

Aktenzeichen:  
7 Sa 54/20  
4 Ca 2211/19  
ArbG Koblenz



Verkündet am:  
23.09.2020

**Abschrift**

Justizinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

# LANDEsarBEITSGERICHT RHEINLAND-PFALZ

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

Mit. Z. R. Rücksprache	Wiederverträge
DGB Rechtsschutz GmbH Büro Mainz	
07. JAN. 2021	
Freigelegt	Fristen + Termine Bearbeitet

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte/r:

DGB Rechtsschutz GmbH Büro Mainz, handelnd  
durch Rechtsschutzsekretär Marco Veeck,  
Kaiserstraße 26-30, 55116 Mainz

gegen

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte/r:

hat die 7. Kammer des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz auf die mündliche Verhandlung vom 23. September 2020 durch die Vorsitzende Richterin am Landes-arbeitsgericht ... als Vorsitzende und den ehrenamtlichen Richter ... und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer für Recht er-kannt:

**1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Koblenz vom 8. Januar 2020, Az.: 4 Ca 2211/19, abgeändert.**

**Die Klage wird abgewiesen.**

**2. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits (1. und 2. Instanz) zu tragen.**

**3. Die Revision wird nicht zugelassen.**

## **Tatbestand**

Die Parteien streiten über eine verhaltensbedingte außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten.

Der am 3. November 1976 geborene, keinen Unterhaltsverpflichtungen unterliegende und geschiedene Kläger war bei der Beklagten seit dem 11. Juli 2013 als Versandmitarbeiter beschäftigt. Sein Bruttomonatsgehalt betrug bei einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 38,75 Stunden zuletzt 2.274,72 €.

Die Beklagte betreibt ein Logistikunternehmen und beschäftigt in der Regel circa 1.800 Arbeitnehmer. Es besteht ein Betriebsrat.

Seit dem 28. Juni 2019 blieb der Kläger ohne jede Meldung der Arbeit fern. Unter dem 2. Juli 2019 (Bl. 42 d. A.), forderte die Beklagte den Kläger auf, unverzüglich die Arbeit ordnungsgemäß zu Schichtbeginn wiederaufzunehmen und unverzüglich

eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem 28. Juni 2019 nachzureichen. In diesem Schreiben heißt es weiter:

*„Sollten Sie Ihre Arbeit nicht unverzüglich, spätestens bis zum 09.07.2019 wieder aufnehmen und eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem 28.06.2019 vorlegen, werden wir Ihr Arbeitsverhältnis fristlos kündigen.“*

Nach Zugang dieses Schreibens am 4. Juli 2019, meldete sich der Kläger auf der Krankenhilfe der Beklagten und hinterließ eine Nachricht auf dem Band. Hier teilte er mit, dass er am nächsten Tag auf jeden Fall zur Arbeit erscheinen werde. Dennoch erschien der Kläger weiterhin nicht zur Arbeit.

Mit Schreiben vom 9. Juli 2019 (Bl. 44 ff. d. A.) hörte die Beklagte ihren Betriebsrat zu der beabsichtigten außerordentlichen, hilfsweisen ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger an. Mit Schreiben vom 12. Juli 2019 (Bl. 47 d. A.) teilte der Betriebsrat der Beklagten um 14.55 Uhr mit, dass er keine weitere Stellungnahme abgeben werde. Er gab zur Begründung hinsichtlich der außerordentlichen Kündigung an: *„MA war für den BR nicht erreichbar“*.

Mit Schreiben vom 12. Juli 2019 (Bl. 5 d. A.), ausgefertigt und unterschrieben von Frau R. um 15.00 Uhr, dem Kläger am 13. Juli 2019 zugegangen, sprach die Beklagte daraufhin die streitgegenständliche außerordentliche und fristlose Kündigung, hilfsweise ordentliche und fristgerechte Kündigung zum 30. September 2019 aus.

Gegen diese Kündigung wandte sich der Kläger mit seiner am 5. August 2019 beim Arbeitsgericht eingegangenen Kündigungsschutzklage. In der Klageschrift war als Prozessbevollmächtigte die L. Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in Köln angegeben. An diese, genauer in das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA)

der angestellten Rechtsanwältin Frau Dr. Z. wurde die Klage vom Arbeitsgericht am 9. August 2019, 7:18 Uhr übersandt. Zu diesem Zeitpunkt war die L. Rechtsanwaltsgesellschaft mbH noch nicht von der Beklagten prozessbevollmächtigt. Nachdem das Arbeitsgericht mit Schreiben vom 22. August 2019 (Bl. 14 d. A.) das Empfangsbekenntnis zur Klagezustellung angefordert hatte, teilte Frau Rechtsanwältin Dr. Z. mit Schriftsatz vom 22. August 2019 (Bl. 12 d. A.) dem Gericht mit, dass sie nicht prozessbevollmächtigt seien; die an sie vorgenommene Zustellung der Klageschrift sei unwirksam. Das elektronische Empfangsbekenntnis könnten sie daher nicht abgeben.

Die Klage wurde sodann an die Beklagte selbst am 24. August 2020 - wie aus der Zustellungsurkunde Bl. 16 d. A. ersichtlich - zugestellt.

Ihre sodann von der Beklagten für das vorliegende Gerichtsverfahren erteilte Prozessvollmacht zeigte die L. Rechtsanwaltsgesellschaft (durch Frau Rechtsanwältin Dr. Z.) am 27. August 2019 gegenüber dem Arbeitsgericht an.

Nach Ergehen des erstinstanzlichen Urteils forderte die Beklagte den Kläger durch Schreiben vom 29. Januar 2020, dem Kläger zugestellt am 30. Januar 2020, auf, am 3. Februar 2020 um 6.30 Uhr die Arbeit wieder aufzunehmen. Nachdem der Kläger nicht erschien, entschied sich die Beklagte, erneut eine außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung wegen unentschuldigter Fernbleibens von der Arbeit auszusprechen. Der Betriebsrat wurde am 5. Februar 2020 angehört. Der Kläger bot seine Arbeitskraft am 10. und 11. Februar 2020 im Betrieb der Beklagten an. Diese lehnte die Beklagte ab. Am 11. Februar 2020 erfolgte eine weitere Anhörung des Betriebsrats. Am 12. Februar 2020 sprach die Beklagte erneut eine außerordentliche Kündigung aus, die dem Kläger am 13. Februar 2020 zugestellt wurde.

Der Kläger war der Ansicht,

ein wichtiger Grund für die Kündigung sei nicht gegeben und die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht eingehalten. Die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung sei sozial nicht gerechtfertigt.

Er hat die ordnungsgemäße Anhörung des bei der Beklagten gebildeten Betriebsrats bestritten.

Der Kläger hat **erstinstanzlich** beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die außerordentliche Kündigung noch die hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 12. Juli 2019 beendet wird;
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern auf unbestimmte Zeit fortbesteht;
3. im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1 und/oder zu 2 die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Versandmitarbeiter weiterzubeschäftigen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie war der Ansicht,

die Kündigung sei schon deshalb wirksam, weil die Klagefrist gemäß § 4 S. 1 KSchG nicht gewahrt worden sei. Die Klagezustellung bei der beklagten Partei selbst unter dem 24. August 2019 sei verspätet. Das Risiko, dass der vom Kläger als Prozessbevollmächtigter bezeichnete Anwalt keine Prozessvollmacht besitze und die an

diesen bewirkte Zustellung deshalb unwirksam sei, trage der Kläger. Nach der Rechtsprechung des BGH seien dem Zustellungsveranlasser zuzurechnende Verzögerungen von bis zu 14 Tagen regelmäßig geringfügig und deshalb hinzunehmen. Die Zustellung der Klageschrift an die Beklagte erst 19 Tage nach deren Eingang bei Gericht stelle keine geringfügige Verzögerung dar; von einer Zustellung „demnächst“ könne nicht ausgegangen werden. Frau Rechtsanwältin Dr. Z. habe sich im Zeitraum vom 5. bis einschließlich 19. August 2019 im Erholungsurlaub befunden.

Dadurch, dass der Kläger seit dem 28. Juni 2019 unentschuldig der Arbeit ferngeblieben sei und dieses Verhalten auch nach der Arbeitsaufforderung vom 2. Juli 2019 bis zum Ausspruch der Kündigung fortgesetzt habe, habe er seine arbeitsvertraglichen Pflichten auf das Schwerste verletzt. Ihm habe durchaus klar sein müssen, dass sie es nicht billige, dass er ohne jeden rechtfertigenden Grund und ohne Meldung der Arbeit fernbleibe. Die Kündigung habe daher ohne Abmahnung ausgesprochen werden können. Sie sei auch bei Berücksichtigung der hier im konkreten Einzelfall vorliegenden Umstände und der Abwägung aller beiderseitigen Interessen gerechtfertigt und verhältnismäßig.

Jedenfalls werde das Arbeitsverhältnis durch die hilfsweise ausgesprochene, ordentliche verhaltensbedingte Kündigung vom 12. Juli 2019 mit Wirkung zum 30. September 2019 beendet.

Auch für den Fall, dass der Kläger mit seinen Anträgen zu 1 und/oder 2 in erster Instanz obsiege, bestehe kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens. Aus der Tatsache, dass das Verhalten des Klägers massiv schädigend sei, ergebe sich ein überwiegendes Interesse ihrerseits daran den Kläger nicht weiter zu beschäftigen.

Das Arbeitsgericht hat durch Urteil vom 8. Januar 2020 festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die außerordentliche Kündigung noch die hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 12. Juli 2019 aufgelöst wurde. Es hat weiter die Beklagte verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Versandmitarbeiter weiter zu beschäftigen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Das Arbeitsgericht hat - zusammengefasst - zur Begründung ausgeführt, für den allgemeinen Feststellungsantrag fehle es am Feststellungsinteresse im Sinn des § 256 Abs. 1 ZPO. Im Übrigen sei die Klage zulässig und auch begründet. Die außerordentliche Kündigung vom 12. Juli 2019 habe das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst. Der Kläger sei nicht nach §§ 13 Abs. 1 S. 2, 4 S. 1, 7 KSchG mit seinen Einwendungen gegen die Rechtswirksamkeit der streitgegenständlichen Kündigung ausgeschlossen, weil die hiergegen gerichtete Klage innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung (13. Juli 2019) beim Arbeitsgericht am 5. August 2019 vollständig eingegangen sei und somit auch umgehend habe zugestellt werden können. Dem stehe nicht entgegen, dass die Klageschrift am 9. August 2019 zunächst an die - spätere - Prozessvertreterin der Beklagten zugestellt worden sei, obwohl diese zu diesem Zeitpunkt noch nicht mandatiert gewesen sei. Zwar habe das Gericht die Zustellung aufgrund der Angaben im Passivrubrum der Klageschrift gemäß § 172 Abs. 1 S. 1 ZPO an die vermeintlichen Prozessvertreter der Beklagten richten müssen. Diese Zustellung sei sodann unwirksam gewesen, weil sie nicht an die beklagte Partei oder einen mandatierten Prozessvertreter gerichtet gewesen sei. Mit der Bestellungsanzeige vom 27. August 2019 bzw. mit der zwischenzeitlich erfolgten Mandatierung sei der Zustellungsmangel jedoch gemäß § 189 ZPO rückwirkend geheilt worden. Die Zustellung an die Beklagte sei bereits mit dem 9. August 2019 als bewirkt anzusehen. Ein wichtiger Grund im Sinn des § 626 Abs. 1 BGB liege nicht vor. Eine hinreichend schwere Pflichtverletzung des Klägers könne nicht angenommen werden. Die insoweit darlegungspflichtige Beklagte mache keinerlei Angaben zu den Hintergründen der Abwesenheit des Klägers seit dem 28. Juni 2019. Der Kläger selbst habe hierzu im Kammertermin vom

8. Januar 2020 ebenfalls keine verständlichen Ausführungen gemacht. Es hätte deshalb zur Annahme einer schweren Pflichtverletzung vor Ausspruch der Kündigung unverzichtbar der Abmahnung des Klägers bedurft. Aber auch unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit der ausgesprochenen Kündigung sei eine Abmahnung vorliegend nicht entbehrlich. Aus denselben Erwägungen sei die hilfsweise ausgesprochene ordentliche verhaltensbedingte Kündigung unwirksam; sie habe sich mangels Abmahnung als unverhältnismäßig und damit unwirksam erwiesen. Der Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers sei begründet. Wegen der Einzelheiten der erstinstanzlichen Begründung wird ergänzend auf die Entscheidungsgründe des Urteils des Arbeitsgerichts (Bl. 66 ff. d. A.) Bezug genommen.

Das genannte Urteil ist der Beklagten am 29. Januar 2020 zugestellt worden. Sie hat hiergegen mit einem am 14. Februar 2020 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz vom gleichen Tag Berufung eingelegt. Die Beklagte hat die Berufung mit einem am 24. April 2020 beim Landesarbeitsgericht - innerhalb der durch Beschluss vom 23. März 2020 bis einschließlich 27. April 2020 verlängerten Berufungsbegründungsfrist - eingegangenen Schriftsatz vom gleichen Tag begründet.

Zur Begründung der Berufung macht die Beklagte nach Maßgabe des genannten Schriftsatzes sowie des Schriftsatzes vom 15. September 2020, auf die ergänzend Bezug genommen wird (Bl. 102 ff., 153 ff. d. A.), zusammengefasst geltend,

die hiesige Kündigungsschutzklage sei nicht rechtzeitig, also nicht innerhalb der Frist des § 4 S. 1 KSchG durch den Kläger erhoben worden. Entscheidend sei, ob der Kläger durch nachlässiges Verhalten zu einer nicht nur geringfügigen Verlängerung der Zeitspanne zwischen Einreichung und Zustellung der Klage beigetragen habe. Dem Kläger schaden solche Verzögerungen nicht, die nur geringfügig seien. So nehme die (in diesem Sinn gefestigte) Rechtsprechung eine um bis zu 14 Tage verzögerte Zustellung - als Höchstgrenze - auch dann noch hin, wenn der

Arbeitnehmer die Verzögerung zu vertreten habe. Diese 14-tägige Frist sei indes im vorliegenden Fall überschritten worden.

Der Kläger habe eine verspätete Zustellung dann zu vertreten, wenn er als Zustellungsbetreiber nicht alles ihm Zumutbare für eine alsbaldige Zustellung getan habe. „Demnächst“ im Wortsinn bedeute, dass die Zustellung der „dem“ Einreichen der Klage „nächste“ Schritt sein können müsse. Daran fehle es in der Regel bei Mängeln der Klageschrift, etwa wenn die Angabe einer falschen oder unzureichenden Anschrift des/der Beklagten erfolgt sei. Ferner liege ein solcher Fall vor, wenn der Kläger - wie im vorliegenden Fall - im Rubrum der Klageschrift Rechtsanwälte als Prozessbevollmächtigte der Beklagten angebe, die zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht für den Rechtszug bestellt seien.

Durch die Bestellsanzeige vom 27. August 2019 bzw. mit der zwischenzeitlich erfolgten Mandatierung der (nunmehr) Prozessbevollmächtigten sei der Zustellungsmangel nicht rückwirkend gemäß § 189 ZPO geheilt. Das Arbeitsgericht verkenne insoweit die Ausführungen und Entscheidungsgründe des Bundesgerichtshofs in der Entscheidung vom 22. November 1988 (VI ZR 226/87) sowie die hieraus resultierenden Rechtsfolgen. Ganz offensichtlich gehe der BGH von einer Heilung der Zustellungsmängel zu dem Zeitpunkt aus, zu dem die spätere Bevollmächtigung der Prozessbevollmächtigten erfolgt sei, das heiße übertragen im vorliegenden Streitfall am 26. August 2019, wenn er das zuzustellende Schriftstück dann noch in seinem Besitz habe. Für eine Vorverlagerung der Heilungswirkung entgegen des Wortlauts der Norm sowie entgegen der Rechtsprechung auf den Zeitpunkt des Eingangs der Klage in das beA-Postfach der späteren Prozessbevollmächtigten bestehe keine rechtliche Grundlage. Es habe der Sachbearbeiterin und späteren Prozessbevollmächtigten nicht obliegen, durch eigene Bemühungen Fehler des Klägers zu antizipieren, aufzudecken und zu korrigieren. Die Einrichtung einer Urlaubsvertretung oder einer automatischen Weiterleitung von beA-Posteingängen auf andere E-Mail-Postfächer habe nicht das Ziel, Irrtümer anderer Parteien zu verhindern und

aufzudecken. Hinsichtlich der fehlerhaften Zustellung habe für die Prozessbevollmächtigte lediglich die Verpflichtung bestanden, ab Kenntnis von der nicht ordnungsgemäß an sie erfolgten Zustellung über diese und die damit verbundene Verweigerung der Annahme unverzüglich Mitteilung zu machen. Dieser Pflicht habe sie genügt.

Unabhängig von der verfristeten Klageeinreichung sei/wäre die außerordentliche Kündigung im Sinn des § 626 Abs. 1 BGB unwirksam. Im unentschuldigten Fehlen des Klägers für einen Zeitraum von 16 Kalendertagen liege ein wichtiger Grund vor, der sie zum Ausspruch der außerordentlichen Kündigung berechtige. Dabei sei das Arbeitsgericht von einer unzutreffenden Verteilung der Darlegungs- und Beweislast ausgegangen, wenn es sie - die Beklagte - in der Pflicht sehe, die Gründe für die Abwesenheit des Klägers vorzubringen. Entschuldigungsgründe für ein Fernbleiben von der Arbeit seien vom Arbeitnehmer in den Tatsacheninstanzen vorzutragen. Der Kläger habe nicht ernsthaft damit rechnen können, für sein Verhalten zunächst abgemahnt zu werden. Dass eine Abmahnung im vorliegenden Fall - auch im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsbetrachtung - entbehrlich gewesen sei, ergebe sich insbesondere daraus, dass der Kläger auch nicht nach ihrer unstreitigen schriftlichen Arbeitsaufforderung vom 2. Juli 2019 die Arbeit wiederaufgenommen habe.

Die Beklagte beantragt,

**das am 8. Januar 2020 verkündete Urteil des Arbeitsgerichts Koblenz (Az. 4 Ca 2211/19) im Umfang ihrer Beschwer abzuändern und die Klage vollumfänglich abzuweisen.**

Der Kläger beantragt,

**die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Koblenz vom 8. Januar 2020, Az. 4 Ca 2211/19 zurückzuweisen.**

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil nach Maßgabe seines Berufungserwiderungsschriftsatzes vom 8. Mai 2020 sowie des Schriftsatzes vom 31. August 2020, auf die ergänzend Bezug genommen wird (Bl. 134 ff., 148 f. d. A.), als rechtlich zutreffend.

Er sei nicht gemäß §§ 13 Abs. 1 S. 2, 4 S. 1, 7 KSchG mit seinen Einwendungen gegen die Rechtswirksamkeit der Kündigung ausgeschlossen. Die Mitteilung der fehlenden Empfangsbereitschaft sei von Seiten der L. Rechtsanwalts-gesellschaft mbH unnötig verzögert worden. Sofern Frau Dr. Z. sich vom 5. bis 19. August 2019 im Erholungsurlaub befunden habe - was bestritten werde, habe diese Vorkehrungen treffen müssen, wonach in Abwesenheit auf durch ein Gericht mittels beA zugestellte Klagen hätte reagiert werden können. Dies gelte auch für Klagen, für die keine Prozessbevollmächtigung vorliege, dann freilich liege die Reaktion darin, die fehlende Empfangsbereitschaft unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern mitzuteilen. Die Beklagte ihrerseits habe die Zustellung der Klage an sie selbst verzögert. Dies folge aus § 85 ZPO, wonach die Beklagte sich das Handeln ihrer Vertreterin im Prozessverhältnis zurechnen lassen müsse. Gemäß § 189 ZPO trete eine Heilung von Zustellungsmängeln zu dem Zeitpunkt ein, in welchem das Dokument der Person, an die die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet gewesen sei oder hätte gerichtet werden können, tatsächlich zugegangen sei, also am 9. August 2019 um 7:18 Uhr.

Wäre nach Zugang der Klageschrift mittels beA am 9. August 2019 eine unverzügliche Reaktion von Seiten der L. Rechtsanwalts-gesellschaft mbH erfolgt (etwa am 14. August 2019), wäre eine Zustellung der Klage unmittelbar an die Beklagte am 16. August 2019 erfolgt, also innerhalb von elf Tagen gerechnet ab der ursprünglichen Klageerhebung unter dem Datum des 5. August 2019.

Zwar habe er unstreitig vom 28. Juni 2019 an gerechnet 16 Wochentage unentschuldigt seine Arbeitsleistung nicht erbracht. Die Beklagte verhalte sich jedoch widersprüchlich im Hinblick auf ihr Verhalten vor Ausspruch der Kündigung und den jetzigen Vortrag zur Begründung der aus ihrer Sicht wirksamen fristlosen Kündigung. In ihrem Schreiben vom 2. Juli 2019 habe die Beklagte ihm gerechnet ab dem Datum des Schreibens eine Woche Zeit gegeben, sich wieder an seinem Arbeitsplatz einzufinden bzw. darzulegen, weshalb er seiner Arbeitspflicht nicht nachgekommen sei. Damit habe die Beklagte ihrerseits deutlich gemacht, dass sie für einen nicht unerheblichen Zeitraum auf seine Arbeitsleistung habe verzichten können. Dem von der Beklagten zitierten Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 16. März 2000 (2 AZR 75/99) liege ein anderer Fall, nämlich derjenige eines unentschuldigtem Fehlens und einer eigenmächtigen Selbstbeurlaubung zugrunde. Eine Selbstbeurlaubung habe er jedoch nicht vorgenommen. Jedenfalls falle die vorzunehmende Interessenabwägung zu seinen Gunsten aus. Eine Abmahnung liege gerade nicht vor. Die Beklagte habe nicht davon ausgehen können, dass er selbst nach Zugang einer Abmahnung sein Verhalten nicht sofort ändern werde.

Auch im Übrigen wird ergänzend auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Sitzungsprotokoll vom 23. September 2020 (Bl. 163 ff. d. A.) Bezug genommen.

## Entscheidungsgründe

### A.

Die nach § 64 Abs. 1 und 2 ArbGG statthafte Berufung der Beklagten ist gemäß §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG in Verbindung mit §§ 519, 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Sie erweist sich auch sonst als zulässig.

### B.

In der Sache hatte die Berufung der Beklagten Erfolg. Auf ihre Berufung war das Urteil des Arbeitsgerichts (**teilweise**) abzuändern und die Klage **insgesamt** abzuändern.

#### I.

Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien ist durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 12. Juli 2019 mit sofortiger Wirkung beendet worden. Zwar gilt die Kündigung nach Auffassung der Kammer nicht bereits gemäß §§ 13 Abs. 1 S. 2, 4 S. 1, 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam. Es liegt aber ein wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses vor, die 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB ist gewahrt und der Betriebsrat wurde ordnungsgemäß gemäß § 102 BetrVG angehört.

#### 1.

Nach Auffassung der Kammer hat der Kläger die Frist der §§ 13 Abs. 1 S. 2, 4 S. 1 KSchG trotz der eingetretenen Verzögerung noch gewahrt.

a) Will ein Arbeitnehmer geltend machen, eine Kündigung sei sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam, muss er gemäß § 4 S. 1 KSchG (§ 13 Abs. 1 S. 2 KSchG) innerhalb von drei Wochen nach deren Zugang Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht erheben. Wird die Rechtsunwirksamkeit nicht rechtzeitig geltend gemacht, gilt die Kündigung nach § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam.

b) Die Erhebung der Klage erfolgt nach § 253 Abs. 1 ZPO durch Zustellung der Klageschrift. Wegen § 167 ZPO genügt zur Fristwahrung der Eingang der Klage bei Gericht, wenn die Zustellung „demnächst“ erfolgt. Der Begriff „demnächst“ in § 167 ZPO kennt keine absolute zeitliche Grenze. Ob davon die Rede sein kann, die Zustellung der Klage sei „demnächst“ erfolgt, ist durch eine wertende Betrachtung der entsprechenden Umstände festzustellen. Verzögerungen im gerichtlichen Geschäftsbetrieb dürfen dabei nicht zu Lasten des Klägers gehen (BAG 20. Februar 2014 - 2 AZR 248/13 - Rn. 35; BGH 31. Oktober 2000 - VI ZR 198/99 - Rn. 20, zitiert nach *juris*, jeweils mwN.). Einen durch die Sachbearbeitung des Gerichts verursachten Aufschub muss der Kläger sich grundsätzlich nicht zurechnen lassen. Das gilt auch bei längeren Verzögerungen (BAG 17. Januar 2002 - 2 AZR 57/01 - Rn. 24; BGH 20. April 2000 - VII ZR 116/99 - Rn. 8; 31. Oktober 2000 - VI ZR 198/99 - Rn. 20 jeweils mwN., zitiert nach *juris*;). Allerdings muss ein Zustellungsbetreiber alles ihm Zumutbare für eine alsbaldige Zustellung getan haben, sofern es nicht ohnehin zu einer nur geringfügigen Verzögerung gekommen ist. Einer Partei sind solche Verzögerungen zuzurechnen, die sie oder ihr Prozessbevollmächtigter bei sachgerechter Prozessführung hätten vermeiden können. „Demnächst“ im Wortsinn bedeutet, dass die Zustellung der „dem“ Einreichen der Klage „nächste“ Schritt sein können muss. Daran fehlt es in der Regel bei Mängeln der Klageschrift, etwa wenn die Angabe einer falschen oder unzureichenden Anschrift des Beklagten erfolgte (BGH 23. August 2012 - 8 AZR 394/11 - Rn. 32 mwN.).

Zugleich darf die zeitliche Rückwirkung der Zustellung dem Empfänger nicht unzumutbar sein. Dies ist umso eher der Fall, je länger eine Zustellung durch den Kläger selbst in vorwerfbarer Weise verzögert wird. Geht es um Aufschübe, die vom Kläger zu vertreten sind, ist das Merkmal „demnächst“ nur erfüllt, wenn diese sich in einem hinnehmbaren Rahmen halten. Das wiederum ist zumindest so lange der Fall, wie die Verzögerung den Zeitraum von 14 Tagen nicht überschreitet. Dabei ist auf die Zeitspanne abzustellen, um die sich die Zustellung der Klage als Folge der Nachlässigkeit gerade des Klägers verzögert hat (BGH 3. September 2015 - III ZR 66/14 - Rn. 15; BAG 20. Februar 2014 - 2 AZR 248/13 - Rn. 35 mwN.).

c) Die Kündigungsschutzklage des Klägers gegen die ihm am 13. Juli 2019 zugegangene Kündigung ist innerhalb der 3-Wochen-Frist der §§ 13 Abs. 1 S. 2, 4 S. 1, 7 KSchG am Montag, 5. August 2019 beim Arbeitsgericht eingegangen.

d) Die Klage ist der Beklagten noch nicht am 9. August 2019 durch die Übersendung in das besondere elektronische Anwaltspostfach ihrer späteren Prozessbevollmächtigten zugegangen.

Die Zustellung der Klageschrift durch das Arbeitsgericht hatte - zunächst - zu Händen der in dieser fälschlich benannten, späteren Prozessbevollmächtigten der Beklagten zu erfolgen. Gibt der Kläger im Rubrum der Klageschrift einen Rechtsanwalt als Prozessbevollmächtigten des Beklagten an, so ist dieser als für den Rechtszug bestellter Prozessbevollmächtigter gemäß § 172 Abs. 1 Satz 1 ZPO anzusehen. Die Zustellung hat an diesen zu erfolgen (BGH 6. April 2011 - VIII ZR 22/10 - Rn. 13 ff. mwN., zitiert nach *juris*). Das Risiko, dass der vom Kläger als Prozessbevollmächtigter der Beklagten bezeichnete Anwalt keine Prozessvollmacht besitzt und die an diesen bewirkte Zustellung deshalb unwirksam ist, trägt der Kläger (BGH 6. April 2011 - VIII ZR 22/10 - Rn. 15 mwN., zitiert nach *juris*). Im vorliegenden Fall hat der Kläger als Prozessbevollmächtigte „L. Rechtsanwalts-gesellschaft mbH“ angegeben.

Frau Rechtsanwältin Dr. Z. war zu diesem Zeitpunkt von der Beklagten aber noch nicht mandatiert. Außerdem setzt die gewählte Zustellung des Urteils an einen Rechtsanwalt als elektronisches Dokument (§ 174 Abs. 3 S. 1 ZPO) voraus, dass der Rechtsanwalt das ihm zugestellte elektronische Dokument mit dem Willen entgegennimmt, es als zugestellt gegen sich gelten zu lassen und er dies durch Übermittlung des elektronischen Empfangsbekennnisses bekundet (§ 174 Abs. 3 S. 3 ZPO). Der Adressat muss entscheiden, ob er das Schriftstück als zugestellt ansieht. Die zumindest konkludente Äußerung des Willens, das Schriftstück zur Zustellung anzunehmen, ist zwingende Voraussetzung der wirksamen Zustellung (Zöller/Schultzky, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 174 Rn. 7 mwN.). Diesen Willen hat die spätere Prozessbevollmächtigte nicht geäußert, sondern vielmehr dem Arbeitsgericht am 22. August 2020 ausdrücklich mitgeteilt, sie könne das elektronische Empfangsbekennnis nicht abgeben, die Zustellung sei unwirksam. Ein fehlender Annahmewillen dokumentiert sich gerade darin, dass der Adressat das Schriftstück unter Verweis auf eine fehlende Vollmacht „zurückreicht“.

e) Tatsächlich zugestellt wurde die Klageschrift an die Beklagte selbst am 24. August 2019.

f) Der Zustellungsmangel ist im Streitfall - entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts - nicht gemäß § 189 ZPO rückwirkend zum Zeitpunkt der Übersendung an das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) der späteren Prozessbevollmächtigten des Klägers geheilt worden. Eine Heilung konnte vielmehr erst mit der Bevollmächtigung der Beklagtenvertreterin eintreten.

Nach § 189 ZPO gilt ein Dokument, dessen formgerechte Zustellung sich nicht nachweisen lässt oder das unter Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften zugegangen ist, als in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem das Dokument der Person, an die die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet war oder gerichtet werden konnte, tatsächlich zugegangen ist. Diese Vorschrift will die Geltendmachung von

Zustellungsmängeln ausschließen, wenn der Zweck der Zustellung, dem Empfänger eine zuverlässige Kenntnis von dem zurückzustellenden Schriftstück zu verschaffen, auf andere Weise erreicht ist. Sie ist dementsprechend weit auszulegen. Sinn und Zweck dieser Vorschrift erfordert es, sie auch dann anzuwenden, wenn ein Rechtsanwalt erst durch eine spätere Bevollmächtigung zu einem Prozessbeteiligten wird und er bereits vorher in den Besitz eines zuzustellenden Schriftstücks gelangt ist. Wenn er es zu diesem Zeitpunkt noch in Besitz hat, dann geht es ihm mit der Bevollmächtigung zu, sodass von da an etwaige Zustellungsmängel als geheilt angesehen werden können (BGH 22. November 1988 - VI ZR 226/87 – Rn. 22, zitiert nach *juris*, zu § 187 S. 1 ZPO a. F.).

Eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt des (erstmaligen) Zugangs kann jedoch nicht angenommen werden. Für die Wirksamkeit einer Zustellung als elektronisches Dokument ist entscheidend, dass der Adressat durch die Rücksendung des elektronischen Empfangsbekennnisses zu erkennen gibt, dass er das empfangene Schriftstück an einem bestimmten Tag mit dem Willen entgegengenommen hat, es als zugestellt gelten zu lassen. Eine Heilung eines Zustellungsmangels gemäß § 189 ZPO setzt damit voraus, dass neben dem tatsächlichen Zugang des zuzustellenden Dokuments die weiter erforderliche Empfangsbereitschaft des Zustellungsempfängers festgestellt werden kann. Diese erforderliche Bereitschaft zur Entgegennahme des zuzustellenden Schriftstücks lag bei der späteren Prozessbevollmächtigten der Beklagten noch am 22. August 2020 nicht vor.

g) Die Zustellung an die Beklagte ist nach Auffassung der Kammer dennoch noch „demnächst“ erfolgt. Zwar liegen zwischen dem Klageeingang beim Arbeitsgericht (5. August 2019) und der Klagezustellung bei der Beklagten selbst (24. August 2019) neunzehn Tage. Dem Kläger können jedoch nicht die Bearbeitungszeiten des Arbeitsgerichts zugerechnet werden, hier vier Tage bis zur Übersendung der Klageschrift an die Beklagte per beA. Außerdem benötigte das Arbeits-

gericht dreizehn Tage bis zur Nachfrage betreffend die Rücksendung des elektronischen Empfangsbekennnisses. Hätte das Arbeitsgericht lediglich - wie nach Mitteilung der späteren Prozessbevollmächtigten der Beklagten betreffend die ihr fehlende Prozessvollmacht - zwei Tage für den Zustellungsversuch per beA benötigt und zeitnah hinsichtlich des fehlenden Rücklaufs des elektronischen Empfangsbekennnisses nachgefragt, hätte die Klage trotz der fehlerhaften Angabe durch den Kläger binnen 14 Tagen zugestellt werden können. Die Zustellung der Klage an die Beklagte erfolgte damit noch „demnächst“.

2.

Es liegen die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung gemäß § 626 BGB vor. Ein wichtiger Grund im Sinn des § 626 Abs. 1 BGB ist gegeben.

a) 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.

aa) Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“ und damit typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Sodann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (BAG 13. Dezember 2018 - 2 AZR 370/18 - Rn. 15 mwN.).

Unentschuldigtes Fehlen und eine eigenmächtige Urlaubsnahme eines Arbeitnehmers sind an sich geeignet, eine außerordentliche Kündigung gemäß § 626 Abs. 1

BGB zu begründen (BAG 16. März 2000 - 2 AZR 75/99 - Rn. 36; LAG Hamm 18. August 2006 - 10 Sa 792/06 - Rn. 69, beide zitiert nach *juris*). Ein Arbeitnehmer, der ohne jeglichen Grund nicht zur Arbeit erscheint, verletzt nicht nur eine bloße Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis, sondern vielmehr die Hauptpflicht zur Arbeitsleistung, von der er durch den Arbeitgeber nicht wirksam entbunden ist. Dies wirkt sich unmittelbar als Störung des Arbeitsverhältnisses im Leistungsbereich und als Beeinträchtigung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung (Äquivalenzstörung) aus.

Der Kläger fehlte seit dem 28. Juni 2019 ohne Angabe von Gründen und ohne Abmeldung unentschuldigt. Rechtfertigungsgründe für sein Fernbleiben von der Arbeit hat der Kläger weder in der ersten Instanz noch in der Berufungserwiderung oder in seinem Schriftsatz vom 31. August 2020 vorgetragen. Auch nach der Aufforderung der Beklagten vom 2. Juli 2019, die Arbeit wieder aufzunehmen, erschien der Kläger nicht zur Arbeit. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass der Kläger bewusst grundlos seiner Arbeit ferngeblieben ist.

Der Arbeitgeber ist - entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts - zur Widerlegung eines Rechtfertigungsgrundes für arbeitsvertragliche Pflichtverletzungen nur dann in der Lage und gegebenenfalls beweiselastet, wenn sich ein solcher aus dem substantiierten Vortrag des Arbeitnehmers ergibt (BAG 16. März 2000 - 2 AZR 75/99 - Rn. 38 mwN., zitiert nach *juris*). Zwar hat der Arbeitgeber die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen. Diese Beweislast trifft den Arbeitgeber auch dann, wenn er die Kündigung aus Gründen ausspricht, die nach seiner Darstellung im Verhalten des Arbeitnehmers liegen. Er muss dann alle Umstände darlegen und gegebenenfalls beweisen, die den Vorwurf begründen, dass der Arbeitnehmer vertragswidrig gehandelt hat. Zu den die Kündigung bedingenden Tatsachen, die der Arbeitgeber vortragen und gegebenenfalls beweisen muss, gehören auch diejenigen, die einen Rechtfertigungsgrund für das Verhalten des Arbeitnehmers ausschließen (BAG 24. November 1983 - 2 AZR 327/82 - Rn. 20; 12. August 1976 - 2

AZR 237/75 - Rn. 22, beide zitiert nach *juris*). Durch diese Regelung der Darlegungs- und Beweislast wird der Arbeitgeber nicht überfordert. Der Umfang der dargestellten Darlegungs- und Beweislast richtet sich danach, wie substantiiert sich der gekündigte Arbeitnehmer auf die Kündigungsgründe einlässt. Der Arbeitgeber muss bei einer Arbeitsversäumnis, die er zum Anlass für eine Kündigung nimmt, im Rechtsstreit über die Wirksamkeit dieser Kündigung nicht von vornherein alle nur denkbaren Rechtfertigungsgründe des Arbeitnehmers widerlegen (BAG 12. August 1976 - 2 AZR 237/75 - Rn. 23, zitiert nach *juris*). Es reicht auch nicht aus, wenn der Arbeitnehmer Rechtfertigungsgründe pauschal ohne nähere Substantiierung vorbringt. Vielmehr ist er nach § 138 Abs. 2 ZPO im Rechtsstreit gehalten, den Vorwurf, vertragswidrig nicht zur Arbeit erschienen zu sein, substantiiert zu bestreiten, indem er im Einzelnen vorträgt, aus welchen Gründen er seine Arbeitsleistung nicht erbracht hat. Diese notwendige, substantiierte Einlassung des Arbeitnehmers ermöglicht dem Arbeitgeber erst die Überprüfung seiner tatsächlichen Angaben und im Falle, dass er sie für unrichtig hält, auch einen erforderlichen Beweisantritt (BAG 24. November 1983 - 2 AZR 327/82 - Rn. 21, zitiert nach *juris*).

Diesen Anforderungen ist der Kläger nicht einmal ansatzweise nachgekommen.

bb) Ausgehend von diesen Grundsätzen ist das Verhalten des Klägers als unentschuldigtes Fehlen an 16 Kalender- bzw. 14 Arbeitstagen zu bewerten, das als wichtiger Grund zur Rechtfertigung der außerordentlichen Kündigung an sich geeignet ist (vgl. BAG 16. März 2000 - 2 AZR 75/99 - Rn. 42 mwN., zitiert nach *juris*).

cc) Die außerordentliche Kündigung ist auch unter Berücksichtigung aller Umstände des vorliegenden Falls und nach Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt. Der Beklagten war es aufgrund des Fehlverhaltens des Klägers - objektiv - unzumutbar, diesen auch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen. Eine - über das Schreiben der Beklagten vom 2. Juli 2019 hinausgehende - Abmahnung war im Streitfall entbehrlich.

Bei der Prüfung im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB, 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 zumindest bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist 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. Sie scheidet aus, wenn es ein „schonenderes“ Gestaltungsmittel - etwa Abmahnung, Versetzung, ordentliche Kündigung - gibt, das ebenfalls geeignet ist, den mit einer außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck - nicht die Sanktion des pflichtwidrigen Verhaltens, sondern die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen des Arbeitsverhältnisses - zu erreichen (BAG 13. Dezember 2018 - 2 AZR 370/18 - Rn. 29 mwN.).

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 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 (BAG 13. Dezember 2018 - 2 AZR 370/18 - Rn. 30 mwN.).

Eine Abmahnung war zum einen im Streitfall entbehrlich. Der Kläger hat seine Pflichten - indem er ohne Entschuldigung mehr als zwei Wochen nicht mehr zur Arbeit erschienen ist - so schwer verletzt, dass eine Hinnahme dieses vorsätzlichen Fehlverhaltens der Beklagten nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich ausgeschlossen war. Dies war auch für den Kläger hzu erkennen.

Zum anderen war eine Verhaltensänderung auch nach dem Ausspruch einer (weiteren) Abmahnung nicht zu erwarten. Das Schreiben der Beklagten vom 2. Juli 2018 genügt zudem den Anforderungen an eine Abmahnung.

Bei einer Abmahnung (§ 314 Abs. 2 BGB) handelt es sich um die Ausübung eines arbeitsvertraglichen Gläubigerrechts durch den Arbeitgeber. Als Gläubiger der Arbeitsleistung weist er den Arbeitnehmer als seinen Schuldner auf dessen vertragliche Pflichten hin und macht ihn auf die Verletzung dieser Pflichten aufmerksam (Rügefunktion). Zugleich fordert er ihn für die Zukunft zu einem vertragstreuen Verhalten auf und kündigt individualrechtliche Konsequenzen für den Fall einer erneuten Pflichtverletzung an (Warnfunktion; BAG 27. November 2008 - 2 AZR 675/07 - Rn. 14; 11. Dezember 2001 - 9 AZR 464/00 - Rn. 21 mwN.).

Die Beklagte hat in ihrem Schreiben vom 2. Juli 2018 unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass das Fernbleiben des Klägers vom Arbeitsplatz ohne jegliche Meldung von ihr nicht akzeptiert werden kann. Dem Kläger wurden seine Pflichten zur telefonischen Meldung seiner Abwesenheit ab dem ersten Fehltag 30 Minuten

vor Schichtbeginn unter der angegebenen Telefonnummer der Krankenhilfe sowie zur Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung klar erläutert. Ihm wurde mitgeteilt, dass er diesen Pflichten nicht nachgekommen ist. Der Kläger wurde weiter eindringlich aufgefordert, unverzüglich seine Arbeit ordnungsgemäß zu Schichtbeginn wieder aufzunehmen und eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem 28. Juni 2019 nachzureichen. Für den Fall, dass er seine Arbeit unverzüglich, spätestens bis zum 9. Juli 2019 nicht wiederaufnehmen und eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem 28. Juni 2019 vorlegen sollte, wurde ihm die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses angedroht. Dennoch blieb der Kläger über den 9. Juli 2019 hinaus ohne Entschuldigung weiter seiner Arbeit fern. Es war vor diesem Hintergrund nicht zu erwarten, dass eine (weitere) Abmahnung ihn zu einem vertragsgemäßen Verhalten veranlassen würde, einer solchen bedurfte es somit nicht.

Entgegen der Ansicht des Klägers vermag die Kammer ein widersprüchliches Verhalten der Beklagten nicht zu erkennen. Dadurch dass die Beklagte dem Kläger eine Frist vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung gesetzt hat, in der sie es dem Kläger ermöglichte, die Arbeit wieder aufzunehmen oder sein Fernbleiben unter Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu entschuldigen, hat sie nicht deutlich gemacht, für einen nicht unerheblichen Zeitraum auf die Arbeitsleistung des Klägers verzichten zu können. Vielmehr hat sie lediglich versucht, den Sachverhalt aufzuklären. Ferner hat sie dem Ultima-ratio-Grundsatz Rechnung getragen und versucht, den Kläger mit dem mildereren Mittel einer Arbeitsaufforderung und Abmahnung zu einem vertragsgemäßen Verhalten zu veranlassen. Gerade die Klägerseite beanstandet im vorliegenden Kündigungsschutzprozess das Fehlen einer Abmahnung. Das Bemühen der Beklagten, den Kläger zu einer Rückkehr zu vertragsgemäßen Verhalten zu bewegen, war jedoch erfolglos.

Eine abschließende, von § 626 Abs. 1 BGB geforderte Abwägung der Interessen beider Vertragsteile ergibt ein Überwiegen der Interessen der Beklagten an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber demjenigen des Klägers an seiner

Fortsetzung zumindest bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist. Zwar war die Beklagte nicht verpflichtet, an den Kläger für den Zeitraum seines Fehlens Entgelt zu zahlen. Sie konnte jedoch nicht über die Arbeitskraft des Klägers disponieren und hatte keinen Anhaltspunkt dafür, ob überhaupt und gegebenenfalls wann der Kläger seine Arbeitsleistung wieder anbieten würde. Im Fall eines solchen Angebots musste sie damit rechnen, dass der Kläger jederzeit erneut ohne Angabe eines Grundes fehlen und es hierdurch zur Belastung anderer Mitarbeiter und weiteren betrieblichen Auswirkungen kommen würde. Das Austauschverhältnis war gravierend gestört. Dabei obliegt es dem Arbeitgeber regelmäßig nicht, Betriebsablaufstörungen infolge des unentschuldigtem Fehlens des Arbeitnehmers und der nicht erfolgten Benachrichtigung konkret darzulegen. Solche Betriebsablaufstörungen sind mit einem derartigen Fehlverhalten des Arbeitnehmers üblicherweise verbunden. Würden bei einem unentschuldigtem Fehlen des Arbeitnehmers, das zudem ohne rechtzeitige Benachrichtigung des Arbeitgebers erfolgt, solche Betriebsablaufstörungen ausnahmsweise nicht auftreten, wäre der Arbeitnehmer in der fraglichen Zeit eigentlich überflüssig und sein Einsatz für den Arbeitgeber nicht von Nutzen, was regelmäßig nicht angenommen werden kann (BAG 15. März 2001 - 2 AZR 147/00 - Rn. 15 mwN., zitiert nach *juris*; LAG Rheinland-Pfalz 28. November 2019 - 2 Sa 121/19 - Rn. 36).

Die Dauer des Arbeitsverhältnisses der Parteien von etwa sechs Jahren wirkt sich nach Auffassung der Kammer nicht entscheidend zugunsten des Klägers aus, wobei zugunsten des Klägers davon ausgegangen werden kann, dass das Arbeitsverhältnis zuvor unbeanstandet verlaufen ist. Auch soziale Belange rechtfertigen kein Überwiegen des Interesses des Klägers an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der - fiktiven - Kündigungsfrist. Der Kläger war im Zeitpunkt des Kündigungszugangs 42 Jahre alt, nicht verheiratet und hat keine Unterhaltspflichten. Angesichts des schwerwiegenden Fehlverhaltens des Klägers treten die sozialen Belange im Streitfall in den Hintergrund. In Anbetracht der Schwere der ihm vorzuwerfenden Pflichtverletzung ist das für eine weitere Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen in die Zuverlässigkeit des Klägers derart

erschüttert, dass der Beklagten eine Weiterbeschäftigung des Klägers auch nur bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Hinzu kommt, dass der Kläger niemand über sein Fernbleiben informiert und keinerlei Angaben zu den Gründen hierfür gemacht hat.

b) Die Beklagte hat die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt. Diese war zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung am 13. Juli 2019 noch nicht abgelaufen. Der Kläger fehlte über den Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung hinaus ohne erkennbaren Grund unentschuldigt.

c) Die außerordentliche Kündigung ist nicht nach § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam. Die Beklagte hat den bei ihr gebildeten Betriebsrat ordnungsgemäß angehört. Sie hat durch Vorlage des Anhörungsschreibens vom 9. Juli 2019 eine Anhörung des Betriebsrats zu der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung schlüssig aufgezeigt. Geht es um einen komplexen Sachverhalt wie die Anhörung des Betriebsrats, so muss die nicht beweisbelastete Partei nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungslast auf substantiierte Darlegungen der Gegenseite hin deutlich machen, welche Angaben sie für zutreffend erachtet und welche nicht.

Es war daher Aufgabe des Klägers, im Rahmen der abgestuften Darlegungslast konkret zu beanstanden, in welchen Punkten er die Betriebsratsanhörung für fehlerhaft hält. Der Kläger hat jedoch die Angaben der Beklagten weder substantiiert noch mit Nichtwissen, sondern nur in der Klageschrift pauschal bestritten. Ein solches Bestreiten ist unzureichend mit der Folge des § 138 Abs. 3 ZPO (BAG 16. März 2000 - 2 AZR 75/99 - Rn. 46 mwN., zitiert nach *juris*).

## II.

Der allgemeine Feststellungsantrag ist nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens, da der Kläger das insoweit klageabweisende erstinstanzliche Urteil nicht mit der Berufung angegriffen hat.

Der nur hilfsweise für den Fall des Obsiegens mit dem Kündigungsschutzantrag gestellte Weiterbeschäftigungsantrag ist der Kammer nicht zur Entscheidung angefallen.

Da das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien aufgrund der außerordentlichen Kündigung vom 12. Juli 2019 mit sofortiger Wirkung beendet worden ist, hatte die Berufung der Beklagten Erfolg, das erstinstanzliche Urteil war (teilweise) abzuändern und die Klage war (insgesamt) abzuweisen.

C.

Die Kosten des Rechtsstreits (1. und 2. Instanz) hat nach § 91 Abs. 1 ZPO der Kläger zu tragen. Die Voraussetzungen einer Revisionszulassung nach § 72 Abs. 2 ArbGG sind nicht erfüllt.