

## LANDESARBEITSGERICHT NÜRNBERG

**6 Sa 427/12**

10 Ca 289/12

(Arbeitsgericht Würzburg)

Datum: 27.11.2012

Rechtsvorschriften: § 85 Abs. 2 ZPO; § 626 Abs. 1 BGB

Leitsatz:

1. Macht der Arbeitnehmer Ansprüche auf Zahlung von Fahrtdiensten mit der Begründung geltend, er verlange diese für vier Jahre, so dass sich unter Berücksichtigung von Wochenenden, jährlichen Urlaubs von sechs Wochen, elf freien Arbeitstagen und maximal fünf Fehltagen jährlich eine bestimmte Stundenzahl ergebe, liegen wegen der erkennbaren Pauschalierung keine Anhaltspunkte für einen Prozessbetrug vor, selbst wenn der Arbeitnehmer tatsächlich an insgesamt 51 Arbeitstagen in diesen vier Jahren erkrankt war.
2. Der Sachverhalt rechtfertigt weder eine außerordentliche noch eine ordentliche Kündigung.
3. Dies gilt umso mehr, wenn der Sachvortrag vom Prozessbevollmächtigten des Klägers stammt; es erscheint schon als zweifelhaft, ob das Fehlverhalten des Prozessbevollmächtigten dem Kläger auch in Bezug auf die Störung des Arbeitsverhältnisses entsprechend § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen ist. Jedenfalls wiegt das in der fehlenden Klarstellung vorzuwerfende Unterlassen weit weniger schwer als die Vermögensinteressen des Arbeitgebers gefährdendes aktives Tun.

---

### Urteil:

- I. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Würzburg vom 26.06.2012, Az.: 10 Ca 289/12, wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.
- II. Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten über die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses durch fristlose und eine vorsorgliche ordentliche Arbeitgeberkündigung.

Der am 09.12.1953 geborene Kläger ist seit 1979 bei der Beklagten als Einzelhandelskaufmann beschäftigt. Sein Bruttomonatsgehalt beträgt zuletzt etwa 2.000,- €. Der Arbeitsplatz des Klägers wurde im Jahr 2002 im Rahmen einer Betriebsänderung vom bisherigen Standort R... an den Standort G... verlegt. Die Parteien befanden sich seit 2011 im Streit über die Gewährung von im Interessenausgleich vom 06.08.2002 festgelegten Zusatzleistungen für die Fahrten zwischen dem früheren und dem jetzigen Betriebsstandort. Der Kläger leitete diesbezüglich ein Verfahren vor dem Arbeitsgericht Würzburg ein, das unter dem Aktenzeichen 10 Ca 1505/11 geführt wurde. Dort machte er zunächst einen Feststellungsantrag, später einen Zahlungsantrag von 1.882,- € brutto geltend. Die Beklagte bezog sich darauf, dass diese Zusatzleistungen nach den Bestimmungen des Interessenausgleichs mit Entgelterhöhungen verrechnet werden könnten (Interessenausgleich als Anlage zum Schriftsatz der Beklagtenvertreter vom 12.03.2012, Bl. 51 ff. d.A.; Klageerwiderung vom 03.11.2011 im Verfahren 10 Ca 1505/11, Bl. 57 ff. d.A.). Mit Schriftsatz im dortigen Verfahren vom 18.01.2012 (ebenda, Bl. 63 ff. d.A.) machte der Kläger klageerweiternd weitere Zahlungsansprüche in Höhe von 24.278,30 € geltend. Er begründete dies damit, er habe nicht nur Schichtarbeit im Lager in G... geleistet wie seine Kollegen, sondern er habe zusätzlich als Chauffeur fungiert. Er habe die Kollegen arbeitstäglich mit dem firmeneigenen Kleinbus an ihren Wohnorten eingesammelt, nach G... transportiert und abends wieder zurückgefahren. Für diese umfangreiche Tätigkeit habe er keine Vergütung erhalten. Die Fahrtzeiten hätten jeweils eineinviertel bis eineinhalb Stunden für die Hin- und nochmals für die Rückfahrt betragen. Er habe also arbeitstäglich zusätzlich zweieinhalb bis drei Stunden gearbeitet, ohne dafür eine Vergütung zu erhalten. Unter Berücksichtigung seines jährlichen Urlaubs von sechs Wochen, elf freien Arbeitstagen und maximal fünf Fehltagen im Jahr ergäben sich jährlich 214 Arbeitstage. Bei 2,5 Fahrtstunden errechneten sich 535 zusätzlich geleistete Stunden jährlich, für die Jahre 2008

bis 2011 also insgesamt 2.140 Stunden. Diese seien mit dem jeweiligen Stundensatz zu vergüten. Die Beklagte schulde daher insgesamt 24.278,30 € brutto. Die Beklagte entgegnete im dortigen Verfahren mit Schreiben vom 08.02.2012, der Kläger stehe durch unzutreffende Angaben im Verdacht, eine Straftat zu ihren Lasten begangen oder versucht zu haben. Der Vortrag enthalte falsche Tatsachenbehauptungen, weil der Kläger im Jahr 2008 16 Fehltage, 2009 acht Fehltage, 2010 18 Fehltage und 2011 zehn Fehltage aufzuweisen habe. Die geltend gemachte Forderung könne keinesfalls zutreffend sein. Der Kläger ließ durch seinen Prozessvertreter mit Schreiben vom 14.02.2012 antworten, es handle sich um Durchschnittswerte, er habe zu erkennen gegeben, dass ihm die genauen Fehltage nicht geläufig gewesen seien (ebenda, Bl. 69 f. d.A.). Mit Schriftsatz vom 15.02.2012 passte der Kläger die Forderungen entsprechend den Angaben der Beklagten zu den Fehltagen an. Letztlich wies das Arbeitsgericht die Klage insgesamt ab; die hiergegen eingelegte, bei der Berufungskammer unter dem Aktenzeichen 6 Sa 231/12 geführte Berufung nahm der Kläger nach Hinweisen der Berufungskammer im Verhandlungstermin vom 27.11.2012 zurück.

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 20.02.2012 mit sofortiger Wirkung. Sie kündigte das Arbeitsverhältnis mit gesondertem Schreiben vom 20.02.2012 darüber hinaus höchst vorsorglich ordentlich mit Wirkung zum 28.02.2013 (Anlage zum Schriftsatz der Klägervorteiler vom 24.04.2012, Bl. 84 d.A.). Beide Schreiben wurden dem Kläger im Betrieb gegen Empfangsbekanntnis ausgehändigt.

Mit seiner am 22.02.2012 beim Arbeitsgericht Würzburg eingereichten Klage vom 21.02.2012 hat der Kläger sich gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewandt. Er hat – neben dem Antrag, dass das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten „durch deren Kündigung vom 20.02.2012“ nicht aufgelöst worden sei – weiter die Feststellung beantragt, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch anderweitige Beendigungstatbestände aufgelöst worden sei. Dabei hat er sich auf das Kündigungsschreiben vom 20.02.2012 bezogen, das der Klage beigefügt war; es handelt sich hierbei um die Kündigung mit sofortiger Wirkung. Im weiteren hat er angeführt, dass kein Kündigungsgrund im Sinne des KSchG, geschweige denn ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB vorliege, und die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats bestritten.

- 4 -

Nach dem in der Güteverhandlung vor dem Arbeitsgericht vom 04.04.2012 erhobenen Einwand der Beklagten, er habe nur die außerordentliche, nicht aber auch die ordentliche Kündigung mit der Klage angegriffen, hat der Kläger mit am 25.04.2012 beim Arbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz vom 24.04.2012 hilfsweise nachträgliche Zulassung der Klage und Feststellung beantragt, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch die höchst vorsorglich zum 28.02.2013 ausgesprochene Kündigung beendet worden sei. Er hat die Auffassung vertreten, auch die ordentliche Kündigung sei schon mit dem allgemeinen Feststellungsantrag angegriffen gewesen. Dieser habe sich auf „alle weiteren“ Kündigungen bezogen, unabhängig davon, dass der punktuelle Klageantrag in Ziff. 1 auch die vorsorglich ausgesprochene ordentliche Kündigung selben Datums erfasst habe. Es sei von vornherein erkennbar gewesen, dass er sich gegen die Auflösung des Arbeitsverhältnisses als solches habe wehren wollen. Er, der Kläger, habe im übrigen, als ihm auf dem Betriebsgelände die beiden Schriftstücke in die Hand gedrückt worden seien, gar nicht registriert, dass er neben der außerordentlichen auch eine ordentliche Kündigung erhalten habe.

Der Kläger hat erstinstanzlich zuletzt beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Beklagten nicht durch deren Kündigung vom 20.02.2012 aufgelöst worden ist.
2. Es wird weiter festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch anderweitige Beendigungstatbestände aufgelöst worden ist.
3. Es wird weiter festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Beklagten auch nicht durch deren höchst vorsorglich zum 28.02.2013 ausgesprochene Kündigung vom 20.02.2012 beendet worden ist.

Hilfsweise hat er nachträgliche Zulassung des Klageantrages zu Ziff. 3 gemäß § 5 KSchG beantragt.

Die Beklagte hat beantragt,

sowohl die Klageanträge als auch den Antrag auf nachträgliche Klageszulassung abzuweisen.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, das Arbeitsverhältnis sei schon durch die fristlose Kündigung aufgelöst worden. Der Kläger habe unabhängig davon, dass ihm die geltend gemachten Ansprüche in keiner Weise zuständen, in der Zahlungsklage angegeben, er habe an 214 Arbeitstagen im Jahr arbeitstägliche Fahrdienste leisten müssen, wobei eine tägliche Fahrzeit von 2,5 Stunden zugrunde gelegt habe. Diese Angaben seien nicht ansatzweise mit den tatsächlichen Gegebenheiten zu vereinbaren. Der Kläger habe nur fünf Fehltage pro Jahr abgezogen, habe in den vier Jahren, für die er Ansprüche geltend mache, aber 52 Fehltage aufzuweisen. Auf den Vorhalt, es bestehe der Verdacht, dass er prozessbetrügerisch vorgehe, habe er mit Schreiben vom 14.02.2012 geantwortet. Aus diesem Schreiben ergebe sich, dass er sogar vorsätzlich falsche Angaben gemacht habe. Ein solches Verhalten mache die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar.

Der Kläger hat eingewandt, er sei der Überzeugung, dass die Tätigkeit des Fahrdienstes auch vergütet werden müsse. Schließlich habe er das Firmenfahrzeug auch gepflegt und in seiner Garage untergestellt. Der Ansatz von durchschnittlich 214 Arbeitstagen sei logisch und zwingend gewesen, zumal er – der Kläger – von den konkret geleisteten Arbeitstagen keine Kenntnis mehr gehabt habe. Die Zugrundelegung von 214 Arbeitstagen habe zudem nicht auf seinen eigenen Angaben, sondern auf jenen seines Prozessbevollmächtigten beruht. Es sei im Schriftsatz deutlich geworden, wie die Berechnung zustande gekommen sei. Auf den entsprechenden Einwand der Beklagten hin seien die Angaben dieser sofort übernommen und die Klageforderung entsprechend reduziert worden. Zudem sei die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht eingehalten, da die Beklagte den Schriftsatz vom 18.01.2012 noch im Januar 2012 erhalten habe, die Kündigung aber erst vom 20.02.2012 datiere. Es sei darüber hinaus in Frage zu stellen, ob der Betriebsleiter zum Ausspruch der Kündigung berechtigt gewesen sei.

Die Beklagte hat vorgebracht, aus dem der Klage beigefügten Kündigungsschreiben, das nur die außerordentliche Kündigung enthalte, ergebe sich eindeutig, dass der Kläger nur diese habe angreifen wollen. Der allgemeine Feststellungsantrag beziehe sich nur auf nachfolgende, das heißt zeitlich nach Klageeinreichung ausgesprochene weitere Kündigungen, und erfasse daher die ordentliche Kündigung vom 20.02.2012 nicht. Gegen diese Kündigung habe der Kläger nicht innerhalb von drei Wochen nach Zugang Klage erhoben,

so dass sie als wirksam anzusehen sei. Der Antrag auf nachträgliche Zulassung der Klage hinsichtlich der ordentlichen Kündigung sei zurückzuweisen. Der Kläger habe spätestens in der Güteverhandlung vom 04.04.2012 vom Vorhandensein der ordentlichen Kündigung erfahren. Sein Antrag auf nachträgliche Zulassung sei aber erst am 24.04.2012 beim Arbeitsgericht eingegangen und damit verspätet. Die Beklagte hat ausgeführt, sie habe den Betriebsrat ordnungsgemäß beteiligt (Anlage zum Schriftsatz der Beklagtenvertreter vom 12.03.2012, Bl. 46 ff. d.A.), dieser habe am 17.02.2012 zur außerordentlichen wie zur ordentlichen Kündigung Stellung genommen (Anlage zum Schriftsatz der Beklagtenvertreter vom 11.05.2012, Bl. 120 bzw. Bl. 119 d.A.). Die beiden Kündigungsschreiben seien dem Kläger unkuvertiert übergeben worden; dieser habe also gewusst, dass er zwei Kündigungen erhalten habe. Die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei gewahrt, da sie, die Beklagte, den Kläger zum Verdacht des Prozessbetrugs habe anhören können und müssen, so dass die Frist bis zur Stellungnahme des Klägers gehemmt gewesen sei. Die Kündigungen seien auch wirksam. Der Kläger habe die Kollegen eigenmächtig und ohne ihre – der Beklagten – Vorgaben aufgesammelt. Er habe 32 Fehltage zu wenig angesetzt und auch für diese Zeiten Vergütung verlangt. Er habe selbst behauptet, dass „maximal“ fünf Fehltage und eben nicht mehr abzuziehen seien. Der Kläger habe zudem ein Fahrtenbuch zu führen gehabt und dieses auch geführt. Er hätte jederzeit die Möglichkeit gehabt, seien exakten Fahrtzeiten nachzusehen und anzugeben. Wer in Kenntnis einer solchen Informationsquelle pauschale und noch dazu überzogene Behauptungen aufstelle, nehme auch die Geltendmachung überzogener Forderungen in Kauf. Dies beinhalte Vorsatz. Er habe demnach versucht, vorsätzlich Forderungen durchzusetzen, für die es keine Rechtsgrundlage gebe. Keinem Arbeitgeber sei zuzumuten, das Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer fortzusetzen, der mit unzutreffendem Vortrag Forderungen gegen seinen Arbeitgeber durchzusetzen versuche. Der Betriebsleiter sei zum Ausspruch von Kündigungen legitimiert.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte hätte den Betriebsrat, wenn sie schon zwei Schreiben für die beiden Kündigungen habe verwenden wollen, auch mit zwei gesonderten Schreiben anhören müssen. Der Betriebsrat sei zudem inhaltlich nicht vollumfänglich informiert worden, weil die Beklagte zur Anhörung etwa die Klageschrift und das außergerichtliche Schreiben vom 18.01.2012 sowie den Schriftsatz vom 15.02.2012 nicht vorgelegt habe. Aus diesem Grund sei dem Betriebsrat nicht bekanntgegeben wor-

den, dass die Berechnung ausdrücklich „in Unkenntnis der effektiven Arbeitstage“ erfolgt sei. Es sei ihm auch nicht bekannt gegeben worden, dass die Berechnung nicht vom Kläger selbst, sondern von seinem anwaltlichen Vertreter vorgenommen worden sei. Das Anhörungsschreiben enthalte zudem vielfach Werturteile statt Tatsachen. Unabhängig hiervon sei ein Kündigungsgrund nicht gegeben, zumal er seine Forderung sofort korrigiert habe.

Das Arbeitsgericht Würzburg hat mit Endurteil vom 26.06.2012 wie folgt entschieden:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Beklagten nicht durch deren außerordentliche Kündigung vom 20.02.2012 aufgelöst worden ist.
2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Beklagten auch nicht durch deren vorsorgliche ordentliche Kündigung vom 20.02.2012 zum 28.02.2013 endet.
3. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch anderweitige Beendigungstatbestände aufgelöst worden ist.
4. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
5. Der Streitwert des Rechtsstreits wird auf 8.000,00 € festgesetzt.

Das Arbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, der allgemeine Feststellungsantrag sei zulässig, weil nach den Darlegungen des Klägers die Gefahr weiterer Kündigungen nicht auszuschließen sei. Die außerordentliche Kündigung habe das Arbeitsverhältnis nicht aufzulösen vermocht. Der Kläger habe sich weder eines versuchten Prozessbetruges schuldig gemacht noch schuldhaft seine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Beklagten verletzt. Zunächst sei nicht erkennbar, dass die – vom Arbeitsgericht im Verfahren 10 Ca 1505/11 im Endurteil vom 20.03.2012 nicht anerkannte – Auffassung, bei den Fahrzeiten handle es sich um vergütungspflichtige Arbeitszeit, einen bewusst wahrheitswidrigen Sachvortrag darstelle. Auch die ursprüngliche Behauptung, in vier Jahren nur 20 krankheitsbedingte Fehltage gehabt zu haben, stelle weder versuchten Prozessbetrug noch bewusst wahrheitswidrigen Vortrag noch einen Verstoß gegen die vertragliche Rücksichtnahmepflicht dar. Der Kläger habe nämlich ersichtlich eine Durchschnittsberechnung angestellt, habe sich nicht an den konkreten Ge-

gebenheiten des jeweiligen Jahres orientiert. Gerade die Verwendung des Begriffs „maximal“ zeige, dass er einen geschätzten und pauschalierten Erfahrungswert eingestellt habe. Dem Kläger sei kein Vorwurf dahingehend zu machen, dass er nicht die Fahrtenbücher auf entsprechende Tatsachen durchforstet habe. Der Kläger habe auch durch die sofortige Anpassung der Forderung an die von der Beklagten vorgetragene(n) Tatsachen zum Ausdruck gebracht, dass es sich ursprünglich um eine pauschalierende Berechnung mit entsprechenden Grauzonen gehandelt habe. Auf die Zweifel an der Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist komme es daher nicht an. Der Kläger habe zwar nicht durch die Stellung des punktuellen Klageantrags hinsichtlich der Kündigung vom 20.02.2012 auch die ordentliche Kündigung angegriffen. Ein solcher Angriff ergebe sich jedoch aus dem allgemeinen Feststellungsantrag. Hieraus werde erkennbar, dass der Kläger sich gegen alle weiteren Beendigungstatbestände wenden wolle, indem er das Bestehen des Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung geltend mache. Entscheidend sei, dass die Beklagte durch diesen allgemeinen Feststellungsantrag hinreichend gewarnt gewesen sei, dass der Kläger sich gegen alle weiteren Kündigungen wehren wolle, unabhängig davon, wann sie in den Prozess eingeführt worden seien. Die Verwendung des Begriffs „nachfolgende“ Kündigungen in der Begründung der Klage stehe dem nicht entgegen. Die ordentliche Kündigung sei sozial nicht gerechtfertigt, weil dem Kläger weder ein versuchter Prozessbetrug noch ein Verstoß gegen seine Rücksichtnahmepflichten vorzuwerfen sei.

Das Endurteil des Arbeitsgerichts ist den anwaltlichen Vertretern der Beklagten ausweislich ihres Empfangsbekennnisses am 16.07.2012 zugestellt worden. Diese haben namens der Beklagten mit Schriftsatz vom 07.08.2012, beim Landesarbeitsgericht eingegangen am 08.08.2012, Berufung gegen die Entscheidung eingelegt. Sie haben die Berufung mit am 03.09.2012 eingegangenem Schriftsatz selben Datums begründet.

Zur Begründung ihrer Berufung trägt die Beklagte unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags vor, das Arbeitsgericht habe verkannt, dass der Kläger im Parallelverfahren wahrheitswidrig vorgetragen habe mit dem Ziel, Zahlungen zu erhalten, auf die er keinen Anspruch gehabt habe. Der Umfang der geltend gemachten Ansprüche sei maßgeblich von der Anzahl der Arbeitstage abhängig gewesen, an denen er die Fahrleistungen erbracht habe. Für einen objektiven Dritten habe sich die Berechnungsmetho-



de so dargestellt, dass er eigentlich an weniger als fünf Arbeitstagen krank gewesen sei, sich aber fünf Tage anrechnen lasse. Dies habe mit einer Schätzung nicht das Geringste zu tun. Es sei auch nicht nachvollziehbar, warum das Arbeitsgericht die Möglichkeit, die genaue Anzahl der Tage im Fahrtenbuch einzusehen, nicht als beachtlich angesehen habe. Im Übrigen hätte es die Möglichkeit gegeben, Auskunft im Wege der Stufenklage zu erhalten. Es sei nicht nachvollziehbar, warum das Arbeitsgericht dieses Verhalten nicht als Prozessbetrug eingestuft habe. Unerheblich sei, dass die Berechnung vom Anwalt des Klägers stamme. Das Verschulden seines Prozessbevollmächtigten sei dem Kläger nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechenbar. Auf die nachträgliche Korrektur der Klageforderung komme es nicht mehr an. Hinsichtlich der ordentlichen Kündigung habe das Arbeitsgericht fehlerhaft die Einhaltung der Klagefrist angenommen. Dabei sei aus der Klagebegründung zu entnehmen, dass sich der Feststellungsantrag nur gegen weitere spätere Kündigungen richte. Insoweit habe das Arbeitsgericht auch die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 13.03.1997 unzutreffend interpretiert. Mit der Feststellungsklage würden zukünftige, nicht schon ausgesprochene Kündigungen angegriffen.

Die Beklagte und Berufungsklägerin beantragt im Berufungsverfahren,

die Klage unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Würzburg vom 26. Juni 2012, Az: 10 Ca 289/12, abzuweisen.

Der Kläger und Berufungsbeklagte stellt dagegen folgende Anträge:

1. Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat auch die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Der Kläger schließt sich den Gründen der arbeitsgerichtlichen Entscheidung an. Er meint, das Arbeitsgericht habe zutreffend darauf hingewiesen, dass erkennbar gewesen sei, dass die Forderungen für Zahlung der Fahrtzeiten aus angenommenen Durchschnittswerten berechnet worden sei. Darüber hinaus verstoße die Kündigung gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wäre eine Abmahnung ausreichend gewesen. Die ordentliche Kündigung sei zudem schon mit dem punktuellen Antrag angegriffen gewesen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Darstellung des Sachverhalts in Tatbestand und Entscheidungsgründen des arbeitsgerichtlichen Endurteils, auf die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht vom 27.11.2012 und auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht beim Landesarbeitsgericht eingelegte und auch begründete Berufung der Beklagten ist in der Sache nicht begründet. Zu Recht hat das Arbeitsgericht der Klage stattgegeben, weil das von der Beklagten monierte Verhalten des Klägers seine Weiterarbeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht unzumutbar macht und die ordentliche Kündigung auch nicht sozial rechtfertigt. Die Berufungskammer folgt den umfangreichen und zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts im Endurteil vom 26.06.2012, denen sie sich anschließt, so dass auf eine erneute, nur wiederholende Darstellung verzichtet werden kann (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Zu den in der Berufungsinstanz wiederholten und vertieften Argumenten der Beklagten ist folgendes hinzuzufügen:

1. Die Berufungskammer folgt dem Arbeitsgericht darin, dass das Verhalten des Klägers keinen an sich geeigneten Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB darstellt.
  - a. Die Berufungskammer ist nicht davon überzeugt, dass der Kläger einen vorsätzlichen – versuchten – Prozessbetrug begehen wollte. Zunächst lässt die Berechnung des Klägers bzw. seines Prozessvertreters im Schriftsatz vom 18.01.2012 im Verfahren 10 Ca 1505/11 (a.a.O., Bl. 65 d.A.) erkennen, dass von pauschalen Annahmen ausgegangen wird. Weder ist die konkrete Anzahl der Arbeitstage eines Jahres benannt noch eine konkrete auf ein bestimmtes Kalenderjahr bezogene Anzahl von freien Arbeitstagen. Schon dies deutet darauf hin, dass auch die Angabe von „sonstige Fehlzeiten von max. 5 Tagen/im Jahr“ keine konkrete Tatsachenangabe beinhaltet, sondern eine ebenso pauschale, nicht auf die tatsächli-

chen Krankheitszeiten des Klägers bezogene, sondern lediglich fiktive Annahme darstellt. Man kann sich – insoweit ist der Beklagten recht zu geben – in der Tat fragen, was eine solche pauschale theoretische Berechnung soll, wie ein geprüfter Rechtskundiger davon ausgehen kann, dass sich ein Anspruch mit derartigen gegriffenen Durchschnittswerten begründen lassen soll. Aus diesem Grund war auch die Gefahr eines Versäumnisurteils zu Lasten der Beklagten, wie sie die Beklagte benennt, gering. Das Vertreten einer solch fehlerhaften Rechtsmeinung mag befremdlich erscheinen. Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger sich hierdurch bewusst und gewollt Vorteile hätte verschaffen wollen, indem er beim Gericht oder bei der Beklagten einen Irrtum über die tatsächliche Zahl der Fahrtage hat hervorrufen wollen, lassen sich hieraus nicht entnehmen.

- b. Auch die Berufungskammer ist der Auffassung, dass der Klägervertreter gehalten gewesen wäre, deutlicher darauf hinzuweisen, dass ihm die Zahl der Fehltage nicht mehr bekannt sei, und dass er gegebenenfalls Auskunft oder Einsichtnahme in die Fahrtenbücher hätte verlangen müssen. Dieses Unterlassen lässt jedoch nicht mit der nötigen Sicherheit darauf schließen, dass der Kläger absichtliche Falschangaben hat machen wollen. Selbst für einen Verdacht hierauf fehlen objektive Anhaltspunkte. Vieles spricht dafür, dass sich das Verhalten des Klägervertreters eher als fahrlässig, nicht aber als vorsätzlicher Verstoß gegen die vertraglichen Rücksichtnahmepflichten erweist.
- c. Geht man hiervon aus, liegt schon kein an sich geeigneter Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vor. Es hätte genügt, den Kläger etwa durch Ausspruch einer Abmahnung zu mehr Sorgfalt bei der Geltendmachung von Vermögensansprüchen gegenüber seinem Arbeitgeber anzuhalten. Beruht die Vertragspflichtverletzung nämlich auf einem steuerbaren Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Einer Abmahnung bedarf es nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur dann nicht, wenn bereits im vorhinein erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten steht, oder wenn es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hin-

nahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – ausgeschlossen ist (ständige Rechtsprechung, vgl. zuletzt etwa BAG vom 09.06.2011, 2 AZR 284/10; BAG vom 19.04.2012, 2 AZR 186/11; BAG vom 25.10.2012, 2 AZR 495/11, jeweils zitiert nach juris).

Von einer Entbehrlichkeit der Abmahnung kann nach diesen Maßstäben nicht ausgegangen werden. Die Pflichtverletzung zeigt unter Zugrundelegung objektiver Maßstäbe nicht, dass der Kläger seine Vermögensinteressen in einer Weise über diejenigen seines Arbeitgebers stellen würde, dass es diesem nicht mehr zumutbar wäre, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Auch fehlt es, da vieles für eine fahrlässige ungenaue und unzutreffende Angabe spricht, am Merkmal der Erkennbarkeit, dass ein solches Verhalten für den Arbeitgeber offensichtlich unzumutbar und dessen Hinnahme offensichtlich ausgeschlossen ist. Die Pflichtverletzung des Klägers konnte damit durch Ausspruch einer Abmahnung ausreichend sanktioniert werden. Es konnte und kann davon ausgegangen werden, dass der Kläger sich durch eine Abmahnung dazu anhalten lassen würde und lässt, künftig genauere Prüfungen anzustellen, bevor er möglicherweise missverständliche Tatsachenaussagen gegenüber dem Gericht macht.

- d. Nach alledem kann dahinstehen, ob das Verhalten des Prozessbevollmächtigten dem Kläger wirklich ohne weiteres nach § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen ist. Diese Norm gilt unmittelbar nur für das prozessuale Verhalten. Für eine Zurechnung des Fehlverhaltens hinein in das Rechtsverhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist allenfalls eine entsprechende Anwendung denkbar. Aus diesem Grund kann – auch bezogen auf das Maß der Störung der Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber in ihrem Vertragsverhältnis – nicht unberücksichtigt bleiben, ob das Fehlverhalten des Prozessvertreters vom Arbeitnehmer unmittelbar veranlasst wurde oder ob der Arbeitnehmer ein solches Verhalten – wie vorliegend – lediglich nicht unterbunden hat. Dabei wiegt ein aktives Tun zu Lasten des Arbeitgebers gerade in einer Konstellation wie der vorliegenden weit schwerer als ein bloßes Unterlassen der Richtigstellung. Da vorliegend der Klägervorteil erklärt hat, Berechnung und Formulierung stammten von ihm – diesem Vortrag ist

die Beklagte nicht entgegenzutreten, so dass er der Entscheidung zugrunde zu legen ist (§ 138 Abs. 3 ZPO) –, ist dem Kläger allenfalls vorzuwerfen, dass er der Formulierung seines Prozessvertreters nicht entgegengetreten ist. Da nicht davon ausgegangen werden kann, dass seine Rechtskenntnisse besser sind als diejenigen des Prozessvertreters, konnte dies vom Kläger kaum erwartet werden. Jedenfalls liegt eine Störung des Arbeitsverhältnisses durch diese Unterlassen, die eine Kündigung unter Zugrundelegung objektiver Maßstäbe rechtfertigen könnte, nicht vor.

2. Unabhängig hiervon überwiegen die Interessen des Klägers an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses diejenigen der Beklagten an der sofortigen Beendigung. Dabei ist zum einen zu beachten, dass der Kläger sich keiner unmittelbaren Handlung, sondern lediglich des Unterlassens der Klarstellung seiner Krankheitstage schuldig gemacht hat. Zu beachten ist auch, dass die Ausführungen des klägerischen Prozessbevollmächtigten unklar waren. Unklar ist auch, ob der Kläger das die Vermögensinteressen der Beklagten tangierende Verhalten des Prozessvertreters überhaupt als unzutreffend erkannt hat. Die Gefahr eines konkret entstehenden Schadens war gering, ein solcher ist auch nicht eingetreten. Zugunsten des Klägers sprechen zudem seine langjährige Betriebszugehörigkeit von über 30 Jahren und sein Lebensalter, aufgrund dessen es für ihn schwierig sein dürfte, einen adäquaten Arbeitsplatz zu finden. Irgendwelche Beanstandungen aus dieser langen Zeit der Betriebszugehörigkeit hat die Beklagte nicht behauptet. Damit überwiegen die Interessen des Klägers an der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses diejenigen der Beklagten an der Auflösung bei weitem. Das Arbeitsverhältnis ist durch die außerordentliche Kündigung nicht aufgelöst worden.
3. Zutreffend hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis auch durch die ordentliche Kündigung vom 20.02.2012 zum 28.02.2013 nicht aufgelöst worden ist.
  - a. Dabei ist das Arbeitsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die Wirksamkeit dieser ordentlichen Kündigung auch unter Ansehung der §§ 4 und 7 KSchG zu prüfen ist, dass die ordentliche Kündigung nicht wegen Versäumung der Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG als wirksam fingiert ist. Entgegen der Auffassung

des Arbeitsgerichts geht die Berufungskammer allerdings davon aus, dass der Kläger schon mit Ziff. 1 des Klageantrags auch gegen die ordentliche Kündigung vorgegangen ist. Dieser Klageantrag ist seinem Wortlaut nach nicht auf die Nichtauflösung durch außerordentliche Kündigung beschränkt. In der Begründung der Klage führt der Klägervertreter zwar aus, dass sich die Kündigungsschutzklage gegen die – als Anlage in Ablichtung vorgelegte – mit sofortiger Wirkung ausgesprochene Kündigung richten solle. In der Begründung wird aber weiter ausgeführt, dass sich die Klage gegen diese Kündigung richte, weil „weder ein gerechtfertigter Kündigungsgrund im Sinne des KSchG“ noch ein wichtiger Grund im Sinne von § 626 BGB vorliege. Der Kläger hat damit zu erkennen gegeben, dass er eine Auflösung weder mit sofortiger Wirkung noch ordentlich unter Einhaltung der Kündigungsfrist akzeptieren wolle. Er hat damit auch die Beendigung nach Ablauf der Kündigungsfrist angegriffen. Die Beklagte konnte von vornherein nicht davon ausgehen, dass er die ordentliche Kündigung akzeptieren wolle. Die Tatsache, dass die Beklagte die vorsorgliche ordentliche Kündigung in einem gesonderten Schreiben übergeben hat, dass sich diese Wirkung nicht nur aus dem vorgelegten, ggf. umzudeutenden Schreiben selben Datums ergeben hat, ist hierbei unerheblich. Auch dann, wenn der Arbeitgeber mehrere Kündigungsschreiben übergibt, genügt es, mit der Klage deutlich zu machen, dass das Arbeitsverhältnis nicht beendet sein soll, zumal an Inhalt und Form der Klageschrift keine hohen Anforderungen zu stellen sind (vgl. hierzu BAG vom 23.06.2009, 2 AZR 474/07, zitiert nach juris).

Im übrigen ergibt sich diese Rechtsfolge auch aus dem weiteren Klageantrag. In diesem ist schon dem Wortlaut nach aufgeführt, dass „das Arbeitsverhältnis auch nicht durch anderweitige Beendigungstatbestände aufgelöst worden ist“. Der Wortlaut bezieht sich also nicht nur auf künftige Beendigungssachverhalte. Dagegen tritt die Begründung, es sei nicht auszuschließen, dass weitere Kündigungen „nachfolgen“ könnten, zurück. Jedenfalls wird deutlich, dass der Kläger mit seiner Klage das weitere Bestehen des Arbeitsverhältnisses erreichen wollte. Dafür, dass er die Kündigung vom 20.02.2012 als ordentliche hinnehmen wollte, bestehen keine Anhaltspunkte.

- b. Die vorsorgliche ordentliche Kündigung vom 20.02.2012 ist sozial nicht gerechtfertigt. Auch insoweit hätte der Ausspruch einer Abmahnung genügt, um den Interessen der Beklagten Genüge zu tun. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger sich nicht durch eine solche Abmahnung dazu anhalten lassen würde, künftig auf genauere Angaben zu achten. Auf die obigen Ausführungen – auch zur Interessenabwägung – kann Bezug genommen werden.
4. Nach alledem hat das Arbeitsgericht zutreffend entschieden. Die Berufung der Beklagten ist zurückzuweisen. Die Beklagte hat die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels zu tragen (§ 64 Abs. 6 ArbGG, § 97 Abs. 2 ZPO).
5. Für die Zulassung der Revision besteht kein gesetzlich begründeter Anlass.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben;  
auf § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Vetter  
Vorsitzender Richter  
am Landesarbeitsgericht

Fischer  
Ehrenamtlicher  
Richter

Wellhöfer  
Ehrenamtlicher  
Richter