

4 Sa 46/15
39 Ca 503/14
(ArbG München)

Verkündet am: 19.05.2015

Hömberg
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

M.

- Kläger, Berufungsbeklagter und Anschlussberufungskläger -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. W.

gegen

Firma L. GmbH & Co. KG

- Beklagte, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwälte G.

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 7. Mai 2015 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Burger sowie den ehrenamtlichen Richter Thomsen und die ehrenamtliche Richterin Vincioli

- 2 -

für Recht erkannt:

- I. **Auf die Berufung der Beklagten wird das Schlussurteil des Arbeitsgerichts München vom 12. Dezember 2014 - 39 Ca 503/14 -, unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen, in den Ziffern 2. und 3. geändert:**
 2. **Das Arbeitsverhältnis wird auf die Anträge beider Parteien zum 31.03.2014 aufgelöst.**
 3. **Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin eine Abfindung gemäß der §§ 9 und 10 KSchG in Höhe von 16.800,-- € brutto zu bezahlen.**
- II. **Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.**
- III. **Die Revision wird nicht zugelassen.**

Tatbestand:

Die Parteien streiten noch über die Rechtswirksamkeit einer ordentlichen Arbeitgeberkündigung der Beklagten gegenüber dem Kläger und nunmehr von beiden Parteien - von der Beklagten zuletzt ebenfalls hilfsweise - gestellte Anträge auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung sowie einen Anspruch des Klägers auf Zahlung restlichen Weihnachtsgeldes für das Jahr 2013.

Der, am 00.00.0000 geborene und für ein Kind unterhaltspflichtige, Kläger war auf der Grundlage eines schriftlichen Arbeitsvertrages (als Fragment vorgelegt unter Anlage K1, Bl. 7 bis Bl. 9 d. A.) seit 26.02.2007 bei der Beklagten, die ein Großhandelsgeschäft in der Großmarkthalle M. – mit Vertrieb von Obst und Gemüse insbesondere an die Fa. A. - betreibt, als Groß- und Außenhandelskaufmann (kaufmännischer Angestellter) mit einer Vergütung von - so das Vorbringen des Klägers - insgesamt 3.195,06 € brutto/Monat beschäftigt. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger mit Schreiben vom 10.01.2014 zum 31.03.2014. Mit der vorliegenden Klage macht dieser noch die Rechtswirksamkeit dieser Kündigung, verbunden mit einem Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses zum Kündigungstermin gegen Zahlung einer Abfindung - einen solchen

stellt zuletzt hilfsweise auch die Beklagte -, sowie einen Anspruch auf Zahlung restlichen Weihnachtsgeldes für das Jahr 2013 - im Berufungsverfahren, im Wege der Anschlussberufung, hilfsweise weiter Ansprüche auf Weiterzahlung der Arbeitsvergütung über den März 2014 hinaus - geltend.

Das Arbeitsgericht hatte durch Teilurteil vom 25.07.2014 die Beklagte zunächst zur darüber hinaus geltend gemachten Entfernung (und „Vernichtung“) einer Abmahnung der Beklagten aus der Personalakte des Klägers verurteilt und gleichzeitig deren Widerklage auf Zahlung von Schadensersatz - diese im wesentlichen gestützt auf die nämlichen Gründe, die der noch streitgegenständlichen ordentlichen Kündigung der Beklagten vom 10.01.2014 zugrunde liegen - abgewiesen. Die von der Beklagten gegen dieses Teilurteil eingelegte Berufung wurde durch Urteil der Berufungskammer vom 29.01.2015 in vollem Umfang zurückgewiesen; die Nichtzulassungsbeschwerde, die die Beklagte hiergegen – offensichtlich teilweise – eingelegt hat, ist durch das Bundesarbeitsgericht noch nicht entschieden.

Wegen des unstreitigen Sachverhalts im Übrigen und des streitigen Vorbringens sowie der Anträge der Parteien im Ersten Rechtszug wird auf den Tatbestand des hier angefochtenen Schlussurteils des Arbeitsgerichts München vom 12.12.2014, das den Prozessbevollmächtigten der Beklagten am 19.12.2015 zugestellt wurde, Bezug genommen, mit dem dieses zum einen die fehlende soziale Rechtfertigung der ordentlichen Kündigung der Beklagten vom 10.01.2014 zum 31.03.2014 mit der Begründung festgestellt hat, dass die Beklagte durch ihren Sachvortrag nicht ausreichend belegen habe können, dass und vor allem zu welchem Zeitpunkt der Kläger gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen habe, nachdem ihr System hinsichtlich der Bestellung und Rückgabe von Mehrwegverpackungen durch Einschaltung von Lieferanten und Kunden kompliziert sei und der Kläger keine Kontrollmöglichkeit zur Nachverfolgung der vom Vermieter dieser Mehrwegverpackungen direkt an die Lieferanten der Beklagten gelieferten Exemplare gehabt habe, darüber hinaus nicht auszuschließen sei, dass sich ein oder mehrere der dem Kläger zur Last gelegten Fehler während seines Urlaubs oder seiner Krankheitszeit ereignet hätten. Unabhängig hiervon hätte die Beklagte jedenfalls zunächst eine Abmahnung aussprechen müssen, wobei nicht davon auszugehen sei, dass wegen Vorliegens eines besonders schweren Pflichtverstoßes des Klägers eine solche entbehrlich gewesen wäre. Das Arbeitsverhältnis sei jedoch aufgrund Antrages des Klä-

gers zum Kündigungstermin gegen Zahlung einer Abfindung in Höhe von 10.600,-- € brutto – entsprechend etwa 3,5 Bruttomonatsgehältern bei knapp sieben Jahren Beschäftigungszeit - aufzulösen, da ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden könne, nachdem die Beklagte in ihren Schriftsätzen leichtfertig eine ehrenrührige Behauptung hinsichtlich des Klägers aufgestellt und ihm vorgeworfen habe, eine gefälschte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorgelegt zu haben - dem Kläger ohne nähere Nachforschungen hierzu eine Straftat zu unterstellen, verletze das im Rahmen der prozessualen Verteidigung im Rechtsstreit erforderliche Maß. Der Kläger habe damit Anspruch auf Erteilung eines qualifizierten Arbeitszeugnisses und auf Bezahlung der restlichen Hälfte seines Weihnachtsgeldes für das Jahr 2013 aus betrieblicher Übung, nachdem er (jedenfalls) dreimal eine Weihnachtsgratifikation in Höhe von jeweils einem Bruttomonatsgehalt bezahlt erhalten habe und der Vorbehalt im Arbeitsvertrag, dass es sich hierbei um eine freiwillige Leistung der Beklagten handle, unwirksam sei, da dieser - der Arbeitsvertrag stelle Allgemeine Geschäftsbedingungen dar - zu ungenau und intransparent und damit, ersatzlos, rechtsunwirksam sei. Insoweit bestehe auch keine etwa tarifvertraglich geregelte Rückzahlungspflicht.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten mit Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 16.01.2015, am selben Tag beim Landesarbeitsgericht München eingegangen, zu deren Begründung diese mit Schriftsatz vom 11.02.2015, am 19.02.2015 beim Landesarbeitsgericht München eingegangen, vorgetragen haben, dass die Lieferantin/Vermieterin der von der Beklagten gemieteten Mehrwegtransportverpackungen, die Firma I., bei einer Bestandskontrolle dieser Verpackungen am 15.11.2013 einen Fehlbestand von 5.612 solcher Kartons festgestellt habe, der, nachdem eine Aufklärung nicht mehr möglich gewesen sei, der Beklagten am 15.03.2014 in Höhe eines Betrages von 28.060,-- € in Rechnung gestellt worden sei. Die Beklagte stütze ihre Kündigung vom 10.01.2014 nicht nur auf den vom Kläger grob fahrlässig, wenn nicht gar vorsätzlich verursachten Schaden in dieser Höhe, sondern auch auf seine mehrfachen unrichtigen Antworten auf die Fragen der Beklagten, ob der Bestand der Mehrwegtransportverpackungen in Ordnung sei, weiter sein unentschuldigtes Fehlen vom 21.12. bis 27.12.2013. Der Kläger habe hier nach seiner anfänglichen Erkrankung unentschuldig gefehlt und weder, wie behauptet, eine Kollegin über die Fortdauer seiner Arbeitsunfähigkeit über den 20.12.2013 hinaus unterrichtet noch ein ärztliches Attest hierzu vorge-

legt. Er habe damit auch gegen seine diesbezüglichen arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. Hinsichtlich der Mehrwegtransportverpackungen sei der Kläger alle drei Wochen gefragt worden, ob der Bestand bezüglich dieser Verpackungen in Ordnung sei, was er jeweils bejaht habe. Er habe entgegen seiner Pflichten über ein Jahr keine Kontrolle durchgeführt, diese jedoch mehrfach wahrheitswidrig behauptet und die Beklagte damit getäuscht. Das System der Beklagten hinsichtlich der Bestellung und Rückgabe von Mehrwegverpackungen durch die Einschaltung von Lieferanten und Kunden sei, entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts, nicht kompliziert. Hätte er seine diesbezüglichen Pflichten erfüllt, wären Differenzen sofort feststellbar gewesen und hätten geklärt werden können. Einer Abmahnung habe es hinsichtlich dieses Verhaltens nicht bedurft, da der Kläger zum einen die Beklagte auf entsprechende Fragen fast ein Jahr hinweg mit der Unwahrheit bedient und damit das Vertrauensverhältnis völlig zerstört habe, eine Abmahnung zum anderen auch keinen Erfolg versprochen hätte, da der Kläger erkennbar nicht willens gewesen sei, sich vertragsgerecht zu verhalten. Der Auflösungsantrag des Klägers erweise sich unabhängig hiervon als unbegründet, da die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung keine unzutreffenden ehrverletzenden Behauptungen über die Person und das Verhalten des Klägers, die leichtfertig aufgestellt gewesen seien, enthalten habe - vielmehr würde sein Verhalten der Beklagten die Möglichkeit verschaffen, selbst einen Auflösungsantrag zu stellen: wie seitens der Beklagten, mit Schriftsatz vom 23.04.2015, zuletzt ebenfalls hilfsweise erfolgt. Des Weiteren sei nicht ersichtlich, dass - wie das Arbeitsgericht gemeint habe - der Vorbehalt der Beklagten im Arbeitsvertrag, wonach es sich bei der Weihnachtsgratifikation um eine freiwillige Leistung handle, gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam sein solle. Solche Vorbehalte seien üblich und schlossen die Entstehung eines Rechtsanspruches bei dreimaliger vorbehaltloser Gewährung aus. Bei den Regelungen im Arbeitsvertrag handle es sich überdies nicht um allgemeine Geschäftsbedingungen. Der, deshalb wirksame, Vorbehalt im Arbeitsvertrag stelle u. a. darauf ab, dass Mitarbeiter von freiwilligen Zuwendungen ausgeschlossen seien, wenn sie durch ihr Verhalten zu ernstlichen Beanstandungen im Laufe des Jahres Anlass gegeben hätten, wie dies beim Kläger gegeben sei. Deshalb habe dieser lediglich Anspruch auf Zahlung eines Weihnachtsgeldes in Höhe der tariflichen Leistung von 50 % des monatlichen Tarifentgelts gehabt. Auch auf den Gleichbehandlungsgrundsatz könne sich der Kläger nicht berufen, weil die Beklagte nicht allen Mitarbeitern jeweils einen Monatsbezug als Weihnachtsgeld gewährt habe.

Die Beklagte beantragt:

- I. Das Schlußurteil des Arbeitsgerichts München vom 12.12.2014 wird aufgehoben.**
- II. Die Klage wird abgewiesen.**

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten/Berufungsklägerin vom 16.01.2015 kostenpflichtig zurückzuweisen,

und weiter im Wege der hilfsweisen Anschlussberufung für den Fall des Erfolgs der Berufung der Beklagten:

- 1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger für die Monate April 2014 bis August 2014 Verzugslohn in Höhe von insgesamt € 15.975,30 brutto abzüglich bezogenen Arbeitslosengeldes in Höhe von € 6.606,00 netto zu zahlen,
nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank
aus € 1.873,86 seit 01.05.2014,
aus € 1.873,86 seit 01.06.2014,
aus € 1.873,86 seit 01.07.2014,
aus € 1.873,86 seit 01.08.2014 sowie
aus € 1.873,86 seit 01.09.2014.**
- 2. Die Beklagte wird ferner verurteilt, an den Kläger für die Monate September 2014 bis einschließlich April 2015 weiteren Verzugslohn in Höhe von € 3.030,00 brutto zu zahlen, nebst 5 % Zinsen hieraus über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit Rechtshängigkeit.**

- 7 -

Die Beklagte beantragt hierzu,

die Anschlussberufung des Klägers gegen das Schlußurteil des Arbeitsgerichts München vom 12.12.2014 kostenpflichtig zurückzuweisen.

Ferner beantragt die Beklagte zuletzt hilfsweise,

das Arbeitsverhältnis zum 31.03.2014 aufzulösen (§ 9 I, Satz 2, 3, II KSchG).

Der Kläger trägt zur Begründung seines Antrages auf Zurückweisung der Berufung vor, dass zunächst der Vorwurf der Beklagten hinsichtlich unentschuldigtem Fehlens nach dem 20.12.2013 unberechtigt sei, da er, weiter bis insgesamt 09.01.2014, arbeitsunfähig krankgeschrieben gewesen und die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen der Beklagten jeweils per Post übermittelt worden seien. Bereits am Sonntag, den 22.12.2013, habe er der Beklagten seine Arbeitsunfähigkeit mitgeteilt. Die Krankschreibung sei hier ausnahmsweise am Samstag, dem 21.12.2013, erfolgt, da seine Hausärztin in der Vorweihnachtszeit ihre Praxis auch an Samstagen geöffnet gehabt habe. Im Übrigen habe die Beklagte diesen Sachverhalt zum Anlass ihrer Abmahnung gemacht und diesen behaupteten Pflichtenverstoß damit jedenfalls bereits „verbraucht“ gehabt - wobei über die entsprechende Abmahnung durch das Landesarbeitsgericht, insoweit rechtskräftig, entschieden worden sei. Auch der Vorwurf einer, sogar vorsätzlichen, Schadensverursachung hinsichtlich der Mehrwegtransportverpackungen sei ungerechtfertigt. Diese lasse die Beklagte jeden Tag und europaweit in Massen transportieren. Der Warentransport auf deren Veranlassung, ausgehend von einer großen Menge von Tagesobst und Gemüse von Produzenten und Genossenschaften unterschiedlichster Herkunftsländer in ganz Europa, erfolge weitgehend über wiederverwendbare Kisten aus Kunststoff, die die Beklagte in großer Zahl bei der Firma I., K., anmiete, die diese Kisten im Auftrag der Beklagten in leerem Zustand unmittelbar an diverse Lieferanten im europäischen Ausland verschicke. Die von den Lieferanten befüllten Kisten würden sodann über verschiedene Transportunternehmen in die Großmarkthalle nach M. verbracht, dort registriert, kontrolliert, teilweise weiterverpackt und an Kunden im Einzelhandel, insbesondere an den Discounter A. KG, verkauft. Der Kläger habe die Aufgabe gehabt, der

Firma I. anhand der von der Beklagten mitgeteilten Planzahlen Anzahl sowie Lieferort mitzuteilen, was per Datenübermittlung auf einer Mehrwegplattform im Internet erfolgt sei. Verluste auf dem Transportweg, insbesondere auch Diebstähle, seien damit nicht feststellbar. Angesichts des unübersichtlichen Massenverkehrs könne keine Registrierung einzelner Kisten erfolgen. Ein weiteres Verlustrisiko hinsichtlich der Kisten bestehe nach Wareneingang, Umverpackung und Bereitstellung für den Warenausgang, wo der Bestand der Kisten von mehreren Lagermitarbeitern der Beklagten lediglich augenscheinlich anhand der Kommissionsscheine überprüft worden sei. Aufgrund Eilbedürftigkeit des massenhaften Warenumschlages, der Verderblichkeit der Waren sowie des Umfangs der Bereitstellung für eine Vielzahl von A.-Filialen seien Ungenauigkeiten hierbei unvermeidbar. Eine genaue Bestandsaufnahme der Kistenanzahl sei mangels Kontrollsystems unmöglich. Hinzu komme, dass nach Kommissionierung des Warenausgangs die Beklagte jegliche Zugriffsmöglichkeit über die Kisten verliere, da diese aus einem Großlager der A. KG ausgeliefert würden, die sie sodann in Eigenregie auf ihre Filialen im Umland aufteile. Die Firma A. KG schicke die entleerten Kisten danach direkt an die Firma I. zurück, die diese im Rahmen von Reinigungsmaßnahmen registriere und etwaige Fehlbestände feststelle. Welche Anzahl von Kisten in welchem Zustand zurückgegeben würden, könne die Beklagte weder überprüfen noch beeinflussen. Eine Bestandsaufnahme der Kisten erfolge lediglich durch jährliche Inventur seitens der Firma I. mittels augenscheinlicher Abzählung der sich noch in den Lagern befindlichen Kisten in Form eines Abgleiches dieses Ist-Bestandes mit den Bestellmengen über die Mehrwegplattform, wobei die Firma I. den jeweiligen Differenzbetrag gegenüber der Beklagten abrechne, welchen diese dann jeweils abschreibe. Es fehle damit bereits an einer Pflichtverletzung des Klägers, zumal unklar bleibe, durch welche Maßnahmen dieser den jährlich eintretenden Fehlbestand verhindern hätte können. Hier habe es auch an konkreten Anweisungen, Kontrollen oder Kontrollsystemen gefehlt, die solches ermöglicht hätten. Letztlich lasse die Beklagte weiter die krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers ebenso unberücksichtigt wie die primäre Zuständigkeit und Urlaubsvertretung des dem Kläger vorgesetzten Mitarbeiters. Der von der Beklagten hierbei erhobene Vorwurf, der Kläger hätte bewusst falsche Auskünfte hierzu erteilt, lasse offen, ob der Kläger lediglich mehrfach unrichtige Antworten erteilt und damit fahrlässig oder sogar bewusst falsch, also vorsätzlich, gehandelt haben solle. Letztlich sei hier keinerlei Zusammenhang mit dem Fehlbestand der Kisten erkennbar, weil die Beklagte nicht einmal behaupten könne, über

welche zeitnahen Kenntnisse der Kläger verfügen hätte müssen. Jedenfalls wäre die Kündigung bereits mangels der erforderlichen Abmahnung unwirksam. Das Arbeitsverhältnis sei auf seinen Antrag zum Kündigungstermin aufzulösen, da das Verhalten der Beklagten und deren Prozessbevollmächtigter schriftlich wie mündlich in den Verhandlungen über zwei Instanzen von ehrverletzenden Äußerungen und Handlungen geprägt gewesen sei, die darauf abgezielt hätten, den Kläger in seiner persönlichen Ehre zu verletzen, wobei der Vorwurf des Prozessbetruges in Form der Vorlage einer gefälschten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nur Teil einer Vielzahl von Behauptungen gewesen sei. Zur Begründung seiner hilfsweise erhobenen Anschlussberufung für den Fall der Änderung des Ersturteils in der Berufung bezieht sich der Kläger auf die Grundsätze des Annahmeverzugs der Beklagten mit seiner Arbeitsleistung für den Zeitraum bis 31.08.2014, zu dem er eine anderweitige Beschäftigung mit geringerer Vergütung als derjenigen bei der Beklagten aufgenommen habe. Deshalb würde sich sein Verzugslohnanspruch ab 01.09.2014 in Höhe von 303,-- € brutto/Monat berechnen. Auch habe er seinen Anspruch auf Zahlung der restlichen Weihnachtsgratifikation schlüssig dargelegt. Der Freiwilligkeitsvorbehalt in den Arbeitsverträgen mit der Beklagten sei vorformuliert.

Die Beklagte hat hierzu - unter nunmehr ebenfalls erfolgter Stellung eines Auflösungsantrages zum Kündigungstermin - erwidert, dass die Krankschreibung des Klägers von Samstag, dem 21.12.2014, nicht richtig gewesen sein habe können, da er zunächst mitgeteilt habe, dass seine Ärztin am 23. und 24.12.2014 in Urlaub gewesen sei. Durch die erfolgte Abmahnung hierzu sei dieser Pflichtenverstoß auch nicht etwa „verbraucht“ gewesen. Der Vortrag des Klägers, dass bei der Beklagten keine Registrierung der einzelnen Mehrwegtransportverpackungskisten erfolge, lenke nur ab. Entscheidend sei, dass, sobald bei der Beklagten die Wochenplanung der Artikel feststehe, anhand der Planzahlen die Bestellung der I.-Kisten vorgenommen werde, welche Firma dann die geordneten leeren Kisten zu den jeweiligen Lieferanten der Beklagten liefere, worüber ein Lieferschein ausgestellt werde. Von einem unübersichtlichen Massenverkehr könne keine Rede sein. Eine Differenz oder ein Fehlbestand ließen sich bei jeder Bewegung hierzu feststellen. Der Kläger habe die erfolgte Unaufklärbarkeit der Fehlbestände durch seine unterlassene Bestandskontrolle verursacht. Der Kreislauf der Kisten werde ständig überwacht, wobei jeder Fehlbestand oder die Beschädigung der Kisten festgestellt werden könnten. Abwegig sei es, den entstandenen Schaden als betriebstypisch zu be-

zeichnen. Die Ausführungen des Klägers zur Begründetheit seines Auflösungsantrages seien unzutreffend, insbesondere sein Vortrag, das Verhalten der Beklagten und ihrer Prozessbevollmächtigten sei schriftlich wie mündlich von ehrverletzenden Äußerungen und Handlungen geprägt. Es lägen hinsichtlich ihres nunmehr, hilfsweise, ebenfalls gestellten Auflösungsantrages Gründe vor, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen den Parteien nicht erwarten ließen, nachdem der Kläger vom 21.12. bis 27.12.2013 unentschuldig der Arbeit ferngeblieben sei und hierzu widersprechende Angaben gemacht habe, ihm auch die Einsichtsfähigkeit fehle, einen Fehler hinsichtlich des Bestandes der Mehrwegverpackungen gemacht zu haben. Die Ausführungen des Klägers in seiner hilfsweisen Anschlussberufung zur Höhe von Verzugslohnansprüchen seien so nicht nachvollziehbar.

Wegen des Vorbringens der Parteien im Zweiten Rechtszug im Übrigen wird auf den Inhalt der Schriftsätze vom 11.02.2015, vom 24.03.2015 und vom 23.04.2015 sowie auf ihre ergänzenden Einlassungen im Rahmen ihrer Parteianhörung in der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren gemäß der entsprechenden Feststellungen in der Sitzungsniederschrift vom 07.05.2015 (Bl. 423 f d. A.) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

I.

Die gemäß § 64 Abs. 2 ArbGG statthafte Berufung der Beklagten ist form- und fristgerecht eingelegt und (überwiegend !, s.u. 4.) begründet worden und daher grundsätzlich zulässig (§§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO).

- 11 -

II.

Die Berufung der Beklagten ist unbegründet. Ihre ordentliche Kündigung vom 10.01.2014 zum 31.03.2014 ist sozial ungerechtfertigt (dazu **1.**), wobei das Arbeitsverhältnis auf nunmehr übereinstimmenden Antrag beider Parteien zum Kündigungstermin gegen Zahlung einer Abfindung – in Höhe von 16.800,- € - aufzulösen ist (dazu **2.**). Der Kläger hat auch Anspruch auf Zahlung der weiteren Hälfte seines „Weihnachtsgeldes“ für das Jahr 2013 in Höhe von 1.500,- € brutto nebst Verzugszinsen (dazu **3.**) und auf Erteilung eines qualifizierten Arbeitszeugnisses (dazu **4.**).

1. Das Arbeitsgericht hat im Ergebnis zutreffend und mit überzeugender Begründung - auf die zunächst Bezug genommen wird (§ 69 Abs. 2 ArbGG) - entschieden, dass die ordentliche fristgemäße Kündigung der Beklagten vom 10.01.2014 zum 31.03.2014 nicht aus verhaltensbedingten Gründen sozial gerechtfertigt war (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG).

a) Ungeachtet der Frage einer auch hier erforderlichen Abmahnung (s. u.) ergibt sich deren soziale Rechtfertigung aus verhaltensbedingten Gründen nicht bereits aus einer Verletzung der Anzeige- und/oder Nachweispflicht im Zusammenhang mit der über den 20.12.2013 hinaus andauernden Arbeitsunfähigkeit des Klägers: Der Kläger war gemäß der vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung der Ärztin Dr. E. vom 21.12.2013 (Anl. K 6b, Bl. 36 d. A.) weiter bis 27.12.2013 (und auch darüber hinaus) arbeitsunfähig krank geschrieben. Allein die Tatsache, dass diese Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung am Samstag, den 21.12.2013 ausgestellt/datiert war, vermag, auch im Hinblick auf die durchaus nachvollziehbaren Einlassungen des Klägers hierzu, deren Beweiswert zur Überzeugung der Berufungskammer (§ 286 Abs. 1 ZPO) noch nicht in erheblicher Weise zu erschüttern – ein „unentschuldigtes Fehlen“ des Klägers lag damit in diesem Zeitraum objektiv nicht vor.

Auch die von der Beklagten behauptete fehlende unverzügliche Anzeige der Fortdauer der Erkrankung des Klägers durch diesen würde, ohne - fehlenden - Vortrag der Beklagten zu etwa schwerwiegenden Auswirkungen einer unterlassenen Anzeige etc., als solche keinesfalls allein bereits eine verhaltensbedingte Kündigung aus diesem Grund rechtfertigen können.

Im Übrigen wären diese Vorwürfe durch die Abmahnung der Beklagten mit Schreiben vom 23.12.2013 (Anl. K5, Bl. 34 d. A.) als Kündigungsgrund verbraucht gewesen – im Ausspruch einer Abmahnung liegt regelmäßig der konkludente Verzicht auf das Recht zur Kündigung aus den dort gerügten Gründen (BAG, ständ. Rspr., etwa U . v. 26.11.2009, 2 AZR 751/08, NZA 2010, S. 823 f – Rz. 12, m. w. N. -; vgl. auch APS-Dörner/Vossen, 4. Aufl. 2012, § 1 KSchG - Rz. 404 -) -, unabhängig davon, und selbst dann, dass diese Abmahnung inhaltlich reichlich „perplex“ (und laienhaft) formuliert (vgl. die Feststellungen hierzu im Urteil der Berufungskammer vom 29.01.2015, 4 Sa 702/14 - dort II. 2./S. 10 f der Entscheidungsgründe -), und nach diesem, insoweit rechtskräftigen, Teilurteil des Arbeitsgerichts vom 25.07.2014 aus dem Personalakt des Klägers zu entfernen (und „zu vernichten“) war.

b) Auch der, für die Beklagte erkennbar im Vordergrund stehende, Vorwurf der vom Kläger pflichtwidrig unterlassenen Bestands-/Verlaufskontrolle hinsichtlich der Mehrwegtransportverpackungskisten vermag, zumal ohne einschlägige Abmahnung, keine verhaltensbedingte Kündigung aus diesem Grund zu rechtfertigen:

aa) Selbst wenn das, im Detail streitige, Vorbringen der Beklagten hierzu hypothetisch als wahr unterstellt wird, der Kläger habe seine ihm obliegende, tatsächlich auch erfüllbare, Pflicht der Verlaufs-/Bestandskontrolle der Mehrwegtransportverpackungskisten verletzt und weder bei der Fa. I., K., als Lieferantin/Produzentin der von der Beklagten bei dieser jeweils bestellten/gemieteten Mehrwegtransportkisten noch dann bei den Lieferanten der Beklagten in Spanien, Frankreich, Italien usw. noch später anlässlich deren Transporte recherchiert, welche Mengen/Gebinde der von der Beklagten beim Hersteller/Vermieter dieser Kisten gemieteten/geordneten Kistentranchen - die von dort unstreitig direkt an die Obst-/Gemüseproduzenten im Ausland ausgeliefert wurden - jeweils zirkuliert/weitergereicht und letztlich über die Firma A. als Hauptkundin der Beklagten von deren Filialen bzw. Verteilzentren wieder direkt an die Firma I. als Vermieterin dieser Kisten zurückgeleitet wurden - der Kläger habe sogar auf die regelmäßige Nachfrage des Geschäftsführers der Beklagten hierzu erklärt, es sei alles in Ordnung -: Dies würde dann zwar ein gewisses Fehlverhalten des Klägers bei der Erfüllung seiner selbstverständlich bestehenden Kontroll-, Dispositions- und Überwachungspflichten darstellen. Allerdings wäre bei dessen kündigungrechtlicher Bewertung zu berücksichtigen, dass -

wie das Arbeitsgericht hierzu zutreffend ausgeführt hat - der Kläger hierbei allenfalls formale Nachforschungspflichten verletzt hätte, damit aber noch nicht gesagt wäre, dass und ggf. in welchem Umfang sich die - wie auch von der Beklagten in der ersten mündlichen Verhandlung vom 29.01.2015 über das vorausgegangene Teilurteil im Grundsatz eingeräumt - quasi „natürlichen“, angesichts der Umstände: kaum vermeidbaren, Schwundquoten (auch: Beschädigungen, Diebstähle ...) der offensichtlich zu Tausenden ständig durch ganz Europa und jeweils über mehrere Be- und Ent- und ggf. Umladestationen/Kommissionierungsschritte sowie Verteilung durch die Kundin Fa. A. zirkulierenden Kisten hierdurch tatsächlich in signifikanter Weise reduziert hätten, die von der Lieferantin dieser Kisten in einer jährlichen Inventur ermittelte – eingeräumter Maßen: nicht ungewöhnliche - Defizienz bei diesen Kisten sich dadurch maßgeblich verringert hätte.

Hinzu kamen Krankheits- und Urlaubszeiten des Klägers im Jahr 2013 in zeitlich erheblichem und unstreitigem Umfang von mindestens fünf Wochen Urlaub und 27 Tagen (Arbeitstagen?) Arbeitsunfähigkeit - weshalb eine Zurechenbarkeit und Verantwortlichkeit des Klägers für Kistenfehlbestände jedenfalls erheblich (weiter) relativiert werden müsste.

bb) Jedenfalls jedoch würde eine verhaltensbedingte Kündigung aus diesen Gründen am unstreitigen Fehlen einer – unabdingbaren - vorherigen, rechtswirksamen, einschlägigen Abmahnung scheitern müssen.

Es ist nahezu abwegig annehmen zu wollen, diese Vorwürfe - sofern erwiesen - wären bereits als derart schwerwiegend anzusehen, dass das Erfordernis mindestens einer Abmahnung im Rechtssinne entfallen müsste:

Zwar kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ausnahmsweise und im Einzelfall die Notwendigkeit einer einschlägigen Abmahnung entfallen, wenn insbesondere aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine Verhaltensänderung in Zukunft nicht erwartet hätte werden können, etwa, weil der Kläger ausdrücklich oder konkludent jedoch unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hatte, sein Verhalten auch in Zukunft unverändert fortzusetzen - dieses nicht ändern zu wollen - oder die Vertragsverletzung hartnäckig oder uneinsichtig begangen wurde und mit einem vertragskonformen Verhalten keinesfalls mehr zu rechnen war, ebenso, wenn es sich bei der

geschehenen Pflichtverletzung um ein Verhalten handelte, dessen Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne Weiteres erkennbar und dessen Hinnahme auch aus seiner Sicht offensichtlich ausgeschlossen war (vgl. hierzu etwa BAG, U. v. 21.06.2012, 2 AZR 153/11 - Rzn. 15 f, m. w. N. -; BAG, U. v. 19.04.2012, 2 AZR 258/11, NZA-RR 2012, S. 567 f - Rz. 15 -; BAG, U. v. 09.06.2011, 2 AZR 381/10, NZA 2011, S. 1027 f - Rz. 18 -; s. a. KR-Fischermeier, 10. Aufl. 2013, § 626 BGB Rzn. 266 f/268, m. w. N.).

Vom Vorliegen solcher Voraussetzungen kann hier, auf der Hand liegend, keine Rede sein. Auch wiederum bei Wahrunterstellung des im Einzelnen streitigen Vorbringens der Beklagten hierzu kann vom Vorliegen eines derart schwerwiegenden, jedenfalls in evidenter Weise als grob pflichtwidrig anzusehenden, Fehlverhaltens des Klägers im vorigen Sinn nicht ausgegangen werden - hier würden „nur“ Versäumnisse hinsichtlich seiner arbeitsvertraglichen Überwachungs- und Kontrollpflichten, ggf. auch seiner Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB), gegeben sein. Es ist auch nicht anzunehmen, dass der Kläger selbst im Falle des Ausspruchs einer einschlägigen, auf diesen Pflichtenkreis bezogenen, Abmahnung nicht reagiert, sein Verhalten daraufhin keinesfalls geändert/gebessert hätte.

c) Damit erweist sich die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 10.01.2014 nicht aus verhaltensbedingten Gründen als sozial gerechtfertigt, weshalb diese unwirksam ist (§ 1 Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 KSchG).

2. Auf nunmehr beidseitigen Antrag ist das Arbeitsverhältnis zum Kündigungstermin am 31.03.2014 gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen (§ 9 Abs. 1 und Abs. 2, § 10 Abs. 1 und Abs. 3 KSchG).

a) Die Beklagte hat im Berufungsverfahren mit Schriftsatz vom 23.04.2015, auf den sie in der mündlichen Verhandlung Bezug genommen hat (§ 297 Abs. 2 ZPO), zuletzt ebenfalls einen Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach §§ 9 und 10 KSchG gestellt/angekündigt. Dass sie sich dort zur Höhe einer hiernach festzusetzenden Abfindung nicht geäußert - diese auch nicht, wie in der Praxis vielfach üblich (siehe den Antrag des Klägers im vorliegenden Verfahren), wenigstens ausdrücklich in das Ermessens des Gerichts gestellt - hat, ist hinsichtlich der Wirksamkeit dieses Antrages unerheblich -

Letzteres, die Festsetzung der Abfindungshöhe nach Ermessen des Gerichts, hat die Beklagte, auch ausweislich ihrer ergänzenden Ausführungen zu diesem Antrag sodann in der mündlichen Verhandlung, so gemeint haben wollen (!).

b) Dem Auflösungsantrag nunmehr auch der Beklagten steht nicht bereits entgegen, dass die streitgegenständliche Kündigung auch, oder allein, aus sonstigen Gründen außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes rechtsunwirksam wäre - weshalb offen bleiben kann, ob diese Voraussetzung ohne Weiteres auch auf den Fall beiderseitiger Auflösungsanträge wie hier zu übertragen wäre.

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann der Arbeitgeber die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG auch im Falle der Rechtsunwirksamkeit einer ordentlichen Kündigung nur verlangen, wenn diese allein auf deren Sozialwidrigkeit, nicht - auch oder allein - auf anderen Gründen i. S. d. § 13 Abs. 3 KSchG beruht. Dies wird in erster Linie damit begründet, dass die Lösungsmöglichkeit nach § 9 KSchG für den Arbeitgeber eine Vergünstigung bedeutet, die damit nur in Betracht kommen kann, wenn eine Kündigung „nur“, allein, sozialwidrig und nicht - auch - aus anderen Gründen rechtunwirksam oder nichtig ist (vgl. etwa BAG, U. v. 28.08.2008, 2 AZR 63/07, NZA 2009, S. 275 f - B. II. 2. d. Gr., m. w. N. -; BAG, U. v. 31.07.2014, 2 AZR 434/13, NZA 2015, S. 358 f – Rz. 44 -).

bb) Dies scheidet hier, offensichtlich, aus. Eine Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit der Kündigung der Beklagten vom 10.01.2014 außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes (§ 13 Abs. 3 KSchG) ist weder geltend gemacht noch sonst ersichtlich.

c) Das Berufungsgericht ist mit der ganz überwiegenden Ansicht der Auffassung, dass ein von beiden Parteien übereinstimmend gestellter Auflösungsantrag keiner Begründung (mehr) bedarf – im Ergebnis liegt hier ein faktisches Anerkenntnis des jeweils gegnerischen Auflösungsantrages dem Grunde nach vor, statt eines, aus welchen Gründen auch immer nicht erfolgten/möglichen, Vergleichsabschlusses stellen die Parteien damit im Ergebnis die Festlegung einer Abfindung im Rahmen des § 10 KSchG in das richterliche Ermessen (vergleichbar § 317 Abs. 1 BGB - so im Ergebnis LAG Hamm, U. v. 3.12.1998, 4 Sa 703/98, Juris – 2.1 d. Gr. -; vgl. zur Literatur etwa ErfK-Kiel, 15. Aufl.

2015, § 9 Rz. 24; APS-Biebl, 4. Aufl. 2012, § 9 KSchG Rz. 71; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 15. Aufl. 2013, § 9 Rz. 74; Bader in Bader/Bram et al., Kündigungs- und Bestandsschutz im Arbeitsverhältnis (5/2013), § 9 KSchG Rz. 21; Schwarze in Schwarze/Eylert/Schrader, KSchG (2011), § 9 Rz. 60; aA etwa Gieseler in Gallner/Mestwerdt/Nägele (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 5. Aufl. 2015, § 9 KSchG Rzn. 75 f).

Auch in einem solchen Fall des überstimmend geäußerten Wunsches auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses, dessen beidseitig gewollter endgültiger Beendigung, die fehlende Zumutbarkeit einer Fortsetzung für den Arbeitnehmer/Kläger (§ 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG) und/oder das Vorliegen von Gründen für das Fehlen einer weiteren betriebsdienlichen Zusammenarbeit als Voraussetzung für den Auflösungsantrag des Arbeitgebers/der Beklagten (§ 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG) inhaltlich prüfen zu wollen - mit der Option, dies (zumal im Hinblick auf die hier grundsätzlich geltenden strengen Anforderungen) zu verneinen -, würde dann die Parteien gegen ihren übereinstimmenden Willen am Arbeitsverhältnis festhalten. Dies würde nicht nur den von der Rechtsprechung des BAG zum Auflösungsantrag hypostasierten „Bestandserhaltungsgedanken“ des Kündigungsschutzgesetzes nahezu ins Satirische überhöhen und letztlich konterkarieren, sondern die Parteien in der Folge auch zu entsprechenden Ausweichstrategien/Umgehungsreaktionen zwingen.

Damit ist das Arbeitsverhältnis der Parteien auf ihren nunmehr übereinstimmenden Antrag ohne weiteres zum Kündigungstermin 30.04.2014 aufzulösen.

d) Die Beklagte hat an den Kläger eine Abfindung in Höhe von 16.800,-- € zu bezahlen.

aa) Hinsichtlich der Höhe einer damit festzusetzenden Abfindung ist von demjenigen Arbeitsentgelt auszugehen, das der Kläger von Anfang an mit „durchschnittlich“ 3.195,06 € brutto/Monat angegeben hat (Grundgehalt: 3.000,-- € brutto/Monat zzgl. Durchschnittsbetrag weitergehender Zahlungen). Mangels anderweitiger Anhaltspunkte ist anzunehmen, dass er dieses Durchschnittsgehalt auch im hierfür maßgeblichen Monat April 2014 (§§ 9 Abs. 2, 10 Abs. 3 KSchG) in dieser Höhe bezogen hat.

bb) Das Arbeitsgericht hat in seiner Entscheidung hierzu ohne nähere Begründung, nahezu unbesehen, der Festsetzung der Abfindungshöhe mit 3,5 Bruttomonatsvergütungen bei etwa sieben Jahren Betriebszugehörigkeit die in der Praxis verbreitete „Faustformel“ (auch: „Haustarif“ o. ä.) von einem halben Bruttomonatsgehalt je Beschäftigungsjahr zugrunde gelegt (die allerdings in der Praxis regelmäßig nur in der Güteverhandlung beim Arbeitsgericht und offenen Prozessaussichten dort als Verhandlungsgrundlage dient ... - deshalb nicht auch im vorliegenden Zusammenhang ohne weiteres eine etwa „präjudizielle“ Rolle spielen kann ...).

Das Berufungsgericht ist bei seiner Entscheidung zur Bemessung der Abfindungshöhe demgegenüber näher ausgegangen,

- von einer Betriebszugehörigkeit des Klägers zum Auflösungszeitpunkt 30.04.2014 von über sieben Jahren,
- vom allerdings nicht sehr fortgeschrittenen Alter des Klägers von, ebenfalls zum auch hierbei maßgeblichen Auflösungszeitpunkt, noch 28 Jahren,
- andererseits seiner unstreitig bestehenden Unterhaltspflicht für ein (offensichtlich minderjähriges) Kind,
- von seinen Aussichten auf dem Arbeitsmarkt, die - wie letztlich seine anderweitige Beschäftigungsaufnahme nach fünf Monaten zeigt - jedenfalls als nicht atypisch schlecht anzusehen waren,
- von der durch die Auflösungsentscheidung ersparten Vergütungsnachzahlungspflicht für die Beklagte nach den Grundsätzen ihres Annahmeverzugs mit der Arbeitskraft des Klägers (§§ 293 f, 615 BGB, 11 KSchG) für fünf Monate, was bereits unter Ansatz des Arbeitnehmer-Bruttogehaltsbetrages von ca. 3.200,-- €/Monat einen Betrag von ca. 16.000,-- € ergibt (unter Berücksichtigung der ersparten Sozialversicherungsbeiträge der Beklagten - sog. „Arbeitgeber-Brutto“ -: damit deutlich über 19.000,-- €),

- weiter von einem gewissen Minderverdienst des Klägers, der bei seiner neuen Beschäftigung nach seinen, für die Berufungskammer glaubhaften (§ 286 Abs. 1 ZPO), Angaben dort derzeit ein (Anfangs-)Gehalt von etwa 2.900,-- € brutto/Monat erzielt - was ebenfalls zu entsprechenden (ggf. auch längerfristigen) Verzugslohn-Differenzansprüchen von ca. 300,-- € brutto/Monat, entsprechend etwa 10 % seines Effektivverdienstes bei der Beklagten, führen hätte müssen (zumal bei der neuen Beschäftigungsstelle des Klägers in den ersten sechs Monaten noch kein Kündigungsschutz gegeben war: § 1 Abs. 1 KSchG),
- vor allem auch dem Maß der Sozialwidrigkeit der streitgegenständlichen Kündigung, die als nahezu greifbar unwirksam angesehen werden musste:
Die Vorwürfe wegen unentschuldigtem Fehlens des Klägers ab 21.12.2013, während einer längeren Arbeitsunfähigkeit, waren angesichts jedenfalls objektiv dokumentierter Arbeitsunfähigkeit auch in diesem Zeitraum zur Begründung einer Kündigung nicht ansatzweise geeignet - zumal die hierzu ausgesprochene Abmahnung vom 23.12.2013 nicht nur inhaltlich annähernd perplex war, sondern nach dem insoweit rechtskräftigen Urteil der Berufungskammer vom 29.01.2015 (4 Sa 702/14) obsolet ist (und den Kündigungsgrund überdies auch verbraucht hatte: s.o.). Den weiteren Vorwürfen musste bereits das Fehlen einer einschlägigen Abmahnung entgegenstehen (s. o.);
- gänzlich unberücksichtigt kann auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Beklagten nicht bleiben, die diese in der mündlichen Verhandlung selbst als „hervorragend“ bezeichnet hat - damit scheiden jedenfalls die Liquidität der Beklagten als mittelständischen Unternehmens gefährdende mögliche Auswirkungen einer Abfindungszahlung in dieser Höhe offensichtlich aus.

Nach sorgfältiger Abwägung aller dieser, und weiterer, Umstände hält die Berufungskammer deshalb insgesamt einen Abfindungsbetrag von 16.800,-- €, entsprechend (abgerundet) 75 % eines Bruttomonatsgehalts je Beschäftigungsjahr bzw. insgesamt 5,25 Bruttomonatsvergütungsbeträgen von jeweils ca. 3.200,-- € und damit lediglich knapp 44 % des hier gesetzlich vorgegebenen Höchstbetrages einer Abfindung von zwölf Bruttomonatsvergütungen (§ 10 Abs. 1 KSchG), für angemessen.

Hier besteht auch nicht etwa ein Verbot einer Verschlechterung - reformatio in peius - gegenüber der vom Arbeitsgericht nahezu unbesehen festgesetzten Abfindung von 10.600,-- €. Durch die von der Beklagten unbeschränkt eingelegte - und, trotz entsprechenden Hinweises des Gerichts in der mündlichen Verhandlung, auch im Hinblick hierauf nicht zurückgenommene - Berufung der Beklagten war vollständig der Devolutiv-effekt eingetreten, so dass die Berufungskammer über die Auflösung und damit verbundene Abfindungszahlung ganz neu zu entscheiden hatte. Im Übrigen war hier nunmehr Streitgegenstand auch ein Auflösungsantrag der Beklagten.

3. Der Kläger hat auch Anspruch auf Zahlung der zweiten Hälfte des „Weihnachtsgeldes“ für das Jahr 2013 in Höhe von weiteren 1.500,-- € brutto nebst Verzugszinsen, wie das Arbeitsgericht - auf dessen Ausführungen hierzu zunächst vollständig Bezug genommen wird (§ 69 Abs. 2 ArbGG) - zutreffend entschieden hat.

a) Anspruchsgrundlage ist hierfür jedenfalls ein aus den Grundsätzen der Betriebsübung begründeter arbeitsvertraglicher Anspruch - der Kläger hat, von der Beklagten insoweit nicht, auch nicht in der Berufung, bestritten, jedenfalls seit 2009 bis einschließlich 2012, somit über vier Jahre nacheinander, ein „regelmäßiges Weihnachtsgeld“ in Höhe von jeweils einer Bruttomonatsvergütung erhalten.

b) Diesem somit arbeitsvertraglich bestehenden Anspruch steht nicht die Freiwilligkeitsklausel in § 5 Ziff. 4 des Arbeitsvertrages entgegen.

aa) Dass es sich bei diesem Arbeitsvertrag bereits nach dessen äußerem Erscheinungsbild sowie den dortigen allgemeinen, ersichtlich nicht auf den Einzelfall - das streitgegenständliche Arbeitsverhältnis der Parteien – abgestellten, Regelungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne der § 305 Abs. 1, ggf. des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB handelt, ist annähernd evident. Auch hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren im Rahmen seiner dortigen Parteianhörung für die Berufungskammer glaubhaft und von der Beklagten dort insoweit nicht in Frage gestellt ausgeführt, dass bei seiner Einstellung nur über die Frage seiner Vergütung verhandelt worden sei, über andere Regelungen des schriftlichen Arbeitsvertrages dagegen nicht - diesen habe er nach etwa einer Woche freiwilliger Probearbeit von der Beklagten so ausgehändigt

erhalten, woraufhin er von ihm unbesehen so unterzeichnet worden sei. Auch die Beklagte hat dort ausgeführt, dass bei den schriftlichen Arbeitsverträgen „im Computer abgespeicherte Bausteine zu den üblichen Regelungen verwendet würden“ (wenngleich „diese Verträge schon ausgehandelt würden“ ...?).

Hiernach kann am Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Sinne der §§ 305 Abs. 1 f BGB deshalb kein vernünftiger Zweifel bestehen (§ 286 Abs. 1 ZPO).

bb) Die Regelung zum Freiwilligkeitsvorbehalt unter § 5 Ziff. 4 des schriftlichen Arbeitsvertrages verstößt jedenfalls gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB:

(1) Nach dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB muss eine Vertragsklausel im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren die Rechte und Pflichten des Vertragspartners des Klauselverwenders so klar und präzise wie möglich umschreiben. Eine Klausel verletzt das Bestimmtheitsgebot als Bestandteil des Transparenzgebots, wenn sie vermeidbare Unklarheiten enthält und Spielräume eröffnet. Sinn des Transparenzgebots ist es, der Gefahr vorzubeugen, dass der Vertragspartner des Klauselverwenders von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird (vgl. zuletzt etwa BAG, U. v. 30.09.2014, 3 AZR 930/12, NZA 2015, S. 231 f - Rz. 20 -; BAG, U. v. 19.02.2014, 5 AZR 700/12, NZA 2014, S. 1097 f - Rz. 19 -, jeweils m. w. N.).

(2) Ungeachtet dessen, dass diese Vertragsklausel, die drei Sätze der Freiwilligkeitsbestimmung hinsichtlich dort genannter Sonderzahlungen in § 5 Ziff. 4 des schriftlichen Arbeitsvertrages, bereits aus sich heraus nicht ganz verständlich scheint, als dort einerseits „freiwillige Zuwendungen“ (wie z. B. Weihnachts- und andere Gratifikationen ...) nach freiem Ermessen überhaupt festgelegt werden können, andererseits konkrete Ausschlussstatbestände normiert sind, regelt der einzige hier in Frage kommende solche Ausschlussstatbestand unter lit. a dieser Vertragsklauseln, dass „von derartigen freiwilligen Zuwendungen ... der Arbeitnehmer ausgeschlossen“ ist, „wenn er durch sein Verhalten zu ernstlichen Beanstandungen im Verlaufe des Jahres Anlass gegeben hat“. Bereits der Begriff des „Anlassgebens“ von „ernstlichen Beanstandungen“ verletzt das Bestimmtheitsgebot in eklatanter Weise und enthält auch nicht ansatzweise eine annähernd

klare Umschreibung dessen, was „ernstliche Beanstandungen“ in diesem Sinne sein, wie diese näher etwa konkretisierbar sein sollten – welches Verhalten hiernach sanktioniert und deshalb tunlichst und in eigenem Interesse des Arbeitnehmers zu vermeiden sein sollte.

Deshalb hat bereits das Arbeitsgericht zutreffend diese Klausel wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebots des, anwendbaren, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB als - wegen des Verbotes geltungserhaltender Reduktion: ersatzlos - rechtsunwirksam angesehen. Deshalb besteht dieser arbeitsvertragliche Anspruch des Klägers zu Recht.

c) Die Entscheidung zu den Verzugszinsen beruht auf § 288 Abs. 1 BGB.

4. Hinsichtlich des vom Arbeitsgericht mit dem angefochtenen Schlussurteil vom 12.12.2014 auch entschiedenen Anspruches auf Erteilung eines qualifizierten Arbeitszeugnisses ist die Berufung, wenn nicht bereits - mangels jeglichen Begründungsansatzes hierzu – insoweit unzulässig, so doch jedenfalls unbegründet (§ 109 GewO).

5. Damit ist die Berufung der Beklagten im Übrigen zurückzuweisen.

6. Wegen Erfolglosigkeit der Berufung der Beklagten ist die hilfsweise für die gegen-
teilige Entscheidung erhobene Anschlussberufung des Klägers eo ipso gegenstandslos.

III.

Die Beklagte hat hinsichtlich ihrer insgesamt erfolglosen Berufung die Kosten beider Instanzen zu tragen (§§ 97 Abs. 1, 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

IV.

Da dem Rechtsstreit über die Klärung der konkreten Rechtsbeziehungen der Parteien hinaus keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, bestand für die Zulassung der Revision gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG keine Veranlassung.

Gegen dieses Urteil ist deshalb die Revision nur gegeben, wenn sie das Bundesarbeitsgericht auf Grund einer Nichtzulassungsbeschwerde, auf deren Möglichkeit und Voraussetzungen gemäß § 72 a ArbGG die Beklagte hingewiesen wird, zulassen sollte.

Burger

Thomsen

Vincioli