
Datum: 30.05.2005
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 (117) Sa 1773/04
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2005:0530.8.117SA1773.04.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Hamm, 1 Ca 1207/04
Schlagworte: Kündigung / Privattelefonate / Erledigung von Privatangelegenheiten während der Arbeitszeit durch Außendienstmitarbeiter / unkorrekte Arbeitszeiterfassung
Normen: BGB § 626 I / BGB § 626 II / KSchG § 1

Leitsätze:

1. Ist im Betrieb das Führen von Privattelefonaten während der Arbeitszeit erlaubt oder geduldet, so ist eine Kündigung wegen „bermäßiger Privattelefonate“ sowohl unter dem Gesichtspunkt der anfallenden Telefongebühren als auch wegen der Arbeitszeitversäumnis regelmäßig nur nach vorangehender Abmahnung gerechtfertigt; allein bei kostenträchtigen Auslandsgesprächen oder 0190er-Anwahlen ist eine vorangehende Abmahnung entbehrlich.

2. Sucht der im Außendienst tätige Arbeitnehmer während der Arbeitszeit seine Privatwohnung auf, ohne - wie für Arbeitsunterbrechungen vorgesehen - in der Arbeitszeiterfassung eine entsprechende Korrektur vorzunehmen, so rechtfertigt dies auch ohne vorangehende Abmahnung den Ausspruch einer Kündigung.

Rechtskraft: Die Revision wird nicht zugelassen

Tenor:

Die Berufungen beider Parteien gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Hamm vom 17.08.2004 - 1 Ca 1207/04 - werden zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung, auch soweit die Hauptsache für erledigt und die Berufung zurückgenommen worden ist, werden gegeneinander aufgehoben mit Ausnahme der durch die Beweisaufnahme entstandenen Kosten. Diese werden der Klägerin auferlegt.

Tatbestand

Mit ihrer Klage wendet sich die im Jahre 1947 geborene, verwitwete und gegenüber ihrer Tochter unterhaltsverpflichtete Klägerin, welche seit dem Jahre 1993 als technische Angestellte im Abwasserwerk der Beklagten gegen eine Bruttomonatsvergütung von zuletzt 3.708,98 € (BAT IV a) beschäftigt ist, gegen die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses durch fristlose und vorsorglich fristgerechte Kündigung vom 18.05.2004 (Bl. 6 d.A.) sowie durch weitere fristlose Kündigung vom 22.06.2004. Letztere hat die Beklagte nach vorsorglich eingeholter Zustimmung des Integrationsamtes (Bl. 140 d.A.) ausgesprochen, nachdem sich die Klägerin unter Hinweis auf einen Verschlimmerungsantrag vom 12.05.2004 auf den Sonderkündigungsschutz nach dem Schwerbehindertenrecht berufen hat.

Sämtliche Kündigungen stützt die Beklagte im Wesentlichen auf den Vorwurf bzw. dringenden Verdacht, die Klägerin habe während der Arbeitszeit in außerordentlich großem Umfang Privattelefonate von ihrem Arbeitsplatz geführt, was im Zeitraum August 2002 bis einschließlich März 2004 neben der Kostenbelastung von 415,57 € zu einer Arbeitsversäumnis

von mehr als 196 Stunden geführt habe; jedenfalls in diesem Umfang habe die Klägerin offensichtlich nicht von einer Duldung der Beklagten ausgehen können, weshalb es einer Abmahnung vor Ausspruch der Kündigung nicht bedurft habe. Zum anderen habe die Klägerin wiederholt während ihrer Außendiensttätigkeit Privatangelegenheiten erledigt und sich insbesondere am 23.02.2004 von 10.00 bis 10.50 Uhr, am 16.03.2004 von 11.00 bis 11.20 Uhr, am 19.04.2004 von 10.40 bis 11.10 Uhr und am 22.04.2004 von 8.15 bis 8.30 Uhr in ihrem P5xxxxxxx aufgehalten, ohne dies in der Zeiterfassung entsprechend zu kennzeichnen. Daneben habe sich die Klägerin – wie durch Einschaltung einer Detektei festgestellt worden sei – am 07.04.2004 in der Zeit von 10.10 bis 10.43 Uhr aus privatem Anlass im Standesamt/Rechtsamt und von 10.43 bis 10.52 Uhr in der S6xxxx-B4xx aufgehalten, wiederum ohne eine entsprechende Zeitkorrektur vorzunehmen. Schließlich habe die Klägerin unter missbräuchlichem Hinweis auf ihre dienstliche Stellung ihre Nachbarn im Zuge einer Auseinandersetzung mit den Worten einzuschüchtern versucht, sie sei bei der Stadt tätig, habe viel Zeit und werde sie – die Nachbarn – "fertigmachen". In den dargestellten Verhaltensweisen sieht die Beklagte schwere arbeitsvertragliche Pflichtverletzungen, welche sowohl unter dem Gesichtspunkt der Tat- als auch der Verdachtskündigung die Fortführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machten.

Anlass für die Überprüfung des Dienstverhaltens der Klägerin einschließlich der Führung von Privattelefonaten war eine gegen die Klägerin gerichtete Dienstaufsichtsbeschwerde des

Herrn M4xxxxx M5xxx vom 15.02.2004 (Bl. 202 ff. d.A.), bei der Beklagten eingegangen am 20.02.2004. Hierin erhob Herr M5xxx, welcher gemeinsam mit seiner Ehefrau unmittelbar neben der Klägerin wohnt und nach vormals freundschaftlicher nachbarlicher Verbundenheit nunmehr eine nachbarschaftsrechtliche Auseinandersetzung mit der Klägerin führt, u.a. den Vorwurf, die Klägerin führe während der Arbeitszeit bis zu drei Stunden am Tag private Telefonate und komme fast täglich während der Arbeitszeit zwischen 8.00 und 12.00 Uhr mit dem Dienstwagen nach Hause, um private Geschäfte zu erledigen. Auf Veranlassung des Personalleiters K1xxx beobachtete hierauf der unmittelbare Vorgesetzte der Klägerin, Herr M6xxxxxxxxx, ab dem 25.02.2004 für zwei Wochen das Arbeitsverhalten der Klägerin und berichtete diesem von seinen Beobachtungen Mitte März 2004. Nach Durchsicht der Arbeitszeitznachweise der Klägerin in der 12. Kalenderwoche (15. bis 21.03.2004) holte der Personalleiter K1xxx sodann unter dem 23.03.2004 die Zustimmung des Betriebsrats zur Prüfung von Einzelgesprächsnachweisen über die vom dienstlichen Telefonanschluss der Klägerin im ersten Quartal 2004 geführten Gespräche ein und forderte diese bei der zuständigen Telefongesellschaft an, welche der Beklagten sodann Anfang April

2004 zur Verfügung standen. Bereits zuvor, und zwar am 30.03.2004, beauftragte die Beklagte eine Detektei, welche die Außendiensttätigkeit der Klägerin bis zum 16.04.2004 überprüfte und u.a. für den 07.04.2004 den Besuch der Klägerin beim Rechtsamt und der S6xxxx-B4xx feststellte. Nachdem der Beklagten zu Beginn der 17. Kalenderwoche (19. – 25.04.2004) der Detektivbericht vorlag, führte der Personalleiter K1xxx am 21.04.2004 ein persönliches Gespräch mit dem Beschwerdeführer M5xxx, in welchem dieser aufgefordert wurde, eine Aufstellung über die Termine der angeblichen häuslichen Besuche der Klägerin während der Arbeitszeit einzureichen. Letzteres erfolgte sodann mit der von der Ehefrau des Herrn M4xxxxx M5xxx erstellten handschriftlichen Aufstellung Bl. 619 d.A. Unter dem 07.05.2004 wandte sich die Beklagte sodann erneut an den Betriebsrat mit der Bitte um Zustimmung, weitere Einzelgesprächsnachweise aus den Jahren 2002 bis 2003 auswerten zu dürfen, worauf der Betriebsrat eine entsprechende Zustimmung unter dem 10.05.2005 erteilte. Bereits zuvor hatte die Beklagte die Klägerin zu einem Anhörungstermin für den 12.05.2004 eingeladen, welcher sodann unter beidseitiger Beteiligung von Rechtsanwälten stattfand; Einzelheiten sind insoweit streitig. Mit Schreiben vom 12.05.2004 (Bl. 62 d.A.) sowie mit Ergänzungsschreiben vom 17.05.2004 (Bl. 252 d.A.) unterrichtete die Beklagte sodann den bei ihr gebildeten Betriebsrat – Einzelheiten sind streitig – und sprach hierauf mit Schreiben vom 18.05.2004 gegenüber der Klägerin die fristlose und vorsorglich fristgerechte Kündigung aus. Nachdem sich die Klägerin in der Klageschrift auf den Sonderkündigungsschutz wegen Schwerbehinderung berief, beantragte die Beklagte vorsorglich beim Integrationsamt die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung der Klägerin, welche mit Bescheid vom 21.06.2004 (Bl. 140 d.A.) antragsgemäß erteilt wurde. Nach erneuter Anhörung des Betriebsrats (Bl. 213–215 d.A.) sprach die Beklagte sodann unter dem 22.06.2004 eine weitere fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus.

Die Klägerin hat im ersten Rechtszuge die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats bestritten, ferner die fehlende Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung vom 18.05.2004 beanstandet und die Versäumung der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB geltend gemacht. Weiter hat sie in der Sache sämtliche erhobenen Vorwürfe unter konkreter Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Beklagten als unzutreffend zurückgewiesen.

Durch Urteil vom 17.08.2004 (Bl. 264 ff. d.A.), auf welches wegen des weiteren erstinstanzlichen Parteivorbringens Bezug genommen wird, hat das Arbeitsgericht, soweit für das Berufungsverfahren von Belang, festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende

Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 18.05.2004 nicht vor dem 31.12.2004 enden werde; wegen des weiteren Kündigungsfeststellungsbegehrens ist die Klage abgewiesen worden. Zur Begründung ist im Wesentlichen ausgeführt worden, die fristlose Kündigung vom 18.05.2004 scheitere bereits an der Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist nach § 626 Abs. 2 BGB, da die Beklagte die zur Klärung des Sachverhalts erforderlichen Maßnahmen nicht mit der gebotenen Eile durchgeführt habe. Dies betreffe zum einen die Verzögerung zwischen dem Eingang der Dienstaufsichtsbeschwerde und der Information des direkten Vorgesetzten. Zum anderen habe die Beklagte es versäumt, bereits von Anfang an den Betriebsrat um Zustimmung zur Datenauswertung zu bitten, sondern sich zunächst allein darauf beschränkt, die Klägerin durch den Vorgesetzten beobachten zu lassen. Erst zwei Monate nach Eingang der Beschwerde habe die Beklagte sodann am 21.04.2004 ein persönliches Gespräch mit Herrn M5xxx geführt und danach drei weitere Wochen bis zur Anhörung der Klägerin am 12.05.2004 gewartet. Bei zügiger Durchführung der Aufklärungsmaßnahmen habe die Klägerin spätestens Ende März 2004 mit den gewonnenen Erkenntnissen konfrontiert werden können, so dass die Beklagte jedenfalls bis Mitte April 2004 die Kündigung habe aussprechen können. Das Arbeitsverhältnis der Parteien sei jedoch durch die hilfsweise ausgesprochene fristgerechte Kündigung mit Wirkung zum 31.12.2004 beendet worden. Die von der Klägerin erhobenen Bedenken gegen die Wirksamkeit der Betriebsratsanhörung seien im Ergebnis nicht berechtigt, vielmehr sei dem Betriebsrat schon aus den vorgehenden Gesprächen über die Zustimmung des Betriebsrats zur Telefondatenauswertung der maßgebliche Vorwurf übermäßig umfangreicher Privattelefonate bekannt gewesen, ferner habe der Betriebsratsvorsitzende an der Anhörung der Klägerin am 12.05.2004 selbst teilgenommen. Weiter habe dem Betriebsrat bei seiner Sitzung die Beschwerde des Herrn M5xxx sowie das Ergebnis der Telefondatenauswertung vorgelegen. Erst nach Zustimmung des Betriebsrats sei sodann die Kündigung vom 18.05.2004 ausgesprochen worden. In der Sache sei die ausgesprochene Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG gerechtfertigt. Allein nach dem von der Klägerin selbst eingeräumten Sachverhalt beliefen sich die Privattelefonate in fünf Monaten des Jahres 2002 auf etwa dreißig Stunden mit Kosten von überschlägig 60,-- €, im Jahre 2003 auf ca. 86 Stunden mit Kosten von ca. 180,-- € und im ersten Quartal 2004 auf ca. 14,5 Stunden mit Kosten in Höhe von ca. 34,-- €, was einen Verlust von gut drei Arbeitswochen in 20 Monaten bedeute. Damit habe die Klägerin in erheblichem Maße ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt. Entgegen dem Standpunkt der Klägerin unterliege die Berücksichtigung der Telefondatenauswertung keinen betriebsverfassungsrechtlichen Bedenken. Die Datenerfassung durch den Provider sei in zulässiger Weise zu Ab-

rechnungszwecken erfolgt, die Auswertung der Daten zu Kontrollzwecken sei unstreitig mit Zustimmung des Betriebsrats vorgenommen worden. Auch wenn im Betrieb der Beklagten die Führung von privaten Telefongesprächen nicht grundsätzlich verboten sei, habe die Klägerin doch offensichtlich die Grenzen des Erlaubten in erheblichem Umfang überschritten. Sowohl die Kostenbelastung von ca. 240,-- € in 20 Monaten als auch der entsprechende Verlust an Arbeitszeit überschritten deutlich das hinnehmbare Maß einer geringfügigen Vermögensbelastung. Der Umfang der von der Klägerin eingeräumten privaten Telefonate sei so zweifelsfrei unangemessen, dass unter diesen Umständen auch der Ausspruch einer Abmahnung entbehrlich gewesen sei; ein Irrtum der Klägerin über die Rechtswidrigkeit ihres Handelns scheide ersichtlich aus. In Anbetracht der Hartnäckigkeit der Pflichtverletzungen sei der Beklagten – trotz der langjährigen Beschäftigungsdauer, der familiären Verhältnisse der Klägerin und der Folgen des Arbeitsplatzverlustes – eine dauerhafte Fortführung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar. Der weitere, gegen die fristlose Kündigung vom 22.06.2004 gerichtete Kündigungsfeststellungsantrag erweise sich dementsprechend ohne weiteres als unbegründet.

Gegen das Urteil des Arbeitsgerichts haben beide Parteien rechtzeitig Berufung eingelegt und diese form- und fristgerecht begründet. Sie verfolgen jeweils ihr erstinstanzliches Klageziel weiter und tragen hierzu ergänzend und umfangreich weiter vor.	11
Die Beklagte wendet sich mit ihrer Berufung gegen den Standpunkt des Arbeitsgerichts, die fristlose Kündigung vom 18.05.2004 scheitere bereits an der Versäumung der Zwei-Wochen-Frist des § 626 BGB. Soweit das Arbeitsgericht eine Verzögerung bei der Aufklärung des Sachverhalts bereits darin sehe, dass die Dienstaufsichtsbeschwerde erst nach drei Tagen dem direkten Vorgesetzten Mxxxxxxx vorgelegt worden sei, müsse beachtet werden, dass der Personalleiter K1xxx bei einer Beschäftigtenzahl von 122 Arbeitnehmern eine Vielzahl von Angelegenheiten zu erledigen habe und die in der Dienstaufsichtsbeschwerde aufgeführten Vorgänge zahlreiche Gesichtspunkte beinhaltete, welche nicht sämtlich mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang stünden. Eben aus diesem Grunde könne auch nicht beanstandet werden, dass zunächst das Arbeitsverhalten der Klägerin durch den Vorgesetzten M6xxxxxxx beobachtet worden sei, um zu prüfen, ob an der Sache tatsächlich "etwas dran" sei. Erst auf der Grundlage der getroffenen Beobachtungen, aus welchen sich Anhaltspunkte für private Telefonate der Klägerin ergeben hätten, habe Anlass bestanden, Einzelgesprächsnachweise auszuwerten und – im Hinblick auf die geringe Aussagekraft der zunächst ausgewerteten Daten des ersten Quartals 2004 – erst da-	12
nach Anfang April 2004 eine Detektei zu beauftragen. Nachdem auch dies nur zu begrenzten Erkenntnissen geführt habe, habe sich erst durch die Überprüfung der weiteren Einzelgesprächsnachweise aus den Jahren 2002 und 2003 das ganze Ausmaß der Privattelefonate gezeigt, wobei dann auch die im Gespräch vom 21.04.2004 vom Beschwerdeführer M5xxx mitgeteilten Angaben hätten berücksichtigt werden können. Schon der Umfang der erhobenen Daten mache deutlich, dass eine entsprechende Auswertung nicht innerhalb weniger Tage durchgeführt werden können. Insgesamt habe die Beklagte damit unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes so zügig wie möglich die erforderlichen Ermittlungen durchgeführt. Zur sachlichen Berechtigung der erhobenen Kündigungsvorwürfe und zur Wirksamkeit der Kündigung in formeller Hinsicht nimmt die Beklagte im Übrigen Bezug auf ihr Vorbringen zur Abwehr der klägerseitig eingelegten Berufung.	13
Die Beklagte beantragt insoweit,	14
unter Abänderung des arbeitsgerichtlichen Urteils die Klage vollständig abzuweisen.	15.
Die Klägerin beantragt,	16
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.	17
Sie tritt dem Standpunkt des Arbeitsgerichts zur Versäumung der Zwei-Wochen-Frist nach § 626 Abs. 2 BGB bei und weist im Übrigen den Vorwurf arbeitsvertraglicher Pflichtverletzungen unter Bezugnahme auf ihr eigenes Berufungsvorbringen als unzutreffend zurück.	18
Die Klägerin wendet sich mit ihrer Berufung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens gegen den Standpunkt des arbeitsgerichtlichen Urteils, das Arbeitsverhältnis der Parteien sei durch die Kündigung vom 18.05.2004 mit Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist beendet worden. Zum einen fehle es bereits an einer vollständigen Unterrichtung des Betriebsrats, allein der Inhalt des Anhörungsschreibens vom 12.05.2004 sei hierfür nicht genügend. Nach dem Inhalt der vorgelegten Unterlagen sei auch	19

nicht auszuschließen, dass der Betriebsratsvorsitzende die Erklärung, der Betriebsrat

stimme der Kündigung zu, spontan und ohne vorangehenden Betriebsratsbeschluss
abgegeben habe. 20

Zu Unrecht habe das Arbeitsgericht die Abweisung des Kündigungsfeststellungsbegehrens
auf die von der Klägerin geführten Privattelefonate gestützt. Abgesehen davon, dass die
Zustimmung des Betriebsrats zur Auswertung der Telefondaten bestritten werden müsse und
im Übrigen die Telefonanlage nicht allein tatsächlich geführte, sondern auch erfolglos
angewählte Nummern registriere, ergebe sich letztlich aus dem zweitinstanzlichen
Beklagtenvorbringen selbst, dass die vorgelegten Telefonlisten nicht vom Provider stammten,
sondern von der Beklagten selbst in Form einer Excel-Tabelle zusammengestellt seien. Dies
lasse den Beweiswert der vorgelegten Aufstellung entfallen und führe weitergehend dazu,
dass auch die erstinstanzlich von der Klägerin eingeräumten Privatverbindungen nicht mehr
als unstreitig angesehen werden könnten. Erstinstanzlich habe die Klägerin allein anhand der
aufgeführten Telefonnummern den privaten Charakter bestimmter Gespräche eingeräumt,
selbstredend unter der Voraussetzung, dass diese tatsächlich korrekt erfasst seien. Davon
könne unter den vorliegenden Umständen jedoch nicht mehr ausgegangen werden. 21

Soweit sich die Beklagte zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung weiter auf den Vorwurf
stütze, die Klägerin sei an den – vom Nachbarn M5xxx genannten – Tagen während der
Arbeitszeit nach Hause gefahren, handele es sich um haltlose Anschuldigungen. Soweit das
von der Klägerin benutzte Dienstfahrzeug im fraglichen Zeitraum in der Nähe ihres Hauses
abgestellt gewesen sei, habe jeweils ein dienstlicher Anlass vorgelegen. Konkret habe sie im
fraglichen Zeitraum insgesamt vier Ortstermine bei dem in der Nachbarschaft wohnhaften
Ehepaar C2xxxxx durchgeführt. Zunächst habe am 23.02. eine Beratung vor Ort
stattgefunden, dann habe sie – die Klägerin - beim nächsten Ortstermin am 16.03. Herrn
C2xxxxx Hilfestellung bei der Ausfüllung des Antragsformulars geleistet. Nach Eingang des
Antrages am 14.04. in der Dienststelle seien sodann zwei weitere Ortstermine am 19. und
22.4. zur Prüfung der Beseitigung des Hofablaufs durchgeführt worden. Die angebliche
Beobachtung der Ehefrau des Zeugen M5xxx, nach welcher sich die Klägerin am 23.02.2004
bis 10.50 Uhr zu Hause aufgehalten habe, könne schon deswegen nicht zutreffen, weil nach
den vorgelegten Auswertungen der Telefondaten angeblich bereits um 10.57 Uhr ein
Telefonat vom Anschluss der Klägerin geführt worden sei. Der Weg von der Wohnung zum
Arbeitsplatz lasse sich keinesfalls in sieben Minuten zurücklegen. Dieser Umstand wie auch
zahlreiche weitere Ungenauigkeiten und Widersprüche, wie sie in der durchgeführten
Beweisaufnahme zutage getreten seien, seien letztlich nur durch die Motivation der Eheleute
M5xxx zu erklären, ihr – der Klägerin – durch eine sachlich vollkommen unberechtigte
Dienstaufsichtsbeschwerde Schaden zuzufügen. 22

Nachdem die Parteien im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht
den Rechtsstreit wegen des Anspruchs auf Erteilung eines Arbeitszeugnisses
übereinstimmend für erledigt erklärt haben und die Klägerin ihre Berufung wegen des
allgemeinen Fortbestandsantrages zurückgenommen hat, 23

beantragt die Klägerin zuletzt, 24

unter Abänderung des angefochtenen Urteils festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der
Parteien weder durch die außerordentliche fristlose und hilfsweise ordentliche Kündigung
vom 18.05.2004 noch durch die weitere außerordentliche fristlose Kündigung vom
22.06.2004 beendet worden ist. 25

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen, 27

hilfsweise für den Unterliegensfall 28

das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 31.12.2004 gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch den Betrag von 11.000,-- € nicht überschreiten sollte.

Sie verteidigt die arbeitsgerichtliche Entscheidung, soweit das Klagebegehren abgewiesen worden ist, als zutreffend und ergänzt umfangreich ihr Vorbringen zur Betriebsratsanhörung und zur Pflichtwidrigkeit der geführten Privattelefonate. Dem Betriebsrat habe in seiner Sitzung sowohl die Dienstaufsichtsbeschwerde des Herrn M5xxx als auch die Aufstellung mit den Terminen der häuslichen Anwesenheit der Klägerin während der Arbeitszeit und ferner auch die erstellte Auswertung der Telefondatenerfassung vorgelegen. Die Unterschrift des Betriebsratsvorsitzenden unter der Erklärung, der Betriebsrat stimme der Kündigung zu, 30

habe der Betriebsratsvorsitzende erst nach Durchführung der Betriebsratssitzung geleistet, so dass sämtliche Einwendungen der Klägerin gegen die Ordnungsgemäßheit der Betriebsratsanhörung ins Leere gingen. Auch in der Sache selbst sei der Standpunkt des arbeitsgerichtlichen Urteils nicht zu beanstanden, die Privattelefonate der Klägerin rechtfertigten auch ohne vorangehende Abmahnung zumindest eine ordentliche Kündigung. Technisch erfasse die Telefonanlage allein die tatsächlich zustande gekommenen Verbindungen, nicht hingegen vergebliche Anwahlen, wobei auch letztere zumindest den Willen zu weiteren Telefonaten belegten. Tatsächlich sei der Umfang der von der Klägerin geführten Telefonate noch deutlich größer als vom Arbeitsgericht berücksichtigt. So habe die Klägerin insgesamt im fraglichen Zeitraum 1.396 Privattelefonate mit einer Gesamtdauer von 196 Stunden und einer Kostenbelastung von mehr als 415,-- € geführt. Soweit die Klägerin den privaten Charakter einer Vielzahl von Telefonaten bestreite, sei es ihre Aufgabe, konkret den dienstlichen Charakter der Gespräche zu begründen. Auch wenn die vorgelegten Listen von der Beklagten – nach Zustimmung des Betriebsrats zur Auswertung – selbst erstellt und in eine Excel-Tabelle übernommen worden seien, ändere dies nichts an der inhaltlichen Richtigkeit der Darstellung. Datenschutzrechtliche Bedenken gegen die Auswertung der vom Provider erfassten und der Beklagten zur Verfügung gestellten Daten seien im Übrigen unbegründet. Unabhängig vom Vorwurf übermäßiger Privattelefonate stelle aber auch der weitere Umstand, dass die Klägerin wiederholt während der Arbeitszeit ihre Privatwohnung aufgesucht habe, ohne eine entsprechende Korrektur in der Arbeitszeiterfassung vorzunehmen, eine schwerwiegende Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten dar. Im Anschluss an das persönliche Gespräch mit dem Beschwerdeführer M5xxx habe die Beklagte eine Aufstellung mit konkreten Daten erhalten, an deren Richtigkeit zu zweifeln kein Anlass bestehe. Insbesondere erscheine die Darstellung der Klägerin, sie habe jeweils Ortstermine in der Nachbarschaft durchgeführt, als vollkommen unglaubwürdig, zumal der Antrag des Herrn S7xxx C2xxxxx erst vom 14.04.2004 stamme. Allein wegen einer Zisterne oder wegen eines Hofablaufs würden nicht vier Ortstermine durchgeführt, wobei ohnehin bei einem Ortstermin in der Nähe des eigenen Wohnsitzes eine Terminierung mitten am Vormittag als wenig naheliegend erscheine. Allein die Tatsache, dass zwischen der Klägerin und den Eheleuten M5xxx gewisse Spannungen bestünden, stelle die Glaubhaftigkeit der konkret geschilderten Beobachtungen nicht in Frage. Auch die von der Detektei festgestellten Privatbesuche der Klägerin beim Rechtsamt/Standesamt sowie bei der S6xxxx-B4xx bestätigten den Eindruck, dass die Klägerin einen nicht unwesentlichen Teil ihrer Arbeitszeit mit der Erledigung privater Angelegenheiten – am Telefon, anlässlich von Dienstgängen oder 31

gar zu Hause – verbringe.

Hilfsweise beantragt die Beklagte die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung. Wegen der diesbezüglichen Begründung wird auf den Beklagtenschriftsatz vom 26.04.2005 (Bl. 557 ff. d. A.), wegen der hierauf bezogenen Erwiderung der Klägerin auf deren Schriftsatz vom 29.04.2005 (Bl. 595 ff. d. A.) verwiesen. 32

Das Landesarbeitsgericht hat Beweis erhoben zur Frage der Betriebsratsanhörung durch uneidliche Vernehmung der Zeugen W1xxxxxxx und K1xxx gemäß dem Terminsprotokoll vom 02.05.2005 (Bl. 609 ff. d.A.), ferner wegen der behaupteten häuslichen Anwesenheit der Klägerin zu den angegebenen Terminen durch uneidliche Vernehmung des Zeugen C2xxxxx sowie der eidlichen Vernehmung der Zeugen M4xxxxxx und K2xxxxxx M5xxx. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird insoweit auf das Sitzungsprotokoll vom 30.05.2005 verwiesen. 33

Entscheidungsgründe 34

Die Berufungen beider Parteien bleiben ohne Erfolg. 35

A 36

Die Berufung der Klägerin ist unbegründet. 37

In Übereinstimmung mit dem arbeitsgerichtlichen Urteil ist das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die hilfsweise ausgesprochene ordentliche arbeitgeberseitige Kündigung vom 18.05.2004 mit Ablauf des 31.12.2004 beendet worden. Die mit der Berufung vorgetragenen Gesichtspunkte rechtfertigen auf der Grundlage der im zweiten Rechtszuge durchgeführten Beweisaufnahme keine Abänderung der Entscheidung. 38

I 39

Soweit sich die Klägerin zur Begründung ihrer Auffassung, die Kündigung vom 18.05.2004 sei bereits wegen fehlender Zustimmung des Integrationsamtes unwirksam, auf ihre Schwerbehinderung beruft, ist in Übereinstimmung mit der Entscheidung des arbeitsgerichtlichen Urteils festzuhalten, dass die Klägerin bislang weder als Schwerbehinderte anerkannt noch einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt ist. Aus diesem Grunde kommt es auch nicht auf die Rechtsfrage an, inwiefern nach der Neufassung des § 90 Abs. 2 a SGB IX der Gleichstellungs- und Verschlimmerungsantrag der Klägerin vom 12.05.2004 noch geeignet war, den Sonderkündigungsschutz gemäß § 85 ff. SGB IX zu begründen. 40

II 41

Entgegen dem Standpunkt der Klägerin scheitert die Wirksamkeit der Kündigung vom 18.05.2004 auch nicht an den Erfordernissen der ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung gemäß § 102 BetrVG. Im Zeitpunkt der Kündigung war das Anhörungsverfahren durch abschließende Stellungnahme des Betriebsrats abgeschlossen. Auch in inhaltlicher Hinsicht bestehen gegen die Vollständigkeit der Betriebsratsanhörung keine Bedenken. 42

1. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur vollen Überzeugung des Gerichts fest, dass die abschließende Stellungnahme des Betriebsrats nicht etwa – wie die Klägerin für möglich gehalten hat – ohne vorangehenden Betriebsratsbeschluss vom Betriebsratsvorsitzenden spontan abgegeben worden ist. Wie der Zeuge W1xxxxxxx bei seiner 43

Vernehmung vor dem Landesarbeitsgericht vielmehr glaubwürdig geschildert hat, hat zunächst eine Sitzung am 12.05.2004 stattgefunden. Erst nach der Sitzung hat der Betriebsratsvorsitzende sodann den Anhörungsbogen mit dem Vermerk "der Betriebsrat stimmt zu" unterzeichnet. Wie der Zeuge W1xxxxxxx sodann weiter geschildert hat, hat er vorsorglich, nachdem ihm wegen fehlender Beteiligung eines Ersatzmitgliedes rechtliche Bedenken gegen die Wirksamkeit des Betriebsratsbeschlusses gekommen waren, eine erneute Sitzung anberaumt. Diese Sitzung hat am 18.05.2004 stattgefunden. Mit dem Vermerk vom 18.05.2004 auf dem ergänzenden Anhörungsschreiben des Arbeitgebers vom 17.05.2004 (Bl. 252 d.A.), nach welchem der Betriebsrat der Kündigung zustimme, war das Anhörungsverfahren vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß abgeschlossen.

2. Auch gegen die Vollständigkeit der Betriebsratsunterrichtung bestehen keine Bedenken. Nach der glaubhaften Aussage des Zeugen W1xxxxxxx lag dem Betriebsrat nicht allein der Anhörungsbogen vom 12.05.2004 und das Ergänzungsschreiben des Arbeitgebers vom 17.05.2004 vor. Gegenstand des Anhörungsverfahrens waren vielmehr auch die Listen über die fraglichen Telefongespräche sowie die Dienstaufsichtsbeschwerde des Herrn M5xxx. Dem Zeugen W1xxxxxxx war zwar nicht konkret Erinnerung, ob auch die Aufstellung mit den Terminen, an welchen die Klägerin sich angeblich zu Hause aufgehalten habe (Bl. 619 d.A.) dem Betriebsrat vorgelegt worden ist. Zum einen ergibt sich dies aber aus dem Anhörungsbogen selbst, welcher auf eine entsprechende Anlage mit den Terminen verweist. Bei Fehlen der erwähnten Anlage wäre dies im Hinblick auf die Bedeutung des Kündigungsvorwurfs zweifellos beanstandet worden. Zum anderen hat der Zeuge W1xxxxxxx aber auch konkret bestätigt, dass es insoweit um den Vorwurf ging, die Klägerin habe wiederholt während der Arbeitszeit zu Hause private Dinge erledigt. Damit war aber der Betriebsrat hinreichend über diejenigen Gründe informiert, welche aus Sicht des Arbeitgebers zur Grundlage für die auszusprechende Kündigung genommen werden sollten. Insbesondere steht fest, dass der Betriebsrat nicht allein über den Vorwurf übermäßig häufiger und langer Privattelefonate, sondern auch über den Vorwurf aus der Dienstaufsichtsbeschwerde unterrichtet worden ist, die Klägerin habe – ohne entsprechende Korrektur im Zeiterfassungssystem – während der Arbeitszeit zu Hause private Angelegenheiten erledigt. 44

3. Entgegen der Auffassung der Klägerin kann ein Mangel der Betriebsratsanhörung auch nicht darin gesehen werden, dass die Beklagte dem Betriebsrat mit der Aufstellung Bl. 619 d.A. auch das Verhalten der Klägerin vom 29.01.2004 als kündigungsrelevanten Vorwurf mitgeteilt hat, obgleich – wie zuletzt unstreitig geworden ist – die Klägerin tatsächlich eine entsprechende Korrektur in der Zeiterfassung vorgenommen hatte. Weder insgesamt noch in Bezug auf den konkreten Vorwurf zum Verhalten vom 29.01.2004 lässt sich insoweit von einer bewussten Irreführung des Betriebsrats sprechen, vielmehr hat die Beklagte auf der Grundlage der von den Eheleuten M5xxx eingereichten Aufstellung einen Vorwurf erhoben und dem Betriebsrat als Kündigungsgrund mitgeteilt, welcher sich im Nachhinein als insoweit unzutreffend herausgestellt hat. Die Klägerin trägt selbst nicht vor, schon im Zeitpunkt 45

der Betriebsratsanhörung sei der Beklagten die Tatsache bekannt gewesen, dass für den aufgeführten Termin vom 29.01.2004 eine Korrektur der Arbeitszeiterfassung durchgeführt worden sei, also gar keine Pflichtverletzung vorgelegen habe. Allein die Tatsache, dass einer von fünf gleichartigen Kündigungsvorwürfen in Wegfall gerät, kann nicht als "Verzerrung" des Kündigungssachverhalts angesehen werden, welche den Betriebsrat in die Irre führt. Die von der Beklagten zuletzt eingeräumte Arbeitszeitkorrektur führt allein dazu, dass der diesbezügliche Vorwurf gegenüber der Klägerin in der Sache entfällt, nicht hingegen wird die Ordnungsmäßigkeit der Betriebsratsanhörung insgesamt in Frage gestellt. Selbst wenn im Übrigen der Beklagten von Anfang an bekannt gewesen sein sollte, dass für den 29.01.2004 46

eine Pflichtverletzung der Klägerin nicht vorlag, gleichwohl aber eine entsprechende Klarstellung gegenüber dem Betriebsrat, welchem die insoweit unrichtige Aufstellung mit den maßgeblichen Daten vorlag, unterlassen hat, könnte nicht von einer vorwerfbaren "Aufbauschung" des Kündigungssachverhalts ausgegangen werden. Dass der Betriebsrat gerade durch die Erwähnung des Vorfalls vom 29.01.2004 zur Zustimmung zur Kündigung veranlasst worden sein könnte, scheidet ersichtlich aus.

III 47

In der Sache erweist sich die ausgesprochene Kündigung als sozial gerechtfertigt. Die Beklagte kann die Kündigung erfolgreich auf verhaltensbedingte Gründe im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG stützen. 48

1. Die Kammer teilt allerdings nicht den Standpunkt des arbeitsgerichtlichen Urteils, dass die vorgetragene Privatsnutzung der dienstlichen Telefonanlage im Hinblick auf deren außerordentlichen Umfang ohne vorangehende Abmahnung zur sozialen Rechtfertigung der ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses genügt. 49

a) Was zunächst die Frage der Kostenbelastung des Arbeitgebers durch die geführten Privattelefonate betrifft, hält die Kammer für entscheidend, dass der durch die Telefonbenutzung entstehende finanzielle Aufwand für den Arbeitnehmer nicht ohne weiteres erkennbar ist. Anders als bei einem Eigentumsdelikt, welches durch eine bewusste "Grenzüberschreitung" gekennzeichnet ist, führt hier der Umstand, dass ein Telefonieren in "angemessenem Umfang" gestattet oder geduldet war, dazu, dass erst durch eine Vielzahl von Einzelschritten die Grenze des Erlaubten überschritten wird, ohne dass dies dem Arbeitnehmer 50

zwangsläufig erkennbar ist. Insofern unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt deutlich von solchen Gestaltungen, bei welchen Privattelefonate gänzlich untersagt bzw. nur unter entsprechender Kennzeichnung erlaubt sind (LAG Niedersachsen, Urt. v. 6.3.2001 – 12 Sa 1766/00 – LAGE BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 14) oder der Arbeitnehmer das Diensttelefon für umfangreiche Auslandsgespräche (BAG Urt. v. 4.3.2004 - 2 AZR 147/03 – AP § 103 BetrVG 1972 Nr. 50) bzw. für gebührenträchtige Anrufe von 0190-Nummern nutzt, bei welchen die entstehenden Kosten jeweils von der Telefongesellschaft angesagt werden. 51

b) Richtig ist allerdings, dass durch das private Telefonieren nicht allein eine entsprechende Kostenbelastung des Arbeitgebers bewirkt wird, vielmehr dem Arbeitgeber auch entsprechende Arbeitszeit vorenthalten wird, welche ihrem wirtschaftlichen Wert nach die verursachten Telefongebühren bei weitem übertrifft. Insofern lässt sich jedoch kein Unterschied zu anderen Fällen vertragswidriger Arbeitszeitversäumung erkennen, wie sie etwa in Form von sog. Raucherpausen, Pausenüberziehungen, Plaudereien am Arbeitsplatz, Internetsurfen o.ä. anzutreffen ist und wie dies auch für die Entgegennahme längerer Telefonate zutrifft. Auch wenn es sich eigentlich von selbst versteht, dass der Arbeitgeber, der Vergütung für acht Stunden Arbeit leistet, eine regelmäßige Arbeitsversäumung von durchschnittlich 20 oder 30 Minuten am Tag nicht billigt, führt doch schon die Tatsache, dass ein derartiges Verhalten nicht selten unbeanstandet bleibt, solange das aufgetragene Arbeitspensum zufriedenstellend erledigt wird, aus der Sicht des Arbeitnehmers zu einer entsprechenden Abschwächung des Unrechtsbewusstseins. Einem Arbeitnehmer, der zügig und einsatzfreudig seine Arbeit erledigt, wird der Arbeitgeber sogar nicht selten bewusst gewisse Freiheiten in der Arbeitszeitgestaltung einräumen und auch großzügige Pausenüberziehungen oder Privatgespräche am Arbeitsplatz kritiklos hinnehmen. Entsprechendes wird auch für mehr oder weniger umfangreiche Privattelefonate gelten, 52

deren Gebühren im Verhältnis zu den anfallenden Personalkosten nicht ins Gewicht fallen, sofern nur die Arbeit zügig und sachgerecht erledigt wird. Ergeben sich sodann bei der Überprüfung der Arbeitsergebnisse Beanstandungen, welche möglicherweise mit übermäßig langen Pausen oder unverhältnismäßig langen Privattelefonaten in Zusammenhang stehen, so hat der Arbeitgeber vor Ausspruch einer Kündigung den Arbeitnehmer zur vollständigen und ununterbrochenen Arbeitsleistung aufzufordern und im Sinne einer Abmahnung zu verdeutlichen, dass das bislang geduldete Verhalten als vertragswidrig angesehen wird (Hinweisfunktion der Abmahnung) und im Wiederholungsfalle die Kündigung droht (Warnfunktion der Abmahnung). Auch wenn man also mit dem Arbeitsgericht davon ausgeht, dass der Klägerin auch ohne

besonderen Hinweis die Vertragswidrigkeit der behaupteten übermäßigen Privattelefonate bekannt sein musste, macht dies nach dem Standpunkt der Berufungskammer eine entsprechend deutliche Warnung nicht entbehrlich (so auch LAG Köln, Urt. v. 2.7.1998 – 6 Sa 42/98 – LAGE KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 66; LAG Nürnberg, Urt. v. 6.8.2002 – 6(5) Sa 472/01 – LAGE § 626 BGB Nr. 143; LAG Niedersachsen, Urt. v. 13.01.1998 – 13 Sa 1235/97 – LAGE KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 63; Berkowsky, Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, 4. Aufl., Rz. 264). 53

2. Die ausgesprochene Kündigung erweist sich aber im Hinblick auf den weiteren Vorwurf, die Klägerin habe während ihrer Außendiensttätigkeit ihre Wohnung aufgesucht und dort private Dinge erledigt, ohne diese Zeiten in der Arbeitszeiterfassung zu korrigieren, als berechtigt. Anders als beim Vorwurf übermäßig umfangreicher Privattelefonate geht es hierbei nicht um eine schlichte Arbeitsversäumnis, vielmehr liegt in einem solchen Verhalten unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Außendienstes und der diesbezüglichen Regeln der Zeiterfassung eine schwere arbeitsvertragliche Pflichtverletzung, welche auch ohne vorangehende Abmahnung geeignet ist, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses jedenfalls im Wege der ordentlichen Kündigung zu rechtfertigen. 54

a) Unstreitig erledigt die Klägerin einen Teil ihrer Tätigkeit im Außendienst und unterliegt insoweit nur einer eingeschränkten Kontrolle. Das Vertrauen des Arbeitgebers in die Korrektheit der Arbeitszeiterfassung gewinnt unter diesen Umständen besondere Bedeutung. Das gilt umso mehr, als nach den betrieblichen Regeln gerade für derartige Fälle die Möglichkeit vorgesehen ist, eine entsprechende Zeitkorrektur im Arbeitszeiterfassungssystem vorzunehmen. Unterlässt der Arbeitnehmer bewusst eine solche Korrekturmeldung, so steht dies einem Missbrauch der Kontrolleinrichtungen gleich. Einer vorangehenden Abmahnung bedarf es in derartigen Fällen nicht, weil dem Arbeitnehmer nicht nur die Vertragswidrigkeit seines Handelns bewusst ist, sondern er auch die Folgen seines Handelns – nämlich die Beendigung des Arbeitsverhältnisses – ohne weiteres absehen kann. Mit der Hinnahme eines derartigen Vertrauensmissbrauchs kann nämlich nicht ernsthaft gerechnet werden. 55

b) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur vollen Überzeugung des Gerichts fest, dass die Klägerin im Jahre 2004 wiederholt während ihrer Außendiensttätigkeit ihre Wohnung aufgesucht hat, ohne eine entsprechende Korrektur in der Arbeitszeiterfassung vorzunehmen. Da es sich nicht um einen Einzelfall oder nur ganz geringfügige Unterbrechungen der Arbeitszeit handelt, muss hierin ein schwerer Pflichtenverstoß der Klägerin gesehen werden. 56

(1) Wie die Zeugin K2xxxxxx M5xxx bei ihrer Vernehmung vor dem Landesarbeitsgericht im Einzelnen ausgesagt hat, hat sie bereits in der Vergangenheit – seit dem Jahre 2002 – beobachtet, dass das von der Klägerin benutzte Fahrzeug – wie auch die vorgelegten Lichtbilder belegen – in der Nähe ihres Privathauses abgestellt war. Da die Fotos allerdings 57

nicht die Klägerin, sondern allein das Fahrzeug zeigen, kann hiermit allein der Nachweis einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung nicht geführt werden. Im Gegenteil ist nicht auszuschließen, dass die Klägerin sich auch aus dienstlichen Gründen im Umfeld ihres Privathauses aufgehalten hat, so etwa im Zusammenhang mit der Bearbeitung von Bürgeranträgen wegen Regenwassernutzung o.ä. Hinsichtlich der Jahre 2002 und 2003 liegen im Übrigen keine konkreten Termine und Angaben zur Uhrzeit vor, so dass diesbezüglich nicht von einem substantiierten Sachvortrag der Beklagten ausgegangen werden kann.

Nach ihrer weiteren Aussage hat die Zeugin jedoch in Abstimmung mit ihrem Ehemann auch in den Monaten vor Ausspruch der Kündigung – vor und nach der Dienstaufsichtsbeschwerde vom 15.02.2004 – die Klägerin gezielt beobachtet und hierbei Datum und Uhrzeit derartiger Vorgänge festgehalten, um mit Hilfe dieser Angaben gegenüber dem Arbeitgeber der Klägerin – also der Beklagten – eine entsprechende Beschwerde führen zu können bzw. die erhobenen Vorwürfe zu belegen. Unabhängig von der Frage, inwiefern diese Motivation der Eheleute M5xxx die Glaubwürdigkeit ihrer zeugenschaftlichen Aussagen in Frage stellt – hierauf ist nachfolgend unter Ziff. (5) näher einzugehen – liegen jedenfalls insoweit konkrete Angaben zu Datum, Uhrzeit und zum Teil auch zum Inhalt der Beobachtungen vor. Diese Angaben hat die Zeugin nach ihrer Aussage jeweils zeitnah in einem Kalender notiert, welcher sodann als Vorlage für die der Beklagten übersandte Aufstellung Bl. 619 d.A. gedient hat. Auch die von der Zeugin zur Vorbereitung ihrer Aussage erstellte und vom Zeugen M5xxx dem Gericht übergebene Aufstellung Bl. 719 d.A. beruht nach der Aussage der Zeugin auf den entsprechenden Kalendernotizen. 58

Für den 23.02.2004 lässt sich der vorgelegten Aufstellung allerdings nur entnehmen, dass das von der Klägerin benutzte Fahrzeug während des genannten Zeitraums dort gestanden habe. Theoretisch wäre damit möglich, dass die Klägerin das Fahrzeug zwar in der Nähe der Wohnung abgestellt hat, im Übrigen jedoch dienstlichen Angelegenheiten in der Umgebung nachgegangen wäre. Abgesehen davon, dass die von der Klägerin aufgeführten dienstlichen Angelegenheiten – Bearbeitung der Anträge der Familie C2xxxxx – mit dem aufgeführten Datum vom 23.02.2004 nicht zusammenpassen, hat die Zeugin auf Befragen ausdrücklich ausgeschlossen, sie habe auch solche Vorgänge erfasst, bei welchen sie allein das Fahrzeug, nicht jedoch die Klägerin gesehen habe. In jedem Falle habe sie beobachtet, wie die Klägerin auch ihr P5xxxxxxxxx aufgesucht bzw. verlassen habe. 59

Am 03.03.2004 war die Klägerin nach Aussage der Zeugin M5xxx erneut zu Hause, und zwar im Zusammenhang mit einer Belieferung mit Brennholz. Die von der Zeugin beobachtete Besichtigung des Brennholzes hat zwar nicht über die gesamte angegebene Dauer von 9.40 bis 10.15 Uhr angehalten, vielmehr ist davon auszugehen, dass die aufgeführten Zeiten sich auf die von der Zeugin festgehaltenen Zeiten der An- und Abfahrt der Klägerin beziehen. In Anbetracht der Gesamtzeitspanne von 35 Minuten kann aber nicht angenommen werden, die Klägerin habe sich an diesem Tage im Wesentlichen wegen der Bearbeitung des Antrages C2xxxxx in der Nähe ihres Hauses aufgehalten und nur beiläufig nach dem angelieferten Brennholz geschaut. Selbst wenn der Ortstermin bei Herrn C2xxxxx den 03.03.2004 betreffen sollte, ist doch zu beachten, dass dieser Termin nach der Aussage des Zeugen C2xxxxx höchstens zehn Minuten in Anspruch genommen hat. Selbst wenn also von der festgehaltenen Gesamtzeit nur ein Teil – z.B. 15 Minuten – den privaten Belangen der Klägerin zugeordnet werden, hätte dies entsprechend in der Arbeitszeiterfassung kenntlich gemacht werden müssen. Eine Arbeitsunterbrechung von einer Viertelstunde ist nicht so geringfügig, dass eine Korrektur eingabe in das Arbeitszeiterfassungssystem als übermäßig kleinlich anzusehen wäre. 60

Entsprechendes gilt auch für den 16.03.2004. Selbst wenn dies der Termin sein sollte, an welchem Herr C2xxxxx wegen der Zisterne aufgesucht worden ist, muss sich die Klägerin doch wiederum über einen erheblichen Zeitraum mit privaten Angelegenheiten befassen haben, da auf den Ortstermin bei Herrn C2xxxxx nur 10 Minuten entfielen. Darüber hinaus hat die Zeugin für diesen Tag konkret geschildert, dass die Klägerin ihren aus dem Garten entwichenen Hund gerufen und ins Haus zurückgebracht hat. Weiter hat die Zeugin von einem Gespräch zwischen der Klägerin und einem Nachbarn berichtet, welches bis 12.15 Uhr gedauert habe. Die Tatsache, dass in der Aufstellung Bl. 619 d.A. allein die Zeit von 11.00 bis 11.20 Uhr aufgeführt ist, die weitere Aufstellung (Bl. 719 d.A.) hingegen die Uhrzeit von 11.00 bis 12.15 Uhr angibt, hat die Zeugin plausibel damit erklärt, dass die Klägerin, nachdem sie zunächst den Hund ins Haus gebracht hatte, um 11.20 Uhr das Haus verlassen und das Gespräch mit dem Nachbarn sodann bis 12.15 Uhr gedauert habe.

61

Die weitere Aussage der Zeugin zum 19.04.2004 mit der Uhrzeit 10.40 bis 11.10 Uhr bezieht sich wiederum darauf, wie lange das Auto der Klägerin auf dem Parkplatz gestanden hat; auch hierzu hat die Zeugin aber ausdrücklich erklärt, dass sie nicht allein das Fahrzeug gesehen, sondern selbst beobachtet hat, dass die Klägerin nach Hause kam. Selbst wenn es sich hier wiederum um eine Fahrt aus dienstlichem Anlass – betreffend den Antrag des Herrn C2xxxxx – gehandelt haben sollte, wäre gleichwohl wegen der Erledigung privater Angelegenheiten die Vornahme einer entsprechenden Korrektur in der Zeiterfassung geboten gewesen.

62

Entsprechendes gilt auch für den 22.04.2004, an welchem die Klägerin von der Zeugin beobachtet worden ist, wie sie eine Tasche und eine Rolle ins Haus getragen hat. Ob es sich hierbei um einen Einkauf oder sonstige Dinge handelt, ist hierfür ohne Belang, ein dienstlicher Anlass für das Aufsuchen der Privatwohnung ist jedenfalls nicht ersichtlich.

63

Soweit es die Beobachtungen der Zeugin mit Datum vom 05.05.2004 betrifft, können diese allerdings mit Rücksicht auf den Inhalt der Betriebsratsanhörung nicht zu Lasten der Klägerin verwendet werden. Auch wenn es sich insoweit um einen gleichartigen Vorfall handelt, ist der Grundsatz zu beachten, dass nur solche Tatsachen im Kündigungsschutzprozess Berücksichtigung finden können, zu welchen der Betriebsrat gehört worden ist. (KR-Etzel, 7.Aufl., § 102 BetrVG Rz 111 m.w.N.). Insoweit handelt es sich auch nicht um eine bloße Erläuterung und Substantiierung des Kündigungsvorwurfs, sondern um ein eigenständiges Element eines aus einer Mehrzahl von Einzelvorgängen zusammengefassten Kündigungsvorwurfs. Dementsprechend könnte dieser Vorfall nur nach entsprechender Beteiligung des Betriebsrats in Form des Nachschiebens von Kündigungsgründen Berücksichtigung finden (KR-Etzel a.a.O. Rz 111 a).

64

Auch ohne den letztgenannten Vorwurf ist der objektive Gehalt der Aussage der Zeugin M5xxx dahingehend zusammenzufassen, dass die Klägerin – sei es ohne jeden Bezug zu dienstlichen Angelegenheiten, sei es in Einzelfällen auch in zeitlichem Zusammenhang hiermit – in nicht unerheblichem Umfang während der bezahlten Arbeitszeit ihre Privatwohnung aufgesucht hat. Dem Umfang nach handelt es sich auch nicht um so unerhebliche Zeiträume, dass insoweit von einem mutmaßlichen Einverständnis des Arbeitgebers ausgegangen werden könnte. Anders als die Unterbrechung einer Außendienstfahrt zum Abheben von Geld am Geldautomaten oder der Ablieferung eines privaten Briefes bei der Post

65

oder einer Dienststelle ist mit dem Aufsuchen der Privatwohnung während der Arbeitszeit erkennbar die Grenze des Zulässigen überschritten.

66

67

(2) Soweit es den vom Zeugen M4xxxxxx M5xxx geschilderten Vorfall vom 29.01.2004 betrifft, entfällt zwar der Vorwurf einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung, da die Klägerin unstreitig eine entsprechende Korrektur eingabe in der Arbeitszeiterfassung vorgenommen hat. Gleichwohl ist die Schilderung des Zeugen M5xxx nicht ohne Belang. Sie belegt im Gegenteil die Tatsache, dass das Aufsuchen der Privatwohnung durch die Klägerin während der üblichen Arbeitszeit von den Eheleuten M5xxx gezielt – und zumindest in Bezug auf den 29.01.04 auch korrekt – beobachtet und festgehalten worden ist.

(3) Die Klägerin hat allerdings die Berechtigung sämtlicher Vorwürfe bestritten und sich gegenbeweislich auf den Zeugen C2xxxxxx berufen. Dieser hat zwar bestätigt, dass die Klägerin im Zeitraum März/April 2004 ihn zweimal auf seinem Grundstück aufgesucht hat, um Angelegenheiten der Zisternenaufstellung und der Flächenentsiegelung nebst Beseitigung eines Bodenablaufs zu besprechen. Beide Termine haben jedoch nach der glaubhaften Aussage des Zeugen jeweils höchstens zehn Minuten gedauert. Selbst wenn also die von der Zeugin M5xxx bestätigten Zeiten die Dauer der Ortstermine bei Herrn C2xxxxxx mit umfassen sollten, lässt dies den Vorwurf unkorrekter Arbeitszeiterfassung im Wesentlichen unberührt. Ohnehin hat Herr C2xxxxxx nur zwei Termine bestätigt; die von der Zeugin M5xxx erfassten Termine können also nicht sämtlich mit dienstlichen Angelegenheiten in Verbindung gebracht werden. 68

(4) Entgegen der Auffassung der Klägerin wird die Richtigkeit der Aussagen der Eheleute M5xxx nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Aussagen unzweifelhaft gewisse Widersprüche aufweisen. 69

Dies gilt etwa für die unterschiedlichen Angaben in den Aufstellungen Bl. 619 d.A. und Bl. 719 d.A. Gerade der Umstand, dass beide Aufstellungen auf derselben Grundlage – nämlich den im Kalender verzeichneten Vermerken – beruhen, müsste an sich dazu führen, dass Anzahl und Inhalt der Ereignisse übereinstimmend wiedergegeben werden. Tatsächlich enthält jedoch die Aufstellung Bl. 619 d.A. nur fünf Termine, die weitere Aufstellung Bl. 719 d.A. weist neben dem zusätzlichen Termin vom 05.05.2004 (welcher sich zwanglos daraus erklärt, dass die Aufstellung Bl. 619 d.A. bereits am 04.05.2004 an die Beklagte übersandt worden ist) als weiteren Termin den 03.03.2004 auf, betreffend den 70

Vorfall mit der Anlieferung von Holz. Auch die angegebenen Uhrzeiten stimmen nicht in jedem Falle überein. So wird für den 29.01.2004 einmal der Zeitraum auf 11.30 bis 11.40 Uhr fixiert, die Aufstellung Bl. 719 d.A. nennt demgegenüber den Zeitraum von 11.20 bis 11.35 Uhr. Für den 16.03.2004 findet sich auf Bl. 619 d.A. die Eintragung 11.00 bis 11.20 Uhr, auf der Aufstellung Bl. 719 d.A. der Zeitraum 11.00 bis 11.15 Uhr. Letzteres hat die Zeugin so erklärt, dass sich die Klägerin bis 11.20 Uhr im Hause aufgehalten und anschließend bis 12.15 Uhr ein Gespräch mit dem Nachbarn geführt habe, die Originalaufzeichnung auf dem Kalender weise dementsprechend beide Zeitpunkte auf. Schließlich ist auch die Aufzeichnung für den 22.04.2004 nicht deckungsgleich. In der Aufstellung Bl. 619 d.A. ist der Zeitraum von 8.15 bis 8.30 Uhr aufgeführt. Die Aufstellung Bl. 719 d.A. nennt den Zeitraum 8.15 bis 8.40 Uhr. Zur Erklärung dieser Abweichungen hat die Zeugin M5xxx darauf verwiesen, zur Vorbereitung ihrer Aussage habe sie noch einmal sorgfältig die im Kalender aufgeführten Eintragungen überprüft. Demgegenüber habe sie die der Beklagten übersandte Aufstellung (Bl. 619 d.A.) unter Zeitdruck erstellt, nachdem ihr Ehemann sie – von auswärts anrufend – eilig um Einsendung einer Aufstellung an Herrn K1xxx gebeten habe. 71

Nach Auffassung der Kammer führen die aufgeführten Abweichungen zwar dazu, dass die vorgelegten Aufstellungen nicht im Sinne einer exakten Dokumentation angesehen werden können, wie dies etwa auf die Zeiterfassung mittels Stempelkarte o.ä. zutrifft. Vielmehr muss 72

durchaus die Möglichkeit von Ungenauigkeiten und Irrtümern ins Auge gefasst werden, welche sowohl die Präzision der Beobachtung als auch die Sorgfalt bei der Übertragung vom Kalender in die vorgelegten Aufstellungen betrifft. Demgegenüber rechtfertigen die aufgeführten Differenzen nicht den weitergehenden Schluss, es handle bei den Aufstellungen und der diesbezüglichen Zeugenaussage insgesamt um frei erfundene Terminangaben oder beliebig aufgeblähte Zeiträume. Hiergegen kann auch nicht eingewandt werden, in einer für die Zeugin ersichtlich bedeutsamen Angelegenheit seien derartige Ungenauigkeiten nicht mit mangelnder Sorgfalt zu erklären, vielmehr zeige sich schon hieran die Unglaubwürdigkeit und Unbrauchbarkeit der Aussagen. Wenn der Zeuge M4xxxxxx M5xxx sich als Maurerpolier überwiegend auf auswärtigen Baustellen befand, dementsprechend die Dienstaufsichtsbeschwerde vom 15.02.2004 nicht von zu Hause aus, sondern von der auswärtigen Unterbringung im Hotel aus erstellte und sodann auf die Aufforderung des Personalleiters K1xxx, die Vorwürfe zu belegen, telefonisch seine Ehefrau darum bat, kurzfristig eine entsprechende Aufstellung an die Beklagte zu übersenden, so erscheint es nicht als lebensfern, wenn die Zeugin hierbei nicht dieselbe Sorgfalt an den Tag legte, wie dies

für die Vorbereitung auf die gerichtliche Zeugenladung zutrifft. Selbst in Bezug auf den Termin vom 03.03.2004, welcher in der Aufstellung Bl. 619 d.A. nicht aufgeführt worden war und welcher nach der Aussage der Zeugin die Lieferung von Brennholz betraf, lässt sich in Anbetracht der Tatsache, dass die Klägerin die entsprechende Belieferung nicht in Abrede gestellt hat, nicht von völlig frei erfundenen Angaben der Zeugin ausgehen.

73

Dies gilt auch für die Angabe der genauen Uhrzeit, zu welcher die Klägerin nach Darstellung der Zeugin am 23.02.2004 das Haus verlassen hat. Geht man von der Richtigkeit der angegebenen Uhrzeit (10.50 Uhr) aus oder handelt es sich gar – wie die Zeugin ausgesagt hat – um eine abgerundete Zeitangabe, wäre kaum zu erklären, dass die Klägerin nach den Auswertungen der Telefonanlage bereits um 10.57 Uhr ein Telefonat geführt haben soll. Da die technische Aufzeichnung der Telefonanlage die korrekte Uhrzeit im Zweifel mit deutlich höherer Sicherheit erfasst, als dies auf eine Zeiterfassung durch Blick auf die Küchenuhr zutrifft, bestehen gegen die Richtigkeit der Zeugenaussage insoweit ernstliche Bedenken, als es die zeitliche Genauigkeit der dokumentierten Angaben betrifft. Hieraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, in Wahrheit habe die Klägerin an diesem Tage bzw. im fraglichen Zeitraum gar nicht ihre Wohnung während der Arbeitszeit aufgesucht, die Aussage der Zeugen stelle sich also als insgesamt erlogen dar. Vielmehr ist allein die Brauchbarkeit der Zeugenaussage insoweit beeinträchtigt, als es die Genauigkeit der Zeitangaben betrifft.

74

Auch soweit es die Tatsache betrifft, dass die Datumsangabe vom 29.01.2004 offenbar erst in die Aufstellung Bl 619 d.A. aufgenommen worden ist, nachdem die übrigen Daten bereits eingetragen waren, spricht dies nicht gegen die Richtigkeit der aufgeführten Daten selbst. Nach der übereinstimmenden Aussage der Eheleute M5xxx handelt es sich bei dem Vorgang vom 29.01.2004 nicht um eine Beobachtung der Zeugin K2xxxxxx M5xxx, sondern um den einzigen vom Zeugen M4xxxxxx M5xxx selbst beobachteten Vorgang. Hieraus erklärt sich plausibel, dass die Zeugin K2xxxxxx M5xxx, als sie auf die Aufforderung ihres Ehemannes hin ihre Beobachtungen anhand der erstellten Notizen zusammenfasste, zunächst allein die Daten beginnend mit dem 23.02.2004 aufführte. Erst auf nachträglichen Hinweis hat die Zeugin dann den 29.01.2004 aufgenommen und hierbei – ersichtlich um die zeitliche Reihenfolge der Daten nicht in Frage zu stellen – den Termin vom 29.01.2004 oberhalb der bislang aufgeführten Daten aufgenommen. Soweit die Klägerin des weiteren eine Auffälligkeit darin sehen will, dass die Angaben zum maßgeblichen Monat zunächst in römischen Ziffern, für den Monat April hingegen in arabischen Ziffern wiedergegeben sind, so liegt hier die

75

Erklärung nahe, dass der Umgang mit römischen Zahlen jenseits der Ziffer III

nicht allgemein gebräuchlich ist, so dass sich aus diesem Grunde der Wechsel zur arabischen Schreibweise erklärt. Weder aus dem Wechsel der Schreibweise der Datumsangaben noch aus deren Reihenfolge kann etwas für oder gegen die inhaltliche Richtigkeit der Aufstellung hergeleitet werden. 76

Ebenso wenig kann auch in dem – zweifellos auffälligen – Umstand, dass die Zeugin M5xxx zwar in Abstimmung mit ihrem Ehemann konkrete Beobachtungen über das Verhalten der Klägerin angestellt und diese – teils auch fotografisch – festgehalten hat, andererseits jedoch nach ihrer Aussage weder über den konkreten Inhalt der Dienstaufsichtsbeschwerde noch über das Gespräch mit dem Personalleiter K1xxx und auch nicht über die Tatsache der Entlassung der Klägerin informiert war, gefolgert werden, der von ihr geschilderte Sachverhalt sei insgesamt lebensfern und damit gänzlich unglaubhaft. Abgesehen davon, dass ersichtlich der Zeuge M4xxxxxx M5xxx in der ehelichen Beziehung (jedenfalls dem Auftreten nach außen hin) eine deutlich vorherrschende Rolle spielt – dies mag sich auch aus den nur schwach ausgeprägten Deutschkenntnissen der Zeugin erklären, welche eine 77

Integration in die Gesellschaft und die eigenständige Rollenfindung erschweren –, ist zu beachten, dass durch die berufliche Situation des Zeugen M4xxxxxx M5xxx die laufende Kommunikation zwischen den Eheleuten eingeschränkt war. Wenn der Zeuge häufig von auswärtigen Arbeitsstellen nur telefonischen Kontakt zur Familie hielt, erscheint nachvollziehbar, dass hierbei nur in groben Zügen über die Angelegenheit der Dienstaufsichtsbeschwerde gesprochen und diese der Ehefrau nicht vollständig übersetzt wurde. Ebenso erklärt sich durch die genannten Umstände, dass die Zeugin M5xxx insoweit nicht etwa selbst auf der Grundlage ihrer eigenen Beobachtungen initiativ wurde, sondern den jeweiligen Erklärungen oder Anweisungen ihres sprachgewandten Ehemannes Folge leistete. Andererseits genügt die erkennbar vorhandene Rollenverteilung nicht für die Annahme, die von der Zeugin K2xxxxxx M5xxx geschilderten Beobachtungen seien frei erfunden, die Zeugin habe – etwa auf Weisung ihres Ehemannes – beliebige Daten notiert und mit der Aufstellung Bl. 619 d.A. an Herrn K1xxx von der Beklagten weitergegeben. Im Gegenteil folgt aus der Tatsache, dass die für den 29.01.2004 dokumentierte häusliche Anwesenheit der Klägerin in der Arbeitszeiterfassung mit einer entsprechenden Korrektur eingabe belegt ist, dass die Zeugenaussagen an ein reales Geschehen anknüpfen. Bei beliebig benannten Terminen wäre eine Übereinstimmung auch nur eines einzigen erfundenen Termins mit der Realität vollkommen unwahrscheinlich. 78

Schließlich kann die Aussage der Zeugin M5xxx auch nicht deshalb als unglaubhaft angesehen werden, weil das von ihr geschilderte Verhalten, sich teilweise stundenlang zwecks Beobachtung der Nachbarschaft vor dem Haus aufzuhalten, als gänzlich unrealistisch anzusehen wäre. Abgesehen davon, dass wegen der auswärtigen Berufstätigkeit des Ehemannes und der Unterbringung der Tochter im Kindergarten das Bedürfnis der Zeugin nachvollziehbar erscheint, sich auf diese Weise eine gewisse Abwechslung zu verschaffen und den Leerlauf des Alltages zu unterbrechen, erklärt sich das spezielle Interesse der Zeugin am Verhalten der Klägerin ohne weiteres aus dem Nachbarschaftsstreit und dem Entschluss der Eheleute M5xxx, gegen das als unzulässig aufgefasste Verhalten der Klägerin vorzugehen. Im Übrigen ist die Aufmerksamkeit der Zeugin etwa in den Fällen, in denen die Klägerin nach ihrem Hund rief, gerade hierdurch geweckt worden. Entgegen der Auffassung der Klägerin kann danach von einer lebensfernen, völlig unrealistischen Schilderung der Zeugin nicht ausgegangen werden. 79

(5) Trotz der dargestellten Ungenauigkeiten und Widersprüche und trotz der erkennbaren und erklärten Motivation der Zeugen, durch gezielte Beobachtungen "Material" gegen die Klägerin zu sammeln, ist die Kammer aus den nachfolgenden Erwägungen im Ergebnis davon überzeugt, dass die Aussage der Zeugen der W2xxxxxx entspricht.

Allein mit erfundenen und widerlegbaren Angaben konnte das Ziel, den Arbeitgeber der Klägerin zu disziplinierenden Maßnahmen zu veranlassen, nicht erreicht werden, im Gegenteil war der Erfolg der geplanten Dienstaufsichtsbeschwerde von vornherein in Frage gestellt, wenn sich auch nur einzelne Vorwürfe als erfunden herausstellten. Da die Zeugen keinen Überblick über die Abwicklung der Dienstgeschäfte der Klägerin besaßen, bot die Anschwärzung der Klägerin mit frei erfundenen Beobachtungen keinerlei Aussicht auf Erfolg. Wie sich aus der Aussage des Zeugen M4xxxxxx M5xxx ergibt, war diesem bei Abfassung der Dienstaufsichtsbeschwerde vom 15.02.2004 durchaus bewusst, dass die Beklagte nicht ohne weiteres den zunächst nur allgemein formulierten Vorwürfen Glauben schenken würde, vielmehr eine entsprechende Nachprüfung der Vorwürfe stattfinden müsste. Folge-richtig ist im Gespräch vom 19.04.2004 die Aufforderung an den Zeugen ergangen, seine Behauptungen zu belegen, worauf dieser die Übersendung der Aufstellung Bl. 619 d.A. an die Beklagte veranlasst hat. Das Verhalten der Zeugen, zunächst belastende Informationen zu sammeln, eine Untersuchung anzustoßen und sodann die erhobenen Vorwürfe zu

81

konkretisieren, spricht für ein geordnetes Vorgehen. Hieraus kann aber nicht gefolgert werden, es handele sich insoweit um substanzlose und frei erdachte Anschuldigungen.

82

Dementsprechend hält die Kammer ein "Komplott" der als Zeugen vernommenen Eheleute M5xxx mit hinreichender Sicherheit für ausgeschlossen. Neben der bereits erwähnten Tatsache, dass für den 29.01.2004 eine realitätsgerechte Beobachtung vorliegt, wird die Glaubwürdigkeit der Zeugenaussagen auch dadurch gestützt, dass beide Zeugen keinen Versuch unternommen haben, die zweifellos vorhandenen Ungenauigkeiten ihrer Beobachtungen durch (erfundene) Detailangaben zu überspielen. So hat der Zeuge M4xxxxxx M5xxx schon im Zusammenhang mit der Übermittlung der Zeugenladung auf das Fehlen eigener Beobachtungen hingewiesen und nicht etwa seine eigene Beobachtung vom 29.01.04 herausgestellt. Auch die Zeugin K2xxxxxx M5xxx hat in ihrer Schilderung keine Bemühungen unternommen, die Bedeutsamkeit ihrer Beobachtungen aufzubauschen. So hat die Zeugin eingeräumt, dass sich die von ihr notierten Zeiträume auf die Standzeiten des von der Klägerin benutzten Fahrzeuges beziehen, ihre konkreten Beobachtungen betreffen demgegenüber im Wesentlichen punktuelle Ereignisse wie z.B. das Betreten oder Verlassen des Hauses, das Rufen nach dem Hund usf. Darüber hinaus hat die Zeugin eingeräumt, dass sie hinsichtlich einzelner fixierter Daten keine konkrete Erinnerung besitzt, sondern allein bestätigen kann, dass sie seinerzeit die Anwesenheit der Klägerin bemerkt und die Aufenthaltsdauer nach Maßgabe der Parkzeit des Fahrzeuges notiert hat. Wäre es der Zeugin darum gegangen, die Klägerin durch konkret geschilderte Beobachtungen zu belasten, wäre es ihr zweifellos nicht schwer gefallen, entsprechende Angaben zu erfinden. Auf Befragen hat die Zeugin im Gegenteil sogar eingeräumt, dass sie zwar bei früherer Gelegenheit ein Wäscheaufhängen der Klägerin beobachtet hat, dies jedoch nicht den hier maßgeblichen Zeitraum betrifft.

83

(6) Im Ergebnis hat die Kammer nach alledem – auch unter Berücksichtigung der durchgeführten Vereidigung der Zeugen – keine durchgreifenden Zweifel an der Richtigkeit der Zeugenaussagen. Auf dieser Grundlage ist die Kammer davon überzeugt, dass die Klägerin wiederholt während ihrer Außendiensttätigkeit ihr Eigenheim aufgesucht hat, ohne dies entsprechend in der Arbeitszeiterfassung zu korrigieren. Damit steht eine erhebliche

84

arbeitsvertragliche Pflichtverletzung fest.

3. Bei der gebotenen Interessenabwägung ist zwar zu Gunsten der Klägerin ihre lang-jährige Betriebszugehörigkeit und ihre familiäre Situation zu berücksichtigen. Andererseits 85

berührt die festgestellte Pflichtverletzung der Klägerin unmittelbar den Vertrauensbereich, welcher speziell für eine Beschäftigung mit Außendienst-Tätigkeiten von besonderer Bedeutung ist. Bei Fortführung des Arbeitsverhältnisses wäre bis zum regulären Eintritt in den Ruhestand immerhin noch ein Zeitraum von deutlich mehr als 10 Jahren zu überbrücken. 86

Eine Wiederherstellung des Vertrauens – etwa auch im Zusammenhang mit einer möglichen Versetzung der Klägerin in den Innendienst – kann unter den vorliegenden Umständen nicht erwartet werden. Auch die im Innendienst anfallenden Tätigkeiten werden nicht unter strikter Aufsicht und Kontrolle erledigt, vielmehr geht mit der Eigenverantwortung des Angestellten das Erfordernis uneingeschränkten Vertrauens – auch im Hinblick auf die zeitliche Trennung zwischen der Erledigung privater und dienstlicher Angelegenheiten während der Arbeitszeit – einher. Nachdem dieses Vertrauen zerstört ist, besteht für die dauerhafte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses keine ausreichende Grundlage mehr. 87

4. Die Kündigungsfrist entspricht der tariflichen Regelung. 88

B 89

Ebenfalls unbegründet ist die Berufung der Beklagten, mit welcher diese die vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die fristlosen Kündigungen vom 18.05.2004 und 22.06.2004 mit sofortiger Wirkung erstrebt. 90

I 91

In Übereinstimmung mit dem arbeitsgerichtlichen Urteil scheitert die fristlose Kündigung der Beklagten vom 18.05.2004 schon an der Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB. Aus den nachstehenden Gründen zu B II fehlt es im Übrigen auch an einem wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB. 92

1. Zutreffend hat das Arbeitsgericht erkannt, dass bei Ausspruch der Kündigung vom 18.05.2004 die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB bereits abgelaufen war. 93

Auch wenn nämlich zugunsten der Beklagten davon ausgegangen wird, dass diese in Anbetracht der Komplexität der in der Dienstaufsichtsbeschwerde erhobenen Vorwürfe nicht zu einem vorschnellen Handeln verpflichtet war, sondern auf der Grundlage ihres jeweiligen Erkenntnisstandes die Berechtigung der erhobenen Einzelvorwürfe aufklären durfte, ohne bereits auf der Grundlage von Teil-Erkenntnissen zum Ausspruch einer Kündigung gezwungen zu sein, muss hier von einer Überschreitung der Zwei-Wochen-Frist ausgegangen werden. 94

Dies betrifft zum einen die verzögerte Beauftragung des Vorgesetzten mit der Beobachtung der Klägerin nach Eingang der Dienstaufsichtsbeschwerde. Auch wenn ein vorschnelles Handeln mit Außenwirkung zu Recht vermieden werden sollte, war im Hinblick auf die offensichtliche Schwere der behaupteten Pflichtverletzungen und ihre abstrakte Eignung als Grundlage einer fristlosen Kündigung jedenfalls eine aktuelle Beurteilung des Arbeitsverhaltens der Klägerin – im Hinblick auf den Vorwurf übermäßiger Privattelefonate – geboten, ohne dass hiermit die erhobenen Vorwürfe leichtfertig übernommen wurden. Für eine entsprechende Anordnung bedurfte es weder einer langwierigen Sachprüfung oder 95

Überlegung. Zum anderen ist nicht ersichtlich, welche Aufklärungsmaßnahmen die Beklagte in der Zeit vom 21.04.2004 – Kenntnis vom Vorhandensein weiterer Telefondaten – und 07./10.05.2004 – Einholung der Zustimmung des Betriebsrats zur Auswertung dieser Daten – unternommen hat. Allein dieser Zeitraum bedeutet eine Verzögerung von mehr als zwei Wochen

2. Auch in der Sache fehlt es an einem "wichtigen Grund", welcher der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch nur bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar macht. Dies gilt sowohl im Hinblick auf den Vorwurf übermäßig häufiger und umfangreicher Privattelefonate als auch in Bezug auf den Vorwurf, die Klägerin habe während der Arbeitszeit ohne entsprechende Korrektur der Arbeitszeiterfassung ihre private Wohnung aufgesucht. Zur Begründung wird insoweit auf die nachstehenden Ausführungen zur außerordentlichen Kündigung vom 22.06.2004 verwiesen. 96

II 97

Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist auch nicht durch die mit Zustimmung des Integrationsamtes ausgesprochene Kündigung vom 22.6.2004 mit sofortiger Wirkung beendet worden. 98

1. Die Entscheidung über die Unwirksamkeit der Kündigung kann insoweit allerdings nicht auf die Versäumung der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB gestützt werden. Diese Vorschrift wird nämlich im Geltungsbereich des Sonderkündigungsschutzes gem. §§ 85 ff SGB IX durch die Regelung des § 91 Abs. 2 und Abs. 5 SGB IX verdrängt. Die rechtliche Prüfung, ob die zweiwöchige Antragsfrist gem. § 91 Abs. 2 SGB IX gewahrt ist, erfolgt dabei ausschließlich im Widerspruchs- und Verwaltungsgerichtsverfahren, da es sich bei behördlichen Zustimmungen um einen Verwaltungsakt handelt, welcher – vom Fall der Nichtigkeit abgesehen – auch von den Gerichten für Arbeitssachen zu beachten ist, solange er nicht aufgehoben worden ist (KR-Etzel a.a.O., § 626 BGB Rz 339 m.w.N.). Allein die Tatsache, dass das Integrationsamt eine vollständige Prüfung der Antragsfrist unterlassen und den Standpunkt eingenommen hat, letztlich sei diese Frage von den Arbeitsgerichten zu prüfen, führt nicht zur Nichtigkeit des Zustimmungsbescheides. 99

2. Auch unabhängig von der Frage der Einhaltung der Antragsfrist gem. § 91 Abs. 2 SGB IX scheitert die fristlose Kündigung jedoch am Fehlen eines "wichtigen Grundes" im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB. Weder die vorgetragenen umfangreichen Privattelefonate noch der gegen die Klägerin gerichtete Vorwurf, sie habe während ihrer Außendiensttätigkeit ihre Privatwohnung aufgesucht, ist unter den vorliegenden Umständen geeignet, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zu rechtfertigen. 100

a) Das gilt zunächst für den Vorwurf übermäßig häufiger und umfangreicher Privattelefonate. Wie im Zusammenhang mit der Zurückweisung der Berufung der Klägerin näher ausgeführt worden ist, kann hierauf eine Kündigung ohne vorangehende Abmahnung nicht gestützt werden. Dies gilt erst recht für die angegriffene fristlose Kündigung. 101

b) Aber auch soweit es den Vorwurf betrifft, die Klägerin habe während der Arbeitszeit ihre Privatwohnung aufgesucht und die hierauf entfallenden Zeiten nicht in der Arbeitszeiterfassung korrigiert, kommt diesem Verhalten nicht das Gewicht eines "wichtigen Grundes" zu, 102

welcher der Beklagten auch nur für die Dauer der Kündigungsfrist die Fortführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht. Auch wenn es sich nämlich – wie im 103

Zusammenhang mit der Zurückweisung der klägerseitigen Berufung ausgeführt worden ist – hierbei um einen erheblichen Vertrauensverstoß handelt, muss doch unter Berücksichtigung der langen Betriebszugehörigkeit, der familiären Situation der Klägerin und der beschränkten Auswirkungen des Pflichtenverstoßes auf das Arbeitsverhältnis davon ausgegangen werden, dass eine fristlose Entlassung sich als überzogen harte Reaktion darstellt. Zwar ist durch das pflichtwidrige Verhalten der Klägerin der Vertrauensbereich berührt, weshalb der Beklagten ein dauerhafter Einsatz der Klägerin im Außendienst nicht abverlangt werden kann. Demgegenüber hält die Kammer – sofern nicht überhaupt für die Dauer der Kündigungsfrist eine Entbindung von Außendiensttätigkeiten in Betracht käme –, jedenfalls für den begrenzten Zeitraum der Kündigungsfrist eine verstärkte Kontrolle mittels Tagesberichten, Fahrtenbuch o.ä. für zumutbar. Dafür, dass die Klägerin gleichwohl während der Dauer der zugebilligten Kündigungsfrist ihr pflichtwidriges Verhalten wiederholen und so die Belange der Beklagten ernsthaft gefährden oder gar weitergehende Schäden anrichten könnte, sind keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich.

C 104

Die Kosten des Berufungsverfahrens waren im Hinblick auf die Erfolglosigkeit der beiderseitig 105 eingelegten Rechtsmittel gegeneinander aufzuheben. Hierbei waren auch die beiderseitige Erledigungserklärung wegen des Zeugnisanspruchs einerseits sowie die klägerseitige Rücknahme der Berufung wegen des vom Arbeitsgericht abgewiesenen allgemeinen Feststellungsantrages andererseits zu berücksichtigen.

D 106

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. 107

Dr. Dudenbostel	Reese	Schäfers	108
-----------------	-------	----------	-----

En. 109