
Datum: 17.10.2007
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 Sa 43/07
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2007:1017.2SA43.07.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Bielefeld, 4 Ca 3929/05
Schlagworte: Eigenmächtiger Urlaubsantritt als Kündigungsgrund bei bevorstehender Insolvenzeröffnung
Normen: §§ 626 Abs. 1, 140 BGB; 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG; § 630 BGB

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin und unter Zurückweisung der Berufung des Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 27.09.2006 - 4 Ca 3929/05 - teilweise abgeändert.

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der fristlosen Kündigung des Beklagten vom 12.12.2005 - zugestellt am 14.12.2005 - beendet worden ist, sondern mindestens bis zum 30.04.2006 fortbestanden hat.

Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Im Übrigen wird die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin zu $\frac{1}{4}$ und der Beklagte zu $\frac{3}{4}$ zu tragen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten um den Bestand des Arbeitsverhältnisses.

Die heute 43-jährige Klägerin, die verheiratet ist und ein Kind hat, war seit dem 01.01.1991 bei der Firma K2 & K3 oHG, einem Dienstleistungsunternehmen für Industrie und Werbung, als Teilzeitkraft mit einer Arbeitszeit von wöchentlich 19,25 Stunden gegen eine monatliche Vergütung von 979,98 € tätig.

Über das Vermögen der Firma K2 & K3 oHG wurde am 01.01.2006 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt. Aufgrund eines Beschlusses des Insolvenzgerichts war der Beklagte bereits vorher ab 01.12.2005 zur Sicherung der künftigen Insolvenzmasse zum vorläufigen Insolvenzverwalter ohne begleitendes Verfügungsverbot eingesetzt worden.

Die Insolvenzschuldnerin kündigte das Arbeitsverhältnis am 12.12.2005 fristlos, weil die Klägerin seit dem 08.12.2005 unentschuldigt der Arbeit ferngeblieben sei.

Dagegen richtet sich die vorliegende am 20.12.2005 beim Arbeitsgericht eingegangene Feststellungsklage. Das Verfahren ist nach Unterbrechung von der Klägerin aufgenommen worden.

Die Klägerin bestreitet, unentschuldigt der Arbeit ferngeblieben zu sein. Sie behauptet, sie habe den Beklagten anlässlich der Betriebsversammlung am 07.12.2005 auf ihre Urlaubsansprüche angesprochen und die Auskunft erhalten, dass sie nicht vergütet werden würden. Darauf habe sie mündlich um Urlaub gebeten. Dies sei von dem Beklagten billigend zur Kenntnis genommen worden.

Demgegenüber behauptet der Beklagte, die Klägerin habe weder bei der Insolvenzschuldnerin noch bei ihm anlässlich der Betriebsversammlung am 07.12.2005 mündlich Urlaub beantragt. Deshalb sei der Klägerin kein Urlaub bewilligt und ihr angeblicher Urlaubswunsch auch nicht billigend zur Kenntnis genommen worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes sowie der im ersten Rechtszug gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht hat den Beklagten nach Vernehmung der Zeugin G3 durch Urteil vom 27.09.2006 zur Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits hat es zu $\frac{3}{4}$ der Klägerin und zu $\frac{1}{4}$ dem Beklagten auferlegt. Zur Begründung hat das Arbeitsgericht ausgeführt, das Arbeitsverhältnis sei aufgrund der ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 626 Abs. 1 BGB wirksam aufgelöst worden. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe zur Überzeugung der Kammer fest, dass die Klägerin ab dem 08.12.2005 ohne Genehmigung eigenmächtig Urlaub angetreten habe. Aus der Aussage der Zeugin G3 ergebe sich, dass auf der Betriebsversammlung auf die weiterhin bestehende Zuständigkeit der Insolvenzschuldnerin für Urlaubsfragen hingewiesen worden sei. Die erforderliche Interessenabwägung falle zu Ungunsten der Klägerin aus, denn diese habe sich über die in der Betriebsversammlung mitgeteilten unmissverständlichen Informationen hinweggesetzt und ihren Urlaub eigenmächtig ohne Genehmigung angetreten. Gemäß § 630 BGB habe die Klägerin Anspruch auf das verlangte Zeugnis.

Wegen der Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des Arbeitsgerichts Bezug genommen.

Gegen das Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. 12

Die Klägerin verfolgt mit ihrer Berufung ihren erstinstanzlichen Feststellungsantrag weiter. Sie will auch die Unwirksamkeit der hilfsweise in eine fristgemäße Kündigung umzudeutende Kündigungserklärung vom 12.12.2005 feststellen lassen. Der Beklagte wehrt sich gegen die Verurteilung zur Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses. 13

Die Klägerin trägt zur Begründung ihres Rechtsmittels vor, die Wertung des Arbeitsgerichts, sie habe sich unbeeindruckt über unmissverständlich erteilte Informationen hinweggesetzt, träfe nicht zu. Auf der Betriebsversammlung habe ein großes Durcheinander geherrscht. Eine Vielzahl von Hilfs- und Heimarbeitern sei wegen der Sorge um noch offene Lohnansprüche sehr aufgebracht gewesen. Die rechtliche Tragweite der Ausführungen des Beklagten sei überhaupt nicht verstanden worden. Weder der Beklagte noch die Zeugin G3 hätten sie auf die weiterhin bestehende Zuständigkeit der Gesellschafterinnen hingewiesen. Der Beklagte habe auf ihre Frage sinngemäß geantwortet, eine Vergütung für Urlaub gäbe es auf keinen Fall. Darauf habe sie angekündigt, dass sie in diesem Fall jetzt ihren Resturlaub nehmen wolle. Diesem Urlaubsgesuch habe der Beklagte nicht widersprochen. Er habe auch nicht darauf hingewiesen, dass sie sich deswegen an die Gesellschafterinnen wenden müsse. Ihr bestehender Resturlaubsanspruch habe den vollen Zeitraum vom 08. bis zum 31.12.2005 abgedeckt. Nach dem Informationsstand der Mitarbeiter habe sie davon ausgehen müssen, dass mit dem 31.12.2005 mit der Firma "Schluss" sei. Sie habe ihren Urlaub in der Vergangenheit nicht mit den Gesellschafterinnen abgesprochen, sondern sie habe ihren geplanten Urlaub jeweils bei der Zeugin A3 eingereicht und ihn dann ohne Probleme und ohne Rückbestätigung angetreten. Wenn es infolge ihres Urlaubs zu personellen Problemen im Betrieb gekommen sei, hätte sie über ihre im Betrieb bekannte Handy-Nummer zurückgerufen werden können. Nach den Gesprächen mit der Zeugin G3 bzw. mit dem Beklagten sei sie im Büro der Zeugin A3 gewesen, um ihr mitzuteilen, dass sie nun ihren Resturlaub nehme. Diese sei damit beschäftigt gewesen, Kündigungen für die Heimarbeiter und Aushilfen zu schreiben. Es sei nicht üblich gewesen, einen Urlaubsschein auszufüllen oder den Urlaub persönlich genehmigen zu lassen. 14

Die Klägerin beantragt, 15

1. das Urteil des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 27.09.2006 abzuändern und festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgrund der fristlosen Kündigung des Beklagten vom 12.12.2005, der Klägerin zugestellt am 14.12.2005, beendet worden ist. 16

2. Die Berufung des Beklagten kostenpflichtig zurückzuweisen. 17

Der Beklagte beantragt, 18

1. die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 27.09.2006 – 4 Ca 3929/05 – zurückzuweisen. 19

2. Das Urteil des Arbeitsgerichts Bielefeld abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen. 20

21

Der Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil und tritt dem Vorbringen der Klägerin entgegen. Er trägt ergänzend vor, es sei überhaupt nicht erkennbar gewesen, aus welchem Grund die Klägerin der Arbeit ab 08.12.2005 ferngeblieben sei. Die Insolvenzschriftschuldnerin sei dringend auf die Arbeitskraft der Klägerin angewiesen gewesen, da über 50 Mitarbeiter Eigenkündigungen ausgesprochen hätten. In einer für die Insolvenzschriftschuldnerin schwierigen Situation habe die Klägerin eigenmächtig wider besseren Wissens Urlaub genommen. Anders als von der Klägerin dargestellt habe es nicht ausgereicht, Frau A3 über den Urlaubswunsch zu informieren, sondern es habe ein schriftlicher Urlaubsantrag bei Frau A3 abgegeben werden müssen, der dann an die Geschäftsleitung weitergeleitet worden sei. Die Gesellschafterinnen hätten zusammen mit ihren Ehemännern darüber beraten und das Ergebnis dem jeweiligen Mitarbeiter mitgeteilt. In Einzelfällen sei der Urlaub abgelehnt worden.

Das Berufungsgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugin A3. Auf die darüber gefertigte Vernehmungsniederschrift gemäß Sitzungsprotokoll vom 17.10.2007 wird Bezug genommen. 22

Entscheidungsgründe 23

Die Berufung der Klägerin ist nur zum Teil begründet. Die außerordentliche Kündigung vom 12.12.2005 ist unwirksam. Sie hat aber als fristgemäße Kündigung Bestand. Die Berufung des Beklagten ist unbegründet. 24

I. 25

1. Die außerordentliche Kündigung vom 12.12.2005 ist gemäß § 626 Abs. 1 BGB unwirksam. Allerdings ist der Klägerin vorzuwerfen, dass sie ihre arbeitsvertraglichen Pflichten in erheblicher Weise verletzt hat, weil sie eigenmächtig einen nicht genehmigten Urlaub angetreten hat. Ein solches Verhalten ist an sich geeignet, einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung darzustellen (BAG vom 20.01.1994 – 2 AZR 521/93 NZA 1994, 548). Die weiterhin erforderliche Interessenabwägung führt aber nicht zu dem Ergebnis, dass der Insolvenzschriftschuldnerin die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar war. Die unwirksame außerordentliche Kündigung ist aber gemäß § 140 BGB in eine ordentliche, fristgemäße Kündigung umzudeuten. Da der Beklagte das Arbeitsverhältnis nach Insolvenzeröffnung zum 30.04.2006 erneut gekündigt hat, hat das Arbeitsverhältnis jedenfalls bis zu diesem Zeitpunkt fortbestanden. Sollte sich die Kündigung des Beklagten als unwirksam erweisen, ist das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist gemäß § 622 Abs. 2 Nr. 5 BGB spätestens mit Ablauf des 31.05.2006 beendet worden. 26

2. Dem Arbeitsgericht ist zunächst dahin zu folgen, dass der Urlaubsantritt der Klägerin nicht genehmigt worden ist. Dies hat die Klägerin selbst auch nicht behauptet. Sie meint aber, dass der Urlaub stillschweigend genehmigt worden sei, weil sie die Zeugin G3 bzw. den Beklagten darauf ohne Widerspruch angesprochen habe. Diese Auffassung der Klägerin ist unzutreffend. Schon ihr Tatsachenvortrag ist im Hinblick auf die angebliche Genehmigung des Urlaubs unschlüssig. Die Klägerin hat den tatsächlichen Ablauf in der Berufungsverhandlung am 20.06.2007 wie folgt geschildert: Sie habe den Beklagten auf der Betriebsversammlung auf ihren Resturlaub angesprochen. Dieser habe ihr geantwortet, Urlaub würde nicht vergütet, sie müsse ihn schon nehmen. Daraufhin habe sie gesagt, dann müsse sie ihn jetzt nehmen. Anschließend sei sie zu der Zeugin G3 gegangen, von der sie angenommen habe, dass es sich dabei um eine Mitarbeiterin des Arbeitsamtes handele. Schon deshalb kann von einem konkreten, genehmigungsfähigen Wunsch der Klägerin, ab 27

08.12.2005 in Urlaub zu gehen und ihren gesamten Resturlaub zu nehmen, nicht ausgegangen werden. Jedenfalls konnte die Klägerin von einer auch nur stillschweigenden Genehmigung ihres Urlaubs nicht ausgehen.

Schlüssig ist der Vortrag der Klägerin nur insoweit, als sie behauptet, sie sei zu Frau A3 ins Büro gegangen und habe ihr gesagt, sie müsse Urlaub nehmen, da dieser sonst verfalle. Frau A3 habe jedenfalls über ihren Urlaub Bescheid gewusst. Diese Behauptung der Klägerin erweist sich jedoch als unzutreffend. Das Berufungsgericht ist nach Vernehmung der Zeugin A3 davon überzeugt, dass die Klägerin nicht den üblichen Weg für die Beantragung und Genehmigung des Urlaubs eingehalten hat. Die Zeugin A3 hat nämlich ausgesagt, sie sei gar nicht befugt gewesen, Urlaub zu gewähren. Ihr Arbeitsverhältnis habe bereits am 30.11.2005 geendet. Am 07.12.2005 habe sie sich nur zufällig aus Anlass der Betriebsversammlung im Betrieb aufgehalten. Sie habe den Mitarbeitern geholfen, die angeregten Eigenkündigungen auf dem Computer zu schreiben. Im Normalfall hätten die gewerblichen Arbeitnehmer einen Urlaubsantrag ausfüllen müssen. Das dafür vorgesehene Formular hätte an die Geschäftsleitung zur Genehmigung weitergeleitet werden müssen. Dieses schriftliche Urlaubserteilungsverfahren habe nur nicht bei Aushilfskräften gegolten, die ihren Urlaub mit dem jeweiligen Vorgesetzten abgesprochen hätten. Gegenüber der Klägerin habe sie zum Ausdruck gebracht, dass diese ihr erzählen könne, was sie wolle, sie würde es sowieso wegen der Hektik nicht registrieren. Von dem, was die Klägerin ihr gesagt habe, habe sie nichts verstanden. 28

Es kann offen bleiben, ob die Klägerin in der Vergangenheit in jedem Fall einen schriftlichen Urlaubsantrag zur Genehmigung vorlegen musste. Die Klägerin konnte jedenfalls von einer "Genehmigung" ihres Urlaubs nicht ausgehen. Möglicherweise hat sie der Zeugin A3 gewissermaßen zwischen "Tür und Angel" etwas von ihrem Urlaub gesagt, ohne dass sie sichergehen konnte, dass die Zeugin A3 dies zur Kenntnis genommen hat und ihren Wunsch weiterleiten würde. Eine mündliche Genehmigung durch Frau A3 durch eine wie auch immer geartete positive Rückäußerung hat es jedenfalls nicht gegeben. Im Gegenteil: Die Zeugin A3 hat gegenüber der Klägerin zum Ausdruck gebracht, dass sie – weil anderweitig beschäftigt – die an sie von der Klägerin gerichteten Worte nicht registriere. 29

Nach alledem ist die Kammer davon überzeugt, dass die Klägerin weder einen förmlichen Urlaubsantrag gestellt hat noch dass dieser auch nur stillschweigend genehmigt worden ist. Vielmehr hat es die Klägerin wegen des befürchteten finanziellen Ausfalls für richtig gehalten, ihren Urlaub ab sofort anzutreten, um ihre Urlaubsvergütungsansprüche, wie sie glaubte, wegen der bevorstehenden Insolvenz zu sichern. 30

3. Der eigenmächtige Urlaubsantritt der Klägerin rechtfertigt im vorliegenden Fall aber keine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles und in Abwägung der beiderseitigen Interessen war es der Insolvenzschuldnerin nicht unzumutbar, das Arbeitsverhältnis noch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortzusetzen. Es muss nämlich die Insolvenzsituation berücksichtigt werden, die bei der Klägerin den nicht widerlegten Irrtum hervorrief, ihr Urlaubsanspruch gehe wegen der Insolvenzsituation verloren, wenn sie den Urlaub nicht in Natur durch Freizeit nehme. Der Beklagte hat ferner keine konkreten aus dem Fernbleiben der Klägerin resultierenden betrieblichen Störungen vorgetragen. Von einer unabweisbaren Wiederholungsgefahr kann nicht ausgegangen werden (vgl. dazu LAG Niedersachsen vom 29.09.2006 – 16 Sa 490/06 AuA 2007, 113; LAG Mecklenburg-Vorpommern vom 22.06.2006 – 1 Sa 96/06 juris). Es wäre ohne Weiteres möglich gewesen, die Klägerin über Handy anzurufen und sie zur Wiederaufnahme der Tätigkeit aufzufordern. Ob überhaupt noch ein geordneter 31

Betriebsablauf stattgefunden hat, muss angesichts der Insolvenzsituation und der veranlassten Eigenkündigungen der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter bezweifelt werden. Es bestehen keine gewichtigen Anhaltspunkte, dass die Klägerin sich über eine Aufforderung zur Arbeitsaufnahme hinweggesetzt hätte.

4. Die Kündigung vom 12.12.2005 hat aber als fristgemäße Kündigung Bestand. 32

a) Die unwirksame außerordentliche Kündigung ist gemäß § 140 BGB in eine fristgemäße Kündigung umzudeuten. Der Beklagte hat sich zwar erst im Laufe des Berufungsverfahrens auf die Umdeutung berufen. Die Umdeutung verlangt aber weder einen besonderen Antrag des Kündigenden noch muss er sich ausdrücklich auf die Umdeutung berufen (BAG vom 15.11.2001 – 2 AZR 310/00 DB 2002, 1562). Das Gericht muss vielmehr von sich aus prüfen, ob aufgrund der feststehenden Tatsachen die unwirksame außerordentliche Kündigung in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden kann, wenn dies dem mutmaßlichen Willen des Kündigenden entspricht und dieser Wille dem Kündigungsempfänger im Zeitpunkt des Kündigungszugangs erkennbar ist. Hält es der Arbeitgeber wie im vorliegenden Fall für unzumutbar, den Arbeitnehmer auch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen, gibt er damit in der Regel zu erkennen, dass er sich auf jeden Fall von der gekündigten Arbeitnehmerin trennen und diese über den Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist hinaus auf keinen Fall weiterbeschäftigen will. Schon aus der Formulierung des Kündigungsschreibens geht hervor, dass die Insolvenzschuldnerin das bestehende Arbeitsverhältnis beenden wollte. Sie wirft der Klägerin schwere arbeitsvertragliche Pflichtverletzungen vor, sodass es lebensfremd wäre anzunehmen, das Arbeitsverhältnis solle bei Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung über den Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist hinaus fortgesetzt werden. 33

b) Die fristgemäße Kündigung ist gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG aus verhaltensbedingten Gründen sozial gerechtfertigt. Einer vorherigen Abmahnung bedurfte es nicht, denn die Klägerin durfte nicht davon ausgehen, dass die Insolvenzschuldnerin den eigenmächtigen Urlaubsantritt hinnehmen werde. Sie wusste auch, dass ihr Urlaub nicht genehmigt worden war. Auf einen Irrtum kann sie sich nicht mit Erfolg berufen. Die Klägerin wollte ihren gesamten Urlaub realisieren und nicht etwa nur ein oder zwei Arbeitstage von der Arbeit fern bleiben. Sie hat das Kündigungsschreiben am 14.12.2005 erhalten, ohne bei der Insolvenzschuldnerin sofort wegen eines Irrtums oder eines Missverständnisses vorstellig zu werden. Die Schwere des Pflichtenverstößes und der Grad ihres Verschuldens lassen danach in Ansehung aller Umstände eine fristgemäße Kündigung als sozial gerechtfertigt erscheinen. 34

II. 35

Die Berufung des Beklagten bleibt erfolglos, denn das Arbeitsgericht hat ihn zu Recht dazu verurteilt, der Klägerin ein qualifiziertes Arbeitszeugnis zu erteilen. Da das Arbeitsverhältnis nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens endet, ist der Beklagte Insolvenzverwalter für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses zur Zeugnisausstellung verpflichtet (BAG vom 23.06.2004 – 10 AZR 495/03 NZA 2004, 1392 = ZIP 2004, 1474). 36

III. 37

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO. 38

Für die Zulassung der Revision bestand keine Veranlassung. 39

Bertram	Quenkert	Bögershausen	40
---------	----------	--------------	----

/R 41