Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 5 Sa 459/10
3 Ca 1055 b/10 ArbG Kiel
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 06.01.2011

Gez. …
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 06.01.2011 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht … als Vorsitzende und die ehrenamtlichen Richter … und … als Beisitzer

für Recht erkannt:

1. Die Berufung des Beklagten sowie die Anschlussberufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 28.07.2010, Az.: 3 Ca 1055 b/10, werden zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 2/3 und der Beklagte zu 1/3.

3. Die Revision wird nicht zugelassen.

.-.

Rechtsmittelbelehrung

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

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung.

Die 51-jährige Klägerin war aufgrund eines befristeten Arbeitsvertrages vom 01.08.2009 bis zum 30.07.2010 bei dem Beklagten, der mehrere Spielhallen betreibt, als Servicekraft/Spielhallenaufsicht beschäftigt. Bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden betrug das Monatsgehalt € 1.300,00 brutto. Die Klägerin arbeitete in Wechselschichten.

Der Klägerin war Ende März 2010 der Einsatzplan für April 2010 (Bl. 9 d. A) bekanntgegeben worden. Unstreitig hatte sich der Beklagte zu jener Zeit trotz mehrfacher Nachfragen der Klägerin noch nicht festgelegt, ob er die Klägerin über das Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses am 30.07.2010 hinaus weiter beschäftigen würde. Nach dem Schichtplan hatte die Klägerin von Freitag, den 23.04.2010 bis Sonntag, den 25.04.2010, und am Dienstag, den 27.04.2010 frei. Für Montag, den 26.04.2010, war sie zur Frühschicht eingeteilt. Am 31.03.2010 beantragte die Klägerin während eines Telefonats mit der Zeugin J. P., der Ehefrau des Beklagten, die die Schichteinteilungen vornimmt, Urlaub für den 26.04.2010. Zur Begründung gab sie an, dass sie über das verlängerte Wochenende ihren in H. lebenden Freund besuchen wolle. Die Zeugin P. lehnte das Urlaubsgesuch ab. In einem weiteren Telefonat vom 17.03.2010 stellte die Klägerin abermals ihren Urlaubsantrag für den 26.04.2010. Zumindest in diesem Gespräch wies sie zudem darauf hin, dass sie in H. zugleich die Bundesagentur für Arbeit aufsuchen wolle, um sich nach Arbeitsmöglichkeiten in der dortigen Region zu erkundigen. Die Zeugin P. blieb bei ihrer Urlaubsverweigerung und kündigte der Klägerin arbeitsrechtliche Konsequenzen für den Fall an, dass sie am 26.04.2010 der Arbeit fern bleibe. Die Klägerin erschien am 26.04.2010 nicht zur Frühschicht. Die Bundesagentur für Arbeit in H. bescheinigte der Klägerin, dort am 26.04.2010 von 11:00 Uhr bis 11:06 Uhr vorgesprochen zu haben.

Mit Schreiben vom 26.04.2010, das der Klägerin am 27.04.2010 zuging, kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos.

Am 03.05.2010 hat die Klägerin hiergegen Kündigungsschutzklage bei Arbeitsgericht erhoben.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands in erster Instanz, insbesondere des streitigen Parteivorbringens, sowie der erstinstanzlichen Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils einschließlich der Inbezugnahmen verwiesen, § 69 Abs. 2 ArbGG.

Das Arbeitsgericht hat nach Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugin P. der Klage teilweise stattgegeben und festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die streitgegenständliche Kündigung unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zum 31.05.2010 endete. Die fristlose Kündigung sei nach § 140 BGB umzudeuten in eine ordentliche Kündigung. Unstreitig habe die Beklagte der Klägerin für den 26.04.2010 keinen Urlaub genehmigt, sodass das Fernbleiben an diesem Tag einer Selbstbeurlaubung und damit Arbeitsverweigerung gleichkomme. Nach den Gesamtumständen sei vorliegend indessen eine fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt. Bei der Interessenabwägung sei zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen habe, sofern keine betrieblichen Belange oder vorrangig zu berücksichtigende Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer entgegenstünden. Der Beklagte habe weder gegenüber der Klägerin noch im Kündigungsrechtsstreit nachvollziehbare Gründe dargetan, warum es ihm nicht möglich gewesen war, der Klägerin für den 26.04.2010 Urlaub zu gewähren. Demgegenüber habe die Klägerin zur Begründung im Urlaubsantrag darauf hingewiesen, dass sie sich aufgrund der Ungewissheit der Fortsetzung des befristeten Arbeitsverhältnisses drei Monate vor Fristablauf bei der Bundesagentur für Arbeit arbeitssuchend melden müsse. Angesichts dieser Gesamtumstände wiege die Arbeitsvertragsverletzung der Klägerin nicht so schwer, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist für den Beklagten unzumutbar gewesen wäre. Denn eine beharrliche Arbeitsverweigerung habe nicht vorgelegen, da objektiv nicht damit zu rechnen gewesen war, dass sich das Verhalten der Klägerin wiederholen würde. Indessen sei die fristlose Kündigung als ordentliche Kündigung sozial gerechtfertigt gemäß § 1 Abs. 2 KSchG. Es sei dem Arbeitgeber nicht zumutbar, ein Verhalten, welches er zuvor abgemahnt habe, ganz sankti-

onslos hinzunehmen. Unstreitig habe die Zeugin P. der Klägerin für den Fall eigenmächtiger Urlaubnahme zumindest arbeitsvertragliche Konsequenzen angedroht. Die Klägerin habe sich gleichwohl über die Urlaubsverweigerung hinweggesetzt.

Gegen dieses ihm am 23.08.2010 zugestellte Urteil hat der Beklagte am 03.09.2010 beim Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein Berufung eingelegt und diese am 21.10.2010 begründet. Die Berufungsbegründung des Beklagten ist der Klägerin am 27.10.2010 zugestellt worden und ihre Anschlussberufung ist beim Landesarbeitsgericht am 02.11.2010 eingegangen.

Der Beklagte ist der Auffassung,
dass das Arbeitsgericht aufgrund einer falschen Würdigung des Sachverhalts zu der fehlerhaften Einschätzung gelangt, dass es ihm trotz der Arbeitsvertragsverletzung zumutbar gewesen sei, die Klägerin bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen. Insbesondere habe das Arbeitsgericht nicht zu Kenntnis genommen, dass er vorgetragen habe, dass er aufgrund des Ausfalls von Mitarbeitern durch Weggang und Krankheit auf die Klägerin am 26.04.2010 partout nicht verzichten konnte. Diesem Vortrag sei die Klägerin nicht entgegengetreten und damit sei er unstreitig. Das Arbeitsgericht sei auch fehlerhaft davon ausgegangen, dass die Klägerin bereits Ende März 2010 darauf hingewiesen habe, dass sie am 26.04.2010 in H. die Bundesagentur für Arbeit aufsuchen wollte. Auch nach dem Vortrag der Klägerin habe diese hierauf erst am 19.04.2010 hingewiesen, um ihrem Urlaubsantrag Nachdruck zu verleihen. Zudem habe die Klägerin in dem Telefonat wahrheitswidrig angegeben, einen Termin bei der Agentur für Arbeit in H. zu haben. Die Klägerin sei am 26.04.2010 mithin nur deshalb in H. zur Agentur für Arbeit gegangen, um die angedrohte fristlose Kündigung zu unterlaufen. Die Klägerin hätte sich auch problemlos bei der ortsansässigen Bundesagentur für Arbeit (Rendsburg/Eckernförde) arbeitssuchend melden können oder aber am Freitag, den 23.04.2010 die Bundesagentur für Arbeit in H. aufsuchen können. Es habe mithin keine Umstände gegeben, die die beharrliche Arbeitsverweigerung der Klägerin hätten rechtfertigen können. Evidenter und nachhaltiger wie im vorliegenden Fall könne eine Arbeitsvertragsverweigerung nicht sein. Schützenswerte Interessen der Klägerin habe es nicht gegeben.

Der Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen und

unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung des Beklagten vom 26.04.2010 nicht fristlos beendet worden ist, sondern bis zum Abschluss des befristeten Arbeitsvertrages, dem 30.07.2010, fortbestanden hat.

Der Beklagte beantragt,

die Anschlussberufung des Klägers zurückzuweisen.

Die Klägerin trägt vor,
dass sie zwar unstreitig ohne Rechtsschutz einzuholen am 26.04.2010 den begehrten und nicht genehmigten Urlaub angetreten habe. Hierbei handele es sich um eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung, die aber nicht so schwer wiege, dass jedes Vertrauen in die weitere arbeitsvertragliche Zusammenarbeit verloren gegangen sei. Es habe zwar sanktioniert werden können, aber weder durch eine fristlose noch durch eine ordentliche Kündigung, sondern bestenfalls durch Erteilung einer Abmahnung. Denn wenn sie ihren Urlaubsanspruch durch eine einstweilige Verfügung erwirkt hätte, wäre die Verärgerung des Beklagten genauso groß gewesen wie bei der eigenmächtigen Urlaubsgewährung. Da der Urlaubsgewährung keine betrieblichen Gründe entgegen gestanden hätten, wäre die einstweilige Verfügung auf Urlaubsgewährung am 26.04.2010 auch erteilt worden. Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Fristablauf am 30.07.2010 sei nach Vorlage der einstweiligen Verfügung evident. Vor diesem Hintergrund sei es der Beklagten zumutbar gewesen, dass Arbeitsverhältnis bis zum Fristablauf fortzusetzen. Keinesfalls sei eine fristlose Kündigung gerechtfertigt gewesen. Insoweit macht sich die Klägerin die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils zu Eigen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie den Inhalt des Sitzungsprotokolls vom 06.01.2011 verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung des Beklagten ist zulässig. Sie ist an sich statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 64 Abs. 2 lit. b) und c); 66 Abs. 1 ArbGG; §§ 519, 520 ZPO. Auch die (unselbstständige) Anschlussberufung der Klägerin ist gemäß §§ 524, 519, 520 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 ArbGG zulässig.

In der Sache selbst bleiben sowohl die Berufung des Beklagten als auch die Anschlussberufung der Klägerin ohne Erfolg; sie sind beide unbegründet.

Das Arbeitsgericht hat auf die Kündigungsfeststellungsklage sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung zu Recht festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die in eine ordentliche Kündigung umzudeutende Kündigung vom 26.04.2010 zum 31.05.2010 endete. Die hiergegen wechselseitig erhobenen Einwände der Parteien rechtfertigen kein anderes Ergebnis. Insoweit kann und soll zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf Ziff. 1 der zutreffenden Entscheidungsgründe verwiesen werden. Lediglich ergänzend und auf den Sach- und Rechtsvortrag der Beklagten in der Berufungsinstanz eingehend wird ergänzend auf Folgendes hingewiesen:

1. Für die streitgegenständliche Kündigung lag kein wichtiger Grund i. S. v. § 626 Abs. 1 BGB vor.

a) Nach dieser Vorschrift kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund 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. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist dabei nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in zwei Stufen zu prüfen. Zuerst ist festzustellen, ob ein bestimmter Sachverhalt an sich geeignet ist, einen Kündigungsgrund zu bilden, sodann ist im Wege einer umfassenden Interessenabwägung festzustellen, ob auch unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls ein wichti-

ger Grund vorliegt. Bei einer Arbeitsverweigerung, d. h. die bewusste und gewollte Nichtleistung der Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis, kann in aller Regel grundsätzlich ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung vorliegen. Voraussetzung ist allerdings ein Fall der sogenannten beharrlichen Arbeitsverweigerung. Die beharrliche Arbeitsverweigerung setzt eine Nachhaltigkeit im Willen voraus (BAG Urt. v. 05.04.2001 – 2 AZR 580/99 -, AP Nr. 32 zu § 99 BetrVG 1972 ‚Einstellung'; BAG Urt. v. 19.04.2007 – 2 AZR 78/06 -, AP Nr. 77 zu § 611 BGB ‚Direktionsrecht'). Der Arbeitnehmer muss die von ihm geschuldete Arbeit bewusst und nachhaltig nicht leisten wollen, wobei es nicht genügt, dass er eine Weisung des Arbeitgebers schlicht nicht befolgt (LAG Rheinland-Pfalz Urt. v. 08.09.2009 – 1 Sa 230/09 -, LAGE § 626 BGB 2002 Nr. 22; LAG Niedersachen Urt. v. 06.04.2009 – 9 Sa 1303/08 -, LAGE § 106 GewO 2003 Nr. 6a). Eine derart geforderte intensive bzw. nachhaltige Arbeitsverweigerung liegt nur dann vor, wenn der Arbeitnehmer sich bewusst und willentlich der für ihn erkennbaren und eindeutigen und zulässigen Arbeitsaufforderung des Arbeitgebers widersetzt. Grundsätzlich ist auch der eigenmächtige, d. h. durch den Arbeitgeber nicht genehmigte, Urlaubsantritt geeignet, einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung darzustellen (BAG Urt. v. 16.03.2000 – 2 AZR 75/99 -, AP Nr. 114 zu § 102 BetrVG 1972; BAG Urt. v. 20.01.1994 – 2 AZR 521/93 -, AP Nr. 115 zu § 626 BGB). Indessen ist auch bei einer fristlosen Kündigung wegen eigenmächtigen Urlaubsantritts bei der Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, wenn der Arbeitgeber zu Unrecht einen Urlaubsantrag des Arbeitnehmers abgelehnt und von vornherein den Betriebsablauf nicht so organisiert hat dass die Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers nach den gesetzlichen Vorschriften erfüllt werden konnten (BAG Urt. v. 20.01.1994 – 2 AZR 521/93 -, AP Nr. 115 zu § 626 BGB).

b) Von diesen Grundsätzen ausgehend erweist sich die außerordentliche Kündigung vom 26.04.2010 als rechtsunwirksam.

aa) Dem Beklagten ist zuzugestehen und dies wird seitens der Klägerin auch nicht in Abrede gestellt, dass letztere ihre arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten, nämlich als Servicekraft zu arbeiten, am 26.04.2010 verletzt hat. Ihr Urlaubsantrag ist von der Zeugin P. unstreitig nicht nur nicht genehmigt, sondern ausdrücklich verweigert

worden. Lehnt der Arbeitgeber einen Urlaubantrag gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 Hbs. 2 BUrlG – wie vorliegend - ohne ausreichende Gründe ab, so kann der Arbeitnehmer durch eine Leistungsklage oder ggf. einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung seine Ansprüche durchsetzen. Ein Recht des Arbeitnehmers, sich selbst zu beurlauben, ist angesichts des umfassenden Systems des gerichtlichen Rechtsschutzes grundsätzlich abzulehnen (BAG Urt. v. 16.03.2000 – 2 AZR 75/99 – AP Nr. 114 zu § 102 BetrVG; LAG Berlin-Brandenburg Urt. v. 08.09.2009 – 7 Sa 703/09 -, zit. N. Juris; ErfK/Dörner/Gallner, 11. Aufl., Rn. 9 zu § 7 BurlG). Trotz der ausdrücklichen Urlaubsverweigerung hat die Klägerin an dem fraglichen 26.04.2010 bewusst eigenmächtig Urlaub genommen. Dieses Verhalten ist an sich geeignet, einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung darzustellen.

bb) Indessen verkennt der Beklagte, dass es - auch im Falle eines eigenmächtigen Urlaubsantritts - keinen absoluten Kündigungsgrund gemäß § 626 Abs. 1 BGB gibt. Ferner muss an dieser Stelle nochmals darauf hingewiesen werden, dass weder die fristlose noch die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung eine Sanktion bzw. Strafe für eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung, sondern Ausfluss des das Kündigungsrecht beherrschenden Prognosegrundsatzes ist. Ob ein wichtiger Grund i. S v. § 626 Abs. 1 BGB vorliegt, muss vielmehr nach dem Gesetz „unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile“ beurteilt werden. Dabei sind alle für das jeweilige Vertragsverhältnis in Betracht kommenden Gesichtspunkte zu bewerten. Dazu gehört vorliegend neben der vom Beklagten bzw. dessen Vertreterin, der Zeugin P., ausdrücklich verweigerten Urlaubsgenehmigung auch der Umstand, dass die Klägerin ihren Urlaub unstreitig bereits nahezu einen Monat im Voraus gestellt hatte und zudem - ob nun Ende März oder erst am 19.03.2010 - unstreitig damit begründete, sich u. a. in H. arbeitssuchend melden zu wollen. Die Klägerin war gemäß § 38 SGB III gesetzlich auch verpflichtet, sich bis spätestens 30.04.2010 arbeitssuchend zu melden, sodass sie ein berechtigtes Interesse an der Urlaubsgewährung hatte. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Klägerin einen Beratungstermin mit der Agentur für Arbeit in H. bereits vereinbart hatte, ob sie sich auch in Rendsburg oder Eckernförde hätte arbeitssuchend melden können oder am 26.04.2010 ohne vorherige Terminabsprache bei der Agentur für Arbeit in H. vorstellig wurde. Denn die Klägerin musste ihren Urlaubsan-

trag überhaupt nicht sachlich begründen. Sie hatte einen gesetzlichen Anspruch auf Arbeitsfreistellung für die vertraglich geschuldeten Urlaubstage. Eine darüber hinausgehende Begründung des Arbeitnehmers bedarf es nicht. Dies folgt aus § 7 Abs. 1 S. 1 BurlG. Bei der (zeitlichen) Festlegung des Urlaubs hat der Arbeitgeber grundsätzlich die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Der Urlaub der Klägerin war unstreitig noch nicht verbraucht, sodass sie Anspruch auf die Urlaubserteilung bzw. entsprechende Arbeitsfreistellung hatte. Erst wenn der Arbeitgeber sich auf konkret dem Urlaubswunsch entgegenstehende dringende betriebliche Gründe beruft, hat eine Abwägung zwischen dem Interesse des Arbeitnehmers auf Urlaubserteilung und dem Interesse des Arbeitgebers, dass der Arbeitnehmer in dem strittigen Zeitraum arbeitet, zu erfolgen.

Dringende betriebliche Gründe, die der Urlaubsgewährung entgegenstanden, hat der Beklagte zwar pauschal behauptet, aber nicht substantiiert dargelegt. Bei den dringenden betrieblichen Gründen oder entgegenstehenden Urlaubswünschen anderer Arbeitnehmer gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 Hbs. 2 BUrlG handelt es sich um Leistungsverweigerungsrechte des Arbeitgebers. (BAG Urt. v. 18.12.1986 – 8 AZR 502/84 -, AP Nr. 10 zu § 7 BurlG). Es handelt sich mithin um eine rechtshindernde Einwendung des Schuldners, sodass der Arbeitgeber, der sich auf eines dieser Leistungsverweigerungsrechte beruft, diese Voraussetzungen im Einzelnen darzulegen und zu beweisen hat. Allein durch den pauschalen Hinweis auf Krankheitsausfälle und Personalabgänge erfüllt der Beklagte seine diesbezügliche Darlegungslast nicht. Er nennt weder „Ross noch Reiter“. Es ist nicht ersichtlich, wie viele Servicekräfte überhaupt am 26.04.2010 beschäftigt waren, wegen Krankheit, bereits genehmigtem Urlaub, etc. ausfielen und wie viel Personal zur Spielhallenaufsicht konkret benötigt wurde. Hierbei ist vor allem auch zu berücksichtigen, dass die Klägerin ihren Urlaubswunsch für einen Tag rechtzeitig einen Monat zuvor angemeldet hatte, sodass der Beklagte den Schichtplan noch hätte "umstricken" können. Insgesamt erweist sich die fristlose Kündigung hier als unangemessene Reaktion auf die eingetretene Vertragsstörung.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine außerordentliche Kündigung stets das letzte Mittel ist, um auf eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung zu reagieren(ultima-ratio-Prinzip). Auch nach diesseitiger Auffassung war es dem Beklagten unter dem Prog-

nosegesichtspunkt zumutbar, die Klägerin bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist (vier Wochen) weiter zu beschäftigen. Der Beklagte hat auch nicht dargelegt, dass es tatsächlich am 26.04.2010 zu erheblichen Betriebsablaufstörungen gekommen ist. Der Ausfall der Klägerin an diesem einen Tag konnte augenscheinlich problemlos überbrückt werden. Es war nicht zu erwarten, dass die Klägerin während dieser Zeit abermals eigenmächtig einen Tag Urlaub nimmt, ohne den Rechtsweg einer einstweiligen Verfügung zu beschreiten.

2. Indessen wurde das Arbeitsverhältnis durch die streitgegenständliche Kündigung vom 24.04.2010 unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zum 31.05.2010 beendet.

a) Zutreffend hat das Arbeitsgericht die unwirksame außerordentliche Kündigung vom 26.04.2010 gemäß § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung umgedeutet. Gemäß § 140 BGB kommt eine Umdeutung regelmäßig dann in Betracht, wenn die vom Arbeitgeber erklärte außerordentliche Kündigung als ordentliche Kündigung rechtswirksam wäre. Mit Ausspruch der fristlosen Kündigung bringt der Arbeitgeber regelmäßig zum Ausdruck, dass er sich von dem gekündigten Arbeitnehmer in jedem Fall trennen will – notfalls auch unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist.

b) Da die Klägerin auch eine ordentliche Kündigung zum 31.05.2010 nicht akzeptiert und zudem unstreitig Kündigungsschutz genießt, müssten zur Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 KSchG vorliegen. Entgegen der Auffassung der Klägerin lagen vorliegend verhaltensbedingte Gründe i. S. v. § 1 Abs. 2 KSchG vor. Die ordentliche Kündigung war sozial gerechtfertigt.

aa) Eine Kündigung aus Gründen im Verhalten des Arbeitnehmers i. S. v. § 1 Abs. 2 KSchG ist sozial gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer mit dem ihm vorgeworfenen Verhalten eine Vertragspflicht - in der Regel schuldhaft - erheblich verletzt, das Arbeitsverhältnis konkret beeinträchtigt wird, die zumutbare Möglichkeit einer anderen Beschäftigung nicht besteht und die Lösung des Arbeitsverhältnisses in Abwägung der Interessen beider Vertragsteile billigenswert und angemessen erscheint (BAG Urt. v. 13.12.2007 - 2 AZR 818/06 -, AP Nr. 64 zu § 4 KSchG 1969 m. w. Rspr.-

Nachw.). Für eine verhaltensbedingte Kündigung gilt dabei das Prognoseprinzip. Der Zweck der Kündigung ist nicht eine Sanktion für eine begangene Vertragspflichtverletzung, sondern die Vermeidung des Risikos weiterer erheblicher Pflichtverletzungen. Die vergangene Pflichtverletzung muss sich deshalb noch in der Zukunft belastend auswirken (BAG Urt. v. 31.05.2007 - 2 AZR 200/06 -, AP Nr. 57 zu § 1 KSchG 1969 ‚Verhaltensbedingte Kündigung'). Eine negative Prognose liegt vor, wenn aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus resultierenden Vertragsstörung geschlossen werden kann, der Arbeitnehmer werde auch zukünftig den Arbeitsvertrag nach einer Kündigungsandrohung erneut in gleicher oder ähnlicher Weise verletzen (ErfK/Oetker 9. Aufl. § 1 KSchG Rn. 197) . Deshalb setzt eine Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung regelmäßig eine Abmahnung voraus. Diese dient der Objektivierung der negativen Prognose. Liegt eine ordnungsgemäße Abmahnung vor und verletzt der Arbeitnehmer erneut seine vertraglichen Pflichten, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, es werde auch zukünftig zu weiteren Vertragsstörungen kommen (ErfK/Oetker a. a. O. Rn. 199).

bb) Hieran gemessen ist die fristgemäße Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen sozial gerechtfertigt. Die Klägerin hatte unstreitig am 26.04.2010 eigenmächtig Urlaub genommen. Einer vorherigen Abmahnung bedurfte es angesichts des Umstands, dass die Zeugin P. den Urlaubsantrag ausdrücklich abgelehnt und zudem auch noch auf arbeitsvertragliche Konsequenzen hingewiesen hatte, nicht. Die Klägerin setzte sich ganz bewusst darüber hinweg. Sie konnte deshalb nicht davon ausgehen, dass der Beklagte den eigenmächtigen Urlaubsantritt hinnehmen werde (LAG Hamm Urt. v. 17.10.2007 – 2 Sa 43/07 -, zit. n. Juris; LAG Niedersachsen Urt. v. 29.09.2010 – 16 Sa 490/06 -, zit. n. Juris). Angesichts dessen war es dem Beklagten auch nicht zumutbar, die Klägerin ungekündigt bis zum Fristablauf (30.07.2010) weiter zu beschäftigen.

3. Nach alledem waren sowohl die Berufung des Beklagten als auch die Anschlussberufung der Klägerin mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Für die Zulassung der Revision bestand keine Veranlassung. Die Voraussetzungen des § 72 Abs. 2 ArbGG lagen nicht vor.

gez. … gez. … gez. …