
Datum: 17.08.2007
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 10. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 10 Sa 512/07
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2007:0817.10SA512.07.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Bielefeld, 4 Ca 1794/06

Schlagworte: Kündigung; Auflösungsvereinbarung; Kündigung bzw. Auflösungsvertrag per SMS; Schriftform; treuwidrige Berufung auf Formmangel; außerordentliche Kündigung wegen Unterschlagung, Urkundenfälschung; Kenntnis des Kündigenden von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen; Lohnansprüche für Zeiträume vor und nach der Kündigung; unzulässige Berufung wegen fehlender Berufungsbegründung

Normen: §§ 66 Abs. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO; §§ 242, 615, 623, 626 Abs. 1 und 2 BGB;

Leitsätze:

Einer Kündigung per SMS mangelt es an der erforderlichen Schriftform. Auch ein

Auflösungsvertrag kann nicht durch wechselseitige SMS formwirksam abgeschlossen werden.

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das Teilurteil des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 31.01.2007 - 4 Ca 1794/06 - wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

<u>Tatbestand:</u>	1
Die Parteien streiten über die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses sowie über Zahlungsansprüche.	2
Der am 16.05.1977 geborene Kläger ist verheiratet und Vater von zwei Kindern. Seit dem 01.10.2006 stand er aufgrund eines schriftlichen Arbeitsvertrages vom 23.09.2005 (Bl. 7 ff.d.A.) als Auslieferungsfahrer mit einer zuletzt gezahlten monatlichen Arbeitsvergütung von 1.010,00 € brutto zuzüglich eines monatlichen Verpflegungszuschusses in Höhe von 120,00 € im Arbeitsverhältnis bei dem Beklagten, der ein Transportunternehmen mit vier Arbeitnehmern betreibt. Nach § 2 des Arbeitsvertrages war das Arbeitsverhältnis bis zum 01.10.2006 befristet. Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit betrug nach § 4 des Arbeitsvertrages 30 Stunden. Eventuelle für einen geordneten betrieblichen Arbeitsablauf notwendige Überstunden waren mit dem Gehalt abgegolten. Auf die weiteren Bestimmungen des Arbeitsvertrages vom 23.09.2005 wird Bezug genommen.	3
Ab Anfang Juni 2006 war der Kläger bis zum 19.06.2006 arbeitsunfähig erkrankt.	4
Nach Wiederaufnahme seiner Tätigkeit lieferte der Kläger am 20.06.2006 eine Sendung aus und erhielt von dem Kunden eine Nachnahmegebühr in Höhe von 321,90 € (Bl. 32 f.d.A.).	5
Noch am 20.06.2006 sandte der Kläger um 15.03 Uhr eine SMS an den Beklagten mit folgendem Wortlaut:	6
"Teil mir bitte unverzüglich mit wann ich meinen letzten arbeitstag habe. Ach und meine Abrechnung bitte zu meinen Händen per Post. Danke"	7
Der Beklagte antwortete per SMS am 21.06.2006 um 13.16 Uhr:	8
"Bzgl. der gestrigen anfrage heute letzter Arbeitstag! Wagen und Schlüssel bei D2 lassen. Kompl. Abrechnung wird dann bis zum Wochenende erfolgen."	9
An diesem Tag hatte der Kläger eine Sendung an den Kunden I1 auszuliefern, für die eine Zollgebühr von 432,16 € zu kassieren war. Der Kläger scannte diese Sendung als "nicht zugestellt". Ob der Kläger den Betrag von 432,16 € erhalten hat, ist zwischen den Parteien streitig.	10
Aufgrund der SMS des Beklagten ließ der Kläger das von ihm geführte Fahrzeug am 21.06.2006 gegen 14.00 Uhr nebst noch auszuliefernden Sendungen auf dem Parkplatz der Firma D2 stehen. Er behielt eine Vielzahl von Tachografenscheiben zurück. Ob er den am 20.06.2006 erhaltenen Betrag von 321,90 € sowie die am 21.06.2006 an den Kunden I1 auszuliefernde Sendung in dem ihm überlassenen Fahrzeug belassen hat, ist zwischen den Parteien ebenso streitig wie die Frage, ob der Kläger Reservereifen zurückgegeben hat.	11
Nachdem der Kläger vom Beklagten für den Monat Juni 2006 kein Arbeitsentgelt erhalten hatte, beanspruchte der Kläger mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 04.07.2006, beim Beklagten eingegangen am 06.07.2006, die Arbeitsvergütung für den Monat Juni 2006 nebst Verpflegungspauschale und bot seine Arbeitskraft an (Bl. 13 ff.d.A.).	12
Der Beklagte kündigte daraufhin mit Telefax sowie mit Brief vom 06.07.2006 (Bl. 19 d.A.), dem Kläger zugegangen am 07.07.2006, das Arbeitsverhältnis fristlos und machte Schadensersatzansprüche wegen der angeblich nicht abgelieferten Beträge von 321,90 €	13

und 432,16 € geltend.

Mit der am 11.07.2006 beim Arbeitsgericht eingereichten Kündigungsschutzklage wandte sich der Kläger gegen die außerordentliche Kündigung des Beklagten vom 06.07.2006 sowie gegen sonstige Beendigungstatbestände und verlangte seine Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen. Ferner machte er Vergütungsansprüche für die Monate Juni und Juli 2006 sowie die Zahlung von Überstunden aus den Monaten Februar bis Juni 2006 in Höhe von insgesamt 2.161,08 € geltend. 14

Der Beklagte erhob im Laufe des Rechtsstreits Widerklage wegen der angeblichen nicht abgelieferten Beträge von insgesamt 754,06 € und verlangte die Herausgabe der einbehaltenen Tachografenscheiben sowie des Reservereifens des Fahrzeugs G2-V2 81. 15

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die außerordentliche Kündigung des Beklagten vom 06.07.2006 sei unwirksam und habe das Arbeitsverhältnis nicht beendet. Insbesondere könne der Beklagte ihm nicht die Unterschlagung von einkassierten Beträgen vorhalten. Hierzu hat der Kläger behauptet, den Betrag von 321,90 € habe er zusammen mit der Tankkarte in einem weißen Briefumschlag auf der Armatur des Fahrzeugs deponiert, als er dieses auf dem Parkplatz bei der D2 weisungsgemäß abgestellt und den Fahrzeugschlüssel bei der D2-Disposition abgegeben habe. Da der Beklagte die Tankkarte zurückerhalten habe, sei auch davon auszugehen, dass er das Fahrzeug und den Fahrzeuginhalt ordnungsgemäß zurückerhalten habe. 16

Die Sendung, für die am 21.06.2006 der Betrag von 432,16 € zu kassieren gewesen sei, habe er nicht ausgeliefert und daher den Betrag auch nicht einkassiert. Die Sendung habe sich noch auf dem Fahrzeug befunden, als er dieses zurückgegeben habe. 17

Der Kläger hat ferner die Auffassung vertreten, dass die angeblichen Kündigungsgründe dem Beklagten länger als zwei Wochen bekannt gewesen seien. Das Arbeitsverhältnis sei auch nicht durch die wechselseitigen SMS vom 20./21.06.2006 beendet worden. Insbesondere habe er, der Kläger, das Arbeitsverhältnis nicht selbst kündigen wollen. Eine etwaige Kündigung des Beklagten vom 21.06.2006 verstoße im Übrigen gegen § 623 BGB. Zwischen den Parteien sei auch kein Aufhebungsvertrag zustande gekommen. Offenbar habe der Kläger wegen seiner Arbeitsunfähigkeit bis zum 19.06.2006 aus dem Arbeitsverhältnis gedrängt werden sollen. Über Arbeitskollegen sei ihm bereits eine Kündigung durch den Beklagten in Aussicht gestellt worden. Lediglich aus diesem Grund habe er am 20.06.2006 die SMS an den Beklagten gerichtet. 18

Der Kläger hat ferner die Auffassung vertreten, ihm stehe auch das Arbeitsentgelt einschließlich Verpflegungszuschuss für die Monate Juni und Juli 2006 zu. 19

Ferner habe er einen Anspruch auf Zahlung der ab Februar 2006 geleisteten Mehrarbeit. Hierzu hat er behauptet, er habe in den Monaten Februar bis April 2006 monatlich 40 Stunden Mehrarbeit geleistet. Im Mai 2006 habe er 156 Überstunden geleistet. Im Juni sei er überwiegend krank gewesen, sodass in diesem Monat von einer fiktiven Mehrarbeit von 78 Stunden auszugehen sei. Insgesamt seien 276 Mehrarbeitsstunden mit einem Stundenlohn von 7,63 € zu bezahlen. Hieraus errechne sich ein Betrag von 2.161,08 €. 20

Der Kläger hat beantragt, 21

22

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien vom 23.09.2005 weder durch die vermeintliche Eigenkündigung des Klägers per E-Mail vom 20.06.2006 noch durch die Kündigung per E-Mail am 21./22.06.2006 noch durch die Kündigung per Telefax vom 06.07.2006 noch durch die Kündigung vom 06.07.2006, zugegangen am 07.07.2006, beendet worden ist, sondern unverändert fortbesteht,
2. den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 1.010,00 € brutto zzgl. 120,00 € steuerfreien 23
Verpflegungszuschuss für den Monat Juni 2006 und 1.010,00 € brutto für den Monat Juli
2006 zu zahlen,
3. den Beklagten zu verurteilen, den Kläger zu den bisherigen Konditionen auf der 24
Grundlage des Arbeitsvertrages vom 23.09.2005 als Kurierdienstfahrer weiter zu
beschäftigen,
4. den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 2.161,08 € als Mehrarbeitsvergütung für die 25
Zeit von Februar bis Juni 2006 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, 26

1. die Klage abzuweisen, 27

2. widerklagend, den Kläger zu verurteilen, an den Beklagten 28

a. 754,06 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten ab dem 11.07.2006 zu zahlen, 29

b. sämtliche noch in seinem Besitz befindlichen Tachoscheiben des Fahrzeugs mit dem 30
Kennzeichen G2-V2 81 herauszugeben,

c. den Reservereifen des Fahrzeugs G2-V2 81 herauszugeben. 31

Er hat die Auffassung vertreten, die außerordentliche Kündigung vom 06.07.2006 sei 32
wirksam. Der Kläger habe nämlich einkassierte Beträge unterschlagen. Hierzu hat er
behauptet, der Kläger habe den am 20.06.2006 einkassierten Betrag von 321,90 € nicht
weisungsgemäß abgeführt. In dem zurückgegebenen Fahrzeug sei dieser Betrag nicht
gewesen.

Bei dem Kunden I1 habe der Kläger am 21.06.2006 die Sendung ausgeliefert und die 33
Zollgebühren von 432,16 € einkassiert, aber nicht abgeliefert (Bl. 35 ff., 104 ff.d.A.).

Im Übrigen habe der Beklagte aufgrund dieser Vorfälle das Verhalten des Klägers in der 34
Vergangenheit überprüft und dabei festgestellt, dass der Kläger am 16.05.2006 eine Sendung
bei einem Kunden vor 10.00 Uhr zuzustellen gehabt habe. Diese Sendung habe er aber erst
gegen 12.00 Uhr ausgeliefert, die Zustellung mit der Uhrzeit 9.48 Uhr quittiert und den
Namen des Empfängers gefälscht (Bl. 38 ff.d.A.).

Der Beklagte hat ferner die Auffassung vertreten, dass das Arbeitsverhältnis vor Ausspruch 35
der außerordentlichen Kündigung bereits durch die gewechselten SMS vom 20./21.
2006.2006 durch Aufhebungsvertrag beendet worden sei. Eine Berufung des Klägers auf
einen etwaigen Formmangel sei treuwidrig. Der Kläger könne sich auch insoweit nicht auf §
626 Abs. 2 BGB berufen. Der Kläger habe nämlich selbst ein Angebot zur Aufhebung des
Arbeitsvertrages gemacht. Dieses Angebot habe der Beklagte angenommen, der Kläger sei
nicht mehr zur Arbeit erschienen.

Schließlich hat der Beklagte die Auffassung vertreten, dem Kläger stehe ein Anspruch auf Zahlung etwaiger Mehrarbeit nicht zu. Der Kläger habe keine Mehrarbeit geleistet. Die ihm auferlegten Fahrten seien unproblematisch ohne Verstoß gegen ordnungsrechtliche Vorschriften für LKW-Fahrer einzuhalten gewesen. Im Übrigen habe der Kläger Pausen gemacht.

Schließlich müsse der Kläger die einkassierten Beträge von 321,90 € und 432,16 € zurückgeben. Die Widerklage sei auch hinsichtlich der einbehaltenen Tachoscheiben und des Reservereifens begründet. Bei der Rückgabe des Fahrzeugs habe der mit der Widerklage geltend gemachte Reservereifen gefehlt. 37

Der Kläger hat beantragt, 38

die Widerklage abzuweisen. 39

Hinsichtlich des Reservereifens hat der Kläger behauptet, dieser Reservereifen sei nach einer Reifenpanne aufmontiert worden. Den defekten Reifen habe der Kläger bei der D2 deponiert, von wo der Beklagte die defekte Felge zurückerhalten habe. 40

Durch Teilurteil vom 31.01.2007 hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis weder durch SMS vom 21.06.2006 noch durch die außerordentliche Kündigung vom 06.07.2006 aufgelöst worden ist, sondern bis zum 15.08.2006 fortbestanden hat. Ferner hat es den Beklagten zur Zahlung des Arbeitsentgelts für die Monate Juni und Juli 2006 in Höhe von jeweils 1.010,00 € brutto zuzüglich eines Verpflegungszuschusses von 120,00 € verurteilt. Die darüber hinausgehende Klage des Klägers hat es angewiesen. Auf die Widerklage des Beklagten hat es den Kläger verurteilt, einen Betrag in Höhe von 321,90 € nebst Zinsen zu zahlen sowie die noch in seinem Besitz befindlichen Tachoscheiben herauszugeben. Die darüber hinausgehende Widerklage ist abgewiesen worden. Schließlich ist die Entscheidung über die Widerklageforderung des Beklagten über 432,16 € dem Schlussurteil vorbehalten worden. Auf die Gründe des Urteils des Arbeitsgerichts vom 31.01.2007 wird Bezug genommen. 41

Gegen das dem Beklagten am 19.02.2007 zugestellte Teilurteil hat der Beklagte am 19.03.2007 Berufung zum Landesarbeitsgericht eingelegt und diese mit dem am 17.04.2007 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet. 42

Der Beklagte, der die teilweise Abweisung der Widerklage mit der Berufung nicht angreift, ist der Auffassung, dass das Arbeitsgericht der Klage zu Unrecht teilweise stattgegeben habe. 43

Unter Wiederholung seines erstinstanzlichen Sachvortrags vertritt er nach wie vor die Auffassung, der Kläger habe Unterschlagungen begangen. Den Betrag von 321,90 €, den der Kläger unstreitig am 20.06.2006 einkassiert habe, habe der Kläger nicht an den Beklagten ausgezahlt. Am 21.06.2006 habe der Kläger, wie der Beklagte erneut behauptet, die Sendung an den Kunden I1 ausgeliefert und die Zollgebühr von 432,16 € eingenommen und für sich behalten. Diese Sendung habe er als "nicht zugestellt" eingescannt. 44

Schließlich habe der Kläger bereits am 16.05.2006 eine Sendung statt vor 10.00 Uhr erst um 12.00 Uhr zugestellt, den Zustellungszeitpunkt aber mit 9.48 Uhr quittiert und den Namen des Empfängers gefälscht. 45

Das Arbeitsgericht sei auch zu Unrecht davon ausgegangen, dass das Arbeitsverhältnis nicht bereits zuvor durch die gewechselten SMS vom 20./21.06.2006 zu diesem Zeitpunkt sein 46

Ende gefunden habe. Die Berufung des Klägers auf die fehlende Schriftform nach

§ 623 BGB sei treuwidrig. Der Kläger habe selbst nach dem vorzeitigen Ende des Arbeitsverhältnisses gefragt und den ihm vom Beklagten am 21.06.2006 bekannt gegebenen Tag der Beendigung akzeptiert. Damit sei das Arbeitsverhältnis beendet worden. Der Kläger habe seine Tätigkeit eingestellt und sei nicht wieder erschienen. Erst mit Schreiben vom 04.07.2006 habe er sich wieder gemeldet. 47

Der Kläger könne sich auch nicht auf die Nichteinhaltung der 14-Tages-Frist des § 626 Abs. 2 BGB berufen. Erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses habe der Beklagte Überprüfungen angestellt, nachdem der Kläger die am 21.06.2006 auszuliefernde Sendung als nicht zugestellt eingescannt habe. Diese Sendung sei in dem vom Kläger zugegebenen Fahrzeug nicht auffindbar gewesen. Erst in der 26. Kalenderwoche habe er definitiv festgestellt, dass die Sendung an den Kunden I1 ausgeliefert und die Zollgebühren in Höhe von 432,16 € vom Kunden durch den Kläger entgegengenommen worden seien. Danach habe er weitere Sendungen überprüft. Dabei habe sich herausgestellt, dass der Kläger auch den Betrag von 321,90 € unterschlagen habe. 48

Der Beklagte beantragt, 49

das Teilurteil des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 31.01.2007 - 4 Ca 1794/06 - teilweise abzuändern und die Klage abzuweisen, soweit festgestellt worden ist, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis weder durch die Kündigung des Beklagten per SMS vom 21.06.2006 noch durch die Kündigung vom 06.07.2006 mit sofortiger Wirkung aufgelöst worden ist, sondern bis zum 15.08.2006 fortbestanden hat, und soweit der Beklagte verurteilt worden ist, an den Kläger 1.010,00 € brutto zuzüglich 120,00 € Verpflegungszuschuss für den Monat Juni 2006 und 1.010,00 € brutto für den Monat Juli 2006 zu zahlen. 50

Der Kläger beantragt, 51

die Berufung zurückzuweisen. 52

Er verteidigt das angefochtene Urteil und behauptet nach wie vor, den Betrag von 321,90 € im Fahrzeug gelassen zu haben. Eine Unterschlagung könne ihm nicht angelastet werden. Soweit er zur Rückzahlung dieses Betrages verurteilt worden sei, sei dies lediglich aus Beweislastgründen geschehen. 53

Der Beklagte könne sich auch nicht darauf berufen, dass das Arbeitsverhältnis bereits zuvor am 20./21.06.2006 sein Ende gefunden habe. Insoweit fehle es nach der eindeutigen gesetzlichen Grundlage in § 623 BGB an der Schriftform. Auch die elektronische Form sei hiernach ausdrücklich ausgeschlossen. Die Berufung auf die fehlende Schriftform sei auch nicht treuwidrig. 54

Schließlich sei auch die 14-Tages-Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht eingehalten. 55

Auf die Strafanzeige des Beklagten vom 06.07.2006 ist inzwischen das gegen den Kläger eingeleitete Ermittlungsverfahren wegen Unterschlagung von Geldbeträgen aus den Lieferungen an den Zeugen W3 und den Zeugen R2 eingestellt worden, weil sich der Anfangsverdacht nicht habe erhärten können. Wegen der behaupteten Urkundenfälschung ist Anklage erhoben worden. Auf den Bescheid der Staatsanwaltschaft Bielefeld vom 14.05.2007 - 71 Js 619/06 - (Bl. 177 ff.d.A.) wird Bezug genommen. 56

Das Arbeitsgericht hat inzwischen hinsichtlich des nicht ausgeurteilten Widerklagebetrages von 432,16 € am 25.04.2007 Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung des Zeugen R2. Die Parteien haben im Termin zur mündlichen Verhandlung vor der Berufungskammer vom 29.06.2007 sich mit der Verwertung dieser durchgeführten Beweisaufnahme im Berufungsverfahren einverstanden erklärt. Auf das Ergebnis der Beweisaufnahme, sowie es in der Sitzungsniederschrift des Arbeitsgerichts vom 25.04.2007 - 4 Ca 1794/06 - (Bl. 183 ff.d.A.) niedergelegt ist, wird ebenso Bezug genommen wie auf den weiteren Inhalt der von den Parteien gewechselten Schriftsätze.

Entscheidungsgründe:

58

Die Berufung des Beklagten gegen das Teilurteil des Arbeitsgerichts vom 31.01.2007 ist, soweit sie zulässig ist, unbegründet.

59

A

60

Die Berufung des Beklagten, die sich allein dagegen richtet, dass das Arbeitsgericht der Klage teilweise stattgegeben hat, ist im Wesentlichen zulässig.

61

Sie ist an sich statthaft, § 64 Abs. 2 ArbGG, und auch form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO.

62

Soweit sich die Berufung allerdings auch gegen die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung des Arbeitsentgelts an den Kläger für den Zeitraum vom 01. bis 21.06.2006 richtet, ist die Berufung unzulässig. Die Berufungsbegründung des Beklagten genügt insoweit nicht den zwingenden gesetzlichen Erfordernissen. Sie enthält nämlich insoweit keine Berufungsbegründung, § 520 Abs. 3 Nr. 2 und 3 ZPO.

63

Grundsätzlich muss, wenn sich eine Berufung auf mehrere Ansprüche im prozessualen Sinne bezieht, zu jedem Anspruch eine ausreichende Berufungsbegründung abgegeben werden (BAG, Urteil vom 16.03.2004 - AP TzBfG § 8 Nr. 10; BAG, Urteil vom 16.04.1997 - AP ArbGG 1979 § 72 Nr. 35). Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn die Begründetheit des einen Anspruchs denotwendig von der des anderen abhängt (BAG, Urteil vom 09.04.1991 - AP BetrVG 1972 § 18 Nr. 8). Das gilt insbesondere für den Fall der Erhebung einer Kündigungsfeststellungsklage und der Klage auf Zahlung des Verzugslohns (BAG, Urteil vom 24.03.1977 - AP BGB § 630 Nr. 12; BAG, Urteil vom 02.04.1987 - AP BGB § 626 Nr. 96). So liegt der vorliegende Fall lediglich für die Berufung, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Zahlung des Arbeitsentgelts für die Zeit ab 21.06.2007 richtet. Für den Fall, dass dem Feststellungsantrag des Beklagten in vollem Umfang stattgegeben werden würde, steht automatisch fest, dass dem Kläger für den Zeitraum ab 21.06.2006 mangels Bestehens eines Arbeitsverhältnisses kein Arbeitslohn mehr zusteht. Für den Zeitraum vom 01.06.2006 bis zum 21.06.2006 fehlt es hingegen an einer Berufungsbegründung. Die Berufungsbegründung des Beklagten vom 16.04.2007 verhält sich hierüber nicht.

64

B

65

Die Berufung des Beklagten hat, soweit sie zulässig ist, in der Sache aber keinen Erfolg. Zu Recht hat das Arbeitsgericht der Klage in dem sich aus dem Tenor ergebenden Umfang stattgegeben.

66

I.

67

68

Das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis ist weder durch die zwischen den Parteien gewechselten SMS vom 20./21.06.2006 noch durch die außerordentliche Kündigung des Beklagten vom 06.07.2006 aufgelöst worden. Zu Recht hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass es bis zum 15.08.2006 fortbestanden hat.

1. Entgegen der Rechtsauffassung des Beklagten ist das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht bereits am 20./21.06.2006 aufgelöst worden. 69

Eine Eigenkündigung des Klägers durch SMS vom 20.06.2006 liegt ersichtlich nicht vor. Der Beklagte behauptet auch selbst nicht, dass der Kläger durch die SMS vom 20.06.2006 das Arbeitsverhältnis beendet habe. 70

Das Arbeitsverhältnis ist aber auch nicht per SMS des Beklagten vom 21.06.2006 durch Kündigung oder durch Auflösungsvereinbarung wirksam beendet worden. 71

a) Zu Recht hat das Arbeitsgericht insoweit festgestellt, dass es zur Wirksamkeit einer Kündigung des Beklagten vom 21.06.2006 oder einer Auflösungsvereinbarung zu diesem Zeitpunkt an der erforderlichen Schriftform des § 623 BGB fehlt. Nach § 623 BGB bedarf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses sowohl durch Kündigung wie auch durch Auflösungsvertrag zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform; die elektronische Form ist ausgeschlossen. Die SMS des Beklagten vom 21.06.2006 wahrt die erforderliche Schriftform nicht. Nach § 126 BGB erfordert die Schriftform die eigenhändige Unterzeichnung der Urkunde durch den Aussteller. Hieran fehlt es bei einer SMS. Sowohl eine etwaige Kündigung des Beklagten vom 21.06.2006 wie auch eine Auflösungsvereinbarung ist damit nach § 125 Satz 1 BGB nichtig. 72

b) Die Berufung des Klägers auf die fehlende Schriftform erweist sich auch nicht als treuwidrig, § 242 BGB. 73

Die Berufung auf einen Formmangel kann zwar ausnahmsweise gegen Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verstoßen. Grundsätzlich ist die Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Form jedoch zu beachten. Wenn die Formvorschriften des bürgerlichen Rechts nicht ausgehöhlt werden sollen, kann ein Formmangel nur ausnahmsweise nach § 242 BGB als unbeachtlich angesehen werden. Dies gilt für die Formvorschrift des § 623 BGB in besonderem Maße. Die Vorschrift des § 623 BGB nimmt bewusst in Kauf, dass auch unstreitig im Ernst - aber eben nur mündlich - abgegebene Auflösungserklärungen wirkungslos sind. Dann kann aber die Berufung auf die fehlende Schriftform nicht allein mit der Begründung, die Beendigungserklärung sei ernsthaft gemeint gewesen, für treuwidrig erklärt werden (BAG, Urteil vom 16.09.2004 - AP BGB § 623 Nr. 1). Nur dann, wenn der Erklärungsgegner einen besonderen Grund hatte, auf die Gültigkeit der Erklärung trotz des Formmangels zu vertrauen und der Erklärende sich mit der Berufung auf den Formmangel zu eigenem vorhergehenden Verhalten in Widerspruch setzt, kann die Berufung auf die fehlende Schriftform ausnahmsweise treuwidrig sein. Hierfür ist aber erforderlich, dass der Arbeitnehmer seiner Beendigungsabsicht mit ganz besonderer Verbindlichkeit und Endgültigkeit mehrfach Ausdruck verleiht und damit einen besonderen Vertrauenstatbestand schafft (BAG, Urteil vom 16.09.2004 - AP BGB § 623 Nr. 1; ErfK/Müller-Glöge, 7. Aufl., § 623 Rz. 26; KR/Spilger, 8. Aufl., § 623 Rz. 200 ff., 206; Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl., Rz. 163 ff., 167 m.w.N.). Allein der Umstand, dass der Kündigungsempfänger eine formwidrig erklärte Kündigung widerspruchslos entgegennimmt, und sich erst später auf die Schriftform beruft, stellt noch keinen Verstoß gegen Treu und Glauben dar. 74

Unter Beachtung dieser strengen Voraussetzungen erweist sich die Berufung des Klägers auf die fehlende Schriftform nicht als treuwidrig. Die Anfrage des Klägers vom 20.06.2006 per SMS war lediglich die Reaktion darauf, dass ihm wegen seiner vorangegangenen Arbeitsunfähigkeit bereits über Arbeitskollegen eine Kündigung durch den Beklagten in Aussicht gestellt worden war. Erst wenn der Kläger trotz Hinweises auf die Formnichtigkeit mehrfach auf der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 21.06.2006 bestanden hätte, könnte die spätere Geltendmachung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses als treuwidrig erscheinen (vgl. bereits BAG, Urteil vom 04.12.1997 - AP BGB § 626 Nr. 141). Selbst bei beiderseitiger Unkenntnis von der Formbedürftigkeit bleibt es bei der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts (BAG, Urteil vom 22.08.1979 - AP BAT § 4 Nr. 6). Der Kläger hat zu keinem Zeitpunkt eine etwaige Kündigung des Beklagten vom 21.06.2006 akzeptiert oder sich mit einer Auflösungsvereinbarung einverstanden erklärt. Allein der Umstand, dass er die SMS vom 21.06.2006 zunächst widerspruchslos hingenommen, das von ihm geführte Fahrzeug weisungsgemäß abgestellt und sich erst mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 04.07.2006 wieder gemeldet hat, macht die Berufung auf die fehlende Schriftform nicht treuwidrig (vgl. auch: BAG, Urteil vom 19.05.1988 - AP BGB § 613 a Nr. 75).

2. Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien ist auch nicht durch die außerordentliche Kündigung des Beklagten vom 06.07.2006 beendet worden. Auch dies hat das Arbeitsgericht in dem angefochtenen Urteil zutreffend erkannt. 76

Die außerordentliche Kündigung vom 06.07.2006 ist nicht nach § 626 BGB wirksam. Dem Beklagten stand kein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB für die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Seite. 77

Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden kann. 78

In Anwendung dieser Grundsätze erweist sich die außerordentliche Kündigung vom 06.07.2006 als unwirksam. Dies hat das Arbeitsgericht zutreffend erkannt. 79

a) Zwar ist der dem Kläger von dem Beklagten gemachte Vorwurf grundsätzlich geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB abzugeben. In der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte ist anerkannt, dass strafbare Handlungen zu Lasten eines Arbeitgebers ebenso wie grobe Vertrauensverstöße grundsätzlich eine außerordentliche Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB rechtfertigen können (BAG, Urteil vom 26.11.1964 - AP BG § 626 Nr. 53; BAG, Beschluss vom 10.02.1999 - AP KSchG 1969 § 15 Nr. 42; BAG, Urteil vom 12.08.1999 - AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 28; BAG, Urteil vom 27.03.2003 - AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 36; ErfK/Müller-Glöge, a.a.O., § 626 Rz. 148, 154 f.; Stahlhacke/Preis/Vossen, a.a.O., Rz. 739 f.; APS/Dörner, 2. Aufl., § 626 BGB Rz. 275 ff.). Vom Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber begangene Straftaten, insbesondere Diebstähle, Unterschlagungen oder sonstige Vermögensdelikte zum Nachteil des Arbeitgebers, rechtfertigen regelmäßig eine außerordentliche Kündigung ohne vorherige Abmahnung. 80

Das gilt auch bei einem bloßen Versuch. Auch der bloße Versuch eines Diebstahls zu Lasten des Arbeitgebers kann grundsätzlich eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen (LAG Hamm, Urteil vom 20.02.1986 - DB 1986, 1338; LAG Köln, Urteil vom 22.01.1996 - AP BGB § 81

626 Nr. 127; KR/Fischermeier, § 626 BGB Rz. 445). Ob und inwieweit sich der Arbeitnehmer mit seinem Verhalten strafbar gemacht hat, ist für die Beurteilung eines wichtigen Grundes im Sinne des § 626 BGB ebenso wenig entscheidend, wie der Ausgang eines staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens (BAG, Urteil vom 20.04.1977 - AP BAT § 54 Nr. 1; BAG, Urteil vom 29.01.1997 - AP BGB § 626 Nr. 131).

b) Zu Recht und mit zutreffendere Begründung ist das Arbeitsverhältnis in dem angefochtenen Urteil zu dem Ergebnis gelangt, dass dem Kläger kein strafbares Verhalten vorgeworfen werden kann, das zu einer fristlosen Kündigung führen könnte. 82

aa) Der Beklagte kann dem Kläger nicht vorwerfen, den am 20.06.2006 einkassierten Betrag von 321,90 € unterschlagen zu haben. 83

Zwar ist zwischen den Parteien unstreitig, dass der Kläger diesen Betrag am 20.06.2006 eingenommen und den Erhalt quittiert hat. Der Beklagte hat auch behauptet, dass der Kläger diesen Betrag nicht weisungsgemäß abgeliefert hat. Hierzu hat sich der Kläger allerdings substantiiert dahin eingelassen, dass er die entgegengenommene Nachnahmegebühr von 321,90 € zusammen mit der Tankkarte in einem weißen Briefumschlag auf der Armatur des Fahrzeugs deponiert habe, als er dieses bei der D2 abgestellt und den Fahrzeugsschlüssel bei der D2 abgegeben habe. Hieraus folgt, dass der Beklagte dem Kläger hätte nachweisen müssen, dass der Betrag von 321,90 € nicht nur nicht im zurückgelassenen Fahrzeug gewesen ist, sondern dass der Kläger sich diesen Betrag rechtswidrig zugeeignet hat. Das ist nicht substantiiert dargelegt worden. Auch das gegen den Kläger eingeleitete Ermittlungsverfahren hat insoweit den erhobenen Vorwurf nicht bestätigt. Der Umstand, dass der Kläger den Betrag von 321,90 € in dem bei der D2 abgegebenen Fahrzeug zurückgelassen hat, statt den Betrag gegen Quittung bei dem Beklagten persönlich oder einem Vertreter abzuliefern, stellt möglicherweise eine Pflichtverletzung dar, die aber ohne Abmahnung nicht zu einer außerordentlichen Kündigung führen kann. Der Nachweis einer Unterschlagung dieses Betrages ist dem Beklagten nicht gelungen. 84

bb) Der Beklagte kann dem Kläger auch nicht vorwerfen, am 21.06.2006 einen Betrag von 432,16 € unterschlagen zu haben. Zwar hat der Beklagte insoweit behauptet, der Kläger habe die Sendung am 21.06.2006 an den Kunden R2 ausgeliefert und hierfür den Betrag in Höhe von 432,16 € eingenommen. Diese Behauptung ist vom Beklagten in der beim Arbeitsgericht am 25.04.2007 durchgeführten Beweisaufnahme, mit deren Verwertung die Parteien sich im Termin vor der Berufungskammer vom 29.06.2007 einverstanden erklärt haben, aber nicht bewiesen worden. Der Zeuge R2 hat nicht zweifelsfrei bestätigen können, ob es sich bei dem Kurierfahrer, an den er den streitigen Betrag bezahlt haben will, um den Kläger gehandelt hat. Der Zeuge R2 konnte auch den genauen Tag, an dem die Sendung geliefert worden ist, nicht mehr angeben. Die Zahlung des Betrages an den Kurierfahrer ist auch nicht quittiert worden. Hiernach ist es durchaus denkbar, dass die Auslieferung der Sendung an die Firma I1 an einem anderen Tag als dem 21.06.2006 erfolgt ist. Diese Bewertung durch die Berufungskammer stimmt im Übrigen mit den Ermittlungen der Staatsanwaltschaft Bielefeld überein. 85

cc) Der Beklagte kann sich zur Begründung der außerordentlichen Kündigung vom 06.07.2006 auch nicht auf eine angebliche Urkundenfälschung durch den Kläger am 16.05.2006 berufen. 86

Zwar mag insoweit ein gewisser Tatverdacht gegen den Kläger bestehen. Die Berufungskammer brauchte aber auch den Vorfall vom 16.05.2006 nicht weiter aufklären, weil der Beklagte auch im Berufungsrechtszug nicht dargelegt hat, dass die Kündigung 87

innerhalb der gesetzlichen Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB zugegangen ist. Dies hat bereits das Arbeitsgericht in dem angefochtenen Urteil gerügt. Mit der Berufung trägt der Beklagte nicht vor, wann er von dem Vorfall vom 16.05.2006 Kenntnis erlangt hat. Die Berufungsbegründung befasst sich auch insoweit lediglich mit den angeblichen Unterschlagungen des Klägers vom 20. und 21.06.2006, nicht jedoch mit dem Vorwurf der Urkundenfälschung vom 16.05.2006.

Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien hat nach alledem, wie vom Arbeitsgericht zutreffend erkannt, bis zum 15.08.2006 fortbestanden. 88

II. 89

Das Arbeitsgericht hat auch zu Recht und mit zutreffender Begründung den Zahlungsanträgen des Klägers stattgegeben. 90

Soweit der Kläger mit der stattgegebenen Zahlungsklage sein Arbeitsentgelt für den Zeitraum vom 01. bis 20.06.2006 verlangte, ist die Berufung - wie bereits ausgeführt - bereits unzulässig. 91

Dem Kläger steht aber auch das Arbeitsentgelt für den Zeitraum vom 22.06.2006 bis zum 31.07.2006 zu. Dieser Anspruch folgt aus § 615 BGB. Dies hat das Arbeitsgericht zutreffend erkannt. Aufgrund der SMS vom 21.06.2006 befand sich der Beklagte in der Folgezeit in Annahmeverzug nach den §§ 615, 293 ff. BGB. Das Landesarbeitsgericht folgt insoweit den Gründen des angefochtenen Urteils, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, § 69 Abs. 2 ArbGG. Mit der Berufung sind hiergegen keine Einwendungen erhoben worden. 92

III. 93

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Der Beklagte hat die Kosten des erfolglos gebliebenen Rechtsstreits zu tragen. 94

Der Streitwert, der sich aufgrund der beschränkt eingelegten Berufung geändert hat, beträgt für die Berufungsinstanz 5.560,00 €. 95

Für die Zulassung der Revision zum Bundesarbeitsgericht bestand nach den § 72 Abs. 2 ArbGG keine Veranlassung. 96

Schierbaum	Wundrack	Thiele	97
------------	----------	--------	----