

Landesarbeitsgericht Düsseldorf

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 227, 520 III ZPO, § 1 II KSchG

- 1. Nach § 227 ZPO kann ein Verhandlungstermin nur aus erheblichen Gründen aufgehoben oder verlegt werden. Allein der von einer Partei gestellte Antrag auf Verlegung eines Termins führt nicht dazu, ein Nichterscheinen zu entschuldigen, weil die Termine zur mündlichen Verhandlung der Parteidisposition entzogen sind.**
- 2. Für die erforderliche Auseinandersetzung mit den Urteilsgründen der angefochtenen Entscheidung reicht es nicht aus, die tatsächliche oder rechtliche Würdigung durch das Arbeitsgericht mit formelhaften Wendungen zu rügen und lediglich auf das erstinstanzliche Vorbringen zu verweisen oder dieses zu wiederholen. Es reicht auch nicht aus, die Auffassung des Erstrichters als falsch oder die Anwendung einer bestimmten Vorschrift als irrig zu rügen. Werden nur die erstinstanzlichen Rechtsausführungen angegriffen, dann muss die eigene Rechtsansicht dargelegt werden.**
- 3. Ist die Kündigung unwirksam, befindet sich der Arbeitgeber regelmäßig im Annahmeverzug der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, ohne dass es eines Angebotes des Arbeitnehmer bedarf.**
- 4. Stellt eine Partei mehrere einander widersprechende Behauptungen auf, so kann von keiner dieser Behauptungen angenommen werden, sie sei richtig. Ein solcher Vortrag ist einer Beweisaufnahme schlechthin unzugänglich.**
- 5. Ein Kündigungsgrund für diese Kündigung ist nicht ersichtlich, weil der erstinstanzlich vorgetragene Konsum von Alkohol während der Arbeitszeit und die zweitinstanzlich vorgetragene Fundunterschlagung - abgesehen von der Widersprüchlichkeit des Vortrags - nach dem eigenen Vorbringen des Arbeitgebers abgemahnt und damit als Kündigungsgrund verbraucht sind.**

LAG Düsseldorf, Urteil vom 09.05.2018, Az.: 7 Sa 278/17

Tenor:

I. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 17.03.2017, 7 Ca 3795/16, wird als unzulässig verworfen, soweit die Beklagte verurteilt worden ist, an den Kläger

1. für den Monat November 2015 einen Betrag in Höhe von 1.604,40 € brutto abzüglich gezahlter 430,69 € netto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.12.2015 zu zahlen.

2. für den Monat Dezember 2015 einen Betrag in Höhe von 1.680,80 € brutto abzüglich gezahlter 488,65 € netto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2016 zu zahlen.

3. für den Monat Januar 2016 einen Betrag in Höhe von 1.786,05 € brutto abzüglich gezahlter 569,47 € netto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2016 zu zahlen.

4. für den Monat Februar 2016 einen Betrag in Höhe von 1.795,07 € brutto abzüglich gezahlter 501,94 € netto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.03.2016 zu zahlen.

5. für den Monat März 2016 einen Betrag in Höhe von 1.247,83 € brutto abzüglich gezahlter 629,15 € netto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.04.2016 zu zahlen.

6. für den Monat April 2016 einen Betrag in Höhe von 2.293,20 € brutto abzüglich gezahlter 786,27 € netto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2016 zu zahlen.

7. für den Monat Mai 2016 einen Betrag in Höhe von 2.268,70 € brutto abzüglich gezahlter 973,78 € netto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.06.2016 zu zahlen.

8. für den Monat Juni 2016 einen Betrag in Höhe von 2.381,40 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.06.2016 zu zahlen.

II. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

III. Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

1

Im Berufungsverfahren streiten die Parteien noch darüber, ob das Arbeitsverhältnis der Parteien wirksam beendet worden ist und ob dem Kläger ausstehende Vergütungsansprüche für geleistete Arbeit und Vergütungsansprüche aus Annahmeverzug zustehen.

2

Der Kläger ist bei der Beklagten, die Dienstleistungen unter anderem im Bereich Hotelervice erbringt und mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigt, seit dem 02.11.2015 aufgrund eines zunächst auf die Dauer von einem Jahr befristeten Arbeitsvertrages vom 01.12.2015 als sogenannter „Roomboy“ beschäftigt. Zu seinen Tätigkeiten gehörte die Reinigung von Gästezimmern und Suiten im Hotel Inter D. in E. im Auftrag der Beklagten. Die Beklagte zahlte an den Kläger wie auch an die anderen mit Reinigungsleistungen beschäftigten Mitarbeiter - unabhängig von der Frage, ob die tariflichen Regelungen im Gebäudereinigerhandwerk auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden - die jeweils gültigen Tarifmindestlöhne. Der Kläger erhielt danach im Jahr 2015 einen Stundenlohn in Höhe von 9,55 € brutto und im Jahr 2016 in Höhe von 9,80 € brutto.

3

In § 5 des Arbeitsvertrages ist unter anderem Folgendes geregelt:

4

„§ 5 Arbeitszeit

5

[....]

6

Die regelmäßige Arbeitszeit richtet sich nach den Dienst- und Einsatzplänen. Eventuelle Mehrarbeit die nicht aus dem Dienst- oder Einsatzplan hervorgeht, ist nur auf ausdrückliche Anweisung des Arbeitgebers zulässig. Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit richten sich nach der betrieblichen Einteilung. [....].“

7

Außerdem enthält der Arbeitsvertrag in § 11 eine Klausel, die wie folgt lautet:

8

„§ 11 Verfall-/Ausschlussfristen

9

Alle beiderseitigen Ansprüche verfallen, wenn sie nicht 3 Monate nach Fälligkeit geltend gemacht worden sind. Für Ansprüche aus unerlaubter Handlung verbleibt es bei der gesetzlichen Regelung.“

10

Wegen des Inhalts des Arbeitsvertrages im Einzelnen wird auf Bl. 13 bis 14 der Akte Bezug genommen.

11

Arbeitsbeginn war regelmäßig um 8.00 Uhr morgens. Nach dem Umkleiden wurden die Mitarbeiter eingeteilt, das heißt, sie erhielten eine Einweisung, welche Zimmer auf welchem Flur gereinigt werden müssen. Dazu wurde ihnen ein Generalschlüssel übergeben, dessen Empfang und Rückgabe von den Mitarbeitern in einer sogenannten Schlüsselliste zu quittieren war.

12

Der Kläger hat als Anlage K5 (Bl. 90 der Akte) eine als „Grundreinigung Checkliste Cleaner“ bezeichnete Liste zur Akte gereicht, in der 28 verschiedene Reinigungstätigkeiten aufgeführt sind. Nach dem Vortrag der Beklagten sind diese Tätigkeiten einmal pro Monat auszuführen.

13

Die Beklagte hat sogenannte „Stundenblätter“ für die Zeit von November 2015 bis einschließlich Juni 2016 zur Akte gereicht, auf denen sich für jeden Arbeitstag die Unterschrift des Klägers befindet. In diesen Stundenblättern ist die Anzahl der Zimmer und der Suiten ausgewiesen, die vom Kläger zu reinigen waren. Pro zu reinigendem Zimmer hat die Beklagte 30 Minuten und pro zu reinigender Suite 45 Minuten zugrunde gelegt. Die in der Spalte „Arbeitszeit von - bis“ ausgewiesene Arbeitszeit ist deckungsgleich mit der Anzahl der angegebenen Zimmer bzw. Suiten und den für die Reinigung der Zimmer bzw. der Suiten vorgegebenen Werte zzgl. einer Stunde Pause. Auch bei Arbeitsunfähigkeitszeiten des Klägers befindet sich seine Unterschrift für die jeweiligen Tage seiner Abwesenheit auf den Stundenblättern. Wegen des Inhalts der Stundenblätter im Einzelnen wird auf Bl. 42 bis 49 der Akte Bezug genommen.

14

Die Beklagte hat die Monate November 2015 bis Mai 2016 auf Basis dieser Stundenblätter abgerechnet und an den Kläger folgende Nettobeträge ausgezahlt:

15

November 2015:

430,60 €

Dezember 2015:

488,65 €

Januar 2016:

569,47 €

Februar 2016:

501,94 €

März 2016:

629,15 €

April 2016:

786,27 €

Mai 2016:

973,78 €

16

Mit einem Schreiben vom 01.06.2016 (Bl. 15 der Akte), das dem Kläger nach seinem unwidersprochenen Vortrag wegen einer falschen Adressierung durch die Beklagte erst am 22.06.2016 zugegangen ist, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis ausweislich des Kündigungsschreibens aus betriebsbedingten Gründen zum 30.06.2016 unter Hinweis darauf, dass eine Versetzung auf einen gleichwertigen Arbeitsplatz innerhalb des Unternehmens nach eingehender Prüfung leider nicht zu ermöglichen sei.

17

Mit Schriftsatz vom 29.12.2016 hat die Beklagte ein weiteres Kündigungsschreiben vom 01.06.2016 zur Akte gereicht (Bl. 171 der Akte), in dem sie ausgeführt hat, sie sei gezwungen, die Kündigung auszusprechen, da sie das Objekt Inter D. in E. abgeben müsse. Gleichzeitig schlug sie vor, dass der Kläger in einem anderen - namentlich nicht genannten - Objekt weiterarbeiten solle und bat den Kläger insoweit dringend um Rückmeldung.

18

Für den Monat Juni 2016 zahlte die Beklagte keinen Lohn an den Kläger. Der Monat Juli 2016 ist zwischen den Parteien nicht streitig. Ab August 2016 leistete die Beklagte keine weiteren Zahlungen an den Kläger.

19

Mit der Berufungsbegründung hat die Beklagte eine Abmahnung vom 18.04.2016 (Bl. 297 der Akte) und eine weitere Abmahnung vom 11.05.2016 (Bl. 298 der Akte) zur Akte gereicht. In der Abmahnung vom 18.04.2016 wird der Kläger abgemahnt, weil er während der Arbeitszeit alkoholische Getränke zu sich genommen haben soll. In der Abmahnung vom 11.05.2016 wird gerügt, dass der Kläger „zunehmend verspätet am Arbeitsplatz“ erschienen sei, den Arbeitsplatz an mehreren Tagen frühzeitig verlassen habe, ohne sich abzumelden und außerdem eine lautstarke Diskussion mit dem Checker im Hotel wegen ungereinigter Zimmer erfolgt sein soll.

20

Außerdem hat die Beklagte mit der Berufungsbegründung als Anlage B3 ein Kündigungsschreiben vom 15.06.2016 zur Akte gereicht mit folgendem Inhalt:

21

„Sehr geehrter Herr W. N. Q.,

22

hiermit kündigen wir das zwischen Ihnen und uns bestehende Arbeitsverhältnis ordentlich aus verhaltensbedingten Gründen und nach Aufforderung unseres Auftraggebers fristlos.

23

Wir sehen uns zu diesem Schritt durch erhebliche Pflichtverletzungen Ihrerseits gezwungen. Sie haben am 15.06.2016 erneut gegen Ihre Pflichten als Arbeitnehmer verstoßen, obwohl wir ein ähnliches Fehlverhalten bereits am 18.04.2016 und am 11.05.2016 zum Gegenstand einer schriftlichen Abmahnung gemacht und Sie auf die Folgen eines wiederholten Pflichtverstoßes aufmerksam gemacht haben.

24

.....“

25

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass die Kündigung vom 01.06.2016 unwirksam sei, weil weder betriebsbedingte noch verhaltensbedingte Gründe gegeben seien. Er habe in der Zeit von November 2015 bis Juni 2016 ohne jede Beanstandung gearbeitet. Abmahnungen wegen irgendeiner Schlechtleistung habe es nicht gegeben. Bei der Kündigung handele es sich um eine Maßregelung, weil er seine vertragsgemäße Vergütung verlangt habe. Die Beklagte zahle lediglich eine Zeitpauschale für die von ihm gereinigten Zimmer. Die von der Beklagten vorgelegten Stundenblätter enthielten eine rein statistische Berechnung der Anzahl der Standardzimmer x 30 Minuten zzgl. der Anzahl der Suiten x 45 Minuten plus einer Stunde Pause.

26

Die Stundenblätter habe er blanko unterschreiben müssen. Entsprechend seien auf den Stundenblättern auch Krankheits- bzw. Abwesenheitstage durch Unterschrift quittiert worden. Mit der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit habe dies nichts zu tun. Er hat vorgetragen, er sei stets in Vollzeit beschäftigt worden. Die tägliche Arbeitszeit habe mindestens acht Stunden betragen. Auf S. 4 bis 6 der Klageschrift hat der Kläger im Einzelnen dargelegt, wie viel Stunden er arbeitstäglich in der Zeit von November 2015 bis einschließlich Juni 2016 nach seiner Behauptung tatsächlich geleistet habe. Insoweit wird auf Bl. 10 bis 11 der Akte Bezug genommen. Der Kläger hat vorgetragen, maßgeblich für die von ihm tatsächlich verrichtete Arbeitszeit sei die Schlüsselliste. Er habe ohne Pause 10 und mehr Stunden arbeitstäglich gearbeitet, und zwar bis die zugewiesene Arbeit - laut Checkliste 28 Einzeltätigkeiten - erledigt gewesen sei. In der Checkliste nicht enthalten seien die Wegezeiten auf den Fluren, das Suchen freier Zimmer, das Beschaffen von Arbeitsmaterial und das Wiederauffüllen des Reinigungswagens. Das tägliche Meeting zur Einteilung der Zimmer habe 20 bis 30 Minuten gedauert. Da es nur einen Aufzug gebe, habe es entsprechend lange gedauert, bis jede Putzkraft die zugeteilte Etage erreicht habe. Auf der Etage sei zunächst der Wagen zu befüllen gewesen. Zudem habe nach Arbeitsmaterial gesucht werden müssen, das nicht immer auf jeder Etage vorhanden gewesen sei. Seien die zu reinigenden Zimmer noch belegt gewesen, habe der Checker gesucht werden müssen, um nach freien zu reinigenden Zimmern zu fragen. All diese Tätigkeiten seien in der von der Beklagten gewährten Zimmerpauschale von 0,5 Stunde pro Zimmer nicht enthalten. Zum zeitlichen Umfang seiner täglichen Arbeitszeit hat der Kläger handgeschriebene Stundenzettel zur Akte gereicht, wegen deren Inhalt auf Bl. 84 bis 89 der Akte Bezug genommen wird. Auf das Arbeitsverhältnis finden nach Auffassung des Klägers die Tarifvorschriften im Gebäudereinigerhandwerk Anwendung. Danach betrage die tägliche Arbeitszeit acht Stunden. Die arbeitsvertragliche Verfallklausel verstoße gegen höherrangiges Recht

und sei unwirksam. Ab August 2016 stehe ihm wegen der unwirksamen Kündigung ein Lohnanspruch gegen die Beklagte aus Annahmeverzug zu.

27

Der Kläger hat beantragt.

28

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 01.06.2016, dem Kläger zugegangen am 22.06.2016 nicht aufgelöst worden ist,

29

2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch weitere, zu erwartende Kündigungen aufgelöst wird, sondern zu unveränderten Bedingungen fortbesteht,

30

3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn nachfolgende Beträge zu zahlen, jeweils zzgl. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz:

31

- für den Monat November (21 Tage x 8 Stunden x 9,55 € brutto) 1.604,40 € brutto zzgl. Zinsen ab dem 01.12.2015 und abzgl. 430,69 € netto,

32

- für den Monat Dezember (22 Tage x 8 Stunden x 9,55 € brutto) 1.680,80 € zzgl. Zinsen ab dem 01.01.2016 und abzgl. 488,65 € netto,

33

- für den Monat Januar (9,80 € brutto x 182,25 Stunden) 1.786,05 € brutto zzgl. Zinsen ab dem 01.02.2016 und abzgl. 569,47 € netto,

34

- für den Monat Februar (9,80 € brutto x 183,17 Stunden) 1.795,07 € brutto zzgl. Zinsen ab dem 01.03.2016 und abzgl. 501,94 € netto,

35

- für den Monat März (9,80 € brutto x 127,33 Stunden) 1.247,83 € brutto zzgl. Zinsen ab dem 01.04.2016 und abzgl. 629,15 € netto,

36

- für den Monat April (9,80 € brutto x 244,33 Stunden) 2.394,43 € brutto zzgl. Zinsen ab dem 01.05.2016 und abzgl. 786,27 € netto,

37

- für den Monat Mai (9,80 € brutto x 231,5 Stunden) 2.268,70 € brutto zzgl. Zinsen ab dem 01.06.2016 und abzgl. 973,78 € netto,

38

- für den Monat Juni (9,80 € brutto x 211 Stunden) 2.067,80 € brutto zzgl. Zinsen ab dem 01.07.2016,

39

- für den Monat Juni weitere 313,60 € brutto (4 Tage Entgeltfortzahlung: 4 Tage x 9,80 €) zzgl. Zinsen ab 01.07.2016,

40

4. die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger für die vorgenannten Monate korrigierte Abrechnungen zu erteilen,

41

5. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 5.096,00 € brutto zu zahlen zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz

42

• aus 1.803,20 € für August (23 Arbeitstage x 8 Stunden x 9,80 € brutto) ab dem 01.09.2016,

43

• aus 1.724,80 € für September (22 Arbeitstage x 8 Stunden x 9,80 € brutto) ab dem 01.10.2016,

44

• aus 1.568,00 € für Oktober (20 Arbeitstage x 8 Stunden x 9,80 € brutto) ab dem 01.11.2016,

45

6. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.646,40 € brutto zu zahlen zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.12.2016 für den Monat November 2016,

46

7. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.568,00 € brutto zu zahlen zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2017 für den Monat Dezember 2016,

47

8. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.760,00 € brutto zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2017 für den Monat Januar 2017 zu zahlen,

48

9. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.600,00 € brutto zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.03.2017 für den Monat Februar 2017 zu zahlen,

49

10. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 600,00 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. des jeweiligen Folgemonats für den Zeitraum November 2015 bis Februar 2017 ausschließlich des Monats Juli 2016, zu zahlen,

50

11. die Beklagte zu verurteilen, ihm entsprechende Abrechnungen für die Monate Januar und Februar 2017 zu erteilen.

Die Beklagte hat beantragt,

52

die Klage abzuweisen

53

Sie hat auf Seite 3 des Schriftsatzes vom 12.09.2016 (Bl. 36 der Akte) vorgetragen, die Kündigung vom 01.06.2016 sei rechtmäßig, weil die verantwortliche Hotelleitung

mit den Leistungen des Klägers nicht zufrieden gewesen sei. Der Kläger habe nicht effektiv und gut genug gearbeitet. Die Hotelleitung habe sie, die Beklagte, daher aufgefordert, den Kläger nicht mehr im Hotel für Reinigungsarbeiten einzusetzen. Ein anderweitiger Einsatz des Klägers sei zum Kündigungszeitpunkt nicht möglich gewesen. Auf Seite 2 des Schriftsatzes vom 29.12.2016 (Bl. 169 der Akte) hat die Beklagte vorgetragen, der Kläger sei vor Ausspruch der Kündigung im April und Mai 2016 zweimal dabei beobachtet worden, wie er Alkohol auf der Etage, auf der er gearbeitet habe, getrunken habe. Wegen dieser beiden Vorfälle habe der Kläger mündlich eine Abmahnung erhalten, verbunden mit dem Hinweis, dass ein wiederholter Verstoß eine Kündigung nach sich ziehen könne. Um dem Kläger wegen dieser Vorfälle keine Nachteile zu verschaffen, sei lediglich eine fristgerechte betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen worden. Hierzu sei dem Kläger zugleich mit dem Kündigungsschreiben das weitere Schreiben vom 01.06.2016 übersandt worden. Als der Kläger auf dieses Schreiben nicht reagiert habe, habe der Zeuge L. den Kläger Ende Juni 2016 auf dieses Schreiben angesprochen. Der Kläger habe erklärt, dass er in der Hotelbranche nicht mehr arbeiten wolle. Vor diesem Hintergrund sei die Erhebung der Kündigungsschutzklage unzulässig. Die geltend gemachten Lohnansprüche stünden dem Kläger nicht zu. Die Behauptung des Klägers, er sei stets in Vollzeit beschäftigt gewesen, sei in keiner Weise einlassungsfähig. In welchem Umfang der Kläger tatsächlich gearbeitet habe, folge aus den von der Beklagten vorgelegten und vom Kläger gegengezeichneten Stundenblättern. Die Schlüsselliste liege ihr nicht vor und könne daher auch nicht vorgelegt werden. Die Schlüsselliste sei jedoch auch nicht maßgeblich, da es zum Beispiel nicht selten vorkomme, dass ein Mitarbeiter die Rückgabe des Schlüssels vergesse und dies erst am nächsten Tag nachhole. Der Rückgabezeitpunkt sei auch deshalb nicht identisch mit dem Arbeitsende, da die Mitarbeiter häufig von der kostenlosen Nutzung der hoteleigenen Kantine Gebrauch machten. Außerdem sei der Schlüssel für die Umkleidekabine erforderlich. Das morgendliche Meeting dauere maximal 10 Minuten. Die vom Kläger zur Akte gereichte Checkliste betreffe nur die Grundreinigung eines Zimmers und komme nur einmal im Monat zur Anwendung. Sei ein Zimmer ausnahmsweise außerordentlich verschmutzt, werde von dem Mitarbeiter der Checker oder die Hausdame gerufen, die den Zustand des Zimmers fotografierten. In einem solchen Fall erhalte der Mitarbeiter vom Hotel einen „Kredit“, das heiße, er bekomme die doppelte Zeit für die Reinigung des Zimmers vergütet. Lange Wege gebe es im Hotel ebenso wenig wie Wartezeiten wegen noch nicht durch den Gast geräumter Zimmer. Alle 10 bis 20 Minuten vermerke der Checker die freien Zimmer auf einer Liste auf dem Etagenwagen, so dass Wartezeiten vermieden würden. Die Etagenwagen und Putzmittel seien morgens vor Arbeitsbeginn bereits mit den notwendigen Materialien bestückt. Stauzeiten vor den Aufzügen gebe es nicht. Das Hotel verfüge über drei Serviceaufzüge. Im Regelfall finde eine einstündige Pause statt. Die „Taktzeiten“ zur Reinigung eines Zimmers seien vom Hotel vorgegebene Orientierungsgrößen. Die Mehrzahl der Mitarbeiter schöpfe diese Zeiten überhaupt nicht aus. Sie seien vielmehr 10 bis 15 Minuten eher fertig. Dadurch könnten die Mitarbeiter sich ein ansehnliches „Zeitpolster“ aufbauen. Die Beklagte unterfalle entgegen der Auffassung des Klägers nicht dem Geltungsbereich der Tarifvorschriften des Gebäudereinigerhandwerks.

54

Das Arbeitsgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben und zur Begründung ausgeführt, ein Verzicht auf Erhebung einer Kündigungsschutzklage könne aufgrund des pauschalen Vortrags der Beklagten, der für den Kläger nicht einlassungsfähig sei, nicht angenommen werden. Die Kündigung vom 01.06.2016 sei sozial ungerechtfertigt. Betriebliche Erfordernisse habe die Beklagte nicht hinreichend dargelegt. Es könne nicht nachvollzogen werden, wann und aus welchem Grund das Hotel verlangt haben solle, den Kläger nicht mehr einzusetzen. Der Vortrag der Beklagten sei auch widersprüchlich, wenn sie zum einen behaupte, dass ein anderweitiger Einsatz des Klägers nicht möglich gewesen sei und zum anderen

vorträgt, man habe dem Kläger genau dies anbieten wollen. Auf ein vertragswidriges Verhalten des Klägers könne die Beklagte die Kündigung schon deshalb nicht stützen, weil sie nach ihrem eigenen Vortrag den - in jeder Hinsicht unsubstantiiert behaupteten - zweimaligen Alkoholkonsum des Klägers abgemahnt und dadurch ein Kündigungsrecht verbraucht habe. Das Arbeitsverhältnis habe auch nicht durch Befristung sein Ende gefunden. Durch die Aufnahme der Arbeitstätigkeit des Klägers bereits am 02.11.2015 sei ein unbefristetes Arbeitsverhältnis geschlossen worden. Die in § 5 des Arbeitsvertrages vorgesehene Arbeitszeitregelung sei unwirksam, weil sie den Kläger unangemessen benachteilige. Die Regelung lasse eine Arbeitszeit von 0 bis 48 Wochenarbeitsstunden zu, ohne dass dem Kläger eine Mindestzusage hinsichtlich seiner Arbeitszeit und seiner Vergütung gemacht werde. Auf eine Vollzeitstätigkeit gemäß § 3 Abs. 1.1 RTV Gebäudereinigung könne der Kläger sich nicht berufen, weil es aufgrund des Sachvortrags des Klägers nicht möglich sei, zu bestimmen, ob der Betrieb der Beklagten oder eine selbstständige Betriebsabteilung der Beklagten überhaupt in den Geltungsbereich des Tarifvertrages fielen. Die Vertragslücke sei daher durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen. Zur Feststellung des mutmaßlichen Parteiwillens sei die Vertragsdurchführung von erheblicher Bedeutung. Unter Berücksichtigung aller Umstände ergebe sich daraus ein Beschäftigungsanspruch des Klägers von mindestens 154,53 Stunden monatlich. Bei der Berechnung der dem Kläger zustehenden Forderung sei sodann von der vom Kläger dargestellten Arbeitszeit auszugehen. Nur diese beschreibe die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden. Dem Vortrag des Klägers sei die Beklagte nicht erheblich entgegengetreten. Sie habe nicht dargestellt, in welchem Umfang der Kläger an den streitgegenständlichen Tagen seine Arbeitsleistung erbracht habe. Darüber hinaus habe sie nicht erklärt, warum es nicht zutreffen könne, dass der Kläger die von ihm behauptete Arbeitszeit für die Reinigung der ihm zugewiesenen Zimmer und Suiten aufgewandt habe. Die Stundenlisten der Beklagten seien nicht maßgeblich, denn dabei handele es sich lediglich um eine Beschreibung der Arbeitsmenge und nicht um Angabe der tatsächlichen Arbeitszeit. Im Ergebnis handele es sich um Arbeitsleistung, die der Kläger im Rahmen seiner vertraglich geschuldeten Leistung erbracht habe und nicht um die Geltendmachung von Überstunden. Da die Beklagte unabhängig von einer Tarifbindung gegenüber ihren Mitarbeitern die tariflichen Mindestlöhne zahle, sei hinsichtlich der Höhe des Stundenlohns auch ohne Tarifbindung von den Regelungen des TV Mindestlohn in der Gebäudereinigung auszugehen. Der von der Beklagten vorgenommene Abzug für Personalesen sei unberechtigt. Die Ansprüche des Klägers seien auch nicht verfallen. Die arbeitsvertragliche Verfallfrist sei unwirksam, da sie auch den Mindestlohn umfasse. § 23 des RTV für die gewerblich Beschäftigten in der Gebäudereinigung finde auf das Arbeitsverhältnis keine Anwendung. Für den Zeitraum von August 2016 bis Juli 2017 stehe dem Kläger ein Anspruch auf Annahmeverzugslohn zu. Mit Ablauf der Kündigungsfrist habe die Beklagte sich mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug befunden. Während des Annahmeverzugs sei ein monatlicher Arbeitsumfang von 154,53 Arbeitsstunden zugrunde zu legen. Dem Kläger stehe gemäß § 108 Abs. 1 GewO ein Anspruch auf Erteilung einer Abrechnung bei Zahlung des Arbeitsentgelts zu. Ein Anspruch auf die geltend gemachte Verzugspauschale stehe dem Kläger nicht zu.

55

Gegen das ihr am 23.03.2017 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit einem am 27.03.2017 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 23.06.2017 mit einem am 21.06.2017 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

56

Die Beklagte rügt in ihrer Berufungsbegründungsschrift, das Arbeitsgericht habe zu Unrecht hinsichtlich der Zahlungsanträge darauf abgestellt, dass die von ihr

vorgelegten Stundenzettel die vom Kläger tatsächlich erbrachte Arbeitszeit nicht richtig wiedergeben würden. Insbesondere sei die Rechtsauffassung des Arbeitsgerichts, die Stundenlisten träfen als rein mathematische Berechnungsgrundlage keine Aussage über die tatsächlich vom Kläger aufgewandten Arbeitszeiten, nicht nachvollziehbar. Die vom Kläger abgezeichneten Stundenlisten gäben vielmehr die tatsächliche Arbeitszeit des Klägers wieder. Die Tatsache, dass der Kläger die Stundenlisten abgezeichnet habe, verdeutliche deren Richtigkeit. Der pauschale Vortrag des Klägers, er habe die Listen blanko unterschreiben müssen, werde bestritten. Das Vorbringen des Klägers, für die Richtigkeit seiner Behauptung, die Stundenlisten seien im Voraus unterschrieben worden, spreche auch, dass Krankheits- und Abwesenheitszeiten mit Unterschrift quittiert worden seien, entfalte keine rechtliche Relevanz. Nach alledem verbiete sich die Berücksichtigung der im Nachhinein erstellten klägerischen Stundenlisten bei der Berechnung der Höhe des Arbeitsentgelts. Unabhängig hiervon seien die Ansprüche des Klägers entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts größtenteils verfallen. Das Arbeitsgericht habe übersehen, dass der Kläger nicht die Geltendmachung von Ansprüchen nach dem Mindestlohngesetz durchsetzen wolle. Vielmehr verhalte sich der Rechtsstreit über die unterschiedlichen Auffassungen der Parteien zur abgeleisteten Arbeitszeit. Diese unterlägen durchaus der vertraglich festgelegten bzw. der tarifvertraglich anzuwendenden Verfallfrist. Darüber hinaus sei das Arbeitsverhältnis entgegen den Ausführungen des Arbeitsgerichts wirksam beendet worden. Der Kläger sei verschiedene Male abgemahnt worden. Nachdem der Kläger schließlich Fundsachen nicht abgeben, sondern für sich behalten habe, sei er erneut abgemahnt und gleichzeitig mit Schreiben vom 15.06.2016 fristlos gekündigt worden. Nach Erhalt der Kündigung habe der Kläger darum gebeten, ihm eine rückdatierte betriebsbedingte Kündigung auszusprechen, damit er keine Schwierigkeiten mit der Agentur für Arbeit bekommen. Mit dem Kläger, der angemerkt habe, ohnehin nicht mehr in der Hotelbranche arbeiten zu wollen, sei sodann vereinbart worden, die Kündigung auf den 01.06.2016 zu datieren. Im Hinblick darauf sei die Erhebung der Kündigungsschutzklage rechtsmissbräuchlich. Jedenfalls sei das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 15.06.2016 beendet worden.

57

Mit Beschluss vom 28.06.2017 hat die Berufungskammer die Beklagte darauf hingewiesen, dass die Berufung zumindest teilweise unzulässig sein dürfte, weil die Beklagte sich in der Berufungsbegründungsschrift mit der eigenständigen Begründung des Arbeitsgerichts zu den Zahlungsansprüchen und deren Verfall nicht hinreichend auseinander gesetzt hat. Wegen des Inhalts des Beschlusses im Einzelnen wird auf Bl. 304 bis 305 der Akte Bezug genommen.

58

Mit weiterem Beschluss vom 14.08.2017 hat die Berufungskammer die Beklagte darauf hingewiesen, dass der Vortrag der Beklagten hinsichtlich der Kündigungsgründe und der Umstände, die zum Ausspruch der Kündigung geführt haben sollen, widersprüchlich, nicht nachvollziehbar und damit unschlüssig sind. Wegen des Inhalts des Beschlusses im Einzelnen wird auf Bl. 321 bis 324 der Akte Bezug genommen.

59

Mit Schriftsatz vom 06.09.2017 hat die Beklagte im Hinblick auf die Hinweise der Berufungskammer vorgetragen, es werde erneut darauf hingewiesen, dass die Arbeitszeit des Klägers allein durch die von ihr, der Beklagten, vorgelegten Stundenzettel dokumentiert worden sei. Die Arbeitsstunden seien dort explizit aufgeführt. Zu keiner Zeit habe der Kläger die Richtigkeit der Abrechnungen moniert. Die Behauptung des Arbeitsgerichts, die von der Beklagten vorgelegten Stundenzettel träfen keine Aussage über die tatsächlich vom Kläger aufgewandte Arbeitszeit, entbehre jeglicher Grundlage. Die Stundenlisten gäben entgegen den Ausführungen

des Arbeitsgerichts nicht eine Beschreibung der Arbeitsmenge wieder, sondern sie dokumentierten die tatsächliche Arbeitszeit. Das Urteil des Arbeitsgerichts enthalte nicht die geringsten Ausführungen für die in den Entscheidungsgründen angeführte Behauptung, es sei davon auszugehen, dass die Aufzeichnungen nicht die tatsächliche Arbeitsmenge des Klägers wiedergäben. Hinsichtlich des Verfalls sei festzuhalten, dass die Parteien nicht darüber streiten würden, ob der Kläger den Mindestlohn erhalte oder nicht. Der Streit verhalte sich allein über die Behauptung des Klägers, eine bestimmte Arbeitsstundenzahl erbracht zu haben. Dies hätte der Kläger innerhalb der Verfallfristen geltend machen müssen. Dem Gericht sei zuzustimmen, dass der Vortrag zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses widersprüchlich sei. Dies liege daran, dass es mündliche Absprachen zwischen den Parteien gegeben habe, die erst im Nachhinein verschriftlicht worden seien. Tatsache sei jedoch, dass der Kläger nach Erhalt der Kündigung vom 15.06.2017 darum gebeten habe, ihm eine rückdatierte betriebsbedingte Kündigung auszusprechen.

60

Die Beklagte beantragt,

61

das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 17.03.2017, 7 Ca 3795/16, abzuändern und die Klage abzuweisen.

62

Der Kläger beantragt,

63

die Berufung zurückzuweisen.

64

Er verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts unter Wiederholung seines erstinstanzlichen Vortrags und macht sich die Ausführungen der Berufungskammer zur Unzulässigkeit der Berufung zu Eigen. Ergänzend führt er aus, die Beklagte habe nach wie vor das von ihm, dem Kläger, vorgetragene tatsächliche Arbeitszeitvolumen nicht qualifiziert bestritten. Zudem sei das erstmalige Vorbringen der Beklagten bezüglich einer Kündigung vom 15.06.2016 sowie der angeblich ausgesprochenen schriftlichen Abmahnungen unzutreffend. Abgesehen davon dass er, der Kläger, zu keinem Zeitpunkt, nicht einmal außerhalb der Arbeitszeit, Alkohol zu sich genommen habe, weil er Diabetiker sei, er nie verspätet erschienen oder zu früh gegangen sei und auch nicht lautstark mit dem Checker diskutiert habe, seien die Abmahnungen bereits aus formalen Gründen wegen Unbestimmtheit unbeachtlich. Eine Kündigung vom 15.06.2016 habe er nie erhalten. Dass er eine rückdatierte Kündigung erbeten habe, sei von der Beklagten frei erfunden. Die als Anlage K2 zur Klageschrift überreichte Kündigung vom 01.06.2016 sei die einzige Kündigung, die er erhalten habe. Er habe auch zu keinem Zeitpunkt geäußert, nicht mehr in der Hotellerie arbeiten zu wollen.

65

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor der Berufungskammer vom 08.11.2017 haben die Parteien nach Antragstellung und - ausweislich des Protokolls nach Erörterung der Sach- und Rechtslage - einen widerruflichen Vergleich geschlossen.

66

Mit Schriftsatz vom 15.11.2017, beim Landesarbeitsgericht Düsseldorf eingegangen am 20.11.2017, hat der Kläger den Vergleich innerhalb der Widerrufsfrist widerrufen und sich mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren einverstanden erklärt.

67

Mit Schriftsatz vom 19.12.2017 hat die Beklagte sich mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren nicht einverstanden erklärt.

68

Nachdem zu einem sodann anberaumten weiteren Verhandlungstermin einem Verlegungsantrag des Klägers als auch zu einem weiteren anberaumten Verhandlungstermin einem Verlegungsantrag der Beklagten stattgegeben worden ist, wurde Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung anberaumt auf den 18.04.2018. Der Termin war den Parteivertretern seit Februar 2018 bekannt. Der erneute Verlegungsantrag des Klägervertreters vom 16.04.2018, der um 16.39 Uhr beim Landesarbeitsgericht eingegangen ist, ist mit Beschluss der Berufungskammer vom 16.04.2018 (Bl. 398 der Akte) abgelehnt worden. Die Parteien sind darauf hingewiesen worden, dass bei Nichterscheinen eine Entscheidung nach Lage der Akten ergehen kann.

69

Mit Schriftsatz vom 17.04.2018, per Fax eingegangen beim Landesarbeitsgericht Düsseldorf um 15.21 Uhr, hat der Beklagtenvertreter mitgeteilt, er habe nach dem Verlegungsantrag des Klägervertreters „unumkehrbare Dispositionen“ getroffen. Es sei ein Umzugswagen organisiert worden, um den Umzug der Tochter des Beklagtenvertreters von C. nach F. am Vormittag des 18.04.2018 durchzuführen. Aus diesem Grund habe der Beklagtenvertreter keine Möglichkeit, den Termin am 18.04.2018 wahrzunehmen. Eine Entscheidung nach Lage der Akten komme nicht in Betracht, da im letzten Verhandlungstermin nicht streitig verhandelt worden sei.

70

Der Verlegungsantrag des Beklagtenvertreters ist mit Beschluss vom 18.04.2018 (Bl. 405 der Akte) abgelehnt worden.

71

Im Termin vom 18.04.2018 ist sodann der Kläger persönlich und für den Klägervertreter ein unterbevollmächtigter Anwalt erschienen. Für die Beklagte erschien niemand. Ausweislich des Protokolls ist festgestellt worden, dass der Beklagtenvertreter ordnungsgemäß zum Termin geladen worden ist. Der Klägervertreter hat im Termin sodann beantragt, eine Entscheidung nach Lage der Akten zu treffen.

72

Am Ende der Sitzung wurde ein Beschluss verkündet, demzufolge die Anordnung erging, nach Aktenlage zu entscheiden. Termin zur Verkündung einer Entscheidung wurde anberaumt auf den 09.05.2018, 10.00 Uhr.

73

Mit Schriftsatz vom 25.04.2018 hat die Beklagte nochmals darauf hingewiesen, dass eine Entscheidung nach Lage der Akten nicht statthaft sei, weil nicht streitig verhandelt worden sei. Im Termin vom 08.11.2017 seien ausschließlich die Anträge aufgenommen und Vergleichsverhandlungen ohne Beteiligung des Gerichts geführt worden. Eine Entscheidung nach Lage der Akten setze jedoch zwingend eine streitige Verhandlung voraus.

74

Darauf hat der Kläger mit Schriftsatz vom 03.05.2018 erwidert und die Auffassung vertreten, es sei streitig verhandelt worden.

75

Die Berufungskammer hat am 09.05.2018 ab 9.00 Uhr über die nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsätze erneut beraten.

76

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird ergänzend Bezug genommen auf die in beiden Instanzen zu den Akten gereichten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlungen.

Entscheidungsgründe:

I.

77

Die statthafte (§ 64 Abs. 1 ArbGG), nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes zulässige (§ 64 Abs. 2 ArbGG), form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zum Teil bereits unzulässig, im Übrigen unbegründet.

1.

78

Gemäß §§ 251a, 331a ZPO i.V.m. § 525 S. 1 ZPO, 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG konnte nach Lage der Akten entschieden werden, weil die dafür erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind.

79

Nach § 331a ZPO kann bei Ausbleiben einer Partei im Termin zur mündlichen Verhandlung der Gegner statt eines Versäumnisurteils eine Entscheidung nach Lage der Akten beantragen. Dem Antrag ist zu entsprechen, wenn der Sachverhalt für eine derartige Entscheidung hinreichend geklärt erscheint. Nach § 331a S. 2 ZPO ist § 251a Abs. 2 ZPO entsprechend anzuwenden.

80

§ 331a ZPO gilt für alle Instanzen. Voraussetzung ist verschuldete Säumnis einer Partei trotz ordnungsgemäßer Ladung zur mündlichen Verhandlung. Erforderlich ist sodann ein Antrag der anwesenden Partei, nach Aktenlage zu entscheiden. Der Antrag ist Prozess- und Sachantrag und muss als Prozessantrag ausdrücklich gestellt werden.

81

Nach Aktenlage kann sodann jede Entscheidung ergehen, für welche der Prozessstand ausreicht, ein Urteil jedoch nur nach Bestimmung eines Verkündungstermins bei Entscheidungsreife nach §§ 300-305 ZPO und nach vorgängiger streitiger Verhandlung in gleicher Instanz (§ 331a ZPO i.V.m. § 251 Abs. 2 ZPO).

82

Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

a)

83

Die Voraussetzung der Antragstellung durch die anwesende Partei ist ausweislich des Protokolls vom 18.04.2018 gegeben. Der Klägervertreter hat ausdrücklich beantragt, eine Entscheidung nach Lage der Akten zu treffen.

b)

84

Die Beklagte ist auch verschuldet zum Termin vom 18.04.2018 nicht erschienen. Sie ist ausweislich des Empfangsbekenntnisses vom 06.02.2018 ordnungsgemäß zum Termin geladen worden. Der Verlegungsantrag des Beklagtenvertreters vom 17.04.2018 führt nicht zu der Annahme eines entschuldigten Fernbleibens, denn dem Verlegungsantrag war nicht stattzugeben.

85

Nach § 227 ZPO kann ein Termin nur aus erheblichen Gründen aufgehoben oder verlegt werden. Ein solcher ist nach Ankündigung einer Partei, nicht zum Termin zu erscheinen, nur dann gegeben, wenn die Partei ohne ihr Verschulden am Erscheinen verhindert ist. Allein der von einer Partei gestellte Antrag auf Verlegung eines Verhandlungstermins führt nicht dazu, ein Nichterscheinen zu entschuldigen, weil die Termine zur mündlichen Verhandlung der Parteidisposition entzogen sind. Ein Fernbleiben einer Partei nur in der Erwartung, einem Verlegungsantrag werde vom Gericht schon Rechnung getragen, ist grundsätzlich nicht als entschuldigt anzusehen. Das hat auch dann zu gelten, wenn der Beklagtenvertreter, ohne die Entscheidung des Gerichts über den Verlegungsantrag der Gegenseite abzuwarten, Dispositionen trifft, die ihn nach seinen Angaben am Erscheinen hindern. Dabei ist vorliegend zudem zu berücksichtigen, dass die Parteien bereits mit Beschluss vom 16.04.2018, mit dem der Verlegungsantrag des Klägervertreters abgelehnt worden ist, darauf hingewiesen worden sind, dass nach § 227 Abs. 1 Nr. 3 ZPO allein das Einvernehmen der Parteien, einen Termin nicht wahrnehmen zu wollen, kein erheblicher Grund im Sinne des Gesetzes ist. Trifft der Prozessbevollmächtigte sodann dennoch anderweitige Dispositionen, ist sein Fernbleiben vom Termin nicht entschuldigt. Der Beklagtenvertreter konnte zudem wegen der Kurzfristigkeit seines Antrags und nach den Hinweisen im Beschluss vom 16.04.2018 nicht darauf vertrauen, dass seinem Antrag stillschweigend stattgegeben würde. Er hätte deshalb zur Vermeidung schädlicher Folgen zumindest bei Gericht nachfragen müssen. Er war hiernach nicht ohne Verschulden am Erscheinen verhindert. Insoweit kann dahinstehen, ob die Bestellung eines Umzugswagens für den Umzug der Tochter überhaupt geeignet ist, als „unumkehrbare Disposition“ beurteilt zu werden, die einen wichtigen Grund für eine Terminsverlegung darstellen kann.

86

Unter Berücksichtigung vorstehender Ausführungen ist die Beklagte verschuldet dem Termin vom 18.04.2018 fern geblieben.

c)

87

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist auch dem Erfordernis der streitigen Verhandlung Rechnung getragen worden, soweit sie für die vorliegende Entscheidung erforderlich war.

88

Insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Notwendigkeit einer früheren streitigen Verhandlung als Voraussetzung eines Urteils nach Aktenlage entfällt, soweit die zu treffende Entscheidung nach den für sie geltenden Vorschriften keiner mündlichen Verhandlung bedarf (vgl. Zöller, § 331a Rn. 2).

89

Die Verwerfung der Berufung als unzulässig kann ohne mündliche Verhandlung ergehen (§ 66 Abs. 2 S. 2 ArbGG). Vorliegend ist die Berufung der Beklagten als unzulässig verworfen worden, soweit die Beklagte verurteilt worden ist, an den Kläger die geltend gemachte Vergütung für den Zeitraum von November 2015 bis einschließlich Juni 2016 in der ausgeteilten Höhe zu zahlen. Insoweit bedurfte es mithin keiner vorhergehenden streitigen Verhandlung.

90

Im Übrigen genügen die Parteien dem Erfordernis des „Verhandelns“ stets, wenn sie Sachanträge nach § 137 Abs. 1, § 297 ZPO stellen (vgl. BAG, Urteil vom 23.01.2007, 9 AZR 492/06, zitiert nach juris).

91

Die Parteien haben im Termin vom 08.11.2017 (Bl. 361 der Akte) unter Stellung der Sachanträge mündlich verhandelt. Dabei kann dahinstehen, ob das Stellen der Anträge ausreicht, um ein „mündliches Verhandeln“ im Sinne des § 251a ZPO zu bejahen. Sinn dieser Voraussetzung ist, dass die Parteien ihren Standpunkt wenigstens einmal mündlich vortragen konnten, nicht notwendig vor denselben Richtern im Sinne des § 309 ZPO. Dadurch soll die Gewährung rechtlichen Gehörs sichergestellt werden.

92

Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Die Berufungskammer hat die Beklagte mit Beschluss vom 28.06.2017 auf die Unzulässigkeit der Berufung und mit Beschluss vom 14.08.2017 auf die Widersprüchlichkeit ihres Vorbringens hingewiesen. Mit Schriftsatz vom 06.09.2017 hat die Beklagte zu den Hinweisen der Berufungskammer Stellung genommen. Im Termin zur mündlichen Verhandlung hat die Vorsitzende unter Bezugnahme auf die beiden Beschlüsse darauf hingewiesen, dass die erteilten Hinweise der Auffassung der Kammer entsprächen. Der Beklagtenvertreter hat sodann auf seinen ergänzenden Vortrag zu den gerichtlichen Beschlüssen Bezug genommen, woraufhin der Hinweis erteilt wurde, dass eine unzulässige Berufung durch außerhalb der Berufungsbegründungsfrist liegenden Vortrag nicht zulässig werden kann und die Widersprüchlichkeit eines Vortrages nicht dadurch behoben wird, dass die Partei sich für eine der widersprüchlichen Versionen entscheidet. Soweit der Beklagtenvertreter vorgetragen hat, das Gericht habe sich an den Vergleichsverhandlungen der Parteien nicht beteiligt, ist dies nur eingeschränkt zutreffend. Die Parteien hatten - ohne Beteiligung des Gerichts - abgesprochen, die Kosten gegeneinander aufzuheben. Dagegen hat die Kammer eingewandt, dass diese Quote in keiner Weise dem Sach- und Rechtsstand entspreche. Nach erneuter Diskussion mit den Parteien über die Erfolgsaussichten ist sodann die Kostenquote von 70 % zu Lasten der Beklagten und von 30 % zu Lasten des Klägers getroffen worden.

93

Unter Berücksichtigung vorstehender Ausführungen ist dem Sinn und Zweck des § 251a ZPO Rechnung getragen und im Sinne dieser Vorschrift „verhandelt“ worden.

94

Da auch das Erfordernis der Anberaumung eines Verkündungstermins gegeben ist, sind die formalen Voraussetzungen für eine Entscheidung nach Aktenlage erfüllt.

95

Der Rechtsstreit ist - wie nachfolgend dargelegt wird - auch entscheidungsreif.

2.

96

Die Berufung ist unzulässig, soweit die Beklagte verurteilt worden ist, an den Kläger die geltend gemachte Vergütung für den Zeitraum von November 2015 bis einschließlich Juni 2016 in der ausgeurteilten Höhe zu zahlen.

97

Die Berufungsbegründung muss nach § 64 Abs. 4 ArbGG i.V.m. § 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO die Umstände bezeichnen, aus denen sich die Rechtsverletzung durch das angefochtene Urteil und deren Erheblichkeit für das Ergebnis der angegriffenen Entscheidung ergibt. Dazu gehört eine aus sich heraus verständige Angabe, welche bestimmten Punkte der angefochtenen Entscheidung bekämpft und welche Argumente geltend gemacht werden sollen. Zweck des § 520 ZPO ist es, die Beurteilung des Streitfalls durch den Erstrichter zu überprüfen und den Rechtsstreit für die Berufungsinstanz durch eine Zusammenfassung und Beschränkung des Rechtsstoffs ausreichend vorzubereiten. Ausgehend von diesem Zweck genügt die Berufungsbegründung den Anforderungen des § 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 bis 4 ZPO nur dann, wenn sie erkennen lässt, in welchen Punkten tatsächlicher oder rechtlicher Art das angefochtene Urteil nach Ansicht des Berufungsklägers unrichtig ist und auf welchen Gründen diese Ansicht im Einzelnen beruht. Eine schlüssige, rechtlich haltbare Begründung kann zwar nicht verlangt werden, doch muss die Berufungsbegründung auf den zur Entscheidung stehenden Fall zugeschnitten sein und sich mit den rechtlichen oder tatsächlichen Argumenten des angefochtenen Urteils befassen, wenn sie diese bekämpfen will. Für die erforderliche Auseinandersetzung mit den Urteilsgründen der angefochtenen Entscheidung reicht es nicht aus, die tatsächliche oder rechtliche Würdigung durch das Arbeitsgericht mit formelhaften Wendungen zu rügen und lediglich auf das erstinstanzliche Vorbringen zu verweisen oder dieses zu wiederholen (vgl. BAG, Urteil vom 19.10.2010, 6 AZR 118/10, zitiert nach juris, m.w.N.). Es reicht auch nicht aus, die Auffassung des Erstrichters als falsch oder die Anwendung einer bestimmten Vorschrift als irrig zu rügen. Werden nur die erstinstanzlichen Rechtsausführungen angegriffen, dann muss die eigene Rechtsansicht dargelegt werden (vgl. dazu BGH, Urteil vom 09.03.1995, IX ZR 143/94, zitiert nach juris).

98

Die vorstehend dargelegten Anforderungen erfüllt die Berufungsbegründung des Klägers nicht. Die Berufung ist mangels Auseinandersetzung mit den Gründen der angefochtenen Entscheidung bezüglich der Zahlungsanträge für den Zeitraum November 2015 bis Juni 2016 unzulässig.

99

Das Arbeitsgericht hat zunächst im Einzelnen dargelegt, warum bei der Berechnung der dem Kläger zustehenden Forderung von der vom Kläger dargestellten Arbeitszeit auszugehen ist und hat darauf hingewiesen, dass die Beklagte dem Vortrag des Klägers nicht erheblich entgegengetreten ist, weil sie nicht dargestellt hat, in welchem Umfang der Kläger an den streitgegenständlichen Tagen seine Arbeitsleistung tatsächlich erbracht habe. Sie habe auch nicht erklärt, warum es nicht zutreffen könne, dass der Kläger die von ihm behauptete Arbeitszeit für die Reinigung der ihm zugewiesenen Zimmer und Suiten aufgewandt habe. Hinsichtlich der Stundenlisten hat das Arbeitsgericht nachvollziehbar dargelegt, dass es sich dabei lediglich um eine Beschreibung der Arbeitsmenge und nicht um Angabe der tatsächlichen Arbeitszeit handelt, weil sich daraus lediglich ergibt, dass für die Reinigung eines Zimmers 30 Minuten und für die Reinigung einer Suite 45 Minuten von der Beklagten zugrunde gelegt werden. Zur weiteren Begründung dieser Annahme hat das Arbeitsgericht darauf hingewiesen, dass die Beklagte dieses Verständnis bestätige, wenn sie selbst vortrage, dass erfahrene und gute Reinigungskräfte sich einen „Arbeitszeitpuffer“ erarbeiten könnten. Schließlich hat das Arbeitsgericht darauf hingewiesen, dass der

Umstand, dass auch Tage der Krankheit oder Abwesenheit in den Stundenlisten vom Kläger gegengezeichnet worden seien, den Erklärungswert der Liste weiter entwerte.

100

Dazu hat die Beklagte in ihrer Berufungsbegründungsschrift lediglich ausgeführt, die Rechtsauffassung des Arbeitsgerichts, die Stundenlisten trafen als rein mathematische Berechnungsgrundlage keine Aussage über die tatsächlich vom Kläger aufgewandten Arbeitszeiten, sei nicht nachvollziehbar. Warum die Annahme des Arbeitsgerichts nicht nachvollziehbar sein soll, legt die Beklagte nicht dar. Sie hat sodann ihre Auffassung, die Tatsache, dass der Kläger die Stundenlisten abgezeichnet habe, verdeutliche deren Richtigkeit, wiederholt und geäußert, dass Krankheits- und Abwesenheitszeiten auf den Stundenblättern mit Unterschrift quittiert worden seien, entfalte keine rechtliche Relevanz, ohne allerdings zu erläutern, warum der aus diesem Umstand gezogene Schluss des Arbeitsgerichts, dadurch würden die Stundenblätter weiter entwertet, falsch sein soll.

101

Obwohl das Arbeitsgericht beanstandet hat, dass Vortrag der Beklagten zu den tatsächlichen Arbeitsleistungen fehle, hat die Beklagte dazu in der Berufungsbegründung überhaupt nicht Stellung genommen. Ebenso hat sie nicht erklärt, wie Reinigungskräfte sich einen „Arbeitszeitpuffer“ erarbeiten können sollen, wenn es sich bei den in den Stundenblättern aufgeführten Zeiten um die tatsächliche Arbeitszeit handeln soll.

102

Zur Höhe der dem Kläger zustehenden Forderungen hat das Arbeitsgericht sodann ausgeführt, die Arbeitszeitregelung in § 5 des Arbeitsvertrages sei unwirksam, weil diese Regelung eine Arbeitszeit zwischen 0 und 48 Wochenstunden zulasse und keine Mindestzusage bezüglich der Arbeitszeit enthalte. Dadurch werde der Kläger unangemessen benachteiligt. Sodann hat das Arbeitsgericht im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung festgestellt, dass die monatliche Mindestarbeitszeit für den Kläger 154,53 Stunden betrage. Mit diesen Ausführungen des Arbeitsgerichts hat die Beklagte sich überhaupt nicht auseinandergesetzt.

103

Unzureichend sind auch die Ausführungen der Beklagten zum vom Arbeitsgericht abgelehnten Verfall der Forderungen des Klägers. Das Arbeitsgericht hat die Ausschlussklausel in § 11 des Arbeitsvertrages für unwirksam erachtet, weil sie auch Mindestlohnansprüche erfasst. Dem hat der Kläger in der Berufungsbegründung lediglich entgegen gehalten, das Arbeitsgericht habe übersehen, dass der Kläger keine Ansprüche nach dem Mindestlohngesetz geltend machen wolle, sondern seiner Meinung nach abgeleistete Arbeitszeit. Abgesehen davon, dass der Kläger Mindestlohn geltend gemacht hat, hat die Beklagte sich jedenfalls weder mit den Ausführungen des Arbeitsgerichts zu der Unwirksamkeit der Klausel im Arbeitsvertrag noch mit den Ausführungen dazu, dass die Anwendbarkeit der tarifvertraglichen Ausschlussklausel nicht festgestellt werden könne, auseinander gesetzt.

104

Aus welchen tatsächlichen oder rechtlichen Gründen das angegriffene Urteil unrichtig sein soll, wird damit in der Berufungsbegründung in keiner Weise hinreichend dargelegt. Die Berufungsbegründung erschöpft sich letztlich darin, darauf hinzuweisen, dass die Beklagte bei ihrer Auffassung verbleibt, ohne dabei jedoch zu konkretisieren, in welchen Punkten die Beklagte aus welchen Gründen eine andere Auffassung als das Arbeitsgericht vertritt oder aus welchen Gründen die Ausführungen des Arbeitsgerichts fehlerhaft sein sollen. Ob die Ausführungen der Beklagten im Schriftsatz vom 06.09.2017 zur Begründung der Berufung ausgereicht

hätten, braucht nicht entschieden zu werden, da dieser Vortrag außerhalb der Berufungsbegründungsfrist erfolgt ist.

105

Die Berufung war insoweit mithin als unzulässig zu verwerfen.

II.

106

Im Übrigen ist die Berufung unbegründet. Das Arbeitsgericht hat zutreffend entschieden, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch Kündigung der Beklagten beendet ist und hat dem Kläger des Weiteren zutreffend den beantragten Annahmeverzugslohn zugesprochen. Die Berufungskammer macht sich daher - auch zur Vermeidung von Wiederholungen - die diesbezüglichen Ausführungen des Arbeitsgerichts ausdrücklich zu eigen. Das Berufungsvorbringen ist nicht geeignet, die Entscheidung des Arbeitsgerichts abzuändern. Ergänzend zu den Ausführungen des Arbeitsgerichts ist dazu Folgendes auszuführen:

107

Der Vortrag der Beklagten hinsichtlich der Kündigungsgründe und der Umstände, die zum Ausspruch der Kündigung geführt haben, ist nicht nachvollziehbar, widersprüchlich und damit unschlüssig.

108

Erstinstanzlich hat die Beklagte auf Seite 3 ihres Schriftsatzes vom 12.09.2016 vorgetragen, im Falle des Klägers sei die verantwortliche Hotelleitung mit dessen Leistungen nicht zufrieden gewesen. Der Kläger habe nicht effektiv und gut genug gearbeitet. Die Hotelleitung habe die Beklagte daher aufgefordert, den Kläger im Hotel nicht mehr für Reinigungsarbeiten einzusetzen. Selbstverständlich hätte sie den Kläger anderweitig eingesetzt, wenn die Möglichkeit dazu bestanden hätte.

109

Auf Seite 2 ihres Schriftsatzes vom 29.12.2016 hat die Beklagte sodann vorgetragen, der Kläger sei zweimal „mündlich“ wegen des Trinkens von Alkohol während der Arbeitszeit abgemahnt worden. Um dem Kläger keine Nachteile zu verschaffen, sei wegen der genannten Vorfälle lediglich eine betriebsbedingte Kündigung vom 01.06.2016 ausgesprochen worden. Gleichzeitig sei ihm ein Schreiben vom 01.06.2016 übersandt worden, mit welchem ihm eine Weiterbeschäftigung in einem anderen Objekt angeboten worden sei. Da der Kläger nicht reagiert habe, habe der Zeuge L. den Kläger Ende Juni darauf angesprochen. Der Kläger habe erklärt, dass er in der Hotelbranche nicht mehr arbeiten möchte.

110

Mit der Berufungsbegründung hat die Beklagte sodann zwei schriftliche Abmahnungen vorgelegt, von denen sich zudem nur eine über das Konsumieren von Alkohol während der Arbeitszeit verhält. Hinsichtlich des Kündigungsgrundes hat sie nunmehr vorgetragen, der Kläger habe Fundsachen nicht abgegeben, sondern für sich behalten, weswegen er abgemahnt und gleichzeitig fristlos gekündigt worden sei. Sie hat behauptet, es gäbe eine Kündigung vom 15.06.2016, die sie als Anlage zur Berufungsbegründung zur Akte gereicht hat. Ausweislich dieses Schreibens soll die Kündigung „ordentlich aus verhaltensbedingten Gründen und nach Aufforderung unseres Arbeitgebers fristlos“ erfolgt sein. Die Kündigung soll dem Kläger von dem Zeugen L. am 15.06.2016 übergeben worden sein.

111

Sie hat in der Berufungsbegründung sodann weiter vorgetragen, mit dem Kläger, der nach Erhalt der Kündigung vom 15.06.2016 angemerkt habe, ohnehin nicht mehr in

der Hotellerie arbeiten zu wollen, sei sodann vereinbart worden, die Kündigung vom 15.06.2016 als betriebsbedingte Kündigung auf den 01.06.2016 zurück zu datieren. Dabei handele es sich um die Kündigung, die der Kläger als Anlage K2 überreicht habe. Auch hierfür wird erneut der Zeuge L. benannt. Die Erhebung der Kündigungsschutzklage durch den Kläger sei daher rechtsmissbräuchlich.

112

Danach ist festzustellen, dass der Vortrag der Beklagten in jeder Hinsicht widersprüchlich ist.

113

Wenn dem Kläger am 15.06.2016 eine Kündigung übergeben worden wäre - zudem wegen einer Fundunterschlagung, von der erstinstanzlich keine Rede war - mit der von der Beklagten behaupteten Vereinbarung der Parteien, die verhaltensbedingte Kündigung in eine betriebsbedingte Kündigung umzuwandeln, ist nicht erklärlich, wieso es ein Schreiben der Beklagten mit Datum vom 01.06.2016 gibt, in dem die Beklagte dem Kläger eine Weiterbeschäftigung anbietet, und das auch noch trotz der behaupteten Anmerkung des Klägers, nicht mehr in der Hotellerie arbeiten zu wollen. In keiner Weise ist dieser Sachvortrag zudem mit der Behauptung der Beklagten in Einklang zu bringen, der Zeuge L. habe den Kläger Ende Juni auf das Weiterbeschäftigungsangebot vom 01.06.2016 angesprochen. Es stellt sich hier die Frage, was der Zeuge denn nun eigentlich bezeugen soll.

114

Aufgrund der Widersprüchlichkeit des Vorbringens war über die Behauptungen der Beklagten - auch bezüglich der behaupteten weiteren Kündigung, deren Vorliegen der Kläger bestritten hat - kein Beweis zu erheben. Stellt eine Partei mehrere einander widersprechende Behauptungen auf, so kann von keiner dieser Behauptungen angenommen werden, sie sei richtig. Ein solcher Vortrag ist einer Beweisaufnahme schlechthin unzugänglich (vgl. BAG, Urteil vom 13.06.2002, 2 AZR 589/01, zitiert nach juris). Des Weiteren ist auch ein Ausforschungsbeweis unzulässig, der dann vorliegt, wenn - wie vorliegend - ein Zeugenbeweis dem Zweck dient, den fehlenden konkreten Tatsachenvortrag der Partei durch die Aussage der Zeugen zu ersetzen.

115

Die Berufungskammer hat die Beklagte mit Beschluss vom 14.08.2017 auf die Widersprüchlichkeit ihres Vorbringens hingewiesen. Mit Schriftsatz vom 06.09.2017 hat die Beklagte dazu erklärt, dem Gericht sei zuzustimmen, dass der Vortrag widersprüchlich sei. Dies liege daran, dass es mündliche Absprachen zwischen den Parteien gegeben habe, die im Nachhinein verschriftlicht worden seien. Tatsache sei jedoch, dass der Kläger nach Erhalt der Kündigung vom 15.06.2017 darum gebeten habe, ihm zur Vermeidung sozialversicherungsrechtlicher Aspekte eine rückdatierte betriebsbedingte Kündigung auszusprechen.

116

Diese Ausführungen der Beklagten erklären die vorstehend aufgezeigten Widersprüchlichkeiten im Vortrag nicht. Die Widersprüchlichkeit eines Vortrages wird nicht dadurch beseitigt, dass die Partei sich für eine Version entscheidet, sondern nachvollziehbar darlegt, warum es tatsächlich keine wirklichen Widersprüchlichkeiten gibt. Somit kann nach wie vor von keiner der Behauptungen angenommen werden, sie sei richtig.

117

Schließlich ist festzuhalten, dass es auch nach dem Vortrag der Beklagten letztlich nur eine Kündigung gibt, nämlich die vom 01.06.2016.

118

Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass nach wie vor kein durchgreifender Kündigungsgrund für diese Kündigung ersichtlich ist, weil der erstinstanzlich vorgetragene Konsum von Alkohol während der Arbeitszeit und die zweitinstanzlich vorgetragene Fundunterschlagung - abgesehen von der Widersprüchlichkeit des Vortrags - nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten abgemahnt und damit als Kündigungsgrund verbraucht sind. Für die Annahme eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens des Klägers durch Erhebung der Kündigungsschutzklage fehlen - schon im Hinblick auf das widersprüchliche Vorbringen der Beklagten - jedwede Anhaltspunkte.

119

Die Ausführungen des Arbeitsgerichts dazu, dass ein betriebsbedingter Kündigungsgrund nicht gegeben ist, hat die Beklagte mit der Berufungsbegründung nicht angegriffen. Das Arbeitsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass anhand des Vortrags der Beklagten nicht nachzuvollziehen sei, wann und aus welchem Grund das Inter D. Hotel in E. gegenüber der Beklagten verlangt haben soll, den Kläger nicht mehr einzusetzen. Zudem hat nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit bestanden. Statt des Ausspruchs einer Kündigung hätte die Beklagte den Kläger - unterstellt, eine Beschäftigung im Inter D. Hotel wäre nicht mehr möglich gewesen - nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit versetzen müssen. Das kann letztlich jedoch dahinstehen, weil die Beklagte zur betriebsbedingten Kündigung in der Berufungsbegründung keine Ausführungen mehr gemacht hat.

120

Damit ist kein Kündigungsgrund festzustellen. Die Berufung der Beklagten ist insoweit unbegründet und war zurückzuweisen.

III.

121

Zutreffend hat das Arbeitsgericht dem Kläger für den Zeitraum von August 2016 bis Januar 2017 Annahmeverzugslohnansprüche in der ausgerichteten Höhe zugesprochen. Aufgrund der unwirksamen Kündigung befindet die Beklagte sich mit der Annahme der Arbeitsleistung des Klägers im Verzug, ohne dass es eines Angebotes des Klägers bedurft hätte.

122

Die Höhe des Annahmeverzugslohns hat das Arbeitsgericht zutreffend berechnet. Die Ausführungen des Arbeitsgerichts hat die Beklagte nicht angegriffen, so dass weitere Ausführungen seitens der Berufungskammer entbehrlich sind.

123

Die Berufung der Beklagten war mithin auch insoweit zurückzuweisen.

IV.

124

Die Kosten des erfolglos gebliebenen Rechtsmittels waren gemäß §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 97 Abs. 1 ZPO der Beklagten aufzugeben.

V.

125

Die Berufungskammer hat von der Zulassung der Revision abgesehen, weil der Streitsache weder eine grundsätzliche Bedeutung beigemessen werden kann (§§ 72

Abs. 2 Nr. 1, 72 a ArbGG) noch die Voraussetzungen für eine Divergenzrevision i.S. von § 72 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG vorliegen.