



Ausfertigung

Arbeitsgericht Berlin

Geschäftszeichen (bitte immer angeben)

8 Ca 15155/16

8 Ca 17010/16



Verkündet

am 20.02.2017

Thimm, Gerichtsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

Urteil

In Sachen

- Kläger und
Widerbeklagter -

Prozessbevollmächtigte/r:

Klehr Rechtsanwälte Partnerschaft, Oranienburger Str. 4-
5, 10178 Berlin

gegen

- Beklagte und
Widerklägerin -

hat das Arbeitsgericht Berlin, 8. Kammer,
auf die mündliche Verhandlung vom 14. Februar 2017
durch den Richter am Arbeitsgericht Korinth als stellvertretender Vorsitzender
sowie die ehrenamtliche Richterin Frau Hamm und
den ehrenamtlichen Richter Herrn Hennings
für Recht erkannt:

I.

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger
und der Beklagten durch das Schreiben vom 16.11.2016,
zugegangen am 16.11.2016, weder fristlos noch zum nächst
zulässigen Termin aufgelöst worden ist.

II.

Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger ein Zwischenzeugnis zu erteilen, das sich auf Art und Dauer der Tätigkeit sowie Verhalten und Leistung erstreckt.

III.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger **381,30 Euro (dreihunderteinundachtzig 30/100) brutto** nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 6.12.2016 zu zahlen.

IV.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger **788,02 Euro (siebenhundertachtundachtzig 02/100) brutto** nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 11.1.2017 zu zahlen.

V.

Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger ein Dienstfahrzeug zur dienstlichen und privaten Nutzung zu überlassen.

VI.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger **4.877, 31 Euro (viertausendachthundertsiebenundsiebzig 31/100)** brutto nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 1.12.2016 zu zahlen.

VII.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger **4.877, 31 Euro (viertausendachthundertsiebenundsiebzig 31/100)** brutto nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 1.1.2017 zu zahlen.

VIII.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger **4.692, 31 Euro (viertausendsechshundertzweiundneunzig 31/100)** brutto nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 1.12.2016 zu zahlen.

IX.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

X.

Auf die Widerklage wird der Kläger verurteilt, an die Beklagte **6.843, 31 Euro (sechstausendachthundertdreiundvierzig 31/100)** nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24.12.2016 zu zahlen.

XI.

Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

XII.

Von den Kosten des Rechtsstreits hat der Kläger 34% und die Beklagte 66% zu tragen.

XIII.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 113.376,34 Euro festgesetzt.

Korinth

Hamm

Hennings

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer seitens der Beklagten erklärten Kündigung sowie über das Bestehen wechselseitiger Zahlungsansprüche.

Der Kläger schloss mit Datum vom 08.07.2008 einen Arbeitsvertrag mit der AG (Ablichtung Bl. 6 ff. d.A.). Diese wurde mit der GmbH verschmolzen und sodann auf die GmbH übertragen (Handelsregisterauszug Bl. 13 ff. d.A.).

Der Kläger war als Mitarbeiter im Bereich technischer Vertrieb und Produktentwicklung eingestellt worden und wurde in der Berliner Zweigniederlassung beschäftigt. Im Jahr 2015 erhielt er eine durchschnittliche Monatsvergütung von 7.363,16 Euro.

Im schriftlichen Arbeitsvertrag wurde unter § 3 Abs. 2 festgehalten, dass der Kläger ein 13. Monatsgehalt zu jeweils 50 % im Juni und zu 50 % im November ausbezahlt bekommt. Unter § 5 wurde vereinbart, dass die Zahlung von Gratifikationen etc. im freien Ermessen der Arbeitgeberin liege. Der Anspruch auf derartige freiwillige Leistungen sei ausgeschlossen, wenn das Anstellungsverhältnis im Zeitpunkt der Fälligkeit der Leistungen gekündigt oder beendet ist. Wegen des weiteren Inhaltes des Arbeitsvertrages wird auf die in der Akte befindliche Ablichtung verwiesen.

Mit Datum vom 15.04.2009 schlossen die Parteien einen Kfz-Nutzungsvertrag. Danach erhielt der Kläger einen VW-Transporter als Dienstwagen. § 2 Abs. 1 regelt:

„Der Arbeitnehmer darf den Dienstwagen in vollem Umfang privat nutzen.“

§ 3 lautet wie folgt:

„§ 3 Kosten der Privatnutzung

Der Arbeitgeber übernimmt die Kosten des Fahrzeugbetriebs. Der Arbeitnehmer übernimmt die Betriebskosten für Öl und Kraftstoffe bei Privatfahrten in voller Höhe.“

Wegen des weiteren Inhaltes des Nutzungsvertrages wird auf die in der Akte befindliche Ablichtung (Bl. 188 ff. d.A.) verwiesen.

In einer elektronischen Mitteilung vom 25.10.2016 (Ablichtung Bl. 247 d.A.) wurde dem Kläger mitgeteilt: „Wenn du in Urlaub fährst, darfst du die Tankkosten über die Firmen-DKV-Karte abrechnen. Dies gilt für alle privaten Fahrten laut Vertrag und deiner Privatnutzung bei der 1-%-Regelung.“ Es gelte hingegen nicht für die Kosten einer Fährfahrt.

Der Kläger verfügte über zwei Tank- bzw. Kreditkarten. Hierfür gibt es schriftliche Anweisungen zum Umgang mit diesen Karten (Ablichtung Bl. 195 d.A.). Zwischen den Parteien wurde eine Vereinbarung über die Nutzung der Tankkarte beschlossen (Ablichtung Bl. 193 d.A.).

Mit Datum vom 30.08.2013 wurde zwischen den Parteien ein Darlehensvertrag abgeschlossen, wonach die Beklagte dem Kläger ein Darlehen in Höhe von 15.000,00 Euro gewährt. Dieses wurde um weitere 5.000,00 Euro aufgestockt. Das Darlehen sollte in gleichbleibenden monatlichen Raten von 250,00 Euro zurückgezahlt werden. Bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses sollte der noch ausstehende Restbetrag sofort fällig werden. Zum Zeitpunkt der Kündigung des Arbeitsverhältnisses valutierte das Darlehen noch in Höhe von 10.848,82 Euro.

In der Abrechnung für Februar 2014 war ein Posten „Prämie-Einmalbezug“ in Höhe von 8.000,00 Euro ausgewiesen, in der Abrechnung für April 2015 ein solcher mit 10.000,00 Euro und in der Abrechnung für Dezember 2015 ein solcher mit 7.000,00 Euro brutto (Ablichtung der Abrechnungen Bl. 264 ff. d.A.).

Am 11.11.2016 fand ein Personalgespräch mit dem Kläger statt. Darin wurde ihm der unrechtmäßige Gebrauch der Firmenkreditkarte zur privaten Nutzung vorgeworfen. Daraufhin gab es zwei Abmahnungen mit Datum 11.11.2016. In der ersten Abmahnung (Ablichtung Bl. 107 d.A.) heißt es:

„Sie haben für Ausgaben während Geschäftsreisen eine Firmenkreditkarte zur Verfügung gestellt bekommen, welche nicht zur Nutzung von Privatausgaben bestimmt ist. Die vollständigen Belege sind zeitnahe, spätestens mit Vorliegen der monatlichen Abrechnung der Bank der Finanzbuchhaltung vorzulegen.“

Weiter wurde ihm vorgeworfen, versucht zu haben, einzelne Positionen auf den Originalbelegen unkenntlich zu machen. Der Gesamtbetrag belaufe sich für 2016 auf

677,50 Euro. Weiter heißt es:

„Der genannte Tatbestand stellt einen groben Pflichtverstoß ihrerseits dar und wir mahnen Sie hiermit ab. Wir weisen Sie nochmals darauf hin, dass die Firmenkarte nicht zur Privatnutzung zur Verfügung steht und sie die lesbaren Kaufbelege zeitnah mit der Kreditkartenabrechnung einzureichen haben. Im Falle der Wiederholung des in dieser Abmahnung gerügten Verhaltens behalten wir uns vor, Ihnen die Firmenkreditkarte zu entziehen oder/und Ihr Arbeitsverhältnis ordentlich, ggf. auch außerordentlich fristlos zu kündigen.“

Der Kläger hat ebenfalls mit Datum vom 11.11.2016 den in der Abmahnung dargestellten Tatbestand bezüglich des Missbrauchs der Firmenkreditkarte anerkannt und sich bereit erklärt, den entstandenen Schaden zu erstatten.

Ebenfalls mit Datum 11.11.2016 wurde dem Kläger eine Abmahnung erteilt in der es u.a. heißt:

„Zu Beginn des Monats November 2016 wurde eine Analyse der Tankkosten durchgeführt. Es ist aufgefallen, dass die Menge der durch Sie getankten Liter das übliche und durchschnittliche Maß übersteigt.“

Es sei offensichtlich, dass mindestens ein weiteres firmenfremdes Fahrzeug regelmäßig betankt worden sei und der Schaden 6.843,31 Euro betrage. Weiter heißt es:

„Auf Grund des genannten Tatbestandes, welcher einen groben Pflichtverstoß Ihrerseits darstellt, mahnen wir Sie hiermit ab. Wir weisen Sie darauf hin, dass Sie künftig zu jeder Tankung eine genaue Angabe des Kilometerstandes über die Eingabe am Terminal bei der Zahlung mit der DKV-Tankkarte zu machen haben. Im Falle der Wiederholung des in dieser Abmahnung gerügten Verhaltens behalten wir uns vor, Ihnen die DKV-Karte zu entziehen oder/und Ihr Arbeitsverhältnis ordentlich, ggf. auch außerordentlich fristlos zu kündigen.“

Wegen des genauen Inhaltes der Abmahnung wird auf die in der Akte befindliche Ablichtung (Bl. 112 f. d.A.) verwiesen. Auch diesbezüglich erklärte der Kläger, den dargestellten Tatbestand des Missbrauchs der DKV-Tankkarte anzuerkennen und den entstandenen Schaden zu erstatten (Ablichtung Bl. 114 d.A.).

Der Kläger hat Parkgebühren über eine Applikation seines Mobiltelefons abgerechnet. Diese Abrechnungsmethode hat die Beklagte ihren Mitarbeitern angeboten. Der Kläger hat auch privat veranlasste Parkgebühren über diese Mobiltelefonapplikation

abgerechnet.

Mit elektronischer Mitteilung vom 18.10.2016 (Ablichtung Bl. 182 d.A.) bat eine Sekretärin der Geschäftsleitung darum, bei Arbeitsverhinderungen unverzüglich den Vorgesetzten oder die Personalabteilung darüber in Kenntnis zu setzen. Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sollte spätestens am dritten Werktag dem Arbeitgeber vorliegen. Am 26.10.2016 war der Kläger arbeitsunfähig erkrankt. Auch am 27.10.2016 war er nicht im Betrieb. Daraufhin schrieb ihm die Sekretärin der Geschäftsleitung mit Datum vom 31.10.2016:

„Am 26. + 27.10. waren Sie krank. Mir fehlt noch die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung.“ (Ablichtung Bl. 183 d.A.)

Eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung hat der Kläger nicht vorgelegt.

Mit Schreiben vom 16.11.2016 (Ablichtung Bl. 20 d.A.) erklärte die Beklagte die außerordentliche fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses, hilfsweise die ordentliche Kündigung.

Hiergegen richtet sich die am 18.11.2016 bei Gericht eingegangene und der Beklagten am 25.11.2016 zugestellte Klage. Mit Schreiben vom 22.11.2016 forderte der Prozessbevollmächtigte des Klägers die Beklagte auf, eine Niederschrift über die wesentlichen Bedingungen des Arbeitsverhältnisses gemäß dem Nachweisgesetz zu erteilen, ebenso wie ein Zwischenzeugnis.

Der Kläger bestreitet das Vorliegen eines wichtigen Grundes für die außerordentliche Kündigung sowie eine soziale Rechtfertigung für die ordentliche Kündigung. Hinsichtlich der Kündigungsgründe der behaupteten Nutzung der Firmenkreditkarte für Privatzwecke sowie der Betankung firmenfremder Fahrzeuge sei durch die Abmahnungen vom 11.11.2016 ein Verbrauch eingetreten. Diese könnten nach erfolgter Abmahnung nicht mehr zur Begründung einer Kündigung herangezogen werden. Bezüglich des Anerkenntnisses der Abmahnungen und der Ersatzpflicht für den Schaden hat der Kläger die Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung mit der Behauptung erklärt, er sei durch Drohung mit einer fristlosen Kündigung zur Unterschrift bestimmt worden. Auch die Abrechnung privater Parkkosten rechtfertige die Kündigung nicht. Es handele sich dabei um Kosten des Fahrzeugbetriebes gem. §

3 Satz 1 der Kfz-Nutzungsvereinbarung, die die Arbeitgeberseite zu tragen habe. Der Kläger habe auch keine Pflichtverstöße bezüglich der Beibringung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung begangen, da eine solche Pflicht erst nach drei Tagen bestehe.

Der Kläger habe einen Anspruch auf eine Niederschrift nach dem Nachweisgesetz. Im Zusammenhang mit der Aufforderung zur Erteilung einer solchen hat der Klägervertreter darauf hingewiesen, dass bezüglich abgerechneter Zuschüsse und Sonderzahlungen fortlaufend und auch für die Zukunft ein Anspruch des Klägers bestehe, da die Kombination aus Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt in § 5 Nr. 1 des Arbeitsvertrages unwirksam sei.

Weiter habe der Kläger einen Anspruch auf Erteilung eines Zwischenzeugnisses.

Nachdem die Beklagte am 16.11.2016 die Herausgabe des Dienstwagens verlangt hatte, habe der Kläger ab diesem Zeitpunkt einen Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung in Höhe von 25,42 Euro pro Tag, den der Kläger für November 2016 im Klageantrag zu 5. in Höhe von 381,30 Euro und für Dezember 2016 mit dem Klageantrag zu 6. auf 788,02 Euro brutto geltend macht. Des Weiteren verlangt er mit dem Klageantrag zu 7. die Feststellung der weiteren Verpflichtung zur Zahlung von Nutzungsausfallentschädigung über den 31.12.2016 hinaus. Mit dem Klageantrag zu 8. begehrt der Kläger wegen des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses die weitere Zurverfügungstellung eines Dienstwagens.

Mit dem Klageantrag zu 9. macht der Kläger die Zahlung des Novemberentgeltes abzüglich der bereits geleisteten Zahlungen und mit dem Antrag zu 10. die Vergütung für Dezember 2016 geltend.

Der Klageantrag zu 11. geht auf Zahlung eines 13. Monatsgehältes in Höhe von 4.692,31 Euro brutto.

Mit dem Antrag zu 12. macht der Kläger den Anspruch auf eine Sonderzahlung geltend. Er vertritt die Auffassung, dass die dreimal erfolgte Sonderzahlung eine betriebliche Übung begründet habe. Wegen der Einzelheiten der diesbezüglichen Argumentation wird auf den Schriftsatz vom 10.01.2017 Seiten 38 ff. (Bl. 234 ff. d.A.)

verwiesen.

Der Kläger beantragt,

1.
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten durch das Schreiben vom 16.11.2016 (Anlage K 4), zugegangen am 16.11.2016, weder fristlos noch zum nächstzulässigen Termin aufgelöst worden ist;

2.
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten auch nicht durch andere Beendigungstatbestände aufgelöst worden ist, sondern zu unveränderten Bedingungen über den 28.02.2017 hinaus fortbesteht;

3.
die Beklagte wird verurteilt, gem. § 2 Abs. 1 NachwG

- den Namen und die Anschrift des Arbeitgebers,
- die Zusammensetzung und die Höhe des Arbeitsentgeltes einschließlich der Zuschläge, der Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen sowie andere Bestandteile des Arbeitsentgeltes und deren Fälligkeit,
- die vereinbarte Arbeitszeit,
- den Arbeitsort,
- die Dauer des jährlichen Erholungsurlaubes

schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und die Niederschrift dem Kläger auszuhändigen;

4.
die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger ein Zwischenzeugnis zu erteilen, das sich auf Art und Dauer der Tätigkeit sowie Verhalten und Leistung erstreckt;

5.
die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger einen Betrag in Höhe von 381,30 Euro brutto nebst fünf Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 06.12.2016 zu zahlen;

6.
die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger einen Betrag in Höhe von 788,02 Euro brutto nebst fünf Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 11.01.2017 zu zahlen;

7.
festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger für die Entziehung des Dienstwagens eine tägliche Nutzungsausfallentschädigung in Höhe von

25,42 Euro zu zahlen, solange kein Grund für die Beklagte gemäß der Regelung zu § 6 des am 15.04.2009 geschlossenen Kfz-Nutzungsvertrages gegeben ist;

8.
die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger ein Dienstfahrzeug zur dienstlichen und privaten Nutzung zu überlassen;

9.
die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger einen Betrag in Höhe von 4.877,31 Euro brutto nebst fünf Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 01.12.2016 zu zahlen;

10.
die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger einen Betrag in Höhe von 4.877,31 Euro brutto nebst fünf Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 01.01.2017 zu zahlen;

11.
die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger einen Betrag in Höhe von 4.692,31 Euro brutto nebst fünf Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 01.12.2016 zu zahlen;

12.
die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger einen Betrag in Höhe von 10.000,00 Euro brutto nebst fünf Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 01.01.2017 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie behauptet das Bestehen eines wichtigen Grundes für die außerordentliche Kündigung i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB.

Der Kläger habe die Firmenkreditkarten missbräuchlich benutzt. Seit Beginn des Jahres 2016 habe er der Finanzbuchhaltung der Beklagten über mehrere Monate Belege vorenthalten. Erst auf mehrfache Nachfrage habe er im Oktober 2015 einige Belege eingereicht, wobei er versucht habe, einzelne Positionen auf den Originalbelegen unkenntlich zu machen. Auf anderen Belegen seien Tabakwaren und Alkoholika als Position zu erkennen, die offensichtlich für den privaten Verzehr bestimmt waren. Private Ausgaben habe der Kläger der Buchhaltung nicht angezeigt.

Die Summe der nicht belegten Zahlungen belaufe sich für den Zeitraum 16.12.2015 bis

14.10.2016 auf 677,50 Euro. Im Personalgespräch habe der Kläger dies zugegeben, was zu dem schriftlichen Anerkenntnis geführt habe. Daraufhin habe die Beklagte die Reisekostenabrechnungen aus den Jahren 2014 und 2015 untersucht, wobei weitere Ausgaben von insgesamt 313,48 Euro aufgefallen seien, für die keine ordnungsgemäßen Belege vorgelegt worden seien.

Zu Beginn des Monats November 2016 habe die Beklagte eine Analyse sämtlicher Spritkosten im Unternehmen durchgeführt, wobei der auffällig hohe Dieserverbrauch des Klägers aufgefallen sei. Man habe ein Soll-Verbrauch von 8.900 Litern berechnet, der Kläger habe aber 14.374,65 Liter abgerechnet. Bei einem Dieseldurchschnittspreis von 1,25 Euro pro Liter sei ein Schaden von 6.843,31 Euro entstanden. Dabei sei ein durchschnittlicher Verbrauch des Dienstfahrzeuges von 8,7 Liter pro 100 Kilometer zu Grunde gelegt worden, wie er sich aus einer Internetseite ergeben habe. Ermittlungen im Anschluss an das Personalgespräch hätten ergeben, dass die missbräuchliche Nutzung der Tankkarte deutlich größere Dimensionen angenommen habe, da er auch während der Nutzung des vorherigen Fahrzeuges illegal getankt habe. Insgesamt habe der Kläger im Zeitraum 23.10.2013 bis 16.11.2016 9.873,66 Liter zu Unrecht abgerechnet, was einen Gegenwert von 12.539,55 Euro ergebe. Dies rechtfertige die streitgegenständliche außerordentliche Kündigung.

Darüber hinaus habe der Kläger zu Unrecht private Parkkosten über die Beklagte abgerechnet. Wegen der diesbezüglichen Einzelheiten wird auf den Schriftsatz vom 22.12.2016 Seiten 16 ff. (Bl. 83 ff. d.A.) verwiesen.

Der Kläger habe gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen, indem er keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für den 26. und 27.10.2016 eingereicht habe.

Die Abmahnungen hätten das Kündigungsrecht auch nicht verbraucht. Zum einen seien hiervon nicht die Tatsachen umfasst, die zum Zeitpunkt der Abmahnung nicht bekannt gewesen seien. Das betreffe zum einen die Parkgebühren und zum anderen die zum Zeitpunkt der Abmahnung noch nicht bekannten Schäden durch missbräuchliche Nutzung von Kreditkarte und Tankkarte. Überdies habe die Beklagte den mit der Abmahnung inzident verbundenen Kündigungsverzicht davon abhängig gemacht, dass der Kläger zeitnah Kaufbelege nachreiche. Da das Arbeitsverhältnis wirksam gekündigt worden sei, bestehe auch weder ein Anspruch auf weitere

Vergütung noch auf Zurverfügungstellung des Dienstwagens noch auf Nutzungsausfallentschädigung. Ein Anspruch auf Sonderzahlung bestehe gleichfalls nicht. Eine betriebliche Übung sei nicht entstanden, da die Sonderzahlungen nicht für drei, sondern nur für zwei aufeinander folgende Jahre gewährt worden seien und die Beklagte in jedem Einzelfall über die Höhe der Sonderzahlung neu entschieden habe.

Mit der Widerklage vom 22.12.2016 (Bl. 68 f. d.A.) macht die Beklagte zum einen die Zahlung von 12.539,55 Euro geltend. Zur Begründung beruft sie sich auf die Berechnungen zum Zuvielverbrauch des Klägers. Insgesamt habe der Kläger, wie die Beklagte näher berechnet hat (Schriftsatz vom 22.12.2016, Seiten 14 ff. – Bl. 81 f. d.A.) 9.873,66 Euro getankt, die er nicht mit dem Dienstfahrzeug verbraucht habe, was bei einem durchschnittlichen Dieselpreis der Jahre 2009 bis 2016 von 127,35 Euro pro Liter einen Schaden von 12.539,55 Euro ausmache.

Mit dem Widerklageantrag zu 2. begehrt die Beklagte die Rückzahlung des Arbeitgeberdarlehens, das auf Grund der wirksamen fristlosen Kündigung fällig sei.

Die Beklagte beantragt,

1.
den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte 12.539,55 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24.12.2016 und
2.
10.848,82 Euro nebst Zinsen in Höhe von 4,5 Prozentpunkten p.a. ab dem 22.07.2013 zu zahlen.

Der Kläger beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Er bestreitet die Richtigkeit der Berechnungen des Durchschnittsverbrauchs. Angesichts der nunmehr durch Presseveröffentlichung hinreichend bekannten Untertreibungen bei den Angaben zum Spritverbrauch von Kraftfahrzeugen seien irgendwelche Angaben im Internet nicht geeignet, den normalen Verbrauch eines Fahrzeuges zuverlässig wiederzugeben. Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass der Kläger dienstlich mit seinem VW-Bus überwiegend auf Autobahnen unterwegs

gewesen sei. Bei einer Geschwindigkeit von 160 km/h sei der Verbrauch deutlich höher.

Das Darlehen sei mangels einer wirksamen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zur Rückzahlung fällig.

In der Kammerverhandlung vom 24.01.2017 (Protokoll Bl. 436 d.A.) wurde dem Kläger nachgelassen, bis zum 07.02.2017 auf den Schriftsatz der Beklagten vom 20.01.2017 zu erwidern. Der Kläger reichte seinen Schriftsatz am 02.02.2017 ein. Die Beklagte reichte einen weiteren Schriftsatz vom 06.02.2017 ein sowie am 10.02.2017 einen weiteren.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, sowie auf das Sitzungsprotokoll verwiesen.

Entscheidungsgründe

1. Der Klageantrag zu 1. ist zulässig und begründet. Die Kündigungsschutzklage ist innerhalb der Klageerhebungsfrist des § 4 Satz 1 KSchG bei Gericht eingegangen und der Beklagten demnächst i.S.v. § 167 ZPO zugestellt worden.

Die streitgegenständliche außerordentliche Kündigung ist unwirksam, da die Beklagte keinen wichtigen Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB vorgetragen hat.

1.1. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das 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 selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, d.h. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht.

Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen.

Dabei lassen sich die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumindest bis zum Ende der Frist für eine ordentliche Kündigung zumutbar war oder nicht, nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf.

Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind.

Im Vergleich zu einer außerordentlichen fristlosen Kündigung kommen als mildere Mittel insbesondere eine Abmahnung oder eine ordentliche Kündigung in Betracht. Sie sind dann alternative Gestaltungsmittel, wenn schon sie geeignet sind, den mit der außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck - nicht die Sanktion pflichtwidrigen Verhaltens, sondern die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen des Arbeitsverhältnisses - zu erreichen.

Beruhet die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann.

Ordentliche und außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus. Einer solchen bedarf es nach

Maßgabe des auch in § 314 Abs. 2 iVm. § 323 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten steht, oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist (ständige Rechtsprechung des 2. Senats des BAG, s. nur Urteil v. 25.10.2012 -2 AZR 495/11).

1.2. Die von der Beklagten behauptete missbräuchliche Nutzung der firmeneigenen Kreditkarte für Privataufwendungen ist grundsätzlich geeignet, eine außerordentliche Kündigung gemäß den o.g. Grundsätzen zu rechtfertigen. Die Beklagte hat jedoch bezüglich dieses Sachverhaltes eine wirksame Abmahnung erteilt, wodurch das Kündigungsrecht verbraucht ist.

1.2.1. Wenn der Arbeitgeber in Kenntnis eines arbeitsvertragswidrigen Verhaltens eines Arbeitnehmers diesem eine Abmahnung erteilt, gibt er damit zu erkennen, dass er dieses Verhalten nicht zum Anlass für eine Kündigung nehmen möchte und er nur im Fall der Wiederholung dieses Verhaltens arbeitsrechtliche Maßnahmen zu ergreifen gedenkt, die den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährden. Dies kommt auch in der streitgegenständlichen Abmahnung (Bl. 107 d.A.) hinlänglich zum Ausdruck. Darin erklärt die Beklagte, dass sie sich im Falle der Wiederholung dieses Verhaltens vorbehalte, das Arbeitsverhältnis fristlos zu kündigen. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass eine solche Kündigung auf Grund des der Beklagten jetzt bekannt gewordenen Sachverhaltes eben nicht erfolgen sollte. Vorliegend geht es um den Betrag von 677,50 Euro. Dies deckt sich mit den Berechnungen der Beklagten im Schriftsatz vom 22.12.2016 Seite 6 (Bl. 73 d.A.). Darin heißt es, dass der Gesamtbetrag der für den Zeitraum 16.12.2015 bis 14.10.2016 mit der Firmenkreditkarte getätigten und nicht pflichtgemäß belegten Ausgaben auf diese Summe belaufe. Somit wurde exakt das abgemahnt, was die Beklagte nunmehr zur Begründung für die außerordentliche Kündigung heranzieht.

1.2.2. Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass sie nur für den Fall auf das Kündigungsrecht verzichtet habe, dass der Kläger die Belege zeitnah nachreiche. Das Abmahnungsschreiben vom 11.11.2016 ist nicht dahingehend auszulegen. Es

heißt zwar, dass die Belege zeitnah, spätestens mit Vorliegen der monatlichen Abrechnung der Bank der Finanzbuchhaltung vorzulegen seien. Dies stellt aber erkennbar einen allgemeinen Hinweis dar und keine Anweisung bezüglich der seit Dezember 2015 fehlenden Belege. Darüber hinaus bittet die Beklagte in dem Schreiben um umgehende Erstattung des Betrages vom 677,50 Euro. Das bedeutet, dass die Beklagte eben gerade nicht davon ausgeht, dass der Kläger für diesen Betrag dienstlich veranlasste Belege vorweisen kann. Vielmehr ging sie offensichtlich davon aus, dass es sich, genau wie bei den Kosten für die Benutzung der Autofähre, um Privatausgaben gehandelt hat, die der Kläger zu Unrecht über die Firmenkarte abgerechnet hat und daher erstatten muss. Eine Aufforderung, hinsichtlich dieser Beträge Belege für eine dienstliche Veranlassung beizubringen, wäre erkennbar sachwidrig.

Somit bleibt es dabei, dass der gesamte Sachverhalt bezüglich der Abrechnung privater Ausgaben über die Firmenkreditkarte von der ersten Abmahnung vom 11.11.2016 umfasst und damit als Kündigungsgrund verbraucht ist.

1.3. Die Beklagte kann sich auch nicht auf die behauptete Betankung von Fremdfahrzeugen durch den Kläger auf Kosten der Beklagten zur Begründung der außerordentlichen Kündigung berufen. Auch diesbezüglich ist das dem Kläger vorgeworfene Verhalten Gegenstand einer Abmahnung, und zwar der zweiten Abmahnung vom 11.11.2016 gewesen. Somit kann sich die Beklagte nicht darauf berufen, dass die Verursachung eines Schadens in Höhe von 6.843,31 Euro an wichtiger Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB sei. Auch hier weist die Beklagte lediglich darauf hin, dass der Kläger zukünftig Vorgaben bezüglich der Abrechnung einzuhalten habe.

1.3.1. Die Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die erste Schadensberechnung nur unvollständig gewesen sei. Diesbezüglich trägt die Beklagte pauschal vor, dass Ermittlungen einer Mitarbeiterin der Beklagten im Anschluss an das Personalgespräch vom 11.11.2016 ergeben hätten, dass die missbräuchliche Nutzung der Tankkarte durch den Kläger in deutlich größerem Maße erfolgt sei, als am 11.11.2016 bekannt. Diesbezüglich fehlt jedweder substantiiertes Sachvortrag dazu, auf Grund welcher konkreter Ermittlungen man zu welchem genauen Zeitpunkt zu dem Ergebnis gekommen sein will, dass der Schaden in Wirklichkeit fast doppelt so hoch

ist, wie am 11.11.2016 angenommen. Die Beklagte hatte doch sämtliche Daten über das Tankverhalten des Klägers. Diese ergeben sich problemlos aus den Abrechnungen der Tankkarte. Auch die Berechnungen der Beklagten sind immer gleich geblieben. Sie ist von einem durchschnittlichen Verbrauch des Dienstfahrzeuges von 8,7 Liter pro 100 Kilometer ausgegangen und hat auf dieser Basis berechnet, was der Kläger mit seinem Dienstfahrzeug verbraucht hätte. Daraus hat sie gefolgert, dass die überschießende Menge an Dieselmotorkraftstoff für die Betankung eines anderen Fahrzeuges verwandt wurde. Es ist nicht nachvollziehbar, welche konkreten neuen Erkenntnisse die Beklagte zwischen dem Zeitpunkt der Abmahnung vom 11.11.2016 und dem Zeitpunkt des Kündigungsentschlusses für die 5 Tage später ausgesprochene fristlose Kündigung gewonnen haben will. Was war also der Beklagten am 11.11.2016 nicht bekannt und was wurde ihr auf Grund welcher Umstände bis zum 16.11.2016 bekannt?

1.3.2. Darüber hinaus ist die Berechnungsmethode der Beklagten nicht geeignet, dem Kläger ein unrechtmäßiges Verhalten nachzuweisen. Sie geht von einem Durchschnittsverbrauch von 8,7 Liter aus und beruft sich dabei auf eine Internetseite. Es ist unklar, wie die darin genannten Daten zu Stande kommen. Die Öffentlichkeit musste in den vergangenen Monaten erleben, dass jedenfalls die Herstellerangaben zum Verbrauch ihrer Fahrzeuge in erheblicher Weise hinter dem tatsächlichen Verbrauch zurückblieben. Man musste von einem Mehrverbrauch von bis zu 40 % lesen, bezogen auf die Zyklen, die der normalen Verbrauchsberechnung zu Grunde liegen, also eine Dreiteilung in Stadtverkehr, Landstraßenverkehr und Autobahn. Angesichts dieser erheblichen, allgemein bekannten Überschreitungen genügt es nicht, sich zum Beleg für den Sollverbrauch eines Kraftfahrzeuges auf Internetseiten zu berufen, deren Inhalte möglicherweise auf Herstellerangaben beruhen. Man kann auch diese Angaben nicht mit einem 40 %-igen Aufschlag versehen und dann der Rechtsfindung zu Grunde legen, da es sich dabei um ungefähre Angaben handelt, die natürlich von Modell zu Modell unterschiedlich sein können. Schließlich ist zu beachten, dass der Kläger in erheblichem Umfang dienstliche Autobahnfahrten zu leisten hat, die er nach seinem eigenen Vorbringen mit sehr hohem Tempo absolviert hat. Ein VW-Bus verbraucht bei Tempo 160 sicherlich erheblich mehr als das, was der Hersteller in dem genannten Zyklus als Verbrauch angibt. Daher ist bereits die Berechnung des Soll-Verbrauches nicht überzeugend.

1.4. Die Kündigung kann auch nicht mit Erfolg auf die Abrechnung privater Parkkosten gestützt werden. Nach dem Kfz-Überlassungsvertrag trägt die Beklagte „die Kosten des Fahrzeugbetriebes“. Dieser Passus steht unter der Überschrift „Kosten der Privatnutzung“. Ausgenommen hiervon sollten nach der Vereinbarung lediglich die Betriebskosten für Öl und Kraftstoffe bei Privatfahrten sein. Auch dies wurde aber offenbar nicht so gehandhabt, denn mit der elektronischen Mitteilung vom 25.10.2016 (Ablichtung Bl. 247 d.A.) wurde dem Kläger mitgeteilt: „Wenn du in Urlaub fährst, darfst du die Tankkosten über die Firmen-DKV-Karte abrechnen. Dies gilt für alle privaten Fahrten laut Vertrag und deiner Privatnutzung bei der 1%-Regelung.“ Das bedeutet, dass sämtliche Kosten der Kfz-Nutzung von der Beklagten zu tragen sind. Hätte sie einzelne Posten wie etwa Parkgebühren davon ausnehmen wollen, hätte sie dies deutlich machen müssen. Dies hätte zum einen im Kfz-Überlassungsvertrag geschehen können. Zum anderen hätte die Beklagte aber bei Einführung der Abrechnung der Parkgebühren über das Mobiltelefon deutlich machen können, dass dies nicht für privat veranlasste Parkgebühren gilt. Dies hat sie nicht getan. Vielmehr sind nach der eigenen Darlegung der Beklagten (Schriftsatz vom 22.12.2016, Seiten 17 f., Bl. 84 ff. d.A.) seit September 2014 Parkgebühren abgerechnet worden, die an Wochenenden oder während der Urlaubszeit des Klägers anfielen, so dass, so die Beklagte wörtlich, „die private Veranlassung der Parkgebühren offensichtlich“ war. Die Beklagte hat also über zwei Jahre hinweg Parkgebühren des Klägers übernommen, deren private Veranlassung offensichtlich war, ohne den Kläger darauf hinzuweisen, dass er derartige Parkgebühren nicht über die Beklagte abrechnen darf. Dies kann sie nun nicht ohne vorherige Abmahnung zur Begründung einer Kündigung heranziehen. Sie hat durch ihre eigene Vertragsgestaltung und durch die jahrelange Billigung des klägerischen Verhaltens den Eindruck erweckt, dass diese Abrechnung privater Parkgebühren arbeitsvertragskonform ist. Sie kann dies jetzt nicht für eine Kündigung heranziehen. Auch die angebliche rechtswidrige private Nutzung der EDV der Beklagten ist nicht nachvollziehbar. Es handelt sich offensichtlich um eine Mobiltelefon-Applikation der Firma, die die Abrechnungen vornimmt.

1.5. Die Kündigung kann auch nicht auf die Nichtvorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für den 26. und 27.10.2016 gestützt werden. Gem. § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG hat der Arbeitnehmer eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit einzureichen, wenn diese länger als 3 Tage andauert. Dies ist hier vorliegend nicht der Fall. Es liegt auch keine arbeitnehmerseitige Anweisung vor,

wonach der Kläger eine solche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bereits am ersten Tag einzureichen hat. Vielmehr heißt es erst mit elektronischer Mitteilung vom 31.10.2016, also 3 Tage nach Ende der Arbeitsunfähigkeit, dass noch die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung fehle. Somit hat sich der Kläger während der Dauer der Arbeitsunfähigkeit vollkommen korrekt verhalten.

2. Der allgemeine Feststellungsantrag (Antrag zu 2.) musste hingegen der Abweisung unterliegen, da der Kläger kein Feststellungsinteresse hierfür vorgetragen hat. Insbesondere hat sich die Beklagte keiner weiteren Gründe für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses berührt.

3. Der Antrag zu 3. ist ebenfalls unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf die Aushändigung einer schriftlichen Niederschrift über die wesentlichen Arbeitsbedingungen. Er verfügt über einen ausführlichen schriftlichen Arbeitsvertrag, bei dem sich lediglich der Arbeitgeber geändert hat, worüber aber auch kein Zweifel beim Kläger besteht. Die vom Kläger angesprochene mögliche Unwirksamkeit von § 5 des schriftlichen Arbeitsvertrages (Freiwilligkeit bzw. Widerruflichkeit überobligatorischer Leistungen) vermag ein Interesse an der Aushändigung eines Nachweises i.S.d. NachwG nicht zu begründen. Die diesbezüglichen Rechtsfragen können erforderlichenfalls im Rahmen einer Zahlungsklage geklärt werden. Daher hat der Kläger an dem Antrag zu 3. kein Rechtsschutzinteresse.

4. Angesichts der streitgegenständlichen Kündigung hat der Kläger jedoch ein berechtigtes Interesse an der Aufstellung eines Zwischenzeugnisses, wodurch der Antrag zu 4. zulässig und begründet ist.

5. Da dem Kläger auf Grund der Unwirksamkeit der Kündigung zu Unrecht die Nutzungsmöglichkeit für den privat auch zu nutzenden Firmenwagen entzogen wurde, hat er für die geltend gemachten Monate November und Dezember einen Anspruch auf die entsprechende Nutzungsentschädigung, die er mit den Anträgen zu 5. und 6. in einer von der Beklagten nicht beanstandeten Höhe geltend gemacht hat. Die Beklagte war daher antragsgemäß zu verurteilen.

6. Hinsichtlich des Antrages zu 7. fehlt hingegen ein Feststellungsinteresse. Wenn der Kläger weitere Zahlungsansprüche zu haben meint, möge er diese im Wege der

Leistungsklage geltend machen. Darüber hinaus steht der Antrag zu 7., also die Feststellung der Verpflichtung zur Zahlung eines weiteren Nutzungsausfallentgeltes im Widerspruch zu dem Antrag zu 8. Wenn dem Antrag zu 8. stattgegeben wird, kann der Kläger nicht gleichzeitig festgestellt bekommen, dass er Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung hat.

7. Der Antrag zu 8. ist ohne weiteres begründet, denn auf Grund des Kfz-Überlassungsvertrages hat der Kläger einen diesbezüglichen Vertragsanspruch, der wegen der Unwirksamkeit der Kündigung auch ungeschmälert besteht.

8. Aus der Unwirksamkeit der Kündigung ergibt sich ebenfalls der Anspruch auf Zahlung des Arbeitsentgeltes für die Monate November und Dezember 2016 gem. §§ 611, 615 BGB.

9. Das mit dem Antrag zu 11. eingeklagte 13. Monatsentgelt ist von der Beklagten ebenfalls zu zahlen, da es arbeitsvertraglich zugesichert worden ist (§ 3 Abs. 2 Satz 3 des schriftlichen Arbeitsvertrages). Über die Wirksamkeit des in § 5 enthaltenen Freiwilligkeitsvorbehaltes muss nicht entschieden werden, da lediglich die Zahlung von Gratifikationen, Prämien, Tantiemen und ähnliche Leistungen dort in das freie Ermessen der Beklagten gestellt wurde. Vorliegend handelt es sich aber um ein arbeitsvertraglich fest zugesichertes 13. Monatsgehalt, das schon begrifflich nicht unter § 5 Abs. 1 fällt.

10. Der Kläger hat hingegen keinen Anspruch auf die mit dem Antrag zu 12. geltend gemachte Sonderzahlung. Eine betriebliche Übung liegt nicht vor. Eine solche kann dann entstehen, wenn der Arbeitgeber dreimal hintereinander eine gleichförmige Leistung erbracht hat. Üblicherweise werden damit Leistungen erfasst, die der Arbeitgeber zu einem bestimmten Zeitpunkt im Jahr erbringt. Typischerweise sind dies Zahlung von Urlaubs- und Weihnachtsgeld. Für diese Zahlung hat das Bundesarbeitsgericht anerkannt, dass die dreimalige vorbehaltlose Zahlung einen künftigen Anspruch aus einer betrieblichen Übung ergibt (s. nur Urteil v. 16.1.2002 -5 AZR 715/00). Vorliegend hat die Beklagte zwar drei Zahlung unter dem Stichwort „Prämie-Einmalbetrieb“ geleistet, diese aber zu völlig unterschiedlichen Zeitpunkten, nämlich einmal Februar 2014 dann im April 2015 und dann im Dezember 2015. Daraus lässt sich bereits keine Regelmäßigkeit hinsichtlich des Zeitpunktes der Zahlungen

erkennen. Darüber hinaus schwankten die Beträge, einmal 8.000,00 Euro, einmal 10.000,00 Euro und dann 7.000,00 Euro. Es ist auch keine Abhängigkeit der Höhe dieser Zahlungen von feststehenden Faktoren wie etwa dem Monatsentgelt oder dem Umsatz des Klägers ersichtlich und die Höhe der Zahlung folgt auch keine erkennbare Systematik. Deshalb konnte beim Kläger keinerlei Vertrauen entstehen, dass er auch künftig, aus welchem Anlass, zu welchem Zeitpunkt und in welcher Höhe auch immer irgendeine Prämie zu beanspruchen hätte.

11. Die Widerklage ist bezüglich des Widerklageantrages zu 1. in Höhe von 6.843,31 Euro zulässig und begründet. In dieser Höhe hat der Kläger einen Erstattungsanspruch bezüglich der Tankkosten schriftlich anerkannt. Daran muss er sich festhalten lassen.

11.1. Der Kläger hat die Erklärung auch nicht wirksam angefochten. Allein der Umstand, dass dem Kläger nicht vorab das Thema des Personalgespräches mitgeteilt worden ist, ist unerheblich. Auch die behauptete Drohung mit einer fristlosen Kündigung führt nicht zur Anfechtbarkeit. Eine Anfechtung ist nur möglich, wenn der Arbeitgeber widerrechtlich gedroht hat. Die Widerrechtlichkeit liegt vor, wenn ein verständiger Arbeitgeber in der konkreten Situation den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung nicht ernsthaft in Betracht gezogen hätte. Die Verursachung eines Schadens von über 6.000,00 Euro durch die unrechtmäßige Betankung von Fremdfahrzeugen auf Kosten des Arbeitgebers ist eindeutig ein wichtiger Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB, so dass die Beklagte hier rechtmäßig mit einer fristlosen Kündigung drohen durfte.

11.2. Der Kläger hat sich vorbehaltlos zur Erstattung dieses Betrages verpflichtet.

11.3. Die Gesamtschau der Abmahnungen und der Anerkenntnisse des Klägers deutet darüber hinaus auf eine Vereinbarung der Parteien insgesamt hin. Die Beklagte war sich sicherlich des Umstandes bewusst, dass Handlungen des Klägers, die zu einem derart hohen Schaden führen, ohne weiteres eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen geeignet sind. Sie hat davon Abstand genommen und nur eine Abmahnung ausgesprochen. Im Gegenzug hat der Kläger die Berechtigung dieser Abmahnungen anerkannt und sich zur Erstattung der Beträge verpflichtet. All dies zeigt für das Gericht ein Gesamtbild, einer Vereinbarung, wonach die Beklagte von ihrem wohl unbestreitbaren Recht zur fristlosen Kündigung keinen Gebrauch macht, der Kläger

sich verpflichtet, künftig die Regeln einzuhalten und den entstandenen Schaden zu ersetzen. Dies hat auf der einen Seite die Verbrauchsfunktion der Abmahnung für die Beklagte zur Folge und auf der anderen Seite die Verpflichtung des Klägers zur Leistung des versprochenen Betrages.

11.4. Soweit die Widerklage über 6.843,31 Euro hinausgeht, war sie hingegen abzuweisen. Hinsichtlich der Tankkosten wird auf die obigen Ausführungen verwiesen, wonach die Schadenshöhe nicht einmal ansatzweise nachvollzogen werden kann.

11.5. Die Widerklage zu 1. kann aber auch nicht auf die Pflicht des Klägers zur Erstattung von 677,50 Euro gestützt werden. Diesbezüglich besteht zwar nach Auffassung des Gerichts ein Zahlungsanspruch der Beklagten. Dieser ist aber mit der vorliegenden Widerklage nicht geltend gemacht worden. Vielmehr errechnet sich der Gesamtbetrag der Widerklageforderung zu 1. von 12.539,55 Euro ausschließlich aus den nach den Behauptungen der Beklagten zu Unrecht abgerechneten 9.873,66 Liter Diesel zu einem Preis von 127,35 Cent pro Liter. Die Position der zu Unrecht abgerechneten Privatkäufe ist in dieser Berechnung der Widerklageforderung zu 1. nicht enthalten und kann daher der Beklagten auch nicht zugesprochen werden. An dem materiell-rechtlichen Bestehen der Forderung hat das Gericht allerdings keinen Zweifel.

12. Der Widerklageantrag zu 2. ist unbegründet. Der Darlehensvertrag sieht eine vorzeitige Rückzahlungspflicht des Klägers nur dann vor, wenn das Arbeitsverhältnis endet. Da die streitgegenständliche Kündigung unwirksam ist, besteht das Arbeitsverhältnis fort und der Kläger ist nur zur Leistung der regelmäßigen Tilgungsraten verpflichtet.

13. Die Kostenfolge ergibt sich aus §§ 92 ZPO, 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG. Der Wert des Streitgegenstandes war gem. § 61 Abs. 1 ArbGG im Urteil festzusetzen. Dabei war die Kündigung gem. § 2 Abs. 2 GKG mit 22.089,48 Euro zu bewerten. Der allgemeine Feststellungsantrag, der eigentlich nicht streitwerterhöhend ist, wurde hier mit 1.000,00 Euro festgesetzt, um die diesbezügliche Beschwer des Klägers zu definieren. Der Antrag zu 3. auf Erteilung einer Bescheinigung gem. dem NachwG war mit dem gesetzlichen Hilfswert von 5.000,00 Euro anzusetzen. Das Zwischenzeugnis war mit einem Monatsentgelt in Höhe von 7.363,63 Euro zu bewerten, die Anträge zu 5. und 6.

mit der bezifferten Klageforderung von 381,30 Euro bzw. 788,02 Euro. Die Reststellung der Verpflichtung zur Zahlung der weiteren Nutzungsausfallentschädigung war als wiederkehrende Leistung grundsätzlich gem. § 42 Abs. 1 Satz 1 GKG mit dem dreifachen Jahresbetrag der wiederkehrenden Leistung zu bewerten. Da es sich aber lediglich um einen Feststellungsantrag und nicht um einen Leistungsantrag gehandelt hat, wurde hier nur die Hälfte in Ansatz gebracht, also 13.917,45 Euro. Die Klage auf künftige Überlassung des Dienstwagens war hingegen mit der vollen Höhe des 3-fachen Bezugswertes in Höhe von 27.448,56 Euro anzusetzen.

Die mit den Anträgen zu 9. und 10. geltend gemachten Ansprüche auf Entgeltzahlung hängen vom Ausgang des Kündigungsschutzverfahrens ab, dass mit 3 Monatsverdiensten bewertet wurde. Die Vergütungszahlungen für die drei auf die Kündigung folgenden Monate werden daher streitwertmäßig vom Kündigungsschutzantrag umfasst (LAG Berlin-Brandenburg v. 17.6.2009 -17 Ta (Kost) 6063/09). Dies gilt hingegen nicht für das 13. Monatsgehalt, das ohnehin pro rata temporis auch bei einem Scheitern der Kündigungsschutzklage zu zahlen gewesen wäre. Auch der Klageantrag zu 12. war mit der Höhe der bezifferten Klageforderung festzusetzen, ebenso die beiden Widerklageanträge.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann von den Parteien Berufung eingelegt werden.
Die Berufungsschrift muss von einem Rechtsanwalt oder einem Vertreter einer Gewerkschaft bzw. einer Arbeitgebervereinigung oder eines Zusammenschlusses solcher Verbände eingereicht werden.

Die Berufungsschrift muss innerhalb

einer Notfrist von einem Monat

bei dem

**Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg,
Magdeburger Platz 1, 10785 Berlin ,**

eingegangen sein.

Die Berufungsschrift muss die Bezeichnung des Urteils, gegen das die Berufung gerichtet wird, sowie die Erklärung enthalten, dass Berufung gegen dieses Urteil eingelegt werde.

Die Berufung ist gleichzeitig oder innerhalb

einer Frist von zwei Monaten

in gleicher Form schriftlich zu begründen.

Der Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments im Sinne des § 46 c ArbGG genügt. Nähere Informationen dazu finden sich auf der Internetseite unter www.berlin.de/erv.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgesetzten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Dabei ist zu beachten, dass das Urteil mit der Einlegung in den Briefkasten oder einer ähnlichen Vorrichtung für den Postempfang als zugestellt gilt. Dies gilt nicht bei Zustellungen gegen Empfangsbekanntnis gemäß § 174 ZPO.

Wird bei der Partei eine schriftliche Mitteilung abgegeben, dass das Urteil auf der Geschäftsstelle eines Amtsgerichts oder einer von der Post bestimmten Stelle niedergelegt ist, gilt das Schriftstück mit der Abgabe der schriftlichen Mitteilung als zugestellt, also nicht erst mit der Abholung der Sendung.

Das Zustellungsdatum ist auf dem Umschlag der Sendung vermerkt.

Von der Begründungsschrift werden zwei zusätzliche Abschriften zur Unterrichtung der ehrenamtlichen Richter erbeten.

Weitere Statthaftigkeitsvoraussetzungen ergeben sich aus § 64 Abs.2 ArbGG :

"Die Berufung kann nur eingelegt werden,

a) wenn sie in dem Urteil zugelassen worden ist,

b) wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 600 Euro übersteigt,

c) in Rechtsstreitigkeiten über das Bestehen, das Nichtbestehen oder die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses oder

d) wenn es sich um ein Versäumnisurteil handelt, gegen das der Einspruch an sich nicht statthaft ist, wenn die Berufung oder Anschlussberufung darauf gestützt wird, dass der Fall schuldhafter Versäumung nicht vorgelegen habe."

Korinth

Ausgefertigt



Thimm, Gerichtsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
des Arbeitsgerichts Berlin

