

**6 Sa 631/11**  
30 Ca 1695/10  
(ArbG München)

Verkündet am: 07.02.2012

Kreßler  
Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



## **Landesarbeitsgericht München**

Im Namen des Volkes

### **URTEIL**

In dem Rechtsstreit

F.  
F-Straße, D-Stadt

- Klägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte G.  
G-Straße, D-Stadt

gegen

Firma D.

D-Straße, D-Stadt

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte E.  
E-Straße, D-Stadt

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 17. Januar 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Künzl und die ehrenamtlichen Richter Putz und Deinzer

für Recht erkannt:

- I. Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 26.05.2011 – 30 Ca 1695/10 wird zurückgewiesen.**
- II. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin**
  - a) 3.582,77 brutto abzüglich € 1.328,70 netto zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1. Juni 2011 zu zahlen.**
  - b) € 3.582,77 brutto abzüglich € 1.328,70 netto zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1. Juli 2011 zu zahlen.**
  - c) € 3.582,77 brutto abzüglich € 1.328,70 netto zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1. Aug. 2011 zu zahlen.**
  - d) € 3.582,77 brutto abzüglich € 1.328,70 netto zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1. Sept. 2011 zu zahlen.**
  - e) € 3.582,77 brutto abzüglich € 1.328,70 netto zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1. Okt. 2011.**
  - f) € 3.582,77 brutto abzüglich € 1.328,70 netto zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1. Nov. 2011 zu zahlen.**
- III. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin vertragsgerecht als „Commercial 4“ weiterzubeschäftigen.**
- IV. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.**
- V. Die Revision wird zugelassen.**

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten auch in der Berufungsinstanz über die Wirksamkeit einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Tat- sowie einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Verdachtskündigung des zwischen ihnen bestehenden Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte, einen Auflösungsantrag der Beklagten, Annahmeverzugslohnansprüche der Klägerin sowie um die Verpflichtung zu deren Weiterbeschäftigung.

Die am 23. Feb. 1964 geborene Klägerin war seit 16. Okt. 2006 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin im Geschäftsbereich F. (vgl. Anstellungsvertrag vom 21. Sept. 2006 [Bl. 15 ff. d. A.]) beschäftigt. Ihre Aufgaben umfassen ausweislich des ihr am 23. Okt. 2008 erteilten Zwischenzeugnisses betriebswirtschaftliche Tätigkeiten (Rechnungsprüfung und Vorbereitung zur Freigabe, Monitoring von Reisekosten und Reports in SAP, Monitoring von Arbeitsstunden, Unterstützung bei der Sicherstellung von Qualitätsstandards, Übersetzung der Compuware Interface-Kontakte in die englische Sprache, Monitoring und Freigabe von Arbeitsstunden in ChangePoint und in SAP), allgemeine Sekretariatsaufgaben (Reiseplanung, -buchung und -abrechnung, Büromaterial- und Fachliteraturbestellung, Koordination von internen und externen Terminen, Auswertung von Kundenverträgen nach Leistungen/Konditionen etc., Korrespondenz mit internen und externen Kunden) sowie sonstige Aufgaben, wie die Organisation von internen und externen Meetings und Workshops, Internetrecherchen für unterschiedliche Themen sowie die Mitarbeit bei der Aktualisierung des C.-Intranets auf Bereichebene, Übersetzung der PARB-Prozesse in die englische Sprache für den Bereich Project Management Office, eigenständige Vorarbeit der Datenmigration für das ARIVA-Projekt, Organisation von PARB-Schulungen, Mitarbeit bei der Aktualisierung aller Rahmenverträge der C.-Subunternehmer nach C.-Standards, Rechtsverwaltung und Vergabe von Zugriffen auf projektbezogene Verzeichnisse und Unterstützung und Zusammenstellung von Projektdokumenten. Wegen der Einzelheiten wird auf das Zwischenzeugnis (Bl. 21 f. d. A.) Bezug genommen. Ihr monatliches Fixgehalt betrug € ... brutto; zzgl. eines Zielbonus erreichte sie 2009 ca. ... € brutto monatlich.

Die Beklagte beschäftigt mehr als 10 Arbeitnehmer. Bei ihr ist ein Betriebsrat gebildet.

Die Klägerin war zunächst dem Leiter der Abteilung C. ..., ..., nach dessen Ausscheiden dessen Nachfolger, A., disziplinarisch unterstellt. Zum 3. Aug. 2009 wechselte sie zum Leiter Process Organisation, .... Sie hatte unterschiedliche Fachvorgesetzte, wie die Herren ... (PMO), ... (Leiter Einkauf) oder ... (PMO). In der Vergangenheit zeigte sich die Beklagte mit dem Verhalten und/oder der Leistung der Klägerin nicht immer einverstanden und mahnte sie mehrfach ab. Insbesondere hatten sich nachfolgende Vorfälle zugetragen:

Am 22. Apr. 2008 hatte ein Mitarbeiterranking für die Mitarbeiter der Kostenstelle Corporative Projekt Office stattgefunden bei dem die Klägerin mit den zutreffenden E-Ranking bewertet wurde. Auf Grund dessen war auch gegenüber der Klägerin eine Gehaltserhöhung freigegeben worden. Das entsprechende Anschreiben vom 26. Mai 2008 hatte Herr A. in einem Mitarbeitergespräch am 4. Juni 2008 der Klägerin übergeben. Das Schreiben war vorher bereits in der Personalakte eingeklebt worden. Im Mitarbeitergespräch monierte die Klägerin das Fehlen eines Vorgesprächs vor Durchführung des Rankings, wie in der Gesamtbetriebsvereinbarung vorgesehen. Dies korrigierte Herr A. durch Aufhebung des Rankings vom 22. Apr. 2008 und vernichtete den Gehaltsbrief vom 26. Mai 2008. Nach einem weiteren Ranking vom 16. Juni 2008 erhielt die Klägerin den darauf basierenden Gehaltsbrief; dabei war der in der Personalakte befindliche Brief vom 26. Mai 2008 übersehen worden. Bei ihrer Akteneinsicht vom 8. Juli 2008 bemerkte die Klägerin dieses Schreiben und warf Herrn A. Urkundenfälschung vor.

Im Rahmen eines für die Klägerin erstellten Einarbeitungsplanes, um einen unterstützenden Einsatz für PMO-Tätigkeiten zu ermöglichen kam es am 24. Juni 2009 zu einem Abschluss-Statusmeeting, zu dem auch die Klägerin eingeladen war. Sie war in Begleitung des Betriebsratsvorsitzenden ... erschienen, da sie davon ausging, die Besprechung diene der Bewertung ihrer Leistung. Das Meeting begann erst nach längeren Diskussionen über Ziel und Inhalt. Deswegen war sie am 8. Juli 2009 abgemahnt worden.

Der (nunmehrige) Prozessbevollmächtigte der Klägerin wandte sich mit Schreiben vom 14. Juli 2009 an den Geschäftsführer der Beklagten ... und rügte, Herr A. konstruiere in der vorbezeichneten Abmahnung im Zusammenwirken der Klägerin mit ihm ein Problem.

Am 25. Juni 2009 sollte ein Abschlussmeeting zum Erfolg der Klägerin für den 29. Juni 2009 stattfinden, wofür es auch der Zeiterfassung der Klägerin für den Einarbeitungszeit-

raum bedurfte. Der Bitte Herrn Dr. ... (Mail vom Sonntag, den 28. Juni 2009), die Juni-arbeitszeiten „bis heute“ 11.00 Uhr zu kontieren, damit er die Auswertung abschließen könne, bestätigte die Klägerin mit Mail vom 29. Juni 2009, erfasste aber ihre Zeiten nicht bis 25. Juni 2009. Die Nacherfassung nahm ca. 45 Minuten in Anspruch. Die Beklagte mahnte die Klägerin daraufhin mit Schreiben vom 7. Juli 2009 ab.

Mit weiterem Schreiben des (nunmehrigen) klägerischen Prozessbevollmächtigten vom 14. Juli 2009 an Herrn ... beklagte dieser das „grotesk schikanöse Verhalten von Herrn A. und Herrn ...“ durch einen angeblich konstruierten Vorwurf.

Ferner kam es am 9. Juli 2009 zu einer – inhaltlich streitigen – Auseinandersetzung zwischen der Klägerin und ihrem Vorgesetzten A., als dieser aus Anlass eines für Freitag den 10. Juli 2009, 16.00 Uhr vorgeschlagenen und seitens der Klägerin wegen der zeitlichen Lage abgelehnten Termines in deren Büro vorsprach. Die Klägerin lehnte, wie schon per E-Mail mitgeteilt, die Wahrnehmung des Termines um 16.00 Uhr aus privaten Gründen ab. Den alternativen Vorschlag Herrn D., den Termin auf 10. Juli 2009, 12.00 Uhr vorzulegen, wollte sie allein dann akzeptieren, wenn sie ein Betriebsratsmitglied zu ihrer Begleitung finden könnte. Die Beklagte mahnte die Klägerin daraufhin wegen des ihr vorgeworfenen lauten und aggressiven Verhaltens während des Gespräches mit Herrn A. am 9. Juli 2009 mit Schreiben vom 15. Juli 2009 (Anlage B 36, Bl. 415 d. A.) ab.

Wegen der Abmahnungen ist ein gesondertes Verfahren beim Arbeitsgericht München anhängig, in dem die Klägerin behauptet, sie werde gemobbt und befinde sich deswegen in kardiologischer und psychotherapeutischer Behandlung. In diesem Zusammenhang schrieb sie ihr Arzt Dr. med. Dr. med. habil. M. vom 10. Juli bis 31. Juli 2009 krank.

Am 13. Aug. 2009 überreichte der Vorgesetzte S. der Klägerin im Rahmen der Bearbeitung der Projektübersicht „Manufacturing Stand Werte Controlling 7/2009“ mit der Liste „Current cCRM Opportunities.xls“ eine Liste um 13.30 Uhr zur Bearbeitung bis 16.00 Uhr. Um 15.03 Uhr teilte sie mit, sie schaffe dies nicht bis 16.00 Uhr. Nach weiteren Mails der Klägerin, zuletzt am 13. Aug. 2009 um 16.07 Uhr, wies sie der Vorgesetzte an, die Arbeit bis 14. Aug. 2009, 10.00 Uhr, fertig zu stellen. Um 18.34 Uhr des 13. Aug. 2009 teilte die Klägerin mit, sie fühle sich nicht wohl und melde sich für den kommenden Tag ab. Am 17. Aug. 2009 schrieb sie ihr Arzt rückwirkend ab Freitag, 14. Aug. 2009 bis 10. Sept. 2009 arbeitsunfähig krank.

Am 18. Nov. 2009 beauftragte Herr S. die Klägerin mit der Fertigstellung eines Besprechungsprotokolles im Rahmen der Protokollerstellung zu einem Meeting (Projektleiter-Jour-Fixe FoSmiH-Meeting „Budget 2010 und aktueller Stand der Projekte“) bis 10.00 Uhr des Folgetages. Nach mehreren Mails bat die Klägerin um 20.15 Uhr um Fristverlängerung bis 13.00 Uhr des Folgetages, die nicht gewährt wurde. Sodann war sie ab 19. Nov. 2009 bis 27. Nov. 2009 (Bescheinigung vom 20. Nov. 2009, Anlage B 4, Bl. 119 d. A.) von ihrem Arzt krankgeschrieben worden. Mit Folgebescheinigung vom 27. Nov. 2009 (Anlage B 5, Bl. 120 d. A.) schrieb er sie weiterhin bis 9. Dez. 2009, mit weiterer Folgebescheinigung vom 9. Dez. 2009 (Anlage B 6, Bl. 121 d. A.) bis 18. Dez. 2009 arbeitsunfähig krank.

Am 13. Dez. 2009 beantragte die Klägerin bei ihrem Vorgesetzten S. per E-Mail Urlaub von Montag, dem 21. Dez. 2009 bis Mittwoch, dem 23. Dez. 2009 sowie vom 28. bis 30. Dez. 2009. Weiterhin kündigte sie an, den Resturlaub verteilt über Januar bis März 2010 nehmen zu wollen. Herr S. gewährte den beantragten Urlaub und bat um Bekanntgabe der weiter gewünschten Urlaubstage bis Anfang Januar 2010 (Anlage B 8, Bl. 123 d. A.). Am 23. Dez. 2009 legte die Klägerin eine weitere Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom 22. Dez. 2009 bis 7. Jan. 2010 vor (Anlage B 9, Bl. 124 d. A.). Am 8. Jan. 2010 meldete sich die Klägerin um 1.50 Uhr per Email (Anlage B 10, Bl. 125 d. A.) weiterhin arbeitsunfähig krank und versprach, die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nachzureichen. Diese folgte, ausgestellt am 8. Jan. 2010, der Beklagten vorgelegt am 11. Jan. 2010, und bescheinigte eine Arbeitsunfähigkeit bis 22. Jan. 2010 (Anlage B 11, Bl. 126 d. A.).

Mit E-Mail vom 11. Jan. 2010 (Anlage B 12, Bl. 127 d. A.) beantragte die Klägerin bei Herrn S. für die Zeit nach dem Überwinden ihrer Krankheit (22. Jan. 2010) ihren Resturlaub 2009 und bat um Bestätigung per Mail. Herr S. sah sich nicht in der Lage, über den Antrag zu entscheiden und teilte dies der Klägerin per Mail vom 13. Jan. 2010 (Anlage B 13, Bl. 128 d. A.) mit. Am 22. Jan. 2010 teilte die Klägerin per Mail um 00.02 Uhr (Anlage B 14, Bl. 129 d. A.) mit, sie sei am Vortag bei einem Arzt gewesen, der sie ab 2. Feb. 2010 wieder gesund geschrieben habe; insoweit verwies sie auf eine gefaxte Folgebescheinigung, in der ihr bis 1. Feb. 2010 Arbeitsunfähigkeit bescheinigt wurde. Daher beantragte sie, ihren Resturlaub 2009 in der in der Mail (s.o.) bezeichneten Weise ab 2. Feb. 2010 einzubringen und bat um zeitnahe Genehmigung. Am 25. Jan. 2010 erinnerte sie Herrn S. an die Erledigung des Urlaubsantrags (Anlage B 15, Bl. 130 d. A.). Herr S. lehnte

dann den Urlaub mit Mail vom 27. Jan. 2010 aus betrieblichen Gründen ab (Anlage B 16, Bl. 131 d. A.).

Mit anwaltlichem Schreiben vom 28. Jan. 2010 verlangte die Klägerin antragsgemäße Urlaubsbewilligung und kündigte eine einstweilige Verfügung an. Herr S. bot unter Mitteilung der Ablehnungsgründe die Urlaubseinbringung in der Zeit vom 1. bis 17. März 2010 an. Am 1. Feb. 2010 um 14.31 Uhr teilte der nunmehrige Prozessvertreter der Klägerin u.a. mit, es bestehe Einverständnis mit dem angebotenen Urlaubszeitraum, womit die Problematik einvernehmlich geregelt sei. Um 17.46 Uhr desselben Tages faxte sie eine weitere Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ihres Arztes, ausgestellt am 1. Feb. 2010 für den Zeitraum bis 22. Feb. 2010. Die Klägerin war dann bis 14. Juni 2010 arbeitsunfähig krank.

Die Beklagte hörte daraufhin den Betriebsrat am 2. Feb. 2010 zu einer beabsichtigten fristlosen, hilfsweise ordentlichen Kündigung wegen Vortäuschens einer Arbeitsunfähigkeit an. Mit weiterem Schreiben vom 2. Feb. 2010 (Anlage K 9, Bl. 29 ff. d. A.) hörte sie den Betriebsrat zu einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Verdachtskündigung wegen des Vortäuschens einer Arbeitsunfähigkeit an. Der Betriebsrat äußerte mit Stellungnahme vom 4. Feb. 2010 Bedenken gegen die außerordentliche Tatkkündigung (Anlage K 6, Bl. 26 d. A.); mit Stellungnahme vom 8. Feb. 2010 (Anlage K 8, Bl. 28 d. A.) widersprach er der ordentlichen Tatkkündigung ohne Angabe von Gründen. Mit Schreiben jeweils vom 11. Feb. 2010 erhob der Betriebsrat gegen die außerordentliche Verdachtskündigung ebenso Bedenken und widersprach der ordentlichen Verdachtskündigung ohne Angabe von Gründen (Anlagen K 19, 20, Bl. 62 f. d. A.). Ihrer Stellungnahme vom 8. Feb. 2010 (Anlage K 10, Bl. 33 ff. d. A.) legte die Klägerin ein Attest ihre Arztes Dr. Dr. M. vom 3. Feb. 2010 bei (Anlage K 11, Bl. 38 d. A.), wonach dieser angibt, die Klägerin am 1. Feb. 2010 untersucht und eine neue Krankheitsursache festgestellt zu haben, die eine Suspendierung von der Arbeit und eine medikamentöse Behandlung erforderlich mache.

Die Klägerin erhielt neben der seitens der Beklagten geleisteten Entgeltfortzahlung für den Arbeitsunfähigkeitszeitraum ab 20. Nov. 2009, ab 3. Dez. 2009 Krankengeld, wodurch eine Doppelzahlung von € 1.051,34 netto entstand. Mit einem Erstattungsbetrag in dieser Höhe rechnete die Beklagte gegen Annahmeverzugsansprüche der Klägerin auf. Die Klägerin überwies diesen Betrag über ihren Prozessvertreter am 11. Jan. 2012 an die Beklagte (Anlage K 13, Bl. 939 d. A.).

Die Beklagte kündigte mit Schreiben vom 6. Feb. 2010 außerordentlich wegen des Vortäuschens einer Arbeitsunfähigkeit (Anlage K 5, Bl. 27 d. A.) und mit Schreiben vom 9. Feb. 2010 (Anlage K 7, Bl. 28 d. A.) ordentlich. Mit Schreiben vom 12. Feb. 2010 kündigte sie fristlos, hilfsweise ordentlich wegen des Verdachtes des Vortäuschens einer Krankheit (Anlage K 18, Bl. 61 d. A.).

Gegen die Tatkündigungen wendet sich die Klägerin mit ihrer am 10. Feb. 2010 beim Arbeitsgericht München eingegangenen und der Beklagten am 17. Feb. 2010 zugestellten Klage vom 10. Feb. 2010. Mit Schriftsatz vom 23. Feb. 2010, eingegangen beim Arbeitsgericht am 24. Feb. 2010 und der Beklagten am 26. Feb. 2010 zugestellt, hat sie die Klage hinsichtlich des Angriffes auch der Verdachtskündigungen erweitert. Mit weiterer Klageerweiterung vom 29. Okt. 2010, die am 2. Nov. 2010 beim Arbeitsgericht eingegangen und der Beklagten am 9. Nov. 2010 zugestellt worden war, macht sie Annahmeverzugslohn vom 14. Juni 2010 bis Oktober 2010 geltend; daneben äußert sie, allerdings ohne entsprechende Antragstellung, weiterbeschäftigt werden zu wollen. Mit Klageerweiterung vom 29. Apr. 2011, beim Arbeitsgericht am 2. Mai 2011 eingegangen und der Beklagten am 3. Mai 2011 zugestellt, erweitert sie ihre Annahmeverzugsforderung bis April 2011.

Die Klägerin hat erstinstanzlich begründet, die ausgesprochenen Kündigungen seien nach ihrer Ansicht nicht wirksam. Weder habe sie, wie sie ausgeführt hat, ihre Arbeitsunfähigkeit vorgetäuscht noch bestehe nach ihrer Ansicht ein entsprechender Verdacht. Sie habe seit einiger Zeit an einer angegriffenen Gesundheit, die nicht zuletzt auf eine unfaire Behandlung durch ihre Vorgesetzten am Arbeitsplatz mit verursacht sei, gelitten. Die ausgesprochene Tatkündigung rühre aus einem Streit zwischen den Parteien um die Gewährung des Resturlaubs. Sie habe jedenfalls die teilweise nachvollziehbare Ablehnung ihres Urlaubsantrages akzeptiert und dies auch der Beklagten mitteilen lassen. Sie sei, wie auch ihr Arzt, von einer Arbeitsfähigkeit ab 2. Feb. 2010 ausgegangen. Erst danach, auf Grund einer am 1. Feb. 2010 nachmittags durchgeführten Untersuchung durch ihren Arzt, sei eine erneute, die Arbeitsunfähigkeit begründende Erkrankung festgestellt worden. Die Beklagte habe vor Ausspruch einer Verdachtskündigung gebotene Recherchen zur Erhellung der Verdachtumstände nicht unternommen; insbesondere wäre eine gutachterliche Stellungnahme des medizinischen Dienstes zu beantragen gewesen. Zudem habe die

Beklagte keine ordnungsgemäße Betriebsratsbeteiligung zu den vier Kündigungen nachgewiesen.

Sie sei ab 14. Juni 2010 wieder arbeitsfähig. Trotzdem sie sich arbeitssuchend gemeldet habe, habe sie keine neue Stelle gefunden. Daher sei die Beklagte zur Zahlung des Entgelts ab wiedererlangter Arbeitsfähigkeit verpflichtet.

Die Beklagte hat dem erstinstanzlich entgegengehalten, angesichts der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen der Klägerin ab 20. Nov. 2009 in Verbindung mit ihren Urlaubsanträgen sei von einer Erschütterung des Beweiswertes der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auszugehen. Insbesondere habe sie im Urlaubsantrag vom 22. Jan. 2010 angegeben, ab 2. Feb. 2010 wieder arbeitsfähig zu sein, nachdem der vorherige Antrag abschlägig verbeschieden worden sei, nachdem sie ihre Wiedergenesung nicht datumsmäßig bestimmt gehabt hatte. Am 28. Jan. 2010 habe sie, nachdem der neuerliche Antrag nicht verbeschieden worden war, nachgefragt und auch eine einstweilige Verfügung in den Raum gestellt. Schließlich habe sie den angebotenen geänderten Urlaubszeitraum zwar am 1. Feb. 2010 akzeptiert, sich aber am selben Tag erneut krankschreiben lassen. Auch in der Vergangenheit habe sie sich nach einer Auseinandersetzung mit Vorgesetzten jeweils krankschreiben lassen. In diesem Verhalten liege ein versuchter Betrug, der es ihr unzumutbar mache, die Klägerin weiter zu beschäftigen. Doch selbst, wenn man kein Vortäuschen einer Krankheit annehmen wolle, bestehe zumindest ein konkreter Verdacht dahingehend. Jedenfalls aber sei aus dem Verhalten eine ordentliche Kündigung gerechtfertigt.

Zu den ausgesprochenen Kündigungen habe sie, wie die Beklagte meint, den Betriebsrat ordnungsgemäß beteiligt. Auch habe sie die Klägerin mit Schreiben vom 2. Feb. 2010 zur beabsichtigten Verdachtskündigung angehört. Ihre Stellungnahme hierzu und das beigefügt Attest (Anlage K 11, Bl. 38 d. A.) widerspreche der ursprünglichen Äußerung, ab 1. Feb. 2010 wieder arbeitsfähig zu sein. Das Attest sei auch nicht von Dr. Dr. M. unterschrieben, wie ein Unterschriftenvergleich mit den Unterschriften auf den Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ergebe. Die Krankenkasse habe zudem am 8. Feb. 2010 telefonisch bescheinigt, dass keine Neuerkrankung vorgelegen habe.

Mit Schriftsatz vom 29. Okt. 2010 (Bl. 199 ff. d. A., hier: Bl. 207 d. A.) hat die Beklagte die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zur Klägerin beantragt und bezieht sich dabei auf die

Abmahnungen gegenüber der Klägerin in der Vergangenheit. Insbesondere wegen des nicht akzeptablen Verhaltens der Klägerin sei kein Vorgesetzter mehr bereit, mit ihr zusammenzuarbeiten. Sie sei zudem nicht kritikfähig und habe unberechtigte Mobbingvorwürfe gegenüber verschiedenen Personen erhoben (vgl. Schriftsatz der Beklagten vom 25. Jan. 2011, Seite 26 ff. [Bl. 355 ff. d. A.]). Mit den Schreiben ihres Anwalts direkt an die Geschäftsführer, welche weitere Vorwürfe gegenüber einigen Mitarbeitern enthalten hätten, die jeglicher Sachgrundlage entbehrten, habe sie versucht, Druck auszuüben (vgl. Schriftsatz der Beklagten, Seite 33 ff. [Bl. 362 ff. d. A.]).

Das Arbeitsgericht München hat der Klage mit Endurteil vom 26. Mai 2011 (Bl. 470 ff. d. A.) auf Kosten der Beklagten stattgegeben und deren Auflösungsantrag abgewiesen. Wegen der erstinstanzlich gestellten Anträge und der rechtlichen Erwägungen des Arbeitsgerichts im Einzelnen wird auf diese Entscheidung Bezug genommen.

Im Wesentlichen führt das Arbeitsgericht zur Begründung aus, die ausgesprochen außerordentliche Tatkündigung habe das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst, da die Beklagte das Vortäuschen einer Arbeitsunfähigkeit durch die Klägerin nicht in ausreichender Weise dargelegt habe. Das ärztliche Attest der Arbeitsunfähigkeit begründe regelmäßig den Beweis einer vorliegenden Arbeitsunfähigkeit. Zwar sei es der Beklagten gelungen, diesen Beweiswert zu erschüttern, weswegen es nunmehr Sache der Klägerin gewesen sei, ihre tatsächlich bestandene Arbeitsunfähigkeit darzulegen. Dem sei die Klägerin letztlich nachgekommen. Sie habe die Umstände im Zusammenhang mit der zunächst beantragten Urlaubsbewilligung und der letztlich erfolgten Akzeptanz des Urlaubsangebotes der Beklagten sowie der dann doch am 1. Feb. 2010 erfolgten neuerlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit in ausreichender Weise erläutert. Diesen konkreten Vortrag hätte die Beklagte widerlegen müssen, was aber zur Überzeugung des Gerichts nicht geschehen sei. Ebenso sei die außerordentliche Verdachtskündigung nicht begründet und habe das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst. Die seitens der Beklagten vorgetragene Tatsachen reichten nicht aus, einen konkreten Verdacht des Vortäuschens der Arbeitsunfähigkeit zu begründen, der das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien derart zerstört hätte, um eine weitere Zusammenarbeit auszuschließen. Desgleichen hätten die ordentlichen Tat- bzw. Verdachtskündigungen das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst. So habe die Beklagte das Vortäuschen einer Arbeitsunfähigkeit nicht nachweisen können, weswegen insoweit kein Kündigungsgrund vorliege; auch der Verdacht eines Vortäuschens sei nicht

ausreichend begründet, dass darauf eine ordentliche Kündigung habe gestützt werden können. Der beklagtenseits gestellte Auflösungsantrag sei ebenso nicht begründet und zurückzuweisen, da die Beklagte nicht habe begründen können, dass eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit mit der Klägerin aus den angeführten Gründen – sowohl in der Einzelbetrachtung als auch in der Gesamtschau – ausgeschlossen sei. Die geltend gemachten Vergütungsansprüche seien aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges begründet.

Gegen dieses ihr am 9. Juni 2011 zugestellte Endurteil hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 4. Juli 2011, der am selben Tag per Telefax beim Landesarbeitsgericht München eingegangen war, Berufung eingelegt und diese nach der mit Beschluss vom 1. Aug. 2011 (Bl. 523 d. A.) auf Antrag der Beklagten vom 29. Juli 2011 (Bl. 521 f. d. A.) erfolgten Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis 9. Sept. 2011, mit Schriftsatz vom 9. Sept. 2011, der am selben Tag per Telefax eingegangen war, begründet.

Sie wendet sich unter Wiederholung und Vertiefung des erstinstanzlichen Sachvortrages gegen das arbeitsgerichtliche Urteil. Nach wie vor ist sie der Ansicht, die Klägerin habe ihre Arbeitsunfähigkeit ab 1. Feb. 2010 vorgetäuscht, da sie mit anwaltlichem Schreiben vom 28. Jan. 2010 mitgeteilt habe, nur bis 1. Feb. 2010 arbeitsunfähig krank zu sein und ab 2. Feb. 2010 Urlaub begehrt und für den Fall dessen Verweigerung eine einstweilige Verfügung angekündigt habe. Sie habe auch darauf verwiesen, ihr Arzt befürworte ausdrücklich die Urlaubsnahme zur Genesung und zur Vermeidung eines Rückfalles. Am Montag, den 1. Feb. 2010 habe der (nunmehrige) klägerische Prozessvertreter den Gegenvorschlag zur Urlaubsnahme um 14.31 Uhr namens der Klägerin akzeptiert. Nach dieser einvernehmlichen Regelung sei am selben Nachmittag – trotz starker Schmerzen der Klägerin seit dem Vormittag – eine weitere Krankschreibung (Erstbescheinigung) erfolgt, die ihr erst nach Geschäftsschluss um 17.46 Uhr zugefaxt worden sei. Die Klägerin habe sich damit nicht per Telefon, wie es sich gehöre, sondern nur per Mail arbeitsunfähig krank gemeldet. Sie bestreite, dass die Klägerin arbeitsunfähig gewesen sei und dass der behandelnde Arzt die Arbeitsbedingungen der Klägerin gekannt habe. Zudem habe Dr. Dr. M. unzulässiger Weise eine Erstbescheinigung ausgestellt.

Das unangemessene Drängeln, Urlaub zu bekommen und das plötzliche unversöhnliche Einlenken der Klägerin stelle ein weiteres Indiz für das Vortäuschen einer Arbeitsunfähig-

keit dar. Im Anhörungsschreiben an die Klägerin habe sie einen konkreten Verdacht geäußert, der so auch dem Betriebsrat mitgeteilt worden sei. Dieser beruhe auf der Vorgeschichte, den Reaktionen der Klägerin auf die unerwünschte Arbeitsanforderungen am 13. Aug. und 19. Nov. 2009, auf einer psychotherapeutischen Behandlung bei Dr. Dr. M. wegen angeblichem, tatsächlich aber nicht vorliegendem Mobbing, da Anzahl und Dauer der Krankschreibungen nicht gynäkologisch bedingt sein könnten, der unzulässigen Rückdatierung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom 17. Aug. 2009, der unzulässigen Ausstellung einer Erstbescheinigung am 1. Feb. 2010, der offenbaren Unkenntnis der Arbeitsbedingungen der Klägerin beim Arzt der Klägerin, der offensichtliche Wichtigkeit ab 2. Feb. 2010 Urlaub zu bekommen, der Übersendung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom 1. Feb. 2010 erst nach Geschäftsschluss, der Ausstellung einer Erstbescheinigung klar zu dem Zweck, Entgeltfortzahlung zu erhalten, wenn schon keine Entgeltzahlung wegen Urlaubs erfolge, der Stellungnahme der Klägerin zum Anhörungsschreiben, in dem sie auf der Richtigkeit der Erstbescheinigung beharrte, wahrheitswidrig die Ausheilung der Vorerkrankungen angab, bestritt, dass sie nicht habe arbeiten und nur ihren Urlaubswunsch habe durchsetzen wollen und die medizinischen Aspekte zur Ausräumung des Verdachts – wozu sie zwar berechtigt gewesen, was aber nicht geeignet gewesen sei, den Verdacht auszuräumen – offen zu legen, die fehlenden Unterschriftsidentität zwischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung und Attest sowie auf die Bestätigung der TKK (Anlage B 23, Bl. 225 d. A.), dass eine Fortsetzungserkrankung vorliege. Die fehlerhafte Ausstellung der Erstbescheinigung besitze Indizwirkung hinsichtlich des Vortäuschens einer Arbeitsunfähigkeit. Auch nach Ausspruch der Kündigungen habe die Klägerin auf der wahrheitswidrigen Darstellung des Ausheilens der Vorerkrankungen bestanden; erst nachdem das Arbeitsgericht in der Kammerverhandlung den Beweiswert als erschüttert bezeichnet habe, habe sie zur Erkrankung weiter Stellung genommen, sich aber geweigert, ihren Arzt von der Schweigepflicht zu entbinden. Dieser Darstellung sei sie als unzureichend entgegengetreten. Insbesondere seien keine ausreichenden Untersuchungen vorgenommen worden.

Tatsächlich habe die Klägerin ihrem Arzt durch die wahrheitswidrige Angabe, seit dem Wochenende Unterleibsschmerzen zu haben, nur vorgetäuscht, Adnexitis zu haben. Sie habe wahrheitswidrig behauptet, Temperatur gehabt zu haben. Im Internet kursierten ausreichend Anleitungen, wie man eine Eileiter- oder Eierstockentzündung vortäuschen könne (Anlage BK 1, Bl. 613 ff. d. A.). Die erfolgte Ultraschalluntersuchung sei nur geeignet,

eine Verdickung der Eileiter, Eiteransammlungen an den Eierstöcken oder Abszesse und Flüssigkeiten in der Bauchhöhle hinter der Gebärmutter zu erkennen. Dies sei aber nur relativ. Gehe der Arzt von einem bestimmten Verdacht aus, sehe er – wie auch hier –, was er sehen wolle. Zudem habe der Arzt mit der Klägerin offenbar kollusiv zusammengewirkt, indem er eine Erstbescheinigung ausgestellt habe.

Die Beklagte rügt, dass das Arbeitsgericht den Arzt der Klägerin vorsorglich als Zeugen geladen habe, um dann doch festzustellen, dass ihr Vortrag keine Beweiserhebung erforderlich mache.

Die Zahlungsanträge wären allenfalls bei Unwirksamkeit der Kündigungen, die aber nicht gegeben sei, begründet. Die 3. Klageerweiterung, mit der die Klägerin ihr Gehalt vom November 2010 bis April 2011 eingeklagt habe, sei am Morgen des 29. Apr. 2011 lediglich zur Kenntnis genommen worden, ohne dass ein Hinweis auf eine Zustellung von Anwalt zu Anwalt gegeben gewesen sei. Tatsächlich habe sie das Fax erst am 2. Mai 2011 dem Faxgerät entnommen. Das Original sei ihr erst am 3. Mai 2011 zugegangen. Trotzdem sei am 6. Mai 2011 in der mündlichen Verhandlung auf diese Umstände hingewiesen habe, sei ihr keine Gelegenheit zu weiterer Stellungnahme gewährt worden.

Tatsächlich habe die Beklagte die Aufrechnung mit einer Forderung von € 1.051,34 netto wegen Doppelzahlung von Krankengeld und Entgeltfortzahlung für Dezember 2009 erklärt. Diese Doppelzahlung sei ihr erst am 8. Feb. 2010 seitens der Krankenkasse mitgeteilt worden.

Hinsichtlich des Auflösungsantrags nimmt die Beklagte ihre Ausführungen im Schriftsatz vom 25. Jan. 2011 (Bl. 330 ff. d. A.) in Bezug. Auflösungsgrund sei weniger das Fehlverhalten der Klägerin zu den damaligen Zeitpunkten, als deren Beharren, sich nicht unkorrekt verhalten zu haben. Insbesondere behaupte sie nach wie vor, Herr A. habe sich am 9. Juli 2009 ihr gegenüber laut, aggressiv und bedrohlich genähert. Dies stelle keine bloße subjektive Wertung sondern eine Lüge dar, da Herr A. nachweislich im Türrahmen stehen geblieben sei und mit ihr im normalen Gesprächston gesprochen habe. Sie distanzieren sich bis heute nicht von ihren früheren Äußerungen, welche die Beklagte im Berufungsbegründungsschriftsatz vom 9. Sept. 2011 (S. 19 f., Bl. 590 f. d. A.) zusammenstellt. Mit den falschen und teils bewusst wahrheitswidrigen Vorwürfen sei sie zumindest bei Herrn M. „hausieren“ gegangen.

Die Klägerin halte ihre Vorwürfe, insbesondere den Strafvorwurf gegenüber Herrn A., aufrecht. Die Mitarbeiter seien durch die Klägerin regelrecht traumatisiert.

Die Entscheidung des Arbeitsgerichts München weise wesentliche Verfahrensmängel auf. So sei der Tatbestand unzureichend, dass nicht zu erkennen sei, worauf die Entscheidung gestützt werde. Aber auch die Begründung sei nicht zureichend. Insbesondere werde hinsichtlich der Begründung zum Auflösungsantrag nicht klar, weswegen die jeweiligen Aspekte nicht das erforderliche Gewicht besäßen. Das Arbeitsgericht habe rechtliches Gehör verletzt, indem wesentlicher Sachvortrag, etwa der Vortrag zur wahrheitswidrigen Behauptung des Ausheilens der Vorerkrankungen und zur fehlenden Identität der Unterschriften unter den ärztlichen Bescheinigungen, übergangen worden sei. Ihr sei keine Schriftsatzfrist zur 3. Klageerweiterung gewährt worden. Zudem stelle die Entscheidung eine unzulässige Überraschungsentscheidung dar, da der geladene Zeuge nicht vernommen worden sei. Weiter rügt die Beklagte materielle Fehler (Verkennung der Darlegungs- und Beweislast) und den Verstoß gegen Denkgesetze bei der Beurteilung des Verdachts.

Hinsichtlich des Annahmeverzugslohnes sei vom 14. bis 30. Juni 2011 kein Arbeitslosengeld bewilligt, weswegen nach der Bescheidlage nicht zu erkennen sei, ob Leistungen wegen des Endes der Arbeitslosigkeit vorzeitig eingestellt worden seien. In den Monaten Mai und Juni 2011 habe die Klägerin 2 Vollzeitweiterbildungen besucht; sie sei daher nicht leistungswillig gewesen. Das Arbeitsangebot der Klägerin vom 26. Mai 2011 unter dem Vorbehalt, dass Gehaltszahlungen „gemäß Zahlungsanträgen und Urteil“ geleistet werden, sei nicht ordnungsgemäß gewesen, da ihr das erstinstanzliche Urteil erst am 9. Juni 2011 zugestellt worden sei. Mit Schreiben vom 30. Mai 2011 habe die Klägerin unter Zusendung der Lohnsteuerkarte die Arbeitsaufnahme unter denselben Vorbehalt gestellt. Mit Schreiben vom 9. Juni 2011 habe sie bis zur Zahlung des ausstehenden Gehalts ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt, das bei vorläufig vollstreckbaren Ansprüchen nach ihrer Ansicht nicht bestehe. Auch sei die Klägerin nicht bereit, mit den Herren A. und S. zu arbeiten. Weiterhin bestreite sie, dass die Klägerin ab November 2010 weiterhin arbeitslos gewesen sei.

Ein Weiterbeschäftigungsanspruch bestehe nach ihrer Ansicht nicht. Der Antrag sei zu unbestimmt. Die Klägerin sei als „Assistenz 3“ im Geschäftsbereich „F.“ mit einem umfangreichen Versetzungsvorbehalt eingestellt worden. Im Zwischenzeugnis habe man ihr

eine Tätigkeit in der Assistenz als „Commercial“ bescheinigt. Die Bezeichnung „Commercial 4“ entspreche der Stufe 4 bei den Commercial, dies wiederum der Lohnstufe 5 bei der Entlohnung. In diesem Bereich gebe es aber keine Aisstenz- oder Commercialstelle mehr. Im Übrigen bestünden überwiegende schutzwerte Interessen der Beklagten an der Nichtbeschäftigung der Klägerin, wobei die Beklagte auf die Fehlverhaltensweisen der Klägerin der Vergangenheit, insbesondere gegenüber Herrn A. (Vorwurf der Urkundenfälschung und Manipulation), sowie u.a. die Beleidigungen gegenüber den Herren A., B. und Dr. H., eine Störung des Betriebsfriedens durch die Klägerin im Gespräch mit Herrn A. am 9. Juli 2009, Mobbingvorwürfe gegenüber Dr. H., die Weigerung Frau B. und Frau M.s, mit der Klägerin zusammenzuarbeiten, die Kritikunfähigkeit der Klägerin abstellt. Zudem habe der Lebensgefährte der Klägerin, Herr M., Herrn A. am 20. März 2010 im Wildpark A-Stadt angesprochen und beschimpft. Die Stelle der Klägerin existiere nicht mehr. Ein Interesse an der Weiterbeschäftigung sei nicht anzuerkennen, wie sie meint, da erstinstanzlich kein Weiterbeschäftigungsantrag gestellt worden sei. Jedenfalls sei die Vollstreckbarkeit eines Weiterbeschäftigungsausspruches auszuschließen, da der Beklagten ansonsten ein nicht zu ersetzender Nachteil entstünde.

Sie **b e a n t r a g t**:

**Das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 26.05.2010 (30 Ca 1695/10) wird aufgehoben und die Klage abgewiesen.**

**hilfsweise:**

**Das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 26.05.2010 (30 Ca 1695/10) wird abgeändert und das Arbeitsverhältnis zum Ablauf des 31.05.2010 gegen Zahlung einer Abfindung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, aber 0,5 Monatsgehälter pro Beschäftigungsjahr nicht überschreiten sollte, aufgelöst. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.**

Die Klägerin **b e a n t r a g t** in ihrem Schriftsatz vom 3. Nov. 2011, der am selben Tag per Telefax beim Landesarbeitsgericht eingegangen war,

- 1. Die Berufung wird zurückgewiesen.**
- 2. Der Auflösungsantrag der Beklagten wird abgewiesen.**
- 3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 3.582,77 brutto (Gehalt Mai 2011) zu bezahlen abzüglich Arbeitslosengeld i.H.v.**

**€ 1.328,70 netto zzgl. Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gem. § 247 BGB ab dem 01.06.2011.**

- 4. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 3.582,77 brutto (Gehalt Juni 2011) zu bezahlen abzüglich Arbeitslosengeld i.H.v. € 1.328,70 netto zzgl. Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gem. § 247 BGB ab dem 01.07.2011.**
- 5. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 3.582,77 brutto (Gehalt Juli 2011) zu bezahlen abzüglich Arbeitslosengeld i.H.v. € 1.328,70 netto zzgl. Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gem. § 247 BGB ab dem 01.08.2011.**
- 6. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 3.582,77 brutto (Gehalt August 2011) zu bezahlen abzüglich Arbeitslosengeld i.H.v. € 1.328,70 netto zzgl. Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gem. § 247 BGB ab dem 01.09.2011.**
- 7. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 3.582,77 brutto (Gehalt September 2011) zu bezahlen abzüglich Arbeitslosengeld i.H.v. € 1.328,70 netto zzgl. Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gem. § 247 BGB ab dem 01.10.2011.**
- 8. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 3.582,77 brutto (Gehalt Oktober 2011) zu bezahlen abzüglich Arbeitslosengeld i.H.v. € 1.328,70 netto zzgl. Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gem. § 247 BGB ab dem 01.11.2011.**
- 9. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin vertragsgerecht in der Assistenz als „Commercial 4“ weiterzubeschäftigen.**

Sie hält die Vorerkrankungen ab August 2009 und die damit im Zusammenhang stehenden Umstände für die hier geltend gemachten Kündigungsvorwürfe für unerheblich. Bei ihren Urlaubsanträgen habe sie sich jeweils auf das Ende der attestierten Arbeitsunfähigkeit bezogen. Als medizinischer Laie habe sie darauf verwiesen, dass sie ab 2. Feb. 2010 wieder arbeitsfähig sein werde. Davon sei sie bis 1. Feb. 2010 auch ausgegangen. Nachdem die Beklagte aus durchaus plausiblen Gründen den beantragten Urlaub abgelehnt habe, habe sie sich auf den gemachten Gegenvorschlag mit ihr verständigt. Dieses Einlenken könne ihr nicht vorgeworfen werden.

Ihre Arbeitsunfähigkeit am 1. Feb. 2010 habe sie unverzüglich gegenüber der Beklagten dokumentiert. Sie habe die Beklagte bereits am Nachmittag dieses Tages verständigt und die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung per Telefax nachgesandt. Ihrem Arzt habe sie keine Arbeitsunfähigkeit vorgetäuscht; auch ein entsprechender Verdacht sei nicht begründbar.

Es sei, wie sie meint, nicht nachvollziehbar, inwieweit ihr gegenüber aus einem unzulässigen Ausstellen einer Erstbescheinigung durch den Arzt ein Vorwurf gemacht werden könne. Die vorgelegene Erkrankung habe der Arzt durch Ultraschall verifiziert. Jedenfalls könne ihr deswegen kein Vorwurf gemacht werden, wie sie meint. Für die Einschätzung der Krankenkasse trage sie keine Verantwortung.

Zwar sei das Erstgericht zutreffend von einer Erschütterung des Beweiswertes der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausgegangen, doch habe sie die eine Arbeitsunfähigkeit begründenden Umstände nachvollziehbar dargetan. Es hätte dann nach ihrer Ansicht, wie auch das Arbeitsgericht ausführe, an der Beklagten gelegen, den klägerischen Sachvortrag zu widerlegen. Die Vorgeschichte spiele dabei keine Rolle; diese habe allenfalls zur Erschütterung des Beweiswertes herangezogen werden können. Auch die bestrittene Kompetenz des behandelnden Arztes habe allenfalls in diesem Rahmen Bedeutung.

Ihre Stellungnahme vom 8. Feb. 2010, 8 Tage nach dem vorgeworfenen Geschehen sei ebenso nicht geeignet, eine Täuschungshandlung ihrerseits zu begründen. Unzutreffend sei, dass die Unterschriften unter den ärztlichen Attesten und Bescheinigungen nicht von derselben Hand des Arztes stammten.

Entgegen der Ansicht der Beklagten komme es, wie die Klägerin meint, auf die „nachträglichen Rechtfertigungsversuche“ ihrer Person nicht an. Maßgeblich sei der Kündigungssachverhalt vom 1. Feb. 2010; allein dieser sei dem Betriebsrat vorgetragen worden. Im Übrigen könne sie nur auf die medizinischen Tatsachen verweisen.

Nach erneuter Überprüfung sei zutreffend eine Gehaltsüberzahlung in Höhe von € .... erfolgt, welche die Beklagte nach Aufrechnung zulasten der Klägerin berücksichtigen könne. Sie habe ihrerseits erst am 22. Feb. 2010 von der Doppelzahlung über ihren Kontoauszug erfahren; die Krankenkasse habe erst am 8. Feb. 2010 eine Leistung an sie veranlasst. Die Leistung habe den Zeitraum bereits ab 3. Dez. 2009, also ca. 2 Wochen nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit betroffen; sie habe nicht damit gerechnet, bereits ab diesem Zeitpunkt Krankengeld zu erhalten.

Der Auflösungsantrag sei nicht begründet, wie sie meint. Die Beklagte verweise allein auf den erstinstanzlichen Sachvortrag, ohne neue Tatsachen vorzubringen. Soweit sie Abmahnungen erteilt habe, stünden diese im Verfahren vor dem Arbeitsgericht München (17

Ca 13888/09) zur Überprüfung. Der Vorfall am 20. März 2010 zwischen Herrn Stefan M. und Herrn A. im Wildpark A-Stadt habe mit der Klägerin nichts zu tun. Sie sei bei diesem Vorfall nicht zugegen gewesen. Der Vorwurf, sie sei mit falschen und bewusst wahrheitswidrigen Behauptungen zumindest bei Herrn M. „hausieren“ gegangen, sei nicht nachvollziehbar. Es stehe ihr frei, außerhalb des Arbeitsverhältnisses einen Bekannten privat ins Vertrauen zu ziehen.

Im Übrigen halte sie an ihren Vorwürfen gegenüber den Herren A., B., Dr. H. und S. nicht fest, sondern distanzieren sich davon. Sie bedauere die in den Jahren 1008/09 aufgetretenen Konflikte. Soweit die Beklagte die Auflösung auf Äußerungen des Klägers zum Gespräch zwischen ihr und Herrn A. am 9. Juli 2009 stütze, distanzieren sie sich von diesen Äußerungen und halte daran nicht fest. Ebenso halte sie an den Äußerungen und Wertungen betreffend das Arbeitsumfeld und die Kollegen nicht fest.

Zur „Klageerweiterung“ der Klägerin ist die Beklagte der Ansicht, diese sei unzulässig. In soweit liege eine Klageänderung vor, der sie nicht zustimme und die, wie sie meint, nicht sachdienlich sei. Auch könne diese nicht als Anschlussberufung angesehen werden. Für eine solche seien die Formvorschriften zu beachten gewesen. Sie hätte bis 3. Nov. 2011 eingelegt werden müssen, was wahrscheinlich per Telefax geschehen sei; doch genügten Form und Inhalt nicht den zu stellenden Anforderungen.

Im Termin vom 22. Nov. 2011 hat der Klägersvertreter ausgeführt, die „Klageerweiterung“ in der Berufungsinstanz sei als Anschlussberufung zu werten.

Das Landesarbeitsgericht hat durch Einvernahme der Zeugen A., B. und C. Beweis erhoben. Wegen des Beweisthemas wird auf Bl. 797 d. A., wegen des Beweisergebnisses auf das Protokoll vom 17. Jan. 2012 (Bl. 948 ff., 950 ff. d. A.) Bezug genommen.

Hinsichtlich des Sachvortrags der Parteien im Einzelnen wird auf die Schriftsätze der Klägerin vom 10. Feb. 2010 (Bl. 8 ff. d. A.), vom 23. Feb. 2010 (Bl. 54 ff. d. A.), vom 29. Apr. 2010 (Bl. 152 ff. d. A.), vom 29. Okt. 2010 (Bl. 226 ff. d. A.), vom 4. Nov. 2010 (Bl. 247 ff. d. A.), vom 6. Dez. 2010 (Bl. 270 ff. d. A.), vom 29. Apr. 2011 (Bl. 450 ff. d. A.), vom 3. Nov. 2011 (Bl. 650 ff. d. A.), vom 3. Nov. 2011 (Bl. 672 ff. d. A.), vom 29. Dez. 2011 (Bl. 833 ff. d. A.), vom 29. Dez. 2011 (Bl. 837 ff. d. A.) und vom 12. Jan. 2012 (Bl. 930 ff. d. A.), der Beklagten vom 10. März 2010 (Bl. 92 ff. d. A.), vom 29. Okt. 2010 (Bl. 189 ff. d.

A.), vom 25. Jan. 2011 (Bl. 330 ff. d. A.), vom 9. Sept. 2011 (Bl. 572 ff. d. A.), vom 16. Nov. 2011 (Bl. 743 ff. d. A.), vom 16. Nov. 2011 (Bl. 752 ff. d. A.), vom 30. Nov. 2011 (Bl. 864 ff. d. A.) und vom 16. Jan. 2012 (Bl., 944 ff. d. A.) sowie auf die Sitzungsprotokolle vom 11. Nov. 2010 (Bl. 261 f. d. A.), vom 22. Nov. 2011 (Bl. 795 ff. d. A.) und vom 17. Jan. 2012 (Bl. 948 ff. d. A.) Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die in zulässiger Weise eingelegte Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Die statthafte Anschlussberufung der Klägerin hat Erfolg.

**I.** Berufung und Anschlussberufung sind zulässig.

**1.** Die Berufung ist nach § 64 Abs. 1, 2b, c ArbGG statthaft sowie in rechter Form und Frist eingelegt und begründet worden (§ 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, § 519 Abs. 2, § 520 Abs. 3 ZPO i.V.m. § 66 Abs. 1 Sätze 1, 2, 5 ArbGG, § 222 ZPO).

Der Umstand, dass die Beklagte ihre Berufung gegen ein Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 26. Mai **2010** richtet, wertet die Kammer als Diktat- oder Schreibversehen. Infolge der Beifügung der angegriffenen Entscheidung und der Angabe des Aktenzeichens der angegriffenen Entscheidung ist diese als Endurteil vom 26. Mai **2011** eindeutig zu identifizieren.

**2.** Ebenso ist die Anschlussberufung in rechter Form und Frist eingelegt.

**a.** Nach § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO ist eine Anschlussberufung bis zum Ablauf der für den Berufungsbeklagten Frist zur Berufungserwiderung zulässig. Hierfür gilt auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren die durch § 66 Abs. 1 Satz 3 ArbGG bestimmte gesetzliche Frist.

Für den Eingang der Anschlussberufung war die bis 3. Nov. 2011 verlängerte Frist zur Berufungsbeantwortung maßgeblich. Diese hatte die Klägerin gewahrt, da sie ihre Anschlussberufung (Klageerweiterung) am 3. Nov. 2011 vollständig (BGH v. 7. 7. 2011 – I ZB 62/10, NJW 2012, 320 Ls.) an das Landesarbeitsgericht gefaxt hatte.

**b.** Dass die Anschlussberufung nicht als solche bezeichnet war, ist unschädlich. Der Sache nach war eine Auslegung der Klageerweiterung als Anschlussberufung geboten, aber auch möglich.

**c.** Eine nähere Bezeichnung des angegriffenen Urteils (§ 519 Abs. 2 ZPO) war, unbeschadet dessen, dass sich ebenso durch Auslegung ermitteln ließ, in welchem Verfahren Anschlussberufung eingelegt ist, nicht geboten. Denn die Klägerin erstrebt mit ihrer Anschlussberufung keine Änderung des erstinstanzlichen Urteils, sondern macht mit ihr nur weitergehende Ansprüche im Wege einer sachdienlichen Klageerweiterung geltend.

**aa.** Die Klägerin hatte erstinstanzlich vollständig obsiegt und war durch die arbeitsgerichtliche Entscheidung nicht beschwert. Doch bedurfte es auch keiner Beschwer hinsichtlich der Anschließung (MünchKomm-ZPO/*Rimmelspacher*, 3. Aufl., § 524 Rz.13 m.w.N.). Sie war befugt, in 2. Instanz ihre Klage zu erweitern, da die Beschwer als objektive Schwelle nur zu verhindern erstrebt, dass der höhere Rechtszug ausschließlich zu anderen Zwecken als der Überprüfung und Änderung der vorinstanzlichen Entscheidung in Anspruch genommen wird. Ist der Rechtsstreit bereits beim Berufungsgericht anhängig und sind die geltend gemachten Ansprüche sachlich zu prüfen.

**bb.** Die Grenzen für die Zulassung einer klageerweiternden Anschlussberufung (§ 533 ZPO) sind vorliegend nicht überschritten. Wenngleich die Beklagte der Klageerweiterung nicht zugestimmt hatte, war diese jedenfalls als sachdienlich anzusehen. Mit der Klageerweiterung können auch die aufgelaufenen Ansprüche aus dem weiterhin bestehenden Arbeitsverhältnis mit behandelt und entschieden werden. Die zunächst durch die Beklagte gerügt nicht eingehaltene Einlassungsfrist ist jedenfalls mit der Bestimmung eines weiteren Termins zur mündlichen Verhandlung geheilt.

**cc.** Der Weiterbeschäftigungsantrag der Klägerin in der Anschlussberufung ist auch hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Die Klägerin legt im Antrag klar, wie sie beschäftigt werden möchte. Die Frage, inwieweit die Beklagte zu einer entsprechenden Beschäftigung der Klägerin verpflichtet ist, stellt eine Frage der Begründetheit des gestellten Antrages dar.

**3.** Soweit die Klägerin *expressis verbis* die Zurückweisung des Auflösungsantrages der Beklagten neben dem Antrag auf Zurückweisung der Berufung verlangt, erblickt die

Kammer auch hierin ein bloßes Schreibversehen. Der Auflösungsantrag war erstinstanzlich abgewiesen worden; wenn er auf die Berufung der Beklagten in der Berufungsinstanz erneut angebracht wurde, war dessen Abweisung bereits durch den Antrag auf Berufungszurückweisung erfasst.

## **II. In der Sache hat die Berufung keinen Erfolg.**

Das Arbeitsgericht hat zu Recht erkannt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die ausgesprochenen außerordentlichen bzw. ordentlichen Tat- bzw. Verdacht-kündigungen nicht aufgelöst worden war (§ 626 Abs. 1, 2 BGB; § 1 Abs. 2 KSchG). Denn die Beklagte hatte der Klägerin weder das Vortäuschen einer Arbeitsunfähigkeit oder das Erschleichen einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nachweisen können; auch ein dahingehender dringender Verdacht ist nicht begründet. Der Auflösungsantrag der Beklagten war vom Arbeitsgericht im Ergebnis ebenso zu Recht abgelehnt worden. Angesichts des fortbestehenden Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien kann die Klägerin zudem ab dem Zeitpunkt ihrer Wiedergenesung Annahmeverzugsvergütung verlangen (§ 615, §§ 293 ff. BGB). Auch hat sie Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung (§§ 611, 613 BGB i.V.m. Art. 1, 2 GG, § 242 BGB).

### **1. Zu den außerordentlichen Kündigungen vom 6. Feb. 2010 und vom 12. Feb. 2010**

Die ausgesprochene außerordentlichen Kündigungen vom 6. bzw. 12. Feb. 2010 haben das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht aufgelöst, da kein wichtiger Grund (§ 626 Abs. 1 BGB) zu deren Ausspruch gegeben war. Die Beklagte hat weder (ausreichende) Umstände vorgetragen, die den Schluss auf ein Vortäuschen der Arbeitsunfähigkeit bzw. ein Erschleichen der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung durch die Klägerin am 1. Feb. 2010 zulassen (dazu nachfolgend a.), noch einen dahingehenden dringenden Verdacht (nachfolgend b.).

**a.** Eine außerordentliche Kündigung wegen eines Fehlverhaltens eines Arbeitnehmers ist nach § 626 Abs. 1 BGB dann gerechtfertigt, wenn ein „an sich“ wichtiger Grund zur sofortigen Lösung des Arbeitsverhältnisses vorliegt, auf Grund dessen dem Kündigenden unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht einmal bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist mehr zumutbar ist

(vgl. BAG v. 27. 4. 2006 – 2 AZR 386/05, AP BGB § 626 Nr. 202; BAG v. 13. 4. 2000 – 2 AZR 359/99, EzA BGB § 626 n.F. Nr. 180 m.w.N.). Derartige, eine außerordentliche (fristlose) Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigende Umstände, können in Störungen bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, im Leistungsbereich, im Bereich der betrieblichen Verbundenheit, im persönlichen Vertrauensbereich und im Unternehmensbereich (BAG v. 6.2.1969 – 2 AZR 241/68, AP BGB § 626 Nr. 58; vgl. auch BAG v. 13.12.1984 – 2 AZR 454/83, AP BGB § 626 Nr. 81, BAG v. 14.11.1984 – 7 AZR 474/83, AP BGB § 626 Nr. 83) liegen (Schaub/Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, 13. Aufl., § 125 Rz. 45 ff.). Bei der Prüfung eines „an sich“ wichtigen Grundes ist auf den Zeitpunkt des Kündigungsausspruches (des Kündigungszuganges) abzustellen (BAG v. 10. 6. 2010 – 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227; BAG v. 10. 3.1982 – 4 AZR 158/79, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 2; APS/Dörner/Vossen, Kündigungsrecht, 4. Aufl., § 626 BGB Rz. 48; KR/Fischermeier, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 9. Aufl., § 626 BGB Rz. 173 ff).

Dabei ist der Kündigende für alle Umstände, die als wichtiger Kündigungsgrund geeignet sein können, darlegungs- und beweispflichtig (BAG v. 17. 4. 1956 – 2 AZR 340/55, AP BGB § 626 Nr. 8; BAG v. 6. 8. 1987 – 2 AZR 226/87, AP BGB § 626 Nr. 97; BAG v. 18. 9. 2008 – 2 AZR 1039/06, DB 2009, 964; APS/Dörner/Vossen, a.a.O. Rz. 173; KR/Fischermeier, a.a.O. Rz. 380 ff. *Ascheid*, Beweislastfragen im Kündigungsschutzprozeß, 1989, S. 116 ff., 199; *Reinecke*, NZA 1989, 584 ff.). Zu den vom Kündigenden vorzutragenden und zu beweisenden, die Kündigung begründenden Tatsachen rechnen auch diejenigen Umstände, welche Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe für das Verhalten des Gekündigten ausschließen (BAG v. 24. 11. 1983 – 2 AZR 327/82, AP BGB § 626 Nr. 76; BAG v. 6. 8. 1987, a.a.O.; gegen BAG v. 16. 6. 1976 – 3 AZR 73/75, AP BGB § 611 Treuepflicht Nr. 8; APS/Dörner, a.a.O.; KR/Fischermeier, a.a.O., Rz. 380, 383; *Preis* in: Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl., Rz. 619 ff.; *Ascheid*, a.a.O., S. 118 f.). Zur Vermeidung einer Überforderung des mit der Darlegungs- und Beweislast belasteten Kündigenden richtet sich deren Umfang nach der Substanziierung der Einlassung des Gekündigten auf die Kündigungsgründe (APS/Dörner/Vossen, a.a.O.; Rz. 175).

**aa.** Unter Berücksichtigung vorstehender Grundsätze war vorliegend kein wichtiger Grund zum Ausspruch der außerordentlichen Tat Kündigung vom 6. Feb. 2010 gegeben,

welcher der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht einmal bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar gemacht hätte. Nach dem Vortrag der Beklagten sind keine Umstände zu erkennen, die den Schluss nahelegten, die Klägerin habe ihre Arbeitsunfähigkeit nach dem 1. Feb. 2010 vorgetäuscht bzw. die erteilte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschlichen.

**aaa.** Vorweg ist der Beklagte zuzugestehen, dass die Klägerin in der Vergangenheit – zumindest mutmaßlich – bei Übertragung ihr unangenehmer Tätigkeiten mit einer Arbeitsunfähigkeit reagiert hatte. Zumindest in der geschilderten Häufigkeit ist es der Kammer auch unter Berücksichtigung der Erklärungsversuche der Klägerin nicht nachvollziehbar, dass den in der Vergangenheit, d.h. vor dem 1. Feb. 2010 gelegenen Arbeitsunfähigkeitszeiten auch immer eine zur Arbeitsunfähigkeit führende Erkrankung zugrunde gelegen hatte. Hierauf kommt es allerdings für die Beurteilung der am 6. Feb. 2010 ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung nicht an. Maßgebend ist hier allerdings, dass die Beklagte ein Vortäuschen der Arbeitsunfähigkeit durch die Klägerin am 1. Feb. 2010 belegen kann.

**bbb.** In concreto sind die von der Beklagten vorgetragene Umstände nicht geeignet, das Vortäuschen einer Erkrankung durch die Klägerin am 1. Feb. 2010 zu begründen; ihr Vortrag führt zu keinem zwingenden Schluss, die Klägerin sei am 1. Feb. 2010 tatsächlich nicht erkrankt gewesen, sondern habe die Symptome nur vorgetäuscht, um so eine (weitere) Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu erlangen oder sie habe im kollusiven Zusammenwirken mit ihrem Arzt eine weiterhin bestehende Arbeitsunfähigkeit vorgespiegelt.

(1) Der Beklagten ist zuzugeben, dass im Internet ausreichend Anleitungen kursieren, wie eine Eileiter- oder Eierstockentzündung vorgetäuscht werden kann, wozu sie als Anlage BK 1 (Bl. 613 ff. d. A.) auch einen Ausdruck vorlegt. Sie trägt allerdings nicht einmal im Ansatz vor, die Klägerin habe von dieser „Anleitung“ oder diesen „Anleitungen“ Kenntnis gehabt und sich bei der ärztlichen Untersuchung entsprechend verhalten, also die Schmerzen bei der Untersuchung nur vorgetäuscht und behauptet, sie habe vorher Temperatur gehabt. Wenn sie ausführt, die Klägerin habe Temperatur vorgespiegelt, so bewegt sich dieser Vortrag im Bereich bloßer Spekulation.

(2) Ebenso wenig sind die Einwände der Beklagten gegen die Art der durchgeführten ärztlichen Untersuchung geeignet, ein Vortäuschen der Arbeitsunfähigkeit durch die Klä-

gerin oder ein kollusives Zusammenwirken mit ihrem Arzt, der ohne medizinischen Anlass eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausgestellt hätte, zu begründen. Es mag durchaus sein, dass die erfolgte Ultraschalluntersuchung nur geeignet ist, eine Verdickung der Eileiter, Eiteransammlungen an den Eierstöcken oder Abszesse und Flüssigkeiten in der Bauchhöhle hinter der Gebärmutter zu erkennen. Daraus folgt aber nicht, dass der die Klägerin behandelnde Arzt keinen tatsächlichen Befund auf Grund seiner Untersuchung festgestellt und deswegen Arbeitsunfähigkeit attestiert hatte. Der Vorwurf, ein Arzt der von einem bestimmten Verdacht ausgehe, sehe bei einer derartigen Untersuchung was er sehen wolle, ist weder in dieser Allgemeinheit nicht belegt noch ist aus objektiven Umständen zu erkennen, dass Dr. Dr. M. nicht unbefangen an die Untersuchung der Klägerin herangegangen wäre.

Es mag sein, dass der Arzt die genaueren Umstände der Arbeitsleistung der Klägerin nicht gekannt hatte. Darauf kommt es aber angesichts der festgestellten bescheinigten Erkrankung (Adnexitis) nicht entscheidungserheblich an. Angesichts dieser Vorerkrankung kann Arbeitsunfähigkeit ungeachtet der konkreten Tätigkeit der jeweiligen Patientin vorliegen.

**(3)** Ein kollusives Zusammenwirken der Klägerin mit ihrem Arzt kann ebenso nicht mit der erforderlichen Sicherheit aus der Ausstellung einer Erstbescheinigung entnommen werden. Solches belegen weder die telefonische Mitteilung der Krankenkasse, noch die von der Beklagten erkannten Unterschriftendiskrepanzen auf der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung der Klägerin und dem Attest ihres Arztes. Der Vortrag der Beklagten erschöpft sich insoweit in Spekulationen.

**(a)** Mit dem Ausstellen einer Erstbescheinigung am 1. Feb. 2010 kann (objektiv) weder der Klägerin noch ihrem Arzt der Vorwurf gemacht werden, dadurch erstrebt zu haben, der Klägerin wieder Entgeltfortzahlungsansprüche zukommen zu lassen. Unabhängig von einer Fortsetzungserkrankung war die weitere Krankheitsursache, die zu einer Verlängerung des Arbeitsunfähigkeitszeitraumes geführt hatte, noch während der zunächst bis einschließlich 1. Feb. 2010 attestierten Arbeitsunfähigkeit aufgetreten. In diesen Fällen haben Arbeitnehmer – hier: die Klägerin – keinen Anspruch auf weitere maximal 6 Wochen Entgeltfortzahlung, selbst wenn es sich bei der die Arbeitsunfähigkeitsdauer verlängernden Erkrankung um eine Neuerkrankung und nicht eine Fortsetzungskrank-

heit gehandelt hatte (Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalles, vgl. BAG v. 2. 2. 1994 – 5 AZR 345/93, NZA 1994, 547; BAG v. 11. 7. 1990 – 5 AZR 368/89, EEK I /1015; BAG v. 14. 9. 1983 – 5 AZR 70/81, BB 1984, 1365; ErfK/*Dörner*, 12. Aufl., § 3 Rz. 43). Da aber spätestens am 1. Feb. 2010 – ausgehend von einem (unterstellten) späteren Beginn der arbeitsunfähigen Erkrankung der Klägerin am 22. Dez. 2009 – der 6-Wochen-Zeitraum der Entgeltfortzahlung nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG abgelaufen war, konnte die Klägerin auch mit einer Neuerkrankung noch während des letzten Tages der attestierten Arbeitsunfähigkeit keinen neuen Entgeltfortzahlungsanspruch erwerben. Umstände, dass die Arbeitsunfähigkeit erst nach dem üblichen Arbeitsende der Klägerin am 1. Feb. 2010 eingetreten wäre (vgl. dazu BAG v. 12. 7. 1989 – 5 AZR 377/88, NZA 1990, 927; BAG v. 11. 7. 1990 – 5 AZR 368/89, EEK I /1015), mit der Folge, dass sie erst nach Ablauf der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit erneut arbeitsunfähig erkrankt wäre und so einen weiteren 6-wöchigen Entgeltfortzahlungszeitraum hätte erhalten können, sind nicht zu erkennen. Insbesondere ist dem erst nach Dienstschluss erfolgten Zufaxen der weiteren Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht zu entnehmen, dass auch die Arbeitsunfähigkeit selbst erst nach (üblichem) Dienstschluss eingetreten wäre. Das Zufaxen der Bescheinigung kurz nach dem Arbeitsende lässt vielmehr auf eine vorher bereits eingetretene Arbeitsunfähigkeit schließen.

Es stellt keinen Kündigungsgrund dar, dass der behandelnde Arzt eine Erstbescheinigung ausgestellt hatte. Dies mag durch eine tatsächlich neue und bislang nicht vorgelegene Erkrankung, vielleicht aber auch nur durch eine Nachlässigkeit motiviert gewesen sein. Letztlich ist es einem Patienten in aller Regel nicht möglich, die Art der Ausstellung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung und deren Inhalt zu beeinflussen. Dass hier der Klägerin ausnahmsweise eine Einflussmöglichkeit zugekommen war oder sie gerade die Ausstellung der konkreten Bescheinigung verlangt hätte und der Arzt dieser Bitte nachgekommen wäre, ist dem Sachvortrag der Beklagten nicht zu entnehmen.

Die Auskunft der Krankenkasse der Klägerin steht einer (denkbaren) Annahme, am 1. Feb. 2010 habe eine neue, bislang nicht vorgelegene Krankheitsursache der attestierten Arbeitsunfähigkeit zugrunde gelegen, nicht entgegen. Wenn diese in ihrem Schreiben vom 11. März 2010 (Anlage B 23, Bl. 225 d. A.) mitteilt, die Klägerin sei seit 22. Dez. 2009 bis voraussichtlich 22. März 2010 „wegen der gleichen Erkrankung arbeitsunfähig krank“, so entspricht diese Mitteilung wohl dem, was der Beklagten auch telefonisch übermittelt

worden war. Hieraus ergibt sich zur Überzeugung der Kammer nicht zwingend ein Hinweis auf eine Fortsetzungserkrankung; vielmehr kann diese Ausführung auch auf den Grundsatz des einheitlichen Verhinderungsfalles angesehen werden.

**(b)** Eine relevante Unterschriftendiskrepanz dergestalt, dass der die Klägerin behandelnde Arzt die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, insbesondere diejenige vom 1. Feb. 2010 nicht ausgestellt hätte, ist nicht zu erkennen. Schon aus den Unterschriften auf den durch die Beklagte vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen der Klägerin aus den Jahren 2009 bis 1. Feb. 2010 (vgl. Anlagen B 1 – 6, Bl. 116 – 121 d. A., Anlage B 9, Bl. 124 d. A., Anlage B 11, Bl. 126 d. A., Anlage B 20, Bl. 139 d. A.) ergeben sich beklagten-seits nicht gerügte Unterschriftenabweichungen, welche nach Ansicht der Kammer im „Toleranzbereich“ einer jeweils eigenhändigen Unterschrift liegen. Allenfalls bei der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom 17. Aug. 2009, die allerdings für den vorliegenden Kündigungsgrund keine (unmittelbare) Bedeutung hat, ist eine deutliche Abweichung von den ansonsten angebrachten Unterschriften zu erkennen.

Den Unterschriften im Übrigen ist neben einem mehr oder weniger unleserlichen Namensteil (wohl „Müller“) ein relativ charakteristisches angefügtes „H“, wohl für „Holve“, zu entnehmen. Allein bei der Bescheinigung vom 9. Dez. 2009 (Bl. 121 d. A.) ist die Unterschrift aus dem kopierten Bereich bzw. über den Rand der ausgestellten Bescheinigung geführt, dass das „H“ nur etwas über den oberen Teil hinaus zu erkennen ist. Dieselbe Unterschrift findet sich auch in der beanstandeten Bestätigung des Arztes der Klägerin vom 3. Feb. 2010 (Anlage K 11, Bl. 38 d. A.), nur ist hier der Namensteil „Müller“ leserlicher geschrieben, gefolgt allerdings von einem „H“, entsprechend dem auf den Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zu lesendem. Zudem ist der „Dr.“ der Unterschrift vorangestellt, was auf den Bescheinigungen fehlt. Hieraus folgt nach Ansicht der Kammer keine Annahme, das Attest vom 3. Feb. 2010 sei nicht vom behandelnden Arzt der Klägerin unterschrieben. Im Übrigen kommt es auch nicht auf die Ausstellung des Attestes, sondern auf die durch die Beklagte nicht bestrittene Ausstellung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung durch den behandelnden Arzt an.

**ccc.** Schließlich kann die Beklagte auch aus dem Umstand, dass die Klägerin jeweils nach dem Ende der attestierten Arbeitsunfähigkeit Urlaub beantragt hatte, dann aber nach Ablehnung des Urlaubs in der gewünschten Art erneut/weiterhin arbeitsunfähig krank ge-

wesen war, kein Vortäuschen der Arbeitsunfähigkeit ableiten. Die gilt jedenfalls für die Zeit ab 1. Feb. 2010.

(1) Ein Urlaubsbegehren für die Zeit nach dem Ende der attestierten Arbeitsunfähigkeit ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Dies gilt im Besonderen auch für die Urlaubswünsche der Klägerin ab 2. Feb. 2010. Es spricht auch nicht für ein Vortäuschen der Arbeitsunfähigkeit, dass sich die Parteien auf eine andere als die gewünschte Lage des Urlaubs geeinigt hatten, die Klägerin danach aber dennoch weiterhin arbeitsunfähig geblieben war. Es ist nicht ausgeschlossen, dass ein Arbeitnehmer – hier: die Klägerin – nach einer Einigung über die zeitliche Lage der zunächst unmittelbar nach dem Ende der attestierten Arbeitsunfähigkeit beantragten Urlaubs dennoch nicht, wie zunächst erwartet, wieder arbeitsfähig ist, sondern erneut oder weiterhin arbeitsunfähig krank bleibt.

(2) Im Anbringen eines Urlaubswunsches ab 2. Feb. 2010 und bereits vorher nach dem 22. Jan. 2010 lag kein unangemessenes Drängeln der Klägerin. Bei dem gewünscht zu nehmenden Urlaub handelte es sich um übertragenen Urlaub, der krankheitsbedingt im Vorjahr nicht hatte eingebracht werden können. Er war daher nach Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit im Übertragungszeitraum des Jahres 2010 zu gewähren und zu nehmen (§ 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG). Der Beklagten stand im Übertragungszeitraum auch kein Leistungsverweigerungsrecht zu. Sie hatte die Urlaubsnahme wie beantragt zu gewähren und konnte diesen nicht aus betrieblichen Gründen verweigern (Henssler/Willemssen/Kalb/*Schinz*, Arbeitsrecht Kommentar, 4. Aufl., § 7 BUrlG Rz. 90), da der übertragene Urlaub nach wiedererlangter Arbeitsfähigkeit im Übertragungszeitraum im Falle seiner Nichterteilung mit Ablauf des 31. März 2010 verfallen wäre (ErfK/*Gallner*, a.a.O., § 7 BUrlG Rz. 39, 40). Der Beklagten stand es auch nicht zu, ein Arbeitsfähigkeitsattest zu erhalten, ehe sie Urlaub bewilligte. Sie war verpflichtet gewesen, den Urlaub wie beantragt zu erteilen. Wenn die Klägerin dann über den attestierten Arbeitsunfähigkeitszeitraum arbeitsunfähig krank gewesen wäre, wäre die Urlaubsfestlegung nach § 9 BUrlG zumindest teilweise gegenstandslos gewesen.

Die Arbeitsunfähigkeit attestiert ein Arzt allein prognostisch bis zu einem bestimmten Termin. Selbst bei zutreffender Prognose können bis zuletzt weitere oder neue Umstände eintreten, die eine Verlängerung der Arbeitsunfähigkeit bedingen.

(3) Die vorher erfolgte Einigung über die Lage des Urlaubs der Klägerin lässt keinen Schluss dahingehend zu, die weitere Krankschreibung beruhe auf einer vorgetäuschte Arbeitsunfähigkeit, als Reaktion auf die verweigerte Genehmigung des Urlaubs zum beantragten Zeitpunkt.

Es bestehen nach Ansicht der Kammer bereits Bedenken, ob angesichts der Vorgeschichte hier schon von einer Erschütterung der ärztlichen Bescheinigung, wie seitens des Arbeitsgerichts angenommen, ausgegangen werden kann. Die Klägerin hatte sich auf die durch die Beklagte vorgeschlagene Urlaubsfestlegung ab März 2010 eingelassen. Dessen hätte es nicht bedurft, wenn sie ab 2. Feb. 2010 nicht hätte arbeiten wollen. Damit entfiel für sie auch die Notwendigkeit der angekündigten Durchsetzung des Urlaubswunsches per einstweiliger Verfügung. Zugegebenermaßen mutet die zeitliche Koinzidenz der am Nachmittag mitgeteilten Zustimmung zur geänderten Lage des Urlaubs und der nachfolgenden Feststellung einer weiter bestehenden Arbeitsunfähigkeit der Klägerin auf den ersten Blick merkwürdig an. Nach der Vorgeschichte, dem Drohen mit einer einstweiligen Verfügung und dem darin zum Ausdruck kommenden Willen, den Urlaub wie beantragt durchzusetzen, kann durchaus der Gedanke aufkommen, sie „mache sie weiterhin krank“, weil sie sich nicht habe durchsetzen können. Diese – allerdings im Bereich der Spekulation angesiedelte – Annahme mag auch durch vorangegangene Arbeitsunfähigkeitsmeldungen der Klägerin in ähnlichen Situationen genährt worden sein. Doch selbst dann, wenn man auf Grund dieser Umstände von einer Erschütterung der Beweislast ausgehen will, hat die Klägerin hierauf in ausreichender Weise tatsächlich ausgeführt, wie es zur erneuten Ausstellung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung gekommen war. Diesen Tatsachenvortrag, der gerade kein Erschleichen der Bescheinigung erkennen lässt, ist durch die Beklagte nicht widerlegt.

Sie trägt vor, erwartet zu haben, ab 2. Feb. 2010 wieder arbeitsfähig zu sein, weswegen sie sich um Anschlussurlaub bemüht habe. Wegen der für sie zumindest teilweise plausiblen Erklärung für die Urlaubsgewährung erst ab 1. März 2010 durch Herrn S. habe es keinen Anlass mehr gegeben, den begehrten Urlaub per einstweiliger Verfügung durchzusetzen; so habe sie eingelenkt. Entgegen ihrer Annahme habe sie am 1. Feb. 2010 erneut ihren Arzt aufsuchen müssen, der sie nach einer Untersuchung weiterhin bis 22. Feb. 2010 (Anlage B 20, Bl. 139 d. A.) krank geschrieben habe. Die Bescheinigung habe sie sogleich, nicht erst am Folgetag, der Beklagten zukommen lassen.

Dem daraufhin erfolgten Vortrag der Beklagten ist nicht zuerkennen, dass die Klägerin nach erfolgter Einigung über die zeitliche Lage des Urlaubs ihren Arzt aufsuchte, um ohne (akute) Krankheitsursache eine Krankschreibung bis zum Beginn des vereinbarten Urlaubs zu erlangen. Es mag sein, dass der Arzt die konkreten Arbeitsumstände nicht gekannt bzw., dass ihm die Klägerin nicht oder nicht ausreichend geschildert hatte. Daraus allein ist aber kein Vortäuschen einer Krankheit durch die Klägerin oder ein Erschleichen der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu erkennen. Die beweisbelastete Beklagte (vgl. nur *APS/Dörner/Vossen*, a.a.O., § 626 BGB Rz. 166; § 1 KSchG Rz. 439 m.w.N.) begründet diesen Vorwurf gerade nicht, sondern bestreitet (schon in ihrem Schriftsatz vom 10. März 2010, Seite 10 unten, Bl. 101 d. A.; Schriftsatz vom 9. Sept. 2011 [Berufungsbeurteilung], Seite 6, 2. Absatz, Bl. 577 d. A.) allein, dass die Klägerin arbeitsunfähig krank gewesen war. Über die Indizien, die zur (unterstellten) Erschütterung des Beweiswertes der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung geführt haben, trägt die Beklagte zum klägerischen Sachvortrag nichts vor. Die behauptete Vortäuschung der arbeitsunfähigen Erkrankung wird dadurch in keiner Weise belegt, ebenso nicht unter zusätzlicher Berücksichtigung der ausgestellten Erstbescheinigung und der Unterschrift des behandelnden Arztes unter dem ausgestellten Attest.

Der Vortrag der Beklagten lässt kein tatsächliches Vortäuschen einer arbeitsunfähigen Erkrankung erkennen. Dieses Vorbringen schließt nicht aus, dass die Klägerin bereits seit dem Morgen des 1. Feb. 2010 unter Schmerzen oder Beschwerden gelitten hatte, aber erst am Nachmittag ihren Arzt aufgesucht hatte.

**bb.** Auf die Frage der ordnungsgemäßen Betriebsratsbeteiligung kommt es angesichts eines fehlenden wichtigen Grundes nicht mehr an.

**b.** Ebenso hat die außerordentliche Verdachtskündigung vom 12. Feb. 2010 das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht beendet. Ein dringender Verdacht des Vortäuschens der Arbeitsunfähigkeit durch die Klägerin am 1. Feb. 2010 ist seitens der Beklagten nicht dargelegt worden.

**aa.** Auch der Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung kann einen wichtigen Grund zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung (§ 626 Abs. 1 BGB) bilden.

Doch kommt eine Verdachtskündigung nur in Betracht, wenn dringende, auf objektiven Tatsachen beruhende schwerwiegende Verdachtsmomente vorliegen, die geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen bei einem verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zu zerstören. Dabei muss der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Erhellung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben haben (BAG v. 4. 6. 1964 – 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918; BAG v. 30. 6. 1983 – 2 AZR 540/81, juris; BAG v. 6. 12. 2001 – 2 AZR 496/00, NZA 2002, 847; BAG v. 10. 2. 2005 – 2 AZR 189/04, NZA 2005, 1056; BAG v. 29. 11. 2007 – 2 AZR 724/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 40; BAG v. 23. 6. 2009 – 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136; BAG v. 25. 11. 2010 – 2 AZR 801/09, DB 2011, 880; APS/Dörner/Vossen, a.a.O., § 626 BGB Rz. 345, 356 m.w.N.). Nach der Anhörung verbleibende Zweifel sind vom Arbeitgeber im Rahmen seiner Aufklärungspflicht, ggf. unter Befragung der Personen, die an dem zum Anlass der Kündigung genommenen Vorgang beteiligt waren oder Kenntnisse über diesen haben, so weit als möglich zu verifizieren (vgl. LAG Hessen v. 17. 6. 2008 – 4/12 Sa 523/07, PflR 2009, 22; LAG Nürnberg v. 10. 1. 2006 – 6 Sa 258/05, FA 2006, 282 Ls.); insbesondere ist zu prüfen, ob auch andere Personen als Täter/Verursacher in Betracht kommen (LAG Hessen v. 17. 6. 2008, a.a.O.; LAG Schleswig-Holstein v. 25. 2. 2004 – 3 Sa 491/03, NZA-RR 2005, 132; APS/Dörner/Vossen, a.a.O., § 626 BGB Rz. 357). An Darlegung und Qualität der schwerwiegenden Verdachtsmomente sind besonders strenge Anforderungen zu stellen, da bei einer Verdachtskündigung stets die Gefahr besteht, einen „Unschuldigen“ zu treffen (bereits BAG v. 4. 6. 1964, a.a.O.; BAG v. 26. 9. 2002 – 2 AZR 424/01, ZTR 2003, 410; BAG v. 29. 11. 2007, a.a.O.; BAG v. 12. 5. 2010 – 2 AZR 587/08, NZA-RR 2011, 15; BAG v. 25. 11. 2010, a.a.O.). Der schwerwiegende Verdacht muss sich aus den jeweiligen Umständen ergeben bzw. objektiv durch Tatsachen begründet und ferner dringend sein. Letzteres ist dann der Fall, wenn eine auf Indizien gestützte große Wahrscheinlichkeit für die erhebliche Pflichtverletzung gerade dieses Arbeitnehmers bestehen (vgl. dazu BAG v. 30. 6. 1983, a.a.O.; BAG v. 18. 11. 1999 – 2 AZR 743/98, NZA 2000, 418; BAG v. 26. 9. 2002, a.a.O.; BAG v. 6. 12. 2001 – 2 AZR 496/00, NZA 2002, 847; BAG v. 6. 11. 2003 – 2 AZR 631/02, NZA 2004, 919; BAG v. 6. 9. 2007 – 2 AZR 722/06, DB 2008, 411; BAG v. 29. 11. 2007, a.a.O.). Bloße auf mehr oder weniger haltbare Vermutungen gestützte Verdächtigungen reichen zur Begründung des dringenden Tatverdachts nicht aus (BAG v. 30. 6. 1983, 10. 2. 2005, 29. 11. 2007, jeweils a.a.O.).

Zudem muss der Arbeitgeber alles ihm Zumutbare zur Aufklärung des Sachverhalts getan haben (BAG v. 4. 6. 1964, 10. 2. 2005, 29. 11. 2007, jeweils a.a.O.). Er muss zunächst selbst eine Aufklärung des Sachverhalts unternommen haben und möglichen Fehlerquellen nachgegangen sein, wobei sich der Umfang der Nachforschungspflichten jedoch nach den Umständen des Einzelfalles richtet (BAG v. 29. 11. 2007, a.a.O.; *Preis* in: *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl., Rz. 761).

Für die kündigungrechtliche Beurteilung des Verdachts einer Pflichtverletzung ist der Verstoß gegen vertragliche Haupt- oder Nebenpflichten und der mit ihm verbundene Vertrauensbruch maßgebend (BAG v. 25. 11. 2010, a.a.O.; BAG v. 10. 6. 2010 – 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227; BAG v. 19. 4. 2007 – 2 AZR 78/06, ZTR 2007, 564; *APS/Dörner/Vossen*, a.a.O., § 626 BGB Rz. 345b; *Preis*, AuR 2010, 242). Das Vorliegen eines schwerwiegenden Verdachts ist zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz zu prüfen (BAG v. 6. 11. 2003, a.a.O.; *APS/Dörner/Vossen*, a.a.O., § 626 BGB Rz. 356; *Preis* in: *Stahlhacke/Preis/Vossen*, a.a.O., Rz. 763).

Die Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 MRK steht dem Ausspruch einer Verdachtskündigung nicht entgegen (BAG v. 6. 12. 2001 – 2 AZR 496/00, NZA 2002, 847; BAG v. 16. 9. 1999 – 2 ABR 68/98, NZA 2000, 158).

**bb.** Danach fehlt es bereits an einem hinreichend dringenden Verdacht zum Ausspruch der vorliegenden Kündigung, ohne dass es – weiterhin – auf eine augenscheinlich unterbliebene Sachverhaltsklärung durch die Beklagte, die ersichtlich allein durch Anhörung der Klägerin eine weitere Erhellung des Geschehens unternommen hatte, ankäme.

**aaa.** Es kann dahinstehen, ob gegen die ausgesprochene Verdachtskündigung schon deswegen Bedenken bestehen, da die Beklagte über die Anhörung der Klägerin keine weiteren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen hatte. Zwar schied eine Befragung des Arztes vornherein aus, so lange dieser nicht von seiner Schweigepflicht entbunden war. Allerdings hätte die Beklagte die Möglichkeit besessen, den medizinischen Dienst nach § 275 SGB V einzuschalten. Dass dieser stets langsam arbeitete und dessen Einschaltung unbehelflich gewesen sei, ist in dieser Allgemeinheit

nicht zu teilen. Doch kann es letztlich offen bleiben, ob die Beklagte diese Aufklärungsmöglichkeit hätte ergreifen müssen.

**bbb.** Jedenfalls konnte kein dringender Verdacht dahingehend, die Erkrankung der Klägerin sei nur vorgetäuscht gewesen, begründet werden. Das klägerische Urlaubsverlangen ab 2. Feb. 2010 bzw. bereits vorher ab 22. Jan. 2010 ist dafür nicht ausreichend, da die Annahme eines Arbeitnehmers, nach dem Ende der jeweils aktuellen Krankschreibung arbeitsfähig zu sein und den Urlaub einbringen zu können, nicht zu beanstanden ist; dies gilt umso mehr, wenn es sich wie hier um übertragenen Urlaub aus dem Vorjahr handelte. Auch die ärztliche Empfehlung, zunächst Urlaub zu nehmen, ist ebenso wenig geeignet, einen dringenden Verdacht einer vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit zu begründen.

Die Einigung mit der Beklagten über die zeitliche Lage des Urlaubs und der damit verbundene Verzicht auf die zunächst angekündigte einstweilige Verfügung zur Durchsetzung des beantragten Urlaubs ab 2. Feb. 2010 muss – entgegen der Ansicht der Beklagten – nicht dafür sprechen, die Klägerin habe ihre Aussichten zur Urlaubsdurchsetzung als gering eingeschätzt und die weitere Arbeitsunfähigkeit (bis 1. März 2010, als dem vereinbarten Urlaubsbeginn) als einfachere Möglichkeit zur Umsetzung der ärztlichen Empfehlung angesehen. Vielmehr spricht die Nichteinreichung der einstweiligen Verfügung – wie oben II. 1. a. bb. ccc. (2) ausgeführt – zunächst für das klägerische Einverständnis mit der beklagtenseits angebotenen Lage des Urlaubs. Dass mit der weiteren Krankschreibung die ärztliche Empfehlung, zunächst nach Ende der Arbeitsunfähigkeit nicht sogleich zu arbeiten zu beginnen, faktisch umgesetzt worden war, ist nicht zu bestreiten, ohne dass darin aber ein (unlauteres) Vortäuschen einer arbeitsunfähigen Erkrankung zu sehen wäre. Dies gilt umso mehr, als die Krankschreibung von Anfang an über drei Wochen erfolgt war, was eher die Diagnose einer schwereren Erkrankung vermuten lässt.

Die Verhaltensweisen der Klägerin in der Vergangenheit, da sie sich zumindest dem Verdacht ausgesetzt hatte, sie habe sich bei Anweisung ihrer unliebsamer Tätigkeiten krank schreiben lassen, erlaubt nicht die Annahme eines hinreichend dringenden Verdacht, dies sei auch für die ab 1. Feb. 2010 erfolgte Krankschreibung so gewesen. Auch Personen, die sich in der Vergangenheit (mehrfach) falsch verhalten haben, müssen sich nachfolgend in vergleichbaren Situationen nicht auch wiederum falsch verhalten. Insbesondere

ist hier zu sehen, dass die Klägerin tatsächlich bis Mitte Juni 2010 arbeitsunfähig krank gewesen war, was auch im Rahmen der Berufungsverhandlung berücksichtigt werden konnte (BAG v. 6. 11. 2003, a.a.O.; APS/Dörner/Vossen, a.a.O., § 626 BGB Rz. 356; Preis in: Stahlhacke/Preis/Vossen, a.a.O., Rz. 763). Jedenfalls daraus wird die Dringlichkeit eines Verdachts, sollte dieser zunächst etwa gegeben gewesen sein, wieder ausgeräumt.

## **2. Zu den ordentlichen Kündigungen vom 9. und 12. Feb. 2010**

**a.** Die ordentliche Kündigung wegen Vortäuschens einer arbeitsunfähigen Erkrankung (vgl. oben II. 1. a. bb.) ist nicht sozial gerechtfertigt (§ 1 Abs. 2 KSchG) und hat das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht aufgelöst. Mangels eines durch die Beklagte nachgewiesenen Vortäuschens der arbeitsunfähigen Erkrankung ab 1. Feb. 2010 scheidet ein wirksamer Ausspruch einer ordentlichen Kündigung aus diesem Grunde ebenso aus.

**b.** Gleiches gilt für die ausgesprochene ordentliche Verdachtskündigung. Mangels eines dringenden Verdachts, die Arbeitsunfähigkeit ab 1. Feb., 2010 nur vorgetäuscht zu haben (vgl. oben II. 1. b.), ist auch die ordentliche Verdachtskündigung nicht sozial gerechtfertigt (§ 1 Abs. 2 KSchG) und hat das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst.

## **3. Zum Auflösungsantrag der Beklagten**

Eine Auflösung des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsverhältnisses (§ 9 KSchG) konnte vorliegend nicht erfolgen, obschon die von der Beklagten ausgesprochenen Kündigungen dieses nicht aufgelöst hatten. Der Beklagten ist es nicht unzumutbar, die Klägerin über die ordentliche Kündigungsfrist hinaus weiterhin zu beschäftigen.

**a.** Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses kommt dann in Betracht, wenn dem Antragsteller – hier der Arbeitgeberin – die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten ist (§ 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG). Dieser Begriff verlangt nicht, dass der Auflösungsgrund eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses erfüllen müsste (so noch BAG v. 5. 11. 1964 – 2 AZR 15/64, AP KSchG § 7 Nr. 20; anders nunmehr BAG v. 16. 5. 1984 – 7 AZR 280/82, NZA 1985, 60; BAG v. 2. 6. 2005 – 2 AZR 234/04, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 51). Als Auflösungsgründe für den Arbeitgeber gem. § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG kommen solche Umstände in Betracht, die das persönliche Verhältnis zum Arbeitnehmer,

die Wertung seiner Persönlichkeit, seiner Leistung oder seiner Eignung für die ihm gestellten Aufgaben und sein Verhältnis zu den übrigen Mitarbeitern betreffen. Maßgeblich ist, ob die angeführten Gründe eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit unzumutbar machen. Dies können im Einzelfall auch Gründe sein, die eine außerordentliche Kündigung bedingen; doch genügen aber auch – nicht notwendig schuldhaft gesetzte – Verhaltensweisen oder Tatsachen, die nicht so schwer wiegen, die jedoch keine weitere, den Betriebszwecken dienliche Zusammenarbeit mehr erwarten lassen (APS/Biebl, a.a.O., § 9 KSchG Rz. 49; Vossen in: Stahlhacke/Preis/Vossen, a.a.O., Rz. 1980, jeweils m.w.N.). Im Interesse des Bestandsschutzes sind daran strenge Anforderungen an das Vorliegen der Auflösungsgründe zu stellen (BVerfG v. 22. 10. 2004 – 1 BvR 1944/01, NZA 2005, 41; BAG v. 23. 6.2006 – 2 AZR 256/04, NZA 2006, 363; BAG v. 23. 10. 2010 – 2 AZR 554/08, NZA 2010, 1123) ohne die Anforderungen an die Begründung des Auflösungsantrages zu überspannen (APS/Biebl, a.a.O.). Die Auflösungsgründe müssen jeweils im Zusammenhang mit der Kündigung oder mit dem Kündigungsschutzprozess stehen, dass sie sich also aus den Modalitäten der Kündigung selbst oder aus unzulässigen, mit der Kündigung verbundenen Maßregelungen oder aus sonstigen Handlungen des Arbeitgebers ergeben (BAG v. 24. 9. 1992 – 8 AZR 557/91, NZA 1993, 362).

**b.** Vorliegend erscheint nach der objektiven Lage zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung (BAG v. 7. 3. 2002 – 2 AZR 158/01, NZA 2003, 261; BAG v. 8. 10. 2009 – 2 AZR 682/08, ZTR 2010, 163; BAG v. 10. 6. 2010 – 2 AZR 297/09, NJW 2010, 3796) eine gedeihliche weitere Zusammenarbeit aus den von der Beklagten angeführten Umständen nicht ausgeschlossen. Diese Umstände wiegen teilweise nicht besonders schwer, sind ihrerseits bereits abgemahnt oder zu vage formuliert, als dass aus ihnen Unzumutbarkeitsgründe, das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin fortzusetzen, ableitbar wären.

**aa.** Der Vorwurf der Urkundenunterdrückung oder Manipulation durch die Klägerin gegenüber Herrn A. anlässlich des E-Rankings im April 2008 ist nicht geeignet, die gedeihliche weitere Zusammenarbeit auszuschließen.

Die Reaktion der Klägerin auf das in der Personalakte vorgefundene, ihr nie ausgehändigte Schreiben (Gehaltsbrief vom 26. Mai 2008), betreffend das Ergebnis des von ihr mangels eines vorgesehenen Vorgesprüches monierten E-Rankings vom April 2008, ist dies-

seits in ihrer Schärfe nicht nachvollziehbar. Der Klägerin hätte auffallen müssen, dass das zunächst vorgefundene Schreiben vom 26. Mai 2008 nicht auf dem letztlich durchgeführten ordnungsgemäßen Ranking beruht hatte und dass das bei der erneuten Akteneinsicht vorgefundene Schreiben der zutreffende Gehaltsbrief nach durchgeführten Ranking auf Grund eines Vorgesprächs gewesen war. Dennoch hatte die Beklagte dem Vorwurf der Urkundenfälschung oder Manipulation durch Herrn A. – soweit ersichtlich – keinerlei weitergehende Bedeutung beigemessen. Das Arbeitsverhältnis war danach zumindest für ein (knappes) Jahr – ersichtlich – störungsfrei fortgesetzt worden. Umstände, dass sich diese Umstände nun auch künftig noch auswirken könnten und die weitere gedeihliche Zusammenarbeit ausschließen, sind nicht zu erkennen.

**bb.** Soweit sich die Beklagte auf abgemahnte Verhaltensweisen in der Vergangenheit beruft, wie dies hinsichtlich des (Fehl-)Verhaltens der Klägerin anlässlich des Abschlussgesprächs am 24. Juni 2009 (behauptete Beleidigungen und Diskreditierungen der Herren A., B. und Dr. H.), die unterlassene vollständige Zeiterfassung durch die Klägerin für das Gespräch am 29. Juni 2009 oder das ungebührliche Verhalten der Klägerin gegenüber Herrn A. am 9. Juli 2009, betreffend die Vereinbarung eines Gesprächstermines bzw. die Weigerung der Klägerin, einen solchen wahrzunehmen, rechtfertigen diese im Grundsatz keine Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Denn die Beklagte hatte diese an sich ausreichenden Umstände zur Auflösung eines Arbeitsverhältnisses (vgl. LAG Sachsen v. 12. 4. 1996 – 2 (4) 102/96, LAGE KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 37) zum damaligen Zeitpunkt als nicht ausreichend angesehen, das Arbeitsverhältnis zu beenden, sondern lediglich Abmahnungen erteilt. Es geht nun nicht an, im Zusammenhang mit einer Kündigung, die ihrerseits nicht geeignet ist, das Arbeitsverhältnis auszulösen, diese Gründe (isoliert) heranzuziehen, eine Auflösungsentscheidung zu rechtfertigen.

Dies gilt insbesondere auch unter Berücksichtigung der besonderen (Fehl-) Verhaltensweise der Klägerin am 9. Juli 2009 gegenüber Herrn A.. Im Rahmen der durch die Kammer durchgeführten Beweiserhebung haben sich keine Umstände ergeben, die etwa infolge der Schwere der Fehlverhaltensweise der Klägerin und im Zusammenhang mit anderen Fehlverhaltensweisen eine weitere gedeihliche Zusammenarbeit in Zukunft ausgeschlossen hätten (dazu unten gg.).

**cc.** Die vorgetragenen unberechtigten Diskriminierungs- oder Mobbingvorwürfe durch die Klägerin sind ebenso nicht zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses geeignet. Sie wiegen nicht so schwer, dass eine weitere gedeihliche Zusammenarbeit ausgeschlossen wäre.

**aaa.** Soweit sich die Klägerin gegen eine Bezeichnung als „Vollblut“ durch Dr. H. beschwerte, ist diese Beschwerde, vorausgesetzt, dass er diese Bezeichnung gegenüber der Klägerin verwandt hatte, berechtigt. Darin läge eine Reduktion der Klägerin auf ihre bloße Weiblichkeit. Zwar bestreitet die Beklagte die Verwendung dieses Ausdrucks durch Dr. H. gegenüber der Klägerin; dieser habe allein die von ihm häufig verwendete Redewendung „ruhig Blut“ benutzt, insbesondere, wenn sich die Klägerin aufgeregt hatte. Diesen Einwand als richtig unterstellt, ist nicht ausgeschlossen, dass vorstehende nicht diskriminierende Redewendung falsch verstanden worden war. Ungeachtet dessen, auch bei einer so unberechtigten Beschwerde der Klägerin gegen eine vermeintliche Diskriminierung, kann darauf noch keine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach unwirksamer Kündigung gestützt werden. Insbesondere ist nicht zu erkennen, dass allein deswegen das Verhältnis der Klägerin zu Dr. H. unwiederbringlich und eine weitere gedeihliche Zusammenarbeit ausschließend, zerstört worden wäre.

**bbb.** Gleiches gilt für die seitens der Klägerin behaupteten Diskriminierung durch Frau B. wegen ihrer Hautfarbe und der „Anzeige“ Frau B. durch die Klägerin beim Betriebsrat. Diese Vorwürfe als richtig unterstellt, kann nicht ersehen werden, wann sich dieser Vorfall zugetragen hatte. Es ist daher auch nicht zu erkennen, inwieweit dieses Zerwürfnis in der Folgezeit zwischen den beiden Kolleginnen noch eine Rolle gespielt hatte. Von daher ist allein deswegen auch nicht zu sehen, dass deswegen eine weitere gedeihliche Zusammenarbeit mit der Klägerin ausgeschlossen wäre, zumal mit Frau B. eine – offenbar wirksame – Regelung getroffen worden war, dass sie nicht mehr mit der Klägerin zusammentraf.

**ccc.** Die Weigerung Frau M.s, wegen eines nicht konkret vorgetragenen Verhaltens, der Wutausbrüche und der Diskriminierungsvorwürfe der Klägerin mit dieser zusammenzuarbeiten, rechtfertigt ebenso keine Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Insbesondere kann die Kammer diesen vorgetragenen, angeblich bereits aus 2007 stammenden Auflösungsgrund nicht nachvollziehen. Denn im Jahr 2009 hatten die Klägerin und Frau B.

noch ein Büro geteilt, in dem die Auseinandersetzung der Klägerin mit Herrn A. am 9. Juli 2009 stattgefunden hatte. Dass es auch hier (vorher) zu einer unzutraglichen Zusammenarbeit der Klägerin mit Frau B. gekommen wäre, ist nicht vorgetragen. Es ist daher nicht zu ersehen, dass wegen eines – als richtig unterstellten – Verhaltens der Klägerin im Jahr 2007 gegenüber Frau B. eine gedeihliche Zusammenarbeit ausgeschlossen gewesen wäre.

**dd.** Eine etwaige Kritikunfähigkeit der Klägerin ist ebenso wenig geeignet, den Auflösungsantrag zu begründen.

**aaa.** Die behauptet Herrn L. nicht zufriedenstellende Arbeit der Klägerin und deren Weigerung, sich etwas erklären zu lassen, ist für sich genommen nur sehr pauschal vorgetragen. Weder ist ersichtlich, welche Fehler die Klägerin gemacht haben soll, noch welche Kritikpunkte Herr L. in welcher Weise vorgebracht hatte bzw. wie die fachliche Anleitung, welche sich die Klägerin verbeten hatte, ausgesehen hatte oder aussehen hatte sollen. Aus dem pauschalen Vortrag kann kein Fehlverhalten der Klägerin entnommen werden.

**bbb.** Gleiches gilt hinsichtlich des Vortrags, Dr. H. habe der Klägerin die Tätigkeiten im Detail erklärt, überwacht und überprüft. Das sei bis zum Aufzeigen einer sachlichen Kritik und dem Aufzeigen von Verbesserungspotenzial gut gegangen. Auch hier ist in keiner Weise zu erkennen, weswegen und in welcher Weise, welche sachliche Kritik bzw. welches Verbesserungspotenzial aufgezeigt worden war oder wäre. Zudem ist dem pauschalen Vortrag nicht zu entnehmen, wie die Klägerin reagiert hatte, weswegen ein die gedeihliche weitere Zusammenarbeit ausschließendes Fehlverhalten dieser nicht zu erkennen ist.

**ccc.** Hinsichtlich des vorgetragenen Aufzeigens von Verbesserungspotenzial durch Herrn A., auf das die Klägerin aggressiv reagiert haben soll, gilt das Vorstehende (bbb.) in gleicher Weise. Auch hier fehlt es an einem substantiierten Vortrag, der ein Fehlverhalten der Klägerin nachvollziehbar erkennen ließe.

**ddd.** Auch die Beanstandungen Herrn S.s gegenüber der Klägerin sind nicht ausreichend konkret vorgetragen. Ihnen ist nicht zu entnehmen, welche Fehler die Klägerin bei welchen Arbeiten gemacht haben soll und was unter einer „unverhältnismäßig langen

Zeit“ (Schriftsatz vom 25. Jan. 2011, Seite 30, Bl. 359 d. A.) der Bearbeitung verstanden wird. Ebenso ist nicht tatsächlich nachzuvollziehen, inwieweit mehr Zeit in die Anleitung der Klägerin investiert worden war, als für die Erledigung der Arbeitsaufgabe erforderlich gewesen wäre.

Die Behauptung, die Klägerin sei unfähig, Aufgaben verstehen zu wollen und habe sich verstiegen, die Aussprache von Herrn S. zu kritisieren (Schriftsatz vom 25. Jan. 2011, Seite 31, Bl. 360 d. A.), ist in keiner Weise nachvollziehbar. Die erstgenannte Aussage ist widersprüchlich. Die Beklagte wirft der Klägerin der Sache nach vor, noch „wollen zu können“. Die angebliche Unfähigkeit der Klägerin schließt aber deren Verständnis ihrer Aufgaben aus. Demgegenüber enthält der Vorwurf, sie wolle die Aufgaben nicht verstehen ein voluntatives Element, d.h. sie könnte die Anweisungen durchaus verstehen, weigere sich jedoch. Inwieweit beides dazu geführt hatte, dass die Klägerin die Aussprache Herrn S. kritisierte, ist tatsächlich nicht nachvollziehbar. Angesichts der beiden zum Beleg vorgelegten E-Mails (Anlagen B38 und B 39, Bl. 426 f. d. A.) kann zwar nachvollzogen werden, dass beide wechselseitig Schwierigkeiten hatten, sich (akustisch) zu verstehen. Die Umstände dafür werden weder aus der Mail der Klägerin (Anlage B 38) noch aus der eher süffisanten Erwiderung Herrn S.s (Anlage B 29) deutlich.

Dass sie persönliche Gespräche mit Herrn S. nur im Beisein eines Betriebsratsmitglieds geführt hatte, war offensichtlich geduldet worden. Jedenfalls ist daraus nicht zu ersehen, inwieweit dadurch eine gedeihliche weitere Zusammenarbeit ausgeschlossen wäre.

Zu den der Klägerin in diesem Zusammenhang vorgeworfenen Ausführungen im Rechtsstreit über die erteilten Abmahnungen wird nachfolgend (unten ee. bbb. (2)) Stellung genommen.

**ee.** Die direkte Zuleitung anwaltlicher Schreiben des klägerischen Prozessbevollmächtigten an den Geschäftsführer der ebenso anwaltlich vertretenen Beklagten ist für sich allein nicht geeignet, eine weitere gedeihlichen Zusammenarbeit in Zukunft auszuschließen. Dies gilt auch für die der Klägerin vorgehaltenen Ausführungen ihres Prozessbevollmächtigten in Schriftsätzen.

**aaa.** Das Verhalten des Prozessbevollmächtigten eines Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozess kann die Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Für Erklärungen

des Prozessbevollmächtigten, welche der Arbeitnehmer nicht veranlasst hatte, gilt dies jedenfalls dann, wenn sich der Arbeitnehmer diese zu eigen macht und sich auch nachträglich nicht von ihnen distanziert (BAG v. 10. 7. 2008 – 2 AZR 1111/06, NZA 2009, 312; BAG v. 10. 6. 2010, a.a.O.; BAG v. 9. 9. 2010 – 2 AZR 482/09, NJW 2010, 3798; APS/Biebl, a.a.O., § 9 KSchG Rz. 66; v. *Hoyningen-Huene/Linck* KSchG, 14. Aufl., § 9 Rz. 73; ErfK/Kiel, a.a.O., § 9 KSchG Rz. 14; Henssler/Willemsen/Kalb/*Thies*, a.a.O., § 9 KSchG Rz. 21). Erklärungen im laufenden Kündigungsschutzverfahren bzw. in einem laufenden Rechtsstreit, welche nach Inhalt und Form die Grenze zu einer persönlichen Schmähung, einer Gehässigkeit oder einer Lüge nicht überschreiten, können durch ein berechtigtes Interesse des Arbeitnehmers gedeckt sein (BAG v. 10. 7. 2008, 23. 2. 2010, 10. 6. 2010, 9.9.2010, jeweils a.a.O.; LAG München v. 9. 7. 2009 – 4 Sa 57/09, juris; Ha-Ko/*Fiebig/Gieseler*, Kündigungsschutzrecht, 4. Aufl., § 9 Rz. 69; KDZ/*Zwanziger*, Kündigungsschutzrecht, 8. Aufl., § 9 KSchG Rz. 21).

Die gegenteilige Ansicht, wonach allein ein vom Arbeitnehmer veranlasstes Verhalten des Prozessbevollmächtigten als Auflösungsgrund herangezogen werden könne (vgl. KR/*Spilger*, 9. Aufl., § 9 KSchG Rz. 56; KDZ/*Zwanziger*, a.a.O.; in diese Richtung auch MünchKomm-BGB/*Hergenröder*, 5. Aufl., § 9 KSchG Rz. 51), beruht ersichtlich auf dem Gedanken, Arbeitnehmer dürften nur dann Rechtsnachteile (hier: der Verlust des Arbeitsplatzes) treffen, wenn sie selbst und bewusst die Ursache dafür gesetzt haben. Diese Annahme trifft aber schon bei der Regelung des Gesetzes über die Kündigungsgründe nicht zu, worauf das Bundesarbeitsgericht (Urt. v. 9. 9. 2010, a.a.O.) zutreffend hingewiesen hat. Die Umstände für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses liegen bei Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen zumeist, aber auch bei personenbedingter Kündigung häufig außerhalb der Einflussmöglichkeit des einzelnen Arbeitnehmers. Entsprechend kann es auch bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht entscheidend darauf ankommen, ob ein Arbeitnehmer den Fortfall der Vertrauensgrundlage selbst verursacht hat.

Das Verhalten Dritter, in concreto des Prozessbevollmächtigten, ist allerdings nur dann geeignet, die Vertrauensgrundlage für weitere Zusammenarbeit der Vertragsparteien entfallen zu lassen, wenn der Arbeitnehmer dieses Verhalten entscheidend veranlasst hat (BAG v. 14. 5. 1987 – 2 AZR 294/86, NZA 1988, 16; BAG v. 10. 6. 2010, a.a.O.). Des Prozessbevollmächtigten bedient sich ein Arbeitnehmer jedoch bewusst, weswegen ihm dessen Verhalten zugerechnet wird (§ 85 ZPO). Prozessvortrag des Prozessbevollmäch-

tigten gilt als Vortrag der Partei; dessen Tatsachenerklärungen in der mündlichen Verhandlung sind für die mit erschienene Partei „verpflichtend“, wenn sie die Erklärungen nicht sofort widerruft oder berichtigt (§ 85 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Demnach ist der Vortrag eines Prozessvertreters nicht erst dann als Auflösungsgrund geeignet, wenn der Arbeitgeber nachweisen kann, ein bestimmter – etwa beleidigender – Teil der Ausführungen sei entscheidend vom Arbeitnehmer veranlasst worden. Für das persönliche Verhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und Arbeitgeber können sich auch unfaire und herabsetzende Erklärungen des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber auswirken, hinter denen sich der Arbeitnehmer versteckt. Maßgeblich ist daher, ob sich der Arbeitnehmer die betreffenden Äußerungen zu Eigen macht und sich auch nachträglich nicht von ihnen distanziert (BAG v. 10. 6. 2010, a.a.O.).

**bbb.** Diese Voraussetzungen sind vorliegend hinsichtlich der beanstandeten Äußerungen des Klägersvertreters noch nicht gegeben, dass deswegen eine gedeihliche weitere Zusammenarbeit mit der Klägerin nicht als ausgeschlossen erscheint.

(1) Soweit die Beklagte einen Verstoß gegen das Umgehungsverbot (§ 12 Abs. 1 BORA) rügt, also, dass Schreiben des Klägersvertreters nicht an die anwaltliche Vertretung der Beklagten, sondern an deren Geschäftsführer selbst gerichtet waren, sind diese sicherlich vorhandenen Verstöße nicht geeignet, einen Auflösungsantrag zu begründen. Die Norm schützt zum einen die Förderung der Rechtssache bei beidseits anwaltlichen vertretenen Parteien und will eine anwaltlich vertretene Gegenpartei vor einer Drucksituation oder Überrumpelung durch direkte Ansprache durch den gegnerischen Rechtsanwalt verhindern (vgl. *Prütting* in: Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl., § 12 BORA Rz. 2).

Dieses Verbot stellt allerdings eine bloße Ordnungsvorschrift dar. Im Falle eines Verstoßes werden etwa daraus entstandene Vereinbarungen jedoch nicht sanktioniert; der das Umgehungsverbot verletzende Rechtsanwalt hat allein berufsrechtliche Konsequenzen nach §§ 74, 113 BRAO zu gewärtigen (*Prütting* in: Henssler/Prütting, a.a.O., Rz. 12). Der rein im anwaltlichen Berufsrecht wurzelnde Verstoß schlägt nicht auf das (hier) zugrunde liegende Arbeitsverhältnis durch, mit der Folge, dass schon deswegen eine gedeihliche weitere Zusammenarbeit ausgeschlossen wäre.

(2) Hinsichtlich der weiteren Vorwürfe der Beklagten, die Ausführungen des Klägersvertreters in verschiedenen Schriftsätzen betreffend, ist umstritten, inwieweit es sich um

unsachliche Polemik oder den klägerischen Versuch gehandelt hatte, in sachlicher Weise gewisse Unstimmigkeiten zu klären. Letztlich bedarf diese Auseinandersetzung keiner Klärung. Denn die Klägerin hatte sich von den schriftlichen Äußerungen ihres Rechtsanwaltes zum Gespräch vom 9. Juli 2009 um 17.00 Uhr distanziert (Schriftsatz vom 29. Dez. 2011, Seite 9, Bl. 845 d. A.), nachdem sie bereits mit Schriftsatz vom 3. Nov. 2011 (Bl. 650 ff. d. A.) ausgeführt hatte, sie halte an den Vorwürfen gegenüber den Herren A., B. und Dr. H. nicht fest, ebenso nicht an den Wertungen, Äußerungen und Formulierungen ihres Prozessbevollmächtigten in den von der Beklagten im Zusammenhang mit dem Auflösungsantrag zitierten Schreiben, sondern distanzieren sich von diesen (ebd. Seite 15, Bl. 664 d. A.). Mithin liegt zum maßgeblichen zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung (vgl. BAG v. 7. 3. 2002, 8. 10. 2009, 10. 6. 2010, jeweils a.a.O.) ein Distanzieren der Klägerin von den Ausführungen ihres Rechtsanwaltes vor, weswegen ihr diese im Rahmen des Streits um die Auflösung ihres Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugerechnet werden können, selbst wenn darin an sich geeignete Ausführungen, eine weitere gedeihliche Zusammenarbeit ausschließen hätten können, enthalten gewesen sein sollten. Ein näheres Eingehen auf die beklagtenseits angeführten und von der Klägerin erhobenen einzelnen Vorwürfe ist daher nicht mehr geboten.

Die Kammer gesteht der Beklagten zu, das ein Distanzieren vom Sachvortrag ihres Rechtsanwaltes besser und glaubwürdiger persönlich durch die Klägerin, etwa in einer der beiden Berufungsverhandlungen und nicht lediglich als Absatz in einem Schriftsatz ihres Anwaltes erfolgt wäre. Der Prozessvertreter hatte das distanzieren zwar auch in der Verhandlung vom 17. Jan. 2012 mündlich wiederholt, aber eben auch nur wieder der Vertreter, nicht die Klägerin selbst. Es ist der Kammer durchaus nachvollziehbar, wenn die Beklagte Bedenken gegen die Ernsthaftigkeit der Äußerung hegt. Doch sind keinerlei Anhaltspunkte vorhanden, dass sie es nicht doch vielleicht ernsthaft meinen könnte, weswegen der Erklärung nicht von vornherein jegliche Bedeutung abzusprechen ist.

**(3)** Das Aufrechterhalten der Abmahnungsklage kann der Klägerin nicht vorgehalten werden. Die Überprüfung der Abmahnungen ist ihr „gutes Recht“. Sie ist nicht gehalten, diese Klage zurückzunehmen bzw. die Beklagte kann aus einem Aufrechterhalten der Klage keinen Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses ableiten.

**ff.** Der „Vorfall“ vom 20. März 2010, da Herr A. vom Lebensgefährten der Klägerin im Wildpark A-Stadt angesprochen und beleidigt worden war, rechtfertigt schließlich ebenso keine Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Denn das Verhalten dritter Personen, wozu auch der Lebensgefährte der Klägerin rechnet, ist allein dann geeignet, eine gedeihliche weitere Zusammenarbeit auszuschließen, wenn dieses Verhalten durch die Klägerin veranlasst gewesen wäre (BAG v. 14. 5. 1987, a.a.O.; APS/*Biebl*, a.a.O., § 9 KSchG Rz. 67; HaKo/*Fiebig/Gieseler*, a.a.O., § 9 KSchG Rz. 70). Dahingehend ist dem Vortrag der Beklagten nichts zu entnehmen.

**gg.** Auch in Zusammenschau aller angeführten Gründe zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist nicht mit hinreichender Deutlichkeit zu erkennen, dass eine gedeihliche weitere Zusammenarbeit der Parteien ausgeschlossen wäre. Insbesondere ist die behauptete Weigerung von Vorgesetzten, mit der Klägerin nach den Vorgängen in der Vergangenheit und deren an den Tag gelegten Verhalten zusammenzuarbeiten, nicht ausreichend, eine Auflösung zu begründen, solange vorher – wie hier noch nicht vorgetragen – noch keine Ausgleichsbemühungen stattgefunden haben (BAG v. 10. 10. 2002 – 2 AZR 240/01, ZTR 2003, 407; BAG v. 2. 6. 2005, a.a.O., BAG v. 23. 10. 2008 – 2 AZR 483/07, NZA-RR 2009, 362). Gleiches gilt für die Behauptung, die Vorgesetzten seien traumatisiert und kündigten ihr Arbeitsverhältnis, wenn die Klägerin zurückkomme (vgl. dazu LAG Hamburg v. 1. 9. 2009 – 2 Sa 126/09, PflR 2010, 547). Inwieweit eine Traumatisierung der Vorgesetzten durch das Verhalten der Klägerin vorliegt, ist beklagtenseits nicht näher ausgeführt und entzieht sich so einer weiteren Bewertung. Dass diese ihr Arbeitsverhältnis selbst kündigten, sollte die Klägerin weiter bei der Beklagten tätig werden, beschränkt sich ebenso auf eine bloße Behauptung.

Doch auch in der Gesamtschau der gesamten vorgetragenen Umstände erscheint eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien als nicht gerechtfertigt. Die in der Vergangenheit liegenden Umstände lassen keinen Schluss auf die Zukunft und damit auf die weitere (gedeihliche) Zusammenarbeit zu. Der Beklagten ist nach Ansicht der Kammer zuzugestehen, dass es sich bei der Klägerin um eine durchaus problematische Person handelt, mit der eine Zusammenarbeit nicht immer ohne Reibungsverluste möglich sein dürfte. Dies hat sich für die Kammer aus den mündlichen Verhandlungen, insbesondere aus der Verhandlung vom 17. Jan. 2012 so ergeben. Doch liegen die gesamten, zur Begründung der Auflösung angezogenen Umstände in der Vergangenheit und sind

teilweise abgemahnt. Ohne die ausgesprochenen Kündigungen, welche mangels eines nachgewiesenen Vortäuschens einer Erkrankung oder auch nur eines hinreichenden dahingehenden Verdachts, das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht hatten beenden können, hätte das Arbeitsverhältnis trotz all dieser Umstände fortgesetzt werden müssen.

Aus der Beweisaufnahme vom 17. Jan. 2012 haben sich zudem auch keinerlei Umstände ergeben, die auf ein künftig nicht mehr mögliches gedeihliches Zusammenarbeiten zwischen den Parteien hätten schließen lassen. Es handelte sich insbesondere bei der Auseinandersetzung am 9. Juli 2009 um keine derart außergewöhnliche Auseinandersetzung, dass ausnahmsweise auch angesichts deren zeitlichen Zurückliegens eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses zur Klägerin in Betracht gekommen wäre. Im Rahmen der Auseinandersetzung am 9. Juli 2009 mit Herrn A. hatte sich die Klägerin gegenüber ihrem Vorgesetzten, wie sich aus der durchgeführten Beweisaufnahme zur Überzeugung des Gerichts ergeben hatte, in ihrem Verhalten aber auch und besonders im Ton vergriffen. Sie hatte eine normale Terminsabsprache ohne irgendwelche Not als Angriff gegen ihre Person angesehen und zeigte sich auch nach dem Angebot eines in ihrer Arbeitszeit liegenden Terminsangebotes nicht gewillt, diesen anzunehmen. Sie hatte gegenüber ihrem Vorgesetzten, der sie sachlich korrekt angesprochen hatte, sich zunächst geweigert, die ihm schon per Mail geschriebenen Gründe für die Ablehnung eines zunächst festgelegten Gesprächstermines nochmals zu nennen, sich dann verwahrt, unter Druck gesetzt zu werden und laut und aggressiv reagiert sowie sich zu keiner angebotenen alternativen Terminvereinbarung oder –bestätigung bereit gezeigt. Dies steht fest aufgrund der Aussagen der Zeugen A., B. und C. (Protokoll vom 17. Jan. 2012, insbes. Bl. 950 ff. d. A.). Die Zeugen haben in den wesentlichen Punkten übereinstimmend ausgesagt. Trotz teilweise auch persönlicher Betroffenheit durch die Streitigkeiten mit der Klägerin, wie insbesondere bei den Zeugen A. und B., wurden keine Umstände ersichtlich, dass diese einseitig zu Ungunsten der Klägerin ausgesagt hätten. Die Aussage der Zeugen ist nach Ansicht der Kammer glaubhaft; gegen deren Glaubwürdigkeit bestehen keine Bedenken.

Der Ausspruch einer nicht wirksamen Kündigung, aus deren Begründung keine weiteren Umstände seitens der Klägerin zutage treten, die einer gedeihlichen Zusammenarbeit in Zukunft entgegenstehen, kann nun nicht dazu führen, dass die in der Vergangenheit lie-

genden Umstände doch ausreichen, nun das Arbeitsverhältnis (im Wege einer Auflösungsentscheidung) zu beenden.

#### **4. Zur Annahmeverzugsvergütung**

Das Arbeitsgericht hat der Klägerin ferner im Grundsatz zutreffend die Vergütungsansprüche aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges ab 14. Juni 2010 bis April 2011 zugesprochen (§ 615 BGB i.V.m. §§ 293 ff. BGB). Eine Änderung war auf Grund der Berufung der Beklagten wegen der nicht berücksichtigten Aufrechnungsforderung von € 1.051,34 netto nicht geboten.

**a.** Die Annahmeverzugsvergütung war ab Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit der Klägerin, also ab 14. Juli 2010 geschuldet, da die Beklagte die Arbeitsleistung der Klägerin trotz Arbeitsfähigkeit und Arbeitswilligkeit nicht angenommen hatte.

**b.** Der Möglichkeit der Erbringung der Arbeitsleistung der Klägerin steht nicht entgegen, dass diese während der Dauer des Annahmeverzuges an Weiterbildungskursen teilgenommen hatte. Nach ihrer nicht widerlegten Einlassung war sie bereit gewesen, diese jederzeit im Falle einer Aufforderung, die Tätigkeit bei der Beklagten aufzunehmen, zu beenden.

**c.** Zutreffend beruft sich die Beklagte darauf, das Arbeitsgericht hätte die Aufrechnungsforderung wegen der Doppelzahlung von Entgeltfortzahlung und Krankengeld in Höhe von € 1.511,34 netto berücksichtigen müssen (§§ 387 ff. BGB). Allerdings hat die Klägerin zwischenzeitlich den Aufrechnungsbetrag der Beklagten überwiesen, weswegen nun jedenfalls der volle Annahmeverzugsbetrag zu zahlen war.

**aa.** Zwar ist die Annahmeverzugsforderung der Klägerin durch die seitens der Beklagten erklärte Aufrechnung (§§ 387, 388 BGB) mit den unstreitig doppelt bezahlten € 1.051,32 netto entsprechend anteilig erloschen, ausgehend davon dass von den jeweiligen Annahmeverzugsbeträgen für den streitgegenständlichen Annahmeverzugszeitraum in dieser Höhe pfändbare Beträge gegeben waren (§ 394 BGB, § 850c ZPO), was aber aus dem Vortrag der Beklagten nicht zu entscheiden ist. Dennoch ist keine (teilweise) Änderung der Entscheidung des Arbeitsgerichts geboten.

**bb.** Unterstellt, dass ausreichende pfändbare Annahmeverzugsbeträge gegeben waren, sind die Annahmeverzugsvergütung in Höhe des Aufrechnungsbetrages, wie auch der Aufrechnungsbetrag selbst erloschen (§ 389 BGB). Die Beklagte schuldete dann nur mehr die verbleibende Differenz der Annahmeverzugsvergütung. Dann war die nachträglich während des laufenden Verfahrens erbrachte Zahlung des Doppelzahlbetrages von € 1.051,34 netto auf eine nicht mehr bestandene Schuld geleistet und konnte von der Klägerin kondiziert werden (§ 812 Abs. 1 BGB).

Sollten keine pfändbaren Annahmeverzugsbeträge gegeben gewesen sein, konnte die Klägerin von Anfang an die volle Annahmeverzugsvergütung verlangen. Eine Berücksichtigung des Aufrechnungsbetrages musste seitens des Arbeitsgerichts nicht erfolgen (§ 394 BGB). Die Aufrechnung wäre nun, unbeschadet einer Forderung, gegen die eine Aufrechnung hatte erklärt werden können, jedenfalls deswegen nicht weiter zu berücksichtigen, da die gegenüber der Beklagten bestandene Schuld in Höhe von € 1.051,34 durch die Überweisung der Klägerin zwischenzeitlich ausgeglichen ist.

**III.** Die Anschlussberufung der Klägerin hat Erfolg.

Die Anschlussberufung der Klägerin ist ebenso begründet. Die Beklagte ist verpflichtet, für den weiter streitgegenständlichen Zeitraum Annahmeverzugsvergütung (§ 615 BGB i.V.m. §§ 293 ff. BGB) zu zahlen. Ferner kann die Klägerin von der Beklagten ihre tatsächliche Weiterbeschäftigung verlangen (§§ 611, 613 BGB i.V.m. Art. 1, 2 GG, § 242 BGB).

#### **1. Zur weiteren Annahmeverzugsvergütung**

Die Beklagte schuldet der Klägerin weiterhin Annahmeverzugsvergütung ab Mai 2011 bis Oktober 2011 (§ 615 BGB i.V.m. §§ 293 ff. BGB). Die dagegen gerichteten Einwendungen der Beklagten greifen nicht durch.

**a.** Soweit die Beklagte auf den nicht vorliegenden Bewilligungsbescheid für den Zeitraum 14. Juni 2011 bis 30. Juni 2011 abstellt (der durch die Klägerin vorgelegte Bescheid vom 18. Juli 2011 [Anlage KK 1, Bl. 677 f. d. A.] betrifft den Anspruch der Klägerin ab 1. Juli 2011), kommt dem keine Bedeutung zu. Aus dem Bescheid ergibt sich eine Änderung der Arbeitslosengeldbezüge ab 1. Juli 2011, was hinreichend deutlich erkennen lässt, dass auch unmittelbar vorher Leistungen der Arbeitsagentur bewilligt worden waren; an-

sonsten hätte es keiner Änderungsentscheidung bedurft, sondern es wäre eine Erstentscheidung zu treffen gewesen.

**b.** Ein etwa nicht ausreichendes Angebot der Klägerin zur weiteren Tätigkeit für die Beklagte ist unerheblich, da die Beklagte an ihren ausgesprochenen Kündigungen festhielt und nicht bereit war, der Klägerin einen anderweitigen Arbeitsplatz zuzuweisen. Die Klägerin musste so kein Arbeitsangebot abgeben (§ 296 BGB; vgl. BAG v. 9. 8. 1984 – 2 AZR 374/83, NZA 1985, 119; BAG v. 21. 3. 1986 – 2 AZR 201/84, NZA 1985, 778; BAG v. 12. 7. 2006 – 5 AZR 277/06, NZA 2006, 1094; *Schier*, BB 2006, 2578; *Schrader/Straube*, RdA 2006, 98).

**c.** Hinsichtlich des fehlenden Arbeitswillens wegen der von der Klägerin durchgeführten Vollzeitweiterbildungen ist bereits zu den vom Arbeitsgericht entschiedenen Annahmeverzugsansprüchen ausgeführt; auf diese Ausführungen (oben II. 4. b.) wird Bezug genommen.

**aa.** Die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechtes (§ 273 BGB) bis zur Zahlung der ausstehenden „Zahlungen gemäß Urteil“ (Schreiben der Klägerin vom 30. Mai 2011, Anlage BK 5, Bl. 788 d. A.) bzw. mit Schreiben vom 9. Juni 2011 (Anlage BK 6, Bl. 789 d. A.) steht dem Leistungswillen der Klägerin nicht entgegen. Zwar war über die ausstehenden Vergütungen arbeitsgerichtlich bereits entschieden, doch war das Urteil des Arbeitsgerichts erst am 9. Juni, also erst an dem Tag, auf den das zweitgenannte Schreiben datiert, zugestellt worden. Eine Vollstreckungsmöglichkeit und damit die Möglichkeit, die ausstehende Vergütung per Zwangsvollstreckung zu erhalten, bestand aber erst mit Erhalt eines vollstreckbaren Titels, frühestens also mit Zustellung des Urteiles.

Ungeachtet dessen bestehen nach Ansicht der Kammer keine Bedenken gegen die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts auch bei Vorliegen eines vollstreckbaren Titels. Denn auch dann ist keineswegs klar, dass eine eingeleitete Vollstreckung Erfolg zeitigt. Bis tatsächlich die ausstehenden Gehälter vollstreckt waren, muss zumindest die Zurückbehaltung der Arbeitskraft möglich sein, ohne dadurch den Anspruch auf (weiteren) Annahmeverzugslohn zu verlieren.

**bb.** Im Übrigen kann es keinen Unterschied machen, ob ein Arbeitnehmer im Rahmen seiner Schadensminderungspflicht ein anderes Arbeitsverhältnis während der Annahme-

verzugsdauer nach Ausspruch einer angegriffenen unwirksamen Kündigung eingeht, aus dem er sich ggf. nach § 12 KSchG lösen muss, ehe er die Arbeit beim Arbeitgeber nach Feststellung der Unwirksamkeit wieder aufzunehmen oder, ob ein Arbeitnehmer – hier: die Klägerin – eine Vollzeitweiterbildung durchführt, um so die Chancen, eine anderweitige Beschäftigung zu finden und ggf. der Schadensminderungspflicht genügen zu können, zu erhöhen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Klägerin, wie ausgeführt, bereit war, im Falle der angebotenen Weiterbeschäftigung die Weiterbildung abzubrechen.

**d.** Soweit die Beklagte zur Höhe der Annahmeverzugsvergütung ausführt, die Klägerin habe sich nicht ernsthaft auf andere Stellen beworben oder Vorstellungsgespräche absichtlich „vermasselt“, da ansonsten die Dauer der Arbeitsunfähigkeit für eine Sekretärin/Assistentin nicht nachvollziehbar sei, handelt es sich um reine Spekulation.

**3.** Hinsichtlich der Aufrechnung mit dem Rückzahlungsanspruch von € ... netto gilt das oben (II. 4. c.) Ausgeführte, wobei im Falle der bereits erstinstanzlich bestandenen Ausrechnungslage (§§ 387, 394 BGB) nach damals bereits erklärter Aufrechnung kein Gegenanspruch mehr bestanden hatte, mit dem die Beklagte nunmehr gegen die weiteren Annahmeverzugsansprüche hätte aufrechnen können (§ 389 BGB).

**4.** Die Zinsentscheidung folgt aus §§ 286, 188, 246 BGB.

## **2. Zum Weiterbeschäftigungsanspruch**

Die Klägerin ist ferner nach §§ 611, 613 BGB i.V.m. Art. 1, 2 GG, § 242 BGB tatsächlich weiterzubeschäftigen (BAG v. 27. 2. 1985 – GS 1/84, NZA 1985, 702).

**a.** Einem Arbeitnehmer steht nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bei einem unangefochten bestehenden Arbeitsverhältnis nach §§ 611, 613 BGB i.V.m. § 242 BGB und unter Berücksichtigung der Wertungen des Grundgesetzes ein Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung zu. Es verstieße gegen den Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers, wenn ihn der Arbeitgeber gegen seinen Willen für längere Zeit ohne besondere eigene schutzwürdige Interessen an der Freistellung zumutete, im Arbeitsverhältnis nur seine Vergütung entgegenzunehmen, ohne sich in seinem Beruf betätigen zu können (vgl. BAG v. 10. 11. 1955 – 2 AZR 591/54, AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäfti-

gungspflicht; BAG v. 4. 6. 1964 – 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918; BAG v. 19. 8. 1976 – 2 AZR 173/75, NJW 1977, 215; BAG v. 26. 5. 1977 – 2 AZR 362/76, NJW 1978, 239).

Nachdem das Bundesarbeitsgericht für das gekündigte Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Kündigungsfrist zunächst mit Urteil vom 26. 5. 1977 (a.a.O.) nur bei offensichtlich rechtswirksamer oder offenbar rechtsmissbräuchlicher bzw. willkürlicher Kündigung einen Weiterbeschäftigungsanspruch angenommen hatte, bejahte der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts nachfolgend mit Beschluss vom 27. 2. 1985 (a.a.O.) einen solchen über den Ablauf der Kündigungsfrist oder den Kündigungstermin hinaus auch für den Fall einer nicht offensichtlich unwirksamen Kündigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses, sofern keine überwiegenden schutzwerten Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen. Letzteres treffe bei einem streitigen Ende des Arbeitsverhältnisses jedenfalls so lange zu, als der Ausgang des Streits über den Bestand des Arbeitsverhältnisses ungewiss sei. Die Beschäftigung wie die Nichtbeschäftigung hätten irreversible Folgen. Bei der gebotenen Interessenabwägung sei das Risiko des ungewissen Prozessausganges zugunsten des Arbeitgebers zu berücksichtigen. Das Prozessrisiko ändere sich aber dann, wenn der Arbeitnehmer im Kündigungsprozess ein obsiegendes Urteil erstreite. In diesem Fall könne die Ungewissheit über den endgültigen Prozessausgang für sich allein kein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers mehr begründen. Dieser müsse vielmehr zusätzliche Umstände anführen, aus denen sich sein überwiegendes Interesse an der Nichtbeschäftigung ergebe (BAG v. 27. 2. 1985, a.a.O.). Andernfalls werde das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers durch dessen „Degradierung“ zu einem bloßen Lohnempfänger verletzt; seine Achtung und Anerkennung in der Gesellschaft wäre betroffen. Um dies zu vermeiden, hat die Rechtsprechung den erst nach Schaffung des BGB ins Rechtsbewusstsein getretenen Beschäftigungsanspruch entsprechend der systemimmanenten Wertentscheidungen der Art. 1, 2 GG "in einem Akt bewertenden Erkennens" verwirklicht (vgl. auch BVerfG v. 14. 2. 1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 289, 287 ff.).

§§ 102 Abs. 5 BetrVG, 79 Abs. 2 BPersVG stehen einem derartigen Anspruch nicht entgegen. Eine Anspruchsstellung nach diesen Vorschriften ist unabhängig von der Wirksamkeit der Kündigung und geht über den allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch hinaus. Die betriebs- und personalvertretungsrechtlichen Normen erstreben zudem nur eine Stärkung der Rechte des Betriebs- bzw. Personalrats (BAG v. 27. 2. 1985, a.a.O.).

Auch kann dem so genannten allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch keine bestehende ausreichende Vollstreckungsmöglichkeit nach geltendem Recht (§ 6 Abs. 1 Satz 2 ArbGG) entgegengehalten werden, die einen Anspruch auf tatsächlich Beschäftigung ausschliesse, noch bietet § 615 BGB ausreichenden Schutz für den Arbeitnehmer (so z.B. *Heinze*, DB 1985, 111; *Picker*, ZfA 1981, 303 [472]). Die Vorschrift gewährt dem (nicht beschäftigten) Arbeitnehmer einen Vergütungsanspruch, ohne dass dieser die Arbeitsleistung nachholen müsste; darin liegt gerade die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechtes. Auch ist mit dem Vergütungsanspruch keine Erfüllungsfiktion verbunden (Mot. II S. 462 ff), weswegen die tatsächliche Beschäftigung nicht systemwidrig erscheint (zutr. BAG v. 27. 2. 1985, a.a.O.). Das Beschäftigungsinteresse als Teil des Persönlichkeitsrechts bleibt so hinter den rein wirtschaftlichen Interessen zurück.

**b.** Vorliegend steht die Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigungserklärung fest. Die Kündigung war aus den der Klägerin vorgeworfenen Gründen nicht wirksam (§ 626 Abs. 1 BGB) bzw. nicht sozial gerechtfertigt (§ 1 Abs. 2 KSchG) und hat das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst. Die dagegen gerichteten Einwendungen der Beklagten greifen nicht durch.

**aa.** Soweit sich die Beklagte auf ein fehlendes Interesse der Klägerin an ihrer tatsächlichen Beschäftigung wendet, ist nicht ersichtlich, woraus sich dies ergeben soll. Dass sie mehr als 1 Jahr nicht beschäftigt worden war, liegt primär an der Beklagten, nicht aber an der Klägerin, der keine Weiterarbeit durch Zur-Verfügung-Stellung eines Arbeitsplatzes ermöglicht worden war.

**bb.** Der Wegfall der Stelle der Klägerin ist unerheblich, Zwischen den Parteien besteht ein Arbeitsvertrag, dem entsprechend sie zu beschäftigen ist. Auch wenn Assistentenstellen im Bereich der begehrten Beschäftigung nicht (mehr) vorhanden sind, ist es Sache der Beklagten, die Klägerin vertragsgerecht einzusetzen.

Dem Antrag der Klägerin auf Beschäftigung als Assistentin im Bereich „Commercial 4“ steht zudem nicht entgegen, dass sie diese Tätigkeit nicht ausschließlich schuldet. Die Klägerin mag als „Assistenz 3“ im Geschäftsbereich „F.“ eingestellt worden sein. Jedenfalls hatte die Beklagte – ob auf Grund des umfangreichen Versetzungsvorbehalts kann dahingestellt bleiben – von ihrem Direktionsrecht (§ 106 Satz 1 GewO) Gebrauch gemacht und der Klägerin nachfolgend eine Tätigkeit als Assistenz als Commercial in der

Abteilung Practice ... (Commercial 4) zugewiesen. Angesichts der (zunächst) erfolgten Konkretisierung der nur rahmenmäßig umschriebenen Tätigkeit der Klägerin war diese – bis zu einer weiteren vertragsgemäßen Direktionsausübung – gehalten, die ihr zugewiesene Tätigkeit zu verrichten; nur diese zuletzt zugewiesene Tätigkeit konnte sie im Rahmen ihres Beschäftigungsbegehrens verlangen (vgl. auch BAG v. 19. 5. 2010 – 5 AZR 162/09, NZA 2010, 119; früher bereits BAG 27. 4. 1960 – 4 AZR 584/58, DB 1960, 846). Das Beschäftigungsbegehren wäre allenfalls dann unbegründet, wenn ihr die Beklagte zwischenzeitlich eine andere, ebenso vertragsgerechte Tätigkeit angeboten oder zugewiesen hätte (vgl. dazu BAG v. 30. 4. 2008 – 5 AZR 502/07, NZA-RR 2008, 551; BAG v. 19. 5. 2010, a.a.O.).

**cc.** Soweit sie sich auf überwiegende Interessen an der Nichtbeschäftigung beruft, sind diese bereits unerheblich, soweit sich das Interesse aus der nicht mehr vorhandenen Stelle ergeben soll (vgl. vorstehend bb.); insoweit ist auch kein Ausschluss der vorläufigen Vollstreckbarkeit geboten. Die weiteren pauschalen Ausführungen zur Störung des Betriebsfriedens durch die Klägerin reichen ebenso nicht hin, eine tatsächliche Beschäftigung der Klägerin zu verweigern. Diese Umstände haben nichts mit der weiteren Krankenschreibung der Klägerin ab 1. Feb. 2010 bzw. dem vorangegangenen Urlaubsverlangen ab 2. Feb. 2010 zu tun. Ohne diese Umstände, die nach Ansicht der Kammer für sich keine (weitere) Störung des Betriebsfriedens darstellen, wäre die Klägerin tatsächlich über diesen Zeitpunkt hinaus zu beschäftigen gewesen. Die früheren Umstände, die es nun der Beklagten unmöglich machen sollen, sie weiterhin einzusetzen, wären nie zum Tragen gekommen. Es geht nun nicht an, angesichts der ausgesprochenen unwirksamen Kündigungen eine tatsächliche Beschäftigung allein aus diesen Umständen aus der Vergangenheit, welche die Beklagte nur teilweise abgemahnt, im Übrigen aber nicht sanktioniert hatte, eine tatsächliche Beschäftigung im fortbestehenden Arbeitsverhältnis zu verweigern.

**IV.** Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 91 Abs. 1 ZPO.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil kann die Beklagte Revision einlegen.

Für die Klägerin ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt

Postanschrift:  
Bundesarbeitsgericht  
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:  
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de/>.

Dr. Künzl

Putz

Deinzer