6 (5) Sa 472/01
14 Ca 84/01
Nürnberg

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

in dem Rechtsstreit

B...

- ... -

Prozessbevollmächtigte: ...

g e g e n

Fa. D...

- ... -

Prozessbevollmächtigte: ...

Die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg hat durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Nürnberg V e t t e r als Vorsitzenden sowie die ehrenamtlichen Richter Schädel und Müller aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28.05.2002

für Recht erkannt:

I. Die Berufung der Beklagten vom 25.05.2001 gegen das Teilurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 26.01.2001 – Az. 14 Ca 84/00 – wird zurückgewiesen.

II. Der Auflösungsantrag der Beklagten wird zurückgewiesen.

III. Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

IV. Die Revision zum Bundesarbeitsgericht wird zugelassen.

-

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Arbeitgeberkündigung sowie über einen Auflösungsantrag des Arbeitgebers.

Der Kläger war seit 01.02.1991 bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten beschäftigt, seit 01.02.1996 als Leiter der Vertriebsstelle in E.... Mit Wirkung vom 01.01.1997 ging das Arbeitsverhältnis mittels Betriebsübergangs auf die Beklagte über.

Die Beklagte sprach dem Kläger mit Schreiben vom 28.01.1997 eine Kündigung aus, bot ihm gleichzeitig die Fortsetzung zu geänderten Bedingungen an. Der Kläger, der dieses Angebot unter Vorbehalt annahm, erhob hiergegen Klage, die beim Arbeitsgericht Nürnberg unter dem Aktenzeichen 1 Ca 1404/97 geführt wurde. Das Arbeitsgericht stellte mit Teilurteil vom 16.07.1998 fest, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen unwirksam sei. Dieses Teilurteil wurde rechtskräftig.

Die Beklagte sprach mit Schreiben vom 27.12.1999 (Anlage K 2 zur Klageschrift, Bl. 7 d.A.) gegenüber dem Kläger die außerordentliche, hilfsweise fristgemäße Kündigung aus mit der Begründung, der Kläger habe während der Arbeitszeit an der Ausarbeitung einer Gruppenreise mitgewirkt. Hierfür gebe es keinen Vorgang im Büro. Der Kläger habe hierfür vielfach telefoniert und mehrere Stunden seiner Arbeitszeit hierfür aufgewendet. Gegenüber dem Regionalleiter habe er erklärt, er habe nur einmal in dieser Angelegenheit telefoniert. Er habe daher zum einen die Unwahrheit gesagt, zum anderen während der Arbeitszeit private Dinge erledigt und sich hierfür Vergütung auszahlen lassen. Dies stelle einen Vertrauensbruch dar.

Der Kläger hat mit Schriftsatz seiner anwaltlichen Vertreter gegen diese Kündigung Klage erheben lassen. Der Schriftsatz, in dem als Beklagte angegeben ist "D... GmbH", ist am 04.01.2000 beim Arbeitsgericht eingegangen. Der Beklagtenvertreter hat sich mit Schriftsatz vom 24.01.2000 für die Beklagte angezeigt und um Terminsverlegung gebeten. Mit Schriftsatz vom 21.02.2000 hat er erklärt, die in der Klageschrift angegebene Person sei nicht passiv legitimiert; bereits zum 01.01.1998 sei das zur angegebenen Beklagten bestehende Arbeitsverhältnis auf die jetzige Beklagte, die Firma D... D... GmbH & Co. OHG, übergegangen. Der Kläger sei wie die anderen Mitarbeiter durch Schreiben vom 24.11.1997 hierüber informiert worden (Anlage zum Schriftsatz vom 21.02.2000, Bl. 25 d.A.). Der Kläger hat daraufhin mit Schriftsatz vom 24.02.2000, beim Arbeitsgericht eingegangen am 28.02.2000, Berichtigung des Beklagtenrubrums beantragt und vorsorglich nachträgliche Klagezulassung begehrt. Die Beklagte hat dem Antrag widersprochen. Das Arbeitsgericht hat daraufhin durch Beschluss vom 18.09.2000 das Rubrum berichtigt (Bl. 71 ff. d.A.). Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beklagten wurde vom Landesarbeitsgericht Nürnberg durch Beschluss vom 20.11.2000 zurückgewiesen (Az. 5 Ta 241/00, Bl. 108 ff. d.A.).

Am 29.12.1999 hat der Kläger eine Klage auf Nachzahlung eines Teils des Weihnachtsgeldes für die Jahre 1997 und 1998 eingereicht, ebenfalls gerichtet gegen die "Firma D... GmbH". Diese Klage hat er später auf andere Ansprüche erweitert. Dieses Verfahren wurde beim Arbeitsgericht Nürnberg unter dem Aktenzeichen 14 Ca 10857/99 geführt. In diesem Verfahren hat die dort bezeichnete Beklagte mit Schriftsatz vom 22.02.2000, beim Arbeitsgericht eingegangen am 23.02.2000, ebenfalls die fehlende Arbeitgebereigenschaft der Beklagten gerügt. Der Kläger hat im dortigen Verfahren seine Klage mit Schriftsatz vom 16.03.2000 erweitert und die Ansprüche auch gegen die jetzige Beklagte gestellt. Er hat mit Schriftsatz vom 11.07.2000, beim Arbeitsgericht eingegangen am 12.07.2000, beantragt, das Rubrum der ursprünglich

verklagten Firma "D... GmbH" zu berichtigen in "D...T... Geschäftsführungs GmbH". Das Arbeitsgericht hat dem Berichtigungsantrag im dortigen Verfahren mit Beschluss vom 18.09.2000 entsprochen (dort Bl. 85 ff. d.A.). Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht Nürnberg – Aktenzeichen 7 Ta 243/00 - den Berichtigungsbeschluss des Arbeitsgerichts mit Beschluss vom 13.11.2000 abgeändert und den Antrag auf Berichtigung abgelehnt. Im dortigen Verfahren ist unter dem 06.08.2001 Endurteil ergangen, durch das die Beklagte zu 2.) – im vorliegenden streitgegenständlichen Verfahren Beklagte – zur Zahlung verurteilt wurde; gegen die dortige Beklagte zu 1.) wurde die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten zu 2.) ist beim Landesarbeitsgericht Nürnberg unter dem Aktenzeichen 2 Sa 1056/01 noch anhängig.

Mit Schriftsatz vom 07.12.2000 hat der Kläger im vorliegenden Verfahren seine Klage erweitert und Vergütungsansprüche für Januar bis November 2000 abzüglich bezogenen Arbeitslosengeldes, mit Schriftsatz vom 18.12.2000 darüber hinaus vermögenswirksame Leistungen, Provisionen, Urlaubsgeld und Gratifikation geltend gemacht.

Der Kläger hat im Verfahren vor dem Arbeitsgericht die Auffassung vertreten, die Vorwürfe der Beklagten rechtfertigten weder eine außerordentliche noch eine ordentliche Kündigung. Er habe zu keiner Zeit eine Gruppenreise ausgearbeitet und organisiert, sei vielmehr nur Teilnehmer einer solchen Reise gewesen. In Vorbereitung hierzu habe er mit der Firma M... Reisen mehrfach telefoniert. Die Beklagte sei nicht befugt, die Einzelgesprächsnachweise ins Verfahren einzuführen, weil sie diese unter Verletzung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats und seiner – des Klägers – Persönlichkeitsrechte erlangt habe. Im übrigen habe die Beklagte das Führen von Privatgesprächen während der Arbeitszeit vorher nie beanstandet. Auch sei die Betriebsratsanhörung fehlerhaft, weil dem Betriebsrat die Einzelgesprächsnachweise nicht vorgelegt worden seien. Die Zahlungsansprüche ergäben sich aus richtiger tariflicher Eingruppierung und Annahmeverzug.

Der Kläger hat vor dem Arbeitsgericht daher folgende Antrag gestellt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 27.12.1999, zugegangen am 29.12.1999, nicht aufgelöst worden ist.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger DM 83.259,57 brutto abzüglich geleisteten Arbeitslosengeldes in Höhe von DM 18.747,08 sowie weitere DM 240,- netto zu zahlen nebst 4% Zinsen aus DM 6.893,87 seit 01.02.2000, aus DM 6.893,87 seit 01.03.2000, aus DM 6.252,44 seit 01.04.2000, aus DM 4.755,77 seit 01.05.2000 nebst Zinsen in Höhe von 5% über dem Basiszinssatz der EZB aus DM 4.684,50 seit 01.06.2000, aus DM 6.821,77 seit 01.07.2000, aus 4.684,50 seit 01.08.2000, aus 4.684,50 seit 01.09.2000, aus 4.755,77 seit 01.10.2000, aus DM 4.684,50 seit 01.11.2000 und aus DM 10.634,50 seit 01.12.2000 sowie aus weiteren DM 240,- seit Rechtshängigkeit.

3. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger über die verdiente Erfolgsbeteiligung für das Jahr 1999 eine Abrechnung zu erstellen und den sich aus der Abrechnung ergebenden Betrag nebst Zinsen in Höhe von 5% über dem Basiszinssatz der EZB seit 01.06.2000 auszuzahlen.

4. Die Beklagte wird verurteilt, die Lohnsteuerkarte 2000 auszufüllen und an den Kläger herauszugeben.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat erklärt, der Beschluss des Arbeitsgerichts vom 18.09.2000 über die Berichtigung des Beklagtenrubrums sei ebenso wie der Beschluss des Landesarbeitsgerichts vom 20.11.2000 der nunmehrigen Beklagten nicht zugestellt worden. Die Zustellung sei lediglich an ihn als damaligen Prozessbevollmächtigten der ursprünglichen Beklagten erfolgt. Die Beschlüsse könnten die jetzt als Beklagte geführte Partei daher nicht binden.

Die Beklagte ist der Meinung, die außerordentliche Kündigung sei berechtigt. Der Kläger habe während seiner Arbeitszeit unter Ausnutzung der Betriebsmittel seines Arbeitgebers Wettbewerb gegen den Arbeitgeber bereitet. Er habe sich dadurch bereichert, dass er über das Telefon des Arbeitgebers zum Zwecke wettbewerblicher Tätigkeit Telefongespräche geführt habe. Der Kläger habe im Zeitraum 28.07.1999 bis 25.11.1999 eine Gruppenreise für eine Vielzahl von Personen ausgearbeitet, die über die Firma T... T... bzw. die Firma M... Reisen abgewickelt worden sei. Er habe, wie anhand der Einzelgesprächsnachweise ersichtlich sei, zu diesem Zweck von seinem Büro aus Telefonate in der Dauer von mindestens 141,3 Minuten geführt. Es sei zu vermuten, dass er noch häufiger telefoniert und dadurch Arbeitszeit verschwendet habe, wenn er von Gesprächsteilnehmern angerufen worden sei. Dem Kläger sei bekannt gewesen, dass private Telefonate während der Arbeitszeit nur in dringenden Fällen und gegen Erstattung der Gebühren geführt werden dürften. Dies ergebe sich auch aus § 22 der Arbeits- und Betriebsordnung seines ehemaligen Arbeitgebers. Der Kläger sei in der vorangegangenen Zeit bereits abgemahnt worden, weil während seiner probeweisen Tätigkeit in E... ungewöhnlich hohe Telefonkosten angefallen seien. Er sei im Rahmen des Mitarbeitergespräches vom 16.03.1999 ausdrücklich aufgefordert worden, die extrem langen und ein vertretbares Maß übersteigenden privaten Telefongespräche während der Arbeitszeit zu unterlassen. Wegen der Aufzeichnungen über das Mitarbeitergespräch wird auf die von der Beklagten mit Schriftsatz vom 02.01.2001 vorgelegte Ablichtung Bezug genommen (Bl. 162 d.A.). Der Kläger habe sich dies nicht zur Warnung dienen lassen. Er sei am 16.12.1999 befragt worden, ob er vom Büro seines Arbeitgebers aus aktiv Telefongespräche im Zusammenhang mit der Organisation der Gruppenreise geführt habe. Er habe bewusst wahrheitswidrig behauptet, dass er lediglich Teilnehmer der Reise sei, aber keine Organisationstätigkeit hierfür verrichtet habe. Er sei lediglich von außen einmal angerufen worden. Ihr, der Beklagten, sei nach alldem nicht zuzumuten, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen.

Der Kläger hat die Ausarbeitung einer Gruppenreise weiterhin bestritten. Er hat erklärt, er habe zwar mit dem Reiseveranstalter telefoniert, aber nur hinsichtlich der nötigen Impfungen, der Zimmer, des Tagesprogramms und ähnlicher Dinge. Er hat ausgeführt, das Führen von privaten Telefonaten sei von der Beklagten oder ihren Rechtsvorgängerinnen nie beanstandet worden. Er sei auch diesbezüglich nie abgemahnt worden. Soweit es um die Telefonkosten während seines Einsatzes in der Filiale in E... gehe, habe es sich um geschäftliche Telefonate auch seiner Mitarbeiter gehandelt, deren Höhe ihm angelastet worden sei. Eine Abmahnung sei auch im Rahmen des Beurteilungsgespräches nicht erfolgt. Er habe den Regionalleiter nicht belogen, habe vielmehr eine ihm vorgelegte Gesprächsnotiz (Anlage K 4 zum Schriftsatz der Klägervertreter vom 18.01.2001, Bl. 191 d.A.) nicht unterzeichnet und die in der Gesprächsnotiz so aufgestellte Behauptung durch einen Zusatz als unwahr

berichtigt. Schließlich fehlten genaue Ausführungen der Beklagten bezüglich der Betriebsratsanhörung.

Das Arbeitsgericht hat durch Teilurteil vom 26.01.2001 der Klage im Hinblick auf die Kündigung wie folgt stattgegeben:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 27.12.1999, zugegangen am 29.12.1999, nicht aufgelöst worden ist.

Es hat im wesentlichen ausgeführt, die Kündigung scheitere schon an § 102 BetrVG. Die Beklagte habe trotz entsprechender Rüge nichts zur Betriebsratsanhörung vorgetragen. Auf weitere Unwirksamkeitsgründe komme es daher nicht mehr an.

Das Teilurteil vom 26.01.2001 ist dem Beklagtenvertreter ausweislich des Empfangsbekenntnisses am 15.06.2001 zugestellt worden. Dieser hat namens der Beklagten mit Schriftsatz vom 25.05.2001, beim Landesarbeitsgericht ausweislich des Eingangsstempels eingegangen am 01.06.2001, Berufung eingelegt. Er hat diese Berufung mit am 10.07.2001 beim Landesarbeitsgericht eingegangenem Schriftsatz begründet.

Mit weiterem Teilurteil vom 06.08.2001 hat das Arbeitsgericht der Klage auch im Hinblick auf die eingeklagten Forderungen des Klägers in vollem Umfang stattgegeben. Es hat lediglich die vom Kläger begehrte noch nicht bezifferte Auszahlung der Erfolgsbeteiligung einem nach Abrechnung zu erlassendem Schlussurteil vorbehalten. Das Arbeitsgericht hat zur Begründung seines weiteren Teilurteils ausgeführt, die Ansprüche des Klägers seien schlüssig vorgetragen. Die Kammer sei, wie im Teilurteil über die Kündigung ausgeführt, vom Bestehen des Arbeitsverhältnisses im Jahr 2000 überzeugt. Die Beklagte habe nachvollziehbare Einwendungen nicht erhoben.

Dieses Teilurteil vom 06.08.2001 ist dem Beklagtenvertreter ausweislich des Empfangsbekenntnisses am 16.11.2001 zugestellt worden. Er hat hiergegen namens der Beklagten mit am 11.12.2001 beim Landesarbeitsgericht eingegangenem Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit am 10.01.2002 eingegangenem Schriftsatz begründet. Dieses Verfahren wurde beim Landesarbeitsgericht Nürnberg zunächst unter dem Aktenzeichen 5 Sa 1055/01 geführt. Es wurde durch Beschluss vom 13.03.2002 dem vorliegenden Verfahren hinzuverbunden.

Zur Begründung ihrer Berufung trägt die Beklagte vor, das Arbeitsgericht sei nicht auf die schriftliche Änderungskündigung vom 20.01.1997 eingegangen. Die dortigen Erklärungen seien wirksam geworden. Sie, die jetzt als Beklagte behandelt werde, sei in Wirklichkeit nie Partei des Prozesses geworden. Dies zeige sich schon daran, dass das Landesarbeitsgericht Nürnberg in verschiedenen Verfahren einmal die Berichtigungsmöglichkeit bejaht, ein anderes Mal aber verneint habe. Die Betriebsratsanhörung sei nicht fehlerhaft gewesen, wie die schriftliche Anhörung vom 21.12.1999 – Anlage zur Berufungsbegründung, dort Bl. 18 d.A.) – zeige. Auch der Kläger führe aus, dass der Betriebsrat der Kündigung widersprochen habe. Zur Kündigung sei es gekommen, weil im Kollegenkreis des Klägers aufgefallen sei, dass der Kläger sehr häufig und sehr lange Telefonate mit der Firma M...Reisen hinsichtlich der von ihm organisierten Gruppenreise geführt habe. Ein Kollege habe ihn in einem persönlichen Gespräch auf die Problematik hingewiesen. Dies habe sich der Kläger nicht zur Warnung dienen lassen. Er habe vielmehr mit der Auszubildenden H... über die Gruppenreise geredet und ihr diese sehr ausführlich dargestellt, um sie gegebenenfalls als Teilnehmerin zu gewinnen. Auf Befragen habe er dem Vorgesetzten am 16.12.1999 wahrheitswidrig mitgeteilt, er sei lediglich Teilnehmer der Reise, habe diese nicht organisiert und lediglich vom Reiseveranstalter einen Anruf erhalten. Er habe die Fra-

ge, ob er Sendeprotokolle des Telefaxes habe verschwinden lassen, verneint. Die Einzelgesprächsnachweise, die durch den Telefonnetzanbieter erstellt worden seien, seien verwendbar und verstießen nicht gegen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats. Es handele sich hierbei um den normalen Standard einer Telefonanlage. Persönlichkeitsrechte des Klägers seien nicht verletzt. Privattelefonate seien nach der Betriebsordnung verboten. Auch durch die vorhergehenden Abmahnungen seien dem Kläger die Telefonate untersagt gewesen.

Seine Berufung gegen das Teilurteil vom 06.08.2001 begründet die Beklagte damit, es sei falsch, dass der Kläger in Tarifgruppe E/5 eingruppiert werden müsse. Sie, die wirkliche Arbeitgeberin, habe dies nie unstreitig gestellt. Der Kläger sei mindestens seit 1997 nicht mehr in Gehaltsstufe 4 eingruppiert, so dass ein Aufstieg nach Gehaltsgruppe 5 nicht möglich sei. Im übrigen lägen die Voraussetzungen des Annahmeverzuges nicht vor, weil der Kläger seine Arbeitsleistung nie angeboten habe. Er habe vielmehr im ans Amtsgericht E... gerichteten Schreiben vom 26.02.2000 erklärt, dass er der Ladung zu diesem Termin nicht Folge leisten könne, weil er extra von seinem Wohnsitz in W...-H... nach E... fahren müsse. Seine Arbeitskraft werde in W... gebraucht. Mit der üblichen Zeugenentschädigung sei er nicht einverstanden. Er bitte um definitive Zusage, dass er seine Auslagen und einen Verdienstausfall als Hausmann von 20,- DM pro Stunde erstattet bekomme (Anlage zum Schriftsatz des Beklagtenvertreters vom 06.11.2001, Bl. 49 d.A.). Schon hieraus sowie aus der Verlegung des Wohnsitzes ergebe sich, dass der Kläger an einer weiteren Tätigkeit bei ihr, der Beklagten, nicht mehr interessiert sei. Er sei von daher auch nicht mehr in der Lage, seine Arbeitsleistung in E... zu erbringen. Das Schreiben stelle zudem eine endgültige Arbeitsverweigerung dar. Spätestens ab diesem Schreiben vom 26.02.2000 befinde sie sich nicht mehr in Annahmeverzug. Der Kläger werde zudem aufgefordert, Auskünfte über seine Zwischenverdienste zu geben. Auch müsse er sich anrechnen lassen, was er durch Arbeiten am Umbau seines Hauses erspart habe. Die Lohnsteuerkarte 2000 liege nicht vor; eine Herausgabe sei daher nicht möglich.

Die Beklagte meint, hilfsweise sei das Arbeitsverhältnis zum 30.06.2000 gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen. Der Kläger habe nach Erhalt des Schreibens vom 20.01.1997 seine Büroleitertätigkeit in E... beendet und seine Tätigkeit als Reisebüroexpedient in E... wieder aufgenommen. Er habe dieses Schreiben also als Änderungskündigung aufgefasst, ohne diese vor dem Arbeitsgericht anzugreifen. Angesichts dessen, dass private Telefonate des Klägers während seiner Arbeitszeit schon Gegenstand des Rechtsstreits über die Kündigung vom 28.01.1997 gewesen seien, sei eine Abmahnung diesbezüglich entbehrlich. Schließlich sei der Kläger in einem Mitarbeitergespräch vom 06.07.1999 auf die von ihm verursachten überhöhten Telefonkosten hingewiesen worden. Der Auflösungsantrag sei begründet, weil ihr eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar sei. Eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit sei nicht zu erwarten. Der Kläger sei nach eigenem Vortrag nicht bereit, das Führen von Privattelefonaten zu unterlassen. Nach Ausspruch der Kündigung habe sie, die Beklagte, erfahren, dass der Kläger die Auszubildende H... nicht nur als Teilnehmerin an der Reise habe gewinnen wollen; vielmehr habe ihre Teilnahme unter der Bedingung gestanden, dass sie ein halbes Doppelzimmer mit dem Kläger teile. Dies habe sie als sehr merkwürdig empfunden.

Die Beklagte führt weiter aus, der Kläger habe ihr nach Ausspruch der Kündigung bewusst Schaden zugefügt. Ein Reisender habe vor dem Amtsgericht E... Schadensersatzansprüche gegen sie, die Beklagte, gestellt. Der Kläger, der den Kunden als einziger beraten habe, habe jedes Fehlverhalten bestritten und sei deswegen als Zeuge geladen worden. Durch das Schreiben vom 26.02.2000 habe er gezeigt, dass

er seinen privaten Interessen vor denjenigen seines Arbeitgebers den Vorrang einräume. Es handle sich um Ausflüchte, dass der Kläger zum Amtsgericht E... gefahren wäre. Es zeige sich jedoch, dass er selbst eine solche Reise – mit der Anfahrt zu seinem Arbeitsplatz identisch – als unverhältnismäßig ansehe. Der Kläger habe während des Arbeitsverhältnisses seinem Arbeitgeber Wettbewerb gemacht. Er habe die Teilnehmer an ein anderes Reiseunternehmen vermittelt.

Die Beklagte stellt als Berufungsklägerin daher im Berufungsverfahren folgende Anträge:

1. Das Teilurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 26.01.2001, Az. 14 Ca 84/00, wird abgeändert und die Klage abgewiesen.

2. Hilfsweise: Das Arbeitsverhältnis wird gemäß § 9 KSchG zum Ablauf des 30.06.2000 gegen Zahlung einer nach § 10 KSchG zu errechnenden Abfindung aufgelöst.

3. Das Teilurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 06.08.2001, Az. 14 Ca 84/00, wird abgeändert und die Klage abgewiesen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen

und den Auflösungsantrag abzuweisen.

Der Kläger hält die Teilurteile für richtig. Er meint, die Berufung gegen das Teilurteil vom 26.01.2001 sei nicht rechtzeitig begründet worden. Der Arbeitsvertrag sei durch das Schreiben vom 20.01.1997 nicht geändert worden. Die Berufung auf die fehlende Zustellung der Berichtigungsbeschlüsse sei unerklärlich, weil der Beklagtenvertreter diese doch erhalten habe. Das Führen von Privatgesprächen sei bisher bei keinem einzigen Mitarbeiter beanstandet worden. Er, der Kläger, habe zu keiner Zeit versucht, die Auszubildende zur Teilnahme der für diese ohnehin viel zu teuren Reise zu bewegen. Er habe keine Faxprotokolle verschwinden lassen. Abmahnungen seien nie ausgesprochen worden. Das Anfordern von Einzelgesprächsnachweisen verstoße gegen die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats. Er bestreite, dass die Beklagte von den Telefonaten innerhalb von zwei Wochen vor Zugang der Kündigung Kenntnis erhalten habe; die Anhörung vom 16.12.1999 spreche dagegen.

Der Kläger hält auch den Auflösungsantrag für nicht begründet. Er habe zu keiner Zeit vorgetragen, dass er sich weigere, Privattelefonate künftig zu unterlassen. Er werde Privattelefonate nur im selben Umfang führen wie alle anderen Mitarbeiter auch. Es sei falsch, dass er die Auszubildende unter der Bedingung, ein Doppelzimmer zu teilen, zur Teilnahme an der Reise habe bewegen wollen. Er habe sich nicht geweigert, vor dem Amtsgericht E... als Zeuge aufzutreten, das Schreiben vom 26.02.2000 besage dies auch nicht.

Die Kammer hat den Rechtsstreit mit dem arbeitsgerichtlichen Aktenzeichen 14 Ca 10875/99 dem vorliegenden Verfahren beigezogen. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Tatbestand der Teilurteile des Arbeitsgerichts (Bl. 213 ff. und Bl. 242 ff. d.A.), die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor dem Landesar-

beitsgericht vom 28.05.2002 (Bl. 72 f. d.A.) und die zwischen den Parteien in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

-

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufungen sind zulässig. Sie sind statthaft, weil sich die eine Berufung gegen ein arbeitsgerichtliches Urteil richtet, welches eine Bestandsstreitigkeit zum Streitgegenstand hatte (§ 64 Abs. 1, Abs. 2c ArbGG), weil die Beschwer der anderen Berufung einen Wert von 1.200,- DM übersteigt. Die Berufungen sind auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden (§§ 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 518, 519 ZPO, 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG, jeweils in der bis 31.12.2001 geltenden Fassung, vgl. § 26 Nr. 5 EG-ZPO). Für die Berufung gegen das Teilurteil vom 26.01.2001 gilt dies deswegen, weil die Begründung innerhalb der am 15.07.2001 ablaufenden Berufungsfrist beim Landesarbeitsgericht eingegangen ist. In einem solchen Fall ist diese Begründung als nochmalige Einlegung der Berufung anzusehen (BAG vom 13.09.1995, 2 AZR 855/94, EzA § 66 ArbGG 1979 Nr. 22).

II.

Die Berufung gegen das Teilurteil vom 26.01.2001 ist aber nicht begründet. Das Arbeitsgericht hat der Klage insoweit zu Recht stattgegeben. Das Arbeitsverhältnis ist durch die Kündigung vom 27.12.1999 nicht aufgelöst worden. Auch der Auflösungsantrag der Beklagten ist nicht begründet. Über die eingeklagten Zahlungsansprüche konnte die Kammer noch nicht entscheiden, da im Hinblick auf die richtige Eingruppierung des Klägers und die Höhe der nach § 615 BGB zu berechnenden Annahmeverzugsansprüche weitere tatsächliche Feststellungen erforderlich sind.

1.

Das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis ist durch die Kündigung vom 27.12.1999 nicht außerordentlich mit sofortiger Wirkung aufgelöst worden.

a.

Die Kammer hatte das Vorhandensein eines Kündigungsgrundes zu prüfen, weil der Kläger seine Klage rechtzeitig innerhalb der Drei-Wochen-Frist der §§ 13, 4 und 7 KSchG erhoben hat. Zwar hat er die innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung erhobene Klage zunächst nicht gegen die Beklagte, sondern gegen die Firma "... GmbH" gerichtet, hat einen Berichtigungsantrag erst nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist gestellt. Dies schadet jedoch nicht. Das Arbeitsgericht hat dem Berichtigungsantrag stattgegeben und damit festgestellt, dass die Parteien so zu stellen sind, als ob von Anfang an die jetzige Beklagte verklagt worden ist. Das Landesarbeitsgericht hat die Berichtigung mit Beschluss vom 20.11.2000 schon deswegen für nötig gehalten, weil der Kläger seiner Klage das Kündigungsschreiben, aus dem sich die richtige Bezeichnung der Beklagten ergibt, beigefügt hatte. Dies entspricht der neuesten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG vom 15.03.2001, 2 AZR 141/00, EzA § 4 KSchG n.F. Nr. 61; BAG vom 21.02.2002, 2 AZR 55/01). Die Kammer hält diesen Beschluss schon aus formalen Gründen für bindend. Sie sieht sich gehindert, nochmals selbst in die Prüfung einzusteigen, ob von Anfang an die jetzt als Beklagte geführte Partei verklagt war. Dies steht bereits durch den Be-

schluss des Landesarbeitsgerichts vom 20.11.2000 fest. Damit ist auch die Frist gewahrt.

b.

Nach den angesichts des Sachvortrags der Parteien zu berücksichtigenden Tatsachen kann die Kammer keinen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB erkennen, der es der Beklagten unzumutbar machen würde, die Kündigungsfrist abzuwarten bzw. einzuhalten. Es fehlt schon an einem wichtigen Grund. Die Beklagte hat sich diesbezüglich darauf berufen, der Kläger habe Wettbewerb gegen sie gemacht, indem er eine Gruppenreise über ein anderes Reisebüro organisiert habe. Der Kläger hat diesen Sachvortrag bestritten. Die Beklagte hat nachvollziehbare Tatsachen, aus denen sich ergeben würde, dass der Kläger eine solche Organisationstätigkeit vorgenommen hätte, nicht vorgetragen. Die bloß pauschale Behauptung, dies ergebe sich durch seine Gespräche mit dem Reisebüro, sind nicht überzeugend. Der Kläger hat eingewandt, er habe nur wegen einiger Einzelheiten der Reise telefoniert. Die Beklagte hat sich hierzu nicht im einzelnen geäußert. Sie hätte im Rahmen der abgestuften Darlegungslast zu diesem Vorbringen Stellung nehmen und es widerlegen müssen. Sie hätte als Kündigende im Rahmen der ihr obliegenden Beweislast, die auch das Nichtvorliegen von Entschuldigungs- und Rechtfertigungsgründen beinhaltet (ständige Rechtsprechung, vgl. nur KR-Fischermeier, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2002, § 626 BGB RdNrn. 380 ff.), entweder nachvollziehbaren Sachvortrag – der seinerseits wieder die Obliegenheit zu näherer Darlegung durch den Kläger ausgelöst hätte – vortragen müssen, der dieser klägerischen Einlassung entgegensteht, oder aber Beweis für die Fehlerhaftigkeit der klägerischen Behauptung anbieten müssen. Beides hat sie nicht getan. Die Einlassung des Klägers, er habe die Reise nicht organisiert, ist damit nicht widerlegt. Damit ist ein Wettbewerbsverstoß des Klägers nicht erwiesen. Dass die bloße Teilnahme an einer solchen Reise bei einem Wettbewerber einen solchen Verstoß darstellen solle, behauptet auch die Beklagte nicht.

c.

Ein solcher wichtiger Grund liegt auch nicht darin, dass der Kläger private Telefonate während der Arbeitszeit auf Kosten der Beklagten geführt hat. Der Kläger hat nämlich – insoweit von der Beklagten unwidersprochen – vorgetragen, die Beklagte habe entgegen den Bestimmungen der Arbeitsordnung private Telefonate in gewissem Umfang bei sämtlichen Mitarbeitern immer geduldet. Die Beklagte hat dies weder widerlegt noch Beweis für das Nichtvorliegen dieser Behauptung angetreten. Die Kammer hat daher auch von der Richtigkeit dieses klägerischen Sachvortrags auszugehen. Legt man diesen aber zugrunde, so kann die Kammer in den Telefonaten des Klägers keinen wichtigen Grund erkennen. Er hat dann nur das gemacht, was die Beklagte bei sämtlichen Mitarbeitern geduldet hat. Es ist schon fraglich, ob dies einen Verstoß gegen seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen darstellt. In keinem Fall berechtigt dieses Verhalten jedoch ohne vorherige Abmahnung zur außerordentlichen Kündigung. Im übrigen verbietet auch die Arbeitsordnung Privattelefonate nicht völlig. Die Beklagte hat nicht vorgetragen, dass diese Telefonate ein übermäßiges Ausmaß erreicht hätten. Insbesondere erscheint angesichts dessen, dass solche Gespräche in gewissem Rahmen erlaubt sind, ein Zeitanteil von 141 Minuten in vier Monaten zwischen 28.07. und 25.11.1999 als keineswegs besonders gewichtig.

d.

Ein wichtiger Grund besteht auch nicht darin, dass der Kläger eine gewisse Zeit an Privattelefonaten während seiner Arbeitszeit geführt und damit seine Arbeitspflichten

verletzt hat. Auch diesbezüglich gilt, dass die Beklagte ein solches Verhalten in gewissem Umfang in der Arbeitsordnung ausdrücklich gestattet. Im übrigen hätte es, wollte die Beklagte dies nicht mehr dulden, insoweit einer eindeutigen Anweisung und einer entsprechenden Abmahnung bedurft.

e.

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist für die Kammer das Vorliegen einer einschlägigen Abmahnung nicht erkennbar. Soweit die Beklagte erklärt hat, der Kläger sei früher mehrfach diesbezüglich abgemahnt worden, hat sie diesen vom Kläger bestrittenen Vortrag nicht im einzelnen so substantiiert, dass die Kammer erkennen könnte, auf welchen Zeitpunkt und welche Äußerung die Beklagte insoweit abstellen will. Der Kammer ist es angesichts dieses pauschalen Sachvortrags nicht möglich zu prüfen, ob es sich bei entsprechenden Äußerungen wirklich um eine "Abmahnung" im Rechtssinne gehandelt hat, ob ihre Wirkungen nicht angesichts zurückliegender Zeitdauer nachgelassen haben und ob solchen Abmahnungen ein Verstoß des Klägers zugrunde gelegen hat.

Soweit sich die Beklagte auf die Gesprächsnotiz über das Mitarbeitergespräch bezogen hat, betraf die hierbei aufgezeichnete Rüge einen anderen Sachverhalt. In dem Schreiben (Bl. 163 d.A.) heißt es: "Besseres Time-Management: Kundengespräche und Telefongespräche auf normales Maß reduzieren". Gerade diese Formulierung stützt die Einlassung des Klägers, dass von Privattelefonaten hier nicht die Rede gewesen sei. Auch sind Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger diesbezüglich abgemahnt worden wäre, dass ihm eine Kündigung in Aussicht gestellt worden wäre, hierbei in keiner Weise ersichtlich. Entsprechendes ist auch von der Beklagten nicht nachvollziehbar behauptet worden. Ähnliches gilt für ein weiteres Mitarbeitergespräch vom Juli 1999. Selbst wenn eine Abmahnung ausgesprochen gewesen wäre: Die Rüge schlechten Zeit-Managements, der Hinweis, zu viel zu telefonieren, hat eine völlig andere Zielrichtung, einen völlig anderen Inhalt und einen anderen Unwertgehalt als eine Rüge, die sich auf privates Telefonieren während der Arbeitszeit bezieht. Einmal geht es um die Frage der Art und Weise der Erbringung der Arbeitsleistung, zum anderen um Verstöße gegen die Betriebsordnung. Eine etwaige Abmahnung beträfe damit keinen gleichartigen Sachverhalt und würde für den nunmehr behaupteten Verstoß nicht genügen.

f.

Die Kammer kann einen wichtigen Grund schließlich auch nicht in den Äußerungen des Klägers im Gespräch vom 16.12.1999 erkennen. Es mag sein, dass der Kläger in diesem Gespräch zunächst fehlerhafte Angaben gemacht hat, dass er behauptet hat, höchstens einmal mit der Firma M... Reisen telefoniert zu haben. Er hat dies jedoch spätestens in dem Zeitpunkt, in dem er den Gesprächsvermerk unterzeichnen sollte, richtig gestellt und seine Angaben – selbst wenn er sie gemacht haben sollte – nicht mehr aufrecht erhalten. Eine nachhaltige Lüge, die das Vertrauen eines verständigen Arbeitgebers durch dieses Verhalten nachhaltig erschüttern könnte, kann die Kammer in einem solchen Verhalten des Klägers nicht erkennen.

g.

Auch eine Gesamtschau der Vorwürfe führt zu keiner anderen Betrachtungsweise. Letztlich wirft die Beklagte dem Kläger nur einen einheitlichen Lebenssachverhalt vor, aus dem sie verschiedenste Kündigungsgründe ableitet. Eine andere Bewertung der Verstöße im Rahmen einer Gesamtschau ist – zumal das Vorbringen des Klägers offenbar nicht zu widerlegen ist – daher nicht veranlasst.

h.

Nach alldem liegt kein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vor. Die Kündigung scheitert als außerordentliche schon hieran. Im übrigen hat sich die Beklagte zum Einwand des Klägers, er bestreite die Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB, nicht geäußert, so dass auch diese Tatsache der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit sofortiger Wirkung entgegensteht.

2.

Das Arbeitsverhältnis ist auch nicht durch ordentliche Kündigung mit Wirkung zum 30.06.2000 beendet worden.

a.

Auch diese ordentliche Kündigung war von der Kammer auf ihre soziale Rechtfertigung hin zu überprüfen. Hinsichtlich der Einhaltung der Klagefrist des § 4 KSchG gilt das unter 1.a. Dargelegte entsprechend.

b.

Die Kündigung ist als ordentliche Kündigung sozial nicht gerechtfertigt. Die angeführten Gründe wiegen entgegen der Ansicht der Beklagten nicht so schwer, dass sie eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG "bedingen" würden. Der Beklagten wäre angesichts der bisherigen Duldung von Privattelefonaten, angesichts der Unklarheit, was die Beklagte unter erlaubten geringfügigen Privattelefonate versteht, und angesichts der nicht übermäßig zu bezeichneten Privatgespräche des Klägers zuzumuten gewesen, den Kläger vor Ausspruch einer Kündigung abzumahnen. Dasselbe gilt hinsichtlich des Verstoßes, während der Telefonate nicht gearbeitet zu haben. Schließlich sind aus den dargestellten Gründen auch die behauptete Lüge des Klägers und die behaupteten Wettbewerbsverstöße nicht geeignet, die soziale Rechtfertigung der Kündigung zu bedingen.

c.

Auf die Frage, ob die Beklagte die Einzelgesprächsnachweise wirksam ins Verfahren einbringen konnte, sowie auf die Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Betriebsratsanhörung kommt es nach alldem nicht an. Letztere hat die Beklagte allerdings nunmehr durch Vorlage des Anhörungsschreibens belegt; der Kläger hat weitere Ausführungen hierzu nicht mehr gemacht und spezielle Rügen hierzu nicht erhoben.

3.

Das Arbeitsverhältnis ist damit durch die Kündigung vom 27.12.1999 nicht aufgelöst worden. Auch der von der Beklagten gestellte Auflösungsantrag ist nicht begründet.

a.

Soweit sich die Beklagte darauf stützt, die Kollegen wollten mit dem Kläger nicht mehr zusammenarbeiten, hat sie trotz Bestreitens des Klägers Einzelheiten nicht

vorgetragen. Sie hat insbesondere nicht erläutert, auf welche Weise sie versucht hat, sich vor den Kläger zu stellen und zu vermitteln.

b.

Soweit sich die Beklagte auf das Schreiben des Klägers ans Amtsgericht E... vom 26.02.2000 stützt, kann die Kammer diesem – sicher in sehr ungewöhnlichem und unangemessenen Ton gehaltenen – Schreiben eine derart weitgehende Wirkung wie die Beklagte nicht entnehmen. Der Kläger hat in diesem Schreiben nicht erklärt, er werde den Termin als Zeuge nicht wahrnehmen. Er hat darin auch nicht erklärt, dass er an einer Beschäftigung bei der Beklagten kein Interesse habe. Er hat das Gericht zwar aufgefordert, ihm zu bestätigen, dass er seine Kosten und höhere als die gesetzlich vorgesehenen Aufwendungen erhalten wolle. Die Kammer kann hierin aber kein gegen die Beklagte gerichtetes Verhalten erkennen, aus dem sich entnehmen ließe, dass er seine eigenen Interessen künftig – nach Entscheidung über die Wirksamkeit der Kündigung – über diejenigen der Beklagten stellen würde. Es kommt hinzu, dass sich das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Aufforderung zur Zeugenaussage im gekündigten Zustand befand. Arbeitspflicht als solche bestand damals nicht. Dieser Zustand bedeutet natürlich keine Rechtfertigung, Zeugenpflichten nicht oder nur unwillig zu erfüllen. Die Beklagte hat jedoch selbst nicht behauptet, dass der Kläger diese Pflichten endgültig verweigert und sich damit mittelbar gegen sie, die Beklagte selbst, gestellt hätte.

c.

Die sich aus dem Schreiben ergebenden Tatsachen, dass der Kläger seinen Wohnsitz an einen relativ weit entfernten Ort verlegt und an seinem Haus gearbeitet hat, rechtfertigen den Auflösungsantrag ebenfalls nicht. Diese Tatsachen rechtfertigen nicht einmal den Verdacht, geschweige denn können sie der Überzeugung dienen, dass der Kläger seine Pflichten nicht ordnungsgemäß erfüllen würde, wenn er hierzu aufgefordert würde. Es bliebe ihm etwa unbenommen, ein Zimmer am Arbeitsort zu nehmen. Die Arbeiten am Haus haben mit dem Beschäftigungsverhältnis bei der Beklagten nichts Erkennbares zu tun.

d.

Soweit sich die Beklagte auf die Äußerungen gegenüber der Auszubildenden H... stützt, kann die Kammer auch dies nicht nachvollziehen. Die Beklagte wirft dem Kläger weder Belästigung der Auszubildenden vor noch Nötigung in irgendeiner Form. Selbst wenn es richtig wäre, dass er dieser Zeugin die Teilnahme an der Reise schmackhaft gemacht hätte, dass er ihr gesagt hätte, dann müsse sie mit ihm im Doppelbett schlafen, würde dies als Auflösungsgrund in keiner Weise ausreichen. Selbst dann läge ein scherzhaftes Verhalten oder ein gegen guten Geschmack sprechendes Gerede nahe. Solche Äußerungen rechtfertigen ohne das Hinzutreten weiterer Umstände weder eine Kündigung noch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses, weil hierdurch eine den Betriebszwecken dienliche Zusammenarbeit nicht mehr zu erwarten wäre.

4.

Nach alldem ist auch ein Auflösungsgrund nicht gegeben. Die Berufung gegen das Teilurteil des Arbeitsgerichts vom 21.01.2001 ist in vollem Umfang unbegründet.

5.

Über die Kosten der Berufung konnte die Kammer wegen des Grundsatzes der einheitlichen Kostenentscheidung noch nicht befinden, da derzeit noch offen ist, in welcher Höhe die Berufung im Hinblick auf die anhängigen Zahlungsansprüche begründet sind.

6.

Die Zulassung der Revision erfolgt im Hinblick auf die mögliche Abweichung zum Beschluss des LAG Nürnberg vom 13.11.2000 (Az. 2 Ta 243/00) im Verfahren 2 Sa 1056/01 sowie im Hinblick auf die Frage, ob die Kammer trotz des vorliegenden Berichtigungsbeschlusses zur eigenständigen Prüfung der Einhaltung der Frist des § 4 KSchG – außer der Einhaltung der Frist durch die Klage gegen die ursprünglich andere Partei – berechtigt und verpflichtet ist, etwa weil die Berichtigung nur "ex nunc" wirken würde.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann von der Beklagten Revision eingelegt werden.

Die Revision muss innerhalb einer Notfrist von einem Monat nach der Zustellung dieses Urteils beim Bundesarbeitsgericht, **Hugo-Preuß-Platz 1, 99084 Erfurt** (Telefax-Nr. 0361/2636 – 20 00) eingelegt werden.

Die Revision muss innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils schriftlich begründet werden.

Die Revisions- und die Revisionsbegründungsschrift müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Vetter	Schädel	Müller
Vorsitzender Richter	Ehrenamtlicher	Ehrenamtlicher
am Landesarbeitsgericht	Richter	Richter