



LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

des Herrn O. C., H. X. 34 b, P.,

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte D. Kollegen O. & I.,
V. str. 25, F.,

g e g e n

die X. Wirtschaftsbetriebe p. GmbH, vertreten durch die
Geschäftsführer E. C. und L. X., C. Str. 149, p.

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte V. X. & Partner H.,
H. str. 16, L.,

hat die 12. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 24.06.2009
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Plüm als Vorsit-
zenden sowie den ehrenamtlichen Richter Franzen und den ehrenamtlichen
Richter Schemberg

für R e c h t erkannt:

**Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts
Oberhausen vom 05.02.2009 teilweise abgeändert und die Klage
hinsichtlich des Antrages zu 2) abgewiesen.**

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

**Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 3/8 und die
Beklagte zu 5/8.**

Die Revision wird nicht zugelassen.

GRÜNDE:

A. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen fristlos, hilfsweise mit sozialer Auslauffrist ausgesprochenen Kündigung vom 30.10.2008, für die die Beklagte sich auf verhaltensbedingte Gründe unter dem Gesichtspunkt der Tat- und Verdachtskündigung beruft.

Der Kläger, am 14.10.1955 geboren, verheiratet, gegenüber 1 Kind zum Unterhalt verpflichtet, ist seit dem 18.04.1979 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin, der Stadt Oberhausen, beschäftigt. Nach dem auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren BMT-G II kann er nur aus einem wichtigem Grund gekündigt werden (§ 52 Abs. 1 BMT-G i.V.m. § 14 Abs. 3 TVÜ-VKA).

Der Kläger ist in der Abteilung Straßenunterhaltung des Betriebes Kanäle und Straßen beschäftigt. Die Abteilung beschäftigt u.a. vier 2-Mann-Kolonnen, denen jeweils ein bestimmter Bezirk zugewiesen ist. Aufgabe der Kolonnen ist es, nach eingegangenen Schadensmeldungen Gehwegplatten aufzunehmen und neu zu verlegen, Pflasterarbeiten und Asphaltausbesserungsarbeiten durchzuführen oder Schlaglöcher zu beseitigen. Der Kläger ist seit jeher im Bezirk 2 eingesetzt und bildet mit dem im Jahr 1991 eingestellten Straßenbauer K. eine 2-Mann-Kolonne.

Zu Dienstbeginn (im Oktober 2008 um 7.00 Uhr) nach der Arbeitseinteilung durch den Meister entladen die Kolonnen ihre (vom Vortag noch beladenen) Fahrzeuge, beladen sie neu mit dem für den Arbeitstag benötigten Material und fahren anschließend in ihren Bezirk. Wenn nicht ein Eilauftrag vorliegt, der vorrangig zu erledigen ist, ist es den Kolonnen überlassen, die Reihenfolge der abzuarbeitenden Reparaturaufträge selbst festzulegen. Sie bestimmen auch selbst, wann sie ihre halbstündige Pause nehmen. Ob sie ihre Pause in die Zeit zwischen 12.00 Uhr und 13.00 Uhr legen sollen, ist zwischen den Parteien streitig. Die Kolonnen dürfen 20 Minuten vor Dienstschluss aus ihrem Bezirk kommend in den Betriebshof wieder einfahren. Der Arbeitstag vom Montag bis

Donnerstag umfasst täglich 9 1/2 Stunden (einschl. Pause); am Freitag endet der Dienst um 12.30 Uhr (ohne Pause), an jedem zweiten Freitag ist arbeitsfrei. Die Kolonnen haben „Arbeitsberichte“ auszufüllen. In der Kolonne des Klägers pflegt der Kläger als Vorarbeiter die Arbeitsberichte auszufüllen und zu unterzeichnen, genauso wie er es ist, der das Dienstfahrzeug führt. Die Arbeitsberichte dienen gegenüber der Auftraggeberin, der Stadt Oberhausen, als Nachweis für die Erledigung der gemeldeten Schäden. Sie sind nicht Grundlage für die Leistungsabrechnung, die nach einem auf Art und Umfang (Quadratmeter) der ausgeführten Arbeiten basierenden Punktesystem erfolgt. Die Arbeitsberichte werden ebenso wenig für die Lohnberechnung verwendet.

Am 11.10.2008 wurde der Personalleiter der Beklagten von seinem Bruder, der eine Schreinerei in Oberhausen, N.-M.-Str., betreibt, darüber informiert, dass seit Wochen morgens vor der Schreinerei ein X.-Dienstfahrzeug parke. Der Personalleiter beobachtete daraufhin in der 42. Kalenderwoche (vom 13. bis 17.10.2008) diesen Vorgang und stellte fest, dass am Montag, 13.10.2008, der Kläger (mindestens) von 7.40 Uhr bis 8.12 Uhr (Abfahrt) eine Pause im Kiosk/Stehcafe H. straße einlegte. Am Dienstag, 14.10.2008 dauerte die vom Kläger und seinem Kollegen B. am Kiosk eingelegte Pause von (mindestens) 7.42 Uhr bis 8.16 Uhr (Abfahrt), am Mittwoch von 7.38 Uhr bis 8.05 Uhr, am Donnerstag von 7.40 Uhr bis 8.01 Uhr, am Freitag von 7.32 Uhr bis 7.55 Uhr. An allen Tagen war das Dienstfahrzeug vor der Schreinerei abgestellt. Der Kläger hatte in den Arbeitsberichten für die 42. KW wie gewöhnlich keine Pause ausgewiesen. Die am Kiosk H. straße eingelegte Arbeitsunterbrechung ist in den Arbeitsberichten als Arbeitszeit für die Erledigung des ersten Reparaturauftrags dargestellt. Die in den Arbeitszeitberichten vom 13. bis 17.10.2008 aufgeführten Arbeiten wurden tatsächlich erledigt.

Die Beklagte hörte am 27.10.2008 den Kläger persönlich zu dem Vorwurf des „Arbeitszeitbetruges“ an. Insoweit wird auf das Gesprächsprotokoll vom 27.10.2008 verwiesen. Mit Schreiben vom selben Tag hörte sie den Betriebsrat zur beabsichtigten außerordentlichen Tat- und Verdachtskündigung an. In dem Schreiben heißt es:

„Da die Arbeitsberichte u.a. auch die Grundlage für die Abrechnung mit dem Auftraggeber, Stadt Oberhausen, bilden, ist hier nicht nur von einem Arbeitszeitbetrug an den Arbeitgeber, sondern sogar von einer dadurch bedingten fehlerhaften Abrechnung an den Auftraggeber auszugehen.

...

Die Arbeitssituation ist damit insbesondere sowohl für andere Mitarbeiter als auch für die Vorgesetzten nicht mehr tragbar, da insbesondere die Vorgesetzten die von Herrn C. nicht getätigten Leistungen nichts ahnend gegenüber dem Auftraggeber zur Abrechnung bringen. Eine außerordentliche Kündigung ist somit nicht vermeidbar.“

Unter dem 29.10.2008 teilte der Betriebsrat mit, der Kündigung nicht zuzustimmen: Die Arbeitsleistungen des Klägers lägen über dem Durchschnitt der Abteilung. Nach persönlichen Gesprächen mit dem Kläger sei sich der Betriebsrat sicher, dass der Kläger sein Verhalten bedauere und sich derartige Vorfälle nicht mehr wiederholen würden.

Die Beklagte kündigte mit Schreiben vom 30.10.2008 das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos, vorsorglich mit sozialer Auslaufzeit.

Am 12.11.2008 hat der Kläger beim Arbeitsgericht Oberhausen Kündigungsschutzklage eingereicht.

Die Beklagte hat im Prozess geltend gemacht, dass der Kläger und der Straßenbauer K. bereits wochenlang vor der 42. KW morgens am Kiosk H. Straße Pausen eingelegt hätten. Sie wirft dem Kläger vorsätzliche Nichtleistung der Arbeit für die Dauer der morgendlichen Pausen am Kiosk (einschließlich Anfahrt, Parken, Fußweg zwischen Fahrzeug und Kiosk) und Arbeitszeitbetrug vor sowie vorsätzliche Falschangaben in den entsprechenden Arbeitsberichten.

Der Kläger hat entgegengehalten, dass der Beklagten kein Schaden entstanden sei, weil sie die erbrachten Leistungen nach einem Punktesystem und nicht nach aufgewendeter Arbeitszeit abrechne. Er, der Kläger, habe wegen Bluthochdrucks auch in der 42. KW ein ihm verschriebenes blutdrucksenkendes

Medikament jeweils um 6.00 Uhr morgens eingenommen. Weil sich danach häufig massive Kreislaufprobleme eingestellt hätten, habe er, um seine Arbeitsleistung überhaupt erbringen zu können, in den Morgenstunden ein bis zwei Arbeitsunterbrechungen sowie eine Tasse Kaffee benötigt. Tatsächlich sei er aus ärztlicher Sicht arbeitsunfähig gewesen. Er habe sich jedoch nicht krankschreiben lassen, weil die gesamte Abteilung damals mit 5.000 Punkten im Rückstand gewesen sei. In der Abteilung habe er mit 800 bis 1000 Punkten pro Woche stets zu den erfolgreichsten Mitarbeitern gehört.

Das Arbeitsgericht hat durch Urteil vom 05.02.2009 der Klage stattgegeben. Mit der form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung greift die Beklagte das Urteil in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und unter Wiederholung und Ergänzung ihres erstinstanzlichen Vorbringens an. Sie beantragt die Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und Abweisung der Klage.

Der Kläger verteidigt das Urteil und beantragt die Zurückweisung der Berufung.

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze mit den hierzu überreichten Anlagen Bezug genommen.

B. Die Berufung ist überwiegend unbegründet.

Die Berufung hat lediglich insoweit Erfolg, als das Arbeitsgericht auch dem Begehren des Klägers entsprochen hat, dass festgestellt werden möge, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände ende, sondern zu unveränderten Bedingungen fortbestehe. Unstreitig gibt es keine anderen Beendigungstatbestände als die streitbefangenen Kündigungen. Daher fehlt für den Klageantrag das Feststellungsinteresse (§ 256 Abs. 1 ZPO).

Das Arbeitsgericht hat zu Recht erkannt, dass die außerordentliche Kündigung, sowohl fristlos als auch mit sozialer Auslaufzeit erklärt, rechtsunwirksam ist und die Beklagte aufgrund Obsiegens des Klägers mit den Kündigungsschutzanträgen zur Weiterbeschäftigung verurteilt. Die Kammer folgt den zutreffenden Ent-

scheidungsgründen des erstinstanzlichen Urteils (§ 69 Abs. 2 ArbGG) und hat ihnen zur Klarstellung und ergänzend auf die Angriffe der Berufung das Folgende anzufügen:

I. Die Vorinstanz hat zutreffend für den in § 52 Abs. 1 BMT-G präsumierten „wichtigen Grund“ an die Begrifflichkeit des § 626 Abs. 1 BGB angeknüpft. Verwendet nämlich ein Tarifvertrag den Begriff des wichtigen Grundes, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Tarifvertragsparteien diesen i. S. v. § 626 Abs. 1 BGB gebraucht haben und nicht anders verstanden wissen wollen (BAG 26.03.2009 – 2 AZR 879/07 – Juris Rn. 29). Damit sind die von der höchstrichterlichen Judikatur zu § 626 Abs. 1 BGB entwickelten Anforderungen und Prüfkriterien zugrunde zu legen. Die Kammer ist der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gefolgt (z.B. LAG Düsseldorf 10.12.2008 – 12 Sa 1190/08 – Juris, 29.11.1993 – 12 TaBV 82/93 – Juris). Die Anwendung der Rechtsprechungsgrundsätze führt im Streitfall zu dem Befund, dass die außerordentliche Kündigung mangels wichtigen Grundes unwirksam ist. Der festgestellte Sachverhalt rechtfertigt weder eine Tat Kündigung noch eine Verdachtskündigung. Die Kammer braucht nicht näher darüber zu befinden, ob es vor Ausspruch einer jeglichen Kündigung einer Belehrung, Ermahnung, Abmahnung oder Versetzung bedurft hätte. In jedem Fall ist die Kündigung als voreilige und unverhältnismäßige Reaktion der Beklagten auf das inkriminierte Verhalten des Klägers zu bewerten.

II. 1. Nach der Spruchpraxis des Bundesarbeitsgerichts ist im Rahmen von § 626 Abs. 1 BGB von einer zweistufigen Prüfung des wichtigen Grundes auszugehen. Zunächst ist zu prüfen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls als wichtiger Kündigungsgrund an sich geeignet ist. Liegt ein solcher Sachverhalt vor, bedarf es der weiteren Prüfung, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile zumutbar ist oder nicht (BAG 27.04.2006 – 2 AZR 386/05 – Juris Rn. 19).

b) Die erwiesene schwerwiegende Vertragsverletzung, insbes. ein Vermögensdelikt zu Lasten des Arbeitgebers, ist grundsätzlich geeignet, einen an sich wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung abzugeben. Weil die strafrechtliche Bewertung nicht ausschlaggebend für die kündigungsrechtliche Bedeutung von Fehlverhalten ist, kann auch eine vorsätzliche und gleichgelagerte, schwerwiegende Pflichtverletzung in erheblicher Weise das Vertrauen des Arbeitgebers erschüttern und damit einen an sich wichtigen Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB abgeben. Erschwerend ist zu berücksichtigen, wenn die Pflichtverletzung mit der vertraglich geschuldeten Tätigkeit des Arbeitnehmers zusammenhängt, in unmittelbarem Zusammenhang mit seinem konkreten Aufgabenbereich oder gar einer Vorgesetztenstellung steht und bei Gelegenheit der Arbeitsleistung verübt worden ist.

c) Des Weiteren kann nicht nur die erwiesene Straftat oder schwerwiegende Vertragsverletzung, sondern bereits der dringende Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen Verfehlung den Arbeitgeber zur außerordentlichen Kündigung des verdächtigten Arbeitnehmers berechtigen. Eine Verdachtskündigung setzt voraus, dass für den Verdacht und den Schluss auf vorsätzliches und nicht nur „versehentliches“ Handeln eine große Wahrscheinlichkeit besteht (vgl. BAG 18.11.1999 – 2 AZR 743/98 – Juris Rn. 17). Es müssen starke, sich auf objektive, konkrete Tatsachen gründende Verdachtsmomente vorliegen, die geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören. Unter den strengen Voraussetzungen, die das Bundesarbeitsgericht für die so genannte Verdachtskündigung entwickelt hat (BAG 06.09.2007 – 2 AZR 264/06 – Juris Rn. 30, 10.02.2005, 2 AZR 189/04, Juris Rn. 18), ist diese Kündigung auch verfassungsrechtlich unbedenklich. „Der Arbeitgeber muss alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben haben. Dabei sind an die Darlegung und Qualität der schwerwiegenden Verdachtsmomente besonders strenge Anforderungen zu stellen, weil bei einer Verdachtskündigung immer die Gefahr besteht,

dass ein 'Unschuldiger' betroffen ist" (BVerfG 15.12.2008 – 1 BvR 347/08 – Juris Rn. 11 f.).

2. Wenn ein an sich geeigneter Grund zur Rechtfertigung einer Kündigung vorliegt, kann eine hierauf gestützte außerordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis gleichwohl nur dann beenden, wenn sich nach einer umfassenden Interessenabwägung ergibt, dass das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers im Verhältnis zu dem Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers überwiegt (BAG 26.03.2009 2 AZR 953/07 Juris Rn. 28). Dabei sind alle wesentlichen Umstände zu berücksichtigen und in einem ganzheitlichen Beurteilungsprozess zu gewichten.

Bezogen auf die Person des Arbeitnehmers kommen zunächst der Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen beanstandungsfreiem Bestand ein besonderes Gewicht zu. Die Unterhaltspflichten und der Familienstand haben bei einer verhaltensbedingten außerordentlichen Kündigung eher marginale Bedeutung, sind jedoch von der Einbeziehung in die Interessenabwägung nicht generell ausgeschlossen, weil sie das Gewicht des Arbeitnehmerinteresses an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes mit prägen (BAG 16.12.2004 – 2 ABR 7/04 – Juris Rn. 30). Unter diesem Aspekt ist auch die Berücksichtigung des Lebensalters des Arbeitnehmers nicht ausgeschlossen, zumal dann, wenn eine Beziehung zum Kündigungsvorwurf erkennbar ist und diese Sozialdaten die Chancen des Arbeitnehmers auf dem Arbeitsmarkt beeinflussen.

Bezogen auf das betriebliche Beendigungsinteresse des Arbeitgebers sind in erster Linie die Schwere der begangenen Pflichtverletzung, das Bestehen einer Wiederholungsgefahr und auch das Maß der dem Arbeitgeber entstandenen Schädigung von Bedeutung. Außerdem ist zu berücksichtigen, ob dem Verhalten des Arbeitnehmers eine besondere Verwerflichkeit und ein hoher Verschuldensgrad inne wohnt. Hingegen ist eine vom Arbeitgeber intendierte Generalprävention gegenüber anderen Mitarbeitern als kündigungsrechtlicher Belastungsfaktor ein nur begrenzt tragfähiger Gesichtspunkt (BAG 16.12.2004 – 2 ABR 7/04 – Juris Rn. 31).

Bei der gebotenen umfassenden Interessenabwägung ist schließlich zu prüfen, ob anstelle der außerordentlichen Kündigung eine mildere Maßnahme angemessen und ausreichend gewesen wäre, z.B. eine Ermahnung, Abmahnung, eine Änderungs- oder ordentliche Beendigungskündigung (vgl. BAG 18.10.2000 – 2 AZR 131/00 – Juris Rn. 27, 19.04.2007 – 2 AZR 180/06 – Juris Rn. 45). In diesem Zusammenhang hat der Arbeitgeber auch Umsetzungs- und Versetzungsmöglichkeiten zu prüfen (BAG 31.03.1993, a.a.O.). Die Abmahnung ist regelmäßig Voraussetzung für die Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung, es sei denn, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft trotz Abmahnung nicht erwartet werden kann oder dass es sich um eine schwere Pflichtverletzung handelt, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar ist und bei der die Hinnahme des Fehlverhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist (vgl. BAG 19.04.2007 - 2 AZR 180/06 – Juris Rn. 47, BAG 10.02.1999 - 2 ABR 31/98 – Juris Rn. 24). Eine ordnungsgemäße Abmahnung liegt vor, wenn ein konkret bezeichnetes Fehlverhalten beanstandet und darüber hinaus für den Fall weiterer Vorkommnisse arbeitsrechtliche Konsequenzen bis hin zur ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung angedroht werden. Ob z.B. eine mündliche Abmahnung ausreicht oder der Warn- und Androhungsfunktion erst mit einer wiederholten, ggf. auch schriftlichen Abmahnung Genüge getan ist, ist unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes anhand des Einzelfalls zu bestimmen (AnwK-ArbR/ Bröhl, § 626 BGB Rz. 76 f.).

Soweit dem Arbeitgeber die mit dem Ergreifen der „milderen Maßnahme“ verbundene Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter dem Gesichtspunkt, dass die nach dem „Prognoseprinzip“ erforderliche Wiederholungsgefahr (noch) nicht bestehe, zugemutet werden soll, bleibt freilich festzuhalten, dass bei schwerwiegenden Pflichtverletzungen auch ohne konkrete Wiederholungsgefahr und vorherige Abmahnung die außerordentliche Kündigung nach dem das Kündigungsrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz berechtigt sein kann (vgl. BAG 19.04.2007 – 2 AZR 180/06 – Juris Rn. 45, 05.04.2001 – 2 AZR 159/00 – Juris Rn. 64 ff., 10.02.1999 – 2 ABR 31/98 – Juris Rn. 26, Kammer 21.07.2004 –12 Sa 620/04 – Juris Rn. 26 ff.; vgl. aber auch BAG 13.12.2007 – 2 AZR 818/06 – Juris Rn. 38).

3. Hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast obliegt grundsätzlich dem Arbeitgeber der Vollbeweis für das Vorliegen eines die Kündigung rechtfertigenden Grundes (BAG 12.03.2009 – 2 AZR 251/07 – Juris Rn. 30). Geht es um Geschehnisse aus dem Bereich des Kündigungsgegners, wird die Darlegungslast durch eine aus § 138 Abs. 1 und 2 ZPO folgende Mitwirkungspflicht des Gegners gemindert. Gleiches gilt, wenn der darlegungspflichtige Kündigende außerhalb des von ihm darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, während der Gekündigte sie hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind (BAG 18.09.2008 – 2 AZR 1039/06 – Juris Rn. 31).

4. a) Unzureichende Arbeitsleistungen, namentlich quantitativ ungenügende oder qualitativ schlechte Leistungen sind typischer Grund für eine ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber. Eine Kündigung wegen unzureichender Arbeitsleistung setzt zudem in der Regel eine vorherige einschlägige Abmahnung voraus. Dies gilt grundsätzlich sowohl bei Pflichtverstößen im Leistungsbereich als auch bei solchen im Vertrauensbereich (LAG Düsseldorf 25.07.2003 – 14 Sa 657/03 – Juris Rn. 24, LAG Schleswig-Holstein 12.06.2007 – 5 Sa 96/07 – Juris Rz. 31). Anders verhält es sich, wenn der Arbeitnehmer eine nachhaltige rechtswidrige und schuldhaftige Arbeitsverweigerung begeht, d.h. er die ihm übertragene Arbeit bewusst und nachhaltig nicht leisten will. Dafür genügt es nicht, dass er eine Weisung des Arbeitgebers nicht befolgt oder „selbstverständliche“ Leistungspflichten missachtet. Vielmehr muss eine intensive Weigerung vorliegen, wobei dem Arbeitnehmer die Leistungspflicht z.B. durch eine vorhergehende erfolglose Abmahnung zu verdeutlichen ist (BAG 05.04.2001 – 2 AZR 580/99 – Juris Rn. 24). Sind der Grad und die Auswirkung einer beharrlichen Verletzung (Verweigerung) der Arbeitspflicht erreicht, kann auch anderes Fehlverhalten wie unentschuldigtes Fehlen, ständige Unpünktlichkeit oder Pausenbummelei eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen, wenn hierdurch das Arbeitsverhältnis konkret beeinträchtigt wird. Die nachteiligen Auswirkungen können sich auf den Leistungsbereich, den Bereich der betrieblichen Verbundenheit aller Mitarbeiter (Betriebsordnung, Betriebsfrie-

den), den personalen Vertrauensbereich der Vertragspartner oder auf den Unternehmensbereich (Betriebsgefährdung) beziehen (BAG 17.03.1988 – 2 AZR 576/87 – Juris Rn. 41, 66; vgl. SPV/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl., Rn. 659 f.). Eine konkrete Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses ist insbesondere gegeben, wenn durch Nichterbringung der geschuldeten Arbeitsleistung ein „Arbeitszeitbetrug“ (Lohnbetrug) begangen wird. Ein Betrug liegt indessen nicht schon darin, dass der Arbeitnehmer nicht durcharbeitet, sondern die Arbeit unterbricht und während der Unterbrechung entweder untätig ist, z.B. döst oder einschläft, oder sich nicht-dienstlichen Betätigungen widmet, z.B. Gespräche privater Natur, Telefonate führt, Kaffee trinkt, eine Zigarettenpause einlegt, Zeitung liest oder sich vom Arbeitsplatz entfernt, um – ohne dass ein Bedürfnis bestanden hätte – etwa den Sozialraum, die Kantine oder die Toilette aufzusuchen (vgl. Kammer 29.01.2003 – 12 Sa 693/01 – Juris Rn. 74, LAG Berlin 18.01.1988, 9 Sa 118/87, LAGE Nr. 31 zu § 626 BGB, ErfK/Müller-Glöge, 9. Aufl., § 626 BGB Rn. 100, 69 f., mutig: Brune, AR-Blattei SD, 1420 „Schlechtleistung“, Rn. 33, 173, 190). Denn allein die Verkennung des Inhalts, Umfangs oder der Intensität der vertraglichen Arbeitspflicht impliziert nicht bereits den Versuch, sich auf Kosten des Arbeitgebers Vorteile zu verschaffen oder dem Arbeitgeber einen Vermögensschaden zuzufügen (vgl. BAG 27.04.2006 – 2 AZR 415/05 – Juris Rn. 26).

b) Hinzu kommt ein Weiteres: Für die geschuldete Arbeitsleistung ist typisch, dass, soweit nicht wie bei der Fließbandfertigung ein fester, konstanter Arbeitsrhythmus vorgegeben ist, der Mensch über den Arbeitstag nicht in einem gleichmäßig-ununterbrochenen Rhythmus arbeitet, sondern sein Arbeitsrhythmus Schwankungen ausgesetzt ist, die sich aus der „Tagesform“, der Tagesrhythmik (biologischen Leistungskurve), den Arbeitsbedingungen, Ermüdungs-zuständen während der Arbeit und auch aus der intrinsischen und extrinsischen Motivation ergeben. Damit ist, was zur menschengerechten Gestaltung der Arbeitsbedingungen gehört, mit der Zuweisung von Arbeit im Allgemeinen verbunden, dass – im Rahmen betrieblicher Notwendigkeiten und Zweckmäßigkeiten – dem Arbeitnehmer ein eigener, individueller Arbeitsrhythmus und ihm entsprechende Schwankungen hinsichtlich der quantitativen und qualitativen Leistungserbrin-

gung konzidiert werden, was zudem zu höherer Arbeitsproduktivität zu führen pflegt. Unter diesem Aspekt impliziert auch der autonom determinierte Wechsel zwischen intensivem (schnellem, schwerem, konzentriertem) und leichtem Arbeiten oder auch Entspannungsphasen während des Arbeitstages nicht ohne weiteres die Verletzung der Arbeitspflicht. In diesem Sinne sind Intervalle, in denen der Arbeitnehmer nicht produktiv arbeitet, sondern sich etwa auf eine anstrengende und längere Arbeitstätigkeit vorbereitet oder hiervon ausruht und sich dabei „privat beschäftigt“, in der Leistungspflicht selbst angelegt und „sozialadäquat“.

Leistungsschwankungen innerhalb eines Arbeitstages können darüber hinaus dadurch bedingt sein, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein gewisses Arbeitspensum zur Erledigung in der Arbeitszeit vorgibt und es ihm dabei überlässt, die Abarbeitung dieses Pensums selbst zu bestimmen, z.B. durch kontinuierliches „Durcharbeiten“ oder durch den Wechsel zwischen höheren und geringeren Leistungsphasen. Kommt es dem Arbeitgeber darauf an, dass das aufgetragene Arbeitspensum bis zum Dienstschluss zufriedenstellend erledigt wird, hat er durch das so ausgeübte Direktionsrecht die Arbeitspflicht konkretisiert, so dass etwaige, selbst längere Arbeitsunterbrechungen für sich noch keine Pflichtverletzungen darstellen. Zumindest muss der Arbeitnehmer, der die „angemessene“ Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit nach dem erwarteten Arbeitsergebnis definieren wird, in Arbeitsunterbrechungen, die dann mit privaten Gesprächen, Telefonaten, Zeitungslektüre o. ä. ausgefüllt werden, keine oder jedenfalls keine schwerwiegende Pflichtverletzung sehen. Sein Unrechtsbewusstsein hat sich so abgeschwächt, dass – selbst wenn ihm auch ohne besonderen Hinweis die Vertragswidrigkeit einer übermäßigen „Privatbeschäftigung“ erkennbar war – einer Kündigung regelmäßig vorausgehen muss, dass der Arbeitgeber die Einweisung vornimmt, wie die Arbeitsausführung vonstatten gehen soll, und eine entsprechend deutliche Warnung erteilt (zutreffend LAG Hamm 30.05.2005 – 8 (17) Sa 1773/04 – Juris Rn. 37). Gerade dann, wenn die Modalitäten des geschuldeten Arbeitsleistungsverhaltens in einer Grauzone liegen, hat es der Arbeitgeber in der Hand, durch Leistungs- und Ordnungsregeln und Anmahnung ihrer Einhaltung unerwünschte Arbeits-

unterbrechungen bzw. bestimmte Beschäftigungen privater Art, die in diese Zeit gelegt werden, zu unterbinden.

c) In Entscheidungen zur privaten Internetnutzung (BAG 07.07.2005 - 2 AZR 581/04 – Juris Rn. 27 ff., 27.04.2006 – 2 AZR 386/05 – Juris Rn. 25 ff.) hat der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts angenommen, dass ein Arbeitnehmer, der sich während der Arbeitszeit mit privaten Dingen beschäftigt, grundsätzlich seine (Hauptleistungs-) Pflicht zur Arbeit verletze, wobei eine gravierende zeitliche Vernachlässigung der Arbeitspflicht vorliege, wenn der Arbeitnehmer sich z.B. über längeren Zeitraum ca. 10 % der Arbeitszeit (BAG 27.04.2006, Juris Rn. 26) oder innerhalb eines 2-Wochenzeitraums an zwei Arbeitstagen jeweils ca. 1 ½ Stunden (BAG 07.07.2005 Juris Rn. 28) privaten Dingen während der Arbeitszeit widme. Wenn der Arbeitnehmer nicht darlege bzw. keine Anhaltspunkte dafür vortrage, dass ihm der Arbeitgeber nicht in ausreichendem Umfang Arbeiten zugewiesen habe, brauche der Arbeitgeber nicht im Einzelnen mehr vorzutragen, ob und inwiefern auch die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers unter seinen Privatbeschäftigungen während der Dienstzeit gelitten habe. Vielmehr sei davon auszugehen, dass sich der Arbeitnehmer die Zeiten, die er sich verbotswidrig ohne Kenntnis seines Arbeitgebers am Arbeitsplatz mit privaten Dingen beschäftigt habe, als Arbeitszeit hat bezahlen lassen (BAG 27.04.2006, Juris Rn. 26). Die Arbeitspflicht sei in inhaltlicher Hinsicht nur dann nicht vernachlässigt, wenn – was der Arbeitnehmer darzulegen habe – er „in dem konkreten Zeitraum (scil. der Privatbeschäftigungen) mangels Arbeitsanfall ohnehin untätig gewesen wäre“ (BAG 07.07.2005, Juris Rn. 30). Die exzessive (ausschweifende) Privatbeschäftigung brauche nicht vorher abgemahnt zu werden (BAG 07.07.2005 Juris Rn. 36-38). Unerheblich sei auch, dass dem Arbeitgeber durch die Privatbeschäftigung keine zusätzlichen Kosten entstanden seien (BAG 27.04.2006 Juris Rn. 25).

Diese Erwägungen des Bundesarbeitsgerichts sind auf die vorliegende Konstellation nicht übertragbar. Sie haben den besonderen Hintergrund, dass der gekündigte Arbeitnehmer verbotswidrig das Internet zu privaten Zwecken genutzt bzw. auf Internetseiten mit strafbarem oder pornografischem Inhalt Zugriff

genommen hatte. Zwar ist der Arbeitgeber nicht zum Sittenwächter über die in seinem Betrieb tätigen Arbeitnehmer berufen (BAG 23.06.1994 – 2 AZR 617/93 – Juris Rn. 25). Wirkt das private Verhalten sich jedoch auf den betrieblichen Bereich z.B. als latente Belästigung anderer Mitarbeiter i.S.v. § 3 Abs. 3 AGG aus, liegen die Dinge anders (HaKo-Fiebig, 3. Aufl., § 1 Rn. 438 b, SPV/Preis, Rn. 731 f., vgl. KDZ/Zwanziger/Däubler, 7. Aufl., § 626 BGB Rn. 126, RGKU/Stoffels, Arbeitsrecht, § 626 BGB Rn. 111). Wenn ein Arbeitnehmer sich während der Arbeitszeit mit Pornografie beschäftigt, wird nicht selten die Gefahr heraufbeschworen, dass die betriebliche Verbundenheit der Mitarbeiter gestört und der Ruf des Arbeitgebers geschädigt wird.

III. Gemessen an diesen Grundsätzen gilt Folgendes:

1. Es fehlt bereits an einem „an sich wichtigen“ Kündigungsgrund.

a) Soweit die Beklagte den Vorwurf erhebt, der Kläger habe gemeinsam mit dem K. bereits vor der 42. KW 2008 morgens eine Pause am Kiosk H. Straße eingelegt, hat sie es an jedwedem substantiierten Vortrag fehlen lassen. Die aufgezeigten Verdachtsmomente sind auch nicht schwerwiegend, zumal mangels verlässlicher Angaben zur Dauer der (angeblich eingelegten) Pausen es möglich erscheint, dass der Kläger und B. ihre halbstündige Pause vorverlegten. Für die Behauptung, dass für die Kolonnen eine Pausenregelung bestanden habe, nach der die Pause zwischen 12.00 Uhr und 13.00 Uhr zu nehmen sei, ist der Vortrag der Beklagten ohne brauchbaren Tatsachenkern geblieben, so dass der angebotene Zeugenbeweis auf die Erhebung eines zivilprozessual unzulässigen Ausforschungsbeweises hinausläuft. Der Verzicht auf die Pause gemäß § 4 ArbZG wäre allemal keine gravierende Arbeitspflichtverletzung. Dies gilt umso mehr, als die Kolonnen die Pause nicht zu einer festbestimmten Zeit nehmen können, sondern ihre Lage von der gerade ausgeübten Tätigkeit und den Wetterverhältnissen abhängig machen und sie, weil sie keine entsprechenden Einrichtungen des Arbeitgebers nutzen können, ggf. dem Erfordernis der Nähe einer Toilette oder einer diese ersetzenden öffentlichen

Grünanlage oder z. B. einer Verkaufsstelle von F. und Getränken Rechnung tragen müssen.

b) Der Kläger verletzte in der vom 13. bis 17.10.2008 durch die morgendlichen Pausen am Kiosk H. Straße seine Arbeitspflicht. Dies gilt für den 17.10.2008 (Freitag) schon deshalb, weil an diesem Arbeitstag keine Ruhepause vorgesehen ist. Für die Vortage kann zwar nicht ausgeschlossen werden, dass er die mittägliche Ruhepause verkürzte. Jedoch wurde auch unter dieser Prämisse durch den Aufenthalt am Kiosk einschließlich des Abstellens des Dienstfahrzeuges und des mehrminütigen Fußwegs die insgesamt 30-minütige Pausenzeit pro Tag überschritten.

Der Arbeitspflichtverstoß ist nicht schwerwiegend. Unabhängig davon, ob dem Kläger die Entschuldigung, er habe (wegen seines Bluthochdrucks und der Nebenwirkung aufgrund Einnahme blutdrucksenkender Medikamente) unter Kreislaufstörungen gelitten und sei eigentlich arbeitsunfähig gewesen, in dieser Form abzunehmen ist, bleibt ihm zunächst der Vorwurf nicht erspart, durch die Arbeitsaufnahme in der 42.KW gegenüber der Beklagten sich als uneingeschränkt arbeitsfähig präsentiert und nicht die Notwendigkeit, aus gesundheitlichen Gründen eine zusätzliche Ruhepause kurz nach Arbeitsbeginn einlegen zu müssen, geltend gemacht oder sonst wie plausibel vermittelt zu haben. Etwaige gesundheitliche Probleme durften den Kläger nicht davon abhalten, entweder sich arbeitsunfähig krankschreiben zu lassen, oder – ggf. unter Vorlage einer entsprechenden ärztlichen Empfehlung – die Genehmigung der Beklagten für eine zusätzliche Pause einzuholen. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die vom Kläger angegebene gesundheitliche Einschränkung ebenso wenig die falsche Angabe von Einsatzzeiten in den Arbeitsberichten entschuldigen kann.

Gleichwohl ist das in den morgendlichen Pausen manifestierte Fehlverhalten des Klägers nach Lage aller Dinge nicht so gravierend, dass es einen an sich wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung abgeben könnte.

Die Arbeitsabläufe in der Abteilung Straßenunterhaltung sind – wie bereits ausgeführt – so gestaltet, dass den Kolonnen Freiräume sowohl bei der Erledigung der Arbeiten als auch der Inanspruchnahme von Pausenzeiten zugestanden werden. Ihnen wird nicht nur die Festlegung der Reihenfolge der abzuarbeitenden Aufträge überlassen. Die Durchführbarkeit der Arbeiten hängt auch von weiteren Imponderabilien ab wie der Zugänglichkeit der Reparaturstelle, deren Zustand, dem Wetter, einer Abstellmöglichkeit für das Dienstfahrzeug. Die teilweise körperlich schwere und in Zwangshaltung zu verrichtende Arbeit bedingt einen individuellen und überdies auf die Leistungsstärke des anderen Kolonnenmitgliedes abgestimmten Arbeitsrhythmus. Zudem sind weitere Arbeitsumstände zu berücksichtigen, etwa die Nähe zu Sanitäreinrichtungen, z.B. zu einer Waschgelegenheit oder Toilette (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 7 der Ordnungsbehördlichen Verordnung über die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Gebiet der Stadt Oberhausen vom 01.07.2005), die sich auf die im Außendienst besondere Gestaltung von Arbeitsunterbrechungen auswirken. Vor diesem Hintergrund liegt nahe, dass der einzelne Mitarbeiter aus dem „Punktesystem“ ableitet, dass in erster Linie von ihm erwartet wird, zumindest die „Normalleistung“ zu erbringen, wobei Art und Umfang der ausgeführten Arbeiten im Hinblick auf die erreichte Punktzahl im Vordergrund stehen und nicht die durch mehr oder weniger intensive Arbeitstätigkeit dargestellten Anwesenheitszeiten an der jeweiligen Einsatzstelle. Dieser Befund relativiert die Schwere der Pflichtverletzung und hat zur kündigungsrechtlichen Konsequenz, dass ohne klare Verhaltensvorschriften und ohne vorherige Abmahnung eines Pflichtverstoßes Arbeitsunterbrechungen der vorliegenden Art keinen wichtigen Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB abgeben, auch wenn die Unterbrechungen wegen ihrer zeitlichen Lage (ca. eine halbe Stunde nach Arbeitsbeginn), dem Erscheinungsbild (an einem Kiosk in der „Öffentlichkeit“), der täglichen Dauer und sich danach summierenden Gesamtdauer als unangemessen zu kritisieren sind.

c) Was die Arbeitsunterbrechung wegen privaten Behördengangs des Arbeitskollegen K. am 16.10.2008 anbelangt, wird aus dem Vortrag der Beklagten nicht erkennbar, dass dem Betriebsrat in den Anhörungsverfahren die-

ser Vorgang als weiterer Kündigungsgrund mitgeteilt wurde. Das erstinstanzliche Urteil hat zudem eine Pflichtverletzung des Klägers in diesem Zusammenhang zutreffend negiert.

d) Überträgt der Arbeitgeber den Nachweis der geleisteten Arbeitszeit den Arbeitnehmern selbst (Selbstaufzeichnung) und füllt der Arbeitnehmer die dafür zur Verfügung gestellten Formulare wissentlich und vorsätzlich falsch aus, kann dies einen schweren Pflichtverstoß darstellen, der insbesondere dann, wenn damit ein persönlicher Vorteil angestrebt wird, einen an sich wichtigen Kündigungsgrund abgibt (BAG 13.08.1987 – 2 AZR 629/86 – Juris Rn. 19, LAG Hamm 08.03.2007 - 17 Sa 1604/06 – Juris Rn. 156, vgl. SPV/Preis Rn. 713). Der persönliche Vorteil kann darin bestehen, dass nach der in der Selbstaufzeichnung angegebenen Arbeitszeit die Vergütung berechnet und dem Arbeitnehmer daher aufgrund seiner Falschangabe Vergütung für Zeiten gezahlt wird, in denen er nicht arbeitete (HzA/Isenhardt, Gruppe 5, Rn. 345), oder Überstunden anerkannt werden, die nicht angefallen wären, wenn der Arbeitnehmer entgegen der Falschangabe vorher tatsächlich gearbeitet hätte. Ein Vorteil würde ferner vorliegen, wenn eine während der Arbeitszeit ausgeübte Nebentätigkeit vertuscht werden soll. Darüber hinaus können die vom Arbeitnehmer erstellten Aufzeichnungen nach ihrer Bedeutung und ihrem Zweck einen gravierenden Pflichtverstoß darstellen, wenn die an den Kunden/Auftraggeber erbrachten Leistungen nach dem ausgezeichneten Arbeitszeitaufwand abgerechnet werden. Schließlich kann die Falschaufzeichnung als schwerwiegender Vertrauensmissbrauch einen an sich wichtigen Grund i.S.v. § 626 BGB darstellen, wenn sie nach erkennbarer Vorgabe des Arbeitgebers geeignet und bestimmt ist, die insbes. bei außerbetrieblichen Einsätzen mangelnde Kontrollierbarkeit des Mitarbeiters zu kompensieren und quasi an die Stelle von Kontrolleinrichtungen und –möglichkeiten tritt, denen die im Betrieb beschäftigten Mitarbeiter unterliegen; insoweit kommt bei der Beurteilung, ob die eigenmächtige Unterbrechung der Arbeitszeit durch eine Pause einen schweren oder minder schweren Pflichtverstoß bedeutet, eine Parallelwertung zwischen Innendienst und Außendienst in Betracht. Richtig ist einerseits, dass der Arbeitgeber weitgehend darauf angewiesen ist, auf die Korrektheit und Vollständigkeit der „Selbstauf-

zeichnungen“ zu vertrauen, wenn Arbeitnehmer außerhalb des Betriebes eingesetzt werden und dabei kaum kontrolliert werden können. Unter diesem Aspekt sind vorsätzlich falsche Eintragungen geeignet, das Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit des Arbeitnehmers zu erschüttern. Andererseits kann mit „Selbstaufzeichnungen“ (Arbeitsberichten), soweit sie die betriebliche Erfassung der Arbeitszeiten etwa durch elektronische Anwesenheitskontrollen oder durch persönliche Feststellungen der Vorgesetzten, ob der Arbeitnehmer im Betrieb ist und seiner Arbeit gehörig nachgeht, ersetzen, kein besonderer Vertrauenstatbestand dergestalt begründet werden, dass der unterlassenen Angabe von Zeiten, in denen nicht (produktiv) gearbeitet worden ist, der Unwertgehalt eines Arbeitszeitbetruges beigemessen wird. Indem die „Fremdaufzeichnung“ nicht besagt, dass der Arbeitnehmer zwischen Einstempeln und Ausstempeln ununterbrochen produktiv arbeitet, ist auch Erklärungswert der „Selbstaufzeichnung“ eingeschränkt. Ebenso wenig wie ein Mitarbeiter, der im Betrieb die Arbeit für eine Ruhephase, Kaffeepause oder eine Gespräch mit Arbeitskollegen über nichtdienstliche Themen unterbricht, durch diese von ihm nicht offenbarte Pause einen an sich wichtigen Kündigungsgrund setzt, ist dies der Fall bei dem Arbeitsbericht des im Außendienst tätigen Arbeitnehmers, der z.B. die Kaffeepause auf dem Weg zum Kunden oder beim Kunden als Arbeitszeit deklariert (vgl. LAG Mecklenburg-Vorpommern 16.10.2007 – 5 Sa 66/07 – Juris Rn. 63).

e) Die Arbeitsberichte hatten weder Einfluss auf die Vergütungsberechnung noch auf die Leistungsabrechnungen gegenüber der Stadt Oberhausen. Die gegenteilige Angabe in ihrem Anhörungsschreiben vom 27.10.2008 hat die Beklagte im Prozess (Seite 7/ 22 des Schriftsatzes vom 03.02.2009) korrigiert. Für ihre Behauptung, die Berichte seien nicht nur als Nachweis für die ausgeführten Arbeiten, sondern auch zur Kontrolle der Arbeitstätigkeit konzipiert worden, lässt die Beklagte es an näherem Sachvortrag fehlen. Ausgehend davon, dass die Berichte zur Kontrolle geeignet sind, hat die Beklagte dem Gericht nicht vermitteln können, dass die Berichte auch zur Arbeits(zeit)kontrolle bestimmt waren. Wenn sie insoweit ausgewertet worden wäre, hätte der Beklagten auffallen müssen, dass der Kläger – nach seinem in der Verhandlung unwider-

sprochen gebliebenen – Vortrag keine Pause nach § 4 ArbZG auszuweisen pflegte. Dann aber hätte die Beklagte anhand der kontrollierten Arbeitsberichte den Kläger und seinem Kollege K. schon wegen § 22 Abs. 1 Nr. 4 ArbZG anhalten müssen, die Pause einzulegen und auch zu dokumentieren. Geschah dies nicht, musste der Kläger hierin ein weiteres Anzeichen ansehen, dass die in den Arbeitsberichten angegebenen Uhrzeiten für die Beklagte von keiner Wichtigkeit waren und es primär auf die Erledigung des erwarteten Arbeitspensums ankam.

Hinzu kommt, dass aus Sicht des Klägers angesichts der den Kolonnen eingeräumten Freiräume bei der Arbeitszeitgestaltung die Arbeitszeit zwischen morgendlicher Ausfahrt und nachmittäglicher Einfahrt in den Betriebshof sich einer „Vertrauensarbeitszeit“ näherte, in der es im wesentlichen galt, bestimmte Arbeitsziele bzw. ein tägliches Pensum, das sich aus den für durchgeführte Arbeiten vergebenen Punkten definierte, zu erreichen, ohne dass für vorbestimmte Einsatzorte konkrete Anwesenheits- und Arbeitspflichten einzuhalten waren. Dass der Kläger hinsichtlich der Arbeitsergebnisse eine unbeanstandete oder gar überdurchschnittliche Leistung vorweisen konnte, nährte seine, in den Pausen am Kiosk und in der Ausfüllung der Arbeitsberichte zutage getretene Fehleinschätzung über angemessenes Arbeitsverhalten. Aufgrund des Fehlens von Verhaltensmaßregeln, Belehrungen, Ermahnungen oder auch der Bekanntgabe seitens der Beklagten, die Kolonnen zu kontrollieren, liegt darin aber kein gravierender Pflichtverstoß.

2. Selbst wenn man zu Gunsten der Beklagten vom Vorliegen eines an sich wichtigen Kündigungsgrund ausginge, ist die außerordentliche Kündigung keinesfalls nach der gebotenen umfassenden Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu rechtfertigen.

Zu Gunsten des Klägers sind die beträchtliche, weitgehend störungsfrei verlaufene Beschäftigungszeit, das Fehlen einer konkreten Vermögens- oder signifikanten Rufschädigung der Beklagten ebenso einzusetzen wie der Umstand, dass er eine nicht herausgehobene Stellung im Betrieb hat. Soweit er seine

vertraglichen Pflichten verkannt hat, hat er nicht versucht, sich auf Kosten der Beklagten Vorteile zu verschaffen. So sind auch nicht etwa wegen der Pause am Kiosk vergütungspflichtige Überstunden angefallen. Hinzu kommt, dass der Kläger die Pausen in der 42. KW nicht ableugnet und, wie aus der Stellungnahme des Betriebsrats hervorgeht, sein Verhalten bedauert. Das Gewicht der Pflichtverletzung und der Verschuldensgrad sind als eher gering einzuschätzen. Der Stellungnahme des Betriebsrats vom 29.10.2008 ist zu entnehmen, dass der Verzicht auf eine Kündigung keine betrieblich nachteiligen Irritationen in der Belegschaft oder Auswirkungen gehabt hätte.

Das Interesse der Beklagten, sich vom Kläger zu trennen, wiegt dessen Bestandsschutzinteresse nicht auf. Die Verfehlungen des Klägers sind, selbst wenn man den Sachvortrag der Beklagten in den streitigen Punkten als richtig unterstellt, nicht so gravierend, dass das Vertrauensverhältnis als zerrüttet angesehen werden kann. Der Aspekt der Generalprävention ist, wie erwähnt, ohnehin nur begrenzt tragfähig. Zwar wirft es, was die Beklagte berücksichtigt wissen darf, kein gutes Licht auf sie, wenn ihre Mitarbeiter ihren Arbeitstag praktisch mit einer Pause am Kiosk bzw. im Stehcafe beginnen, weil sowohl beim Auftraggeber als auch bei den Bürgern der Eindruck einer (vom Arbeitgeber tolerierten) laschen Arbeitseinstellung und ungenügender Arbeitsauslastung der Bediensteten entstehen kann. Die Beklagte muss sich freilich in diesem Zusammenhang als eigenes Organisationsdefizit vorhalten lassen, dass sie es an der Bekanntgabe von Verhaltensmaßregeln hat fehlen lassen. Die Erwägung, dass außerhalb des Betriebs eingesetzte Arbeitnehmer nur eingeschränkt zu kontrollieren sind und ihnen daher Vertrauen in die ordnungsgemäße Erfüllung der Arbeitspflicht entgegengebracht werden muss, ist zwar richtig. Vertrauen kann jedoch weder Ersatz für zumutbare Kontrolle durch den Arbeitgeber noch für erforderliche Belehrungen, Einweisungen und ggf. Ermahnungen sein.

Das gesamte Verhalten des Klägers gab der Beklagten berechtigten Anlass zu der Annahme, dass nach einer Belehrung oder Abmahnung künftige gleichartige Verstöße auszuschließen seien. Danach bestand keine Wiederholungsfahr. Da insbesondere eine Abmahnung jedenfalls dann vor Ausspruch der

Kündigung erforderlich ist, wenn ein steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers in Rede steht und erwartet werden kann, dass das Vertrauen wiederhergestellt wird, stellt sich die Kündigung vom 30.10.2008 als voreilige und unverhältnismäßige Reaktion dar.

Dies gilt auch hinsichtlich des Vorwurfes, durch Falschangabe von Uhrzeiten in den Arbeitsberichten verheimlicht zu haben, das die (dann tatsächlich während des Arbeitstages ausgeführten) Reparaturarbeiten quasi mit einer ca. halbstündigen Pause am Kiosk H. Straße (zzgl. Gehzeiten) begonnen wurden. Auch insoweit hätte eine Ermahnung oder Abmahnung genügt, um dem Kläger zu verdeutlichen, dass er die Tätigkeit der Kolonne nicht durch zeitliche Falschangaben optisch verschönen dürfe, sondern korrekt wiederzugeben habe.

IV. Das Arbeitsgericht brauchte – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – nicht mehr zu vertiefen, inwieweit der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört worden ist, was der Kläger bestritten hat. Ob das pauschale Bestreiten zulässig ist (einerseits BAG 22.09.1994 – 2 AZR 31/94 – Juris Rn. 31 –, andererseits BAG 24.04.2008 – 8 AZR 268/07 – Juris Rn. 30 mw.N.) und es hiernach Sache der Beklagten ist, die Richtigkeit und Vollständigkeit der Betriebsratsanhörung darzulegen, kann die Kammer ebenfalls offen lassen. Anzumerken ist lediglich, dass die Beklagte es in dem Anhörungsschreiben vom 27.10.2008 nicht bei dem Vorwurf des Verstoßes gegen die Arbeitspflicht und des „Arbeitszeitbetruges“ hat bewenden lassen, sondern herausgestellt hat, dass „von einer dadurch bedingten fehlerhaften Abrechnung an den Auftraggeber auszugehen“ sei bzw. „die Vorgesetzten die (vom Kläger) nicht getätigten Leistungen nichtsahnend gegenüber dem Auftraggeber zur Abrechnung bringen.“ Diese Darstellung ist falsch gewesen, denn bei der Bemessung der erbrachten und berechneten Leistung spielen die Art und der Umfang der Leistung, nicht aber die Anzahl der hierfür benötigten Mitarbeiter eine Rolle .

C. Die Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger zu 3/8 und die Beklagte zu 5/8 zu tragen, § 92 ZPO.

Für die Zulassung der Revision an das Bundesarbeitsgericht besteht keine Veranlassung, da Zulassungsgründe i.S.v. § 72 Abs. 2 ArbGG nicht ersichtlich sind. Hinsichtlich der Einzelheiten der Nichtzulassungsbeschwerde werden die Parteien auf § 72 a ArbGG hingewiesen.

Dr. Plüm

Franzen

Schemberg