

8 Ca 4398/24



**ARBEITSGERICHT DORTMUND
IM NAMEN DES VOLKES**

URTEIL

In dem Rechtsstreit

Dortmund

Kläger

Prozessbevollmächtigter

Rechtsanwalt Torsten Jannack, Kleppingstraße 20, 44135 Dortmund

g e g e n

AG vertreten durch den Vorstand

Osnabrück

Beklagte

Prozessbevollmächtigte

Osnabrück

hat die 8. Kammer des Arbeitsgerichts Dortmund
auf die mündliche Verhandlung vom 05.03.2025
durch den Richter am Arbeitsgericht _____ als Vorsitzenden
und den ehrenamtlichen Richter
und die ehrenamtliche Richterin

für Recht erkannt:

1. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigungen der Beklagten vom 06.11.2024 und vom 15.11.2024 nicht aufgelöst worden ist.
2. Die Beklagte wird verurteilt, die dem Kläger unter dem 05.05.2022 erteilte Abmahnung aus dessen Personalakte zu entfernen.

...

3. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 7.323,71 Euro brutto zuzüglich Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 28.02.2025 zu zahlen.
4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
5. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
6. Der Streitwert wird auf 16.527,90 Euro festgesetzt.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer fristlosen, hilfsweise ordentlichen, einer weiteren ordentlichen Kündigung, einer Abmahnung und über einen Anspruch des Klägers auf Überstundenvergütung.

Der Kläger begann am 01.08.2016 bei der Beklagten seine Ausbildung und ist nach deren Abschluss am 15.01.2019 seit dem 16.01.2019 als Tankwart in einer bestimmten Tankstelle für zuletzt 2.300,00 € brutto, bzw. 12,70 € pro Stunde bei der Beklagten beschäftigt.

Die Beklagte beschäftigt mehr als 10 Arbeitnehmer.

Im Arbeitsvertrag (Anlage K1, Bl. 4 ff. der Gerichtsakte) lautet es auszugsweise

§ 2 Umfang der Arbeitsleistung und Arbeitszeit

[...]

2.2 Die wöchentliche Arbeitszeit beträgt im Monatsdurchschnitt 40 Stunden. [...] Über die festgelegte wöchentliche Mindestarbeitszeit hinaus ist der Arbeitgeber berechtigt, von dem/der Arbeitnehmer/in weitere Arbeitsstunden bis zu einer wöchentlichen Arbeitszeit im Monatsdurchschnitt von maximal 45,0 Stunden abzurufen.

§ 3 Vergütung des Arbeitnehmers und Auslagen

(1) Der/die Arbeitnehmer/in erhält für jede erbrachte Arbeitsstunde:

a) 9,20 € brutto

Die Beklagte führte im Jahr 2019 eine Zeiterfassung ein. In dem Programm der Arbeitszeiterfassung wird nach dem Ausstempeln abgefragt, ob die Pause genommen wurde, was der Kläger stets bejahte.

Der Kläger unterschrieb eine auf den 21.04.2021 datierende Vereinbarung betreffend die Einführung eines Arbeitszeitkontos, die ihm die Beklagten vorlegte (Anlage K11, Bl. 124 der Gerichtsakte).

Im Anschreiben (Anlage K11, Bl. 123 der Gerichtsakte) lautet es auszugsweise

seit dem 12.04.2021 werden an der ... in Dortmund umfangreiche Baumaßnahmen bis voraussichtlich Mitte Juni diesen Jahres durchgeführt.

Um Ihre wiederkehrenden Vergütungen zu gewährleisten, werden wir für Sie ein Arbeitszeitkonto einrichten, auf dem sich erst einmal Minusstunden anhäufen werden.

Nach Wiedereröffnung können Sie schrittweise diese Minusstunden abbauen.

Bitte unterschreiben Sie die beigefügte Einverständniserklärung [...]

Die Vereinbarung lautet auszugsweise:

- 1. Der Arbeitgeber führt für den Arbeitnehmer ab dem 01.04.2021 ein Arbeitszeitkonto. Ausgangspunkt hierfür ist eine wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden.*
- 2. Etwaige Differenzen zwischen der vertraglich vereinbarten und der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit werden fortlaufend auf dem Arbeitszeitkonto (edpep) saldiert und dem Arbeitnehmer in geeigneter Art und Weise in regelmäßigen Abständen mitgeteilt. Der Arbeitgeber hat das elektronische/digitale Zeiterfassungssystem edpep eingeführt.*
- 3. Zeitsalden innerhalb des Arbeitszeitkontos sind keine Mehrarbeit und werden dementsprechend ohne Zuschläge vergütet.*

4. *Im Falle des Ausscheidens des Arbeitnehmers oder der außerordentlichen und fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann der Arbeitgeber einen negativen Zeitsaldo als Zahlungsanspruch gegenüber dem Arbeitnehmer geltend machen. Ein etwaiger positiver Restsaldo wird zu dem jeweils aktuellen Stundensatz mit der letzten Verdienstabrechnung dem Arbeitnehmer ausbezahlt.*

Im Zuge der aufgrund beklagenseits veranlasster Baumaßnahmen geschlossenen Tankstelle, in der der Kläger beschäftigt ist, buchte die Beklagte bei fortlaufender Zahlung der regelmäßigen Vergütung für den Kläger Minusstunden in sein Arbeitszeitkonto. Dieses wies nach dem länger als geplanten Umbau der Tankstelle im Januar 2022 einen Stand von -956,51 Stunden auf.

Der Kläger leistete bis März 2024 wie folgt Überstunden, mithilfe derer er den Stand des Arbeitszeitkontos auf 333:37 Stunden (minus) reduzierte.

Januar 2022 insgesamt 16:51 Überstunden

Februar 2022 insgesamt 10:00 Überstunden

März 2022 insgesamt 30:00 Überstunden

April 2022 insgesamt 39:59 Überstunden

Mai 2022 insgesamt 20:01 Überstunden

Juli 2022 insgesamt 20:00 Überstunden

Juli 2022 insgesamt 30:00 Überstunden

August 2022 insgesamt 40:00 Überstunden

September 2022 insgesamt 30:00 Überstunden

Oktober 2022 insgesamt 30:00 Überstunden

November 2022 insgesamt 30:00 Überstunden

Dezember 2022 insgesamt 20:00 Überstunden

Januar 2023 insgesamt 10:00 Überstunden

Februar 2023 insgesamt 10:00 Überstunden

März 2023 insgesamt 20:00 Überstunden

April 2023 insgesamt 20:00 Überstunden

Mai 2023 insgesamt 30:00 Überstunden

Juni 2023 insgesamt 10:00 Überstunden

Juli 2023 insgesamt 20:00 Überstunden

August 2023 insgesamt 98:24 Überstunden
September 2023 insgesamt 18:19 Überstunden
Oktober 2023 insgesamt 33:10 Überstunden
November 2023 insgesamt 19:50 Überstunden

Die Beklagte erteilte dem Kläger am 05.05.2022 eine Abmahnung (Anlage B1, Bl. 51 der Gerichtsakte), in der es auszugsweise lautet:

Sie hatten am 30. April 2022 Spätdienst an unserer Tankstelle in Dortmund. Am folgenden Tag erreichten uns zwei Kundenbeschwerden über mangelnde Aufmerksamkeit Ihrerseits. Die betroffenen Kunden fühlten sich in hohem Maße von Ihnen ignoriert. Aus diesem Anlass haben wir die Videoaufzeichnung ausgewertet. Hierauf ist ersichtlich, wie Sie sich in regelmäßigen Zeiträumen minutenlang mit Ihrem privaten Smartphone beschäftigen. Ihre Stationsleiterin Frau R[...] hatte Sie in mehreren ausführlichen Gesprächen bereits darauf hingewiesen, dass die Nutzung Ihres privaten Smartphones während Ihrer Arbeitszeit untersagt ist!

Unter dem 06.11.2024, dem Kläger am 09.11.2024 zugegangen, sprach die Beklagte die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.01.2025 aus (Anlage K3, Bl. 13 der Gerichtsakte).

Im Kündigungsschreiben lautet es auszugsweise:

Sie hatten am 05.11.2024 Spätdienst an unserer Tankstelle in Dortmund. Am heutigen Tag erreichte uns eine Kundenbeschwerde über mangelnde Aufmerksamkeit und Ignoranz des Kunden Ihrerseits. Aus diesem Anlass haben wir die Videoaufzeichnung ausgewertet. Hierauf ist ersichtlich, wie Sie sich in regelmäßigen Zeiträumen minutenlang mit Ihrem privaten Smartphone beschäftigen. Für exakt dieses Fehlverhalten haben Sie bereits eine Abmahnung erhalten.

Unter dem 15.11.2024, dem Kläger am 19.11.2024 zugegangen, sprach die Beklagte gegenüber dem Kläger eine fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung aus (Anlage K4, Bl. 22 f. der Gerichtsakte).

Im Kündigungsschreiben lautet es auszugsweise:

bekanntlich haben Sie in Ihren Spätschichten Anspruch auf 30 Minuten Pause. Pausenbeginn und -ende haben Sie in unserer elektronischen Zeiterfassung Edtime zu stempeln. Seit dem 09.10.2024 haben Sie das nicht mehr getan, sondern der Pause bei Schichtende zugestimmt. Jedoch haben Sie systematisch Ihre Pause vorsätzlich und regelmäßig überzogen. Dokumentiert an folgenden Tagen:

14.11.2024 14:11 Uhr – 14:58 Uhr (47 Minuten)

13.11.2024 14:00 Uhr – 14:56 Uhr (56 Minuten)

12.11.2024 14:06 Uhr – 14:53 Uhr (47 Minuten)

11.11.2024 14:12 Uhr – 14:47 Uhr (35 Minuten)

08.11.2024 14:22 Uhr – 14:56 Uhr (34 Minuten)

07.11.2024 14:32 Uhr – 15:16 Uhr (44 Minuten)

06.11.2024 14:35 Uhr – 15:21 Uhr (46 Minuten)

05.11.2024 14:39 Uhr – 15:16 Uhr (37 Minuten)

In Summe ergibt das an acht Arbeitstagen bereits einen Arbeitszeitbetrug in Höhe von 106 Minuten. Wir können Ihnen Ihren Arbeitszeitbetrug mithilfe unserer Videoaufzeichnungen sowie unserer elektronischen Zeiterfassung Edpep nachweisen.

Im Betrieb der Beklagten machen alle Mitarbeiter die Pause in einem Büro, das sich nach Verlassen des Verkaufsraumes auf der rechten Seite befindet. Auf der linken Seite befindet sich nach Verlassen des Verkaufsraums das Mitarbeiter-WC. Der sich an den Verkaufsraum anschließende Raum erstreckt sich nach rechts zum Lager, in dessen Zentrum ohne Hinweis an die Mitarbeiter eine Videokamera installiert wurde.

Der Kläger verbrachte die in der Kündigung genannten Zeiten alleine im Büroraum.

Der Kläger meint, aus der ihm erteilten Abmahnung sei nicht ersichtlich, ob die von ihm bestrittenen Kundenbeschwerden mit der (in Anwesenheit von Kunden streitigen) Handynutzung in Zusammenhang stehen, sodass das abgemahnte Verhalten nicht klar ersichtlich sei.

Den schriftsätzlichen Vorwurf der ordentlichen Kündigung vom 06.11.2024 hält der Kläger nicht für einlassungsfähig.

Er habe keinen Arbeitszeitbetrug begangen. Er habe, nachdem er im Büroraum seine Pause verbracht habe, betriebliche Tätigkeiten erledigt. So habe er vorbereitend für den Folgetag Abholscheine für die Pfandwagen ausgefüllt und vordatiert. Insoweit gebe es eine entsprechende Weisung der Vorgesetzten, die ihn bei einem Unterlassen auch darauf angesprochen habe, warum er dies nicht getan habe und zur Vornahme aufgefordert habe. Unstreitig werden bei der Erstellung der Abholscheinen Durchschriften erzeugt, die bei der Beklagten aufbewahrt werden. Er habe Safebags erstellt und vordatiert und die Abrechnungen im Zusammenhang mit den Safebags am PC im Büroraum erfasst.

Er habe seit Einführung der Zeiterfassung am Ende der Schicht stets die Frage des Programms bejaht, dass er eine Pause gemacht habe, aber für die Pause nie ausgestempelt. Die ihm vorgesetzte Stationsleiterin habe ihn gesagt, das genüge. Der Kläger hat insoweit die Zeiterfassungen von Oktober 2019 bis Oktober 2024 vorgelegt (Anlagen K5 – K10, Bl. 62 ff. der Gerichtsakte)

Der Kläger beantragt unter Rücknahme des schriftsätzlichen angekündigten allgemeinen Feststellungsantrages,

1. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 06.11.2024, zugestellt am 09.11.2024, nicht aufgelöst worden ist, sondern zu den bisherigen Arbeitsbedingungen fortbesteht.
2. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis weder durch die außerordentliche noch durch die ordentliche Kündigung vom 15.11.2024, zugestellt am 19.11.2024, aufgelöst worden ist, sondern zu den bisherigen Arbeitsbedingungen fortbesteht.

4. Hilfsweise wird für den Fall der Abweisung vorhergehender Feststellungsanträge beantragt, die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger ein endgültiges Zeugnis zu erteilen, das sich auf Führung und Leistung erstreckt.
5. Die Beklagte wird verurteilt, die dem Kläger unter dem 05.05.2022 erteilte Abmahnung aus dessen Personalakte zu entfernen.
6. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 7.327,90 € brutto zuzüglich Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klagezustellung zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.

Die Beklagte trägt vor, das Arbeitszeitkonto sei einvernehmlich zur Vermeidung von betriebsbedingten Kündigungen eingerichtet worden.

Die Beklagte behauptet, der Kläger habe am 05.05.2022 während der Arbeitszeit am Handy gespielt, weshalb sich Kunden bei ihr über den Kläger beschwert hätten. Der Abmahnung seien mehrfache fruchtlose Gespräche zwischen dem Kläger und der Stationsleiterin _____ über dieses Thema vorausgegangen. Die Abmahnung richte sich gegen die vom Kläger nahezu täglich praktizierte Handynutzung und sei hinreichend bestimmt.

Die Kündigung vom 06.11.2024 stützt die Beklagte darauf, dass der Kläger regelmäßig während der Arbeitszeit und in Anwesenheit von Kunden mit dem privaten Smartphone beschäftigt gewesen sei, dies bis zu 10 Minuten am Stück.

Die Beklagte behauptet, dass im „Pausenraum“ nicht gearbeitet werde und sich alle anderen Mitarbeiter, wenn sie in die Pause gehen, ausstempeln. Der Kläger habe dort seine Serie auch nach dem Pausenende zuende geschaut. Die Tankstelle verwalte Vermögen von 5.000 € bis 25.000 € täglich, der Kläger sei nach seinem begangenen Arbeitszeitbetrug nicht hinreichend zuverlässig für den Umgang mit solchen Vermögenswerten. Die Zeugin _____ habe „die Schicht“ gemeinsam mit dem Kläger absolviert und „wisse“, dass der Kläger zu den in der Kündigung genannten Zeiten nicht gearbeitet habe.

Dem Kläger seien von der Beklagten keine administrativen Tätigkeiten zugewiesen worden, er habe mit Ausnahme der gelegentlichen Erstellung von Safebags auch sol-

che Tätigkeiten nicht ausgeübt. Die Safebags würden von allen Mitarbeitern nebenbei erstellt, es müsse nur das Geld aus der Kasse in eine Tasche gelegt werden.

Die den punktuellen Feststellungsantrag betreffend die Kündigung vom 06.11.2024 enthaltende Klageschrift ist bei Gericht am 18.11.2024 eingegangen und der Beklagten am 21.11.2024 zugestellt worden. Der Schriftsatz mit dem Antrag bezogen auf die Kündigung vom 15.11.2024 ist am 20.11.2024 bei Gericht eingegangen und der Beklagten am 25.11.2024 zugestellt worden. Der den Klageantrag zu 6. enthaltende Schriftsatz ist der Beklagten am 27.02.2025 zugestellt worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist ganz überwiegend begründet.

A.

Es bedurfte keines Schriftsatznachlasses für die Beklagte. Die Beklagte hat im Kammertermin den Schriftsatz vom 26.02.2025 auf Aufforderung verlesen und dessen Inhalt damit zum Parteivortrag gemacht. Die darin enthaltene Widerklage wurde nicht zu Protokoll erklärt. Es gab folglich keinen Grund, der Beklagten Gelegenheit einzuräumen, den Schriftsatz in schriftlicher Form nachzureichen.

Es bedurfte keiner Nachberatung der Kammer über den Inhalt des Schriftsatzes vom 05.03.2025, der nach Schluss der mündlichen Verhandlung einging. Der Schriftsatz ist in der Kammerverhandlung bereits verlesen worden, die darin enthaltene Widerklage wurde nicht gestellt (vgl. §§ 261 Abs. 2, 297 ZPO iVm § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG iVm § 495 ZPO) Der Inhalt war damit bereits Inhalt der Urteilsberatung.

B.

Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch aus §§ 242, 1004 Abs. 1 BGB auf Entfernung der inhaltlich unbestimmten Abmahnung vom 05.05.2022 aus der Personalakte.

I.

Ein Anspruch auf Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte besteht, wenn die Abmahnung entweder inhaltlich unbestimmt ist, unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält, auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht oder den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt und auch dann, wenn selbst bei einer zu Recht erteilten Abmahnung kein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers mehr an deren Verbleib in der Personalakte besteht (BAG, Urt. v. 19.07.2012, 2 AZR 782/11, Rn. 13).

II.

Aus der streitgegenständlichen Abmahnung vom 05.05.2022 geht nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit hervor, welches Verhalten die Beklagte gegenüber dem Kläger beanstandet.

Die Beklagte nimmt auf zwei Kundenbeschwerden wegen „mangelnder Aufmerksamkeit“ und auf eine sodann erfolgte Auswertung der Videoaufzeichnung Bezug, in der festgestellt worden sei, dass sich der Kläger regelmäßig minutenlang mit dem Smartphone beschäftigt habe. Unklar bleibt, warum sich die Kunden vom Kläger „in hohem Maße ignoriert“ fühlten, mithin ob die durch die Sichtung des Videomaterials festgestellte Handynutzung der Grund der Kundenbeschwerden war oder ob es sich bei der Handynutzung um ein weiteres, nur aus Anlass der Beschwerden festgestelltes Verhalten handelt, wobei in diesem Fall unklar wäre, worin das von der Beklagten beanstandete Verhalten gegenüber den Kunden gelegen hat. In jedem Fall bleibt unklar, warum sich diese vom Kläger „in hohem Maß“ ignoriert gefühlt haben sollen.

III.

Selbst wenn die Beklagte mit der Abmahnung die Pflichtverletzung hinreichend bestimmt umschrieben hätte, wäre sie beweisfällig geblieben.

Die Beklagte hat lediglich Beweis dafür angeboten, dass der Kläger generell mit seinem Handy während der Arbeitszeit gespielt habe, aber nicht für den konkreten Vorfall. Einen Beweisantritt für die vom Kläger zulässig (mit Nichtwissen) bestrittenen Kundenbeschwerden gibt es nicht.

C.

Das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis ist durch die Kündigungen der Beklagten vom 15.11.2024 und vom 06.11.2024 nicht aufgelöst worden.

I.

Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 15.11.2024 nicht aufgelöst worden.

...

1.

Die Kündigung gilt nicht gemäß §§ 13 Abs. 1 Satz 2, 7, 4 Satz 1 KSchG als wirksam, da der Kläger mit der bei Gericht am 20.11.2024 eingegangenen und der Beklagten am 25.11.2024 zugestellten Kündigungsschutzklage innerhalb von drei Wochen seit Zugang der streitgegenständlichen Kündigung am 19.11.2024 deren Unwirksamkeit gerichtlich geltend gemacht hat.

2.

Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann ein 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. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, das heißt typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist (BAG, Urt. v. 10.06.2010, 2 AZR 541/09, Rn. 16).

a.

Die Beklagte hat gemäß § 138 Abs. 3 ZPO iVm § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG iVm § 495 ZPO unter Berücksichtigung der klägerischen Einlassung keine Tatsachen dargelegt, aus denen sich „an sich“ ein wichtiger Grund ergibt, der sie zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung berechtigt.

Im Ausgangspunkt stellt Arbeitszeitbetrug „an sich“ einen Grund dar, der zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung berechtigt.

aa.

Soweit sich die Beklagte dafür auf die im Kündigungsschreiben aufgeführten Zeiten beruft, ist unstreitig, dass der Kläger im Büroraum, der bei der Beklagten von allen Mitarbeitern als Pausenraum genutzt wird, jeweils 30 Minuten von den im Kündigungsschreiben enthaltenen Zeiten zulässig seine Pause verbracht hat und die Pause in der Zeiterfassung auch angegeben hat. Auf das fehlende Ausstempeln der konkreten Pause mit Anfangs- und Endzeit hat die Beklagte die Kündigung ausdrücklich nicht gestützt. Es verbleiben deshalb für den beklagtenseits erhobenen Vorwurf des Arbeits-

zeitbetrugtes tägliche Zeiten in einer Spanne zwischen minimal 4 Minuten (08.11) und maximal 26 Minuten (13.11.) von in Summe 106 Minuten.

Der Kläger hat sich zu diesen Zeiten eingelassen, er habe nach – nicht in – seiner Pause die ihm von der Stationsleiterin Recksieck ausdrücklich übertragene Aufgaben erledigt, namentlich das Ausfüllen von Pfandscheinen, die Erstellung von Safebags und die Eintragung der zu den Safebags gehörenden Abrechnungen in den im Büroraum stehenden PC.

Soweit die Beklagte darauf repliziert, es werde bei ihr von den Mitarbeitern nebenbei das Geld der Kasse in Safebags gelegt, ist das nicht die Tätigkeit, deren Vornahme der Kläger im Büroraum beschreibt und damit prozessual ohne Bedeutung. Der Kläger hat behauptet, er hat die Safebags für den Folgetag erstellt und ausgefüllt („vordatiert“), nicht im Büroraum Geld hineingelegt.

Der Kläger hat auf den Vorwurf der Untätigkeit in den genannten Zeiten weiter erwidert, dass er Abholscheine für die Pfandwagen erstellt hat und es entsprechende Durchschriften bei der Beklagten für die streitgegenständlichen Tage gebe. Die Beklagte hat diese Existenz der vom Kläger behaupteten erstellten Durchschriften nicht einmal geprüft. Ein pauschales Bestreiten durch die Beklagte ist damit nicht zulässig, zumal es sich bei den Durchschriften um Tatsachen handelt, die in der potentiell wahrnehmbaren Sphäre der Beklagten zu verorten sind womit ein einfaches Bestreiten, auch mit Nichtwissen nach § 138 Abs. 4 ZPO iVm § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG iVm § 495 ZPO ausgeschlossen ist.

Dass der Kläger Abrechnungen im Zusammenhang mit den Safebags in den PC im Büroraum eingetragen hat, hat die Beklagte ebenfalls nicht substantiiert bestritten.

Soweit sich die Beklagte pauschal darauf zurückzieht, der Kläger habe keine administrativen Tätigkeiten ausgeführt, ist das nach der Einlassung des Klägers zu den konkreten Tätigkeiten unsubstantiiert, mit der Folge, dass der Vortrag des Klägers nach § 138 Abs. 3 ZPO iVm § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG iVm § 495 ZPO als zugestanden ist.

Die Behauptung der Beklagten, dem Kläger seien zu keinem Zeitpunkt administrative Tätigkeiten übertragen worden ist insoweit ohne Belang, als der Kläger sich bei einer gleichwohl erfolgten Durchführung nicht den Vorwurf eines Arbeitszeitbetruges machen lassen müsste.

bb.

Selbst wenn die Beklagte aber den Behauptungen des Klägers substantiiert entgegengetreten wäre, hätte sie für die gegenteiligen Behauptungen keinen tauglichen Beweis angeboten und wäre beweisfällig geblieben.

Unstreitig ist zunächst, dass der Kläger sich in den genannten Zeiten in dem als Pausenraum genutzten Büroraum befunden hat.

Der Kläger hat behauptet, dass er seine Pause in dem Raum alleine verbracht hat. Die Beklagte ist dem nur mit einem Zeugenbeweis und der Aussage entgegengetreten, die benannte Zeugin wisse, dass der Kläger in dem Raum nicht gearbeitet hätte. Die Beklagte konnte auf Nachfrage nicht erläutern, ob sich die Zeugin mit dem Kläger im Pausenraum befunden haben soll (und ebenfalls Pause gemacht hat, da nach dem Vortrag der Beklagten in dem Raum ausschließlich Pause gemacht werde, aber nicht gearbeitet werde). Es erschiene vom Ablauf wenig wahrscheinlich, dass die Mitarbeiter einer Schicht zugleich Pause machen. Zu der sonst nur denkbaren Alternative, dass „das Wissen“ der Zeugin auf einem Indizschluss beruht, hat die Beklagte keinen einem Beweisantritt zugänglichen Tatsachenvortrag geleistet. Denn dann hätte die Beklagte diese Indizien als Tatsachen darlegen müssen, insoweit wäre der bloße Zeugenbeweisantritt über das Wissen der Zeugin ein unzulässiger Ausforschungsbeweis.

b.

Selbst wenn man aber unterstellte, dass der Kläger an den genannten Tagen 106 Minuten Arbeitszeitbetrug begangen hat, rechtfertigt das nach der gegebenen Sachlage unter Abwägung aller Interessen nicht den Ausspruch einer fristlosen Kündigung, sondern hätte als milderer Mittel zuvor eine Abmahnung erfordert.

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 wer-

den kann. Einer Abmahnung bedarf es nach Maßgabe des auch in § 314 Abs. 2 iVm. § 323 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes demnach 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 (BAG, Urt. v. 21.06.2012, 2 AZR 153/11, Rn. 37).

Zwar gilt, dass jedem Arbeitnehmer klar sein muss, dass ein Arbeitgeber das Erfassen von Zeiten als Arbeitszeit ohne Arbeitsleistung nicht akzeptieren muss und damit ohne Abmahnung zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung berechtigt ist.

Allerdings ist die Vorgeschichte zu berücksichtigen, worauf die Beklagte mit Hinweisbeschluss vom 16.12.2024 (Bl. 40 der Gerichtsakte) hingewiesen worden ist.

Die Beklagte hat dem Kläger mehr als 926 Minusstunden in sein Arbeitszeitkonto gebucht und hat ihn diese sukzessive durch Überstunden abarbeiten lassen. Diese Minusstunden haben keine rechtliche Berechtigung gehabt, sondern sind dem Umstand geschuldet, dass die Beklagte die Tankstelle umbauen ließ und in dieser Zeit den Kläger nicht beschäftigen konnte, was ein klassischer Fall des Annahmeverzuges gemäß § 615 BGB ist. Auch der Einwand, man hätte alternativ eine betriebsbedingte Kündigung aussprechen müssen, wenn man das beim Arbeitgeber liegende Beschäftigungsrisiko nicht (rechtswidrig) auf den Arbeitnehmer abgewälzt hätte, verfängt nicht. Der für gut zwei Monate geplante (und erst sodann, wenn auch nicht kündigungserheblich verzögerte) Umbau der Tankstelle lässt das Beschäftigungsbedürfnis des Klägers nicht entfallen.

Wenn aber die Beklagte das Arbeitszeitkonto ohne Rechtsgrund mit mehr als 926 Minusstunden (= 55.560 Minuten) belastet, müsste die Beklagte die Frage beantworten können, warum ein verständiger Arbeitnehmer mit einer Kündigung rechnen sollte, wenn er in sein Arbeitszeitkonto ohne Rechtsgrund 106 Minuten einstellt.

II.

Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist auch die die hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 15.11.2024 aufgelöst worden.

Die hilfsweise ordentliche Kündigung ist aus den oben genannten Gründen nicht durch im Verhalten des Klägers liegende Gründe sozial gerechtfertigt.

Das Kündigungsschutzgesetz findet auf das Arbeitsverhältnis der Parteien gemäß §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG Anwendung, da der jedenfalls seit 2019 im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses beschäftigte Kläger im Zeitpunkt des Zugangs des Kündigungsschreibens länger als 6 Monate beschäftigt war und die Beklagte mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigt.

III.

Auch die Kündigung vom 06.11.2024 hat das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst.

1.

Die Kündigung gilt nicht gemäß §§ 7, 4 Satz 1 KSchG als wirksam, da der Kläger mit der bei Gericht am 18.11.2024 eingegangenen und der Beklagten am 21.11.2024 zugestellten Kündigungsschutzklage innerhalb von drei Wochen seit Zugang der streitgegenständlichen Kündigung am 09.11.2024 deren Unwirksamkeit gerichtlich geltend gemacht hat.

2.

Die Kündigung ist nicht durch im Verhalten des Klägers liegende Gründe gerechtfertigt.

Eine Kündigung ist durch im Verhalten des Arbeitnehmers liegende Gründe „bedingt“, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten erheblich und in der Regel schuldhaft verletzt hat und eine dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten steht. Dann kann dem Risiko künftiger Störungen nur durch die (fristgemäße) Beendigung des Arbeitsverhältnisses begegnet werden. Das wiederum ist nicht der Fall, wenn schon mildere Mittel und Reaktionen von Seiten des Arbeitgebers geeignet gewesen wären, beim Arbeitnehmer künftige Vertragstreue

zu bewirken. Zum Erfordernis einer vorangehenden Abmahnung wird auf obige Ausführungen Bezug genommen.

a.

Nach den vorstehenden Grundsätzen hat die Beklagte schriftsätzlich bereits keinen konkreten Kündigungsgrund dargelegt. Die Beklagte beruft sich lediglich darauf, dass der Kläger regelmäßig während der Arbeitszeit und in Anwesenheit von Kunden mit dem privaten Smartphone beschäftigt gewesen ist. Das ist eine generelle, aber keine auf eine konkrete Situation umgrenzte Behauptung.

b.

Selbst wenn die Beklagte einen konkreten Kündigungsvorwurf dargelegt hätte, ist die Beschäftigung mit dem Handy trotz ausgesprochenen wirksamen Verbotes zwar ein Grund an sich, der zum Ausspruch der Kündigung berechtigt.

c.

Allerdings ergäbe sodann eine Interessenabwägung, dass im konkreten Fall ein milderes Mittel vorhanden gewesen wäre, namentlich eine Abmahnung.

Dabei kommt es auch nicht entscheidend darauf an, ob die dem Kläger unter dem 05.05.2022 erteilte Abmahnung wirksam ist, was unter Bezugnahme auf obige Erwägungen zu verneinen ist. Denn selbst wenn diese Abmahnung wirksam erteilt worden wäre, wäre der Kläger bei der von der Beklagten zuletzt (pauschal) behaupteten regelmäßigen Beschäftigung mit seinem Smartphone in Anwesenheit der als Zeugin benannten direkten Vorgesetzten vor Ausspruch einer ordentlichen Kündigung erneut abzumahnern gewesen, da die mehr als 2,5 Jahre zuvor erteilte Abmahnung ihre Warnfunktion angesichts des vergleichsweise geringen Verstoßes gegen das arbeitsrechtliche Pflichtengefüge verloren hat und auch nicht ersichtlich ist, warum der Kläger, selbst wenn er trotz ständiger Handynutzung mündlich zur Ordnung gerufen worden wäre, plötzlich nach 2,5 Jahren ohne Abmahnung mit der Kündigung seines Arbeitsverhältnisses zu rechnen hatte.

D.

Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von 7.323,71 Euro brutto nebst der tenorierten Zinsen als Überstundenvergütung aus § 611a Abs. 2 BGB iVm § 3 Abs. 1 des Arbeitsvertrages.

I.

Die Parteien haben im Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart, dass jede geleistete Arbeitsstunde mit dem vereinbarten Stundenlohn zu vergüten ist. Es gibt keine Einschränkung dahingehend, dass dies nur für das vertraglich geschuldete Kontingent gilt, sondern erfasst auch alle darüber hinaus geleisteten Stunden.

II.

Die Parteien haben eine Überstundenvergütung nicht durch die als „Einverständniserklärung Arbeitszeitkonto“ bezeichnete Abrede abbedungen mit der Folge, dass geleistete Überstunden lediglich in den Saldo eines Arbeitszeitkontos einzustellen sind.

Die Regelungen zum Arbeitszeitkonto sind gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 iVm § 615 BGB wegen einer unangemessenen Benachteiligung des Klägers unwirksam.

1.

Zunächst handelt es sich bei der Arbeitszeitkontovereinbarung um AGB im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB.

Dafür spricht nach dem äußeren Erscheinungsbild eine tatsächliche Vermutung, da der Vertragstext mit Ausnahme der Daten des Klägers keine individuelle Besonderheit aufweist (BAG, Urt. v. 01.02.2022, 9 AZR 260/21, Rn. 10), wobei das vorangehende Anschreiben auch belegt, dass die Bedingungen wie von § 305 Abs. 1 BGB gefordert, vorformuliert und gestellt wurden. Auf eine mehrfache Verwendungsabsicht nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB kommt es nicht an, da der Arbeitsvertrag ein Verbrauchervertrag im Sinne von § 310 Abs. 3 BGB ist (BAG, Urt. v. 25.04.2018, 7 AZR 520/16, Rn. 23).

2.

Die Klauseln betreffend die Einführung des Arbeitszeitkontos benachteiligen den Kläger gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unangemessen, da sie mit dem wesentlichen Grundgedanken von § 615 BGB nicht vereinbar sind.

Der Regelungsgehalt von § 615 BGB, der Anspruch auf Vergütung, soweit sich der Arbeitgeber im Annahmeverzug befindet, trägt dem Umstand Rechnung, dass der Dienstverpflichtete seine Arbeitskraft kurzfristig nicht anderweitig verwerten kann und auf die Vergütung aus dem Arbeitsverhältnis angewiesen ist (*Henssler* in Münchener Kommentar, 9. Aufl. 2023, § 615 Rn. 1; *Preis/Greiner* in ErfK, 25. Aufl. 2025, § 615 BGB Rn. 1).

Die generelle Verlagerung dieses Entgeltrisikos auf den Arbeitnehmer verletzt den wesentlichen Grundgedanken von § 615 BGB trotz dessen Dispositivität im Einzelfall. Es ist der Arbeitgeber, der den Schaffensprozess steuern und die Arbeitsabläufe organisiert und durch Verfügung über die Arbeitskraft seiner Arbeitnehmer als steuernde Kraft das korrespondierende Risiko trägt, aber auch die Früchte hieraus trägt. Der Arbeitnehmer hat diese Steuerungsmöglichkeit nicht, weshalb ihm nicht pauschal das Risiko ohne korrespondierende Chancen zugewiesen werden kann (vgl. aus Rechtsprechung und Literatur nur: BAG, Urt. v. 07.12.2005, 5 AZR 535/04, Rn. 37; LArbG Köln, Urt. v. 15.09.2023, 4 Sa 382/23, Rn. 101; LArbG Düsseldorf, Urt. v. 19.08.2014, 8 Sa 764/13, Rn. 152; LArbG Nürnberg, Urt. v. 30.03.2006, 6 Sa 111/06, Rn. 35; *Jousen* in BeckOK ArbR, Stand 01.12.2024, § 615 Rn. 10; *Waas, Palonka, Hlava* in Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2022, § 615 Rn. 38; *Preis/Greiner* in ErfK, 25. Aufl. 2025, § 615 Rn. 8; *Henssler* in MüKo zum BGB, 9. Aufl. 2023, § 615 Rn. 10).

Die Einführung des Arbeitszeitkontos im Jahr 2021 erfolgte alleine aus dem Anlass, das den Arbeitgeber treffende Arbeitsentgeltrisiko auf den Arbeitnehmer zu verlagern, da die Beklagte im Zuge des Umbaus aufgrund des auf die konkrete Tankstelle beschränkten Arbeitsvertrages vorübergehend für voraussichtlich zwei Monate keine Einsatzmöglichkeit für die dort beschäftigten Arbeitnehmer hatte und auf dem Arbeitszeitkonto Minusstunden „anhäufen „wollte. Die Arbeitszeitkontoabrede sieht auch keine Begrenzung von Minusstunden vor, die nach dem Verständnis der Beklagten

und der Ziffer 2 der Abrede stets dann eingestellt werden können, wenn keine Arbeit da ist.

III.

Die Beklagte hat die streitgegenständlichen vom Kläger geleisteten Überstunden aus den Jahren 2022 und 2023 nicht bestritten, sondern vielmehr bereits durch Reduktion des Saldos des vermeintlichen Arbeitszeitkontos unstrittig gestellt. Allerdings ergibt eine Kumulation der klägerseits aufgeführten Stunden nach Umrechnung in das Dezimalsystem „nur“ 576,67 Stunden und nicht die geltend gemachten 577 Stunden. Für die fehlende 0,33 Stunde enthält die Klage keine Begründung und war insoweit abzuweisen.

Der Kläger hat unwidersprochen einen Stundenlohn von 12,70 € behauptet, die von der Beklagten angeführten 9,50 € bezogen sich nur auf das Kalenderjahr 2021, die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche stammen dagegen aus den Jahren 2022 und 2023.

IV.

Der Anspruch ist nicht durch Fortzahlung der verstetigten Vergütung während der Bau-phase durch Zahlung eines „Vorschusses“ erfüllt im Sinne von § 362 Abs. 1 BGB. Die Beklagte war mit der Annahme der Dienste des Klägers aufgrund der von ihr veran-lassten Baumaßnahmen im Annahmeverzug und gemäß § 615 Satz 1 BGB zur Fort-zahlung der Vergütung verpflichtet.

V.

Der Anspruch auf Zinsen wie tenoriert ergibt sich aus §§ 291 Satz 1 BGB.

Der Zinsanspruch folgt gemäß § 187 Abs. 1 BGB analog ab dem auf die Rechtshän-gigkeit (§ 261 Abs. 1 iVm § 253 Abs. 2 ZPO iVm § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG iVm § 495 ZPO) folgenden Tag.

Der den Klageantrag enthaltende Schriftsatz wurde der Beklagten am 27.02.2025 zu-gestellt.

Mehr hat der Kläger gemäß §§ 133, 157 BGB analog in verständiger Würdigung des weit verbreiteten Klageantrages „ab Rechtshängigkeit“ auch nicht gewollt.

E.

Die Beklagte hat als unterlegene Partei gemäß § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO iVm § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG iVm § 495 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Die Zuvielforderung des Klägers war mit 4,19 € verhältnismäßig gering und führte zu keiner Kostensteigerung.

F.

Der Urteilsstreitwert gemäß § 61 Abs. 1 ArbGG bestimmt sich anhand der Quartalsvergütung für den Bestandsschutzantrag, wobei die zeitlich zuerst ausgesprochene ordentliche Kündigung als Folgekündigung im Sinne des ausgesprochenen Beendigungszeitpunktes zur keiner Veränderung des Beendigungszeitpunktes der hilfsweise ordentlichen Kündigung führte, die mit der fristlosen Kündigung zu betrachten ist, die zeitlich zuerst wirkt. Die Abmahnung ist mit einem Bruttomonatsgehalt, der Zahlungsantrag beziffert berücksichtigt worden.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von der Beklagten **Berufung** eingelegt werden. Für den Kläger ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Berufung muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich oder in elektronischer Form beim

Landesarbeitsgericht Hamm
Marker Allee 94
59071 Hamm
Fax: 02381 891-283

eingegangen sein.

Für Rechtsanwälte, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihr zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammen-

schlüsse besteht ab dem 01.01.2022 gem. §§ 46g Satz 1, 64 Abs. 7 ArbGG grundsätzlich die Pflicht, die Berufung ausschließlich als elektronisches Dokument einzureichen. Gleiches gilt für vertretungsberechtigte Personen, für die ein sicherer Übermittlungsweg nach § 46c Abs. 4 Nr. 2 ArbGG zur Verfügung steht.

Die elektronische Form wird durch ein elektronisches Dokument gewahrt. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 46c ArbGG nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (ERVV) v. 24. November 2017 in der jeweils geltenden Fassung eingereicht werden. Nähere Hinweise zum elektronischen Rechtsverkehr finden sich auf der Internetseite www.justiz.de.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach dessen Verkündung.

Die Berufungsschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

Eine Partei, die als Bevollmächtigte zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

* Eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.