

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 3 Sa 30/10

2 Ca 1288/09 ArbG Flensburg
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 19.05.2010

Gez. ...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit
pp.

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 19.05.2010 durch die Vizepräsidentin des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzende und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Flensburg vom 23.12.2009 - 2 Ca 1288/09 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

.....

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Tatbestand

Die Parteien streiten, soweit im Berufungsverfahren noch von Bedeutung, über die Wirksamkeit einer verhaltensbedingten fristlosen Kündigung.

Die Klägerin ist am ...06.1960 geboren, verheiratet und einem Kind gegenüber zum Unterhalt verpflichtet. Sie ist Altenpflegehelferin und war zunächst von November 1991 bis März 1994 und sodann seit April 1995 nahtlos in dem Pflegeheim A... S... beschäftigt. Die Klägerin erhielt zuletzt durchschnittlich 1.400,-- EUR brutto monatlich.

Die jetzige Betriebsinhaberin übernahm das Pflegeheim im August 2008.

Das Pflegeheim ist in der Regel in der Frühschicht mit drei Pflegekräften und einer Betreuungskraft, in der Spätschicht mit zwei Pflegekräften und einer Betreuungskraft sowie in der Nachtschicht nur mit einer examinierten Pflegekraft besetzt. Aufgrund dieser Besetzung kann es im Einzelfall dazu kommen, dass Bewohner längere Zeit auf dem WC sitzen, wenn andere vorrangige Pflegeaufgaben zu erledigen sind.

Aufgrund einer Dienstanweisung vom 21.04.2008 gilt im Pflegeheim innerhalb des Hauses ein absolutes Rauchverbot (Blatt 38 d. A.). Darüber hinaus legt die aktuelle Pausen- und Raucherregelung vom 16.07.2009 fest, dass nur noch während der Pausen, und dann außerhalb des Grundstücks geraucht werden darf. Ein Rauchen während der Arbeitszeit ist danach unzulässig. Die Pausen- und Raucherregelung ist der Klägerin bekannt.

Die jetzige Betriebsinhaberin wurde von Besuchern des Öfteren auf Fehlverhalten der Klägerin hingewiesen. Teilweise kam es zu Beschwerden von Angehörigen.

Die Beklagte mahnte die Klägerin mit Schreiben vom 22.02.2009 wegen eines unangemessenen Tons im Umgang mit einer Hausbewohnerin ab (Blatt 17 d. A.).

Mit Schreiben vom 23.03.2009 erhielt die Klägerin eine erneute Abmahnung wegen eines unakzeptablen Umgangs gegenüber Heimbewohnern sowie Angehörigen (Blatt 18 d. A.).

Am 20.07.2009 erhielt die Klägerin eine weitere Abmahnung mit dem Vorwurf des Verstoßes gegen das Rauchverbot. Hierzu gab die Klägerin eine Gegendarstellung ab (Blatt 19 d. A.).

Am 28.07.2009 begann der Dienst der Klägerin um 14.00 Uhr. Um 14.20 Uhr rauchte sie auf dem Außengelände der Pflegeeinrichtung. Zu dieser Zeit hielt sich der Heimbewohner S... B..., der ein Jahr zuvor einen Schlaganfall erlitten hatte und sich nicht selbst helfen konnte, auf dem WC auf. Er betätigte mehrfach die Schwestern-Rufanlage, ohne dass die Klägerin kam. Es dauerte 10 bis 15 Minuten, bis sie schließlich doch noch erschien und ihm half. Diesen Vorgang beobachtete die Tochter des Bewohners. Sie beschwerte sich zunächst mündlich und sodann brieflich unter dem 05.10.2009 bei der Beklagten über das Verhalten der Klägerin.

Mit Schreiben vom 30.07.2009 kündigte die Beklagte der Klägerin fristlos, hilfsweise fristgemäß zum 31.12.2009 aus diesem Grunde. Sie warf der Klägerin Vernachlässigung eines Bewohners der Pflegeeinrichtung sowie Missachtung der bestehenden Pausenregelung und der damit verbundenen Raucherregelung vor. Das Kündigungsschreiben ging der Klägerin am 31.07.2009 zu.

Im Laufe des Verfahrens gingen mindestens zwei Beschwerdebriefe von Angehörigen bei der Beklagten sowie ein Schreiben der Heimaufsicht vom 21.10.2009 ein. Der Vertreter der Beklagten kündigte daraufhin im Schriftsatz vom 21.10.2009 das Arbeitsverhältnis der Klägerin erneut fristlos. Diese Kündigung ist – rechtswirksam – aus formellen Gründen für unwirksam erklärt worden.

Mit Urteil vom 23.12.2009 hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 30.07.2009 nicht fristlos, jedoch fristgemäß mit Ablauf des 31.12.2009 beendet wurde. Das ist im Wesentlichen unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten geschehen. Hinsichtlich der Einzelheiten wird

auf Tatbestand, Anträge und Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils verwiesen.

Gegen diese der Beklagten am 30.12.2009 zugestellte Entscheidung hat sie am 26.01.2010 Berufung eingelegt, die innerhalb der gesetzlichen Berufungsbegründungsfrist begründet wurde.

Die Beklagte ist nach wie vor der Ansicht, das Verhalten der Klägerin rechtfertige eine außerordentliche Kündigung. Der wiederholte Verstoß der Klägerin gegen die in Dienstanweisungen festgelegte Pausenregelung in kurzer zeitlicher Abfolge berechtige zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung, da er mit einer konkreten Vernachlässigung eines von ihr zu betreuenden, um Hilfe suchenden Bewohners gekoppelt war. Das Verhalten stelle eine gravierende Vertragsverletzung dar, die das für die weitere Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauensverhältnis nachhaltig zerstört habe. Das ursprünglich zur Rechtfertigung der Schriftsatzkündigung vom 21.10.2009 gemachte Vorbringen müsse auch als nachgeschobener Kündigungsgrund für die Bewertung der Kündigung vom 30.07.2009 berücksichtigt werden.

Die Beklagte beantragt,

das am 23.12.2009 verkündete Urteil des Arbeitsgerichts Flensburg, Az. 2 Ca 1288/09, aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Berufungsbeklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Jedenfalls im Hinblick auf die erstinstanzlich festgestellte Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung vom 30.07.2009 hält sie das angefochtene Urteil sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht für zutreffend.

Im Übrigen wird auf den mündlich vorgetragene Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Protokolle verwiesen.

Entscheidungsgründe

I. Die Berufung ist zulässig. Sie ist der Beschwer nach statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und innerhalb der Berufungsbegründungsfrist auch begründet worden.

II. Die Berufung ist jedoch unbegründet. Die Klägerin hat durch die vertragswidrig eingelegte Raucherpause und die gleichzeitige Vernachlässigung eines von ihr zu betreuenden, um Hilfe bittenden Bewohners eine Vertragspflichtverletzung begangen, die unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Beklagte berechtigte, das Arbeitsverhältnis fristgemäß, jedoch nicht außerordentlich zu kündigen. Das hat das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt. Dem folgt das Berufungsgesicht. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird vorab auf die ausführlichen Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen. Lediglich ergänzend und auch auf den neuen Vortrag der Parteien eingehend, wird Folgendes ausgeführt:

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 Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Die erforderliche Prüfung, ob ein gegebener Lebenssachverhalt einen wichtigen Grund darstellt, vollzieht sich zweistufig: Im Rahmen von § 626 Abs. 1 BGB ist zunächst zu prüfen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls als wichtiger Kündigungsgrund an sich geeignet ist. Liegt ein sachlicher Sachverhalt vor, bedarf es der weiteren Prüfung, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile auf Dauer oder auch nur bis zum Ab-

lauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar ist oder nicht (BAG vom 23.06.2009 - 2 AZR 103/08 – zitiert nach Juris, Rz. 18 m. w. N.).

Dem Sinn und Zweck des wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses entspricht es, dass auch bei einem abstrakt durchaus erheblichen Verhalten doch noch in jedem konkreten Einzelfalle eine Abwägung aller für und gegen die Lösung des Arbeitsverhältnisses sprechenden Gründe erfolgt (BAG vom 23.01.1963 – 2 AZR 278/62 = AP Nr. 8 zu § 124 a Gewerbeordnung). Bei der Prüfung des wichtigen Grundes kommt es nicht darauf an, wie ein bestimmtes Verhalten strafrechtlich zu würdigen ist, sondern darauf, ob der Gesamtsachverhalt die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht (BAG vom 27.01.1977 - 2 ABR 77/96 - = AP Nr. 7 zu § 103 BetrVG 1972; BAG AP Nr. 13 zu § 626 BGB).

2. Die außerordentliche Kündigung ist nur zulässig, wenn sie die unausweichlich letzte Maßnahme (ultima ratio) für den Kündigungsberechtigten ist. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kommt deshalb eine außerordentliche Kündigung nur dann in Betracht, wenn alle anderen, nach den jeweiligen Umständen des konkreten Falles möglichen und angemessenen milderer Mittel, die es zulassen, das in der bisherigen Form nicht mehr tragbare Arbeitsverhältnis nicht mehr fortzusetzen, erschöpft sind (KR-Fischermeier, Kommentar zum Kündigungsschutzrecht, Rz. 251 zu § 626 BGB m. w. N.). Das für die außerordentliche Kündigung spezifisch mildere Mittel ist die ordentliche Kündigung. Daher ist nach § 626 Abs. 1 BGB stets zu prüfen, ob nicht eine ordentliche Kündigung als mildere Maßnahme gegenüber einer außerordentlichen Kündigung ausreicht (KR-Fischermeier, Rz. 297 zu § 626 BGB).

3. Vor diesem rechtlichen Hintergrund ist die Kündigung der Beklagten vom 30.07.2009 als fristgemäße Kündigung berechtigt. Die gegenüber der Klägerin erhobenen Vorwürfe rechtfertigen jedoch unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles vorliegend keine außerordentliche Kündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB. Die Klägerin hat am 28.07.2009 ihre arbeitsvertraglichen Pflichten nachhaltig verletzt.

a) Die Schicht der Klägerin begann am 28.07.2009 um 14.00 Uhr. Bereits um 14.20 Uhr hat die Klägerin während ihrer Arbeitszeit außerhalb des Hauses eine Raucher-

pause eingelegt, obgleich sie hierzu gemäß Dienstanweisung vom 16.07.2009 erst frühestens um 16.00 Uhr befugt war. Damit hat die Klägerin gegen eine das Arbeitsleben ordnende Dienstanweisung der Beklagten verstoßen. Der Verstoß gegen das Rauchverbot – ob als Wiederholungsfall oder als berechtigt festgestellter Erstfall – rechtfertigt an sich – nach Abmahnung – allenfalls eine rechtmäßige Kündigung. Insofern kann dahingestellt bleiben, ob die Abmahnung vom 20.07.2009 unter Umständen zu Unrecht ausgesprochen worden ist, denn die Parteien streiten jetzt nur noch um die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. Das Pausenverhalten der Klägerin allein rechtfertigt unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten keine außerordentliche Kündigung.

b) Auch das gleichzeitig mit dem Pausenverhalten der Klägerin beanstandete pflegerische Verhalten der Klägerin im Umgang mit dem Heimbewohner, Herrn B..., berechtigt hier unter dem Gesichtspunkt des ultima-ratio-Prinzips – mehr oder weniger ausnahmsweise - keine außerordentliche Kündigung, sondern nur eine ordentliche Kündigung.

aa) Zweck einer Kündigung wegen einer Vertragsverletzung darf regelmäßig nicht die Sanktion einer Vertragsverletzung sein. Die Kündigung dient der Vermeidung des Risikos weiterer Vertragsverletzungen (BAG vom 23.06.2009 – 2 AZR 103/08 – zitiert nach Juris). Das ist unter dem Gesichtspunkt einer negativen Zukunftsprognose zu betrachten. Sie muss bei einer außerordentlichen Kündigung auch nur für die Dauer der Kündigungsfrist zu bejahen sein.

bb) Die Klägerin hat im Zusammenhang mit ihrer eigenmächtigen Raucherpause eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung begangen. Sie hat, obgleich sie das Klingelzeichen gehört hat, einen ihr anvertrauten und hilflosen Heimbewohner vernachlässigt, um ihrem Rauchbedürfnis nachzugehen. Herr B... hat circa 10 bis 15 Minuten auf der Toilette warten müssen, bis ihm geholfen wurde, obgleich die Klägerin Zeit gehabt hätte, ihm sofort zu helfen. Die Klägerin hat ihn ignoriert, um ihrem Rauchbedürfnis nachzugehen. Darin liegt eine Verletzung ihrer arbeitsrechtlichen Pflichten, denn sie hat umgehend zu reagieren, wenn ein Bewohner die Klingel betätigt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sie andere Pflegeleistungen an anderen Bewohnern

oder ähnliche vorrangige Tätigkeiten zu erbringen hat und aus diesem Grunde nicht sofort reagieren kann.

cc) Gleichwohl war vorliegend der Ausspruch einer fristgemäßen Kündigung das gebotene mildere Mittel. Im Rahmen der bei der Interessenabwägung zu berücksichtigenden Umstände kommt zunächst der Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen beanstandungsfreiem Bestand ein besonderes Gewicht zu. Die Klägerin war seit über 14 Jahren in dem Pflegeheim A... S... beschäftigt. Soweit überhaupt berücksichtigt werden kann es erstmalig im ersten Halbjahr 2009 zu wiederholten Beanstandungen in Form von Abmahnungen. So „verwerflich“ ihr Verhalten und dessen Außenwirkung für Betroffene, Verwandte und Heimaufsicht sind, kann vorliegend jedoch nicht unberücksichtigt bleiben, dass ein Nichtreagieren auf die betätigte Schwesternrufanlage bei Pflegeengpässen/anderer Prioritätensetzung geduldet wird und dann keine pflegerische Pflichtverletzung darstellt. Ein solches Verhalten entfaltet jedoch für den betroffenen Heimbewohner und Angehörige eine gleichgelagerte subjektive Außenwirkung, die hingenommen wird.

dd) Die Kammer gewichtet im Rahmen der Interessenabwägung auch, dass es noch schwerere Pflichtverletzungen im pflegerischen Bereich gibt. Das Verhalten der Klägerin ist von seiner Wirkung her geringer, als z.B. der Vorwurf, sich am Eigentum eines Heimbewohners vergangen oder einen solchen gar geschlagen zu haben. Vom Vorliegen derartiger Pflichtverletzungen kann hier nicht ausgegangen werden. Die auf ein Schreiben des Herrn K... J... vom September 2009 gestützte Behauptung der Beklagten, sie habe die Füße eines Heimbewohners trotz dessen Protests in zu heißes Wasser gestellt und dort fixiert, ist zeitlich nicht eingegrenzt, streitig und einer Beweisaufnahme nicht zugänglich. Bei dem benannten Zeugen handelt es sich zudem um einen Zeugen vom Hörensagen.

ee) Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Klägerin verheiratet und einem Kind gegenüber unterhaltspflichtig ist.

In Abwägung aller genannten Umstände kommt die Kammer zu dem Ergebnis, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündi-

gungsfrist die Beklagte nicht unzumutbar belastet. Es gibt keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin, die immerhin 13 ½ Jahre arbeitsrechtlich unbeanstandet ihre Arbeitsleistung erbracht hat, unter dem Damoklesschwert der ausgesprochenen ordentlichen Kündigung nicht Willens und nicht in der Lage ist, bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist ihre Arbeitsleistung korrekt zu erbringen, mit den ihr anvertrauten Heimbewohnern angemessen umzugehen und ihrem Rauchbedürfnis nur innerhalb der Raucherpausen nachzugehen. Danach ist die außerordentliche Kündigung vom 30.07.2009 unwirksam, so dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin durch die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung mit Ablauf des 31.12.2009 sein Ende gefunden hat.

4. Aus den genannten Gründen hat das Arbeitsgericht der Kündigungsschutzklage zu Recht stattgegeben, soweit sie gegen die außerordentliche Kündigung gerichtet war. Die Berufung der Beklagten war daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Die Voraussetzungen des § 72 Abs. 2 ArbGG liegen nicht vor, so dass die Revision nicht zuzulassen war. Vorliegend handelt es sich ausschließlich um eine Einzelfallentscheidung.

gez. ...

gez. ...

gez. ...