

Kurz kommentiert

Außerordentliche Kündigung wegen beharrlicher Pflichtverletzungen

Rassistische Beleidigungen rechtfertigen fristlose Kündigung

Ein Fahrer für Geldtransporte war seit Januar 1998 beschäftigt und bezog zuletzt ein Monatsgehalt von rund 4.500 Euro. Im Sommer 2016 wurde ein sog. „Tunnelblick“ diagnostiziert, wodurch das Gesichtsfeld eingeengt ist und Nachtblindheit auftritt. Das Unternehmen setzte den Fahrer daher ab April 2017 als Empfangsmitarbeiter am Haupteingang der Verwaltungszentrale ein. Obwohl dort in Schichten gearbeitet wird, wurde ihm zugesagt, lediglich in der Zeit zwischen 7 Uhr und 15:30 Uhr arbeiten zu müssen. Er arbeitete seither zu seinem bisherigen Gehalt am Empfang mit Frau F. und Herrn S. zusammen. Am 17.8.2021 war er gemeinsam mit Frau F. am Empfang eingesetzt. Gegen 13:50 Uhr nahm Frau F. einen Anruf von Herrn S. entgegen. Dieser teilte mit, dass er im Stau stehe und deshalb 10 bis 15 Minuten später komme. Frau F. informierte ihren Kollegen entsprechend und sagte ihm, dass sie pünktlich gehen müsse, da sie ihr Kind abholen müsse. Kurz nach 14 Uhr traf Herr S. am Arbeitsplatz ein. Bei dem Gespräch zwischen den beiden war zeitweise ein weiterer Kurierfahrer, Herr B., anwesend, der Zeuge des Gesprächsverlaufs war. Im Rahmen einer durchgeführten Beweisaufnahme stand zur Überzeugung des Gerichts fest, dass der Kläger gegenüber der Zeugin F. in Bezug auf den Zeugen S. gesagt habe: „Ich hasse die scheiß Ausländer.“ Als Herr S. einige Minuten später am Arbeitsplatz eingetroffen war, hatte er ihn mit den Worten „Wo bist du Arschloch? Wieso kommst du zu spät?“ begrüßt. Das Unternehmen kündigte das Arbeitsverhältnis fristlos.

Die Einlassungen des Klägers, er habe nicht Herrn S. Arschloch genannt, sondern ihm lediglich die Bedeutung des Begriffs „Streit“ erklärt, mit dem Satz „Wenn ich dich jetzt Arschloch nennen würde, dann streiten wir uns.“, hielt das LAG Hamburg in seinem Urteil vom (17.1.2022 – 1 Sa 40/22, rk.) nicht für glaubhaft. Es sah in den Aussagen des Klägers vielmehr eine grobe Beleidigung eines Arbeitskollegen, die nach Form und Inhalt eine erhebliche Ehrverletzung für den Betroffenen bedeutet. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit schützt

- zum einen weder Formalbeleidigungen und bloße Schmähungen
 - noch bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen.
- Die strafrechtliche Beurteilung ist kündigungsgesetzlich nicht ausschlaggebend. Trotz der 23-jäh-

rigen Betriebszugehörigkeit hielt das Gericht eine Abmahnung für entbehrlich. Es sei dem Arbeitgeber nicht zuzumuten, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der siebenmonatigen Kündigungsfrist fortzusetzen. Erschwerend bewertete das Gericht, dass die Beleidigungen in Gegenwart einer dritten Person, des Zeugen B., erfolgten.

Digitale Personalakte und Schriftformerfordernis

Vor dem LAG Köln (Urt. v. 9.2.2023 – 6 Sa 607/22, rk.) stritten die Parteien über die Wirksamkeit eines befristeten Arbeitsvertrags.

Der Arbeitgeber berief sich auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Fristablauf. Der Mitarbeiter machte die fehlende Schriftform für die Befristungsabrede geltend. Er bestreite mit Nicht-mehr-Wissen, dass die ihm nicht mehr vorliegende befristete Verlängerungsurkunde auf Beklagtenseite im Original unterschrieben gewesen sei. Er habe sie der Beklagten nach seiner Erinnerung damals auf dem Postweg übersandt. Der Arbeitgeber machte geltend, die Befristungsvereinbarung sei von ihm im Original unterschrieben worden, die Originalurkunde sei aber nach dem Einscannen in die digitale Personalakte vernichtet worden. Unstreitig hatte der Arbeitgeber jedoch in der Vergangenheit häufig der Schriftform bedürftige arbeitsrechtliche Erklärungen abgegeben, bei denen die Unterschriften nur eingescannt waren.

Die Klage hatte Erfolg, denn der Arbeitgeber konnte einen wirksamen Beweis für die Einhaltung der Schriftform nicht vorlegen. Der Urkundenbeweis wäre nur durch Vorlage der Urkunde möglich gewesen, die jedoch nach dem Einscannen vernichtet worden war. Hingegen war gegen das Bestreiten des Klägers mit „Nicht-mehr-Wissen“ nichts einzuwenden. Nach dem Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs muss es einer Prozesspartei möglich sein, Tatsachen, die sie zum Zeitpunkt ihres Prozessvortrags nicht mehr weiß und auch nicht zumutbar durch Nachforschungen feststellen kann, mit Nicht-mehr-Wissen zu bestreiten (BAG, Beschl. v. 13.11.2007 – 3 AZN 449/07). Der Kläger hatte nachvollziehbar dargelegt, warum er sich nicht mehr deutlich erinnern kann, ob die Urkunde unterschrieben war oder nicht.

Im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung ging das Gericht daher davon aus, dass die Beklagte den Beweis des Gegenteils schuldig geblieben war.

Ein bei einem Dienstleistungsunternehmen auf dem Gebiet der Telekommunikation beschäftigter Feldtechniker hatte die Aufgabe, technische Entstörungen durchzuführen, die Anlagen instandzuhalten und zu warten. Die Einsätze erfolgten an verschiedenen Standorten, für bestimmte Einsätze war es erforderlich, dass diese von zwei Technikern gemeinsam durchgeführt werden. Während der Coronapandemie war das Unternehmen gemäß § 28 b IfSG a. F. gehindert, seine Mitarbeiter zu beschäftigen, wenn sie nicht entweder geimpft oder genesen waren oder einen negativen aktuellen Test vorlegen konnten und mit sich führten. Eine entsprechende Anweisung erging an alle Servicetechniker. Der Mitarbeiter legte keinen Impf- oder Genesenennachweis vor und ebenso wenig einen tagesaktuellen Testnachweis. Er erklärte, dazu nicht bereit zu sein. Daraufhin stellte das Unternehmen ihn zunächst unbezahlt von der Arbeit frei. Dann erteilte es eine Abmahnung. Nachdem sich der Mitarbeiter immer noch weigerte, einen Testnachweis mit sich zu führen, erging eine weitere Abmahnung unter Androhung einer Kündigung im Wiederholungsfall und unter Hinweis, dass sein Verhalten eine beharrliche Arbeitsverweigerung darstelle. Nachdem der Mitarbeiter auch weiterhin der Anweisung nicht Folge leistete, kündigte das Unternehmen fristlos. Die dagegen erhobene Kündigungsschutzklage war in beiden Instanzen ohne Erfolg. Das Gericht sah einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung als gegeben an. Der Kläger durfte ohne Testnachweis nicht arbeiten und das Unternehmen durfte ihn nicht vertragsgemäß einsetzen. Die beharrliche Weigerung eines Arbeitnehmers, seine arbeitsvertraglichen Pflichten zu erfüllen, ist „an sich“ geeignet, eine außerordentliche fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Dies gilt nicht nur für die Weigerung, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, sondern auch für die Verletzung von Nebenpflichten. Der Kläger hatte die Vorlage der Testnachweise beharrlich verweigert. Er ist der Anordnung trotz zweier Abmahnungen nicht nachgekommen und hat mehrfach erklärt, hierzu auch in Zukunft nicht bereit zu sein. Auch die Interessenabwägung fiel zu seinen Lasten aus, obwohl er 52 Jahre alt und über 27 Jahre bei dem Unternehmen beschäftigt war. Aufgrund der verfestigten inneren Einstellung war es der Beklagten nicht zumutbar, den Kläger auch nur für eine begrenzte Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen und zu bezahlen (Thüringer LAG, Urt. v. 3.8.2023 – 2 Sa 407/22, rk.).

Unentschuldigtes Fehlen bei stationärem Krankenhausaufenthalt

Eine 56 Jahre alte Arbeitnehmerin war seit dem 1.7.2019 zu einem Bruttoentgelt von monatlich 3.000 Euro beschäftigt. In der Zeit vom 1.7.2020 bis 17.7.2020 befand sie sich im Urlaub. Am Samstag, den 18.7.2020 erkrankte sie und wurde stationär in ein Krankenhaus aufgenommen. Der stationäre Aufenthalt dauerte bis zum 18.9.2020. Streitig ist, ob die Freundin der Klägerin bzw. deren Tochter die Geschäftsführerin der Arbeitgeberin davon informiert hatte. Mit Schreiben vom 4.8.2020 erkundigte sich das Unternehmen nach dem Verbleib und monierte, dass eine Krankschreibung bislang nicht vorliege und dass die Mitarbeiterin weder per E-Mail noch telefonisch erreichbar sei. Jedenfalls mit E-Mail vom 10.8.2020 informierte der Sozialdienst des Krankenhauses die Arbeitgeberin darüber, dass sich die Mitarbeiterin seit dem 18.7.2020 in stationärer Behandlung befinde und dass eine weitere Aufenthaltsbescheinigung auf dem Postweg übersandt werde. Dennoch sprach das Unternehmen am 11.8.2020 die fristlose Kündigung aus. Die dagegen erhobene Klage hatte in beiden Instanzen Erfolg.

Unstreitig war die Mitarbeiterin nach den Feststellungen des LAG Berlin-Brandenburg (Urt. v. 13.7.2023 – 10 Sa 625/23, rk.) nach ihrem Urlaub in stationärer Behandlung und damit arbeitsunfähig. Ein arbeitsunfähiger Mensch fehlt jedoch nicht unentschuldig, egal ob er diese Arbeitsunfähigkeit anzeigt oder nachweist. Zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung am 11.8.2020 war das Unternehmen auch von der Arbeitsunfähigkeit durch den Sozialdienst informiert worden. Somit bestand im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung kein Verstoß mehr gegen die Anzeigepflicht nach dem EFZG.

Abgesehen davon würde die Verletzung einer Anzeige- und/oder Nachweispflicht als steuerbares Verhalten regelmäßig eine Abmahnung voraussetzen. Der Ausspruch einer fristlosen Kündigung war unangemessen.

Böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes

Ein Anspruch auf Annahmeverzugslohn nach Ausspruch einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung besteht dann nicht, wenn der Arbeitnehmer es böswillig unterlassen hat, einen anderweitigen Verdienst zu erzielen (§ 615 Satz 2 BGB). Dies setzt voraus, dass es eine konkrete Erwerbsmöglichkeit gab, die dem Arbeitnehmer bekannt und deren Annahme zumutbar war.

In einem Rechtsstreit vor dem LAG Hamburg (Urt. v. 6.4.2022 – 8 Sa 51/22, rk.) klagte eine ungelernete Pflegekraft auf Annahmeverzugslohn. Der

Arbeitgeber berief sich darauf, dass der Arbeitsmarkt für auch ungelernete Pflegekräfte günstig war und man sogar von Pflegenotstand sprechen kann. Die Pflegekraft gab an, sich beim Arbeitsamt arbeitslos gemeldet zu haben. Er habe aber nur ein Vermittlungsangebot erhalten. Der Sachbearbeiter der Arbeitsagentur habe ihm erklärt, er werde weiterhin Arbeitslosengeld bekommen, auch wenn er sich dort nicht bewerbe. Daher habe er auf die Bewerbung verzichtet. Er bestritt, dass es geeignete Stellen für ihn gab. Das Unternehmen benannte daraufhin Führungskräfte aus 16 Pflegeeinrichtungen als Zeugen dafür, dass im fraglichen Zeitraum auch ungelernete Pflegekräfte zur sofortigen Einstellung gesucht wurden. Dennoch erhob das Gericht diesen Beweis nicht.

Ein für den Arbeitnehmer günstiger Arbeitsmarkt sei keine Tatsache, über die Beweis zu erheben wäre. Es handelt sich vielmehr um eine Bewertung. Der Arbeitgeber trägt die Beweislast dafür, dass konkrete Erwerbsmöglichkeiten bestanden und dem Mitarbeiter bekannt waren. Dadurch wird er nicht benachteiligt. Er kann dem Arbeitnehmer eine Prozessbeschäftigung anbieten. Die Ablehnung einer solchen Prozessbeschäftigung trägt regelmäßig die Annahme eines böswilligen Unterlassens, sofern sie für den Arbeitnehmer zumutbar ist. Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer auch auf bestimmte Beschäftigungsmöglichkeiten hinweisen. Hätte er dies getan, wäre es Sache des Mitarbeiters zu erklären, wie er auf diese Mitteilungen reagiert hat.

Es konnte auch nicht festgestellt werden, dass der Kläger weitere Vermittlungsangebote der Bundesagentur erhalten hat. Der Arbeitgeber hat aufgrund des Sozialgeheimnisses keinen Anspruch auf Auskunft gegen die Bundesagentur. Dies kann auch nicht dadurch umgangen werden, dass der Arbeitgeber Sachbearbeiter der Bundesagentur als Zeugen benennt.

BEARBEITET UND ZUSAMMENGESTELLT VON



© Fotostudio Felikss Francer

Dr. Claudia Rid
Rechtsanwältin und
Fachanwältin für Arbeitsrecht,
CMS Hasche Sigle, München

JETZT TESTEN



1



2

Arbeit und Arbeitsrecht (AuA) richtet sich als praxisorientierter und unverzichtbarer Ratgeber für die moderne Personalarbeit an Fach- und Führungskräfte im Bereich Human Resources.

Testen Sie jetzt kostenlos **2** Ausgaben der Fachzeitschrift AuA und bestellen Sie noch heute.

