

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 6 Sa 11/18

2 Ca 1153 d/17 ArbG Kiel

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 30.05.2018

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 30.05.2018 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ...als Vorsitzenden und den ehrenamtlichen Richter... als Beisitzer und den ehrenamtlichen Richter ...r als Beisitzer

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 06.12.2017 – 2 Ca 1153 d/17 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

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 über die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung.

Der am1983 geborene, geschiedene und einem Kind zum Unterhalt verpflichtete Kläger arbeitete seit dem 01.03.2017 als Servicekraft im Gastronomiebetrieb der Beklagten. Dem Arbeitsverhältnis lag der Arbeitsvertrag vom 06.02.2017 (Anlage K 1 = Bl. 6 ff d. A.) zugrunde. Gemäß dessen Ziff. 2.1 war das Arbeitsverhältnis bis zum 31.10.2017 befristet. Während der Laufzeit des Vertrags war die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zulässig. Gemäß Ziff. 2.2 des Arbeitsvertrags galten die ersten 12 Wochen als Probezeit, während der das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden konnte. Der Kläger erzielte bei der Beklagten zuletzt ein Bruttomonatsgehalt in Höhe von 2.090,80 EUR.

Die Beklagte erstellt Wochendienstpläne, die am Sonntag für die folgende Woche bekannt gegeben werden. In den Dienstplänen werden die Mitarbeiter mit ihren Ar-

beitszeiten aufgeführt (vgl. beispielhaft Bl. 68 ff d. A.) In welchem Umfang Dienstplanänderungen üblich waren, insbesondere welche Schichten sie betrafen und wie sie durchgeführt wurden, ist zwischen den Parteien streitig.

Der Kläger erschien von Beginn des Arbeitsverhältnisses an bis zum 21.06.2017 neunmal verspätet zur Arbeit (01.03, 10.03., 25.04., 16.05., 19.05., 30.05., 16.09., 20.06. und 21.06.). Er kam bis zu 1 ½ Stunden zu spät. Am 26.04.2017 sagte er einen Arbeitseinsatz kurzfristig ab.

Am 13.06.2017 buchte der Kläger entgegen der Arbeitsanweisung eine Reservierung für 28 Personen nicht über das Computerprogramm „Event-Manager“. Am 16.06.2017 beschriftete er, wiederum entgegen einer Anweisung, die Reservierungsteller für den Folgetag nicht. Am 21.06.2017 erschien der Kläger, anders als angewiesen, nicht in einem weißen, sondern in einem schwarzen Hemd zur Arbeit.

Am 23.06.2017 erschien der Kläger nicht zur Arbeit. Er schrieb der Beklagten per WhatsApp, er komme nicht in seine Wohnung und an seinen Autoschlüssel. Mit Schreiben vom 25.06.2017 (Anlage B 12 = Bl. 62 d. A.) erteilte die Beklagte dem Kläger wegen des Nichterscheinens eine Abmahnung.

Am 20.07.2017 war der Kläger zum Dienst eingeteilt. Der Dienst sollte um 9.00 Uhr beginnen. Der Kläger erschien nicht und meldete sich erst um 11.52 Uhr. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 20.07.2017 (Anlage K 2 = Bl. 10 d. A.), welches dem Kläger am selben Tag zugeing, fristlos und hilfsweise ordentlich zum 03.08.2017.

Der Kläger hat behauptet, die Beklagte habe Verspätungen ihrer Mitarbeiter stets toleriert. Diensteinteilungen änderten sich ständig. Ein wichtiger Grund für eine außerordentliche fristlose Kündigung liege daher nicht vor.

Der Kläger hat beantragt,

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis bei der Beklagten weder durch die außerordentliche, fristlose Kündigung vom 20.07.2017, noch durch die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung vom 20.07.2017 zum 03.08.2017 aufgelöst worden ist, sondern bis zum 31.08.2017 fortbestanden hat.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat behauptet, der Kläger sei für den 20.07.2017 bereits am 16.07.2017 fest eingeplant gewesen. Das hätte der Kläger am 17.07.2017 zur Kenntnis nehmen können. Jedenfalls habe er den Plan am 18.07.2017 bei WhatsApp gelesen. Die Beklagte hat behauptet, der Kläger habe bis zur Kündigung Arbeitsabläufe und Speisekarte nicht verinnerlicht. Auch die Stammgäste habe er sich nicht merken können. Die Beklagte hat gemeint, die zahlreichen Verspätungen des Klägers stellten einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung dar. Eine Weiterbeschäftigung des Klägers über den 20.07.2017 hinaus sei ihr nicht zumutbar gewesen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die fristlose Kündigung sei unwirksam. Die Pflichtverletzung des Klägers wiege nicht so schwer, als dass es der Beklagten unzumutbar gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen. Ein beharrlicher und nachhaltiger Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten sei nicht ersichtlich. Auch am 20.07.2017 habe der Kläger seine Arbeit nicht beharrlich verweigert, zumal die Einplanung unklar gewesen sei. Unabhängig davon gehe die Interessenabwägung zugunsten des Klägers aus. Folglich habe das Arbeitsverhältnis aufgrund der hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung unter Wahrung der gesetzlichen Kündigungsfrist zum 31.08.2017 geendet.

Gegen das ihr am 21.12.2017 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat die Beklagte am 15.01.2018 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbeurteilungsfrist bis zum 14.03.2018 am 26.02.2018 begründet.

Nach Auffassung der Beklagten liegen die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung vor. Von einer Tolerierung des klägerischen Fehlverhaltens könne keine Rede sein. Der Betriebsleiter habe den Kläger in den ersten drei Monaten des Arbeitsverhältnisses mehrfach darauf hingewiesen, dass Zuspätkommen nicht geduldet werde. Er habe ihn mehrfach mündlich ermahnt. Dennoch sei der Kläger auch im Juni wiederholt verspätet erschienen und am 23.06.2017 gar nicht. Letzteres habe die Beklagte zum Anlass genommen, den Kläger abzumahnern. Dennoch sei der Kläger am 20.07.2017, also nicht einmal einen Monat später, erneut nicht zum Dienst erschienen und habe sich erst knapp drei Stunden nach Dienstbeginn gemeldet. Darin liege eine beharrliche Arbeitsverweigerung, die die außerordentliche Kündigung rechtfertige. Entgegen der Darstellung des Arbeitsgerichts sei der Kläger für den 20.07.2017 unstreitig um 9.00 Uhr fest eingeplant gewesen. Er habe seine Schicht im Plan also nicht „übersehen“. Die Ausführungen des Arbeitsgerichts zu den kurzfristigen Schichtplanänderungen lägen neben der Sache. Die Änderungen hätten die variablen Schichten, nicht aber die festen Schichten betroffen. Die Beklagte meint, auch die Interessenabwägung gehe zu ihren Gunsten aus. Ihr sei aufgrund der fortwährenden Unpünktlichkeit des Klägers nicht zuzumuten gewesen, ihn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 06.12.2017 zum Aktenzeichen
2 Ca 1153 d/17 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt unter Wiederholung seines erstinstanzlichen Vortrags die Entscheidung des Arbeitsgerichts. Der Kläger bestreitet, dass der Betriebsleiter ihn in den ersten drei Monaten des Arbeitsverhältnisses mehrfach darauf hingewiesen hat, ein Zuspätkommen werde nicht geduldet. Mündliche Ermahnungen habe es nicht gegeben. Er behauptet weiter, für die Diensterteilung sei allein die firmeninterne WhatsApp-

Gruppe maßgebend gewesen. Die Einträge belegten, dass es in der Planung „kunterbunt“ zugegangen sei. Der Kläger behauptet, die Beklagte habe seine Verspätungen toleriert. Das belegten die Reaktionen auf seine Verspätungsmitteilungen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschrift verwiesen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Berufung der Beklagten ist gemäß § 64 Abs. 2 c ArbGG statthaft und frist- sowie formgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG iVm §§ 519, 520 ZPO. Sie ist somit zulässig.

II. In der Sache hat die Berufung der Beklagten keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht hat im Ergebnis zutreffend erkannt, dass die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 20.07.2017 das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht mit sofortiger Wirkung beendet hat. Die Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB liegen nicht vor.

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. Dabei 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 Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls – jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – zumutbar ist oder nicht (BAG 19.01.2016 – 2 AZR 449/15 – Rn 18; BAG, 26.03.2015 – 2 AZR 517/14 – Rn 20 mwN).

Die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumindest bis zum Ende der Frist für eine ordentliche Kündigung zumutbar war oder nicht, lassen sich nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkung einer Vertragspflichtverletzung - etwa im Hinblick auf das Maß eines durch sie bewirkten Vertrauensverlusts und ihre wirtschaftlichen Folgen -, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf. Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn dem Arbeitgeber angesichts der Gesamtumstände sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. Die außerordentliche Kündigung ist unwirksam, wenn schon eine ordentliche Kündigung geeignet war, das Risiko künftiger Störungen zu vermeiden (BAG 26.03.2015 – 2 AZR 517/14 – Rn 21).

2. Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe erweist sich die Kündigung als unwirksam.

a) Das Arbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass wiederholte Unpünktlichkeiten eines Arbeitnehmers an sich geeignet sind, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, wenn sie den Grad und die Auswirkung einer beharrlichen Verweigerung der Arbeitspflicht erreicht haben.

Erscheint ein Arbeitnehmer ohne rechtfertigenden Grund überhaupt nicht oder verspätet zur Arbeit, dann erbringt er die von ihm geschuldete Arbeitsleistung teilweise nicht oder – sofern nachholbar – nicht zu rechten Zeit. Hierin liegt ein Verstoß gegen die Verpflichtung, die Arbeit mit Beginn der betrieblichen Arbeitszeit aufzunehmen und sie im Rahmen der betrieblichen Arbeitszeit zu leisten oder während dieses Zeitraums zur Zuweisung von und zur Aufnahme der Arbeit zur Verfügung zu stehen.

Selbst wenn ein Arbeitnehmer häufig zu spät zur Arbeit erscheint und damit seine Verpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis verletzt, kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis in der Regel nur durch eine ordentliche Kündigung lösen (BAG 17.03.1988 – 2 AZR 576/87 – Rn 66). Eine außerordentliche Kündigung aus diesem Grunde

kommt ausnahmsweise allerdings dann in Betracht, wenn die Unpünktlichkeit des Arbeitnehmers den Grad und die Auswirkung einer beharrlichen Verletzung (Verweigerung) seiner Arbeitspflicht erreicht hat. Eine beharrliche Verletzung der Pflichten aus dem Arbeitsvertrag liegt insbesondere dann vor, wenn eine Pflichtverletzung trotz Abmahnung wiederholt begangen wird und sich daraus der nachhaltige Wille der vertragswidrig handelnden Partei ergibt, den arbeitsvertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommen zu wollen. In diesem Fall ist es nicht für die Eignung als wichtiger Grund, sondern nur für die Interessenabwägung erheblich, ob es neben einer Störung im Leistungsbereich auch noch zu nachteiligen Auswirkungen im Bereich der betrieblichen Verbundenheit (Betriebsordnung, Betriebsfrieden) gekommen ist (BAG 17.03.1988 – 2 AZR 576/87 – Rn 66).

b) Indem der Kläger am 20.07.2017 nicht um 9.00 Uhr zur Arbeit erschienen ist, sich vielmehr erst um 11.52 Uhr bei der Beklagten gemeldet hat, hat er seine Arbeitspflicht verletzt. Es handelt sich aber nicht um eine beharrliche Pflichtverletzung. Damit ist die Pflichtverletzung nicht als wichtiger Grund zur Rechtfertigung einer außerordentlichen Kündigung an sich geeignet.

aa) Dabei geht die Berufungskammer davon aus, dass der Kläger am 20.07.2017 um 9.00 Uhr zum Dienst hätte erscheinen müssen und das auch wusste. Der Kläger hat diese Einplanung bereits in der ersten Instanz nicht (mehr) bestritten (vergleiche Schriftsatz vom 24.11.2017 Seite 7 = Bl. 104 d. A.), ebenso wenig die Kenntnisnahme durch Lesen der WhatsApp. Dennoch hat er sich erst um 11.52 Uhr bei der Beklagten gemeldet. Damit hat er seine Arbeitspflicht verletzt.

bb) Der Kläger hat seine Arbeitspflicht nicht beharrlich verletzt. Zwar hatte die Beklagte dem Kläger bereits am 25.06.2017 eine Abmahnung erteilt, weil er zwei Tage zuvor nicht zur Arbeit erschienen war. Hierbei handelt es sich aber um die erste und einzige Abmahnung, die der Kläger erhalten hat. Davor hatte die Beklagte nach ihrem eigenen Vortrag den Kläger wegen dessen Verspätungen stets nur ermahnt. Angesichts dessen kann aus dem erneuten Nichterscheinen am 20.07.2017 noch nicht auf den nachhaltigen Willen des Klägers geschlossen werden, seinen arbeitsvertrag-

lichen Verpflichtungen nicht nachkommen zu wollen. Denn in diesem Wiederholungsfall ist der Kläger nicht „einfach so“ der Arbeit ferngeblieben. Vielmehr hat er sich bei der Beklagten gemeldet und erklärt, dass und warum er nicht erscheinen kann. Angesichts dessen, dass der Kläger nach Erhalt der Abmahnung vom 25.06.2017 ansonsten stets pünktlich erschienen ist, kann nicht auf Leistungsunwilligkeit geschlossen werden.

c) Selbst wenn der Kläger, wie die Beklagte meint, durch sein Nichterscheinen zur Arbeit am 20.07.2017 seine Arbeitspflicht beharrlich verletzt haben sollte, war es der Beklagten im Streitfall gleichwohl zuzumuten, das Arbeitsverhältnis jedenfalls bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist am 31.08.2017 fortzusetzen. Das ergibt die stets vorzunehmende umfassende Interessenabwägung.

Im Rahmen der Interessenabwägung ist zunächst zugunsten der Beklagten zu berücksichtigen, dass sie den Kläger mit einer Abmahnung und – nach ihrem Vortrag – mit mehreren Ermahnungen zum (pünktlichen) Erscheinen am Arbeitsplatz angehalten hat, bevor sie sich letztlich zum Ausspruch der außerordentlichen Kündigung entschlossen hat. Der Beklagten ist auch zugute zu halten, dass das Arbeitsverhältnis erst seit kurzer Zeit bestand und von Beginn an belastet war. Der Kläger hat sich ab dem ersten Arbeitstag und in vielfältiger Weise als unzuverlässiger Mitarbeiter gezeigt. Auf der anderen Seite sind über die mit den Verspätungen und dem Nichterscheinen zur Arbeit jeweils verbundenen Leistungsstörungen hinaus keine weitergehenden nachteiligen Auswirkungen feststellbar, die zusätzlich für die Beklagte belastend wären. Auf der Grundlage des Vortrags der darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten lässt sich nicht feststellen, ob und ggfs. bei welchen Verspätungen des Klägers es neben der hierin liegenden Störung im Leistungsbereich noch zu nachteiligen Auswirkungen im Betriebsablauf oder für den Betriebsfrieden gekommen ist. Diesbezüglich hat die Beklagte in der Berufungsverhandlung lediglich allgemein Störungen des Betriebsablaufs geltend gemacht. So hat sie darauf verwiesen, dass bei kurzfristigen Personalausfällen größere Veranstaltungen nicht reibungslos durchgeführt werden können. Daraus lässt sich aber nicht nachvollziehbar entnehmen, welche der aufgetretenen Verspätungen sich konkret nachteilig auf den Betriebsablauf durch Eintritt welcher konkreten Störungen ausgewirkt haben sollen. Insbesondere in

Bezug auf das zum Ausspruch der Kündigung herangezogene Nichterscheinen des Klägers am 20.07.2017 ist weder konkret vorgetragen noch ersichtlich, inwieweit das Fehlen des Klägers die Arbeit der übrigen Kollegen erschwert oder beeinträchtigt haben sollte. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Dienst um 9.00 Uhr begann, während nach Darstellung der Beklagten in der Berufungsverhandlung der Gästeandrang am Nachmittag und Abend am Größten ist. Auch unter Einbeziehung der von der Beklagten behaupteten Ermahnungen und der Abmahnung vom 25.06.2017 erscheint es bei Abwägung der beiderseitigen Interessen der Beklagten als noch zumutbar, das Arbeitsverhältnis jedenfalls bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass hier lediglich die gesetzliche Kündigungsfrist gemäß § 622 Abs. 2 BGB einzuhalten war und der geschiedene, einem Kind zum Unterhalt verpflichtete Kläger auf den Lohn angewiesen ist. In Anbetracht dessen reicht das Nichterscheinen zum Dienst am 20.07.2017 nicht zur Rechtfertigung einer außerordentlichen fristlosen Kündigung aus. Auch wenn die Beklagte im Kündigungszeitpunkt davon ausgehen musste, dass es weiterhin zu entsprechenden Vorfällen kommen würde, erscheint es bei Abwägung der beiderseitigen Interessen der Beklagten als zumutbar, darauf mit dem Ausspruch einer ordentlichen Kündigung zu reagieren, wie sie es (hilfsweise) auch getan hat. Hinzu kommt, dass die Beklagte dem Kläger die nicht geleistete Arbeitszeit nicht vergüten muss, ihr insoweit auch kein finanzieller Schaden entsteht.

III. Die Kostentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Zulassung der Revision war nicht veranlasst, weil hierfür die gesetzlichen Voraussetzungen (§ 72 Abs. 2 ArbGG) nicht vorliegen.