
Datum: 18.07.2018
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 Sa 1828/17
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2018:0718.2SA1828.17.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Iserlohn, 5 Ca 987/17
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 8 AZR 410/18
Schlagworte: Änderung des Klageantrags in der Berufungsinstanz - Unterlassung und Widerruf einer Meinungsäußerung – Verzugspauschale - Abgrenzung einer unwahren Tatsachenbehauptung von einer Meinungsäußerung
Normen: Art. 5 GG; §§ 288 Abs. 5, 626, 823, 1004 BGB, §§ 263, 264, 533 ZPO

Leitsätze:

1. Der Übergang von einer Klage auf Feststellung des Bestehens eines Urlaubsanspruchs im bestehenden Arbeitsverhältnis zu einer Klage auf Zahlung einer Urlaubsabgeltung nach zwischenzeitlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist auch in der Berufungsinstanz im Hinblick auf § 533 ZPO nach § 264 Nr.2 ZPO zulässig. § 533 ZPO steht dem nicht entgegen, da diese Vorschrift beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 264 ZPO nicht einschlägig ist.

2. § 288 Abs. 5 BGB findet auch im Arbeitsrecht Anwendung. Eine Bereichsausnahme für arbeitsrechtliche Forderungen hat der Gesetzgeber nicht vorgesehen.

3. Ein Anspruch auf Unterlassung und Widerruf einer Äußerung besteht nur dann, wenn es sich bei den angegriffenen Äußerungen um unwahre Tatsachenbehauptungen handelt. Hat der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt, weil er vom Vorliegen eines wichtigen Grundes ausging, kann der Arbeit-

nehmer nicht die Unterlassung bzw. den Widerruf der bloßen Äußerung des Arbeitgebers „wir mussten das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund per sofort beenden“ verlangen, da insoweit keine unwahre Tatsachenbehauptung, sondern nur eine subjektive Meinungsäußerung vorliegt, die keine Schmähkritik enthält und daher vom Grundrecht auf freie Meinungsäußerung des Art 5 Abs. 1 GG gedeckt ist.

Tenor:

Das Urteil des Arbeitsgerichts Iserlohn vom 28.11.2017- 5 Ca 937/17 wird teilweise unter Zurückweisung der Berufung der Beklagten und der Berufung des Klägers abgeändert und zu Klarstellung wie folgt neu gefasst:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die Kündigungen der Beklagten vom 24.05.2017 und vom 14.07.2017 aufgelöst worden ist.
2. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger ein qualifiziertes Enderbeitszeugnis zu erteilen.
3. Es wird festgestellt, dass festgestellt, dass sich der Rechtsstreit in der Hauptsache insoweit erledigt hat, als das Arbeitsgericht festgestellt hat, dass dem Kläger per 24.04.2017 noch ein Urlaubsanspruch in Höhe von 52 Urlaubstagen zusteht.
4. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger
 - a) 10.296,00 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.01.2018,
 - b) 21.450 Euro brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 8.422,50 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.11.2017
 - c) 8.580 Euro brutto abzüglich gezahlter 3.369 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 02.01.2018 und
 - d) 280 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.10.2017 aus 200 € und seit dem 02.01.2018 aus 80 € zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits die Kosten des Rechtsstreits in der ersten Instanz hat der Kläger zu 44 % und die Beklagte zu 56 %, die Kosten des Berufungsverfahrens der Kläger zu 15% und die Beklagte zu 85 % zu tragen

Die Revision wird für die Beklagte zugelassen, soweit sie zur Zahlung der Verzugspauschale in Höhe von 280 € nebst Zinsen verurteilt worden ist.

Tatbestand	1
Die Parteien streiten in der Berufungsinstanz über den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Unterlassungs-, Widerrufs- und Auskunftsansprüche sowie um Zahlungsansprüche des Klägers.	2
Der im Jahr 1977 geborene und gegenüber zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtete Kläger war bei der Beklagten seit dem 01.01.2012 als Vertriebsleiter zu einem monatlichen Bruttogrundgehalt von zuletzt 3.850 € beschäftigt. Zudem wurde dem Kläger in der Vergangenheit ein Dienstwagen, der auch zu privaten Zwecken genutzt werden konnte, mit einem Bruttolistenpreis in Höhe von ca. 44.000,00 € zur Verfügung gestellt. Im Dezember 2013 wurde dem Kläger Einzelprokura erteilt.	3
Die Beklagte ist ein Unternehmen, welches im Bereich Torantriebssysteme, Sicherheitstechnik für Tore, Zutrittskontrolle und Schrankensysteme, Autoparkanlagen und Parktechnik tätig ist und ohne Auszubildende mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt.	4
Der schriftlich unter dem 10.11.2011 abgeschlossene Arbeitsvertrag enthält u.a. folgende Regelungen:	5
<i>„§ 2 Vergütung</i>	6
<i>(1) Als Vergütung für die Tätigkeit des Angestellten nach diesem Vertrag zahlt das Unternehmen ein Jahresbruttogehalt von 46.200,- EURO, das in 12 gleichen Teilbeträgen jeweils zum Ende eines Monats fällig und auf ein von dem Angestellten anzugebendes Gehaltskonto überwiesen wird.</i>	7
<i>(2)</i>	8
<i>(3) Angestellter erhält eine Tantieme, die 10% des Jahresgewinns nach der Handelsbilanz beträgt, mindestens jedoch 1.000,- EURO und nach Vorlage des Jahresabschlusses fällig ist, spätestens jedoch am 30. Juni eines jeden Kalenderjahres für das vorangegangene Kalenderjahr. Von dem Mindestbetrag kann die Hälfte im November eines jeden Jahres als Vorschuss auf die Tantieme des laufenden Jahres in Anspruch genommen werden.</i>	9
<i>Scheidet Angestellter innerhalb des Geschäftsjahres aus, wird nur eine anteilige Gewinnbeteiligung gewährt entsprechend der Zugehörigkeit zum Unternehmen.</i>	10
<i>(4) Eventuell geleistete Überstunden bis zu 20 Stunden im Monat sind mit der Vergütung abgegolten. Darüber hinausgehende Überstunden werden gesondert vergütet /durch Freizeit ausgeglichen.</i>	11
<i>(...)</i>	12
<i>§ 4 Urlaub</i>	13
	14

(1) Angestellter erhält einen jährlichen Urlaub von 26 Arbeitstagen. Der Urlaub ist so rechtzeitig mit der Geschäftsführung abzustimmen, dass die Unternehmensbelange beeinträchtigt werden.	
(2) Nicht genommener Urlaub verfällt mit dem 31. August des Folgejahres, soweit nichts anderes gesetzlich bestimmt oder vor Ablauf dieser Frist nichts anderes gemeinsam vereinbart worden ist.	15
(3) Angestellter stellt sicher, dass er für die Geschäftsführung in dringenden Fällen auch während des Urlaubs erreichbar ist.	16
(...)	17
§ 11 Wettbewerbsvereinbarung	18
(...)	19
§ 14 Verfall-/Ausschlussfristen	20
Die Vertragschließenden müssen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb von drei Monaten nach ihrer Fälligkeit schriftlich geltend machen und im Falle der Ablehnung durch die Gegenseite innerhalb von drei Monaten einklagen. Andernfalls erlöschen Sie. Für Ansprüche aus unerlaubter Handlung verbleibt es bei der gesetzlichen Regelung.“	21
Wegen der weiteren Einzelheiten des Arbeitsvertrages wird auf die zur Gerichtsakte gereichte Kopie des Arbeitsvertrages (Bl. 3-5 d.A.) Bezug genommen.	22
Die Abrechnung für April 2017 (Bl. 30 d.A.) enthält eine Eintragung „91,5 Urlaubstage“. In der Zeit vom 14.04.2017 bis zum 24.04.2017 befand sich der Kläger im Urlaub.	23
Am 03.05.2017 erhielt der Kläger von der Beklagten eine Abmahnung, in der u.a. folgendes ausgeführt wird:	24
„Abmahnung	25
Sehr geehrter Herr C,	26
In § 1 Ihres Arbeitsvertrages mit uns wird Ihre Tätigkeit beschrieben. Danach sind Sie auch als Vertriebsleiter bei der I GmbH angestellt.	27
Ihre Aufgabe ist es vorrangig, die typische Tätigkeit eines leitenden Angestellten im Vertrieb zu erbringen, vornehmlich den Verkauf, die Steuerung und den reibungslosen Ablauf der Kundenprojekte, die Steuerung Ihres Teams und die Steuerung der I1 UG inkl. der techn. Angestellten. Dies zusammen ist Ihre Haupttätigkeit. Dazu ist die tägliche Abstimmung mit der Geschäftsleitung, den Kunden, den Mitarbeitern, in alle Richtungen verständlicherweise dringend erforderlich. Unter anderem in der Form, dass Sie die Bestellungen der Kundenprojekte dergestalt projektieren, dass diese pünktlich zum Montagebeginn geliefert und demnach von Ihnen eigenverantwortlich bei den Lieferanten zeitnah bestellt werden.	28
Diese Bestellungen sind wesentlich mit Ihrer Aufgabe verbunden. Leider ist es nun zu dem Vorfall gekommen, dass Sie es verweigern Bestellungen für Kunden bei Lieferanten auszulösen. Mit dem Ergebnis, dass Sie Bestellungen nicht auslösen möchten und damit es riskieren, dass die Waren zum Montagebeginn nicht pünktlich geliefert werden.	29

Leider haben Sie am 03.05.2016 11:37 Uhr den Gesellschafter über Ihr Unterlassen fernmündlich informiert und ihm mitgeteilt: „Ich mache das nicht. Eine schriftliche Aufforderung des Geschäftsführers mit Unterschrift möchte ich haben.“ Dem Geschäftsführer haben Sie kurz zuvor mitgeteilt: „Die Firma ist kaputt“ „Das mache ich nicht, ich verlange von Ihnen eine schriftliche Aufforderung, dass ich das tun muss.“ Sie sind dazu angehalten Ihre Kundenprojekte eigenverantwortlich zu steuern, demnach auch zeitnah bei Lieferanten zu bestellen. Ihre Verweigerung fällt demnach eindeutig unter den Bereich der Unterlassung und Verweigerung Ihres Aufgabengebietes und Ihrer Zuständigkeit. Diese Unterlassung kann dazu führen, dass Kundenprojekte platzen oder nicht termingerecht ausgeführt werden können. Je nach Höhe und Dauer Ihres Unterlassen, kann dies zum einen für den Kunden, aber auch für die Firma nennenswerten Schaden verursachen, dergestalt, dass daraus der Ruf oder sogar die finanzielle Basis der Firma geschädigt wird. Daher behalten wir uns schon jetzt ausdrücklich Schadensersatz gegen Sie vor, sollten Sie weiterhin an dieser Unterlassung festhalten.	30
Zudem sind Sie dazu angehalten gegenüber Ihren Kollegen und Vorgesetzten einen höflichen und für Sie als Vorgesetzter motivierenden Umgang zu pflegen. Ihre Mutmaßung die finanzielle Situation und Ihre Äußerung „Die Firma ist kaputt!“ fallen eindeutig unter den Bereich der Diffamierung und fördern nicht die gedeihliche Zusammenarbeit.	31
Wir möchten darauf hinweisen, dass wir wissen, dass Sie ein (Mit)- Kaufinteresse an der Firma haben und konkret dazu mit dem Gesellschaftervertreter über Dritte in Verhandlungen sind. Ihr Unterlassen fördert die Position der Firma daher nicht und könnte möglicherweise in ultima ratio dazu führen, dass die Käuferseite gestärkt würde.	32
.....	33
Wir missbilligen Diffamierungen jedweder Art, sowie Ihr Unterlassen Ihres Aufgabengebietes und fordern Sie auf, dieses zu unterlassen. Im Wiederholungsfall sind wir leider gezwungen, das Arbeitsverhältnis mit Ihnen zu beenden. Wir bedauern diesen Schritt, sehen jedoch aufgrund Ihres unverständlichen, nicht mehr zu akzeptierenden Verhaltens keinen anderen Weg.	34
Seit dem 04.05.2017 und jedenfalls bis zum Ausspruch der ersten fristlosen Kündigung war der Kläger arbeitsunfähig erkrankt. Im Betrieb befand er sich in dieser Zeit auch nicht mehr. Sämtliche Unterlagen zu laufenden Vorgängen und das ärztliche Attest übergab die Lebensgefährtin des Klägers der Beklagten am 04.05.2017.	35
Mit Schreiben vom 24.05.2017, dem Kläger am 27.05.2017 zugegangen, erklärte die Beklagte die fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger zum nächstmöglichen Zeitpunkt, welcher der 31.07.2017 sei.	36
Im Wege einer Rundmail versandte die Beklagte am 26.05.2017 an ihre Geschäftspartner folgende E-Mail:	37
„Sehr geehrte Geschäftspartner!	38
Leider muss ich Sie heute über den Umstand informieren, dass die Geschäftsführung der I GmbH mit sofortiger Wirkung außerordentlich aus wichtigem Grund per sofort das Arbeitsverhältnis mit Herrn C beenden musste.	39

Für Rückfragen steht Ihnen Herr I2 ab kommenden Montag gerne zur Verfügung, sollten Sie Fragen haben.

Ich wünsche Ihnen ein schönes Wochenende.

Mit freundlichen Grüßen

I3“

Nachdem der Kläger die Beklagte mit Schreiben vom 30.05.2017 zur Erteilung eines qualifizierten Zwischenzeugnisses aufforderte, wurde ihm wurde zwar ein Entwurf erstellt, jedoch kein von der Beklagten unterzeichnetes Zwischenzeugnis ausgehändigt.

Mit einem weiteren Schreiben vom 14.07.2017 erklärte die Beklagte erneut die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger.

Mit seiner am 30.05.2017 beim Arbeitsgericht Iserlohn eingegangenen Kündigungsschutzklage wendet sich der Kläger gegen die fristlose Kündigung vom 24.05.2017, die er in der Folgezeit erweitert hat. Mit einem am 01.08.2017 eingegangenen Klageantrag wehrt sich der Kläger gegen die weitere mit Schreiben vom 14.07.2017 erklärte fristlose Kündigung und hat zuletzt erstinstanzlich die Erteilung eines qualifizierten Zwischenzeugnisses, die Feststellung von Urlaubstagen und die Feststellung der Unwirksamkeit eines arbeitsvertraglichen Wettbewerbsverbots, die Verpflichtung zur Untersagung von Aussagen der Beklagten gegenüber Dritten, den Widerruf entsprechender Aussagen der Beklagten gegenüber Dritten, die Auskunft darüber, wem gegenüber entsprechende Aussagen getätigt worden sind, die Zahlung von Annahmeverzugslohn und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses begehrt. Zudem hat er zahlreiche Hilfsanträge gestellt, über die jedoch nicht nach Auffassung des Arbeitsgerichts nicht zu entscheiden gewesen ist.

Der Kläger hat Auffassung vertreten, dass die beiden Kündigungen seines Arbeitsverhältnisses vom 24.05.2017 und vom 14.07.2017 unwirksam seien. Seine Arbeit habe er entgegen den pauschalen Behauptungen der Beklagten zu keinem Zeitpunkt verweigert. Er habe sich lediglich am 02. und am 03.05.2017 geweigert, einige Lieferantenbestellungen, die er wie gewohnt erstellt hätte, zu unterschreiben. Er habe insoweit den Geschäftsführer der Komplementärin der Beklagten gebeten, diese Bestellungen selbst zu unterschreiben. Auslöser sei der Umstand gewesen, dass er davon ausgegangen sei, dass die Beklagte nach den ihm vorliegenden Unterlagen seit Mitte März bzw. jedenfalls seit Anfang Mai 2017 zahlungsunfähig gewesen sei. Er habe dementsprechend als Prokurist, um einer persönlichen Haftung zu entgehen, den Geschäftsführer der Komplementärin der Beklagten mit seinen Erkenntnissen konfrontiert. Der Geschäftsführer habe ihm hierauf nur gesagt, dass alles in Ordnung sei und dass er, der Kläger, selbst unterschreiben solle. Einen Nachweis darüber, dass alles in Ordnung sei, gäbe es nicht.

Hinsichtlich den von der Beklagten angeführten Sachverhalte bezüglich der Arbeitsverweigerung hat der Kläger folgendes vorgetragen:

Der Auftrag „Bauvorhaben Torraum 1 Hauptbahnhof X“ sei ihm, dem Kläger zu keinem Zeitpunkt von der Geschäftsführung zur Ausführung übertragen worden sein. Im Übrigen sei eine Auftragserfüllung bis Mitte Mai 2017 aufgrund einer langen Lieferzeit nicht haltbar gewesen. Zudem sei dem Geschäftsführer der Auftrag am 28.04.2017 und nochmals am 03.05.2017 zur Unterschriftsleistung vorgelegt worden.

Bezüglich der Anfrage „BV M HTI Handel“ sei eine Bearbeitung am 25.04.2017 nicht möglich gewesen, weil er, der Kläger, sich im Außendienst befunden habe. Zudem habe es sich bei dieser Anfrage um Sonderprodukte gehandelt, bei denen zunächst am 26.04.2017 beim Lieferanten eine Anfrage notwendig gewesen sei. Mit dem Interessenten sei eine Angebotsabgabe bis zum 05.05.2017 verabredet gewesen. Dieser Termin sei aufgrund der Arbeitsunfähigkeit nicht mehr eingehalten worden. Die Unterlagen lägen der Beklagten zur Bearbeitung vor.	50
Die Anfragen der C1 GmbH und „Schulküche X1“ seien ihm unbekannt.	51
Hinsichtlich der Anfrage „Fa. E“ sei eine Angebotserstellung bis zum 05.05.2017 vereinbart gewesen. Eine Angebotsabgabe sei aufgrund der Komplexität und aufgrund der Arbeitsunfähigkeit des Klägers nicht mehr möglich gewesen.	52
Bezüglich der Anfrage „Fa. N für BMW IAA Standbau 2017“ sei wegen Überlastung eine Angebotsabgabe bis zum 30.03.2017 nicht möglich gewesen. Ferner hätte ein anderer Interessent die Anfrage früher gestellt und bereits im Jahr 2015 hätte die Firma N eine Anfrage gestellt, wobei letztlich die Beklagte den Auftrag aufgrund des deutlich teureren Angebots nicht erhalten habe. Hierbei habe er, der Kläger, für den Auftrag aus dem Jahr 2017 keine großen Chancen gesehen. Bei täglich im Durchschnitt 10 und mehr Anfragen habe er sich auf die erfolgsversprechenden Anfragen maßgeblich konzentriert. Aufgrund einer Vielzahl an Arbeitsaufgaben sei er insoweit überlastet gewesen, was dazu geführt habe, dass die Beklagte ihm die Weisung gegeben habe, eigenständig zu prüfen, welche Anfragen sich lohnen und welche nicht.	53
Bezüglich der zweiten Kündigung habe die Beklagte von den entsprechenden Bestellungen Kenntnis gehabt, da sie am 15.03.2017 und am 30.04.2017 Aufstellungen über laufende Aufträge bekommen habe. Es habe zu dem Zeitpunkt, als die entsprechenden Bestellungen getätigt worden seien, keine Anweisung gegeben, diese Bestellungen über eine Wareneinkaufsfinanzierung laufen zu lassen. Das Finetrading sei erst Anfang April 2017 bei der Beklagten eingeführt worden.	54
Schließlich liege auch hinsichtlich der Bestellung „B Group“ keine Pflichtverletzung vor. Mit dem Montageleiter der Beklagten sei nicht über eine gewünschte Sonderbreite des Bügels gesprochen worden. Letztlich sei vom Kunden nach Angebotserstellung ein Standardmaß bestellt worden. Ferner werde insoweit ein Schaden nach Grund und Höhe bestritten.	55
Der Kläger hat außerdem behauptet, dass er in den zurückliegenden Jahren kaum Urlaub habe nehmen können, weshalb 91,5 Urlaubstage aufgelaufen seien. Im Übrigen hat er insoweit die Ansicht vertreten, dass die im Arbeitsvertrag unter § 14 vereinbarte Ausschlussklausel wegen Unklarheiten unwirksam sei. Es bestünde auch ein Feststellungsinteresse, weil die Beklagte nicht anerkennen wolle, dass sie in der Lohnabrechnung April 2017 91,5 Urlaubstage bescheinigt habe. Hilfsweise im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses habe er, der Kläger, jedenfalls einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung.	56
Darüber hinaus hat der Kläger die Ansicht vertreten, hinsichtlich der Erklärungen der Beklagten gegenüber Geschäftspartnern unter Hinweis darauf, dass sie das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grunde habe beenden müssen, sei in schwerwiegender Weise in sein Persönlichkeitsrecht und seine Ehre eingegriffen worden, sodass die Beklagte in eklatanter Weise ihre Fürsorgepflichten ihm gegenüber verletzt habe. Die E-Mail suggeriere schwere Verfehlungen und deren Botschaft sei, dass man sich vom Kläger fernhalten müsse.	57

Deswegen sei die Beklagte zur Untersagung von Aussagen gegenüber Dritten bezüglich einer fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verpflichten und sie müsse auch die entsprechenden Aussagen gegenüber Dritten widerrufen. Ferner stünde ihm auch ein Anspruch auf Auskunft dahingehend zu, zu erfahren, gegenüber wem die Beklagte solche Aussagen getätigt habe.

Nach Ausspruch der fristlosen Kündigungen bestünde außerdem ein Anspruch auf Zahlung von Annahmeverzugslohn für den Zeitraum Juni bis Oktober 2017 in Höhe von 21.450,00 €. Des Weiteren habe er auch einen Anspruch auf Feststellung der Unwirksamkeit des arbeitsvertraglichen Wettbewerbsverbot gemäß § 11 des Arbeitsvertrages, da dieses den Anforderungen nach §§ 74 Abs. 2, 74 b Abs. 2 HGB nicht gerecht werde.

Der Kläger hat erstinstanzlich zuletzt beantragt,

• 1.

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die Kündigungen der Beklagten vom 24.05.2017 und vom 14.07.2017 aufgelöst worden ist;

• 2.

die Beklagte zu verurteilen,

◦ a.

ihm ein qualifiziertes Zwischenzeugnis zu erteilen mit dem im Schriftsatz vom 29.09.2017 wieder gegebenen Inhalt (Blatt 125 – 127 d.A.);

b. hilfsweise für den Fall der Abweisung des Antrag 2 a) die Beklagte

zu verurteilen, ihm ein qualifiziertes Zwischenzeugnis zu

erteilen:

• 3.

hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Kündigungsschutzantrag, die Beklagte zu verurteilen, ihm ein qualifiziertes Endzeugnis zu erteilen;

• 4.

festzustellen, dass ihm per 24.04.2017 91,5 Urlaubstage zustehen;

• 5.

hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Feststellungsantrag hinsichtlich der Urlaubstage, die Beklagte zu verurteilen, an den ihn 16.258,85 € brutto als Urlaubsabgeltung zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem

Basiszinssatz seit dem 07.10.2017;

- 6. 72
der Beklagten zu untersagen, wörtlich oder sinngemäß zu behaupten, dass die Geschäftsführung der I GmbH mit sofortiger Wirkung außerordentlich aus wichtigem Grund per sofort das Arbeitsverhältnis mit Herrn C beenden musste;
- 7. 73
die Beklagte zu verurteilen, gegenüber den nachfolgenden Personen mittels E-Mail die Erklärung zu widerrufen, dass die Geschäftsführung der I GmbH mit sofortiger Wirkung außerordentlich aus wichtigem Grund per sofort das Arbeitsverhältnis mit Herrn C beenden musste: C2 GmbH, H GmbH, I4 GmbH, Q BVBA, X2 GmbH,
- 8. 74
die Beklagte zu verurteilen, ihm Auskunft darüber zu erteilen, an wen sie eine E-Mail mit dem wörtlichen oder sinngemäßen Inhalt verschickt hat, dass die Geschäftsführung der I GmbH mit sofortiger Wirkung außerordentlich aus wichtigem Grund per sofort das Arbeitsverhältnis mit Herrn C beenden musste;
- 9. 75
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 21.450,00 € brutto zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 4.290,00 € seit dem 02. Juli, 02. August, 02. September, 02. Oktober und 02. November 2017 sowie 200,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.10.2017;
- 10. 76
hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit den Kündigungsschutzanträgen, die Beklagte zu verurteilen, ihn 10.725,00 € brutto zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 2.145,00 € seit dem 02. Juli, 02. August, 02. September, 02. Oktober und 02. November 2017 sowie 200,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.10.2017;
- 11. 77
das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, aber 11.797,50 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.08.2017 (Tag nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses) nicht unterschreitet, aufzulösen;
- 12. 78
festzustellen, dass das in § 11 des Arbeitsvertrages der Parteien vom 10.11.2017 formulierte Wettbewerbsverbot für den Kläger unverbindlich ist.

Die Beklagte hat beantragt, 79

80

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass die fristlosen Kündigungen des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung wirksam seien. Folgende Angelegenheiten, die ihm übertragen worden seien, habe er nicht bzw. nicht fristgerecht bearbeitet: 81

- N für BMW IAA Standbau 2017 (April 2017) 82

- Anfrage BV M HTI Handel (April, Mai 2017) 83

- Anfrage C1 GmbH (April 2017) 84

- Anfrage E (April 2017) 85

- Anfrage „Austausch X3“ 86

- Anfrage Fa. B (Februar 2017) 87

- Anfrage Fa. H1 (Mai 2017) 88

- I4- Montagetermin Versenkbare Poller, März 2017 89

- Bauvorhaben Torraum 1 Hauptbahnhof X 90

- Auftrag „M1“, 1. April 2017 91

Bezüglich der einzelnen Vorfälle hat die Beklagten ergänzend Folgendes vorgetragen: 92

Hinsichtlich des Bauvorhabens „Torraum 1 Hauptbahnhof X“ habe der Kläger eine die Beklagte unter dem 20.04.2017 erreichende Bestellung bearbeiten sollen. Der Kunde habe hierbei ausdrücklich in seiner Bestellung darauf hingewiesen, dass bereits Mitte Mai in X anlässlich des anstehenden Jubiläums zum Reformationstag eine „Weltausstellung“ eröffnet werde und die zügige Bearbeitung des Auftrags durch die Beklagte dringlich sei und zeitnah erfolgen müsse. Bis zum 09.05.2017 sei der Auftrag nicht bearbeitet worden und die Bestellerin habe in der Folge den Auftrag aufgrund von Nichtleistung storniert. 93

Unter dem 25.04.2017 habe der Kläger des Weiteren eine Anfrage bezüglich einer Angebotserstellung für ein Bauvorhaben erhalten (Anfrage BV M HIT Handel). Dieser Auftrag sei bis einschließlich dem 17.05.2017 nicht bearbeitet worden. Der Auftrag sei wegen des langen Zeitraums der Nichtbearbeitung fremdvergeben worden. Auch die Anfrage der C1 GmbH, die unter dem 28.04.2017 erfolgt sei, sei nicht bis zum 17.05.2017 bearbeitet worden. Auch hierbei sei dann eine Fremdvergabe des Auftrags erfolgt. Entsprechendes habe sich bei einer Anfrage „Schulküche X1“ zugetragen. Ebenso kam bezüglich der Anfrage der Firma E, die unter dem 13.04.2017 erfolgt sei, kein Vertrag zustande. Schließlich sei hinsichtlich der Anfrage „Fa. N für BMW IAA Standbau 2017“, die unter dem 27.03.2017 erfolgt sei, eine Bearbeitung durch den Kläger unterblieben. Ihm habe hierbei ausreichende Bearbeitungszeit und –möglichkeit zur Verfügung gestanden. 94

Der Kläger habe am 12.02.2017 eine Bestellung beim zuständigen Lieferanten Fa. H ausgelöst und den Auftrag ausschließlich alleine bearbeitet. Trotz einer eindeutigen und unmissverständlichen Maßaufnahme in der Akte, sei dem Kläger nicht aufgefallen, dass die Auftragsbestätigung am 15.02.2017 kein Sondermaß, sondern ein sogenanntes 95

Standardmaß bestätige. Das Sondermaß betrage 1068 mm, wohingegen der betroffene Bügel 1150 mm hätte betragen müssen. Hierdurch seien ein Austausch, sowie zusätzliche Anfahrtkosten hervorgerufen worden, mithin ein erheblicher Schaden in Höhe von 2.965,00 €. Insoweit liege ebenfalls eine Vertragspflichtverletzung des Klägers vor.

Aufgrund des vertragswidrigen Verhaltens des Klägers sei es zum vollständigen Auftragsverlust, jedenfalls aber zu erheblichen Regressansprüchen seitens der betroffenen Unternehmen ihr gegenüber gekommen. Der Kläger sei mehrfach, insbesondere durch Gespräche der Geschäftsführung, nachhaltig und eindeutig sowie eindringlich zur Erbringung seiner vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung angehalten worden. Die Abmahnung sei vor diesem Hintergrund zu Recht ausgesprochen worden. 96

Der Kläger habe zudem seine Verweigerungshaltung aufrechterhalten. Er habe mehrfach die Absicht geäußert, ihre Firma im Sinne einer Nachfolgeregelung übernehmen zu wollen. Es dränge sich hierbei der begründete Verdacht auf, dass der Kläger ihre Firma durch sein fortgesetzt vertragswidriges und rechtswidriges Verhalten offensichtlich in den Bereich der Insolvenzreife habe manövrieren wollen, um somit eine für sich und eine eventuelle Übernahme günstige Verhandlungsposition schaffen zu wollen. 97

Schließlich habe der Kläger unter dem 30.03.2017 in ihrem Namen, aber ohne ihren Auftrag und Ermächtigung Produkte im Wert von 50.000,00 € bei zwei verschiedenen Unternehmen bestellt, nämlich der L GmbH aus I5 und der Firma F aus U. Hierbei habe es der Kläger pflichtwidrig unterlassen, den Verkäufer der Ware ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die alsdann durch die Beklagte geschuldete Kaufpreissumme ausschließlich über eine Wareneinkaufsfinanzierung, einem sogenannten Finetrading, zu laufen habe. Wegen des Fehlverhaltens des Klägers habe sie von den beiden Lieferanten Rechnungen über die vorgenannten 50.000,00 € erhalten, die sie nicht auf einmal habe bezahlen können. Sie sei zur Vermeidung einer ansonsten unweigerlichen Insolvenzantragsverpflichtung gezwungen gewesen, in eine kostenintensive Finanzierung zu gehen. Im Hinblick auf diesen Sachverhalt sei der Ausspruch der zweiten fristlosen Kündigung vom 14.07.2017 gerechtfertigt gewesen. Die Kündigung sei unverzüglich innerhalb der Zweiwochenfrist nach Bekanntwerden der behaupteten Pflichtverletzung ausgesprochen worden. 98

Hinsichtlich der vom Kläger geltend gemachten Urlaubsansprüche hat die Beklagte vorgetragen, dass der Urlaubsanspruch des Klägers in der von ihm geltend gemachten Höhe gemäß § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrages verfallen sei. Auch stünde dem Urlaubsanspruch die Verfallsklausel gemäß § 14 des Arbeitsvertrages entgegen. 99

Die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung, Widerruf und Auskunft seien ebenfalls unbegründet. Sie habe bei der Versendung der Mail in Wahrnehmung berechtigter Eigeninteressen zur Vermeidung etwaiger Rechtsscheinhaftung und aus unternehmerischer Fürsorgepflicht gegenüber anderen Vertragspartnern gehandelt. 100

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 28.11.2017 die Unwirksamkeit der Kündigung der Beklagten vom 24.05.2017 und 14.07.2017 festgestellt, die Beklagte verurteilt, dem Kläger ein qualifiziertes Zwischenzeugnis zu erteilen, festgestellt, dass dem Kläger per 24.04.2017 noch ein Urlaubsanspruch in Höhe von 52 Urlaubstagen zusteht, die Beklagte verurteilt, an den Kläger 21.450,00 € brutto nebst Zinsen, und im Übrigen die Klage abgewiesen. 101

Zur Begründung der Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung hat das Arbeitsgericht ausgeführt, dass eine beharrliche Verweigerung des Arbeitnehmers, seine vertraglich geschuldeten Tätigkeiten zu erbringen, an sich geeignet sei, eine außerordentliche 102

Kündigung zu rechtfertigen, der Beklagten sei es jedoch nicht gelungen, die Voraussetzungen einer beharrlichen Arbeitsverweigerung darzulegen.

Soweit im Schriftsatz vom 14.07.2017 eine Reihe von angeblichen nicht bearbeiteten Aufträgen aufgelistet worden sei, sei dieser Vortrag bereits vollkommen unzureichend, da die einzelnen Aufträge nicht konkret dargestellt worden seien. Dies betreffe die Angelegenheiten „Anfrage Austausch X3“, „Anfrage Firma H1, Mai 2017“, „I4-Montagetermin, Versenkbare Polle, März 2017“ und „Auftrag M1, April 2017“. Insoweit habe die Beklagte schon die konkreten Pflichtverletzungen des Klägers nicht dargelegt. 103

Hinsichtlich des Bauvorhabens „Torraum 1, Hauptbahnhof X“ fehlten substantiierte Ausführungen der Beklagten dazu, wann der Kläger damit beauftragt worden sein soll, dass er nach seiner Rückkehr aus dem Urlaub ab dem 25.04.2017 bis spätestens zum 03.05.2017 diesen Auftrag unverzüglich und vorrangig vor möglichen anderen Aufträgen zu erledigen habe. Ohne Darlegung einer konkreten und vor dem 04.05.2017 abgelaufenen Erledigungsfrist könne eine beharrliche Arbeitsverweigerung nicht angenommen werden, da der Kläger ab 04.05.2017 arbeitsunfähig krank gewesen sei. 104

Hinsichtlich der Anfrage „BV M HTI Handel (April, Mai 2017)“ gelte das Gleiche entsprechend. Auch insoweit fehlt das substantiierte Vorbringen der Beklagten dazu, wann der Kläger damit beauftragt worden sei, bis spätestens zum 03.05.2017 diese Anfrage unverzüglich und vorrangig vor möglichen anderen Aufträgen zu erledigen. Das Gleiche gelte auch hinsichtlich der Anfragen der C1 GmbH und Schulküche X1 sowie der Firma E. 105

Hinsichtlich der Anfrage „Fa. N für BMW IAA Standbau 2017“ fehle es ebenfalls an substantiierten Ausführungen der Beklagten. Da der Kläger vorgetragen habe, dass ihm wegen Arbeitsüberlastung eine Angebotsabgabe bis zum 30.03.2017 nicht möglich gewesen sei, hätte die Beklagte durch konkretes Vorbringen darlegen müssen, dass und warum der Kläger insoweit eine Pflichtverletzung begangen habe. Auf dieses Vorbringen des Klägers sei jedoch die Beklagte nicht substantiiert eingegangen, wobei sie noch nicht im Ansatz dargelegt habe, warum der vorgenannte Auftrag so wichtig gewesen sei, dass er innerhalb einer kurzen Frist von drei Tagen zu bearbeiten gewesen wäre. 106

Selbst wenn der Kläger, was die Beklagte in Bezug auf den Vorfall hinsichtlich der Bestellung „B Group“ nicht konkret dargelegt habe, einen Pflichtenverstoß durch eine fehlerhafte Bestellung begangen haben sollte, so stelle dies nicht einmal im Ansatz einen Grund dar, der ohne Abmahnung für eine fristlose Kündigung geeignet wäre. 107

Schließlich reichten auch die Darlegungen der Beklagten hinsichtlich der Bestellung des Klägers unter dem 30.03.2017 bei der L GmbH aus I5 und der Firma F aus U im Werte von 50.000,00 € nicht im Ansatz aus, eine Pflichtverletzung des Klägers zu begründen. Insoweit hätte die Beklagte ganz konkret und mit entsprechenden Beweisangeboten vortragen müssen, wann dem Kläger durch welche weisungsbefugter Person bei der Beklagten eine entsprechende Anweisung dahingehend erteilt worden sei, dass sämtliche Bestellungen nur noch mit einer Wareneinkaufsfinanzierung abzuwickeln seien. 108

Da die Beklagte die Pflichtverletzungen, auf die sie in erster Linie die fristlosen Kündigungen gestützt habe, nicht ausreichend dargelegt habe, seien auch die vorsorglich erklärten ordentlichen Kündigungen unwirksam. Soweit der Kläger die Erteilung eines qualifizierten Zwischenzeugnisses geltend gemacht habe, sei die Klage begründet. Da die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger gekündigt habe, habe dieser ein Recht darauf, wahlweise ein qualifiziertes Zwischenzeugnis oder Endarbeitszeugnis zu verlangen. Dementsprechend 109

sei die Beklagte auch verpflichtet, das vom Kläger begehrte Zwischenzeugnis auszustellen.

Dem Kläger habe auch einen Anspruch auf die Feststellung, dass ihm per 24.04.2017 noch ein Urlaubsanspruch von 52 Tagen zustehe. Da aufgrund des anhängigen Kündigungsschutzverfahrens nicht feststehe, ob der Kläger einen Anspruch auf die Gewährung von Urlaub, von Urlaubersatz oder auf Urlaubsabgeltung habe, sei eine Feststellungsklage zulässig. Die Feststellungsklage sei auch begründet, weil die Beklagte den Urlaubsanspruch des Klägers nach § 4 Abs. 1 des Arbeitsvertrages nicht erfüllt habe. Da nach § 4 Abs. 2 der nicht genommene Urlaub erst mit dem 31.08. des Folgejahres verfalle, habe der Kläger am 24.04.2017 noch einen Anspruch auf Urlaub für zwei Urlaubsjahre, insgesamt also 52 Tage, gehabt. Darüber hinausgehende Ansprüche stünden dagegen dem Kläger nicht zu. Der Anspruch des Klägers auf diese 52 Urlaubstage sei auch nicht teilweise durch Erfüllung gegangen, da die Beklagte nicht substantiiert dargelegt habe, dass und wann konkret sie dem Kläger für das Jahr 2016 bzw. 2017 tatsächlich Urlaub gewährt habe. 110

Dem Kläger stehe unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges für die Monate Juni bis Oktober 2017 ein Vergütungsanspruch in Höhe von insgesamt 21.450,00 € brutto zu, weil die Beklagte mit Ausspruch der unwirksamen fristlosen Kündigung auch ohne ein Arbeitsangebot des Klägers in Annahmeverzug geraten sei und daher auch insoweit den Annahmeverzugslohn schulde. 111

Ein Anspruch auf Zahlung einer monatlichen Verzugs pauschale von jeweils 40,00 € brutto für die Monate Juni 2017 bis einschließlich Oktober 2017 stehe dagegen dem Kläger nicht, da § 288 Abs. 5 BGB nach Sinn und Zweck der für Arbeitsgerichtsverfahren geltenden Sonderregelung des § 12 a ArbGG nach der der zutreffenden Ansicht aufgrund im Arbeitsvertragsrecht nicht anwendbar sei. 112

Die Klage sei auch unbegründet, soweit der Kläger Ansprüche auf Unterlassung und Widerruf der Aussage der Geschäftsführung der Beklagten geltend mache, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger aus wichtigem Grund habe beenden müssen. Ein Unterlassungsanspruch bzw. ein Anspruch auf Widerruf einer Erklärung setze voraus, dass eine falsche Tatsache behauptet worden sei. Dies sei vorliegend nicht der Fall gewesen, weil die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger tatsächlich außerordentlich gekündigt habe. Ob diese außerordentliche Kündigung wirksam sei, sei insoweit unerheblich. Bei der Formulierung, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis „habe beenden müssen“, handele es sich um eine Wertung der Beklagten, die vor dem Hintergrund der erklärten Kündigung eine zulässige Meinungsäußerung sei. Da die Beklagte keine falschen Tatsachen verbreitet habe, bestehe auch kein Anspruch des Klägers auf Auskunft darüber, wem gegenüber die Beklagte diese Aussagen getätigt haben solle. 113

Unbegründet sei die Klage auch hinsichtlich des vom Kläger geltend gemachten Anspruchs auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung, da der Kläger nicht substantiiert dargelegt habe, dass und warum in Einzelnen ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten nicht zumutbar sei. Der Ausspruch der fristlosen Kündigung selbst reiche zur Begründung der Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung nicht aus. Darüber hinausgehende Gründe, die eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen könnten habe die Beklagte jedenfalls nicht schlüssig dargelegt. 114

Schließlich sei die Klage insoweit unzulässig, als der Kläger die Feststellung begehrte, dass das in § 11 des Arbeitsvertrages formulierte Wettbewerbsverbot für ihn unverbindlich sei. Denn aufgrund des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses entfalte das Wettbewerbsverbot überhaupt keine Wirkung. 115

Gegen das den beiden Parteien am 21.12.2017 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat die 116
Beklagte am 27.12.2017 Berufung eingelegt, die sie nach Verlängerung der
Berufungsbegründungsfrist bis zum 01.03.2018 am 01.03.2018 begründet hat. Der Kläger hat
die Abweisung der Klage gerichtet auf die Auflösung des Arbeitsverhältnisses und die
Feststellung der Unverbindlichkeit des Wettbewerbsverbots akzeptiert und der gegen das
Urteil des Arbeitsgerichts am 22.01.2018 teilweise Berufung eingelegt und diese am
06.02.2016 begründet.

Zur Begründung der eigenen Berufung trägt der Kläger vor, dass das Arbeitsgericht zu 117
Unrecht die auf Unterlassung, Widerruf und Auskunft sowie Zahlung der Verzugs pauschale
gerichtete Klage abgewiesen habe.

Es sei zwar noch nicht abschließend geklärt, ob der Anspruch auf Zahlung einer 118
Verzugs pauschale nach § 288 Abs. 5 BGB auch bei arbeitsvertraglichen
Vergütungsansprüchen bestehe. Die richtige Ansicht gehe aber zu Recht davon aus, dass §
288 Abs. 5 BGB schon aufgrund seines eindeutigen Wortlauts auch im Arbeitsvertragsrecht
anwendbar sei.

Zu Unrecht habe das Arbeitsgericht auch die Klage gerichtet auf Unterlassung, Widerruf und 119
Auskunft abgewiesen, weil die Beklagte entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts eine
falsche Tatsachenbehauptung aufgestellt habe. Zum einen hätte die Beklagte selbst im Falle
einer wirksamen Kündigung kein schützenswertes Interesse an dieser ohne jede
Einschränkung erfolgten Mitteilung. Da ein Zeugnis vom Arbeitgeber immer wohlwollend zu
formulieren sei, könne der Arbeitgeber nicht in einer Email ohne weiteres erklären, dass er
das Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt habe. Zum anderen enthalte Rundmail die
Wortformulierung „beenden musste“, was eine schwere Pflichtverletzung suggeriere. Da die
Beklagte überhaupt kein schützenswertes Interesse an dieser Mitteilung gehabt habe, sei die
Behauptung künftig zu unterlassen, zu widerrufen sowie Auskunft darüber zu erteilen, wem
gegenüber diese Mail verschickt worden sei.

Er habe zwar ursprünglich erstinstanzlich die Feststellung des Bestehens des ihm 120
zustehenden Urlaubs begehrt. Da er jedoch aufgrund der zum 31.12.2017 erklärten
Kündigung des Arbeitsverhältnisses den ursprünglich geltend gemachten Urlaubsanspruch
nicht mehr geltend machen könne, stehe ihm für die vom Arbeitsgericht zuerkannten 52
Urlaubstage eine Urlaubsabgeltung zu, die er im Wege der Antragsänderung geltend machen
könne.

Darüber hinaus ist der Kläger der Ansicht, dass er im Wege der Klageerweiterung die 121
Vergütung für die Monate November und Dezember 2017 geltend machen könne. Da er in
den Monaten Juni bis Oktober 2017 Arbeitslosengeld erhalten habe, sei insoweit die Klage
um das bezogene Arbeitslosengeld in Höhe 8.422,50 € netto zu reduzieren.

Der Kläger beantragt ausdrücklich, 122

das Urteil des Arbeitsgerichts Iserlohn vom 28.11.2017 – 5 Ca 987/17 teilweise abzuändern 123
und wie folgt zu entscheiden:

1. der Beklagten zu untersagen, wörtlich oder sinngemäß zu behaupten, dass die 124
Geschäftsführung der I GmbH mit sofortiger Wirkung außerordentlich aus wichtigem Grund
per sofort das Arbeitsverhältnis mit Herrn C beenden musste;

125

2.	die Beklagte zu verurteilen, gegenüber den nachfolgenden Personen mittels E-Mail die Erklärung zu widerrufen, dass die Geschäftsführung der I GmbH mit sofortiger Wirkung außerordentlich aus wichtigem Grund per sofort das Arbeitsverhältnis mit Herrn C beenden musste:	
	C2 GmbH,	126
	H GmbH,	127
	I4 GmbH,	128
	Q BVBA,	129
	X2 GmbH,	130
3.	die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger Auskunft darüber zu erteilen, an wen sie eine E-Mail mit dem wörtlichen oder sinngemäßen Inhalt verschickt hat, dass die Geschäftsführung der I GmbH mit sofortiger Wirkung außerordentlich aus wichtigem Grund per sofort das Arbeitsverhältnis mit Herrn C beenden musste;	131
	Unter Klagerücknahme hinsichtlich des nachfolgenden Zahlungsantrags im Übrigen	132
4.	die Beklagte zu verurteilen, an ihn 21.450,00 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 8.422,50 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.11.2017 zu zahlen,	133
	klageerweiternd	134
5.	die Beklagte zu verurteilen, an ihn 8.580,00 € brutto abzüglich gezahlter 3.369,00 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 02.01.2018 zu zahlen,	135
	hilfsweise 4.290,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 2.145,00 € seit dem 02.12.2017 und aus weiteren 2.145,00 € seit dem 02.01.2018 zu zahlen,	136
6.	Festzustellen, dass sich der Rechtsstreit hinsichtlich des Antrags auf Feststellung des Urlaubs in der Hauptsache erledigt hat und die Beklagte zu verurteilen, an ihn 10.296,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.01.2018 zu zahlen.	137
	Die Beklagte hat der Erledigungserklärung des Klägers widersprochen und beantragt,	138
	die Berufung des Klägers - auch mit den geänderten Klageanträgen zurückzuweisen sowie	139
	das Urteil des Arbeitsgerichts Iserlohn vom 28.11.2017 – 5 Ca 987/17 teilweise abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.	140
	Der Kläger beantragt,	141
	die Berufung der Beklagten zurückzuweisen	142
	Die Beklagte ist der Ansicht, dass das Arbeitsgericht zu Unrecht die Unwirksamkeit der Kündigung angenommen habe. Denn sie habe die Kündigungsgründe entgegen der	143

Auffassung des Arbeitsgerichts, der die Anforderungen an ihre Darlegungs- und Beweislast offensichtlich überspannt habe, schlüssig dargelegt und unter Beweis gestellt. Sie habe bereits erstinstanzlich, insbesondere im Schriftsatz vom 14.07.2017 die kündigungserheblichen Sachverhalte bezogen auf die einzelnen Pflichtverletzungen konkret dargelegt und unter Beweis gestellt. Dem Kläger sei es daher ohne weiteres möglich gewesen, sich auf die von ihr behauptete beharrliche Arbeitsverweigerung durch Nichtbefolgung der Weisungen und Unterlassung der Bearbeitung der übertragenen Aufgaben, also auf ihren kündigungserheblichen Vortrag, einzulassen. Dementsprechend hätte das Arbeitsgericht die Unwirksamkeit der Kündigung nicht feststellen dürfen. Selbst wenn zu Gunsten des Arbeitsgerichts unterstellt werde, dass sie ihre Darlegungs- und Beweislast mit den vorbereitenden Schriftsätzen noch nicht genügt hätte, sei dies im Hinblick auf den geltenden Mündlichkeitsgrundsatz unerheblich, da sie für das Vorliegen der von ihr umfangreich gerügten Pflichtverstöße des Klägers dezidiert und umfassend Zeugenbeweis angeboten habe. Da die Zeugen sowohl im Güte- als auch im Kammertermin präsent gewesen seien, hätte das Arbeitsgericht die angebotenen Beweise durch die Vernehmung der Zeugen erheben müssen. Dies gelte insbesondere auch hinsichtlich des Auftrags „L GmbH“ und der Teilnahme an dem sog. Finetrading. Das Arbeitsgericht habe sich auch nicht mit ihrem unter Beweisantritt dargestellten Vorbringen auseinandergesetzt, der Kläger habe mehrfach im Zusammenhang mit der ihm vorgeworfenen Arbeitsverweigerung geäußert, ihre Firma im Sinne einer Nachfolgeregelung übernehmen zu wollen, sie in die Insolvenz zu drängen, um eine für ihn günstige Verhandlungsposition zu erreichen. Der frühere Verdacht insoweit werde auch dadurch bestätigt, dass der Kläger entsprechend dem Entwurf des Gesellschaftervertrages Gesellschafter der H GmbH geworden sei, wodurch er gegen das vertraglich in § 11 des Arbeitsvertrages geregelte Wettbewerbsverbot verstoßen habe. Da das Arbeitsgericht es unterlassen habe, habe es fehlerhaft, weil unter Verstoß gegen das Mündlichkeitsprinzip sowie den ihr verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf rechtliches Gehör, die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt.

Da das Arbeitsverhältnis wirksam gekündigt worden sei, stünden dem Kläger die geltend gemachten Vergütungsansprüche unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges nicht zu. Zumindest seien die Vergütungsansprüche wegen der mit Schriftsatz vom 01.03.2018 erklärten Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen in Höhe von 20.000,00 € erloschen. 144

Dem Kläger stünden auch die geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung, Widerruf und Auskunft nicht zu, da sie keine unwahren Tatsachenbehauptungen aufgestellt, sondern in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt habe. 145

Da das Arbeitsverhältnis inzwischen beendet worden sei, könnten Bedenken gegen die Verurteilung zur Erteilung eines Endarbeitszeugnisses nicht geltend gemacht werden. 146

Aufgrund der zwischenzeitlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses könne der Kläger auch nicht mehr die Feststellung des bestehenden Urlaubs geltend machen 147

Wegen des Parteivorbringens im Übrigen wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll der Berufungsverhandlung vom 23.05.2018 Bezug genommen. 148

Entscheidungsgründe 149

I. Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet. 150

151

1. Das Arbeitsgericht hat unter Darlegung der Grundsätze, die nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der auch die Berufungskammer folgt, für die Beurteilung der Wirksamkeit einer außerordentlichen und ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber aus verhaltensbedingten Gründen maßgeblich sind, zu Recht entschieden, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien weder durch die außerordentlichen Kündigung der Beklagten vom 24.05.2017 und 14.07.2017 noch durch die vorsorglich fristgerecht erklärten Kündigung der Beklagten aufgelöst worden ist. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen zunächst auf die zutreffenden Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG Bezug genommen. Das Vorbringen der Beklagten in der Berufungsinstanz gibt lediglich Anlass zu folgenden Ergänzungen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der die Kammer folgt, setzt das Vorliegen einer beharrlichen Arbeitsverweigerung in der Person des Arbeitnehmers im Willen eine Nachhaltigkeit voraus; der Arbeitnehmer muss die ihm übertragene Arbeit bewusst und nachhaltig nicht leisten wollen, wobei es nicht genügt, dass der Arbeitnehmer eine Weisung unbeachtet lässt, sondern die beharrliche Arbeitsverweigerung setzt voraus, dass eine intensive Weigerung des Arbeitnehmers vorliegt. Das Moment der Beharrlichkeit kann zwar auch darin zu sehen sein, dass der Arbeitnehmer in einem einmaligen Fall eine konkrete Anweisung nicht befolgt, das muss aber dann z. B. durch eine vorhergehende, erfolglose Abmahnung ganz klar verdeutlicht werden (vgl. BAG, Urteil vom 14. Dezember 2017 – 2 AZR 86/17, Rdnr. 29; Urteil vom 05. April 2001 – 2 AZR 580/99, juris, Rdnr. 24; Urteil vom 21. November 1996 – 2 AZR 357/95, juris, Rdnr. 30). 152

Die Beklagte hat zwar wiederholt sich auf das Vorliegen einer hartnäckigen Arbeitsverweigerung des Klägers berufen. Dass und warum eine solche Arbeitsverweigerung vorgelegen haben soll, hat sie aber nicht schlüssig dargelegt, wie das Arbeitsgericht zu Recht entschieden hat. Denn die Beklagte hat insoweit nicht im Einzelnen vorgetragen, wann genau und welche konkrete Arbeitsanweisungen sie dem Kläger erteilt hat und warum das Verhalten des Klägers so zu werten ist, dass er die ihm konkret erteilten Arbeitsanweisungen bewusst und nachhaltig nicht befolgen wollte und so die Erbringung der von ihm geschuldeten Arbeitsleistungen verweigert hat. Die Beklagte hat zwar insoweit behauptet, dass der Kläger, obwohl er „mehrfach, nachhaltig und eindeutig sowie eindringlich“, insbesondere „in Gesprächen mit ihrer Geschäftsführung zur Erbringung seiner vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung aufgefordert worden sei“, seine Verweigerung bzw. sein Arbeitsverhalten nicht geändert habe. Insofern ist jedoch dieses Vorbringen schon deswegen viel zu pauschal, weil die Beklagte insoweit schon nicht dargelegt hat, welche Weisungen es sich dabei nach Zeit und Art gehandelt haben soll und auf welche Angelegenheiten sich diese Weisungen bezogen haben sollen, sodass dieses pauschale Vorbringen nicht einlassungsfähig war. Soweit die Beklagte geltend macht, dass sie insbesondere im Schriftsatz vom 14.07.2017 die vom Kläger verweigerten Aufträge im Einzelnen dargelegt hat, so reicht pauschale Aufzählung der einzelnen Aufträge schon deswegen nicht aus, um Pflichtverletzungen des Klägers schlüssig darzulegen, weil auch insoweit nicht dargelegt wird, wann genau die einzelnen Aufgaben übertragen wurden und welche Weisungen bezogen auf die Art und Weise der Erledigung dem Kläger erteilt worden sein sollen. Dies gilt umso mehr, als der Kläger zu den einzelnen Aufträgen im Schriftsatz vom 29.09.2017 Stellung genommen und die pauschal behaupteten Pflichtverletzungen bestritten hat, ohne dass die Beklagte im Einzelnen unter Berücksichtigung dieses Vorbringens dargelegt hat, dass und warum eine hartnäckige Verletzung der Arbeitspflicht durch den Kläger vorliegen sollte. 153

Soweit die Beklagte in der Berufungsinstanz rügt, dass das Arbeitsgericht unter Verletzung des Grundsatzes der Mündlichkeit der Verhandlung sowie des ihr verfassungsrechtlich garantierten rechtlichen Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs die von ihr benannten Zeugen nicht vernommen habe, obwohl diese im Kammertermin anwesend gewesen seien, so übersieht sie, dass sie die Darlegung- und Beweislast für das Vorliegen der einzelnen Umstände trägt, die die ausgesprochene Kündigung rechtfertigen sollen und der Mündlichkeitsgrundsatz sie von dieser Darlegungslast nicht entbindet. Insbesondere folgt aus dem Mündlichkeitsgrundsatz nicht, dass der nicht substantiiert vorgetragenen Kündigungssachverhalt erst vom Arbeitsgericht durch die Vernehmung der benannten Zeugen ermittelt wird. Denn aus dem Mündlichkeitsgrundsatz kann nicht eine Verpflichtung zur Ermittlung des Sachverhalts von Amts wegen durch Zeugenvernehmung abgeleitet werden. Die Durchführung einer Beweisaufnahme kann nämlich nur dazu dienen, zu klären, ob ein schlüssig vorgetragener, aber bestrittener Tatsachenvortrag bewiesen werden kann. Ohne einen substantiierten Tatsachenvortrag kann eine Beweisaufnahme nicht durchgeführt werden, weil es sich dabei um einen unzulässigen Ausforschungsbeweis handeln würde (vgl. dazu BAG, Urteil vom 23. September 2015 – 5 AZR 767/13, juris, Rdnr. 32; Urteil vom 15. November 2001 – 2 AZR 605/00, Rdnr. 18). Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Beklagte sich auf eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Entschuldigung bzw. Rechtfertigungsgründe beruft, weil die Beklagte schon nicht konkret dargelegt hat, dass und welche Weisungen konkret der Kläger bewusst nicht befolgt haben soll. Dementsprechend hat die Beklagte schon nicht schlüssig dargelegt, dass der Kläger die Erledigung der ihm übertragenen Aufgaben bewusst verweigert hat.

Das gleiche gilt für die Behauptung der Beklagten, dass der Kläger im Zusammenhang mit der ihm zur Last gelegten Arbeitsverweigerung mehrfach geäußert habe, dass er die ihre Firma übernehmen wolle und sie durch seinen forstgesetzts vertragswidriges Verhalten in die Insolvenzmasse drängen wolle, um eine für sich eventuell über günstige Verhandlungsposition zu schaffen. Denn auch dieses Vorbringen ist so pauschal, dass es nicht einlassungsfähig ist. Der Beklagte rügt daher zu Unrecht, dass das Arbeitsgericht das Vorliegen eines schlüssig vorgetragenen Kündigungssachverhalts, der eine außerordentliche oder ordentliche Kündigung rechtfertigen könnte, verneint und die Vernehmung der von ihr benannten Zeugen abgelehnt hat. Vorliegend noch hinzu, dass die Beklagte dem Kläger selbst noch mit Schreiben vom 03.05.2017 eine Abmahnung mit Kündigungsandrohung zum Schluss erteilt hat, dessen Berechtigung umstritten ist, und auch nicht vorgetragen hat, wieso die von ihr erklärten Kündigung vom 24.05.2017 wirksam sein sollte, obwohl der Kläger jedenfalls seit dem 04.05.2017 arbeitsunwillig krank gewesen ist. 155

Soweit sich die beklagte zur Rechtfertigung der Kündigung vom 14.07.2017 darauf beruft, dass ihr erst am 11.07.2017 bekannt geworden sei, dass der Kläger unter dem 30.03.2017 ohne Auftrag und Ermächtigung Produkte im Wert von 50.000 € bestellt und dabei unterlassen habe, den Verkäufer ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die Finanzierung des geschuldeten Kaufpreis ausschließlich über so genannten beim Trading zu laufen habe, so kann die Beklagte die Kündigung darauf schon deswegen nicht stützen, weil sie auch insoweit nicht vorgetragen hat, dass der Kläger einschlägig abgemahnt gewesen ist, was aber Voraussetzung für die Wirksamkeit einer solchen Kündigung wäre. Aus alldem folgt, dass die Berufung der Beklagten insoweit unbegründet ist, als sie sich gegen die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung vom 24.05.2017 sowie 14.07.2017 wehrt. 156

2. Ausgehend von dem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses aufgrund der Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigungen ist das Arbeitsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte für die Zeit nach Ausspruch der fristlosen Kündigung vom 24.05.2017 auch ohne 157

ein Arbeitsangebot des Klägers in Annahmeverzug im Sinne der §§ 293 ff. BGB geraten ist und deshalb nach § 615 S. 1 BGB die Fortzahlung der Vergütung als Annahmeverzugs Lohn für die Monate Juni bis Oktober 2017 in Höhe von 21.450 € brutto schuldet.

Nachdem der Kläger die Klage im Hinblick auf das bezogene Arbeitslosengeld in Höhe von insgesamt 8.422,50 €, das er sich nach § 11 Nr. 2 KSchG auf den Annahmeverzugslohn anrechnen muss, in der Berufungsverhandlung vom 23.05.2000 zurück genommen hat, war allerdings das Urteil des Arbeitsgerichts Iserlohn insoweit teilweise abzuändern. 158

Zulässigkeitsbedenken gegen die Antragseinschränkung in der Berufungsinstanz wegen des Annahmeverzugslohnes im Hinblick auf § 533 ZPO bestehen nicht, weil die Antragseinschränkung wegen der teilweise erklärten Klagerücknahme nach der Regelung des § 264 Nr. 2 ZPO keine Klageänderung im Sinne des § 263 ZPO ist. Änderungen der Klageanträge, die nach § 264 ZPO kraft Gesetzes keine Klageänderungen sind, sind auch Berufungsverfahren nicht an den Anforderungen des § 533 ZPO zu messen, sondern zulässig (vgl. BGH, Urteil vom 21. März 2018 – VIII ZR 68/17, juris, Rdnr. 64; BAG, Urteil vom 28. Oktober 2008 – 3 AZR 903/07, juris, Rdnr. 21). Davon unabhängig hat die Beklagte der Klageeinschränkung, die ohne Änderung des Sachverhalts auch sachdienlich nach § 533 ZPO wäre, auch nicht widersprochen. 159

3. Es war auch auf Antrag des Klägers festzustellen, dass sich der Hinsichtlich des ursprünglich geltend gemachten Urlaubsanspruchs in der Hauptsache erledigt hat und die Beklagte war zur Zahlung einer Urlaubsabgeltung in Höhe von insgesamt an ihn 10.296,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.01.2018 zu verurteilen. 160

Nachdem der Kläger das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten selbst zum 31.12.2017 kündigte, hat sich der Rechtsstreit hinsichtlich des Urlaubsfeststellungsantrags in der Hauptsache erledigt, weil der Kläger aufgrund dieses nachträglich eingetretenen Umstandes nicht mehr Urlaubsgewährung durch bezahlte Befreiung von der Arbeitspflicht verlangen kann. Vielmehr kann er wegen der zwischenzeitlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach § 7 Abs. 4 BUrlG eine Abgeltung für die vom Arbeitsgericht festgestellten 52 Urlaubstage verlangen, deren Bestand die Beklagten in der Berufungsinstanz auch nicht in Frage gestellt hat. Dementsprechend war auf Antrag des Klägers insoweit zunächst festzustellen, dass sich der Rechtsstreit in der Hauptsache hinsichtlich der Feststellung von 52 Urlaubstagen erledigt hat. Anschließend war antragsgemäß die Beklagte zu Zahlung von 10.296 € brutto nebst Zinsen zu verurteilen. 161

Gegen die Änderung der Klageanträge in der Berufungsinstanz bezogen auf den Urlaubsanspruch, der die Beklagte ausdrücklich widersprochen hat, bestehen im Hinblick auf § 533 ZPO bestehen ebenfalls keine Bedenken. Denn auch der Übergang von dem Urlaubsfeststellungsantrag zur Klage auf Zahlung einer Urlaubsabgeltung, also von einer Feststellungsklage zu einer Leistungsklage beim gleichbleibenden Klagegrund, stellt nach § 264 Nr. 2 ZPO als eine Erweiterung des bisherigen Klageantrags keine Klageänderung im Sinne des § 263 ZPO dar. Da somit auch bezogen auf den Urlaubs- bzw. Urlaubsabgeltungsanspruch die Voraussetzungen des § 264 vorliegen (vgl. BAG, Urteil vom 15. September 2011 – 8 AZR 846/09, juris, Rdnr. 6; BAG, Urteil vom 17. Mai 2011 – 9 AZR 189/10, juris, Rdnr. 35; LAG Köln, Urteil vom 18. Mai 2010 – 12 Sa 38/10, juris, Rdnr. 20 f.) bestehen auch insoweit gegen die Änderungen der Klageanträge in der Berufungsinstanz auch im Hinblick auf § 533 ZPO schon deswegen keine Bedenken. Denn diese Vorschrift ist beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 264 ZPO nicht einschlägig (vgl. BGH, Urteil vom 21. März 2018 – VIII ZR 68/17, juris, Rdnr. 64; BAG, Urteil vom 28. Oktober 2008 – 3 AZR 162

903/07, juris, Rdnr. 21). Im Übrigen hat der Kläger auch schon erstinstanzlich hilfsweise die Zahlung einer Urlaubsabgeltung beantragt, sodass er lediglich vom Hauptantrag zum Hilfsantrag übergegangen ist, sodass auch die Voraussetzungen des § 533 ZPO vorliegen würden.

Vorliegend ist das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien erst nach dem Erlass des erstinstanzlichen Urteils zum 31.12.2017 beendet worden ist mit der Folge, dass sich der zu diesem Zeitpunkt bestehende Anspruch des Klägers auf Gewährung bezahlter Freistellung an 52 Arbeitstagen, dessen Bestand das Arbeitsgericht zu Recht festgestellt hat, automatisch in den Anspruch auf Abgeltung des Urlaubs § 7 Abs. 4 BUrlG umgewandelt hat. Die auf Feststellung des Bestehens des Urlaubs Anspruchs gerichtete Klage, die zulässig und begründet war, hat sich somit aufgrund eines nachträglich ein Ereignisses erledigt. Dementsprechend ist nachträglich ein Anspruch auf Abgeltung von 52 Urlaubstagen entstanden, wobei gegen die Höhe der täglichen Urlaubsabgeltung von 198 € ausgehend von einem monatlichen Bruttoverdienst von zuletzt 4.290 € keine Bedenken bestehen und von der Beklagten auch nicht erhoben werden. 163

II. Die zulässige Berufung des Klägers ist nur insoweit begründet, als er die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung der Verzugs pauschale sowie des Annahmeverzugslohnes für die Monate Januar und Dezember nebst Zinsen sowie die Erteilung eines qualifizierten Endarbeitszeugnisses begehrt. Im Übrigen ist die Berufung des Klägers unbegründet. 164

1. Der Kläger kann entgegen der Rechtsansicht der Beklagten und der Entscheidung des Arbeitsgerichts neben der Hauptforderung und der Zinsen auch die Zahlung einer Verzugs pauschale in Höhe von 40 Euro pro Monat nach § 288 Abs. 5 BGB für die Monate Juni bis einschließlich Dezember 2017 verlangen. 165

Es wird zwar teilweise die Auffassung vertreten, dass die Verzugs pauschale bei Zahlungsverzug des Arbeitgebers nicht anfällt, weil der Anwendung des § 288 Abs. 5 BGB die spezialgesetzliche Ausnahmeregelung des § 12 a ArbGG entgegenstehe, die entsprechend anwendbar sei (so zum Beispiel LAG Köln, Urteil vom 04.10.2017 – 5 Sa 299/17, juris, Rdnr. 69; ArbG Düsseldorf, Urteil vom 12.05.2016 – 2 Ca 5416/15, juris; Ulrici, juris PR-ArbR 8/2018 Anmerkung 7). Die Berufungskammer schließt sich jedoch der überwiegend vertretenen Gegenansicht an, weil für sie die besseren Argumente sprechen. Denn zum einen hat der Gesetzgeber eine Bereichsausnahme für die arbeitsrechtlichen Entgeltforderungen nicht vorgesehen, sodass schon der eindeutige Wortlaut der Neuregelung des § 288 Abs. 5 BGB, die zum Allgemeinen Teil des Schuldrechts zählt, für die Anwendung dieser Vorschrift auch auf arbeitsrechtliche Entgeltforderungen spricht. Zum anderen spricht für die Anwendbarkeit von § 288 Abs. 5 BGB auf arbeitsrechtlicher Entgeltforderungen neben der Gesetzesbegründung auch der Sinn und Zweck der Verzugs pauschale, die im Zuge der Umsetzung von Art. 6 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2011/7/EU eingeführt wurde. Demnach soll der Gläubiger - wie schon unter der Geltung der Richtlinie 2000/35/EG - als Verzugs schaden einen Anspruch auf sogenannte Betreibungskosten haben, wobei neu in der Richtlinie die Einführung einer Pauschale von 40 Euro ist. Da nach der Gesetzesbegründung der Anspruch auf die Pauschale von 40 Euro als Mindestbetrag unabhängig von der tatsächlichen Schadenhöhe besteht, die Pauschale auf Entgeltforderung im Sinne des § 288 Abs. 2 BGB beschränkt ist und sie – insoweit über den Anwendungsbereich der EU-Richtlinie – auch einem Verbraucher zusteht, wäre es nicht nur mit dem Gesetzeswortlaut, sondern auch mit der Gesetzesbegründung nicht zu vereinbaren und zudem auch systemwidrig, wenn ein Arbeitnehmer bei verspäteter oder unvollständiger Zahlung des Arbeitsentgelts zwar die gesetzlichen Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1 BGB und gegebenenfalls auch den darüber 166

hinaus gehenden weitergehenden Verzugsschaden nach § 288 Abs. 4 geltend machen könnte, ihm jedoch der neue Pauschalschadensersatz nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB verwehrt bliebe. Denn diese gesetzliche Neuregelung, die in Umsetzung der EU-Richtlinie, die der deutsche Gesetzgeber übererfüllt hat, eine Pauschale wegen Verzuges in Höhe von mindestens 40 € unabhängig von der tatsächlichen Höhe des Verzugsschadens gewähren soll, knüpft systematisch gerade an die vorherigen Absätze des § 288 Abs. 5 BGB und den gesetzlichen Verzugszins an. In der Gesetzesbegründung wird auch ausdrücklich ausgeführt, dass „der Anwendungsbereich dieser Regelung richtlinienkonform auf den Verzug bei Entgeltforderungen beschränkt ist, die sich begrifflich an § 288 Abs. 2 BGB orientieren“ und „durch die vorgeschlagene Formulierung soll vermieden werden soll, dass Verbraucher, die Gläubiger von Nichtverbrauchern sind, gegenüber Nichtverbrauchern schlechter gestellt werden sollen“ (so BT-Drucksache 18/1309, S. 19). Dafür, dass Arbeitnehmer, die ebenfalls Verbraucher im Sinne des § 13 BGB sind, zwar Verzugszinsen und den weitergehenden Verzugsschaden verlangen können, von der Neuregelung des § 288 Abs. 5 BGB nicht erfasst werden sollen und daher die Verzugs pauschale nicht erhalten sollen, also Verbraucher als Arbeitnehmer im Verhältnis zu ihrem Arbeitgeber schlechter behandelt werden sollen, als alle anderen Verbraucher sowie sie selbst bei anderen Entgeltforderungen finden sich keinerlei Anhaltspunkte. Vielmehr spricht der weitere Zweck des § 288 Abs. 5 BGB, durch die Umsetzung einer EU-Richtlinie, die Zahlungsmoral eines säumigen Schuldners zu verbessern, gleichfalls für ein derartiges Verständnis dieser Norm. Die Neuregelung der Verzugs pauschale in § 288 Abs. 5 BG ist somit auch auf arbeitsrechtliche Entgeltforderungen anwendbar (so u.a. auch LAG Köln, Urteil vom 07. Dezember 2017 – 8 Sa 127/17; LAG Düsseldorf, Urteil vom 21. November 2017 – 8 Sa 477/17, juris; LAG Niedersachsen, Urteil vom 20. April 2017 – 5 Sa 1263/16, juris; LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 13. Oktober 2016 – 3 Sa 34/16, juris). Soweit von den Kritikern dieser Norm eingewandt wird, die Erstreckung auf Arbeitsverhältnisse sei rechtspolitisch verfehlt, ist dieser Einwand unerheblich. Denn die Gerichte sind auch zur Anwendung einer Gesetzesnorm verpflichtet, deren rechtspolitischer Sinn zweifelhaft erscheint (so ausdrücklich LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 13. Oktober 2016 – 3 Sa 34/16, juris, Rdnr. 97; LAG Niedersachsen, Urteil vom 20. April 2017 – 5 Sa 1263/16, juris, Rdnr. 29). Die Verzugs pauschale fällt monatlich an (vgl. LAG Düsseldorf, Urteil vom 10. Oktober 2017 – 8 Sa 284/17, juris, Rdnr. 78. 86; LAG Niedersachsen, Urteil vom 20. April 2017 – 5 Sa 1263/16, Rdnr. 30; Hülsemann, ArbRAktuell 2015,146 148).

2. Dem Kläger steht auch der mit der Klageerweiterung vom 05.02.2018 geltend gemachte Annahmeverzugslohn in Höhe von 8.580 brutto abzüglich gezahlten Arbeitslosengeldes in Höhe von 3.369 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 02.01.2018 zu. 167

Bedenken gegen diese Klageerweiterung in der Berufungsinstanz bestehen im Hinblick auf § 533 ZPO ebenfalls nicht. Denn auch insoweit hat der Kläger die Klage in der Berufungsinstanz beim gleichbleibenden Klagegrund lediglich um die in den Monaten November und Dezember fälligen Vergütungsansprüche erweitert und dann um das bezogene Arbeitslosengeld reduziert, sodass insoweit nach § 264 Nr. 2 ZPO keine Klageänderung vorliegt. Im Übrigen wäre eine Klageänderung auch sachdienlich, sodass die Voraussetzungen des § 533 vorlägen. 168

Ausgehend von dem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses aufgrund der Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigungen bis zum 31.12.2017 befand sich die Beklagte auch in den Monaten November und Dezember 2017 ohne ein Arbeitsangebot des Klägers im Annahmeverzug im Sinne der §§ 293 ff. BGB, sodass deshalb auch für diese Monate nach § 169

615 S. 1 BGB die Fortzahlung der Vergütung als Annahmeverzugs Lohn in Höhe von 8.580,00 € brutto schuldet. Davon waren wegen des bezogenen Arbeitslosengeldes von insgesamt 3.369 Euro netto antragsgemäß abzuziehen, das sich der Kläger nach § 11 Nr. 2 KSchG auf den Annahmeverzugslohn anrechnen muss.

3. Schließlich steht dem Kläger auch ein Anspruch auf die Erteilung eines qualifizierten Enderbeitszeugnisses zu. In dem Protokoll der Berufungsverhandlung ist zwar kein ausdrücklicher Antrag auf Erteilung eines Enderbeitszeugnisses enthalten. Das Enderbeitszeugnis war aber nicht nur Gegenstand der streitigen Erörterung der Sach- und Rechtslage in der Berufungsverhandlung gewesen, was für die Annahme eines konkludenten Klageantrags insoweit nicht ausreichen würde (vgl. BAG, Urteil vom 24. Oktober 2017 – 1 AZR 166/16, juris), sondern es ist ausdrücklich ein Anerkenntnis des vom Kläger begehrten Enderbeitszeugnisses erörtert worden, nachdem die Beklagte erstinstanzlich wegen der Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung lediglich zur Erteilung eines Zwischenzeugnisses verurteilt worden ist und das Arbeitsverhältnis nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils beendet worden ist. Dementsprechend hat auch der Beklagtenvertreter auch zu Protokoll erklärt, dass die Beklagte gegen die Verurteilung zur Erteilung eines Enderbeitszeugnisses nach Erörterung der Sach- und Rechtslage keine Einwände erhebt. Anschließend ist auch der von der Beklagten in der Folgezeit widerrufenen Vergleich in dem Verfahren am selben Tag zwischen den Parteien verhandelten Verfahren 2 Sa 1806/17 abgeschlossen worden, in dem unter Ziffer 6 auch das Enderbeitszeugnis geregelt worden ist. Angesichts der Erörterung in der Berufungsverhandlung, die sich ausdrücklich auf das vom Kläger wegen der zwischenzeitlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses begehrte Enderbeitszeugnis, der Erklärung des Beklagtenvertreters, dass gegen eine erörterte Verurteilung zur Erteilung eines Enderbeitszeugnisses keine Einwände erhoben werden und auch der Regelung des Zeugnisanspruchs in dem später widerrufenen in dem Verfahren 2 Sa 1806/17 ist aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls vom Vorliegen eines konkludenten Antrags auf Erteilung eines Enderbeitszeugnisses auszugehen. Der Zulässigkeit der diesbezüglichen Klageerweiterung in der Berufungsinstanz steht § 533 ZPO nicht entgegen, da die Beklagte gegen erörterte Verurteilung zur Erteilung eines qualifizierten Arbeitszeugnisses ausdrücklich keine Einwände erhoben hat. Im Übrigen wäre auch Sachdienlichkeit anzunehmen, da die Beklagte zur Erteilung des qualifizierten Zwischenzeugnisses verurteilt worden ist, sodass sich nur die Art des Zeugnisanspruchs beim gleichbleibenden Klagegrund ändert. 170

4. Die Berufung des Klägers ist dagegen unbegründet, soweit er geltend macht, dass ihm entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts die geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung und Widerruf der streitgegenständlichen Äußerungen in der Rundmail vom 26.06.2017 sowie Auskunft über die Empfänger dieser Rundmail zusteht. Denn insoweit hat das Arbeitsgericht die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen. 171

Dem Kläger stehen wegen der angegriffenen Äußerungen keine Unterlassungsansprüche nach den §§ 823 Abs.1, 1004 BGB oder nach den §§ 823 Abs.2 BGB, 186, 187 StGB bzw. nach den §§ 824 Abs.1, 1004 BGB unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu. 172

Das Arbeitsgericht ist mit der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung, von der auch die Berufungskammer ausgeht, davon ausgegangen, dass ein Unterlassungsanspruch nach den genannten Vorschriften wegen Behauptung oder Verbreitung unwahrer oder nicht erweisliche wahrer Tatsachen nur dann besteht, wenn es sich bei den angegriffenen Äußerungen des Beklagten um Tatsachenbehauptungen handeln würde (vgl. BGH, Urteil vom 16. Januar 2018 – VI ZR 498/16, juris, Rdnr. 34 ff.; BGH, Urteil vom 01. März 2016 – VI 173

ZR 34/15, juris, Rdnr. 32 ff.; BGH, Urteil vom 30. Januar 1996 – VI ZR 386/94, juris, Rdnr. 25; BAG, Urteil vom 26. August 1997 – 9 AZR 61/96, juris, Rdnr. 15 ff.; LAG Hamm, Urteil vom 28. April 2017 – 1 Sa 1296/16, juris; LAG Hessen, Urteil vom 26. März 2014 – 12 Sa 1728/12, juris; OLG Frankfurt, Beschluss vom 22. Januar 2007 – 11 W 25/06, juris, Rdnr. 22). Dies war vorliegend entgegen der Rechtsansicht des Klägers nicht der Fall.

Nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG hat jeder das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit gibt jedem das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten, ohne ausdrücklich zwischen Werturteil und Tatsachenbehauptung zu unterscheiden. Eine Meinungsäußerung und Wertäußerungen sind aus der Sicht des durchschnittlichen Rezipienten nicht mit dem Anspruch auf Wahrheit ausgestattet, sondern durch Elemente der Stellungnahme, einer subjektiven Ansicht oder Überzeugung, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt. Über sie kann man unterschiedlicher Auffassung sein. Sie können sich deshalb auch nicht als wahr oder unwahr erweisen und sind daher auch nicht dem Beweis zugänglich (vgl. BVerfG, BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 25. Oktober 2012 – 1 BvR 901/11, juris, Rdnr. 18 ff.; BVerfG, Beschluss vom 09. Oktober 1991 – 1 BvR 1555/88, juris, Rdnr. 44 ff.). 174

Werturteile und subjektive Meinungsäußerungen sind unabhängig von ihrem Inhalt und ihrer Qualität geschützt und haben grundsätzlich Vorrang vor dem Persönlichkeitsschutz, solange sie nicht die Grenze zur Schmähkritik oder zur Formalbeleidigung überschreitet. Der Begriff der Schmähkritik ist vor dem Hintergrund, dass es nach der verfassungsrechtlichen Systematik und bei im Einzelfall gegenüberstehenden Grundrechtspositionen grundsätzlich einer Abwägung zwischen diesen verschiedenen Grundrechtspositionen unter Berücksichtigung aller wesentlicher konkreter Umstände bedarf, eng definiert. Eine überzogene oder gar ausfällige Kritik macht eine Äußerung für sich genommen noch nicht zur Schmähung. Hinzutreten muss vielmehr, dass bei der Äußerung nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht. Die Äußerung muss jenseits auch polemischer und überspitzter Kritik in der persönlichen Herabsetzung bestehen. Wesentliches Merkmal der Schmähung ist mithin eine das sachliche Anliegen völlig in den Hintergrund drängende persönliche Kränkung (so ausdrücklich LAG Hessen, Urteil vom 26. März 2014 – 12 Sa 1728/12, juris, Rdnr. 24, 25 und LAG Hessen, Beschluss vom 02.09.2013 – 16 TaBV 44/13, juris, Rdnr. 50; jeweils m.w.N). 175

Von Werturteilen sind Tatsachenbehauptungen zu unterscheiden. Tatsachenbehauptungen sind nach allgemeiner Ansicht Äußerungen über Tatbestände oder Vorgänge, die Anspruch auf Wirklichkeitstreue erheben und auf ihre Richtigkeit objektiv, mit den Mitteln der Beweiserhebung überprüfbar sind, sie sind also verobjektivierbar, d.h. dem Beweis zugänglich (vgl. BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 25. Oktober 2012 – 1 BvR 901/11, juris, Rdnr. 18; BGH, Urteil vom 19. Januar 2016 – VI ZR 302/15, juris, Rdnr. 16). Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Beweis im konkreten Fall tatsächlich geführt werden kann, sondern nur, ob sich eine solche Beweisführung überhaupt denken lässt. Sie können als richtig oder falsch, als wahr oder unwahr eingestuft werden. Entscheidend ist nicht, wie die Äußerung gemeint war oder in welcher Form sie geäußert wurde, sondern ob der unbefangene durchschnittliche Empfänger einer Äußerung ihr einen auf dem Weg der Beweiserhebung auf ihren Wahrheitsgehalt überprüfbaren Sachverhalt entnimmt. Maßgeblich ist das Verständnis des unbefangenen Durchschnittsrezipienten, bei dessen Ermittlung auch zu berücksichtigen ist, an welchen Kreis sich die Äußerung richtet. In die Abgrenzung ist der gesamte Kontext der Äußerung (Ort, Zeit, Personen, Intention) einzubeziehen. Eine untrennbare Verknüpfung zwischen Tatsachenbehauptung und Werturteil liegt vor, wenn die Tatsachenbehauptung als Grundlage für ein Werturteil dient, so dass Letzteres ohne Erstere 176

nicht verständlich wäre. Dasselbe gilt, wenn sich in einem Text Tatsachen und Werturteile abwechselnd und derart aufeinander beziehen, dass eine einheitliche Äußerung vorliegt. Bei der Frage, ob eine Äußerung ihrem Schwerpunkt nach als Meinungsäußerung oder als Tatsachenbehauptung anzusehen ist, kommt es entscheidend auf den Gesamtkontext der fraglichen Äußerung an. Die isolierte Betrachtung eines umstrittenen Äußerungsteils wird den Anforderungen an eine zuverlässige Sinnermittlung regelmäßig nicht gerecht. Auch ist im Einzelfall eine Trennung der tatsächlichen und der wertenden Bestandteile einer Äußerung nur zulässig, wenn dadurch ihr Sinn nicht verfälscht wird. Wo dies nicht möglich ist, muss die Äußerung im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes insgesamt als Meinungsäußerung angesehen werden, weil anderenfalls eine wesentliche Verkürzung des Grundrechtsschutzes drohte. Denn anders als bei Meinungen im engeren Sinne, bei denen insbesondere im öffentlichen Meinungskampf im Rahmen der regelmäßig vorzunehmenden Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit einerseits und dem Rechtsgut, in deren Interesse sie durch ein allgemeines Gesetz eingeschränkt werden kann, eine Vermutung zu Gunsten der freien Rede gilt, gilt dies für Tatsachenbehauptungen nicht in gleicher Weise. Steht die Tatsachenbehauptung dagegen für sich, d.h. in keiner Verbindung mit einem Werturteil, ist sie nicht geschützt (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2016 – VI ZR 302/15, juris, Rdnr. 15 ff.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 20. Oktober 2017 – I-16 U 87/17, juris, Rdnr. 15 ff.; LAG Hessen, Urteil v. 26.03.2014 – 12 Sa 1728/12, Rdnr. 25; LAG Baden-Württemberg, Urteil v. 27.08.2014 – 13 Sa 39/14, Rdnr. 27 ff.).

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze handelt es sich bei den streitgegenständlichen Äußerungen nicht um unwahre Tatsachenbehauptung, sondern um eine subjektive Meinungsäußerung der Beklagten, die keine Schmähkritik enthält und die daher von dem Grundrecht der Beklagten auf freie Meinungsäußerung des Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt ist. Denn die Beklagte hat damit lediglich ihre subjektive Auffassung geäußert, dass sie das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger aus wichtigem Grund kündigen musste, ohne dabei objektiv unwahre Tatsachen zu nennen, die ihre subjektive Annahme rechtfertigen sollten. Da die Beklagte insoweit überhaupt keine Tatsachen geäußert hat, kommt es auch nicht darauf an, ob in den Fällen, in denen der Text einer schriftlichen Äußerung sowohl Tatsachen als auch Werturteile und subjektive Schlussfolgerungen enthält ausgehend von dem Schwerpunkt der Äußerung von einer Tatsachenbehauptung oder einem Werturteil auszugehen ist (vgl. dazu BGH, Urteil vom 16. Januar 2018 – VI ZR 498/16, juris, Rdnr. 35 ff.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 20. Oktober 2017 – I-16 U 87/17, juris, 16; LAG Hessen, Beschl. v. 02.09.2013 – 16 TaBV 44/13, juris, Rdnr. 509).. 177

Die Tatsache, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger aus wichtigem Grund fristlos gekündigt hat, ist objektiv wahr. Zu Unrecht meint aber der Kläger, dass die Beklagte mit der Formulierung „aus wichtigem Grund beenden musste“ eine unwahre Tatsache behauptet hat. 178

Bei der Verwendung der Formulierung „wichtiger Grund“ handelt es sich um keine Tatsachenbehauptung. 179

Nach § 626 Abs. 1 BGB ist ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung gegeben, 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 oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Der „wichtige Grund“ im Sinne des § 626 ist dabei ein unbestimmter Rechtsbegriff (vgl. BAG, Urteil vom 13. April 2000 – 2 AZR 259/99, juris, Rdnr. 44), dessen Erfüllung zunächst das 180

Vorliegen von konkreten Tatsachen voraussetzt, die generell an sich geeignet sind, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Nicht der „wichtige Grund“, sondern erst die konkreten Tatsachen, die diesen unbestimmten Rechtsbegriff im Einzelfall ausfüllen sollen, sind dem Beweis zugänglich. Die Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs „wichtiger Grund“ ist daher keine Tatsachenbehauptung, über die ein Beweis erhoben werden könnte, sondern die Äußerung der subjektiven Rechtsansicht, dass die Voraussetzungen des § 626 BGB nach Auffassung des Erklärenden im Einzelfall vorliegen.

Die Beklagte hat in der streitgegenständlichen Rundmail über die Äußerung hinaus, dass sie 181 das Arbeitsverhältnis „außerordentlich mit sofortiger Wirkung aus wichtigen Grund“ beenden musste, auch keine einzelne konkrete Tatsachenbehauptung aufgestellt, insbesondere auch keine einzige konkrete Pflichtverletzung des Klägers genannt, deren Wahrheitsgehalt dem Beweis zugänglich wäre, sondern sich auf die Äußerung ihrer subjektiven Rechtsansicht beschränkt, dass sie das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger „aus wichtigem Grund beenden musste“, was ausgehend von ihrer subjektiven Rechtsansicht auch zutrifft. Denn sie hat das Vorliegen von konkreten Tatsachen, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen, ohne sie in der Rundmail zu nennen, angenommen und musste daher auch ausgehend von ihrer subjektiven Vorstellung und Rechtsansicht folgerichtig das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger aus wichtigem Grund beenden, weil ihr aufgrund ihrer subjektiven Rechtsauffassung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger selbst bis zum Ablauf der Kündigung nicht zumutbar war. Da die Rundmail abgesehen von der Bekanntgabe der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger aus wichtigen Grund auch keine beleidigenden oder herabwürdigenden Äußerungen und keinerlei Schmähkritik enthält, steht dem Kläger der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht zu.

Aus dem gleichen Grund steht dem Kläger auch der Widerrufsanspruch nicht zu, da auch 182 dieser das Vorliegen einer unwahren Tatsachenbehauptung voraussetzt. Da dem Kläger weder ein Unterlassungsanspruch noch ein Widerrufsanspruch bezogen auf die Äußerungen in der streitgegenständlichen Rundmail zustehen, hat das Arbeitsgericht auch zu Recht entschieden, dass er auch keinen Anspruch darauf hat, dass die Beklagte ihm eine Auskunft darüber erteilt, an wen sie im Einzelnen die Rundmail verschickt hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1, 97 Abs. 1, § 269 Abs. 3 ZPO. Die 183 Kostenquote entspricht nach Berücksichtigung der Kostentragungspflicht des Klägers wegen der teilweisen Klagerücknahme dem Verhältnis des gegenseitigen Obsiegens bzw. Unterliegens der Parteien. Die Kosten der ersten Instanz sind ausgehend von einem Gesamtstreitwert von 99.265,60 € zu 44 % vom Kläger zu 56 % der Beklagten zu 56 % zu tragen, wobei der Urlaubsfeststellungsantrag abweichend vom Arbeitsgericht ausgehend von einem täglichen Verdienst vom 198 € mit 14.493,60 € bewertet wird. Im Übrigen wird hinsichtlich des Streitwertes auf die Begründung auf S. 40 des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind ausgehend von einem Gesamtstreitwert von 77.622 € zu 85 % von der Beklagten und zu 15 % von dem Kläger zu tragen. Der Streitwert für das Berufungsverfahren verringerte sich trotz der bezifferten Klageerweiterung und der Umstellung des Urlaubsfeststellungsantrags auf den bezifferten Urlaubsabgeltungsanspruch im Verhältnis zum erstinstanzlichen Urteil, weil die vom Kläger erstinstanzlich geltend gemachte Unverbindlichkeit des Wettbewerbsverbots nicht mehr Gegenstand des Berufungsverfahrens war.

Die Revision ist für die Beklagte nur hinsichtlich der Verzugs pauschale nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 184 ArbGG wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen. Anlass für eine weitergehende Revisionszulassung besteht nicht, da die Entscheidung im Übrigen auf den Umständen des

Einzelfalls beruht und unter Zugrundelegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung getroffen worden ist.

