

---

**Datum:** 20.01.2012  
**Gericht:** Landesarbeitsgericht Köln  
**Spruchkörper:** 3.Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 3 Sa 408/11  
**ECLI:** ECLI:DE:LAGK:2012:0120.3SA408.11.00

---

**Vorinstanz:** Arbeitsgericht Aachen, 5 Ca 1826/10

**Schlagworte:** Kündigung, Rasierapparat, Stromunterschlagung, Vergleichsanfechtung, Zwischenverdienst

**Normen:** §§ 123, 142, 615, 626 BGB

**Sachgebiet:** Arbeitsrecht

**Leitsätze:**

1. Das Aufladen des privaten elektrischen Rasierapparates am Arbeitsplatz stellt keinen Grund für eine außerordentliche Kündigung dar.
2. Verlässt ein Arbeitnehmer seinen Büroarbeitsplatz unerlaubt eine Stunde vor Dienstschluss und entstehen hierdurch keine betrieblichen Auswirkungen, berechtigt dies den Arbeitgeber ohne vorherige Abmahnung regelmäßig nicht zum Ausspruch einer Kündigung.
3. Gibt ein Arbeitnehmer im Rahmen von gerichtlichen Vergleichsgesprächen über eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung erzielten Zwischenverdienst bewusst zu niedrig an und täuscht er hierdurch seinen Arbeitgeber, ist der Vergleich anfechtbar und das Verfahren fortzuführen

---

**Tenor:**

I. Es wird festgestellt, dass der Rechtsstreit durch den Vergleich vom 16.03.2011 nicht beendet worden ist.

II. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Aachen vom 01.10.2010 –

5 Ca 1826/10 d – teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die schriftliche außerordentliche Kündigung vom 19.04.2010 nicht beendet worden ist, sondern bis zum 31.05.2010 fortbestanden hat.

2. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger Arbeitsentgelt in Höhe von insgesamt 2.374,10 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 17.09.2010 zu zahlen.

3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

4. Die Widerklage wird abgewiesen.

III. Die weitergehende Berufung des Beklagten wird zurückgewiesen.

IV. Die erstinstanzlichen Kosten tragen der Kläger zu 65 % und der Beklagte zu 35 %, die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 80 % und der Beklagte zu 20 %.

V. Die Revision wird nicht zugelassen.

---

## **Tatbestand**

Die Parteien streiten in der Berufungsinstanz zunächst über die Wirksamkeit eines zweitinstanzlich geschlossenen Prozessvergleichs. Für den Fall der begründeten Vergleichsanfechtung geht der Streit in der Sache über die Wirksamkeit zweier fristloser, hilfsweise fristgerechter Kündigungen, die befristete Weiterbeschäftigung des Klägers sowie restliche Vergütungsansprüche. 1

Der Kläger war seit dem 05.05.2009 bei dem beklagten Rechtsanwalt auf der Grundlage eines bis zum 04.05.2011 befristeten Anstellungsvertrages als Rechtsanwaltsfachangestellter beschäftigt. Sein monatlicher Bruttoverdienst betrug 1.150 € zuzüglich einer pauschalen Fahrtkostenerstattung in Höhe von 74,10 € monatlich. Mit Schreiben vom 19.04.2010 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise fristgerecht. Im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens sprach der Beklagte mit Schriftsatz vom 29.09.2010 eine weitere fristlose, hilfsweise fristgerechte Kündigung aus. Mit Schreiben 17.03.2011 hat der Beklagte 3

das Arbeitsverhältnis nochmals fristlos gekündigt. Dieses Kündigungsschreiben hat der Beklagte dem Kläger per Einschreiben/Rückschein übersandt. Der Kläger hat den eingeschriebenen Brief nicht abgeholt. Eine weitere Wiederholungskündigung erfolgte im Berufungsverfahren mit Schriftsatz vom 12.04.2011.

Wegen des weiteren erstinstanzlichen streitigen und unstreitigen Vorbringens sowie der erstinstanzlich gestellten Anträge wird gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 4

Mit diesem Urteil hat das Arbeitsgericht die Unwirksamkeit beider Kündigungen festgestellt und den Beklagten zur Weiterbeschäftigung des Klägers bis zum Ablauf der vertraglichen Befristung sowie zur Zahlung von 5.284,35 € brutto nebst Zinsen verurteilt. Die weitergehende Klage hat das Arbeitsgericht ebenso abgewiesen wie die Widerklage des Beklagten. Wegen der Begründung im Einzelnen wird auf das erstinstanzliche Urteil (Bl. 109 ff. d. A.) Bezug genommen. Gegen dieses ihm am 02.11.2010 zugestellte Urteil hat der Beklagte bereits am 14.10.2010 Berufung eingelegt und diese am 08.11.2010 begründet. 5

In der mündlichen Berufungsverhandlung am 16.03.2011 hat der Kläger auf Nachfrage des Gerichts unter anderem zu Protokoll erklärt, er habe in der Zeit vom 19.07.2010 bis 28.02.2011 bei einem Inkassounternehmen in K gearbeitet. Das Arbeitsverhältnis sei aus betrieblichen Gründen beendet worden und er habe in diesem Arbeitsverhältnis in der Zeit vom 19.07.2010 bis 30.09.2010 2.060,25 € brutto verdient. Auf dieser Grundlage haben die Parteien folgenden Vergleich geschlossen: 6

"1. Die Parteien sind sich einig, dass das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis aufgrund ordentlicher, arbeitgeberseitiger Kündigung vom 19.04.2010 zum 30.09.2010 sein Ende gefunden hat. Das Arbeitsverhältnis ist bis zum Beendigungszeitpunkt vertragsgemäß abgewickelt aufgrund der klägerseits vollstreckten erstinstanzlich titulierten Klageforderung. 7

2. Der Beklagte verpflichtet sich, zum Ausgleich für den Verlust des Arbeitsplatzes an den Kläger eine Abfindung in Höhe von 1.800,00 € brutto zu zahlen. 8

3. Der Kläger reicht an den Beklagten das ihm zum Beendigungszeitpunkt 19.04.2010 erteilte Zeugnis zurück. Der Beklagte verpflichtet sich, dem Kläger ein inhaltlich gleichlautendes Zeugnis unter dem Ausstellungsdatum 30.09.2010 zu erteilen.

4. Wegen der erstinstanzlichen Kosten bleibt es bei der Kostenentscheidung des Arbeitsgerichts. Die Kosten des Berufungsverfahrens und des Vergleichs tragen der Kläger zu 1/4 und der Beklagte zu 3/4. 10

5. Damit ist der Rechtsstreit 3 Sa 1277/10 erledigt." 11

Diesen Vergleich hat der Beklagte am darauffolgenden Tag mit Schriftsatz vom 17.03.2011 wegen Täuschung und Betrugs angefochten. 12

Der Beklagte trägt vor, der Kläger habe entgegen seiner Angaben in der ersten Instanz und vor dem Berufungsgericht in den Monaten Juli bis September 2010 ein anderweitiges Bruttoeinkommen in Höhe von insgesamt 3.785,30 € erzielt. Das Arbeitsverhältnis mit dem Inkassobüro sei auch nicht aus betriebsbedingten Gründen beendet worden. Auffällig sei insoweit, dass die Prozessbevollmächtigte des Klägers trotz mehrfacher Nachfrage die entsprechenden Abrechnungsbelege nicht vorgelegt habe. Der Kläger täusche so wissentlich und willentlich die Gerichte unter Darstellung falscher Zahlen und falscher Umstände. 13

Insgesamt liege der Verdacht nahe, dass der Kläger anderweitig 1.100 € netto habe erzielen können, um seinen Lebensunterhalt zu bestreiten, so dass kein Annahmeverzugslohnanspruch bestehe. Das laufende prozessbetrügerische Verhalten des Klägers habe eine Beweislastumkehr zur Folge.

Zur Begründung der außerordentlichen, hilfsweise fristgerechten Kündigungen trägt der Beklagte vor, der Kläger sei wegen des Aufladens eines I-PODs am persönlichen Rechner des Beklagten mündlich im Dezember 2009 abgemahnt worden. Am 16.12.2009 sei der Kläger wegen psychischer Probleme vormittags nicht zur Arbeit erschienen, ohne eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen. Hierfür habe er ihm einen halben Tag Urlaub gestrichen. Im März 2010 habe er den Kläger nochmals eindringlichst und mit der gebotenen Schärfe mündlich zurechtgewiesen, weil dieser nach der Mittagspause während der Arbeitszeit unter dem Vorwand, Milch für den Bürokaffee zu kaufen, persönliche Einkäufe bei dem benachbarten Supermarkt erledigt habe. Grund für die Kündigung sei, dass der Kläger am 15.04.2010 heimlich seinen Elektrorasierer im Büro aufgeladen und sich damit am Strom der Kanzlei bereichert habe. Am 16.04.2010 habe der Kläger seinen Arbeitsplatz weit vor 16 Uhr verlassen, ohne dies mit dem Beklagten oder der Bürovorsteherin abzuklären. Der Beklagte meint, das uneinsichtige und halsstarrige Verhalten des Klägers zeige, dass jegliche weitere vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem Kläger unzumutbar sei. Vom heimlichen regelmäßigen Laden des I-PODs und des Rasierers bis zum Griff in die Kasse sei es nicht mehr weit. 14

Der Beklagte ist weiter der Auffassung, Annahmeverzugsansprüche des Klägers bestünden jedenfalls nicht, da der Kläger anderweitige Einkünfte verschweige. Das gelte umso mehr, als der Kläger trotz mehrmaliger Nachfrage keine Verdienstabrechnungen vorgelegt habe. Auch der unstrittige Verdienst des Klägers als sog. 400 €-Kraft im Club "Das Ding" sei anzurechnen. 15

Der Beklagte beantragt, 16

1. festzustellen, dass das Verfahren durch den Vergleich vom 16.03.2011 nicht beendet worden ist; 17
2. unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils vom 01.10.2010 – 5 Ca 1826/10 d – die Klage insgesamt abzuweisen. 18

Der Kläger beantragt, 19

1. festzustellen, dass der Rechtsstreit durch den Vergleich vom 16.03.2011 erledigt wurde; 20
  2. hilfsweise, 21
- die Berufung des Beklagten zurückzuweisen; 22

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die schriftliche außerordentliche Kündigung des Beklagten vom 17.03.2011 nicht aufgelöst worden ist; 23

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die im Schriftsatz vom 12.04.2011 ausgesprochene außerordentliche Kündigung des Beklagten nicht aufgelöst worden ist; 24

3. den Beklagten zu verurteilen, dem Kläger Auskunft zu geben, zu welchem Zeitpunkt er von dem Inhalt der dem Kläger von der Firma PROTECTA Inkasso GmbH für die Monate Juli bis September 2010 erteilten Gehaltsabrechnungen Kenntnis hat, wie er in deren Besitz gekommen ist und welche Daten des Klägers wie und wann an ihn übermittelt und gespeichert wurden.

Der Kläger hält den gerichtlichen Vergleich vom 16.03.2011 für rechtswirksam. Er trägt vor, bei der Nachfrage der erstinstanzlichen Kammervorsitzenden in der mündlichen Verhandlung nach seinem Zwischenverdienst sei er davon ausgegangen, dass er den tatsächlich erhaltenen Betrag habe angeben sollen. Auch während der Verhandlung in der zweiten Instanz sei ihm nicht bewusst gewesen, dass nach dem Bruttoverdienst gefragt worden sei. Seine versehentliche Angabe des Nettoverdienstes möge entschuldigt werden. Der Kläger bestreitet insoweit, dass der Beklagte erst am 17.03.2011, also nach dem Vergleich, Kenntnis davon erhalten habe, dass es sich bei dem vom Kläger irrig angegebenen Betrag von 2.060,25 € nicht um den Bruttobetrag der anderweitigen Einkünfte gehandelt habe. Dementsprechend habe der Kläger den Beklagten weder täuschen wollen, noch habe er bei ihm überhaupt einen Irrtum verursachen können. Keinesfalls könne der Beklagte durch eine Handlung des Klägers zum Abschluss des Vergleichs veranlasst worden sein. 26

In der Sache tritt der Kläger dem arbeitsgerichtlichen Urteil bei. Er hält zunächst jeglichen neuen Tatsachenvortrag des Beklagten in der Berufungsinstanz wegen prozessualer Verspätung für unzulässig. Im Übrigen ist er der Auffassung, ein Grund für eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses liege weder im Hinblick auf die Geschehnisse am 15.04.2010 noch bezüglich derjenigen des Folgetages vor. Die Kündigung sei jedenfalls unverhältnismäßig. Die hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigungen gingen ins Leere, da das Recht zur ordentlichen Kündigung arbeitsvertraglich nicht wirksam vereinbart worden sei. Dem Kläger stehe daher restliche Vergütung in Höhe von 5.284,35 € zu. 27

Hinsichtlich der späteren Folgekündigung rügt der Kläger, dass ihm das weitere Kündigungsschreiben vom 17.03.2011 nicht zugegangen sei. Auch eine Zugangsvereitelung sei nicht gegeben, da er nach dem gerichtlichen Vergleich nicht mehr mit einer weiteren Kündigung habe rechnen müssen. 28

Das Gericht hat Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluss vom 01.06.2011 durch Vernehmung der Zeugin K. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 20.01.2012 (Bl. 450 ff. d. A.) verwiesen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsniederschriften Bezug genommen. 29

## **Entscheidungsgründe** 30

I. Die Berufung des Beklagten ist zulässig, weil sie statthaft (§ 64 Abs. 1 und 2 ArbGG) und frist- sowie formgerecht eingelegt und begründet worden ist (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO). 31

II. Das Rechtsmittel hat auch in der Sache teilweise Erfolg. 32

1. Der Feststellungsantrag des Beklagten ist begründet. Der Prozessvergleich vom 16.03.2011 ist unwirksam, weil die Anfechtung des Beklagten berechtigt ist. Der Kläger hat den Beklagten durch arglistige Täuschung zum Abschluss des Vergleichs bestimmt. Die Anfechtung bewirkt gemäß § 142 Abs. 1 BGB die Nichtigkeit des Vergleichs. 33

- a. Gemäß § 123 BGB kann auch ein gerichtlicher Vergleich angefochten werden, wenn eine Partei vom Prozessgegner oder einem Dritten, dessen Verhalten sich der Prozessgegner zurechnen lassen muss, durch arglistige Täuschung zum Abschluss eines Vergleichs bestimmt worden ist. Das folgt aus der Doppelnatur des Prozessvergleichs (BAG, Urteil vom 15.05.1997 - 2 AZR 43/96, NZA 1998, 33; BAG, Urteil vom 23.11.2006 - 6 AZR 394, NZA 2007, 466 jeweils mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung). Der Streit um die Wirksamkeit des Vergleichs ist in demselben Verfahren auszutragen, das durch den Vergleich beendet werden sollte (vgl. BAG, a. a. O.). 34
- b. Gemäß § 123 Abs. 1 BGB kann derjenige, der zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung bestimmt worden ist, die Erklärung anfechten. 35
- Eine solche Täuschung kann durch Vorspiegelung oder Entstellung von Tatsachen erfolgen, wobei sich diese auf nachprüfbare Umstände und nicht nur auf bloße Werturteile beziehen müssen (Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl., § 123 Rn. 3). Arglistig ist eine Täuschung, wenn der Täuschende weiß oder billigend in Kauf nimmt, dass seine Behauptungen nicht der Wahrheit entsprechen (BAG, Urteil vom 12.05.2011 - 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43). 36
- Schließlich muss die Täuschung für die angefochtene Willenserklärung des Getäuschten ursächlich gewesen sein. Eine Willenserklärung kann nur dann angefochten werden, wenn der Anfechtende einem auf die Bestimmung des Willens gerichteten Verlangen nachgegeben und die Willenserklärung nicht aus eigener, selbständiger Überlegung abgegeben hat (BAG, Urteil vom 23.11.2006 - 6 AZR 394/06, BAGE 120,251; BAG, Urteil vom 12.05.2010 - 2 AZR 544/08, NZA 2010, 1250). 37
- c. Bei Anwendung dieser Grundsätze ist von einer erheblichen, arglistigen Täuschung des Klägers beim Abschluss des gerichtlichen Vergleichs vom 16.03.2011 auszugehen. 38
- Für den Beklagten war der Umfang des vom Kläger erzielten Zwischenverdienstes die entscheidende Grundlage für die konkrete Ausgestaltung des Vergleichs in finanzieller Hinsicht. Das hat der Beklagte in der mündlichen Verhandlung am 16.03.2011 deutlich zum Ausdruck gebracht. Er wollte nämlich zunächst den Abschluss des Vergleichs von der Vorlage entsprechender Verdienstbescheinigungen durch den Kläger abhängig machen. Erst nachdem der Vorsitzende den Kläger konkret zu seinem im Zeitraum vom 19.07. bis 30.09.2010 erzielten Zwischenverdienst befragt und diesen ermahnt hatte, dass eine falsche Angabe einen Prozessbetrug bedeuten würde, und nachdem die Erklärungen des Klägers wörtlich protokolliert worden waren, hat der Beklagte dem Vergleich in der protokollierten Fassung zugestimmt. 39
- Die Angaben des Klägers zu seinem Bruttoverdienst waren objektiv falsch. Der Kläger hat erstmalig im erstinstanzlichen Kammertermin am 01.10.2010 auf Nachfrage des Gerichts behauptet, er habe vom 19.07.2010 bis 30.09.2010 einen Zwischenverdienst in Höhe von 2.060,25 € brutto erzielt. Nachdem der Beklagte diese Angabe in der Berufungsbegründung angezweifelt hatte, hat der Kläger diesen Betrag auf erneute Nachfrage des Vorsitzenden der Berufungskammer mehr als fünf Monate später in der ersten Berufungsverhandlung ausdrücklich wiederholt. Er hat damit bewusst und gewollt gehandelt. Eine irrtümliche Falschangabe ist ausgeschlossen. Insbesondere gehen die Erklärungsversuche der Prozessbevollmächtigten des Klägers ins Leere, der Kläger habe sich hinsichtlich der Angabe des Brutto- und Nettobetrags geirrt. Denn nach den nunmehr vorliegenden Verdienstabrechnungen der Firma P I GmbH steht fest, dass es sich bei dem vom Kläger angegebenen Betrag von 2.060,25 € auch nicht um seinen Nettoverdienst in dem fraglichen Zeitraum gehandelt hat. Dieser betrug nämlich 2.610,36 €. 40

Letztlich meint der Kläger auch zu Unrecht, es fehle an der Kausalität im vorgenannten Sinn. Dem Beklagten war die tatsächliche Höhe des Zwischenverdienstes des Klägers im fraglichen Zeitraum vor Abschluss des Vergleichs am 16.03.2011 nicht bekannt. Das steht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zur Überzeugung des Berufungsgerichts fest. 41

Die Zeugin K hat ausgesagt, sie sei von dem ihr bis dahin unbekanntem Beklagten angerufen worden. An das genaue Datum konnte sie sich nicht erinnern. Wohl wusste sie noch, dass sie nur einmal mit dem Beklagten telefoniert habe. Dieser habe nämlich in der Folgezeit noch mehrmals versucht mit ihr zu sprechen. Sie habe dies aber unterlassen, weil sie nichts mehr zu der Angelegenheit habe sagen wollen. An den Inhalt des Telefonats konnte sich die Zeugin gut erinnern. Das erklärte sie damit, dass sie sich im Nachhinein geärgert habe, dass sie einem Dritten über die Einkünfte des Klägers Auskunft erteilt hatte. So erinnerte sich die Zeugin, dass der Beklagte von einem Gerichtstermin berichtet habe, in dem der Kläger von Dumpinglöhnen der P gesprochen habe. Auf die Bitte des Beklagten habe sie diesem dann die Verdienstabrechnungen des Klägers per Telefax übersandt. Diese Bekundungen der Zeugin waren uneingeschränkt glaubhaft. Die Kammer sieht auch keine Anhaltspunkte, die Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Zeugin begründen könnten. Im Gegenteil hat die Zeugin äußerst glaubhaft beschrieben, dass sie sich letztlich von dem Beklagten überrumpelt gefühlt und so seinerzeit spontan und unüberlegt gehandelt hat. Gerade diese gleichermaßen glaubhaft geschilderten nachträglichen Bedenken bestätigen aus Sicht der Kammer den Wahrheitsgehalt der Zeugenaussage. Anhaltspunkte dafür, dass die Zeugin dem Beklagten die Information über den Verdienst des Klägers bereits vor dem 16.03.2011 erteilt hat, ergeben sich damit in keinerlei Hinsicht. 42

d. Mit der Wirksamkeit der Anfechtung steht somit fest, dass der Prozessvergleich auch als Prozesshandlung unwirksam ist. Seine prozessbeendende Wirkung ist nicht eingetreten. Die Rechtshängigkeit des ursprünglichen Kündigungsschutzprozesses besteht damit fort. 43

2. Auch die weitergehende Berufung des Beklagten hat in der Sache teilweise Erfolg. Das gilt zunächst hinsichtlich der Kündigungsschutzanträge des Klägers. Die Kündigung des Beklagten vom 19.04.2010 ist zwar als außerordentliche Kündigung rechtsunwirksam, hat aber das Arbeitsverhältnis des Klägers als hilfsweise ordentliche Kündigung zum 31.05.2010 beendet. Sämtliche Folgekündigungen gehen im Hinblick auf diese Beendigung des Arbeitsverhältnisses ins Leere. 44

a. Die außerordentliche Kündigung vom 19.04.2010 ist unwirksam und hat das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht mit sofortiger Wirkung beendet, denn es fehlt am Vorliegen eines wichtigen Kündigungsgrundes. 45

aa. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dabei ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts eine zweistufige Prüfung durchzuführen. Zunächst ist zu prüfen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls an sich geeignet ist, einen Kündigungsgrund zu bilden. Liegt ein solcher Sachverhalt vor, bedarf es der weiteren Prüfung, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile zumutbar ist oder nicht (vgl. beispielsweise BAG, Urteil vom 17.04.2006 – 2 AZR 415/05 -, EzA § 626 BGB 2002 Nr. 17; BAG, Urteil vom 28.08.2008 – 2 AZR 15/07 -, EzA § 626 BGB 2002 Nr. 22; BAG, Urteil vom 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 -, 46

bb. Der Beklagte begründet die Kündigung damit, dass der Kläger am 15.04.2010 unberechtigterweise im Büro seinen privaten Rasierapparat aufgeladen und am darauffolgenden Tag, dem 16.04.2010, mehr als eine Stunde vor Dienstschluss die Kanzleiräume verlassen habe, ohne dies mit dem Beklagten oder der Bürovorsteherin abgeklärt zu haben. 47

Beide Gründe sind bereits "an sich" ungeeignet, einen Grund für eine außerordentliche Kündigung zu begründen. Der erste Umstand der "Stromunterschlagung" stellt angesichts der mit dem Ladevorgang für den Beklagten verbundenen äußerst geringfügigen wirtschaftlichen Belastung offensichtlich eine Lappalie dar. Selbst wenn man die Voraussetzungen der ersten Prüfungsstufe bejahen würde, wäre die Reaktion des Beklagten jedenfalls offensichtlich unverhältnismäßig. Auch der zweite Vorwurf, der Kläger habe unberechtigterweise mehr als eine Stunde vor Dienstschluss seinen Arbeitsplatz verlassen, vermag die Anforderungen, die an einen "an sich" zur Kündigung berechtigenden Grund zu stellen sind, nicht zu erfüllen. Auch hier hätte es zunächst eines klärenden Personalgesprächs bzw. des Ausspruchs einer deutlichen Abmahnung bedurft. Das gilt umso mehr, als nach dem eigenen Vortrag des Beklagten das Verhalten des Klägers nicht zu nachteiligen betrieblichen Auswirkungen geführt hat. Auch hier hat der Beklagte mit dem Ausspruch der außerordentlichen, fristlosen Kündigung deutlich überreagiert. 48

b. Demgegenüber ist die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung rechtswirksam und hat das Arbeitsverhältnis des Klägers zum 31.05.2010 beendet. 49

aa. Entgegen der Rechtsauffassung des Arbeitsgerichts haben die Parteien in dem befristet abgeschlossenen schriftlichen Arbeitsvertrag die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung wirksam vereinbart. Der schriftliche Arbeitsvertrag enthält in § 2 unter der Überschrift "Probezeit/Kündigungsfristen" folgende Regelung: 50

"Das auf zunächst 6 Monate befristete Anstellungsverhältnis gilt als Probezeit und wird danach bis zum 04.05.11 befristet. 51

Während der Probezeit können beide Parteien den Anstellungsvertrag nur unter Einhaltung einer Frist von 2 Wochen kündigen. 52

Wird das Arbeitsverhältnis über die jeweiligen Befristungen hinaus fortgesetzt, gelten die gesetzlichen Kündigungsfristen. ...." 53

Die Regelung im dritten Absatz des § 2 ist eindeutig. Die Parteien haben ausdrücklich die Geltung der gesetzlichen Kündigungsfristen, also § 622 BGB, vereinbart. Dass in Satz 1 des dritten Absatzes der Begriff der Befristungen im Plural verwandt wird, ist unschädlich und führt nicht zu einer Mehrdeutigkeit der Vertragsklausel. Diese knüpft vielmehr erkennbar an die im zweiten Absatz vereinbarte Kündigungsfrist in der Probezeit an und ermöglicht die ordentliche Kündigung, wenn das Arbeitsverhältnis über die Probezeit hinaus fortgesetzt wird. Zusätzlich haben die Parteien dann noch vereinbart, dass die gesetzlichen Kündigungsfristen auch dann zur Anwendung kommen sollen, wenn das befristete Arbeitsverhältnis selbst über das vereinbarte Befristungsende hinaus weiter fortgeführt wird. Das würde zwar ohne diese Regelung ohnehin kraft Gesetzes gelten, die Wiederholung einer gesetzlichen Regelung im Arbeitsvertrag ist aber grundsätzlich rechtlich unproblematisch. 54

bb. Die Parteien haben in der mündlichen Berufungsverhandlung am 01.06.2011 unstreitig gestellt, dass die Anwendungsvoraussetzungen des Kündigungsschutzgesetzes nicht erfüllt sind. Da das Arbeitsverhältnis des Klägers im Kündigungszeitpunkt noch keine zwei Jahre bestand, gilt gemäß § 622 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB eine Kündigungsfrist von einem Monat zum Monatsende. Das Arbeitsverhältnis endete mithin am 31.05.2010. Eine Befassung mit den vorsorglich beklagenseits ausgesprochenen Folgekündigungen erübrigt sich damit.

3. Der Kläger hat gegen den Beklagten für die Zeit vom 01.04.2010 bis 31.05.2010 einen Anspruch auf restliche Vergütung in Höhe von 2.374,10 € brutto. Dieser Anspruch folgt für den Zeitraum vom 01. bis 19.04.2010 aus § 611 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag sowie für die Zeit danach unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges aus § 615 Satz 1 BGB. 56

Annahmeverzug im Sinne des § 615 Satz 1 BGB liegt immer dann vor, wenn der Arbeitnehmer arbeiten will, der Arbeitgeber den Arbeitnehmer jedoch nicht beschäftigen kann oder will. Für diesen Fall ordnet § 615 Satz 1 BGB an, dass der Arbeitnehmer die Vergütung verlangen kann, ohne zur Nachleistung der Arbeit für die Zeiträume, in denen der Arbeitgeber sie nicht angenommen hat, verpflichtet zu sein. Hauptanwendungsfall des Annahmeverzuges ist die Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers nach Ausspruch einer arbeitgeberseitigen Kündigung, die sich im Nachhinein als unwirksam herausstellt. 57

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Die außerordentliche Kündigung des Beklagten vom 19.04.2010 ist rechtsunwirksam und hat das Arbeitsverhältnis des Klägers erst zum 31.05.2010 beendet. Der Beklagte befand sich mithin für die Dauer der Kündigungsfrist im Annahmeverzug. 58

Danach schuldet der Beklagte dem Kläger für den Monat April 2010 die vertraglich vereinbarte Vergütung in Höhe von 1.150 € brutto zuzüglich der gleichermaßen vereinbarten Fahrtkostenpauschale in Höhe von 74,10 € brutto. Obwohl es sich bei letzterer um eine Aufwandsentschädigung handelt und dem Kläger aufgrund der außerordentlichen Kündigung ein solcher Aufwand nach dem 19.04.2010 nicht mehr entstanden ist, ist der Beklagte zur ungekürzten Zahlung der Fahrtkosten verpflichtet, da er diese pauschal vereinbart hat. Für den darauffolgenden Monat Mai schuldet der Beklagte jedoch nur das reine Gehalt in Höhe von 1.150 €. Die Fahrtkostenpauschale fällt wegen ihres Entschädigungscharakters nicht an. 59

Anderweitige anrechenbare Einkünfte im Sinne von § 615 Satz 2 BGB hat der Kläger in den Monaten April und Mai 2010 unstreitig nicht erzielt. Der Verdienst aus der Nebentätigkeit im Rahmen des 400-Euro-Jobs ist nicht anrechenbar. Insoweit wird auf die zutreffende Begründung im erstinstanzlichen Urteil Bezug genommen. Auch die vom Beklagten angeführte Beweislastumkehr greift nicht ein. 60

4. Der Zinsanspruch folgt aus §§ 291, 288 BGB. 61

5. Weitergehende Zahlungsansprüche des Klägers bestehen aufgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.05.2010 nicht. Das Gleiche gilt für den zweitinstanzlich erstmals hilfsweise vom Kläger gestellten Auskunftsanspruch. Auch dieser betrifft einen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses liegenden Zeitraum. Im Übrigen fehlt es insoweit auch an einer Anspruchsgrundlage. 62

III. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 92 Abs. 1 ZPO. 63

64

Die Revision war nicht nach § 72 Abs. 2 ArbGG zuzulassen. Insbesondere ging es nicht um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, da die entscheidungserheblichen Rechtsfragen höchstrichterlich geklärt sind und die Entscheidung im Übrigen auf den besonderen Umständen des Einzelfalls beruht.

**Rechtsmittelbelehrung**

65

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. Auf die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 72a ArbGG wird hingewiesen.

66

Dr. Kreitner Staschik Same

67