
Datum: 02.07.2009
Gericht: Landesarbeitsgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 11. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 Sa 278/09
ECLI: ECLI:DE:LAGD:2009:0702.11SA278.09.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Wesel, 5 Ca 1981/08
Schlagworte: ohne
Normen: ohne
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze:
kein Leitsatz vorhanden

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Wesel vom 15.01.2009 - 5 Ca 1981/08 - abgeändert:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 13.08.2008 zum 18.08.2008 aufgelöst worden ist.

Es wird weiter festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 23.06.2008 zum 30.09.2008 aufgelöst worden ist.

Es wird schließlich festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung der Beklagten vom 13.08.2008 zum 31.12.2008 aufgelöst worden ist.

Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Hauswirtschaftsleiter weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte wird außerdem verurteilt, dem Kläger ein Zwischenzeugnis zu erteilen, das sich auf Führung und Leistung erstreckt.

Der Auflösungsantrag der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Die Revision wird für die Beklagte im Hinblick auf die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch ihre ordentliche Kündigung vom 23.06.2008 zum 30.09.2008 aufgelöst worden ist, zugelassen.

TATBESTAND :	1
Die Parteien streiten im Wesentlichen über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses.	2
Der 53-jährige, verheiratete und einem Kind gegenüber unterhaltsverpflichtete Kläger ist bei der Beklagten seit dem 01.09.2006 aufgrund eines am 25.08.2006 geschlossenen Arbeitsvertrages als Hauswirtschaftsleiter zu einem monatlichen Bruttoeinkommen in Höhe von 4.486,- € tätig. Gemäß § 10 Nr. 1 dieses Vertrages beträgt nach Ablauf des in seinem § 1 Nr. 2 Satz 1 vereinbarten sechsmonatigen Probearbeitsverhältnisses die Kündigungsfrist für beide Parteien drei Monate zum Quartalsende. Die Beklagte beschäftigt in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG.	3
Im Rahmen seiner Tätigkeit war der Kläger für die Seniorenstifte der Beklagten in I., E.-I., E.-C. straße, E.-L.-M.-Straße, E.-G. straße und E.-I. straße zuständig. Diese Seniorenstifte werden von den insgesamt drei Produktionsstätten der Beklagten in I., E. und E. beliefert.	4
Mit Schreiben vom 23.06.2008, dem Kläger einen Tag später zugegangen, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis aus betriebsbedingten Gründen fristgemäß zum 30.09.2008 und stellte ihn ab sofort vom Dienst frei.	5
Der Kläger bezieht seit Jahren Fachliteratur über den Verlag Behr's. Wegen der einzelnen Titel wird auf den Schriftsatz der Beklagten vom 08.09.2008 verwiesen. Nach- bzw. Ergänzungslieferungen zu dieser Literatur wurden dem Kläger auch während seines Arbeitsverhältnisses zugesandt. Den Rechnungsbetrag ließ er sich jeweils aus der Barkasse der Beklagten, für die er verantwortlich war, erstatten. Die an seine Privatanschrift adressierten Rechnungen wurden als Belege zur Kasse genommen. Aufgrund dieses Sachverhalts kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 13.08.2008, dem Kläger am 18.08.2008 zugegangen, fristlos, hilfsweise fristgerecht. Zu diesem Zeitpunkt war der Kläger im Besitz der streitgegenständlichen Literatur.	6
Mit seiner am 11.07.2008 beim Arbeitsgericht Wesel eingereichten und der Beklagten am 17.07.2008 zugestellten Klage hat der Kläger zunächst die Unwirksamkeit der ordentlichen Kündigung vom 23.06.2008 geltend gemacht. Mit einem beim Arbeitsgericht am 25.08.2008 eingereichten und den Prozessbevollmächtigten der Beklagten zwei Tage später zugestellten Schriftsatz macht der Kläger auch die Unwirksamkeit der fristlosen, hilfsweise fristgerechten Kündigung vom 13.08.2008 geltend.	7
Der Kläger hat beantragt,	8

1.festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 23.06.2008, zugewungen am 24.06.2008, nicht zum 30.09.2008 aufgelöst worden ist;	9
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung vom 13.08.2008, zugewungen am 18.08.2008, nicht zum 18.08.2008 beendet worden ist;	10
3.festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung vom 13.08.2008, zugewungen am 18.08.2008, nicht zum 31.12.2008 beendet worden ist;	11
hilfsweise, für den Fall des Obsiegens,	12
die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Hauswirtschaftsleiter weiterzubeschäftigen;	13
4.die Beklagte zu verurteilen, ihm ein Zwischenzeugnis zu erteilen, das sich auf Führung und Leistung erstreckt;	14
hilfsweise, für den Fall, dass die Feststellungsanträge abgewiesen werden,	15
die Beklagte zu verurteilen, ihm ein endgültiges Zeugnis zu erteilen, das sich auf Führung und Leistung erstreckt.	16
Die Beklagte hat beantragt,	17
die Klage abzuweisen;	18
hilfsweise,	19
das bestehende Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung aufzulösen.	20
Der Kläger hat noch beantragt,	21
den Antrag der Beklagten auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses abzuweisen.	22
Die Beklagte hat bezüglich der ordentlichen Kündigung vom 23.06.2008 im Wesentlichen geltend gemacht:	23
Sie habe am 30.05.2008 die unternehmerische Entscheidung getroffen, die Stelle des Klägers als Hauswirtschaftsleiter zum 30.06.2008 ersatzlos zu streichen. Hierfür seien sowohl außer- als auch innerbetriebliche Gründe maßgeblich gewesen. Die nachhaltigen negativen wirtschaftlichen Ergebnisse ihres Unternehmens hätten sie zur Personalreduzierung und dementsprechend zur Streichung des Arbeitsplatzes des Klägers gezwungen. Im Rahmen seiner Kontrollfunktion habe der Kläger die im Schriftsatz vom 08.09.2008 (Seite 2) aufgelisteten Tätigkeiten ausgeübt. Diese seien an die jeweiligen Küchenleiter der einzelnen Produktionsküchen verteilt worden, die sie bereits vor der erwähnten unternehmerischen Entscheidung zu einem Großteil entweder komplett selbstständig oder aber zumindest größtenteils selbstständig erbracht hätten. Die jeweiligen Küchenleiter würden die ursprünglich vom Kläger erledigte Arbeit ohne überobligationsmäßige Leistungen ausüben. Seit dem 01.07.2008 sei die Mitarbeiterin Frau C. selbstständig und eigenverantwortlich für die Seniorenstifte E.-C. straße, E. L.-M.-Straße und E.-G. straße, sei der Mitarbeiter U. selbstständig für den Standort I. und sei der Mitarbeiter L. selbstständig für die Standorte E. und	24

E.-I. Straße verantwortlich.

Hinsichtlich der fristlosen, hilfsweise fristgerechten Kündigung vom 18.08.2008 hat die Beklagte im Wesentlichen ausgeführt: 25

Im Rahmen einer Kassenbuchprüfung durch Herrn C. am 10.08.2008 sei erstmalig festgestellt worden, dass diverse Rechnungen, die an die Privatanschrift des Klägers gerichtet gewesen seien, über sie ohne ihr Wissen abgerechnet worden seien. Insgesamt sei ihr dadurch ein Schaden in Höhe von 767,21 € entstanden. Es habe sich um Privatliteratur des Klägers gehandelt, von der sie nichts gewusst habe. Insbesondere habe sie zu keinem Zeitpunkt eine Genehmigung dahin erteilt, dass der Kläger die Ergänzungslieferungen über sie habe abrechnen dürfen. Diverse - auch vom Kläger genutzte - Werke seien bereits in der I. Einrichtung in F. vorhanden. Dies sei dem Kläger hinreichend bekannt gewesen. Jedenfalls sei er durch Herrn C. hierüber in Kenntnis gesetzt worden. Ihm sei mitgeteilt worden, dass er die Werke jederzeit ausleihen und verwenden könne. Dementsprechend habe auch ihrerseits keine Veranlassung bestanden, die Ergänzungslieferungen zu bestellen. Größtenteils habe der Kläger die an seine Anschrift gerichteten Rechnungen selbständig und ohne vorherige Rücksprache in die Kasse gelegt und den entsprechenden Rechnungsbetrag entnommen. Nur in wenigen Ausnahmefällen habe er die Rechnung an Frau C. überreicht. Eine Überprüfung, ob diese ihr gegenüber hätten abgerechnet werden dürfen, habe Frau C. nicht vorgenommen und auch nicht vornehmen können, da ausschließlich der Kläger für die Buchführung verantwortlich gewesen sei. Das Vorgehen des Klägers komme daher einem Diebstahl gleich und rechtfertige die am 18.08.2008 ausgesprochene Kündigung. 26

Bezüglich des Auflösungsantrags hat die Beklagte im Wesentlichen vorgetragen: 27

Der Kläger habe in der Vergangenheit gegen diverse Einrichtungsleiter der Seniorenstifte, wie z. B. gegenüber Herrn G., schwerwiegende Mobbingvorwürfe erhoben. Ein Großteil ihrer Mitarbeiter habe mitgeteilt, dass sie sich eine weitere Zusammenarbeit mit dem Kläger nicht vorstellen könne. So habe z. B. Frau C. angekündigt, sie möchte keinesfalls mehr mit dem Kläger zusammenarbeiten, da eine vernünftige Zusammenarbeit nie möglich gewesen sei. Ferner hätte sie - die Beklagte - seitens der Einrichtungsleiter diverse Beschwerden im Hinblick auf mangelnden Informationsfluss durch den Kläger erreicht. 28

Dem hat der Kläger vor allem entgegengehalten: 29

Die von der Beklagten aufgeführten Tätigkeitsbereiche eines Hauswirtschaftsleiters seien nur unvollständig wiedergegeben. Er beziehe sich insoweit auf eine Stellenbeschreibung vom 11.07.2003. Die dort aufgeführten Aufgaben seien nicht vollständig auf die Küchenleiter übertragen worden. Vielmehr werde diese Tätigkeit nun von seiner Stellvertreterin, Frau C., ausgeübt, was zu einer erheblichen Mehrarbeit führe. 30

Die fristlose Kündigung sei unbegründet. Nach seiner Einstellung habe er am 08.09.2006 zwischen 9.00 Uhr und 11.00 Uhr ein Gespräch mit seinem Vorgesetzten, Herrn N., geführt. In diesem Gespräch sei erörtert worden, dass zur Ausübung seiner Tätigkeit Fachliteratur bezogen werden müsse, die sich bis dahin nicht im Bestand der Beklagten befunden habe. Herr N. habe sich damit ausdrücklich einverstanden erklärt. Aus diesem Grunde habe er die aufgeführte Literatur bei dem Verlag bestellt, und zwar nur die Ergänzungslieferungen, da er die Grundausrüstung bereits gehabt habe. Wäre die Beklagte mit dieser Vorgehensweise nicht einverstanden gewesen, hätte sie dies jederzeit ändern können. Sämtliche Literatur habe sich in den Diensträumen der Beklagten befunden und die Dateien seien auf dem Firmenlaptop gespeichert. Es habe sich nicht um Privatliteratur gehandelt. Vielmehr sei sie 31

erforderlich gewesen, weil er regelmäßig Schulungen für die Mitarbeiter durchgeführt habe. Kurz vor Antritt seines Urlaubs habe er erstmals die Fachliteratur mit nach Hause genommen, um neue Rezepturen und Schulungen auszuarbeiten. Durch die in seinem Urlaub eingetretene Erkrankung befände sich diese noch vollständig bei ihm zu Hause.

Nach Vernehmung der Zeugen N., C. und C., auf deren protokollierte Aussagen ausdrücklich Bezug genommen wird, hat das Arbeitsgericht mit seinem am 15.01.2009 verkündeten Urteil die Beklagte verurteilt, dem Kläger ein Beendigungszeugnis zu erteilen, das sich auf Führung und Leistung erstreckt, und die Klage im Übrigen abgewiesen. 32

Zur Begründung hat das Arbeitsgericht im Wesentlichen ausgeführt: 33

Die fristlose Kündigung vom 13.08.2008 habe das Arbeitsverhältnis der Parteien wirksam zum 18.08.2008 aufgelöst. Die Beklagte könne sich auf einen wichtigen Grund i. S. von § 626 Abs. 1 BGB berufen. Der Kläger habe eine Unterschlagung begangen, da er die Kosten seiner privaten Fachliteratur ohne rechtfertigenden Grund aus der Barkasse entnommen habe. Die von ihm behauptete Einwilligung der Beklagten hierzu habe die Beweisaufnahme nicht bestätigen können. Der Zeuge N. habe bei seiner Vernehmung definitiv ausgeschlossen, dass er bei dem Gespräch am 08.09.2006 seine Einwilligung gegeben habe. Auch könne nicht von einer konkludenten Einwilligung der Beklagten die Rede sein. Der Kläger habe zulässigerweise nicht davon ausgehen können, dass ihr sein Vorgehen bekannt und von ihr geduldet werde. Frau C. habe bei ihrer Vernehmung bekundet, dass sie die vom Kläger hereingereichten Belege nicht sachlich überprüft habe, da es zum einen nicht zu ihren Aufgaben gehört habe und zum anderen sie die Rechtmäßigkeit der Auszahlung schon deshalb nicht in Zweifel gezogen habe, weil der Kläger ihr Vorgesetzter gewesen sei. Auch der Umstand, dass man dem Kläger "freie Hand" gewährt haben soll, rechtfertige sein Verhalten nicht. 34

Gegen das ihm am 20.02.2009 zugestellte Urteil hat der Kläger mit einem beim Landesarbeitsgericht am 18.03.2009 eingereichten Schriftsatz Berufung eingelegt und diese - nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 20.05.2009 - mit einem bei Gericht am 11.05.2009 eingegangenen Schriftsatz begründet. 35

Der Kläger macht unter teilweiser Wiederholung seines erstinstanzlichen Vorbringens im Wesentlichen geltend: 36

Die Vorinstanz habe verkannt, dass im Rahmen der Darlegungs- und Beweislast die Beklagte den Beweis einer Straftat hätte erbringen müssen und dies die Beweisaufnahme gerade nicht bestätigt habe. Wenn der Zeuge N. zunächst ausgesagt habe, er könne sich an den Inhalt des Gesprächs vom 08.09.2006 gar nicht erinnern, so sei nicht nachvollziehbar, warum er habe ausschließen können, dass eine Einwilligung gegeben worden sei. Nach der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme habe er mit den bereits in erster Instanz benannten Zeuginnen Frau L. und Frau T. gesprochen. Diese hätten ihm mitgeteilt, dass sie sich daran erinnern könnten, an dem besagten Gespräch vom 08.09.2006 teilgenommen zu haben. Sie könnten außerdem bestätigen, dass Herr N. ihm die Erlaubnis erteilt hätte, alle notwendigen Unterlagen zu beschaffen und die Rechnungen über Frau M. abzurechnen. Er habe auch von einer konkludenten Einwilligung der Beklagten ausgehen können. Er habe zu keinem Zeitpunkt ein Geheimnis daraus gemacht, dass er Literatur bestellt und Rechnungen, die auf seinen Namen gelautet hätten, eingereicht habe. Vielmehr habe er gewusst, dass diese Rechnungen durch die Buchhaltung in Sachsen überprüft würden. Dort hätte eine Überprüfung durch die zentrale Buchhaltung zwangsläufig ergeben müssen, dass die auf seinen Namen ausgestellten Belege sachlich unrichtig seien. Gerade weil jedoch keine 37

Beanstandungen erfolgt seien, habe er sein Handeln für rechtmäßig halten können.

Der Kläger beantragt,	38
auf seine Berufung das Urteil des Arbeitsgerichts Wesel vom 15.01.2009 - 5 Ca 1981/08 - abzuändern und	39
a.festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 23.06.2008, zugegangen am 24.06.2008, nicht zum 30.09.2008 aufgelöst worden ist;	40
b.festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung vom 13.08.2008, zugegangen am 18.08.2008, nicht zum 18.08.2008 beendet worden ist;	41
c.festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung vom 13.08.2008, zugegangen am 18.08.2008, nicht zum 31.12.2008 beendet worden ist;	42
d.die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Hauswirtschaftsleiter weiterzubeschäftigen;	43
e.die Beklagte zu verurteilen, ihm ein Zwischenzeugnis zu erteilen, welches sich auf Führung und Leistung erstreckt.	44
Die Beklagte beantragt,	45
die Berufung des Klägers zurückzuweisen.	46
Die Beklagte verteidigt in erster Linie das angefochtene Urteil und macht unter teilweiser Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens ergänzend geltend:	47
Soweit der Zeuge N. im Verlaufe seiner Aussage bekundet habe, dass er ausschließen könne, dem Kläger gegenüber eine Genehmigung zur Anschaffung von Ergänzungslieferungen auf ihre Kosten erteilt zu haben, sei dieses sehr wohl nachvollziehbar. Der Zeuge habe kurz vor dem angeblichen Gespräch mit dem Kläger die Position als Prokurist bei ihr gerade erst eingenommen. Aufgrund dessen erinnere er sich umso mehr an etwaige Genehmigungen, die er in dieser Zeit erteilt habe. Eine Genehmigung, wie sie der Kläger behaupte, habe und hätte Herr N. zu keinem Zeitpunkt erteilt, da die Anschaffung bzw. Aktualisierung der in Rede stehenden Literatur nicht zur vertragsgemäßen Erbringung der Arbeitsleistung des Klägers erforderlich gewesen sei. Auch die Tatsache, dass im Falle des Ausscheidens des Klägers die Literatur nebst den von ihr bezahlten Ergänzungslieferungen nicht mehr zur Verfügung stehen würde, stehe einem Einverständnis ihrerseits entgegen. Der Kläger verkenne offensichtlich, dass er darlegungs- und beweispflichtig dafür sei, dass ihrerseits eine Genehmigung zur Anschaffung von Ergänzungslieferungen auf ihre Kosten vorgelegen habe. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 15.01.2009 habe der Kläger - unstrittig - mitgeteilt, dass im Rahmen des angeblichen Gesprächs vom 08.09.2006 mit Herrn N. nicht ausdrücklich darüber gesprochen worden sei, wie "das letztendlich mit den Ergänzungslieferungen durchgeführt werden solle". Lediglich in wenigen Ausnahmefällen habe er die Rechnung über eine Ergänzungslieferung an Frau C. überreicht. Diese habe nur zum Ende eines jeweiligen Monats die Kasse auf deren rechnerische Richtigkeit überprüft. Beanstandungen durch Frau M. in ihrer zentralen Buchhaltung in Sachsen habe es nicht geben können, da sie zu keinem Zeitpunkt die sachliche Richtigkeit der Rechnungen überprüft habe. Der Vortrag des Klägers, dass er während seines Urlaubs von zu Hause aus weiter habe tätig sein wollen, stelle aus ihrer Sicht lediglich eine Schutzbehauptung dar.	48

Wegen des sonstigen Vorbringens der Parteien im Einzelnen wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der Akte ergänzend Bezug genommen.	49
ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:	50
A.	51
Die Berufung des Klägers, gegen deren Zulässigkeit keine Bedenken bestehen, ist begründet.	52
I. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die außerordentliche, fristlose Kündigung der Beklagten vom 13.08.2008 zum Zeitpunkt ihres Zugangs am 18.08.2008 aufgelöst worden (vgl. § 4 Satz 1 KSchG i. V. m. § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG). Denn dieser Kündigung mangelt es an einem wichtigen Grund i. S. von § 626 Abs. 1 BGB.	53
1. Die Prüfung, ob im konkreten Streitfall ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung vorliegt, hat nach der ständigen Rechtsprechung des BAG (seit BAG 24.03.1958 - 2 AZR 587/55 - AP Nr. 5 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; ebenso BAG 16.12.2004 - 2 ABR 7/04 - EzA § 626 BGB 2002 Nr. 7; BAG 28.08.2008 - 2 AZR 15/07 - EzA § 626 BGB 2002 Nr. 22), der das Schrifttum im Wesentlichen gefolgt ist (vgl. nur APS/Dörner, 3. Aufl. 2007, § 626 BGB Rz. 28 - 30; KR-Fischermeier, 9. Aufl. 2009, § 626 BGB Rz. 84) in zwei systematisch zu trennenden Abschnitten zu erfolgen. Zunächst ist festzustellen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls "an sich" geeignet ist, einen wichtigen Kündigungsgrund abzugeben. Dabei genügt allerdings noch nicht die "abstrakte Erheblichkeit" eines Kündigungssachverhaltes zur Begründung der Unzumutbarkeit. Vielmehr muss bereits auf der ersten Stufe festgestellt werden, ob der an sich zur außerordentlichen Kündigung geeignete Sachverhalt im Streitfall zu einer konkreten Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses geführt hat (BAG 15.11.1984 - 2 AZR 613/83 - EzA § 626 BGB n. F. Nr. 95; BAG 17.03.1988 - 2 AZR 576/87 - EzA § 626 BGB n. F. Nr. 116). Erst dann ist auf einer zweiten Stufe zu untersuchen, ob nach Abwägung aller in Betracht kommender Interessen der Arbeitsvertragsparteien die konkrete Kündigung gerechtfertigt ist (vgl. BAG 27.04.2006 - 2 AZR 386/05 - EzA § 622 BGB 2002 Unkündbarkeit Nr. 11; BAG 28.08.2008 - 2 AZR 15/07 - a. a. O.).	54
2. Bei der Prüfung des Kündigungsgrundes an sich ist von großer Bedeutung, dass nach heute überwiegender Ansicht dieser seiner Natur nach zukunftsbezogen ist (z. B. BAG 12.01.2006 - 2 AZR 21/05 - EzA § 1 KSchG, Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 67; BAG 12.01.2006 - 2 AZR 179/05 - EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 68; BAG 18.09.2008 - 2 AZR 827/06 - EzA § 626 BGB 2002 Nr. 24; BAG 23.10.2008 - 2 ABR 59/07 - EzA § 626 BGB 2002 Nr. 25). Die verhaltensbedingte Kündigung ist keine Sanktion für Pflichtverletzungen in der Vergangenheit. Vielmehr soll das Risiko künftiger Vertragsverletzungen ausgeschlossen werden. Die eingetretene Pflichtverletzung muss sich auch für die Zukunft noch belastend auswirken (BAG 12.01.2006 - 2 AZR 21/05 - a. a. O.; BAG 12.01.2006 - 2 AZR 179/05 - a. a. O.; BAG 18.09.2008 - 2 AZR 827/06 - a. a. O.). Eine derartige negative Prognose liegt nur vor, wenn aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus resultierenden Vertragsstörung geschlossen werden kann, der Arbeitnehmer werde den Arbeitsvertrag auch nach Androhung einer Kündigung erneut in gleicher oder ähnlicher Weise verletzen. Deshalb setzt eine Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung regelmäßig eine Abmahnung voraus. Sie dient der Objektivierung der negativen Prognose (BAG 12.01.2006 - 2 AZR 21/05 - EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 67; BAG 12.01.2006 - 2 AZR 179/05 - EzA § 1 KSchG	55

Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 68; BAG 18.09.2008 - 2 AZR 827/06 - a. a. O.). Liegt eine ordnungsgemäße Abmahnung vor und verletzt der Arbeitnehmer erneut seine arbeitsvertraglichen Pflichten, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, es werde auch künftig zu weiteren Vertragsstörungen kommen. Die Abmahnung ist insoweit notwendiger Bestandteil des Prognoseprinzips. Sie ist zugleich aber auch Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips (BAG 12.01.2006 - 2 AZR 21/05 und 2 AZR 179/05 - jeweils a. a. O.). Eine vorherige Abmahnung ist allerdings unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausnahmsweise entbehrlich, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft trotz Abmahnung nicht erwartet werden kann (BAG 18.05.1994 - 2 AZR 626/93 - EzA § 611 BGB Abmahnung Nr. 31; BAG 12.01.2006 - 2 AZR 21/05 - EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 67) oder es sich um eine schwere Pflichtverletzung handelt, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar ist und bei der eine Hinnahe des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen werden kann (BAG 21.07.1999 - 2 AZR 676/98 - EzA § 15 BBiG Nr. 13; BAG 12.01.2006 - 2 AZR 179/05 - EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 68).

3.Unter Beachtung der vorstehenden Ausführungen war es der Beklagten im Zeitpunkt des Zugangs der streitbefangenen außerordentlichen, fristlosen Kündigung vom 13.08.2008 bei dem Kläger jedenfalls zumutbar, diesen bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist am 31.12.2008 (vgl. § 10 Nr. 1 des Arbeitsvertrages vom 25.08.2006) weiterzubeschäftigen. 56

a)Vollendete oder auch nur versuchte Eigentums- oder Vermögensdelikte zum Nachteil des Arbeitgebers sind grundsätzlich geeignet, einen wichtigen Grund an sich für eine außerordentliche Kündigung darzustellen, weil der Arbeitnehmer die durch den Arbeitsvertrag begründete Nebenpflicht zur Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers hierdurch verletzt. Diese Verpflichtung beinhaltet das Verbot, den Arbeitgeber rechtswidrig und vorsätzlich durch eine Straftat zu schädigen. Unabhängig von dem Wert des Schadens bricht der Arbeitnehmer durch die Eigentumsverletzung in erheblicher Weise das Vertrauen des Arbeitgebers (BAG 11.12.2003 - 2 AZR 36/03 - EzA § 626 BGB 2002 Nr. 5; BAG 01.02.2007 - 2 AZR 333/06 - EzA § 626 BGB 2002 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 3; BAG 13.12.2007 - 2 AZR 537/06 - EzA § 626 BGB 2002 Nr. 20). 57

b)Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann dem Kläger keine vollende oder auch nur versuchte Unterschlagung (§ 246 Abs. 1 StGB) nachgewiesen werden. 58

aa)Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der sich die erkennende Kammer anschließt, ist der Kündigende darlegungs- und beweispflichtig für alle Umstände, die als wichtiger Grund i. S. von § 626 Abs. 1 BGB geeignet sein können (z. B. BAG 06.09.2007 - 2 AZR 264/06 - EzA § 626 BGB 2002 Nr. 18; BAG 28.08.2008 - 2 AZR 15/07 - EzA § 626 BGB 2002 Nr. 22 m. w. N.). Ihn trifft auch die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass solche Tatsachen nicht vorgelegen haben, die die Handlung des Arbeitnehmers als gerechtfertigt erscheinen lassen (st. Rspr., z. B. BAG 28.08.2008 - 2 AZR 15/07 - a. a. O.; BAG 18.09.2008 - 2 AZR 1039/06 - juris). Dabei braucht der Arbeitgeber allerdings nicht von vornherein alle nur denkbaren Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe des Arbeitnehmers zu widerlegen. Vielmehr ist der Arbeitnehmer im Rahmen einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast gehalten, die Gründe, aus denen er die Berechtigung für sein Verhalten herleitet, so konkret vorzutragen, dass dies dem Arbeitgeber die Überprüfung der Angaben und im Falle, dass er sie für unrichtig hält, auch einen erforderlichen Beweisantritt ermöglicht (BAG 28.08.2008 - 2 AZR 15/07 - EzA § 626 BGB 2002 Nr. 22 m. w. N.). 59

bb)Entgegen der Auffassung der Vorinstanz hat die Berücksichtigung des beiderseitigen Parteivorbringens und die erstinstanzlich durchgeführte Beweisaufnahme nicht mit 60

hinreichender Sicherheit (vgl. § 286 Abs. 1 ZPO i. V. m. § 495 Satz 1 ZPO, § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG) ergeben, dass der Kläger eine Unterschlagung (§ 246 Abs. 1 StGB) oder ein anderes Eigentums- oder Vermögensdelikt (Diebstahl nach § 242 Abs. 1 BGB) zum Nachteil der Beklagten begangen hat.

(1.) Mit der Vorinstanz soll davon ausgegangen werden, dass der Prokurist der Beklagten, Herr N., bei seiner erstinstanzlichen Zeugenvernehmung die vom Kläger behauptete Einwilligung zum Bezug von Ergänzungs- bzw. Nachlieferungen für Grundwerke der in seinem Eigentum stehenden Fachliteratur, auf Kosten der Beklagten nicht bestätigt hat. Dennoch ist dem Kläger eine (vorsätzliche) Unterschlagung (§ 246 Abs. 1 StGB) bzw. ein (vorsätzlicher) Diebstahl (§ 242 Abs. 1 StGB) nicht nachzuweisen. Zu seinen Gunsten muss vielmehr davon ausgegangen werden, dass er berechtigterweise annehmen durfte, er handele bei dem Bezug und der Bezahlung der streitgegenständlichen Nach- und Ergänzungslieferungen der in seinem Eigentum stehenden Grundwerke der in Rede stehenden Fachliteratur im Einverständnis mit der Beklagten.

61

(2.) Gegen ein vorsätzliches Handeln spricht zunächst, dass der Kläger die Rechnungen, die von Seiten des Verlages Behr's an seine Hausadresse gesandt wurden, nach Durchstreichen des Adressfeldes dieses handschriftlich durch "I. E." ersetzt hat. Die so gestalteten Rechnungen hat er zwar, wie von der Beklagten behauptet, größtenteils selbstständig und ohne vorherige Rücksprache in die Kasse gelegt und den entsprechenden Rechnungsbetrag entnommen. Dies geschah aber nicht heimlich. Die Beklagte hatte jederzeit die Möglichkeit, diese Rechnungen - die erste von der Beklagten vorgelegte datiert vom 14.02.2007 und die letzte vom 30.04.2008 - zu beanstanden. Zum einen hat der Kläger, wie von der Beklagten behauptet, "in wenigen Ausnahmefällen" Frau C. die Rechnungen übergeben. Diese hat, wie sie in ihrer erstinstanzlichen Zeugenvernehmung bestätigt hat, daraufhin die entsprechenden Geldbeträge an den Kläger ausgezahlt. Selbst wenn man zu Gunsten der Beklagten davon ausgeht, nicht Frau C., sondern der Kläger selbst sei für die Buchführung verantwortlich gewesen, hinderte dies Frau C. nicht, nachzufragen, ob die Vorgehensweise des Klägers mit der Beklagten abgesprochen sei. Dabei kann dahinstehen, ob dies Frau C. mit Rücksicht darauf, dass der Kläger ihr Vorgesetzter war, zumutbar war. Entscheidend ist, dass Frau C. sämtliche Rechnungen, wie der Kläger wusste, an die zentrale Buchhaltung der Beklagten nach Sachsen geschickt hat. Spätestens dort hätten die Rechnungen, jedenfalls bei entsprechender Organisation seitens der Beklagten, auf ihre sachliche Richtigkeit kontrolliert werden können. Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang vorgetragen hat, es sei nicht Aufgabe von der in ihrer zentralen Buchhaltung tätigen Frau M. gewesen, die Rechnungen auf ihre Sachlichkeit zu überprüfen; es sei sogar lebensfremd, dass eine zentrale Buchhaltung die sachliche Richtigkeit von Rechnungen überprüfe, die von einer Führungskraft, wie dem Kläger unterzeichnet und vorgelegt werde, übersieht sie folgendes: Die vom Kläger vorgelegten Rechnungen wiesen, wie bereits erwähnt, etwas besonderes auf: Die Rechnungen lauteten auf den Namen des Klägers und waren an seine Privatadresse gerichtet. Diese Adresse strich er durch und wies die Rechnungen durch die handschriftliche Eintragung "I. E." der Beklagten zu. Der Kläger musste also jederzeit damit rechnen, dass seine atypische Vorgehensweise hinterfragt wurde. In diesem Zusammenhang ist ihm aus Sicht der Beklagten allenfalls vorzuwerfen, dass er die in den jeweiligen Rechnungen des Verlages Behr's ausgewiesenen Beträge der Kasse entnommen bzw. sich diese von Frau C. hat aushändigen lassen, bevor diese die Rechnungen in die zentrale Buchhaltung der Beklagten nach Sachsen geschickt hatte. Dieser Vorwurf rechtfertigt aber nicht den Schluss auf ein vorsätzlich vom Kläger begangenes Eigentumsdelikt, sondern ist allenfalls als Pflichtverletzung zu bewerten, die Anlass zu einer Abmahnung hätte geben können. In dieser Abmahnung hätte die Beklagte dem Kläger deutlich machen können, dass er Geldbeträge

62

aus der Kasse erst hätte an sich nehmen dürfen, nachdem die zentrale Buchhaltung in Leipzig "grünes Licht" hierfür gegeben hatte.

(3.)Die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte hat dem Kläger nicht widerlegen können, dass ein Anlass für die von ihm bezogenen Nachlieferungen bzw. 63

Ergänzungslieferungen betreffend die in Streit stehende Fachliteratur bestand. Zum einen hat Herr N. bei seiner erstinstanzlichen Vernehmung als Zeuge bestätigt, dass zum Zeitpunkt der Einstellung des Klägers im September 2006 auf dem PC in der Einrichtung in der C. straße Daten verloren gegangen seien, wobei er aber nicht gewusst habe, um was und welchen Inhalt es dabei gegangen sei. Der Zeuge konnte auch nicht ausschließen, dass er mit dem Kläger Anfang September 2006 über Fachliteratur gesprochen habe. Zum anderen handelte es sich bei der streitbefangenen Fachliteratur zumindest zum Teil um solche, die der Kläger für die von ihm bei der Beklagten zu erbringenden Tätigkeit benötigte. Die Beklagte hat nach entsprechendem Vortrag des Klägers eingeräumt, dass dieser zeitweise Schulungen für Mitarbeiter im Zusammenhang mit dem Infektionsschutzgesetz durchgeführt habe. Allerdings sei ihr nicht bekannt gewesen, dass er hierfür besondere Literatur benötigt habe. Soweit die Beklagte dem Kläger in diesem Zusammenhang vorwirft, er hätte vor Anschaffung der Literatur hierüber informieren und um ein entsprechendes Einverständnis nachsuchen müssen, ist dem Kläger allenfalls eine abmahnungswürdige Pflichtverletzung, jedoch keine vorsätzliche Begehung eines Vermögensdeliktes zu ihrem Nachteil vorzuwerfen.

Entsprechendes gilt für die Behauptung der Beklagten, der Kläger sei durch Herrn C. - von diesem bei seiner erstinstanzlichen Zeugenvernehmung in allgemein gehaltener Weise bezogen auf ein Hauswirtschaftertreffen Anfang/Mitte 2007 bestätigt - davon in Kenntnis gesetzt worden, dass die Werke "AL Erfolgsrezepte für die GV", "AL Praxishandbuch Diät", "Das Infektionsschutzgesetz" und "AL Modernes Küchenmanagement" bereits in der I.-Einrichtung in F. vorhanden gewesen seien und er diese Werke jederzeit hätte ausleihen und verwenden können.

(4.)Gegen ein vorsätzliches strafrechtliches Verhalten des Klägers spricht schließlich, dass 64

die Beklagte als insoweit darlegungs- und beweispflichtige Partei nicht nachgewiesen hat, dass die streitgegenständliche Fachliteratur sich entgegen der Behauptung des Klägers nicht in ihren Räumlichkeiten befunden habe. Herr C. hat bei seiner erstinstanzlichen Vernehmung bekundet, dass er anlässlich des bereits erwähnten Hauswirtschaftertreffens im Büro des Klägers gewesen sei und dort eine ganze Reihe von Fachliteratur gesehen habe, die ihm selbst auch in F. zur Verfügung stehe. Soweit die Beklagte ihre Behauptung, die Fachliteratur sei nicht in ihren Diensträumen gewesen, darauf stützt, zwar seien sämtliche Gegenstände des Klägers seit Wegfall seines Arbeitsplatzes und seit seiner Arbeitsunfähigkeit weiter in ihren Diensträumen, jedoch habe die streitgegenständliche Fachliteratur dort nicht aufgefunden werden können, hat der Kläger hierfür eine plausible Erklärung gegeben. Er hat nämlich vorgetragen, er habe während seines Urlaubs von zu Hause aus weiter tätig sein wollen, indem er z. B. Schulungen und Seminare habe vorbereiten wollen. Soweit die Beklagte dies als Schutzbehauptung darstellt, ist ihr entgegenzuhalten, dass sie das Fehlen dieser Absicht dem Kläger aufgrund des oben dargestellten Umfangs der ihr obliegenden Beweislast, hätte nachweisen müssen.

c)Allerdings kann nicht nur eine erwiesene Vertragsverletzung, sondern auch schon der 65
schwerwiegende Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen Verfehlung einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB gegenüber dem verdächtigten Arbeitnehmer darstellen. Auf diesen Kündigungsgrund kann sich die Beklagte jedoch vorliegend nicht berufen.

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der sich die erkennende Kammer anschließt, liegt eine Verdachtskündigung dann vor, wenn und soweit der Arbeitgeber seine Kündigung damit begründet, gerade der Verdacht eines (nicht erwiesenen) strafbaren bzw. vertragswidrigen Verhaltens habe das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört. Der Verdacht einer strafbaren Handlung stellt gegenüber dem Vorwurf, der Arbeitnehmer habe die Tat begangen, einen eigenständigen Kündigungsgrund dar, der in dem Tatvorwurf nicht enthalten ist. Bei der Tatkündigung ist für den Kündigungsentschluss maßgebend, dass der Arbeitnehmer nach der Überzeugung des Arbeitgebers die strafbare Handlung bzw. Pflichtverletzung tatsächlich begangen hat und dem Arbeitgeber aus diesem Grund die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist. § 626 Abs. 1 BGB lässt eine Verdachtskündigung dann zu, wenn sich starke Verdachtsmomente auf objektive Tatsachen gründen, wenn die Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören und wenn der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat (st. Rspr., z. B. BAG 13.03.2008 - 2 AZR 961/06 - EzA § 626 BGB 2002 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 6; BAG 27.11.2008 - 2 AZR 98/07 - EzA § 1 KSchG Verdachtskündigung Nr. 4).

bb) Im Streitfall konnte sich die Prüfung des von der Beklagten für ihre außerordentliche Kündigung vom 13.08.2008 vorgetragene Sachverhalts nicht darauf erstrecken, ob sich der Kläger zumindest einer Unterschlagung (§ 246 Abs. 1 StGB) bzw. eines Diebstahls (§ 242 Abs. 1 BGB) im Zusammenhang mit dem Bezug von Ergänzungs- bzw. Nachlieferungen für Grundwerke der in seinem Eigentum stehenden Fachliteratur auf Kosten der Beklagten verdächtig gemacht hat. Zum einen hat sich die Beklagte überhaupt nicht auf einen derartigen Verdacht zur Begründung ihrer streitgegenständlichen außerordentlichen Kündigung berufen. Dies wäre aber, da, wie ausgeführt, der Verdacht einer strafbaren Handlung bzw. schweren Pflichtverletzung einen eigenständigen Kündigungsgrund bildet, unbedingt notwendig gewesen. Zum anderen hat die Beklagte den Kläger vor Ausspruch ihrer außerordentlichen Kündigung vom 13.08.2008 nicht zu einem derartigen Verdacht angehört. Unterbleibt aber die Anhörung des Arbeitnehmers, ist die auf den Verdacht gestützte außerordentliche Kündigung schon allein deshalb unwirksam (BAG 16.01.2003 - 2 AZR 653/01 - EzA § 242 BGB 2002 Kündigung Nr. 3).

67

II. Auch die zulässigerweise (BAG 11.03.1998 - 2 AZR 325/97 - n. v.; BAG 24.11.2005 - 2 ABR 55/04 - EzA § 103 BetrVG 2001 Nr. 5) am 13.08.2008 ausgesprochene hilfsweise ordentliche Kündigung konnte das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht zum 30.09.2008 auflösen (vgl. § 4 Satz 1 KSchG). Denn diese Kündigung ist nicht verhaltensbedingt, also nicht sozial gerechtfertigt i. S. von § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG, und damit gemäß § 1 Abs. 1 KSchG rechtsunwirksam.

68

1. Eine Kündigung aus Gründen im Verhalten des Arbeitnehmers i. S. von § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist sozial gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer mit dem ihm vorgeworfenen Verhalten eine Vertragspflicht - schuldhaft - verletzt, das Arbeitsverhältnis konkret beeinträchtigt wird, eine zumutbare Möglichkeit einer anderen Beschäftigung nicht besteht und die Lösung des Arbeitsverhältnisses in Abwägung der Interessen beider Vertragsteile billigenswert und angemessen erscheint (st. Rspr., z. B. BAG 12.01.2006 - 2 AZR 21/05 - EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 67; BAG 31.05.2007 - 2 AZR 200/06 - EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 71 m. w. N.).

69

70

2.Im Streitfall ist die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 13.02.2008 nicht billig und angemessen. Wie bereits zur außerordentlichen Kündigung ausgeführt, kann die Beklagte dem Kläger keine Straftat oder sonstige schwerwiegende Pflichtverletzung nachweisen. Auf eine Verdachtskündigung, die auch als ordentliche Kündigung ausgesprochen werden kann (vgl. nur BAG 10.02.2005 - 2 AZR 189/04 - NZA 2005, 1056; BAG 27.11.2008 - 2 AZR 98/07 - a. a. O.), kann die Beklagte ihre hilfsweise am 13.08.2008 ausgesprochene ordentliche Kündigung nicht stützen. Insoweit wird auf die Ausführungen zur hauptsächlich erklärten außerordentlichen Kündigung verwiesen.

III.Weiterhin ist das Arbeitsverhältnis der Parteien auch nicht durch die ordentliche, fristgerechte (vgl. § 10 Nr. 1 des Arbeitsvertrages vom 25.08.2006) Kündigung der Beklagten vom 23.06.2008 zum 30.09.2008 aufgelöst worden (vgl. § 4 Satz 1 KSchG). Denn diese Kündigung ist gemäß § 1 Abs. 1 KSchG rechtsunwirksam, da sie sozial ungerechtfertigt i. S. von § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist. Es liegen keine dringenden betrieblichen Erfordernisse vor, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers entgegenstehen. Eine Rechtfertigung der ordentlichen Kündigung vom 23.06.2008 aus anderen Gründen steht nicht im Streit.

71

1.Dringende betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung i. S. von § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG können sich aus innerbetrieblichen oder außerbetrieblichen Gründen ergeben. Eine Kündigung ist aus innerbetrieblichen Gründen gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren innerbetrieblicher Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt (st. Rspr. seit BAG 07.12.1978 - 2 AZR 155/77 - EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 10; ebenso z. B. BAG 10.07.2008 - 2 AZR 1111/06 - EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 163 m. w. N.). Von den Arbeitsgerichten voll nachzuprüfen ist, ob eine derartige unternehmerische Entscheidung tatsächlich vorliegt und durch ihre Umsetzung das Beschäftigungsbedürfnis für einzelne Arbeitnehmer entfallen ist. Dagegen ist die unternehmerische Entscheidung nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (st. Rspr., z. B. BAG 10.07.2008 - 2 AZR 1111/06 - a. a. O.).

72

2.Vorliegend stützt die Beklagte ihre ordentliche Kündigung vom 23.06.2008 auf die angeblich am 30.05.2008 getroffene unternehmerische Entscheidung, die Stelle des Klägers als Hauswirtschaftsleiter zum 30.06.2008 ersatzlos zu streichen, wobei sie die dem Kläger bisher zugewiesenen Aufgaben anderweitig verteilt haben will.

73

a)Läuft die unternehmerische Entscheidung, wie hier, letztlich nur auf den Abbau einer Hierarchieebene hinaus verbunden mit einer Neuverteilung der dem betroffenen Arbeitnehmer bisher zugewiesenen Aufgaben, bedarf es der Konkretisierung dieser Entscheidung, damit geprüft werden kann, ob der Arbeitsplatz des betroffenen Arbeitnehmers tatsächlich weggefallen ist und die Entscheidung nicht offensichtlich unsachlich oder willkürlich ist (BAG 17.06.1999 - 2 AZR 522/98 - EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 101; BAG 10.10.2002 - 2 AZR 598/01 - EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 122; BAG 13.02.2008 - 2 AZR 1041/06 - EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 158). Der Arbeitgeber muss insbesondere konkret darlegen, in welchem Umfang die bisher von dem Arbeitnehmer ausgeübten Tätigkeiten zukünftig im Vergleich zum bisherigen Zustand entfallen. Er muss aufgrund seiner unternehmerischen Vorgaben die zukünftige Entwicklung der Arbeitsmenge anhand einer näher konkretisierten Prognose darstellen und angeben, wie die anfallenden Arbeiten vom verbliebenen Personal ohne überobligationsmäßige Leistungen erledigt werden können (BAG 27.09.2001 - 2 AZR 176/00 - EzA § 14 KSchG Nr. 6; BAG 13.02.2008 - 2 AZR 1041/06 - a. a. O.).

74

b)Im Streitfall hat die Beklagte diese Anforderungen an die ihr gemäß § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG obliegende Darlegungslast nicht erfüllt. Insbesondere ist es ihr nicht gelungen, darzulegen, dass im Zeitpunkt des Zugangs der ordentlichen Kündigung vom 23.06.2008, nämlich am 24.06.2008, die Prognose gestellt werden konnte, dass die bisher vom Kläger ausgeführten Tätigkeiten, soweit sie auf Frau C., Herrn U. und Herrn L. übertragen worden sind, künftig ohne überobligationsmäßige Leistung erledigt werden können. Dabei kann dahinstehen, ob der Beschluss der Beklagten vom 30.05.2008, wie von ihr in ihrem Schriftsatz vom 08.09.2008 (Seite 3) behauptet, die Verteilung sämtlicher bisher dem Kläger obliegenden Aufgabengebiete an die jeweiligen Küchenleiter beinhaltete. Aus dem von der Beklagten vorgelegten Gesprächsprotokoll vom 30.05.2008 ist lediglich zu entnehmen, dass die Stelle Hauswirtschaftsleitung zum 30.06.2008 entfallende und die Verantwortung der mit dieser Stelle verbundenen übergeordneten Funktion für die I. Betriebsstätten in E., E. und I. an die Küchenleiter der einzelnen Produktionsküchen verteilt würde.

75

a)Mangels gegenteiligen Vorbringens der Beklagten ist davon auszugehen, dass vor Ausspruch der streitbefangenen Kündigung vom 23.06.2008 die Sollarbeitszeit des Klägers gemäß § 4 Nr. 1 des Arbeitsvertrages vom 25.08.2006 nach wie vor 40 Stunden pro Woche betrug. Diese Annahme gilt selbst dann, wenn man den Vortrag der Beklagten als richtig unterstellt, dass ein Großteil der von ihr in ihrem Schriftsatz vom 08.09.2008 (Seite 2) aufgeführten Aufgabengebiete des Klägers bereits vor dem angeblich am 30.05.2008 gefassten Beschluss durch die jeweiligen Küchenleiter entweder komplett selbstständig oder aber zumindest größtenteils selbstständig ausgefüllt worden seien. Dieser Umstand schließt nämlich nicht aus, dass die danach dem Kläger verbleibenden Tätigkeiten ihn voll auslasteten. Hiervon wäre insbesondere dann auszugehen, wenn sich, wie der Kläger vorgetragen hat, die von der Beklagten in ihrem erwähnten Schriftsatz aufgeführten Tätigkeiten nicht mit denen der "Stellenbeschreibung Hauswirtschaftsleiter" vom 28.08.2006 völlig decken würden.

76

b)Um eine fundierte Prognose hinsichtlich künftig fehlender überobligationsmäßiger Leistung seitens Frau C. sowie der Herren U. und L. nach der von der Beklagten behaupteten Neuverteilung der vom Kläger bisher erledigten Arbeiten ab dem 01.07.2008 stellen zu können, hätte die Beklagte im Einzelnen konkret darlegen müssen, welche zeitlichen Anteile die von diesen drei Mitarbeitern verrichteten Tätigkeiten bis zum 30.06.2008, spätestens aber bis zum 30.09.2008, zu dem die streitbefangene Kündigung wirken sollte, und danach ausmachten bzw. ausmachen. Zusätzlich hätte die Beklagte noch die Zeitanteile der Aufgaben des Klägers, die dieser bis zum 30.06.2008 ausgeübt hat und die künftig auf Frau C. sowie Herrn U. und Herrn L. übertragen werden sollten, im Einzelnen darlegen müssen. Nur auf der Grundlage eines derartigen detaillierten Vorbringens wäre feststellbar gewesen, ob die drei vorgenannten Mitarbeiter der Beklagten die ihnen insgesamt nach dem Vortrag der Beklagten künftig obliegenden Arbeitsaufgaben ohne überobligationsmäßige Leistung, d. h. innerhalb der von ihnen vertraglich geschuldeten wöchentlichen Regelarbeitszeit, ausführen können.

77

c)Gegen eine derartige Prognose spricht im Übrigen, dass jedenfalls auch nach der von der Beklagten mit Schriftsatz vom 27.10.2008 eingereichten Aufstellung Frau C. in der Vergangenheit erhebliche Überstunden erbracht hat. Zwar sind die Überstunden nach dieser Aufstellung in der Zeit vom 01.07.2008 bis 30.09.2008 geringer angefallen. Die Überstunden betragen aber auf der Basis der von der Beklagten für die vorgenannten drei Monate angegebenen Überstunden (63,97) im Schnitt monatlich immerhin noch 21,32 Stunden. Soweit die Beklagte die im Zeitpunkt des Ausspruchs der streitbefangenen ordentlichen Kündigung am 23.06.2008 angefallenen circa 600 Überstunden der Frau C. damit erklären

78

will, dass der Kläger, wie von ihr im Schriftsatz vom 27.10.2008 aufgeführt, angeblich seinen arbeitsvertraglichen Verpflichtungen unzureichend nachgekommen sei, fehlt es hierzu an jeglichem substantiiertem Vorbringen. Das gilt im Übrigen auch für die Ausführungen der Beklagten in diesem Schriftsatz, mit denen sie die von Frau C. in der Zeit vom 01.07. bis einschließlich 30.09.2008 angefallenen Überstunden erklären will.

IV. Dem Kläger steht, nachdem zweitinstanzlich festgestellt worden ist, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder zum 18.08.2008 noch zum 30.09.2008 beendet worden ist und auch nicht - wie noch darzustellen ist - durch den Antrag der Beklagten gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG aufgelöst worden ist und damit weiter fortbesteht, der von ihm geltend gemachte Weiterbeschäftigungsanspruch zu. Dieser ergibt sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (grundlegend Beschluss vom 27.02.1985 - GS 1/84 - EzA § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 9) aus §§ 611 Abs. 1, 613 Satz 1 BGB i. V. m. § 242 BGB unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen der Art. 1 und 2 GG.

79

V. Zwar begründet § 109 GewO keinen Anspruch auf Erteilung eines Zwischenzeugnisses. Jedoch ist die Beklagte hierzu aus allgemeiner vertraglichen Nebenpflicht (vgl. § 241 BGB) in Anlehnung an § 61 Abs. 2 BAT/§ 35 Abs. 2 TVöD verpflichtet, da der Kläger einen triftigen Grund hierfür geltend machen kann (vgl. Hess. LAG 28.03.2003 - 12 SaGa 1744/02 - LAG Report 2004, 215; LAG Köln 02.02.2000, - 3 Sa 1296/99 - NZA-RR 2000, 419, 420; ErfK/Müller-Glöge, 9. Aufl. 2009, § 109 GewO Rz. 50). Ein derartiger triftiger Grund ist vorliegend der Umstand, dass die Parteien über die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses im vorliegenden Kündigungsschutzprozess streiten und der Kläger in zweiter Instanz ein obsiegendes Urteil in diesem Prozess erlangt hat (vgl. Hess. LAG 28.03.2003 - 12 SaGa 1744/02 - a. a. O.; vgl. auch LAG Hamm 13.02.2007 - 19 Sa 1589/06 - n. v.; ErfK/Müller-Glöge, 9. Aufl. 2009, § 109 GewO Rdn. 50).

80

B.

81

Der auch ohne Anschlussberufung gemäß § 524 Abs. 1 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG in die Berufungsinstanz gelangte Auflösungsantrag der Beklagten ist unbegründet.

82

I. Ist die Klage des Arbeitnehmers nach § 4 Satz 1 KSchG, wie vorliegend, erstinstanzlich abgewiesen und daher über den hilfsweise gestellten (vgl. BAG 18.12.1980 - 2 AZR 1006/78 - EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 44) Auflösungsantrag des Arbeitgebers nicht entschieden worden, braucht dieser nach Berufungseinlegung durch den Arbeitnehmer nicht seinerseits Berufung nach § 511 ZPO bzw. Anschlussberufung gemäß § 524 Abs. 1 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG einzulegen, um seinen Auflösungsantrag erneut in der Berufungsinstanz stellen zu können. Dieser fällt, da dem Hauptantrag des Arbeitgebers, nämlich Klageabweisungsantrag, in erster Instanz stattgegeben worden ist, automatisch in der Berufungsinstanz an (vgl. BAG 25.10.1989 - 2 AZR 633/88 - EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 30; BAG 10.10.2002 - 2 AZR 598/01 - EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 122; ErfK/Kiel, 9. Aufl. 2009, § 9 KSchG Rz. 39; von Hoyningen-Huene/Linck, 14. Aufl. 2008, § 9 KSchG Rdn. 31; KR/Kilger, 9. Aufl. 2009, § 9 KSchG Rdn. 99).

83

II. Auf Antrag des Arbeitgebers hat das Gericht, nachdem die Sozialwidrigkeit der ordentlichen Kündigung festgestellt worden ist (vgl. § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG), gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG das Arbeitsverhältnis aufzulösen, wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen. An die Begründetheit des vom Arbeitgeber gestellten

84

Auflösungsantrages sind im Interessen eines wirksamen Bestandsschutzes strenge Anforderungen zu stellen (BVerfG 22.10.2004 - 1 BvR 1944/01 - EzA § 9 KSchG n. F. Nr. 49; BAG 06.09.2007 - 2 AZR 264/06 - EzA § 626 BGB 2002 Nr. 18; BAG 10.07.2008 - 2 AZR 1111/06 - EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 163). Der Zeitpunkt für die Beurteilung ist derjenige, in dem das Gericht über den Antrag befindet, hier also der Schluss der mündlichen Verhandlung in dieser Instanz - d. i. 02.07.2009 - (vgl. nur BAG 06.11.2003 - 2 AZR 177/02 - EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 60; BAG 10.07.2008 - 2 AZR 1111/06 - a. a. O.). In diesem Zeitpunkt ist zu prüfen, ob aufgrund des Verhaltens des Arbeitnehmers in der Vergangenheit in Zukunft noch mit einer den Betriebszwecken dienenden weiteren Zusammenarbeit der Parteien zu rechnen ist (vgl. § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG). Die Gründe, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen den Vertragspartnern nicht erwarten lassen, müssen zwar nicht im Verhalten, insbesondere nicht im schuldhaften Verhalten des Arbeitnehmers liegen. Indes darf der Arbeitgeber Spannungen zwischen dem Arbeitnehmer und Kollegen oder Vorgesetzten nicht ohne Beachtung der Verursachungsanteile zu Lasten eines Arbeitnehmers lösen. Die bloße Weigerung von Arbeitskollegen, mit einem Arbeitnehmer zusammenzuarbeiten, kann die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG nicht rechtfertigen (BAG 02.06.2005 - 2 AZR 234/04 - a. a. O.; BAG 28.10.2008 - 2 AZR 483/07 - juris).

III. Unter Beachtung dieser Anforderungen konnte zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 02.07.2009 nicht festgestellt werden, dass die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte (vgl. nur BAG 30.09.1976 - 2 AZR 402/75 - EzA § 9 KSchG n. F. Nr. 3; BAG 25.10.1989 - 2 AZR 633/88 - EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 30) Tatsachen vorgetragen hat, aus denen zu schließen wäre, eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen den Parteien lasse sich nicht erwarten. 85

1. Soweit die Beklagte sich für ihre gegenteilige Meinung darauf beruft, der Kläger habe in der Vergangenheit gegen diverse Einrichtungsleiter ihrer Seniorenstifte schwerwiegende Mobbingvorwürfe erhoben, ist dieser Vortrag viel zu allgemein gehalten. Soweit die Beklagte exemplarisch einen gegen Herrn G. erhobenen Mobbingvorwurf näher darlegt, ist ihr vorzuhalten, dass es sich hier - das Vorbringen der Beklagten als wahr unterstellt - um einen einmaligen konkret vorgetragenen Vorfall handelte und der Kläger sogar seine gegen Herrn G. erhobenen Vorwürfe zurückgenommen bzw. nicht weiter aufrecht erhalten hat. Von einer Wiederholungsgefahr für die Zukunft kann deshalb nicht ausgegangen werden. Dem steht auch nicht die weitere Behauptung der Beklagten entgegen, der Kläger habe regelmäßig Mobbingvorwürfe erhoben, sobald sachlich Kritik ihm gegenüber geäußert worden sei. Auch hier hat es die Beklagte unterlassen, konkret die einzelnen Mobbingvorwürfe, zeitlich geordnet, vorzutragen. 86

2. Soweit die Beklagte ihren Auflösungsantrag gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG daraus herleiten will, dass ein Großteil ihrer Mitarbeiter bekundet habe, er könne sich eine weitere Zusammenarbeit mit dem Kläger nicht vorstellen, und als Beispiel Frau C. mit der Mitteilung, sie möchte keinesfalls mehr mit dem Kläger zusammenarbeiten, angeführt wird, reicht auch dies nicht für eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus. Zum einen handelt es sich hier lediglich um die Äußerung eines Wunsches der namentlich mit Ausnahme von Frau C. nicht näher bezeichneten Mitarbeiter. Zum anderen kann selbst die bloße Weigerung von Arbeitskollegen, mit einem Arbeitnehmer zusammenzuarbeiten, wie bereits ausgeführt, die Auflösung nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG nicht rechtfertigen. Des Weiteren hat die Beklagte, obwohl ihr dies obliegen hätte, nicht vorgetragen, welche konkreten Schritte sie unternommen hatte, die von ihr behaupteten Spannungen zwischen der Klägerin und anderen Mitarbeitern, insbesondere Frau C., abzubauen. Die Beklagte hat selbst eingeräumt, dass sich weder Frau 87

C. noch Herr N. an die Orte und Uhrzeiten erinnern könnten, an welchen die "Vielzahl von Gesprächen" zwischen dem Kläger und diesen beiden Mitarbeitern stattgefunden haben sollen, um den von ihr beanstandeten Informationsfluss zwischen dem Kläger und Frau C. zu verbessern.

3.Soweit die Beklagte schließlich zur Begründung ihres Antrags nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG gegenüber dem Kläger erhobene Beschwerden anführt, reicht auch ihr in diesem Zusammenhang erfolgtes Vorbringen nicht, um die von § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG geforderte negative Prognose für eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen den Parteien in der Zukunft stellen zu können. Zum einen sind diese Beschwerden mit einer Ausnahme, nämlich derjenigen im Zusammenhang mit der Ausstattung der jeweiligen I. Seniorenstifte (vgl. Schriftsatz der Beklagten vom 27.10.2008, Seite 7 ff.), nicht näher konkretisiert. Zum anderen hat die Beklagte nicht näher dargelegt, wieso das dem Kläger im Zusammenhang mit der Ausstattung der jeweiligen I. Seniorenstifte vorgeworfene Fehlverhalten sowohl innerhalb der jeweiligen Seniorenstifte vor Ort als auch auf Seiten des Lieferanten für "erhebliche Verärgerung" sorgte und es deshalb in der Folgezeit auch zu einem "erheblichen Vertrauensverlust" zwischen ihr - der Beklagten - und dem Lieferanten N. GmbH gekommen sei.

C. 89

Die Kosten des Rechtsstreits trägt, da der Kläger mit seinem Klagebegehren voll obsiegt hat und die Beklagte mit ihrem Auflösungsantrag unterlegen ist, die Beklagte gemäß § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG. 90

Die Kammer hat die Revision im Hinblick auf das Feststellungsbegehren des Klägers nach § 4 Satz 1 KSchG betreffend die Wirksamkeit der ordentlichen, betriebsbedingten Kündigung der Beklagten vom 23.06.2008 gemäß § 72 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG teilweise zugelassen. 91

RECHTSMITTELBELEHRUNG : 92

Gegen dieses Urteil kann von der beklagten Partei, soweit diese zugelassen worden ist, 93

REVISION 94

eingelegt werden. 95

Für die klagende Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben. 96

Die Revision muss innerhalb einer Notfrist* von einem Monat schriftlich beim 97

Bundesarbeitsgericht 98

Hugo-Preuß-Platz 1 99

99084 Erfurt 100

Fax: 0361 2636 2000 101

eingelegt werden. 102

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung. 103

104

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

1.Rechtsanwälte,	105
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,	106
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.	107
In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionsschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.	108
Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.	109
* eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.	110
gez.: Prof. Dr. Vossen gez.: Priebe gez.: Hartmann	111