

## Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

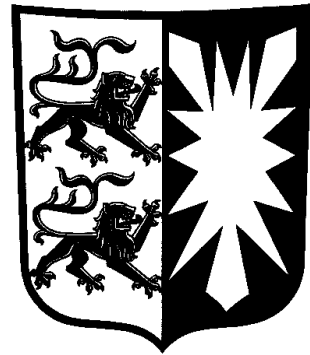
### **Aktenzeichen: 1 Sa 72/20**

3 Ca 1180 d/19 ArbG Elmshorn  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 03.06.2020

gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



## Urteil

### Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

**pp.**

hat das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein - 1. Kammer - durch den Vizepräsidenten des Landesarbeitsgerichts ..., den ehrenamtlichen Richter ... und den ehrenamtlichen Richter ... auf die mündliche Verhandlung vom 03.06.2020

für Recht erkannt:

**Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Elms-  
horn vom 21.1.2020 - 3 Ca 1180 d/19 - wird mit der Maßgabe zurückgewie-  
sen, dass die Klägerin 77 % und der Beklagte 23 % der Kosten des ar-  
beitsgerichtlichen Verfahrens tragen.**

**Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.**

**Die Revision wird nicht zugelassen.**

.....

### **Rechtsmittelbelehrung**

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

### Tatbestand:

Die Parteien streiten über den Zeitpunkt der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses sowie davon abhängig über das Bestehen von Zahlungsansprüchen.

Die am ...1990 geborene Klägerin wurde auf Grundlage des Arbeitsvertrages vom 01.07.2019 (Anlage K 1, Bl. 3-6 d. A.) zum 01.08.2019 von dem Beklagten zu einem Bruttomonatsgehalt von 850,00 EUR zuzüglich einer Tankkarte im Wert von monatlich 44,00 EUR, Fahrtgeld von monatlich 151,20 EUR und einer Direktversicherung in Höhe von monatlich 268,00 EUR als Rechtsanwalts- und Notarfachangestellte eingestellt.

§ 1 Ziffer 2 des Arbeitsvertrages lautet:

„Es wird die Zeit vom 01.08.2019 bis zum 31.01.2020 als Probezeit vereinbart. Innerhalb der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von einer Woche gekündigt werden unbeschadet des Rechtes zur fristlosen Kündigung. Nach Ablauf der Probezeit gelten für beide Seiten die gesetzlichen Kündigungsfristen (§ 622 BGB).“

Die Klägerin nahm am 01.08.2019 ihre Arbeit auf. Am Montag, dem 05.08. sowie am 06.08.2019 arbeitete sie vereinbarungsgemäß nicht, da ihr Sohn in der Kindertagesstätte eingewöhnt wurde. Mit Schreiben vom 05.08.2019 (Anlage K 2, Bl. 7 d. A.), der Klägerin vorab per Mail am 05.08.2019 und im Original zugegangen am 06.08.2019 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 12.08.2019. Die Klägerin erschien am 07. und 08.08.2019 nicht zur Arbeit. Mit E-Mail vom 08.08.2019 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos. Die Kündigung ging der Klägerin am 09.08.2019 schriftlich zu. Ebenfalls am 09.08.2019 ging beim Beklagten eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für den 08. und 09.08.2019 ein. Die am 01. und 02.08.2019 geleisteten 17,34 Arbeitsstunden rechnete der Beklagte in der Folgezeit ab und zahlte die sich hieraus ergebende Vergütung.

Gegen beide Kündigungen hat die Klägerin am 23.08.2019 Klage eingereicht, ohne den Zeitraum, für den das Arbeitsverhältnis fortbestehen sollte, einzugrenzen.

Mit Schreiben vom 19.09.2019 (Anlage B 8, Bl. 152-153 d. A.) teilte der Drittwiderbeklagte dem Beklagten mit, dass bezüglich des Arbeitsverhältnisses der Klägerin und des Beklagten ggf. noch ein Anspruch auf Arbeitsentgelt sowie Urlaubsabgeltung und Abfindung entstehen könne, wobei eventuelle Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten bis zur Höhe der seitens des Drittwiderbeklagten gezahlten Leistung auf ihn (Drittwiderbeklagten) übergangen. Wegen der Einzelheiten des Schreibens wird auf den Inhalt der Anlage B 8 Bezug genommen.

Die Klägerin hält die fristlose Kündigung für unwirksam. Wegen des Fehlens am 07.08.2019 hätte vor Ausspruch der Kündigung zuvor eine Abmahnung erfolgen müssen, am 08. und 09.08. sei sie arbeitsunfähig erkrankt gewesen. Die fristgemäße Kündigung könne das Arbeitsverhältnis nicht vor dem 20.08.2019 beenden, da die vereinbarte Abkürzung der Probezeit unwirksam sei.

Sie hat unter teilweise Rücknahme des zunächst angekündigten Antrags beantragt

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die außerordentliche Kündigung vom 08.08.2019 mit sofortiger Wirkung aufgelöst ist, sondern durch die Kündigung vom 05.08.2019 mit Ablauf des 20.08.2019 aufgelöst worden ist.

Der Beklagte hat der teilweisen Klagerücknahme durch die Klägerin widersprochen und beantragt,

die Klage abzuweisen

sowie

1. widerklagend festzustellen, dass der Widerbeklagten gegenüber dem Widerkläger kein weiterer Lohnanspruch zusteht, da sie ihre Pflicht, zur Arbeit zu erscheinen, nicht genügt hat,
2. widerklagend festzustellen, dass auch dem J... keinerlei Ansprüche auf Zahlung von Entgelt für Frau M... L..., geb. am ... in I..., wohnhaft: B..., H..., gegen den Beklagten zustehen.

Gegen den zum Termin vor dem Arbeitsgericht nicht erschienenen Drittwiderbeklagten hat er den Erlass eines Versäumnisurteils beantragt.

Er hat vorgetragen: Die fristlose Kündigung sei wegen unentschuldigtem Fehlen der Klägerin am 07.08 und am 08.08.2019 wirksam. Eine Arbeitsunfähigkeit am 08.08.2019 und 09.08.2019 habe nicht vorgelegen. Eine Abmahnung sei entbehrlich gewesen. Die Abkürzung der Probezeit sei zwischen den Parteien wirksam vereinbart worden. Hinsichtlich der Drittwiderklage sei ein Feststellungsinteresse im Hinblick auf das Schreiben des Drittwiderbeklagten vom 19.09.2019 gegeben.

Die Klägerin hat beantragt,

die Widerklage und die Drittwiderklage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, für die Widerklage und die Drittwiderklage gebe es kein Feststellungsinteresse.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und beide Widerklagen abgewiesen, den Widerklageantrag zu 2) durch unechtes Versäumnisurteil. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Über den zunächst angekündigten Antrag auf unbefristeten Fortbestand des Arbeitsverhältnisses sei nicht zu entscheiden gewesen, da die Klägerin diesen vor Antragstellung im Kammertermin wirksam teilweise zurückgenommen habe. Der Zustimmung des Beklagten habe es hierfür nicht bedurft. Der danach verbleibende Feststellungsantrag sei begründet. Die fristlose Kündigung des Beklagten vom 08.08.2019 sei unwirksam. Der Beklagte habe ein etwaiges unentschuldigtes Fehlen vor Ausspruch einer Kündigung zunächst abmahnen müssen. Das Arbeitsverhältnis ende aufgrund der ordentlichen Kündigung innerhalb der Probezeit mit einer Frist von zwei Wochen am 20.08.2019. Die von den Parteien vereinbarte Abkürzung der Probezeit sei wegen eines Verstoßes gegen § 622 Abs. 3 BGB unwirksam.

Der Widerklageantrag zu 1) sei unzulässig. Soweit der Beklagte die Feststellung begehre, dass keine Lohnansprüche bestünden, weil die Klägerin unentschuldigt gefehlt habe, liege in der in den Antrag aufgenommenen Begründung für das Fehlen von Lohnansprüchen – unabhängig von Fragen der Bestimmtheit – bereits kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis. Im Übrigen fehle es am Feststellungsinteresse, da sich die Klägerin im vorliegenden Verfahren keiner weiteren Gehaltsansprüche gegen den Beklagten berührt habe.

Die Drittwiderklage sei ebenfalls mangels Feststellungsinteresses unzulässig und durch unechtes Versäumnisurteil abzuweisen. Der Drittwiderbeklagte berühme sich keines Anspruchs gegen den Beklagten. Sein Schreiben vom 19.09.2019 diene allein dessen Information.

Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens hat das Arbeitsgericht zu 55 % der Klägerin und zu 45 % dem Beklagten auferlegt.

Wegen der weiteren Einzelheiten der Entscheidung des Arbeitsgerichts wird auf die angefochtene Entscheidung verwiesen.

Gegen das ihm ausweislich der elektronisch geführten Verfahrensakte am 30.01.2020 zugestellte Urteil hat der Beklagte am 13.02.2020 Berufung eingelegt und diese sogleich begründet.

Er meint, das Urteil des Arbeitsgerichts sei nicht wirksam zugestellt worden, da lediglich ein Transfervermerk vorliege, die Signatur selbst aber nicht mitübersandt worden sei. Ferner müsse die Akte an das Arbeitsgericht zurückgeschickt werden, da dieses noch ein Ergänzungsurteil erlassen müsse, nachdem er der teilweisen Klagerücknahme ausdrücklich widersprochen habe. Auch müsse – nach erstinstanzlich bereits im Wege der Beschwerde geltend gemachter Abänderung des Streitwerts – die Kostenentscheidung des Arbeitsgerichts abgeändert werden. Der Streitwert sei vom Arbeitsgericht viel zu niedrig bemessen worden.

Die Drittwiderklage sei zulässig. Sie sei erhoben worden, um der mit Schreiben vom 19.09.2019 geltend gemachten unbeschränkten Überleitung wirksam entgegenzutreten. Das Arbeitsgericht habe hierüber durch Versäumnisurteil entscheiden müssen. Auch sei nicht nachvollziehbar, wieso das Arbeitsgericht ein Feststellungsinteresse für die von ihm gegen die Klägerin erhobene Widerklage verneint habe. Diese sei auch begründet, da das Arbeitsverhältnis vollständig abgerechnet sei und Zahlungsansprüche nicht bestünden.

Seine fristlose Kündigung sei auch begründet. Die Klägerin habe gerade einmal zwei Tage gearbeitet, dann zwei Tage nicht gearbeitet und dann zwei Tage unentschuldig gefehlt. Es handele sich um ein „gescheitertes Arbeitsverhältnis“. Hier sei eine Abmahnung offensichtlich entbehrlich gewesen.

Im Übrigen sei die Abkürzung der Kündigungsfrist in der Probezeit wirksam zwischen den Parteien vereinbart worden. Es verstoße gegen den Gleichheitssatz, wenn eine Abkürzung nur von Tarifvertragsparteien, nicht aber individualrechtlich vereinbart werden könne. Für die Entscheidung dieser Frage sei im Übrigen der Europäische Gerichtshof zuständig, dem der Fall gegebenenfalls zur Vorentscheidung vorgelegt werden müsse.

Der Beklagte beantragt,

1. das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 21.1.2020 – 3 Ca 1180 d/19 – abzuändern und nach den erstinstanzlich gestellten Anträgen zu entscheiden,
2. über die Drittwiderklage durch Versäumnisurteil zu entscheiden.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung des Beklagten und Berufungsklägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 21.01.2020 – 3 Ca 1180 d/19 – zurückzuweisen.

Sie trägt vor: Sie habe die Klage vor Antragstellung beim Arbeitsgericht und damit wirksam teilweise zurückgenommen. Die Widerklagen seien mangels Feststellungsinteresses unzulässig. Im Übrigen stünden ihr noch Lohnansprüche gegen den Beklagten bis zum 20.08.2019 zu, die noch abgerechnet werden müssten. Die Tage, an denen sie nicht zur Arbeit erschienen sei, seien mit dem Beklagten abgestimmt gewesen. Unabhängig hiervon fehle es an der erforderlichen Abmahnung. Die Abkürzung der Kündigungsfrist in der Probezeit sei unwirksam. Entsprechende Vorschriften verstießen auch nicht gegen höherrangiges Recht.

Der Drittwiderbeklagte ist im Berufungstermin nicht erschienen.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands wird auf die Akte Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufung des Beklagten ist zulässig aber im Wesentlichen unbegründet. Das Arbeitsgericht hat den Rechtsstreit in der Sache zutreffend entschieden. Allerdings ist die Kostenentscheidung des Arbeitsgerichts fehlerhaft und deswegen abzuändern.

A. Die Berufung des Beklagten ist zulässig. Sie ist gemäß § 64 Abs. 2 lit. c ArbGG statthaft und form- und fristgemäß innerhalb der Monatsfrist des § 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG eingelegt worden. Insoweit kann offenbleiben, ob das arbeitsgerichtliche Urteil dem Beklagten ordnungsgemäß zugestellt worden ist. Selbst bei fehlerhafter Zustellung durch das Arbeitsgericht würde dies nur dazu führen, dass anstelle der Monatsfrist des § 66 Abs.1 S. 1 ArbGG die Fünfmonatsfrist des § 66 Abs. 1 S. 2 ArbGG für die Einlegung der Berufung liefe (vergl. Zöller, 31. Aufl., § 317, Rn. 6 a.E.). Der Beklagte hat jedoch mit seiner Berufung beide Fristen gewahrt.

Die Berufung ist auch ordnungsgemäß begründet worden, nämlich bereits mit Berufungseinlegung.

B. Die Berufung des Beklagten ist aber in der Sache nicht begründet. Allein die Kostenentscheidung des Arbeitsgerichts ist fehlerhaft.



I. Im Berufungstermin ist klargestellt worden, dass es dem Beklagten um die Überprüfung der Sachentscheidung des Arbeitsgerichts geht. Soweit er zunächst die Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Arbeitsgericht zur Abfassung eines Ergänzungsurteils beantragt hat, hat er diesen Antrag nach entsprechendem Hinweis des Gerichts sowohl im Verlaufe des Berufungsverfahrens als auch noch einmal im Berufungstermin nicht aufrechterhalten. Das ist auch sachgerecht. Auf die entsprechende Verfügung des Gerichts wird Bezug genommen. Daher ist im Berufungsverfahren sowohl über die Klage als auch über die Widerklageanträge des Beklagten in der Form, wie sie vom Arbeitsgericht entschieden worden sind, zu befinden.

II. Die Berufung ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben und die Widerklageanträge des Beklagten ebenfalls zu Recht abgewiesen. Im Einzelnen gilt Folgendes.

1. Die Klage ist begründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist weder durch die außerordentliche Kündigung des Beklagten vom 08.08.2019 noch durch die ordentliche Kündigung des Beklagten vom 05.08.2019 zum 12.08.2019 beendet worden, sondern endete aufgrund dieser Kündigung erst mit Ablauf des 20.08.2019.

a) Die Kündigung vom 08.08.2019 ist rechtsunwirksam.

aa) Die Kündigung gilt nicht bereits als rechtswirksam gemäß den §§ 13 Abs. 1 S. 2, 4 S. 1, 7 KSchG, da sie fristgemäß erhoben worden ist. Gegen die entsprechenden Feststellungen des Arbeitsgerichts, auf die Bezug genommen wird, hat der Beklagte keine Rügen erhoben.

bb) Für die Kündigung fehlt es an einem wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB.

(1) Das Fernbleiben von der Arbeit kann, wenn es den Grad der beharrlichen Arbeitsverweigerung erreicht, grundsätzlich einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung

eines Arbeitsverhältnisses abgeben. Demgegenüber ist das Fehlen eines Arbeitnehmers an bloß einem einzigen Arbeitstag regelmäßig nicht geeignet, eine fristlose Kündigung ohne Ausspruch einer vorhergehenden Abmahnung zu rechtfertigen (Erfurter Kommentar-Niemann, 19. Aufl. 2019, § 626 BGB, Rn. 141).

(2) Die Klägerin hat unstreitig am 07.08.2019 unentschuldigt gefehlt. Die Kammer geht hingegen nicht davon aus, dass die Klägerin auch am 08.08.2019 unentschuldigt der Arbeit ferngeblieben ist. Unstreitig hat sie für diesen Tag eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung beim Beklagten eingereicht. Der Beklagte hat zwar bestritten, dass die Klägerin arbeitsunfähig gewesen sei. Das allein reicht jedoch nicht aus, um den Beweis des ersten Anscheins, den eine solche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung setzt, zu widerlegen. Eine Beweisaufnahme der vom Beklagten benannten behandelnden Ärzte kam vor diesem Hintergrund nicht in Betracht, zumal die Klägerin keine Erklärung über die Entbindung ihres Arztes von der Verschwiegenheitspflicht abgegeben hat und dies auch nicht musste.

Abgemahnt hat der Beklagte die Klägerin vor Ausspruch der Kündigung unstreitig nicht. Wegen des unentschuldigten Fehlens war vorliegend auch nicht ausnahmsweise eine Abmahnung der Klägerin entbehrlich. Eine Abmahnung ist dann entbehrlich, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft trotz Abmahnung nicht erwartet werden kann oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass die Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich – für den Arbeitnehmer erkennbar – ausgeschlossen ist (z.B. BAG vom 12.05.2010 – 2 AZR 845/08).

Dass die Klägerin nach einer Arbeitsaufforderung durch den Beklagten ihr Verhalten nicht geändert hätte, ist nicht feststellbar. Das hat das Arbeitsgericht bereits zutreffend ausgeführt. Auf die entsprechenden Ausführungen wird verwiesen. Das Berufungsgericht schließt sich diesen an. Es gibt schlicht keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür, was passiert wäre, wenn der Beklagte die Klägerin unter Androhung einer Kündigung zur Wiederaufnahme ihrer Arbeit aufgefordert hätte.

Das Fehlen an einem einzigen Arbeitstag stellt sich auch nicht als so schwerwiegende Pflichtverletzung dar, dass die Klägerin davon ausgehen musste, dass die

Hinnahme dieses Fehlens für den Beklagten offensichtlich ausgeschlossen war. Der Beklagte hatte durch die Probezeitkündigung mit Wochenfrist gegenüber der Klägerin bereits zum Ausdruck gebracht, an deren weiterer Mitarbeit kein Interesse zu haben. Angesichts dessen liegt es jedenfalls nicht fern, dass er das Fehlen der Klägerin toleriert hätte, da für ihn dann auch keine Vergütungspflicht bestand.

Auf weitere Pflichtverletzungen der Klägerin hat sich der Beklagte nicht berufen.

b) Das Arbeitsverhältnis der Parteien endete infolge der ordentlichen Kündigung der Klägerin vom 05.08.2019 nicht bereits am 12.08., sondern am 20.08.2019. Dies folgt daraus, dass die ordentliche Kündigung der Klägerin schriftlich erst am 06.08.2019 zugegangen ist. Die zuvor per E-Mail ausgesprochene Kündigung des Beklagten ist unwirksam. Das folgt ohne Weiteres aus § 623 BGB. Nach dieser Vorschrift muss die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses schriftlich erfolgen, wobei die elektronische Form ausdrücklich ausgeschlossen ist.

Bei Zugang der Kündigung am 06.08.2019 endete das Arbeitsverhältnis gemäß der Kündigungsfrist aus § 622 Abs. 3 S. 1 BGB am 20.08.2019.

aa) Die vertragliche Vereinbarung über eine Kündigungsfrist von einer Woche in der Probezeit ist unwirksam. Auch das hat das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt. § 622 Abs. 3 S. 1 BGB steht nicht in dem Sinne zur Disposition der Arbeitsvertragsparteien, dass diese einzelvertraglich eine kürzere Kündigungsfrist in der Probezeit aushandeln können (vgl. auch LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 06.12.2006 – 9 Sa 742/06).

bb) Der Ausschluss der Abänderbarkeit der Kündigungsfrist in der Probezeit verstößt auch nicht deswegen gegen den Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG, weil den Tarifvertragsparteien eine entsprechende Abweichungsmöglichkeit durch § 622 Abs. 4 S. 1 BGB eröffnet worden ist.

Es ist allgemein anerkannt, dass der Gesetzgeber in einzelnen gesetzlichen Vorschriften Abweichungen zulasten des Arbeitnehmers nur durch Tarifvertrag zulassen

kann (Erf.Komm-Franzen, § 1 TVG, Rn. 14, der ausdrücklich auch § 622 Abs. 4 BGB in Bezug nimmt). Der Gesetzgeber geht in diesen Fällen von einer Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags aus und unterstellt, dass die Tarifvertragsparteien nur in angemessenem Umfang vom Gesetz abweichen werden. Die Verhandlungsparität der Tarifvertragspartner führt zu einer angemessenen Berücksichtigung der Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Eine vergleichbare Parität besteht zwischen den Parteien des Individualarbeitsvertrags nicht. Dieser Unterschied rechtfertigt die ungleiche Behandlung durch den Gesetzgeber. Die vom Beklagten angeregte Vorlage dieser Rechtsfrage vor den Europäischen Gerichtshof kommt schon mangels europarechtlichen Bezugs der Kündigungsfristen nicht in Betracht.

cc) Mit Zugang der schriftlichen Kündigung vom 06.08.2019 begann damit die zweiwöchige Kündigungsfrist, die gemäß den §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB mit Ablauf des 20.08.2019 endete.

c) Die Widerklage des Beklagten gegen die Klägerin ist zulässig, aber nicht begründet.

aa) Die Widerklage bedarf zunächst der Auslegung. Wie bereits das Arbeitsgericht zutreffend erkannt hat, bezeichnet das Begründungselement im Widerklageantrag „da sie ihre Pflicht, zur Arbeit zu erscheinen, nicht genügt hat“ kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis. Tatsächlich begehrt der Beklagte mit seiner Widerklage erkennbar aber nur die Feststellung, dass der Klägerin kein weiterer Lohnanspruch ihm gegenüber zusteht. In diesem Sinne ist der Klagantrag auslegungsfähig, ohne dass es insoweit einer gesonderten Abweisung des Klagebegehrens bedarf.

bb) Die Widerklage ist zulässig. Insbesondere liegt das vom Arbeitsgericht noch vermisste Feststellungsinteresse vor. Jedenfalls im Berufungsverfahren hat die Klägerin ausdrücklich vorgetragen, dass sie gegenüber dem Beklagten noch Lohnansprüche bis zum 20.08.2019 habe. Sie führt insoweit ausdrücklich aus, der Beklagte habe das Arbeitsverhältnis bis einschließlich zu diesem Tag abzurechnen.

cc) Die Widerklage ist aber unbegründet. Es kann nicht festgestellt werden, dass der Klägerin keine Lohnansprüche gegen den Beklagten mehr zustehen. Zwar dürften Lohnansprüche für die Zeit bis zum 09.08.2019 nicht bestehen, wohl aber für die Zeit danach.

Für den 01. und 02.08., die Tage an denen die Klägerin gearbeitet hat, bestehen keine Lohnansprüche, weil diese bereits vollständig erfüllt sind. Unstreitig hat der Beklagte für die beiden Tage 17,34 Stunden, die von der Klägerin geleistete Arbeitszeit, abgerechnet und gezahlt.

Am 05. und 06. hat die Klägerin vereinbarungsgemäß nicht gearbeitet, am 07.08. fehlte sie unentschuldigt. Für die drei Tage ist ersichtlich kein Lohnanspruch begründet. Auch für den 08. und 09.08. stehen der Klägerin keine Lohnansprüche zu, da sie an diesen Tagen arbeitsunfähig erkrankt war und das Arbeitsverhältnis noch nicht vier Wochen ununterbrochen dauerte, § 3 Abs. 3 EFZG. Der 10. und 11.8.2019 fielen auf die vergütungsfreien Tage Samstag und Sonntag.

Für die Zeit vom 12. bis 20.08.2019 dürften dagegen Lohnansprüche der Klägerin nach § 615 BGB bestehen. Mit Ausspruch der unwirksamen fristlosen Kündigung befand sich der Beklagte in Annahmeverzug. Gründe, die einer Vergütungspflicht des Beklagten entgegenstehen, sind nicht ersichtlich.

d) Die Drittwiderklage des Beklagten ist unschlüssig und deswegen durch unechtes Versäumnisurteil abzuweisen.

aa) Erscheint der Berufungsbeklagte im Berufungstermin nicht und beantragt der Berufungskläger gegen ihn das Versäumnisurteil, so ist das tatsächliche Vorbringen des Berufungsklägers als zugestanden anzunehmen. Ist danach das Vorbringen des Berufungsklägers unschlüssig, ist die Berufung durch unechtes Versäumnisurteil zurückzuweisen (Zöller, § 539, Rn. 14).

bb) Hier ist die Berufung unschlüssig. Das Arbeitsgericht hat die Drittwiderklage des Beklagten zu Recht abgewiesen. Sein Antrag ist unzulässig. Ihm fehlt das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse.

(1) Ein Feststellungsinteresse im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO besteht grundsätzlich nur, wenn der Beklagte ein Recht des Klägers ernstlich bestreitet oder er sich eines Rechts gegen den Kläger berührt (Zöller, § 256, Rn. 7).

(2) Hier berührt sich der Drittwiderbeklagte keines Rechts gegenüber dem Beklagten, auch nicht in seinem Schreiben vom 19.09.2019. In diesem weist der Drittwiderbeklagte allein auf die gesetzliche Regelung des Anspruchsübergangs in § 115 Abs. 1 SGB X hin. Das wird bereits aus dem Betreff des Schreibens deutlich. Dort heißt es „Anspruchsübergang gemäß § 115 X. Buch Sozialgesetzbuch... Auch formuliert der Drittwiderbeklagte in dem Schreiben, dass Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten bestehen könnten und nur für diesen Fall ein Anspruchsübergang „eventuel-ler“ Ansprüche bestehe. Er führt ferner aus, dass eine Überprüfung und Bezifferung erst nach Feststellung des Anspruchs durch das Gericht erfolgen werde.

Damit wird deutlich, dass der Drittwiderbeklagte keine eigenen Rechte gegenüber dem Beklagten verfolgt und auch nicht Rechte der Klägerin. Vielmehr macht er für den Fall, dass von dritter Seite (Arbeitsgericht/Landesarbeitsgericht) das Bestehen von Ansprüchen festgestellt wird, geltend, dass der Beklagte etwaige Leistungen nicht an die Klägerin, sondern an ihn, den Drittwiderbeklagten, zu erbringen habe. Erkennbar bindet sich damit der Drittwiderbeklagte an die gerichtlichen Entscheidungen, so dass es ein Interesse für eine gerichtliche Feststellung des Nichtbestehens von Ansprüchen nicht gibt.

e) Von Amts wegen zu korrigieren ist dagegen die erstinstanzliche Kostenentscheidung. Das Arbeitsgericht hat sich bei der Kostenentscheidung, die es nicht weiter begründet hat, ersichtlich verrechnet.

aa) Als Gegenstandswert für die Kostenberechnung der ersten Instanz ist ein Betrag von EUR 4.289,78 zu Grunde zu legen.

Die von der Klägerin eingereichte Klage, die auf den unbefristeten Fortbestand des Arbeitsverhältnisses gerichtet war, ist mit einem Gegenstandswert von drei Bruttomonatsgehältern zu bewerten (LAG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 08.06.2011 – 6 Ta 67/11). Das sind EUR 3.939,60.

bb) Hinzu kommen die Kosten der Widerklage.

Diese sind, da sie wirtschaftlich auf denselben Gegenstand gerichtet sind, nämlich das Bestehen einer Zahlungsverpflichtung des Beklagten gegenüber der Klägerin für die Zeit ab dem 08.08.2019 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses, einheitlich zu bewerten. Die Höhe des Wertes richtet sich nach den in Betracht kommenden Vergütungsansprüchen der Klägerin für die Zeit bis zum 20.08.2019 abzüglich eines Abschlags von 20 %, da nur eine Feststellungs- und keine Leistungsklage erhoben worden ist. Nach den obigen Ausführungen kommt danach eine Vergütung für die Zeit vom 10. bis 20.08., das sind 10/30 von 1.313,20 EUR, also EUR 437,72 in Betracht. Hiervon 80 % sind EUR 350,18.

cc) Addiert man diesen Betrag zu den vorgenannten EUR 3.939,60 ergibt sich ein Gegenstand für die erstinstanzliche Kostenentscheidung von EUR 4.289,78.

bb) Hieraus ergibt sich eine Kostenquote für den Beklagten von 23 % und der Klägerin von 77 %. Von den Kosten des Klagantrags auf unbefristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses trägt die Klägerin 5/6 und der Beklagte 1/6, da die Klägerin in einem Umfang von 14 Tagen, also 1/6 von drei Bruttomonatsgehältern obsiegt hat. 1/6 von 3.939,60 sind EUR 656,60. Für den Beklagten kommen zu diesem Betrag die Kosten für die Widerklage, so dass er Beklagte insgesamt mit einem Anteil von 1.006,78 am Gesamtstreitwert von EUR 4.289,78 zu beteiligen ist. Damit liegt seine Quote bei 23 %, die der Klägerin bei 77 %.

III. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Beklagte gemäß § 97 Abs. 1 ZPO. Insoweit ist allein das Unterliegen des Beklagten mit seinen Hauptanträgen maßgeblich. Die Korrektur der von Amts wegen zu überprüfenden Kostenentscheidung des

Arbeitsgerichts ändert nichts an der Pflicht zur Kostentragung für das Berufungsverfahren.

IV) Gründe für die Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich.

gez. ...      gez. ...      gez. ...