



Esser  
Regierungsbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

**LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF**  
**IM NAMEN DES VOLKES**  
**URTEIL**

In dem Rechtsstreit

des Herrn N. C., C. straße 8, F.,

**- Kläger und Berufungsbeklagter -**

**Prozessbevollmächtigte:** Rechtsanwälte G.,  
I.-T.-Str. 12, E.,

**g e g e n**

die Landeshauptstadt Düsseldorf, vertreten durch den Oberbürgermeister,  
Hauptamt der Landeshauptstadt Düsseldorf, Willi-Becker-Allee 6 - 8,  
40227 Düsseldorf,

**- Beklagte und Berufungsklägerin -**

**Prozessbevollmächtigte:** Rechtsanwälte F., I. & Partner,  
F. Str. 2, E.,

hat die 12. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf  
auf die mündliche Verhandlung vom 23.02.2011  
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Plüm als Vorsit-  
zenden sowie den ehrenamtlichen Richter Nauck und den ehrenamtlichen Rich-  
ter Brinkmann

**für R e c h t erkannt:**

**Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts  
Düsseldorf vom 27.08.2010 abgeändert und die Klage abgewiesen.**

**Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Kläger auferlegt.**

**Die Revision wird zugelassen.**

## GRÜNDE:

**A.** Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen verhaltensbedingten Kündigung vom 05.05.2010.

Der Kläger, am 01.07.1954 geboren, verheiratet, schwerbehindert (GdB 70), ist seit dem 02.08.1971 bei der beklagten Stadt beschäftigt. Er wird vergütet nach Entgeltgruppe 9 TVöD. Der Kläger war auf dem Friedhof F. eingesetzt und hatte dort von 1995 bis Mitte 2005 die kommissarische Leitung inne. Anschließend ist er als Kundendienstmeister auf dem Friedhof I. beschäftigt worden.

Auf einem Grab des Friedhofs F. ist dessen früherer Leiter T. beerdigt. Es handelt sich nicht um eine sog. Ehrengrabstätte, dessen Pflege die Beklagte auf ihre Kosten übernommen hätte. Für das Grab existiert kein Pflegevertrag, dies weder bei einem Bestattungsunternehmen noch bei der Beklagten, mit der in der Vergangenheit ebenfalls Grabpflegeverträge geschlossen werden konnten.

Das Grab wurde von Friedhofsmitarbeitern des Friedhofs F. regelmäßig unter Verwendung von Gerätschaften, Material und Bepflanzungen der Beklagten gepflegt, bis Ende der 80'er Jahre auch vom Kläger, ab 1996 von der Mitarbeiterin J. während ihrer Arbeitszeit als Gärtnerin auf dem Friedhof F..

Die Tochter des Herrn T., Frau L. sen., pflegte der Belegschaft des Friedhofs F. ab 1995 zu Händen des Klägers einen Betrag zuzuwenden, nach Angabe des Klägers DM 300,00 höchstens, manchmal auch weniger (Seite 2 des Sitzungsprotokolls vom 12.01.2011).

Nach dem Tod von Frau L. sen. besuchte deren in S. wohnhafte Tochter Frau L. jun. im Jahr 2004 das Grab ihres Großvaters auf dem Friedhof F.. Dabei sprach sie den Kläger als kommissarischen Leiter des Friedhofs auf die weitere Grabpflege an. Ab dem Jahr 2004, und zwar jeweils im November, überwies sie jährlich auf das Privatkonto des Klägers den Betrag von € 155,00.

Zwischen den Parteien ist streitig, ob bis zum Jahr 2003 für die Mitarbeiter des Friedhofs F. eine sog. „Kaffeekasse“ geführt wurde, in der Trinkgelder wie auch von Bestattern und Steinmetzen zugewandte Beträge vereinnahmt und aus der u.a. Ausgaben zur jährlichen Weihnachtsfeier und zum jährlichen Betriebsausflug mitbestritten wurden. Jedenfalls ab dem Jahr 2004 wurde keine solche „Kaffeekasse“ mehr geführt, nachdem die Beklagte den Mitarbeitern Belehrungen über das Verbot der Entgegennahme von Geld oder geldwerten Leistungen erteilte und von ihnen quittieren ließ (Bl. 179 ff. GA). Die auf den Friedhöfen F. und I. beschäftigten Mitarbeiter pflegten jeweils vor der Weihnachtsfeier und dem Betriebsausflug intern Geld einzusammeln und hiervon Getränke und Essen zu bezahlen. Der Kläger behauptet, zu den jährlichen Veranstaltungen mit mindestens € 155,00 beigetragen und einmal die Weihnachtsfeier der Mitarbeiter des Friedhof I. bezahlt zu haben. Die Kammer hat hierzu am 23.02.2011 den Vorarbeiter L. (Friedhof I.) und den Vorhandwerker W. (Friedhof F.) als Zeugen vernommen.

Der Kläger bestätigte in den Jahren ab 2004 (Bl. 179 ff. GA) und dann am 26.03.2007 unterschriftlich eine erfolgte Belehrung der Beklagten über das Verbot der Annahme von Bargeld (Bl. 47 GA). Die von Frau L. jun. in den Jahren 2008 und 2009 auf sein Privatkonto überwiesenen Beträge schickte er an sie jeweils in bar per Briefumschlag zurück.

Am 06.04.2010 besuchte Frau L. den Friedhof F.. Dabei sprach sie mit dem nunmehrigen Leiter des Friedhofs Herrn I. über die Grabpflege. Am 07.04.2010 wurde der Kläger angehört. Der Kläger erklärte nach dem von ihm mitunterzeichneten Gesprächsprotokoll (Bl. 111 GA) u.a:

„Die Grabpflege für das besagte Grab bestand noch aus alter Zeit. Es handelt sich um das Grab des ersten Friedhofsleiters auf dem Friedhof F.. Bis zum Jahre 2004/2005 erfolgten von Frau L., die in S. wohnt, kleinere Beträge zur Grabpflege auf mein Konto, die ich in eine damals existierende Gemeinschaftskasse der Friedhofsmitarbeiter legte. In früherer Zeit habe ich von Friedhofsgärtner Restblumen erhalten, die ich auf das Grab pflanzte. Ansonsten habe ich Laub gefegt, Unkraut entfernt oder die Blumen auf dem Grab gegossen.

In den Jahren 2008 und 2009 habe ich jeweils im November 200,00 € von Frau L. auf mein Konto erhalten, die ich unmittelbar mit einem Be-

gleitschreiben und bar im Briefumschlag an sie zurück geschickt habe. In dem Schreiben habe ich darauf hingewiesen, dass ich das Geld aus Gründen der Vermeidung von Korruption nicht annehmen darf.“

Das Personalamt der Beklagten entschied am 09.04.2010, den Kläger erneut anzuhören und nach Einzelheiten zu befragen (Bl. 109 GA). Der Kläger, der sich bis zum 19.04.2010 krank gemeldet hatte, erklärte auf telefonische Anfrage, zu einem Gespräch nicht zur Verfügung zu stehen. Das Personalamt konnte Frau L. wegen Urlaubsabwesenheit erst am 15.04.2010 telefonisch befragen. Frau L. bestätigte dabei die seit 2004 auf das Konto des Klägers erfolgten Überweisungen und die vom Kläger in bar per Briefumschlag vorgenommene Rückzahlung der Überweisungsbeiträge für 2008 und 2009.

Mit Schreiben vom 19.04.2010, am 20.4.2010 beim Integrationsamt eingegangen, beantragte die Beklagte Zustimmung zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Klägers (Bl. 55, 113 d. A.). Mit gleichlautenden Schreiben hörte sie den Personalrat an und unterrichtete die Schwerbehindertenvertretung. Der Personalrat und die Schwerbehindertenvertretung nahmen die Kündigungsabsicht zur Kenntnis. Das Integrationsamt traf innerhalb der Zweiwochenfrist des § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX) keine Entscheidung. Daraufhin wurde beklagtenseitig mit Schreiben vom 05.05.2010, am selben Tag dem Kläger zugegangen, die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen (Bl. 11 GA).

Unter 06.05.2010 (Bl. 14 GA.) wies der Kläger die Kündigung „wegen Fehlens einer den Unterzeichner legitimierenden Vollmacht nach § 174 BGB zurück“.

Am 25.05.2010 hat der Kläger beim Arbeitsgericht Düsseldorf Kündigungsschutz- und Weiterbeschäftigungsklage eingereicht und geltend gemacht, dass dem Kündigungsschreiben keine Original-Vollmacht des Oberbürgermeisters, sondern nur ein Kopie beigelegt gewesen sei. Die Beklagte hat demgegenüber behauptet, dass dem Schreiben eine Original-Vollmacht beigelegt habe. Nach Vernehmung der Zeugin L. in der Verhandlung am 12.01.2011, weiterem Vortrag der Beklagten zu diesem Punkt und Einsichtnahme des Klägers in eine

exemplarisch vorgelegte Original-Vollmacht hat dieser in der Verhandlung am 23.02.2011 erklärt, nicht mehr ausschließen zu können, mit dem Kündigungsschreiben eine Originalvollmacht erhalten zu haben und den Einwand nach § 174 BGB nicht mehr aufrecht erhalten.

Die Beklagte hat zur Begründung der Kündigung vorgetragen: Anlässlich der Entlassung des früheren Friedhofsleiters, der privat Gelder für Grabpflege vereinnahmt habe, sei aus einem Personalvorgang des Jahres 1989 die Existenz einer „Kameradschaftskasse“ mit dem Kläger als Kassensführer ersichtlich. Danach habe dem Kläger die Unrechtmäßigkeit der für die Pflege des Grabes T. vereinnahmten Beträge bekannt sein müssen, dies erst recht aufgrund der seit 2004 erfolgten Belehrungen. Bei einer der im Grab 1940 oder 1949 beigesetzten Personen (J. und R. T.) handele es sich vermutlich um den ehemaligen Friedhofsleiter. Das Grab T. sei von den Friedhofsmitarbeitern während der Arbeitszeit mit Gerätschaften und Verbrauchsmaterial der Beklagten gepflegt worden, seit dem Jahr 1996 durch die Arbeiterin J. (von der Kammer am 12.01.2011 gehört, Bl. 189 GA). Als Frau L. jun. 2003 oder 2004 den Friedhof aufgesucht und mit dem Kläger gesprochen habe, habe dieser erklärt, dass das Grab weiter gepflegt werde und ein Betrag von € 155,00 auf ein Konto jeweils zum 01.11. überwiesen werden solle. Er habe dafür sein Privatkonto angegeben.

Der Kläger hat geltend gemacht, aus einer lange geübten Tradition und seiner persönlichen Anstandsanschauung heraus die Pflege des Grabes des ehemaligen Friedhofsleiters weitergeführt zu haben. Auch wenn er sich sehr ungeschickt verhalten habe, habe ihm das Unrechtsbewusstsein gefehlt, weil er unterstellt habe, dass die Ehrerbietung der Beklagten die geringfügige Abnutzung ihrer Gerätschaften und der geringfügige Verbrauch von stadteigenem Material wert sei. Nachdem ihm 1995 die Leitung des Friedhofs F. übertragen worden sei, habe Frau L. sen. ihn angesprochen und geäußert, dass sie schon bisher immer einen gewissen Obolus an die Mitarbeiter des Friedhofs F. zum Dank für die Grabpflege entrichtet habe und dies auch ihm gegenüber als neuem Friedhofsleiter so handhaben möchte. Frau L. sen. habe bis zu ihrem Tod ihm

jährlich einen ihr angemessenen Betrag in bar ausgehändigt. Er, der Kläger, habe diesen Betrag in die „Kaffekasse“ der Belegschaft des Friedhofs F. eingezahlt. Im Jahr 2004 habe Frau L. jun. (Enkelin des beigesetzten Herrn T.) anlässlich des Besuchs des Grabes ihres Großvaters ihn angesprochen und erklärt, dass sie froh über die Grabpflege durch die Mitarbeiter sei und ebenfalls dafür einen gewissen Obolus entrichten wolle. Er habe ihr von der bisherigen Handhabung mit der Mutter berichtet. Frau L. jun. habe auf die erhebliche Entfernung ihres Wohnortes von Düsseldorf hingewiesen und angemerkt, dass sie nicht davon ausgehe, regelmäßig einmal im Jahr das Grab ihres Großvaters besuchen zu können. Aus diesem Grunde wollte sie gleichwohl ein „Dankeschön“ an die Mitarbeiter leisten und habe nachgefragt, ob sie dieses nicht auch überweisen könne. Er, der Kläger, habe daraufhin erwidert, dass er keinen Titel oder sonstige Verwendung in der städtischen Buchhaltung kenne, auf welches ein solches „Dankeschön“ überwiesen und verbucht werden könne. Nach einiger gemeinsamer Überlegung mit Frau L. jun. hätten sich beide darauf geeinigt, dass Frau L. das von ihr als richtig erachtete Geld ihn auf sein Privatkonto anweise. Er habe ihr versprochen, das Geld dann abzuheben und in die Kaffeekasse der Belegschaft einzuzahlen.

Der Kläger hat gemeint, dass anstelle der Kündigung eine Abmahnung ausgereicht hätte. Angesichts der freiwilligen Retournierung der Überweisungen 2008 und 2009 und seiner Versetzung zum Friedhof I. fehle jede Wiederholungsgefahr.

Das Arbeitsgericht Düsseldorf hat durch Urteil vom 27.08.2010 der Klage stattgegeben. In der Begründung hat es hervorgehoben, dass der Kläger ohne Unrechtsbewusstsein gehandelt habe und es, nachdem er nicht mehr auf dem Friedhof F. eingesetzt sei, an der Wiederholungsgefahr fehle. Daher hätte eine Abmahnung ausgereicht. Die Umdeutung in eine ordentliche Kündigung gemäß § 140 BGB sei aus diversen Rechtsgründen ausgeschlossen.

Mit der form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung greift die Beklagte das Urteil, auf das hiermit zur näheren Darstellung des Sach- und Streitstandes verwiesen wird, 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 verwiesen. Des Weiteren wird auf die protokollierten Erklärungen der Parteien und der Aussagen der Zeuginnen J. und L. sowie der Zeugen L. und W. Bezug genommen

**B.** Die Berufung hat Erfolg. Die Kündigung vom 05.05.2010 ist rechtswirksam und hat das Arbeitsverhältnis fristlos aufgelöst. Daher ist die Klage unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils abzuweisen.

**I. 1.** Nach höchstrichterlicher Spruchpraxis (BAG 26.11.2009 – 2 AZR 751/08 – Rn. 10) „kann eine schwere, schuldhafte Vertragspflichtverletzung die außerordentliche ... Kündigung eines Arbeitsverhältnisses nach § 626 Abs. 1 BGB .... rechtfertigen. Ein Grund zur Kündigung kann nicht nur in der Verletzung einer vertraglichen Hauptleistungspflicht, sondern auch in der Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht liegen. ... Dabei gilt das Prognoseprinzip. Zweck einer verhaltensbedingten Kündigung ist nicht eine Sanktion für die begangene Pflichtverletzung, sondern die Vermeidung künftiger Pflichtenverstöße - ggf. selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Die fragliche Pflichtverletzung muss sich deshalb noch für die Zukunft belastend auswirken .... Eine entsprechende Prognose ist berechtigt, wenn aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus resultierenden Vertragsstörung geschlossen werden kann, der Arbeitnehmer werde den Arbeitsvertrag auch künftig erneut in gleicher oder ähnlicher Weise verletzen ..... Das ist häufig ungewiss. Eine Kündigung wegen

einer Vertragspflichtverletzung setzt deshalb regelmäßig eine einschlägige Abmahnung voraus. Diese dient der Objektivierung der negativen Prognose. Liegt eine solche Abmahnung vor und verletzt der Arbeitnehmer gleichwohl erneut seine vertraglichen Pflichten, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, es werde auch künftig zu weiteren Vertragsstörungen kommen ... . Außerdem ist in Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Abmahnung als milderer Mittel einer Kündigung vorzuziehen, wenn schon durch ihren Ausspruch das Ziel, die künftige Einhaltung der Vertragspflichten zu bewirken, erreicht werden kann.“

**2. a)** Die Vorinstanz hat sich an diesen Rechtsgrundsätzen orientiert und ist unter der Annahme der fehlenden Wiederholungsgefahr nach Abwägung der wechselseitigen Interessen zu der Beurteilung gelangt, dass eine Abmahnung des Klägers ausgereicht hätte, um die inkorrekte Entgegennahme der „Trinkgelder“ seitens der Tochter und dann der Enkelin des auf dem Friedhof beigesetzten ehemaligen Friedhofleiters T. zu ahnden.

**b)** In der Tat lässt sich, wenn man den Kündigungsschutz am „Prognoseprinzip“ ausrichtet (vgl. BAG 19.04.2007 – 2 AZR 180/06 – Rn. 47) und eine Wiederholungsgefahr fordert, im Streitfall keine konkrete Wiederholungsgefahr ausmachen. Zum einen lagen den inkriminierten Vorgängen im Zusammenhang mit der Grabpflege T. besondere Einzelfallumstände zugrunde: Die auf dem Friedhof F. tradierte Pflege des Grabes eines ehemaligen Friedhofsleiters und dafür von der Tochter bzw. der Enkelin für die (angebliche) Kaffeekasse entgegengenommene Gelder beruhen auf in dieser Form singuläre Tatumstände. Es hieße, eine lebensfremde Spekulation als objektive negative Prognose vorzugeben, wenn man hieraus auf eine latente Veranlagung des Klägers zu einschlägigen Unkorrektheiten, die sich bei ähnlich „günstigen“ Gegebenheiten wiederholen könnten, schließen wollte. Zum einen dürfte die Aufdeckung des Vorgangs als solche den Kläger von einer wie auch immer gearteten „Wiederholung“ abhalten, denn nach den nur bei der Beklagten verbrachten Dienstjahren und aufgrund seines Lebensalters befindet er sich in einer Situation, die es ihm zumindest sehr erschwert, wenn nicht unmöglich macht, eine andere und



gar adäquate Anstellung auf dem Arbeitsmarkt zu finden. Auch die Rücksendung der 2008 und 2009 überwiesenen Beträge indiziert die inzwischen vom Kläger gewonnene Einsicht, künftig keine „Trinkgelder“ mehr anzunehmen und zu behalten. Zum anderen ist – wie erwähnt – die Grabpflege T. durch besondere, mit dem Friedhof F. verbundene Einzelfallumstände gekennzeichnet gewesen, so dass die anderen Gegebenheiten auf dem Friedhof I. einen Wiederholungsfall sehr unwahrscheinlich machen.

**3.** Die Kammer hält dafür, dass das Kündigungsrecht vom „Verhältnismäßigkeitsgrundsatz“ (ultima-ratio-Prinzip) beherrscht wird. Danach bleibt die „Wiederholungsgefahr“ zwar als wesentlicher Aspekt mit zu berücksichtigen und kann nach ihrer jeweiligen, geringen bis hohen Intensität auf die Beurteilung, ob die Kündigung eine unverhältnismäßige Maßnahme ist, durchschlagen. Indessen setzt die Kündigung nicht stets eine Negativprognose voraus, sondern kann auch dann rechters sein, wenn keine Wiederholungsgefahr besteht, (im Einzelnen: LAG Düsseldorf 21.07.2004 – 12 Sa 620/04 – Juris Rn. 25-29). Nach Einschätzung der Kammer entspricht dieser Ansatz dem vom Bundesverfassungsgericht vorgegebenen Verständnis des Kündigungsschutzrechts (BVerfG 22.10.2004 – 1 BvR 1944/01 – Rn. 26, vgl. BVerfG 15.12.2008 – 1 BvR 347/08 – Rn. 11). Mit dieser Maßgabe ist der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts beizupflichten, die eine vorherige Abmahnung für entbehrlich erachtet, wenn eine schwere Pflichtverletzung vorliegt, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne Weiteres erkennbar ist und bei der die Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist (BAG 23.06.2009 – 2 AZR 103/08 – Rn. 33, BAG 28.10.2010 – 2 AZR 293/09 – Rn. 21), wenn etwa der Arbeitnehmer mit besonderer Leichtfertigkeit seinen Arbeitsplatz aufs Spiel setzt und einen rücksichtslosen Vertrauensmissbrauch begeht (vgl. BAG 21.04.2005 – 2 AZR 255/04 – Rn. 41).

**II. 1.** Der Arbeitnehmer, der bei der Ausführung von vertraglichen Aufgaben sich Vorteile versprechen lässt oder entgegennimmt, die dazu bestimmt oder auch nur geeignet sind, ihn in seinem geschäftlichen Verhalten zugunsten

Dritter und zum Nachteil seines Arbeitgebers zu beeinflussen, handelt grob den Interessen seines Arbeitgebers zuwider und gibt diesem damit regelmäßig einen Grund zur fristlosen Kündigung. „Dabei kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob es zu einer den Arbeitgeber schädigenden Handlung gekommen ist. Es reicht vielmehr aus, dass der gewährte Vorteil allgemein die Gefahr begründet, der Annehmende werde nicht mehr allein die Interessen des Geschäftsherrn wahrnehmen. In Fällen dieser Art liegt die eigentliche Ursache dafür, dass ein solches Verhalten die außerordentliche Kündigung rechtfertigt, nicht so sehr in der Verletzung vertraglicher Pflichten, sondern in der damit zu Tage getretenen Einstellung des Arbeitnehmers, unbedenklich eigene Vorteile bei der Erfüllung von Aufgaben wahrnehmen zu wollen, obwohl er sie allein im Interesse des Arbeitgebers durchzuführen hat. Durch sein gezeigtes Verhalten zerstört er das Vertrauen in seine Zuverlässigkeit und Redlichkeit“ (BAG 21.06.2001 – 2 AZR 30/00 – Rn. 41). Bei derartigen Pflichtverletzungen ist eine Abmahnung grundsätzlich entbehrlich (BAG 21.06.2001– 2 AZR 30/00 – Rn. 47). Insbesondere stellt die fortgesetzte und vorsätzliche Ausübung offensichtlich nicht genehmigungsfähiger Nebentätigkeiten in Unkenntnis des öffentlichen Arbeitgebers regelmäßig bereits ohne das Hinzutreten besonderer Umstände an sich einen wichtigen Grund zur Kündigung iSd. § 626 Abs. 1 BGB dar (BAG 18.09.2008 – 2 AZR 827/06 – Rn. 28, BAG 17.06.2003 – 2 AZR 62/02 – Rn. 19, vgl. BAG 17.06.2003 – 2 AZR 62/02 – Rn. 19).

2. So verhält es sich im Streitfall. Der Kläger hat schwerwiegend gegen seine Vertragspflichten dadurch verstoßen, dass er von 2004 bis 2007 jährlich € 155,00 als Gegenleistung dafür, dass er als kommissarischer Leiter des Friedhofs F. für die Pflege des Grabes T. entgegen nahm. Indem er Frau L. jun. durch Angabe seines Privatkontos veranlasste, das finanzielle „Dankeschön“ an ihn zu leisten und die überwiesenen Beträge behielt, verstieß er eklatant gegen die jede Partei des Arbeitsvertrages nach § 241 Abs. 2 BGB obliegende Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners (vgl. BAG 28.10.2010 – 2 AZR 293/09 – Rn. 19). Darüber hinaus ist die Annahme der von Frau L. sen. gegebenen Trinkgelder grob vertragswidrig gewesen. Schließlich war die Rückleitung der 2008 und 2009 überwiesenen

Beträge an Frau L. nicht geeignet, die fortgesetzte Pflichtwidrigkeit der Geldannahme zu beseitigen.

**a)** Die Zahlungen waren schon aufgrund ihrer Höhe, Regelmäßigkeit und Zweckbestimmung kein „Trinkgeld“ oder Obolus im Sinne einer kleinen Spende. Die Überweisungen wurden von Frau L. sen. und jun. nicht für eine von der Friedhofsverwaltung ohnehin geschuldete Tätigkeit (wie die Pflege einer Ehrengrabstätte) getätigt, sondern sollte die von dem Kläger veranlasste und den Mitarbeitern des Friedhofs F. „nebenher“ durchgeführte Pflege des Grabes T. abgelten. Es lag auf der Hand, dass Frau L. jun. an der Weiterführung der Grabpflege gelegen war, sie die Pflege von ihrem Wohnort S. aus nicht persönlich erbringen konnte oder wollte und daher mit der friedhofsgärtnerischen Pflege einen geeigneten Dritten betrauen musste. Dafür stand – gegen Entgelt – die Beklagte zur Verfügung, solange sie selbst Grabpflegeverträge schloss; ansonsten wäre für Frau L. praktisch nur in Betracht gekommen, eine Friedhofsgärtnerei zu beauftragen. Dabei wäre der finanzielle Aufwand für die Pflege des Grabes, bei dem es sich nicht um eine Einzelgrabstätte handelt, höher gewesen als jährlich € 155,00. Damit steht für die Kammer fest, dass die Überweisungen an den Kläger entrichtetes „Schwarzgeld“ waren.

**b)** Der Kläger ermöglichte die Erbringung der Schwarzgeldzahlungen durch Frau L..

Die Einzahlung von Barbeträgen in die „Kaffekasse“ schied ab 2004 schon deshalb aus, weil die Mitarbeiter des Friedhofs F. mit der im Mai/Juni 2004 erfolgten Belehrung über das Anti-Korruptions-Konzept der Beklagten (Bl. 179 ff. GA) Trinkgelder und ähnliche Einnahmen nicht mehr behielten bzw. einer „Kaffekasse“ zuführten, sondern gehalten waren, solche Gelder an die Beklagte abzuführen. Der im Jahre 2004 geänderte Umgang mit „Trinkgeldern“ ist lebensnah und plausibel von dem Zeugen W. geschildert worden. Die Aussage ist hinsichtlich der Angabe der Jahreszahl zwar vage gewesen. Jedoch lässt sich der Zeitpunkt daraus, dass der Zeuge einen Zeitbezug zu der erstmaligen Unterzeichnung des Anti-Korruptions-Konzepts herstellte und diese im Frühsommer 2004

erfolgte, nach dem Aussageinhalt genau bestimmen. Als zusätzliches Indiz ist zu bewerten, dass der Kläger im Januar 2005 das ihm von einem Bestatter gegebene Trinkgeld von € 60,00 in der Verwaltung des Friedhofsamtes abgab. Die Kammer erachtet die Aussage des Zeugen W. für glaubwürdig. Der Zeuge hat ein ehrliches Aussageverhalten gezeigt und sich auf die Wiedergabe der Umstände beschränkt, an die er sich nach der inzwischen verflossenen Zeit noch zuverlässig genug erinnern konnte. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zeuge ein Interesse an dem Obsiegen der einen oder anderen Partei im vorliegenden Rechtsstreit hat oder sich aus anderen Gründen zu einer unwahren Aussage hat verleiten lassen. Gleiches gilt für die Aussage des Zeugen L. zu den Verhältnissen auf dem Friedhof I. und den vom Kläger ab 2005 bezahlten Weihnachtsfeiern, im übrigen auch für die Aussage der Zeugin L. am 12.01.2011 zu der dem Kündigungsschreiben beigefügten Vollmacht.

Die Parteien sind nach der Beweisaufnahme den von den Zeugen geschilderten Vorgängen auch nicht entgegen getreten und haben ihre Schlussrede auf dem in der Beweisaufnahme zutage getretenen Sachverhalt aufgebaut, diesen allerdings kündigungswidrig konträr bewertet. Daher darf der Inhalt der Zeugenaussagen wie unstrittig behandelt werden (§ 138 Abs. 3 ZPO).

Der Einwand des Klägers, dass Frau L. mit den Überweisungen nur ein Trinkgeld (Spende für die Kaffeekasse, Dankeschön, Obolus) geben wollte, kann angesichts der vorerwähnten Gesamtumstände nicht verfangen. Es kann dahin stehen, mit welcher Ausdrucksweise auch immer Frau L. gegenüber dem Kläger im Jahr 2004 die Überweisung von jährlich € 155,00 (Verwendungszweck „T.“) zusagte und ob sie mit der Zahlung an den Kläger einer Belegschaft Rechnung tragen wollte. Denn es lag auf der Hand, dass Frau L. den Friedhofsmitarbeitern und namentlich dem Kläger, der als Leiter die Schlüsselfunktion hatte, eine finanzielle Gegenleistung für die versprochene Grabpflege zukommen lassen bzw. durch die stetige Geldüberweisung zur Fortführung der Grabpflege bewegen wollte.

**c)** Der Kläger handelte mit Vorsatz und hatte Unrechtsbewusstsein. Die Annahme der von Frau L. sen. und jun. gezahlten „Trinkgelder“ geschah nicht

aufgrund eines rechtsirrtümliches Versehens (vgl. auch BAG 18.11.1999 – 2 AZR 743/98 – Rn. 17), sondern in dem Bewusstsein, pflichtwidrig zu handeln.

(11) Es spricht einiges dafür, kann aber letztlich offen bleiben, ob der Kläger nicht aufgrund der 1989 erfolgten Kündigung des damaligen Friedhofsleiters F. wegen privater Vereinnahmung von Grabpflegevergütung, was ihm nach Lage der Dinge bekannt geworden sein musste (Seite 2 des Schriftsatzes der Beklagten vom 29.11.2010), dafür „sensibilisiert“ sein musste, dass die Beklagte die entgeltliche Pflege von privaten Gräbern in keinem Fall tolerieren, sondern mit einer Entlassung ahnden würde.

Die „Gegendarstellung“ des Klägers (Seite 4 des Schriftsatzes vom 03.01.2011) ist abwegig: Es lagen keine Umstände vor, die zur Annahme berechtigen konnten, dass das Grab T. ausnahmsweise doch auf Kosten der Beklagten gepflegt werden dürfe. Der Kläger legt auch im Licht des Vortrages der Beklagten (Seite 2 des Schriftsatzes vom 11.01.2011) nicht dar, dass die Amtsleitung von der in der Vergangenheit gehandhabten und dann fortgeführten „Grabpflege T.“ wusste.

(22) Die vom Kläger hinsichtlich der Grabpflege reklamierte „Tradition“ mochte zwar dazu verführen, hiermit weiterzumachen. Es ist jedoch evident gewesen, dass die „Tradition“ keinen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund abgibt: Bei dem Grab T. handelte es sich um keine Ehrengrabstätte, und es bestand auch kein Grabpflegevertrag mit der Beklagten, so dass jene Bediensteten auf dem Friedhof F., denen – wie dem Kläger – diese Ausgangslage bekannt war, nicht im Zweifel darüber sein konnten, dass die während der Arbeitszeit und unter Einsatz von Sachmitteln der Beklagten übernommene Grabpflege pflichtwidrig war und somit eine private Angelegenheit der Angehörigen des beigesetzten Herrn T. besorgt wurde. Es liegt nicht in der Kompetenz der Bediensteten und des Friedhofsleiters, sich unter Berufung auf eine vermeintliche Tradition über bestehende Vorschriften hinwegzusetzen.

(33) Hiernach ist der Einwand des Klägers unschlüssig, mit der Grabpflege des ehemaligen Friedhofsleiters seiner persönlichen und der bei anderen

Friedhofsmitarbeitern vorhandenen Anstandsanschauung („Ehrendienst“) gefolgt zu sein. Im übrigen ist nicht plausibel, dass die Friedhofsmitarbeiter und namentlich der Kläger ab 1995 allein aus Anstandsgefühl gegenüber einem in den 40'er Jahren beigesetzten früheren Friedhofsleiter dessen Grab weiterpfliegen. Die nachgeordneten Mitarbeiter (wie Frau J.) handelten allemal auf Anweisung des Klägers und des ihm unterstellten Vorhandwerkers. Frau L. sen. gab dem Kläger nach dessen eigener Darstellung (Seite 2 f. der Sitzungsniederschrift vom 12.01.2011) jeweils einen Geldbetrag bis zu DM 300,00, wobei die angebliche „Kaffeekasse“ in einem großen Portemonnaie bestand und keine anderen Einzahler hatte. Zur Überzeugung der Kammer (§ 286 Abs. 1 ZPO) erfolgte daher die Grabpflege nicht allein aus einer amorphen Anstandsanschauung heraus, sondern in der berechtigten Erwartung eines beträchtlichen „Trinkgeldes“, das die überobligationsmäßige und werthaltige Pflegearbeit zum beiderseitigen Vorteil abgelten sollte.

Anzumerken ist, dass der Kläger seit langem nicht mehr durch persönliche Arbeit zur Grabpflege beitrug, wie er offenbar bei seiner Anhörung am 07.04.2010 und mit nebulösen prozessualen Ausführungen (Schriftsatz vom 12.08.2010 zu II 1, 6) glauben machen wollte.

(44) Überdies indizieren die Regelmäßigkeit und Höhe der „Trinkgeldzahlungen“ das Unrechtsbewusstsein des Klägers. Die Annahme der von Frau L. sen. und jun. von Frau L. sen. und dann Frau L. jun. geleisteten Zahlungen sprengen jedes als Trinkgeld annehmbare Maß (vgl. BAG 15.11.2001 – 2 AZR 605/00 – Rn. 16). Die Zahlungen hatten wie ausgeführt sichtlich den Zweck, die Pflegearbeit zu entgelten, dies sowohl zum Vorteil des Zahlungsempfängers, der die Pflege leistete bzw. durch eine unterstellte Gärtnerin leisten ließ, als auch im Interesse des Zahlenden, der den Abschluss eines teuren Grabpflegevertrages vermeidet. Für die Beteiligten bestand die bei Schwarzgeldzahlungen vertraute win-win-Situation.

(55) Für den Kläger war ohne Weiteres erkennbar, dass sein Verhalten flagrant pflichtwidrig war. Tatsachen, aufgrund derer er mit vertretbaren Gründen

hätte annehmen können, sein Verhalten (Grabpflege unter Entgegennahme überhöhter „Trinkgelder“) sei nicht vertragswidrig oder werde vom Beklagten nicht als ein erhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdendes Fehlverhalten angesehen, hat er nicht dargelegt.

**3.** Wenn – wie hier – ein an sich geeigneter Grund zur Rechtfertigung einer Kündigung vorliegt, kann eine hierauf gestützte außerordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis gleichwohl nur dann beenden, wenn sich bei einer umfassenden Interessenabwägung ergibt, dass das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers im Verhältnis zu dem Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers überwiegt. Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der (fiktiven) Kündigungsfrist (BAG 27.04.2006 – 2 AZR 386/05 – Rn. 34) zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumutbar ist oder nicht, lassen sich nicht abschließend festlegen.

**a)** Geht es um eine Kündigung wegen schuldhafter Pflichtverletzung (vgl. BAG 21.01.1999 – 2 AZR 665/98 – Rn. 15 ff., BAG 21.01.1990 – 2 AZR 665/98 – Rn. 17, zu unverschuldetem vertragswidrigem Verhalten, sowie BAG 26.11.2009 – 2 AZR 272/08 – Rn. 24, zu nicht vertragswidrigem Verhalten; ferner BAG 31.01.1985 – 2 AZR 284/83 – Juris Rn. 16), ist vordringlich das Gewicht der inkriminierten Vertragsverletzung einzuschätzen. Hierzu sind regelmäßig die Qualität der verletzten Vertragspflicht sowie der Grad des Verschuldens zu eruieren. Diese Umstände bestimmen maßgeblich den bewirkten Vertrauensverlust. Dabei kommt es für die Feststellung, inwieweit ein Vertrauensverlust eingetreten ist, nicht auf die subjektive Betroffenheit und Wertmaßstäbe des einzelnen Arbeitgebers an. Vielmehr ist unter Anlegung eines objektiven Maßstabs zu ermitteln, ob der Pflichtverstoß so schwer wiegt, dass er geeignet

ist, das erforderliche Vertrauen bei einem verständig und besonnen urteilenden und gerecht abwägenden Arbeitgeber zu zerstören.

– Des Weiteren sind die Auswirkungen der Vertragspflichtverletzung insbesondere im Hinblick auf betriebliche oder wirtschaftliche Folgen zu betrachten (vgl. BAG 06.11.2003 – 2 AZR 631/02 – Rn. 37, BAG 26.03.2009 – 2 AZR 953/07 – Rn. 29 zur etwaigen Rufschädigung). Wenn Verstöße gegen die betriebliche Ordnung oder die Störung des Betriebsfriedens geahndet werden sollen, ist freilich der Aspekt der Generalprävention gegenüber anderen Mitarbeitern für das Kündigungsrecht nur begrenzt tragfähig (BAG 16.12.2004 – 2 ABR 7/04 – Rn. 33).

– Die Beurteilung, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber zumutbar oder unzumutbar ist, hängt zwar nicht an dem Umfang der Schädigung des Arbeitgebers bzw. der Bereicherung des Arbeitnehmers. Deshalb ist jedoch die Höhe des Schadens nicht unbeachtlich. Indem das arbeitsvertragliche Vertrauensverhältnis durch ein besonders verwerfliches Fehlverhalten stärker gestört wird als durch eine einmalige und geringfügige Vorteilsverschaffung, wird von Bedeutung, welche finanzielle Größenordnung der vom Arbeitnehmer erzielte Vorteil hat und ob der Arbeitnehmer wiederholt gegen ausdrückliche Verbotsregelungen verstoßen hat (vgl. BAG 27.04.2006 – 2 AZR 415/05 – Rn. 19).

– Für die Gewichtung der Pflichtverletzung ist weiterhin die Nähe (bzw. Ferne) des Kündigungssachverhalts zum Arbeitsverhältnis von Bedeutung (KR/Fischermeier, 9. Aufl., § 626 BGB Rn. 238). Daher sieht die höchstrichterliche Rechtsprechung es zu Recht als erschwerend an, wenn der Arbeitnehmer die Pflichtverletzung bei oder im Zusammenhang mit seiner Arbeit oder gar unter Ausnutzung einer nur schwer kontrollierbaren Arbeitstätigkeit begeht (vgl. BAG 29.11.2007 – 2 AZR 724/06 – Rn. 32) oder der Arbeitnehmer eine Vertrauensstellung inne hat (BAG 26.11.1987 – 2 AZR 312/87 – Rn. 32, BAG 02.03.2006 – 2 AZR 53/05 – Rn. 27, 04.07.1991 – 2 AZR 79/91 – Rn. 31) oder Vorgesetzten- und Vorbildfunktion hat (BAG 07.12.1989 – 2 AZR 134/89 – Rn.



85 , ferner BAG 25.03.2004 – 2 AZR 341/03 – Rn. 29). Von Arbeitnehmern in solcher Position darf der Arbeitgeber in besonderem Maße eine korrekte, redliche und loyale Dienstaübung erwarten. Der Missbrauch der übertragenen Stellung in Form pflichtwidriger „Amtsführung“ zur privaten Vorteilsverschaffung hat dann kündigungsrechtlich ganz erhebliches Gewicht. Umgekehrt kann eine untergeordnete Stellung des Arbeitnehmers „schuldmildernd“ zu berücksichtigen sein (ErfK/Müller-Glöge, 11. Aufl., § 626 BG Rn. 43).

– Länger zurückliegendes Fehlverhalten kann, auch wenn es ursprünglich schwerwiegend war, seine Kündigungsrelevanz verlieren, wenn es das Arbeitsverhältnis nicht mehr belastet (BAG 15.08.2002 – 2 AZR 514/01 –, BAG 09.01.1986 – 2 ABR 24/85 – Rn. 29). Andererseits kommt dem Arbeitnehmer nicht ohne weiters zugute, dass sein Fehlverhalten zunächst unentdeckt bleibt. Vor allem dann, wenn er selbst das Fehlverhalten verheimlicht und vertuscht hat, ist dem Zeitablauf kein vertrauensbildendes Moment zu entnehmen. Verhalten des Arbeitnehmers nach der Kündigung darf berücksichtigt werden, sofern es zu dem Kündigungssachverhalt in so enger innerer Beziehung bestehen, dass es nicht außer Acht gelassen werden kann, ohne dass ein einheitlicher Lebensvorgang zerrissen würde. Außerdem ist genau zu prüfen, welche konkreten Rückschlüsse auf den Kündigungsgrund späteres Verhalten wirklich erlaubt. Prozessverhalten, das sich in einer möglicherweise ungeschickten und widersprüchlichen Verteidigung erschöpft, lässt nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts keine Rückschlüsse auf eine vertragsrelevante Unzuverlässigkeit zu und vermag dann nicht das Maß des verbliebenen Vertrauens zu mindern (BAG 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – Rn. 52 ff.).

**b)** Ist hiernach das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu begründen, so hat die Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen beanstandungsfreien Bestand besonders zu gewichten (sog. „Vertrauenkapital“, BAG 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 Emmely – Rn. 47 [Pressemitteilung Nr. 42/10]). Darüber hinaus sind die Unterhaltungspflichten und das Lebensalter zu berücksichtigen (BAG 27.04.2006 – 2 AZR 415/05 – Rn. 19). Freilich haben

gerade bei einem schweren Vertrauensbruch etwaige Unterhaltspflichten als ein der Privatsphäre zuzurechnender Faktor allenfalls marginale Bedeutung (BAG 16.12.2004 – 2 ABR 7/04 – Rn. 28). Ähnliches gilt für das Lebensalter. Es ist im übrigen nur zu berücksichtigen, falls Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Chancen des Arbeitnehmers auf dem Arbeitsmarkt altersbedingt beeinträchtigt sind (BAG 05.04.2001 – 2 AZR 159/00 – Rn. 66).

c) Nach der gefestigten Rechtsprechung (BAG 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 Emmely – Rn. 34) kommt eine außerordentliche Kündigung nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. In diesem Zusammenhang gewinnt „als milderer Mittel“ die Abmahnung Bedeutung, weil sie bei Vertragspflichtverletzungen, die auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers beruhen, der Objektivierung der negativen Prognose hinsichtlich der Wiederholungsgefahr dient und insoweit auf das künftige Verhalten des Arbeitnehmers im Sinne der Besserung einwirkt (BAG 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 Emmely – Rn. 36 f.). Indessen muss das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Vertragsauflösung hinter dem Bestandsinteresse des Arbeitnehmers nicht erst unter der Prämisse der objektiven Ausschließung einer Wiederholungsgefahr zurücktreten. So ist eine Abmahnung von vornherein entbehrlich, wenn eine schwere Pflichtverletzung vorliegt, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar ist und bei der die Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist. Dann muss Arbeitnehmer bewusst sein, dass er seinen Arbeitsplatz aufs Spiel setzt. (BAG 10.02.1999 – 2 ABR 31/98 – Rn. 24, Kammer 24.06.2009 – 12 Sa 425/09 – Rn. 30 ). Zudem gibt es in der Lebenswirklichkeit eine Vielzahl von Sachverhalten, in denen eine Wiederholungsgefahr aus personenbezogenen oder aus betrieblichen Gründen praktisch nicht besteht. Gleichwohl kann die „Verhältnismäßigkeit“ der außerordentlichen Kündigung außer Frage stehen (Kammer 21.07.2004 – 12 Sa 620/04 – Rn. 27).

An einer Wiederholungsgefahr kann es im Einzelfall fehlen, wenn etwa der Arbeitnehmer in Verkennung seiner vertraglichen Pflichten ohne Schädigungsabsichten gehandelt (vgl. BAG 16.12.2004 – 2 ABR 7/04 – Rn. 33) oder als Aus-

druck einer auf Korrektheit und Ehrlichkeit ausgerichteten Grundhaltung angeordneten Schaden beseitigt hat (BAG 27.04.2006 – 2 AZR 415/05 – Rn. 22).

**4.** Gemessen hieran ist dem Kläger ein gravierendes Fehlverhalten anzulasten. Angesichts der Schwere seiner Pflichtverletzung brauchte die Beklagte es nicht bei einer mit einer sozialen Auslaufzeit versehenen außerordentlichen Kündigung oder nur bei einer Abmahnung oder Ermahnung zu belassen. Das Interesse der Beklagten an der sofortigen Vertragsauflösung überwiegt auch unter Berücksichtigung des erworbenen „Vertrauenskapitals“ und der fehlenden Wiederholungsgefahr das beruflich existentielle Interesse des Klägers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses.

**a)** Der Kläger hat seine arbeitsvertragliche Hauptpflicht als (kommissarischer) Leiter des Friedhofs F. verletzt, indem er seit 1995 dafür sorgte, dass das Grab T. von den Friedhofsmitarbeitern weitergepflegt wurde, seit 1996 durch die Gärtnerin J., an die mit ihrer Einstellung „automatisch die Grabpflege fiel“ (Bl. 189 GA). Mit der Fortführung der „Automatik“ (Tradition) handelte er grob den klaren und bekannten Vorschriften zuwider, wonach städtischerseits lediglich Ehrengrabstätten oder Gräber, für die ein mit der Beklagten geschlossener Grabpflegevertrag bestand, seitens der Friedhofsmitarbeiter zu pflegen waren. Indem der Kläger die Grabpflege T. nicht einstellte, veranlasste er untergeordnete Mitarbeiter während ihrer Arbeitszeit dazu, nicht dienstliche Arbeiten unter Verwendung von Gerätschaften und Material der Beklagten durchzuführen.

Allerdings macht allein der Umstand, dass Mitarbeiter gelegentlich der Arbeitszeit Angelegenheiten Dingen nachgehen, dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht ohne weiteres unzumutbar (Kammer 29.01.2003 – 12 Sa 693/01 Schlafhäuschen – Juris Rn. 74. Kammer 24.06.2009 – 12 Sa 425/09 Kaffeebude – Rn. 32 ff.). Die Gegenmeinung, die ein derartiges Verhalten gleich in die Nähe des Arbeitszeitbetruges rückt, erscheint der Kammer zu rigoros. Wenn keine Anhaltspunkte dafür bestehen oder vom Arbeitgeber vorgebracht sind, dass die dem Arbeitnehmer aufgetragene Arbeitsleistung aufgrund seiner Privatbeschäftigungen während der Dienstzeit gelitten hat, ist eine

Kündigung ohne vorherige Abmahnung kaum zu rechtfertigen (z.T. anders BAG 27.04.2006 – 2 AZR 386/05 – Rn. 26). Inwieweit der zusätzliche Umstand, dass der Arbeitnehmer Arbeitsmittel des Arbeitgebers verwendet und verbraucht, die private Nebenbeschäftigung als gravierenden Pflichtenverstoß erscheinen lässt, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Ein äußerst geringer Wert oder gar der Umstand, dass die abgezweigten Gegenstände entsorgungsgeweiht waren, kann dem Pflichtverstoß keine Schwere verleihen (einerseits BAG 11.12.2003 – 2 AZR 36/03 – Rn. 20, andererseits Kammer 07.01.2004 – 12 TaBV 69/03 Lavamat – Rn. 42 f., ArbG Düsseldorf, Urteil vom 05.04.1995, ArbuR 1995, 334). Unter diesem Aspekt darf dem Kläger zugute gehalten werden, dass er bezüglich der auf die Grabpflege T. verwendeten Arbeitszeit der Mitarbeiterin J. ausschließen durfte, dass die Erledigung der eigentlichen Arbeitsaufgaben vernachlässigt wurde. Auch mochte aus seiner Sicht in der etwaigen Abnutzung von Geräten oder dem Verbrauch von Material, zB. Muttererde, keine beachtliche Schädigung der Beklagten liegen. Die Beklagte selbst lässt es in diesem Punkt auch an näheren Angaben fehlen.

**b)** Die besondere Schwere der Pflichtwidrigkeit des Klägers ergibt sich aus der zugestandenen Entgegennahme höherer Bargeldbeträge durch Frau L. sen. „frühestens ab 1995“ (Bl. 188 GA) und den angenommenen jährlichen Überweisungen von € 155,00 seitens Frau L. jun. ab 2004. Die Kammer wertet die Zahlungen als Schwarzgeld für die fortlaufend erbrachte und vom Kläger anlässlich der jeweiligen Geldübergabe und in dem Gespräch im Jahr 2004 zumindest konkludent zugesagte Weiterführung der Grabpflege.

Diesem Befund steht nicht entgegen, dass Frau L. sen. und Frau L. jun. rechtlich nicht zu den Zahlungen verpflichtet waren und Frau L. sen. keinen bestimmten, sondern jeweils einen ihr der Höhe nach angemessen erscheinenden Betrag zahlte. Ebenso wenig ist von Belang, ob die Abrede mit Frau L. jun. dahin ging, dass sie „das von ihr richtig erachtete Geld“ anweise (Seite 4 des Schriftsatzes vom 12.08.2010). Denn der Kläger vermittelte wissentlich den Eindruck, für die Pflege des Grabes T. zu sorgen, und veranlasste die an der Grabpflege interessierten Hinterbliebenen des Herrn T. dazu, sich entspre-

chend erkenntlich zu zeigen. Seine Behauptung, mit der Entgegennahme des Geldes einem dringenden Wunsch der Hinterbliebenen nachgekommen zu sein (Seite 2 des Schriftsatzes vom 03.01.2011), ist unerheblich: Zum Einen ist es typischerweise der Wille des Auftraggebers von Schwarzarbeit, diese zu bezahlen, aber eben nicht „offiziell“. Zum Anderen liegt der Pflichtverstoß in der Entgegennahme der Beträge. Die Beträge überstiegen, wie ausgeführt, bereits vor 2004 den Rahmen von normalen „Trinkgeldern“ und sind noch weniger angesichts der 2004 eingeführten Überweisungspraxis als Trinkgeld zu verstehen. Die Geldzahlungen geschahen nicht für eine ohnehin der Beklagten obliegende und durch die Friedhofsmitarbeiter ausgeführte Tätigkeit, sondern zur Belohnung für die „freiwillige“ Grabpflege. Der Kläger war daher gehalten, die „Trinkgelder“ von Frau L. sen. zurückzuweisen und es von vornherein Frau L. jun. nicht (durch Angabe seines Privatkontos) zu ermöglichen, den Betrag von € 155,00 jährlich zu überweisen. Ggf. hätte er den Hinterbliebenen nahe legen können, einen Grabpflegevertrag mit der Beklagten oder einer Friedhofsgärtnerei abzuschließen. Wenn er stattdessen die bar oder unbar gezahlten Gelder annahm, beging er eine schwere Verletzung arbeitsvertraglicher Rücksichtnahmepflichten (vgl. BAG 02.03.2006 – 2 AZR 53/05 – Juris Rn. 27).

Wie dem privaten Arbeitgeber sein Geschäftsbereich voll und ohne die Gefahr nachteiliger, zweifelhafter oder zwielfichtiger Beeinflussung durch den Arbeitnehmer offen stehen soll (BAG 16.06.1976 – 3 AZR 73/75 – Rn. 33), darf der öffentliche Arbeitgeber von seinen Bediensteten erwarten, dass sie das Vertrauen der Öffentlichkeit und auch des Arbeitgebers in eine saubere, an sachlichen Kriterien orientierte Ausübung der Dienstpflichten der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes bewahren, insbesondere bereits den bösen Schein vermeiden, der Mitarbeiter könne aufgrund ihm gewährter Vorteile oder durch einen aufgrund der ausgeübten Nebentätigkeit hervorgerufenen Interessenkonflikt in seiner Amtsführung beeinflussbar sein (BAG 18.09.2008 – 2 ZR 827/06 – Rn. 26, vgl. BAG 28.10.2010 – 2 AZR 293/09 – Rn. 18). Diese Verhaltensmaxime gilt über § 3 Abs. 2 TVöD/VKA (§ 10 BAT) hinaus für alle Angehörigen des öffentlichen Dienstes (z.B. Scheuring/Lang/Hoffmann, BMT-G, § 9 Erl. 12.13.2, 13.4).

**d)** In keinem Fall durfte der Kläger die ihm zugeleiteten Gelder behalten, sondern hatte sie an die Beklagte abzuführen. Dazu war er rechtlich verpflichtet (vgl. BAG 11.04.2006 – 9 AZR 500/05 – Rn. 29). Im Rahmen der Belehrung vom 26.03.2007 wurde er ebenfalls darauf hingewiesen. Gleichwohl führte er die überwiesenen Beträge nicht an die Beklagte ab.

Daher greift der Einwand des Klägers zu kurz, dass er wegen der Belehrung 2008 und 2009 die überwiesenen Beträge an Frau L. jun. retourniert habe (Seite 5 des Schriftsatzes vom 12.08.2010). Denn er hätte den überwiesenen Betrag (wie das Bestatter-Trinkgeld im Januar 2005) an die Beklagte abführen müssen, so wie nach der Aussage des Zeugen W. seit 2004 alle Mitarbeiter gehalten waren, (Trink)Gelder abzuführen. Hiernach wurden der Beklagten von 2004 bis 2009 insgesamt € 930,00 (€ 155,00 x 6 Jahre) hinterzogen. Der Schaden der Beklagten fällt noch höher aus, wenn man die vom Kläger seit ca. 1995 vereinnahmten „Trinkgelder“ einbezieht bzw. die entgangenen Gebühren einbezieht, die sie aus einem Grabpflegevertrag erzielt worden wären.

Im übrigen ist der Einwand des Klägers unglaubwürdig: Wenn die Belehrung vom 26.03.2007 ihn zu einer neuen Einsicht brachte, dann hätte nichts näher gelegen, als bereits den im November 2007 überwiesenen Betrag zurückzuweisen. Nach Überzeugung der Kammer war es vielmehr so, dass der Kläger einerseits die früheren Zahlungen nicht offenbaren und arbeitsrechtliche Konsequenzen vermeiden wollte und andererseits befürchten musste, dass die an ihn getätigten Überweisungen auffallen würden, wenn – so wie es dann tatsächlich geschehen ist – Frau L. jun. das Grab T. auf dem Friedhof F. besuchen und bei dieser Gelegenheit den Friedhofsleiter als ihre Kontaktperson aufsuchen würde. Zum Friedhof I. versetzt, konnte der Kläger Frau L. jun. nicht mehr abfangen. Er konnte von I. aus die Pflege des Grabes T. auch nicht mehr persönlich zuverlässig organisieren.

**e)** Der Kläger kann sich nicht damit entschuldigen, dass er zwischen Geldern etwa von Bestattern und solchen von Hinterbliebenen unterschieden habe. Diese Einlassung ist schon deshalb nicht plausibel, weil, wie aus der Aussage des Zeugen W. hervorgeht, die Friedhofsmitarbeiter seit 2004 generell zur Ab-

führung sämtlicher „Trinkgelder“ angehalten waren. Zudem konnte der Kläger nicht ernsthaft annehmen, lediglich sog. Schmiergeld (Bestechungsgeld) abführen zu müssen, jedoch Schwarzgeld behalten zu dürfen.

f) Die Beklagte durfte das Fehlverhalten des Klägers für besonders verwerflich ansehen.

(11) Sie hatte dem Kläger als kommissarischem Leiter des Friedhofs F. eine besondere Vertrauensstellung übertragen. Diese missbrauchte der Kläger durch die unter seiner Leitung ab 1995 fortgeführte schwarze Grabpflege. Sein Fehlverhalten wiegt um so schwerer, als er eine Vorgesetztenfunktion inne hatte. Indem er ihm unterstellte Mitarbeiter veranlasste, die Grabpflege T. durchzuführen, bezog er sie in das fortgesetzte pflichtwidrige Tun ein. Die Mitarbeiter sind damit darauf angewiesen, gegenüber der Beklagten zu reklamieren, dass sie entweder guten Glaubens gewesen seien oder sich der Anordnung der Friedhofsleitung praktisch nicht widersetzen konnten.

(22) Der Kläger setzte sich mit der Entgegennahme der Geldbeträge über seine vertragliche Rücksichtnahmepflicht kontinuierlich und grob hinweg. Die seit 2004 erfolgten Belehrungen ließ er hinsichtlich der Grabpflege T. nicht nur unbeachtet. Durch die mit Frau L. jun. getroffene Absprache, dass Geldzuwendungen auf sein Privatkonto zu überweisen seien, verschleierte er gegenüber der Beklagten und auch den Arbeitskollegen die für die Grabpflege persönlich kassierten Beträge. Der Kläger konnte bei allem nicht verkennen, dass sein Fehlverhalten, wenn es in der Öffentlichkeit bekannt würde, eine Rufschädigung der Beklagten nach sich ziehen würde. Wenn er gleichwohl fortgesetzt die für die Pflege des Grabes T. erbrachten Geldzahlungen vereinnahmte, ging er sehenden Auges das Risiko der außerordentlichen Kündigung als konsequente Reaktion der Beklagte ein.

(33) Ohne dass es nach Auffassung der Kammer hierauf entscheidungserheblich noch ankäme, ist festzustellen, dass der ohnehin erhebliche Vertrauensverlust noch dadurch bestärkt wird, dass der Kläger bei seiner Anhörung am 07.04.2010 (Bl. 111 GA) nicht die tatsächliche Dimension seines Fehlverhaltens

offenbarte. So wollte er „in früherer Zeit“ persönlich das Grab gepflegt haben. Im Prozess hat er diese Behauptung wiederholt (Schriftsatz vom 12.08.2010, Seite 3), in der Kammerverhandlung am 12.01.2011 die bevorstehende Vernehmung der geladenen Gärtnerin J. dann dadurch abgewendet, dass er eingeräumt hat, selbst das T.-Grab nur bis 1989 gepflegt zu haben, und die Grabpflege durch Frau J. ab ihrer Einstellung zugestanden hat.

In der Anhörung am 07.04.2010 bezeichnete er bis 2004/2005 empfangenes Geld als „kleinere Beträge“, die er in eine damals existierende Gemeinschaftskasse gelegt habe, äußerte sich nicht zu den Jahren 2006 und 2007, während er zu den Überweisungen 2008 und 2009 die (richtige) Angabe machte, die Beträge in bar zurückgeschickt zu haben. Im Prozess hat er die Einzahlung der überwiesenen Beträge bis 2007 „in die Kaffeekasse“ behauptet. In der Verhandlung am 12.01.2011 erklärte der Kläger zur Kaffeekasse, dass sie ein ihm gehörendes großes Portemonnaie gewesen sei, in das er – nach seiner Behauptung – die von Frau L. sen. und jun. erhaltenen Beträge getan haben will. Danach steht für die Kammer fest, dass zumindest in den letzten Jahren eine Kaffee- oder Gemeinschaftskasse überhaupt nicht existierte. Auch der Zeuge W. und die informatorisch gehörte Gärtnerin J. haben nichts von einer Kaffeekasse berichten können, sondern sich an Geldsammlungen unter den Mitarbeitern erinnert, soweit die Kosten der Betriebsfeiern nicht durch Spenden Dritter oder durch Beiträge des Friedhofleiters gedeckt wurden. Denselben Inhalt hat die – auf den Friedhof I. bezogene – Aussage des Zeugen L..

Weiterhin hat der Kläger Belehrungen seitens der Beklagten vor 2007 bestritten (Seite 7 der Berufungserwiderung), diese hingegen – nach Vorlage durch die Beklagte (Bl. 179 ff GA) – zuletzt nicht mehr bestritten.

Die Kammer ist schließlich der Überzeugung, dass der Kläger mit der Behauptung, dem Kündigungsschreiben sei nur eine Vollmachtenkopie beigelegt gewesen (Seite 3 der Klageschrift), die Unwahrheit behauptet hat. In der Verhandlung am 12.01.2011 hat er hieran noch explizit festgehalten. Nach der Vernehmung der Zeugin L., dem detaillierten Vortrag der Beklagten vom 31.01.2011 und womöglich unter dem Eindruck, dass das Gericht ein Sachverständigen-Gutachten einholen könne (vgl. Seite 3 des Schriftsatzes der Beklagten vom



31.01.2011), hat der Kläger in der Verhandlung am 23.02.2011 die Rüge nach § 174 BGB fallen gelassen. Die vorgebliche Motivation (Seite 2 des klägerischen Schriftsatzes vom 31.01.2011) sieht die Kammer als bloße Schutzbehauptung an.

(44) Das durch das Fehlverhalten des Klägers geschwundene Vertrauen der Beklagten wird nicht dadurch wiederhergestellt, dass, wovon nach den glaubhaften Aussagen der Zeugen L. und W. auszugehen ist, der Kläger zu den Weihnachtsfeiern, einem Betriebsausflug und Sommerfesten jährlich einen Gesamtbetrag von € 155,00 oder womöglich etwas mehr beisteuerte. Hieraus lässt sich schon nicht folgern, dass er die von Frau L. gezahlten bzw. überwiesenen Beträge vollständig der Belegschaft zukommen ließ. Denn die Belegschaft erwartete ohnehin von ihm als Friedhofsleiter, dass er sich bei Geldsammlungen und auf Betriebsfeiern spendabel zeigte, so dass unter diesem Aspekt die von Frau L. jährlich erhaltenen € 155,00 von ihm dafür eingesetzt wurden, seine als Vorgesetzter für die Feiern gespendeten bzw. aufgewendeten Beträge mitzufinanzieren.

Entscheidend ist, dass es den Kläger kündigungswidrig nicht entlastet, was er mit dem pflichtwidrig erworbenen Geld gemacht hat (BAG 15.11.2001 – 2 AZR 605/00 – Rn. 16). Denn die gravierende Pflichtwidrigkeit liegt bereits in der Entgegennahme von Geldzahlung für die Grabpflege T.. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob der Kläger das Geld für sich verwandt oder einer "Kaffeekasse" zugeführt hat. Wie das Bundesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat (BAG 10. Februar 1999 – 2 ABR 31/98 – Rn. 22 f.) „macht es aus der Sicht des Arbeitgebers keinen wesentlichen Unterschied, ob der unrechtmäßig erworbene Geldbetrag dem Arbeitnehmer selbst oder einem Dritten zufließt, dem etwas zu spenden der Arbeitgeber keinen Anlass sieht. Entwendet etwa ein Bankkassierer aus der Kasse 200,00 DM, so sind die Interessen des Arbeitgebers in gleicher Weise beeinträchtigt, gleichgültig ob der Kassierer das Geld für sich verwendet oder es zu mildtätigen Zwecken spendet.“ Überträgt man dieses Erkenntnis auf die vorliegende Konstellation, kommt es nicht darauf an, ob der Kläger „aus altruistischen Motiven“ handelte. Auch wenn ihm in diesem Punkt durchaus eine großzügige und benevolente Einstellung gegenüber den ihm

unterstellten Friedhofsmitarbeitern konzidiert werden darf, handelte er aus dem eigenen Interesse, gegenüber den Mitarbeitern als fürsorglich agierender Vorgesetzter zu erscheinen. Indem er die für die Grabpflege T. vereinnahmten Beträge verschwie, täuschte er die Mitarbeiter zudem über Gründe für seine Großzügigkeit. Darin, dass er die von Frau L. für die Belegschaft des Friedhofs F. gedachten Beträge ab 2005 den Mitarbeitern seiner neuen Arbeitsstätte in I. zukommen ließ, manifestiert sich eine willkürliche Verwendung der als Belohnung für die Grabpflege T. bestimmten € 155,00.

**5.** Zugunsten des Klägers fällt vor allem das durch eine fast 39-jährige, störungsfrei verlaufene Beschäftigungszeit erworbene „Vertrauenkapital“ ins Gewicht. Der Verlust des Arbeitsplatzes bedeutet für ihn einen beruflich großen Einschnitt und ist mit wirtschaftlich großen und dauerhaften Nachteilen verbunden. So hat der Kläger aufgrund seines Lebensalters, seiner Schwerbehinderung und des bisherigen beruflichen Werdeganges auf dem Arbeitsmarkt geringe Vermittlungschancen. Die Kündigung trifft ihn wirtschaftlich hart, dies auch im Hinblick auf die Unterhaltspflicht gegenüber der Ehefrau. Danach begründet der hohe soziale Besitzstand ein großes Interesse des Klägers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses.

**6. a)** Das Bestandsschutzinteresse des Klägers hat bei Abwägung aller Umstände hinter dem Auflösungsinteresse der Beklagten zurückzutreten. Der Kläger konnte zu keiner Zeit damit rechnen, dass die Beklagte sein Fehlverhalten billigen oder diesem lediglich mit einer Abmahnung oder Versetzung begegnen würde. Die Schwere der Pflichtverletzungen und die Bemühungen, durch auf das Privatkonto veranlasste Überweisungen für die Grabpflege T. kontinuierliche Einnahmen zu erzielen und diese gleichzeitig gegenüber der Beklagten zu verheimlichen, stellen einen derart gravierenden Vertrauensbruch dar, dass der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten und die fristlose Kündigung rechtmäßig ist. Danach kann zugunsten des Klägers der Umstand, dass nach Lage der Dinge eine Wiederholungsgefahr höchst unwahrscheinlich erscheint, keine ausschlaggebende Bedeutung haben. Ebenso wenig kommt, wie bereits erwähnt, im Rahmen der Interessenabwägung

dem Kläger zugute, dass er zuletzt Ende 2007 den von Frau L. geleisteten „Obolus“ behalten und in dem gesamten hier in Rede stehenden Zeitraum den Vermögensvorteil, den er durch die ihm für die Grabpflege T. zugeflossenen Geldbeträge erlangt hat, nicht vollständig für sich vereinnahmt, sondern zu einem beträchtlichen Teil mittels spendabler Beiträge zu Betriebsfeiern an die ihm unterstellten Friedhofsmitarbeiter „weitergegeben“ hat.

**b)** Die Pflichtverletzungen des Klägers wiegen so schwer, dass auch einem vergleichbaren, mit der Höchstfrist ordentlich kündbaren Angestellten aufgrund derartiger Pflichtverletzungen fristlos gekündigt werden müsste. Der Beklagten ist daher hier nicht die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung mit Auslaufzeit entgegenzuhalten.

**II.** Der Kündigung stehen keine sonstigen Unwirksamkeitsgründe entgegen.

**1.** Auf den in der Berufungsbegründung der Beklagten zur Einhaltung der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB wiederholten Sachvortrag der Beklagten hin (Seite 8 ff. des Schriftsatzes vom 29.11.2010) hat der Kläger mit Nichtwissen bestritten, dass Frau L. erst am 06.04.2010 gegenüber der Beklagten von der geübten Zahlungspraxis berichtet habe (Seite 10 des Schriftsatzes vom 03.01.2011), und hiermit offenbar sein Bestreiten im Schriftsatz vom 12.08.2010 (Seite 8) aufgreifen wollen. Unterstellt man trotz des substantiierten und durch Vorlage aussagekräftiger Unterlagen (Bl. 58 ff., 111 f. GA) gestützten Vortrages der Beklagten die Zulässigkeit des pauschalen klägerischen Bestreitens, so steht gleichwohl fest, dass die Zweiwochenfrist gewahrt wurde. Denn nach zutreffender höchstrichterlicher Spruchpraxis (BAG 02.02.2006 – 2 AZR 57/05 – Rn. 21, BAG 01.02.2007 – 2 AZR 333/06 – Rn. 18 ff., BAG 25.11.2010 – 2 AZR 171/09 – Rn. 15) kann der Kündigungsberechtigte, der bislang nur Anhaltspunkte für einen Sachverhalt hat, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte, nach pflichtgemäßem Ermessen weitere Ermittlungen anstellen und den Betroffenen anhören, ohne dass die Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu laufen beginnt; unbeachtlich ist, ob die Ermittlungsmaßnahmen tatsächlich

zur Aufklärung des Sachverhalts beigetragen haben oder überflüssig waren. So verhält es sich hier. Nach dem insoweit unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Beklagten wollte das Personalamt nach der Anhörung am 07.04.2010 den Kläger zu den Vorgängen in der Vergangenheit näher befragen, was der Kläger am 09.04.2010 ablehnte, und den Sachverhalt telefonisch mit Frau L. nochmals besprechen, was am 15.04.2010 geschah (Seite 8 f. des Schriftsatzes vom 30.07.2010, Seite 9 f. der Berufungsbegründung). Nachdem Frau L. in einem Schreiben vom 15.04.2010, am 19.04.2010 der Beklagten zugegangen, den Sachverhalt bestätigte, leitete die Beklagte das nach § 74 LPVG NRW ein und beantragte die Zustimmung des Integrationsamtes.

Danach ist die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten. Denn die Beklagte war, nachdem sie am 07.04.2010 den Kläger angehört und von ihm die im Gesprächsprotokoll (Bl.111 GA) fixierte unklare und zweifelbegründende Sachdarstellung erhalten hatte, gerade auch im Interesse des Klägers, von einer voreiligen Kündigung verschont zu werden, veranlasst zu überprüfen, was tatsächlich vorgefallen war, und Einzelheiten zu ermitteln. Auch wenn die Ermittlungen keine wesentlich neuen Erkenntnisse zutage förderten, ist es nach § 626 Abs. 2 BGB nicht zu beanstanden, wenn die Beklagte aufgrund der Anhörung des Klägers am 07.04.2010 den Kündigungssachverhalt weiter ermitteln wollte. Erst nach der vorgesehenen Abklärung konnte aus Sicht der Beklagten der Kündigungssachverhalt in Bezug auf die Entscheidung, ob der bekannte Sachverhalt für eine Kündigung ausreicht oder nicht, abschließend bewertet werden.

**2.** Der vom Kläger erhobene Einwand nach § 174 BGB hat sich in der letzten mündlichen Verhandlung erledigt.

**3.** Der Kläger hat sein Bestreiten mit Nichtwissen, dass der Personalrat vor der Kündigung ordnungsgemäß angehört und die Kündigung unverzüglich nach der Zustimmungsfiktion des Integrationsamtes ausgesprochen worden sei (Seite 4 der Klage), nach dem Vortrag der Beklagten schon in erster Instanz nicht aufrecht erhalten (Schriftsatz vom 12.08.2010). In der Berufungsinstanz ist er darauf nicht mehr zurückgekommen. Aus dem unstreitigen Parteivorbringen

ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Kündigung insoweit zu bemängeln wäre.

**C.** Die Kosten des Rechtsstreits hat nach § 91 Abs. 1 ZPO der Kläger als unterlegene Partei zu tragen.

Die Kammer hat nach § 72 Abs. Nr. 1 ArbGG die Revision zugelassen. Zwar wird der Streitfall von Einzelfallumständen geprägt. Jedoch ist dem Bundesarbeitsgericht im Nachgang zu seiner Entscheidung vom 10.06.2010 (– 2 AZR 541/09 Emmely – Rn. 32 f., vgl. BAG 28.07.2009 – 3 AZN 224/09 – Rn. 18 f.) Gelegenheit zu geben, alle in eine Interessenabwägung einzubeziehenden wesentlichen Gesichtspunkte zu benennen, diese im Wege der eigenen Interessenabwägung zu gewichten (vgl. LAG Berlin-Brandenburg 16.09.2010 – 2 Sa 509/10 – Juris Rn. 37, Stoffels NJW 2011, 118) und ggf. auch den unteren Instanzen Hinweise zu geben, in welchem Verhältnis zu den verbrachten Dienstzeiten (und ggf. weiteren Kriterien wie z. B. der Höhe der Arbeitsvergütung) Vertrauenskapital angesammelt und in welchem die danach ermittelte Höhe des Vertrauenskapitals durch Pflichtwidrigkeiten aufgebraucht wird.

### **RECHTSMITTELBELEHRUNG**

Gegen dieses Urteil kann vom Kläger

### **REVISION**

eingelegt werden.

Für die beklagte Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist\* von einem Monat** schriftlich beim

Bundesarbeitsgericht  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt  
Fax: 0361-2636 2000

ingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

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

**\* eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Dr. Plüm

Nauck

Brinkmann