

L 9 AL 423/02

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

Bayerisches LSG

Sachgebiet

Arbeitslosenversicherung

Abteilung

9

1. Instanz

SG Augsburg (FSB)

Aktenzeichen

S 4 AL 123/00

Datum

31.10.2002

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 9 AL 423/02

Datum

26.10.2006

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

I. Die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts Augsburg vom 31. Oktober 2002 wird zurückgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin ist eine im Bereich Werbung, Messebau und Animation tätige Firma. Inhaber und Geschäftsführer ist Herr F. R. ... Am 08.04.1999 beantragte die Klägerin bei der Beklagten die Bewilligung eines Eingliederungszuschusses bei Einarbeitung für die Dauer von sechs Monaten für den Arbeitnehmer C. S. (S.), geb. 01.06.1971. Der Arbeitnehmer S. wurde aufgrund eines am 09.04.1999 abgeschlossenen Arbeitsvertrages zum 12.04.1999 als Industrieelektroniker, Fachrichtung Gerätetechnik, eingestellt. Als Schwerpunkt der Tätigkeit wurde die Betreuung von Animationsgeräten vereinbart. Das Gehalt betrug bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 38,25 Stunden DM 3.000,00 brutto. Der Vertrag enthielt u.a. die Nebenpflicht des S. die Arbeitszeit pünktlich einzuhalten. Konkrete Arbeitszeiten wurden in dem Vertrag jedoch nicht vorgegeben. Weiter wurde eine Probezeit vom 12.04. bis 05.07.1999 vereinbart, in welcher das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden konnte.

Zusammen mit dem Antrag unterzeichnete die Klägerin eine Erklärung, wonach sie sich verpflichtete, den Eingliederungszuschuss zurückzuzahlen, wenn das Beschäftigungsverhältnis während des Förderungszeitraumes oder innerhalb eines Zeitraumes, der der Förderungsdauer entspricht, längstens jedoch von zwölf Monaten nach Ende des Förderungszeitraums beendet wird; dies gelte jedoch u.a. dann nicht, wenn ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung bestehe.

Mit Bescheid vom 06.05.1999 bewilligte die Beklagte einen Eingliederungszuschuss bei Einarbeitung für die Dauer von 12.04. bis 11.10.1999 in Höhe von 50 % des berücksichtigungsfähigen Arbeitsentgelts einschließlich des Arbeitgeberanteils an Gesamtsozialversicherungsbeitrag in Höhe von DM 1.822,50 monatlich. Der Bewilligungsbescheid wurde in der Anlage mit Nebenbestimmungen versehen, mit welchen u.a. nochmals auf die Rückzahlungspflicht bei vorzeitiger Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses hingewiesen wurde. Mit Schreiben vom 14.06.1999 bestätigte die AOK Bayern die Anmeldung des S. zur Sozialversicherung.

Am 07.09.1999 nahm S. telefonischen Kontakt zur Beklagten auf und teilte mit, dass er zum 30.09.1999 die Kündigung erhalten habe. Er sei überwiegend als Lagerist beschäftigt gewesen und habe sich kaum berufliche Kenntnisse aneignen können.

Mit Schreiben vom 09.09.1999 hörte die Beklagte die Klägerin zur beabsichtigten Rückforderung des Eingliederungszuschusses an. Daraufhin übermittelte die Klägerin das Kündigungsschreiben vom 31.08.1999, in welchem als Grund der Kündigung angegeben war: "Entgegen Ihrer Überzeugung ist es Ihnen nicht möglich, das Ihnen zugewiesene Arbeitsgebiet zufriedenstellend zu bewältigen. Weiterführende Aufgaben und Arbeitsbereiche, die bei Arbeitsantritt vereinbart wurden, sind von Ihnen ebenfalls nicht berücksichtigt worden."

Die Kündigung wurde zum 01.10.1999 ausgesprochen. Weiter wies die Klägerin darauf hin, dass mit dem S. bereits in der 28.KW (12.-17.07.1999) wegen seiner mangelhaften und ungenügsamen Leistung ein ernsthaftes Gespräch geführt worden sei. Dabei sei vom Inhaber der Klägerin, Herrn R. , die Möglichkeit einer Kündigung angesprochen worden.

Mit Bescheid vom 20.09.1999 forderte die Beklagte den für die Zeit vom 12.04. bis 11.08.1999 bezahlten Eingliederungszuschuss in Höhe

von insgesamt DM 7.290,00 zurück. Das Arbeitsverhältnis sei von der Klägerin während des Förderungszeitraumes beendet worden, ohne dass ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung nach [§ 626 Abs.1 BGB](#) vorgelegen habe.

Am 20.10.1999 legte die Klägerin durch ihre Bevollmächtigten Widerspruch ein. Nach [§ 323 Abs.2 SGB III](#) in der ab 01.08.1999 geltenden Fassung, welche aus Gleichbehandlungsgründen auch im Falle der Klägerin anzuwenden sei, müsse der Eingliederungszuschuss nicht zurückgezahlt werden. Darüber hinaus sei die Klägerin berechtigt gewesen, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen.

Im Hinblick auf die von S. beantragte Bewilligung von Arbeitslosengeld stellte die Klägerin mit Datum vom 28.10.1999 eine Arbeitsbescheinigung aus, in welcher zur Frage, ob vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers Anlass zur Kündigung war, keine Eintragungen vorgenommen wurden.

Mit Widerspruchsbescheid vom 25.01.2000 wies die Beklagte den Rechtsbehelf als unbegründet zurück. Nach der Übergangsvorschrift des [§ 422 Abs.1 SGB III](#) sei im Falle der Klägerin [§ 223 Abs.2 SGB III](#) in der vor dem 01.08.1999 geltenden Fassung anzuwenden. Danach könne von einer Rückforderung nur abgesehen werden, wenn die Klägerin berechtigt gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grunde ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen. Laut Kündigungsschreiben sei die Klägerin mit der Arbeitsleistung des S. nicht zufrieden gewesen. Auch im Anhörungsverfahren habe die Klägerin auf die mangelhafte und ungenügsame Leistung des S. verwiesen. In diesen Vorwürfen könne ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht erkannt werden.

Am 28.02.2000 erhob die Klägerin durch ihre Bevollmächtigten Klage zum Sozialgericht München. Zur Begründung wurde erneut vorgetragen, dass aus Gleichbehandlungsgründen die Vorschrift des [§ 223 Abs.2 SGB III](#) in der ab 01.08.1999 geltenden Fassung auch auf laufende Fälle anzuwenden sei. Die Übergangsregelung des [§ 422 Abs.1 SGB III](#) sei auf [§ 223 Abs.2 SGB III](#) nicht anwendbar. Zudem habe der Klägerin ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung zugestanden. S. sei seit seinem Dienstantritt am 12.04.1999 nahezu jeden Tag zu spät zur Arbeit gekommen und bezüglich dieses Verhaltens mehrmals abgemahnt worden. Weisungen und Termine seien nicht beachtet worden. Die gesamte Organisation sei durcheinander geraten und andere Arbeitnehmer hätten die Versäumnisse des S. ausbügeln müssen. Ein wichtiger Grund ergebe sich darüber hinaus aus einem besonderen Vorkommnis. S. habe ca. drei Wochen vor dem vom 30.07. bis 20.08.1999 dauernden Betriebsurlaub der Klägerin insgesamt sechs Wochen Urlaub beantragt, da er bis Freitag, den 03.09.1999 in die Türkei habe fahren wollen. Nachdem Herr R. dem S. erklärt habe, dass er überhaupt nicht so viel Urlaubsanspruch besitze, sei S. sehr erbost gewesen. Noch vor Ende des Betriebsurlaubs sei eine Arbeitsunfähigkeits-Erstbescheinigung für die Zeit von Mittwoch, den 18., bis Freitag, den 27.08.1999 eingegangen. Folgebescheinigungen seien für die Zeit vom 27.08. bis 03.09., vom 06. bis 10.09. sowie vom 13. bis 17.09. übermittelt worden. Am Montag, den 20.09.1999 sei S. unentschuldig der Arbeit ferngeblieben. Am Mittwoch, den 22.09.1999 habe Herr R. mehrfach bei S. angerufen. Nach Auskünften seiner Ehefrau sei S. beim Einkaufen sowie beim Orthopäden gewesen. Der genannte Orthopäde existiere jedoch gar nicht. S. sei telefonisch aufgefordert worden, am Donnerstag, den 23.09. pünktlich zu erscheinen. S. sei tatsächlich erschienen und habe eine weitere Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung eines praktischen Arztes für die Zeit vom 20. bis 22.09. vorgelegt. Gleichzeitig habe S. um unbezahlten Urlaub bis 30.09.1999 gebeten, was ihm aus betrieblichen Gründen verweigert worden sei. Daraufhin habe S. noch kurze Zeit gearbeitet und dann den Betrieb verlassen. Am Freitag, den 24.09.1999 sei erneut eine Arbeitsunfähigkeits-Erstbescheinigung für die Zeit vom 23.09. bis 10.10.1999 eingegangen. Der zweimalige Arztwechsel sowie die Tatsache, dass die Krankschreibungen genau den abgelehnten Urlaub von sechs Wochen abdeckten, würden Zweifel hinsichtlich der tatsächlichen Arbeitsunfähigkeit des S. aufwerfen.

Mit Urteil vom 31.10.2002 wies das Sozialgericht die Klage als unbegründet ab. Die Beklagte habe den Eingliederungszuschuss in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes zu Recht auf Grundlage von [§ 223 Abs.2 SGB III](#) in der bis 01.08.1999 geltenden Fassung zurückgefordert. Ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses habe der Klägerin nicht zur Seite gestanden. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes könne einem Arbeitgeber in der Regel nicht wegen Fehlens ausreichender Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen außerordentlich gekündigt werden. Dies gelte jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer eine Probezeit absolviert habe. Auch die Klägerin selbst habe offensichtlich eine außerordentliche Kündigung für nicht gerechtfertigt gehalten, da sie ordentlich gekündigt habe. Auch die im Klageverfahren nachgeschobenen Kündigungsgründe könnten eine fristlose Kündigung nicht rechtfertigen.

Am 06.12.2002 legte die Klägerin durch ihre Bevollmächtigten Berufung ein. Zur Begründung wird zunächst auf den Vortrag vor dem Sozialgericht verwiesen. Nicht mehr aufrecht erhalten wird angesichts der Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes die Auffassung, dass [§ 223 Abs.2 SGB III](#) in der ab 01.08.1999 geltenden Fassung anzuwenden sei. Eine Rückforderung des Eingliederungszuschusses scheitere jedoch daran, dass der Klägerin ein Recht zur außerordentlichen Kündigung zugestanden habe. Unbeachtlich sei insoweit, dass tatsächlich ordentlich gekündigt wurde, da es allein auf die bestehende Möglichkeit ankomme. Das Verhalten des S. sei auch geeignet gewesen, das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu beenden. Die Unpünktlichkeiten hätten den Grad einer beharrlichen Arbeitsverweigerung erreicht, was nach dem Bundesarbeitsgericht zur außerordentlichen Kündigung berechtige. Auch habe S. Weisungen nicht befolgt. Dieses Verhalten habe Auswirkungen auf die Betriebsorganisation gehabt, andere Arbeitnehmer hätten die Fehler des S. ausbügeln müssen. Bezüglich dieses Verhaltens sei er auch abgemahnt worden. Im Übrigen bestehe der dringende Verdacht, dass S. im August/September 1999 Arbeitsunfähigkeit vorgetäuscht habe. Zum einen hätten die übermittelten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen genau den Zeitraum des verweigerten Urlaubs von sechs Wochen abgedeckt, zum anderen sei auch der ständige Arztwechsel ein Verdachtsmoment. Es sei insofern der Beklagten bzw. dem Sozialgericht anzulasten, dass diese zur außerordentlichen Kündigung berechtigenden Umstände nicht hinreichend ermittelt worden seien. Die Klägerin treffe insofern keine subjektive Beweisführungslast. Insbesondere hätte die Beklagte aufgrund der unvollständigen Arbeitsbescheinigung weitere Ermittlungen in die Wege leiten müssen. Bezüglich des Vorwurfs der Unpünktlichkeit und der Arbeitsverweigerung habe die Klägerin mehrfach Beweis, insbesondere die Vernehmung von Zeugen angeboten.

Die Beklagte ist der Auffassung, dass der Klägerin kein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung zustand. Es lägen keine Tatsachen vor, die unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile der Klägerin die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar gemacht hätten. Aus dem pauschalen Vorbringen, S. sei regelmäßig zu spät gekommen und habe Weisungen nicht befolgt, lasse sich der Vorwurf einer beharrlichen Arbeitsverweigerung nicht herleiten. Auch für den Vorwurf des Vortäuschens von Arbeitsunfähigkeit bestünden keine Anhaltspunkte. Die von der Klägerin angeführten Zweifel könnten den Beweiswert der

ärztlichen Bescheinigungen nicht erschüttern. In Anbetracht des jetzigen Vorbringens der Klägerin sei nicht nachvollziehbar, warum sie dem Arbeitnehmer nur ordentlich gekündigt und in der ausgestellten Arbeitsbescheinigung kein vertragswidriges Verhalten angegeben habe. Die von der Klägerin durchgehend gerügte mangelnde Eignung des S. könne allenfalls eine ordentliche Kündigung rechtfertigen. Aufgrund dieses unsubstantiierten Vorbringens sei eine weitere Ermittlungspflicht der Beklagten nicht gegeben gewesen.

Auf Nachfrage des Gerichts teilten die Bevollmächtigten der Klägerin mit Datum vom 25.01.2006 mit, dass die Personalakte des S. nicht mehr vorhanden ist und dass die Abmahnungen nur in mündlicher Form erteilt worden sind. In einem Beweisaufnahme-termin am 16.03.2006 wurden die Ehefrau des Inhabers der Klägerin, Frau J. R. die Arbeitnehmerinnen K. und R. sowie S. als Zeugen vernommen. Bezüglich des Inhalts der Zeugenaussagen wird auf das Protokoll des Beweisaufnahmetermins verwiesen.

Die Bevollmächtigten der Klägerin beantragen,

das Urteil des Sozialgerichts Augsburg vom 31.10.2002 und den Bescheid der Beklagten vom 20.09.1999 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25.01.2000 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts Augsburg vom 31.10.2002 zurückzuweisen.

Zur Ergänzung des Tatbestands wird auf die beigezogene Verwaltungsakte der Beklagten, die Akte des Sozialgerichts sowie die Senatsakte Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist nicht begründet. Zu Recht hat die Beklagte mit den streitgegenständlichen Bescheiden den Eingliederungszuschuss in Höhe von DM 7.290,00 (EUR 3.880,71) zurückgefordert.

Die Rechtmäßigkeit der Rückforderung beurteilt sich nach [§ 323 Abs.2 SGB III](#) in der vom 01.01.1998 bis 31.07.1999 geltenden Fassung des Art.1 Arbeitsförderungs-Reformgesetz (AFRG) vom 27.03.1997 ([BGBl.I. S.594](#)). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) findet nach der Übergangsregelung des [§ 422 Abs.1 SGB III](#) das Recht weiterhin Anwendung, das der Leistungsbewilligung zugrunde lag (BSG vom 06.02.2003, Az.: [B 7 AL 38/02 R](#); BSG vom 21.03.2002, Az.: [B 7 AL 48/01 R](#)). Die Bewilligung des Eingliederungszuschusses erfolgte vorliegend mit Bescheid vom 06.05.1999 und damit auf Grundlage der bis 31.07.1999 geltenden Rechtslage.

Nach der insoweit maßgeblichen Fassung des [§ 223 Abs.2 SGB III](#) ist der Eingliederungszuschuss zurückzuzahlen, wenn das Beschäftigungsverhältnis während des Förderungszeitraums oder innerhalb eines Zeitraums, der der Förderungsdauer entspricht, längstens jedoch von zwölf Monaten nach Ende des Förderungszeitraums beendet wird. Dies gilt nach Abs.2 dieser Vorschrift nicht, wenn

1. der Arbeitgeber berechtigt war, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen,
2. die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf das Bestreben des Arbeitnehmers hin erfolgt, ohne dass der Arbeitgeber den Grund hierfür zu vertreten hat, oder
3. der Arbeitnehmer das Mindestalter für den Bezug der gesetzlichen Altersrente erreicht hat.

Das Beschäftigungsverhältnis endete vorliegend mit der Kündigung vom 31.08.1999 zum 01.10.1999 und damit während des bis 11.10.1999 andauernden Förderungszeitraums. Ein Ausschluss der Rückforderung nach [§ 223 Abs.2 Satz 2 SGB III](#) greift nicht ein. Die Ziffern 2 und 3 dieser Vorschrift scheiden aus, da die Beendigung des Arbeitsverhältnisses weder auf das alleinige Bestreben des Arbeitnehmers hin erfolgte, noch der Arbeitnehmer das Mindestalter für den Bezug der gesetzlichen Altersrente erreicht hatte. Zu prüfen ist damit lediglich, ob die Klägerin vorliegend berechtigt war, dem S. aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen. Wichtige Gründe sind hierbei insbesondere solche, die nach den einschlägigen arbeitsrechtlichen Vorschriften, insbes. nach [§ 626 BGB](#), zur fristlosen Auflösung eines Arbeitsverhältnisses berechtigen (Niesel, SGB III, Rdnr.6 zu § 223). Darauf, in welcher Form die Kündigung tatsächlich ausgesprochen wurde, kommt es hierbei nicht an. Nach [§ 626 Abs.1 BGB](#) kann ein Dienstverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden zur Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Als Kündigungstatsache kommt vorliegend sowohl nach der Aktenlage wie auch nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ausschließlich der sogenannte Leistungsbereich in Betracht (vgl. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 125 Rdnrn.41 ff.).

Es ist somit nach den Grundsätzen der verhaltensbedingten Kündigung zu prüfen, ob dem Kläger ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung zur Seite stand. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes (BAG) ist hier eine zweistufige Prüfung vorzunehmen. Zunächst ist festzustellen, ob ein bestimmter Vorfall an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund zu bilden. Bei Bejahung dieser Frage ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob bei Abwägung der beidseitigen Interessen dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar ist (vgl. BAG v. 20.09.1984, Az.: [2 AZR 633/82](#); BAG vom 15.11.1984, Az.: [2 AZR 613/83](#)).

Soweit die Klägerin vorträgt, der Arbeitnehmer S. sei regelmäßig zwischen 15 und 30 Minuten zu spät zur Arbeit erschienen, bestehen schon Zweifel an der Geeignetheit dieses Verhaltens, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung zu geben. Hierbei ist zunächst festzuhalten, dass es weder nach dem Arbeitsvertrag noch nach dem Vortrag der Beteiligten im Betrieb der Klägerin eine feste Arbeitszeitregelung gegeben hat. Es bleibt insofern unklar, ob das Zu-Spät-Kommen des Klägers tatsächlich als vorwerfbarer Verstoß gegen eine arbeitsvertragliche Pflicht gewertet werden kann. Unterstellt man entsprechend der Aussage der Zeugin R. zugunsten der Klägerin, dass fester Arbeitsbeginn für alle Arbeitnehmer um 9.00 Uhr war, wäre S. nach Aussage der Zeugen und auch nach seiner eigenen

Einlassung an rund der Hälfte aller Arbeitstage ca. 15 Minuten verspätet zur Arbeit erschienen. Hierzu ist festzustellen, dass auch häufige Unpünktlichkeit, eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten unterstellt, nach der Rechtsprechung des BAG in der Regel nur eine ordentliche, fristgebundene Kündigung auslösen kann (BAG v. 13.03.1987, Az.: 7 AZR 601/86).

Eine außerordentliche Kündigung kommt nur im Ausnahmefall und nur dann in Betracht, wenn die Unpünktlichkeit des Arbeitnehmers den Grad und die Auswirkung einer beharrlichen Verweigerung seiner Arbeitspflicht erreicht hat (BAG vom 17.03.1988, Az.: [2 AZR 576/87](#)). Eine solche beharrliche Verletzung der Pflicht aus dem Arbeitsvertrag liegt insbesondere dann vor, wenn eine Pflichtverletzung trotz konkreter Abmahnung wiederholt begangen wird und sich daraus der nachhaltige Wille der vertragswidrig handelnden Partei ergibt, den arbeitsvertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommen zu wollen (BAG a.a.O.). Das BAG hat in dem genannten Verfahren in einem insgesamt 104-maligen Zu-Spät-Kommen eines Arbeitnehmers über einen Zeitraum von ca. 1 1/2 Jahren bei insgesamt sechsmaliger Abmahnung mit Androhung der fristlosen Kündigung einen wichtigen Grund im Sinne von [§ 626 Abs.1 BGB](#) gesehen. Ein Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten in diesem Umfang ist vorliegend nicht annähernd erkennbar. Der Vorwurf einer beharrlichen Arbeitsverweigerung erscheint insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Übernahme aus der Probezeit in ein Dauerarbeitsverhältnis am 06.07.1999 nicht haltbar. Der Arbeitnehmer S. begann mit seinem Verhalten nach Aussage der Ehefrau des Inhabers der Klägerin bereits in der dritten Woche nach Aufnahme der Beschäftigung am 12.04.1999. Er befand sich jedoch noch bis 05.07.1999 in der Probezeit. Insbesondere hat die Klägerin in ihrer Stellungnahme vom 15.09.1999 im Rahmen des Anhörungsverfahrens gegenüber der Beklagten geäußert, dass mit S. bereits in der 28. Kalenderwoche, also in der Zeit von 12. bis 17.07.1999, aufgrund seiner mangelhaften und ungenügsamen Leistung ein ernsthaftes Gespräch geführt worden sei. Hätte das Verhalten des S. aus Sicht der Klägerin tatsächlich das Ausmaß einer beharrlichen Arbeitsverweigerung erreicht, wäre dies jedenfalls schon vor dem Ende der Probezeit erkennbar gewesen. Es ist nicht nachvollziehbar, warum S. gleichwohl nach der Probezeit trotz des zu dieser Zeit bereits bestehenden Verhaltens von der Klägerin in ein festes Arbeitsverhältnis übernommen wurde. Offensichtlich bestand nach der Probezeit von Seiten der Klägerin jedenfalls keine Unzufriedenheit hinsichtlich der Einhaltung der arbeitsvertraglichen Pflichten sowie der Arbeitsleistung des S., die einer Übernahme in ein festes Arbeitsverhältnis im Wege gestanden hätte. Zu berücksichtigen ist weiter, dass bereits am 29.07.1999 die Betriebsferien der Klägerin begannen und der S. in der Zeit vom Ende der Betriebsferien bis zur Kündigung bis zum 31.08.1999 krank geschrieben war, so dass die Vorfälle, die nach Auffassung der Klägerin als beharrliche Arbeitsverweigerung zu werten sind, letztlich in der Zeit von 05.07 bis 28.07.1999 stattgefunden haben müssten. Es erscheint nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht nachvollziehbar, dass S. - nach erfolgreichem Abschluss der Probezeit - innerhalb von rd. 15 Arbeitstagen ein derart massives Fehlverhalten an den Tag gelegt hat, welches eine außerordentliche Kündigung auf grund einer beharrlichen Arbeitsverweigerung rechtfertigen könnte.

Eine Kündigung aus wichtigem Grund bezüglich dieses Verhaltens scheitert zusätzlich daran, dass die Klägerin den Nachweis einer konkreten Abmahnung nicht führen konnte. Nach der Rechtsprechung des BAG hat auch der außerordentlichen Kündigung als milderes Mittel grundsätzlich eine Abmahnung voranzugehen (BAG a.a.O.; BAG in DB 1986, S.1726). Dies gilt insbesondere bei verhaltensbedingten Kündigungen (Münchener Kommentar, Henssler, Rdnr.91 zu [§ 626 BGB](#)). Der Abmahnung als einseitige empfangs- bedürftige geschäftsähnliche Handlung kommt hierbei mehrfache Bedeutung zu. Neben der Beanstandungs- bzw. Ermahnungsfunktion muss sie insbesondere auch eine Warnfunktion erfüllen. Neben der bloßen Beanstandung eines Fehlverhaltens muss der Arbeitgeber auch in einer für den Arbeitnehmer hinreichend deutlich erkennbaren Art und Weise darauf hinweisen, dass im Wiederholungsfall der Inhalt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet ist.

Schriftliche Abmahnungen sind vorliegend nicht erfolgt. Eine konkrete mündliche Abmahnung bezüglich der ständigen Unpünktlichkeit des S. wurde durch die Beweisaufnahme nicht bestätigt.

Die Zeugin K. gab an, bei Gesprächen zwischen Herrn R. und S. nicht anwesend gewesen zu sein. Die Zeugin R. sagte aus, durch die geöffnete Bürotür die Ermahnung "jetzt kommen Sie schon wieder zu spät" vernommen zu haben. Diese Vorhaltung stellt schon mangels eines Hinweises auf die Konsequenzen einer Wiederholung des gerügten Verhaltens keine Abmahnung dar. S. selbst konnte sich nicht daran erinnern, dass ihm wegen dieses Verhaltens die Kündigung angedroht wurde. Letztlich hat auch die Ehefrau des Inhabers der Klägerin eine - den Erfordernissen des BAG entsprechende - Abmahnung bezüglich der Unpünktlichkeit nicht bestätigt. Soweit sie aussagt, bei einem Gespräch anwesend gewesen zu sein, in dem die Kündigung angedroht wurde, fand dieses Gespräch im Zusammenhang mit den Vorkommnissen nach der Ablehnung des Urlaubsantrags, insbesondere wegen des Verlassens des Arbeitsplatzes im Juli 1999, statt. Einem Gespräch zwischen ihrem Mann und dem S. bezüglich der Unpünktlichkeit hatte die Zeugin nach eigener Aussage nicht selbst beigewohnt. Soweit sie aussagte, durch die offene Bürotür vernommen zu haben, wie S. laut und deutlich darauf hingewiesen worden sei, dass es so nicht weiter geht und dass er ein schlechtes Vorbild für die übrigen Angestellten ist, genügt dieser Vorhalt nicht den Anforderungen, die an eine Abmahnung zu stellen sind. Zwar wurde S. hierdurch an seine gegebenenfalls bestehenden vertraglichen Pflichten erinnert (Ermahnungsfunktion), ein konkretes Vor-Augen-Führen der Konsequenzen für das Arbeitsverhältnis bei weiterem Fehlverhalten (Warnfunktion) ist hierdurch jedoch nicht dokumentiert. Die Nichterweislichkeit einer wirksamen Abmahnung insbesondere das Fehlen einer schriftlich dokumentierten Abmahnung, geht nach den Grundsätzen der objektiven Beweislast zu Lasten der Klägerin (Niesel, Rdnr.6 zu [§ 224 SGB III](#)).

Auch die von der Klägerin weiter vorgetragene Nichtbefolgung von Weisungen durch den Arbeitnehmer S. kann nicht als wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung herangezogen werden. Auch hierbei müsste es sich um den Tatbestand einer beharrlichen Arbeitsverweigerung im Sinne eines wiederholten Verstoßes oder eines bewussten und gewollten Widersetzens gegen rechtmäßige Weisungen handeln (Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, Rdnr.67 zu § 125). Die Beweisaufnahme hat diesbezüglich keinerlei Anhaltspunkte ergeben. Die Zeugin K., welche mit S. regelmäßig zusammengearbeitet hat, sagte aus, dass diese Zusammenarbeit im Grunde nicht schlecht verlaufen ist. Auch die Zeugin R. bestätigte, dass ihr außer dem Zu-Spät-Kommen keine weiteren Verfehlungen des Zeugen bekannt waren. Selbst die Ehefrau des Inhabers der Klägerin sagte aus, dass S. seine Arbeit "eigentlich zufriedenstellend" erledigt hat. Eine Abmahnung bezüglich des Nichtbefolgens konkreter Arbeitsanweisungen wurde selbst von Seiten der Klägerin nicht behauptet.

Soweit die Zeugin weiter ausgesagt hat, S. habe nach der Ablehnung seines Urlaubsantrags den Betrieb verlassen, kann dies ebenfalls keine außerordentliche Kündigung rechtfertigen. Zum einen wurde nicht substantiiert, um welche Uhrzeit und unter welchen genauen Umständen S. den Betrieb verlassen hat, zum anderen hat die Zeugin bestätigt, dass S. im Anschluss daran wieder zur Arbeit erschienen sei. Auch wenn dieses Fehlverhalten entsprechend der Aussage der Zeugin abgemahnt wurde, kann es schon deshalb nicht als Kündigungsgrund herangezogen werden, weil in der Zeit bis zum Ausspruch der Kündigung eine Wiederholung dieses Verhaltens nicht

erfolgt ist. Der von Seiten der Klägerin zusätzlich vorgetragene Vorwurf eines weiteren unent- schuldigten Fernbleibens am 20.09.1999 liegt zeitlich nach dem Ausspruch der Kündigung. Insofern fehlt es an dem erforderli- chen kausalen Zusammenhang zwischen möglicherweise objektiv vorhandenen Kündigungsgründen und der Beendigung des Beschäfti- gungsverhältnisses (LSG Saarland, Urteil vom 20.04.2004, Az.: [L 6 AL 57/02](#)). Zudem hatte S. dieses Fernbleiben am 23.09.1999 nachträglich mittels ärztlicher Arbeitsunfähigkeitsbescheini- gung entschuldigt.

Auch der von der Klägerin geäußerte Verdacht des Vortäuschens von Arbeitsunfähigkeit bzw. des Erschleichens entsprechender Bescheinigungen berechnete nicht zur außerordentlichen Kündigung. S. hat für seine Arbeitsunfähigkeit ärztliche Krankschreibungen vorgelegt. Diese begründen regelmäßig den Beweis für die Tatsache einer Arbeitsunfähigkeit (BAG vom 17.06.2003, Az.: [2 AZR 123/02](#)). Den ärztlichen Attesten kommt nach dem BAG ein hoher Beweiswert zu, da es der gesetzlich vorgesehene und wichtigste Beweis für die Tatsache der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ist. Umstände, welche den Beweiswert dieser ärztlichen Bescheinigungen erschüttern oder entkräften, sind vorliegend nicht erkennbar. Insbesondere hat S. anlässlich der Vorfälle im Zusammenhang mit der Beantragung des Urlaubs - entgegen dem vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall - nicht damit gedroht, bei einer Nichtgewährung des Urlaubs werde eine Krankschreibung erfolgen. Die entsprechenden Krankschreibungen wurden auch nicht im Ausland, sondern ab 18.08.1999 im wöchent- lichen Abstand durch deutsche Ärzte ausgestellt. Schon dadurch steht fest, dass der Kläger die beabsichtigte Urlaubsreise in die Türkei nicht angetreten hat. Im Übrigen spricht der Um- stand, dass die Arbeitsunfähigkeit von zwei verschiedenen Ärzten bescheinigt wurde, nicht gegen, sondern vielmehr für das Vorliegen einer tatsächlichen Arbeitsunfähigkeit. Es erscheint insoweit äußerst unwahrscheinlich, dass sich zwei unterschiedliche Ärzte über das tatsächliche Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit geirrt oder zugunsten des Klägers unzutreffende Bescheinigungen ausgestellt haben.

Letztlich fehlt es für eine Kündigung aus wichtigem Grund auch an einer weiteren Voraussetzung des [§ 626 Abs.1 BGB](#), denn der Klägerin war die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist von einem Monat zum Ende eines Kalendermonats nach [§ 622 Abs.2 Nr.1 BGB](#) zumutbar. Dies ergibt sich im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung (Palandt, 65. Aufl., Rdnr.40 zu § 626) aus dem bereits geschilderten Umstand, dass die Klägerin den S. nach Ablauf der Probezeit am 05.07.1999 unbeanstandet übernommen hat und mithin auf die Möglichkeit einer Kündigung inner- halb einer Frist von zwei Wochen bewusst verzichtet hat. Auch sind die klägerseits geschilderten Verwerfungen im Betriebsablauf durch die Unpünktlichkeit des Klägers nicht von einem Ausmaß, welches eine weitere Beschäftigung für einen Monat bis zum Ablauf der Kündigungsfrist als unzumutbar erscheinen lassen. Insbesondere hat die Zeugin K. , welche am engsten mit dem Kläger zusammengearbeitet hat, entsprechende Störungen im Be- triebsablauf nicht bestätigt. Nach Aussage der Zeugin R. ist es lediglich einmal dazu gekommen, dass S. einen eiligen Auftrag nicht rechtzeitig bearbeitet hat, so dass alle Arbeitnehmer zusammenhelfen mussten. Maßgebliche Störungen im Ablauf der Betriebsorganisation - welche nach dem Urteil des BAG vom 17.03.1988 ([a.a.O.](#)) konkret eingetreten sein müssen - sind dadurch nicht erwiesen.

Unter Berücksichtigung der ständigen Rechtsprechung des BAG, wonach die außerordentliche Kündigung ohne Einhaltung einer Frist die ultima ratio darstellt und des Umstandes dass die Klägerin am 31.08.1999 eine ordentliche Kündigung zum 30.09.1999 ausgesprochen hat und damit offensichtlich selbst davon ausgegangen ist, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht unzumutbar ist, können die Voraussetzungen für eine außerordentliche, fristlose Kündigung nicht erkannt werden.

Die Kostenfolge ergibt sich aus [§§ 183, 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision nach [§ 160 Abs. 2 Nrn.1](#) und [2 SGG](#) liegen nicht vor. Weder wirft dieses Urteil eine entscheidungserhebliche höchstrichterlich bisher ungeklärte Rechtsfrage grundsätzlicher Art auf, noch weicht es ab von einer Entscheidung des BSG, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts und beruht hierauf.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2007-01-23