

Thüringer Landesarbeitsgericht

Entscheidungsdokumentation

Urteil/Beschluss vom: 12.07.2018

Aktenzeichen: 3 Sa 104/16

Vorinstanz: Arbeitsgericht Gera

vom: 09.12.2015 Az: 7 Ca 481/14

Zulassung der Revision Rechtsbeschwerde Revisionsbeschwerde
 keine Zulassung unanfechtbar

zugestellt an Klägerseite am: 30.11.2018

Beklagtenseite am: 29.11.2018

für Prüfungszwecke (JPA vorgesehen)

für Prüfungszwecke (JPA) nicht vorgesehen

zur Veröffentlichung vorgesehen
(Verteiler: BAG, ThürArbGe, Internet)

unbedeutender Einzelfall

Entscheidungsstichwort:

./.

Entscheidungsrelevante Vorschriften:

./.

Leitsätze:

./.

Aktenzeichen: 3 Sa 104/16
7 Ca 481/14
Arbeitsgericht Gera



Verkündet am 12.07.2018

gez. Krummrich
Justizangestellte als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Thüringer Landesarbeitsgericht

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

·
·

- Beklagter,
Berufungskläger und
Anschlussberufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte/r:
Rechtsanwälte

gegen

- Kläger,
Berufungsbeklagter und
Anschlussberufungskläger -

Prozessbevollmächtigte/r:
Rechtsanwälte

hat das Thüringer Landesarbeitsgericht auf die mündliche Verhandlung vom 12.07.2018 durch die Präsidentin des Thüringer Landesarbeitsgerichts Frau Engel als Vorsitzende und die ehrenamtlichen Richter Frau Spork und Frau Böttner als Beisitzer für Recht erkannt:

Auf die Anschlussberufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Gera vom 09.12.2015 - 7 Ca 481/14 - wird dieses unter Zurückweisung der Berufung des Beklagten und der Anschlussberufung des Klägers im Übrigen wie folgt neu gefasst:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien weder durch die außerordentliche Kündigung des Beklagten vom 02.12.2014, zugegangen am 04.12.2014, noch durch die hilfsweise ordentliche Kündigung vom 02.12.2014 zum 31.12.2014 beendet wurde.
2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die Kündigung des Beklagten vom 28.02.2015, zugegangen am 02.03.2015, noch durch die Kündigung vom 28.02.2015, zugegangen am 04.03.2015 beendet wurde.
3. Es wird festgestellt, dass Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch Ablauf der vereinbarten Befristung zum 29.04.2015 sein Ende gefunden hat.
4. Der Beklagte wird verurteilt an den Kläger 8.330,00 € brutto abzüglich gezahlter 521,82 € netto nebst Zinsen i. H. v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus einem Betrag i. H. v. 1.230,00 € seit dem 16.02.2014 bis zum 23.02.2015, aus einem Betrag i. H. v. 1.230,00 € abzüglich 521,82 € seit dem 24.02.2015, aus einem Betrag i. H. v. 1.320,00 € seit dem 16.01.2015 aus einem Betrag i. H. v. 1.496,00 € seit dem 16.02.2015 aus einem Betrag i. H. v. 1.360,00 € seit dem 16.03.2015 aus einem Betrag i. H. v. 1.496,00 € seit dem 16.04.2015 aus einem Betrag i. H. v. 1.428,00 € seit dem 16.05.2015 zu zahlen.
5. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu 80 % und der Kläger zu 20 % zu tragen. Der Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über den der Termin der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses und über Entgeltansprüche des Klägers.

Der am 29.06.1990 geborene, zuletzt unter Betreuung stehende Kläger ist seit dem Bescheid vom 10.01.2013 mit einem GdB von 50 als schwerbehinderter Mensch anerkannt (Bl. 38 d.A.). Hiervon informierte er den Beklagten, der mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt, zunächst nicht, bei dem er seit dem 29.04.2014 als Wachmann bzw. Sicherheitsmitarbeiter beschäftigt war. Der Arbeitsvertrag sieht neben diversen Tätigkeiten den Einsatz im Separatwachdienst vor, der einen durch Lehrgang zu erwerbenden Sachkundenachweis nach § 34a GewO erfordert. Der Kläger meldete sich im November 2014 bei der IHK München zu einem solchen Lehrgang vom 08.12. bis 12.12.2014 an, an dem er aber nicht teilnahm (Bl. 42 d.A.).

Im November 2014 bat er den Beklagten für Ende November und Anfang Dezember 2014 um Urlaub. Er wies die Einsatzplanerin Frau darauf hin, dass er sich zu dem Lehrgang in München angemeldet habe. Der Antrag wurde unter Hinweis auf die vertragliche Urlaubssperre im Dezember und eine Lehrgangsmöglichkeit in Erfurt abgelehnt. Der Kläger arbeitete weiter und wurde u.a. für den 24.11.2014 zum Dienst eingeplant. Hinsichtlich der vom Kläger ausgefüllten "Stundenliste" für November 2014 wird auf Bl. 102 d.A. verwiesen. Ab dem 24.11.2014 erbrachte der Kläger keine Arbeitsleistungen mehr.

Er legte dem Gericht die Kopie einer ärztlichen Erstbescheinigung zu seiner Arbeitsunfähigkeit in Form der "Ausfertigung zur Vorlage bei der Krankenkasse" vor, nach der am 24.11.2014 festgestellt wurde, dass er seit dem 24.11.2014 voraussichtlich bis einschließlich 30.11.2014 arbeitsunfähig erkrankt sei (Bl. 41 d.A.). Während der Zugang des Originals der entsprechenden "Ausfertigung zur Vorlage beim Arbeitgeber" beim Beklagten streitig ist, erhielt dieser am 03.12.2014 unstreitig die erste Folgebescheinigung ("Ausfertigung zur Vorlage beim Arbeitgeber"), nach der am 28.11.2014 festgestellt wurde, dass der Kläger seit dem 24.11.2014 nun voraussichtlich bis einschließlich 09.12.2014 arbeitsunfähig sei (Bl. 29 d.A.). Der Kläger reichte die Kopie einer zweiten Folgebescheinigung ("Ausfertigung zur Vorlage bei der Krankenkasse") ein, nach der am 12.12.2014 festgestellt wurde, dass er seit dem 24.11.2014 voraussichtlich bis einschließlich 22.12.2014 arbeitsunfähig erkrankt sei (Bl. 104 d.A.) und zudem die Kopie einer dritten Folgebescheinigung ("Ausfertigung zur Vorlage bei der Krankenkasse"), nach der am 22.12.2014 festgestellt wurde, dass der Kläger seit dem 24.11.2014 voraussichtlich bis einschließlich 02.01.2015 arbeitsunfähig erkrankt sei (Bl. 105 d.A.).

Der Beklagte versuchte mehrfach erfolglos, den Kläger telefonisch zu erreichen. Am 30.11.2014 fertigte Frau eine SMS, deren Zugang beim Kläger streitig ist:

"Bitte dringend um Rückruf! Du hast jetzt eine Wochen lang unentschuldig deine Dienste nicht erfüllt und ich mache dich hiermit darauf aufmerksam, dass dies eine fristlose Kündigung rechtfertigt. Auch die Tatsache das du nicht für uns erreichbar bist, nicht zurückrufst und nicht mitteilst, wann du denkst deine Arbeit aufzunehmen beziehungsweise uns eine Krankschreibung vorlegst, rechtfertigt dies. Für Spielchen dieser Art fehlen uns Zeit und Nerven da deine Kollegen die Lücken füllen müssen und ich so nicht planen kann. Ich werde morgen mit Herrn ... Rücksprache halten und dir unsere Entscheidung diesbezüglich mitteilen. So, geht es jedenfalls nicht und ich bezweifle, dass du das in anderen Firmen so handhaben könntest."

Der Beklagte kündigte dem Kläger mit Schreiben vom 02.12.2014 außerordentlich, hilfsweise zum 31.12.2014, jedoch ohne Zustimmung des Integrationsamtes. Die Kündigung ging dem Kläger am 04.12.2014 zu. Mit Schreiben vom 15.12.2014, dem Beklagten per Fax am 17.12.2015 und per Einschreiben am 18.12.2015 zugegangen, informierte er diesen über seinen Status als schwerbehinderter Mensch (Bl. 40 d.A.). Am 21.01.2015 beantragte der Beklagte beim Integrationsamt die Zustimmung zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung. Mit Bescheid vom 03.02.2015 wurde diese unter Hinweis auf § 626 Abs. 2 BGB versagt (Bl. 44 - 46 d.A.). Am 21.01.2015 beantragte der Beklagte nun die Zustimmung zum Ausspruch einer ordentlichen Kündigung. Mit Bescheid vom 26.02.2015 erteilte das Integrationsamt diese mit der Auflage der Mindestkündigungsfrist des § 86 SGB IX (Bl. 49 - 54 d.A.).

Am 19.02.2015 forderte der Beklagte den Kläger per SMS und mit Schreiben vom 23.02.2015 (Bl. 90 d.A.) auf, seine Arbeit nun in einem Prozessarbeitsverhältnis zu erbringen. Mit Schreiben vom 20.02.2015 erklärte dieser, dass er seit November 2014 rechtswidrig keinen Lohn erhalten habe und bis zur Zahlung seine Arbeitsleistungen zurück behalte (Bl. 106 d.A.). Am 23.02.2015 überwies der Beklagte ihm 521,82 € netto als "Lohnzahlung November 2014".

Der Prozessvertreter des Beklagten fertigte unter dem Datum des 28.02.2015 eine Kündigung zum 31.03.2015, hilfsweise zum nächst möglichen Termin. Er sandte dieses Schreiben (Bl. 74 d.A.) dem Kläger persönlich zu. Das Schreiben ging ihm am 02.03.2015 zu. Am 02.03.2015 gab der Prozessbevollmächtigte des Beklagten dieses Kündigungsschreiben nun mit einer im Original unterzeichneten Vollmacht und im Übrigen identischem Inhalt erneut zur Post. Mit Schreiben vom 03.03.2015 wies der Prozessbevollmächtigte des Klägers die am 02.03.2015 zugegangene Kündigung nach § 174 BGB zurück (Bl. 92 d.A.). Am 04.03.2015 ging das am 02.03.2015 versandte Kündigungsschreiben dem Kläger zu (Bl. 55 d.A.).

Die IHK München bescheinigte am 22.05.2015 die Teilnahme des Klägers an einem Sachkundelehrgang vom 18.05. bis 22.05.2015 (Bl. 100 d.A.).

Der Kläger erhob am 23.12.2014 vor dem Arbeitsgericht Gera zunächst eine punktuell auf die Feststellung der Unwirksamkeit der außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung vom 02.12.2014 bezogene Klage. Sie sei bereits nach § 85 SGB IX unwirksam. Mit einem am 20.03.2015 beim Arbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz erweiterte er seine Klage um einen punktuellen auf "die Kündigung vom 28.02.2015" bezogenen Feststellungsantrag. Die am 02.03.2015 und 04.03.2015 zugegangenen Kündigungsschreiben seien 100 % identisch. Es liege also nur eine Kündigungserklärung vor, die aus formellen Gründen zweimal zugestellt worden sei. Wegen des erkennbar einheitlichen Kündigungssachverhalts habe er auch nur einen Feststellungsantrag stellen müssen. Diese Kündigung sei sozial nicht gerechtfertigt. Die Behauptung, dass er "zu verstehen gegeben" habe, dass er sich von seinem Urlaub nicht abhalten lassen wolle, sei falsch und unsubstantiiert. Am 24.11.2014 habe er krankheitsbedingt gefehlt. Dies habe er dem Beklagten am 24.11.2014 unverzüglich telefonisch angezeigt. Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung habe er sofort zur Post gegeben. Nicht zum ersten Mal wolle der Beklagte mal wieder keine Post erhalten haben. Mit dieser und den späteren Vorlagen der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung habe er sein entschuldigtes Fehlen hinreichend unter Beweis gestellt. Von einer angeblichen Abmahnung per SMS wisse er nichts. Ihr nun vorgetragener Inhalt sei keine „Abmahnung“. Ein personenbedingter Kündigungsgrund scheidet aus, da er wie bisher anderweitig hätte eingesetzt werden können, bis er seinen bereits gebuchten Lehrgang absolviert hätte. Folglich habe er für November 2014 einen Anspruch auf Vergütung der erbrachten Arbeitsleistungen, dann einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung und mit dem Ende seiner Arbeitsunfähigkeit ab dem 02.01.2015 einen Anspruch auf Annahmeverzugslohn. Da der Beklagte nun Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen erhalten habe, greife § 7 EFZG nicht. Solange er aber seinerseits mit der Lohnzahlung in erheblicher Höhe für einen erheblichen Zeitraum in Rückstand sei, könne der Kläger seine Arbeitsleistungen zurückbehalten. Diese seien nach § 5 S. 2 des Arbeitsvertrages mit einer Regelarbeitszeit von acht Stunden arbeitstäglich zu berechnen. Die eingewandte "kalkulatorische" Arbeitszeit von 30 Stunden wöchentlich wäre nach § 307 BGB unwirksam und damit auch hiernach Vollzeit vereinbart. Im streitigen Zeitraum habe er keine anderweitigen Einkünfte gehabt.

Der Kläger beantragte:

1. Es wird festgestellt, dass die außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung vom 02.12.2014 das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht beendet hat.
2. Es wird festgestellt, dass die Kündigung des Beklagten vom 28.02.2015 das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht beendet hat.
3. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der Befristung vom 25.04.2014 nicht beendet wurde.

4. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Betrag i.H.v. 9.826,00 € brutto abzüglich gezahlter 581,82 € netto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz
aus einem Betrag i.H.v. 1.230,00 € seit dem 16.12.2014 bis zum 23.02.2015,
aus einem Betrag i.H.v. 1.230,00 € abzüglich 521,82 € seit dem 24.02.2015,
aus einem Betrag i.H.v. 1.320,00 € seit dem 15.01.2015,
aus einem Betrag i.H.v. 1.496,00 € seit dem 16.02.2015,
aus einem Betrag i.H.v. 1.360,00 € seit dem 16.03.2015,
aus einem Betrag i.H.v. 1.496,00 € seit dem 16.04.2015,
aus einem Betrag i.H.v. 1.496,00 € seit dem 16.05.2015,
aus einem Betrag i.H.v. 1.428,00 € seit dem 16.06.2015 zu zahlen.

Der Beklagte beantragte,

die Abweisung der Klageanträge.

Die Kündigungen vom 02.12.2015 seien nicht nach § 85 SGB IX unwirksam. Der Kläger habe ihm seine nicht erkennbare Schwerbehinderung vor der Kündigung nicht nachgewiesen. Sein Berufen auf § 85 SGB IX sei also treuwidrig. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sei als Ergebnis einer unzulässigen Gesetzesauslegung unbeachtlich. Die Kündigung vom 28.02.2015 habe er zweimal versandt, da er schon fadenscheinige Formlrügen geahnt habe. Der Kläger habe aber nur gegen eine der beiden Kündigungen vom 28.02.2015 geklagt und sei also mit der zweiten Kündigung vom 28.02.2015 nach § 7 KSchG präkludiert. Die Kündigung vom 28.02.2015 sei gerechtfertigt, da der Kläger nach der Ablehnung des Urlaubsantrags sinngemäß zu verstehen gegeben habe, dass er sich von seinem Urlaub nicht abbringen lasse. So sei er am 24.11.2014 auch tatsächlich nicht zum Dienst erschienen. Damit liege das Erschleichen der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auf der Hand. Zudem habe er sich weder sofort krankgemeldet, noch die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vertragsgemäß am ersten Tag vorgelegt. Die Arbeitsunfähigkeit sei auch nicht hinreichend unter Beweis gestellt, da es nur eine ersichtlich rückdatierte Kopie einer Folgebescheinigung gebe. Jedenfalls fehle ihm die persönliche Eignung für eine Weiterbeschäftigung. Trotz mehrfacher Androhung seiner Entlassung habe er sich nicht zum Lehrgang nach § 34a GewO angemeldet. Dass er auch anderweitig beschäftigt werde könne, sei egal. Der Kläger sei durch die SMS vom 30.11.2014 explizit abgemahnt worden. Sein Desinteresse und die Schwere der Pflichtverletzungen führten zu überwiegenden Beendigungsinteressen des Beklagten. Es stünden auch keine Löhne aus. Er habe keinen Nachweis für Arbeitsleistungen oder ein entschuldigtes Fehlen. Es sei ersichtlich, dass der Kläger anderweitige Einnahmen gehabt und das Prozessarbeitsverhältnis böswillig verweigert habe. Er berufe sich auf § 7 EFZG. Zudem seien die Forderungen auch der Höhe nach nicht nachvollziehbar. Man habe sich doch auf "kalkulatorische" 30 Stunden pro Woche und eine flexible Arbeitszeit geeinigt.

Im Termin zur Kammerverhandlung vor dem Arbeitsgericht überreichte der Kläger dem Beklagten die von seinem Arzt nochmals ausgedruckten (Zweit-) Ausfertigungen der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ("Ausfertigung zur Vorlage beim Arbeitgeber") im Original, d.h. eine (Zweit-) Ausfertigung der Erstbescheinigung vom 24.11.2014 sowie der Folgebescheinigungen vom 28.11.2014, 12.12.2014 und 22.12.2014 im Original (Bl. 125 - 128 d.A.).

Das Arbeitsgericht hat der Klage ganz überwiegend stattgegeben. Das Arbeitsverhältnis sei weder durch die außerordentliche Kündigung vom 02.12.2014, noch durch die zwei ordentlichen Kündigungen vom 02.12.2014 und 28.02.2015 beendet worden. Es fehle an einem wichtigen bzw. sozial rechtfertigenden Grund. Entsprechend der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen habe er entschuldigt gefehlt. Das angeblich verspätete Erfüllen der Anzeige- bzw. Vorlagepflicht rechtfertige ohne vorherige Abmahnung keine Kündigung. Das gelte auch für die vermeintlich pflichtwidrige Nichterreichbarkeit. Ein personenbedingter Grund liege nicht vor, da der Kläger bis zum Absolvieren des Lehrgangs wie bisher vertragsgemäß auch anderweitig hätte beschäftigt werden können, zumal er sich bereits zu einem Lehrgang angemeldet hatte. Die SMS vom 30.11.2014 sei keine Abmahnung im Rechtssinne. Das Arbeitsverhältnis sei aber durch die Kündigung vom 02.03.2015, zugegangen am 04.03.2015, mit einer Frist zum 30.04.2015 beendet worden. Diese Kündigung sei nicht angegriffen worden. Daher könne die Wirksamkeit der Befristung dahin stehen. Der Kläger habe Anspruch auf eine weitere Vergütung von 7.370,00 € brutto, abzüglich gezahlter 581,82 € netto. Der vorgelegte und inhaltlich nicht in Abrede gestellte Stundenzettel, die vorliegenden Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ergäben einen vertraglichen Anspruch für November 2014 von 1.230,00 € brutto abzüglich der gezahlten Vergütung zu, für Dezember 2014 ein Betrag von 360,00 € brutto, für Januar 2015 insgesamt 1.428,00 € brutto, für Februar 2015 insgesamt 1.360,00 € brutto sowie für März und April 2015 je 1.496,00 € brutto. Soweit der Kläger für Dezember 2014 und dem 02.01.2015 weitere Ansprüche verlange, komme allein § 615 BGB in Betracht, der aber mangels Leistungsfähigkeit ausscheide. Auch für die Zeit nach der Vertragsbeendigung am 30.04.2015 könne er keine Ansprüche geltend machen.

Der Beklagte hat gegen das ihm am 14.03.2016 zugestellte Urteil am 14.04.2016 Berufung beim Thüringer Landesarbeitsgericht eingelegt und am 17.05.2016, dem Tag nach Pfingstmontag, die Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist beantragt. Sie wurde bis zum 07.06.2016 gewährt. Am 07.06.2016 begründete er seine Berufung. Er wiederholt im Wesentlichen den erstinstanzlichen Sachvortrag und vertieft seine Rechtsausführungen. Die Kündigung vom 02.12.2014 sei nicht nach § 85 SGB IX unwirksam. Dies folge schon aus § 90 Abs. 2a SGB IX. Sei dessen Wortlaut auch missverständlich, sei das Ziel des Gesetzgebers aber klar. Nur der Arbeitnehmer habe den Schutz, der dem Arbeitgeber seinen Status durch Vorlage des Schwerbehindertenausweises vor der Kündigung nachgewiesen habe.

Die Kündigung vom 28.02.2015 sei nicht nach § 174 BGB unwirksam, da eine Originalvollmacht jedenfalls am 04.03.2015 zugegangen sei. Die Kündigung sei gerechtfertigt. Nachdem der Kläger erst nur Urlaub, dann Urlaub wegen eines Lehrgangs in München beantragt habe und der Urlaub abgelehnt worden sei, habe er auf eine Mitgliederveranstaltung verwiesen, irgendwas mit Feuerwehr, an der er unbedingt teilnehmen müsse. Der Beklagte habe recherchiert, dass er offensichtlich an einer Veranstaltung des technischen Hilfswerkes teilgenommen habe. Dies seien doch nun genug Indizien gegen eine Arbeitsunfähigkeit. Er habe seine Anzeige- und Nachweispflichten nicht erfüllt. So sei der Umschlag mit der rückdatierten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung am 01.12.2014 zur Post gegeben worden. Nun gebe es zudem sogar mehrere Exemplare von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen. Dies alles führe zu Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit. Der Zugang der wirksamen Abmahnungs-SMS sei nur pauschal bestritten. Sie habe auch keinen Kündigungsgrund verbraucht. Er hätte jede Pflicht auch im Arbeitsvertrag nachlesen können. Zwar kenne der Beklagte die im Urteil genannte Kündigung vom 02.03.2015 zum 30.04.2015 nicht, doch mache sie mit ihrem Beendigungstermin zum 30.04.2015 nicht die Prüfung der Befristung zum 29.04.2015 obsolet. Lohn sei fehlerhaft auf Basis einer Arbeitszeit von acht Stunden täglich berechnet.

Der Beklagte beantragt:

die Klage unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Gera vom 09.12.2015 abzuweisen und

die Anschlussberufung des Klägers zurückzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen und

im Wege ein Anschlussberufung das Urteil des erstinstanzlichen Gerichts vom 09.12.2015 aufzuheben, soweit hierin im Tenor unter Nr. 2 und 3. die Klage i.H.v. 1.028,00 € brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus einem Betrag i.H.v. 960,00 € seit dem 16.01.2015 und aus einem Betrag i.H.v. 68,00 € seit dem 10.02.2015 abgewiesen wurde, sowie

den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger über den im Urteil vom 09.12.2015 zugesprochenen Betrag ein weiterer Betrag i.H.v. 1.028 € brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz

aus einem Betrag i.H.v. 960,00 € seit dem 16.01.2015 und

aus einem Betrag i.H.v. 68,00 € seit dem 16.02.2015 zu zahlen.

Nach der Zustellung der Berufungsbegründungsschrift am 13.06.2016 beantragte der Kläger am 13.07.2016 die Verlängerung der Berufungserwiderungsfrist, die ihm bis zum 12.08.2016 bewilligt wurde. Am 04.08.2016 beantwortet er die Berufung. Auch die neuen Ausführungen zu §§ 85, 90 SGB IX gingen ins Leere. Die Kündigung vom 28.02.2014 scheitere an § 174 BGB. Zudem seien weiter keine tauglichen Zweifel an seiner festgestellten Arbeitsunfähigkeit vorgetragen. Es lohne ein Blick auf das bisherige Einlassungsverhalten des Beklagten. Mit Schreiben vom 15.12.2014 habe er ihm seine Schwerbehinderung angezeigt. Mit Schreiben vom 21.01.2015 habe der Beklagte dem Integrationsamt erklärt, dass er hiervon und auch von einer Anmeldung zum Lehrgang in München nichts wisse. Nun trage er vor, dass der Kläger ihm bereits im November von der Anmeldung erzählt habe. Er rüge noch in der Berufung, dass ihm „bis heute“ keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für den 24.11.2014 vorliege, obwohl ihm sämtliche Bescheinigungen im Kammertermin vor dem Arbeitsgericht übergeben worden seien. Dies beleuchte den nun nach wie vor un schlüssigen Sachvortrag auf die Auflage des Berufungsgerichts zur angeblichen „sinngemäßen“ Ankündigung einer eigenmächtigen Freizeitnahme. Er bleibe so im Ungewissen, dass der Kläger nicht erkennen könne, was gemeint sei. Der nie zugegangenen SMS fehle jede Warnfunktion. Die im Arbeitsvertrag angeblich vorweggenommene „Abmahnung“ sei unwirksam. Von einer Kündigung „vom 02.03.2015 zum 30.04.2015“ hätten die Parteien nie gesprochen. Gegen die Befristung zum 29.04.2015 wolle er nun aber nicht mehr vorgehen. Bis zu diesem Termin stehe ihm aber noch Vergütung zu. Nun habe der Beklagte den November 2014 abgerechnet, allerdings diverse Beträge abgezogen, ohne dies in den Prozess einzuführen. Im Wege der Anschlussberufung machte der Kläger geltend, dass er jedenfalls bis zum 29.04.2015 Lohn beanspruchen könne. Soweit er in der vom Arbeitsgericht nicht zugesprochenen Zeit nicht leistungsfähig gewesen sei, habe er aber doch einen Anspruch nach dem EFZG.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der wechselseitigen Schriftsätze der Parteien und die von ihnen überreichten Urkunden sowie auf ihre zu Protokoll erklärten Ausführungen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung des Beklagten und die Anschlussberufung des Klägers sind zulässig. Die Berufung des Beklagten bleibt jedoch ohne Erfolg, während auf die Anschlussberufung des Klägers das Urteil antragsgemäß abgeändert wird. Zur Klarstellung wurde der gesamte Tenor neu gefasst.

A. Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Berufung und Anschlussberufung bestehen nicht. Sie sind statthaft. Sie wurden form- und fristgerecht eingelegt und begründet.

B. Die Berufung des Beklagten ist nicht begründet. Die Anschlussberufung ist demgegenüber begründet.

I. Das Arbeitsverhältnis der Parteien wurde nicht mit dem Tag des Zugangs der außerordentlichen Kündigung des Beklagten vom 02.12.2014 zum 04.12.2014 und auch nicht durch Ablauf der Kündigungsfrist der hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung vom 02.12.2014 zum 31.12.2014 beendet.

Das Kündigungsschreiben ging dem Kläger am 04.12.2014 zu. Mit seiner am 23.12.2014 erhobenen Klage hat der Kläger die Frist der §§ 4,13 KSchG gewahrt.

Die Kündigung ist nach § 85 SGB IX unwirksam. Hiernach bedarf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes. Eine solche hat der Beklagte unstreitig weder in Bezug auf die außerordentliche Kündigung vom 02.12.2014 noch in Bezug auf die hilfsweise ordentliche Kündigung eingeholt. Der Verstoß gegen das gesetzliche Verbot des § 85 SGB IX führt nach § 134 BGB zur Unwirksamkeit der Kündigung vom 02.12.2014.

Der Beklagte kann sich nicht auf § 90 Abs. 2a SGB IX berufen. Hiernach findet § 85 SGB IX keine Anwendung, "wenn zum Zeitpunkt der Kündigung die Eigenschaft als Schwerbehinderter Mensch nicht nachgewiesen ist oder das Versorgungsamt nach Ablauf der Frist des § 69 Absatz 1 Satz 2 eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnte". Diese Bereichsausnahme findet bereits deswegen auf den Kläger keine Anwendung, weil er am Tag des Zugangs der Kündigung, dem 04.12.2014, bereits seit langer Zeit im Besitz des Bescheides vom 10.01.2013 und damit eines Nachweises über seine Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch war. Dennoch vertritt der Beklagte die gelegentlich auch in der Literatur zu findende Auffassung, dass § 90 Abs. 2a SGB IX nicht nur einen objektiven Nachweis der Schwerbehinderteneigenschaft verlange, sondern dass diese auch dem Arbeitgeber gegenüber nachgewiesen sein müsse. § 90 Abs. 2a SGB IX spricht aber nur von einem objektiv

existierenden behördlichen Nachweis über eine festgestellte Schwerbehinderung des Arbeitnehmers, nicht von dessen Pflicht, den Nachweis auch seinem Arbeitgeber vorzulegen. Ziel des Gesetzgebers bei der Einführung des §§ 90 Abs. 2a SGB IX war es, solche Missbrauchsfälle einzugrenzen, in denen ein Arbeitnehmer kurz vor einer Kündigung einen von vorne herein aussichtslosen Antrag auf Anerkennung als schwerbehinderter Mensch stellt, um das Risiko des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess scheinbar zu erhöhen. Zur Verhinderung eines solchen Missbrauchs müssen dem schwerbehinderten Arbeitnehmer aber keine über den objektiv erlangten Nachweis hinausgehenden Hürden auferlegt werden. Eine Nachweispflicht gegenüber dem Arbeitgeber ist weder im Wortlaut des § 90 Abs. 2a SGB IX noch sonst gesetzlich verankert. Selbst wenn der Arbeitgeber im Einzelfall die Schwerbehinderung nicht kennen sollte, werden dessen berechtigten Informationsinteressen in Abwägung mit den Nichtoffenbarungsinteressen des Arbeitnehmers nach Maßgabe der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts angemessen in Ausgleich gebracht (BAG 11.12.2008 - 2 AZR 395/07 - Juris, Rd. 26 ff.). Hiernach muss der schwerbehinderte Arbeitnehmer mit Blick auf die berechtigten Informationsinteressen seinem Arbeitgeber innerhalb einer Regelfrist von einem Monat nach Zugang der Kündigung den Sonderkündigungsschutz offenbaren. Diese Rechtsprechung kannte der Gesetzgeber bei der Einführung von § 90 Abs. 2a SGB IX (BAG 22.09.2016 - 32 AZR 700/15 - Juris, 20 ff.). Er sah Anlass für eine ausdrückliche Normierung eines objektiven Nachweises, nicht aber für eine darüber hinausgehende Mitteilungspflicht gegenüber dem Arbeitgeber. Diese Rechtsgrundsätze gelten sowohl für eine ordentliche als auch für eine außerordentliche Kündigung (BAG 09.06.2011 - 2 AZR 703/09 - Juris).

Der Kläger hat sich dem Beklagten gegenüber nach Zugang der Kündigungen am 04.12.2015 mit seinem Schreiben vom 15.12.2015, per Fax zugegangen am 17.12.2015, innerhalb der o.g. Frist auf seinen Sonderkündigungsschutz berufen. Damit sind alle Voraussetzungen für das Eingreifen des Kündigungsverbots nach § 85 SGB IX erfüllt.

II. Das Arbeitsverhältnis wurde auch nicht durch die am 02.03.2015 bzw. am 04.03.2015 zugegangene ordentliche Kündigung vom 28.02.2015 beendet. Soweit im Tenor des Berufungsurteils von „zwei Kündigungen“ die Rede ist, dient dies lediglich der Klarstellung. Rechtlich handelt es sich um einen einzigen Kündigungssachverhalt.

1. Der Kläger ist weder im Hinblick auf das am 02.03.2015 zugegangene Kündigungsschreiben vom 28.02.2015, noch im Hinblick auf das am 04.03.2015 zugegangene Kündigungsschreiben vom 28.02.2015 nach §§ 4, 7 KSchG präkludiert.

Er hat sich mit seinem am 20.03.2015 beim Arbeitsgericht Gera eingegangenen Schriftsatz gegen die Wirksamkeit der "Kündigung des Beklagten vom 28.02.2015" gewandt. Damit hat er die Klageerhebungsfrist der §§ 4, 7 KSchG gewahrt. Entgegen der Auffassung des Beklag-

ten ist der Kläger nicht deswegen mit einer der beiden am 02.03.2015 bzw. 04.03.2015 zugegangenen Kündigung präkludiert, weil der Kündigungsschutzantrag lediglich "eine Kündigung" nennt und sich nicht auf zwei, an verschiedenen Tagen zugegangene Kündigungsschreiben bezieht. Es handelt sich um eine sog. "doppelt verlautbarte Kündigungserklärung". Dies folgt aus der Auslegung der beiden, dem Kläger zugesandten Kündigungsschreiben vom 28.02.2015 nach §§ 133, 157 BGB. Unter Berücksichtigung des objektiven Empfängerhorizontes handelt es sich ohne jeden Zweifel um eine einzige, nur doppelt verlautbarte Willenserklärung. Mit der doppelten Versendung wollte der Beklagte nach seinen eigenen Einlassungen nur seinen möglichen Formalfehler im Rahmen der ersten Versendung durch eine erneute Übersendung mit einer im Original unterzeichneten Vollmacht ausgleichen. Beide Kündigungsschreiben betreffen nicht nur einen identischen Kündigungssachverhalt. Sie sind auch nach dem Ausstellungsdatum, dem gesamten Wortlaut und sogar nach Punkt und Komma völlig identisch. Demgemäß wollte der Beklagte also ganz offensichtlich keine anderweitige, weitere Kündigungserklärung abgeben (BAG 22.03.2012 - 2 AZR 224/11 - Juris, 09.11.2011 - 2 AZR 284/10 - Juris, Rd. 17; 06.09.2007 - 2 AZR 264/06 - Juris, Rd. 38).

Handelt es sich bei dem zweifach versandten Kündigungsschreiben vom 28.02.2015 aus Sicht eines objektiven Betrachters um einen einzigen, einheitlichen Kündigungsvorgang, bedingt dies auch die Auslegung der Reichweite der Klageerweiterung vom 20.03.2015. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes reicht es aus, dass eine Klage dem beklagten Arbeitgeber die Gewissheit verschafft, dass sich der klagende Arbeitnehmer gegen einen einheitlichen Kündigungsvorgang zur Wehr setzen will. Dies gilt v.a. in Fällen der vorliegenden Art, dass die Kündigung mit einem im Übrigen identischen Wortlaut nur aus formalen Gründen zweimal versandt wurde. Der Beklagte konnte aus objektiver Sicht erkennen, dass sich der hierauf bezogene Klageantrag ebenso auf den gesamten Kündigungsvorgang erstreckt (BAG 06.09.2007 - 2 AZR 264/06 - Juris, Rd. 40).

2. Auf das Arbeitsverhältnis finden die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes Anwendung. Der Kläger stand bei Zugang der Kündigung im März 2015 seit dem 30.04.2014 und damit länger als sechs Monate in einem Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten (§ 1 Abs. 1 KSchG). Dieser beschäftigt in seinem Betrieb mehr als zehn Arbeitnehmer (§ 23 KSchG).

3. Die Kündigung vom 28.02.2015 ist sozial nicht gerechtfertigt im Sinne des § 1 KSchG.

a. Der Beklagte kann sich wegen des noch nicht absolvierten Lehrgangs nach § 34a GewO nicht auf das Vorliegen eines personenbedingten Kündigungsgrundes berufen. Die Parteien haben in § 2 des Arbeitsvertrags eine Vielzahl verschiedener Tätigkeiten vereinbart. Der Kläger wurde seit dem 29.04.2014 in diversen Tätigkeiten beschäftigt, für die unstrittig keine weiteren, vom Kläger nicht erfüllten Eignungsvoraussetzungen erforderlich waren. Der Lehrgang nach § 34a GewO war allein für nur für den Einsatz im Separatwachdienst erforder-

lich. Dass es dem Beklagten zum Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr möglich war, dem Kläger auch weiterhin Tätigkeiten außerhalb des Separatwachdienst zuzuweisen, hat er nicht vorgetragen. Er selbst hatte den Kläger sogar nur wenige Tage vor der Kündigung vom 28.02.2015 per SMS vom 19.02.2015 zur Aufnahme eines Prozessarbeitsverhältnisses aufgefordert, was gedanklich die Zuweisung von Tätigkeiten entsprechend der Eignung des Klägers voraussetzt. Die personenbedingte Kündigung des Klägers wegen des fehlenden Sachkundenachweises ist daher unverhältnismäßig.

b. Das gilt auch, soweit der Beklagte das Fehlen des Sachkundenachweises zum Anlass einer verhaltensbedingten Kündigung gemacht hat. Nach § 2 Satz 2 des Arbeitsvertrags konnte der Beklagte verlangen, dass der Kläger diese Sachkundeprüfung ablegt und ihm gegenüber nachweist. Der Kläger hat ein solches Verlangen des Beklagten stets in Abrede gestellt. Der Beklagte hat zwar behauptet, dass der Kläger insoweit mehrfach in kurzen Abständen aufgefordert worden sei. Ein schlüssiger Sachvortrag, wann er mit welchem Inhalt „an diese Pflicht erinnert“ hat, erfolgte auf die Schlüssigkeitsrüge nicht. Ebenso wenig schlüssig wurde vorgetragen, dass der Beklagte den Kläger wegen der vermeintlichen Nichterfüllung dieser Schuldungs- und Nachweispflicht abgemahnt worden wäre. Dies macht die Kündigung ebenso unverhältnismäßig, wie der Umstand, dass der Beklagte zum Zeitpunkt der Kündigung wusste, dass der Kläger sich zu einem solchen Lehrgang bei der IHK München bereits angemeldet hatte. Insoweit hatte der Beklagte zur Rechtfertigung der Kündigung vom 28.02.2015 zwar zunächst in Bezug auf die fehlende Eignung des Klägers wiederholt behauptet, dass der Kläger nichts unternommen habe, um sich bei einer Industrie- und Handelskammer zu einem solchen Lehrgang anzumelden. In Bezug auf seinen Vorwurf einer Selbstbeurlaubung im November 2014 hat er aber vorgetragen, dass der Kläger seinen Urlaubswunsch, also bereits im November 2014, damit begründet habe, dass er bei der IHK München zu einem Lehrgang nach § 34a GewO angemeldet sei. Dieser in sich widersprüchliche Sachvortrag geht zu Lasten des insoweit darlegungspflichtigen Beklagten.

c. Die Kündigung ist auch nicht vor dem Hintergrund gerechtfertigt, dass der Kläger seiner gesetzlichen und vertraglichen Pflicht zur unverzüglichen Anzeige (§ 7 S. 1 Arbeitsvertrag, § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG) und zur fristgemäßen Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (§ 7 S. 2 Arbeitsvertrag, § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG) nicht nachgekommen sei. Es kann dahin stehen, ob der Kläger diesen beiden selbstständigen Pflichten nicht nachgekommen ist. Denn selbst unterstellt, dass der Kläger sich nicht unmittelbar noch am 24.11.2014 telefonisch beim Beklagten gemeldet hat und die an diesem Tag zur Post gegebene Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung dem Beklagten tatsächlich nicht zugegangen sein sollte, wären dies zwar Verstöße gegen die gesetzlichen und vertraglichen Anzeige- und Nachweispflichten des Klägers. Die hierauf basierende Kündigung wäre aber wegen eines Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip unwirksam. Nach Auffassung der Kammer wäre es

dem Beklagten zuzumuten gewesen, den Kläger durch das mildere Mittel einer Abmahnung zu sanktionieren. Hiergegen kann der Beklagte nicht einwenden, dass er mit der SMS von Frau Zimmermann vom 30.11.2014 bereits hinreichend abgemahnt worden sei. Mag die SMS noch die für eine wirksame Abmahnung erforderliche Hinweisklausel erfüllen. Der erforderlichen Warnfunktion einer rechtmäßigen Abmahnung wird sie nicht gerecht. Der Hinweis auf eine Rücksprache mit dem Beklagten führte dem Kläger nicht vor Augen, dass und wenn ja welche Auswirkungen das ihm in der SMS vorgeworfene Verhalten für den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses haben könnte. Der Kläger kann sich auch nicht darauf berufen, dass § 7 des Arbeitsvertrags bereits der Hinweisklausel und Abmahnfunktion genüge getan habe. Nach den Wertungen des §§ 323 Abs. 2, 314 Abs. 2 BGB sind an die Anforderungen der Entbehrlichkeit einer förmlichen Abmahnung strenge Anforderungen zu stellen. Auch der Arbeitsvertrag wird der Warnfunktion einer Abmahnung nicht gerecht.

d. Soweit die Kündigung mit einem Verstoß gegen die telefonische Erreichbarkeit begründet wird und insoweit auf die in § 15 des Arbeitsvertrags geregelte vorweggenommene Abmahnung Bezug genommen wird, ist diese Vertragsklausel nach §§ 305, 307 BGB unwirksam. Es handelt sich um einen vom Beklagten ersichtlich für eine Vielzahl von Fällen vorformulierten Arbeitsvertrag. Die vom Beklagten hierin vorgegebenen Klauseln müssen für ihre Wirksamkeit hinreichend transparent i.S.d. § 307 Abs. 1 BGB sein. Dieses Transparenzgebot und das ihm innewohnende Bestimmtheitsgebot verpflichtet den vorformulierenden Arbeitgeber, die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar, verständlich und durchschaubar darzustellen. So müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen für das Bestehen einer Pflicht des Arbeitnehmers so genau beschrieben sein, dass für ihn, auch im Kontext der anderen vertraglichen Regelungen, keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume eröffnet werden (BAG 24.08.2017 – 8 AZR 378/16 –Juris). Dies ist vorliegend aber der Fall. Nach § 15 S. 1 des Arbeitsvertrags hat der Arbeitnehmer „während seiner freien Dienstzeit in einem menschlich nachvollziehbarem Maß für den Arbeitgeber telefonisch erreichbar zu sein“. Bereits diese Formulierung lässt in keiner Weise erkennen, was unter einem menschlich nachvollziehbarem Maß zu verstehen sei. Es wird auf eine „freie Dienstzeit“ Bezug genommen, ohne dass diese näher erläutert wird. Dies ist deswegen problematisch, weil § 5 des Arbeitsvertrags von „betriebsüblicher Zeit“ und von „8-stündiger Arbeitszeit“, der Beklagte im Rahmen der Zahlungsansprüche aber von einer vertraglich im Übrigen vereinbarten „kalkulatorischen Arbeitszeit von 30 Stunden in der Woche“ spricht. Unklar ist auch, ob die Klausel auf jegliche Zeiten abstellt, während derer der Kläger nicht arbeitet, also bei Krankheit und Urlaub, rund um die Uhr 24 Stunden lang. Mangels Transparenz ist die Vereinbarung in § 15 des Arbeitsvertrags unwirksam. Es bestand damit bereits keine Pflicht zur telefonischen Erreichbarkeit und insoweit also kein Kündigungsgrund.

e. Soweit der Beklagte sich auf einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund beruft, da der Kläger sich die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen erschlichen habe, steht dieser nicht zur Überzeugung der Kammer.

Das Erschleichen von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen kann grundsätzlich geeignet sein, einen Grund für eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung zu bilden. Grundsätzlich entfaltet eine nach Maßgabe der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie erstellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung einen hohen Beweiswert für das tatsächliche Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit. Dieser Beweiswert kann jedoch erschüttert sein, wenn etwa der Arbeitnehmer seine Arbeitsunfähigkeit vorher angekündigt hat. Hierzu hat der Beklagte zunächst ausgeführt, dass „der Kläger sinngemäß zu verstehen gegeben hat, dass er sich von seinem Urlaub nicht abbringen lassen wolle“. Dieser zu Recht vom Kläger als nicht einlassungsfähig gerügte Darstellung eines möglichen Gesprächs hat die Kammer im Ergebnis der Verhandlung vom 27.04.2017 zum Anlass genommen, die Behauptungen näher zu substantiieren. Der nun vorgetragene Gesprächsinhalt bestätigte die vorgenannten Behauptungen nicht. Der Beklagte schildert nun, dass der Kläger in zwei Gesprächen seine Gründe für den Urlaubswunsch mitgeteilt habe. Dass er sich von seinen Plänen nicht habe abbringen wollen, behauptet der Beklagte nun aber nicht mehr. Nun will der Beklagte aber recherchiert haben, dass der Kläger zwar einen dringlichen Termin bei der Feuerwehr angegeben habe, aber an einer Veranstaltung des THW teilgenommen habe. Zwar sind Besuche bei Veranstaltungen nicht per se geeignet, den Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu erschüttern, da es auf die Art und Weise der Teilnahme ankommt, doch muss dies nicht weiter vertieft werden, weil der Beklagte, trotz seiner behaupteten Recherchen, erneut nur pauschale Behauptungen aufstellt. Auch der Umstand, dass er seinen Urlaubswunsch in zwei Gesprächen vorgetragen hat, ist nach den vorliegenden Umständen nicht geeignet, den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu erschüttern. Dies folgt nicht aus dem Umstand, dass der Kläger seiner Anzeige- und Nachweispflicht nicht termingerecht nachgekommen ist, erschüttert allein und im Zusammenwirken mit den vorgenannten Umständen nicht den Beweiswert der sodann vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Der Beweiswert ist auch nicht deswegen erschüttert, weil die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung angeblich nachträglich ausgestellt worden sei. Es ist zwar richtig, dass nach der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie eine Arbeitsunfähigkeit nur in einem beschränkten zeitlichen Rahmen rückwirkend festgestellt werden kann und eine insofern fehlerhaft erstellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ihren Beweiswert erschüttern kann. Vorliegend hat der Kläger jedenfalls mit den vom Arzt erstellten Originalen der Zweitausfertigungen von sämtlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen und zugleich durch die von seiner Krankenkasse zur Verfügung gestellten „Ausfertigungen zur Vorlage bei der Krankenkasse“ nachgewiesen, dass er in dem von ihm behaupteten Zeitraum lückenlos krankgeschrieben war und dass am 24.11.2014 die erste ärztliche Feststellung einer Arbeitsunfähigkeit „ab dem 24.11.2014“ erfolgte. Zur Klarheit enthält das Formular der Arbeitsunfähigkeitsbeschei-

nigung nach der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie eine Unterscheidung nach „Erstbescheinigung“ bzw. „Folgebescheinigung“. Der Blick in die vom Beklagten hartnäckig als Indiz für eine nachträgliche Feststellung der Arbeitsunfähigkeit in Bezug genommene Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom 28.11.2014 zeigt, dass es sich um eine Folgebescheinigung zu der Erstbescheinigung vom 24.11.2014 handelt. Da der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nicht erschüttert ist, hat der Kläger nicht unentschuldigt gefehlt und damit keine Pflichtverletzung begangen.

f. Auch unter der Gesamtbetrachtung aller überhaupt in Betracht kommenden Kündigungsvorwürfen (a – c) rechtfertigt sich unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht der Ausspruch einer Kündigung.

4. Das Arbeitsverhältnis wurde jedoch durch Ablauf der zwischen den Parteien vereinbarten Befristung zum 29.04.2015 beendet. Der Kläger hat sich gegen die ihm nachteilige Entscheidung des Arbeitsgerichts im streitgegenständlichen Urteil nicht gewandt. Er ließ das Urteil insoweit bewusst rechtskräftig werden. Auf die vom Arbeitsgericht als Beendigungstatbestand herangezogene angebliche Kündigung vom „02.03.2015 zum 30.04.2015“, die keine der beiden Parteien je erwähnten, kommt es damit nicht an.

5. Der Kläger hat einen Anspruch auf Bezahlung einer Vergütung i.H.v. 8.330,00 € brutto abzüglich der für November 2014 gezahlten 521,82 € netto.

Wegen des Anspruchs für November 2014 i.H.v. 1.230,00 € brutto abzgl. 521,82 € netto wird nach § 69 Abs. 2 ArbGG auf die zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts im angefochtenen Urteil verwiesen. Die vom Beklagten vorgetragene Berechnung einschließlich „fünf Tagen fiktiven Urlaub“ kann weder tatsächlich noch rechtlich nachvollzogen werden. Gleiches gilt für das Verlangen, nicht von der in § 5 S. 2 des Arbeitsvertrags vereinbarten regelmäßigen Arbeitszeit von acht Stunden täglich auszugehen, sondern von einer hiervon abweichend gewollten „kalkulatorischen“ Arbeitszeit von 30 Stunden in der Woche. Etwaige diesbezügliche Absprachen und deren konkreter Inhalt hat der Beklagte nicht schlüssig vorgetragen. Sie würden im Übrigen an § 307 BGB scheitern. Die in der späteren Abrechnung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aufgeführten vermeintlichen Abzugsposten hat der Beklagte nicht in den Prozess eingeführt. Sie bedürfen also keiner Erörterungen.

Für Dezember 2014 kann der Kläger 1.320,00 € brutto beanspruchen. Das Arbeitsverhältnis bestand wegen der Unwirksamkeit der Kündigung vom 02.12.2014 unbeendet fort. In diesem Fall besteht in den Grenzen des 6-Wochenzeitraums auch der Entgeltfortzahlungsanspruch fort. Der Anspruch folgt nicht aus § 615 BGB, sondern aus § 3 EFZG. Die fortbestehende Arbeitsunfähigkeit war nicht anspruchsausschließend, sondern gerade anspruchsbegründend. Die so zu Unrecht erfolgte teilweise Klageabweisung i.H.v. 960,00 € brutto ist mit der

Anschlussberufung zu korrigieren. Der Kläger war nach den übergebenen (Zweitschriften) Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen im gesamten Dezember 2014 arbeitsunfähig. Mit der Übergabe der in ihrer Echtheit nicht bestrittenen Bescheinigungen (BGH 08.03.2006 – IV ZR 145/05 – Juris- Rd. 22) stand dem Beklagten kein Zurückbehaltungsrecht nach § 7 EFZG mehr zu. Zudem hat er nur den Zugang der Erstbescheinigung, nicht aber der Folgebescheinigungen in Abrede gestellt, die er vielmehr in seinem Sinne in den Prozess eingeführt hat.

Für Januar 2015 hat der Kläger einen Anspruch auf 1.496,00 € brutto. Die Arbeitsunfähigkeit bestand, weiter in den Grenzen des 6-Wochenzeitraums, bis zum 02.01.2015 fort. Hier folgt der Anspruch aus § 3 EFZG. Die Abweisung der Klage war nach Maßgabe der o.g. Überlegungen i.H.v. 68,00 € brutto damit gleichfalls durch die Anschlussberufung zu korrigieren. Wie in der letzten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bescheinigt, war der Kläger ab dem 03.01.2015 wieder leistungsfähig. Eines tatsächlichen oder wörtlichen Angebots seiner Arbeitskraft nach §§ 296 ff BGB bedurfte es zur Begründung eines Anspruchs nach § 615 BGB nicht. Der Beklagte hat den Annahmeverzug auch nicht durch das Angebot eines Prozessarbeitsverhältnisses beendet. Der Kläger hätte dieses Angebot nicht annehmen müssen. Ihm hätte dann aber grundsätzlich entgegengehalten werden können, dass er böswillig anderweitigen Erwerb unterlasse und tatsächlich nicht leistungswillig sei. Das ist jedoch dann anders zu beurteilen, wenn der Arbeitnehmer seinerseits ein Zurückbehaltungsrecht an seiner Arbeitskraft nach § 273 Abs. 1 BGB ausüben konnte. Hiernach kann er seine Arbeitsleistung solange verweigern, bis der Arbeitgeber die ihm aus dem Arbeitsverhältnis obliegenden Haupt- oder Nebenpflichten erfüllt hat. Er muss dieses Recht nach Treu und Glauben aber so ausüben, dass er den Grund für seine Zurückbehaltung klar und eindeutig in Bezug auf eine ganz bestimmte, konkrete Gegenforderung mitteilt (BAG 19.01.2016 – 2 AZR 449/15 – Juris – Rd. 51). Zudem muss es sich nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz um eine der Höhe nach und in Bezug auf den Zeitraum des Rückstandes angemessene Rechtsausübung handeln. Diese Anforderungen erfüllt der Kläger mit seinem Schreiben vom 20.02.2015. Er nennt konkret die ausstehenden Löhne für November und Dezember 2014 sowie für Januar 2015, ohne dass zu dieser Zeit bereits eine anteilige Novembervergütung gezahlt worden wäre. Damit war der Beklagte nicht nur für einen erheblichen Zeitraum, sondern auch mit einem erheblichen Betrag in Rückstand. Der Anspruch wird nicht dadurch gemindert, dass der Kläger sich einen anderweitigen Erwerb anrechnen lassen müsste. Der Beklagte trägt die Darlegungslast für die Umstände, die nach Maßgabe des §§ 615 S. 2 BGB, 11 KSchG den Anspruch auf Annahmeverzug mindern würden. Dass der Arbeitnehmer überhaupt im fraglichen Zeitraum erzielt habe, muss der Arbeitgeber darlegen und beweisen. Hierfür muss er zumindest substantiierte Anhaltspunkte vortragen. Hatte der Arbeitnehmer anderweitigen Erwerb, korrespondiert die Darlegungslast des Arbeitgebers in diesem Fall mit einem Auskunftsanspruch über dessen Höhe. Der Kläger hat stets erklärt, dass er in der streitgegenständlichen Zeit nie einen anderweitigen Erwerb hatte. Er habe „in Vorlage“ gehen müssen. Das einzige

Indiz für einen anderweitigen Erwerb hat der Beklagte auf eine Überleitungsanzeige der Krankenkasse verwiesen, ohne sie vorzulegen. Gleichwohl hat der Kläger sich eingelassen und auch insoweit erklärt, dass er keine Krankengeldzahlungen bezogen habe und hierzu seine Kontoauszüge vorgelegt. Weiterer schlüssiger Indizsachvortrag erfolgte nicht.

Im gleichen Maße hat der Kläger nach § 615 BGB für Februar 2015 einen Anspruch auf Zahlung von 1.360,00 € brutto, für März 2015 i.H.v. 1.496,00 € brutto und für die Zeit vom 01.04. bis 29.04.2015 einen Anspruch auf Zahlung von 1.428,00 € brutto.

C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO. Der Beklagte hat die Kosten seines erfolglosen Rechtsmittels zu tragen. Die Korrektur der erstinstanzlichen Kostenentscheidung folgt aus § 92 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen die Nichtzulassung der Revision kann der Beklagte Beschwerde bei dem

**Bundesarbeitsgericht,
Hugo-Preuß-Platz 1, 99084 Erfurt**

einlegen. Die Beschwerde muss innerhalb **einer Notfrist von einem Monat** nach der Zustellung dieses Urteils schriftlich, per Fax oder durch Einreichen eines elektronischen Dokuments nach § 46b ArbGG bei dem Bundesarbeitsgericht eingelegt werden.

Sie ist gleichzeitig oder **innerhalb einer Frist von zwei Monaten** nach Zustellung dieses Urteils schriftlich, per Fax oder durch Einreichen eines elektronischen Dokuments nach § 46b ArbGG zu begründen.

Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen von einem Prozessbevollmächtigten unterzeichnet sein. Als Prozessbevollmächtigte kommen in Betracht:

1. ein/e bei einem deutschen Gericht zugelassene/r Rechtsanwalt/Rechtsanwältin oder
2. eine der nachfolgend genannten Organisationen, wenn sie durch eine Person mit Befähigung zum Richteramt handelt:
 - Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
 - juristische Personen, deren Anteile sämtlich im Eigentum einer der vorgenannten Organisationen stehen, wenn sie ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

Die Beschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass

1. eine Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung hat und diese entscheidungserheblich ist oder
2. dieses Urteil von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, von einer Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes, von einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts oder, solange eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts in der Rechtsfrage nicht ergangen ist, von einer Entscheidung einer anderen Kammer dieses Landesarbeitsgerichts oder eines anderen Landesarbeitsgerichts abweicht und die Entscheidung auf dieser Abweichung beruht oder
3. ein absoluter Revisionsgrund gemäß § 547 Nr. 1 bis 5 ZPO oder eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vorliegt und diese Verletzung entscheidungserheblich ist.

gez. Engel

gez. Spork

gez. Böttner

Hinweis der Geschäftsstelle

Das Bundesarbeitsgericht bittet, sämtliche Schriftsätze in **siebenfacher Ausfertigung** bei ihm einzureichen.