

LANDESARBEITSGERICHT NÜRNBERG

4 Sa 98/13

11 Ca 3359/12

(Arbeitsgericht Nürnberg)

Datum: 03.07.2013

Rechtsvorschriften: §§ 626 BGB, 1, 11 KSchG

Leitsatz:

Abmahnungserfordernis bei behaupteter Selbstbeurlaubung für einen Tag.

Urteil:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 12.12.2012, Az.: 11 Ca 3359/12, wird auf Kosten der Berufungsführerin zurückgewiesen.
2. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der fristlosen und hilfsweise ordentlichen Arbeitgeberkündigung vom 01.06.2012, um Annahmeverzugslohn und die Zahlung einer Vertragsstrafe.

Die am 12.09.1988 geborene Klägerin ist auf der Grundlage des schriftlichen Arbeitsvertrages vom 29.07.2011 (Kopie Bl. 57-65 d.A.) bei der Beklagten ab dem 01.09.2011 als Projektbearbeiterin beschäftigt und bezog zuletzt ein Bruttomonatsentgelt in Höhe von EUR 2.219,--.

- 2 -

Die Beklagte nahm die unterbliebene Arbeitsleistung der Klägerin am 24. und 25.05.2012 zum Anlass, das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 01.06.2012 (Kopie Bl. 6 d.A.), der Klägerin zugeleitet am 04.06.2012, außerordentlich mit sofortiger Wirkung und hilfsweise ordentlich zum nächst zulässigen Zeitpunkt zu kündigen.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer am 08.06.2012 beim Arbeitsgericht Nürnberg eingereichten Kündigungsschutzklage vom 06.06.2012.

Sie begehrt ferner im Wege der Klageerweiterung die Zahlung von Annahmeverzugslohn für die Monate Juni bis November 2012 zuzüglich von Zinsen; die Beklagte ihrerseits im Wege der Widerklage die Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe eines Bruttomonatsverdienstes.

Wegen der Anträge der Parteien und ihres näheren Vorbringens im erstinstanzlichen Verfahren wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht Nürnberg hat mit Endurteil vom 12.12.2012 der Klage stattgegeben und die Widerklage der Beklagten abgewiesen.

Es hat seine Entscheidung im Wesentlichen darauf gestützt, eine beharrliche Arbeitsverweigerung der Klägerin sei nicht gegeben, dies zum einen wegen der fehlenden Intensität der Pflichtverletzung und des Umstandes, dass der Klägerin gegenüber keine Abmahnung ausgesprochen worden sei. Deshalb erweise sich die ausgesprochene Kündigung weder als außerordentliche noch als ordentliche als rechtswirksam. Wegen des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses sei die Beklagte verpflichtet, den geltend gemachten Annahmeverzugslohn zuzüglich von Zinsen zu zahlen, und die Zahlung einer Vertragsstrafe seitens der Klägerin nicht geschuldet.

Gegen das dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten am 20.02.2013 zugestellte Urteil hat dieser mit Telefax vom 25.02.2013 Berufung eingelegt und sie innerhalb der bis 03.05.2013 verlängerten Begründungsfrist mit Telefax vom 25.04.2013 begründet.

Die Beklagte meint, die von ihr ausgesprochene Kündigung vom 01.06.2012 habe deshalb das Arbeitsverhältnis der Parteien mit sofortiger Wirkung bzw. hilfsweise zum nächst möglichen ordentlichen Kündigungstermin rechtswirksam beendet, da sich die Klägerin am 25.05.2012 eigenmächtig selbst beurlaubt habe. Der von ihr für diesen Tag beantragte Urlaub sei ihr ausdrücklich nicht bewilligt worden. Hierfür hätte auch Veranlassung bestanden, da die Klägerin den Urlaubstag erst am Vortrag beantragt habe und es wegen der engen Personalbesetzung unmittelbar vor den Pfingsttagen nicht möglich gewesen sei, kurzfristig Personal umzudisponieren. In diesem Zusammenhang entlaste die Klägerin die von ihr behauptete Erkrankung am Vortrag nicht, denn diesbezüglich sei das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit nicht nachgewiesen worden. Angesichts der Schwere des Vertragsverstoßes sei es ihr angesichts der kurzen Laufzeit des Vertrages nicht zumutbar, das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin fortzusetzen.

Diese habe zudem dagegen verstoßen, für den 24.05.2012 eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung beizubringen, wie sie vertraglich verpflichtet gewesen sei. Auch für den Zeitraum vom 29.05. bis 01.06.2012 habe sie eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht innerhalb von drei Tagen vorgelegt.

Die vorzunehmende Interessenabwägung falle zu ihren Gunsten aus, denn es sei auch aus disziplinarischen Gründen geboten, bei derartigen Vertragsverstößen ein eindeutiges Signal gegenüber den anderen Mitarbeitern zu setzen. Mit einer weiteren störungsfreien Zusammenarbeit sei schon deshalb nicht zu rechnen, da die Klägerin nach so kurzer Laufzeit des Vertragsverhältnisses so gewichtige Pflichtverstöße begangen habe. Ihr sei es deshalb nicht zumutbar, die Klägerin bis zu dem möglichen Entlassungstermin am 15.07.2012 weiter zu beschäftigen. Eine darüber hinausgehende Weiterbeschäftigung komme erst recht nicht in Betracht.

Die Klägerin habe sich am ersten Tag ihrer Erkrankung zwar bei der Arbeitgeberin gemeldet und mitgeteilt, dass sie nach ihrer Auffassung arbeitsunfähig erkrankt sei und daher nicht zum Dienst erscheinen werde, weitere Angaben zum Verlauf der Erkrankung und zur Möglichkeit der Erfüllung der Arbeitspflicht habe sie aber nicht gemacht. Sie habe auch keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für diesen Tag beigebracht, wozu sie nach dem Inhalt ihres Arbeitsvertrages verpflichtet gewesen wäre. Die Klägerin sei insofern ihrer Verpflichtung, für den 24. und 25.05.2012 die behauptete Entschuldigungsgründe nachzuweisen, nicht nachgekommen. Demzufolge sei für den 24.05.2012 von dem Vor-täuschen einer Arbeitsunfähigkeit auszugehen und für den 25.05.2012 von einem eigen-

mächtigen Urlaubsantritt. Dies rechtfertige die ausgesprochene fristlose Kündigung und löse die mit der Widerklage verfolgte Verpflichtung der Klägerin aus, eine Vertragsstrafe in Höhe eines Bruttomonatseinkommens zu bezahlen.

Die Beklagte und Berufungsklägerin beantragt:

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 12.12.2012 mit dem Aktenzeichen 11 Ca 3359/12 wird abgeändert und die Klage abgewiesen.
2. Es wird ferner beantragt, das Urteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 12.12.2012 mit dem Aktenzeichen 11 Ca 3359/12 abzuändern und die Klägerin und Berufungsbeklagte im Wege der Widerklage zu verurteilen, an die Beklagte und Berufungsklägerin einen Betrag in Höhe von 2.219,00 EUIR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweils geltenden Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
3. Es wird ferner beantragt, der Klägerin und Berufungsbeklagten die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.

Die Klägerin und Berufungsbeklagte beantragt,

die Berufung der Beklagten vom 25.02.2013 kostenpflichtig zurückzuweisen.

Zur Begründung trägt sie vor, für den 24.05.2012 habe sie keine Arbeitsunfähigkeit vorgetäuscht, sie habe nämlich dem Vorgesetzten im Einzelnen erläutert, weshalb sie keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung eingeholt habe. Diesbezüglich habe sie sich in dem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 12.11.2012 umfassend erklärt. Sie habe von der ihr angebotenen Option Gebrauch gemacht, diesen Tag mit Gutstunden zu verrechnen. Von dem Vorgesetzten S... sei ihr auch hinsichtlich des beantragten Urlaubs mitgeteilt worden, dies gehe in Ordnung. Allerdings sei ihr schriftlicher Urlaubsantrag nicht auffindbar gewesen, weshalb man sich verständigt habe, die Urlaubsbeantragung und –bewilligung in der Folgewoche noch formal in Ordnung zu bringen. Hierauf habe sie sich verlassen und keine Veranlassung gesehen, noch direkt mit der Zentrale der Beklagten in

- 5 -

Verbindung zu treten. Am 29.05.2012 habe sie sich ordnungsgemäß krank gemeldet und die eingeholte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung der Beklagten per Post zugesandt.

Die von der Beklagten behaupteten Arbeitspflichtverstöße seien allesamt nicht geeignet, ohne eine vorherige Abmahnung das Arbeitsverhältnis rechtswirksam mit sofortiger Wirkung oder unter Einhaltung der Kündigungsfrist zu beenden.

Bezüglich näherer Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die von ihnen im Berufungsverfahren eingereichten Schriftsätze verwiesen.

Von einer weitergehenden Darstellung des Tatbestandes wird gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG abgesehen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung ist zulässig.

Sie ist statthaft, § 64 Abs. 1, Abs. 2 b und c ArbGG, und auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO.

II.

Die Berufung ist sachlich nicht begründet.

Das Erstgericht hat mit zutreffender Begründung der Klage stattgegeben, da die Kündigung der Beklagten vom 01.06.2012 das Arbeitsverhältnis der Parteien weder mit sofortiger Wirkung noch zum nächst zulässigen ordentlichen Kündigungstermin rechtswirksam beendet hat. Wegen des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses ist die Beklagte darüber

hinaus verpflichtet, den geltend gemachten Annahmeverzugslohn zuzüglich von Zinsen zu bezahlen. Demgegenüber steht der Beklagten der von ihr geltend gemachte Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe nicht zu.

Es kann in vollem Umfang auf die zutreffenden Ausführungen im Ersturteil verwiesen und von einer wiederholenden Darstellung der Entscheidungsgründe abgesehen werden.

Im Hinblick auf das Berufungsvorbringen sind noch folgende ergänzende Ausführungen veranlasst:

1. In Bezug auf den 24.05.2012 und den Zeitraum vom 29.05. bis 04.06.2012 fehlt es bereits an Verfehlungen der Klägerin, die geeignet wären, einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB abzugeben.
 - a) 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 bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände – an sich – d.h. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile – jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – zumutbar ist oder nicht (vgl. BAG vom 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – AP Nr. 229 zu § 626 BGB; vom 09.06.2011 – 2 AZR 323/10 – AP Nr. 236 zu § 626 BGB).

- b) Das von der Beklagten behauptete Verhalten der Klägerin am 24.05.2012 erfüllt nicht den Tatbestand der Vortäuschung einer Arbeitsunfähigkeit.
Das Vortäuschen der Arbeitsunfähigkeit ist geeignet, eine außerordentliche Kün-

digung an sich zu rechtfertigen. Der Arbeitnehmer wird durch Vortäuschen der Arbeitsunfähigkeit regelmäßig einen Betrug zu Lasten des Arbeitgebers begehen, denn hierdurch soll er unter Vortäuschung falscher Tatsachen dazu veranlasst werden, ihm unberechtigterweise Entgeltfortzahlung zu gewähren. Der Arbeitgeber hat den Nachweis zu führen, dass der Arbeitnehmer den Arbeitgeber vorsätzlich über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit getäuscht hat (vgl. hierzu Hessisches LAG vom 20.03.2012 – 19 Sa 1020/11 – zitiert in juris).

Ein solcher Lebenssachverhalt ist vorliegend nicht gegeben, da aufgrund der am 24.05.2012 zwischen der Klägerin und dem Vorgesetzten S... geführten Telefonate für beide Parteien klargelegt war, dass ohne Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung der Klägerin keine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall geleistet werden wird. Vielmehr ging die Klägerin aufgrund der ihr zugeleiteten SMS des Mitarbeiters S... („Wenn Du krank bist, geh bitte zum Arzt, wenn zu lange Wartezeit ist, dann entweder anderer Arzt notwendig oder wir ziehen Dir die Stunden auf minus ab. Generell ab 1 Tag AU an K... Gute Besserung“) davon aus, dass ihr die Option eröffnet wird, durch die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ihre Verhinderung nachzuweisen und so ihren Entgeltfortzahlungsanspruch zu sichern oder dies zu unterlassen und so über ihr Gutstundenkontingent zu verfügen und hierdurch den Fehltag auszugleichen. Insoweit stand es der Beklagten frei, entsprechend der Ankündigung ihres Vertreters S... die ausgefallene Arbeitszeit am 24.05.2012 mit dem Gutstundenkonto der Klägerin zu verrechnen. Eine Täuschung der Arbeitgeberin zur Erlangung eines der Klägerin nicht zustehenden Vermögensvorteils kann in deren Vorgehen nicht erkannt werden.

- c) Das Verhalten der Klägerin im Zusammenhang mit ihrer Erkrankung ab dem 29.05.2012 lässt keine schwerwiegende Pflichtverletzung im Hinblick auf ihre Anzeige- und Nachweispflicht gem. § 5 Abs. 1 EFZG erkennen.
- Die Klägerin hat am ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit diese der Arbeitgeberin gegenüber angezeigt und auch eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung des Arztes vorgelegt. Auch wenn diese Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht am ersten Tag der Erkrankung eingeholt worden ist, sondern erst am Folgetag, und sie auch nicht innerhalb der gesetzlichen Frist von drei Tagen der Arbeitgeberin zu-

geleitet worden ist, hätten diese Pflichtverstöße weder ein Beharrlichkeit noch ein Gewicht, die es gestatten würde, hierin einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB zu erkennen (vgl. KR-Fischermeier, 9. Aufl., § 626 BGB Rz. 426).

2. Geeignet für einen wichtigen Grund des § 626 Abs. 1 BGB kann alleine das Verhalten der Klägerin am 25.05.2012 sein, wenn der Sachvortrag der Beklagten zutrifft, dass das von der Klägerin erstmals am 24.05.2012 fernmündlich gestellte Urlaubsgesuch von dem Mitarbeiter S... unter Hinweis auf die fehlenden kurzfristigen Dispositionsmöglichkeiten und dem bestehenden Personalengpass verbindlich abgelehnt worden ist. In diesem Fall läge nämlich eine eigenmächtige Urlaubsnahme der Klägerin vor, die an sich geeignet ist, eine außerordentliche Kündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB zu begründen (vgl. BAG vom 16.03.2000 – 2 AZR 75/99 – AP Nr. 114 zu § 102 BetrVG 1972; KR-Fischermeier, a.a.O., Rz. 452, 454).

Eine außerordentliche Kündigung ist bei Berücksichtigung aller Umstände des Streitfalls und nach Abwägung der gegenseitigen Interessen der Parteien gleichwohl nicht gerechtfertigt.

Liegt eine Pflichtverletzung nach § 626 Abs. 1 BGB vor, ist weiterhin zu prüfen, ob nicht eine ordentliche Kündigung oder eine noch weniger einschneidende Maßnahme des Arbeitgebers genügt hätten, zukünftige Vertragsstörungen seitens des Arbeitnehmers zu vermeiden (vgl. BAG vom 10.06.2010, a.a.O.; BAG vom 09.06.2011 – 2 AZR 284/10 – AP Nr. 64 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung).

Insofern hat eine Bewertung des konkreten Einzelfalles unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Dem Risiko künftiger Störungen kann seitens des Arbeitgebers dann nicht durch Ausspruch einer fristlosen oder fristgemäßen Kündigung begegnet werden, wenn schon mildere Mittel und Reaktionen von Seiten des Arbeitgebers geeignet gewesen wären, beim Arbeitnehmer künftige Vertragstreue zu bewirken. Insofern kommt insbesondere der Ausspruch einer Abmahnung in Betracht. Beruht die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Einer Abmahnung bedarf es nach Maßgabe des auch in § 314 Abs. 2

i.V.m. § 323 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach Ausspruch einer Abmahnung nicht zu erwarten steht oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren einmalige Hin- nahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offen- sichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – ausgeschlossen ist (so BAG vom 10.06.2010 und 09.06.2011, a.a.O.).

Tatsachen dafür, dass die Klägerin auch bei Ankündigung einer Kündigung der Arbeit am 25.05.2012 pflichtwidrig ferngeblieben wäre, werden von der Beklagten nicht vor- getragen, insofern kann die Klägerin nicht als unbelehrbar eingeschätzt werden.

Die ungenehmigte Urlaubsnahme für lediglich einen Tag ist im vorliegenden Fall als nicht so schwerwiegend zu qualifizieren, dass es für die Klägerin erkennbar gewesen wäre, dass ihr Verhalten zur sofortigen Beendigung des Vertragsverhältnisses Anlass geben konnte. Sie hat nämlich bereits am Vortag kurzfristig gefehlt und es wurde ihr für diesen Tag ermöglicht, von einer Freistellung unter Verrechnung mit Gutstunden Gebrauch zu machen. Insofern konnte sie nicht davon ausgehen, dass ihr Fehlen am Folgetag so gravierende Auswirkungen haben könnte, dass dies Auslöser für eine sofortige Vertragsbeendigung seitens der Arbeitgeberin sein konnte. Diesbezügliche besondere Umstände für die Schwere der Pflichtverletzung an diesem Tag hat die Beklagte nicht vorgetragen. Insofern konnte der Klägerin die Kündigungsrelevanz ih- rer Verhaltensweise nicht bekannt gewesen sein. Es hätte einer Offenlegung gegebener besonderen Umstände im Zusammenhang mit der Verweigerung ihres Urlaubs- gesuches für diesen einen Tag bedurft, um der Klägerin zu ermöglichen, die Kündi- gungsrelevanz ihres Fehlens an diesem Tag zu erkennen.

Nach alledem hätte es vor Ausspruch einer außerordentlichen oder ordentlichen Kün- digung im vorliegenden Fall einer erfolglosen Abmahnung der Klägerin bedurft.

3. Wegen des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses stehen der Klägerin die geltend gemachten Vergütungsansprüche zu und erweist sich die Widerklage der Beklagten als unbegründet.

In Ermangelung konkreter weiterer Berufungsangriffe bedarf es hierzu keiner ergänzenden Begründung

III.

1. Die unterlegene Beklagte hat die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels zu tragen.
2. Die Revision war gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG zuzulassen, da im Hinblick auf das Abmahnungserfordernis bei eigenmächtiger Urlaubsnahme aufgrund der von der Berufungsführerin zitierten Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte Hamm (Urteil vom 18.07.2007 – 18 Sa 1945/06) und Schleswig-Holstein (Urteil vom 06.01.2011 – 5 Sa 459/10) Klärungsbedarf gesehen wird.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann die Beklagte Revision einlegen.

Für die Klägerin ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Postanschrift:
Bundesarbeitsgericht
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de/>.

Roth
Vorsitzender Richter
am Landesarbeitsgericht

Bachmann
ehrenamtlicher Richter

Frank
ehrenamtlicher Richter