

Name:

**KV-Nr. 1661**

Die Aufgabe besteht (ohne Deckblatt) aus 10 Blatt und ist vollständig durchnummeriert.

Ein Blatt Vorschriften (I) ist beigelegt.

**Der Aufgabentext ist zu Beginn auf Vollständigkeit zu überprüfen.**

Der Name ist in das dafür vorgesehene Feld einzutragen.



# Löwe Eule von Lich Pamp



RAe Löwe & Kollegen, Frauenlobstr. 23, 44805 Bochum

*Jürgen Löwe*  
Rechtsanwalt und Fachanwalt für  
Familienrecht und Verkehrsrecht

*Karen Eule*  
Rechtsanwältin und Fachanwältin für  
Arbeitsrecht und Steuerrecht

*Ilka von Lich*  
Rechtsanwältin und Fachanwältin  
für Bau- und Architektenrecht

*Tina Pamp*  
Rechtsanwältin und Fachanwältin für  
Strafrecht und Erbrecht

Arbeitsgericht Bochum

Marienplatz 2

44787 Bochum



3 Ca 373/17

Frauenlobstraße 23  
44805 Bochum  
Telefon (0234) 9768440  
Telefax (0234) 9768441

(Sprechzeiten nur nach Vereinbarung)

Unser Zeichen: 442/17 E/KI

Datum: 05.05.2017

## Klage

des kaufmännischen Angestellten Sebastian Kemper, Hunsrückstraße 4, 44805 Bochum,

Klägers,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Löwe & Kollegen, Frauenlobstraße 23, 44805 Bochum -

g e g e n

die green care Strom GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer Mark Witte, Lohrheidestraße 60, 44866 Bochum,

Beklagte,

wegen: **Feststellung.**

Namens und kraft Vollmacht des Klägers werden wir beantragen:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien weder durch die fristlose noch durch die fristgerechte Kündigung der Beklagten vom 26.04.2017 aufgelöst worden ist.
2. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

## Begründung

Der am 12.03.1975 geborene Kläger ist ledig und niemandem zum Unterhalt verpflichtet. Er ist seit dem 01.03.2016 aufgrund des Arbeitsvertrages vom 12.02.2016 (**Anlage K 1 in Kopie**) als kaufmännischer Angestellter bei der Beklagten beschäftigt.

Die Beklagte ist eine regional tätige Stromanbieterin für Privatkunden und Unternehmen. Bei der Beklagten sind in der Regel ca. 800 Arbeitnehmer tätig. Es besteht ein Betriebsrat.

Die Beklagte hat das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 26.04.2017 - dem Kläger übergeben am gleichen Tage - fristlos, hilfsweise fristgerecht zum 30.06.2017, gekündigt (**Anlage K 2 in Kopie**).

Die Kündigung beendet das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht.

Ein Grund für eine fristlose Kündigung liegt nicht vor. Auch die hilfsweise ordentliche Kündigung ist nicht sozial gerechtfertigt.

Da in dem Kündigungsschreiben keine Begründung genannt ist, kann lediglich vermutet werden, dass die Kündigung darauf gestützt wird, dass der Kläger seine Arbeitsleistung nicht erbracht hat. Diese Vorwürfe wären jedoch nicht gerechtfertigt, da für den Kläger keine feste Arbeitszeit von 38 Wochenstunden gilt. Insoweit hat der Kläger auch schon eine Feststellungsklage vor dem Arbeitsgericht Bochum erhoben.

Zudem wird die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates bestritten.

Es wird daher darum gebeten, der Klage stattzugeben.



Karen Eule

Rechtsanwältin

Fachanwältin für Arbeits- und Steuerrecht

**Hinweis des LJPA:** Von einem Abdruck der ordnungsgemäß erteilten Vollmacht wird abgesehen. Der zuständige Richter am Arbeitsgericht Dr. Straub hat mit gerichtlicher Verfügung vom 09.05.2017 Güetermin auf den 05.06.2017 anberaumt. Die gerichtliche Verfügung ist den Klägervetretern und der Beklagten – dieser gemeinsam mit einer beglaubigten und einfachen Abschrift der Klageschrift nebst Anlagen – am 10.05.2017 zugestellt worden. Eine gütliche Einigung konnte in dem Güetermin nicht erzielt werden. Mit Beschluss vom selben Tage hat der Richter am Arbeitsgericht Dr. Straub Kammertermin auf den 03.01.2018 anberaumt und der Beklagten eine Frist bis zum 07.07.2017 gesetzt, um sämtliche Einwendungen gegen die Klage vorzutragen. Der Beschluss ist den Klägervetretern und der Beklagten jeweils am 09.06.2017 zugestellt worden.

ArbeitsvertragAnlage K 1  
**Kopie**

zwischen

der green care Strom GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer Mark Witte, Lohrheide-  
straße 60, 44866 Bochum,

und

Sebastian Kemper, Hunsrückstraße 4, 44805 Bochum.

[...]

**I.**

Sie nehmen Ihre Tätigkeit als Referent in der Organisationseinheit „Strom Strategy“ am 01.03.2016  
auf. Sie üben die Ihnen übertragenen Aufgaben als außertariflicher Mitarbeiter aus.

Als Dienort wird Bochum vereinbart.

**II.****1. Als Vergütung erhalten Sie**

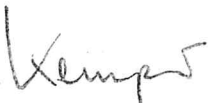
- a) ein festes Jahresgehalt in Höhe von 67.920,00 € brutto, zahlbar in zwölf gleichen Teilen [...],
- b) eine variable Vergütung, die über die Zielerreichung ermittelt wird [...],

[...]

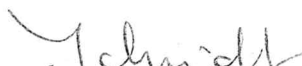
**3.** Im Rahmen Ihrer Aufgabenstellung sind Sie verpflichtet, auch außerhalb der betriebsüblichen  
Arbeitszeit tätig zu werden. Mit der Vergütung unter Ziff. 1 ist die gesamte Tätigkeit für die green  
care Strom GmbH abgegolten.

[...]

Bochum, den 12.02.2016



Arbeitnehmer



Leiter Personal

**Hinweis des LJPA:** Vom Abdruck der weiteren Regelungen des Arbeitsvertrages („[...]“) wird  
abgesehen. Es ist davon auszugehen, dass diese keine weiteren Angaben enthalten, die für die  
Bearbeitung von Bedeutung sind.

GREEN CARE STROM GMBH  
LOHRHEIDESTRAßE 60  
44866 BOCHUM

**Kopie**

**Anlage K 2**

Sebastian Kemper  
Hunsrückstraße 4  
44805 Bochum

Kündigung

Sehr geehrter Herr Kemper,

hiermit kündige ich Ihnen fristlos, hilfsweise fristgerecht zum 30.06.2017.

Ich mache Sie darauf aufmerksam, dass Sie sich unverzüglich beim Arbeitsamt arbeitslos melden müssen.

Bochum, den 26.04.2017

  
(Mark Witte, Geschäftsführer)

## Rechtsanwaltskanzlei

Philipp Jung

Philipp Jung, Rechtsanwalt, Feuerbachstraße 10, 44795 Bochum

Arbeitsgericht Bochum

Marienplatz 2

44787 Bochum

44795 Bochum

Feuerbachstraße 10

Telefon (0234) 16379

Telefax (0234) 16370



Bochum 03.07.2017

Mein Zeichen: J-398/17

In dem Rechtsstreit **3 Ca 373/17,**  
**Kemper ./. green care Strom GmbH**

zeige ich die Vertretung der Beklagten an. In der mündlichen Verhandlung werde ich beantragen,

**die Klage abzuweisen.**

Die Beklagte hat das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger sowohl außerordentlich als auch vorsorglich ordentlich wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung und unentschuldigtem Fehlens gekündigt.

Bereits die fristlose Kündigung hat das Arbeitsverhältnis wirksam beendet, zumindest jedoch die fristgerechte Kündigung. Obwohl der Kläger mehrfach und eindringlich darauf hingewiesen worden war, dass er verpflichtet ist, jedenfalls die betriebsübliche und tarifliche Wochenarbeitszeit von 38 Stunden einzuhalten, ignorierte er diese Verpflichtung nachhaltig und erschien stattdessen nach seinem „Gusto“ täglich entweder nur für wenige Stunden bzw. überhaupt nicht an seinem Arbeitsplatz.

In den ersten Monaten des Arbeitsverhältnisses erbrachte der Kläger pro Woche etwa 40 Arbeitsstunden. Nach und nach jedoch verkürzte sich die Arbeitszeit des Klägers enorm. Er arbeitete oft nur noch etwa 20 Wochenstunden, wobei er an einzelnen Tagen gar nicht im Betrieb der Beklagten erschien. Mit Schreiben vom 03.01.2017 (**Anlage B1**) forderte die Beklagte den Kläger auf, 38 Stunden pro Woche zu arbeiten. Der Kläger arbeitete im Januar 2017 dennoch weiterhin nur zwischen drei und 23 Stunden pro Woche.

Mit Schreiben von 03.02.2017 (**Anlage B2**) wiederholte die Beklagte die Aufforderung, 38 Wochenarbeitsstunden zu erbringen, und bat um Mitteilung bis zum 10.02.2017, wie der Kläger sein bis dahin aufgelaufenes Arbeitsdefizit von knapp 600 Stunden auszugleichen gedenke. Eine Antwort seitens des Klägers erfolgte nicht.

Mit Schreiben vom 03.03.2017 (**Anlage B3**) mahnte die Beklagte den Kläger wegen erheblicher Fehlzeiten für den Monat Februar 2017 ab. Im Einzelnen bezog sich die Abmahnung auf folgende Sachverhalte:

- in der 6. Kalenderwoche: nur 23 Stunden gearbeitet,
- in der 7. Kalenderwoche: nur 2 Stunden gearbeitet,
- in der 8. Kalenderwoche: nur 6 Stunden gearbeitet,
- in der 9. Kalenderwoche: nur 12 Stunden gearbeitet.

Die Beklagte teilte dem Kläger in dem Schreiben vom 03.03.2017 ferner mit, dass sie beginnend ab dem Monat April 2017 einen Teil des Gehaltes einbehalten werde, bis das Arbeitszeitkonto des Klägers ausgeglichen sei. Seitdem wurde nur noch die Hälfte des Lohnes ausbezahlt.

Eine weitere schriftliche Abmahnung (**Anlage B4**) erfolgte am 03.04.2017 wegen folgender Sachverhalte im März 2017:

- in der 10. Kalenderwoche: nur 8 Stunden gearbeitet,
- in der 11. Kalenderwoche: nur 9 Stunden gearbeitet,
- in der 12. Kalenderwoche: nur 20 Stunden gearbeitet,
- in der 13. Kalenderwoche: nur 4 Stunden gearbeitet.

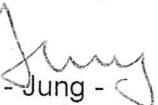
Nachdem der Kläger auch im Monat April seine Arbeitsleistung von 38 Wochenarbeitsstunden nicht annähernd erbracht hatte (ähnliche Fehlzeiten wie in den Monaten zuvor), hörte die Beklagte den Betriebsrat mit Schreiben vom 21.04.2017 zur beabsichtigten außerordentlichen und hilfsweise ordentlichen Kündigung des Klägers an. Der Betriebsrat äußerte sich nicht.

Der Kläger hatte bereits am 10.01.2017 Klage beim Arbeitsgericht Bochum (Az. 7 Ca 34/17) erhoben, mit dem Antrag, festzustellen, dass er keine arbeitsvertragliche Verpflichtung zur Ableistung einer 38-Stunden-Woche habe. Diese Klage wurde vom Arbeitsgericht Bochum mit Urteil vom 12.05.2017 abgewiesen. Dieses Urteil ist rechtskräftig.

Die wöchentliche Arbeitszeit des Klägers von 38 Stunden folgt aus Ziff. II.3. des Arbeitsvertrages. Aus dieser Regelung ergibt sich nämlich, dass mindestens im Umfang der betriebsüblichen Arbeitszeit zu arbeiten ist. Die betriebsübliche Arbeitszeit bei der Beklagten beträgt 38 Stunden. Letztlich kommt es aber auf die Regelung des Arbeitsvertrages ohnehin nicht mehr an, da das Arbeitsgericht Bochum die entsprechende Feststellungsklage des Klägers rechtskräftig abgewiesen hat.

Aufgrund der dargestellten umfangreichen Fehlzeiten des Klägers über einen Zeitraum von fast zehn Monaten, die auf seiner „unverrückbaren“ Auffassung, nicht zur Ableistung einer 38-Stunden-Woche verpflichtet zu sein, beruhen, ist es der Beklagten unzumutbar, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fortzusetzen. Der Beklagten ist es unmöglich, mit der Arbeitskraft des Klägers zu planen, wodurch der Betriebsablauf nachhaltig gestört wird.

Die Klage ist daher vollumfänglich abzuweisen.

  
- Jung -

**Hinweis des LJPA:** Von einem Abdruck der **Anlagen B1 bis B4** wird abgesehen. Es ist davon auszugehen, dass diese den angegebenen Inhalt haben und keine weiteren Angaben enthalten, die für die Bearbeitung von Bedeutung sind. Die Klageerwidernung nebst Anlagen ist den Klägervertretern am 06.07.2017 ordnungsgemäß zugestellt worden.



# Löwe Eule von Lich Pamp



*Jürgen Löwe*

Rechtsanwalt und Fachanwalt für  
Familienrecht und Verkehrsrecht

*Karen Eule*

Rechtsanwältin und Fachanwältin für  
Arbeitsrecht und Steuerrecht

*Ilka von Lich*

Rechtsanwältin und Fachanwältin  
für Bau- und Architektenrecht

*Tina Pamp*

Rechtsanwältin und Fachanwältin für  
Strafrecht und Erbrecht

Frauenlobstraße 23

44805 Bochum

Telefon (0234) 9768440

Telefax (0234) 9768441

(Sprechzeiten nur nach Vereinbarung)

Unser Zeichen: 442/17 E/K1

Datum: 04.08.2017

RAe Löwe & Kollegen, Frauenlobstr. 23, 44805 Bochum

Arbeitsgericht Bochum

Marienplatz 2

44787 Bochum



**In dem Rechtsstreit**

**Kemper ./ green care Strom GmbH**

**- 3 Ca 373/17 -**

Es bleibt dabei, dass weder die fristlose noch die fristgerechte Kündigung vom 26.04.2017 gerechtfertigt ist.

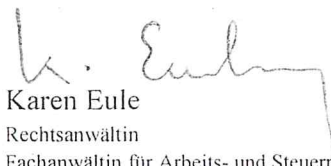
Für den Kläger bestehen keine kündigungsrelevanten Fehlzeiten, da er nicht zur Ableistung einer 38-Stunden-Woche verpflichtet ist.

Im Arbeitsvertrag ist gerade keine Arbeitszeit festgelegt. Eine bestimmte Wochenarbeitszeit besteht nur für *tarifliche* Mitarbeiter (§ 2 Ziff. 1 der Betriebsvereinbarung, **Anlage K 3 in Kopie**).

Von den *außertariflichen* Mitarbeitern - wie dem Kläger - erwartet die Beklagte lediglich bestimmte Ergebnisse, was sich auch daran zeigt, dass die Beklagte mit dem Kläger Zielvereinbarungen getroffen hat. Ausweislich der Betriebsvereinbarung gilt ohnehin allenfalls eine Vertrauensarbeitszeit und die Arbeitszeit kann flexibel gestaltet werden.

Selbst wenn man unterstellt, dass der Kläger verpflichtet wäre, 38 Stunden pro Woche zu arbeiten, ist zu berücksichtigen, dass der Kläger davon ausging, dazu nicht verpflichtet zu sein. Er hat sogar eine entsprechende Klage erhoben. Aufgrund dieses Irrtums würde es jedenfalls an der Erheblichkeit der Pflichtverletzung fehlen, die aber Voraussetzung einer wirksamen Kündigung ist.

Schließlich ist es der Beklagten aber zuzumuten, das Arbeitsverhältnis - ggf. unter Zahlung eines geringeren Lohnes - bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortzuführen.

  
Karen Eule  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Arbeits- und Steuerrecht

**Hinweis des LJPA:** Der Schriftsatz vom 04.08.2017 nebst Anlage ist dem Beklagtenvertreter am 11.08.2017 ordnungsgemäß zugestellt worden.



# Betriebsvereinbarung

## Anlage K 3 Kopie

### § 1 Geltungsbereich

Diese Betriebsvereinbarung gilt für alle Mitarbeiter der green care Strom GmbH.

### § 2 Arbeitszeit / Arbeitszeitrahmen

1. Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit für Tarifangestellte beträgt 38 Stunden für Vollzeitmitarbeiter.
2. Die Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit erfolgt in der Regel auf die Wochentage Montag bis Freitag jeweils zwischen 06.00 und 20.00 Uhr. Die Mitarbeiter können die Lage der Arbeitszeit innerhalb dieses Rahmens unter Berücksichtigung der betrieblichen Erfordernisse frei wählen.

[...]

### § 5 Gleitzeit

Für jeden Mitarbeiter wird ein Gleitzeitkonto eingerichtet und geführt. [...]

[...]

### § 7 Inkrafttreten / Laufzeit

Diese Betriebsvereinbarung tritt zum 01.01.2016 in Kraft und hat eine Laufzeit bis zum 31.12.2018.

[...]

**Hinweis des LJPA:** Es ist davon auszugehen, dass die Betriebsvereinbarung wirksam ist. Vom Abdruck der weiteren Regelungen der Betriebsvereinbarung („[...]“) wird abgesehen. Es ist davon auszugehen, dass diese keine weiteren Angaben enthalten, die für die Bearbeitung von Bedeutung sind.

**Öffentliche Sitzung des Arbeitsgerichts Bochum**

Geschäftsnummer: 3 Ca 373/17

Bochum, 03.01.2018

**Anwesend: Vorsitzender:** Richter am Arbeitsgericht Dr. Straub

**Ehrenamtliche Richter:** Bergmann und Werner

In dem Rechtsstreit

**Kemper ./ green care Strom GmbH**

erschieden nach Aufruf der Sache:

1. der Kläger mit Rechtsanwältin Eule,
2. für die Beklagte Rechtsanwalt Jung.

Es fand eine Verhandlung vor der Kammer statt.

Die Klägervertreterin stellte den Antrag aus der Klageschrift vom 05.05.2017.

Der Beklagtenvertreter beantragte, die Klage abzuweisen.

**vorgespielt und genehmigt**

Die Sach- und Rechtslage wurde mit den Parteien erörtert.

Eine Einigung konnte im heutigen Termin nicht erzielt werden. Daher

**beschlossen und verkündet:**

Eine Entscheidung ergeht am Schluss der Sitzung.

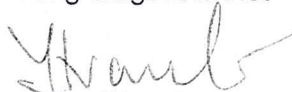
Am Schluss der Sitzung verkündete der Vorsitzende nach geheimer Kammerberatung und erneutem Aufruf der Sache in Anwesenheit der ehrenamtlichen Richter und in Abwesenheit der Parteien und ihrer Vertreter folgendes

**URTEIL**

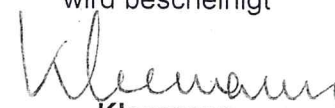
**IM NAMEN DES VOLKES**

**Hinweis des LJPA:** Von einem Abdruck der ordnungsgemäß schriftlich niedergelegten Urteilsformel („[...]“) wird zu Prüfungszwecken abgesehen.

Vorstehendes Protokoll wurde  
- auf Tonträger -  
vorläufig aufgezeichnet

  
**Dr. Straub**

Die Richtigkeit der Übertragung  
aus der vorläufigen Aufzeichnung  
wird bescheinigt

  
**Kleemann**  
Justizbeschäftigte

### Vermerk für die Bearbeitung

Die Entscheidung des Gerichts ist vorzuschlagen. Zeitpunkt der Entscheidung ist der

**03.01.2018.**

Von einer Entscheidung über den Streitwert und die Zulassung der Berufung ist abzusehen.

**Soweit eine Entscheidung vorzuschlagen ist, ist der Tenor auszuformulieren.**

Wird ein rechtlicher Hinweis für erforderlich gehalten, so ist zu unterstellen, dass dieser ordnungsgemäß erfolgt ist. Werden eine richterliche Aufklärung oder eine Beweiserhebung für erforderlich gehalten, so ist zu unterstellen, dass diese ordnungsgemäß erfolgt und ohne Ergebnis geblieben sind.

Kommt die Bearbeitung ganz oder teilweise zur Unzulässigkeit der Klage, so ist insoweit zur Begründetheit in einem Hilfsgutachten Stellung zu nehmen.

Es ist davon auszugehen, dass

- die Formalien (Ladungen, Zustellungen, Unterschriften, Vollmachten) in Ordnung sind, soweit sich nicht ein Beteiligter ausdrücklich auf einen Fehler beruft,
- die Anhörung des Betriebsrates ordnungsgemäß erfolgt ist,
- das Arbeitsgericht Bochum die Feststellungsklage des Klägers (Az. 7 Ca 34/17) mit Urteil vom 12.05.2017 rechtskräftig abgewiesen hat.

Es ist derjenige Rechtszustand zugrunde zu legen, welcher sich aus den vom Landesjustizprüfungsamt für die Bearbeitung überlassenen Gesetzessammlungen ergibt. Übergangsvorschriften sind nicht zu prüfen.

**Auf die §§ 2, 8, 46, 48 und 62 ArbGG wird hingewiesen.**

Bochum verfügt über ein Arbeitsgericht und liegt im Bezirk des Landesarbeitsgerichts Hamm.

Das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) in der jeweils maßgeblichen Fassung lautet auszugsweise wie folgt:

### **§ 102 Mitbestimmung bei Kündigungen**

(1) Der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung zu hören. Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.

(2) Hat der Betriebsrat gegen eine ordentliche Kündigung Bedenken, so hat er diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber spätestens innerhalb einer Woche schriftlich mitzuteilen. Äußert er sich innerhalb dieser Frist nicht, gilt seine Zustimmung zur Kündigung als erteilt. Hat der Betriebsrat gegen eine außerordentliche Kündigung Bedenken, so hat er diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Tagen, schriftlich mitzuteilen. [...]

Das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) in der jeweils maßgeblichen Fassung lautet auszugsweise wie folgt:

### **§ 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen**

(1) Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.

(2) Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Die Kündigung ist auch sozial ungerechtfertigt, wenn

1. in Betrieben des privaten Rechts

a) die Kündigung gegen eine Richtlinie nach § 95 des Betriebsverfassungsgesetzes verstößt,

b) der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann und der Betriebsrat oder eine andere nach dem Betriebsverfassungsgesetz insoweit zuständige Vertretung der Arbeitnehmer aus einem dieser Gründe der Kündigung innerhalb der Frist des § 102 Abs. 2 Satz 1 des Betriebsverfassungsgesetzes schriftlich widersprochen hat, [...]

### **§ 4 Anrufung des Arbeitsgerichts**

Will ein Arbeitnehmer geltend machen, dass eine Kündigung sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist, so muss er innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist. [...]

### **§ 7 Wirksamwerden der Kündigung**

Wird die Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung nicht rechtzeitig geltend gemacht (§ 4 Satz 1, §§ 5 und 6), so gilt die Kündigung als von Anfang an rechtswirksam; ein vom Arbeitnehmer nach § 2 erklärter Vorbehalt erlischt.

### **§ 13 Außerordentliche, sittenwidrige und sonstige Kündigungen**

(1) Die Vorschriften über das Recht zur außerordentlichen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses werden durch das vorliegende Gesetz nicht berührt. Die Rechtsunwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung kann jedoch nur nach Maßgabe des § 4 Satz 1 und der §§ 5 bis 7 geltend gemacht werden. Stellt das Gericht fest, dass die außerordentliche Kündigung unbegründet ist, ist jedoch dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten, so hat auf seinen Antrag das Gericht das Arbeitsverhältnis aufzulösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen. Das Gericht hat für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses den Zeitpunkt festzulegen, zu dem die außerordentliche Kündigung ausgesprochen wurde. (...)

**Hinweis des LJPA:** Von einem Abdruck des BetrVG und des KSchG im Übrigen („[...]“) wird abgesehen. Es ist davon auszugehen, dass die nicht abgedruckten Teile der Vorschriften für die Bearbeitung nicht von Bedeutung sind.

## Prüfervermerk zur Vortragsakte KV-Nr. 1661

Dem Vortrag liegt das Verfahren ArbG Essen, 5 Ca 581/11 = LAG Hamm, 5 Sa 1026/11 = BAG, 2 AZR 273/12 zugrunde. Dieser Vermerk erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Er soll lediglich auf die Probleme hinweisen, die das Prüfungsamt veranlasst haben, die Aufgabe als Aktenvortrag auszugeben.

**A. Zulässigkeit der Klage:** Die Klage dürfte zulässig sein.

**I. Zuständigkeit:** Die ausschließliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte dürfte aus § 2 I Nr. 3 b) ArbGG folgen, da Streitgegenstand hier das (Nicht-)Bestehen eines Arbeitsverhältnisses ist. Das Arbeitsgericht Bochum ist sachlich gem. § 8 I ArbGG und örtlich sowohl gem. § 46 II S. 1 ArbGG i.V.m. §§ 12, 17 ZPO als auch gem. § 48 Ia ArbGG zuständig, da Sitz der Beklagten (**B**) und Arbeitsort des Klägers (**K**) in Bochum liegen.

**II. Statthaftigkeit der Klage:** Das mit dem Klageantrag verfolgte Begehren dürfte als Kündigungsschutzklage bzw. punktuelle Feststellungsklage nach § 13 I S. 2 i.V.m. § 4 S. 1 KSchG statthaft sein. Das erforderliche Feststellungsinteresse dürfte aus der nur durch rechtzeitige Erhebung der Kündigungsschutzklage zu verhindernden materiell-rechtlichen Präklusionswirkung des § 7 KSchG folgen.

**B. Begründetheit der Klage:** Die Klage dürfte aber unbegründet sein.

**I. Rechtmäßigkeit der fristlosen Kündigung:** Die fristlose Kündigung dürfte wirksam sein.

**1. Rechtzeitige Klageerhebung:** K dürfte rechtzeitig innerhalb der 3-Wochen-Frist Klage erhoben haben (§ 13 I S. 2 KSchG i.V.m. § 4 S. 1 KSchG).

**2. Formelle Wirksamkeit:** Die Kündigung dürfte formell wirksam sein. Sie ist schriftlich ausgesprochen worden (§ 623 BGB). Demgegenüber ist die Angabe des Kündigungsgrundes gem. § 626 II S. 3 BGB nicht Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung (Palandt/Weidenkaff, BGB, 77. Aufl. 2018, § 626 Rn. 32), sondern begründet lediglich auf Verlangen des Arbeitnehmers eine Informationspflicht des Arbeitgebers.

**3. Wichtiger Grund:** Es dürfte ein wichtiger Grund zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses (§ 626 I BGB) bestehen. Ein solcher ist gegeben, 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. Es ist zunächst zu prüfen, ob ein bestimmter Sachverhalt (überhaupt) geeignet ist, einen wichtigen Grund zu bilden. Sodann ist zu untersuchen, ob im Einzelfall unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die konkrete Kündigung gerechtfertigt ist (vgl. BAG, NJW 2017, 1323, in der hier zugrunde liegenden Entscheidung).

**a. 1. Stufe:** Einen die fristlose Kündigung „an sich“ rechtfertigenden Grund dürfte die beharrliche Weigerung des K darstellen, seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen.

**aa.** Die **vertraglich geschuldete Arbeitsleistung** des K dürfte 38 Wochenstunden betragen. Dies dürfte aufgrund des rechtskräftigen Urteils des Arbeitsgerichts Bochum vom 12.05.2017, an das die im hiesigen Rechtsstreit entscheidende Kammer gebunden sein dürfte, feststehen. Die Rechtskraft einer im Vorprozess der Parteien ergangenen Entscheidung ist nicht nur bei Identität der Streitgegenstände, sondern auch dann zu beachten, wenn eine für den nachfolgenden Rechtsstreit **entscheidungserhebliche Vorfrage** im Vorprozess entschieden worden ist (vgl. Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 38. Aufl. 2017, § 322 Rn. 9 m.w.N.). Handelt es sich bei dem Vorprozess um eine **negative Feststellungsklage**, kommt einem klageabweisenden Urteil dieselbe Rechtskraftwirkung zu, wie einem Urteil, das das Gegenteil dessen, was mit der negativen Feststellungsklage begehrt wird, positiv feststellt (vgl. Thomas/Putzo/Reichold, a.a.O., § 256 Rn. 23 m.w.N.). Das Arbeitsgericht Bochum hat den Antrag des K, festzustellen, dass er keine arbeitsvertragliche Verpflichtung zur Ableistung einer 38-Stunden-Woche habe, rechtskräftig abgewiesen. Damit steht mit präjudizieller Wirkung für den vorliegenden Rechtsstreit fest, dass K zur Einhaltung einer 38-Stunden-Woche verpflichtet war.

**bb.** Diese **Pflicht** dürfte K **in erheblicher Weise verletzt** haben, indem er sich weigerte, seine Arbeitsleistung in diesem zeitlichen Umfang zu erbringen. K hat jegliche Verpflichtung zur Ableistung eines in Zeitabschnitten bemessenen Mindestmaßes an Arbeit in Abrede gestellt. Dies hat er zum einen dadurch zum Ausdruck gebracht, dass er eine entsprechende negative Feststellungsklage erhoben hat. Zum anderen hat er tatsächlich keine entsprechenden Arbeitsleistungen erbracht, obwohl er dazu ausdrücklich angehalten worden war. So war er Anfang 2017 trotz entgegenstehender Weisung der B, eine Arbeitszeit von 38 Stunden wöchentlich einzuhalten, über mehrere Monate hinweg lediglich zwischen zwei und 23 Stunden im Betrieb der B anwesend. Dem Verhalten des K dürfte auch nicht zu entnehmen sein, dass er lediglich von einem ihm vermeintlich zustehenden Recht, die Lage seiner Arbeitszeit flexibel zu gestalten, hätte Gebrauch machen wollen. Dies würde nämlich voraussetzen, dass er **zur Nachleistung bereit und imstande** gewesen wäre. Dies dürfte schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil K seine Arbeitsleistung über einen langen Zeitraum in erheblichem Umfang nicht erbracht hat. Angesichts des zeitlichen Ausmaßes ist nicht erkennbar, wie eine Nachleistung - unter Beachtung der Vorgaben des ArbZG - möglich gewesen wäre. Außerdem hat K seinem mangelnden Willen zur Nachleistung auch dadurch Ausdruck verliehen, dass er auf Nachfrage der B, wie er die aufgelaufenen Minusstunden auszugleichen gedenke, nicht reagiert hat.

K dürfte seine **Arbeitsleistung** auch **beharrlich verweigert** haben. Ein Arbeitnehmer verweigert die angewiesene Arbeitsleistung beharrlich, wenn er sie bewusst und nachhaltig nicht leisten will (vgl. BAG, a.a.O.). B hat spätestens ab Januar 2017 durch entsprechende Weisungen und die in der Folge ausgesprochenen Abmahnungen deutlich zum Ausdruck gebracht, was sie von K erwartet. Statt sein Verhalten darauf einzustellen, hat K bewusst und nachhaltig darauf bestanden, jeglichen Zeitmaßes enthoben zu sein.

**b. 2 Stufe:** Auch der Umstand, dass zwischen den Parteien - bezogen auf den zeitlichen Umfang der geschuldeten Leistung - **Streit über die Auslegung des Arbeitsvertrages** bestand, dürfte der Annahme einer erheblichen Pflichtverletzung im konkreten Fall nicht entgegenstehen. Maßgebend für die Frage, ob das Verhalten des Arbeitnehmers eine beharrliche Arbeitsverweigerung und damit eine erhebliche Vertragspflichtverletzung darstellt, dürfte die **objektive Rechtslage** sein. Denn der Arbeitnehmer soll sich einem vertragsgemäßen Verlangen des Arbeitgebers nicht dadurch - vorläufig - entziehen können, dass er ein gerichtliches Verfahren zur Klärung der umstrittenen Frage einleitet. Anderenfalls würde das Weisungsrecht des Arbeitgebers - ggf. über Jahre - in nicht gerechtfertigter Weise eingeschränkt. Verweigert der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung in der Annahme, er handele rechtmäßig, dürfte er grundsätzlich das **Risiko** zu tragen haben, dass sich seine Rechtsauffassung als fehlerhaft erweist (vgl. BAG, a.a.O.). Auch auf einen unverschuldeten **Rechtsirrtum** dürfte K sich nicht berufen können, denn er hätte bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt erkennen können, dass für ihn die betriebsübliche Arbeitszeit von 38 Stunden galt. An die insoweit zu beachtenden Sorgfaltspflichten dürften strenge Anforderungen zu stellen sein. Es dürfte nicht ausreichen, dass die betreffende Partei ihre eigene Rechtsauffassung nach sorgfältiger Prüfung und sachgemäßer Beratung gebildet hat. Unverschuldet dürfte ein Rechtsirrtum vielmehr nur sein, wenn mit einem Unterliegen im Rechtsstreit nicht gerechnet zu werden brauchte (vgl. BAG, a.a.O.). Ein solcher Fall dürfte hier nicht vorliegen. K hätte schon mit Blick auf die im Arbeitsvertrag getroffenen Vereinbarungen damit rechnen müssen, dass eine Arbeitsverpflichtung in einem bestimmten zeitlichen Umfang bestand. Er war nach **Ziff. II.3. des Arbeitsvertrages** verpflichtet, im Rahmen seiner Aufgabenstellung auch außerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit tätig zu werden. Dies dürfte bei verständiger Würdigung eine Bindung an die betriebsübliche Arbeitszeit voraussetzen. Ferner hat B dem K seit Januar 2017 vor Augen geführt, wie sie die vertraglichen Abreden versteht. Auch die Regelungen zur „Vertrauensarbeitszeit“ dürfen nicht darauf schließen lassen, dass K einer Bindung an ein bestimmtes Zeitmaß enthoben ist, denn „Vertrauensarbeitszeit“ bedeutet grds. nur, dass der Arbeitgeber auf die Festlegung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit verzichtet und darauf vertraut, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsverpflichtung in zeitlicher Hinsicht ohne Kontrolle erfüllen wird. Gleiches gilt für die getroffenen Zielvereinbarungen, da diese erkennbar nur für die Höhe der variablen Vergütung von Relevanz waren. Indem K sämtliche gegen die Richtigkeit seiner Rechtsauffassung sprechenden Gesichtspunkte hintenan stellte, dürfte er bewusst auf eigenes Risiko gehandelt haben (vgl. BAG, a.a.O.).

Auch die **Interessenabwägung** dürfte zugunsten der B ausfallen. Es ist eine Gesamtwürdigung ihres Interesses an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des K an dessen Fortbestand abzuwägen. Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzuführen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind (vgl. BAG, a.a.O.). Hier ist zu berücksichtigen, dass das vertragswidrige Verhalten des K angesichts des entgegenstehenden nachdrücklichen Verlangens der B und der Leistungserbringung von deutlich weniger als 38 Stunden von **erheblichem Gewicht** war. Im Kündigungszeitpunkt dürfte auch die berechnete Besorgnis bestanden haben, dass K sein Verhalten in Zukunft fortsetzen und sein Arbeitsdefizit weiter anwachsen lassen werde. Auch der Rechtsirrtum des K dürfe sich nicht entscheidend zu seinen Gunsten auswirken, da dieser von K mit Blick auf die arbeitsvertraglichen Regelungen und die wiederholten Aufforderungen durch B nicht nur gering verschuldet war. Auch ein milderes Mittel dürfte B nach den **zwei erfolgten Abmahnungen** nicht zur Verfügung gestanden haben. K war offensichtlich unter keinen Umständen bereit, eine Verpflichtung zur Ableistung einer 38-Stunden-Woche einzuhalten. B dürfte auch nicht darauf zu verweisen gewesen sein, statt der Kündigung weiterhin nur Teile der Arbeitsvergütung nicht auszuzahlen, denn K verweigerte die Erbringung seiner Hauptleistungspflicht und machte es B dadurch unmöglich, mit seiner Arbeitskraft zu planen. Dem **Alter** des K (42 Jahre) und seiner **Betriebszugehörigkeit** von etwas über einem Jahr dürften angesichts der Beharrlichkeit und des Umfangs der Pflichtverletzung keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen (vgl. BAG, a.a.O.). Damit dürfte die außerordentliche Kündigung auch in diesem Einzelfall gerechtfertigt sein.

**4. Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist:** B dürfte die Erklärungsfrist des § 626 II BGB gewahrt haben. Sie hat ihre Kündigung damit begründet, K sei nachhaltig nicht bereit, seine Arbeitsleistung in dem vertraglich geschuldeten Umfang zu erbringen. Damit hat sie einen Dauertatbestand geltend gemacht, der sich fortlaufend neu verwirklicht, und bei dem es zur Fristwahrung genügt, dass der Zustand - wie hier - bis zwei Wochen vor der Kündigung angehalten hat (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 77. Aufl. 2018, § 626 Rn. 27; BAG, a.a.O.).

**4. Betriebsratsanhörung:** Die Kündigung dürfte auch nicht gem. § 102 I S. 3 BetrVG unwirksam sein, da B das Anhörungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt hat.

**II. Rechtmäßigkeit der fristgerechten Kündigung:** *Da nach der hier bevorzugten Lösung bereits die außerordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis beendet hat, dürfte auf die Rechtmäßigkeit der ordentlichen Kündigung nicht mehr einzugehen sein. Prüflinge, die die außerordentliche Kündigung für unwirksam halten, müssten die Rechtmäßigkeit der ordentlichen Kündigung gem. § 1 II KSchG erörtern. Bzgl. des Kündigungsgrundes dürfte auf die obige Prüfung verwiesen werden können und nur eine erneute Interessenabwägung durchzuführen sein.*

**C. Nebenentscheidungen:** Die Kosten dürften gem. § 46 II ArbGG i.V.m. § 91 I ZPO K aufzuerlegen sein. Das Urteil ist gem. § 62 I S. 1 ArbGG auch ohne besonderen Ausspruch vorläufig vollstreckbar.

**D. Tenorierung:** Die Klage wird abgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits hat der Kläger zu tragen.