

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§ 626 Abs 1 BGB, § 1 Abs 2 S 1 KSchG

- 1. Ein systematischer Missbrauch der Zeiterfassung um sich höherer Vergütung zu erschleichen, stellt eine schwere Verletzung der arbeitsvertraglichen Treuepflicht dar.**
- 2. Eine schwere Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflicht zur Rücksichtnahme liegt auch dann vor, wenn der Missbrauch durch Anweisung an andere geschieht. Ein solches Verhalten ist daher an sich geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu begründen.**

LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 29.03.2011, Az. : 2 Sa 533/10

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 30.09.2010 - 4 Ca 354 b/10 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

1

Die Parteien streiten um eine fristlose sowie eine hilfsweise fristgemäß ausgesprochene Kündigung des Klägers vom 23.03.2010.

2

Der Kläger ist am1952 geboren, verheiratet und zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtet. Er ist bei der Beklagten als Monteur seit 22.09.1978 angestellt. Zuletzt verdiente er 2.100,00 Euro brutto. Bei der Beklagten ist ein Betriebsrat gebildet.

3

Bei der Beklagten erledigen die Monteure Auftragsarbeiten im „Leistungslohn“; entsprechend haben sie sich einzustempeln. Ein Arbeitswert (AW) entspricht fünf Minuten; 12 bzw. 12,5 AW entsprechen einer Stunde entsprechend 100 %. Ziehen Monteure zu einer Auftragsarbeit Auszubildende hinzu, so arbeiten auch die Auszubildenden im Leistungslohn und müssen umstempeln. Für die Gesellen erhöht sich in diesem Fall die geforderte Leistung für 100 % auf 14 AW (bei Auszubildenden im ersten Lehrjahr) bzw. 16 AW (Auszubildende im zweiten Lehrjahr). Außerhalb von Auftragsarbeiten wird auf "allgemeine Werkstattarbeit" gestempelt.

4

Am 12.03.2010 erledigten der Kläger und der Auszubildende Herr Sp. eine Auftragsarbeit im Leistungslohn. Unmittelbar nach Erledigung des Auftrags stempelten beide aus dem Leistungslohn um in allgemeine Werkstattarbeit. Der Werkstattdirektor Herr P. wies alsdann den Auszubildenden Sp. an, die Werkstatt

aufzuräumen. Der Kläger hingegen erhielt den Auftrag, eine kleine Wartungsarbeit (Ölwechsel an einem Fahrzeug) mit neun AW, entsprechend 45 Minuten zu erledigen. Der Kläger stempelte in Leistungslohn um.

5

Der Kläger beschloss sodann, den Auftrag ohne den Auszubildenden Sp. abzuarbeiten. Da die Ölabsaugvorrichtung nicht funktionierte, nahm der Kläger den Wagen auf die Hebebühne, um das Öl mittels Ölablassschraube ablaufen zu lassen. Bei dieser Tätigkeit ist bei diesem Fahrzeug eine unter der Ölwanne sitzende größere Verkleidung abzunehmen. Die Schrauben für die Verkleidung sitzen an den Außenrändern, so dass es schwierig ist, die Verkleidung alleine zu entfernen. Der Kläger rief den Auszubildenden Sp. heran und bat ihn, während des Entfernens der Schrauben die Verkleidung zu halten. Auf die Frage des Herrn Sp., ob er sich für diese Handlung in Leistungslohn umzustempeln habe, verneinte dies der Kläger unter Hinweis auf eine etwa einminütige Zuarbeit. In diesem Moment erschien der Geschäftsführer Herr Dr. N. in der Werkstatt und stellte fest, dass der Auszubildende Sp. am Auftrag mitarbeitete, ohne in Leistungslohn eingestempelt zu sein. Hintergrund für die Kontrolle des Geschäftsführers waren Hinweise, dass in dieser Werkstatt nicht richtig gestempelt werde. Der Geschäftsführer stellte an diesem Tag mehrere vergleichbare Stempelauffälligkeiten fest.

6

Mit Schreiben vom 16.03.2010 hörte die Beklagte den Betriebsrat zur beabsichtigten fristlosen, hilfsweise ordentlichen Kündigung an (Blatt 36, 56 d.A.). Der Betriebsrat widersprach der beabsichtigten Kündigung mit Datum 19.03.2010 (Blatt 54 d.A.). Die Beklagte kündigte am 23.03.2010 außerordentlich fristlos (Bl. 5 d.A.) und hilfsweise fristgerecht zum 31.10.2010 (Bl. 4 d. verbundenen Nebenakte).

7

Mit seiner am 25.03.2010 erhobenen Klage hat der Kläger die fristlose Kündigung angegriffen. Die fristgerechte Kündigung hat er am 26.03.2010 angegriffen (3 Ca 363 a/10). Beide Verfahren sind verbunden worden.

8

Der Kläger hat vorgetragen, die fristlose Kündigung sei rechtswidrig, die ordentliche Kündigung sei sozialwidrig.

9

Der Kläger hat beantragt,

10

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 23.03.2010 nicht beendet wird,

11

2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 23.03.2010 nicht beendet wird,

12

3. im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Monteur weiter zu beschäftigen

13

Die Beklagte hat beantragt,

14

die Klage abzuweisen.

15

Sie hat vorgetragen, der Kläger habe gegen die Regeln zur Arbeitszeiterfassung verstoßen, indem er über die tatsächlich von ihm erreichten Arbeitswerte getäuscht und sich Mehrleistungsvergütung verschafft habe. Der Auszubildende Sp. sei dem Kläger zugeordnet und habe in jeder Phase der täglichen Arbeit in Gegenwart eines Gesellen in Leistungslohn umzustempeln. Der Kläger könne ihn weder hiervon noch von der Durchführung von Wartungsarbeiten ausschließen. Auch kleine Handreichungen unterfielen der Leistungslohnregelung. Dies sei allen Monteuren bekannt. Der Kläger habe auch zugegeben, seit Jahren so zu verfahren, damit er seine Mehrarbeit schaffe.

16

Eine Abmahnung sei entbehrlich. Der Kläger habe genau gewusst, dass der Auszubildende Sp. in Leistungslohn umzustempeln gehabt hätte. Dadurch, dass er eingeräumt habe, immer so verfahren zu haben, um seine angestrebte Mehrleistung von 140 % in der Stunde zu erreichen, zeige er einen systematischen Schädigungsvorsatz. Etwaig bestehendes Vertrauenskapital habe der Kläger auf null reduziert.

17

Der Kläger hat erwidert, eine Regelung, aus der sich ergebe, dass ein Auszubildender bei kleinen Handreichungen in Leistungslohn umzustempeln habe, gebe es nicht. Es sei auch nie so verfahren worden.

18

Das Arbeitsgericht hat mit dem angefochtenen Urteil vom 30.09.2010 festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger weder aufgrund fristloser Kündigung vom 23.03.2010 noch aufgrund hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung vom selben Tag geendet hat und die Beklagte verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Monteur weiter zu beschäftigen. Hinsichtlich der Einzelheiten der Begründung wird auf das Urteil verwiesen. Dieses Urteil ist der Beklagten am 14.10.2010 zugestellt worden. Sie hat hier gegen am 11.10.2010 Berufung eingelegt und diese am 13.12.2010 begründet.

19

Die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und trägt weiter vor, es sei erstinstanzlich unstrittig gewesen, dass der Kläger sich darauf berufen habe, er könne seine angestrebte Mehrarbeit von 140 % nicht schaffen, wenn er einen Auftrag mit einem kleinen Wartungsdienst habe und der Auszubildende mitarbeite. Er wisse, dass er seine Leistung schaffen müsse, das seien 18 Arbeitswerte je Stunde. In dieser Situation könne der Auszubildende nicht bei jedem Auftrag auf „produktiv LL“ gestempelt sein. Der Kläger habe zugestanden, dass er den ihm zugeordneten Auszubildenden bewusst nicht immer in den Leistungslohn habe umstempeln lassen. Der Kläger habe gemäß Protokoll der Kammerverhandlung darauf hingewiesen, dass er so allerdings „nicht jeden Tag“ gearbeitet habe. Das zeige die zugegebene deutliche Häufigkeit. Der Kläger habe planmäßig seine Arbeitszeiten unkorrekt festgehalten.

20

Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts sei eine Abmahnung entbehrlich gewesen. Der Kläger habe gewusst, dass er Unrecht handele. Dieses Bewusstsein habe er jederzeit gehabt. Er habe auch gewusst, dass er hieraus einen finanziellen Vorteil ziehe. Es sei nicht nur ein Bagatellschaden eingetreten. Der Unterschied zwischen einer 100 % Leistung und einer 140 % Leistung betrage bis zu 500 EUR.

Unzutreffend sei, dass das Arbeitsverhältnis 32 Jahre lang unbeanstandet bestanden habe. Da Abmahnungen nur für einen relativ kurzen Zeitraum in einer Personalakte verbleiben dürften, könne aus dem Inhalt der Personalakte nur darauf geschlossen werden, dass das Arbeitsverhältnis in diesem kurzen Zeitraum unbeanstandet gewesen sei. Die Beklagte könne nicht darauf vertrauen, dass der Kläger sein Verhalten ändern werde. Der Kläger habe sich nicht einmal entschuldigt, sondern sein Verhalten nur damit gerechtfertigt, dass er nur auf diese beschriebene Weise auf die für ihn notwendige Leistung bzw. Mehrleistung kommen können. Mit weiteren Verfehlungen in der Zukunft sei zu rechnen.

21

Die Beklagte beantragt,

22

das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster - 4 Ca 354 b/10 - vom 30.9.2010 abzuändern und die Klage abzuweisen.

23

Der Kläger beantragt,

24

die Berufung zurückzuweisen.

25

Er verteidigt das angefochtene Urteil und trägt weiter vor, die Beklagte setze sich nicht mit dem angefochtenen Urteil auseinander. Er, der Kläger, habe erstinstanzlich vorgetragen, dass grundsätzlich jeder Arbeitnehmer, auch ein Auszubildender, für seine Stempelkarte bzw. Zeiterfassung selbst verantwortlich sei. Er, der Kläger, sei nicht berechtigt, über die Zeiterfassung eines anderen Arbeitskollegen oder eines Auszubildenden zu verfügen. Aufgabe eines Gesellen sei lediglich die Einweisung und Unterrichtung vor Ort. Ein Auszubildender sei niemals während der gesamten Zeit seiner Ausbildung einem einzigen Gesellen zugeordnet. Entgegen der Darstellung der Beklagten habe er, der Kläger, nicht systematisch gegen die Arbeitszeitregelungen der Beklagten verstoßen. Am 12.03.2010 sei der Kläger, nachdem Herr N. geprüft habe, wie der Auszubildende gestempelt habe, zu einem Gespräch in das Meisterbüro aufgefordert worden. Der Kläger sei gezielt zu dem Vorwurf der Manipulation der Stempelkarten befragt worden. Er habe ausdrücklich bestritten, eine Manipulation vorgenommen zu haben, habe allerdings eingeräumt, dass eine solche Situation, wie sie ihm jetzt vorgehalten werde, gelegentlich eingetreten sei. Es sei unter dem mit der Ausbildung betreuten Gesellen nicht ungewöhnlich, dass die Auszubildenden bei kleinen Handreichungen nicht in jedem Fall in den Leistungslohn umstempeln. Der vorherige Werkstattmeister sei hierüber informiert gewesen. Eine ausdrückliche Anweisung, diese Handhabung zu ändern, habe es zu keinem Zeitpunkt gegeben.

26

Nach diesem Gespräch seien weitere Gesellen, die einen Auszubildenden betreuen, ebenfalls in das Meisterbüro gebeten worden. Es sei ihm aber nicht bekannt, worüber gesprochen worden sei.

27

Er bestreite weiterhin, dass der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört worden sei. Die Beklagte habe in dem Anhörungsschreiben auf eine Anlage verwiesen. Es sei nicht Aufgabe des Betriebsrats, anhand dieser Anlagen nachzuforschen, weshalb eine Differenz zwischen der Werkstattarbeit des Auszubildenden und der Tätigkeit des Klägers in Leistungslohn bestehen.

28

Entgegen der Darstellung der Beklagten habe das Arbeitsverhältnis mehr als 30 Jahre unbeanstandet bestanden. Die Beklagte habe niemals eine Abmahnung ausgesprochen.

29

Ergänzend wird auf den Inhalt der Akten, insbesondere die wechselseitigen Schriftsätze mit Anlagen und Erklärungen zu Protokoll, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

30

Die zulässige Berufung hat nicht Erfolg.

31

Der Kläger hat Anspruch auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis weder aufgrund fristloser noch hilfsweise ausgesprochener ordentlicher Kündigung vom 23.03.2010 geendet hat. Die Berufung ist daher zurückzuweisen. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die angefochtene Entscheidung verwiesen.

32

Lediglich ergänzend ist auszuführen:

33

Wie das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, fehlt es hier an einem Grund für eine außerordentliche Kündigung, § 626 Abs. 1 BGB.

34

Zwar stellt die Manipulation von - eigenen - Zeiterfassungsdaten einen Kündigungsgrund an sich dar (BAG vom 24.11.2005 - 2 AZR 39/05 - NZA 2006, 484; LAG Hamm vom 30.05.2005 - 8 (17) Sa 1773/04 - NZA - RR 2006, 353). Vorliegend reicht das Vorbringen der Beklagten jedoch nicht, eine außerordentliche Kündigung zu begründen.

35

Der Kläger hat seine eigenen Arbeitszeiten nicht falsch gestempelt, wie unstreitig ist. Unstreitig ist auch, dass er dem Auszubildenden erklärt hat, er brauche nicht umzustempeln. Das Vorbringen des Klägers, es habe sich nur um eine einminütige Handreichung gehandelt, hat die Beklagte auch in der Berufung nicht bestritten.

36

Wie in der Berufungsverhandlung deutlich geworden ist, ist der jeweilige Geselle zwar nicht dafür verantwortlich, dass der Auszubildende stempelt. Das Stempeln hat der Auszubildende selbst vorzunehmen. Jedoch ist der Auszubildende, damit er richtig stempeln kann, darauf angewiesen, dass der Monteur ihm die richtige Auftragsnummer mitteilt. Denn nur dann kann die Arbeit des Auszubildenden dem jeweiligen Auftrag und damit dem Kunden und der Rechnung zugeordnet werden. Gibt der Monteur also keine Auftragsnummer an oder erklärt er dem Auszubildenden, er solle das Stempeln unterlassen, so liegt dies in seinem von ihm zu steuernden Bereich.

37

Wie die Beklagte zu Recht in der Berufungsverhandlung betont hat, ist sie darauf angewiesen, dass ihre Monteure korrekt und zuverlässig stempeln. Das Verhalten des Klägers am 12.03.2010 stellte jedoch eine verhältnismäßig geringfügige Verletzung dar, da bis zum Ende der Berufungsverhandlung unstreitig war, dass es sich lediglich um eine einminütige Handreichung handelte.

38

Auf das - unstreitige - Verhalten des Klägers am 12.03.2010 stützt die Beklagte ihre Kündigung nicht, sondern auf die Äußerungen des Klägers in der Anhörung und die von der Beklagten hierzu gezogenen Schlussfolgerungen. Das Vorbringen der Beklagten, der Kläger habe systematisch die Auszubildenden gehindert, sich in Leistungslohn umzustempeln, damit er selbst eine höhere Leistung und damit eine höhere Vergütung erreiche, kann ebenfalls die außerordentliche Kündigung nicht begründen.

39

Insoweit hat die Beklagte bis zum Schluss der Berufungsverhandlung nicht deutlich gemacht, ob sie eine Tat- oder eine Verdachtskündigung aussprechen wolle. Auch dem Schreiben an den Betriebsrat zur Anhörung (Bl. 36 d.A.) lässt sich dies nicht sicher entnehmen.

40

Grundsätzlich ist der Beklagten zuzugestehen, dass ein systematischer Missbrauch der Zeiterfassung um sich höherer Vergütung zu erschleichen eine schwere Verletzung der arbeitsvertraglichen Treuepflicht darstellt. Das gilt auch dann, wenn der Missbrauch durch Anweisung an andere geschieht. Gerade in einem solchen Fall, in dem der zugeteilte Auszubildende gehindert wird, richtig zu stempeln, wird die arbeitsvertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme schwer verletzt. Ein solches Verhalten ist daher an sich geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu begründen. Jedoch fehlt dem Vorbringen der Beklagten hierzu die Substanz.

41

Der Bezug der Beklagten auf die Äußerungen des Klägers in der Anhörung kann eine außerordentliche Kündigung nicht begründen. Die Behauptung der Beklagten, die in Ziff. 2 der Betriebsratsanhörung geschildert sind, kann als wahr unterstellt werden. Die von der Beklagten hieraus gezogene Schlussfolgerung, der Kläger habe die Auszubildenden immer gehindert, in Leistungslohn umzustempeln, damit er für sich eine höhere Leistung und damit eine höhere Vergütung erziele, ist aber nicht zwingend.

42

Dies zeigt die Wiedergabe der Erklärungen des Klägers in der Betriebsratsanhörung zu Ziff. 2:

43

„Wenn er einen Auftrag mit einem kleinen Wartungsdienst habe und der Azubi arbeitet mit, dann schaffe er seine Mehrarbeit nicht. Er wisse ja, dass er seine Leistung schaffen müsse und das seien 18 AW 's in der Stunde. Da kann der Azubi nicht bei jedem Auftrag auf Produktiv LL gestempelt sein.

44

Der Azubi stünde dann neben ihm. Er erkläre ihm das Eine oder Andere. Er reiche ihm dann auch mal Werkzeug und Ersatzteile. Der Azubi räume den benutzten Arbeitsplatz auf, entsorge die Altteile und bringe das für den Auftrag benutzte Werkzeug zurück.

45

Dieses aber geschah während der Azubi Sp. auf allgemeine Werkstattarbeit gestempelt sei,

46

Herr R. weiß, dass ein Azubi in solchen Fällen eigentlich Produktiv LL zu stempeln habe. Seine Begründung, weshalb der Azubi nicht Produktiv LL gestempelt habe sei folgende:

47

Der Azubi sei unterdurchschnittlich und würde seine Arbeitszeit nicht in der vorgegebenen Zeit schaffen. Von Herrn P. habe er deshalb das OK bekommen, dass er den Azubi, etwa ab mittags, auf unproduktiv stempeln dürfe.

48

Hieraus folgt mitnichten, dass der Kläger so auch schon bei anderen Auszubildenden verfahren ist. Er hat das Verhalten auf die unterdurchschnittliche Leistung dieses Auszubildenden gestützt.

49

Hinzu kommt, dass der Kläger zwar erklärt hat, er habe jahrelang so gehandelt, aber nicht zugestanden hat, er habe wissentlich falsch gehandelt. Dabei beruft er sich, wie zuletzt in der Berufungsverhandlung geschehen, auf die Weisung eines früheren Meisters. Ohne Bedeutung ist, wann und auf welche Weise dieser Meister ausgeschieden ist. Maßgeblich ist, dass der Kläger sich darauf beruft, ein früherer Meister habe dies genehmigt. Die Beklagte hat dieses Vorbringen nicht ausdrücklich bestritten. Ob der Kläger außer am 12.03.2010 nach der Schulung vom 23.02.2010 noch gegen die Anweisungen verstoßen hat, ist nicht dargelegt und kann den erstinstanzlich eingereichten Terminallisten ohne Erläuterungen nicht entnommen werden.

50

Wie die Weisungslage zum Stempeln ist, hat die Beklagte nach wie vor nicht präzise vorgetragen. Sie behauptet lediglich, jeder wisse, wie gestempelt werden müsse. Um den Verstoß deutlich zu machen, ist auch dem Gericht zu erklären, und zwar spätestens in der Berufungsbegründung, wie die Regelungen gestaltet sind und an welcher Stelle der Kläger dagegen verstoßen haben soll. Die Beklagte hat zwar Auszüge der Regelung zu den Arbeitswerten von der Firma M. B. eingereicht. Die von ihr in Bezug genommene Betriebsvereinbarung liegt dem Gericht aber bis heute nicht vor. Hinzu kommt, dass sich aus dem Widerspruch des Betriebsrats ergibt, dass dieser der Auffassung ist, die hierzu abgeschlossene Betriebsvereinbarung sei nicht präzise. Ob das zutrifft, kann nicht geprüft werden, da die Beklagte die entsprechenden Unterlagen nicht eingereicht hat. Die Beklagte hat es auch nicht für notwendig gehalten, zu der Verfügung vom 13.12.2010 Stellung zu nehmen, in der gebeten worden ist, mitzuteilen, ob es außer dem Schriftstück „Das AB-System“ schriftliche Anweisungen zum Einstempeln in die verschiedenen Lohnarten gibt.

51

Hinzu kommt, dass der zuständige Meister jederzeit kontrollieren konnte, wie gestempelt wurde. Wenn er Auffälligkeiten feststellte, wäre es seine Sache gewesen, einzuschreiten.

52

Wie das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, dient die Kündigung wegen eines bestimmten Verhaltens nicht dazu, ein bestimmtes Verhalten zu sanktionieren. Vielmehr sollen damit weitere ähnliche Vorfälle in der Zukunft vermieden werden. Hieraus folgt, dass entsprechend dem Ultima-ratio-Prinzip der Arbeitgeber zunächst sämtliche andere geeignete Mittel ergreifen muss, um sicherzustellen, dass sich ein vergleichbares Verhalten nicht wieder ereignet. Hierzu dient üblicherweise zunächst eine Abmahnung. Eine solche hat die Beklagte nicht ausgesprochen. Warum diese hier nicht ausreichen sollte, um den Konfliktfall zu regeln, ist nicht nachvollziehbar. Das gilt insbesondere unter Berücksichtigung der Dauer der Betriebszugehörigkeit

des Klägers. Dieser ist bei der Beklagten seit dem Jahr 1978, also mehr als 30 Jahre, beschäftigt. Die Beklagte hat nicht vortragen können, dass das Arbeitsverhältnis zu vor in irgendeiner Weise belastet gewesen wäre. Die Ausführungen der Beklagten zu einer sauberen Personalakte sind insoweit nicht weiterführend. Es handelt sich dabei lediglich um Unterstellungen und Vermutungen, nicht um konkreten Sachvortrag.

53

Die Kündigung kann auch nicht darauf gestützt werden, dass sämtliche andere Mitarbeiter des Betriebes diesen Rechtsstreit beobachteten. Wie bereits ausgeführt, soll mit einer Reaktion auf ein vertragswidriges Verhalten eine Wiederholung vermieden werden. Soll damit aber vertragswidriges Verhalten anderer Arbeitnehmer verhindert werden, also ein Abschreckungseffekt erreicht werden, wird der betroffene Arbeitnehmer stellvertretend für die anderen Arbeitnehmer „geopfert“. Derartige Bräuche sind dem Kündigungsrecht fremd.

54

Die Berufung ist daher mit der Kostenfolge aus § 93 ZPO zurückzuweisen.

55

Gründe für die Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung.