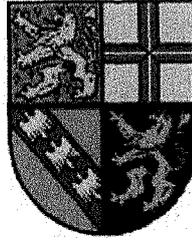


Abschrift

1 Sa 31/21
6 Ca 667/20

verkündet: 27. Oktober 2021



Landesarbeitsgericht Saarland

URTEIL

Im Namen des Volkes !

In dem Rechtsstreit

← Mdt. Z. K. Rücksprache	Wiedervorlage →
DGB Rechtsschutz GmbH Büro Saarbrücken	
24. Nov. 2021	
[REDACTED]	

- Kläger, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte: DGB Rechtsschutz GmbH, handelnd durch
ihre Rechtsschutzsekretäre, Fritz-Dobisch-
Straße 5, 66111 Saarbrücken,

gegen

- Beklagte, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigter:

hat die 1. Kammer des Landesarbeitsgerichts Saarland auf die mündliche
Verhandlung vom 27. Oktober 2021 durch den Präsidenten des
Landesarbeitsgerichts Saarland sowie die ehrenamtlichen Richter Herr
und Herr

für R e c h t erkannt:

1. Auf die Berufung des Klägers wird unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts des Saarlandes vom 10. Februar 2021 – 6 Ca 667/20 – festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 17. Februar 2020 nicht beendet worden ist.
2. Die Beklagte wird dazu verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu den unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen eines Sachbearbeiters Customer Service weiterzubeschäftigen.
3. Die Anschlussberufung der Beklagten wird zurückgewiesen.
4. Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
5. Die Revision wird nicht zugelassen.
6. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 18.373,65 EUR festgesetzt.

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Rechtmäßigkeit der fristlosen Kündigung vom 11.02.2020, sowie der fristlosen und hilfsweise ordentlichen Kündigung vom 17.02.2020 sowie über die Weiterbeschäftigung des Klägers.

Der am 05.09.1972 geborene und zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtete Kläger ist seit dem 16.08.2012 bei der Beklagten als Sachbearbeiter Customer Service zuletzt mit einem monatlichen Bruttoentgelt von 4.374,68 € beschäftigt.

Bei der Beklagten besteht die Möglichkeit des sog. Home-Office. Die Rahmenbedingungen des Home-Office bei der Beklagten sind in der Konzernbetriebsvereinbarung vom 24.11.2015 (GA I Bl. 76 ff.) festgehalten. Diese lautet auszugsweise:

2. Definitionen

(...)

Das sporadische Home Office beantragt der Mitarbeiter höchstens für eine Zeitspanne von bis zu einem Monat unter Einhaltung aller übrigen Vorschriften dieser Betriebsvereinbarung.

Das regelmäßige Home Office wird mit dem Mitarbeiter für die Dauer von mehr als einem Monat in Form einer Ergänzung zum Arbeitsvertrag schriftlich fixiert.

(...)

5. Vereinbarungen zur Aufnahme des Home Office

Das Home Office erfolgt nur einvernehmlich zwischen Mitarbeiter und Arbeitgeber.

Die Nutzung des Home Office hat keine Auswirkungen auf den Arbeitsvertrag und den arbeitsrechtlichen Status des Mitarbeiters, soweit nicht schriftlich etwas anderes vereinbart wird.

a) Sporadisches Home Office

Sporadisches Home Office erfolgt in vorheriger Abstimmung zwischen dem Vorgesetzten und dem Mitarbeiter.

b) Regelmäßiges Home Office

Für die Aufnahme eines regelmäßigen Home Office wird mit dem Mitarbeiter eine den Arbeitsvertrag ergänzende Vereinbarung abgeschlossen (Anlage 1)...

Eine solche ergänzende Vereinbarung für regelmäßiges Home-Office haben die Parteien nicht abgeschlossen.

Der Kläger und seine damalige Führungskraft, Frau L. eröffneten durch Unterzeichnung des „Leitfaden/Checkliste für Führungskräfte“ am 19.06.2017 die Möglichkeit, im Homeoffice zu arbeiten (vgl. Anlage B1, Bl. 36 d. A.). Der Kläger verfügt dazu über einen Dienst-Laptop und ein Dienst-Mobiltelefon.

Die Arbeitsaufgaben des Klägers gliedern sich ausweislich der Planstellenbeschreibung in Buchungsvorbereitungen, Auftragsbuchung und Pflege, Auslieferungsverfolgung, Disposition, Planung und Prognose sowie Bearbeitung und Überwachung von Kundenportalen, Bearbeiten von Anfragen, Pflegen von Kundenkontakten, Reklamationsbearbeitung und Datenpflege. Zum Tagesgeschäft des Klägers gehören: Terminklärung mit verantwortlichen Disponenten, Aufbereitung eingehender Kundenaufträge zur datentechnischen Weiterverarbeitung, Termine überwachen und Terminabweichungen abstimmen, Aktualisierung, Kontrolle und Pflege der Auftragsdaten, EDI-Bearbeitung, Kunden Alternativlösungen hinsichtlich fachlicher und terminlicher Art anbieten, bearbeiten und dokumentieren, Veränderungen von Kundenbedarfen aufzeigen, permanente Überwachung der Liefersituation und Einhaltung der Liefertreue inklusive Mahnung bei Terminverzug, manueller Lieferanstoß bei nicht automatischer Fakturierung und Auslieferabwicklung, Avisierung von Versand, Abwicklung von Sonderfrachten, tägliche Bearbeitung und Überwachung diverser Kundenportale, Bearbeiten von Anfragen (Prüfung der Anfrage auf Realisierbarkeit, gegebenenfalls in Zusammenarbeit mit der Fachabteilung sowie Verfolgung und Überwachung von Anfragen und Angeboten), das Pflegen von Kundenkontakten, sowie EDL-Lagerbearbeitung und Abwicklung von Muster-Erstaufträgen: IOP-Prozess: Einbuchung und Terminverfolgung. SAP-Transaktionen für Lieferanlagen sind wesentlicher Bestandteil der Arbeitsaufgaben des Klägers.

Bereits seit Anfang des Jahres 2019 nutzte der Kläger in Absprache mit dem Team an einzelnen Tagen die Möglichkeit des Home-Office. Ab April 2019 trug der Kläger stundenweise Home-Office Zeiten ein. Zu diesem Zeitpunkt ging seine damalige Vorgesetzte, Frau L., in Elternzeit.

Im Zeitraum zwischen Oktober und Dezember 2019 trug der Kläger im Schnitt 28,27 % seiner zu erbringenden Arbeitsleistung als Arbeit im Home-Office ein und verließ nahezu täglich seinen Arbeitsplatz stundenweise vorzeitig ins Home Office. Vom 02.01.2019 bis zum 20.12.2019 führte der Kläger allerdings lediglich an 11 von 103 Home-Office Tagen nach 15:30 Uhr SAP-Buchungen durch. Häufig tätigte er nur bis 13 Uhr Buchungen. Bezüglich des konkreten Umfangs der Zeiten wird auf Anlage B2, GA I Bl. 38 verwiesen.

Am 10.01.2020 und am 17.01.2020 sprachen zwei Mitarbeiter der Beklagten den stellvertretenden Vorgesetzten des Klägers, Herrn S., darauf an, dass dieser fast täglich früher und unabgestimmt seinen Arbeitsplatz verlasse. Anlässlich einer sodann erfolgten Überprüfung wurde festgestellt, dass der Kläger im Dezember 2019 und im Januar 2020 nahezu täglich früher den Arbeitsplatz verlassen hatte und sich in das Zeiterfassungssystem im Home-Office eingebucht hatte. Dies war der Vorgesetzten des Klägers, Frau Le. nicht bekannt.

Am 20.01.2020 fand ein Gespräch zwischen dem Kläger und seiner Vorgesetzten, Frau Le., statt. Der Kläger erklärte hierbei, dass er sich zu Hause direkt einlogge und weiterarbeite, nachdem er seine Kinder von der Schule abgeholt habe. Weiterhin wurde der Kläger in diesem Gespräch auf seine Nebentätigkeit angesprochen, deren Ausübung er verneinte. In einem Gespräch im November 2019 hatte der Kläger hingegen angegeben, dass er in der Firma seiner Mutter eine Nebentätigkeit mit Hausmeister-, Entrümpelungs- und Gartenarbeiten ausübe. Nach einer Überprüfung wurde festge-

stellt, dass keine Anzeige der Nebentätigkeit vorliegt, woraufhin die Vorgesetzte, Frau Le., den Kläger bat, dies nachzuholen. Er erklärte zunächst, dass er der Nebentätigkeit nur am Wochenende nachgehe.

Am 21.01.2020 forderte die Vorgesetzte den Kläger auf, die Soll-Arbeitszeiten im Team vor Ort einzuhalten. Zudem wurde der Kläger angewiesen, die Nebentätigkeit der Beklagten gegenüber anzumelden. Der Kläger erklärte daraufhin, dass er keine Nebentätigkeit mehr ausübe, da er es zeitlich nicht schaffe und es sich auch nicht lohne.

Nach weiteren internen Ermittlungen hörte die Beklagte den Kläger am 06.02.2020 zum dringenden Verdacht des Arbeitszeitbetrugs an. Er erklärte in diesem Gespräch, dass er versäumt habe, die Arbeit im Home-Office mit den Kollegen zu besprechen. Er führe im Home-Office Kundentelefonate und erledige normale Tätigkeiten wie SAP. Auf die Nebentätigkeit angesprochen, gab er nunmehr an, dass diese geplant gewesen, aber nie umgesetzt worden sei. Auf den Widerspruch zum vorherigen Gespräch angesprochen, gab er an, dass er im Sommer gearbeitet habe. Einen Ausdruck mit Werbung im Internet bezeichnete der Kläger als aus dem Vorjahr stammend.

Der Kläger lehnte es auf die Bitte der Beklagten hin ab, dass seine PC-Einloggdaten und die Handydaten auf seinem dienstlichen Mobiltelefon ausgewertet werden.

Im Nachgang zu dem Gespräch recherchierte die Beklagte, dass sich 9 Anzeigen des Hausmeisterservices in Ebay-Kleinanzeigen befanden. Die letzte wurde am 01.02.2020 eingestellt.

Mit Schreiben vom 10.02.2020 hörte die Beklagte den Betriebsrat zu der beabsichtigten Kündigung des Arbeitsverhältnisses an (Anlage B5, GA I Bl. 64 ff.). Dieser stimmte einer Kündigung nicht zu.

Mit Schreiben vom 11.02.2020 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos (vgl. Bl. 9 im Verfahren 6 Ca 537/20). Mit weiterer Kündigung vom 17.02.2020 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis nochmals fristlos, hilfsweise fristgerecht zum nächst zulässigen Zeitpunkt, nach der Berechnung der Beklagten zum 30.04.2020 (vgl. GA I Bl. 7). Der Kläger hat zunächst unter dem Aktenzeichen 6 Ca 537/20 ein Kündigungsschutzverfahren gegen die ausgesprochene Kündigung der Beklagten vom 11.02.2020 eingeleitet. Sodann hat der Kläger im vorliegenden Verfahren ein Kündigungsschutzverfahren gegen die ausgesprochene Kündigung vom 17.02.2020 anhängig gemacht. Das Verfahren 6 Ca 667/20 ist mit Beschluss vom 15.05.2020 mit dem Verfahren 6 Ca 537/20 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden worden (GA I Bl. 22 d. A.).

Nach Auffassung des Klägers liege kein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung vor. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei nicht gewahrt. Die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung sei auch nicht sozial gerechtfertigt.

Zwischen den Parteien besteht Streit darüber, in welchem Umfang der Kläger zur Arbeitsleistung im Home Office berechtigt war. Der Kläger hat behauptet, es sei vereinbart worden, dass er nicht nur sporadisch, sondern bis zu 40% seiner individuellen Arbeitszeit im Home Office habe arbeiten dürfen. Die Arbeitsleistung im Home Office sei mit dem Kollegen abgestimmt gewesen. Die Beklagte hat behauptet, es sei lediglich vereinbart worden, sporadisch in Absprache mit dem Team oder dem Vorgesetzten Arbeit im Home Office zu leisten. Nahezu tägliches stundenweises Arbeiten im Homeoffice sei nicht vereinbart worden.

Der Kläger hat weiterhin behauptet, er habe sich nach dem vorzeitigen Verlassen seines Arbeitsplatzes zu Hause in das Home-Office eingeloggt und um die anfallenden Arbeiten gekümmert und diese ordnungsgemäß erledigt. Der Kläger habe ohne Home-Office die gleichen Arbeitszeiten wie im Home-Office abgeleistet. Allerdings sei es nicht notwendig gewesen, dass der Kläger sich in das Netz der Beklagten einlogge, um im Home-Office zu arbeiten.

So habe er nachmittags nichts mehr mit SAP arbeiten müssen. Engpasssteuerung, Auswertungen usw. seien ohne Nutzung des Netzes bzw. SAP ausführbar. Andere Mitarbeiter könnten belegen, dass er von Zuhause aus Anrufe etc. erledigt habe.

Dass der Kläger ab April 2019 häufiger im Home-Office gewesen sei, habe nichts mit dem Wechsel der Vorgesetzten zu tun. Vielmehr habe er seine Kinder nach der Erkrankung seiner Mutter betreuen müssen. Seit Verweigerung des sporadischen Home-Office habe es keine Abweichung von der Arbeitszeit gegeben.

Eine Nebentätigkeit des Klägers sei nicht bewiesen. Er habe diese auch nur lediglich viermal am Wochenende zur Entlastung seiner Eltern unentgeltlich übernommen.

Die Kündigung sei nicht Ultima Ratio erfolgt. Eine Abmahnung hätte ausgereicht.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 11.02.2020 nicht beendet wird;
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die außerordentliche Kündigung, noch die hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 17.02.2020 beendet wird.
3. im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1) und/oder zu 2) wird die Beklagte verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Sachbearbeiter Customer Service weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Nach Auffassung der Beklagten bestehe der begründete, dringende Verdacht, dass der Kläger einen Arbeitszeitbetrug zulasten der Beklagten begangen habe. Der Kläger habe in seiner Anhörung die Unwahrheit zum Thema Nebentätigkeit gesagt. Die Beklagte hege daher den Verdacht, dass der Kläger auch bei seinen übrigen Aussagen nicht die Wahrheit gesagt habe. Auch die widersprüchlichen Aussagen des Klägers würden den Verdacht gegen ihn bestärken. Der Verdacht werde insbesondere dadurch bestätigt, dass das vermehrte Home-Office erst ab April 2019, mit dem Wechsel der Führungskraft, gelebt worden sei.

Das Home-Office sei nicht stets mit den Kollegen abgesprochen gewesen. Die vom Kläger angeführten Kollegen seien gar keine Kollegen im Bereich des Customer Service gewesen, sondern aus anderen Abteilungen. Auch habe der Kläger im Rahmen der Verdachtsanhörung noch erklärt, dass das Verlassen des Arbeitsplatzes mit niemandem abgesprochen gewesen sei.

Auch bezüglich der SAP-Buchungen erkläre sich der Kläger widersprüchlich: Eine Vielzahl von Daten sei auf die zentral gespeicherten Dateien einzutragen, zu überprüfen und zu ändern. Die Daten würden selbst aus SAP in die zentral gespeicherten Aufstellungen übertragen. Die Datenpflege außerhalb des Schaeffler-Netzes bzw. ohne Anmeldung in SAP sei praktisch undenkbar. Auch die vom Kläger genannte Engpasssteuerung, bei der der Materialbedarf ermittelt werde, bedürfe der Daten, die aus SAP abgerufen würden. Es sei unklar, was der Kläger mit Auswertungen meine. Für die Auswertung von Daten sei die Nutzung des Schaeffler-Netzes bzw. SAP notwendig. Zur Erfüllung der Aufgaben im täglichen Geschäft des Klägers bedürfe es der Dateien aus dem Schaeffler-Netz bzw. SAP. Selbst das Hochfahren des Notebooks ließe sich über die Login-Daten überprüfen.

Der Kläger habe selbst nicht zum Ausräumen des Verdachtes beigetragen. Dem Kläger obliege es, im Wege der sekundären Darlegungslast dazu vorzutragen, dass er im Home-Office Arbeitsleistung erbracht habe. Aus daten-

schutzrechtlichen Aspekten liege es allein in der Wissenssphäre des Klägers, ob und wann er sich in den streitgegenständlichen Zeiträumen in das System eingeloggt und insofern eine Arbeitsleistung erbracht habe.

Für eine weitere Zusammenarbeit sei unwiderruflich eine Vertrauensbasis nicht mehr vorhanden. Das Interesse der Arbeitgeberin an einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses überwiege trotz der Beschäftigung seit 2012 und Unterhaltspflicht für 2 Kinder.

Die Kenntnis von den verdachtsbegründenden Tatsachen bei der Personalleiterin, Frau S., als Kündigungsberechtigte, sei am 06.02.2020 eingetreten.

Das Arbeitsgericht hat unter Klageabweisung im Übrigen festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis weder durch die außerordentliche Kündigung vom 11.2.2020 noch die außerordentliche Kündigung vom 17.2.2020 beendet worden ist. Es hat hierzu ausgeführt: Das Arbeitsverhältnis sei durch die ordentliche Kündigung beendet worden. Diese sei aus verhaltensbedingten Gründen sozial gerechtfertigt, da der dringende Verdacht eines Arbeitszeitbetruges bestehe. Es bestehe der Verdacht, dass der Kläger nach der Rückkehr in seine Wohnung keine Arbeiten für die Beklagte mehr durchgeführt habe und im Zeitraum Oktober bis Dezember 2019 mindestens 28,27% seiner Arbeitszeit zu Unrecht in das Zeiterfassungssystem der Beklagten eingebucht habe.

Mit seiner hiergegen gerichteten Berufung verfolgt der Kläger den Kündigungsschutzantrag gegen die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung weiter. Mit der Anschlussberufung erstrebt die Beklagte die vollständige Abweisung der Klage.

Der Kläger trägt vor, er habe zwar den Arbeitsplatz früher verlassen. Dennoch habe er von zu Hause aus die anfallenden Arbeiten erledigt und im

Home Office 40 % der individuellen regelmäßigen Arbeitszeit nicht überschritten. Weiterhin sei zu berücksichtigen, dass der Kläger in der Vergangenheit im Home Office über die festgestellte Arbeitszeit hinaus Aufgaben erledigt habe.

Nach Auffassung des Klägers gebe es keinerlei Beweis dafür, dass der Kläger im Home Office seine Arbeitsleistung nicht erbracht habe.

Der Kläger weist darauf hin, dass – dieser Vortrag ist unstreitig – der Kläger in jeder Leistungsbeurteilung und in jedem Mitarbeitergespräch bisher belobt und anerkennend hervorgehoben worden sei. Er sei – auch dies ist unstreitig – vor Ausspruch der Kündigung zuvor niemals abgemahnt worden.

Der Kläger vertritt die Auffassung, unter Berücksichtigung des Ultima-Ratio-Prinzips sei im vorliegenden Fall eine Abmahnung ausreichend gewesen. Diese hätte sich der Kläger zu Herzen genommen und sein Verhalten entsprechend geändert.

Der Kläger beantragt,

1. unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Saarland vom 10.2.2021 – 6 Ca 667/20 – festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung vom 17.2.2020 beendet worden ist;
2. die Anschlussberufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

1. die Berufung des Klägers zurückzuweisen;
2. im Wege der Anschlussberufung unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Saarland vom 10.2.2021 – 6 Ca 667/20 – die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

Die Beklagte vertritt die Auffassung, dass das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung vom 11.2.2020 wirksam beendet worden sei. Zwar habe das Arbeitsgericht den zutreffenden Ausgangspunkt gewählt, dass das Bestehen eines Verdachts eines Arbeitszeitbetrugs grundsätzlich geeignet sei, ein Arbeitsverhältnis fristlos zu beenden. Auch sei das Arbeitsgericht zu Recht zu der Auffassung gelangt, dass in der Gesamtschau der vom Arbeitsgericht gewürdigten Aspekte ein dringender Verdacht eines Arbeitszeitbetrugs zulasten der Beklagten vorgelegen habe. Die Beklagte sei nicht gehalten gewesen, den Kläger vor dem Ausspruch der außerordentlichen Kündigung abzumahnern. Der Kläger habe das in ihn gesetzte Vertrauen durch sein Verhalten unwiederbringlich zerstört. Der Kläger habe die Möglichkeit besessen, durch Offenlegung der Einloggdaten das zerstörte Vertrauen wiederherzustellen. Diese Offenlegung habe er ohne nachvollziehbare Begründung verweigert.

Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts hätte die Interessenabwägung zum Nachteil des Klägers ausfallen müssen. Das Arbeitsgericht sei zu dem unzutreffenden Ergebnis gelangt, dass der Beklagten eine Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zuzumuten gewesen sei. Der eingetretene Vertrauensverlust hätte während der zweimonatigen Kündigungsfrist nicht wiederhergestellt werden können. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass der Kläger das Vermögen der Beklagten durch sein Verhalten weiter schädigen werde. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund der seit 2020 bestehenden Corona-Situation. In dieser Zeit hätte im Unternehmen der Beklagten vermehrt Home Office angeboten werden müssen. Die Beklagte habe daher nicht erst nach Ablauf der Kündigungsfrist alle Arbeitsbereiche dauerhaft verstärkt kontrollieren können.

Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Berufungsbegründung des Klägers vom 25.5.2021 (GA II Bl. 212 ff.) sowie auf die Anschlussberufungsschrift der Beklagten vom 30.6.2021 (GA II Bl.

229 ff.) Bezug genommen. Hinsichtlich des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung wird auf die Sitzungsniederschrift (GA II Bl. 263 ff.) verwiesen.

Entscheidungsgründe

A. Die gemäß § 64 Abs. 1, 2 lit. b) ArbGG statthafte, gemäß § 66 Abs. 1 ArbGG form- und fristgerecht eingelegte, mithin zulässige Berufung hat Erfolg, da die angefochtene Entscheidung nicht frei von Rechtsfehlern erscheint (§ 64 Abs. 6 ArbGG; § 513 Abs. 1 ZPO). Das Arbeitsverhältnis wurde weder durch die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung, noch durch die außerordentlichen Kündigungen beendet, da ein hinreichender Verdacht auf eine schwerwiegende Pflichtverletzung mit der gebotenen dringenden Wahrscheinlichkeit nicht nachgewiesen werden kann. Demgemäß war der Anschlussberufung der Beklagten kein Erfolg zu bescheiden.

1. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann ein Arbeitsverhältnis von jedem Vertrags- teil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeits- verhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Hierbei kann ein vertragswidriges Verhalten an sich geeignet sein, die außerordentli- che Kündigung zu rechtfertigen, wenn der Gekündigte seine Pflichten aus dem Vertrag nicht nur objektiv, sondern auch rechtswidrig und schuldhaft verletzt hat (Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 6. Aufl., § 626 BGB Rn. 73). Die Pflichtverletzung wiegt umso schwerer, wenn der Arbeitnehmer nicht nur in einem Einzelfall, sondern wiederholt und über einen längeren Zeitraum hinweg gegen seine Pflichten verstößt und sein Verhalten von der Absicht getragen wird, dem Arbeitgeber oder dritten Personen bewusst Schäden oder Nachteile zuzufügen. Darüber hinaus setzt die verhaltensbe-

dingte außerordentliche Kündigung im Regelfall den vorherigen Ausspruch einer Abmahnung voraus, sofern im Einzelfall keine besonderen Umstände vorliegen, aufgrund derer der Ausspruch einer Abmahnung als ungeeignet erscheint, um eine Verhaltensänderung herbeizuführen (BAG, Urt. v. 17.2.1994 – 2 AZR 616/13, NZA 1994, 656 mit umf. Nachweis).

Auch der schwerwiegende Verdacht einer Straftat oder sonstigen Verfehlung kann einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung gegenüber dem verdächtigen Arbeitnehmer bilden. Dies setzt voraus, dass gerade der Verdacht eines Verhaltens das für die Fortführung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört. Solche, das Vertrauen schwerwiegend beeinträchtigende Verdachtsmomente können sich insbesondere dann ergeben, wenn der Verdacht von gravierenden Pflichtverletzungen – etwa Veruntreuungen oder Spesenbetrug (zur Kasuistik: ErfK/Niemann, 20. Aufl., § 626 Rn. 177b) – valide besteht. Der Verdacht bildet einen eigenständigen Kündigungsgrund, der neben den Kündigungsgrund einer „Tatkündigung“ tritt, die der Arbeitgeber auf den Vorwurf stützt, dass der Arbeitnehmer die ihm vorgeworfene Tat tatsächlich begangen hat (BAG, Urt.v.23.6.2009, NZA 2009, 1136; ErfK/Niemann, aaO., § 626 BGB Rn. 173).

Auch der Ausspruch einer ordentlichen Kündigung kann als personenbedingte Kündigung i.S.v. §1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt sein, wenn der Verdacht auf das Vorliegen einer Pflichtverletzung gestützt werden kann, die im Fall ihres tatsächlichen Nachweises den Ausspruch einer fristlosen Kündigung gerechtfertigt hätte (vgl. BAG, NZA 2019, 893 Rn.74).

Die wirksame Verdachtskündigung erfordert sowohl in den Ausprägungen der außerordentlichen als auch der ordentlichen Kündigung starke, dringende Verdachtsmomente, die sich auf objektive Tatsachen stützen. Diese Tatsachen müssen sich so verdichten, dass sie einen billig und gerecht abwägenden Arbeitgeber zum Ausspruch einer Kündigung veranlassen können. Der Verdacht muss in dem Sinne dringend sein, dass eine große Wahr-

scheinlichkeit dafür besteht, dass er zutrifft. Ein auf bloße – mehr oder weniger haltbare – Vermutungen gestützter Verdacht rechtfertigt den Ausspruch einer Verdachtskündigung nicht (BAG, Urt. v. 31.1.2019 – 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 Rn. 27; Urt. v. 20.6.2013, NZA 2014, 143; Urt. v. 18.6.2015, NZA 2016, 287).

2. In Anwendung dieser Rechtsgrundsätze hat das Arbeitsgericht im zur Entscheidung stehenden Sachverhalt hinsichtlich des Nachweises eines dringenden Verdachts einer schwerwiegenden Pflichtverletzung unter Verstoß gegen § 286 Abs. 1 ZPO ein zu geringes Beweismaß zugrunde gelegt und wesentliche Aspekte, die gegen die Annahme einer schwerwiegenden Pflichtverletzung streiten, nicht hinreichend gewichtet (zu den Anforderungen an die prozessrechtskonforme Beweiswürdigung: Zöller/Greger, ZPO, 33. Aufl., § 286 Rn. 23 mwNachw):

a) Zunächst ist festzuhalten, dass der Kündigungsgrund nicht aus der unberechtigten, insbesondere ohne Rücksprache im Team erfolgten Inanspruchnahme von Home Office Arbeit hergeleitet wird. Vielmehr wirft die Beklagte dem Kläger die schwerwiegende und an sich zur Kündigung hinreichende Pflichtverletzung vor, einen umfangreichen Arbeitszeitbetrug begangen zu haben.

b) Indessen ist die Schlussfolgerung, dass der Kläger das Home Office nur deshalb in Anspruch genommen habe, um nicht zu arbeiten, nicht tragfähig. Es gibt keinen Erfahrungssatz, dass Mitarbeiter die Tätigkeit im Home Office nur deshalb favorisieren, um weniger oder gar nicht zu arbeiten. Mithin wird die Schlussfolgerung des Arbeitsgerichts, es bestehe der Verdacht, dass der Kläger in vollem Umfang der Home Office Zeiten – demnach im Umfang von nahezu einem Drittel seiner Arbeitszeit – nicht gearbeitet habe, nicht bereits durch die Inanspruchnahme von Home Office gestützt.

c) Der Umstand, dass der Kläger Home Office erst nach dem Wechsel der Vorgesetzten in verstärktem Maße nutzte, besitzt im vorliegend maßgeblichen Zusammenhang keine hinreichende Beweiskraft: Der Wechsel der Vorgesetzten und die damit möglicherweise einhergegangene laschere Kontrolllage mag Anlass dafür gewesen sein, dass der Kläger vom Home-Office in größerem Umfang Gebrauch machte, als dies arbeitsvertraglich vereinbart war. Jedoch kann hieraus nicht geschlossen werden, welche Arbeitsleistungen der Kläger im Home Office erbrachte.

d) Weiterhin hat das Arbeitsgericht den Verdacht daraus hergeleitet, dass sich der Kläger in seinem Sachvortrag zu seiner Nebentätigkeit in Widersprüche verstrickte. Es liegt nicht völlig fern, dass der Kläger die Option zum Home-Office deshalb ergriff, um während seiner Arbeitszeit der Nebentätigkeit im Hausmeisterservice nachzugehen. Die Widersprüche im Vortrag sind plausibel, wenn der Kläger das wahre Ausmaß der Nebentätigkeit verschleiern wollte. Allerdings kann dieser Schluss nicht auf belastbare Tatsachen gestützt werden: Es konnte keine einzige konkrete Nebentätigkeit nachgewiesen werden, die der Kläger während seiner Arbeitszeit ausführte. Mithin mag die Argumentation des Arbeitsgerichts zwar nachvollziehbar und haltbar sein. Indessen ist die Schlussfolgerung keineswegs in dringendem Maße überwiegend wahrscheinlich. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass eine gelegentliche Nebentätigkeit keine belastbaren Rückschlüsse auf den zeitlichen Umfang des dem Kläger vorgeworfenen Arbeitszeitbetrugs erlaubt.

e) Soweit das Arbeitsgericht die Überzeugung vom Vorliegen eines dringenden Verdachts auf die Tatsache stützt, dass sich der Kläger weigerte, den Dienst-PC freiwillig zum Zwecke einer Auswertung an die Beklagte zu übergeben, vermag sich die Kammer dieser Sichtweise nicht anzuschließen. Denn auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren muss sich eine Partei nicht selbst belasten muss. Soweit sich die Prozesspartei auf den verfassungsrechtlichen Schutz des aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleiteten Grundrechts auf

informationelle Selbstbestimmung berufen kann, dessen objektive Schutzfunktion über die zivilrechtlichen Generalklauseln mittelbar auf die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten einwirkt (vgl. Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, 94. EL, Art 2 GG Rn. 190), bedarf der Rekurs auf das Grundrecht keiner Rechtfertigung.

Der Schutzgehalt des Grundrechts verbietet es, in der Weigerung des Klägers, sein Einverständnis mit einer Einsichtnahme der Arbeitsmittel zu erklären, in der prozessualen Bewertung ein Zugeständnis des ihn belastenden Beklagtenvortrags zu erblicken.

f) Die Tatsache, dass der Kläger an nur wenigen Arbeitstagen nach 13 Uhr aus dem Home Office SAP-Buchungen durchführte, erhärtet den Verdacht des Arbeitszeitbetrugs noch nicht. Ausweislich der umfangreichen Aufgabenbeschreibung des Tätigkeitsfeldes ist es keineswegs zwingend, dass der Kläger zur Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben stets Buchungen im SAP-System vornehmen musste. So oblag es dem Kläger etwa, Kundenportale zu überwachen, Anfragen zu bearbeiten und Kundenkontakte zu pflegen. Es ist nicht ersichtlich, dass zur Erledigung dieser Aufgaben zwingend auf das SAP-Programm Rückgriff genommen werden musste. In diesem Zusammenhang ist zugunsten des Klägers zu berücksichtigen, dass der Kläger zu keinem Zeitpunkt vor Ausspruch der Kündigung auf Defizite in der Arbeitsleistung angesprochen wurde. Offensichtlich hat der Kläger die ihm zugewiesene Arbeit stets beanstandungsfrei und vor allem ohne Rückstände aufzubauen erfüllt. Auch dies spricht mit nicht unerheblicher Aussagekraft gegen die Vermutung, dass der Kläger in dem gesamten Zeitanteil des Home Office für die Beklagte untätig blieb. Denn dieser Zeitanteil entsprach rund 30 % der Arbeitszeit. Hätte der Kläger tatsächlich nur 70% seiner Arbeitsleistung erbracht, wären Rückstände kaum je vermieden worden.

g) Schließlich bestehen Bedenken, ob die Beklagte vor Ausspruch der ordentlichen Verdachtskündigung alle zumutbaren Mittel zur Aufklärung des

Sachverhalts ergriffen hatte. Erst nach Ausschöpfung aller Erkenntnisquellen kann verifiziert werden, ob das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses objektiv unabdingbare Vertrauen bereits aufgrund des Verdachts eines Fehlverhaltens zerstört ist (BAG, NZA 2019, 893 Rn. 28).

Aus dem bisherigen Sachvortrag erschließt sich nicht, weshalb die Beklagte keine Veranlassung sah, die dienstlichen Daten auf dem PC auch gegen die Widerstände des Klägers auszuwerten:

Im Anwendungsbereich des § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG dürfen personenbezogenen Daten eines Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses unter anderem dann erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Durchführung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist (so für die gleichlautende Vorschrift des § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG a.F.: BAG, NZA 2019, 893 Rn. 49 ff). Zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses gehört die Kontrolle, ob der Arbeitnehmer seinen Pflichten nachkommt. Zur Beendigung eines Arbeitsverhältnisses kann im Sinne einer Kündigungsvorbereitung auch die Aufdeckung einer kündigungsrelevanten Pflichtverletzung die Nutzung personenbezogener Daten rechtfertigen. Mithin darf der Arbeitgeber alle Daten speichern und verwenden, die er benötigt, um die ihm obliegende Darlegungs- und Beweislast in einem potentiellen Kündigungsschutzprozess zu erfüllen. Zwar ist in Anwendung von § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG eine Interessenabwägung durchzuführen, in deren Rahmen die berechtigte Privatheitserwartung des Betroffenen einen beachtlichen Faktor darstellt. Hierbei dürfen Arbeitnehmer grundsätzlich erwarten, dass besonders eingriffsin intensive Maßnahmen nicht ohne einen durch Tatsachen begründeten Verdacht einer Straftat oder einer schweren Pflichtverletzung ergriffen werden. Demgegenüber können weniger intensiv in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers eingreifende Datenerhebungen oder Datennutzungen auch ohne Vorliegen eines durch Tatsachen begründeten Anfangsverdachts erlaubt sein. Dies gilt vor allem für nach abstrakten Kriterien durchgeführte, keinen Arbeitnehmer besonders unter Verdacht stellende offene

Überwachungsmaßnahmen, die der Verhinderung von Pflichtverletzungen dienen. Eine zulässige Datenverarbeitung kann aber auch dann vorliegen, wenn der Arbeitgeber aus einem nicht willkürlichen Anlass prüfen möchte, ob der Arbeitnehmer seine vertraglichen Pflichten vorsätzlich verletzt hat, und er dazu auf einem Dienstrechner gespeicherte Daten einsieht, die nicht ausdrücklich als privat gekennzeichnet oder offenkundig privater Natur sind. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Maßnahme offen erfolgt und der Arbeitnehmer im Vorfeld darauf hingewiesen worden ist, welche legitimen Gründe eine Einsichtnahme in die vermeintlich dienstlichen Ordner und Dateien erfordern.

Zu den Hindernissen, die einer Einsicht in den dienstlichen PC des Klägers unter Berücksichtigung der vorstehenden rechtlichen Erwägungen entgegenstanden haben mögen, wird nicht vorgetragen.

3. Dem gekündigten Arbeitnehmer steht ein allgemeiner Anspruch auf Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits zu, wenn ein die Unwirksamkeit der Kündigung feststellendes Instanzurteil ergeht und keine besonderen Umstände vorliegen, die ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers begründen (BAG, Beschl. v. 27.2.1985 – GS 1/84, BAGE 48, 122). Ein solches Interesse kann etwa dann zu bejahen sein, wenn durch die weitere Mitarbeit des Arbeitnehmers für den Betrieb ein erheblicher Schaden – etwa durch den Umgang mit Geschäftsgeheimnissen – zu erwarten ist (KR/Rinck, 12. Aufl., § 102 BetrVG Rn. 357).

Im zur Entscheidung stehenden Sachverhalt sind keine Umstände ersichtlich, die einer vorläufigen Weiterbeschäftigung des Klägers entgegenstehen. Soweit die Beklagte darauf rekurriert, die eigenmächtige Inanspruchnahme des Home Office habe aufgrund ihres zeitlichen Umfangs die Vertrauensbasis unwiederbringlich zerrüttet, vermag sich die Kammer dieser Sichtweise nicht anzuschließen. Vielmehr manifestiert sich im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt ein nicht unerhebliches Defizit in der betrieblichen Aufsicht, de-

ren beherztere und konsequentere Wahrnehmung geeignet gewesen wäre, durch eine rechtzeitige Abmahnung eine Verhaltensänderung hinsichtlich der beanstandeten Inanspruchnahme von Home Office herbeizuführen.

B. Die Kostenfolge beruht auf § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revisionsbeschwerde (§ 77 Satz 2, § 72 Abs. 2 ZPO) liegen nicht vor. Insbesondere ist eine Grundsatzbedeutung der im vorliegenden Verfahren zu beantwortenden Rechtsfragen nicht ersichtlich.

Rechtsmittelbelehrung:

Die Nichtzulassung der Revision durch das Landesarbeitsgericht kann von beiden Parteien selbstständig durch Beschwerde angefochten werden. Die Beschwerde ist bei dem Bundesarbeitsgericht, Hugo-Preuß-Platz 1, 99084 Erfurt (Telefax 0361/2636 - 2000),

innerhalb einer Notfrist von einem Monat

nach Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils schriftlich einzulegen. Der Beschwerdeschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des Urteils beigefügt werden, gegen das Revision eingelegt werden soll.

Die Beschwerde ist

innerhalb einer Notfrist von zwei Monaten

nach Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils zu begründen. In der Begründung müssen die Voraussetzungen des § 72 a Abs. 1 ArbGG und des § 72 Abs. 2 ArbGG dargelegt oder die Entscheidung, von der das Urteil des Landesarbeitsgerichts abweicht, bezeichnet werden. Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründungsschrift müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt oder einem über die Befähigung zum Richteramt verfügenden Vertreter, der in § 11 Abs. 2

Satz 2 Nummern 4 und 5 ArbGG bezeichneten Organisationen unterzeichnet sein.