Landesarbeitsgericht Hamm, 8 Sa 96/11

Datum:	26.05.2011
Gericht:	Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper:	8. Kammer
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	8 Sa 96/11
ECLI:	ECLI:DE:LAGHAM:2011:0526.8SA96.11.00

Vorinstanz:	Arbeitsgericht Herford, 2 Ca 1202/10
Nachinstanz:	Bundesarbeitsgericht, 2 AZN 1049/11
Schlagworte:	Kündigung/Auflösungsantrag des Arbeitnehmers/Unzumutbarkeit/widersprüchliches Verhalten
Normen:	KSchG § 9

Leitsätze:

Hat der Arbeitnehmer im vorangegangenen Kündigungsschutzprozess erfolgreich die Abweisung des arbeitgeberseitigen Auflösungsantrags beantragt, so stellt es kein unzulässiges widersprüchliches Verhalten dar, wenn der Arbeitnehmer im Folgeprozess um eine erneute arbeitgeberseitige Kündigung nunmehr seinerseits einen Auflösungsantrag stellt und diesen u. a. auf Tatsachen stützt, welche schon im Zeitpunkt des Vorprozesses vorgelegen haben und schon zu diesem Zeitpunkt zur Begründung eines eigenen Auflösungsantrags hätten vorgetragen werden können.

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Herford vom 15.12.2010 – 2 Ca 1202/10 – teilweise abgeändert.

Das Arbeitsverhältnis der Parteien wird auf Antrag der Klägerin mit Wirkung zum 28.09.2010 aufgelöst.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin eine Abfindung in Höhe von 2.375,00 € zu zahlen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand 1

Die Parteien streiten im Berufungsrechtszuge um die Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf Antrag der Klägerin. Das Arbeitsgericht hat die zugrunde liegende arbeitgeberseitige außerordentliche Kündigung vom 28.09.2010 für unwirksam erklärt, den klägerseitigen Auflösungsantrag jedoch abgewiesen. 2

Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde: 3

Die im Jahre 1980 geborene Klägerin war seit dem Jahre 2008 im baugewerblichen Betrieb der Beklagten als Mitarbeiterin im Vertrieb gegen ein monatliches Bruttoentgelt von 1.900 € beschäftigt. Sie ist Mitglied der Gewerkschaft IG Bauen–Agrar-Umwelt. Wie unstreitig ist, hatte die Gewerkschaft IG Bauen-Agrar-Umwelt, Bezirksverband Ostwestfalen-Lippe mit Schreiben vom 31.03.2010 die nicht tarifgebundene Beklagte zur Aufnahme von Tarifverhandlungen über den Abschluss eines Haustarifvertrages aufgefordert. Am 08.04.2010 fand eine Wahl der Tarifkommission statt, bei welcher die Klägerin zum Mitglied der Tarifkommission gewählt wurde. Am 09.04.2010 sprach die Beklagte gegenüber der Klägerin und den weiteren Mitgliedern der Tarifkommission – den Beschäftigten H1, A1 und K1 – sowie den mit der Vorbereitung einer Betriebsratswahl befassten Beschäftigten S3 und S2 eine ordentliche Kündigung mit sofortiger Arbeitsfreistellung aus, gegen welche diese Klage vor dem ArbG Herford erhoben; das diesbezügliche Verfahren der Klägerin trägt das Aktenzeichen 2 Ca 470/10. Wegen dieser Kündigungen kam es zunächst am 12.04.2010 zu Protestmaßnahmen und Arbeitsniederlegungen von Beschäftigten, ab dem 13.04.2010 fand sodann unter Beteiligung der Klägerin und der ebenfalls gekündigten und freigestellten Beschäftigen der von der Gewerkschaft organisierte Streik um den Abschluss eines Haustarifvertrages statt. Während des Streiks - am 22.04.2010 – sprach die Beklagte gegenüber den o. g. bislang nur ordentlich gekündigten Beschäftigten – so auch gegenüber der Klägerin, welche sich für die geplante Betriebsratswahl bewarb - eine außerordentliche fristlose Kündigung aus, gegen welche ebenfalls Klage erhoben wurde; das diesbezügliche Verfahren der Klägerin trägt das Aktenzeichen 2 Ca 521/10. Durch Urteile des Arbeitsgerichts Herford vom 14.07.2010 wurden sodann sämtliche Kündigungen für unwirksam erklärt. Zugleich wies das Arbeitsgericht den arbeitgeberseitigen Antrag, das Arbeitsverhältnis der Klägerin gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen zurück. 4

Nach Verkündung der Urteile vom 14.07.2010 nahm die Gewerkschaft von der Fortführung des bis zu diesem Tage geführten Streiks Abstand. Mit Ausnahme der Klägerin und des Arbeitnehmers H1, welche beide noch während des Streiks eine anderweitige Beschäftigung aufgenommen hatten, setzten die übrigen Streikteilnehmer ab dem 15.07.2010 ihre Arbeit bei der Beklagten fort. Für die Zeit ihrer Streikteilnahme nach Erhalt der jeweils erhalten fristlosen Kündigung machen die Klägerin und die weiteren gekündigten Beschäftigten Vergütungsansprüche unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges geltend. Nach 5

Klageabweisung durch das Arbeitsgericht ist die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin durch Urteil des Landesarbeitsgerichts vom 19.05.2011 (8 Sa 93/11) unter Zulassung der Revision zurückgewiesen worden.

Nachdem die Klägerin – anders als die übrigen Beschäftigten – ihre Arbeit ab dem 15.07.2010 nicht wieder aufgenommen hatte, wandte sich die Beklagte, welche bereits vor Verkündung des arbeitsgerichtlichen Urteils Kenntnis von der Aufnahme einer anderweitigen Tätigkeit der Klägerin erlangt hatte, mit Schreiben vom 23.07.2010 an die Klägerin mit der Anfrage, ob Bereitschaft zur einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehe. Nachdem eine Reaktion der Klägerin ausblieb, teilte die Beklagte der Klägerin mit weiterem Schreiben vom 19.08.2010 mit, dass gegen das Urteil des Arbeitsgerichts vom 14.07.2010 keine Berufung eingelegt werde. Zu weiterem Schriftverkehr und zur Arbeitsaufnahme kam es in Folgezeit nicht, vielmehr setzte dir Klägerin ihre ab dem 01.07.2010 aufgenommene anderweitige Beschäftigung fort, worauf die Beklagte die im vorliegenden Verfahren angegriffene fristlose Kündigung vom 28.09.2010 wegen unentschuldigten Fehlens aussprach. Zwischenzeitlich hat die Beklagte unter Verzicht auf die Rechte aus der fristlosen Kündigung vom 28.09.2010 erneut unter dem 25.11.2010 eine fristlose Kündigung erklärt, nachdem die Klägerin auch nach ausdrücklicher Aufforderung nicht zur Arbeit angetreten ist. Der hiergegen gerichtete Kündigungsrechtsstreit ist noch nicht abgeschlossen. 6

Die Klägerin ist der Auffassung, in Anbetracht der erneuten unwirksamen fristlosen Kündigung vom 28.09.2010 sei ihr die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar. Hierzu behauptet sie, der Geschäftsführer W1 sei nach Gründung der Tarifkommission und der daraufhin ausgesprochenen Kündigungen vom 09.04.2010 und 22.04.2010 unter keinen Umständen bereit gewesen, die Klägerin weiterzubeschäftigen und habe während des gesamten Streikverlaufs und auch danach erklärt, zu einer Zusammenarbeit mit den entlassene Arbeitnehmern unter keinen Umständen bereit zu sein. Weiter habe der Geschäftsführer die Klägerin zu Unrecht diverser Straftaten wie Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung bezichtigt. Auch die Tatsache, dass die Beklagte das ausgesprochene Hausverbot nicht zurückgenommen, sondern ohne Arbeitsaufforderung und Abmahnung zum schärfsten Mittel der fristlosen Kündigung gegriffen habe, belege die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. 7

Die Klägerin hat im ersten Rechtszuge beantragt 8

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung der Beklagten ohne Datum, der Klägerin zugestellt am 28.09.2010, nicht beendet wird 9

2. das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis aufzulösen und die Beklagte zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird. 10

Die Beklagte hat beantragt 11

die Klage und den Auflösungsantrag abzuweisen 12

Durch Urteil vom 15.12.2010 (Bl. 68 d. A.), auf welches wegen des weiteren erstinstanzlichen Parteivorbringens Bezug genommen wird, hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die angegriffene fristlose Kündigung nicht beendet worden ist, den von der Klägerin gestellten Auflösungsantrag jedoch mit der Begründung abgewiesen, eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses liege nicht vor. Hierbei sei der Umstand zu berücksichtigen, dass die Klägerin im Prozess um die 13

vorangegangenen Kündigung vom 09.04.2010 weder selbst einen Auflösungsantrag gestellt noch den arbeitgeberseitigen Auflösungsantrag unterstützt, sondern im Gegenteil auch insoweit Klageabweisung beantragt habe. Der nunmehr klägerseits gestellte und auf die früheren Geschehnisse gestützte Auflösungsantrag müsse unter diesen Umständen als widersprüchliches Verhalten angesehen werden. Auch die Tatsache, dass die Beklagte erneut eine unwirksame fristlose Kündigung ausgesprochen habe, mache die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht unzumutbar. Insoweit verkenne die Klägerin, dass sie nach obsiegendem Urteil im Kündigungsschutzprozess – jedenfalls nach Aufforderung - zur Arbeitsleistung verpflichtetet sei. Bei Aufnahme einer anderweitigen Beschäftigung sei der sich hieraus ergebende Konflikt nach § 12 KSchG zu lösen, rechtfertige indessen nicht die gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung.

Gegen das arbeitsgerichtliche Urteil hat allein die Klägerin Berufung eingelegt, mit welcher sie dem Standpunkt des arbeitsgerichtlichen Urteils entgegentritt, der Auflösungsantrag scheitere an der Unzulässigkeit widersprüchlichen Verhaltens. Nachdem die Beklagte im Vorprozess zur Begründung ihres Auflösungsantrages auf die Teilnahme der Klägerin an einem angeblich wilden Streik verwiesen habe, obgleich die Gewerkschaft sich die Arbeitsniederlegung zu eigen gemacht und damit legalisiert habe, und auch die weiteren erhobenen vorgetragenen Vorwürfe sich als unzutreffend erwiesen hätten, sei es selbstverständlich, dass die Klägerin seinerzeit den arbeitgeberseitigen Auflösungsantrag nicht akzeptiert habe. Nach wie vor gehe die Klägerin davon aus, dass die damaligen Kündigungen im Zusammenhang stünden mit der Gründung der Tarifkommission und der Vorbereitung der Betriebsratswahl. Nachdem die Beklagte nunmehr erneut aus heiterem Himmel eine unberechtigte fristlose Kündigung ohne sorgfältige Prüfung ausgesprochen habe, sei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin nicht mehr zumutbar. 14

Die Klägerin beantragt 15

das Urteil des Arbeitsgerichts Herford vom 15.12.2010 – 2 Ca 1202/10 – abzuändern, das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis zum 28.09.2010 aufzulösen und die Beklagte zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird. 16

Die Beklagte beantragt 17

die Berufung zurückzuweisen 18

Sie tritt dem Standpunkt des arbeitsgerichtlichen Urteils bei, auf angebliche Auflösungsgründe aus der Zeit des Vorprozesses könne die Klägerin ihren Auflösungsantrag schon wegen widersprüchlichen Verhaltens nicht stützen, zumal sich die Beklagte seinerzeit darauf beschränkt habe, die von ihr ausgesprochenen Kündigungen zu verteidigen. Mit der Bewerbung der Klägerin bei der Betriebsratswahl oder der Tätigkeit der Klägerin in der Tarifkommission stünden die damaligen Kündigungen in keinerlei Zusammenhang, mit dem gegenüber der Klägerin und weiteren Beschäftigten erteilten Hausverbot vom 12.04.2010 habe die Beklagte berechtigterweise auf betriebsstörende Aktionen im Zusammenhang mit der an diesem Tage begonnenen Arbeitsniederlegung reagiert, die Begehung von Straftaten durch die Klägerin habe der Geschäftsführer keinesfalls behauptet. Das erteilte Hausverbot sei jedenfalls mit dem Schreiben vom 23.07.2010 zurückgenommen worden. Allein die Tatsache, dass die Kündigung vom 28.09.2010 der rechtlichen Überprüfung nicht standgehalten habe, genüge nicht zur Annahme, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei der Klägerin unzumutbar. Tatsächlich sei die Kündigung nicht "aus heiterem Himmel", sondern deshalb ausgesprochen worden, weil die Klägerin auch nach mehr als zwei Monaten 19

nach obsiegendem Urteil die Arbeit bei der Beklagten nicht wieder aufgenommen habe. Auf dieser Grundlage sei es der Beklagten allein darum gegangen, das nur noch formal fortbestehende Arbeitsverhältnis zu beenden, wobei sie – die Beklagte – davon ausgegangen sei, dass die Klägerin in ausreichender Weise zur Arbeitsaufnahme aufgefordert gewesen sei. Dass die Klägerin zwischenzeitlich eine andere Beschäftigung aufgenommen habe, rechtfertige nicht den gestellten Auflösungsantrag, zumal die Klägerin ersichtlich keine Verdiensteinbuße erlitten habe.

Von der weiteren Darstellung des Tatbestandes wird gemäß § 69 ArbGG abgesehen. 20

Entscheidungsgründe 21

Die Berufung der Klägerin ist begründet und führt unter teilweiser Abänderung des arbeitsgerichtlichen Urteils zur antragsgemäßen Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung. 22

I. Auf Antrag der Klägerin war das zwischen den Parteien bestehende und durch die arbeitgeberseitige fristlose Kündigung vom 28.09.2010 nicht beendete Arbeitsverhältnis gemäß § 9 KSchG aufzulösen. Unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls ist der Klägerin die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten. 23

1. Die Kammer teilt nicht den Standpunkt des arbeitsgerichtlichen Urteils, die Klägerin verhalte sich mit dem nunmehr gestellten Auflösungsantrag widersprüchlich, nachdem sie im Vorprozess um die Wirksamkeit der Kündigungen vom 09.04.2010 und 22.04.2010 beantragt hat, den arbeitgeberseitigen Auflösungsantrag abzuweisen. 24

a) Beantragt der Arbeitgeber die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Begründung, eine gedeihliche Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei nicht zu erwarten, stehen dem Arbeitnehmer verschiedene Reaktionsmöglichkeiten zur Verfügung: Zum einen kann der Arbeitnehmer auch seinerseits einen Auflösungsantrag stellen mit der Folge, dass nach wohl h. M. das Gericht ohne weitere Sachprüfung die Auflösung des Arbeitsverhältnisses ausspricht (zum Meinungsstand KR-Spilger, 9. Aufl., § 9 KSchG Rn 65). Ebenso kann der Arbeitnehmer, ohne einen eigenen Auflösungsantrag zu stellen, davon absehen, dem arbeitgeberseitigen Vortrag entgegen zu treten, eine gedeihliche Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei nicht zu erwarten. Auch für diesen Fall kommt es zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses, welche der Arbeitnehmer nicht von sich aus begehrt, aber hinnimmt, etwa weil er auch seinerseits die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht für zumutbar oder sinnvoll hält und den Erhalt einer Abfindung der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses vorzieht. Will demgegenüber der Arbeitnehmer am Arbeitsverhältnis festhalten und beantragt er aus diesem Grunde die Abweisung des arbeitgeberseitigen Auflösungsantrages, so führt dies bei fehlendem Auflösungsgrund zur Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses, ohne dass hiermit eine Aussage darüber getroffen ist, ob aus Sicht des Arbeitnehmers Gründe für einen Auflösungsantrag vorliegen. Hat etwa der Arbeitgeber selbst den Auflösungsgrund herbeigeführt oder provoziert, um damit eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit als aussichtslos darstellen zu können, bleibt sein Auflösungsantrag als rechtsmissbräuchlich ohne Erfolg (vgl. KR/Spilger, 9. Aufl., § 9 KSchG Rn. 59). Auch wenn in einem derartigen Fall der Arbeitnehmer möglicherweise aussichtsreich seinerseits einen Auflösungsantrag stellen könnte, weil objektive Gründe für die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sprechen, kann er gute Gründe haben, am Arbeitsverhältnis festzuhalten und die Abweisung des arbeitgeberseitigen Auflösungsantrages zu beantragen. Dies gilt insbesondere, wenn der Arbeitnehmer sich bislang erfolglos um eine anderweitige Stelle bemüht hat und die zu erwartende Abfindung 25

wegen kurzer Beschäftigungsdauer ersichtlich zur Überbrückung längerer Arbeitslosigkeitszeiten nicht ausreicht. Weiter führt der Umstand, dass nach der gesetzlichen Regelung die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht ex nunc zum Tage des Auflösungsurteils, sondern rückwirkend zum Zeitpunkt der Kündigung (bzw. bei ordentlicher Kündigung zum Ablauf der Kündigungsfrist) erfolgt, zum Wegfall möglicher Verzugslohnansprüche, welche bei längerer Prozessdauer die Höhe der zu erwartenden Abfindung deutlich übersteigen können. Dementsprechend wird der Arbeitnehmer – nicht anders als der Arbeitgeber (zum Auflösungsantrag als "taktischen Gestaltungsmittel des Arbeitgebers" vgl. Holthausen/Holthausen, NZA-RR 2007, 449) - in jedem Falle seine Entscheidung, wie er auf den gegnerischen Auflösungsantrag reagiert, auch an prozessökonomischen Erwägungen ausrichten. Die gesetzliche Regelung legt es in die Hand der Prozessparteien, ob sie die Auflösung des Arbeitsverhältnisses beantragen wollen und geht davon aus, dass jede Partei ihre Entscheidung im Rahmen des Zulässigen an der eigenen Interessenlage ausrichtet. Nicht hingegen erfolgt die Auflösung des Arbeitsverhältnisses von Amts wegen, wenn aus objektiver Sicht eine gedeihliche Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zu erwarten oder gar dem Arbeitnehmer unzumutbar ist.

b) Diese Erwägungen lässt der Standpunkt des arbeitsgerichtlichen Urteils unberücksichtigt, wenn es von der Annahme ausgeht, der Arbeitnehmer bringe, indem er im Prozess die Abweisung des arbeitgeberseitigen Auflösungsantrages beantrage, zugleich materiell-rechtlich zum Ausdruck, ihm – dem Arbeitnehmer – sei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar oder er wolle einen objektiv vorliegenden Auflösungsgrund - ähnlich der Rechtsfigur der "Verzeihung" – für gegenstandslos erklären. Die Wirkung des Abweisungsantrages liegt vielmehr ausschließlich auf prozessualem Gebiet und bedeutet allein, dass der Arbeitnehmer von seinem möglicherweise vorhandenem Recht, die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu verlangen, keinen Gebrauch machen will. Ein widersprüchliches Verhalten auf Seiten des Arbeitnehmers liegt nach alledem nicht vor. 26

2. Von der Frage des widersprüchlichen Verhaltens bei der Antragstellung zu unterscheiden ist die Frage, ob der Arbeitnehmer, welcher in einem früheren, erfolgreich geführten Kündigungsschutzprozess die Abweisung des arbeitgeberseitigen Auflösungsantrages beantragt und erreicht hat, nach Jahr und Tag ohne Änderung des Lebenssachverhalts mit dem Vortrag durchdringen kann, nunmehr sei er zur Überzeugung gelangt, seinerseits einen Auflösungsantrag stellen zu wollen. Gleich ob die ursprünglich maßgeblichen Auflösungsgründe als "verblasst" anzusehen sind oder der Einwand der Verwirkung infolge Zeitablaufs durchgreift, wird in einem solchen Fall der arbeitnehmerseitige Auflösungsantrag keinen Erfolg haben können. 27

Vorliegend stützt die Klägerin ihren Auflösungsantrag indessen nicht ausschließlich auf denselben Lebenssachverhalt, welcher der seinerzeitigen Auseinandersetzung um die Kündigungen vom 09.04.2010 und 22.04.2010 zugrunde lag. Vielmehr verweist die Klägerin zur Begründung für den jetzt gestellten Auflösungsantrag neben den zurückliegenden Ereignissen auf den aktuellen Geschehensablauf und macht der Beklagten ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem erneuten Ausspruch einer rechtsunwirksamen Kündigung zum Vorwurf. Dann bestehen aber keine Bedenken dagegen, bei der gerichtlichen Prüfung des Auflösungsgrundes auch auf Tatsachen zurückzugreifen, welche sich zeitlich vor den Kündigungen vom 09.04.2010 und 22.04.2010 und dem diesbezüglichen Kündigungsschutzverfahren ereignet haben und so bei der gebotenen Gesamtbetrachtung dazu führen, dass das Maß der "Unzumutbarkeit" erreicht wird. Anders als bei der streng fristgebundenen außerordentlichen Kündigung (dazu KR/Fischermeier, § 626 BGB Rn 249) 28

gilt dies nicht allein "unterstützend" bei engem sachlichen Zusammenhang, vielmehr kann für die Entscheidung über den Auflösungsantrag auf sämtliche vorgetragenen Tatsachen zurückgegriffen werden, soweit sie nicht der Sache nach überholt und belanglos geworden sind.

3. In Übereinstimmung mit dem arbeitsgerichtlichen Urteil kann zwar allein die Tatsache, dass die Beklagte gegenüber der Klägerin unter dem 28.09.2010 eine unberechtigte fristlose Kündigung ausgesprochen hat, die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht begründen. Anders stellt sich die Beurteilung indessen unter Berücksichtigung der früheren Ereignisse dar, welche zu den Kündigungen vom 09.04.2010 und 22.10.2010 geführt haben. 29

a) Nachdem die Beklagte das Urteil des Arbeitsgerichts vom 14.07.2010 über die Unwirksamkeit der Kündigung vom 09.04.2010 und die Zurückweisung des arbeitgeberseitigen Auflösungsantrages hat rechtskräftig werden lassen, war die Klägerin auf der Grundlage des fortbestehenden Arbeitsvertrages, auch ohne zur Arbeit ausdrücklich aufgefordert zu sein und ohne dass es auf die Frage der Beendigung des Annahmeverzuges ankommt – allein hierfür bedarf es einer Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers gem. § 296 BGB – , zur Arbeitsleistung verpflichtet. Eine wirksame Kündigung kam gleichwohl, wie das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, nicht ohne vorangehende Arbeitsaufforderung und Abmahnung in Betracht. Jedenfalls bei isolierter Betrachtung kann indessen allein aus der unverhältnismäßigen Reaktion der Beklagten auf das Fehlen der Klägerin kein Unzumutbarkeitsgrund hergeleitet werden. 30

b) Abweichendes ergibt sich hier jedoch unter Einbeziehung der Geschehensabläufe, welche mit den Kündigungen vom 09.04.2010 und 22.04.2010 im Zusammenhang stehen. 31

Wie sich aus dem arbeitsgerichtlichen Urteil vom 14.07.2010 – betreffend die ordentliche Kündigung vom 09.04.2010 - ergibt, hat das Arbeitsgericht die seinerzeit auf verhaltens- und betriebsbedingte Gründe gestützte Kündigung mangels ausreichender Kündigungsgründe für unwirksam erklärt, ohne auf den Vortrag der Klägerin in der diesbezüglichen Klageschrift einzugehen, die Kündigung verstoße auch gegen das Maßregelungsverbot des § 612 a BGB. Die – aus Gründen der Prozessökonomie durchaus nachvollziehbare – Beschränkung des arbeitsgerichtlichen Urteils auf die Feststellung unzureichender Kündigungsgründe schließt die rechtliche Prüfung und Würdigung im vorliegenden Verfahren nicht aus, inwiefern die Kündigung vom 09.04.2010 (zugleich) auch einen Verstoß gegen das Maßregelungsverbot des § 612 a BGB darstellte und aus diesem Grunde im Zusammenhang mit der nachfolgenden Entwicklung der Geschehnisse geeignet ist, den von der Klägerin nunmehr verfolgten Auflösungsantrag zu stützen. 32

(1) Schon der unmittelbare zeitliche Zusammenhang zwischen der Wahl der Klägerin zum Mitglied der Tarifkommission am 08.04.2010 und dem Ausspruch der Kündigung vom 09.04.2010 nebst sofortiger Arbeitsfreistellung stellt ein gewisses Indiz (vgl. KR/Pfeiffer, § 612 a BGB Rn 12) dafür dar, dass tragendes Motiv für den Ausspruch der Kündigung die dargestellten gewerkschaftlichen Aktivitäten der Klägerin waren. Verstärkt wird dieses Indiz durch den Umstand, dass neben der Klägerin auch die weiteren in die Tarifkommission gewählten Beschäftigten – Herr H1, Herr A1, Herr K1 - und auch die mit der Vorbereitung einer Betriebsratswahl befassten Arbeitnehmer – Frau S3 und Herr S2 – entlassen wurden. Schon dies stützt die Einschätzung, dass es der Beklagten mit dem Ausspruch der Kündigungen darum ging, entsprechenden Aktivitäten von vornherein die Grundlage zu entziehen. Die sodann im Kündigungsschutzprozess 2 Ca 470/10 in Bezug auf die Klägerin mit Schriftsatz vom 08.07.2010 vorgetragenen verhaltensbedingten Kündigungsgründe – 33

betreffend den Vorwurf, die Klägerin habe die Forderung nach mehr Engagement und Eigeninitiative nicht umgesetzt, ferner sei ihr die Umsetzung der Anweisung zum Ausdruck von Lieferscheinen nicht gelungen, sind derart substanzlos, dass sie nur als Kündigungsvorwand angesehen werden können. Gleiches gilt im Ergebnis für die angegebenen betriebsbedingten Gründe, mit welchen ein rationalisierungsbedingter Wegfall der Tätigkeit des Beschäftigungsbedarfs für die Klägerin begründet werden sollte und welche – wie das Arbeitsgericht im Urteil vom 14.07.2010 näher ausgeführt hat – vollkommen pauschal gehalten ist. Schon die Tatsache, dass die Beklagte nach Unterliegen im Kündigungsschutzprozess nicht etwa den Versuch unternommen hat, ihren vom Arbeitsgericht als unsubstantiiert verworfenen Sachvortrag zum vollständigen und dauerhaften Wegfall des Beschäftigungsbedarfs zu ergänzen, sondern mit Hinnahme des arbeitsgerichtlichen Urteils und der Bereitschaft zur Weiterbeschäftigung der Klägerin ersichtlich am Sachvortrag zum Vorliegen betriebsbedingter Erfordernisse nicht festgehalten hat, bestärkt die Einschätzung, dass maßgebliches Motiv für die seinerzeitige fristlose Kündigung die Beteiligung der Klägerin an den Vorbereitungen für den gewerkschaftlichen Kampf um den Abschluss eines Haustarifvertrages war. Soweit es die fristlose Kündigung vom 22.04.2010 betrifft, hat die Beklagte diese ergänzend auf den Vorwurf der Teilnahme an einem "wilden Streik" gestützt. Gleich ob es sich bei der Arbeitsniederlegung vom 12.04.2010 um eine zulässige kollektive Ausübung von Individualrechten als Reaktion auf die rechtwidrigen Kündigungen vom 09.04.2010 handelte oder die Gewerkschaft die von den Beschäftigten begonnene Arbeitsniederlegung nachträglich als Streik legitimierte, lag jedenfalls ein Grund für eine fristlose Kündigung ohne Abmahnung nicht vor. Der weitere Vortrag, die Streikenden hätten unter Beteiligung der Klägerin versucht, arbeitswillige Mitarbeiter in das Lager der Streikenden zu ziehen, lässt ein vertragswidriges Verhalten nicht erkennen. Soweit es den Vorwurf betrifft, im Rahmen dieser Aktivitäten seien Mitarbeiter der Beklagten sowie Leiharbeitnehmer beschimpft und bespuckt worden, fehlt es ersichtlich am konkreten Bezug zur Person der Klägerin. Der Zusammenhang zwischen fristloser Kündigung vom 22.04.2010 und Arbeitsniederlegung vom 12.04.2010 ist auch nach dem Beklagtenvortrag unzweifelhaft. Ebenso ist unstreitig, dass es bei der Arbeitsniederlegung – anders als bei dem ab dem 13.04.2010 förmlich angekündigte gewerkschaftlichen Streik um einen Haustarif – um das Ziel ging, die Rücknahme der vorangegangenen rechtwidrigen Kündigungen vom 09.04.2010 zu erreichen. Damit zeigt sich aber, dass ein Zusammenhang zwischen Kündigung und vorangehender Entfaltung gewerkschaftlicher Aktivitäten nicht allein in zeitlicher, sondern auch in inhaltlicher Hinsicht festzustellen ist.

(2) Die Bedeutung der zur Überzeugung des Berufungsgerichts festgestellten Maßregelungsabsicht ist auch nicht infolge Zeitablaufs gegenstandslos oder im Hinblick darauf unerheblich geworden, dass die Beklagte sich nach Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens mit Urteil vom 14.07.2010 zur Fortführung des Arbeitsverhältnisses bereitgefunden hat. 34

Zwar hat die Beklagte die arbeitsgerichtliche Entscheidung vom 14.07.2010 akzeptiert und auch die Entscheidung der Klägerin hingenommen, sich nicht auf Verhandlungen über einen Abfindungsvergleich einzulassen. Berücksichtigt man andererseits die Tatsache, dass der unter Mitwirkung der Klägerin initiierte und von ihr aktiv unterstützte Arbeitskampf erfolglos geblieben war und die in diesem Zusammenhang entlassenen Arbeitnehmer ihr Arbeitsverhältnis "mit leeren Händen" fortsetzten, kann allein aus dem Umstand, dass sich die Beklagte den gegebenen rechtlichen Zwängen fügte und zur Weiterbeschäftigung der Klägerin bereit war, nicht hergeleitet werden, die vorausgegangene Maßregelung habe jede Bedeutung für das fortzuführende Arbeitsverhältnis verloren, die vorausgegangenen Konflikte seien im Wege der Einigung zu allseitiger Zufriedenheit ausgeräumt. 35

c) War nach alledem die durch die Maßregelungsabsicht der Beklagten veranlasste Störung der Arbeitsbeziehung im Zeitpunkt der Folgekündigung vom 28.09.2010 nicht ausgeräumt, so kann offenbleiben, ob die Klägerin allein auf der Grundlage der vergangenen Ereignisse erfolgreich einen Auflösungsantrag hätte stellen können, wenn es im Zuge der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erneut zum Ausspruch einer Kündigung aus Gründen gekommen wäre, welche ersichtlich zum früheren Konflikt der Parteien keinerlei Bezug aufwiesen. Eine solche strikte Trennlinie lässt sich hier jedoch schon deshalb nicht ziehen, da es zur tatsächlichen und mehr oder minder störungsfreien Fortführung des Arbeitsverhältnisses gar nicht gekommen ist, vielmehr schon die ersichtlich unterschiedlichen Standpunkte der Parteien zu den Voraussetzungen der Wiederaufnahme der Arbeit Anlass für die erneute arbeitgeberseitige Kündigung waren. 36

Allein der Umstand, dass die Klägerin nach Rechtskraft des arbeitsgerichtlichen Urteils vom 14.07.2010 nicht von sich aus ihre Arbeitsleistung anbot, sondern – zumal eine Arbeitsaufforderung durch die Beklagte nicht vorlag - es vorzog, ihre Arbeit im Betrieb des seit dem 01.07.2010 neu gefundenen Arbeitgebers zu erbringen, ändert nichts daran, dass es auf der Grundlage der allgemein bekannten arbeitsrechtlichen Regeln zunächst Sache der Beklagten war, die Klägerin förmlich zum Arbeitsantritt aufzufordern, worauf es Sache der Klägerin gewesen wäre, sich gemäß § 12 KSchG darüber zu erklären, ob sie am Arbeitsverhältnis zur Beklagten festhalten oder die während des vorangehenden Kündigungsschutzprozesses aufgenommene andere Beschäftigung fortführen wollte. Wenn die Beklagte stattdessen ohne Arbeitsaufforderung und ohne Abmahnung sogleich zur schärfsten zur Verfügung stehenden Reaktionsmöglichkeit – dem Ausspruch einer fristlosen Kündigung – schritt, so begründet diese deutliche "Überreaktion" die Überzeugung der Kammer, dass eine ungestörter "Neubeginn" bei Rückkehr der Klägerin in den Betrieb nicht zu erwarten war. Vielmehr bestand berechtigter Anlass zu der Befürchtung, dass die Beklagte bei Wiederaufnahme der Arbeit durch die Klägerin schon weniger bedeutsame Störungen des Arbeitsverhältnisses zum Anlass nehmen werde, sich von dem nach wie vor "belasteten" Arbeitsverhältnis zu lösen. 37

Soweit die Beklagte demgegenüber vorträgt, sie sei bei Ausspruch der fristlosen Kündigung jedenfalls subjektiv davon ausgegangen, die Klägerin sei bereits erfolglos zur Arbeitsaufnahme aufgefordert worden, vermag dies an der rechtlichen Beurteilung nichts zu ändern. Auch die Beklagte trägt selbst nicht vor, die Klägerin sei wegen der Nichtaufnahme der Arbeit unter Hinweis auf die sonst drohende Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgemahnt worden. 38

Dann stellt aber die Vorgehensweise der Beklagten - Ausspruch einer fristlosen Kündigung ohne vorangehende Abmahnung in einem durch unwirksame Kündigung außer Vollzug gesetzten Arbeitsverhältnis wegen unterbliebenen Wiederantritts zur Arbeit - unabhängig von der Frage einer vorangehenden Arbeitsaufforderung eine ungewöhnlich robuste Vorgehensweise dar. Anders als beim Fernbleiben des Arbeitnehmers von der Arbeit im vollzogenen Arbeitsverhältnis, welches sich aus Sicht des Arbeitgebers als Arbeitsbummelei darstellt und den Arbeitgeber im Einzelfall aus verständlichem Zorn zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung ohne Arbeitsaufforderung und Abmahnung veranlassen mag, ohne dass aus dem Fehlen eines "wichtigen Grundes" zugleich ein Auflösungsgrund für den Arbeitnehmer folgt, betrifft die hier ausgesprochene fristlose Kündigung vom 28.09.2010 die Frage der Wiederaufnahme der Arbeit in einem durch das vorangehende Kündigungsverfahren vorbelasteten Arbeitsverhältnis. Wenn die Beklagte in dieser Situation, ohne sich über das Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung zu vergewissern, zur denkbar schärfsten Reaktion schritt, muss dies als Ausdruck fehlender 39

Bereitschaft zu einem unbelasteten Neuanfang und gewürdigt werden. Dies macht die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses objektiv unzumutbar. Allein der Umstand, dass die Klägerin ihre Entscheidung, die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu verlangen, ersichtlich vor dem Hintergrund einer neuen Beschäftigung getroffen hat, stellt nicht infrage, dass die gesetzlich geforderten Voraussetzungen für einen arbeitnehmerseitigen Auflösungsantrag auch nach objektiven Maßstäben gegeben sind.

II. Die gemäß § 10 KSchG festzusetzende Höhe der Abfindung orientiert sich an der Dauer der bisherigen Betriebszugehörigkeit und der zugrunde zu legenden monatlichen Vergütung von 1.900,-- € und entspricht damit der sogenannten Regelabfindung von einem halben Bruttomonatsverdienst je Beschäftigungsjahr. Der Umstand, dass die Klägerin eine Anschlussbeschäftigung ohne Verdiensteinbuße gefunden hat, erfordert keine weitere Begrenzung des Abfindungsbetrages (BAG, 26.08.1976, EzA § 626 BGB nF Nr. 49; KR-Spilger, § 10 KSchG Rn 55), zumal die Klägerin im Auflösungszeitpunkt die sechsmonatige Wartezeit des § 1 KSchG noch nicht überstanden hat. Andererseits führt der Umstand, dass die Abfindung unter den hier vorliegenden Umständen allein den Verlust des Arbeitsplatzes ausgleicht, nicht hingegen der Verlust von Vergütungsansprüchen zu kompensieren ist, dazu, dass es der Ausschöpfung der in § 10 KSchG vorgesehenen Höchstgrenzen nicht bedarf. 40

III. Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen, da sie unterlegen ist. 41

IV. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gemäß § 72 ArbGG liegen nicht. 42

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE