

Urschrift  
Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg  
Aktenzeichen:  
15 Sa 31/19  
13 Ca 305/18 ArbG Stuttgart - Kn. Aalen  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 10.03.2020

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



## Im Namen des Volkes Urteil

In der Rechtssache

gegen

◀ Mandant z.K. Rücksprache	Wiedervorlage ▶	
<b>DGB Rechtsschutz GmbH Büro Stuttgart</b>  <b>06. MAI 2020</b>		
Eredigt	Fristen + Termine	erlaubt

**Proz.-Bev.: DGB Rechtsschutz GmbH - Büro Stuttgart  
Willi-Bleicher-Str. 20, 70174 Stuttgart**

hat das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg - 15. Kammer - durch die Vorsitzende Richterinnen am Landesarbeitsgericht, den ehrenamtlichen Richter und die ehrenamtliche Richterin auf die mündliche Verhandlung vom 10.03.2020

für Recht erkannt:

- 1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Stuttgart - Kammern Aalen - vom 31.01.2019 - 13 Ca 305/18 - wird zurückgewiesen.**
- 2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.**
- 3. Die Revision wird nicht zugelassen.**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, ob ihr Arbeitsverhältnis durch eine außerordentliche fristlose Kündigung der beklagten Arbeitgeberin vom 23.07.2018 am 23.07.2018 beendet worden ist. Für den Fall seines Obsiegens im Kündigungsrechtsstreit erstrebt der Kläger seine Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits.

Der 1964 geborene Kläger ist seit dem 01.09.1985 bei der Beklagten tätig. An seine am 11.01.1988 beendete Ausbildung zum Bankkaufmann schloss sich unmittelbar mit Wirkung ab dem 12.01.1988 das Arbeitsverhältnis als Angestellter an (vgl. Berufsausbildungsvertrag sowie Arbeitsvertrag vom 04.03.1988, Teil der Anlage B 1, Blatt 52 bis 55 sowie 57 bis 58 ArbG-Akte). Auf das Arbeitsverhältnis finden die Bestimmungen des TVöD Anwendung. Der Kläger genießt infolgedessen gemäß § 34 Abs. 2 TVöD besonderen Kündigungsschutz: Sein Arbeitsverhältnis darf durch die Beklagte nur aus einem wichtigen Grund gekündigt werden.

Die Beklagte führte für den Kläger ein Arbeitszeitkonto. Guthabenstunden konnte der Kläger als Freizeit abbauen. Der Kläger verdient durchschnittlich 5 465,81 € brutto monatlich.

Der Kläger ist langjähriges Mitglied des bei der Beklagten bestehenden Personalrats und war in den Jahren 1997 bis 2008 für Personalratstätigkeiten freigestellt. Danach war er bis 2012 auf diversen Stellen beschäftigt, unter anderem in E. und A. Wohnhaft ist der Kläger in A.

Im Jahr 2013 begann ein Einsatz des Klägers im Gewerbe- und Firmenkundenbereich in H. Dieser Zeitraum verlängerte sich aufgrund häufigen Personalwechsels immer wieder bis Mai 2017. Dienstsitz des Klägers war demgemäß H. Am 29.05.2017 führte der Kläger mit seinem Vorgesetzten B., dem Abteilungsleiter Unternehmenskundenberatung der Beklagten, in S. ein Gespräch über die angedachte Versetzung des Klägers nach S. Herr B. teilte dem Kläger mit, er solle zunächst für ein paar Wochen als Elternzeit- und Urlaubsvertretung für mehrere Kollegen im Gewerbekundenbereich S. eingesetzt werden. Sein Dienstsitz solle weiter H. bleiben. Der Kläger war zu diesem Wechsel auf freiwilliger Ebene bereit, wodurch ein schneller Einsatz in S. möglich wurde.

Von A. aus gesehen liegt der vormalige Einsatzort des Klägers H. weiter westlich, Entsprechendes gilt für den Ort, den der Kläger bei der Abrechnung der Fahrtkosten für seine Einsätze in S. als Anknüpfungspunkt wählte (M.) (zur geographischen Situation und zum Landstraßenverlauf vgl. die Kartenausschnitte in der Anlage 4 zur Anlage B 1, Blatt 63 und 64 ArbG-Akte). Wieder weiter westlich sowohl von H. aus gesehen als auch von M. aus gesehen liegt der neue Einsatzort des Klägers S. Da für die infolge der weiter westlichen Lage von S. längere Fahrzeit des Klägers dorthin anfiel, vereinbarten der Kläger und Herr B. dass der Kläger pro Einsatztag in S. eine Stunde Zeitgutschrift erhalten sollte. Dies wurde einvernehmlich so abgewickelt, dass im Zeiterfassungssystem der Beklagten zugunsten des Klägers eine arbeitstägliche entsprechende Zeitgutschrift hinterlegt wurde. Der Kläger hatte aber die Verpflichtung, es der zuständigen Mitarbeiterin mitzuteilen, wenn er seine Arbeitsleistung nicht in S. erbrachte, damit die entsprechende Zeitgutschrift für diese Tage wieder abgezogen werden konnte. Wie verfahren werden sollte, wenn der Kläger an einem Tag zuerst in S. und dann in A. oder umgekehrt zuerst in A. und dann in S. arbeitete, besprachen der Kläger und Herr B. nicht ausdrücklich.

Am 29.05.2017 um 10.03 Uhr schrieb der Kläger daraufhin unter dem Betreff „Gleizeit-Korrektur für Wegezeiten“ an die zuständige Mitarbeiterin S. L. (Anlage 5 zur Anlage B 1, Blatt 65 ArbG-Akte):

„Hallo S.

seit 22.05.2017 bin ich voraussichtlich bis September in der Hauptstelle S. in der UK-Beratung. Mein Dienstsitz ist weiterhin H. Die zusätzliche Wegezeit von M. nach G. und zurück beträgt täglich ca. 1 Stunde (2 x 30 Minuten). Wie mit Dir besprochen, kannst Du die Zeitkorrektur einmalig erfassen. Einzelne Tage, an denen ich nicht nach G. fahre, teile ich Dir per Mail mit. Abwesenheitstage wie z.B. Urlaub werden automatisch vom System berücksichtigt. Für Mittwoch, den 24. Mai veranlasse ich eine entsprechende Korrektur über AL Herr B.“

Diese E-Mail sandte der Kläger „in Kopie“ auch an Herrn B. (vgl. den Kopf der E-Mail, Blatt 65 ArbG-Akte). Frau L. leitete diese E-Mail am selben Tag um 10.29 Uhr an „Zeitwirtschaft“.

Nachforschungen der Innenrevision der Beklagten ergaben, dass dem Kläger jedenfalls im Jahr 2018 bis in den Monat Juni hinein Zeitgutschriften für die Fahrt nach S. auch für Tage angerechnet worden waren, an denen er nicht in S. oder an denen er nicht nur in S., sondern auch in A. gearbeitet hatte.

Als Fahrtkosten machte der Kläger hinsichtlich der zusätzlichen Fahrtkilometer zu seinem Einsatzort S. gegenüber der Beklagten die Kosten für die Strecke von M. nach S. geltend (einfache Strecke 16 km). Nach der Dienstreiseregulierung der Beklagten hätte der Kläger nur 9 km geltend machen dürfen, nämlich die Fahrtstrecke von seinem Wohnort in A. zum Einsatzort in S. (34 km) abzüglich der Wegstrecke von seinem Wohnort in A. zu seinem Dienstsitz in H. (25 km). Für 338 Fahrten im Zeitraum Mai 2017 bis Juni 2018 entspricht diese Differenz einer Fahrtkosten-auszahlung von knapp 1 000,00 €.

Mit Schreiben vom 18.07.2018 (Anlagenkonvolut B 1, Blatt 47 ff. ArbG-Akte) informierte die Beklagte ihren Personalrat über die beabsichtigte außerordentliche fristlose Kündigung des Klägers. Der Personalrat bestätigte, das Schreiben nebst 17 Anlagen am 19.07.2018 erhalten zu haben (handschriftlicher Vermerk auf Seite 5 des Anhörungsschreibens, Blatt 51 ArbG-Akte). Mit Datum vom 20.07.2018 teilte der Personalratsvorsitzende mit, dass der Personalrat der Kündigung zustimme, gemäß Eingangsvermerk der Arbeitgeberseite ging das Zustimmungsschreiben dort am 20.07.2018 um 17.30 Uhr ein (Anlage B 2, Blatt 46 ArbG-Akte).

Daraufhin erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 23.07.2018 die außerordentliche fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses (Anlage zur Klageschrift, Blatt 5 bis 6 ArbG-Akte). Die Kündigung wurde dem Kläger am 23.07.2018 persönlich ausgehändigt.

Mit der vorliegenden Klage, die am 02.08.2018 beim Arbeitsgericht einging und der Beklagten am 07.08.2018 zugestellt wurde, wendet sich der Kläger gegen diese Kündigung.

Erstinstanzlich hat der Kläger im Wesentlichen geltend gemacht, er bestreite mit Nichtwissen, dass der Personalrat ordnungsgemäß die Zustimmung zur Kündigung beschlossen habe. Ein wichtiger Grund für die Kündigung liege nicht vor. Zwar könne es sein, dass er an einzelnen Tagen vergessen habe, der zuständigen Mitarbeiterin mitzuteilen, dass die Zeitgutschrift storniert werden müsse, weil er nicht in S. gewesen sei. Die von der Beklagten angeführten 35 Fälle beruhten jedoch nicht ausschließlich auf seinen Versäumnissen. Zu kei-

nem Zeitpunkt habe er vorsätzlich oder gar mit Bereicherungsabsicht gehandelt. Das von der Beklagten gewählte System der automatisch hinterlegten Gutschrift mit der Verpflichtung des Klägers zur Meldung, wann diese storniert werden müsse, sei von vornherein eine stark fehleranfällige Konstruktion gewesen. Jedenfalls habe im Hinblick auf die lange Betriebszugehörigkeit und den im Übrigen störungsfreien Verlauf des Arbeitsverhältnisses vor der Kündigung eine Abmahnung erfolgen müssen. Hinsichtlich der Fahrtkosten sei es so, dass die Abrechnung der Kilometer von M. nach S. mit Herrn B. vereinbart gewesen sei. Jedenfalls sei diese Handhabung von der Beklagten über ein Jahr lang nicht beanstandet worden. Auch insoweit habe er nicht mit Bereicherungsabsicht gehandelt. Ohne Abmahnung sei eine Kündigung nicht gerechtfertigt.

Erstinstanzlich hat der Kläger beantragt:

- 1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 23.07.2018 nicht beendet wird.**
- 2. Im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. wird die Beklagte verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Kundenberater weiter zu beschäftigen.**

Erstinstanzlich hat die Beklagte beantragt,

**die Klage abzuweisen.**

Erstinstanzlich hat die Beklagte im Wesentlichen geltend gemacht, etwaige Fehler in der Beschlussfassung des Personalrats seien ihr nicht zuzurechnen. Der Kläger habe im Jahr 2018 vorsätzlichen Arbeitszeitbetrug in mindestens 35 Fällen begangen. Aus der Vielzahl der Fälle lasse sich entnehmen, dass er vorsätzlich gehandelt haben müsse. Deshalb sei eine Abmahnung entbehrlich. Die vom Kläger behauptete Abrede mit Herrn B. zu den Fahrtkosten habe nicht stattgefunden. Unabhängig davon habe der Kläger nicht nur zu viele Kilometer geltend gemacht, sondern habe außerdem für mindestens vier Tage Fahrtkosten nach S. abgerechnet, an denen er dort überhaupt nicht gearbeitet habe. Wiederum müsse aufgrund des systematischen Vorgehens des Klägers von dessen Bereicherungsvorsatz ausgegangen werden, weshalb eine Abmahnung entbehrlich sei.

Zu den weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst der Anlagen sowie auf die erstinstanzlichen Protokolle und auf den streitigen Teil des Tatbestands des Urteils des Arbeitsgerichts Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen Folgendes ausgeführt. Derzeit könne nicht festgestellt werden, dass die erforderliche Zustimmung des Personalrats zur Kündigung rechtswirksam sei. Auch ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses sei nicht gegeben. Die unstreitigen Pflichtverstöße des Klägers wögen nicht so schwer, dass sie eine fristlose Beendigung des langjährig beanstandungsfrei bestehenden Arbeitsverhältnisses ohne vorangehende Abmahnung rechtfertigen könnten.

Hinsichtlich des Kündigungsvorwurfs „Zeitgutschrift 35 Fälle“ werde zugunsten der Beklagten unterstellt, dass die fehlende Stornierung allein auf Versäumnisse des Klägers zurückgehe, so dass insoweit eine erhebliche arbeitsvertragliche Pflichtverletzung vorliege. Jedoch könne aus diesen Vorkommnissen nicht auf ein vorsätzliches Verhalten und eine Bereicherungsabsicht geschlossen werden. Die von der Beklagten vorgegebene Konstruktion sei stark fehleranfällig. Dies gelte umso mehr, als der Kläger zum Teil auch in A. tätig gewesen sei, so dass eine gewisse Unregelmäßigkeit und Unübersichtlichkeit seiner Tätigkeitsorte von vornherein bestanden habe. Zwar habe der Kläger vorwerfbar seine Verpflichtung zur Stornierung der Arbeitszeitgutschrift nicht besonders ernst genommen. Dass er die Meldungen vorsätzlich und mit Bereicherungsabsicht bewusst unterlassen hätte, sei dagegen allein aus dem Vorliegen der 35 unterlassenen Meldungen nicht zu schließen. Im Hinblick auf das seit 33 Jahren (Rechenversehen des Arbeitsgerichts, richtig: 32 Jahre und zehn Monate) bestehende Arbeitsverhältnis wäre der Beklagten deshalb zuzumuten gewesen, den Kläger durch eine Abmahnung deutlich darauf hinzuweisen, dass er mit seinem Verhalten die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses riskiere. Keine Anhaltspunkte seien dafür erkennbar, dass der Kläger nach einem solchen Hinweis sein Verhalten nicht überprüft und gegebenenfalls geändert hätte, vielleicht sogar mit der Beklagten eine andere Konstruktion der Zeitgutschrift vereinbart hätte. Hinsichtlich des Kündigungsvorwurfs betreffend die Kilometerzahl bei den Fahrtkosten gelte das Gleiche. Zugunsten der Beklagten werde unterstellt, dass es keine Vereinbarung zwischen dem Kläger und dessen Vorgesetzten gegeben habe, wonach die ausdrückliche Erlaubnis bestanden habe, die Strecke von M. nach S. abzurechnen. Selbst dann aber wiege der Pflichtverstoß des Klägers nicht so schwer, dass er ohne vorangehende Abmahnung eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach 33 Jahren Betriebszugehörigkeit rechtfertige.

Der Kläger sei nie von seinem Dienstsitz in H. zu seinem Einsatzort nach S. gefahren. Vielmehr sei er von seinem Wohnsitz in A. nach S. gefahren. Die Entfernung von H. nach S. habe nur als fiktive Strecke eine Rolle gespielt. Für einen oberflächlichen Betrachter der Landkarte bestehe kein großer Unterschied zwischen der Fahrtstrecke von M. nach S. und der von H. nach S. Zwar sei die kürzeste Route von H. nach S. mit 9 km deutlich kürzer als die Fahrt von M. nach S. mit 16 km. Diese kürzeste Strecke müsse jedoch auf verkehrstechnisch ungünstigen Nebenstraßen zurückgelegt werden. Es liege daher durchaus nahe, von H. nach B. zu fahren und von dort die B 29 nach S. zu benutzen. Lege man diese Route zugrunde, so ergebe sich eine zurückgelegte Strecke von knapp 16 km, die der Entfernung von M. nach S. entspreche. Auch sei nicht erkennbar, dass der Kläger die beanstandete Abrechnungsweise nach einer entsprechenden Abmahnung der Beklagten nicht umgestellt hätte. Dass der Kläger mit den Vorschriften der Dienstreisekosten der Beklagten im Einzelnen genauestens vertraut gewesen wäre, habe die Beklagte nicht vorgetragen. Die Beklagte hätte den Kläger in diesem Zusammenhang nochmals ausdrücklich auf die entsprechenden Reisekostenvorschriften hinweisen und ihm sein Fehlverhalten bewusst machen müssen, bevor sie das Arbeitsverhältnis kündige.

Betreffend die Geltendmachung von Reisekosten für vier Tage, an denen der Kläger gar nicht in S. gewesen sei, sei nicht festzustellen, ob es sich insoweit um ein Versehen oder um ein absichtliches Fehlverhalten handele. Insbesondere habe die Beklagte nicht vorgetragen, dass der Kläger seine Fahrtkosten jeweils sofort am folgenden Tag geltend gemacht hätte. Sollte der Kläger, wie häufig üblich, seine Reisekosten erst Tage oder sogar Wochen später abgerechnet haben, so sei nicht auszuschließen, dass der Kläger Tage verwechselt und deshalb unabsichtlich zu viele Fahrtkosten geltend gemacht habe.

Selbst wenn zugunsten der Beklagten berücksichtigt werde, dass die Stellung des Klägers als Kundenberater mit erhöhten Anforderungen an ein pflichtgemäßes Verhalten einhergehe, so könne doch im Hinblick auf das seit über 30 Jahren beanstandungs-frei bestehende Arbeitsverhältnis nicht festgestellt werden, dass ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung bestanden habe. Auf eine hilfsweise ordentliche Kündigung berufe sich die Beklagte im Hinblick auf den unstreitig gegebenen Sonderkündigungsschutz des Klägers nicht. Im Übrigen sei diesbezüglich auch keine Beteiligung des Personalrats erfolgt.

Die Verurteilung zur Weiterbeschäftigung beruhe auf den zum so genannten allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch entwickelten Grundsätzen: Es sei ein die Unwirksamkeit der Kündigung feststellendes Urteil der ersten Instanz ergangen, und es lägen keine besonderen Umstände vor, die ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers begründeten. Die grundsätzliche Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung sei unabhängig vom konkreten Gesundheitszustand des Arbeitnehmers.

Dieses Urteil wurde der Beklagten am 22.05.2019 zugestellt. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten ging rechtzeitig am 06.06.2019 beim Landesarbeitsgericht ein, ihre Berufungsbegründung rechtzeitig am 12.07.2019.

Der Kläger war ab dem 20.07.2018 durchgehend arbeitsunfähig und war dies auch zum Zeitpunkt der mündlichen Berufungsverhandlung am 10.03.2020. Aus einer Rehabilitationsmaßnahme ist er am 06.03.2020 entlassen worden. Nach seiner eigenen Beurteilung war er zum Zeitpunkt des Berufungsverhandlungstermins sehr zuversichtlich, demnächst wieder arbeitsfähig zu werden.

Im Berufungsverhandlungstermin hat der Kläger die bereits erstinstanzlich thematisierten Bahnfahrkarten von A. nach S. für die Daten 18.04.2018 sowie 06.06.2018 (jeweils Hinfahrt und Rückfahrt) zur Gerichtsakte gereicht.

Zweitinstanzlich macht die Beklagte in Auseinandersetzung mit den Urteilsgründen des Arbeitsgerichts unter Wiederholung und Ergänzung ihres erstinstanzlichen Vorbringens im Wesentlichen Folgendes geltend. Die Kündigung scheitere weder an der erforderlichen Personalratszustimmung, noch am Fehlen eines wichtigen Kündigungsgrundes. Zur Personalratszustimmung könne sich die Beklagte nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der überwiegenden Literaturmeinung unter den gegebenen, im Einzelnen dargelegten Umständen, auf Vertrauensschutz berufen. Auch ein wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB, § 47 Abs. 4 LPVG BW liege vor. Hier seien eine Vielzahl vorsätzlicher Pflichtverletzungen des Klägers allein im Kalenderjahr 2018 bis zum Zugang der Kündigung zu beklagen. Das Kalenderjahr 2017 sei aufgrund gelöschter Daten nicht mehr rekonstruierbar. Jede einzelne Pflichtverletzung stelle einen wichtigen Grund „an sich“ iSv. § 626 Abs. 1 BGB dar. Der Gesetzgeber habe in § 314 Abs. 2 Satz 3 BGB klargestellt, dass die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen jedenfalls dann keiner vorherigen Abmahnung bedürfe, wenn ein wichtiger Grund vorliege. Erst recht müsse dies gelten in Anbetracht der Vielzahl entsprechender Pflichtverletzungen, bei de-

nen schon die erstmalige Hinnahme durch den Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen sei. Der durch die pflichtwidrig unterlassenen Korrekturmeldungen und die falschen Reisekostenabrechnungen entstandene Schaden bewege sich weit oberhalb einer Bagatellgrenze im Bereich eines vierstelligen Eurobetrages. Allein die unterlassenen Korrekturmeldungen, die zu einer Zeitgutschrift geführt hätten, die der Kläger anschließend durch Freizeitausgleich abgebaut habe, beliefen sich bei 26 Arbeitsstunden und einem Bruttostundenentgelt von 26,48 € auf eine Bruttolohnsumme von rund 688,00 €. Hinzu kämen falsche Reisekostenabrechnungen in der Größenordnung von weiteren insgesamt mindestens 1 000,00 €. Es sei nach objektiven Maßstäben - für einen Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen, dass ein Arbeitgeber falsche Reisekostenabrechnungen und Arbeitszeitaufschriebe im vorliegenden Umfang und mit dem entstandenen Schaden zunächst noch hinnehme und stattdessen nur mit einer Abmahnung reagiere. Im Falle mehrfacher nicht unerheblicher Falschaufzeichnungen bedürfe es auch bei langjähriger Betriebszugehörigkeit in der Regel nicht noch einer vergeblichen Abmahnung vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung (vgl. LAG Rheinland-Pfalz 15.11.2012 - LAGE § 626 BGB 2002 Nr. 39). Als langjährigen Personalratsmitglied habe dies dem Kläger zumindest bekannt sein müssen. Höchststrichterlich anerkannt sei, dass insbesondere bei einem Arbeitnehmer in besonderer Vertrauensstellung auch schon ein einmaliger und verhältnismäßig geringfügiger Fall von Arbeitszeit- oder Spesenbetrug ein wichtiger Grund sein könne. Auch wenn man zugunsten des Klägers unterstelle, dass er keine besondere Vertrauensstellung innegehabt habe, seien jedenfalls seine Pflichtverstöße zahlreich und der entstandene Schaden erheblich. Eine positive Prognose für das Arbeitsverhältnis nach Abmahnung sei bei einer Pflichtverletzung im Vertrauensbereich, wie sie hier vorliege, auszuschließen, weil selbst durch eine zukünftige Vertragstreue die eingetretene Erschütterung des Vertrauensverhältnisses nicht mehr behoben werden könne.

Zum Vorsatz und der Bereicherungsabsicht könne nur aus den äußeren Begleitumständen, gegebenenfalls auch aus den Erklärungen des Klägers, sofern man sie für glaubwürdig erachte, auf die Einstellung des Klägers geschlossen werden. Auch fahrlässiges Handeln bedeute Verschulden gemäß § 276 Abs. 2 BGB. Der Vorsatz brauche sich in der Regel nur auf die Vertragsverletzung zu erstrecken, nicht auf den eingetretenen Schaden und umfasse auch einen bedingten Vorsatz, also das billigende Inkaufnehmen eines als möglich erkannten pflichtwidrigen Erfolges. Wer wie der Kläger wisse, dass er automatische Zeitgutschriften für bestimmte Arbeitstage erhalte und deshalb die Verpflichtung zur Abgabe von Korrekturmeldungen übernommen habe, müsse geeignete Vorkehrungen treffen, dieser Verpflichtung ordnungsgemäß nachzukommen. Dies bedeute keineswegs einen unzumutbaren Aufwand für einen als Kun-

denberater tätigen Angestellten. Dass der Kläger diejenigen Tage, an denen er nicht in S. tätig gewesen sei, nicht in geeigneter Weise kenntlich gemacht und dem Arbeitgeber zu gegebener Zeit mitgeteilt habe (35 Arbeitstage in der Zeit vom 02.01.2018 bis zum 26.06.2018), sei nicht glaubhaft erklärt mit „schlicht in Vergessenheit geraten“ oder „im Alltagsgeschäft untergegangen“. Vielmehr sei dem Kläger bewusst gewesen, dass er unberechtigte Zeitgutschriften erhalte, wenn er die gebotenen Korrekturmeldungen nicht pflichtgemäß abgebe. Wer keine geeigneten Vorkehrungen treffe, dies zu verhindern, handele bedingt vorsätzlich.

Direkter Vorsatz des Klägers sei bei den falschen Reisekostenabrechnungen gegeben, die aktiv zur Erstattung vorgelegt worden seien, beispielsweise für Reisen nach Schwäbisch Gmünd, die objektiv nicht stattgefunden hätten. Ob diese Reisekosten zeitnah oder zeitverzögert geltend gemacht worden seien, sei angesichts der Vielzahl der Fälle nicht entscheidend. Im Gegenteil: Die zeitverzögerte Vorlage der Reisekostenabrechnung könne auch als Indiz dafür gewertet werden, dass der Kläger das Entdeckungsrisiko möglicherweise als geringer eingeschätzt habe. Bereicherungsabsicht habe der Kläger besessen, weil ihm bewusst gewesen sei, dass er rechtswidrig begünstigt werde, sofern er Korrekturmeldungen unterlasse oder falsche Reisekostenabrechnungen zur Erstattung einreiche. Auch seine Bereicherung habe er zumindest billigend in Kauf genommen.

Selbst wenn man zugunsten des Klägers annehmen wollte, dass einzelne der begangenen Pflichtverletzungen tatsächlich nur versehentlich und ohne Bereicherungsabsicht erfolgt seien, wäre bei mehreren Kündigungsgründen eine Gesamtabwägung vorzunehmen. Die einzelnen Kündigungsgründe belasteten jedenfalls in ihrer Gesamtheit das Arbeitsverhältnis so schwer, dass der Beklagten die Fortsetzung nicht zuzumuten sei. Wenn beispielsweise von den 35 unterlassenen Korrekturmeldungen 20 wirklich nur versehentlich vergessen worden seien, verblieben immer noch 15 Fälle des vorsätzlichen Arbeitszeitbetrugs. Einen wichtigen Kündigungsgrund „an sich“ bilde aber bereits ein einziger Fall des Arbeitszeitbetrugs. Ebenso verhalte es sich bei den Reisekostenabrechnungen. Die Gesamtabwägung des Kündigungssachverhalts könne deshalb auch bei wohlwollender Betrachtung nicht zugunsten des Klägers ausfallen.

Zur Interessenabwägung habe das Arbeitsgericht keine Aussagen mehr getroffen. Eine Auseinandersetzung sei deshalb im Rahmen einer Berufungsbegründung nicht möglich. Allgemein könne angemerkt werden, dass auch eine sehr lange Betriebszugehörigkeit keinen „Persilschein“ vermittele. Gerade wenn die längere störungsfreie Betriebszugehörigkeit den Arbeitge-

ber veranlasse, den Arbeitnehmer weniger als andere zu kontrollieren, könne dies das Gewicht der Vertrauensstörung auch erhöhen.

Soweit der Kläger behaupte, es sei mit seinem Vorgesetzten abgesprochen gewesen, für die Fahrt nach S. 16 km abzurechnen, sei dies verspätet. Zudem sei diese Behauptung inhaltlich unzutreffend. Herr B. habe erklärt, eine Vereinbarung zwischen ihm und dem Kläger, wonach der Kläger 16 km pro Tag Aufenthalt in S. zusätzlich erstattet bekommen würde, existiere weder schriftlich noch mündlich. Eine abweichende Regelung zur Arbeitsanweisung sei von Herrn B. nicht zugesagt worden. Hierfür stünden ihm auch keine Kompetenzen im Rahmen der allgemeinen Zuständigkeitsordnung zur Verfügung. Er könne die Reisekostenabrechnungen von unterstellten Mitarbeitern nicht im Detail, sondern nur auf Plausibilität hin prüfen. Die Anzahl der Fahrten pro Woche sei durch ihn stichprobenweise mit dem Kalender des Klägers abgeglichen worden und dieser Abgleich habe zu keinen Beanstandungen geführt. Die abgerechneten 16 km erschienen ihm aufgrund seiner Ortskenntnisse auf den ersten Blick plausibel zu sein, weshalb er dies nicht weiter hinterfragt habe. Eine detaillierte Prüfung aller Einzelpositionen sei von ihm nicht vorgenommen worden und sei auch nicht üblich. Hierzu hätte er auch den exakten Wohnort des Klägers wissen müssen. Zudem müsse er davon ausgehen, dass ein langjähriger und erfahrener Mitarbeiter und Personalrat die einschlägigen Regelungen des Hauses kenne und mit diesen vertraut sei.

Zweitinstanzlich beantragt die Beklagte:

**Das Urteil des Arbeitsgerichts Stuttgart - Kammern Aalen - vom 31.01.2019 - 13 Ca 305/18 - wird abgeändert. Die Klage wird abgewiesen.**

Zweitinstanzlich beantragt der Kläger,

**die Berufung der Berufungsklägerin zurückzuweisen.**

Zweitinstanzlich verteidigt der Kläger das Urteil des Arbeitsgerichts unter Wiederholung und Ergänzung seines erstinstanzlichen Vorbringens. Weiterhin rüge er das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Zustimmung des Personalrats. Auch ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung des langjährigen Arbeitsverhältnisses liege nicht vor.

In dem Gespräch am 29.05.2017 habe Herr B. dem Kläger mitgeteilt, er wisse aufgrund seiner eigenen Anfahrt nach H. bzw. S. dass die Zusatzstrecke zwischen M. und S. sich auf 16 km belaufe. Der Kläger solle wie bisher von seinem Wohnsitz nach M. fahren, in M. aber nicht nach H. abbiegen, sondern weiter nach S. durchfahren. Der Kläger solle dann diese 16 km jeweils als weiteren Aufwand bei der Fahrkostenabrechnung beantragen. Da der Kläger gewusst habe, dass Herr B. sich aufgrund seines Wohnsitzes bestens mit den Fahrtfernen ausgekannt habe, habe er - wie mit Herrn B. vereinbart - diese 16 km als zusätzlichen Fahrtaufwand in die Reisekostenabrechnung eingestellt.

Der zunächst nur für wenige Wochen angedachte Einsatz des Klägers in S. habe sich immer wieder aufgrund mehrfacher Personaländerungen sowie Elternzeit und Krankheitsvertretung von anderen Mitarbeitern verlängert. Der Kläger habe wiederholt im November und Dezember 2017 sowie Januar und Februar 2018 bei Herrn B. und Herrn Bo. wegen eines festen Einsatzorts und Vereinfachung der Erstattungsregelungen nachgefragt. Ende Februar 2018 habe Herr B. dann mitgeteilt, es bleibe vorläufig bei dem Einsatzort S. und der bisherigen Handhabung.

Entgegen dem Vortrag der Beklagten sei der Kläger auch nicht ausschließlich ganztätig in S. bzw. A. eingesetzt gewesen. Sowohl zu Kundenbesuchen als auch zu Personalratstätigkeiten und aus Vertretungsgründen habe der Kläger auch untertätig Anfahrten nach A. und S. gehabt. Er habe Kunden in anderen Bereichen betreuen müssen und sei teilweise an einem Tag sowohl in S. als auch in A. tätig gewesen. Hinzugekommen seien wiederholte und häufige kurzfristige Einsatzplanänderungen, wobei der Kläger dann statt nach S. nach A. fahren müssen. Hinzu sei auch eine hohe zeitliche Belastung mit zum Teil über 13 Stunden gekommen. Korrekturmeldungen betreffend die Arbeitszeitgutschrift habe der Kläger nach seiner Erinnerung wiederholt auch telefonisch direkt an Frau L. durchgegeben wie erstinstanzlich bereits vorgebracht.

Zu den Zeitgutschriften genüge überdies der bloße Verweis der Beklagten auf Anlagen nicht den Erfordernissen eines ordnungsgemäßen Sachvortrags.

Auch bei unterstellten Pflichtverstößen sei nochmals darauf hinzuweisen, dass die von der Beklagten gewählte Vorgehensweise sehr störanfällig, unklar und aufgrund des großen Zeitaufwandes nicht praktikabel gewesen sei. Dabei sei auch auf die Dienstvereinbarung zu verweisen. Im Gegensatz zu den Führungskräften habe der Kläger nur eingeschränkt die Möglichkeit einer Zeitkontrolle gehabt. Die pauschalen Zeitgutschriften für die Einsatztage in S. seien nicht täglich, sondern in der Regel zeitversetzt nach zwei bis drei Wochen erfolgt, in manchen Fällen auch noch später. Verbunden mit unregelmäßigen Arbeitszeiten und zum Teil sehr hohem Arbeitsanfall habe dies dazu geführt, dass der Kläger nicht durch einen täglichen kurzen Blick auf sein Arbeitszeitkonto den aktuellen Stand und die Rechtmäßigkeit der Zeitgutschriften habe feststellen können.

Zu den Fahrtkosten sei aus Sicht des Klägers ganz klar mit Herrn B. vereinbart worden, dass er 16 km pro Tag Aufenthalt in S. zusätzlich erstattet bekommen würde. Der Kläger und offensichtlich auch Herr B. hätten sich keine Gedanken darüber gemacht, ob unter Umständen ein Abzug der bisher erfolgten Fahrtkostenerstattung, die Herrn B. auch bekannt gewesen sei, erfolgen müsse. Herr B. als direkter Vorgesetzter habe auch die diesbezüglichen Reisekostenabrechnungen des Klägers (unter anderem Anlage B 14) als sachlich richtig unterschrieben und weitergeleitet. Da während des gesamten Zeitraums keine einzige Beanstandung durch Herrn B. erfolgt sei, habe der Kläger davon ausgehen dürfen, dass die Art und Weise der Abrechnung von ihm ordnungsgemäß vorgenommen worden sei.

Auch bei unterstellten Pflichtverletzungen hätte die Beklagte als milderer Mittel die Abmahnung wählen müssen. Der Kläger als langjähriges Personalratsmitglied und Arbeitnehmer habe zu keinem Zeitpunkt in Betrugs- oder Täuschungsabsicht gehandelt, da dies seinen langjährigen Arbeitsplatz in Gefahr gebracht hätte. Aufgrund der störanfälligen Konstruktion der Vereinbarung, der längeren Verwendung sowie aufgrund der fehlenden Hinweise der Vorgesetzten wäre ein Hinweis oder eine Abmahnung erforderlich gewesen. Bei einem entsprechenden Hinweis seitens der Beklagten hätte der Kläger sofort die beanstandete Abrechnungsweise geändert.

Zu den weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst der Anlagen sowie auf das Protokoll über den Berufungsverhandlungstermin vom 10.03.2020 Bezug genommen.

### Entscheidungsgründe

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, aber unbegründet.

A

Die Berufung ist zulässig. Sie ist gemäß § 64 Abs. 2 Buchst. c ArbGG statthaft und ist gemäß § 64 Abs. 6 ArbGG iVm. §§ 519, 520 ZPO in der gesetzlichen Form sowie gemäß § 66 ArbGG in der gesetzlichen Frist eingelegt und begründet worden.

B

Die Berufung der Beklagten ist unbegründet. Auch die Berufungskammer gelangt zu der rechtlichen Bewertung, dass die außerordentliche fristlose Kündigung vom 23.07.2018 unwirksam ist und das Arbeitsverhältnis nicht beendet hat. Infolge dessen hat die Berufungskammer auch die Verurteilung des Arbeitsgerichts zur Weiterbeschäftigung des Klägers bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits aufrechterhalten.

I.

In der Sache liegt kein wichtiger Grund für die außerordentliche, fristlose Kündigung der Beklagten vom 23.07.2018 vor.

1. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, das heißt typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Liegt ein solcher Sachverhalt vor, 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 Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (vgl. BAG 19.07.2012 - 2 AZR 989/11 - NZA 2013, 143).

Auch im Verhältnis zu einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis ordentlich nicht gekündigt werden kann, liegt ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung iSd. § 626 Abs. 1 BGB dann vor, wenn es dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nach einem insoweit anzulegenden objektiven Maßstab nicht zuzumuten ist, den Arbeitnehmer auch nur bis zum Ablauf der (fiktiven) Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen. In diesem Fall wäre eine außerordentliche Kündigung auch dann gerechtfertigt, wenn die ordentliche Kündigung nicht ausgeschlossen wäre (vgl. BAG 29.06.2017 - 2 AZR 47/16 - NZA 2017, 1605). Ebenso ist für die Beurteilung, ob Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber iSv. § 15 Abs. 1. Abs. 2 KSchG, § 626 Abs. 1 BGB aus wichtigem Grund zur Kündigung berechtigen, auf die Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der fiktiven ordentlichen Kündigungsfrist abzustellen. Ist eine Weiterbeschäftigung bis dahin zumutbar, ist die Kündigung des Betriebsratsmitglieds oder des Mitglieds der Personalvertretung unwirksam (vgl. BAG 19.07.2012 - 2 AZR 989/11 - aaO).

Als ein in diesem Sinne „an sich“ die außerordentliche fristlose Kündigung rechtfertigender Grund kommt auch die Verletzung arbeitsvertraglicher Nebenpflichten in Betracht. Das betrifft sowohl auf die Hauptleistungspflicht bezogene Nebenleistungsverpflichtungen, die der Vorbereitung, der ordnungsgemäßen Durchführung und der Sicherung der Hauptleistung dienen und diese ergänzen, als auch sonstige, aus dem Gebot der Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) erwachsende Nebenpflichten (vgl. BAG 19.01.2016 - 2 AZR 449/15 - NZA 2016, 1144 Rn. 29). Nach § 241 Abs. 2 BGB ist jede Partei des Arbeitsvertrags zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Diese Regelung dient dem Schutz und der Förderung des Vertragszwecks. Der Arbeitnehmer hat seine Arbeitspflichten so zu erfüllen und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung und Tätigkeit im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs nach Treu und Glauben verlangt werden kann (vgl. BAG 08.05.2014 - 2 AZR 249/13 - NZA 2014, 1258 Rn. 19). Zu diesen Pflichten gehört auch die arbeitsvertragliche Nebenpflicht, den Arbeitgeber nicht zu schädigen (vgl. BAG 28.10.2010 - 8 AZR 418/09 - NZA 2011, 345 Rn. 12).

Ein Arbeitnehmer, der bei Spesenabrechnungen bewusst falsche Angaben macht oder deren Unrichtigkeit zumindest für möglich hält und billigend in Kauf nimmt, verletzt in erheblicher Weise seine vertraglichen Pflichten. Unkorrektheiten können selbst dann geeignet sein, eine - gegebenenfalls außerordentliche - Kündigung zu rechtfertigen, wenn es sich um einen

einmaligen Vorfall und einen geringen Erstattungsbetrag handelt. Bewusstes und damit vorsätzliches Handeln ist zwar von der Erklärung versehentlich falscher Angaben zu unterscheiden. Es liegt aber bereits dann vor, wenn die Unrichtigkeit und der auf ihr beruhende rechtswidrige Erfolg für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen wird. Die Bewertung eines Fehlverhaltens als vorsätzlich oder fahrlässig liegt im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet und ist Gegenstand der tatrichterlichen Würdigung iSv. § 286 ZPO (vgl. BAG 11.07.2013 - 2 AZR 994/12 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 69). Auch ein Arbeitszeitbetrug ist nach der ständigen Rechtsprechung des für Kündigungen zuständigen Senats des Bundesarbeitsgerichts an sich geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung iSv. § 626 Abs. 1 BGB darzustellen (vgl. BAG 06.09.2007 - 2 AZR 264/06 - NZA 2008, 636).

Die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumindest bis zum Ende der Frist für eine ordentliche Kündigung zumutbar war oder nicht, lassen sich nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkung einer Vertragspflichtverletzung - etwa im Hinblick auf das Maß eines durch sie bewirkten Vertrauensverlusts und ihre wirtschaftlichen Folgen -, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf. Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn dem Arbeitgeber angesichts der Gesamtumstände sämtliche mildereren Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. Die außerordentliche Kündigung ist unwirksam, wenn schon eine ordentliche Kündigung geeignet war, das Risiko künftiger Störungen zu vermeiden (vgl. BAG 26.03.2015 - 2 AZR 517/14 - NZA 2015, 1180 Rn. 21 mwN). Der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers ist im Rahmen der Interessenabwägung insbesondere hinsichtlich einer möglichen Wiederholungsgefahr von Bedeutung. Je höher er ist, desto größer ist diese (vgl. BAG 13.12.2018 - 2 AZR 370/18 - NZA 2019, 445 Rn. 29 mwN). Im Rahmen der Interessenabwägung kann ein etwaiges eigenes rechtswidriges Verhalten des Arbeitgebers, das zu der Situation beigetragen hatte, unter Umständen berücksichtigt werden. Ebenso ist ein Verhalten des Arbeitnehmers, welches zeigt, dass er allein seine Interessen durchsetzen wollte, ohne sich auf eine Überprüfung der Berechtigung der ihm vermeintlich zustehenden, eigenmächtig „ausgeglichenen“ Ansprüche einlassen zu müssen, im Rahmen der Interessenabwägung unter Umständen berücksichtigungsfähig (vgl. BAG 13.12.2018 - 2 AZR 370/18 - NZA 2019, 445 Rn. 52 mwN).

Beruhet die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Ordentliche und außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus. Einer solchen bedarf es nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten steht, oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist (vgl. BAG 13.12.2018 - 2 AZR 370/18 - aaO Rn. 30). Dies gilt grundsätzlich auch bei Störungen im Vertrauensbereich (vgl. BAG 09.06.2011 - 2 AZR 381/10 - NZA 2011, 1027).

Die Darlegungs- und Beweislast für alle Umstände des wichtigen Grundes einer außerordentlichen Kündigung trägt der Kündigende, im Falle der arbeitgeberseitigen Kündigung also der Arbeitgeber (vgl. BAG 17.06.2003 - 2 AZR 123/02 - AP ZPO 1977 § 543 Nr. 13; 06.09.2007 - 2 AZR 264/06 - NJW 2008, 636; 12.03.2009 - 2 AZR 251/07 - NZA 2009, 779 Rn. 30 mwN). Ihn trifft die Darlegungs- und Beweislast auch für diejenigen Tatsachen, die einen vom Gekündigten behaupteten Rechtfertigungsgrund ausschließen. Allerdings hat hierzu der Arbeitnehmer seinerseits nach § 138 Abs. 2 ZPO substantiiert vorzutragen. Nur die im Rahmen der insofern abgestuften Darlegungs- und Beweislast vom Arbeitnehmer behaupteten Tatsachen hat der Arbeitgeber zu widerlegen (vgl. BAG 22.10.2015 - 2 AZR 569/14 - NZA 2016, 417 Rn. 23 mwN). Dies gilt auch für den Kündigungsgrund des vorsätzlichen Erstellens falscher Reisekostenabrechnungen mit Täuschungs- und Bereicherungsvorsatz (vgl. LAG Rheinland-Pfalz 11.12.2014 - 5 Sa 497/14 - Juris mwN).

2. Dies zugrundegelegt trifft die rechtliche Bewertung des vorliegenden Sachverhalts durch das Arbeitsgericht vollkommen zu. Die Berufungskammer schließt sich den überzeugenden Ausführungen des Arbeitsgerichts dazu, weshalb kein wichtiger Grund für die Kündigung vorliegt, an und macht sich diese Ausführungen zu eigen, soweit sich aus den nachfolgenden Erwägungen nichts Abweichendes ergibt. Das Vorbringen der Parteien in der Berufungsinstanz rechtfertigt keine abändernde Entscheidung. Diese Ausführungen geben nur Anlass zu den folgenden differenzierenden und ergänzenden Erwägungen der Berufungskammer.

Weder der Vorwurf, der Kläger habe vereinbarungswidrig nicht verhindert, dass ihm zu Unrecht Zeitgutschriften erteilt worden seien (nachfolgend a)), noch der Vorwurf, er habe von der Beklagten für die Fahrten nach S. Fahrtkostenerstattung für 16 km statt 9 km bezogen auf die einfache Strecke verlangt und vereinnahmt (b)), noch der Vorwurf, er habe Reisekosten nach S. für vier Tage abgerechnet, an denen er nicht in S. gewesen sei (c)), rechtfertigen einzeln oder in der Gesamtbetrachtung (d)) die außerordentliche, fristlose Kündigung.

a) Hinsichtlich der richtigen Handhabung der Zeitgutschrift in denjenigen Fällen, in denen der Kläger zwar in S. war, im Laufe des Tages aber nach Aalen zurückfuhr und deshalb nach der Vorstellung der Beklagten nur eine halbe Stunde Zeitgutschrift verdient hätte, fehlt es an einer hinreichenden entsprechenden Absprache zwischen den Parteien. Die Beklagte hatte dem Kläger zwar klar zu verstehen gegeben, wie er sich zu verhalten habe, wenn er nicht nach S. fahren werde. Dass der Kläger dies verstanden hatte, ergibt sich auch aus seiner E-Mail an Frau L., die in Kopie an Herrn B. ging, datierend vom 29.05.2017 (Anlage 5 zur Anlage B 1, Blatt 65 ArbG-Akte). Für die Beklagte war erkennbar, dass damit aus Sicht des Klägers nur der Fall meldebedürftig war, dass er gar nicht nach S. fahren werde. Es ist zwar logisch und konsequent weitergedacht, wenn man mit der Beklagten es für angebracht hält, dann, wenn die Rückfahrt während der regulären Arbeitszeit geschieht, die Zeitgutschrift für eine halbe Stunde nicht zu berücksichtigen. Vereinbart war dies aber nicht. Es war auch nicht zwingend, dass die Zeitgutschrift für solche Tage reduziert werden musste. Es hätte ebenso sein können, dass die Beklagte dem Kläger für die erschwerten Arbeitsbedingungen auch in solchen Fällen die Zeitgutschrift hätte gewähren wollen. Deshalb fehlt es für diese Tage schon an einer Pflichtverletzung des Klägers.

Selbst wenn man aber von einer entsprechenden Verpflichtung ausginge, ist aus Sicht der Berufungskammer völlig klar, dass der Kläger eine solche Verpflichtung noch nicht einmal fahrlässig verletzt hat, dies zum einen, weil er in seiner E-Mail vom 29.05.2017 auf diesen Fall überhaupt nicht einging, also erkennbar kein Problembewusstsein hatte, und zum anderen weil von Seiten der Frau L. und des Herrn B., die beide diese E-Mail empfangen hatten, keinerlei Rückfragen, Korrekturen oder Ergänzungen gegenüber dem Kläger kommuniziert wurden. Tage, an denen der Kläger aus Sicht der Beklagten eine halbe Stunde Zeitgutschrift zu Unrecht erhalten hatte, sind, jeweils im Jahr 2018, der 16.01., 30.01., 27.02., 08.03., 12.03., 14.03., 19.03., 26.03., 11.04., 13.04., 17.04., 19.04., 26.04., 03.05., 04.05., 09.05., 18.05. und 13.06.. Es handelt sich um 18 der von

der Beklagten aufgelisteten insgesamt 35 Tage, für die sie dem Kläger Arbeitszeitbetrug vorwirft. Somit sind für mehr als die Hälfte dieser Tage bereits Pflichtverletzungen zu verneinen, zumindest aber fehlt ein Verschulden des Klägers.

Übrig bleiben 17 Tage, für die die Beklagte davon ausgeht, der Kläger sei gar nicht in S. gewesen. Zu den betreffenden Daten gehören auch die Tage 18.04.2018 und 06.06.2018, für die der Kläger im erstinstanzlichen Kammertermin Bahnfahrkarten für die Hin- und Rückfahrt von A. nach S. vorgelegt hat, die er im Berufungsverhandlungstermin endgültig zur Gerichtsakte gereicht hat. Streitig geblieben ist dabei zwischen den Parteien, ob der Kläger tatsächlich an diesen zwei Tagen mit der Bahn an seinen Arbeitsplatz nach S. gefahren ist.

Ungeachtet des Unterschieds, ob es sich im Zeitraum von Januar 2018 bis zum 13.06.2018 um 17 oder um 15 Tage handelt, an denen die Beklagte keine gebotene Meldung des Klägers verzeichnet hat, dass er nicht in S. war, teilt die Berufungskammer die Ansicht des Arbeitsgerichts, wonach diese Versäumnisse der Art und der Höhe nach nicht darauf schließen lassen, dass er mit Vorsatz gehandelt hätte, wobei dies nach Ansicht der Berufungskammer auch für einen nur bedingten Vorsatz gilt.

Dieses konkrete Ausmaß unterlassener Meldungen allein rechtfertigt nicht die Annahme, der Kläger habe nicht nur bewusst fahrlässig, also schlampig gehandelt, sondern habe es billigend in Kauf genommen, von der Beklagten nicht verdiente Zeitgutschriften zu erhalten. Diese trichterliche Würdigung beruht auch auf dem Vorverhalten des Klägers, der im Rahmen seines über 30 Jahre dauernden Arbeitsverhältnisses keinerlei Grund für derartige Annahme gegeben hat. Die trichterliche Würdigung beruht außerdem auf dem persönlichen Eindruck, den sich die Berufungskammer von dem Kläger verschaffen konnte. Nachvollziehbar betont der Kläger in seiner Berufungsbeantwortung, er habe nicht mit dem ihm von der Beklagten unterstellten Vorsatz gehandelt, da dies ja seinen langjährigen Arbeitsplatz in Gefahr gebracht hätte. Der Kläger hat offensichtlich Prioritäten falsch gesetzt und hat angesichts seines unregelmäßigen und unübersichtlichen Arbeitsalltags auch die Übersicht über seine Zeitgutschriften verloren. Dieses Verlieren des Überblicks wurde begünstigt durch die vom Kläger geschilderte und von der Beklagten nicht abweichend geschilderte nur eingeschränkte Möglichkeit des Klägers, eine Zeitkontrolle vorzunehmen. Auch den zum Teil sehr hohen Arbeitsanfall hat die Beklagte nicht in Abrede gestellt. Nach alledem geht die Berufungskammer von keinerlei Vorsatz des Klägers in Be-

zug auf die Erlangung der ihm objektiv nach der Vereinbarung der Parteien nicht zustehenden Zeitgutschriften aus.

Es ist deshalb auch nicht ansatzweise erkennbar, dass und weshalb der Kläger sein Verhalten nicht geändert hätte, hätte man ihm vor Augen geführt, an wie vielen Tagen er bereits die korrekte Meldung unterlassen habe, und hätte man ihm dies gegebenenfalls in Form einer Abmahnung verdeutlicht.

b) Hinsichtlich der Differenz zwischen der Länge der Strecke von M. nach S.

und der Länge der Strecke von H. nach S. sowie der diesbezüglich von der Beklagten dem Kläger vorgeworfenen zuviel verlangten und vereinnahmten Fahrtkosten hat die Beklagte zwar bestritten, dass es eine Vereinbarung zwischen dem Kläger und Herrn B. gegeben habe, wonach der Kläger die Erlaubnis gehabt habe, die Strecke von M. nach S. abzurechnen. Sie hat dies untermauert durch ein Zitat aus einer Stellungnahme des Herrn B. (vgl. Seite 2 des Schriftsatzes der Beklagten vom 27.02.2020). Nicht konkret bestritten hat die Beklagte aber, dass in dem Gespräch des Klägers mit Herrn B. am 29.05.2017 überhaupt die Rede von M. war, dass dabei auch besprochen wurde, dass die Strecke von M. nach S. 16 km betrage und dass Herr B. dem Kläger sagte, er solle wie bisher von seinem Wohnsitz nach M. fahren, in M. aber nicht nach H. abbiegen, sondern weiter nach S. durchfahren. Es ist mehr als nachvollziehbar, dass der Kläger dies dahin verstand, die zusätzliche Strecke von M. nach S. sei auch diejenige, die er abrechnen dürfe. Dass für ihn M. der Anknüpfungspunkt war, an dem sich seine Mehrbelastung orientierte, ergibt sich deutlich aus seiner E-Mail vom 29.05.2017, die an Frau L. und ebenso an Herrn B. geschickt wurde.

All dies zeigt, dass der Kläger sich in einem unverschuldeten Irrtum darüber befand, welches der Anknüpfungspunkt für die Berechnung seines von der Beklagten zu erstattenden Mehraufwands war. Selbst wenn man aber wiederum seine Abrechnungsweise nicht für gerechtfertigt halten würde, so fehlt ihm zumindest der ihm von der Beklagten unterstellte bedingte Vorsatz, sich zu Unrecht zu Lasten der Beklagten zu bereichern. Auch davon ist die Berufungskammer aufgrund ihrer tatrichterlichen Würdigung überzeugt. Die Berufungskammer denkt auch nicht, dass der Kläger, weil er Personalratsmitglied war, eine besonders intensive Verpflichtung gehabt hätte, sich im Einzelnen mit den Vorschriften über die Dienstreisekosten vertraut zu machen, wenn doch für Herrn B. offensicht-

lich war, wie er abrechnete. Dagegen kann auch nicht eingewandt werden, Herr B. habe nicht genau gewusst, wo in A. der Kläger wohne. Dies führt jedenfalls nicht zu einem Unterschied zwischen 9 km und 16 km. Zu Recht beruft sich der Kläger darauf, unter diesen Umständen darauf habe vertrauen zu dürfen, dass Herr B., der die Region und die Straßenverhältnisse kannte, sich an ihn wenden werde, wenn er einen Fehler entdecken würde.

Wie das Arbeitsgericht sieht auch die Berufungskammer keinerlei Grund für die Annahme, der Kläger hätte auf einen entsprechenden Hinweis der Beklagten nicht sofort seine Abrechnungsweise geändert. Auch hier fällt ins Gewicht, dass es keine Vorgeschichte gibt. Die offenbar bei der Beklagten bestehende Befürchtung, der Kläger hätte dann auf andere Weise versucht, sich Vorteile zu verschaffen, ist durch keinerlei Sachverhaltselemente gerechtfertigt. Insbesondere lässt sich eine derartige Befürchtung nicht aus dem Vorwurf der Beklagten betreffend das Arbeitszeitkonto ableiten, weil es sich ja um dieselbe Grundproblematik handelte: die korrekte Handhabung des wechselnden Einsatzes des Klägers.

- c) Zu den vier Tagen - nach Ansicht des Klägers nur zwei Tagen -, an denen der Kläger Reisekosten nach S. trotz fehlender Arbeitsleistung an diesem Ort abgerechnet habe, stellt die Berufungskammer wie schon das Arbeitsgericht ebenfalls aufgrund tatrichterlicher Würdigung fest, dass jedenfalls nicht von einem bedingten Vorsatz des Klägers ausgegangen werden kann. Der Kläger hat vorgetragen, dass in der Vorausplanung bestimmte Tage für S. vorgesehen gewesen seien, so habe er es auch in seinen Kalender „eingepflegt“, wenn es dann zu anderen Einsätzen gekommen sei, sei die nachträgliche Korrektur fehleranfälliger gewesen, vor allem, da die Korrekturen nicht immer am Monatsende, sondern auch schon einmal zwei bis drei Wochen später erfolgt seien. Der Berufungskammer leuchtet ein, dass daraus Fehler relativ leicht entstehen konnten, ohne dass diese Fehler und damit eine Schädigung der Beklagten billigend in Kauf genommen worden wären.

Auch soweit dann, wenn der Kläger hinsichtlich seiner Bahnfahrten an zwei Tagen wahrheitsgemäß vortragen sollte, er einige Euro zu viel an Fahrtkosten von der Beklagten verlangt und erhalten hat, weil die Bahntickets etwas preiswerter waren, kann hieraus kein bedingter Vorsatz abgeleitet werden. Auch hier gilt, dass nicht auszuschließen ist, dass der Kläger infolge zeitlich verzögerter Abrechnung schlicht schlampig vorgegangen ist, dabei aber nicht billigend in Kauf genommen hat, die Beklagte zu schädigen. Hierfür

gibt es erneut keine Anhaltspunkte, da es erstens keine Vorgeschichte gibt und zweitens Art und Umfang der schädigenden Handlung gering sind und mit dem Verlieren des Überblicks erklärt werden können. Die Beklagte, die für alle Voraussetzungen des wichtigen Grundes darlegungs- und beweisbelastet ist, hat keine Umstände vorgetragen, die die Berufungskammer zu einer tatrichterlichen Würdigung anderen Inhalts veranlassen würde.

- d) Auch in der Gesamtbetrachtung rechtfertigen die verbleibenden berechtigten Vorwürfe der Beklagten gegenüber dem Kläger nicht die außerordentliche, fristlose Kündigung. In der Interessenabwägung fällt die lange beanstandungsfreie Betriebszugehörigkeit des Klägers von mehr als 30 Jahren schwer ins Gewicht. Entgegen der Auffassung der Beklagten kann dies nicht zu Lasten des Klägers dahin gewendet werden, dass seine Vertragsverstöße infolge dessen umso schwerer wögen, da er der Beklagten durch sein langjähriges Wohlverhalten Anlass gegeben hätte, ihn weniger stark zu kontrollieren und ihm mehr zu vertrauen. Weder hat der Kläger eine geringere Kontrolldichte der Beklagten bewusst hervorgerufen, noch ist überhaupt erkennbar, dass die Beklagten den Kläger wegen großen Vertrauens in seine Person weniger stark als vergleichbare Kollegen mit kürzerer und/oder durch Beanstandungen belasteter Betriebszugehörigkeitsdauer kontrolliert hätte. Auch die Erwägung der Beklagten, als Personalratsmitglied sei vom Kläger besondere Sorgfalt zu erwarten gewesen, überzeugt die Berufungskammer nicht. Ebensowenig gebieten der Umstand, dass der Kläger bei einer Sparkasse beschäftigt ist und/oder seine konkrete Tätigkeit als Kundenberater im Gewerbe- und Firmenkundenbereich eine Gewichtung des Interesses der Beklagten an korrektem Verhalten des Klägers dergestalt, dass ihre Interessen im konkreten Fall überwiegen würden. Auch im Bankenbereich und im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als Kundenberater ist die hier zu überprüfende Maßnahme der Beklagten, die außerordentliche fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses, als eine unverhältnismäßige Reaktion auf die konkret dem Kläger vorzuwerfenden Vertragsverletzungen zu bewerten. Die Beklagte hatte das Recht, auf die Pflichtverletzungen des Klägers mit einer Sanktion zu reagieren, aber nur mit einer mildereren: der Abmahnung.

Nach alledem ist ein wichtiger Grund jedenfalls deshalb zu verneinen, weil die Interessenabwägung ergibt, dass die Interessen des Klägers an der Fortführung des Arbeitsverhältnisses gegenüber den Interessen der Beklagten an dessen Beendigung überwiegen.

II.

Auf die Frage, ob die Kündigung aus personalvertretungsrechtlichen Gründen unwirksam ist, kommt es in folgedessen nicht an.

III.

Der Verurteilung zur Weiterbeschäftigung des Klägers bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits steht nicht entgegen, dass der Kläger zum Zeitpunkt der Berufungsverhandlung noch arbeitsunfähig war. Die Berufungskammer hat keine Anhaltspunkte für Annahme, dass sich dies so längerfristig über den Berufungsverhandlungstermin hinaus fortsetzen würde, dass die Weiterbeschäftigung unmöglich wäre. Im Gegenteil hat sich der Kläger im Berufungsverhandlungstermin insoweit zuversichtlich geäußert. Aus der Art der Erkrankung kann ebenfalls nicht auf eine Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung geschlossen werden, da hierzu nichts bekannt ist.

C

Die Beklagte trägt gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer ohne Erfolg eingelegten Berufung.

Für die Zulassung der Revision bestand keine Veranlassung.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. Auf § 72a ArbGG wird hingewiesen.



Landesarbeitsgericht Stuttgart

### Transfervermerk

erstellt am 05.05.2020 um 10:49:51 Uhr

Die Prüfung der qualifizierten elektronischen Signaturen zum vorgehenden Dokument hat folgendes Ergebnis erbracht:

#### Prüfergebnis zu 846c950a-2869-48a7-93bf-2c2fe23b9cff.pdf

846c950a-2869-48a7-93bf-2c2fe23b9cff.pdf.pkcs7

Signiert durch	Berufsbezogenes Attribut	Signiert am	Seriennummer des Zertifikats	Integrität	Zertifikat gültig
	Justiz des Landes Baden-Württemberg	05.05.2020 09:54:28 Uhr	5455286671488497950	gültig	gültig

#### Prüfergebnis zu 74a9febc-0266-4af5-88f3-011833942e1e.pdf

74a9febc-0266-4af5-88f3-011833942e1e.pdf.pkcs7

Signiert durch	Berufsbezogenes Attribut	Signiert am	Seriennummer des Zertifikats	Integrität	Zertifikat gültig
	Justiz des Landes Baden-Württemberg	05.05.2020 09:54:29 Uhr	5455286671488497950	gültig	gültig

