
Datum: 22.07.2011
Gericht: Arbeitsgericht Essen
Spruchkörper:
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 Ca 581/11
ECLI: ECLI:DE:ARBGE:2011:0722.5CA581.11.00

Schlagworte: - - -
Normen: - - -
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze: - - -

Tenor:

1. Die Klage wird abgewiesen.
 2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.
 3. Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 47.499,99 EUR festgesetzt.
 4. Die Berufung wird nicht gesondert zugelassen.
-

Tatbestand: 1

Die Parteien streiten um eine außerordentliche und eine hilfsweise ordentliche Kündigung. 2

Die Beklagte ist ein Tochterunternehmen des S.-Konzerns und beschäftigt am Standort Essen etwa 800 Mitarbeiter. Dabei handelt es sich zu etwa 1/3 um tarifliche, zu 2/3 um außertarifliche Mitarbeiter. Die am 05.09.1968 geborene, ledige Klägerin trat am 01.01.2003 in den Konzern ein. Sie ist seit dem 28.12.2005 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerinnen als Referentin in der Abteilung N." tätig. Nach dem Arbeitsvertrag vom 28.12.2005 (Bl. 3 ff. d.A.) ist die Klägerin außertarifliche Mitarbeiterin. Ziffer 2 (5) des Vertrags lautet: 3

| | |
|--|----|
| Im Rahmen Ihrer Aufgabenstellung sind Sie verpflichtet, auch außerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit tätig zu werden. | 4 |
| Weitere Regelungen zur Arbeitszeit enthält der Vertrag nicht. Die vertragliche Kündigungsfrist beträgt sechs Monate zum Quartalsende, das aktuelle Jahresgehalt etwa 95.000,00 EUR brutto (Bl. 146 d.A.). | 5 |
| Bei der Beklagten existiert eine Betriebsvereinbarung vom 31.03.2009 zur Arbeitszeit (Bl. 132 ff. d.A.), die auszugsweise folgende Regelungen enthält: | 6 |
| § 2 Arbeitszeit / Arbeitszeitrahmen / Servicezeit | 7 |
| 1.Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit für Tarifangestellte bestimmt sich nach dem jeweils geltenden Tarifvertrag (z. Zt.: Manteltarifvertrag Tarifgruppe S.) und beträgt derzeit 38 Stunden für Vollzeitmitarbeiter | 8 |
| 2.Die Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit erfolgt in der Regel auf die Wochentage Montag bis Freitag jeweils zwischen 6.00 Uhr und 20.00 Uhr. Die Mitarbeiter können die Lage der Arbeitszeit innerhalb dieses Rahmens unter Berücksichtigung der betrieblichen Erfordernisse und der Servicezeit gemäß nachfolgender Ziffer 3 in Abstimmung mit dem Vorgesetzten frei wählen. | 9 |
| 3.Für die Organisationseinheiten der Gesellschaft gilt eine Servicezeit an den Wochentagen Montag bis Donnerstag jeweils von 9.00 Uhr bis 16.00 Uhr, am Freitag von 9.00 Uhr bis 15.00 Uhr. Innerhalb dieser Zeit ist die Erreichbarkeit der Organisationseinheiten zu gewährleisten. Eine generelle Anwesenheitspflicht für alle Mitarbeiter der jeweiligen Organisationseinheit während der Servicezeit ist hiermit nicht verbunden. | 10 |
| § 5 Gleitzeit | 11 |
| 1.Für jeden Mitarbeiter wird ein Gleitzeitkonto eingerichtet und geführt. Davon ausgenommen sind nur AT-Mitarbeiter, die gemäß Ziffer II. 2., 3. und 5. der Bonus- Betriebsvereinbarung vom 12. Februar 2008 in Verbindung mit Anlage 2 zur Bonus-Betriebsvereinbarung der Vergütungsgruppe "Commercial" angehören. Für diese AT-Mitarbeiter wird kein Gleitzeitkonto geführt und kein Arbeitszeitsaldo gebildet; die Arbeitszeiten werden lediglich dokumentiert. | 12 |
| 2.Das Gleitzeitkonto von Tarifmitarbeitern erfasst die Differenz aus IST-Arbeitszeit, die keine Mehrarbeit gemäß § 4 Ziffer 1 ist, und regelmäßiger Arbeitszeit. | 13 |
| 3.Das Gleitzeitkonto von AT-Mitarbeitern erfasst die Differenz aus IST-Arbeitszeit inklusive Mehrarbeit und regelmäßiger Arbeitszeit. | 14 |
| 4.Ganztägige Abwesenheiten durch Krankheit oder Urlaub werden - soweit es sich um bezahlte Fehlzeiten handelt - mit 7,6 Stunden Arbeitszeit bewertet. | 15 |
| § 7 Gleitzeitkonto AT-Mitarbeiter | 16 |
| 1.Das Gleitzeitkonto für AT-Mitarbeiter (§ 5 Ziffer 1) wird auf der Basis der derzeit gültigen tariflichen Wochenarbeitszeit (38 Stunden) geführt. Die jeweils gültige tarifliche Wochenarbeitszeit wird ausschließlich zum Zweck der Führung des Gleitzeitkontos herangezogen. Eine entsprechende Festlegung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit für AT-Mitarbeiter erfolgt damit nicht. | 17 |

| | |
|--|----|
| 2. Zeitguthaben sollen vorrangig durch Freizeit ausgeglichen werden. | 18 |
| 3. Soweit das Gleitzeitkonto ein Zeitguthaben von 180 Stunden oder eine Zeitschuld von 80 Stunden erreicht, ist der Vorgesetzte verpflichtet, mit dem Mitarbeiter gemeinsam mit dem Betriebsrat sowie einem Vertreter von Human Resources ein Gespräch zu führen und Maßnahmen zu vereinbaren, die ein weiteres Anwachsen des Zeitguthabens, insbesondere die Überschreitung eines Zeitguthabens von 220 Stunden, oder der Zeitschuld verhindern. Die Inhalte des Gesprächs sind von dem Vorgesetzten zu protokollieren. Das Protokoll ist Human Resources und dem Betriebsrat zuzuleiten. | 19 |
| 4. Der Betriebsrat kann Human Resources und den Vorgesetzten schon vor Erreichen der in Ziffer 3 festgelegten Zeitsalden auf die Entwicklung des Gleitzeitkontos eines Mitarbeiters hinweisen. Im Einvernehmen mit Human Resources und dem Vorgesetzten kann das Gespräch mit dem Mitarbeiter zur Vereinbarung von Maßnahmen zum Abbau des Zeitguthabens bzw. der Zeitschuld schon vor Erreichen der in Ziffer 3 genannten Zeitsalden (-80+180) geführt werden. | 20 |
| 5. Zum 31.12. eines Kalenderjahres bestehende Zeitguthaben entfallen ersatzlos. Etwaige Zeitschulden werden in vollem Umfang auf das nächste Kalenderjahr übertragen und sind auch in diesem Jahr abzubauen. | 21 |
| Mit E-Mail vom 08.10.2010 (Bl. 44 d.A.) forderte die Beklagte die Klägerin auf, mindestens 7,6 Stunden täglich zu arbeiten. Am 15.10.2010 (Bl. 45 d.A.) wiederholte die Beklagte diese Aufforderung und bat um Mitteilung bis zum 29.10.2010, wie sie ihr Arbeitszeitkonto auszugleichen gedenke. Die Klägerin reagierte darauf nicht. Ihr Arbeitszeitkonto wies am 08.11.2010 ein Minus von 686,44 Stunden auf (Bl. 74 ff. d.A.). Mit Schreiben vom 10.11.2010 (Bl. 47 d.A.) forderte die Beklagte die Klägerin auf, eine Wochenarbeitszeit von 38 Stunden einzuhalten, und wies darauf hin, dass sie beginnend mit dem Monat November 2010 einen Teil des Gehalts einbehalten werde, bis das Arbeitszeitkonto ausgeglichen sei. Mit einem weiteren Schreiben vom 10.11.2010 (Bl. 85 d.A.) sprach die Beklagte eine Abmahnung wegen einer verspäteten Krankmeldung am 18.10.2010 (Bl. 85 d.A.) aus. Unter dem Datum 11.01.2011 erhielt die Klägerin mehrere schriftliche Abmahnungen, die sich auf folgende Sachverhalte bezogen: | 22 |
| - unentschuldigtes Fehlen am 12.11.2010, Bl. 53 d.A. | 23 |
| - in der 46. KW 2010 nur 21,99 Stunden gearbeitet, Bl. 54 d.A. | 24 |
| - in der 47. KW 2010 nur 20,55 Stunden gearbeitet, Bl. 55 d.A. | 25 |
| - in der 48. KW 2010 nur 10,7 Stunden gearbeitet, Bl. 56 d.A. | 26 |
| - in der 49. KW 2010 nur 8,18 Stunden gearbeitet, Bl. 57 d.A. | 27 |
| - in der 50. KW 2010 nur 3,07 Stunden gearbeitet, Bl. 58 d.A. | 28 |
| - in der 52. KW 2010 nur 2,2 Stunden gearbeitet, Bl. 59 d.A. | 29 |
| - in der 1. KW 2011 nur 3,18 Stunden gearbeitet, Bl. 60 d.A. | 30 |
| - unentschuldigtes Fehlen am | 31 |
| | 32 |

09.12.2010, 10.12.2010, 13.12.2010, 15.12.2010, 16.12.2010, 20.12.2010, 21.12.2010, 22.12.2010, 23.12.2010, 27.12.2010, 28.12.2010, 29.12.2010 und 06.01.2011, Bl. 61-73 d.A.

Die Klägerin beantragte am 20.01.2011 wegen eines Trauerfalls Urlaub für die Zeit vom 20.01.2011 bis zum 31.01.2011 (Bl. 81 d.A.). Dieser wurde ihr gewährt. Am 28.01.2011 reichte sie einen Urlaubsantrag für weitere 14 Tage bis einschließlich zum 18.02.2011 ein. Diesen lehnte die Beklagte ab. Daraufhin erschien die Klägerin am Dienstag den 01.02.2011 wieder zur Arbeit, jedoch erst um 14.52 Uhr, obwohl sie um 13.00 Uhr einen Termin mit ihrem Vorgesetzten zur Besprechung der Zielvereinbarung hatte. Um 17.23 Uhr beendete sie die Arbeit. Am Mittwoch, den 02.01.2011 erschien die Klägerin um 13.17 Uhr und ging nach 3,63 Stunden. Am Donnerstag, den 03.02.2011 war die Klägerin 3,52 Stunden anwesend, am Freitag den 04.02.2011 2,9 Stunden, am Montag, den 07.02.2011 3,77 Stunden. Am Dienstag, den 08.02.2011 erschien sie nicht zur Arbeit. 33

Mit Schreiben vom 10.02.2011 (Bl. 38 - 103 d. A., einschließlich Anlagen) hörte die Beklagte den Betriebsrat zur beabsichtigten außerordentlichen fristlosen und hilfsweise ordentlichen Kündigung an. Das Schreiben ging dem Betriebsrat am 10.02.2011 um 9.39 Uhr zu. Der Betriebsrat äußerte sich nicht zu der beabsichtigten Maßnahme. Mit Schreiben vom 16.02.2011 (Bl. 12 d. A.) sprach die Beklagte eine außerordentliche, fristlose Kündigung aus. Es folgte eine hilfsweise ordentliche Kündigung vom 22.02.2011 mit Wirkung zum 30.09.2011 (Bl. 19 d. A.). 34

Der zwischen den Parteien geführte Rechtsstreit um die ausgesprochenen Abmahnungen ist beim Arbeitsgericht Essen unter dem Aktenzeichen 1 Ca 255/11 anhängig. Das Verfahren ruht derzeit. In einem weiteren Rechtsstreit hat das Arbeitsgericht Essen mit Urteil vom 30.06.2011 - 3 Ca 111/11 - die Klage auf Feststellung, dass die Klägerin keine arbeitsvertragliche Verpflichtung zur Ableistung einer 38-Stunden-Woche hat, und auf Nachzahlung der einbehaltenen Gehälter abgewiesen. Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig. 35

Mit ihrer am 28.02.2011 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage wendet sich die Klägerin gegen die Kündigung vom 16.02.2011. Am 02.03.2011 ist eine Klageerweiterung hinsichtlich der Kündigung vom 22.02.2011 erfolgt. 36

Die Klägerin ist der Auffassung, die Kündigungen seien rechtswidrig. Für sie gelte eine "Vertrauensarbeitszeit" ohne Anwesenheitsverpflichtung. Sie behauptet, es gebe bei der Beklagten keine betriebsübliche Wochenarbeitszeit. Die Beklagte beschäftige die außertariflichen Mitarbeiter nicht mehr nach Maßgabe einer konkreten Wochenarbeitszeit, sondern erwarte von ihnen lediglich bestimmte Arbeitsergebnisse. Weiter ist die Klägerin der Ansicht, aus der Betriebsvereinbarung vom 31.03.2009 folge, dass die Beschäftigten berechtigt seien, eigenverantwortlich ihre Arbeitszeit festzulegen. Die Beklagte habe diesbezüglich keinerlei Direktionsrecht (mehr). Ferner rügt die Klägerin die Betriebsratsanhörung als nicht ordnungsgemäß. 37

Die Klägerin beantragt zuletzt, 38

1.festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 16.02.2011 aufgelöst worden ist; 39

2.festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auch nicht durch die hilfsweise Kündigung der Beklagten vom 22.02.2011 aufgelöst wird. 40

Die Beklagte beantragt, 41

| | |
|---|----|
| die Klage abzuweisen. | 42 |
| Sie behauptet, die betriebsübliche Arbeitszeit entspreche der tariflichen Arbeitszeit von 38 Wochenstunden. Sie ist der Auffassung, die Klägerin sei arbeitsvertraglich verpflichtet, mindestens diese 38 Wochenstunden zu leisten, auf Verlangen auch darüber hinaus. Die Betriebsvereinbarung vom 31.03.2009 regele nicht die Dauer, sondern die Verteilung der Arbeitszeit. | 43 |
| Wegen der weiteren Einzelheiten des zugrunde liegenden Sachverhaltes sowie des widerstreitenden Sachvortrages und der unterschiedlichen Rechtsauffassungen der Parteien wird auf den Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze sowie die zu den Akten gereichten Unterlagen und Sitzungsniederschriften Bezug genommen. | 44 |
| E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e : | 45 |
| I. | 46 |
| Die zulässige Klage ist unbegründet. | 47 |
| 1.Die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 16.02.2011 hat das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung gemäß § 626 Abs. 1 BGB beendet. | 48 |
| a)Nach § 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 bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes ist im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB auf der ersten Stufe zu prüfen, ob der Kündigungssachverhalt unabhängig von den Besonderheiten des Einzelfalls an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund zu bilden. Sodann sind auf der zweiten Stufe bei der erforderlichen Interessenabwägung alle Umstände des Einzelfalles darauf zu überprüfen, ob es dem Kündigenden unzumutbar geworden ist, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen (vgl. BAG vom 07.07.2005 - 2 AZR 581/04, NZA 2006, 98; BAG vom 11.12.2003 - 2 AZR 36/03, NZA 2004, 486; BAG vom 20.01.1994 - 2 AZR 521/93, NZA 1994, 548). | 49 |
| Unentschuldigtes Fehlen nach einschlägiger Abmahnung ist an sich geeignet, einen wichtigen Kündigungsgrund zu bilden. Hierzu führt das BAG in seinem Urteil vom 15.03.2001 - 2 AZR 147/00, EzA § 626 nF BGB Nr 185, aus: | 50 |
| Das unentschuldigte Fehlen des Arbeitnehmers für die Dauer eines ganzen Arbeitstages ohne ausreichende Information des Arbeitgebers ist im Wiederholungsfall nach einschlägiger Abmahnung je nach den Umständen an sich geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu begründen (vgl. BAG 24. November 1983 - 2 AZR 327/82 - AP BGB § 626 Nr. 76 = EzA BGB § 626 nF Nr. 88 (1 1/2 Tage)). Dabei obliegt es dem Arbeitgeber regelmäßig nicht, Betriebsablaufsstörungen infolge des unentschuldigtes Fehlens des Arbeitnehmers und der nicht erfolgten Benachrichtigung konkret darzulegen. Solche Betriebsablaufsstörungen sind mit einem derartigen Fehlverhalten des Arbeitnehmers üblicherweise verbunden. Würden bei einem unentschuldigtes Fehlens des Arbeitnehmers, das zudem ohne rechtzeitige Benachrichtigung des Arbeitgebers erfolgt, solche Betriebsablaufsstörungen ausnahmsweise nicht auftreten, wäre der Arbeitnehmer in der fraglichen Zeit eigentlich überflüssig und sein | 51 |

Einsatz für den Arbeitgeber nicht von Nutzen, was regelmäßig nicht angenommen werden kann (Senat 27. Februar 1997 - 2 AZR 302/96 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 36 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 51; vgl. auch Senat 17. Januar 1991 - 2 AZR 375/90 - BAGE 67, 75).

Ferner muss der Arbeitnehmer vor einer außerordentlichen Kündigung in der Regel wirksam abgemahnt werden, denn im Rahmen der verhaltensbedingten Kündigungsgründe gilt das sogenannte Prognoseprinzip. Die Kündigung hat nicht bloßen Sanktionscharakter, sondern soll zukünftige, weitere Pflichtverletzungen ausschließen. Die begangene Pflichtverletzung muss sich daher noch in der Zukunft belastend auswirken. Eine negative Prognose ist gegeben, wenn aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus folgenden Vertragsstörung darauf geschlossen werden kann, dass der Arbeitnehmer auch in Zukunft ähnliche Pflichtverstöße begehen wird. Die Abmahnung dient der Objektivierung der negativen Prognose. Denn wenn der Arbeitnehmer trotz vorangegangener Abmahnung wiederholt seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt, kann regelmäßig angenommen werden, dass es auch zukünftig zu weiteren Vertragsstörungen kommen wird (vgl. BAG vom 26.11.2009 - 2 AZR 751/08, AP Nr. 61 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung). 52

Die Abmahnung dient darüber hinaus der Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Eine Kündigung ist nicht gerechtfertigt, wenn es andere geeignete mildere Mittel gibt, um die Vertragsstörung zukünftig zu beseitigen. (vgl. BAG vom 12.01.2006 - 2 AZR 179/05, AP Nr. 54 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung). 53

Auch wenn ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung an sich gegeben ist, ist eine außerordentliche Kündigung nur dann zulässig, wenn bei der umfassenden Interessenabwägung das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers überwiegt. Zu berücksichtigen ist hierbei insbesondere die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen beanstandungsfreier Verlauf. Ferner können das Bestehen einer Wiederholungsgefahr, das Ausmaß der dem Arbeitgeber entstandenen Schäden und auch die Frage in Betracht zu ziehen sein, ob dem Verhalten des Arbeitnehmers eine besondere Verwerflichkeit innewohnt (vgl. BAG vom 27.04.2006 - 2 AZR 415/05, AP Nr. 203 zu § 626 BGB). Auch kann ein unverschuldeter Rechtsirrtum des Arbeitnehmers dazu führen, dass die Interessenabwägung zu seinen Gunsten ausfällt (vgl. BAG vom 17.05.1984 - 2 AZR 3/83, AP Nr. 14 zu § 626 BGB). 54

b)Bei Anwendung der vorstehenden Grundsätze auf den vorliegenden Fall ist die außerordentliche Kündigung vom 16.02.2011 rechtmäßig. 55

aa)Die Klägerin war verpflichtet, eine tägliche Arbeitszeit von 7,6 Stunden und eine wöchentliche Arbeitszeit von 38 Stunden abzuleisten. Gemäß Ziffer 2 (5) Arbeitsvertrag vom 28.12.2005 bestand die Verpflichtung, auch außerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit tätig zu werden. 56

Die maßgebliche Vertragsklausel ist aus Sicht eines objektiven Empfängers nach Treu und Glauben sowie mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gemäß §§ 133, 157 BGB so auszulegen, dass die Beklagte berechtigt ist, die Arbeitszeit der Klägerin anzuordnen, und zwar unter Beachtung der Grenzen des Arbeitszeitgesetzes (maximal 48 Wochenstunden) und im Rahmen des billigen Ermessens gemäß § 106 GewO. Dieses Direktionsrecht hat die Beklagte wahrgenommen, indem sie die Klägerin am 08.10.2010 und am 10.11.2010 aufgeforderte, mindestens 7,6 Stunden täglich und 38 Stunden wöchentlich zu arbeiten. Diese Weisungen waren auch nicht unbillig. Die Beklagte darf verlangen, dass die Klägerin - auch als AT-Mitarbeiterin - in diesem vorgegebenen Umfang Vorgesetzten, Kollegen und ggf. 57

auch Dritten als Ansprechpartnerin im Betrieb zur Verfügung steht.

Die Betriebsvereinbarung vom 31.03.2009 steht dem nicht entgegen. Diese setzt nicht das zeitliche Direktionsrecht der Beklagten außer Kraft. Dies ist bereits daraus ersichtlich, dass gemäß § 2 Ziffer 2 die Lage der Arbeitszeit in Abstimmung mit dem Vorgesetzten erfolgen muss. Die Bestimmung in § 7 Ziffer 1 ("Eine entsprechende Festlegung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit für AT-Mitarbeiter erfolgt damit nicht.") besagt lediglich, dass die Arbeitszeitkonto-Vereinbarung keine Regelung der Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit für AT-Mitarbeiter darstellt, und zwar erst recht keine Beschränkung auf 38 Wochenstunden. Dagegen räumt die Klausel AT-Mitarbeitern nicht das Recht ein, die Dauer ihrer Arbeitszeit frei zu bestimmen. 58

Somit kann dahin stehen, ob es eine betriebsübliche Arbeitszeit gibt und hoch diese ist. Ebenfalls kann offen bleiben, ob die arbeitsvertragliche Regelung zur Vergütungsabgeltung in Ziffer 2 (5) rechtmäßig ist. 59

bb)Gegen die Anordnung der Beklagten, 38 Stunden wöchentlich und 7,6 Stunden täglich anwesend zu sein, hat die Klägerin nachhaltig verstoßen, indem sie am 01.02.2011 nur etwa zweieinhalb Stunden, am 02.01.2011 nur 3,63 Stunden, am 03.02.2011 nur 3,52 Stunden, am 04.02.2011 nur 2,9 Stunden und am 08.02.2011 überhaupt nicht im Betrieb war. Zudem ist sie am 01.02.2011 um 13.00 Uhr nicht zu dem mit ihrem Vorgesetzten vereinbarten Gesprächstermin erschienen. Eine Rüge nach § 626 Abs. 2 BGB erfolgte nicht, so dass sämtliche Verstöße ohne Weiteres der Kündigung zugrunde gelegt werden können. 60

cc)Die Beklagte durfte davon ausgehen, dass die Klägerin sich auch in Zukunft den arbeitszeitlichen Weisungen widersetzen würde, denn sie war mehrfach einschlägig abgemahnt sowohl wegen ganztägigen unentschuldigtem Fehlens als auch wegen Nichteinhaltung der wöchentlichen Arbeitszeit. Die Abmahnungen beziehen sich auf Zeiträume nach Erhalt der Anweisungen vom 08.10.2010 und 10.11.2010. Die ihnen zugrunde liegenden Tatsachen sind unstrittig. Zudem führte auch der Einbehalt eines Teils des Gehalts nicht dazu, dass die Klägerin ihrer Anwesenheitsverpflichtung nachgekommen ist. 61

dd)Die Interessenabwägung geht zu Lasten der Klägerin. Es ist der Beklagten nicht zuzumuten, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist am 30.09.2011 fortzusetzen. Die Klägerin hat sich in besonders hartnäckiger Weise den Anweisungen der Beklagten widersetzt. Zudem kann sie auf keine besonders lange Betriebszugehörigkeit verweisen. Auch auf einen etwaigen Rechtsirrtum kann sie sich nicht erfolgreich berufen. Bei verständiger Lektüre ihres Arbeitsvertrags sowie der Betriebsvereinbarung hätte sie auch als Nichtjuristin erkennen müssen, dass die Beklagte berechtigt ist, eine Arbeitszeit von (mindestens) 38 Wochenstunden anzuordnen. Im Übrigen wäre es ihr auch zumutbar gewesen, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über ihren Feststellungsantrag im Verfahren 3 Ca 111/11 den Anordnungen der Beklagten nachzukommen. 62

c)Die pauschale Rüge der Betriebsratsanhörung hatte keinen Erfolg. Die Beklagte hat den Betriebsrat mit Schreiben vom 10.02.2011 (auch) zur außerordentlichen Kündigung angehört. Die dreitägige Anhörungsfrist gemäß § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG wurde gewahrt. Sonstige Umstände, aus denen sich die Rechtswidrigkeit der Anhörung ergeben könnte, sind nicht vorgetragen. 63

2. Auch der Feststellungsantrag hinsichtlich der Kündigung vom 22.02.2011 ist unbegründet. Das Arbeitsverhältnis wurde bereits durch die außerordentliche, fristlose Kündigung vom 16.02.2011 beendet. Ein Erfolg im Kündigungsschutzprozess setzt nach der punktuellen Streitgegenstandstheorie voraus, dass zum Zeitpunkt der Kündigung ein Arbeitsverhältnis besteht (vgl. BAG vom 18.04.2002 - 8 AZR 346/01, AP Nr. 232 zu § 613a BGB).

| | |
|---|----|
| II. | 65 |
| Die Kostenentscheidung beruht auf § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 91 Abs. 1 ZPO. | 66 |
| III. | 67 |
| Die Streitwertentscheidung erging gem. §§ 61 Abs.1, 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 42 Abs. 4 Satz 1 GKG. Für jede Kündigung wurden drei Monatsgehälter angesetzt. | 68 |
| IV. | 69 |
| Gemäß § 64 Abs. 3a ArbGG war zu entscheiden, dass kein Grund für eine gesonderte Zulassung der Berufung gemäß § 64 Abs. 2 lit. a), Abs. 3 ArbGG vorliegt. Die Statthaftigkeit der Berufung richtet sich daher nach § 64 Abs. 2 lit. c) ArbGG. | 70 |
| Rechtsmittelbelehrung | 71 |
| Gegen dieses Urteil kann von der klagenden Partei | 72 |
| B e r u f u n g | 73 |
| eingelegt werden. | 74 |
| Für die beklagte Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben. | 75 |
| Die Berufung muss | 76 |
| innerhalb einer N o t f r i s t* von einem Monat | 77 |
| beim Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Ludwig-Erhard-Allee 21, 40227 Düsseldorf, Fax: (0211) 7770 - 2199 eingegangen sein. | 78 |
| Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach dessen Verkündung. | 79 |
| Die Berufungsschrift muss von einem Bevollmächtigten unterzeichnet sein. Als Bevollmächtigte sind nur zugelassen: | 80 |
| 1.Rechtsanwälte, | 81 |
| 2.Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder, | 82 |
| 3.Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nr. 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung der Mitglieder dieser Organisation oder eines anderen Verbandes oder Zusammenschlusses mit vergleichbarer Ausrichtung entsprechend | 83 |

deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

Eine Partei die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten. 84

* Eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden. 85

- Cieslak - 86