LArbG München, Urteil v. 14.01.2021 – 3 Sa 836/20

Titel:

Unwirksame Kündigung eines Arbeitsvertrages durch ordentliche und außerordentliche Kündigung bei Arbeitszeitbetrug an einer elektronischen Zeiterfassung

Normenkette:

KSchG § 1 Abs. 1, Abs. 2

Leitsätze:

1. Der vorsätzliche Verstoß eines Arbeitnehmers gegen seine Verpflichtung, die abgeleistete, vom Arbeitgeber nur schwer zu kontrollierende Arbeitszeit korrekt zu erfassen oder zu dokumentieren, ist an sich geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung. Der Arbeitgeber muss auf eine korrekte Dokumentation oder Erfassung der Arbeitszeit seiner Arbeitnehmer vertrauen können. Überträgt er den Nachweis der geleisteten Arbeitszeit den Arbeitnehmern selbst und füllt ein Arbeitnehmer die dafür zur Verfügung gestellten Formulare wissentlich oder vorsätzlich falsch aus, so stellt dies in aller Regel einen schweren Vertrauensmissbrauch dar. Nicht anders zu bewerten ist es, wenn der Arbeitnehmer verpflichtet ist, geleistete Arbeit in einer elektronischen Zeiterfassung zu dokumentieren und er hierbei vorsätzlich falsche Angaben macht (ebenso BAG BeckRS 2018, 38030). (Rn. 21) (red. LS Andy Schmidt)

2. Zu berücksichtigen ist 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. Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. Sie scheidet aus, wenn es ein milderes Gestaltungsmittel - etwa Abmahnung, Versetzung, ordentliche Kündigung - gibt, das ebenfalls geeignet ist, den mit einer außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck - nicht die Sanktion des pflichtwidrigen Verhaltens, sondern die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen des Arbeitsverhältnisses - zu erreichen. Der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers ist im Rahmen der Interessenabwägung insbesondere hinsichtlich einer möglichen Wiederholungsgefahr von Bedeutung (ebenso BAG BeckRS 2018, 38030). (Rn. 31) (red. LS Andy Schmidt)

Schlagworte:

Außerordentliche Kündigung, Arbeitszeitbetrug, Abmahnung, ordentliche Kündigung, wichtiger Grund, elektronische Zeiterfassung, Arbeitsleistung

Vorinstanz:

ArbG München, Urteil vom 14.07.2020 – 18 Ca 1451/19

Tenor

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 14.07.2020 - 18 Ca 1451/19 - wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

2. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1
Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung.

2
Der am 00.00.0000 geborene und mit einem Grad der Behinderung von 70 schwerbehinderte Kläger ist bei der Beklagten in deren Z seit dem 02.11.2008 beschäftigt, und zwar seit dem 15.02.2018 auf einem Schonarbeitsplatz bei Y zu einer monatlichen Bruttovergütung von 1.927,08 €.

3

Am Freitag, dem 27.09.2019, war der Kläger zu der um 08:00 Uhr beginnenden Schicht eingeteilt. Der Kläger fuhr mit seinem PKW zur Rastanlage und stempelte um 07:55 Uhr in die elektronische Zeiterfassung ein. Um ca. 08:00 Uhr verließ er ohne Absprache mit den Vorgesetzten und ohne Ausstempeln den Betrieb. Um 08:39 Uhr teilte die Schichtleiterin Frau G. dem Betriebsleiter Herrn S. per E-Mail mit: „Herr … (der Kläger) ist nicht zu seinem Dienst um 08:00 Uhr erschienen. Nach Angaben von Frau H… X hat er sie in die Arbeit gefahren. Angeblich hat er Probleme mit seinem Auto. Er hat sich weder bei mir abgemeldet noch ist mir bekannt, dass er das anderweitig tat.“

4
Gegen 08:40 Uhr kehrte der Kläger wieder in den Betrieb zurück und stempelte nicht ein. Unter nicht näher bekannten Umständen traf der Kläger auf die Schichtleiterin Frau G. Frau G. erklärte ihm, dass er eine halbe Stunde länger zu arbeiten habe und stellte ihm wegen der verspäteten Arbeitsaufnahme eine Abmahnung über die Betriebsleitung in Aussicht. Der Kläger unterließ es ihr mitzuteilen, dass er bereits um 07:55 Uhr eingestempelt hatte. Tatsächlich arbeitete der Kläger ausweislich der Stundenliste September 2019 (Anlage K3 = Bl. 90 d. A.) am 27.09.2019 statt bis 16:30 Uhr bis 17:00 Uhr (zu diesen Zeitangaben vgl. auch Schriftsatz des Klägers vom 07.07.2020). Als Differenz zwischen Soll- und Iststunden wurde für den 27.09.2019 „0“ ausgewiesen (vgl. Anlage K3 = Bl. 90 d. A.).

5
Nach vorheriger Zustimmung des Inklusionsamts und des Betriebsrats kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger durch Schreiben vom 18.10.2019 außerordentlich fristlos, hilfsweise fristgemäß zum 29.02.2020.

6
Mit der rechtzeitig erhobenen Kündigungsschutzklage wendet sich der Kläger gegen die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses. Er hat das Vorliegen eines wichtigen Grundes für die außerordentliche Kündigung bzw. die soziale Rechtfertigung der hilfsweisen ordentlichen Kündigung bestritten. Nachdem er während der letzten 100 km der Fahrt bemerkt hätte, dass der rechte Vorderreifen Luft verliere und ein Nagel darin steckte (vgl. Klageschrift, Seite 2), habe er vergeblich die Schichtleiterin versucht zu erreichen, um sich für eine Reifenreparatur abzumelden. Dies habe er schließlich bei den Kollegen X und W getan und gesagt, er würde in ca. einer halben Stunde wiederkommen und dafür am Ende der Schicht auch länger bleiben. Ein Zuwarten sei nicht möglich gewesen, weil die Werkstatt am nächsten Tag (Samstag) geschlossen gewesen wäre. Der Kläger hat die erhebliche Störung des Vertrauensverhältnisses bestritten.

7
Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags die Auffassung vertreten, dass ein Kündigungsgrund sowohl für die außerordentliche fristlose als auch für die ordentliche Kündigung vorliege. Der Kläger habe sich unerlaubt vom Arbeitsplatz entfernt. Darüber hinaus habe der Kläger bewusst und gewollt einen Arbeitszeitbetrug dadurch begangen, dass er sich unmittelbar nach seiner Ankunft am 27.09.2020 um 07:55 Uhr im Zeiterfassungssystem eingestempelt habe und kurz danach, entsprechend seiner vorgefassten Absicht - ohne im Zeiterfassungssystem vorschriftsmäßig auszustempeln - ins Auto gestiegen sei, Arbeitsplatz und Betriebsgelände wieder verlassen habe und erst um ca. 08:40 Uhr wieder zurückgekehrt sei. Damit habe der Kläger den vollendeten Versuch unternommen, die Beklagte um die Bezahlung einer Vergütung jedenfalls für eine Arbeitsstunde zu betrügen. Es wäre dem Kläger möglich gewesen, sich bei der Schichtleiterin bzw. deren Assistentin oder beim Betriebsleiter abzumelden, weil sie sich allesamt in der Nähe der Arbeitsstätte des Klägers aufgehalten und innerhalb weniger Sekunden für ihn erreichbar gewesen seien. Es habe keinen vernünftigen Grund dafür gegeben, dass der Kläger, der bereits gewusst habe, dass angeblich ein Reifen Luft verliere, sich erst in den Betrieb begebe und dort einstempele. Wäre es ihm nur darum gegangen, die Kollegin, die er angeblich mitgenommen habe, im Betrieb abzuliefern, hätte er sie lediglich aussteigen lassen müssen und wäre dann unter Inkaufnahme allenfalls des Zuspätkommens wieder weggefahren. Der Schichtführerin habe der Kläger vorgespiegelt, er sei soeben erst gekommen, d. h. lediglich zu spät gekommen. Andernfalls wäre die Schichtführerin nicht auf den Gedanken gekommen, dem Kläger wegen seines vermeintlichen Zuspätkommens lediglich eine Abmahnung über die Betriebsleitung zuzuführen. Die Beklagte hat mit Nichtwissen bestritten, dass ein Reifen am PKW des Klägers defekt gewesen sei; jedenfalls hätte dies auch unter Berücksichtigung der Ausstattung der Autobahnraststätte kein unerlaubtes Verlassen des Betriebs gerechtfertigt. Das Zusammentreffen beider Pflichtverletzungen wiege so schwer, dass es der Beklagten nicht zumutbar gewesen sei, den Kläger lediglich abzumahnen und ihn im Vertrauen darauf, er werde sich zukünftig

vertragsgetreu verhalten, weiter zu beschäftigen. Dieses Vertrauen habe der Kläger vollständig und endgültig zerstört. Nach Aufdeckung seines rechtswidrigen Verhaltens habe er versucht, sein Verhalten zu rechtfertigen, was den Schluss zuließe, dass eine Abmahnung nicht hätte erwarten lassen, dass der Kläger das Unrecht seines Verhaltens eingesehen und dieses künftig geändert hätte.

8
Das Arbeitsgericht München hat durch Urteil vom 17.04.2020 - 18 Ca 1451/19 - festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 18.10.20219 nicht aufgelöst worden ist, und die Beklagte verurteilt, den Kläger bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Kündigungsschutzklage zu unveränderten Bedingungen als Küchenhelfer weiter zu beschäftigen. Die außerordentliche Kündigung sei gemäß § 626 BGB unwirksam, weil sie sich jedenfalls als unverhältnismäßig erweise. Es hätte der Ausspruch einer Abmahnung genügt, um das Fehlverhalten des Klägers, das unerlaubte Entfernen vom Arbeitsplatz und das unterlassene Ausstempeln, zu rügen. Mangels entsprechender Abmahnung könne deshalb nicht prognostiziert werden, dass der Kläger auch künftig vergleichbare Pflichtverletzungen begehen werde. Da der Kläger sich bemüht hätte, jedenfalls über Arbeitskollegen die Beklagte darauf hinzuweisen, dass er den Arbeitsplatz verlasse, und auch von vornherein signalisiert habe, die Arbeitszeit nachleisten zu wollen, und dies auch getan habe, spreche nichts dafür, dass eine Abmahnung von vornherein sinnlos und entbehrlich gewesen wäre. Auch die ordentliche Kündigung sei nicht sozial gerechtfertigt gem. § 1 Abs. 2 KSchG, weil es an der erforderlichen Abmahnung fehle. Der Kläger habe im Falle des Obsiegens im Kündigungsschutzprozess in erster Instanz einen Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Kündigungsschutzklage. Die Beklagte sei dem Anspruch des Klägers nicht entgegengetreten.

9
Gegen dieses, ihrem Prozessbevollmächtigten am 27.07.2020 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 27.08.2020 Berufung beim Landesarbeitsgericht München eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 26.10.2020 am 26.10.2020 begründet.

10
Es liege neben dem unentschuldigten Entfernen vom Arbeitsplatz ein versuchter Arbeitszeitbetrug durch den Kläger vor. Dieser sei mit dem Einstempeln um 07:55 Uhr und dem sich anschließenden ungenehmigten Entfernen vom Arbeitsplatz und Betriebsgelände ohne ordnungsgemäßem Ausstempeln erfüllt. Mögliche geheime Vorbehalte des Klägers seien unerheblich. Da der Tatbestand des versuchten Arbeitszeitbetrugs bereits mit dem Verlassen des Arbeitsplatzes ohne vorheriges Ausstempeln erfüllt sei, komme es auf das Nachholen der Arbeitszeit am Nachmittag nicht an. Der Kläger habe zudem eine unverzüglich geschuldete Aufklärung unterlassen, als er nach Rückkehr in den Betrieb gegenüber der Schichtleiterin Frau G. mit keinem Wort erwähnt habe, dass er bereits 40 Minuten vorher eingestempelt habe. Hierdurch habe der Kläger Frau G. in dem irrigen Glauben gelassen, er sei lediglich zu spät gekommen. Frau G. habe dem Kläger deshalb zunächst lediglich wegen der verspäteten Arbeitsaufnahme eine Abmahnung über den Betriebsleiter in Aussicht gestellt. Die „Information“ an die beiden Arbeitskollegen rechtfertige das Verhalten des Klägers nicht. Der Kläger habe seine Mitfahrerin, die Zeugin X nicht angehalten, die Beklagte über seine Absicht, den Betrieb wieder zu verlassen, zu informieren. Sie habe dies auch weder versucht noch getan. Zudem bedürfe das Verlassen des Arbeitsplatzes der Erlaubnis des Arbeitgebers, die nicht vorliege. Die Kündigung sei auch nicht unverhältnismäßig. Eine vorherige Abmahnung sei entbehrlich gewesen. Der Kläger hätte nicht annehmen können, die Beklagte würde sein Verhalten hinnehmen. Er wisse um die Bedeutung der seit 9 Jahren im Einsatz befindlichen Zeiterfassung für die Vergütung. Die Zeiterfassung sei auf minutengenaue Angaben ausgelegt. Selbst wenn der Kläger beim Verlassen des Betriebs um 08:00 Uhr „vergessen“ hätte auszustempeln, hätte er bei seiner Rückkehr erneut einstempeln können. Dann hätte das Zeiterfassungssystem die Meldung „doppelt Kommen?“ angezeigt, woraufhin die Schichtleiterin oder der Betriebsleiter zur Abklärung auf den Kläger zugekommen wären. Jedenfalls hätte der Kläger die Umstände gegenüber der Schichtleiterin offenlegen können, anstatt dieser pflichtwidrig vorzuspiegeln bzw. deren offenkundig vorliegenden Irrtum, er sei einfach nur zu spät gekommen, durch bewusstes Verschweigen der tatsächlichen Umstände aufrechtzuerhalten. Im Rahmen der Interessenabwägung überwögen die Beendigungsinteressen der Beklagten deutlich die Bestandsinteressen des Klägers. Im Bereich der Gastronomie würden Arbeitskräfte dringend bzw. sogar händeringend gesucht. Die Anhörung des Klägers habe gezeigt, dass er das Unrecht seines Handelns nicht einsehe, sondern sogar noch zu beschönigen versuche.

11
Die Beklagte beantragt,

Das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 14.07.2020 - Az: 18 Ca 1451/19 - wird abgeändert und die Klage wird abgewiesen.

12
Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen, und schließt sich den Gründen des Erstgerichts an. Der Kläger könne wegen der Pandemie nicht leicht eine neue Anstellung finden.

13
Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die Schriftsätze der Beklagten vom 26.10.2020 (Bl. 148 - 161 d. A.) und 11.01.2021 (Bl. 179 - 181 d. A.), den Schriftsatz des Klägers vom 11.11.2020 (Bl. 171 - 173 d. A.) und das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 14.01.2021 (Bl. 182 - 185 d. A.) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

14
Die Berufung der Beklagten ist zulässig, aber unbegründet.

I.

15
Die nach § 64 Abs. 2 lit. c) ArbGG statthafte Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. §§ 519, 520 ZPO, und damit zulässig.

II.

16
Die Berufung der Beklagten ist jedoch unbegründet. Das Arbeitsgericht hat zurecht geurteilt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die außerordentliche fristlose noch durch die hilfsweise ordentliche Kündigung vom 18.10.2019 aufgelöst worden ist. Diese Kündigungen sind unwirksam, § 626 Abs. 1 BGB und § 1 Abs. 2 KSchG. Ebenso war der Weiterbeschäftigungsantrag begründet.

17
1. Die außerordentliche Kündigung ist nach § 626 Abs. 1 BGB unwirksam.

18
a) Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Ein haltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung nicht zugemutet werden kann.

19
Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, d. h. typischerweise, als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der Umstände des Falles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist oder nicht.

20
b) Danach liegt mit dem Verhalten des Klägers ein wichtiger Grund „an sich“ für eine außerordentliche Kündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB vor.

21
aa) Der vorsätzliche Verstoß eines Arbeitnehmers gegen seine Verpflichtung, die abgeleistete, vom Arbeitgeber nur schwer zu kontrollierende Arbeitszeit korrekt zu erfassen oder zu dokumentieren, ist an sich geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB darzustellen. Dies gilt für den vorsätzlichen Missbrauch einer Stempeluhr ebenso wie für das wissentliche und vorsätzliche falsche Ausstellen entsprechender Formulare. Dabei kommt es nicht entscheidend auf die

strafrechtliche Würdigung an, sondern auf den mit der Pflichtverletzung verbundenen schweren Vertrauensbruch. Der Arbeitgeber muss auf eine korrekte Dokumentation oder Erfassung der Arbeitszeit seiner Arbeitnehmer vertrauen können. Überträgt er den Nachweis der geleisteten Arbeitszeit den Arbeitnehmern selbst und füllt ein Arbeitnehmer die dafür zur Verfügung gestellten Formulare wissentlich oder vorsätzlich falsch aus, so stellt dies in aller Regel einen schweren Vertrauensmissbrauch dar. Nicht anders zu bewerten ist es, wenn der Arbeitnehmer verpflichtet ist, geleistete Arbeit in einer elektronischen Zeiterfassung zu dokumentieren und er hierbei vorsätzlich falsche Angaben macht. Darauf, ob dem Arbeitgeber durch das Verhalten ein wirtschaftlicher Schaden entstanden ist oder das Verhalten des Arbeitnehmers auf andere - nicht wirtschaftliche - Vorteile ausgerichtet war, kommt es grundsätzlich nicht an (vgl. BAG, Urteil vom 26.09.2013 - 2 AZR 682/12 - Rn. 54 m.w.N.; Urteil vom 13.12.2018 - 2 AZR 370/18 - Rn. 17).

22
Ebenso stellt es einen wichtigen Grund „an sich“ i. S. d. § 626 Abs. 1 BGB dar, wenn sich der Arbeitsnehmer von seinem Arbeitsplatz unerlaubt entfernt.

23
bb) Der Kläger hat vorsätzlich und rechtswidrig gegen seine Verpflichtung, die elektronische Zeiterfassung korrekt zu bedienen, verstoßen.

24
(1) Unstreitig hat der Kläger am 27.09.2019 um 7:55 Uhr eingestempelt und, als er den Betrieb kurz darauf wieder verließ, nicht ausgestempelt. Hierdurch war in der elektronischen Zeiterfassung als Arbeitsbeginn 7:55 Uhr erfasst, obwohl der Kläger seine Arbeitsleistung nicht erbrachte.

25
(2) Der Kläger handelte auch vorsätzlich. Dem langjährig beschäftigten Kläger ist bekannt, dass er sein „Kommen“ und „Gehen“ in der elektronischen Zeiterfassung zu erfassen hat. Er hat erstinstanzlich nicht vorgetragen, dass er in Folge der Aufregung um seinen defekten Reifen „schlicht vergessen“ hätte, wieder auszustempeln. Dies ist eine Annahme des erstinstanzlichen Gerichts, die sich der Kläger erst zweitinstanzlich zu eigen gemacht hat. Diese nunmehrige Behauptung ist jedoch nicht glaubhaft. Sie lässt außer Acht, dass der Kläger trotz der angeblichen Aufregung um seinen defekten Reifen einstempelte, und zwar - wie er gegenüber dem Inklusionsamt angab - „aus Gewohnheit und zur Dokumentation seines Eintreffens“ (vgl. Anlage BB 1 = Bl. 158, 159 d. A.). Eine Erklärung dafür, warum er dann nicht aus „Gewohnheit“ beim „Gehen“ ausstempelte, gibt der Kläger nicht. Der Kläger hat auch nicht später die Ankunftszeit berichtigt. Bei Rückkehr in den Betrieb hat er nicht „aus Gewohnheit“ eingestempelt, wie er dies angeblich tut. In diesem Fall wäre es zu einer Fehlermeldung gekommen, die seine unterlassene Buchung offengelegt hätte. Der Kläger hat aber auch nicht die Schichtleiterin Frau G. auf die Buchung um 7:55 Uhr und die unterlassene Ausbuchung gegen 8:00 Uhr hingewiesen. Hierzu wäre er nach § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet gewesen, weil die Pflicht zur korrekten Erfassung der Arbeitszeit nicht nur die korrekte Buchung am Zeiterfassungssystem, sondern auch die nötigen Handlungen, um eine fehlerhafte oder unterbliebene Buchung zu berichtigen, umfasst. Indem der Kläger entgegen seiner Nebenpflicht aus § 241 Abs. 2 BGB die falsche Erfassung seines Arbeitszeitbeginns stehengelassen hat, hat er sie gebilligt. Darauf, ob dem Arbeitgeber in Folge dessen ein wirtschaftlicher Schaden entstanden ist, der im vorliegenden Fall durch das Nacharbeiten am Nachmittag fraglich sein könnte, kommt es nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht an (vgl. nochmals BAG, Urteil vom 26.09.2013 - 2 AZR 682/12 - Rn. 54). Es genügt, dass das Verhalten des Arbeitnehmers auf andere - nicht wirtschaftliche - Vorteile gerichtet ist, die darin bestehen können, arbeitsrechtliche Konsequenzen zu verhindern. Selbst wenn der Kläger die fehlende Arbeitszeit am Morgen durch ein Nacharbeiten am Nachmitttag hätte ausgleichen wollen, hätte er durch das Einstempeln um 7:55 Uhr und das unterlassene Ausstempeln bzw. die Anzeige von fehlerhaften bzw. unterlassenen Buchungen der Beklagten Arbeitszeiten vorgespiegelt, die er in Wirklichkeit nicht geleistet hat (vgl. BAG, Urteil vom 26.09.2013 - 2 AZR 682/12 - Rn. 51). Der Vorsatz des Klägers muss sich nicht auf die Erschleichung von Vergütung für nicht geleistete Arbeit beziehen.

26
(3) Das Verhalten des Klägers war auch nicht gerechtfertigt. Der Kläger kann sich nicht darauf berufen, er habe sich bei seinen Kollegen Frau X und Herrn W abgemeldet und gesagt „er würde in ca. einer halben Stunde wiederkommen und dafür am Ende der Schicht auch länger bleiben“ (vgl. Schriftsatz vom

21.01.2020, S. 1). Diese Mitteilung, die mangels Vorgesetztenfunktion der Kollegen schon nicht an diese zu richten war, sagt über die Erfassung der Arbeitszeit durch den Kläger nichts aus. Die Kollegen konnten der Mitteilung nur entnehmen, dass der Kläger länger arbeiten würde. Ob der Kläger beim Verlassen des Betriebs ausstempeln und damit eine korrekte Erfassung der Arbeitszeit ermöglichen würde, stand zum Zeitpunkt der Mitteilung an die Kollegen noch gar nicht fest. Im Übrigen konnte diese Erklärung eher den Eindruck hervorrufen, der Kläger werde seine Arbeitsleistung am 27.09.2019 korrekt erbringen, wozu das korrekte Ausstempeln bzw. die Berichtigung falscher oder unterlassener Buchung gehört. Schließlich hat der Kläger die Kollegen nicht aufgefordert, die Vorgesetzten entsprechend zu informieren, sodass die Mitteilung schon nicht geeignet war, das Verhalten des Kläger gegenüber der Beklagten zu entschuldigen.

27
Darüber hinaus kann sich der Kläger für sein Verhalten nicht auf die am 27.09.2019 durchzuführende Reifenreparatur berufen. Eine erforderliche Reparatur hätte den Kläger nicht daran gehindert, seine Arbeitszeiten korrekt zu erfassen.

28
cc) Zu Recht hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass der Kläger, als er unentschuldigt den Arbeitsplatz am 27.09.2019 wieder verlassen hat, vorsätzlich gegen seine Pflicht zur Arbeitserbringung und seine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Beklagten verstoßen hat.

29
Auch dieses Verhalten des Klägers war nicht gerechtfertigt. Die Mitteilung, er würde in ca. einer halben Stunde wiederkommen und dafür am Ende der Schicht auch länger bleiben, hätte - wie bereits ausgeführt - gegenüber den Vorgesetzten, nicht aber den Kollegen erfolgen müssen. Im Übrigen hätte die Reifenreparatur, die nur kurz währte, auch zu einem späteren Zeitpunkt am Vormittag ausgeführt werden können, nämlich nachdem der Kläger die Erlaubnis seiner Vorgesetzten eingeholt hätte.

30
c) Die außerordentliche Kündigung erweist sich jedoch aufgrund der vorzunehmenden Interessenabwägung als unverhältnismäßig.

31
aa) Bei der Prüfung gem. § 626 Abs. 1 BGB, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der - fiktiven - Kündigungsfrist 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 Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Dabei lassen sich die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumindest bis zum Ende der Frist für eine ordentliche Kündigung zumutbar war oder nicht, nicht abschließend festlegen. 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. Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. Sie scheidet aus, wenn es ein „schonenderes“ Gestaltungsmittel - etwa Abmahnung, Versetzung, ordentliche Kündigung - gibt, das ebenfalls geeignet ist, den mit einer außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck - nicht die Sanktion des pflichtwidrigen Verhaltens, sondern die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen des Arbeitsverhältnisses - zu erreichen. Der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers ist im Rahmen der Interessenabwägung insbesondere hinsichtlich einer möglichen Wiederholungsgefahr von Bedeutung. Je höher er ist, desto größer ist diese (vgl. zu allem BAG, Urteil vom 13.12.2018 - 2 AZR 370/18 - Rn. 28 - 29 m.w.N.)

32
Beruht die Pflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Die außerordentliche und ordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus. Einer solchen bedarf es nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten steht,

oder dass es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist (vgl. BAG, Urteil vom 13.12.2018 - 2 AZR 370/18 - 30 m.w.N.; Urteil vom 27.02.2020 - 2 AZR 570/19 - Rn. 23).

33
bb) Bei Abwägung der Umstände im vorliegenden Fall stellt sich die außerordentliche Kündigung mit sofortiger Wirkung gegenüber dem Kläger als unverhältnismäßig dar.

34
(1) Als Reaktion der Beklagten auf das Fehlverhalten des Klägers hätte eine Abmahnung ausgereicht.

35
Zwar liegt dem Verhalten des Klägers eine schwere Pflichtverletzung vor. Er hat am Morgen des 27.09.2019 mehrfach die Arbeitszeit nicht korrekt erfasst bzw. auf ihre korrekte Erfassung hingewirkt. Dieses Verhalten ist geeignet, das Vertrauen der Beklagten in die zukünftig korrekte Erfassung der Arbeitszeiten durch den Kläger zu erschüttern. Jedoch hat der Kläger in dem elf Jahre bestehenden Arbeitsverhältnis erstmalig seine Pflicht zur korrekten Arbeitszeiterfassung verletzt (vgl. grundlegend BAG, Urteil vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09 - (Emmely) Rn. 32 ff., 46), und zwar durch Erfassung eines um 40 Minuten zu früh dokumentierten Arbeitszeitbeginns. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Fall von den bereits vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Konstellationen zur falschen Arbeitszeitdokumentation, in denen ein Arbeitnehmer fünf Jahre lang monatlich sieben Überstunden unberechtigt geltend gemacht (siehe BAG, Urteil vom 13.12.2018 - 2 AZR 370/18 - Rn. 25) oder an sieben Arbeitstagen hintereinander Arbeitszeit im Umfang von jeweils 13-28 Minuten zu Lasten des Arbeitsgebers falsch angegeben hatte (vgl. BAG, Urteil vom 09.06.2011 - 2 AZR 381/10 - Rn. 23), weshalb der Arbeitnehmer nicht hätte annehmen dürfen, dass der Arbeitgeber sein Verhalten hinnehmen würde (siehe BAG, Urteil vom 13.12.2018 - 2 AZR 370/18 - Rn. 33) bzw. wegen des auf Heimlichkeit angelegten, vorsätzlichen und systematischen Fehlverhaltens eine besonders schwere Störung der für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderlichen Vertrauensgrundlage vorläge, die es rechtfertige, das Arbeitsverhältnis ohne vorherige Abmahnung mit sofortiger Wirkung zu kündigen (vgl. BAG, Urteil vom 09.06.2011 - 2 AZR 381/10 - Rn. 20). Entgegen der Auffassung der Beklagten rechtfertigt auch die Entscheidung des LAG Schleswig-Holstein (Urteil vom 06.10.2010 - 6 Sa 293/10 -) keine abweichende Beurteilung. Im dortigen Fall hatte sich der Arbeitnehmer an einem Tag mindestens 35 Minuten mehr Arbeitszeit aufgeschrieben als tatsächlich geleistet. Im vorliegenden Fall wurde als Differenz zwischen Soll- und Iststunden für den 27.09.2019 „0“ ausgewiesen (Anlage K3 = Bl. 90 d. A.).

36
Soweit die Beklagte geltend macht, der Kläger hätte keinen Anlass zu der Annahme gehabt, die Beklagte würde sein Verhalten hinnehmen, weil es im Betrieb üblich sei, dass jeder Mitarbeiter, der entgegen den bestehenden Regelungen unerlaubt während der Arbeitszeit das Betriebsgelände verlässt, wegen Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Obliegenheiten abgemahnt werde (vgl. Schriftsatz vom 05.12.2019, S. 2 = Bl. 24 d. A.) und auch eine unentschuldigte, verspätete Arbeitsaufnahme regelmäßig mit einer Abmahnung geahndet werde (vgl. Schriftsatz vom 26.10.2020, S. 7 = Bl. 154 d. A), übersieht sie, dass es für die Frage der Entbehrlichkeit einer Abmahnung auf einen objektiven Maßstab ankommt. Die Frage, ob die Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist, ist aus der Sicht eines objektiven Betrachters zu beantworten (vgl. BAG, Urteil vom 13.12.2018 - 2 AZR 370/18 - Rn. 30 m.w.N.) und im Anschluss an die vorstehenden AusDie Abmahnung ist im vorliegenden Fall aber auch nicht deshalb entbehrlich, weil bereits ex ante erkennbar gewesen wäre, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft nach einer Abmahnung nicht zu erwarten stand. Dies hat das Arbeitsgericht verneint. Die Beklagte ist dem nicht entgegengetreten; sie hat sich für die Entbehrlichkeit der Abmahnung hinsichtlich des versuchten Arbeitszeitbetrugs vielmehr auf die Alternative „schwere Pflichtverletzung, deren Hinnahme durch den Arbeitgeber nicht erwartetet werden könne“ berufen, die vorstehend verneint wurde. Darüber hinaus ist unstreitig, dass der Kläger beim Verlassen des Betriebs gegenüber den Kollegen angekündigt hatte, „dafür am Ende der Schicht auch länger (zu) bleiben“. Denn die Beklagte hat insoweit lediglich vorgetragen, dass der Kläger die Kollegin Frau X nicht angehalten habe, die Beklagte über seine Absicht, den Betrieb wieder zu verlassen, zu informieren; die Behauptungen des Klägers gegenüber den Arbeitskollegen hat sie nicht in Frage gestellt. Damit wäre es dem Kläger nicht darum gegangen, Vergütung zu Unrecht zu erhalten, sondern unbemerkt während der Arbeitszeit das Betriebsgelände zu verlassen. Ist

es aber nach dem Vortrag der Beklagten im Betrieb üblich, dass jeder Mitarbeiter, der unerlaubt während der Arbeitszeit das Betriebsgelände verlässt, wegen Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Obliegenheiten abgemahnt wird, hätte sie Gründe, warum sie hiervon im Fall des Klägers absehen durfte, vorgetragen müssen. Die Beklagte geht selbst davon aus, dass in diesen Fällen eine Verhaltensänderung in der Zukunft grundsätzlich erwartet werden kann.

führungen zu verneinen.

37
Dementsprechend war auch eine Abmahnung wegen des Pflichtstoßes des unerlaubten Entfernens vom Arbeitsplatz, den das Arbeitsgericht bejaht hat, auszusprechen und die außerordentliche Kündigung nicht das mildere Mittel.

38
(2) Hilfsweise stützt die Kammer ihre Entscheidung darauf, dass die außerordentliche Kündigung auch dann unverhältnismäßig ist, wenn eine Abmahnung entbehrlich gewesen wäre.

39
Der Kläger ist Jahrgang 0000 und mit einem Grad von 70 schwerbehindert. Seine Chance, sofort mit Ausspruch der außerordentlichen, fristlosen Kündigung einen neuen Arbeitsplatz zu finden, war daher gegenüber jüngeren und gesunden Arbeitnehmern deutlich gemindert. Zu einem wirtschaftlichen Schaden ist es wegen der erfolgten Nacharbeit nicht gekommen. Es war das erste Mal, dass der Kläger seine Arbeitszeit während des elfjährigen Bestehens des Arbeitsverhältnisses nachweislich nicht korrekt erfasst hat. Zur Vorbeugung einer Wiederholungsgefahr hätte die Beklagten den Kläger zeitweise - jedenfalls für die Dauer der Kündigungsfrist - anweisen können, sich jeweils zu Schichtbeginn und - ende persönlich bei der Schichtleitung an- und abzumelden. Soweit die Beklagte in der Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht vorgetragen hat, es habe mit dem Verhalten des Klägers in den vergangenen Jahren Probleme gegeben, „er tue, was er wolle“, ist dies zunächst durch Abmahnung zu rügen.

40
2. Die hilfsweise ordentliche Kündigung ist nach § 1 Abs. 1 und 2 KSchG unwirksam.

41
Die Kündigung ist sozial ungerechtfertigt. Sie ist nicht durch Gründe im Verhalten des Klägers i. S. v. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt. Sie ist auf denselben Lebenssachverhalt gestützt wie außerordentliche Kündigung. Der Beklagten war es aus den dargelegten Gründen zuzumuten, auf das mildere Mittel der Abmahnung zurückzugreifen.

42
Ergänzend stützt sich die Kammer auf die Interessenabwägung im weiteren Sinn.

43
3. Dem zugesprochenen Weiterbeschäftigungsanspruch ist die Beklagte in ihrer Berufung nicht entgegengetreten.

III.

44
Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens gemäß § 97 Abs. 1 ZPO zu tragen.

IV.

45
Es bestand kein Grund, die Revision zum Bundesarbeitsgericht zuzulassen, § 72 Abs. 2 ArbGG.