

## Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

### Aktenzeichen: 2 Sa 335/03

5 Ca 1159 d/03 ArbG Kiel  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 25.11.2003

gez. ...  
als Urkundsbeamt. d. Geschäftsstelle



## Urteil

### Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

hat die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 25.11.2003 durch die Vizepräsidentin des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzende und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 03.07.2003 – 5 Ca 1159 d/03 – unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen teilweise abgeändert und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die Kündigung vom 16.04.2003 zum 17.04.2003 beendet wurde.

Die Beklagte wird verurteilt, das Arbeitsverhältnis für den Zeitraum vom 01.05. bis 15.05.2003 nach Sozialversicherungsbeiträgen, Krankenkasse, Arbeitgeberanteilen, Lohnsteuer abzurechnen und dem Kläger Abrechnung zu erteilen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Klagerweiterung aus der Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 2/3 und die Beklagte zu 1/3.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Nr. 46

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer Kündigung und weitere Ansprüche.

Der Kläger ist am ...1952 geboren. Bei der Beklagten war er gemäß Arbeitsvertrag vom 27.12.2001 mit Wirkung vom 01.02.2002 in deren Pflegeeinrichtung als Altenpfleger beschäftigt. Die Einrichtung besteht aus Haus I, in dem 37 Patienten untergebracht sind und aus Haus II, in dem 7 Patienten leben. Der Kläger war als Altenpfleger im Nachwachendienst in Haus I eingesetzt. In Haus II war eine Pflegehelferin als Nachtwache eingesetzt.

Am Abend des 04.04.2003 hatte der Kläger Dienst in Haus I. Gegen 22.30 Uhr erschien der Heimleiter der Beklagten, V. B., und stellte fest, dass der Kläger sich im Haus II befand. Unstreitig bestand von dem Sozialraum in Haus II aus die Möglichkeit, die Klingelleiste des Hauses I einzusehen. Ob der Kläger das Mobiltelefon mitgenommen hatte, ist strittig. Strittig ist auch der Zweck des Aufenthaltes in Haus II. Etwa 20 Minuten später traf der Heimleiter gemeinsam mit seiner Mutter, der Geschäftsführerin der Beklagten, den Kläger außerhalb des Hauses I an. Am 14.04.2003 wollte die Beklagte während der Dienstzeit des Klägers mit diesem ein Gespräch über den 04.04.2003 führen und eine Abmahnung aussprechen. Es kam nicht zur Übergabe der Abmahnung. Der Kläger äußerte, man solle ihm das Schriftstück vorlegen, er werde es durchlesen und unterschreiben, wenn er es für unterschreibenswürdig halte. Die Beklagte kündigte daraufhin mit Schreiben vom

16.04.2002 (Bl. 9 d. A.) das Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise fristgerecht zum 31.05.2003. Mit Schreiben vom 20.06.2003 forderte die Beklagte den Kläger auf, seine Arbeit wieder aufzunehmen, wobei sie deutlich machte, dass sie an der Wirksamkeit der Kündigung festhalte. Der Kläger hat seine Arbeit nicht wieder aufgenommen. Mit der am 23.04.2003 mit Fax und 25.04.2003 im Original erhobenen Klage hat der Kläger folgende Anträge angekündigt:

1. Festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch Kündigung vom 16.04.2003 zum 17.04.2003 beendet wurde,
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis über den 17.04.2003 zu unveränderten Bedingungen fortbesteht,

und zur Begründung des Antrags zu 2. ausgeführt:

„Die Berechtigung des Feststellungsantrags zu Ziffer 2 ergibt sich daraus, dass hier eine fristlose und eine fristgemäße Kündigung ausgesprochen wurde, demgemäß mehrere Kündigungen im Raum stehen, so dass sich hieraus das allgemeine Feststellungsinteresse des Klägers ergibt.“

Mit Schriftsatz vom 25.06.2003 hat der Kläger weiter folgende Anträge angekündigt:

3. Die Beklagte wird verurteilt, das Arbeitsverhältnis für den Zeitraum vom 17.04.2003 bis zum 15.05.2003 ordnungsgemäß nach Sozialversicherungsbeiträgen, Krankenkasse, Arbeitgeberanteilen, Lohnsteuer etc. abzurechnen und dem Kläger Abrechnung zu erteilen,
4. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.600 EUR brutto nebst gesetzlichen Zinsen seit dem 16.05.2003 zu zahlen,

Im Termin vom 03.07.2003 hat der Klägervertreter den Antrag aus der Klageschrift zu 1. gestellt. Im Sitzungsprotokoll heißt es:

„Den Antrag zu Ziffer 2 stellt der Kläger nicht, nachdem die Beklagtenseite erklärt hat, dass es außer der hier anhängigen Kündigung vom 16.04.2003 keine weiteren Kündigungen gibt.“

Der Kläger hat vorgetragen, es gehöre zu seinen Aufgaben als einzige examinierte Kraft in der Nachtwache auch in Haus II nach dem Rechten zu sehen. Auch am 04.04. habe er sich überzeugen wollen, ob alle notwendigen Arbeiten ausgeführt worden seien. Eine Privatunterhaltung habe er nicht geführt. Es habe sich um dienstliche Gespräche gehandelt. Das Mobilteil der Telefonanlage habe er in seiner Kitteltasche mit sich geführt.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch Kündigung vom 16.04.2003 zum 17.04.2003 beendet wurde,
2. die Beklagte zu verurteilen, das Arbeitsverhältnis für den Zeitraum vom 17.04.2003 bis zum 15.05.2003 ordnungsgemäß nach Sozialversicherungsbeiträgen, Krankenkasse, Arbeitgeberanteilen, Lohnsteuer etc. abzurechnen und dem Kläger Abrechnung zu erteilen,
3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.600 EUR brutto nebst gesetzlichen Zinsen seit dem 16.05.2003 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, der Kläger sei ausschließlich für das Haus I zuständig gewesen. Es gehöre nicht zu seinen Aufgaben, die Pflegehelferin in Haus II zu überwachen. Vielmehr müsse er an seinem Arbeitsplatz in Haus I verbleiben, um auch für die Bewohner oder Telefonrufe von außerhalb oder bei Notfällen für die Pflegehelferin er-

reichbar zu sein. Das Gespräch vom 14.04.2003 habe nicht durchgeführt werden können. Der Kläger sei uneinsichtig gewesen, habe nicht Kritik akzeptieren wollen und habe schließlich mit Türknallen den Raum verlassen. Eine weitere Zusammenarbeit mit dem Kläger sei nicht zumutbar.

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 03.07.2003 den in diesem Termin gestellten Anträgen entsprochen und ausgeführt, das Arbeitsverhältnis sei nicht durch fristlose Kündigung beendet worden. Eine Umdeutung komme nicht in Betracht, da es an einer vorherigen Abmahnung mangle. Der Kläger habe auch Anspruch auf Zahlung von 1.600 EUR brutto und Abrechnung. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die angefochtene Entscheidung verwiesen, gegen die die Beklagte rechtzeitig Berufung eingelegt und diese begründet hat.

Die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Weiter trägt sie vor, das Arbeitsgericht habe die Konsequenzen des Fehlverhaltens des Klägers am 04.04.2003 nicht hinreichend gewürdigt. Die Anwesenheit einer Nachtwache an ihrem Arbeitsplatz sei von besonderer Wichtigkeit. Es handele sich um die einzig erreichbare Person für hilfeschuchende Bewohner des Hauses. Der Kläger habe, solange er sich im Nebengebäude aufhielt, nicht die Möglichkeit gehabt, den gesamten von ihm zu betreuenden Bereich im Auge zu behalten. Er habe nicht nur eine grobe Pflichtverletzung begangen, sondern zeige sich auch uneinsichtig. Zudem habe das Arbeitsgericht das Verhalten des Klägers am 14.04.2003 nicht hinreichend gewürdigt. Tatsächlich handele es sich dabei um eine Arbeitsverweigerung. Während der Arbeitszeit sei der Kläger verpflichtet, an einem dienstlichen Gespräch teilzunehmen. Jedenfalls sei aber das Vertrauensverhältnis derart zerrüttet, dass eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses geboten sei.

Die Beklagte beantragt,

unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung des Arbeitsgerichts  
Kiel die Klage abzuweisen,

hilfsweise,

das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch das Gericht gem. §§  
9, 10 KSchG aufzuheben; ggf. unter Festsetzung einer Abfindung.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen,

weiter,

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis über den 17.04.2003 zu unveränderten Bedingungen fortbesteht,

weiter,

vorsorglich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand,

weiter,

vorsorglich Zulassung des Antrags nach § 5 KSchG.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil und trägt weiter vor, es treffe zu, dass er die einzige Nachtwache sei und seine Tätigkeit von erheblicher Wichtigkeit für die Betreuten sei. Er sei aber in der Lage gewesen, die Klingelleiste einzusehen und im Übrigen Anrufe entgegenzunehmen. Danach könne ihm nicht ein Vorwurf dergestalt gemacht werden, dass das Arbeitsverhältnis fristlos ohne Abmahnung gekündigt werden könne. Der gesamte betreute Bereich könne von ihm ohnehin nicht im Auge behalten werden, da das Heim mehrere Stockwerke habe. Deshalb führe er Rundgänge durch. Hilferufe aus anderen Stockwerken könne er aber auch dann nicht hören, wenn er sich im Dienstzimmer in Haus I befinde. Soweit die Beklagte sich zur Begründung der Kündigung auf das Gespräch vom 14.04.2003 stütze, rechtfertige dies weder eine fristlose noch eine fristgemäße Kündigung. Es könne zwar sein, dass die Beklagte ihm eine Abmahnung habe übergeben wollen. Dies sei aber jedenfalls nicht erfolgt. Dass er das Zimmer verlassen habe, stelle nicht eine Arbeitsverweigerung dar. Der Auflösungsantrag der Beklagten sei nicht begründet. Die Beklagte habe insoweit keine Tatsachen vorgetragen.

Soweit die Beklagte sich jetzt auf den Standpunkt stelle, er habe die fristgerechte Kündigung nicht angegriffen, treffe dies nicht zu. Er habe mit dem Klagantrag zu 1. die gesamte Kündigung angegriffen, auch als fristgerechte. Davon sei man auch in der Verhandlung vom 03.07.2003 ausgegangen. Der Antrag zu 2. sei nur deshalb nicht gestellt worden, weil auch die Vorsitzende ihn für einen sog. Schleppnetzantrag gehalten habe. Jedenfalls sei ihm hierfür Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder nachträgliche Zulassung gemäß § 5 KSchG zu gewähren.

Ergänzend wird auf den Inhalt der Akten, insbesondere die wechselseitigen Schriftsätze mit Anlagen und Erklärungen zu Protokoll, Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Berufung hat nur teilweise Erfolg. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist nicht durch die fristlose, aber durch die fristgerechte Kündigung der Beklagten beendet worden.

1. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist nicht durch fristlose Kündigung der Beklagten zum 16.04.2003 zum 17.04.2003 beendet worden.

Gemäß § 626 BGB kann ein Arbeitsverhältnis von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Eine fristlose Kündigung steht unter dem ultima-ratio-Prinzip. Es soll sich um die letzte Möglichkeit zur Lösung eines Konfliktfalles handeln. Dementsprechend ist eine fristlose Kündigung nur dann zulässig, wenn alle anderen Möglichkeiten ausgeschlossen oder ausgeschöpft sind. Zu diesen anderen Möglichkeiten gehören der Ausspruch einer fristgerechten Kündigung oder eine Abmahnung. Hieraus folgt, dass eine auf ein Verhalten gestützte fristlose Kündigung nur dann ausgesprochen werden kann, wenn es sich um ein besonders schweres Fehlverhalten des Arbeitnehmers handelt, das entweder das Vertrauensverhältnis so sehr erschüttert, dass auch das Abwarten der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann oder aber es dem Arbeitnehmer von vornherein deutlich war, dass der Arbeitgeber ein derartiges Verhalten auf keinen Fall hinnehmen würde und könnte.

Das Verhalten des Klägers stellte zwar, entgegen seiner auch in der Berufungsverhandlung geäußerten Auffassung, einen Vertragsverstoß dar. Zwar hat sich in der Berufungsverhandlung ergeben, dass von dem Aufenthaltsraum in Haus II aus tatsächlich die Möglichkeit bestand, die Klingelleiste zu beobachten. Die Beklagte hat

zwar angezweifelt, dass der Kläger während des Gesprächs mit seiner Kollegin die Klingelleiste ständig im Auge hatte. Dass dies nicht der Fall war, hat sie allerdings nicht unter Beweis gestellt. Nach den von der Beklagten vorgelegten Plänen und den Erörterungen in der Berufungsverhandlung war es jedenfalls möglich.

Der Kläger hat durch das Verlassen des Hauses I für ein längeres Gespräch mit seiner Kollegin gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. Zwar ist im Arbeitsvertrag selbst nicht festgehalten, wo genau der Kläger eingesetzt wird. Unstreitig war er jedoch zur Dienstleistung in Haus I eingeteilt. Ihm war eine Aufsicht über das Haus II nicht übertragen worden. Er war der dort eingesetzten Mitarbeiterin nicht vorgesetzt. Es ist auch nicht erkennbar, welche wichtigen Themen der Kläger mit dieser Mitarbeiterin zu führen hatte.

Der Kläger hat auch in der Berufungsverhandlung nicht erklären können, welche wichtigen Dinge in der Zeit seit der Übergabe aufgetreten seien sollten, die eine Besprechung erforderten. Dass der Kläger von der Mitarbeiterin herübergerufen worden wäre, hat er nicht behauptet. Es mag sein, dass der Kläger meinte, der Pflegerhelferin Hilfe und Anleitung geben zu müssen. Diese Absicht mag zwar von kollegialem Denken oder Pflichtbewusstsein getragen gewesen sein. Er hat dabei aber außer Acht gelassen, dass er in der Zeit der Abwesenheit, immerhin mindestens 20 Minuten, seinen Arbeitsplatz verlassen hatte. Selbst wenn der Kläger die Klingelleiste während des gesamten Gesprächs beobachtet haben und das Mobiltelefon mitgenommen haben sollte, verbleibt es doch dabei, dass der Kläger etwaige Rufe in dem Haus I in dieser Zeit nicht wahrnehmen konnte. Auch Bewohner, die den Kläger in dieser Zeit gegebenenfalls im Stationsraum gesucht hätten, hätten ihn dort nicht antreffen können. Die Anwesenheit einer Pflegekraft in der Nacht ist aber nicht nur erforderlich, um eine Hilfeleistung zu bieten, sondern auch um den Bewohnern ein Gefühl der Sicherheit zu vermitteln.

Dieser Verstoß des Klägers kann aber, auch in Zusammenschau mit dem Gespräch vom 14.04.2003, das Vorbringen der Beklagten als wahr unterstellt, eine fristlose Kündigung nicht rechtfertigen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Kläger nach dem Arbeitsvertrag auch im Tagdienst eingesetzt werden konnte. Dass es in diesem



Zusammenhang nicht möglich gewesen wäre, den Ablauf der Kündigungsfrist abzuwarten, ist nicht ersichtlich.

2. Das Arbeitsverhältnis ist aber durch fristgerechte Kündigung der Beklagten beendet worden. Die fristgerechte Kündigung ist von dem Kläger nicht rechtzeitig innerhalb der Frist des § 4 KSchG angegriffen worden. Im Übrigen ist die Kündigung als fristgerechte auch wirksam.

Der Kläger hat von vornherein die fristgerechte Kündigung nicht durch Klage angegriffen. Sein Antrag zu 1. befasst sich seinem ganz eindeutigen Wortlaut nach nur mit der fristlosen Kündigung, nämlich der vom 16.04. zum 17.04.2003. Der Kläger hat zwar in der Begründung seiner Klage noch Ausführungen zur Sozialwidrigkeit der Kündigung gemacht. Einen entsprechenden Antrag hat er indes nicht gestellt. Der Feststellungsantrag zu 2. ist der Begründung der Klageschrift nach nicht ein solcher, der sich gegen die bereits ausgesprochene fristgerechte Kündigung richtet. Vielmehr hat der Kläger hier deutlich gemacht, dass er einen sog. Schleppnetzantrag stellen wollte. Zwar war ein innerhalb der Frist des § 4 KSchG erhobener Antrag gem. § 256 Abs. 1 ZPO, mit dem die Feststellung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses begehrt wird, die Klagfrist für die erste und auch spätere Kündigungen, wenn der Arbeitnehmer die Sozialwidrigkeit der Kündigung noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz geltend macht (BAG Urteil vom 7.12.1995 - 2 AZR 772/94 - NZA 1996,334 = DB 1996,635 = BB 1996,1227). Im vorliegenden Fall hatte der Kläger allerdings den allgemeinen Feststellungsantrag, wie sich aus seiner Klagebegründung ergibt, nicht im Hinblick auf die hilfsweise fristgerechte Kündigung vom 16.4.2003, sondern als sog. Schleppnetzantrag gestellt.

Ungeachtet dessen hat der Kläger den Schleppnetzantrag in der mündlichen Verhandlung vom 3.7.2003 zurückgenommen. Zwar erfolgt eine Klagrücknahme durch Erklärung gegenüber dem Gericht, § 269 Abs. 2 S. 1 ZPO. Sie kann in der mündlichen Verhandlung erklärt werden, § 269 Abs. 2 S. 2 ZPO. Dabei ist, da die Klagrücknahme eine Prozesshandlung darstellt, zu verlangen, dass sie eindeutig und unzweifelhaft erfolgt. Nicht notwendig ist, dass sie ausdrücklich erklärt wird (Reichold/Putzo Rn. 6 zu § 269 ZPO). Im vorliegenden Fall ist sie eindeutig erklärt worden, wie sich aus dem Verlauf der Verhandlung vom 3.7.2003, wie das Protokoll sie wiedergibt,

entnehmen lässt. Der Kläger hat ausdrücklich bekundet, den Antrag zu 2 nicht stellen zu wollen, nachdem der Beklagtenvertreter erklärt hat, eine weitere Kündigung sei nicht ausgesprochen worden. Aus dem Zusammenhang musste dies als Rücknahme verstanden werden.

Der Kläger hat zwar den Klagantrag zu 2 in der Berufung erneut gestellt. Dieser hat jedoch nicht Erfolg, da er außerhalb der Fristen des § 4 KSchG gestellt ist. Hier kommt allerdings weder eine nachträgliche Zulassung nach § 5 KSchG noch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, § 233 ZPO, in Betracht. Sowohl bei einer nachträglichen Zulassung nach § 5 KSchG als auch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist Voraussetzung, dass die Frist ohne Verschulden versäumt worden ist. Dass die Frist ohne Verschulden versäumt worden ist, ist nicht ersichtlich. Es mag zwar sein, dass den Kläger selbst ein Verschulden nicht trifft. Er muss sich jedoch das Anwaltsverschulden zurechnen lassen, § 85 Abs. 2 ZPO. Das gilt auch für den Antrag nach § 5 KSchG.

Hinzu kommt, dass eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Betracht kommt, wenn eine Partei ohne Verschulden verhindert war, eine Notfrist oder die Frist zur Begründung eines Rechtsmittels einzuhalten. Die Einhaltung der Klagefrist nach § 4 KSchG fällt nicht hierunter. Dementsprechend ist die nachträgliche Zulassung auch gesondert in § 5 KSchG geregelt.

Entgegen der Auffassung des Klägers richtet sich auch nicht der Klagantrag zu 1 gegen die hilfsweise fristgerechte Kündigung vom 16.4.2003. Hiergegen spricht der eindeutige Wortlaut seines Antrags.

Indes ist die Kündigung ohnehin als fristgerecht wirksam. Wie bereits ausgeführt, hat der Kläger durch Verlassen seines Arbeitsplatzes gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten schwer verstoßen. Dieser Verstoß wiegt so schwer, dass das Arbeitsverhältnis jedenfalls fristgerecht und auch ohne vorherige Abmahnung gekündigt werden konnte. Der Kläger war in einem höchst sensiblen Bereich eingesetzt. Er war verantwortlich für hilflose oder hilfsbedürftige Personen. Dies erfordert hohe Einsatzbereitschaft, Zuverlässigkeit und Engagement. Diese Zuverlässigkeit hat der Kläger, indem er den Arbeitsplatz für mindestens 20 Minuten verlassen hat und in dieser Zeit

weder für Rufe noch persönliche Ansprache der Patienten zur Verfügung stand, nicht gezeigt.

Eine Abmahnung zur Vermeidung ähnlichen künftigen Verhaltens erschien hier nicht ausreichend. Der Kläger hat vielmehr das Vertrauen der Beklagten darein, dass er seine arbeitsvertraglichen Pflichten, insbesondere in Bezug auf die ihm anvertrauten Patienten ordnungsgemäß erfüllen würde, schwer erschüttert.

Eine Abwägung der wechselseitigen Interessen, einerseits des Interesses des Klägers am Erhalt des Arbeitsplatzes, andererseits des Interesses der Beklagten daran, dass die Betreuung der anvertrauten Patienten sichergestellt ist, ergab, dass hier das Interesse der Beklagten an einer fristgerechten Beendigung des Arbeitsverhältnisses überwog.

**3.** Da das Arbeitsverhältnis der Parteien durch fristgerechte Kündigung der Beklagten zum 31.05.2003 geendet hat, ist die Beklagte auch gemäß dem Antrag des Klägers zu verurteilen, ihm jedenfalls für die Zeit vom 01.05. – 15.05.2003 eine Abrechnung zu erteilen. Für die Zeit bis zum 30.04.2003 hat die Beklagte bereits abgerechnet und den Anspruch insoweit erfüllt. In diesem Teil ist die Klage abzuweisen.

Nicht ausgeurteilt werden konnte die Erteilung einer „ordnungsgemäßen“ Abrechnung, ebenso „etc.“ da dies nicht vollstreckbar ist.

**4.** Die Klage ist jedoch abzuweisen, soweit der Kläger Auszahlung von Vergütung verlangt. Aus der erstinstanzlichen Klagerweiterung ergibt sich nicht deutlich, für welchen konkreten Zeitraum der Kläger Zahlung von 1.600 EUR verlangt. Er hat dies zwar jetzt damit begründet, es handele sich um die Zeit vom 17.04. bis 15.05.2003. Eine genaue Berechnung, wie dieser Betrag zustande kommt, ist indes nicht erfolgt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Kläger in dieser Zeit nicht nachts eingesetzt war. Nachtzuschläge oder Sonntagszuschläge sind Zuschläge für die tatsächliche Mehrbelastung, die gerade nicht mehr aufgetreten war.

Nach dem Arbeitsvertrag war auch nicht vereinbart, dass der Kläger lediglich nachts eingesetzt werden sollte. Dementsprechend können bereits diese Zuschläge nicht eingerechnet werden.

Hinzu kommt, dass nicht ersichtlich ist, dass dem Kläger diese Ansprüche tatsächlich noch zustehen. Die Beklagte hat eine Überleitungsanzeige vom 05.09.2003 vorgelegt, aus der sich ergibt, dass der Kläger seit dem 18.04.2003 Leistungen bezieht. Gemäß § 115 SGB X stehen die Vergütungsansprüche, soweit der Kläger Leistungen von den Trägern sozialer Sicherung erhalten hat, nicht mehr zu. Insoweit hätte der Kläger darlegen müssen, welcher Differenzbetrag zu seinen Gunsten auszuurteilen ist. Insoweit ist die Klage daher abzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 ZPO. Die Revision ist nicht zuzulassen, da eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung der Streitsache nicht ersichtlich ist.

gez. ...

gez. ...

gez. ...