

# Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg

Verurteilung

Verkündet

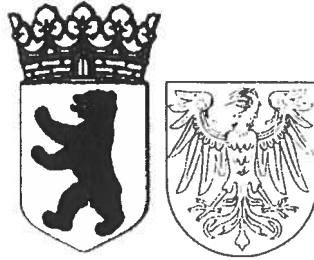
am 25. Januar 2022

Geschäftszeichen (bitte immer angeben)

**7 Sa 1394/21**

3 Ca 832/20

Arbeitsgericht Brandenburg an der Havel



Bierwirth, Gerichtsbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der  
Geschäftsstelle

## Im Namen des Volkes

### Urteil

In Sachen

- Kläger und  
Berufungskläger -

**Prozessbevollmächtigter:**

**Rechtsanwalt Simon Daniel Schmedes,  
Bauhofstr. 56, 14776 Brandenburg an der Havel**

gegen

**ZF Getriebe Brandenburg GmbH,  
vertreten durch Geschäftsführer Markus Schmidt,  
Caasmannstr. 9, 14770 Brandenburg an der Havel**

- Beklagte und  
Berufungsbeklagte -

**Prozessbevollmächtigte/r:**

hat das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, 7. Kammer,  
auf die mündliche Verhandlung vom 25. Januar 2022  
durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Reber als Vorsitzende  
sowie die ehrenamtlichen Richter Otto und Ruess  
für Recht erkannt:

I.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Brandenburg an der Havel vom  
05. Mai 2021 – 3 Ca 832/20 – teilweise abgeändert und

festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht zum  
31.12.2020 aufgelöst worden ist.

II.

Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des vorliegenden Rechtsstreits zu unveränderten Arbeitsbedingungen gemäß den Regelungen des Arbeitsvertrages vom 03. Juli 2002 weiter zu beschäftigen.

III.

Die weitergehende Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

IV.

Von den Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger  $\frac{1}{4}$ , die Beklagte  $\frac{3}{4}$ .

V.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Reber

Otto

Ruess

### Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit eines Aufhebungsvertrages, hilfsweise über die Neubegründung des Arbeitsverhältnisses und einen Anspruch des Klägers auf Beschäftigung.

Der am 31. März 1978 geborene, ledige Kläger ist seit Juli 2000 bei der Beklagten als Wäscher/Transporter beschäftigt. Grundlage des Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitsvertrag vom 3. Juli 2000 (Bl. 17 und 18 d.A.) nebst Änderungsvereinbarung vom 6. Juni 2002 (Bl. 19 d.A.). Im Arbeitsvertrag sind die Tarifverträge des Verbandes der Metall- und Elektroindustrie in Berlin und Brandenburg e.V. für das Tarifgebiet Berlin und Brandenburg in Bezug genommen.

Der Kläger arbeitet in einem Drei-Schichtsystem. Zur Erfassung seiner Arbeitszeit ist der Kläger verpflichtet, Beginn der Arbeitszeit nach dem Umkleiden und Ende der Arbeitszeit vor dem Umkleiden an einem Zeiterfassungsterminal zu buchen, das die Beklagte zu diesem Zweck vorhält und das sich außerhalb des Umkleideraums im Arbeitsbereich befindet. Umkleidezeiten zählen bei der Beklagten nicht zur Arbeitszeit. In den Umkleideräumen befinden sich auch Toiletten. Toilettengänge werden nicht gesondert im Zeiterfassungssystem gebucht. Zum Betreten der Umkleideräume von den Arbeitsplätzen aus, müssen die Mitarbeiter die Tür mit ihrer Zeiterfassungskarte öffnen. Dadurch wird die Uhrzeit, zu der der Umkleideraum betreten wird, elektronisch erfasst. Für das Verlassen der Umkleideräume bedarf es der Karte nicht, diese Zeiten werden nicht dokumentiert.

Nachdem die Beklagte Hinweise erhalten hatte, der Kläger buche Umkleidezeiten als Arbeitszeit, las die Beklagte mit Zustimmung des Betriebsrats die vom Kartenlesegerät erfassten Daten des Klägers am Eingang des Umkleideraums sowie am Zeiterfassungsterminal für den Zeitraum vom 1. Oktober 2020 bis 17. November 2020 aus. Ob dies am 18. November 2020 geschah – so die Beklagte – ist zwischen den Parteien streitig. Bei dieser Kontrolle stellte die Beklagte fest, dass der Kläger in diesem Zeitraum 13mal zwischen mindestens 14 und höchstens 29 Minuten vor dem gebuchten Arbeitsende den Umkleideraum aufgesucht hat. Für die Daten im Einzelnen wird auf den Schriftsatz der Beklagten vom 4. Februar 2021 (Bl. 62 d.A.) Bezug genommen. In der Zeit vom 2. – 13. November 2020 war der Kläger nicht im Betrieb.

Am 25. November 2020 fand im Beisein eines Betriebsratsmitglieds zwischen dem Fertigungsleiter, dem Personalleiter und dem Kläger ein Gespräch über diese Feststellungen der Beklagten statt, dessen genauer Inhalt zwischen den Parteien streitig ist. Insbesondere ist streitig, ob der Kläger sich dahingehend eingelassen hat, er habe die Umkleideräume aufgesucht, um auf die Toilette zu gehen, sei danach wieder an seinen Arbeitsplatz zurückgekehrt – so der Kläger – oder ob der Kläger für das Aufsuchen des Umkleideraums kurz vor Arbeitszeitende keine

Erklärung abgegeben hat – so die Beklagte. Die Beklagte, die anhand der ausgelesenen Daten und des Gesprächs davon ausging, der Kläger habe sie über die von ihm geleistete Arbeitszeit getäuscht und das Arbeitszeiterfassungsterminal erst nach dem Umkleiden bedient, hörte mit Schreiben vom 26. November 2020 den bei ihr gebildeten Betriebsrat zu einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung wegen eines Arbeitszeitbetrugs an. Für die Einzelheiten des Schreibens wird auf Bl. 94 – 97 d.A. Bezug genommen. Der Betriebsrat teilte mit Schreiben vom 1. Dezember 2020 (Bl. 98 d.A.) mit, er habe in seiner Sitzung am 30. November 2020 den Beschluss gefasst, dass er aufgrund der ihm vorliegenden Informationen bei der gegebenen Sach- und Rechtslage keine Möglichkeit sehe, der beabsichtigten Kündigung zu widersprechen.

In einem weiteren Personalgespräch am 2. Dezember 2020 wies die Beklagte den Kläger darauf hin, dass der Betriebsrat dem Kündigungsantrag nicht widersprochen habe und bot ihm zur Vermeidung einer ansonsten geplanten fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund einen Aufhebungsvertrag zum 31. Dezember 2020 an. Der Kläger unterzeichnete im Ergebnis des Gesprächs diesen angebotenen Aufhebungsvertrag (Bl. 21 d.A.), den er mit Schreiben vom 7. Dezember 2020 wegen widerrechtlicher Drohung angefochten hat.

Das Arbeitsgericht Brandenburg an der Havel hat mit Urteil vom 5. Mai 2021, auf dessen Tatbestand wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien Bezug genommen wird, die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Ankündigung der außerordentlichen Kündigung in dem Gespräch vom 2. Dezember 2020 sei keine widerrechtliche Drohung. Die Beklagte habe eine außerordentliche Kündigung erwägen dürfen. Denn sie habe dem Kläger berechtigt einen Arbeitszeitbetrug vorgeworfen, nachdem sie festgestellt habe, dass der Kläger an insgesamt 13 Arbeitstagen insgesamt 228 Minuten zu früh die Garderobe aufgesucht habe. Einer vorherigen Abmahnung habe es im Hinblick auf den Umfang der falsch erfassten Arbeitszeit nicht bedurft. Sie habe auch nicht das Gebot des fairen Verhandeln verletzt. Der Kläger habe gewußt, um was es in dem Gespräch am 2. Dezember 2020 gehen werde, nachdem die Beklagte ihn in dem Personalgespräch vom 25. November 2020 mit ihren Feststellungen konfrontiert und ihm auch mitgeteilt habe, man beabsichtige ihn zu kündigen. Soweit der Kläger mit seinem weiteren Antrag die Feststellung begehre, durch das Schreiben vom 7. Januar 2021 sei ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis fortgesetzt worden, sei die Klage unbegründet. Mit diesem Schreiben habe die Beklagte lediglich allen Mitarbeiter im Rahmen der Pandemieverordnung bestätigt, dass sie auch nachts arbeiten müssten. Damit sei die Beklagte weder ausdrücklich noch konkludent von dem Aufhebungsvertrag zurückgetreten. Wegen der weiteren Einzelheiten der erstinstanzlichen Entscheidung wird auf den Inhalt des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Gegen dieses dem Kläger am 6. Oktober 2021 zugestellte Urteil richtet sich seine Berufung, die er mit einem beim Landesarbeitsgericht am 11. Oktober 2021 eingegangenen Schriftsatz eingelegt und mit einem beim Landesarbeitsgericht am 15. November 2021 eingegangenen Schriftsatz begründet hat.

Der Kläger und Berufungskläger behauptet auch im Berufungsverfahren, die Drohung der Beklagten mit der außerordentlichen Kündigung in dem Gespräch vom 2. Dezember 2020 sei widerrechtlich. Denn eine solche Kündigung hätte mit hoher Wahrscheinlichkeit mangels wichtigem Grund, fehlender Abmahnung und fehlerhafter Betriebsratsanhörung keinen Bestand gehabt. Dazu behauptet der Kläger, er habe seine Arbeitszeiten korrekt erfasst. Er leide an einer Blasenschwäche und habe die Umkleieräume zu den entsprechenden Zeiten aufgesucht, um die Toilette zu benutzen. Nach dem Toilettenbesuch sei er an seinen Arbeitsplatz zurückgekehrt und habe seine Arbeit fortgesetzt. Er habe dann zum Schichtende in seiner Arbeitskleidung das Werk verlassen und beim Verlassen das Arbeitszeiterfassungsgerät bedient. Schon in dem Gespräch am 25. November 2020 habe er darauf hingewiesen, dass er seinen Arbeitsplatz nach Nutzung der Toilette regelmäßig wieder aufgesucht habe und das Werk regelmäßig in seinen Arbeitssachen verlassen habe, ohne die Dusche zu benutzen. Die von der Beklagten ausgelesenen Zeiten für den 16. Oktober 2020 könnten auch nicht stimmen, da seine Schicht an diesem Tag um 18:37 Uhr begonnen und seine Arbeitszeit um 23:45 Uhr geendet habe. Die Zwei-Wochenfrist sei nicht eingehalten. Es sei zu bestreiten, dass die Beklagte am 18. November 2020 von einem Kollegen informiert worden sei und am 18. November 2020 die Daten ausgelesen habe. Der Betriebsrat sei nicht ordnungsgemäß angehört worden.

Er habe keine Gelegenheit erhalten, auf seine Erkrankung als Grund für seine häufigen Toilettengänge hinzuweisen. Jedenfalls im Rahmen einer Interessenabwägung hätte das Arbeitsgericht zu dem Ergebnis gelangen müssen, dass die Kündigung wegen fehlender Abmahnung nicht wirksam gewesen wäre. Auch habe die Beklagte die Grundsätze des fairen Verhandeln nicht beachtet, weil sie ihm gleich mitgeteilt habe, er müsse keinen Anwalt beiziehen und ihm auch keine Bedenkzeit eingeräumt habe. Jedenfalls aber habe die Beklagte ihm mit Schreiben vom 7. Januar 2021 angeboten, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Der allgemeine Feststellungsantrag sei zulässig, da die Beklagte durch das Angebot eines Aufhebungsvertrages zu erkennen gegeben habe, dass sie jederzeit weitere Kündigungen aussprechen werde. Da der Aufhebungsvertrag unwirksam sei, sei er auch weiter zu beschäftigen.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgericht Brandenburg vom 5. Mai 2021,  
3 Ca 832/20

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch den nicht datierten Aufhebungsvertrag der Beklagten und Berufungsbeklagten nicht zum 31.12.2020 aufgelöst worden ist.
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern unverändert fortbesteht.
3. die Beklagte und Berufungsbeklagte zu verurteilen, den Kläger und Berufungskläger über den 31.12.2020 hinaus mit dem Inhalt des Arbeitsvertrages vom 03.07.2002 zu beschäftigen.

Hilfsweise, für den Fall der Abweisung der Klageanträge 1.) bis 3.),

4. festzustellen, dass durch Annahme des konkludenten Angebots der Beklagten und Berufungsbeklagten mit Schreiben vom 07.01.2021 an den Kläger – das Arbeitsverhältnis ungekündigt fortzusetzen – mit Zugang der Klageerweiterung des Klägers vom 20.01.2021 zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis mit einer Beschäftigungszeit seit dem 03.07.2002 besteht.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte und Berufungsbeklagte verteidigt das arbeitsgerichtliche Urteil mit Rechtsausführungen zur Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. Nach dem von ihr festgestellten Sachverhalt habe der Kläger einen Arbeitszeitbetrug begangen, der sie zur außerordentlichen Kündigung berechtigt hätte. Mithin läge keine widerrechtliche Drohung vor. Der Aufhebungsvertrag sei wirksam.

Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Vorbringens der Parteien wird auf die Schriftsätze des Klägers vom 15. November 2021 (Bl. 158 – 185 d.A.) sowie vom 24. November 2021 (Bl. 192 – 194 d.A.) und auf denjenigen der Beklagten und Berufungsbeklagten vom 21. Dezember 2021 (Bl. 202 – 206 d.A.) sowie auf das Vorbringen der Parteien in den mündlichen Verhandlungsterminen Bezug genommen.

## Entscheidungsgründe

Die Berufung des Klägers ist zulässig und teilweise begründet.

1. Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist nach § 64 Abs. 1 und 2 ArbGG statthaft und gemäß §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG iVm. §§ 519, 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Beide Fristen begannen mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des erstinstanzlichen Urteils, also am 5. Oktober 2021. Diese Fristen werden durch die beim Landesarbeitsgericht am 11. Oktober 2021 eingegangene Berufungsschrift und die am 15. November 2021 eingegangene Berufungsbegründungsschrift gewahrt.

2. Die Berufung des Klägers hat in der Sache teilweise Erfolg. Das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis endete nicht aufgrund der Aufhebungsvereinbarung zum 31. Dezember 2020 (2.1). Der Kläger hat einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses (2.2). Die weitergehende Berufung des Klägers ist hingegen unbegründet (2.3).

2.1 Das Arbeitsverhältnis endete nicht zum 31.12.2020. Die Aufhebungsvereinbarung vom 2. Dezember 2020 zum 31. Dezember 2020 ist nichtig, weil die mit Schreiben vom 7. Dezember 2020 gegenüber der Beklagten erklärte Anfechtung des Aufhebungsvertrages wirksam ist. Die Beklagte hat den Kläger widerrechtlich durch Drohung mit einer außerordentlichen Kündigung bestimmt, das Angebot zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages anzunehmen.

2.1.1 Gemäß § 123 Abs. 1 Alternative 2 BGB kann derjenige, der widerrechtlich durch Drohung zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt wird, die Erklärung mit der Nichtigkeitsfolge des § 142 Abs. 1 BGB anfechten. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, dass die Ankündigung des Arbeitgebers, er wolle das Arbeitsverhältnis durch eine außerordentliche Kündigung beenden, falls der Arbeitnehmer nicht selbst kündige oder einen Aufhebungsvertrag abschließe, eine Drohung darstellt (vgl. z.B. BAG vom 15. Dezember 2005 – 6 AZR 197/05 – EzA § 123 BGB 2002 Nr. 6 – Rn. 14). Widerrechtlich ist die Drohung mit einer außerordentlichen Kündigung dann, wenn ein verständiger Arbeitgeber eine solche Kündigung nicht ernsthaft in Erwägung ziehen durfte. Die Widerrechtlichkeit der Kündigungsandrohung kann sich regelmäßig nur aus der Inadäquanz von Mittel und Zweck ergeben. Hat der Drohende an der Erreichung des verfolgten Zwecks kein berechtigtes Interesse oder ist die Drohung nach Treu und Glauben (§ 142 BGB) nicht mehr als angemessenes Mittel zur Erreichung dieses Zwecks anzusehen, ist die Drohung widerrechtlich. Nicht erforderlich ist, dass sich die angedrohte Kündigung, wenn sie ausgesprochen wäre, in einem Kündigungsschutzprozess als rechtsbeständig erwiesen hätte. Von dem Arbeitgeber kann nicht verlangt werden, dass er bei

seiner Abwägung generell die Beurteilung des Tatsachengerichts „trifft“. Nur wenn der Arbeitgeber unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls davon ausgehen muss, die angedrohte Kündigung werde im Fall ihres Ausspruchs einer arbeitsgerichtlichen Überprüfung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht standhalten, darf er die außerordentliche Kündigung nicht in Aussicht stellen, um damit den Arbeitnehmer zum Abschluss einer Beendigungsvereinbarung zu veranlassen (*BAG vom 15. Dezember 2005 – 6 AZR 197/05 – Rn. 23 mwN.*).

Darlegungs- und beweispflichtig für das Vorliegen der Voraussetzungen einer wirksamen Anfechtung ist der Kläger als Anfechtender (*vgl. BAG vom 28. November 2007 – 6 AZR 1108/06 – BAGE 125, 70 – Rn. 55*). Er muss die Tatsachen vortragen und ggf. beweisen, welche die angedrohte außerordentliche Kündigung als widerrechtlich erscheinen lassen. Allerdings muss die Beklagte im Rahmen einer abgestuften Darlegungslast ihrerseits im Einzelnen vortragen, dass sie in vertretbarer Weise einen Kündigungsgrund annehmen durfte. Nur die von der Beklagten in diesem Zusammenhang vorgetragene Umstände braucht der beweispflichtige Kläger dann zu widerlegen (*vgl. BAG vom 28. November 2007 – 6 AZR 1108/06 – Rz. 55*).

2.1.2 Bei Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall erweist sich die Ankündigung einer außerordentlichen Kündigung in dem Gespräch am 2. Dezember 2020 als widerrechtliche Drohung. Denn die Beklagte musste bei Abschluss des Aufhebungsvertrages annehmen, dass diese mit hoher Wahrscheinlichkeit einer arbeitsgerichtlichen Überprüfung nicht würde standhalten können. Es fehlte an hinreichenden Tatsachen für das Vorliegen eines wichtigen Grundes „an sich“. Auch musste die Beklagte davon ausgehen, dass sich eine solche in Anbetracht des Vorwurfs und des langen und ungestört verlaufenen Vertragsverhältnisses wegen fehlender Abmahnung als unverhältnismäßig erweisen werde.

2.1.2.1 Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, der es dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar macht.

2.1.2.1.1 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 weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der (fiktiven) Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht.



Der vorsätzliche Verstoß eines Arbeitnehmers gegen seine Verpflichtung, die abgeleistete, vom Arbeitgeber nur schwer zu kontrollierende Arbeitszeit korrekt zu dokumentieren, ist an sich geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung iSv § 626 Abs. 1 BGB darzustellen. Dies gilt für den vorsätzlichen Missbrauch einer Stempeluhr ebenso wie für das wissentliche und vorsätzlich falsche Ausstellen entsprechender Formulare. Der Arbeitnehmer verletzt damit in erheblicher Weise seine Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) gegenüber dem Arbeitgeber (vgl. z.B. BAG 13. Dezember 2018 - 2 AZR 370/18 - AP Nr 274 zu § 626 BGB - Rn 17). Ein wichtiger Grund „an sich“ kann auch dann gegeben sein, wenn der dringende Verdacht einer schweren Pflichtverletzung besteht. Dieser Verdacht muss dann auf konkreten Tatsachen beruhen. Er muss ferner dringend sein. Es muss eine große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass die Pflichtverletzung, auf die sich der Verdacht bezieht, zutrifft. Die Umstände, die ihn begründen, dürfen nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht ebenso gut durch ein Geschehen zu erklären sein, das eine Kündigung nicht zu rechtfertigen vermöchte (BAG vom 31. Januar 2019 - 2 AZR 426/18 - BAGE 165, 255-277 - Rn 27).

2.1.2.1.2 Neben der Feststellung des Kündigungsgrunds „an sich“ bedarf es zudem einer umfassenden Interessenabwägung, die u.a. zum Gegenstand hat, ob dem Kündigenden eine mildere Reaktion als eine fristlose Kündigung, also insbesondere eine Abmahnung oder fristgerechte Kündigung zumutbar ist. Einer Abmahnung bedarf es nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach einer Abmahnung nicht zu erwarten steht, oder 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. st. Rspr. z.B. BAG vom 20. Mai 2021 – 2 AZR 59&720 – AP Nr. 281 zu § 626 BGB – Rn. 27 mwN.).

2.1.2.2 Die von der Beklagten angekündigte außerordentliche Kündigung hätte sich in einem Kündigungsschutzprozess bereits deshalb als rechtsunwirksam erwiesen, weil ein „wichtiger Grund,“ nicht gegeben war. Der von der Beklagten festgestellte Sachverhalt erlaubte weder die Feststellung eines Arbeitszeitbetrugs seitens des Klägers, noch den dringenden Verdacht eines solchen.

2.1.2.2.1 Allerdings steht fest, dass der Kläger im Zeitraum vom 1. Oktober 2020 bis 22. Oktober 2020 mindestens an 12 Arbeitstagen zwischen 14 und 29 Minuten vor Ende seiner Arbeitszeit seinen Arbeitsplatz verlassen und den Umkleideraum aufgesucht hat, ohne das Zeiterfassungsterminal am Ausgang zu bedienen. Die Beklagte hat diese Zeiten aus den Kartenlesegeräten am Umkleideraum und am Drehkreuz Süd ermittelt. Diese Zeiten sind im Wesentlichen unstreitig. Der Kläger hat den Vortrag der Beklagten nur hinsichtlich des Datums

vom 16. Oktober 2020 konkret bestritten und für diesen Tag vorgetragen, er sei in der Spätschicht mit Schichtbeginn um 18:37 Uhr und Arbeitszeitende um 23:45 Uhr eingesetzt gewesen. Für die übrigen 12 Tage hat der Kläger keinen substantiierten (Gegen)Vortrag gehalten, so dass der Vortrag der Beklagten insoweit gemäß § 138 ZPO als zugestanden anzusehen ist.

Damit steht fest, dass der Kläger jeweils kurz vor Ende seiner Arbeitszeit seinen Arbeitsplatz verlassen und den Umkleideraum aufgesucht hat. Auch steht fest, dass der Kläger das Arbeitszeiterminal am Drehkreuz zum Ausgang Süd nicht vor Betreten, sondern erst nach Verlassen des Umkleideraums genutzt hat.

2.1.2.2 Bei diesem so festgestellten Sachverhalt konnte ein verständiger Arbeitgeber nicht ohne weiteres von einem Arbeitszeitbetrug ausgehen und eine fristlose Kündigung in Erwägung ziehen. Vielmehr hätte die Beklagte zunächst konkrete Tatsachen ermitteln müssen, die ihre Annahme, der Kläger habe sich geduscht und/oder umgezogen und erst dann das Ende der Arbeitszeit gebucht, hinreichend gestützt hätte. Solche Ermittlungen waren nicht entbehrlich. Allein aus den ausgelesenen Daten konnte sie nicht ohne weiteres auf einen Arbeitszeitbetrug schließen. Es kam nämlich auch in Betracht, dass der Kläger in zulässiger Weise den Umkleideraum ohne Buchung im Arbeitszeiterfassungssystem aufgesucht hat, um die Toilette zu nutzen.

Unstreitig befinden sich in den Umkleideräumen Toiletten, die auch während der Arbeitszeit aufgesucht werden können. Die Toilettengänge selbst sind arbeitszeitmäßig nicht zu erfassen. Feststellungen dazu, was der Kläger in den Umkleideräumen gemacht hat, ob er sich umgezogen, geduscht oder nur die Toilette aufgesucht hat, gibt es nicht. Es gibt auch keine Feststellungen dazu, wie lange der Kläger sich dort aufgehalten hat. Denn die Daten werden beim Verlassen des Umkleideraums nicht erneut erfasst. Insofern hatte die Beklagte auch keine Daten über die Dauer des Aufenthalts des Klägers in den Umkleideräumen, auf die sie ihre Annahme hätte stützen können, der Kläger habe seine Arbeit vorzeitig beendet. Nach dem Aufsuchen des Umkleideraums ist der Kläger jedenfalls noch einmal in die Halle zurückgekehrt und möglicherweise auch an seinen Arbeitsplatz. Denn er hat sein Arbeitszeitende an dem Zeiterfassungsterminal gebucht, das sich am Drehkreuz des Ausgang Süd außerhalb des Umkleideraums befindet.

Auch wenn der Beklagten zuzugestehen ist, dass aufgrund des Charakters der Sozialräume Beobachtungen nur eingeschränkt möglich sind, hätte es weiterer Aufklärungsmaßnahmen bedurft, um die Annahme der Beklagten, der Kläger habe sich während der Arbeitszeit schon umgezogen, geduscht oder schlicht im Umkleideraum aufgehalten, zu begründen. Diese Aufklärungsmaßnahmen hätten auch Beobachtungen oder Befragungen von Kollegen beinhalten können, ob der Kläger umgezogen das Werk verlassen hat. Aus dem Hinweis des Kollegen, beim Kläger könne ein Arbeitszeitbetrug vorliegen, konnte die Beklagte nicht schon die Feststellung

treffen, der Kläger habe tatsächlich einen Arbeitszeitbetrug begangen. Denn es handelt sich offensichtlich um eine Vermutung, mit der der Hinweisgeber Ermittlungen anstoßen wollte, nicht aber um die Weitergabe konkreter Tatsachen. Jedenfalls hat die Beklagte solche nicht vorgetragen.

Von weiteren Aufklärungsmaßnahmen war die Beklagte auch nicht deshalb entbunden, weil der Kläger – ihren Vortrag als zutreffend unterstellt – im Anhörungsgespräch vom 25. November 2020 keine Erklärung zum Betreten der Umkleieräume kurz vor Beendigung seiner Arbeit abgegeben hat. Dies mag zwar die Schlussfolgerung der Beklagten, der Kläger habe sich im Umkleideraum während seiner Arbeitszeit umgezogen, gestützt haben, schließt jedoch die vom Kläger im Prozess vorgetragene Rechtfertigung, er habe dort nur die Toilette aufgesucht, nicht aus. Auf den subjektiven Wissensstand der Beklagten kommt es nicht an. Ob ein verständiger Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung in Erwägung gezogen hätte, beurteilt sich nach dem objektiven möglichen hypothetischen Wissensstand des einzelnen Arbeitgebers (*vgl. BAG 16.11.1979 - 2 AZR 1041/77 – BAGE 32, 194 -Rz 15*).

2.1.2.2.3 Stand im Zeitpunkt der Aufhebungsvereinbarung lediglich fest, dass der Kläger an mindestens 12 oder aber auch an 13 Arbeitstagen zwischen 14 und 29 Minuten vor Ausstempeln den Umkleideraum aufgesucht und in einem nicht näher bekannten Zeitpunkt in die Werkshalle zurückgekehrt ist, konnte die Beklagte nicht davon ausgehen, dass sich eine außerordentliche (Tat-) Kündigung im Prozess als rechtswirksam erweisen würde. Ein verständiger Arbeitgeber hätte in dieser Situation eine außerordentliche Tat Kündigung nicht in Erwägung gezogen.

2.1.2.2.4 Aber auch für eine Verdachtskündigung fehlte es mangels weiterer Aufklärungsmaßnahmen an einem dringenden Verdacht. Auch insoweit konnte der Vortrag der Beklagten, der Kläger habe im Anhörungsgespräch keine Erklärung für sein Handeln abgegeben, als zutreffend unterstellt werden. Es verblieben aus den oben genannten Gründen hinreichende Zweifel, die den Verdacht noch nicht dringend werden ließen.

Im Übrigen konnte die Beklagte der Annahme der Widerrechtlichkeit der Drohung nicht die Möglichkeit einer Verdachtskündigung entgegenhalten. Dem steht zunächst entgegen, dass sie den Betriebsrat alleine zu einer Tat Kündigung angehört hatte. Soweit sie dann dem Kläger in dem Gespräch vom 2. Dezember 2020 sagte, sie habe den Betriebsrat bereits zu einer „Kündigung“ angehört, und dieser habe erklärt, der Kündigung nicht widersprechen zu wollen, kann nur dieser Umstand als dasjenige angesehen werden, was sie dem Kläger als Alternative zum Aufhebungsvertrag vorgehalten hat. Es war gerade die Tat Kündigung, die vorliegend beim Äquivalenzverhältnis von Drohung und Aufhebungsvertrag zu prüfen ist. Eine Tat Kündigung hätte jedoch - wie gezeigt - ein ruhig und verständig urteilender Arbeitgeber im konkreten Fall nicht in Erwägung gezogen.

Aber selbst dann, wenn man die Möglichkeit der - im konkreten Fall von der Beklagten gerade nicht beabsichtigen - Verdachtskündigung in Erwägung ziehen wollte, würde eine solche - wie oben ausgeführt - ebenfalls eine widerrechtliche Drohung darstellen.

2.1.2.3 Die Drohung mit der außerordentlichen Kündigung erweist sich auch deshalb als widerrechtlich, weil die Beklagte unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls davon ausgehen musste, die angedrohte Kündigung werde – müsste sie ausgesprochen werden – einer arbeitsgerichtlichen Prüfung mit hoher Wahrscheinlichkeit auch deshalb nicht standhalten, weil sie sich mangels vorheriger Abmahnung als unverhältnismäßig erweisen würde.

Eine Abmahnung war nach den obigen Grundsätzen auch dann nicht entbehrlich, wenn mit der Beklagten davon auszugehen wäre, dass der Kläger vorzeitig seinen Arbeitsplatz verlassen hat, um sich zu duschen und umzukleiden oder aber im Umkleideraum abzuwarten, bis das Arbeitszeitende eingetreten ist. Es ist zwar richtig, dass der Kläger mit einem solchen Verhalten gegen seine arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten, nämlich die Erfüllung seiner Arbeitspflicht, verstoßen hätte. Auch hätte der Kläger seine Arbeitszeit nicht korrekt dokumentiert, indem er zum Arbeitszeitende ausgestempelt hat, obwohl er bereits zu einem früheren Zeitpunkt seinen Arbeitsplatz verlassen hat. Denn nach den geltenden Regelungen war der Kläger verpflichtet, nach Verlassen seines Arbeitsplatzes vor dem Aufsuchen der Umkleideräume das Arbeitszeiterfassungssystem zu bedienen.

Diese Vertragspflichtverletzung erweist sich indes nicht als so schwerwiegend, dass die Grundlage für eine weitere Zusammenarbeit irreparabel entfallen wäre. Allerdings wäre dem Kläger – den Vortrag der Beklagten als zutreffend unterstellt – auch Vorsatz vorzuwerfen. Es ist davon auszugehen, dass der Kläger die Arbeitszeitregelungen kannte und ihm bewusst war, dass er vor Aufsuchen der Umkleideräume zum Duschen und Umkleiden das Arbeitszeiterfassungssystem zu bedienen hatte. Die Pflichtverletzung des Klägers ist jedoch nicht von besonderer Heimlichkeit geprägt. Der Kläger hat den Umkleideraum aufgesucht, dazu die ihm überlassene Schlüsselkarte benutzt und hat den Umkleideraum wieder verlassen. Besondere Vorkehrungen, die eine Aufdeckung der Pflichtverletzung vermieden hätten, hat der Kläger nicht getroffen. Sowohl das Betreten der Umkleideräume als auch das Verlassen derselben war für Dritte erkennbar. Auch hat der Kläger das Zeiterfassungssystem nicht in irgendeiner Art und Weise manipuliert. Mit der Nutzung des Zeiterfassungssystems hat er die Beklagte auch nicht über die Erbringung der Arbeitsleistung getäuscht. Denn mit dem Ein- und Ausstempeln dokumentiert ein Arbeitnehmer nicht, während der gesamten Arbeitszeit tatsächlich auch eine Arbeitsleistung erbracht zu haben. Aus dem oben skizzierten Umständen wird deutlich, dass das Vertrauen der Beklagten in die Redlichkeit des Klägers nicht in einer solchen Weise gestört ist, dass ihr eine Fortsetzung des

Arbeitsverhältnisses unzumutbar wäre.

Eine Abmahnung war auch nicht deshalb entbehrlich, weil eine Verhaltensänderung des Klägers nicht zu erwarten wäre. Das Gegenteil ist der Fall. Es handelt sich vorliegend um ein steuerbares Verhalten des Klägers, bei dem grundsätzlich davon auszugehen ist, dass dieses schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden könnte. (So jedenfalls BAG 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09).

Im Rahmen der Interessenabwägung hätte die Beklagte auch die lange Dauer des Arbeitsverhältnisses von mehr als 20 Jahren berücksichtigen müssen. Dieses Arbeitsverhältnis ist bis dahin ungestört verlaufen. Demgegenüber steht lediglich der von der Beklagten ermittelte kurze Zeitraum, in denen der Kläger vorzeitig seinen Arbeitsplatz verlassen hat. Gerade aber im Hinblick auf die lange Dauer eines ungestörten Arbeitsverhältnisses ist es der Beklagten dann zumutbar, vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung dem Kläger eine Abmahnung zu erteilen.

Insofern durfte die Beklagte im Zeitpunkt der Aufhebungsvereinbarung nicht davon ausgehen, dass eine außerordentliche Kündigung sich im Kündigungsschutzprozess als rechtswirksam erweisen würde. Die Drohung mit der außerordentlichen Kündigung ist damit rechtswidrig. Die Anfechtung des Klägers greift durch. Auf die vom Kläger weiter aufgeworfene Frage, ob der Maßstab des fairen Verhandeln eingehalten ist, kam es nicht an.

2.2 Da das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien fortbesteht, war die Beklagte auch zur vorläufigen Beschäftigung des Klägers bis zum rechtskräftigen Abschluss des vorliegenden Rechtsstreits zu unveränderten Arbeitsbedingungen gemäß den Regelungen des Arbeitsvertrages vom 3. Juli 2002 zu verurteilen. Der Anspruch des Klägers insoweit ergibt sich aus § 611a Abs. 1, §§ 613, 242 BGB unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen der Art. 1 und 2 GG (BAG Großer Senat 27. Februar 1985 – GS 1/84 – zu C II, C II 3 B und C I 2 B der Gründe, BAGE 48, 122).

2.3 Allerdings war dieser Anspruch auf die Rechtskraft im vorliegenden Verfahren zu begrenzen. Soweit der Kläger seinen Antrag zu 3. aus der Berufungsschrift nicht auf die rechtskräftige Beendigung des Kündigungsschutzprozesses eingeschränkt gestellt hat, fehlt es für seinen weitergehenden Antrag an einem Rechtsschutzbedürfnis. Es ist nicht erkennbar, dass die Beklagte den Kläger auch dann nicht beschäftigen wird, wenn zwischen den Parteien rechtskräftig festgestellt ist, dass das Arbeitsverhältnis zum 31. Dezember 2020 nicht aufgelöst worden ist. Die Beklagte hat den Kläger vor Abschluss des Aufhebungsvertrages ordnungsgemäß beschäftigt. Die Nichtbeschäftigung beruht allein auf der Grundlage des Aufhebungsvertrages. Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte ihrer vertraglichen Beschäftigungspflicht nach rechtskräftiger

Entscheidung nicht nachkommen werde, trägt der Kläger auch nicht vor.

Insoweit war die Berufung des Klägers in gleicher Weise zurückzuweisen, wie hinsichtlich seines allgemeinen Feststellungsantrages. Für diesen behauptet der Kläger lediglich ein Feststellungsinteresse im Sinne von § 256 ZPO, ohne dies hinreichend zu begründen. Denn offensichtlich hat die Beklagte seit Abschluss des Aufhebungsvertrages keine weitere Kündigung – auch nicht bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz – ausgesprochen. Allein die von ihm angenommene Gefahr des Ausspruchs einer solchen weiteren Kündigung reicht für die Zulässigkeit des Antrags im Zeitpunkt der Entscheidung nicht aus.

3. Der Hilfsantrag fiel nicht zur Entscheidung an.

Entsprechend des Obsiegens bzw. Unterliegens der Parteien waren die Kosten des Rechtsstreits zu verteilen (§ 92 ZPO).

Die Zulassung der Revision kam nicht in Betracht, da die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht vorlagen.

### Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist kein Rechtsmittel gegeben.

Reber

Otto

Ruess

**Ausgefertigt**

10785 Berlin, den - 2. MRZ. 2022

Gerichtsbekanntmachung  
als Urkundszentrum der Geschäftsstelle des  
Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg

