

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 3 Sa 204/10

3 Ca 105 b/10 ArbG Elmshorn
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 24.11.2010

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit
pp.

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 24.11.2010 durch die Vizepräsidentin des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzende und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 22.04.2010 – 3 Ca 105 b/10 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

.....

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung und einer hilfsweise ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung mit einer sozialen Auslauffrist.

Der Kläger ist am1950 geboren und bei der Beklagten seit dem 01.04.1995 als Schulhausmeister beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis richtet sich nach den Bestimmungen des TVöD. Der Kläger erhielt zuletzt durchschnittlich 3.400,-- EUR brutto monatlich.

Bis Anfang August 2009 war der Kläger in der G... der Stadt Q... als Hausmeister eingesetzt. Im Keller dieser Schule befindet sich ein Werkstatttraum. Er ist von der Beklagten mit vor vielen Jahren mit werkstatttauglichem Licht und 2008 nach den geltenden Brandschutzbestimmungen ausgestattet worden. Dieser Werkstatttraum ist mit Geräten der Beklagten, z. B. einer Hobelbank/Hobelmaschine, Hämmern, Zangen und Schraubzwingen, aber auch mit privaten Geräten des Klägers (Kreissäge, Drehbank, Absauggerät) ausgestattet. Der Kläger nutzte diesen Kellerraum für seine Hausmeistertätigkeit und führte dort auch Holzarbeiten für die Schule durch. Ob dieses auch für private Zwecke geschah, ist zwischen den Parteien streitig. Der Kläger hat dort z. B. Feuerholz gesägt. Es fanden regelmäßig Schulfeste statt, auf denen Feuerholz benutzt wurde. Es wurden in der G... Reparaturen an Turngeräten durchgeführt. Der Kläger hat Computertische hergestellt.

Mit Schreiben vom 05.08.2009 beantragte der Kläger Altersteilzeit, beginnend mit dem 01.12.2009. Am 07.08.2009 fand ein Gespräch im Rathaus der Beklagten u. a. unter Beteiligung des Prozessbevollmächtigten der Beklagten sowie des Personalrats statt. Dem Kläger wurde die mehrwöchige Nutzung der Schuldusche außerhalb der Arbeitszeit vorgeworfen. Konkret wurde dem Kläger vorgehalten, montags in der Zeit von 17.00 bis 18.00 Uhr und freitags in der Zeit von 16.00 bis 18.00 Uhr nach seinem Feierabend geduscht zu haben (Bl. 72 d. A.). Mit Schreiben der Beklagten vom 03.09.2009 wurde der Kläger abgemahnt. Dort heißt es, dass ihm vorgeworfen werde, montags bis freitags in der Zeit von 16.00 bis 18.00 Uhr außerhalb seines

Dienstes mehrfach die Dusche der Sporthalle in der G... genutzt zu haben, ohne dass hierfür eine Erlaubnis erteilt wurde (Anlage B 1, Bl. 41 d. A.).

Der Kläger hat die Außen- und Innenanlage der Schule betreut.

Schon vor der Abmahnung, nämlich im August 2009 hat die Beklagte den Kläger in die W... versetzt. Er war seither jedoch im Rahmen von Bereitschaftsdienst jeweils eine Woche im Monat für die G... zuständig.

Im Oktober 2009 hat sich die Beklagte an die G... gewandt, um Ursachen für erhöhten Energieverbrauch festzustellen. Anfang November 2009 wurde eine Gebäudekontrolle durchgeführt und auch die Werkstatt in Augenschein genommen. Der Kläger wurde danach am 06.11.2009 angehört. Er hat im Rahmen der Ermittlung des Sachverhaltes u. a. vorgebracht, dass die klägerseitige Nutzung der Werkstatt der Beklagten bekannt gewesen sei. Ob er sich dabei zu einer Privatnutzung geäußert hat, ist streitig.

Mit Schreiben vom 09.11.2009 beantragte die Beklagte bei dem Personalrat die Zustimmung zu einer „außerordentlichen und fristlosen Kündigung des Klägers, die hilfsweise als ordentliche und fristgerechte Kündigung ausgesprochen werden soll“ (Bl. 42 d. A.).

Mit Schreiben vom 16.11.2009 verweigerte der Personalrat die Zustimmung und begründete dieses u. a. damit, dass die Beklagte die Nutzung der privaten Geräte durch den Kläger gebilligt und auch selbst in Anspruch genommen habe. Im Übrigen sei die beabsichtigte Kündigung unverhältnismäßig (Bl. 45 ff d. A.).

Mit Schreiben vom 18.11.2009 rief die Beklagte sodann gemäß § 53 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein die Einigungsstelle an. Diese gab der Beklagten mit Beschluss vom 16.12.2009 auf, von der geplanten Maßnahme Abstand zu nehmen und dem Kläger eine Abmahnung auszusprechen.

Gleichwohl sprach die Beklagte sodann mit Schreiben vom 28.12.2009 eine außerordentliche und fristlose Kündigung sowie hilfsweise eine außerordentliche Kündigung mit einer sozialen Auslauffrist von sechs Monaten zum Quartalsende aus. Dieses Schreiben wurde dem Kläger am 29.12.2009 durch Einwurf in den Hausbriefkasten zugestellt. Zu diesem Zeitpunkt befand sich der Kläger im Urlaub.

Das Arbeitsgericht hat der am 19.01.2010 eingegangenen Kündigungsschutzklage stattgegeben. Das ist im Wesentlichen mit der Begründung geschehen, unter Berücksichtigung des Vorbringens der Beklagten sei das Vorliegen eines wichtigen Grundes für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung nicht feststellbar. Ein Kündigungsgrund sei schon unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht gegeben. Bezüglich weiterer Einzelheiten wird auf Tatbestand, Anträge und Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils vom 22.04.2010 verwiesen.

Die Beklagte hat gegen diese am 06.05.2010 zugestellte Entscheidung fristgerecht Berufung eingelegt, die auch innerhalb der verlängerten Berufungsbegründungsfrist begründet wurde.

Sie trägt vor, bereits die fristlose Kündigung sei gerechtfertigt. Jedenfalls aber die hilfsweise ausgesprochene außerordentliche Kündigung mit einer sozialen Auslauffrist zum 30.06.2010, die als fristgemäße Kündigung umzudeuten sei. Der Kläger habe das Vermögen der Beklagten geschädigt und das Vertrauen unwiderbringlich erschüttert. Er habe in beträchtlichem Umfang in dem Werkstattraum der G... mit privaten Geräten und für private Zwecke Holzarbeiten durchgeführt. Zurückgerechnet auf ein diesbezügliches Verhalten von sechs Jahren ergebe sich in etwa ein Schaden von mindestens 234,-- EUR. Dieses Verhalten des Klägers sei ein wichtiger Grund, der zu einer fristlosen Kündigung berechtige. Das gelte umso mehr, als der Kläger bereits mit der Abmahnung vom 03.09.2009 darauf hingewiesen worden sei, dass die Beklagte korrektes Verhalten erwarte und keine weiteren Pflichtverletzungen dulde.

Mit Schriftsatz vom 23.11.2010 hat die Beklagte sodann noch bestritten, dass der Kläger im Rahmen seiner dienstlichen Tätigkeit an der G... in Q... Feuerholz für die

etwa zweimal jährlich stattfindenden Schulfeste bereitgestellt, Reparaturen an Turngeräten durchgeführt und Tischplatten geholt hat.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 22.04.2010 – Az. 3 Ca 105 b/10 – abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten gegen das Teilurteil des Arbeitsgerichtes Elmshorn – 3 Ca 105 b/10 – vom 22.04.2010 zurückzuweisen.

Er hält das angefochtene Urteil sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht für zutreffend. Bereits die ausgesprochene Abmahnung sei unwirksam. Er habe die Schulwerkstatt zwar auf eigene Kosten mit Werkzeugen ausgestattet, aber ausschließlich für dienstliche Zwecke genutzt. Dieses sei der Beklagten auch bekannt gewesen. Sie habe es im eigenen Interesse geduldet, Reparaturarbeiten an Schulinventar ebenso entgegengenommen, wie von ihm zersägtes Feuerholz auf Schulfesten verbrannt. Im Übrigen sei die Kündigung auch aus formellen Gesichtspunkten unwirksam. Schon die Abmahnung sei nicht korrekt und auch nicht einschlägig. Eine Umdeutung der explizit als fristlose Kündigung bezeichneten Kündigung in eine fristgemäße Kündigung sei ausgeschlossen.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Protokolle der Verhandlungen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt und innerhalb der Berufungsbegründungsfrist auch begründet worden. In der Sache konnte sie jedoch keinen Erfolg haben.

Mit ausführlicher Begründung hat das Arbeitsgericht der Kündigungsschutzklage stattgegeben und darauf abgestellt, dass kein Kündigungsgrund vorliegt. Dem folgt das Berufungsgericht im Ergebnis und in Teilen der Begründung. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird vorab auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Lediglich ergänzend und auch auf den neuen Vortrag der Parteien eingehend, wird Folgendes ausgeführt:

Unter Berücksichtigung der vorliegenden Einzelfallumstände und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes berechtigt das Verhalten des Klägers weder zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung gemäß §§ 626 Abs. 1 BGB noch zum Ausspruch einer ordentlichen, verhaltensbedingten Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG. Vor Ausspruch einer Kündigung hätte die Beklagte hier eine Abmahnung aussprechen und klare betriebliche Anweisungen erstellen müssen. Vor diesem Hintergrund kann dahingestellt bleiben, ob die mit Schreiben vom 28.12.2009 ausdrücklich als außerordentliche, fristlose Kündigung bezeichnete Willenserklärung der Beklagten in eine fristgemäße Kündigung umgedeutet werden könnte. Ebenso kann dahingestellt bleiben, ob es Fehler in der Personalratsanhörung gab oder ob die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten wurde.

I. Die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 28.12.2009 ist unwirksam. Ein wichtiger Grund zur Kündigung liegt nicht 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 nicht zugemutet werden kann. Die erforderliche Prüfung, ob ein gegebener Lebenssachverhalt einen wichtigen Grund darstellt, vollzieht sich zweistufig: Im Rahmen von § 626 Abs. 1 BGB ist zunächst zu prüfen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls an sich als wichtiger Kündigungsgrund geeignet ist. Liegt ein solcher Sachverhalt vor, bedarf es stets der weiteren Prüfung, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses

nisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile auf Dauer zumutbar ist oder nicht (BAG vom 23.06.2009 - 2 AZR 103/08 – zitiert nach Juris, Rz. 18 m. w. N.).

Dem Sinn und Zweck des wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses entspricht es, dass auch bei einem abstrakt durchaus erheblichen Verhalten doch noch in jedem konkreten Einzelfalle eine Abwägung aller für und gegen die Lösung des Arbeitsverhältnisses sprechenden Gründe erfolgt (BAG vom 23.01.1963 – 2 AZR 278/62 = AP Nr. 8 zu § 124 a Gewerbeordnung). Bei der Prüfung des wichtigen Grundes kommt es nicht darauf an, wie ein bestimmtes Verhalten strafrechtlich zu würdigen ist, sondern darauf, ob der Gesamtsachverhalt die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht (BAG vom 27.01.1977 - 2 ABR 77/96 - = AP Nr. 7 zu § 103 BetrVG 1972; BAG AP Nr. 13 zu § 626 BGB). Zweck einer Kündigung wegen einer Vertragsverletzung darf regelmäßig nicht die Sanktion einer Vertragsverletzung sein. Die Kündigung dient der Vermeidung des Risikos weiterer Vertragsverletzungen (BAG vom 23.06.2009 – 2 AZR 103/08 – zitiert nach Juris). Das ist unter dem Gesichtspunkt einer negativen Zukunftsprognose zu betrachten.

2. Im Rahmen der erforderlichen Interessenabwägung und Einzelfallprüfung sind alle für das jeweilige Vertragsverhältnis in Betracht kommenden Gesichtspunkte zu bewerten. Dazu gehören das gegebene Maß der Beschädigung des Vertrauens, das Interesse an der korrekten Handhabung der Geschäftsanweisungen, das vom Arbeitnehmer in der Zeit seiner unbeanstandeten Beschäftigung erworbene „Vertrauenkapital“ ebenso wie ggfs. die wirtschaftlichen Folgen des Vertragsverstoßes. Eine abschließende Aufzählung ist nicht möglich. Insgesamt muss sich die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses als angemessene Reaktion auf die eingetretene Vertragsstörung erweisen. Unter Umständen kann eine Abmahnung als milderes Mittel zur Wiederherstellung des für die Fortsetzung des Vertrages notwendigen Vertrauens ausreichen, um einen künftig wieder störungsfreien Verlauf des Arbeitsverhältnisses zu bewirken (BAG vom 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – Pressemitteilung 24/10).

Beruhet eine 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 (Schlachter, NZA 2005, 433, 436). Die Abmahnung dient der Objektivierung der Prognose. Die ordentliche wie die außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus (BAG vom 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – zitiert nach Juris – Rz. 36). Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind (st. Rspr., vgl. nur BAG vom 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – zitiert nach Juris, Rz. 34 m.w.N.)).

3. Vor diesem rechtlichen Hintergrund ist die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 28.12.2009 unwirksam.

a) Wie das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt hat, kann hier dahingestellt bleiben, ob der Kläger die von der Beklagten behaupteten Vertragspflichtverletzungen überhaupt begangen hat. Der Kläger hat dieses stets bestritten.

Die Beklagte hat das Vorliegen eines Kündigungsgrundes nicht substantiiert dargelegt. Sie ist jedoch darlegungs- und beweisbelastet. Es ist bereits streitig, ob der Kläger überhaupt im Schulwerkstattraum private Holzarbeiten auf Stromkosten der Beklagten durchgeführt hat. Die Beklagte hat dieses auch nicht annähernd substantiiert dargelegt. Gleiches gilt für ihre nicht näher belegte Behauptung gesteigerten Stromverbrauchs der G.... Erst recht fehlt konkretes Vorbringen zu einer Ursächlichkeit eines etwaigen Verhaltens des Klägers für eine solche nicht näher konkretisierte und durch nichts belegte Steigerung des Stromverbrauchs. Die Beklagte hat lediglich pauschale Behauptungen aufgestellt.

b) Die Beklagte hat konkret festgestellt, dass der Kläger u.a. Holz zu Feuerholz in der Schulwerkstatt zersägt hat. Soweit sie wenige Stunden vor der Berufungsverhandlung mit Schriftsatz vom 23.11.2010 bestritten hat, dass er in den zurückliegenden 14 Jahren seiner Tätigkeit als Hausmeister der G... u. a. Schulgeräte repariert,

Feuerholz für die zweimal jährlich stattfindenden Schulfeste zersägt und bereitgestellt, Reparaturarbeiten an Mobiliar durchgeführt und Computertische hergestellt hatte, ist dieses pauschale Bestreiten sowohl unzulässig als auch größtenteils verspätet.

aa) Unter dem Gesichtspunkt der abgestuften Darlegungs- und Beweislast ist es nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung einer Partei verwehrt, einen vorgetragene Sachverhalt pauschal mit Nichtwissen zu bestreiten, soweit der vorgetragene Sachverhalt der eigenen Wahrnehmung zugänglich und von ihr ermittelbar ist, er sogar durch eigene Weisungsbefugnis ausgestaltet werden kann und wird. Bei einer derartigen Fallkonstellation ist es geboten, auf konkreten Tatsachenvortrag mit konkreten Tatsachen zu erwidern. Das schlichte pauschale Bestreiten konkreten Tatsachenvortrags ist prozessual unzulässig und unbeachtlich.

bb) Ungeachtet dessen ist das mit Schriftsatz vom 23.11.2010 vorgebrachte pauschale Bestreiten der Beklagten auch verspätet im Sinne des § 67 Abs. 3 und Abs. 4 ArbGG. Bis zum letzten Tag vor der Berufungsverhandlung war unstreitig, dass der Kläger in der Schulwerkstatt Feuerholz für die zweimal jährlich stattfindenden Schulfeste gesägt und bereitgestellt hat. Ebenso war unstreitig, dass er Gerätschaften der Schule repariert, Computertische gebaut und Tischplatten geholt hat. Soweit die Beklagte dieses Vorbringen des Klägers substantiiert mit entsprechendem Gegenbeweisangebot bestreiten wollte, hätte entsprechender Tatsachenvortrag gemäß §§ 66, 67 Abs. 3,4 ArbGG unter Beachtung der Berufungsbegründungsfrist vorgebracht werden müssen. Abgesehen davon, dass dieses nicht geschehen ist, ist das späte Vorbringen der Beklagten auch unentschuldigt und nicht entschuldbar. Ihm nachzugehen, hätte im Übrigen auch zu einer Verzögerung des Rechtsstreits geführt, da es einer Beweisaufnahme und damit einhergehend einer Zeugenladung bedurft hätte. Das jedoch war so kurzfristig nicht mehr rechtzeitig realisierbar. Zeugen wurden auch seitens der Beklagten nicht sistiert.

c. Abgesehen davon, ist der aus Anlass der Arbeitsleistung des Klägers erhobene Vorwurf der Beklagten vorliegend bereits grundsätzlich nicht geeignet, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Der Kläger hat während der mehr als 14-jährigen Dauer

seiner Tätigkeit als Hausmeister der G... ganz maßgeblich auch mit selbst gekauftem Werkzeug in dem Werkstattraum der G... Holzarbeiten für die Schule und damit auch für die Beklagte als Trägerin dieser Schule verrichtet. Die Beklagte hat sich um die Ausstattung dieses Werkstattraumes nicht – wirklich - gekümmert. Sie hat lediglich eine Hobelbank für Holzarbeiten zur Verfügung gestellt und den Kellerraum mit werkstatthauglichem Licht und nach den geltenden Brandschutzbestimmungen ausgestattet. Mithin war ihr die Existenz der Werkstatt bekannt.

Die Beklagte hat in der Vergangenheit über viele Jahre hinweg in Anspruch genommen, dass zu ihren Schulfesten zersägtes Feuerholz für Aktivitäten der Schule zur Verfügung stand. Sie hat dieses Feuerholz weder extern besorgt noch sich auch nur Gedanken darüber gemacht, wann von wem unter Inanspruchnahme welcher Leistungen dieses Feuerholz der Schule zur Verfügung gestellt wurde. Die Beklagte hat sich um die Hintergründe nicht gekümmert, das Ergebnis aber in Anspruch genommen. Dass Feuerholz nicht auf einer Hobelbank, vielmehr nur mittels einer Säge zerkleinert wird, die die Beklagte für den Werkstattraum jedoch nicht zur Verfügung gestellt hat, ist offensichtlich. Der Kläger hat u. a. eine Kreissäge aus privaten Mitteln zur Verfügung gestellt. Die Beklagte hat hieraus Nutzen gezogen, ohne Handlungsanlass zu sehen oder irgendetwas klarzustellen. Mithin haben die Beklagte beziehungsweise ihr zuzurechnende Personen über Jahre hinweg die Nutzung von privaten Gegenständen des Klägers entgegengenommen und diese zu keinem Zeitpunkt zurückgewiesen. Ebenso wenig hat die Beklagte jemals ein diesbezügliches Handeln des Klägers untersagt. Es fehlt jegliches Vorbringen der Beklagten, dass und wann sie während der langjährigen Betriebszugehörigkeit des Klägers überhaupt nur ansatzweise jemals ordnend und regelnd Anweisungen darüber erteilt hat, welche Vermischung privater und dienstlicher Angelegenheiten geduldet, erlaubt, erwünscht oder unerwünscht ist. Auf ausdrückliche Nachfrage der Berufungskammer, ob Anweisungen in Bezug auf die Nutzung der Duschen, eine Betätigung in der Schulwerkstatt, eine Nutzung privater Werkzeuge in derselben und eine Vergabe von Holzarbeiten etc. in der Vergangenheit erteilt wurden, ist dieses definitiv verneint worden. Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten hätte es jedoch gerade im vorliegenden Fall vor Ausspruch einer Kündigung einer expliziten Klarstellung und Anweisung der Beklagten bedurft. Ihr oblag aufgrund ihres arbeitgeberseitigen Direkti-

onsrechtes die Befugnis und die Möglichkeit, im Interesse an der korrekten Handhabung von Geschäften klare Anweisungen zu erteilen, die es ihren Arbeitnehmern ermöglichen, sich an diesen zu orientieren und diese zu beachten. Solange jedoch derartige klare Anweisungen überhaupt fehlen, fehlt auch die Berechtigung, ein Verhalten als „Pflichtverstoß“ zu ahnden, das niemals zuvor als Pflichtverstoß definiert wurde; das im Gegenteil vielmehr in der Vergangenheit, wenn nicht gar befürwortend, jedenfalls latent dankend entgegengenommen wurde. Klare Verhaltensregeln der Beklagten gegenüber dem Kläger im Umgang mit dem Werkstattraum und den dort befindlichen schuleigenen Geräten existieren nicht. Sie existieren aber auch in Bezug auf die Nutzung der vielen privaten Geräte des Klägers nicht. Die Beklagte hat auch Holzreparaturarbeiten des Klägers an Schulgeräten nicht zurückgewiesen. Sie hätte jedoch klar regelnd vorgehen müssen, um ein etwaiges Verhalten des Klägers überhaupt als pflichtwidrig feststellen zu können.

Da die Beklagte jedoch keine Geschäftsanweisungen erteilt hat, kann dem Kläger unter Berücksichtigung der zurückliegenden 14-jährigen Handhabung im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit als Hausmeister kein Verstoß gegen klar definierte Pflichten zur Last gelegt werden.

d. Etwas anderes ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung der dem Kläger mit Datum vom 03.09.2009 ausgesprochenen Abmahnung. Trotz Existenz dieses Abmahnungsschreibens waren hier klare Anweisungen, ein Abwarten, ob der Kläger diese beachten würde und gegebenenfalls eine erneute Abmahnung unerlässlich.

aa) Die Abmahnung vom 03.09.2010 ist bereits im Tatsächlichen in mehrerlei Hinsicht unkorrekt und mit Fehlern behaftet. Die Beklagte wirft dem Kläger nach dem Wortlaut der Abmahnung vor, er habe montags bis freitags von 16.00 Uhr bis 18.00 Uhr mehrfach geduscht. Bereits diese Zeitangaben sind unkorrekt. Nach eigenem schriftsätzlichen Vorbringen hat der Kläger allenfalls unbefugt montags bis donnerstags zwischen 17.00 Uhr und 18.00 Uhr die Dusche der Sporthalle außerhalb der Arbeitszeit genutzt, nicht jedoch von 16.00 Uhr bis 18.00 Uhr. Außerdem wird er wohl kaum eine Stunde oder gar zwei Stunden lang geduscht haben. Enthält eine Abmahnung unkorrekte Tatsachen, ist sie bereits aus diesem Grunde rechtlich nicht haltbar.

Schon vor diesem Hintergrund sind die Wirksamkeit und die Außenwirkung der Abmahnung der Beklagten vom 03.09.2009 bereits höchst fraglich.

bb) Abgesehen davon ist diese Abmahnung nicht einschlägig. Sie bezieht sich nicht auf die Werkstattnutzung. Wie bereits erwähnt, hat die Beklagte dem Kläger zu keinem Zeitpunkt explizit mitgeteilt, was sie nicht duldet, was sie als Pflichtverletzung ansieht. Das wäre jedoch angesichts des 14 Jahre langen duldbaren Verhaltens unerlässlich gewesen. Die Beklagte kann sich insoweit auch nicht darauf zurückziehen, sie habe von der 14 Jahre währenden betrieblichen Gepflogenheit nichts gewusst. Sollte dieses tatsächlich zutreffen, kann dieses nicht dem Kläger angelastet werden. Sie hätte sie sich darum kümmern, die Arbeitsleistungen ihrer Hausmeister überprüfen müssen. Wenn dieses tatsächlich nicht geschehen ist, war es erst recht unerlässlich, vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung zunächst eindeutige klare Anweisungen zu erteilen, die unter anderem dem Kläger aufzeigen, was aus Sicht der Beklagten – nunmehr – als rechtmäßig bzw. rechtswidrig angesehen wird, damit er sein künftiges Verhalten daran ausrichten kann.

cc. Soweit die Beklagte ihre außerordentliche Kündigung damit zu rechtfertigen versucht, sie habe zu keinem Zeitpunkt die Nutzung privater Werkzeuge des Klägers offiziell geduldet, ergibt sich hieraus nichts anderes. Im Gegenteil: Die Beklagte hat definitiv den Werkstatttraum der G... teilweise mit Geräten und mit Strom ausgestattet und auch die Einhaltung von Brandschutzbestimmungen überprüft. Ihr war damit die Existenz der Werkstatt bekannt. Die Beklagte war daher verpflichtet, diese Werkstatt auf Einhaltung der Arbeitsschutzbedingungen zu überprüfen. Hat sie diese Überprüfungspflicht wahrgenommen, hat sie die Nutzung privater Geräte wie Kreissäge, Drehbank, Absauggerät gekannt, jedoch nicht gerügt. Hat sie die Überprüfung der Einhaltung der Arbeitsschutzbedingungen nicht durchgeführt, hat sie selbst ihre arbeitgeberseitigen Schutz- und Fürsorgepflichten verletzt und einen etwaigen Wildwuchs gefördert. Bei beiden Fallkonstellationen ist es unverhältnismäßig, ohne vorherige Aufstellung klarer Anweisungen und ohne Abwarten, ob diese Anweisungen eingehalten werden, sofort mit einer außerordentlichen Kündigung zu reagieren. Das gilt erst Recht unter Berücksichtigung der langjährigen Dauer des Beschäftigungs-

verhältnisses. Die Reaktion der Beklagten ist daher in jeder Hinsicht unverhältnismäßig.

dd) Soweit der Kläger tatsächlich nachweisbar private Tätigkeiten in der Schulwerkstatt verrichtet haben sollte, wäre angesichts dessen allenfalls eine Abmahnung notwendig, aber auch ausreichend gewesen. Eine vorherige Abmahnung ist unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur entbehrlich, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft trotz Abmahnung nicht erwartet werden kann oder wenn es sich um eine schwere Pflichtverletzung handelt, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne Weiteres erkennbar ist und bei der die Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist. Selbst bei Störungen des Vertrauensbereiches durch Eigentums- und Vermögensdelikte kann es danach Fälle geben, in denen eine Abmahnung nicht ohne Weiteres entbehrlich erscheint (BAG vom 23.06.2009 – 2 AZR 103/08 – zitiert nach Juris, Rz. 33). Mangels aufgestellter Spielregeln und anderslautender Handhabung in der Vergangenheit ist aber eine schwere Pflichtverletzung des Klägers vorliegend schon nicht feststellbar. Bei dem vorgeworfenen Verhalten handelt es sich zudem gerade um ein steuerbares Verhalten. Es sind keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Kläger sein künftiges Verhalten nicht geändert hätte. Das gilt nach der Überzeugung der Kammer trotz der Existenz des nicht einschlägigen abmahnenden Schreibens der Beklagten vom 03.09.2009. An die aufgestellten Duschregeln hat der Kläger sich nach diesem Schreiben auch gehalten.

Nach alledem ist die streitbefangene außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 28.12.2009 mangels Vorliegens eines Kündigungsgrundes unwirksam. Sie stellt zudem keine angemessene Reaktion der Beklagten dar.

II. Auch die vorsorglich ausgesprochene „außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufzeit von sechs Monaten zum Quartalsende“ ist aus den o. g. Gründen unwirksam. Auch insoweit ist bereits kein verhaltensbedingter Kündigungsgrund im Sinne des § 1 Abs. 1 KSchG feststellbar. Vor diesem Hintergrund bedarf es keiner Überprüfung mehr, ob Absatz 2 der Kündigung vom 28.12.2009 überhaupt dahingehend auslegungsfähig ist, dass entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut keine auße-

rordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufzeit, vielmehr eine ordentliche fristgemäße Kündigung ausgesprochen werden sollte. Hierauf kommt es vorliegend jedoch nicht mehr an.

III. Es kann daher auch dahingestellt bleiben, ob die Personalratsanhörung ordnungsgemäß war.

IV. Nach alledem war der Kündigungsschutzantrag begründet. Die Kündigung der Beklagten vom 28.12.2009 hat das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht wirksam beendet. Sie war rechtswidrig. Der Klage ist daher zu Recht stattgegeben worden. Die Berufung der Beklagten war deshalb zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Die Voraussetzungen des § 72 Abs. 2 ArbGG liegen nicht vor, so dass die Revision nicht zuzulassen war. Vorliegend handelt es sich ausschließlich um eine Einzelfallentscheidung.

gez. ...

gez. ...

gez. ...