
Datum: 08.09.2010
Gericht: Arbeitsgericht Herford
Spruchkörper: 1. Kammer
Entscheidungsart: Teilurteil
Aktenzeichen: 1 Ca 387/10
ECLI: ECLI:DE:ARBGHF:2010:0908.1CA387.10.00

Schlagworte: Kündigung wegen Verstoßes gegen das Maßregelungsverbot (hier: nach Geltendmachung von Spesen), Darlegungs- und Beweislast

Normen: § 612 a BGB

Tenor:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die schriftliche Kündigung vom 18.3.2010 zum 15.4.2010 beendet worden ist, sondern fortbesteht.

Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits weiter zu beschäftigen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für dieses Teilurteil auf 9.750,- € festgesetzt.

Tatbestand

Die Parteien streiten über Bestandsschutz, Beschäftigung sowie Spesen. 1

Der verheiratete und einem Kind zum Unterhalt verpflichtete Kläger ist bei der Beklagten seit dem 01.11.2008 gegen ein monatliches Bruttogehalt von 1.950,00 € als Fahrer beschäftigt. 2

1

2

3

Die Beklagte beschäftigt nach dem Vortrag der Beklagten 8,5 Arbeitnehmer und zwar (neben dem Kläger) die Arbeitnehmer T2 Z1, Disponent der Beklagten, M3 B2, T2 N1, J1 C1, S5, M4 O1, M5 H5 sowie S6 Z3 (letzteren mit weniger als 20 Wochenstunden). Der Kläger meint, darüber hinaus sei noch Frau W1, die die Buchhaltung im Betrieb der Beklagten mache, als Arbeitnehmerin mitzuzählen. Die Beklagte behauptet, Frau W1 sei nicht bei der Beklagten angestellt, sondern bei der H3 S1 GmbH, die auf dem gleichen Grundstück im gleichen Gebäude residiert. Die H3 S1 GmbH betreibt einen Stahlhandel. Die Beklagte transportiert für die H3 S1 GmbH Stahl. Der Kläger meint, es seien überdies weitere Arbeitnehmer bei der Beklagten beschäftigt, eine ihm nicht namentlich bekannte Mitarbeiterin, die gegenüber Herrn Z1 sitzt, sowie eine weitere Mitarbeiterin im Empfang, die der Kläger ebenfalls nicht namentlich benennen kann. Außerdem beschäftige die Beklagte diverse Praktikanten als Fahranfänger. Der Kläger meint schließlich, auch seine Frau sei als Arbeitnehmerin im Betrieb der Beklagten mitzuzählen, da "auch Arbeitsstunden auf der Fahrerkarte von Frau S2 E2 abgerechnet wurden". Bei Arbeitsmangel habe er für die Firma H3 Stahlhandel als Fahrer und Gabelstaplerfahrer arbeiten müssen (wobei die Vergütung von der Beklagten weiter gezahlt wurde). Daher bildeten beide juristischen Personen kündigungsschutzrechtlich betrachtet, einen einheitlichen Betrieb mit mehr als 10 Arbeitnehmern.

Der Kläger ließ - nach vorherigen vergeblichen mündlichen Anmahnungen – über seinen Prozessbevollmächtigten mit Schreiben vom 18.03.2010 (wegen dessen weiterer Einzelheiten auf die Ablichtung K1 Bl. 4 f. d. A. verwiesen wird) offene Spesenansprüche für die Monate Januar und Februar 2010 in Höhe von jeweils 408,00 € geltend machen. Dieses Schreiben wurde am 18.03.2010 der Beklagten um 12.26 Uhr zugefaxt (wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ablichtung des Sendeberichts Anlage K4 Bl. 42 d. A. verwiesen).

Die Beklagte kündigte mit Schreiben vom 18.03.2010 (Ablichtung Anlage K2 Bl. 6 d. A.) das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis fristgerecht zum 15.04.2010. Dieses Kündigungsschreiben wurde dem Kläger am Abend des 18.03.2010 gegen 17.30 Uhr durch zwei Boten (Herrn T2 Z1 sowie Herrn S7 B4, Angestellter der Firma H3 Stahlhandel) überbracht.

Der Kläger erhob unter dem 22.03.2010, beim erkennenden Gericht am 24.03.2010 eingegangen, Kündigungsschutzklage.

Die Beklagte hat die Spesen für Januar und Februar 2010 mittlerweile gezahlt. Für den Monat März 2010 begehrt der Kläger 227,00 € Spesen. Im Schriftsatz vom 26.04.2010 hat der Kläger zunächst vorgetragen, die Beklagte habe am 23.04.2010 weitere 174,00 € Spesen überwiesen, so dass noch 53,00 € zu zahlen seien (Ablichtung Anlage K5 Bl. 43 d. A.). Im Schriftsatz vom 02.06.2010 hat der Kläger seinen Vortrag dahin korrigiert, dass ihm für den Monat März 2010 nach der aktuellen Rechtslage 192,00 € Spesen zustünden, worauf die Beklagte lediglich 53,00 € gezahlt habe, so dass 139,00 € noch offen sind.

Kläger hat zuletzt beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die schriftliche Kündigung vom 18. März 2010 zum 15. April 2010 endet, sondern darüber hinaus unverändert fortbesteht;
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des arbeitsgerichtlichen Verfahrens zu unveränderten Bedingungen weiter zu beschäftigen;
3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 139,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der europäischen Zentralbank seit dem 5. April 2010

zu zahlen.

- Die Beklagte bittet darum, 10
- die Klage abzuweisen. 11
- Die Beklagte behauptet, es gebe keine Mitarbeiterin, die Herrn Z1 gegenüberstehe. Ebenso wenig arbeite eine Mitarbeiterin am Empfang. Die Beklagte beschäftige auch keine Praktikanten. 12
- Wenn er der Auffassung sei, dass die Beklagte ihm für März 2010 nicht lediglich die gezahlten 174,00 €, sondern darüber hinaus weitere 53,00 € an Spesen schulde, möge er seine Restforderung darlegen. 13
- Die streitbefangene Kündigung verstoße nicht gegen das Maßregelungsverbot des § 612 a BGB. Der Geschäftsführer der Beklagten habe sich bereits am 09.03.2010 dazu entschlossen, dem Kläger zu kündigen. Der Geschäftsführer habe seinen Prozessbevollmächtigten an diesem Tag angerufen und sich nach der Kündigungsfrist des Klägers und nach der Erforderlichkeit einer sozialen Rechtfertigung erkundigt und habe zur Begründung auf Arbeitsmangel und nicht ausreichende Arbeitsleistungen des Klägers verwiesen. Der Prozessbevollmächtigte habe dem Geschäftsführer erklärt, eine soziale Rechtfertigung sei nicht erforderlich, da das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung finde und dass bei einer Kündigungsfrist von 4 Wochen und einer Kündigung zum 15.04.2010 die Kündigungserklärung dem Kläger spätestens am 18.03.2010 zugegangen sein müsste. Am 16.03.2009 habe der Geschäftsführer der Beklagten erneut den Prozessbevollmächtigten angerufen und sich danach erkundigt, welche Maßnahmen erforderlich seien, um einen fristgerechten Zugang der Kündigung nachzuweisen. Der Prozessbevollmächtigte habe die Übergabe der Kündigung direkt per Boten empfohlen. Der Geschäftsführer der Beklagten habe diesen Ratschlag befolgt. Das Schreiben des Klägervertreters vom 18.03.2010, das jener per Fax an die Beklagte sandte, habe die Beklagte nicht zur Kündigung veranlasst. Der zeitliche Zusammenhang beruhe auf Zufall, denn der Kündigungsentschluss habe zu diesem Zeitpunkt längst festgestanden. 14
- Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze und die Protokollerklärungen der Parteien verwiesen. 15
- Entscheidungsgründe** 16
1. Die streitbefangene Kündigung ist als Maßregelungskündigung gem. § 612a i.V.m. § 134 BGB unwirksam und hat daher das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht beendet. 17
 - a. Es kann dahingestellt bleiben, ob sich die Beklagte mit Erfolg auf die Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 KSchG berufen kann. Die Wirksamkeit einer ordentlichen Arbeitgeberkündigung im Kleinbetrieb steht nicht unter dem Vorbehalt einer sozialen Rechtfertigung nach § 1 Abs. 2 und 3 KSchG. Im Kleinbetrieb gilt vielmehr der Grundsatz der Kündigungsfreiheit, allerdings nicht unbeschränkt. Nichtig ist eine Kündigung, die gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (§ 134 BGB) oder sittenwidrig ist (§ 138 BGB). Außerdem muss auch bei einer Kündigung im Kleinbetrieb der Arbeitgeber ein gewisses "Minimum an sozialer Rücksichtnahme" beachten (vgl. dazu zuletzt BAG v. 21.02.2001 – 2 AZR 15/00). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. beispielsweise BAG vom 16.01.2003 – 2 AZR 609/01) sind bei der Berechnung der für die Anwendbarkeit des ersten

Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes notwendigen Arbeitnehmerzahl (§ 23 Abs. 1 KSchG) die von anderen Arbeitgebern (Unternehmen) beschäftigten Arbeitnehmer grundsätzlich nicht mit zu berücksichtigen. Der Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz ist nicht unternehmens-, d. h. arbeitgeberübergreifend ausgestaltet. Das Bundesarbeitsgericht hat die Annahme eines ausnahmsweise arbeitgeberübergreifenden Kündigungsschutzes stets davon abhängig gemacht, dass sich zwei oder mehrere Unternehmen zur gemeinsamen Führung eines Betriebes – zumindest konkludent – rechtlich verbunden haben, so dass der Kern der Arbeitgeberfunktionen im sozialen und personellen Bereich von derselben institutionellen Leitung rechtlich abgesichert ausgeübt wird.

- b. Eine Kündigung kann auch als treuwidrige Kündigung unwirksam sein. Typische Tatbestände einer treuwidrigen Kündigung sind insbesondere ein widersprüchliches Verhalten des Arbeitgebers, der Ausspruch einer Kündigung zur Unzeit oder in ehrverletzender Form oder eine Kündigung, die den Arbeitnehmer - außerhalb des besonderen Anwendungsbereichs des § 612 a BGB - diskriminiert oder auf einer Auswahlentscheidung des Arbeitgebers beruht, die jede soziale Rücksichtnahme vermissen lässt. Ein Verstoß gegen § 242 BGB kann nicht alleine deshalb angenommen werden, weil eine Kündigung ohne Angabe von Gründen ausgesprochen wird. Ein Arbeitgeber muss im Kleinbetrieb eine Kündigung nicht begründen. 19
- c. Schließlich verbietet § 612 a BGB dem Arbeitgeber, den Arbeitnehmer deshalb zu maßregeln, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Diese Vorschrift erfasst einen Sonderfall der Sittenwidrigkeit und begründet ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB (vgl. nur BAG vom 02.04.1987 – 2 AZR 227/86). Eine Maßregelungskündigung ist rechtsunwirksam. Nach § 612 a BGB darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer nicht deshalb bei einer Maßnahme benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Als "Maßnahmen" im Sinne des § 612 a BGB kommen auch Kündigungen in Betracht. 20

Ein Arbeitnehmer ist grundsätzlich berechtigt, einen säumigen Arbeitgeber nach mündlicher Anmahnung durch einen Rechtsanwalt zur Zahlung aufzufordern. Damit hat der Kläger durch die Beauftragung seines Prozessbevollmächtigten und die anwaltliche Geltendmachung der Spesen für Januar und Februar 2010 am 18.03.2010 in zulässiger Weise seine Rechte ausgeübt. Die anwaltliche Geltendmachung der Spesen war auch der tragende Beweggrund, d. h., das wesentliche Motiv für die streitbefangene Kündigung. 21

Zwischen der Benachteiligung und der Rechtsausübung muss ein unmittelbarer Zusammenhang bestehen. Die zulässige Rechtsausübung muss Beweggrund, d. h., das wesentliche Motiv für die benachteiligende Maßnahme sein. Es reicht nicht aus, dass die Rechtsausübung nur den äußeren Anlass für die Maßnahme bietet (BAG vom 22.09.2005 – 6 AZR 607/04). Ist der Kündigungsentschluss des Arbeitgebers nicht nur wesentlich, sondern ausschließlich durch die zulässige Rechtsverfolgung des Arbeitnehmers bestimmt gewesen, deckt sich das Motiv des Arbeitgebers mit dem objektiven Anlass zur Kündigung. Es ist dann unerheblich, ob die Kündigung auf einen anderen Kündigungssachverhalt hätte gestützt werden können, weil sich ein möglicherweise vorliegender anderer Grund auf den Kündigungsgrund nicht kausal ausgewirkt hat und deshalb als bestimmendes Motiv für die Kündigung ausscheidet. Eine dem Maßregelungsverbot widersprechende Kündigung kann deshalb auch dann vorliegen, wenn an sich ein Sachverhalt gegeben ist, der eine Kündigung des Arbeitgebers rechtfertigt (BAG vom 22.05.2003 – 2 AZR 426/02). Den klagenden Arbeitnehmer trifft die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er wegen einer Rechtsausübung von dem verklagten arbeitgeberischen Ausspruch der Kündigung 22

benachteiligt worden ist (BAG vom 22. Mai 2003 a.a.O.). Hierzu hat der Arbeitnehmer unter Beweisantritt einen Sachverhalt vorzutragen, der einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Kündigung durch den Arbeitgeber und einer vorangehenden zulässigen Ausübung von Rechten initiiert. Der Arbeitgeber hat sich sodann nach § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen zu diesem Vortrag zu erklären. Sind danach entscheidungserhebliche Behauptungen des Arbeitnehmers streitig, sind grundsätzlich die vom Arbeitnehmer angebotenen Beweise zu erheben (BAG vom 16.01.2003 – 2 AZR 609/01 sowie vom 06.02.2003 – 2 AZR 672/01).

Im vorliegenden Fall hat der Kläger einen Sachverhalt vorgetragen, der einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Kündigung durch die Beklagte und einer vorangegangenen zulässigen Ausübung von Rechten indiziert.

Mehr kann vom Arbeitnehmer nicht verlangt werden, denn insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber – wie hier – die soziale Rechtfertigung seiner Kündigung nicht belegen muss, weil das Arbeitsverhältnis nicht bestandsgeschützt ist, sind Beweiserleichterungen nach dem Anscheinsbeweis zuzulassen, wenn der Arbeitnehmer objektive Tatsachen nachweist, die den Schluss auf die Benachteiligung wegen Rechtsausübung wahrscheinlich machen (BAG vom 12.06.2002 – 10 AZR 340/01).

Im vorliegenden Fall besteht zwischen dem Übersenden des Geltendmachungsschreibens per Fax am 18.03.2010 um 12.26 Uhr und der Übergabe des Kündigungsschreibens durch Boten am gleichen Tag um 17.30 Uhr ein enger zeitlicher Zusammenhang. Dieser unmittelbare zeitliche Zusammenhang rechtfertigt den Schluss, dass die Kündigung auf der Geltendmachung des Klägers beruht. Dieser unmittelbare Zusammenhang begründet einen Anscheinsbeweis dafür, dass die Maßregelung das für die Kündigung tragende Motiv war.

Die Beklagte muss diesen Anscheinsbeweis erschüttern. Sie muss darlegen und ggf. beweisen, dass die ernsthafte Möglichkeit anderer, nicht sanktionierender Kündigungsgründe besteht. Im Kleinbetrieb ist zwar an die anderen Kündigungsgründe nicht der strenge Maßstab des Kündigungsschutzgesetzes anzulegen. Denn die ordentliche Arbeitgeberkündigung bedurfte hier keiner sozialen Rechtfertigung. Die anderen Kündigungsgründe müssen aber so substantiiert sein, dass eine Plausibilitätskontrolle möglich wird, da anderenfalls nicht überprüfbar wäre, ob sie nur vorgeschoben sind. Nur wenn die volle Erschütterung des Anscheinsbeweises gelingt, hat der Kläger wieder die volle Beweislast dafür, dass die Maßregelung das tragende Kündigungsmotiv war. Somit hat sich der Arbeitgeber nach § 138 Abs. 2 ZPO am einzelnen und zum Vortrag des Klägers zu erklären. Die Beklagte hat sich zur Begründung der streitbefangenen Kündigung auf "Arbeitsmangel und nicht ausreichende Arbeitsleistung des Klägers" berufen. Mit diesen Behauptungen kann die Beklagte den Anscheinsbeweis nicht erschüttern. Denn sie trägt keinerlei Tatsachen zum streitigen Personalüberhang bzw. zum Arbeitsmangel vor. Ihr Vortrag erschöpft sich in der Behauptung, es sei so gewesen. Das ist unsubstantiiert. Gleiches gilt für die behauptete "nicht ausreichende Arbeitsleistung" des Klägers. Erschwerend kommt nach Ansicht der Kammer hinzu, dass die Beklagte nach eigenem Vortrag für den Ausspruch der Kündigung bis in die Abendstunden des letzten Tages gewartet hat, obwohl der Kläger am 17. und am 18.03.2010 arbeitsunfähig krank war. Die Beklagte konnte nicht damit rechnen, dem Kläger das Kündigungsschreiben anlässlich der Erbringung der Arbeitsleistung unter Anwesenden zu überreichen, sondern musste sich eines Boten bedienen. Warum dieser das Kündigungsschreiben am letzten Tag der Frist nach Feierabend dem Kläger überbracht hat, hat die Beklagte nicht vorgetragen.

Damit brauchte die Kammer dem Beweisangebot der Beklagten, nämlich der Vernehmung ihres Prozessbevollmächtigten über zwei Telefonate zwischen jenem und dem Geschäftsführer der Beklagten nicht nachzugehen.

2. Der Kläger hat einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu den arbeitsvertraglichen Bedingungen bis zu rechtskräftigen Abschluss dieses Kündigungsrechtsstreits. 28

Auch außerhalb der Regelung des § 102 Abs. 5 BetrVG, § 79 Abs. 2 BPersVG hat der gekündigte Arbeitnehmer einen arbeitsvertraglichen Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses, wenn die Kündigung unwirksam ist und nicht überwiegende schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers einer solchen Beschäftigung entgegenstehen. Außer im Falle einer offensichtlich unwirksamen Kündigung begründet die Ungewissheit über den Ausgang des Kündigungsschutzverfahrens das Interesse an einer Nichtbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses. Dies überwiegt im Kündigungsschutzprozess solange, bis ein die Unwirksamkeit der Kündigung feststellendes Urteil ergeht. Solange ein solches Urteil besteht, kann die Ungewissheit des Prozessausgangs für sich allein ein überwiegendes Gegeninteresse des Arbeitgebers nicht mehr begründen. Dann müssen vielmehr zusätzliche Umstände hinzukommen, aus denen sich im Einzelfall ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers ergibt, den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen. Derartige zusätzliche Umstände hat die Beklagte nicht vorgetragen. Damit überwiegt das Beschäftigungsinteresse des Klägers das Interesse des Arbeitgebers an einer Nichtbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses. 29

- 3.) Die eingeklagten Spesenansprüche sind nicht zur Entscheidung reif. Dem Kläger ist Gelegenheit zu geben, auf die Ausführungen des der Beklagten im Schriftsatz vom 28.06.2010, die nicht Gegenstand der letzten mündlichen Verhandlung vom 17.06.2010 sein konnten, einzugehen. 30

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 46 Abs. 2 ArbGG i. V. mit den §§ 495 und 92 Abs. 2 ZPO. Danach kann das Gericht der einen Partei die gesamten Prozesskosten auferlegen, wenn die Zuvielforderung der anderen Partei verhältnismäßig geringfügig war oder nur geringfügig höhere Kosten veranlasst hat. 31

Der Wert des Streitgegenstandes ist gemäß § 61 Abs. 1 ArbGG im Urteil festzusetzen. Die Höhe des Streitwerts ergibt sich im vorliegenden Fall bezüglich des Klageantrags zu Ziffer 1. aus § 42 Abs. 4 GKG. Danach ist für die Wertberechnung bei Streitigkeiten vor den Gerichten für Arbeitsachen über das Bestehen, das Nichtbestehen oder die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses höchstens der Betrag des für die Dauer eines Vierteljahres zu zahlenden Arbeitsentgelts maßgebend. Den Wert des Streitgegenstandes für den Klageantrag zu Ziffer 2. hat die Kammer in Übereinstimmung mit der für die Streitwertfestsetzungen zuständigen Fachkammern beim LAG Hamm mit zwei weiteren Bruttomonatsgehältern bewertet. Die Addition beider Streitwerte führt zum ausgeurteilten Gesamtstreitwert. 32