
Datum: 16.01.2012
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 7. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 7 Sa 1201/11
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2012:0116.7SA1201.11.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Dortmund, 3 Ca 5643/10
Schlagworte: Außerordentliche Kündigung; Internet, E-Mail, Privatnutzung; Entzug Dienstfahrzeug
Normen: § 626 BGB
Leitsätze:
Die einmalige Weitergabe einer dienstlich erhaltenen E-Mail an das eigene private E-Mail-Fach eines Arbeitnehmers stellt für sich gesehen keinen Grund für den Aus-spruch einer außerordentlichen Kündigung dar

Tenor:
Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom 30.06.2011 – Az.: 3 Ca 5643/10 – wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen, wobei das Urteil insoweit für wirkungslos erklärt wird, als die Beklagte verurteilt worden ist, den Kläger bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Kündigungen vom 30.11.2010 und 14.12.2010 zu unveränderten Bedingungen als M1 D7 weiter zu beschäftigen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Die Parteien streiten um die Rechtswirksamkeit einer betriebsbedingten und sodann nachfolgenden außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses sowie um damit im Zusammenhang stehende Ansprüche des Klägers.

Der am 11.06.1967 geborene, verheiratete und einem Kind zum Unterhalt verpflichtete Kläger ist bei der Beklagten seit dem 01.03.2010 als "M1 D7" auf der Basis eines Bruttomonatsverdienstes von 7.500 € nebst einer Bonuszahlung in Höhe von 30.000 € im Geschäftsjahr tätig. Ferner erhielt der Kläger ein Dienstfahrzeug, das er auch zu privaten Zwecken nutzen konnte. Der steuerwerte Vorteil dafür belief sich während der Monate März bis Dezember 2011 auf durchschnittlich 307,30 €. Die Beklagte entwickelt Computer-Software und stellt sie her. Im Zeitpunkt des Zugangs der streitgegenständlichen Kündigungen beschäftigte die Beklagte jedenfalls mehr als 10 Arbeitnehmer. 3

Unter Ziff. 4 des schriftlichen Arbeitsvertrages der Parteien, wegen dessen näheren Inhalts auf Bl. 9 bis 18 d. A. Bezug genommen wird, hielten die Parteien fest, dass eine Privatsnutzung der Telekommunikations-, Internet- und E-Mail-Einrichtungen ausgeschlossen sei. Außerdem wurde festgehalten, dass der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sicherzustellen und Daten vertraulich zu behandeln seien. In Ergänzung zum Arbeitsvertrag schlossen die Parteien unter dem 03.02.2010 eine weitere Vereinbarung ab, in der sich der Kläger zur Verschwiegenheit verpflichtete und auf seine Verantwortung im Hinblick auf streng vertrauliche Daten hingewiesen wurde. Weiter wurde in dieser Vereinbarung, wegen deren näheren Inhalts auf Bl. 100 d.A. verwiesen wird, festgehalten, dass ein Verstoß gegen die besondere Verpflichtung zur Verschwiegenheit die Arbeitgeberin berechtige, das Arbeitsverhältnis fristlos zu kündigen. 4

Der ehemalige Geschäftsführer P1 der Beklagten führte mit dem Kläger Ende November 2010 ein Gespräch über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus betriebsbedingten Gründen. Am 30.11.2010 stellte die Beklagte den Kläger von der Verpflichtung frei, seine Arbeitsleistung zu erbringen. Mit Schreiben gleichen Datums sprach die Beklagte eine betriebsbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 28.02.2011 aus. Noch am selben Tag überprüfte die Beklagte den E-Mail-Account des Klägers. Sie stellte fest, dass der Kläger sämtliche E-Mails gelöscht hatte. Am 03.12.2010 ließ die Beklagte die gelöschten E-Mails wieder herstellen. Dabei bemerkte sie, dass der Kläger am 29.11.2010 von seinem dienstlichen E-Mail-Account eine E-Mail vom 25.11.2010 an seine private E-Mail-Adresse weitergeleitet hatte. Die E-Mail stammte vom "C1 O1 O2" A1 der Muttergesellschaft in R3, war an ihren ehemaligen Geschäftsführer P1 gerichtet und enthielt die dienstliche E-Mail-Adresse des Klägers sowie zweier weiterer Mitarbeiter der Beklagten "Cc". Der Inhalt lautete wie folgt: 5

"Hi H3, 6

I postpone the meeting with the strategies. Wrt to Budget, we just finalized them yesterday. 7

Consumer	Business
----------	----------

 8

2010f	2011	YoY	2010f	2011	YoY
-------	------	-----	-------	------	-----

 9

DACH (€) 2,158 2,548 18.0% 989 2,000 102.2%

On the business side, I'm based on the number of heads you have, and because I'm assuming Uwe's impact won't be immediate. However, you may need to cut that team down by 1, or come up with additional revenue, as the rev/head numbers do not add up. 11

Saludos 12

Charles" 13

Sämtliche E-Mails, die der Kläger dienstlich erhielt, wurden auf Veranlassung der Beklagten auf das private Mobiltelefon des Klägers repliziert. 14

Mit Schreiben vom 30.11.2010 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis betriebsbedingt zum 28.02.2011, mit einem weiteren Schreiben vom 14.12.2010 sprach die Beklagte eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus. 15

Der Kläger, der bestritten hat, dass die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten worden sei, hat behauptet, das Gespräch zwischen ihm und dem ehemaligen Geschäftsführer der Beklagten habe nicht bereits am 25.11.2010 stattgefunden, sondern am 29.11.2010. Der ehemalige Geschäftsführer P1 habe ihn im Zusammenhang mit dem Ausspruch der Kündigung aufgefordert, seinen dienstlichen Laptop Übergabefrei zu machen und an die Beklagte herauszugeben. Durch seine Handlungen habe er den Datenbestand der Beklagten nicht verändert. Mit dem Löschen seines E-Mail-Accounts habe er lediglich die Absicht verfolgt, den dienstlichen Laptop ordnungsgemäß zu übergeben. Die Weitergabe der dienstlichen E-Mail vom 25.11.2010 an seine private E-Mail-Adresse sei ein Vorgang gewesen, der einer gängigen und dem Geschäftsführer der Beklagten bekannten Praxis der Mitarbeiter der Beklagten entsprochen hätte. Es habe nicht seiner Absicht entsprochen, die Daten zweckwidrig zu verwenden. Die E-Mail vom 25.11.2010 habe er an sich weitergeleitet, weil sich in ihr Informationen befunden hätten, die er benötigt hätte, um ein Konzept zur Umstellung der Marketingabteilung zu erarbeiten, mit dem sein Arbeitsplatz hätte erhalten werden können. Außerdem ergebe sich aus dieser E-Mail, dass es um betriebsbedingte Ablaufprozesse gehe, die nichts mit seiner Person zu tun hätten. Es sei insbesondere falsch, nehme die Beklagte an, er habe sich mit dieser E-Mail ein Druckmittel vorbehalten wollen, um ein ordnungsgemäßes Arbeitszeugnis zu erhalten. 16

Der Kläger hat behauptet, der "G1 M1 D6" B1 R1 der Beklagten sei im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung vom 30.11.2010 dauerhaft in den U2 gewesen, weshalb er nicht in der Lage gewesen wäre, einen Teil seiner - des Klägers - Tätigkeiten zu übernehmen. Die Beklagte beschäftige ferner den Mitarbeiter H1-P2 L1 als "Head of M1 & PR". 17

Der Kläger hat die Auffassung geäußert, in die Sozialauswahl hätten die Mitarbeiter B2 und H2 einbezogen werden müssen, die sozial weniger schützenswert seien als er. Ihm stünden Gehaltsansprüche und Schadensersatzansprüche wegen den Entzugs des Dienstfahrzeugs für die Monate Dezember 2010 bis März 2011 in der geltend gemachten – und in rechnerischer Hinsicht unstreitigen – Höhe unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges zu, ebenso wie eine – in rechnerischer Hinsicht wiederum unstreitige – anteilige Bonuszahlung für das abgelaufene Geschäftsjahr in Höhe von 25.000 €. 18

Der Kläger hat beantragt, 19

20

1. festzustellen, dass sein Arbeitsverhältnis durch die ihm am 14. Dezember 2010 zugegangene fristlose Kündigung vom 14. Dezember 2010 nicht aufgelöst wird,	
2. festzustellen, dass sein Arbeitsverhältnis durch die ihm am 30. November 2010 zugegangene Kündigung vom 30. November 2010 nicht aufgelöst wird,	21
3. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern über den 28. Februar 2011 hinaus zu unveränderten Bedingungen fortbesteht,	22
4. für den Fall seines Obsiegens mit den Klageanträgen zu 1., 2., und 3. die Beklagte zu verpflichten, ihn bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Kündigungen vom 30. November 2010 und 14. Dezember 2010 zu unveränderten Arbeitsbedingungen als M1 D7 weiter zu beschäftigen,	23
5. die Beklagte zu verurteilen, ihm ein sich auf Führung und Leistung erstreckendes, qualifiziertes Zwischenzeugnis zu erteilen,	24
hilfsweise, für den Fall des Unterliegens ein Endzeugnis zu erteilen, das sich auf Art und Dauer der Beschäftigung sowie Leistung und Führung im Dienst erstreckt,	25
6. die Beklagte zu verurteilen, an ihn für den Monat Dezember 2010 7.847 Euro brutto abzüglich bereits geleisteter 2.499,47 Euro netto zzgl. 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01. Januar 2011, für den Monat Januar 2011 7.807,30 Euro brutto zzgl. 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01. Februar 2011, für den Monat Februar 2011 7.807,30 Euro zzgl. 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.03.2011 und für den Monat März 2011 7.807,30 Euro zzgl. 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.04.2011 zu zahlen,	26
7. die Beklagte zu verurteilen, an ihn als Bonus für das Kalenderjahr 2010 eine Summe von 25.000 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.04.2011 zu zahlen.	27
Die Beklagte hat beantragt,	28
die Klage abzuweisen.	29
Sie hat die Auffassung geäußert, der Kläger habe durch die Weiterleitung der E-Mail vom 25.11.2010 gegen § 4 des Arbeitsvertrages verstoßen, weil er diese E-Mail, die er aus dienstlichen Gründen erhalten habe, an sein privates E-Mail-Fach weitergeleitet habe, um sie dort zu privaten Zwecken zu verwenden. Damit habe er zugleich eine strafbare Handlung nach den §§ 303a Abs. 1, 202a Abs. 2 StGB, 17 UWG und eine Ordnungswidrigkeit nach § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG verwirklicht. Der Kläger habe sich ein Druckmittel verschaffen wollen, um sie - die Beklagte - dazu zu bewegen, ein wunschgemäßes Arbeitszeugnis auszustellen. Der Kläger habe ferner den Tatbestand des § 274 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 202a StGB verwirklicht, indem er die auf seinem dienstlichen E-Mail-Account gespeicherten Daten gelöscht habe. Einer vorhergehenden Abmahnung hätte es angesichts der schwerwiegenden Verstöße nicht bedurft. Es sei von ihr weder gewünscht noch geduldet worden, dienstliche E-Mails an den privaten E-Mail-Account weiterzuleiten. Sie stelle ihren Mitarbeitern Laptops gerade deshalb zur Verfügung, damit sie gesichert auf dienstliche Daten zugreifen könnten. Keinesfalls sei es zu rechtfertigen, dienstliche E-Mails mit budgetrelevanten Zahlen weiterzuleiten. Nicht nachvollziehbar sei es, behaupte der Kläger, er habe die E-Mail benötigt,	30

um ein Konzept zu erstellen, das er erst vier Monate nach Erhalt der außerordentlichen Kündigung im Rahmen der arbeitsgerichtlichen Auseinandersetzung vorgelegt habe.

Sie habe den Kläger nicht aufgefordert, seinen Rechner Übergabe frei herauszugeben, insbesondere nicht, den E-Mail-Account zu löschen. Der Kläger habe eine wichtige Position in ihrem Unternehmen bekleidet. Über seinen dienstlichen E-Mail-Account seien wichtige geschäftliche Kontakte gelaufen. Diese Daten hätten selbstverständlich auch nicht im Zuge der Abwicklung des Arbeitsverhältnisses gelöscht werden sollen. Es sei üblich, dass der Arbeitgeber sich ein Gesamtbild über den letzten Stand bestimmter Projekte und Aufgaben des Arbeitnehmers mache, um die weitere Bearbeitung zu ermöglichen. Das Löschen eines dienstlichen E-Mail-Accounts könnte sich schlimmstenfalls auch als geschäftsschädigend herausstellen. Alleine der Umstand, dass die Daten noch auf ihrem Server vorhanden gewesen seien, hätte es ermöglicht, die Daten wiederherzustellen.

31

Die Beklagte hat die Auffassung geäußert, die betriebsbedingte Kündigung vom 30.11.2010 sei sozial gerechtfertigt. Dazu hat sie behauptet, ihr ehemaliger Geschäftsführer P1 habe am 25.11.2010 die gestalterische Unternehmerentscheidung getroffen, die Marketingaktivitäten in der Marketingabteilung in B3 durchführen zu lassen, um die Kosteneffizienz und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens zu erhöhen. Dadurch sei der Arbeitsplatz des Klägers entfallen. Der D3 T1 K1 GmbH werde entsprechend eines zuvor vom Kläger selbst entwickelten Konzepts nun genau in dem Bereich tätig, in dem der Kläger gearbeitet habe. Ihr "G1 M1 D7" B1 R1 erledige alle sonstigen Tätigkeiten des Klägers, die nicht von der T1 K1 GmbH übernommen worden seien.

32

Freie Arbeitsplätze stünden im Unternehmen nicht zur Verfügung. Eine Sozialauswahl habe nicht durchgeführt werden müssen. Der Kläger sei mit keinen weiteren Mitarbeitern vergleichbar, insbesondere nicht mit ihren Mitarbeitern B2 und H2.

33

Mit Urteil vom 30.06.2011 hat das Arbeitsgericht der Klage ganz überwiegend stattgegeben, im Wesentlichen mit folgender Begründung: Gründe für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung seien nicht gegeben. Zwar könne das Weiterleiten oder Löschen dienstlicher E-Mails an sich geeignet sein, einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 2 BGB darzustellen. Doch sei das Gericht nicht davon überzeugt, dass der Kläger eine erhebliche Pflichtverletzung begangen habe. So sei der klägerische Vortrag, die dienstliche E-Mail vom 25.11.2010 benötigt zu haben, um ein Konzept zur Gestaltung der Marketingabteilung zu erstellen, für die Kammer nachvollziehbar, ohne dass die Beklagte dies habe ausräumen können. Stelle die Beklagte unter Bezugnahme auf ein Gespräch mit der Prozessbevollmächtigten des Klägers darauf ab, der Kläger habe die E-Mail weitergeleitet, um Druck auf sie im Zusammenhang mit der Erstellung des Arbeitszeugnisses auszuüben, habe die Prozessbevollmächtigte des Klägers klarstellen können, dass dies lediglich eine Vermutung ihrerseits gewesen sei. Nicht erkennbar sei, dass der Kläger Straftatbestände verwirklicht hätte. Dies gelte auch, soweit der Kläger den E-Mail-Account seines Rechners gelöscht habe. Der Kläger habe im Kammertermin geschildert, der damalige Geschäftsführer der Beklagten habe ihn aufgefordert, den Laptop Übergabe frei auszuhändigen. Dem sei die Beklagte nicht mit konkretem Sachvortrag begegnet. Die unwirksame außerordentliche Kündigung würde das Arbeitsverhältnis auch nicht als ordentliche verhaltensbedingte Kündigung beenden. Denn der von der Beklagten vorgetragene Sachverhalt würde auch eine solche Kündigung nicht rechtfertigen.

34

Die ausgesprochene fristgemäße betriebsbedingte Kündigung vom 30.11.2010 sei sozial nicht gerechtfertigt und damit rechtsunwirksam. So sei für die Kammer nicht ersichtlich, dass die Beklagte die vermeintliche unternehmerische Entscheidung auch umgesetzt habe.

35

Insbesondere beschäftigte die Beklagte nun im Verantwortungsbereich des Klägers den Mitarbeiter L1.

Angesichts der unwirksamen Kündigungen sei die Beklagte zur Weiterbeschäftigung des Klägers zu verurteilen. Ferner sei sie verpflichtet, an den Kläger unter Berücksichtigung der bereits geleisteten Zahlungen die – in rechnerischer Höhe unstreitigen – geltend gemachten Zahlungen unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs zu leisten. Auch ein Zwischenzeugnis sei dem Kläger zu erteilen. Die vom Kläger geltend gemachte allgemeine Feststellungsklage sei abzuweisen, weil dem Kläger ein Feststellungsinteresse nicht zur Seite stünde.

36

Gegen das der Beklagten am 25.07.2010 zugestellte Urteil richtet sich deren am 05.08.2011 eingelegte und innerhalb der bis zum 30.09.2011 verlängerten Berufungsbegründungsfrist am 30.09.2011 im Wesentlichen wie folgt begründete Berufung der Beklagten:

37

Der Kläger habe die E-Mail vom 25.11.2010 nicht zu dienstlichen, sondern zu lediglich privaten Zwecken an seine private E-Mail-Adresse weitergeleitet. So gehöre die vom Kläger behauptete Erstellung eines Konzepts, mit dem er habe darstellen wollen, dass sein Arbeitsplatz erhalten bleiben könne, nicht zum dienstliche Aufgabenbereich des Klägers und stelle sich damit als Privatnutzung dar. Damit, so ihre Auffassung, habe der Kläger sowohl gegen Ziff. 4 des Arbeitsvertrages als auch gegen seine allgemeine vertragliche Rücksichtnahmepflicht verstoßen. Er habe die E-Mail unter Missbrauch der Arbeitsmittel, die sie zur Verfügung gestellt habe, in seinen privaten Bereich verbracht und die darin enthaltenen Informationen, die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellten, auch noch privat verwendet. Aufgrund der Gesamtumstände könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger die E-Mail habe nutzen wollen, um ein Konzept zum Erhalt seines Arbeitsplatzes zu erstellen. Einen weiteren Pflichtenverstoß habe der Kläger begangen, indem er den E-Mail-Account seines dienstlichen Rechners vor dessen Übergabe gelöscht habe. Dies verwirkliche - ebenso wie die Weiterleitung der E-Mail vom 24.11.2010 - strafrechtliche Bestimmungen und sei im Übrigen ein erheblicher Vertrauensverstoß. Der Kläger habe durch sein Vorgehen eine geordnete Beendigung seines Arbeitsverhältnisses gerade nicht ermöglicht und ihr damit nicht den letzten Stand und die Entwicklung seiner geschäftlichen Kontakte weitergegeben.

38

Sofern der Kläger nun eine Tätigkeitsbeschreibung vorlege, sei zu sagen, dass die dort genannten Tätigkeiten zum großen Teil nicht dem Bereich M1 angehörten, sondern anderen Bereichen, oder aber nicht vom Kläger selbst verrichtete worden seien. Eine Konkretisierung der Aufgaben des Klägers lasse sich dem nicht entnehmen. Trage der Kläger vor, ihr Mitarbeiter L1 befasse sich damit, Zeitschriftenbeilagen von Covermount-CDs zu verwirklichen, sei dies zutreffend aber bedeutungslos, weil dies nicht zum ehemaligen Aufgabenbereich des Klägers gehört habe. Nach dem Weggang des Klägers habe es kein M1-Budget mehr gegeben. Sämtliche Aufgaben würden nun in B3 wahrgenommen. Strategiefestlegungen im Bereich Social M1 hätten nie zum Aufgabenbereich des Klägers gehört. Bestellungen, das Fertigen von Layouts und die Kontrolle von einfachen Produkten hätte die dem Kläger unterstellte Mitarbeiterin H4 zu erledigen gehabt, nicht aber der Kläger. D4 gelte auch für Aufgaben im Zusammenhang mit der Rechnungsprüfung, der Durchführung von Rückfragen und Korrekturen, dem Überwachen des Budgetstatus und von individuellen Budgets. Zwar seien Aufgaben der Agentursteuerung tatsächlich solche des Klägers und der Mitarbeiterin H4 gewesen. Doch seien diese Aufgaben nun insgesamt nach B3 verlagert worden. Stelle der Kläger Aufgaben dar, die er als "Zusammenarbeit mit zentralem M1 in B3 und U2" bezeichne, sei dieser Vortrag in den meisten Punkten unsubstantiiert. So sei der

39

Kläger mit Übersetzungsaufgaben nie befasst gewesen. Einfacherer Tätigkeiten habe nicht der Kläger, sondern die Mitarbeiterin H4 wahrgenommen. Die Aufgaben des Leadmanagements habe nicht der Kläger, sondern der "L2 M2" S3 wahrgenommen. Mit Vertriebsaufgaben habe der Kläger sich nicht befasst. Administrative Aufgaben im Zusammenhang mit dem Aufgabenkomplex "Messen/Events" habe nicht der Kläger wahrgenommen, sondern die Mitarbeiterin H4. Unklar sei, was der Kläger damit meine, behaupte er, er habe Messeteilnahmen von Fachhandelspartnern organisiert und unterstützt. Das S4 M3 M1 habe nicht der Kläger zu erledigen gehabt, sondern die Mitarbeiterin K2, die dem Kläger formal unterstellt gewesen sei. Sämtliche Belange im Zusammenhang mit Produkteinführung erledige die Muttergesellschaft in B3. Dies gelte auch für Aufgaben der Werbung und Mediaplanung, von denen ein Teil auch nicht vom Kläger, sondern von der Mitarbeiterin H4 ausgeführt worden sei. Tätigkeiten im Zusammenhang mit Werbegeschenken und Merchandising habe die Beklagte nach dem Ausscheiden des Klägers vollständig eingestellt. Aufgaben im Zusammenhang mit Gewinnspielen habe nicht der Kläger, sondern die Mitarbeiterin K2 übernommen. Ihrer Online-Direktorin B2 hätten die Aufgaben des Online-Marketings oblegen.

In der mündlichen Verhandlung vom 16.01.2012 haben die Parteien angesichts einer von der 40
Beklagten ausgesprochenen weiteren außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses
vom 26.08.2011 den auf Weiterbeschäftigung des Klägers gerichteten Klageantrag
übereinstimmend für erledigt erklärt.

Die Beklagte beantragt, 41
das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom 30.06.2011 –Az.: 3 Ca 5643/10 – teilweise 42
abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.

Der Kläger beantragt, 43
die Berufung zurückzuweisen 44

und verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Sachvortrags die 45
arbeitsgerichtliche Entscheidung. Er ist der Auffassung, die außerordentliche Kündigung
scheitere bereits an einer vorausgehenden Abmahnung. Außerdem sei nicht ersichtlich, dass
die Beklagte die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt habe. Er habe den
Laptop Übergabe frei herausgeben sollen. Zu diesem Zweck habe er den E-Mail-Account
gelöscht. Die Daten seien auf dem Server der Beklagten vorhanden gewesen. Sie habe
daher auf sämtliche Daten am 03.12.2010 zugreifen können. Er habe den Laptop nach
seinem Dafürhalten ordnungsgemäß übergeben wollen und aus diesem Zweck den E-Mail-
Account gelöscht. Weitere Motive habe er nicht gehabt. Letztlich sei der ehemalige
Geschäftsführer der Beklagten in alle Geschäftsvorgänge eingebunden gewesen. Meine die
Beklagte, es sei nicht zu einer ordnungsgemäßen Geschäftsübergabe gekommen, liege das
daran, dass sie ihn nach Ausspruch der Kündigung unmittelbar freigestellt habe. Die
Weitergabe von dienstlichen E-Mails an die private E-Mail-Adresse habe den Üblichkeiten im
Hause der Beklagten entsprochen. Dies sei nicht nur geduldet, sondern von dem Beklagten
gefördert und ihm vom ehemaligen Geschäftsführer P3 ausdrücklich genehmigt worden. Da
dienstliche E-Mails ohnehin auf das private Mobiltelefon weitergeleitet worden seien, sei die
streitige E-Mail sowieso außerhalb des Unternehmensnetzwerkes verfügbar gewesen. Die
Weiterleitung sei deshalb schlicht eine Vereinfachung zur Erstellung des Konzepts gewesen,
mit dem er sich zum Erhalt der Marketingabteilung und damit seines Arbeitsplatzes befasst
habe.

Betriebsbedingte Gründe für die Kündigung stelle die Beklagte auch in der Berufung, so seine Auffassung, nicht substantiiert dar. Die unternehmerische Entscheidung der Beklagten bleibe bestritten. Sein Arbeitsplatz, so seine Behauptung, sei nicht weggefallen. Der bisherige Sachvortrag der Beklagten sei widersprüchlich. Habe sie erstinstanzlich vorgetragen, ihr Mitarbeiter B1 R1 habe einen Teil seiner Tätigkeiten übernommen, lasse sie angesichts seines erstinstanzlichen Bestreitens davon nun ab und behaupte, sämtliche M1-Aufgaben seien in das Mutterunternehmen nach R3 übertragen und an das D5 T1 K1 GmbH ausgelagert worden. Hingegen würden nach wie vor Marketingaufgaben in D8 durchgeführt. So sei der Mitarbeiter L1 nicht nur mit administrativen Aufgaben befasst, sondern schalte Werbeanzeigen, betreue und aktualisiere Web-Seiten, wähle M1-Agenturen aus und überwache deren Aufgabenerledigung. Letztlich habe die Beklagte auch versucht, die in seinem Bereich ehemals tätigen Mitarbeiterinnen K2 und H4 zum Bleiben zu bewegen, nachdem diese eine Eigenkündigung ausgesprochen hätten. Dies sei nicht erklärlich, wenn doch in diesen Bereichen keine Arbeit mehr anfalle.

Wegen des weiteren Sach- und Rechtsvortrags der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen ergänzend Bezug genommen. 47

Entscheidungsgründe 48

I. Die Berufung der Beklagten ist an sich statthaft (§ 64 Abs. 1, Abs. 2 lit. c) ArbGG) und nach den §§ 519 ZPO, 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG am 05.08.2011 gegen das am 25.07.2010 zugestellte Urteil innerhalb der Monatsfrist form- und fristgerecht eingelegt worden. Sie wurde auch innerhalb der bis zum 30.09.2011 verlängerten Frist des § 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG ordnungsgemäß nach den §§ 520 Abs. 3 i.V.m. 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG am 30.09.2011 begründet und ist damit insgesamt zulässig. 49

II. Die Berufung ist hingegen unbegründet. Zu Recht hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die außerordentliche Kündigung vom 14.12.2010 mit sofortiger Wirkung noch durch die betriebsbedingte Kündigung vom 30.11.2010 mit Wirkung zum 28.02.2011 aufgelöst worden ist. Das Arbeitsgericht hat ferner zu Recht die Beklagte zur Zahlung der – der Höhe nach nicht streitigen – Vergütungsansprüche verurteilt, ebenso wie zur Erteilung eines Zwischenzeugnisses. 50

1. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist nicht durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 14.12.2010 aufgelöst worden. 51

Nach § 626 Abs. 1 BGB kann ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist dann gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, die dem Kündigungsberechtigten unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar machen. Die Prüfung, ob dies der Fall ist, vollzieht sich zweistufig. So ist zunächst zu festzustellen, ob der Sachverhalt für sich gesehen ohne besondere Umstände an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund darzustellen. Sodann ist zu prüfen, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden kann (ständige Rechtsprechung, vgl. nur BAG 09.06.2011 – 2 AZR 381/10, NZA 2011, 1027; 10.06.2010 – 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227; 26.03.2009 – 2 AZR 953/07, AP BGB § 626 Nr. 220; LAG Hamm 7 Sa 1264/10, juris). 52

Anerkannt ist, dass ein zum Nachteil des Arbeitgebers begangenes Vermögensdelikt oder eine zwar nicht strafbare, aber ähnlich schwerwiegende Handlung typischerweise als Grund für eine außerordentliche Kündigung in Betracht kommt (BAG 16.12.2010 – 2 AZR 485/08, NZA 2011, 571; 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32; 13.12.2007 – 2 AZR 537/06 – AP BGB § 626 Nr. 210), wobei nicht etwa die Höhe des dem Arbeitgeber durch die Pflichtverletzung entstandenen Vermögensschadens ausschlaggebend ist, sondern der mit der Pflichtverletzung verbundene Vertrauensbruch (BAG 16.12.2010 – 2 AZR 485/08, NZA 2011, 571; 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32). Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist auch die unzulässige Privatnutzung der vom Arbeitgeber bereitgestellten Möglichkeiten, auf das Internet zuzugreifen oder elektronische Nachrichten zu versenden, für sich gesehen geeignet, einen Grund für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung zu liefern. Dies ist insbesondere dann gegeben, wenn eine erhebliche Menge von Daten aus dem Internet auf betriebliche Datensysteme heruntergeladen wird und damit die Gefahr möglicher Vireninfiltrierungen oder anderer Störungen verbunden sein können oder auf solche Dateien zurückgegriffen wird, bei deren Rückverfolgung es zu möglichen Rufschädigungen des Arbeitgebers kommen kann, beispielsweise weil strafbare oder pornografische Darstellungen heruntergeladen werden. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer den ihm zur Verfügung gestellten Internetanschluss privat nutzt und dem Arbeitgeber möglicherweise zusätzliche Kosten entstehen oder aber die private Nutzung des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Internets während der Arbeitszeit erfolgt und der Arbeitnehmer deshalb während des Surfs im Internet zu privaten Zwecken seine arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringt (BAG 27.04.2006 - 2 AZR 386/05 - NZA 2006, 977; 12.01.2006 - 2 AZR 179/05, juris; 07.07.2005 - 2 AZR 581/04 - EzA BGB 2002 § 626 Nr. 10).

- a. Der von der Beklagten angezogene Kündigungssachverhalt, der Kläger habe die dienstliche E-Mail vom 25.11.2010 an sein privates E-Mail-Fach weitergeleitet, ist unter keinem Gesichtspunkt geeignet, einen Grund für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung zu liefern. 54

Das Weiterleiten der E-Mail an die private E-Mail-Adresse des Klägers hat eine nur unwesentliche Zeitspanne eingenommen, so dass dieser Vorgang nicht unter dem Aspekt an sich zur Kündigung geeignet ist, der Kläger habe seine arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitszeit zweckwidrig verwendet. Auch ist die Gefahr einer Rufschädigung der Arbeitgeberin ausgeschlossen. Der Kläger hat keine Dateien aus dem Internet heruntergeladen, deren Zuordnung zu einem Rechner der Beklagten angesichts des Inhalts der Dateien eine Rufschädigung der Beklagten mit sich bringen oder aber eine Gefährdung der Betriebssysteme der Beklagten nach sich ziehen könnte. Auch ist nicht ersichtlich, dass die Weiterleitung der E-Mail bei der Beklagten zu hohen Kosten hätte führen können. 55

Es bleibt damit das einmalige Weiterleiten einer dienstlich erhaltenen E-Mail an die private E-Mail-Adresse des Klägers. Dieser Vorgang ist für sich gesehen nicht geeignet, Grund für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung zu liefern. Daran ändert weder der Umstand etwas, dass der Kläger sich in Ziff. 4 des Arbeitsvertrages verpflichtet hat, dienstliche Internet- und E-Mail-Einrichtungen nicht zu privaten Zwecken zu nutzen noch der Inhalt der weitergeleiteten E-Mail Budgetzahlen der Beklagten enthielt und Vorstellungen zum Abbau eines Arbeitsplatzes. 56

Die Beklagte hat sich zweitinstanzlich auf den Standpunkt gestellt, die Weiterleitung der E-Mail stelle sich jedenfalls auch dann als Privatnutzung heraus, wenn die Behauptung des Klägers zutreffend sein sollte, er habe dies unternommen, um den Inhalt der E-Mail im 57

Rahmen eines Konzeptes zum Erhalt der Marketingabteilung und damit seines Arbeitsplatzes zu verwenden.

Dem vermag die Kammer nicht zu folgen. Denn das Verhalten des Klägers erfüllt nicht den Tatbestand einer Privatnutzung von E-Mail-Einrichtungen, die dienstlich zur Verfügung gestellt worden seien. Zwar mag es sein, dass der Kläger keinen Auftrag hatte, an einem solchen Konzept zu arbeiten. Es bleibt aber dabei, dass die Erstellung eines solchen Konzepts einen ganz deutlichen dienstlichen Bezug hatte, unabhängig davon, ob die Beklagte ein solches Konzept in Auftrag gegeben oder aber hätte verwenden wollen. Daran ändert nichts, dass der Kläger dieses Konzept außerhalb der von ihm zu leistenden Arbeitszeit und damit "privat" hat erstellen wollen. 58

Es liegt auch kein Verstoß gegen die in Ziff. 3 der Ergänzungsvereinbarung zum Arbeitsvertrag vom 03.02.2010 enthaltene Verpflichtung zur Verschwiegenheit vor. Unabhängig davon, dass über eine arbeitsvertragliche Regelung die gesetzlich festgelegten Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung nicht erweitert werden können (vgl. BAG 24.06.2004 - 2 AZR 652/02, NZA-RR 2005, 440; 04.06.1987 - 2 AZR 416/86 - AP KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 25), worauf das Arbeitsgericht bereits zutreffend hingewiesen hat, ist ein solcher Verstoß aber auch nicht erkennbar. Dem Kläger war der Inhalt der E-Mail, die wirtschaftsrelevante Zahlen der Beklagten und daraus gezogene Folgerungen für den Abbau eines Arbeitsplatzes betrafen, vom "Chief Operating Officer" Arizmendi der Muttergesellschaft in R3 zugeleitet worden. Über ihren Inhalt konnte der Kläger damit berechtigt verfügen. Es ist für die Kammer auch nicht erkennbar, dass der Kläger diese Daten etwa zweckwidrig verwendet haben könnte, sofern er sie für die Erstellung eines Konzeptes zum Erhalt der Marketingabteilung hat verwenden wollen. Die Weiterleitung an das private E-Mail-Fach des Klägers ändert daran nichts. 59

Letztlich ist der Umstand beachtlich, dass nach dem unbestrittenen Sachvortrag des Klägers sämtliche elektronischen Nachrichten, die er dienstlich erhalten hat, auf sein privates Mobiltelefon repliziert worden sind. Alle dienstlichen E-Mails befinden sich damit bereits im privaten Zugriff des Klägers. Es ist deshalb für das Berufungsgericht nichts am Verhalten des Klägers ersichtlich, was in diesem Zusammenhang geeignet sein könnte, an sich einen Grund für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung zu liefern. Die Kammer vermag trotz der sehr umfangreichen Darlegungen der Beklagten auch nicht zu erkennen, dass das Weiterleiten der dienstlich erhaltenen E-Mail an die private E-Mail-Adresse des Klägers Straftatbestände verwirklicht haben oder eine Ordnungswidrigkeit im Sinne des BDSG sein könnte. Die Berufungskammer folgt den diesbezüglichen Ausführungen des arbeitsgerichtlichen Urteils und nimmt auf sie Bezug. 60

Stellt die Beklagte die Vermutung auf, der Kläger habe die E-Mail an sein privates E-Mail-Fach weitergeleitet, um den Inhalt der E-Mail dazu zu verwenden, Druck auf sie auszuüben, damit sie ihm ein gutes Arbeitszeugnis ausstellen könne, ergibt sich für die Kammer kein Sachverhalt, aus dem heraus diese Schlussfolgerung gerechtfertigt sein könnte. Auch hier ist zu sagen, dass angesichts der Weiterleitung der E-Mail auf das Mobiltelefon des Klägers der Inhalt der E-Mail ohnehin dem privaten Zugriff des Klägers unterliegt. Letztlich ist die Beklagte dem Sachvortrag des Klägers, seine Prozessbevollmächtigte habe im Rahmen eines geführten Telefonats lediglich eine Vermutung geäußert, aus welchen Motiven heraus der Kläger die E-Mail verwenden könne, auch nicht substantiiert entgegengetreten. 61

Da bereits der Vorgang des einmaligen Weiterleitens einer dienstlichen E-Mail an die private E-Mail-Adresse für sich gesehen nicht geeignet ist, einen Grund für eine außerordentliche 62

Kündigung zu liefern, musste die vom Kläger behauptete und zwischen den Parteien streitige Frage, ob die Weiterleitung dienstlicher E-Mails den Üblichkeiten im Unternehmen der Beklagten entsprochen, ja sogar ausdrücklich gewünscht war, nicht mehr geklärt werden.

- b. Die Beklagte kann die außerordentliche Kündigung auch nicht darauf stützen, dass der Kläger den E-Mail-Account des ihm dienstlich überlassenen Laptops gelöscht hatte, bevor er den Laptop an sie herausgegeben hat. 63

Die Beklagte hat dazu behauptet, sie habe den Kläger nicht aufgefordert, seinen Rechner Übergabe frei herauszugeben, insbesondere nicht, den E-Mail-Account zu löschen. Es entspreche den Üblichkeiten, dass ein Arbeitgeber sich ein Gesamtbild über den letzten Stand bestimmter Projekte und Aufgaben des Arbeitnehmers machen wolle, damit eine weitere Bearbeitung möglich sei. Solche Daten sollten im Zuge der Abwicklung des Arbeitsverhältnisses nicht gelöscht werden. Auch dies verwirkliche strafrechtliche Bestimmungen und sei im Übrigen ein erheblicher Vertrauensverstoß, weil der Kläger durch sein Vorgehen eine geordnete Beendigung seines Arbeitsverhältnisses gerade nicht ermöglicht habe. 64

Es mag dahinstehen, ob der von der Beklagten angenommene Sachverhalt an sich geeignet ist, einen Grund für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung zu liefern. Denn für das Berufungsgericht ist nicht erkennbar, dass der Kläger die auf dem dienstlichen Laptop vorhandenen Daten in seinem E-Mail-Account gelöscht hat, um eine weitere Bearbeitung der geschäftlichen Vorgänge zu vereiteln. Es kann auch offen bleiben, ob dem Kläger vom ehemaligen Geschäftsführer der Beklagten aufgetragen worden war, den dienstlich überlassenen Laptop "Übergabe frei" herauszugeben. Jedenfalls ist zwischen den Parteien nicht im Streit, dass der Kläger den Laptop im Zusammenhang mit der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses zu übergeben hatte. Für das erkennende Gericht ist es nachvollziehbar, dass Daten im E-Mail-Account eines dienstlich überlassenen Rechners im Rahmen der Übergabe gelöscht werden. Die Beklagte hat nicht vorgetragen, dass sie dem Kläger aufgetragen hat, im Rahmen einer geordneten Übergabe seines Aufgabenbereichs auch die noch in seinem E-Mail-Account befindlichen Daten zur Verfügung zu stellen. Die Beklagte hat auch nicht dargelegt, dass es den Üblichkeiten ihres Geschäftsbetriebs entsprechen würde, eine Speicherung geschäftsrelevanter Daten über den E-Mail-Account der an ihre Mitarbeiter ausgehändigten Rechner zu bewirken. Deshalb ist für die Kammer nicht nachvollziehbar, was am Verhalten des Klägers darauf schließen lassen könnte, er habe den E-Mail-Account seines dienstlich überlassenen Laptops in der Erkenntnis gelöscht, dass dies eine Folgebearbeitung der von ihm betreuten Geschäftsvorgänge erschweren oder gar vereiteln würde. Dies gilt umso mehr, als der Kläger um den Erhalt seines Arbeitsplatzes bemüht war er kein Interesse daran haben können, die Arbeitsvertragsbeziehung zu belasten. 65

Für die Kammer ist es angesichts des Umstands, dass sämtliche der von der Beklagten bemühten Straftatbestände, die der Kläger durch sein Verhalten verletzt haben soll, auf der subjektiven Tatbestandsseite ein vorsätzliches Handeln voraussetzen, fernliegend, davon auszugehen, der Kläger habe Straftatbestände oder Ordnungswidrigkeiten verwirklicht. Das gilt insbesondere im Hinblick auf den Straftatbestand des § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB, der voraussetzt, dass der Kläger beweis erhebliche Daten im Sinne des § 202a Abs. 2 StGB, über die er nicht oder nicht ausschließlich verfügen darf, in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, gelöscht, unterdrückt, unbrauchbar gemacht oder verändert haben muss. Das Berufungsgericht vermöchte dem Sachvortrag der Beklagten nichts zu entnehmen, was den Schluss auf die erforderliche Nachteils Zufügungsabsicht nahe gelegt hätte. Auch insoweit folgt das Berufungsgericht den diesbezüglichen Ausführungen in den Entscheidungsgründen 66

des arbeitsgerichtlichen Urteils und nimmt auf sie Bezug.

Eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten durch das Löschen des E-Mail-Accounts war daher in Übereinstimmung mit dem Arbeitsgericht auch für die Berufungskammer nicht erkennbar. 67

c) Zu Recht hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass die Kündigung vom 14.12.2010 das Arbeitsverhältnis auch nicht als ordentliche Kündigung fristgemäß aufgelöst hat. Dabei können die vom Arbeitsgericht geäußerten Zweifel offen bleiben, ob die außerordentliche Kündigung angesichts der daneben auch ausgesprochenen ordentlichen betriebsbedingten Kündigung in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden kann. Das Löschen des E-Mail-Accounts auf dem dienstlich überlassenen Laptop stellt unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen bereits keine Pflichtverletzung dar. Sofern in der Weitergabe der E-Mail vom 25.11.2010 an die private E-Mail-Adresse eine unzulässige Privatnutzung der dienstlich überlassenen elektronischen Kommunikationseinrichtungen gesehen werden sollte, wäre ein solcher Verstoß gegen das Verbot der Privatnutzung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände, insbesondere angesichts der für den Kläger ohnehin auf seinem Mobiltelefon verfügbaren E-Mail von so geringer Relevanz, dass eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung jedenfalls ohne vorherige Abmahnung unverhältnismäßig und damit rechtsunwirksam wäre. Es bedurfte deshalb auch in diesem Zusammenhang keiner Klärung, ob die Übermittlung dienstlicher Daten an die private E-Mail-Adresse ohnehin den üblichkeiten im Betrieb der Beklagten entsprach, wie es vom Kläger behauptet worden war. 68

2. Zutreffend hat das Arbeitsgericht auch festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die ordentliche betriebsbedingte Kündigung der Beklagten vom 30.11.2010 aufgelöst worden ist. 69

Der Beklagten, die nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG die Tatsachen zu beweisen hat, die die Kündigung bedingen, ist es nicht gelungen darzulegen, dass die Kündigung aus dringenden betrieblichen Gründen gerechtfertigt ist. Die Kündigung ist damit sozialungerechtfertigt und deshalb nach § 1 Abs. 1 KSchG rechtsunwirksam. 70

Nach § 1 Abs. 2 KSchG ist eine Kündigung u.a. dann sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Solche dringenden betrieblichen Erfordernisse für eine Kündigung können sich aus inner- oder außerbetrieblichen Gründen ergeben. Die Beklagte hat sich im Wesentlichen darauf gestützt, die Kündigung sei deshalb gerechtfertigt, weil sie die unternehmerische Entscheidung getroffen habe, die Stelle des M1 Direktors nicht mehr besetzt zu halten und die mit dieser Position verbundenen Aufgaben auszulagern oder von anderen Personen wahrnehmen zu lassen. Damit greift die Arbeitgeberin auf eine in ihrem Unternehmensbereich liegende organisatorische Maßnahme zurück, die eine Kündigung aus innerbetrieblichen Gründen gerechtfertigt erscheinen lassen kann, wenn durch die innerbetriebliche Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung des Klägers entfällt. Dabei ist nach ständiger arbeitsgerichtlicher Rechtsprechung von den Arbeitsgerichten in vollem Umfang nachzuprüfen, ob eine derartige unternehmerische Entscheidung tatsächlich gefallen und ihre Umsetzung das Beschäftigungsbedürfnis für einzelne Arbeitnehmer obsolet gemacht hat. Auf ihre sachliche Rechtfertigung oder gar Zweckmäßigkeit wird die unternehmerische Entscheidung nicht überprüft. Insoweit ist der Prüfungsmaßstab alleine darauf reduziert, ob die unternehmerische Entscheidung offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist. Dabei treffen den Arbeitgeber im Hinblick auf seine Darlegungslast gesteigerte Anforderungen, wenn die unternehmerische Entscheidung sich letztlich auf den Abbau eines Arbeitsplatzes konzentriert, verbunden mit der 71

Neuverteilung der bisher zugewiesenen Aufgaben. Der Arbeitgeber hat seine Entscheidung zu konkretisieren und darzulegen, in welchem Umfang die bisher vom Arbeitnehmer ausgeübten Tätigkeiten entfallen sind und wie sie künftig wahrgenommen werden sollen (vgl. BAG 13.02.2008 - 2 AZR 1041/06, NZA 2008, 819; 10.10.2002 - 2 AZR 598/01, DB 2003, 506; 17.06.1999 - 2 AZR 522/98, NZA 1999, 1095). Der Arbeitgeber muss dabei substantiiert vortragen, wie sich die Umsetzung seiner unternehmerischen Entscheidung auf die Beschäftigungsmöglichkeiten ausgewirkt hat. Dabei müssen sich nicht nur die äußeren Anlässe für die unternehmerische Entscheidung, sondern auch die autonom gestaltete Unternehmerentscheidung an sich in greifbaren betrieblichen und damit objektivierbaren Formen niederschlagen. Der Arbeitgeber muss umso mehr durch konkreten Tatsachenvortrag verdeutlichen, dass ein Beschäftigungsbedürfnis für den Arbeitnehmer entfallen ist, je näher seine eigentliche Organisationsentscheidung an den Kündigungsentschluss heranrückt (BAG 17.06.1999 - 2 AZR 422/98 - NZA 1999, 1095).

Diesen Anforderungen genügt der Sachvortrag der Beklagten nicht. So wechselt der Sachvortrag der Beklagten zwischen den Instanzen und ist insgesamt ohne Substanz. Die Beklagte beschränkt sich darauf zu behaupten, der Arbeitsplatz des "M1 Directors" bestehe nicht mehr. Erhoffte Umsatzerlöse seien nicht eingetreten weshalb für ihr relativ kleines Unternehmen ein M1 D6 nicht mehr nötig sei. Hat sie erstinstanzlich vorgetragen, einen Teil der Tätigkeiten des Klägers sei ihrem "G1 M1 D6" B1 R1 übertragen worden, sofern nicht die M1 Aktivitäten insgesamt auf der Basis des vom Kläger selbst entwickelten Konzepts auf ein externes Unternehmen ausgelagert worden seien, hat sie diesen Vortrag zweitinstanzlich im Hinblick auf die Aufgabenübertragung auf ihren "G1 M1 D6" B1 R1 nicht mehr weiter vertieft, nachdem der Kläger behauptet hat, der "G1 M1 D6" B1 R1 sei im Zeitpunkt des Zugang der Kündigung dauerhaft in den U2 gewesen und stünde für die Übernahme der Tätigkeiten ohnehin nicht zur Verfügung. Zweitinstanzlich beschränkt sich die Beklagte darauf zu bestreiten, dass der Kläger die Tätigkeiten verrichte, die sich in der von ihm vorgelegten Tätigkeitsbeschreibung wiederfinden würden.

72

Ein solcher Vortrag ist insgesamt nicht geeignet, dem Gericht darzulegen, welche konkreten Tätigkeiten des Klägers in Folge ihrer unternehmerischen Entscheidung weggefallen sind. Die Beklagte trägt nicht vor, welche Aufgaben der Kläger als M1 D6 konkret ausgeführt hat, welche dieser Aufgaben nun von ihrem "G1 M1 D6" B1 R1 wahrgenommen werden sollen und inwieweit er trotz des klägerischen Vortrags, er stehe ohnehin nicht zur Verfügung, solche Aufgaben zu übernehmen, überhaupt dazu in der Lage ist und in welchem Umfang Tätigkeiten dem D3 "T1 K1 GmbH" übertragen worden sein sollen. Für den Kläger ist ein solcher Sachvortrag nicht einlassungsfähig. Es ist auch unerheblich, wenn sich die Beklagte zweitinstanzlich darauf beschränkt, den klägerischen Tatsachenvortrag zu den Tätigkeiten, die er im Hause der Beklagten verrichtet haben will, zu bestreiten oder seine Schlüssigkeit im Hinblick auf fehlende Substanz in Zweifel zu ziehen. Unter Berücksichtigung der bereits dargelegten Ausführungen zur Darlegungs- und Beweislast ist zu sagen, dass es nicht etwa der Kläger ist, der dazu vorzutragen hat, welche Tätigkeiten er im Hause der Beklagten verrichtet hat, sondern die Beklagte darzustellen hat, welche Tätigkeiten der Kläger in der Vergangenheit wahrgenommen hat und welche dieser Tätigkeiten durch welche konkreten betrieblichen organisatorischen Maßnahmen nun in Wegfall geraten sind. Es ist deshalb nicht von Bedeutung, behauptet die Beklagte, Strategiefestlegungen im Bereich des Social M1 hätten nie zum Aufgabenbereich des Klägers gehört ebenso wie Bestellungen und das Fertigen von Layouts sowie die Kontrolle von einfachen Produkten nicht vom Kläger selbst, sondern von seiner Mitarbeiterin H4 zu ledigen gewesen wäre, wie der Kläger auch nicht Aufgaben im Zusammenhang mit der Rechnungsprüfung, der Durchführung von Rückfragen und Korrekturen oder dem Überwachen des Budgetstatus hätte durchführen müssen. Es

73

spielt auch keine Rolle, behauptet die Beklagte nun, der Kläger habe auch keine Aufgaben mehr "Zusammenarbeit mit zentralem M1 in B3 und U2" wahrgenommen, ebenso wenig wie Übersetzungsaufgaben, Aufgaben des Liedmanagements, Vertriebsaufgaben, solche des Social Media Marketings oder der Werbung und Mediaplanung. Räumt die Beklagte ein, der Kläger habe Aufgaben der Agentursteuerung wahrgenommen sowie solche im Zusammenhang mit der Produkteinführung und behauptet sie in diesem Zusammenhang, diese Tätigkeiten seien nach B3 übertragen worden, mag das durchaus sein, lässt aber gleichwohl nicht erkennen, warum dadurch das Aufgabenfeld des Klägers insgesamt entfallen sein soll.

Im Ergebnis fehlt jeglicher konkretisierender Sachvortrag der Beklagten, in welchem Umfang der Kläger konkrete Aufgaben für sie wahrgenommen hat und durch welche konkreten betrieblich-organisatorischen Maßnahmen diese Aufgaben nun nicht mehr anfallen. 74

3. Zutreffend hat das Arbeitsgericht die Beklagte verurteilt, an den Kläger die der Höhe nach nicht streitigen Bruttomonatsvergütungen für die Monate Dezember 2010 bis März 2011 zuzüglich der im Zusammenhang mit dem Entzug des Dienstwagens anfallenden Schadensersatzes sowie die anteilige Bonuszahlung in Höhe von 25.000 € aus dem Arbeitsvertrag in Verbindung mit den §§ 611, 615 BGB zu zahlen. Die Beklagte ist diesem Anspruch auch zweitinstanzlich nur insoweit entgegengetreten, als sie den Bestand des Arbeitsverhältnisses angesichts der ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung für nicht gegeben hält. 75

Dem Kläger steht neben der arbeitsvertraglich geschuldeten monatlichen Vergütung ein Schadensersatzanspruch in Höhe des steuerwerten Vorteils zu, mit dem das ihm zur privaten Nutzung überlassene Dienstfahrzeug zu berücksichtigen war. Die Überlassung eines Dienstfahrzeugs mit privater Nutzungsberechtigung hat Entgeltcharakter und ist Teil der Hauptleistungspflicht. Sie ist damit zusätzliche Gegenleistung für geschuldete Arbeitstätigkeit (BAG 19.12.2006 - 9 AZR 294/06, NZA 2007, 809; 25.01.2001 – 8 AZR 312/00, juris; 16.11.1995 – 27.05.1999 – 8 AZR 415/98, BAGE 91,379). 76

Diese Leistung ist allerdings wegen Zeitablaufes unmöglich geworden. Die Beklagte ist damit nach § 275 Abs. 1 BGB von ihrer Leistungspflicht frei geworden. Da die Unmöglichkeit darauf zurückzuführen ist, dass die Beklagten ihre arbeitsvertragliche Pflicht, dem Kläger ein Dienstfahrzeug zur privaten Nutzung zu überlassen, verletzt hat, hat sie ihm nach § 280 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 283 Satz 1 BGB den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen. 77

Dies ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung der Wert, mit dem die Überlassung des Dienstwagens steuerlich zu behandeln ist (BAG 19.12.2006 - 9 AZR 294/06, NZA 2007, 809; 25.01.2001 – 8 AZR 312/00, juris). Zu Recht hat das Arbeitsgericht daher den in der Höhe unbestrittenen steuerwerten Vorteil der Bruttomonatsvergütung des Klägers hinzuaddiert und als Bruttobetrag ausgeurteilt. 78

4. Zinsen stehen dem Kläger aus den §§ 286 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 288 Abs. 1 BGB auf die am Ende eines jeden Monats fällig werdenden Bruttomonatsvergütungen mit Beginn des darauf folgenden Monats zu. Hinsichtlich der eingeklagten Bonuszahlung ergibt sich der Zinsanspruch aus den §§ 291, 288 Abs. 1 BGB ab Rechtshängigkeit dieses Anspruchs. 79

4. Die Beklagte war ferner zu verurteilen, dem Kläger ein Zwischenzeugnis zu erteilen. Nach § 106 GewO hat ein Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Anspruch auf Erteilung eines Arbeitszeugnisses. Hier steht zwar die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht fest, gleichwohl kann ein Arbeitnehmer, der sich in einer rechtlichen 80

Auseinandersetzung mit seinem Arbeitgeber über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses befindet, die Erteilung eines Zwischenzeugnisses beanspruchen. Dieser Anspruch ergibt sich im bestehenden Arbeitsverhältnis aus einer arbeitsvertraglichen Nebenpflicht des Arbeitgebers dann, wenn dafür unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls triftige Gründe gegeben sind, die den Wunsch des Arbeitnehmers auf Erteilung eines solchen Zeugnisses bei verständiger Betrachtung als berechtigt erscheinen lassen (vgl. LAG München 23.07.2009 - 4 Sa 103/09, juris; LAG Hamm 13.02.2007 - 19 Sa 1589/06 - NZA-RR 2007, 486 f; LAG Hessen 28.03.2003 - 12 SaGa 1744/02, juris). Diese Voraussetzungen sind hier angesichts der für den Kläger unklaren Situation über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses vor dem Hintergrund der durch die Beklagte ausgesprochenen Kündigungen gegeben. Keiner Entscheidung bedurfte es, ob der Kläger über die Erteilung des Zwischenzeugnisses hinaus auch die Erteilung eines Endzeugnisses hätte begehren können (vgl. insoweit BAG 27.02.1987 - 5 AZR 710/85 - NZA 1987, 628).

III. Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 91 Abs. 1 S. 1, 97 ZPO. Der Beklagten fallen die Kosten der von ihr ohne Erfolg eingelegten Berufung zur Last. Die Beklagte trägt ferner die Kosten des Rechtsstreits, soweit sich die Hauptsache im Hinblick auf den erstinstanzlich vom Kläger verfolgten Weiterbeschäftigungsanspruch infolge des Ausspruchs der nachfolgenden Kündigung vom 26.08.2011 erledigt hat und beide Parteien diese Erledigung übereinstimmend erklärt haben. Nach § 91a ZPO entscheidet das Gericht bei Erledigung der Hauptsache über die Kosten nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands. Dabei hat es insbesondere zu beachten, welche der Parteien ohne das erledigende Ereignis voraussichtlich unterlegen gewesen wäre. Dies wäre hier die Beklagte gewesen, denn ohne das erledigende Ereignis wäre sie angesichts der vom Kläger gewonnenen Kündigungsschutzanträge aus den vom Arbeitsgericht dargelegten Gründen zur Weiterbeschäftigung zu verurteilen gewesen. Das arbeitsgerichtliche Urteil war angesichts der übereinstimmend für erledigt erklärten Hauptsache im Hinblick auf den Teil des Urteilstenor, mit dem die Beklagte zur Weiterbeschäftigung verurteilt worden ist, in entsprechender Anwendung des § 269 Abs. 2 S. 2 ZPO klarstellend für wirkungslos zu erklären. 81

Gründe für die Zulassung der Revision im Sinne des § 72 Abs. 2 ArbGG sind nicht gegeben. Keine der entscheidungserheblichen Rechtsfragen hat grundsätzliche Bedeutung. Die Rechtsfragen berühren auch nicht wegen ihrer tatsächlichen Auswirkungen die Interessen der Allgemeinheit oder eines größeren Teils der Allgemeinheit. Ferner lagen keine Gründe vor, die die Zulassung wegen einer Abweichung von der Rechtsprechung eines der in § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG angesprochenen Gerichte rechtfertigen würde. 82