

**Titel:**

**Wirksamkeit einer außerordentlichen Arbeitgeberkündigung**

**Normenkette:**

BGB § 626

BayPersVG Art. 77

**Leitsätze:**

Unterbricht eine Reinigungskraft in erheblichem Umfang ihre Arbeit, um in den zu reinigenden Büros mit den dort installierten dienstlichen Telefonen privat zu telefonieren und ausgiebig Zeitschriften zu lesen, kann dies jedenfalls nach einschlägiger Abmahnung eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen. (Rn. 39 – 51)  
Im Falle der ordentlichen Unkündbarkeit eines Arbeitnehmers aufgrund einer tariflichen Regelung ist im Rahmen der außerordentlichen Kündigung für die Frage der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf die fiktive Kündigungsfrist abzustellen, die ohne die ordentliche Unkündbarkeit zur Anwendung käme (Anschluss an BAG BeckRS 2016, 66796 Rn. 20; BeckRS 2016, 114684 Rn. 20; BeckRS 2017, 131400 Rn. 18). (Rn. 36) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

außerordentliche Kündigung, Arbeitgeberkündigung, Abmahnung, Reinigungskraft, Personalrat, Anhörung, Interessenabwägung, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

**Vorinstanz:**

ArbG Bamberg, Endurteil vom 31.07.2018 – 3 Ca 76/18

**Fundstelle:**

BeckRS 2019, 29727

**Tenor**

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Endurteil des Arbeitsgerichts Bamberg vom 31.07.2018, Az.: 3 Ca 76/18, abgeändert.
2. Die Klage wird abgewiesen.
3. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

**Tatbestand**

**1**

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit der fristlosen Arbeitgeberkündigung vom 15.01.2018, und die vorläufige tatsächliche Weiterbeschäftigung der Klägerin.

**2**

Die am ...1964 geborene Klägerin ist bei der Beklagten, die mehr als 10 Arbeitnehmer ausschließlich der Auszubildenden beschäftigt, seit dem 01.12.1994 als Reinigungskraft beschäftigt und erzielt zuletzt ein Bruttomonatsgehalt von 1.191,50 €. Die Parteien schlossen hierzu unter dem 15.11.1994 einen Arbeitsvertrag (vgl. Bl. 44 f. d.A.), ausweislich dessen § 3 sich das Arbeitsverhältnis nach dem Manteltarifvertrag für Arbeiter der A...s (MTO II) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen bestimmt. § 43 Absatz 3 des Manteltarifvertrages vom 03.05.2011 für die Beschäftigten der Mitglieder der TGA... (BAT/A...-Neu) (vgl. Bl. 107 ff. d.A.) lautet:

„Nach einer Beschäftigungszeit (§ 15) von 15 Jahren, frühestens jedoch nach Vollendung des vierzigsten Lebensjahres, sind Beschäftigte unkündbar.“

**3**

In § 43 Abs. 4 BAT/A...-Neu ist geregelt:

„Der Arbeitgeber und Beschäftigte sind berechtigt, das Arbeitsverhältnis aus einem wichtigen Grund fristlos zu kündigen, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.“

**4**

§ 44 Abs. 1 BAT/A...-Neu lautet:

„Den unkündbaren Beschäftigten (§ 43 Abs. 3) kann aus in ihrer Person oder in ihrem Verhalten liegenden wichtigen Gründen fristlos gekündigt werden.“

**5**

Die Arbeitszeit der Klägerin beginnt von Montag bis Donnerstag um 16.00 Uhr, am Freitag um 12.45 Uhr, und endet um 20.00 Uhr, am Freitag um 16.00 Uhr.

**6**

Mit Schreiben vom 08.02.2010 (Bl. 87 f. d. A.) erteilte die Beklagte der Klägerin eine Abmahnung wegen wiederholter nicht pünktlicher Aufnahme der Arbeit zu den vorgegebenen Arbeitszeiten.

**7**

Mit Schreiben vom 22.03.2016 (Bl. 89 f. d.A.) erhielt die Klägerin eine erneute Abmahnung. Sie wird hierin gerügt, dass sie sich am 21.03.2016 um 16.13 Uhr im Zeiterfassungssystem angemeldet habe, jedoch erst um 16.37 Uhr an ihrem Arbeitsplatz angetroffen worden sei, ohne hierbei Vorbereitungen für die bevorstehende Reinigung getroffen und die Arbeitskleidung angelegt zu haben.

**8**

Am Donnerstag, den 23.11.2017 führte die Klägerin vom Anschluss der Mitarbeiterin Z... um 17.12 Uhr ein privates Telefonat mit einer Dauer von 31:38 Minuten sowie zwei kürzere Telefonate mit einer Dauer von 1:41 Minuten. Am 18.12.2017 gegen 19.00 Uhr wurde die Klägerin von einer Mitarbeiterin der externen Reinigungsfirma beim Lesen am Schreibtisch von Herrn Sch... gesehen. Am Freitag, den 29.12.2017 führte die Klägerin um 15:21 Uhr ein privates Telefonat vom Telefonanschluss der Mitarbeiterin Z... mit einer Dauer von 31:41 Minuten. Am 08.01.2018 wurde die Klägerin beobachtet, wie sie am Schreibtisch von Frau Z... Zeitung gelesen hat. Eine nach Zustimmung des Personalrates durchgeführte Auswertung des Zeitjournals der Klägerin ergab, dass die Klägerin zu den vorstehend genannten Daten und Uhrzeiten nicht ausgestempelt hatte.

**9**

Am 10.01.2018 wurde um 16:00 Uhr ein Personalgespräch mit der Klägerin geführt (vgl. Bl. 61f. d.A.), an welchem Herr Sch... als Vertreter des örtlichen Personalrats und Herr S... als Leiter des Verwaltungszentralbereichs teilnahmen. Die Klägerin räumte in diesem Personalgespräch ein, die Telefonate am 23.11.2017 und 29.12.2017 mit der angegebenen Dauer geführt zu haben. Sie räumte ebenso ein, am 08.01.2018 gegen 18.50 Uhr am Arbeitsplatz von Frau Z... Zeitung gelesen zu haben.

**10**

Mit per E-Mail übersandter Anhörung vom 12.01.2018 (Bl. 73 - 83 d.A.) hörte die Beklagte den Personalrat zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung der Klägerin nach § 43 Abs. 4 BAT/A...-Neu an. Der Anhörung des Personalrats waren das Protokoll über das Personalgespräch vom 10.01.2018 sowie weitere Anlagen beigelegt.

**11**

Der Personalrat teilte der Beklagten mit Schreiben vom 15.01.2018 (Bl. 84 d.A.) mit:

Der örtliche Personalrat kann aus seiner Sicht keine begründeten Bedenken gegen eine Kündigung von Frau M... mitteilen.

**12**

Mit Schreiben vom 15.01.2018 (Bl. 8 d.A.), der Klägerin persönlich übergeben am 17.01.2018, sprach die Beklagte der Klägerin sodann die außerordentliche fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus.

**13**

Gegen die Wirksamkeit dieser Kündigung wendet sich die Klägerin mit ihrer Klage beim Arbeitsgericht Bamberg vom 02.02.2018.

#### **14**

Wegen der Anträge der Parteien und ihres näheren Sachvortrags im erstinstanzlichen Verfahren wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

#### **15**

Das Arbeitsgericht Bamberg hat mit Endurteil vom 31.07.2018 der Klage stattgegeben.

#### **16**

Es hat seine Entscheidung im Wesentlichen darauf gestützt, die fristlose Kündigung der Beklagten vom 15.01.2018 habe das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht beendet.

#### **17**

Das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB scheitere im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung an einer als milderes Mittel zunächst auszusprechenden und unterbliebenen Abmahnung. Bei der Prüfung der Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist sei in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Im Rahmen der Interessenabwägung sei auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten, der verlange, dass eine Kündigung nur dann ausgesprochen werde, wenn alle nach den Umständen des Einzelfalls möglichen und angemessenen milderen Mittel ausgeschöpft seien. Im Hinblick auf das bei der verhaltensbedingten Kündigung zu berücksichtigende Prognoseprinzip sei im Falle eines steuerbaren Verhaltens des Arbeitnehmers grundsätzlich davon auszugehen, dass sich dessen künftiges Verhalten bereits durch eine mit einer Abmahnung verbundene Androhung von Folgen für sein Arbeitsverhältnis positiv beeinflussen lasse. Eine Abmahnung sei nur dann entbehrlich, wenn selbst nach Abmahnung mit einer Verhaltensänderung des Arbeitnehmers nicht zu rechnen sei oder die Pflichtverletzung so schwer wiege, dass für den Arbeitnehmer bereits bei der Pflichtverletzung offensichtlich sei, dass der Arbeitgeber sie nicht hinnehmen werde.

#### **18**

In Anbetracht des Umfangs der Pflichtverletzungen, der Dauer der Betriebszugehörigkeit und des Alters der Klägerin sowie ihres Verhaltens nach der Konfrontation mit den Vorwürfen wäre der Beklagten jedenfalls die weitere Beschäftigung der Klägerin bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist am 30.09.2018 zuzumuten gewesen.

#### **19**

Die Beklagte hat gegen das ihr am 03.09.2018 zugestellte Urteil mit dem am 17.09.2018 beim Landesarbeitsgericht Nürnberg eingegangenen Schriftsatz vom 13.09.2018 Berufung eingelegt und sie mit Telefax vom 31.10.2018 begründet.

#### **20**

Die Beklagte meint, das Arbeitsverhältnis der Klägerin sei durch die fristlose Kündigung vom 15.01.2018 wirksam beendet worden, denn die außerordentliche Kündigung sei nicht unverhältnismäßig. Die Klägerin habe an diversen Tagen während ihrer Arbeitszeit längere private Telefongespräche von Apparaten anderer Mitarbeiter geführt und Zeitschriften gelesen. Da sie diese Zeiten nicht ausgestempelt habe, sei das Verhalten der Klägerin als Arbeitszeitbetrug zu qualifizieren. Das Beschäftigungsverhältnis der Klägerin sei bisher nicht beanstandungslos verlaufen, wie die Abmahnungen vom 08.02.2010 und 22.03.2016 zeigen würden. Durch die Abmahnung vom 22.03.2016 hätte die Klägerin ausreichend gewarnt sein müssen, im Falle eines weiteren Arbeitszeitvergehens und erneuter Arbeitsbummelei den Arbeitsplatz zu verlieren.

#### **21**

Im Personalgespräch am 10.01.2018 habe die Klägerin nicht nur zugegeben, die halbstündigen Telefonate am 23.11.2017 und 29.12.2017 geführt zu haben, sondern auch, dass sie dies in der Vergangenheit regelmäßig gemacht habe, obwohl sie wusste, dass sie das nicht dürfe. Auch das regelmäßige Zeitunglesen habe die Klägerin eingeräumt.

#### **22**

Insoweit musste der Klägerin die kündigungsrechtliche Relevanz ihrer erneuten Arbeitszeitverstöße nicht nochmals durch eine Abmahnung vor Augen geführt werden. Die Klägerin habe immer zielgerichtet zuerst das Büro angesteuert, in dem sich noch jemand aufgehalten habe. Es sei eine Selbstverständlichkeit für eine Reinigungskraft, zuerst die leeren Büroräume zu reinigen und nicht die noch besetzten Zimmer anzusteuern und darauf zu warten, bis diese frei werden. Von ihr könne nicht verlangt werden, sie im Rahmen einer weiteren Abmahnung ausdrücklich hierauf hinzuweisen. Die Klägerin habe sich aufgrund der wiederholten Pflichtverletzungen als resistent gegen Arbeitgeberweisungen erwiesen.

### **23**

Die Beklagte und Berufungsklägerin beantragt:

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Bamberg vom 31.07.2018 - zugestellt am 03.09.2018 - (AZ: 3 Ca 76/18) wird aufgehoben.
2. Die Klage wird vollumfänglich abgewiesen.
3. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

### **24**

Die Klägerin und Berufungsbeklagte beantragt,

die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgericht Bamberg

- Kammer Coburg - vom 31.07.2018, Az: 3 Ca 76/18, kostenpflichtig

zurückzuweisen.

### **25**

Zur Begründung trägt sie vor, das Erstgericht habe zutreffend die streitgegenständliche Kündigung als nicht verhältnismäßig beurteilt. Es habe an einer vorherigen einschlägigen Abmahnung gefehlt. Die Abmahnung vom 08.02.2010 habe zu lange zurückgelegen, um noch kündigungsrelevant zu sein. Die in der Abmahnung vom 22.03.2016 gerügte Arbeitsbummelei habe ein anderes Fehlverhalten betroffen, nämlich das zu Schichtbeginn. Die vorliegenden Arbeitsunterbrechungen hätten aber das Ende der regulären Arbeitszeit betroffen, zu der nicht mehr ausreichend Reinigungsarbeiten angefallen wären und erzwungene Unterbrechungen eingetreten seien. Jedenfalls im Rahmen der Interessenabwägung überwiege ihr Interesse am Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses das Interesse der Beklagten an dessen Beendigung, denn sie sei mehr als 23 Jahre beschäftigt, bereits 53 Jahre alt und habe ihre Pflichtverletzungen sofort zugegeben und Besserung gelobt.

### **26**

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die im Berufungsverfahren eingereichten Schriftsätze Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

I.

### **27**

Die Berufung ist zulässig.

### **28**

Sie ist statthaft, § 64 Abs. 1, Abs. 2 b ArbGG, und auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO.

II.

### **29**

Die Berufung ist sachlich begründet.

### **30**

Das Ersturteil ist abzuändern und die Klage abzuweisen, denn die Kündigung der Beklagten vom 15.01.2018 hat mit ihrem Zugang des Arbeitsverhältnis der Klägerin rechtswirksam beendet, § 626 BGB.

### **31**

Die Beklagte ist nicht verpflichtet, die Klägerin über das Vertragsende hinaus tatsächlich zu beschäftigen.

### **32**

1. Die mit Schreiben vom 15.01.2018 ausgesprochene fristlose Kündigung der Beklagten erfolgte aus wichtigem Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB.

### **33**

Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Dienstverhältnis von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

### **34**

Dieser Vorgabe entsprechen auch die Regelungen zur fristlosen Kündigung in §§ 43, 44 BAT/A...-Neu.

### **35**

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 626 Abs. 1 BGB in zwei Stufen zu prüfen. In der ersten Stufe ist zu prüfen, ob der zu beurteilende Sachverhalt an sich geeignet ist, einen wichtigen Kündigungsgrund abzugeben. In einem zweiten Schritt ist sodann zu prüfen, ob im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung all seiner Umstände und Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht (vgl. BAG, Urteil vom 14.12.2017, Az. 2 AZR 86/17; BAG, Urteil vom 17.11.2016, Az. 2 AZR 730/15; BAG, Urteil vom 22.10.2015, Az. 2 AZR 569/14; BAG, Urteil vom 26.03.2009, Az. 2 AZR 953/07 - alle juris).

### **36**

Im Falle der ordentlichen Unkündbarkeit eines Arbeitnehmers, wie sie auch hier auf Grund der Regelung in § 43 Abs. 3 BAT/A...-Neu vorliegt, ist für die Frage der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf die fiktive Kündigungsfrist abzustellen, die ohne die ordentliche Unkündbarkeit zur Anwendung käme (vgl. BAG, Urteil vom 22.10.2015, Az. 2 AZR 569/14; BAG, Urteil vom 17.11.2016, Az. 2 AZR 730/15; BAG, Urteil vom 29.06.2017, 2 AZR 47/16 - alle juris). Diese beläuft sich bei der Klägerin auf 6 Monate zum Schluss eines Kalendervierteljahres.

### **37**

Bei der Prüfung der Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Die hierbei zu berücksichtigenden Aspekte sind nicht abschließend festzulegen, zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf. Die ordentliche Unkündbarkeit des Arbeitnehmers ist hingegen im Rahmen dieser Interessenabwägung nicht nochmals gesondert zu Gunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen (vgl. BAG, Urteil vom 22.10.2015, Az. 2 AZR 569/14 - juris).

### **38**

Im Rahmen der Interessenabwägung ist auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten, der verlangt, dass eine Kündigung nur dann ausgesprochen wird, wenn alle nach den Umständen des Einzelfalles möglichen und angemessenen milderer Mittel ausgeschöpft sind. Im Hinblick auf das bei der verhaltensbedingten Kündigung zu berücksichtigende Prognoseprinzip ist im Falle eines steuerbaren Verhaltens des Arbeitnehmers grundsätzlich davon auszugehen, dass sich dessen künftiges Verhalten bereits durch eine mit einer Abmahnung verbundene Androhung von Folgen für sein Arbeitsverhältnis positiv beeinflussen lässt. Eine Abmahnung ist nur dann entbehrlich, wenn selbst nach Abmahnung mit einer Verhaltensänderung des Arbeitnehmers nicht zu rechnen ist oder die Pflichtverletzung so schwer wiegt, dass für den Arbeitnehmer bereits bei der Pflichtverletzung offensichtlich ist, dass der Arbeitgeber sie nicht hinnehmen werde (vgl. BAG, Urteil vom 10.06.2010, Az. 2 AZR 541/09 - juris).

### **39**

Unter Berücksichtigung dieser vom Erstgericht dargestellten Grundsätze kommt die erkennende Kammer - anders als das Arbeitsgericht - zu dem Ergebnis, dass die Klägerin durch ihr Verhalten einen wichtigen

Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB für den Ausspruch der außerordentlichen Kündigung vom 15.01.2018 gesetzt hat.

#### 40

Als Kündigungsgrund kommen die privaten Telefonate vom Anschluss der Frau Z... am 23.11.2017 und 27.12.2017 im Umfang von insgesamt etwas mehr als einer Stunde sowie das zeitlich seinem Umfang nach nicht näher bestimmte Lesen während der Arbeitszeit am 18.12.2017 und 08.01.2018 in Betracht.

#### 41

Auf die zwischen den Parteien streitige Frage, ob die Klägerin im Personalgespräch am 10.01.2018 weitere private Telefonate während ihrer Arbeitszeit eingeräumt hat, kommt es nicht an, da die Klägerin unstreitig während ihrer Arbeitszeit ohne auszustempeln, d.h. hierfür eine Pause zu buchen, privat telefoniert und gelesen hat.

#### 42

Unterbrechungen der Arbeit durch Zeitunglesen oder privates Telefonieren können zum wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB werden, wenn sie trotz Abmahnung wiederholt begangen werden und sich hieraus der nachhaltige Wille der vertragswidrig handelnden Partei ergibt, den vertraglichen Verpflichtungen nicht ordnungsgemäß nachkommen zu wollen (vgl. KR-Fischermeier, 12. Aufl., § 626 BGB Rndr. 425). Das private Telefonieren oder auch das Lesen während der Arbeitszeit stellt eine Verletzung der Verpflichtung zur Erbringung der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung dar, die grundsätzlich auch kündigungsrelevant sein kann (vgl. zur privaten Internetnutzung während der Arbeitszeit: BAG, Urteil vom 27.04.2006, Az. 2 AZR 386/05; BAG, Urteil vom 07.07.2005, Az. 2 AZR 581/04 - beide juris).

#### 43

Das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB scheidet hier nicht an einer unterbliebenen einschlägigen Abmahnung. Die Beklagte hat der Klägerin nämlich mit Schreiben vom 22.03.2016 eine Abmahnung erteilt, in welcher sie die Klägerin auffordert, unmittelbar nach Anmeldung im Zeiterfassungssystem die Arbeit aufzunehmen. Diese Abmahnung behandelt grundsätzlich einen Sachverhalt, in welchem die Arbeitszeit der Klägerin bereits lief und diese dennoch noch keine Reinigungsarbeiten vorgenommen hatte. Für die Warnfunktion der Abmahnung genügt, dass die Pflichtverletzungen aus demselben Bereich stammen und der Arbeitnehmer bei gehöriger Sorgfalt erkennen konnte, dass der Arbeitgeber ein neuerlich störendes Fehlverhalten nicht hinnehmen, sondern eventuell mit einer Kündigung reagieren werde (vgl. KR-Fischermeier, aaO., § 626 BGB Rndr. 295).

#### 44

Die mit Schreiben vom 22.03.2016 erteilte Abmahnung ist geeignet, den Pflichtverstoß der Klägerin zum Ausspruch der fristlosen Kündigung genügend erscheinen zu lassen. Ihr wurde nämlich ausreichend deutlich vor Augen geführt, dass die unterbliebene sofortige Aufnahme der Arbeit nach Anmeldung im Zeiterfassungssystem als ein kündigungsrechtlich relevantes Arbeitszeitvergehen gewertet wird. Ein solches liegt auch bei Einstellung der Arbeitstätigkeit während der Arbeitsschicht und zu deren Ende vor. Insoweit macht es für die kündigungsrechtliche Bewertung der Einstellung der Arbeitstätigkeit keinen Unterschied, wann innerhalb der Arbeitsschicht die beanstandete Arbeitsbummelei erfolgte.

#### 45

Der Klägerin musste als langjährig tätiger Reinigungskraft auch nicht durch Ausspruch einer gesonderten Abmahnung vor Augen geführt werden, dass eine Einstellung der Arbeitstätigkeit zum Zwecke längerer Privattelefonate oder der Zeitschriftenlektüre nicht bereits dann erfolgen kann, wenn ein zu reinigender Büroraum noch von einem Mitarbeiter besetzt ist. Solange in irgendeiner anderen Räumlichkeit eine Fortsetzung der Arbeit möglich ist, besteht eine entsprechende Arbeitspflicht. Insoweit verfährt der Einwand der Klägerin, die von ihr gemachten „Arbeitspausen“ seien ihr aufgezwungen, nicht. Dass am 23.11.2017 nach etwas mehr als eine Stunde bereits keine Arbeit mehr angefallen sein sollte, wird von der Klägerin nicht konkret dargelegt. Hiervon kann auch am 29.12.2017 nach zweieinhalbstündiger Tätigkeit nicht ausgegangen werden.

#### 46

Selbst wenn Arbeitsunterbrechungen erforderlich geworden wären, stellt es eine nicht hinzunehmende Disziplinlosigkeit der Klägerin dar, es sich im Büro eines anderen Mitarbeiters gemütlich zu machen, dort das Diensttelefon zu Privatgesprächen zu nutzen oder Zeitschriften zu lesen. Die Klägerin wusste

ausweislich ihrer Einlassung in dem Personalgespräch am 10.01.2018, dass ihr dies nicht gestattet ist. Insoweit musste sie auf die Pflichtwidrigkeit ihres Verhaltens nicht hingewiesen werden. Diese vorsätzlichen Verstöße der Klägerin führen zu einer Zerstörung des Vertrauensverhältnisses, dem wegen der Lage ihrer Arbeitszeit und der sehr eingeschränkten Möglichkeit der Kontrolle und Mitarbeiterführung besonderes Gewicht zukommt.

#### **47**

Unter Berücksichtigung auch des Umstands, dass die Klägerin ihr Vorgehen in keiner Weise verheimlicht und auch im Rahmen des Personalgesprächs sofort unumwunden zugegeben hat, kann hier nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin durch Ausspruch einer weiteren Abmahnung angehalten werden könnte, sich künftig vertragskonform zu verhalten. Denn die Klägerin wusste aufgrund der Abmahnung vom 22.03.2016 von der Kündigungsrelevanz künftiger Arbeitszeitverstöße und ausweislich ihrer Einlassung im Personalgespräch vom 10.01.2018 auch von dem Verbot längerer Privattelefonate während der Arbeitszeit unter Verwendung der Diensttelefone anderer Beschäftigter.

#### **48**

Die Wirksamkeit der ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung scheidet nicht im Rahmen der abschließenden Interessenabwägung. Es liegen beharrliche Pflichtverletzungen der Klägerin vor, die eine erhebliche Wiederholungsgefahr begründen, weshalb der Beklagten eine Weiterbeschäftigung auch nicht bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist am 30.09.2018, zuzumuten ist. Aufgrund der protokollierten Wahrnehmungen anderer Mitarbeiter und externer Dienstleister (Bl. 46, 51, 52 d.A.) sowie den Einlassungen der Klägerin in dem Personalgespräch vom 10.01.2017 (Bl. 61, 62 d.A.) konnte sich bei der Arbeitgeberin die Überzeugung bilden, es handle sich um eine beharrliche disziplinelose Verhaltensweise der Klägerin und um eingeschlifene Verhaltensweisen. Mit einer Besserung während einer einzuhaltenden Kündigungsfrist war nicht zu rechnen, denn wenn die Klägerin mit ihrem vorsätzlich pflichtwidrigen Verhalten schon bereit war, ihr langjähriges Arbeitsverhältnis aufs Spiel zu setzen, konnte für den Fall einer fiktiven ordentlichen Kündigung von einer Änderung des gezeigten Verhaltens während der Kündigungsfrist nicht ausgegangen werden. Vielmehr kann aufgrund der Begrenzung der Vertragsbindung aufgrund der vorliegenden Informationen mit einer Verschlechterung der bei der Klägerin bestehenden Arbeitsmoral gerechnet werden.

#### **49**

Dies genügt, um die Unzumutbarkeit der weiteren Beschäftigung der Klägerin auch bis zum Ende einer fiktiven ordentlichen Kündigungsfrist zu begründen.

#### **50**

Den Sozialdaten der Klägerin, der langen Beschäftigungsdauer von mehr als 23 Jahren und dem Alter von 53 Jahren, kann kein so hohes Gewicht beigemessen werden, dass das Interesse der Beklagten an der Vertragsbeendigung zurückzutreten hat. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass das Beschäftigungsverhältnis bereits über Jahre von der Klägerin belastet worden ist, wie die Abmahnung wegen Unpünktlichkeit vom 08.02.2010 zeigt. Zudem kann wegen der bekannt günstigen Arbeitsmarktlage für Reinigungskräfte davon ausgegangen werden, dass die Klägerin trotz ihres Alters zeitnah eine alternative Beschäftigung finden wird. Diese Erwartung hat sich während des Rechtsstreits auch erfüllt, denn die Klägerin steht nach übereinstimmendem Sachvortrag der Parteien zwischenzeitlich wieder in einem Beschäftigungsverhältnis.

#### **51**

Alleine daraus, dass die Klägerin ihre Pflichtverletzungen sofort zugegeben und Besserung gelobt hat, kann in Anbetracht der an den Tag gelegten Beharrlichkeit bei den begangenen Pflichtverletzungen (Ausspruch zweier Abmahnungen, zugestandene Kenntnis der Vertragswidrigkeit des Verhaltens) nicht darauf geschlossen werden, es würde eine nachhaltige Verhaltensänderung auch tatsächlich eintreten. Die begangenen vorsätzlichen Disziplinelosigkeiten haben auch insoweit das Vertrauen in die Klägerin zerstört.

#### **52**

2. Die Beklagte hat die Kündigung innerhalb der Frist des § 626 Abs. 2 BGB erklärt.

#### **53**

Nach Mitteilung der Beobachtungen anderer Mitarbeiter und externer Dienstleister an den Fachbereichsleiter in der Zeit vom 03.01. bis 09.01.2017 sind die Arbeitszeitverstöße erst nach der mit Zustimmung des Betriebsrats am 10.01.2017 (Bl. 55 d.A.) vorgenommenen Auswertung des

Arbeitszeitjournals der Klägerin ersichtlich geworden. Erst nach der Anhörung der Klägerin, ebenfalls am 10.01.2017, konnte der Kündigungssachverhalt einer abschließenden Bewertung unterzogen werden. Die Zuleitung der Kündigung am 17.01.2017 erfolgte innerhalb der zweiwöchigen Frist.

#### **54**

3. Die Beteiligung des örtlichen Personalrates gem. Art. 77 Abs. 3 BayPersVG wurde mit Anhörungsschreiben vom 12.01.2017 nebst Anlagen (Bl. 73 - 83 d.A.) ordnungsgemäß eingeleitet. Der Personalrat wurde über die Art der Kündigung, die Sozialdaten der Klägerin und den Kündigungssachverhalt ausreichend und zutreffend informiert. Die Kündigung ist erst nach Eingang der Stellungnahme des Personalrats (Bl. 84 d.A.) in den Auslauf gebracht und der Klägerin am 17.01.2017 persönlich übergeben worden.

#### **55**

4. Die Klägerin hat keinen Anspruch, über das Vertragsende hinaus tatsächlich beschäftigt zu werden, denn zu diesem Zeitpunkt enden die beiderseitigen Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis, § 611a Abs. 1 und 2 BGB.

III.

#### **56**

1. Die Kosten des Rechtsstreits hat gemäß § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO die unterlegene Klägerin zu tragen.

#### **57**

2. Für die Zulassung der Revision besteht kein gesetzlich begründeter Anlass, § 72 Abs. 1 und 2 ArbGG.