

Abschrift

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 6 Sa 382/11

3 Ca 453 a/11 ArbG Neumünster
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 16.05.2012

gez. ...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 18.04.2012 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 17.08.2011 – 3 Ca 453 a/11 – teilweise abgeändert.

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 05.04.2011 beendet wurde.

Im Übrigen wird die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Die Anschlussberufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits (beide Rechtszüge) trägt die Klägerin 30 % und die Beklagte 70 %.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung:

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

Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Rechtswirksamkeit einer fristlosen Kündigung, um Vergütungsansprüche der Klägerin sowie um im Wege der Widerklage geltend gemachte Schadensersatzansprüche der Beklagten.

Die am ...1981 geborene Klägerin ist ledig und Mutter eines am2012 geborenen Kindes. Sie trat am 11.06.2010 als stellvertretende Filialleiterin in die Dienste der Beklagten. Aufgrund Änderungsvertrags vom 09.09.2010 (Anlage K 2 = Bl. 10 - 12 d. A.) wurde die Klägerin als Filialleiterin in der D. Filiale in N. weiterbeschäftigt. Der Änderungsvertrag berührte die im ursprünglichen Arbeitsvertrag vereinbarte Befristung des Arbeitsverhältnisses bis zum 10.06.2011 nicht. Gemäß § 1 Ziffer 2 des Änderungsvertrages sollte die Kündigungsfrist sechs Wochen zum Quartalsende betragen. Bei einem Jahresgehalt von 28.200,00 EUR brutto belief sich das Bruttomonatsgehalt auf 2.350,00 EUR. Zur Arbeitszeit enthielt der Vertrag folgende Regelung:

- „1. Die Arbeitszeit ist variabel und beträgt im Monat 173 Stunden. Der Arbeitseinsatz erfolgt nach Bedarf der Filiale.
2. Sofern durch die Arbeitsaufgaben der Mitarbeiterin Mehrarbeit erforderlich sein sollte, ist dies mit den Bezügen abgegolten.“

Die Klägerin nahm auf Wunsch der Beklagten an einem Lehrgang „Ausbildung der Ausbilder“ teil. Die Parteien schlossen eine „Zusatzvereinbarung Übernahme Weiterbildungskosten“. Danach sollte die Lehrgangszeit keine Arbeitszeit sein. Dennoch

vergütete die Beklagte die Zeit der Lehrgangsteilnahme vom 18.03. bis 01.04.2011 mit insgesamt 661,00 EUR.

Mit Schreiben vom 05.04.2011 (Anlage K 4 = Bl. 14 d. A.) kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin mit sofortiger Wirkung zum 06.04.2011, hilfsweise fristgerecht zum nächstmöglichen Termin. Von der Nettovergütung für den Monat April 2011 (einschließlich Urlaubsabgeltung) behielt die Beklagte 661,00 EUR ein.

Die Mitarbeiterin M. hatte unstreitig eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung übersandt, die ihr eine weitere Arbeitsunfähigkeit bis zum 14.03.2011 bescheinigte. Die Klägerin hat bestritten, diese Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vernichtet zu haben. Sie hat gemeint, die Vernichtung einer fremden Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung rechtfertige ohnehin allenfalls eine Abmahnung. Die Klägerin hat behauptet, sie habe in der Zeit von Juli 2010 bis März 2011 insgesamt 349,95 Überstunden geleistet. Im Schriftsatz vom 08.07.2011 hat sie die von ihr behaupteten Überstunden nach Datum und Uhrzeit aufgelistet (Bl. 37 ff d. A.). Die Stundendateien für Juli 2010 und März 2011 seien – anders als die übrigen Dateien – von einer weiteren Mitarbeiterin unterzeichnet worden. Dass die Überstunden geleistet und von der Beklagten auch zumindest geduldet worden seien, lasse sich aus den Reisekostenabrechnungen ablesen, denn diese seien von Mitarbeitern der Beklagten unterzeichnet worden (Anlagenkonvolut Bl. 45 - 52 d. A.). Zu Unrecht habe die Beklagte mit der letzten Vergütungsabrechnung 661,00 EUR abgezogen.

Die Klägerin hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die außerordentliche Kündigung vom 05.04.2011 beendet worden ist,
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung vom 05.04.2011 beendet wird,
3. die Beklagte zu verurteilen, 4.757,73 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit an die Klägerin zu zahlen,

4. die Beklagte zu verurteilen, 661,00 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 06.04.2011 an die Klägerin zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen,

sowie widerklagend,

die Klägerin zu verurteilen, den der Beklagten durch ihr widerrechtliches Handeln entstandenen Schaden in Höhe von 8.356,11 EUR zu erstatten.

Die Beklagte hat behauptet, die Klägerin habe am 01.03.2011 die von Frau M. übersandte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorsätzlich vernichtet, um die fristlose Kündigung dieser Mitarbeiterin herbeizuführen. Das habe sie gegenüber der stellvertretenden Filialleiterin, Frau S., noch vor der Vernichtung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung geäußert. Von diesem Vorfall habe sie, die Beklagte, am 01.04.2011 erfahren. Frau M. sei wegen unentschuldigtem Fehlen am 11.03.2011 fristlos gekündigt worden. In dem nachfolgenden Arbeitsgerichtsverfahren sei ein Vergleich geschlossen worden. Sie, die Beklagte, habe Frau M. Vergütung in Höhe von 8.345,11 EUR nachzahlen müssen. Insoweit sei die Klägerin schadensersatzpflichtig.

Die Klägerin habe anlässlich ihrer Fortbildung die „Zusatzvereinbarung Übernahme Weiterbildungskosten“ unterschrieben. Darin sei vereinbart, dass die Lehrgangszeit keine Arbeitszeit sei. Gleichwohl habe die Klägerin aber die Zeit ihrer Teilnahme an dem Lehrgang als Arbeitszeit abgerechnet und sich Stunden gutgeschrieben. Deshalb sei sie, die Beklagte, zum Abzug entsprechender Beträge berechtigt gewesen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Die Klägerin meint, die fristlose Kündigung von Frau M. wäre in jedem Falle unwirksam gewesen. Der der Beklagten behauptete finanzielle Schaden wäre auch ohne Zutun der Klägerin eingetreten.

Das Arbeitsgericht hat aufgrund Beschlusses vom 17.08.2011 Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugin S..

Das Arbeitsgericht hat sowohl die Klage als auch die Widerklage abgewiesen. Die fristlose Kündigung habe das Arbeitsverhältnis beendet. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe fest, dass die Klägerin am 01.03.2011 eine von Frau M. übersandte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in kleine Schnipsel zerrissen und damit vernichtet habe. Das habe die Zeugin S. glaubhaft geschildert. Die Zeugin habe dem Gericht zu erläutern vermocht, warum dies in ihrem Beisein geschehen sei. Mit diesem Verhalten habe die Klägerin in Kauf genommen, dass Frau M. zunächst keine Entgeltfortzahlung erhält. Die Klägerin habe zumindest den objektiven Tatbestand einer Urkundenunterdrückung verwirklicht. Das sei für die Beklagte nicht hinnehmbar und rechtfertige die fristlose Kündigung. Abgeltung von Mehrstunden könne die Klägerin nicht verlangen. Sie sei den Vortrag und Beweisantritt dafür schuldig geblieben, dass die von ihr behaupteten Mehrstunden angeordnet oder zumindest geduldet worden seien. Die Reisekostenabrechnungen besagten nur etwas über Reisezeiten und Reisewege, nicht aber über die abgeleiteten Arbeitszeiten oder die Pausen. Die Klägerin habe schließlich keinen Anspruch auf Auszahlung der einbehaltenen 661,00 EUR. Nach der Fortbildungsvereinbarung sei Lehrgangszeit keine Arbeitszeit.

Die Widerklage habe keinen Erfolg. Selbst wenn die Klägerin die von Frau M. vorgelegte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vernichtet und damit verursacht habe, dass Frau M. zunächst keine Entgeltfortzahlung erhalten hat, folge daraus nicht zwingend, dass die Klägerin die fristlose Kündigung von Frau M. habe herbeiführen wollen. Die finanziellen Folgen des Vergleichs habe die Klägerin nicht vorwerfbar verursacht. Zur Schadenshöhe habe die Beklagte nicht nachvollziehbar vorgetragen und Beweis angeboten.

Gegen das ihr am 13.09.2011 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat die Klägerin am 06.10.2011 Berufung eingelegt und diese am 24.10.2011 begründet. Die Beklagte hat nach Zustellung der Berufungsbegründung der Klägerin am 25.10.2011 am 25.11.2011 Anschlussberufung eingelegt und sogleich begründet.

Die Klägerin rügt eine fehlende bzw. fehlerhafte Beweiswürdigung des Arbeitsgerichts. Aus der protokollierten Aussage der Zeugin ergebe sich, dass sie die Vernichtung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung der Frau M. gar nicht gesehen hat. Das Arbeitsgericht habe übergangen, dass die Zeugin S. nervös gewesen sei und stockend geantwortet habe. Auch das Interesse der Zeugin an der Übernahme der Filialleitung von der Klägerin sei unberücksichtigt geblieben. Nach wie vor habe die Beklagte den Umschlag, in dem sich die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung befunden haben soll, nicht vorgelegt. Die Klägerin meint, dass unabhängig von der fehlerhaften Beweiswürdigung der erhobene Vorwurf die außerordentliche Kündigung nicht rechtfertige. Der Beklagten sei durch die Vernichtung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kein Schaden entstanden. Wiederholungsgefahr habe nicht bestanden. Der subjektive Tatbestand einer Urkundenunterdrückung sei nicht erfüllt. Die Beklagte hätte zunächst eine Abmahnung aussprechen müssen. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass das Arbeitsverhältnis ohnehin am 10.06.2011 aufgrund Auslaufens der Befristung geendet hätte. Eine Weiterbeschäftigung bis zu diesem Zeitpunkt wäre zumutbar gewesen. Die Klägerin meint, sie habe Anspruch auf Überstundenvergütung. Die Beklagte habe durch Entgegennahme der Überstunden ihre Leistung geduldet. Sie habe keine organisatorischen Vorkehrungen getroffen, die Überstundenleistung zu unterbinden. § 2 Abs. 2 Arbeitsvertrag belege, dass die Beklagte Überstunden erwartet habe.

Die Klägerin beantragt, das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster (3 Ca 453 a/11) vom 17.08.2011 abzuändern sowie

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 5. April 2011 beendet wurde,

2. die Beklagte zu verurteilen, € 4.757,73 brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit an die Klägerin zu zahlen.
3. die Beklagte zu verurteilen, € 661,00 netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 6. April 2011 an die Klägerin zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Sie meint, die Beweiswürdigung des Arbeitsgerichts sei nicht zu beanstanden. Selbst wenn die Zeugin S. auf der zerrissenen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung den Namen der Kollegin M. nicht gelesen habe, stehe doch fest, dass Frau M. eine Bescheinigung in einem Umschlag übersandt habe. Die Klägerin habe aus dem Umschlag die Bescheinigung entnommen und der Zeugin S. erklärt, es handele sich um die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung von Frau M.. Diese Bescheinigung habe die Klägerin zerrissen. Die Zeugin habe gesehen, dass es sich um eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung gehandelt habe. Bereits im Vorfeld habe die Klägerin erklärt, dass sie die Krankmeldung der Frau M. unterdrücken werde. Später habe die Klägerin gesagt, dass der Vorfall „unter uns“ bleiben solle. Im Spind der Klägerin habe die Zeugin S. den Umschlag gefunden. Die Zeugin S. habe bekundet, dass sie ein gutes Verhältnis zur Klägerin gehabt habe. Die Weitergabe der Information Anfang April 2011 habe die Zeugin nachvollziehbar damit erklärt, dass zu diesem Zeitpunkt ein Filialleitertreffen stattgefunden habe.

Der Vorgang rechtfertige die Kündigung. Die Klägerin habe als Filialleiterin mit hoher krimineller Energie gehandelt und den Tatbestand der Urkundenunterdrückung verwirklicht. Sie habe die Kündigung der Mitarbeiterin M. veranlasst und einen Schaden verursacht. Einer Abmahnung habe es angesichts der Schwere der Verfehlung nicht bedurft.

Die Beklagte meint, Vergütung für im Jahr 2010 geleistete Überstunden könne die Klägerin bereits deshalb nicht verlangen, weil etwaige Ansprüche nach § 10

Abs. 2 Arbeitsvertrag verfallen seien. Die Beklagte bestreitet weiter, dass die Überstunden überhaupt geleistet worden sind und sie die Leistung der Überstunden geduldet oder bewusst entgegengenommen habe.

Der Vergütungsabzug in Höhe von 661,00 EUR sei zu Recht erfolgt. Denn für die Zeit der Lehrgangsteilnahme habe kein Vergütungsanspruch bestanden.

Die Beklagte meint, die Klägerin habe durch ihr schuldhaftes Verhalten einen Schaden in Höhe des an Frau M. gezahlten Lohns verursacht. Hierfür habe sie, die Beklagte, keine Arbeitsleistung erhalten.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Neumünster vom 17.08.2011 widerklagend, die Klägerin zu verurteilen, an sie 8.356,11 € zu zahlen.

Die Klägerin beantragt,

die Anschlussberufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Klägerin trägt vor, sie habe von einer Frau M. erteilten Abmahnung nichts gewusst und sei nicht davon ausgegangen, dass die Beklagte fristlos kündigen werde. Für den Kündigungsausspruch trage allein die Beklagte die Verantwortung, ebenso für den Vergleich.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien in der Berufung wird auf die gewechselten Schriftsätze sowie die Sitzungsniederschrift verwiesen.

Entscheidungsgründe:

A. Die Berufung der Klägerin ist zulässig. Sie ist statthaft (§ 64 Abs. 2 lit. b) und c) ArbGG) und frist- sowie formgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO). Die Berufung gegen das ihre Klage abweisende Urteil des Arbeitsgerichts ist teilweise begründet. Der Kündigungsschutzantrag hat in der

Sache Erfolg. Dagegen kann die Klägerin weder Überstundenvergütung, noch Auszahlung weiterer für den Monat April 2011 abgerechneter Vergütung verlangen.

I. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 05.04.2011 nicht zum 06.04.2011 beendet worden.

1. Die außerordentliche Kündigung ist unwirksam. Die Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB liegen nicht vor.

a) Nach § 626 Abs. 1 BGB kann ein 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. Zunächst ist zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, d. h., typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile – jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – zumutbar ist oder nicht (BAG 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – NZA 2010, 1227; 26.03.2009 – 2 AZR 953/07 – AP BGB § 626 Nr. 220). Ein wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB ist nur gegeben, wenn das Ergebnis dieser Gesamtwürdigung die Feststellung der Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist ist. Endet das Arbeitsverhältnis aus einem anderen Grund bereits vor Ablauf der Kündigungsfrist, etwa wegen Auslaufens einer Befristung, so ist auf dieses Beendigungsdatum abzustellen. Ob ein bestimmter Sachverhalt den Anspruch einer außerordentlichen Kündigung rechtfertigt, ist wesentlich von der Dauer der ohne diese Kündigung verbleibenden Vertragslaufzeit abhängig (ErfK/Müller-Glöge § 626 BGB Rn. 49).

b) Mit der Beklagten und dem Arbeitsgericht ist die Berufungskammer der Ansicht, dass die Vernichtung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung eines Untergebenen an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung iSv. § 626

Abs. 1 BGB darzustellen. Dabei kommt es nicht entscheidend auf die strafrechtliche Würdigung an, sondern auf den mit der Pflichtverletzung verbundenen schweren Vertrauensbruch. Der Arbeitgeber muss darauf vertrauen können, dass Vorgesetzte ihnen zugegangene Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen anderer Mitarbeiter sorgfältig behandeln und an die im Unternehmen zuständige Stelle (Personalabteilung, Buchhaltung usw.) weiterleiten. Tut der vorgesetzte Arbeitnehmer das nicht, sondern vernichtet er sogar eine ihm zugegangene Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, verletzt er damit in erheblicher Weise seine ihm gegenüber dem Arbeitgeber bestehende Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB).

c) Es kann offen bleiben, ob die Klägerin, wie vom Arbeitsgericht nach Beweisaufnahme angenommen, am 01.03.2011 tatsächlich die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung der Arbeitnehmerin M. zerrissen und damit vernichtet hat. Insbesondere muss den Einwänden der Klägerin gegen die Beweiswürdigung des Arbeitsgerichts nicht nachgegangen werden. Es muss auch nicht entschieden werden, ob eine Abmahnung im Streitfall entbehrlich war. Sowohl das pflichtwidrige Verhalten als auch die Entbehrlichkeit einer Abmahnung kann unterstellt werden. Denn die Berufungskammer folgt der weiteren Interessenabwägung des Arbeitsgerichts nicht.

aa) Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder zu einem früheren Beendigungstermin zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen (BAG 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – NZA 2010, 1227; 09.06.2011 – 2 AZR 381/10 –). Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderer Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind (BAG 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – aaO.). Einer Abmahnung bedarf es in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach Abmahnung nicht zu erwarten steht oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass eine Hinnahe durch

den Arbeitgeber offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – ausgeschlossen ist (BAG 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – aaO.). Dies gilt grundsätzlich auch bei Störungen im Vertrauensbereich (BAG 12.05.2010 – 2 AZR 845/08 – EzA BGB 2002 § 626 Nr. 31).

bb) Eine Abmahnung war daher im Streitfall nicht schon deswegen entbehrlich, weil das Fehlverhalten der Klägerin den Vertrauensbereich betrifft. Es spricht aber vieles dafür, dass eine Hinnahme eines solchen Fehlverhaltens durch die Beklagte offensichtlich – auch für die Klägerin erkennbar – ausgeschlossen war. Denn Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen haben im Arbeitsverhältnis sowohl für den Arbeitgeber als auch für den betroffenen Arbeitnehmer erhebliche Bedeutung. Die Klägerin hat im Berufungstermin erkennen lassen, dass ihr diese Bedeutung sehr wohl bewusst war und ist. Geht ein Vorgesetzter, wie die Klägerin, mit dieser bedeutsamen Bescheinigung vorsätzlich im höchsten Maße unsorgfältig um, indem er sie vernichtet, erscheint die für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauensgrundlage auch nach Ausspruch einer Abmahnung nicht wiederherstellbar. Offen kann bleiben, ob eine Hinnahme des – hier unterstellten – vorsätzlichen Fehlverhaltens der Klägerin aufgrund fehlender Wiederholungsfahr ausgeschlossen war. Es sprechen jedenfalls gute Gründe dafür, dass die Beklagte das von ihr behauptete und vom Arbeitsgericht angenommene Fehlverhalten aufgrund der Schwere der Pflichtverletzung unabhängig von einer Wiederholungsfahr nicht hinnehmen musste.

cc) Die weitere Interessenabwägung geht jedoch zu Lasten der Beklagten aus.

(1) Die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder einer früheren Beendigung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht, lassen sich nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind nach der Rechtsprechung des 2. Senats des Bundesarbeitsgerichts aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung – etwa im Hinblick auf das Maß eines durch sie bewirkten Vertrauensverlusts und ihrer wirtschaftlichen Folgen –, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsfahr sowie die Dauer des Ar-

beitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf (BAG 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – aaO.).

(2) Auch wenn vom Vorsatz der Klägerin und damit von einem hohen Grad ihres Verschuldens ausgegangen wird, was einen erheblichen Vertrauensverlust auf Seiten der Beklagten verursacht hat, überwiegen die Interessen der Klägerin an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zu der Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund Auslaufens der Befristung am 10.06.2011. Zu berücksichtigen ist, dass die Klägerin sich im Arbeitsverhältnis bislang nichts zu Schulden hat kommen lassen. Zudem handelte es sich auch nach dem Vortrag der Beklagten um einen einmaligen Vorfall. Es ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass Wiederholungsgefahr bestand. Allein durch die Vernichtung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung entsteht dem Arbeitgeber kein Schaden. Denn der Arbeitgeber kann bei dem erkrankten Arbeitnehmer nachfragen, warum er noch keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorgelegt hat und so Missverständnisse vermeiden. Es ist für die Berufungskammer nicht nachvollziehbar, warum die Beklagte gegenüber der Mitarbeiterin M. sogleich die (fristlose) Kündigung ausgesprochen hat. Durch einfache Nachfrage hätte der Sachverhalt aufgeklärt werden können. Es ist auch nicht erkennbar, dass die Klägerin der Beklagten einen Nachteil zufügen wollte. Nach dem Vortrag der Beklagten richtete sich das Fehlverhalten der Klägerin gegen die kranke Kollegin. Auch wenn das von der Beklagten behauptete und vom Arbeitsgericht angenommene Verhalten der Klägerin im höchsten Maße unkameradschaftlich war, rechtfertigt es doch in der Gesamtbetrachtung aufgrund der ohnehin absehbaren baldigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine fristlose Kündigung.

II. Zutreffend hat das Arbeitsgericht die auf Vergütung von 349,95 Überstunden gerichtete Klage abgewiesen. Der Klägerin steht kein Anspruch auf Überstundenvergütung zu, da sie einen solchen nicht hinreichend substantiiert dargelegt hat.

1. Der Arbeitnehmer, der die Vergütung von Überstunden fordert, muss im Einzelnen darlegen, an welchen Tagen und zu welchen Tageszeiten er über die übliche Arbeitszeit hinaus gearbeitet hat. Dem Arbeitgeber obliegt es sodann, dem Vortrag substantiiert entgegenzutreten. Sofern ein konkreter Vortrag des Arbeitgebers erfolgt,

ist es anschließend Sache des Arbeitnehmers, im Einzelnen Beweis für die geleisteten Überstunden anzutreten (BAG 29.05.2002 – 5 AZR 680/00 –; 17.04.2002 – 5 AZR 644/00 –).

Diese Darlegungslast hat die Klägerin zunächst erfüllt. Denn sie hat im Schriftsatz vom 08.07.2011 im Einzelnen angegeben, an welchen Tagen und zu welchen Tageszeiten sie über die übliche Arbeitszeit hinaus gearbeitet hat. Die Auflistung der Klägerin auf Seiten 2 - 8 des Schriftsatzes vom 08.09.2011 erfüllt diese Voraussetzungen. Jedenfalls sind der Beginn und das Ende der Arbeitszeit angegeben, ferner die Dauer der täglichen Pause sowie die konkreten von der Klägerin als geleistet behaupteten Arbeitsstunden. Diesen Vortrag hat die Beklagte pauschal bestritten und behauptet, die Klägerin müsse sich zahlreiche Raucherpausen und auf private Erledigungen verwandte Zeiten abziehen lassen. Auf die einzelnen Tage bezogener Vortrag, auf den die Klägerin erwidern könnte, fehlt jedoch.

2. Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Bezahlung von Überstunden setzt jedoch des Weiteren voraus, dass die Überstunden vom Arbeitgeber angeordnet, gebilligt oder geduldet wurden oder dass sie zur Erledigung der geschuldeten Arbeiten notwendig waren (BAG 04.05.1994 – 4 AZR 445/93 –).

Hierzu fehlt substantiiertes Vortrag der Klägerin. Dass die Beklagte Überstunden angeordnet hat, hat die Klägerin selbst nicht behauptet. Die Duldung der Überstunden wiederum folgt nicht allein aus ihrer Leistung. Um Überstunden dulden zu können, muss der Arbeitgeber von den geleisteten Mehrarbeitszeiten Kenntnis haben oder zumindest aufgrund anderer tatsächlicher Anhaltspunkte haben können. Anderenfalls kann von einer Duldung der Ableistung von Mehrarbeit nicht ausgegangen werden (vgl. Hessisches Landesarbeitsgericht 30.06.2011 – 14 Sa 29/11 –; LAG Rheinland-Pfalz 24.09.2009 – 11 Sa 79/09 –). Dem Vortrag der Klägerin kann nicht entnommen werden, dass die Beklagte vor diesem Verfahren von den im Einzelnen von der Klägerin geleisteten Arbeitszeiten wusste. Die für einige Tage zur Akte gereichten Reisekostenabrechnungen lassen nicht erkennen, in welchem Umfang die Klägerin innerhalb der dort angegebenen Abwesenheitszeiten gearbeitet hat. Deshalb kann hieraus nicht auf die Duldung von Überstunden geschlossen wird. Gleiches gilt für die

von der Klägerin gefertigten und von ihr unterstellten Arbeitnehmern abgezeichneten Stundenaufstellungen. Es ist nicht erkennbar, dass Vorgesetzte der Klägerin (welche ?) diese Aufstellungen zur Kenntnis genommen haben.

Dazu, dass die behaupteten Überstunden zur Erledigung der ihr obliegenden Arbeit notwendig waren, hat die Klägerin nicht näher vorgetragen.

Nur der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass die Regelung in § 2 Abs. 2 Arbeitsvertrag, wonach erforderliche Mehrarbeit mit den Bezügen abgegolten sein soll, wegen Intransparenz nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam ist. Das gilt hier deshalb, weil jede zusätzliche Vergütung von Mehrarbeit vertraglich ausgeschlossen ist, obwohl die Klägerin kein herausgehobenes Entgelt bezieht (vgl. BAG 22.02.2012 – 5 AZR 765/10 –).

III. Die Klägerin hat von den in der Verdienstabrechnung für den Monat April 2011 abgerechneten 1.282,22 EUR 621,22 EUR erhalten. Auf die weiteren 661,00 EUR hat sie keinen Anspruch.

Richtig ist, dass die Beklagte mit der Verdienstabrechnung für den Monat April 2011 (Anl. K 7 = Bl. 52 d. A.) von der Nettovergütung in Höhe von 1.282,22 EUR 661,00 abgezogen hat. Dieser Abzug war jedoch zulässig. Die Beklagte hatte der Klägerin nämlich für die Zeit der Lehrgangsteilnahme vom 18.03. bis 01.04.2011 Vergütung in dieser Höhe gezahlt, obwohl die Klägerin keinen Anspruch darauf hatte. Die Parteien sind in der anlässlich der Lehrgangsteilnahme geschlossenen Zusatzvereinbarung übereingekommen, dass die Beklagte den Lehrgang bezahlt, die Lehrgangszeit jedoch keine Arbeitszeit ist. Demzufolge hatte die Klägerin für diese Zeit keinen Vergütungsanspruch. Die Beklagte durfte die gezahlte Vergütung mit der sich zu Gunsten der Klägerin aus der Schlussabrechnung ergebenden Vergütung verrechnen.

B. Die Anschlussberufung der Beklagten ist zulässig, weil form- und fristgerecht eingelegt und begründet. Sie ist jedoch unbegründet. Das Arbeitsgericht hat die Widerklage zu Recht abgewiesen. Die Beklagte hat keinen Anspruch auf Schadensersatz gegen die Klägerin, und zwar weder aus Vertrag (§ 280 BGB), noch aus Delikt

(§ 823 Abs. 1 u. 2 oder § 826 BGB).

Es kann offen bleiben, ob im vorliegenden Fall überhaupt ein haftungsbegründender Tatbestand verwirklicht ist. Jedenfalls ist der Beklagten der von ihr behauptete Schaden in Höhe von 8.356,11 EUR nicht entstanden. Die Beklagte meint, ihr Schaden liege darin, dass sie der Arbeitnehmerin M. für die Zeit nach Ausspruch der fristlosen Kündigung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses habe Vergütung zahlen müssen, ohne von der Arbeitnehmerin eine Arbeitsleistung zu erhalten. Hierin kann ein Schaden schon deshalb nicht liegen, weil die Arbeitnehmerin M. zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung durch die Beklagte (11.03.2011) arbeitsunfähig krank war. Die Klägerin hat behauptet, dass die Arbeitnehmerin M. fortlaufend arbeitsunfähig war. Dem ist die Beklagte nicht entgegengetreten, sodass der Vortrag der Klägerin als zugestanden und damit als unstreitig gilt. Das bedeutet, dass die Beklagte von der Arbeitnehmerin M. auch dann keine Arbeitsleistung erhalten hätte, wenn sie der Arbeitnehmerin nicht fristlos gekündigt hätte.

C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 S. 1 ZPO.

Für die Zulassung der Revision zum Bundesarbeitsgericht bestand nach § 72 Abs. 2 ArbGG keine Veranlassung.

gez. ...

gez. ...

gez. ...