aus verhaltensbedingten Gründen an. Hinsichtlich des Inhalts wird auf die Akten verwiesen.

14

Der Personalrat erklärte mit Schreiben vom 17.02.2022 (Anlage B 7, Bl. 83 der Akten), sich nicht zu dem Vorgang zu äußern und empfahl, das vorgelegte Zeugnis vom Gesundheitsamt auf Echtheit überprüfen zu lassen.

15

Mit Schreiben vom 18.02.2022 (Anlage K 3, Bl. 13 der Akten), das der Klägerin am selben Tag zugegangen ist, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis verhaltensbedingt außerordentlich fristlos.

16

Hiergegen erhob die Klägerin mit Schriftsatz vom 10.03.2022 Kündigungsschutzklage. Im Gütertermin vor dem Arbeitsgericht übergab die Klägerin eine Bescheinigung des Arztes Dr. K... vom 17.02.2022 (Bl. 23 der Akten), wonach bescheinigt wurde, dass die Klägerin aus gesundheitlichen Gründen für den Zeitraum der derzeit geltenden bedingten Zulassung der angebotenen COVID-19-Impfstoffe von einer Behandlung mit diesen Stoffen freizustellen sei. Diese Feststellung sei aufgrund seiner patientenbezogenen ärztlichen Wahrnehmung erfolgt und sei das Ergebnis seiner individuellen Anamneseerhebung und Risikobewertung der verfügbaren Stoffe. Zu diesem Zeitpunkt wurde gegen Dr. K... wegen des Verdachts der Ausstellung von unrichtigen Attesten zur Befreiung von der Maskenpflicht ermittelt.

17

Mit Schreiben vom 15.06.2022 (Anlage B 16, Bl. 195 ff. der Akten) hörte die Beklagte den Personalrat zur ordentlichen fristgemäßen Tat-, hilfsweise Verdachtskündigung aus verhaltensbedingten Gründen an. Wegen des Inhalts wird auf die Akten verwiesen.

18

Mit Schriftsatz vom 17.08.2022 erweiterte die Klägerin ihre Kündigungsschutzklage auf die Kündigung vom 29.06.2022.

19

Hinsichtlich des weitergehenden Vorbringens der Parteien in erster Instanz und der gestellten Anträge wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung verwiesen.

20

Mit Endurteil vom 15.09.2022 hat das Erstgericht festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis weder durch die Kündigung vom 18.02.2022 noch durch die Kündigung vom 29.06.2022 aufgelöst wird, das Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern zu unveränderten Bedingungen fortbesteht und hat die Beklagte verurteilt, die Klägerin bis zur rechtskräftigen Beendigung des vorliegenden Verfahrens zu den bisherigen arbeitsvertraglichen Bedingungen weiterzubeschäftigen.

21

Nach Ansicht des Erstgerichts fehle es für die außerordentliche Kündigung am 18.02.2022 an einem wichtigen Grund. Zwar sei die vorgelegte vorläufige Impfunfähigkeitsbescheinigung von Frau Dr. M... zu beanstanden. Die Beklagte habe die betreffende Bescheinigung zu Recht nicht anerkannt. Es stehe jedoch nicht fest, dass diese Bescheinigung auch tatsächlich inhaltlich unrichtig sei, sie vermöge allenfalls nicht den Nachweis der Impfunfähigkeit zu führen. Auch bei einem fehlerhaften Verfahren zur Erstellung der Bescheinigung sei nicht auszuschließen, dass die Klägerin tatsächlich impfunfähig sein könnte. Das Gegenteil und die Kenntnis der Klägerin hiervon, näher substantiiert vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen, sei Aufgabe der Beklagten. Insoweit sehe auch das Infektionsschutzgesetz vor, dass das Gesundheitsamt unter Übermittlung personenbezogener Daten einzuschalten sei. Jedenfalls verstoße die Kündigung gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Die Beklagte habe unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips die Klägerin zu Recht gefragt, ob sie die Bescheinigung tatsächlich einreichen wolle. Sie habe die Fehlerhaftigkeit der Bescheinigung spätestens zu diesem Zeitpunkt gekannt und der Klägerin die Möglichkeit eingeräumt, von der Berufung hierauf zurückzutreten und sich nicht weiter auf eine zweifelhafte Bescheinigung zu berufen. Hiervon habe die Klägerin auch Gebrauch gemacht, indem sie die Bescheinigung nicht erneut vorgelegt habe. Vielmehr habe sie sowohl im Anhörungsgespräch als auch schriftlich mit Schreiben vom 15.02.2022 erklärt, an ihr nicht festhalten zu wollen. Damit sei die durch Vorlage der Bescheinigung eingetretene Störung für die Zukunft beseitigt worden, die gleichwohl ausgesprochene außerordentliche Kündigung verstoße deshalb mit großer Deutlichkeit gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Auch habe die Beklagte die Klägerin vor Ausspruch der Kündigung nicht abgemahnt. Die Kündigung sei als Tat Kündigung auch verfristet, da der Beklagten spätestens am 26.01.2022 die Zweifelhaftigkeit der Bescheinigung bekannt gewesen sei. Einer Anhörung der Klägerin habe es für den Ausspruch einer Tat Kündigung nicht bedurft. Auch die ordentliche Kündigung vom 29.06.2022 sei nicht sozial gerechtfertigt. Die Beklagte habe nicht ausreichend vorgetragen, dass die Bescheinigung des Dr. K... unrichtig sei. Kritische Äußerungen des Arztes zur Corona-Politik ließen die Eigenschaft des Dr. K... als Arzt und seine Approbation nicht entfallen. Die Klägerin sei auch berechtigt gewesen, ihren Arzt frei zu wählen. Die Klägerin habe wegen der unwirksamen Kündigungen Anspruch auf tatsächliche Weiterbeschäftigung als Ordnungstherapeutin.

22

Das Urteil des Arbeitsgerichts Bamberg vom 15.09.2022 ist der Beklagten am 06.10.2022 zugestellt worden. Die Berufungsschrift vom 25.10.2022 ist beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am selben Tag eingegangen. Die Berufungsbegründungsschrift vom 06.12.2022 ist ebenfalls am selben Tag eingegangen.

23

Unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Sachvortrags ist die Beklagte der Auffassung, dass die Klägerin durch die Vorlage einer ungültigen „Bescheinigung einer vorläufigen Impfunfähigkeit gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 für nachfolgende Personen“ ihre arbeitsvertraglichen Pflichten erheblich verletzt habe. Die Klägerin habe versucht, die Beklagte darüber zu täuschen, dass ein den Regelungen des § 20a IfSG entsprechender Nachweis vorliege. Die Klägerin unterfalle als in der Einrichtung der Beklagten tätige Person diesen Regelungen. Die Klägerin habe auf die Aufforderung der Beklagten zur Erfüllung der Verpflichtung nach dem Infektionsschutzgesetz eine Bescheinigung vorgelegt, die online erstellt worden sei, ohne jeglichen direkten ärztlichen Kontakt, ohne jegliche ärztliche Untersuchung, ohne jegliche Feststellung oder Auswertung von Laborwerten. Die Klägerin habe die Beklagte darüber täuschen wollen, dass mit der „Bescheinigung“ ein zulässiger und unzweifelhafter Nachweis im Sinne des § 20a IfSG vorliege. Auf die weitere mögliche inhaltliche Richtigkeit der „Bescheinigung“ komme es nicht an. Es sei für die Beklagte nicht nachvollziehbar, weshalb die Klägerin unter Berücksichtigung der behaupteten zahlreichen Vorerkrankungen keinen anderweitigen ärztlichen Nachweis habe erbringen können. Es bestehe daher der Verdacht, dass die Klägerin entweder keine tatsächliche ärztliche Untersuchung habe durchführen lassen oder dass die sie behandelnden Ärzte eine solche schlichtweg nicht in zulässiger Weise ausstellen konnten, weshalb die Klägerin beschlossen habe, die unzulässige „Bescheinigung“ vorzulegen. Die Klägerin habe

gewusst, jedenfalls habe es sich ihr aufdrängen müssen, dass es sich um eine nicht ordnungsgemäße Bescheinigung handeln würde aufgrund der Umstände, wie diese erstellt worden sei. Weiter sei zu berücksichtigen, dass die von der Klägerin vorgelegte „Bescheinigung“ vorgebe, dass die attestierte vorläufige Impfunfähigkeit im Rahmen einer Untersuchung diagnostiziert worden sei. Die Bescheinigung gebe vor, dass ein Kontakt zwischen der Ärztin und der Patientin stattgefunden habe und die Ärztin aus diesem Kontakt nach ihrer ärztlichen Einschätzung und nach ihrem freien Ermessen zu dem Ergebnis gekommen wäre, dass eine vorläufige Impfunfähigkeit vorläge. Die Bescheinigung sei aber automatisch erstellt worden und die Klägerin hätte erkennen können, dass dies keine ordnungsgemäße Bescheinigung sein könne. Die Klägerin habe bewusst eine ohne vorherige Untersuchung ausgestellte und somit unrichtige „Bescheinigung“ über eine Impfunfähigkeit vorgelegt. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aufgrund der Informationen und Unterlagen von „Liberation-Express“. Die Pflichtverletzung sei bereits in dem Moment verwirklicht worden, in dem die Klägerin die „Bescheinigung“ im Januar 2022 vorgelegt habe. Dass die Klägerin die „Bescheinigung“ nicht erneut vorgelegt habe, ändere an der Pflichtverletzung nichts. Angesichts dieser Pflichtverletzung seien mildere Mittel als die Erklärung einer außerordentlichen Kündigung nicht ersichtlich, insbesondere sei es nicht notwendig gewesen, eine Abmahnung auszusprechen. Für den Arbeitnehmer sei es regelmäßig erkennbar, dass die Vorlage unrichtiger Unterlagen, insbesondere unrichtiger Gesundheitszeugnisse, vom Arbeitgeber offensichtlich nicht hingenommen werden könne. Auch die Benachrichtigung des Gesundheitsamtes sei kein milderes Mittel im Rahmen des Arbeitsverhältnisses, mit der die Beklagte auf die Vorlage der unrichtigen Bescheinigung hätte reagieren müssen. Der entstandene Vertrauensverlust ließe sich nicht durch etwaige Maßnahmen des Gesundheitsamtes beheben. Auch die Interessensabwägung müsse zulasten der Klägerin ausfallen. Durch die Vorlage des offensichtlich unrichtigen Immunitätsnachweises entstehe bei der Beklagten selbst das Risiko eines Gesetzesverstößes und einer Ordnungswidrigkeit. Die Klägerin hätte die Wahl gehabt, gar keinen Nachweis vorzulegen. Stattdessen hätte sie sich entschieden, einen „unrichtigen“, nach dem Infektionsschutzgesetz nicht existenten Nachweis vorzulegen und die Beklagte somit einem Risiko auszusetzen. Mit dem unrichtigen Immunitätsnachweis habe die Klägerin die Beklagte über die Voraussetzungen der Arbeitsfähigkeit täuschen wollen. Die Klägerin habe den Schutzzweck des § 20a IfSG ignoriert. Der Schutzzweck sei auch nicht durch das zwischenzeitliche Genesenenzertifikat erfüllt, es komme auf den Zeitpunkt der Pflichtverletzung im Januar 2022 an. Durch die Vorlage habe die Klägerin das Vertrauen in unwiederbringlicher Art und Weise zerstört. Es sei für die Beklagte unzumutbar, eine Arbeitnehmerin weiter zu beschäftigen, die eindeutig zu verstehen gegeben habe, dass sie sich nicht an die geltenden Regelungen halten wolle. Zulasten der Klägerin gehe, dass sie am 17.02.2022 eine weitere unrichtige „ärztliche Bescheinigung“ wegen einer angeblichen Impfunfähigkeit habe ausstellen lassen. An der Bescheinigung von Dr. K... bestünden mindestens erhebliche Zweifel, es habe keine vorherige Untersuchung der Klägerin stattgefunden. Die Beklagte habe auch die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt, da sie zur Aufklärung des Kündigungssachverhaltes umfassende Prüfungen durchgeführt habe. Damals seien eine Vielzahl von Bescheinigungen und Nachweisen bei über 4000 Arbeitnehmern in der Unternehmensgruppe durchzusehen, zu prüfen und zu vergleichen gewesen. Danach sei die Klägerin vom Personalsachbearbeiter E... gefragt worden, ob sie die „Bescheinigung“ wirklich vorlegen wolle bzw. aufgefordert worden, die „Bescheinigung“ gegebenenfalls nochmals an die Beklagte zu übersenden. Die Beklagte habe zunächst eine Reaktion der Klägerin in den Tagen nach Erhalt des Schreibens abgewartet und danach die Anhörung der Klägerin durch das Schreiben vom 03.02.2022 eingeleitet. Auch bei einer Tatkündigung könne die Beklagte die Klägerin vor Ausspruch anhören, ohne dass die Kündigungserklärungsfrist zu laufen beginne. Erst nach dem Gespräch am 07.02.2022 habe die Beklagte die für die Kündigung maßgebenden Tatsachen soweit wie möglich ermittelt gehabt. Das fortgesetzte Berufen auf die unrichtige „Bescheinigung“ stelle einen Dauertatbestand dar, die Klägerin halte durchgehend die Täuschung über die Echtheit der vorgelegten Bescheinigung aufrecht und führe diese täglich fort. Sollte die Kündigung nicht als Tatkündigung das Arbeitsverhältnis aufgelöst haben, so sei sie jedenfalls als außerordentliche Verdachtskündigung wegen der Täuschung über den Immunitätsnachweis nach § 20a IfSG gerechtfertigt. Die Anhörung der Klägerin habe den Verdacht nicht entkräftet, sondern bestärkt. Hilfsweise sei das Arbeitsverhältnis auch aufgrund der ordentlichen Kündigung vom 29.06.2022 beendet worden. Es liege sowohl eine Tat-, als auch eine Verdachtskündigung vor. Die Klägerin habe wiederum eine unrichtige ärztliche „Bescheinigung“ vorgelegt. Dr. K... habe die „Bescheinigung“ nur aufgrund des vergangenen gesundheitlichen Hintergrundes ausgestellt. Eine erneute Untersuchung habe somit nicht vorgelegen. Es sei offensichtlich, dass eine Bescheinigung, die ohne (erneute) Untersuchung

ausgestellt worden sei, nicht richtig sei. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die Klägerin nicht z.B. ihren jetzigen Hausarzt gebeten habe, nach einer entsprechenden Untersuchung eine Bescheinigung auszustellen. Die Kündigungen seien auch nicht im Hinblick auf eine fehlerhafte Personalratsanhörung unwirksam, da der Personalrat über alle ausgesprochenen Kündigungen ordnungsgemäß informiert worden sei. Die Beklagte habe diesen vollständig informiert, alle Unterlagen übersendet, und den Inhalt und die Aussagen des Anhörungsgesprächs mitgeteilt. Entsprechend dem Grundsatz der subjektiven Determination habe sie ihre Schlussfolgerungen mitgeteilt. Der Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB stehe dem Ausspruch der Kündigung nicht entgegen, zu keinem Zeitpunkt habe die Beklagte erklärt, auf eine Kündigung zu verzichten. Auch Aufklärungspflichten hätten der Beklagten nicht oblegen.

24

Die Beklagte und Berufungsklägerin stellt folgende Anträge:

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Bamberg vom 15.09.2022 (1 Ca 183/22) wird abgeändert.
2. Die Klage wird abgewiesen.
3. Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

25

Die Klägerin und Berufungsbeklagte beantragt,

1. Die Berufung der Berufungsklägerin wird zurückgewiesen.
2. Die Berufungsklägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

26

Die Klägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Ihre Motivation sei der Schutz der eigenen Gesundheit gewesen, sie leide unter diversen Allergien und Autoimmunerkrankungen. Sie habe kein unrichtiges Gesundheitszeugnis vorgelegt. Es handele sich nur um eine Vorfeldempfehlung, welche der Patientin lediglich vorläufig, also zeitlich befristet eine Impfunfähigkeit aufgrund einer bisher unterbliebenen Untersuchung auf eine mögliche Erkrankungsneigung infolge der Verabreichung eines COVID-19-Impfstoffes bescheinige. Es liege keine Täuschung in Bezug auf das Entstehen der Bescheinigung vor. Die Klägerin habe dem Arbeitgeber alle Unterlagen überreicht, die ihr von Liberation-Express zur Verfügung gestellt worden seien. Sie habe keine Kenntnis von der „Unrichtigkeit der Bescheinigung“ gehabt und nicht getäuscht. Es gebe keine Anhaltspunkte auf der Homepage, dass deren Inhalte rechtswidrig seien, es werde auf die Legalität der vorläufigen Impfunfähigkeitsbescheinigungen hingewiesen. Sollte die Rechtsansicht des Homepagebetreibers nicht rechtmäßig sein, habe sich die Klägerin bei Vorlage der vorläufigen Bescheinigung zumindest in einem Inhaltsirrtum befunden. Die Beklagte habe die Mitarbeiter informiert, dass bei fehlenden oder zweifelhaften Nachweisen erst eine Meldung beim Gesundheitsamt erfolge und ein Verwaltungsverfahren durchgeführt werde, nicht aber, dass eine Kündigung ausgesprochen werde. Nach dem Rücksenden der Bescheinigung habe die Klägerin die vorläufige Impfunfähigkeitsbescheinigung nicht wieder eingereicht und sofort zurückgezogen. Die Beklagte habe eine vorgefasste Meinung gehabt, der Sachverhalt sei vor der Anhörung bereits festgestanden. Die Zweiwochenfrist sei nicht eingehalten, da die Meinungsbildung zum Zeitpunkt der Einladung zur Anhörung bereits abgeschlossen gewesen sei, die Gründe seien detailliert aufgeführt. Für die Tatkündigung sei eine Anhörung nicht erforderlich. Bereits Anfang Januar seien der Beklagten verschiedene Impfunfähigkeitsbescheinigungen vorgelegt worden, die Ermittlungen bei der Klägerin seien nach spätestens 2-3 Tagen abgeschlossen gewesen, jedenfalls am 26.01.2022 zum Zeitpunkt der Rücksendung. Eine Verdachtskündigung sei nicht begründet, die Klägerin sei zu keinem Zeitpunkt bösgläubig gewesen, sie habe frühzeitig bei der Anhörung auf die Autoimmunerkrankungen hingewiesen. Die Beklagte sei von ihrer vorgefertigten Meinung nicht abgewichen und habe Unterlagen der Klägerin nicht berücksichtigt. Der Personalrat sei nicht wirksam angehört worden. Die Rücksendung der Bescheinigung und der Rücktritt der Klägerin vom Einreichen seien nicht erwähnt worden. Auch die plausiblen Gründe der Klägerin für das Ausgehen von der Rechtmäßigkeit der Bescheinigung seien nicht dargelegt worden. Auch die ordentliche Kündigung wegen der Vorlage der Impfunfähigkeitsbescheinigung von Dr. K... sei unwirksam. Die Beklagte habe nichts vorgetragen, was gegen die Unrichtigkeit dieser Bescheinigung spreche. Die Klägerin habe ihrem ehemaligen Hausarzt über alle aktuellen Unterlagen und Untersuchungsberichte, insbesondere über neue Erkrankungen am Zungenboden, informiert. Nach Kenntnis des aktuellen Gesundheitszustands und

Abwägung der Risiken habe Dr. K... die Bescheinigung ausgestellt. Die Zweifel an der Richtigkeit der Bescheinigung nur wegen der strafrechtlichen Ermittlungen gegen Dr. K... wegen Maskenatteste und der Nähe zur Querdenker-Szene habe die Beklagte verspätet vorgebracht. Für eine Verdachtskündigung fehle die Anhörung der Klägerin.

27

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien in der Berufung und der gestellten Anträge wird Bezug genommen auf den Inhalt der eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen und auf die Niederschrift über die mündliche Verhandlung am 30.03.2023.

Entscheidungsgründe

I.

28

Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist statthaft (§ 64 Abs. 1, 2 b, c ArbGG) und ist fristsowie formgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1, S. 1, 64 Abs. 6, Satz 1 ArbGG i.V.m. §§ 519, 520 ZPO).

II.

29

Die Berufung hat in der Sache Erfolg und führt zur Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung. Die Beklagte hat das Arbeitsverhältnis rechtmäßig gemäß § 626 Abs. 1 BGB gekündigt. Das Arbeitsverhältnis endete damit mit Zugang dieser fristlosen Kündigung am 18.02.2022. Die gegen die streitgegenständliche Kündigung gerichtete Kündigungsschutzklage ist als unbegründet abzuweisen. Die erkennende Kammer folgt den sorgfältig begründeten und zutreffenden Ausführungen der 5. Kammer des LAG Nürnberg im sachlich und rechtlich weitgehend gleichgelagerten Verfahren 5 Sa 322/22 und macht sich nach eigener Prüfung die Begründung zu eigen. Aufgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann die Klägerin ihre Weiterbeschäftigung nicht mehr verlangen. Auch die Klage gegen die zweite Kündigung war abzuweisen, da zu diesem Zeitpunkt ein Arbeitsverhältnis nicht mehr bestand. Der Auflösungsantrag der Klägerin fiel aufgrund der wirksamen Kündigung nicht zur Entscheidung an.

30

1. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Die rechtliche Überprüfung nach § 626 Abs. 1 BGB erfolgt in zwei Stufen: Zum einen muss der Kündigungssachverhalt – unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles – überhaupt an sich geeignet sein, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Zum anderen muss dieser Grund im Rahmen der Interessensabwägung unter besonderer Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere auch des Verhältnismäßigkeitsprinzips, zum Überwiegen des berechtigten Interesses des Kündigenden an der fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen (BAG, Urteil vom 29.06.2017 – 2 AZR 302/16, BAG, Urteil vom 27.06.2019 – 2 AZR 28/19 und BAG vom 13.12.2018 – 2 AZR 370/18).

31

2. Mit der Vorlage der Bescheinigung der vorläufigen Impfunfähigkeit bei der Beklagten liegt eine Tatsache vor, die an sich geeignet ist, einen wichtigen Kündigungsgrund zu bilden. Zudem führt auch eine Abwägung aller Umstände des Einzelfalles dazu, dass der Beklagten eine Weiterbeschäftigung der Klägerin über den Zeitpunkt des Zugangs der außerordentlichen Kündigung hinaus nicht zumutbar ist. Ein wichtiger Grund zur Kündigung „an sich“ kann nicht nur in einer erheblichen Verletzung der vertraglichen Hauptleistungspflichten liegen. Auch die schuldhafte Verletzung von Nebenpflichten kann einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darstellen. Dies betrifft sowohl die auf die Hauptleistungspflicht bezogene Nebenleistungspflicht, die der Vorbereitung, der ordnungsgemäßen Durchführung und der Sicherung der Hauptleistung dient und diese ergänzt, aber auch sonstige, aus dem Gebot der Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) erwachsenen Nebenpflichten (BAG, Urteil vom 20.10.2016 – 6 AZR 471/15).

32

3. a) Die Beklagte ist eine Pflege- und Gesundheitseinrichtung im Sinne des § 20a Abs. 1 IfSG. Die Klägerin wird jedenfalls in einer Einrichtung nach § 20a IfSG tätig. Die Klägerin ist daher nach den Regelungen des § 20a IfSG verpflichtet gewesen, der Beklagten als ihrer Arbeitgeberin einen der Vorschrift entsprechenden, gültigen Immunitätsnachweis gegen COVID-19 vorzulegen. Ein Immunitätsnachweis im Sinne des § 20a Abs. 2 IfSG ist ein Impf- oder Genesenennachweis oder ein ärztliches Zeugnis über eine Schwangerschaft im ersten Drittel bzw. eine Impfunfähigkeit aufgrund einer medizinischen Kontraindikation. Bei § 20a IfSG handelt es sich um eine sogenannte „einrichtungsbezogene“ Nachweispflicht und nicht um eine „tätigkeitsbezogene“ Nachweispflicht. Täuscht ein Arbeitnehmer den Arbeitgeber im Zusammenhang mit der Vorlage der gesetzlich geforderten Nachweise bzw. ärztlichen Zeugnisse, so stellt dies eine ganz erhebliche schwerwiegende Verletzung der sich aus § 241 Abs. 2 BGB i.V.m. § 20a Abs. 2, Satz 1 IfSG ergebenden Nebenverpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis dar. Dies würde auch dann gelten, wenn die Klägerin aufgrund ihrer Tätigkeit nicht unter den § 20a, Abs. 1, Satz 1 IfSG fallen würde, da grundsätzlich anzunehmen ist, dass ein Arbeitnehmer gegen seine Nebenpflichten verstößt, wenn er seinem Arbeitgeber wissentlich unrichtige Bescheinigungen vorlegt, insbesondere, wenn es sich hierbei um Gesundheitsbescheinigungen handelt. Täuscht eine Person über die Voraussetzung des Vorliegens eines verlangten Nachweises und weckt damit bei dem Arbeitgeber den Eindruck oder versucht die Person den Eindruck zu erwecken, dass es sich um einen nach § 20a, Abs. 2, S. 1 IfSG akzeptierten Nachweis handelt, dann handelt es sich dabei um eine schwere Verletzung einer Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis (siehe hierzu auch LAG Schleswig-Holstein vom 24.11.2022 – 4 Sa 139/22, dessen Begründung sich auch die erkennende Kammer uneingeschränkt wie folgt anschließt): Die von der Klägerin vorgelegte Bescheinigung enthält eine klare und eindeutige medizinische Aussage. Diese besteht darin, dass mit der Bescheinigung „dieser Patient“, also die Klägerin, bis zum Vorliegen eines Impfstoff-Allergie-Gutachtens zeitlich begrenzt impfunfähig ist. Weiterhin heißt es in der Bescheinigung, dieser Patient müsse vor einer Impfung mit COVID-19-Impfstoffen eine Überempfindlichkeit gegen einzelne Inhaltsstoffe von einem Facharzt für Allergologie überprüfen lassen. Zu dieser Einschätzung sei die Ausstellerin der Bescheinigung (Ärztin Dr. M...) aufgrund ihrer ärztlichen Einschätzung und Bewertung der Angaben des Patienten nach freiem Ermessen gelangt.

33

Liest ein unbefangener Dritter ohne Recherche im Internet eine solche Bescheinigung, so muss bei ihm aufgrund des Inhalts der Bescheinigung der Eindruck entstehen, es habe einen individuellen persönlichen Patientenkontakt mit der Ärztin einschließlich individueller Anamnese gegeben. Mit der Formulierung, „dieser Patient muss vor einer Impfung mit COVID-19-Impfstoffen eine Überempfindlichkeit gegen einzelne Inhaltsstoffe von einem Facharzt für Allergologie überprüfen lassen“, wird zum Ausdruck gebracht, dass hier in der individuellen Situation des Patienten und damit der Klägerin, Umstände begründet sind, die nach ärztlicher Einschätzung und Bewertung der Angaben des Patienten zu der attestierten vorläufigen Impfunfähigkeit führen. Zwar heißt es weiterhin in der Bescheinigung, weder der Hersteller noch der begutachtende Arzt könnten mit Sicherheit ausschließen, dass es im Falle einer Impfung zu den genannten unerwünschten Impfnebenwirkungen kommen würde. Dies ist aber kein hinreichend deutlicher Hinweis darauf, dass überhaupt keine individuelle Prüfung der gesundheitlichen Situation der Klägerin stattgefunden hat.

34

Im Gegenteil: Mit der klaren Aussage einer zeitlich begrenzten Impfunfähigkeit, bezogen auf „diesen Patienten“, dessen Angaben aufgrund ärztlicher Einschätzung bewertet wurden, wird der Eindruck erweckt, es werde dort nicht nur eine bloße allgemeine „Haltung“ zu den Impfstoffen und deren Gefährlichkeit attestiert, sondern es entsteht der Eindruck, eine Ärztin habe nach individueller Kontaktierung aufgrund der individuellen Situation dieses Patienten eine Bescheinigung erstellt.

35

Auch das Erscheinungsbild der Bescheinigung, die die persönlichen Daten der Klägerin enthält und zudem das eigens zusätzlich genannte Datum der Bescheinigung sprechen dafür, dass diese Bescheinigung eine stattgefundenene persönliche Anamnese und Begutachtung seitens der ausstellenden Ärztin belegen soll. Andernfalls macht die Befristung der vorläufigen Impfunfähigkeit keinen Sinn.

36

Mit der vorläufigen Impfunfähigkeitsbescheinigung wird auch gerade eine individuelle Aussage zur Situation der Klägerin hinsichtlich einer vorläufigen Impfunfähigkeit innerhalb des genannten Zeitraums getroffen.

Zwar ist es richtig, dass mit der Bescheinigung die Notwendigkeit einer Überprüfung durch einen Facharzt für Allergologie genannt wird. Insoweit trifft es sicherlich zu, dass sich der vorläufigen Impfunfähigkeitsbescheinigung entnehmen lässt, eine ärztliche Abklärung müsse noch erfolgen, um ausschließen zu können, ob Bestandteile des jeweils zu verabreichenden Impfstoffs gegen COVID-19 eine allergische Reaktion bei der Klägerin auslösen können. Dies ändert aber nichts daran, dass mit der Bescheinigung einer vorläufigen Impfunfähigkeit die bescheinigende Ärztin Dr. M... eine klare medizinische Aussage trifft, nämlich die vermeintlich zeitlich begrenzte vorläufige Impfunfähigkeit bis zum Vorliegen eines Impfstoff-Allergie-Gutachtens beziehungsweise bis zum 02.07.2022. Die Klägerin hat eine ärztliche Bescheinigung vorgelegt, die den Eindruck vermittelt, eine Ärztin habe eine individuelle Prüfung der gesundheitlichen Situation der Klägerin aufgrund eines mindestens telefonischen Kontaktes bezüglich einer etwaigen Impfunverträglichkeit vorgenommen.

37

Mit der Vorlage der vorläufigen Impfunfähigkeitsbescheinigung hat die Klägerin versucht, die Beklagte darüber zu täuschen, dass zumindest zeitlich befristet eine medizinische Kontraindikation gemäß § 20a Absatz 2 Satz 1 Nr. 3 IfSG vorliegt. Ein solches ärztliche Attest, das eine medizinische Kontraindikation attestiert, setzt voraus, dass eine individuelle Anamnese, Befundung und Epikrise durch ärztliche Begutachtung stattgefunden habe. Dies setzt zwingend voraus eine individuelle Befunderhebung, Beratung, Behandlung sowie Dokumentation ärztlicherseits. Das Generieren einer vorläufigen Impfunfähigkeitsbescheinigung im Internet durch wenige Klicks ohne persönlichen oder mindestens telefonischen direkten ärztlichen Kontakt genügt dem nicht.

38

Die ausgestellte Impfunfähigkeitsbescheinigung erweckt den Eindruck, es habe eine solche Anamnese, Befundung und Epikrise stattgefunden. Es wird nicht lediglich eine allgemeine ärztliche Skepsis gegenüber einer Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 zum Ausdruck gebracht, sondern die Bescheinigung erweckt den Eindruck, dass individuell bezogen auf die genannte Person – hier der Klägerin – die bescheinigende Ärztin am 02.01.2022 zu einer ganz konkreten medizinischen Einschätzung bezogen auf die Klägerin gelangt ist, und zwar mit dem Ergebnis einer zeitlich begrenzten Impfunfähigkeit. Eine solche konkrete medizinische Beurteilung suggeriert aber, dass eine Anamnese, Befundung und Epikrise individuell stattgefunden haben.

39

Das Vorlegen einer solchen vorläufigen Impfunfähigkeitsbescheinigung, mit der der Eindruck erweckt werden soll, es habe eine individuelle Anamnese und Befundung stattgefunden, ist eine schwerwiegende Pflichtverletzung der sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Nebenpflicht gemäß § 241 Absatz 2 BGB. Eine solche Nebenpflichtverletzung verliert ihre Eignung als Kündigungsgrund „an sich“ nicht deshalb, weil hier nicht etwa ein Impfnachweis oder Genesenennachweis gefälscht wurde. Zwar ist es richtig, dass die Schwere der Pflichtwidrigkeit wohl noch höher wäre, wenn es sich um den Fall der Fälschung eines Impfnachweises oder Genesenennachweises handeln würde. Dies ändert aber nichts daran, dass auch die Vorlage einer Bescheinigung über eine vorläufige Impfunfähigkeit, deren Zeitraum genau benannt wird, eine erhebliche Pflichtverletzung darstellt, wenn sie – wie hier – den Eindruck erwecken soll, es handle sich um das Ergebnis einer individuellen Prüfung der gesundheitlichen Situation des konkret benannten Patienten. Dieser Versuch der Täuschung der Arbeitgeberin ist deshalb arbeitsvertraglich schwerwiegend, weil die Regelung in § 20a Absatz 2 Satz 1 Nr. 3 IfSG damit missbraucht werden soll. Auch wenn die Bescheinigung sich nicht ausdrücklich bezieht auf § 20a Absatz 2 Satz 1 Nr. 3 IfSG und nicht ausdrücklich formuliert ist als ärztliches Zeugnis über eine medizinische Kontraindikation, so soll sie doch dennoch bei der Arbeitgeberin, der diese Bescheinigung vorgelegt wird, den Eindruck erwecken, aufgrund einer vorhergehenden individuellen Anamnese und Befundung sei die attestierende Ärztin aufgrund eines persönlichen und mindestens telefonischen Kontakts mit dem Patienten zu der Einschätzung gelangt, es sei jedenfalls befristet von einer medizinischen Kontraindikation auszugehen. Letztlich soll die Bescheinigung und deren Vorlage also – obwohl die gemäß § 20a Absatz 2 Satz 1 Nr. 3 IfSG gebotene individuelle Untersuchung/Befundung nicht stattgefunden hat – den Eindruck erwecken, es liege jedenfalls für den befristeten Zeitraum eine medizinische Kontraindikation aufgrund einer individuellen Prüfung vor. Damit ist beabsichtigt, die Arbeitgeberin durch Vorlage einer solchen vorläufigen Impfunfähigkeitsbescheinigung von arbeitsrechtlichen Maßnahmen ab dem 15.03.2022 abzuhalten. Es kommt insoweit nicht darauf an, welche konkreten arbeitsrechtlichen Maßnahmen möglich wären. Entscheidend ist, dass mit einer solchen

Bescheinigung über eine vorläufige Impfunfähigkeit sich die Klägerin ihrer entweder öffentlich-rechtlichen oder jedenfalls arbeitsvertraglichen Nebenpflicht aus § 241 Absatz 2 BGB in Verbindung mit § 20a Absatz 2 Satz 1 Nr. 4 IfSG zumindest vorübergehend entziehen wollte, obwohl es keine konkrete Begutachtung ihrer Impfunverträglichkeit gab.

40

Dem Vorliegen eines außerordentlichen Kündigungsgrunds „an sich“ steht auch nicht entgegen, wie tauglich oder untauglich der Täuschungsversuch ist. Für die arbeitsvertragliche Beziehung und die arbeitsvertragliche Pflichtverletzung ist entscheidend, dass die Klägerin mit der Vorlage der Bescheinigung für die Impfunfähigkeit versuchte, die Beklagte über eine bei ihr angeblich individuell festgestellte vorläufige Impfunfähigkeit jedenfalls bis zum 02.07.2022 zu täuschen. Abzustellen ist auf die subjektive Vorstellung der Klägerin hinsichtlich ihres Tuns. Unerheblich ist insoweit auch die Argumentation der Klägerin in der Berufungserwiderung, es handele sich nicht um ein unrichtiges Gesundheitszeugnis gemäß §§ 277 ff. StGB. Dies kann hier dahingestellt bleiben. Es geht nicht um die strafrechtliche Wertung, sondern allein darum, dass die Klägerin eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht aus § 241 Absatz 2 BGB in Verbindung mit § 20a Absatz 2 Satz 1 Nr. 3 IfSG verletzte, indem sie eine Bescheinigung vorlegte, die für einen unbefangenen Dritten ohne Recherche im Internet den Eindruck erwecken musste, es liege bei ihr aufgrund individueller Prüfung mit entsprechender Kontaktaufnahme eine ärztliche Begutachtung mit dem Ergebnis einer vorläufigen Impfunfähigkeit vor.

41

Entgegen der Auffassung der Klägerin sperrt auch nicht die Vorschrift des § 20a IfSG die Anwendung des § 626 Absatz 1 BGB. § 20a Absatz 2 Satz 2 IfSG ergibt zunächst die Verpflichtung der Arbeitgeberin, das Gesundheitsamt über den fehlenden Nachweis oder über Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises zu informieren. Der Wortlaut verbietet es der Arbeitgeberin gerade nicht, in diesem Zusammenhang eigenverantwortlich arbeitsrechtliche Maßnahmen durchzuführen. Systematisch ergäbe sich eine Sperre für die Arbeitgeberin nur dann, wenn man § 20a Absatz 2 Satz 2 IfSG so verstünde, dass eine Arbeitgeberin ausschließlich in ihren Handlungen auf die Information des Gesundheitsamts begrenzt wäre. Dagegen spricht aber – wie das Arbeitsgericht Lübeck in einem Parallelverfahren bereits zutreffend ausgeführt hat (Urteil vom 20.09.2022 – 3 Ca 187/22) – die Vorschrift des § 20a Absatz 5 IfSG. § 20a Absatz 5 IfSG regelt ausschließlich die Handlungsoptionen des Gesundheitsamts und nicht etwa die daneben bestehenden der Arbeitgeberin. Die Beklagte war durch die Information über diese Gesetzesvorschriften nicht gehindert, weitergehende arbeitsrechtliche Maßnahmen durchzuführen.

42

Letztlich ist für das Vorliegen einer schwerwiegenden Pflichtverletzung und eines Kündigungsgrunds „an sich“ auch ganz wesentlich, dass die Beklagte als Verantwortliche einer Einrichtung beziehungsweise eines Unternehmens im Sinne des § 20a Absatz 1 Satz 1 IfSG auch den Patienten gegenüber Schutzpflichten zu beachten hat und insoweit in besonderer Weise darauf angewiesen ist, dass nicht nur die bei ihr mit Patientenkontakt tätigen Beschäftigten die gesetzlichen Vorgaben des Infektionsschutzgesetzes wahren, um den bestmöglichen Schutz für Patienten und insbesondere für vulnerable Patienten zu gewährleisten. In derartigen Konstellationen hat eine Arbeitgeberin – wie hier die Beklagte – vor allem angesichts der Neuregelung in § 20a IfSG ein berechtigtes Interesse daran, dass die bei ihr beschäftigten Personen sich an die Verpflichtung aus § 20a Absatz 2 Satz 1 IfSG halten und insoweit nicht durch möglicherweise mehr oder weniger taugliche Versuche der Täuschung diese zu umgehen versuchen. Der Versuch einer Umgehung – wie hier des § 20a Absatz 2 Satz 1 Nr. 3 IfSG – mit der Maßgabe, dem Adressaten der Bescheinigung zu suggerieren und vorzuspiegeln, es habe eine individuelle ärztliche Prüfung stattgefunden – wirkt sich besonders belastend auf das Arbeitsverhältnis und gravierend auf das Vertrauensverhältnis aus (so auch Pieper, NZA-RR 2022, Seite 454) und zerstört dieses aus Sicht des Arbeitgebers bezüglich der Redlichkeit der Klägerin.

43

b) Bei Vorliegen des „an sich“ geeigneten außerordentlichen Kündigungsgrunds ist es der Beklagten unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile auch nicht zumutbar, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortzusetzen.

44

Bei einem Sachverhalt, der an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund zur Kündigung zu bilden, hat unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine umfassende, auf den Einzelfall bezogene Interessensabwägung dahingehend zu erfolgen, ob dem kündigenden Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses trotz der eingetretenen Störung zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist oder nicht. Zu berücksichtigen sind dabei regelmäßig das Gewicht und die Auswirkung einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf. Die außerordentliche Kündigung muss stets das letzte Mittel sein. Sie kommt deshalb nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. Sie scheidet aus, wenn es ein schonenderes Gestaltungsmittel wie etwa Abmahnung, Versetzung oder ordentliche Kündigung gibt, das ebenfalls geeignet ist, den mit der außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck, die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen des Arbeitsverhältnisses zu erreichen (BAG, Urteil vom 13.12.2018 – 2 AZR 370/18).

45

Die unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorzunehmende umfassende und auf den Einzelfall bezogene Interessensabwägung führt dazu, dass das Interesse der Beklagten an der fristlosen Kündigung das Beschäftigungsinteresse der Klägerin über diesen Zeitpunkt hinaus überwiegt.

46

Natürlich akzeptiert die Berufungskammer, wenn die Klägerin im Hinblick auf eine Impfung Sorge um ihre Gesundheit hat und akzeptiert selbstverständlich auch, wenn die Klägerin Bedenken bezüglich einer Impfung und deren Nebenwirkungen gerade im Hinblick auf ihre Vorerkrankungen hat. Dies relativiert aber nicht den Grad des Verschuldens beim Umgang mit der streitgegenständlich vorläufigen Impfunfähigkeitsbescheinigung. Dabei bleibt es nicht erklärbar, warum die Klägerin den Aufwand betrieb, im Internet sich gegen Zahlung eines Betrages eine Bescheinigung über eine vorläufige Impfunfähigkeit zu besorgen, obwohl für sie ohne Weiteres erkennbar war, dass diese Impfbescheinigung nicht im Ansatz das Ergebnis einer individuellen Prüfung einer gesundheitlichen Situation war. Nimmt man die Bedenken der Klägerin ernst und akzeptiert man ihre Haltung, sich nicht impfen lassen zu wollen bzw. dies erst klären lassen zu wollen, dann stellt sich jedenfalls die Frage, warum die Klägerin diesen Weg über das Internet gegangen ist, anstatt sich gegenüber ihrem Arbeitgeber zu offenbaren. Die Klägerin hätte ihr berechtigtes Interesse ohne Weiteres in der Weise verfolgen können, dass sie auf die Aufforderung der Arbeitgeberin entweder diese darüber unterrichtet hätte, weder über einen Impfnachweis noch einen Genesenennachweis noch über ein auf ihrer individuellen Prüfung beruhendes ärztliches Zeugnis einer medizinischen Kontraindikation zu verfügen. Sie hätte dann auch beim Arbeitgeber darauf hinwirken können, eine individuelle Überprüfung abzuwarten bzw. das Gesundheitsamt zur Ermittlung einer Impfunverträglichkeit einzuschalten. Dieser Weg war ohne Weiteres möglich. Ein Zeitdruck bestand nicht. Die Klägerin sollte die entsprechenden Nachweise erst bis zum 15.03.2022 in das Mitarbeiterportal eintragen. Die Klägerin hatte also genügend Zeit, den Arbeitgeber auf ihre Situation hinzuweisen. In diesem Zusammenhang ist bezeichnend, dass die Klägerin sich nicht an ihre Hausärztin gewendet hat. Sie hat in ihrer Stellungnahme zum Protokoll der Anhörung (Anlage K 15, Bl. 157 der Akten) ausgeführt: „Ich antwortete, dass meine aktuelle Ärztin selbst überzeugt impft und keine Atteste dagegen ausstellt und sich (sic) mein alter Hausarzt bei F... auf meine schriftliche Anfrage für ein Attest noch nicht reagiert hätte. Reaktion von Frau N... in etwa: „Sehen Sie! Dafür gibt es keine Atteste von richtigen Ärzten ...““. Der Klägerin war also völlig klar, dass ihre derzeitige Ärztin, die auch ihren aktuellen Gesundheitszustand genau kennt, ihr eine Impfunfähigkeitsbescheinigungen nicht ausstellen wird. Im Übrigen bleibt es dabei, dass sich die Klägerin im Hinblick auf die Vorlageverpflichtung bis zum 15.03.2022 ohne zeitliche Not diese Bescheinigung besorgt hat und sie der Beklagten trotz der Kenntnisse der Umstände, wie die Bescheinigung automatisiert zustande gekommen ist, vorgelegt hat. Das Gericht ist damit überzeugt, dass die Klägerin diese Bescheinigung vorgelegt hat, um dem Adressaten den Eindruck vermitteln zu wollen, die Bescheinigung sei geeignet, um sich zumindest vorübergehend der Verpflichtung aus § 20a Abs. 2, S. 1 IfSG zu entziehen. Soweit die Klägerin vorträgt, sie habe an der Bescheinigung keine Zweifel haben müssen, so hält dies die Kammer für eine Schutzbehauptung und ist überzeugt, dass die Klägerin genau wusste, dass es sich hierbei nicht um eine ordnungsgemäße Bescheinigung handeln kann, alleine aufgrund der Art und Weise, wie sie zustande gekommen ist. Eine Bescheinigung, wie von der Klägerin vorgelegt, wird durch das Online-Portal automatisch ausgestellt. Es erfolgt lediglich die Eingabe der persönlichen Daten – ohne jegliche Überprüfung der Identität – und enthält eine Online-Überweisung von 17,49 €. Sobald beides erfolgt ist, wird

ein Video abgespielt, das über die Vor- und Nachteile der Impfung informieren soll. Dabei wird jedoch auch schon vermittelt, wie die Meinung der Betreiber der Webseite dazu aussehe. Die Online-Bescheinigung erfolgte dann ohne persönlichen Kontakt zwischen der Klägerin und der ausstellenden Ärztin und ohne, dass irgendwelche Laboruntersuchungen erstellt worden sind. Aufgrund des Ablaufs kann auch ein medizinischer Laie ohne Weiteres erkennen, dass keine ordnungsgemäße Bescheinigung vorliegen kann. Gerade die Klägerin, die unter Allergien und Autoimmunerkrankungen leidet und dennoch wusste, dass ihre Hausärztin ihr keine vorläufige Impfunfähigkeitsbescheinigungen ausstellt, hatte Anlass, bei ihrer Suche nach einem Aussteller für eine Impfunfähigkeitsbescheinigung sorgfältiger zu recherchieren. So will sich die Klägerin zuvor bei verschiedenen Stellen wie z.B. der Krankenkasse informiert, zu einer Impfung und den Alternativen recherchiert sowie sich eine Radiosendung über die Homepage von „Liberation-Express“ angehört haben. Aber schon bei einer oberflächlichen Recherche kommt man schnell zu kritischen Berichten über die Gutachten von Frau Dr. med. M... Gerade die Betonung der Legalität der Bescheinigung auf der Homepage verstärkt doch die Bedenken an der automatisierten Erstellung einer solchen „Bescheinigung“. Dennoch hat sich die Klägerin zielgerichtet und bewusst die Bescheinigung im Internet besorgt, um keine Nachteile im Arbeitsverhältnis zu erleiden, die sich aus der fehlenden Impfung oder dem fehlenden Genesenenstatus hätten ergeben können. Die Klägerin nutzte willentlich ein zweifelhaftes Angebot im Internet, mit dem der Eindruck einer ärztlichen Bescheinigung über eine vorläufige Impfunfähigkeit erweckt werden sollte. Gerade für die Klägerin, die als Ordnungstherapeutin Patienten selbst behandelt, ist erkennbar, dass die Bescheinigung nicht ordnungsgemäß sein kann, da keine Untersuchung bei einem individuellen Kontakt mit einem Arzt oder Ärztin stattgefunden hat. Zulasten der Klägerin und zu Gunsten der Beklagten ist in der Interessensabwägung zu berücksichtigen, dass § 20a Abs. 2, S. 1 IfSG ein überragendes Gut sichern soll, nämlich die öffentliche Gesundheit, aber auch die Gesundheit der Beschäftigten der Beklagten und der sich dort aufhaltenden Patienten. Die Beklagte kann es nicht hinnehmen, dass eine Mitarbeiterin sich ihrer Verpflichtung aus § 20a Abs. 2, S. 1 IfSG i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB entzieht, in dem sie die Beklagte täuscht bzw. zu täuschen versucht über eine vermeintlich individuelle Untersuchung, die tatsächlich nicht stattgefunden hat. Die Beklagte hat dabei ein Interesse daran, dass sich jeder Mitarbeiter bezüglich der Nachweispflicht korrekt verhält und nichts suggeriert oder zu suggerieren versucht, was nicht der Wahrheit entspricht. Demgegenüber treten die Interessen der Klägerin zurück, weder ihre Betriebszugehörigkeit noch ihr Lebensalter begründen ein Interesse am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, dass das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers überwiegt.

47

4. Schließlich gab es für die Beklagte auch keine mildernden Reaktionsmöglichkeiten als den Ausspruch der fristlosen Kündigung. Insbesondere ist sie nicht zu verweisen auf eine Abmahnung als schonenderes Gestaltungsmittel. Dies gilt auch vor dem Hintergrund des mehrjährigen Beschäftigungsverhältnisses der Klägerin und ihres an sich unbelasteten Arbeitsverhältnisses. Dennoch führt die Schwere der Pflichtverletzung dazu, dass die Beklagte nicht darauf verwiesen werden muss, sie hätte als schonenderes Mittel eine Abmahnung aussprechen müssen. Einer Abmahnung bedarf es in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn eine Verhaltensänderung in der Zukunft selbst nach Abmahnung nicht zu erwarten steht oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – ausgeschlossen ist (BAG, Urteil vom 10.06.2010 – 2 AZR 541/09). Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist eine Abmahnung trotz der über 2-jährigen Betriebszugehörigkeit der Klägerin ohne erkennbare bisherige Belastung des Arbeitsverhältnisses dennoch kein geeignetes schonenderes Mittel.

48

Die Klägerin hat ohne Rücksicht auf die gewichtigen Interessen der Beklagten – Gewährleistung des Gesundheitsschutzes in der Klinik – versucht, ihre eigenen Interessen durchzusetzen, indem sie zielgerichtet im Internet eine Bescheinigung gegen Geld kaufte, mit der sie beabsichtigte, sich zumindest vorübergehend ihrer Verpflichtung aus dem Infektionsschutzgesetz gegenüber der Beklagten zu entziehen. Dabei handelt es sich um eine so schwere Pflichtverletzung, deren Hinnahme durch die Beklagte – klar auch für die Klägerin erkennbar – ausgeschlossen war. Die Klägerin arbeitete bereits schon über einen längeren Zeitraum im Krankenhaus der Beklagten. Die Klägerin war auch aufgrund ihrer Tätigkeit als Ordnungstherapeutin durchaus sensibilisiert für die Gesundheitsinteressen der Kolleginnen und Kollegen und Patienten. Gerade zur Gewährleistung der öffentlichen Gesundheit und der Gesundheit der Kontaktpersonen in der Klinik entschied sich der Gesetzgeber zu der Nachweispflicht nach § 20a Abs. 2, S. 1 IfSG. Durch das Besorgen der Bescheinigung aus dem Internet ohne direkten ärztlichen Kontakt hat die

Klägerin zum Ausdruck gebracht, dass sie insoweit die betrieblichen Belange der Arbeitgeberin bezüglich des Gesundheitsschutzes nicht interessieren. Eine solche Haltung belegt eine Ablehnung der Einhaltung dieser gesetzlichen Vorschriften. Ein solch rücksichtsloses Vorgehen ist eine so schwere Pflichtverletzung, deren Hinnahe durch die Beklagte auch für die Klägerin erkennbar ausgeschlossen ist. Hierbei kann die Klägerin auch nicht darauf verweisen, dass sie im Umgang mit ihren Patienten die Schutzvorschriften im Übrigen stets eingehalten hat. Die Beklagte muss uneingeschränkt darauf vertrauen, dass die bei ihr beschäftigten Personen gesetzliche Vorschriften und Vorgaben vollständig beachten. Die Klägerin hat durch ihr Vorgehen dieses Vertrauen massiv und unwiederbringlich zerstört. Die Klägerin musste wissen, dass die Beklagte ein überragendes Interesse daran hat, dass sich die bei ihr beschäftigten Mitarbeiter redlich bei der Vorlage der geforderten Bescheinigung verhalten. Gerade im Außenverhältnis wären Meldungen über dubiose Bescheinigungen im Gesundheitswesen für die Beklagte verheerend. Für eine im Gesundheitswesen tätige Person, kann kein ernsthafter Zweifel daran bestehen, dass eine Bescheinigung über eine Impfunverträglichkeit eine individuelle Anamnese nach ärztlicher Konsultation verlangt. Wer diesen Weg nicht einhält und sich ohne ärztlichen Kontakt gegen Geld im Internet eine Bescheinigung zur Vorlage beim Arbeitgeber herunterlädt, zerstört das Vertrauen der Arbeitgeberin in die Redlichkeit massiv und damit endgültig.

49

Angesichts der Schwere dieses vertraglichen Fehlverhaltens muss sich die Beklagte nicht entgegenhalten lassen, sie hätte darauf mit einer Abmahnung reagieren und klarstellen müssen, dass Diskussionen über die Sinnhaftigkeit und die Gefährlichkeit von Impfungen nicht mit Dokumenten zu führen seien, die den Anschein einer individuellen ärztlichen Untersuchung hervorrufen. Im Gegenteil, die Klägerin hätte die Alternative gehabt, sich vertragstreu zu verhalten und den Arbeitgeber über ihre Bedenken der Impfrisiken zu informieren. Die Beklagte war dabei auch nicht gehalten, Zweifel an der Impfunverträglichkeitsbescheinigung mit dem Gesundheitsamt zu diskutieren. Entscheidend ist, dass die Klägerin versucht hat, mit der Impfunverträglichkeitsbescheinigung ohne Berücksichtigung der Interessen des Arbeitgebers ihre Belange durchzusetzen.

50

Dem widerspricht auch nicht das Verhalten der Beklagten nach Kenntnis von der Einreichung der Impfunfähigkeitsbescheinigung. Mit Schreiben vom 26.01.2022 (Anl. K 6, Bl. 123 der Akten) hat der Personalsachbearbeiter E... die Impfunfähigkeitsbescheinigung an die Klägerin zurückgesandt und nachgefragt, ob sie diese Bescheinigung tatsächlich einreichen wolle mit der Aufforderung, diese gegebenenfalls mit kurzen Vermerk zurück an die Personalabteilung zu senden. Hierin sieht das Gericht kein „Verzeihen“ des Kündigungsgrundes oder ein widersprüchliches Verhalten der Beklagten, sondern einen Versuch der Aufklärung des Sachverhalts. Dem Schreiben lässt sich nicht entnehmen, dass die Beklagte den bereits vorliegenden Verstoß der Einreichung einer offensichtlich unrichtigen Impfunfähigkeitsbescheinigung nicht ahnden wird, falls die Klägerin die Bescheinigung nicht erneut einreicht. Darüber hinaus hat die Klägerin zwar die Bescheinigung nicht erneut eingereicht, sie hat aber auch nicht den Status im Mitarbeiterportal von „ärztliches Attest“ auf einen anderen Status geändert. Damit hat sie sich im Mitarbeiterportal gerade nicht von der eingereichten Bescheinigung distanziert und versucht, den vorgeworfenen Verstoß rückgängig zu machen, sondern den aufgrund der Einreichung der fehlerhaften Impfunfähigkeitsbescheinigung geänderten Eintrag aufrechterhalten. Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, dass der Personalsachbearbeiter E... nach dem nicht bestrittenen Sachvortrag der Beklagten keine Kündigungsbefugnis hat und deshalb auch nicht verbindlich über den Verzicht auf eine Kündigung entscheiden konnte.

51

Schließlich kommt als milderer Mittel auch nicht eine ordentliche Kündigung in Betracht. Das Verhalten der Klägerin ist eine so gravierende Pflichtverletzung, als dass es der Beklagten nicht zuzumuten ist, das Arbeitsverhältnis auch bis zu einer ordentlichen Kündigung aufrechtzuerhalten.

52

5. Die Kündigung scheitert auch nicht an § 626 Abs. 2 BGB. Der Kündigungsberechtigte, der Anhaltspunkte für einen Sachverhalt hat, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte, kann Ermittlungen anstellen und den Betroffenen anhören, ohne dass die Frist zu laufen beginnt. Das Anlaufen der Kündigungserklärungsfrist setzt stets voraus, dass dem Kündigungsberechtigten die Tatsachen bereits im Wesentlichen bekannt und nur noch zusätzliche Ermittlungen erforderlich sind oder doch erscheinen dürfen,

wie etwa die Anhörung des Betroffenen bei einer Verdachtskündigung oder die Ermittlung von gegen eine Kündigung sprechenden Tatsachen. Solange der Kündigungsberechtigte die zur Aufklärung des Kündigungssachverhalts nach pflichtgemäßem Ermessen notwendig erscheinenden Maßnahmen zügig durchführt, ist der Beginn der Ausschlussfrist gehemmt. Dies gilt auch dann, wenn die Maßnahmen rückblickend zur Feststellung des Sachverhalts nichts beitragen oder überflüssig erscheinen, weil sie keine neuen Erkenntnisse bringen (KRFischermeier/Krumbiegel, 13. Aufl. § 626 BGB, Rn. 348).

53

Um den Lauf der Frist aber nicht länger als unbedingt notwendig hinauszuschieben, muss die Anhörung innerhalb einer kurzen Frist nach Abschluss der Ermittlungen erfolgen. Die Frist darf im Allgemeinen nicht mehr als eine Woche betragen, kann aber bei Vorliegen besonderer Umstände auch überschritten werden.

54

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze der Rechtsprechung, denen das erkennende Gericht folgt, hat die Beklagte die Kündigung rechtzeitig ausgesprochen. Die Klägerin hat die Impfunfähigkeitsbescheinigung vom 02.01.2022 am 12.01.2022 der Beklagten vorgelegt. Mit Schreiben vom 26.01.2022 (Anl. K 6, Bl. 123 der Akten), das bei der Klägerin am 28.01.2022 eingegangen ist, hat der Personalsachbearbeiter E... die Impfunfähigkeitsbescheinigung an die Klägerin zurückgesandt und nachgefragt, ob sie diese Bescheinigung tatsächlich einreichen wolle mit der Aufforderung, diese gegebenenfalls mit kurzem Vermerk zurück an die Personalabteilung zu senden. Zu diesem Zeitpunkt lag also ein gewisser Verdacht vor, den der Mitarbeiter aufklären wollte. Nach dem unstreitigen Vortrag der Beklagten hat Herr E... keine Kündigungsberechtigung, die Kündigung ist dementsprechend von Frau N... (Personalleitung) und Frau S... (stellvertretende Personalleitung) unterschrieben worden (Anl. K 3, Bl. 13 der Akten). Nachdem die Klägerin innerhalb einer zumutbaren Zeit weder die Impfunfähigkeitsbescheinigung zurückgesendet, noch den Eintrag im Mitarbeiterportal von „ärztliches Attest“ wieder auf „ungeimpft“ zurückgesetzt hat, bestand Anlass, die Klägerin mit Schreiben vom 03.02.2022 zu einem Anhörungsgespräch am 07.02.2022 einzuladen. Aufgrund des vorliegenden Sachverhaltes war es geboten, dass die Beklagte der Klägerin Gelegenheit gibt, zum Zustandekommen der von der Klägerin vorgelegten Impfunverträglichkeitsbescheinigung Stellung zu nehmen. Solange eine entsprechende Stellungnahme erfolgt, läuft die Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht an. Unstreitig wurde die Klägerin in der Anhörung mit den Kündigungsvorwürfen konfrontiert und hat selbst um Gelegenheit zu einer weiteren schriftlichen Stellungnahme gebeten, die unter dem 15.02.2022 (Anlage K 7, Bl. 125 der Akten) erfolgte. Nach Anhörung des Personalrats am 15.02.2022 und der Erklärung des Personalrats vom 17.02.2022, dass er sich zum Vorgang nicht äußern werde, hat die Beklagte die Kündigung ausgesprochen, die der Klägerin am 18.02.2022 zugegangen ist. Nachvollziehbar hat die Beklagte darauf hingewiesen, dass sie nach ihrer Aufforderung vom 03.01.2022 eine Vielzahl von Attesten, Impfnachweisen und ärztlichen Zeugnissen erhalten hat, die sie zu überprüfen hatte. Im Rahmen dieser Überprüfung hatte der Mitarbeiter E... die Bescheinigung an die Klägerin zurückgesandt. Da von der Klägerin eine Reaktion erwartet wurde, war auch das weitere Zuwarten von wenigen Tagen unschädlich. Nachdem die Klägerin nicht reagiert hat, und auch nicht den Eintrag im Mitarbeiterportal zurückgesetzt hat, bestand nun ein letzter Aufklärungsbedarf mit der Anhörung der Klägerin, nicht nur für die Verdachtskündigung, sondern auch für eine eventuelle TatKündigung. Zu Recht hat die Beklagte die weitere Reaktion der Klägerin auf das Schreiben vom 26.01.2022 mitberücksichtigt und in die Abwägung mit einbezogen. Das Schreiben wurde der Klägerin per Boten am 04.02.2022 um 9:50 Uhr (Anl. B 5, Bl. 68 der Akten) ausgehändigt.

55

Selbst wenn die Beklagte schon bei der Anhörung der Klägerin von der Begründetheit der Vorwürfe ausgegangen sein sollte, war sie nicht gehindert, gleichwohl zu versuchen, weitere Aufschlüsse zu erhalten. Damit ist die Kündigung rechtzeitig ausgesprochen worden.

56

6. Die von der Beklagten ausgesprochene fristlose Kündigung vom 14.02.2022 ist auch im Hinblick auf die erforderliche Betriebsratsanhörung nicht gemäß Art. 77 Abs. 4 BPersVG unwirksam.

57

Nach Art. 77 Abs. 1 S. 1 BPersVG wirkt der Personalrat bei der ordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber mit. Vor fristlosen Entlassungen, vor außerordentlichen Kündigungen und vor der Beendigung

des Arbeitsverhältnisses während der Probezeit ist der Personalrat anzuhören (Art. 77 Abs. 3 S. 1 BPersVG).

58

Die Dienststelle hat dem Personalrat die beabsichtigte Kündigung mitzuteilen, bevor sie die Kündigung ausspricht. Das Beteiligungsverfahren hat über die reine Unterrichtung hinaus den Sinn, der Personalvertretung Gelegenheit zu geben, ihre Überlegungen zu der Kündigungsabsicht dem Arbeitgeber zur Kenntnis zu geben, die Unterrichtung des Personalrats hat umfassend zu erfolgen (Art. 69 Abs. 2 S. 1 BPersVG). Die Dienststelle hat dem Personalrat die Person des Arbeitnehmers, dem gekündigt werden soll, zu bezeichnen, die Art der Kündigung und den Kündigungstermin anzugeben sowie die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Die Angaben über die Kündigungsgründe dürfen sich nicht auf pauschale, schlagwort- oder stichwortartige Bezeichnungen beschränken. Der für die Kündigung maßgebende Sachverhalt und dabei vor allem die für den Kündigungsentschluss wesentlichen Tatsachen sind dem Personalrat so genau anzugeben, dass dieser sich ohne zusätzliche eigene Nachforschungen ein eigenes Bild über die Begründetheit der Kündigung machen und zu ihr Stellung nehmen kann. Jedoch sind an die Mitteilungspflichten des Arbeitgebers nicht dieselben – hohen – Anforderungen zu stellen wie an die Darlegungslast im Kündigungsschutzprozess. Der Dienststellenleiter braucht nur diejenigen Gründe mitzuteilen, die für seinen Kündigungsentschluss maßgebend sind, auch wenn es sich nur um subjektive Erwägungen handelt (sogenannte subjektive Determinierung der Mitteilungspflicht). Der Personalrat ist ordnungsgemäß unterrichtet, wenn ihm der Dienstherr die aus seiner Sicht tragenden Umstände für die beabsichtigte Kündigung mitgeteilt hat. Fehlerhaft ist die Unterrichtung, wenn der Dienststellenleiter dem Personalrat bewusst unrichtige oder unvollständige Sachverhalte unterbreitet oder einen für dessen Entschließung wesentlichen, insbesondere einen den Arbeitnehmer entlastenden Umstand verschweigt. Enthält der Dienststellenleiter dem Personalrat bewusst ihm bekannte und seinen Kündigungsentschluss bestimmende Tatsachen vor, die nicht nur eine Ergänzung oder Konkretisierung des mitgeteilten Sachverhalts darstellen, sondern diesem erst das Gewicht eines Kündigungsgrundes verleihen oder weitere eigenständige Kündigungsgründe enthalten, ist die Unterrichtung fehlerhaft und die Kündigung unwirksam (Ballerstedt/Schleicher/Faber/Hebeler, Bayerisches Personalvertretungsgesetz, Art. 77 Rn. 49 ff).

59

Bei Anwenden dieser Grundsätze der Rechtsprechung, denen das Gericht folgt, ist der Personalrat ausreichend über die beabsichtigte Kündigung informiert worden.

60

Hierzu hat die Beklagte unter Vorlage der Anlage B 6 (Bl. 73 ff. der Akten) vorgetragen, dass sie den Personalrat am 15.02.2022 angehört hat. Auf die 5-seitige Anhörung nebst Anlagen wird verwiesen. Als Anlage B 7 (Bl. 83 der Akten) hat die Beklagte das Schreiben des Personalrats Kliniken vom 17.02.2022 vorgelegt, aus dem sich ergibt, dass sich der Personalrat in seiner Sitzung vom 17.02.2022 mit der außerordentlichen fristlosen Tat-, hilfsweise Verdachtskündigung aus verhaltensbedingten Gründen der Klägerin befasst hat und sich nicht zum Vorgang äußert. Der Personalrat empfiehlt, das vorgelegte Zeugnis vom Gesundheitsamt auf Echtheit überprüfen zu lassen. Im Anhörungsschreiben selbst sind der Kündigungsgrund und auch die sozialen Daten der Klägerin umfassend wiedergegeben, so dass die erkennende Kammer von der ordnungsgemäßen Unterrichtung des Personalrats ausgeht.

61

Soweit die Klägerin meint, die Personalratsanhörung sei unwirksam, weil der Sachverhalt unrichtig und unvollständig dargestellt sei, folgt dem die Kammer nicht. Zwar hat die Beklagte dem Personalrat nicht mitgeteilt, dass die vorgelegte „Bescheinigung“ mit Schreiben vom 26.01.2022 an die Klägerin zurückgesandt wurde, und diese sie nicht erneut eingereicht hat. Die Beklagte hat aber auf das Gespräch vom 07.02.2022 verwiesen, bei dem der Personalrat B... anwesend gewesen ist, und in dem die Klägerin erklärt hat, dass sie die Bescheinigung vom 12.01.2022 zurückziehen möchte. Weiter hat die Beklagte sehr wohl die Erklärung der Klägerin wiedergegeben, dass sie die Bescheinigung im Internet erstellen habe lassen in dem guten Glauben, dass diese Bescheinigungen rechtlich geprüft seien und dass die Klägerin erklärt habe, dass ihr nicht bewusst gewesen sei, dass es sich bei dieser Bescheinigung um eine Fälschung handeln könnte. Im Folgenden hat sich die Beklagte mit dieser Einlassung der Klägerin auseinandergesetzt und ihren Kündigungsentschluss begründet. Damit hat die Beklagte den Personalrat nach den Grundsätzen der subjektiven Determination ausreichend über die Begründung ihres Kündigungsentschlusses informiert,

insbesondere auch die Einlassungen der Klägerin, und warum die Beklagte diesen nicht folgt, angeben. Damit ist die Kündigung nicht nach Art. 77 Abs. 4 i.V.m. Art. 77 Abs. 1, 72 Abs. 1 BPersVG unwirksam.

62

7. Sofern man annehmen wollte, es sei der Beklagten nicht gelungen, nachzuweisen, dass die Klägerin wissentlich eine unrichtige Impfunfähigkeitsbescheinigung vorgelegt hat, wäre die ausgesprochene Kündigung jedenfalls als außerordentliche Verdachtskündigung wirksam.

63

Auch der Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung kann eine Kündigung i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB bzw. § 1 Abs. 2 KSchG bedingen. Ein solcher Verdacht stellt gegenüber dem Vorwurf, der Arbeitnehmer habe die Tat begangen, einen eigenständigen Kündigungsgrund dar (BAG 21. November 2013 – 2 AZR 797/11 – Rn. 16, BAGE 146, 303).

64

Eine Verdachtskündigung kann gerechtfertigt sein, wenn starke, auf objektive Tatsachen gründende Verdachtsmomente vorliegen, die geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören, und wenn der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat (BAG 23. Mai 2013 – 2 AZR 102/12 – Rn. 20; 21. Juni 2012 – 2 AZR 694/11 – Rn. 21, BAGE 142, 188). Der Verdacht muss auf konkrete – vom Kündigenden darzulegende und ggf. zu beweisende – Tatsachen gestützt sein. Er muss ferner dringend sein. Es muss eine große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass er zutrifft. Die Umstände, die ihn begründen, dürfen nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht ebenso gut durch ein Geschehen zu erklären sein, das eine Kündigung nicht zu rechtfertigen vermöchte. Bloße, auf mehr oder weniger haltbare Vermutungen gestützte Verdächtigungen reichen nicht aus (BAG 23. Mai 2013 – 2 AZR 102/12 – Rn. 21; 21. Juni 2012 – 2 AZR 694/11 – aaO; 24. Mai 2012 – 2 AZR 206/11 – Rn. 17).

65

Eine Verdachtskündigung ist auch als ordentliche Kündigung nur gerechtfertigt, wenn Tatsachen vorliegen, die zugleich eine außerordentliche, fristlose Kündigung gerechtfertigt hätten. Dies gilt zum einen für die Anforderungen an die Dringlichkeit des Verdachts als solchen. In dieser Hinsicht bestehen keine Unterschiede zwischen außerordentlicher und ordentlicher Kündigung. Für beide Kündigungsarten muss der Verdacht gleichermaßen erdrückend sein. Dies gilt zum anderen für die inhaltliche Bewertung des fraglichen Verhaltens und die Interessenabwägung. Auch im Rahmen von § 1 Abs. 2 KSchG müssen sie zu dem Ergebnis führen, dass das Verhalten, dessen der Arbeitnehmer verdächtig ist, – wäre es erwiesen – sogar eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt hätte. Nur unter dieser Voraussetzung ist die Kündigung schon durch den bloßen Verdacht pflichtwidrigen Verhaltens „bedingt“ (BAG, Urteil vom 18. Juni 2015 – 2 AZR 256/14 –, Rn. 20 – 22, juris).

66

Der Arbeitgeber muss alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen haben. Er ist insbesondere verpflichtet, den verdächtigen Arbeitnehmer anzuhören, um ihm Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die vorherige Anhörung des Arbeitnehmers ist – anders als bei der sogenannten Tat Kündigung – Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung. Das folgt aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Anhörung muss vor der Betriebsratsanhörung und unter solchen Umständen erfolgen, dass dem Arbeitnehmer eine Einlassung zumutbar ist. Dabei muss der Verdacht, wenn der Arbeitnehmer die Vorwürfe und Indiztatsachen nicht schon kennt, zumindest soweit konkretisiert werden, dass dieser sich darauf substantiiert einlassen kann. Für die Ordnungsgemäßheit der Anhörung ist entscheidend, ob der Arbeitnehmer in einlassungsfähiger Weise mit den ihm vorgeworfenen Verhaltensweisen konfrontiert wird und ausreichende Gelegenheit erhält, dazu Stellung zu nehmen. Hieran fehlt es, wenn dem Arbeitnehmer der – ob zutreffende oder unzutreffende – Eindruck vermittelt wird, er vermöge die Kündigung durch etwaige Erklärungen ohnehin nicht mehr abzuwenden (KR, a.a.O., § 626 BGB Rn. 244 m.w.N.).

67

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze der Rechtsprechung ist jedenfalls die außerordentliche Verdachtskündigung begründet. Der Arbeitgeber hatte den begründeten Verdacht einer schwerwiegenden Vertragsverletzung, die eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt. Es wird auf

die oben stehenden Ausführungen zur Tatkündigung verwiesen. Aufgrund der vorliegenden Indiztatsachen ist der Verdacht auch dringend gewesen. Die Klägerin hat eine unrichtige Bescheinigung vorgelegt. Sollte sie – entgegen der Überzeugung der Kammer – hierdurch nicht versucht haben, den Arbeitgeber zu täuschen, so liegt jedenfalls der dringende Verdacht hierfür vor. Aus der Sicht der Beklagten und eines objektiven Beobachters konnte die Klägerin nicht von einer ordnungsgemäßen Impfunfähigkeitsbescheinigung ausgehen, sondern musste die Unrichtigkeit erkennen. Indem die Klägerin die Bescheinigung dennoch einreichte, hat sie den entsprechenden Verdacht begründet.

68

Auch die erforderliche Anhörung der Klägerin ist erfolgt. Die Klägerin wurde mit den aus Sicht der Beklagten verdachtsbegründenden Tatsachen konfrontiert und ihr wurde ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Anhaltspunkte dafür, dass die Anhörung nicht ordnungsgemäß erfolgt ist, hat die Kammer nicht. Im Wesentlichen geben die Beklagte in ihrem Protokoll und die Klägerin in ihrer Stellungnahme vom Protokoll die Anhörung übereinstimmend wieder. Die Klägerin betont in ihrer Stellungnahme, dass ihre Darstellung ihrer redlichen Absichten und ihrer Überzeugung, ein medizinisch und juristisch korrektes, legales Dokument auf legale Weise erworben zu haben, nicht angenommen und akzeptiert worden sei. Stattdessen sei ihr von Frau N... von Anfang an das Gegenteil unterstellt worden. Ihr seien die Tränen gekommen, weil sie sich hilflos ausgeliefert gefühlt habe in diesem verhörähnlichen Gespräch, bei dem ihr auch der anwesende Personalrat nicht, wie zuvor angekündigt, den Rücken gestärkt habe. In ihrem Schreiben vom 15.02.2022 hat die Klägerin vereinbarungsgemäß eine kurze Stellungnahme zum Sachverhalt gegeben und nochmals betont, dass sie von der Rechtsgültigkeit der angewandten Rechtsgrundlagen ausgegangen sei:

„In der Überzeugung, dass die Bescheinigung über eine befristete Impfunfähigkeit juristisch einwandfrei legal sei, habe ich völlig ohne Täuschungsabsicht dieses Schreiben erworben und in der Personalabteilung abgegeben.

Wenn die Rechtsgültigkeit dieser Bescheinigung nicht besteht, halte ich nicht daran fest! Ich bitte Sie, mir das zu glauben und hoffe auf die Fortsetzung meines Arbeitsverhältnisses.“

69

Die Kammer teilt nicht die Ansicht der Klägerin, die Anhörung sei unwirksam, da die Meinung der Beklagten bereits vorgefasst gewesen sei. Dass die Beklagte davon ausgegangen ist, dass die Bescheinigung unwirksam ausgestellt und vertragswidrig vorgelegt worden sei, ist ihr nicht vorzuwerfen, sondern Ausdruck der objektiven Tatsachen, durch die der Verdacht begründet war. Sie hat der Klägerin noch die Möglichkeit einer schriftlichen Stellungnahme eingeräumt. Dass sie der Einlassung der Klägerin schließlich nicht gefolgt ist, ist ihrer – nachvollziehbaren – Bewertung der Umstände geschuldet, die sie im Übrigen auch dem Personalrat in der Anhörung dargelegt hat.

70

Hinsichtlich der Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB kann auf die oben stehenden Ausführungen verwiesen werden.

71

Da der Personalrat auch zur hilfsweise ausgesprochenen außerordentlichen Verdachtskündigung angehört worden ist, bestehen auch insoweit keine Bedenken an der Wirksamkeit der Verdachtskündigung.

72

8. Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis außerordentlich, hilfsweise (regelmäßig gleichbedeutend: „vorsorglich“) ordentlich, handelt es sich um zwei Kündigungserklärungen, deren letztere unter der zulässigen auflösenden Rechtsbedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) steht, dass nicht bereits die erste das Arbeitsverhältnis beendet hat.

73

Tritt diese Bedingung ein, liegt schon eine ordentliche Kündigungserklärung als solche nicht (mehr) vor. Eine diesbezügliche Klage ginge ins Leere und wäre unbegründet (Niemann: Antragstellung und Tenorierung im Kündigungsschutzprozess, NZA 2019, 65).

74

Weil das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche Kündigung vom 18.02.2022 mit sofortiger Wirkung aufgelöst worden ist, bestand zum Zeitpunkt des Zugangs der hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung vom 29.06.2022 zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis mehr. Die gegen diese Kündigung erhobene Kündigungsschutzklage war ebenfalls abzuweisen.

75

9. Aufgrund des beendeten Arbeitsverhältnisses steht der Klägerin kein Weiterbeschäftigungsanspruch mehr zu.

76

10. Der in der mündlichen Verhandlung am 30.03.2023 erhobene Auflösungsantrag der Klägerin fällt aufgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 18.02.2022 ungeachtet der Bedenken hinsichtlich des Vorliegens eines Auflösungsgrundes nicht zur Entscheidung an. Bei dem Auflösungsantrag des Arbeitnehmers handelt es sich um einen unechten Hilfsantrag, da er nur für den Fall der Zulässigkeit und Begründetheit des Kündigungsschutzantrages gestellt wird (KR/Spilger, KSchG, § 9 Rn. 19, mwN).

77

Damit war auf die Berufung der Beklagten die erstinstanzliche Entscheidung abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.

III.

78

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

79

2. Für die Zulassung der Revision bestand kein gesetzlich begründeter Anlass, (§ 72 Abs. 2 ArbGG).