LANDESARBEITSGERICHT NÜRNBERG

3 Sa 357/13

8 Ca 85/12

(Arbeitsgericht Würzburg)

Datum: 24.01.2014

Rechtsvorschriften: § 626 Abs. 2 BGB

Leitsatz:

Das unbefugte Abfragen eines Computers oder ein sonstiger unerlaubter Zugriff auf das EDV-System des Arbeitgebers können in schwerwiegenden Fällen auch ohne Abmahnung einen „verhaltensbedingten Kündigungsgrund“ darstellen. Zur Feststellung einer kündigungsrechtlich erheblichen Pflichtwidrigkeit bedarf es aber einer klaren Kompetenzabgrenzung hinsichtlich des Datenzugriffs (LAG Köln, 29.09.1982, DB 1983, 124)

Urteil:

1. Die Berufung des Beklagten gegen das Teilurteil des Arbeitsgerichts Würzburg vom 28.02.2013, Az.: 8 Ca 85/12 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.
2. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer vom Beklagten gegenüber dem Kläger ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Das Arbeitsverhältnis des Klägers als Patentingenieur in der Kanzlei des Beklagten begann am 03.05.2015. Mit Schreiben vom 19.12.2011 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis

gegenüber dem Kläger ordentlich zum 29.02.2012. Mit Schreiben vom 02.01.2012 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos.

Wegen des Wortlauts des Kündigungsschreibens wird auf Bl. 12 d.A. Anlage K4 verwiesen.

Unter dem 20.06.2011 erhielt der Kläger unterzeichnet von Herrn Dr. P... Patentanwalt eine Abmahnung.

Die Abmahnung hat folgenden Wortlaut:

„Sehr geehrter Herr Dr. S...,

ich nehme Bezug auf die am heutigen Tag vorab geführte Unterredung, in der ihre mangelhaften Leistungen beanstandet wurden. Ich sehe mich veranlasst, die bereits ausgesprochene Abmahnung nochmals schriftlich wie folgt zu fixieren:

1. In der letzten Zeit musste festgestellt werden, dass Ihr Arbeitseinsatz unzureichend ist. Konkret ist zu beanstanden, dass pro Woche im Wesentlichen nur eine Anmeldung, auch bei einfachstem Inhalt, ausgearbeitet bzw. fertig gestellt wird. Dies entspricht nicht den vereinbarten Bedingungen.
2. Es wurde festgestellt, dass Ihnen zur Bearbeitung übertragene Akten bis zu 5 Monaten unerledigt liegen geblieben sind. Konkret wird auf den Vorgang E..., U... Bezug genommen.
3. Allgemeine Arbeiten, die Ihnen zur Erledigung übertragen wurden (so Entwurf Visitenkarte, Anschreiben wegen U...-Kontakte) werden angefangen und bleiben dann jedoch unerledigt.

Wir können diese Arbeitsweise nicht hinnehmen und erwarten von Ihnen, dass ordnungsgemäße Leistungen erbracht werden. Sollte es künftig erneut zu Beanstandungen dieser Art kommen, müssten wir bedauerlicherweise weitergehende arbeitsrechtliche Maßnahmen bis hin zur Kündigung aussprechen. Wir hoffen, dass es hierzu nicht kommen muss.

Mit freundlichen Grüßen

(Dr. P...)
Patentanwalt“

Der Kläger hat erstinstanzlich vorgetragen, nach Arbeitsantritt am 02.01.2012 habe sich der Beklagte anscheinend als Reaktion auf die E-Mail vom 29.12.2011 ihm (dem Kläger)

gegenüber geäußert: „Sie können sich ja ans Arbeitsgericht wenden. Und jetzt wollen sie auch noch an meine Filetstücke; ich glaube es geht gar!“.

Als am Ende dieses Arbeitstages der Beklagte ihn (den Kläger) fragte, „was haben Sie in den letzten Tagen gemacht?“ habe er (der Kläger) auf die Erstellung von Tätigkeit und Entgeltlisten verwiesen, die keinesfalls private Belange betrafen, sondern der Abklärung gemeinschaftlicher Belange aus dem Arbeitsverhältnis galten, nämlich der Erfassung der Vorgänge in seinem (des Klägers) Geltungsbereich. Die Berechnung des auf ihn (den Kläger) entfallenden Anteils an den Mandantenrechnungen sei nur mit dem Zugriff auf die Software „PatOrg“ – die zentrale Datenverwaltung – in der EDV der Kanzlei möglich gewesen. Nachdem ihm (dem Kläger) bereits mit dem Ausspruch der ordentlichen Kündigung die Schlüssel abgenommen worden seien, habe er (der Kläger) nur während der Dienstzeit die Listen bearbeiten können. Es gehöre zum Inhalt eines Arbeitsverhältnisses, die daraus resultierenden Ansprüche zu überprüfen. Ohne die erstellten Listen wäre eine Vielzahl von nicht in Rechnung gestellten Zeichnungen definitiv unentdeckt geblieben. Mit hoher Wahrscheinlichkeit wären auch etliche der sonstigen Leistungen, die bislang noch nicht in der Datenverwaltung erfasst worden waren, nicht in Rechnung gestellt worden. Als interne Kontrolle neben dem Datenverwaltungssystem habe es letztlich nur das Gedächtnis des Beklagten gegeben. Dieser habe bei Durchsicht der jeweiligen Akten in Papierform offensichtlich etliche von ihm (dem Kläger) bearbeitete Vorgänge übersehen. Im Ergebnis zeige sich, dass die streitgegenständliche außerordentliche fristlose Kündigung eine schlicht mutwillige Überreaktion des Beklagten in der von ihm geführten Familienkanzlei gegenüber ihm als auf akademischen Niveau arbeitenden Angestellten sei. Der Kläger hat, sofern das Gericht der Feststellungsklage stattgibt, ergänzend beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 7.733,33 € brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus dem sich ergebenden Nettobetrag ab 02.07.2012 zu bezahlen. Der Kläger erklärt, der Beklagte schulde das Entgelt ab Zugang der streitgegenständlichen fristlosen Kündigung bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses wegen der Unwirksamkeit der Kündigung. Darüber hinaus bestreitet der Kläger erstinstanzlich das Vorliegen eines wichtigen Grundes für die vom Beklagten ausgesprochene außerordentliche fristlose Kündigung. Der Vorwurf „Arbeitsverweigerung“ bleibe unspezifiziert und werde durch einen Vortrag ersetzt, der den Kläger bezüglich seiner Arbeitsleistung in ein schlechtes Licht zu setzen versuche. Es habe auch keinerlei konkrete Auffor-

derung zur Bearbeitung der vorliegenden Akten gegeben. Am Nachmittag des 02.01.2012 habe der Beklagte beim erstmaligen Auftreten in seinem Büroraum nicht nach der Erledigung von Anmeldungen und Bescheiden gefragt, sondern nur danach, was der Kläger in den letzten Tagen gemacht habe. Es sei lediglich eine unspezifische Äußerung des Beklagten dahingehend gefallen, dass der Kläger aufgefordert worden sei, seine Arbeit zu machen, sonst könne er nach Hause gehen. Der Kläger habe dann aber sehr deutlich an den Beklagten die Frage gestellt, „was wünschen Sie denn, das ich machen soll?“. Der Beklagte habe darauf keine Antwort gegeben, sondern sich im Anschluss an das Gespräch in seine Büroräume begeben. Auch bei dem nächsten Auftritt in seinem Büroraum habe der Beklagte die Frage wiederholt: „was machen Sie?“. Daraufhin habe der Kläger seine Gegenfrage wiederholt: „was soll ich denn machen?“. Irgendeine Regung des Beklagten, ihm eine konkrete Arbeit anzuweisen, sei nicht erkennbar gewesen. Der Beklagte habe wiederum das Büro verlassen und habe bei seinem dritten Auftritt die fristlose Kündigung mitgebracht. Der Vortrag des Beklagten, dass der Kläger kanzleibezogene Datensätze in Besitz genommen und behalten habe, könne eine Kündigung auch nicht ergänzend stützen. Der Sachverhalt sei dem Beklagten schon während des Arbeitsverhältnisses bekannt gewesen. Es habe nämlich eine vom Wissen und Wollen des Beklagten getragene Übung dahin bestanden, dass der Kläger die von ihm bearbeiteten Sachverhalte auf seinen PC speichere, schon um diese Arbeiten auch während seiner 1 1/2-stündigen Zugfahrten zur Arbeitsstelle zu bearbeiten. Spätestens mit dem Erhalt der Anlagen zum Schriftsatz vom 14.02.2012 sei dem Beklagten bekannt gewesen, dass der Kläger im Besitz der Unterlagen in abgespeicherter Form war, die die von ihm bearbeiteten Fälle betraf. Im Übrigen sei das Verhalten durch den Grundsatz der Wahrnehmung berechtigter Interessen gedeckt. Wie solle der Kläger bei dem im Prozess deutlich werdenden Verhalten des Beklagten die potentiellen Lohnansprüche darlegen und beweisen können, wenn er keinen Rückgriff auf die von ihm bearbeitenden Sachverhalte gehabt hätte.

Der Kläger hat daher in der mündlichen Verhandlung am 31.01.2013 in der ersten Instanz folgende Anträge gestellt:

1. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die außerordentliche fristlose Kündigung des Beklagten vom 02.01.2012 beendet wurde.

2. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger Euro 7.333,33 brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus dem sich ergebenden Nettobetrag ab 02.07.2012 zu zahlen.
3. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 38.050,36 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten aus dem Betrag von 35.821,98 Euro ab 02.08.2012 und aus dem weiteren Betrag von 31.01.2013 zu zahlen.

Demgegenüber hat der Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.

Der Beklagte erklärt, der Kläger sei wegen seines mangelhaften Arbeitseinsatzes wiederholt abgemahnt worden, zunächst mündlich und dann am 20.06.2011 nochmals schriftlich. Unmittelbar nach der Übergabe des Schreibens mit der ordentlichen Kündigung habe der Kläger gefragt, ob er jetzt freigestellt sei. Dies habe der Beklagte verneint und den Kläger aufgefordert, seine ordnungsgemäße Arbeitsleistung bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses zu erbringen. Nach seinem Urlaub in der letzten Dezemberwoche sei der Beklagte von der Sekretärin darüber unterrichtet worden, dass der Kläger zwar am 28. und 29.12.2011 im Büro anwesend gewesen sei, während dieser beiden Tage aber dessen Tätigkeit ausschließlich darin bestanden habe, Rechnungen aus dem EDV-Programm der Kanzlei herauszusuchen, diese auszudrucken und hierüber Tabellen zu erstellen. Zu diesem Zweck habe der Kläger die Sekretärin nahezu ganztägig damit beschäftigt, bereits abgerechnete sowie nicht abgerechnete Akten herauszusuchen, ihm zu erklären, wie die Anmeldungen abgerechnet und wo diese im EDV-Hauptprogramm aufgefunden werden können. Weiterhin habe der Kläger auch versucht, die Buchhalterin dafür einzuspannen, die von dem Kläger gefertigten Tabellen über die ihm angeblich zustehenden Vergütungsansprüche zu überprüfen. Die Buchhalterin habe das Ansinnen des Klägers zurückgewiesen. Am Nachmittag des 02.01.2012 habe der Beklagte den Kläger gefragt, welche Anmeldungen bzw. Bescheide er in den letzten Tagen erledigt habe. Der Kläger habe hierauf erklärt, dass er Tabellen erstellt habe, um Vergütungsansprüche zu errechnen bzw. zu belegen. Der Beklagte habe den Kläger darauf hingewiesen, dass es nicht angehe, dass dies während der Arbeitszeit gemacht werde. Gleichzeitig sei der Kläger aufgefordert worden, diese Tätigkeit sofort einzustellen und die bei ihm liegenden Akten zu bearbeiten. Ca. eine Stunde später sei festgestellt worden, dass sich der Kläger nach wie

vor mit der Erstellung derartiger Tabellen beschäftigt. So habe der Kläger über den Kanzleicomputer fortlaufend Tabellen über Anmeldungen, die im zurückliegenden Jahr getätigt worden waren, mit den dazugehörigen Abrechnungen ausdrucken lassen. Nachdem der Beklagte über diesen Sachverhalt informiert wurde, habe er anschließend die außerordentliche fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Kläger ausgesprochen. Noch nach Übergabe dieses Kündigungsschreibens habe der Kläger die Tätigkeit am Computer fortgesetzt, indem er Rechnungen der Kanzlei aus zurückliegenden Jahren aus dem EDV-Programm aufrief und auf den Bildschirm sichtete. Der Kläger sei daraufhin aufgefordert worden, sofort die Büroräume zu verlassen. Die fristlose Kündigung sei aufgrund der nachhaltigen Arbeitsverweigerung des Klägers gerechtfertigt. Die außerordentliche Kündigung werde weiter darauf gestützt, dass der Kläger nicht nur Mitarbeiter, sondern auch Bürogeräte für die Dauer von drei Tagen zwecks Erstellung seiner ausschließlich privaten Belange dienender Tabellen benutzt habe. Anlässlich einer nach Ausspruch der streitgegenständlichen fristlosen Kündigung erfolgten Überprüfung des Kanzleicomputers durch eine Fachfirma habe festgestellt werden müssen, dass der Kläger am 19.12.2011, dem Tag des Zugangs der ordentlichen Kündigung, in erheblichem Umfang Datenbestände gelöscht habe. Die entsprechenden Protokolle befänden sich noch in Erstellung und würden nachgereicht. Der Kläger sei auch für den entstandenen Schaden regresspflichtig. Bei Sichtung des Schriftsatzes des Klägers vom 11.10.2012 sei die Kenntnis erlangt worden, dass der Kläger kanzleiinterne Daten kopiert und entwendet habe. Der Kläger habe den kanzleiinternen Datenstand offensichtlich während seiner letzten Arbeitstage im Dezember 2011 auf einen privaten Datenträger kopiert. Der Kläger habe wenige Tage nach Erhalt der ordentlichen Kündigung eine Anweisung zur Anmeldung eines neuen USB-Gerätes auf dem kanzleigehörigen Drucker ausgedruckt. Der Ausdruck (neues USB-Gerät anmelden) sei von der Buchhalterin in der vorletzten Woche 2011 aus dem Drucker entnommen worden. Der Buchhalterin sei diese Anleitung sonderbar erschienen. Sie habe deshalb eine Kopie hiervon angefertigt. Der Ausdruck belege, dass der Kläger nach Erhalt der ordentlichen Kündigung Vorbereitungen zum Kopieren von Kanzleidaten auf einen USB-Stick getroffen habe. Ein Kopieren von kanzleiinternen Daten sei dem Kläger bekanntermaßen nicht erlaubt gewesen. Der Kläger habe die unbefugt entwendeten Daten und Unterlagen auch noch nach wie vor in Besitz. Es bedürfe an sich keiner weiteren Erörterung, dass derart arbeitswidriges Verhalten auch ohne Abmahnung zur fristlosen Kündigung berechtige. Es habe auch keine von einem Wissen und

Wollen des Beklagten getragene Übung dahingehend bestanden, dass der Kläger von ihm bearbeitete Sachverhalte auf seinen PC speichere. Der Kläger habe lediglich in wenigen Fällen, d.h. soweit er Entwürfe zu Anmeldungen zu Hause fertig stellte, diese Entwürfe auf seinen PC gespeichert. Die mit Schriftsatz des Klägers vom 11.10.2012 vorgelegten in Bezug genommenen Unterlagen seien mitnichten, geschweige denn mit Wissen und Wollen des Beklagten auf einem PC des Klägers gespeichert. Dies gelte insbesondere für die mit Schriftsatz vom 11.10.2012 vorgelegten und in Bezug genommen Schreiben des Beklagten an dessen Mandanten. Schreiben an Mandanten seien zu keinem Zeitpunkt auf einen PC des Klägers gespeichert worden. Diese würden auf dem Kanzleirechner des Beklagten geschrieben und dort unter einem Datenordner mit der Bezeichnung „Anmeldung in S...“ gespeichert.

Das Arbeitsgericht Würzburg hat mit Teilurteil vom 28.02.2013 lediglich über die Kündigungsschutzklage und den Anspruch auf Annahmeverzugslohn entschieden.

Das Urteil lautet wie folgt:

1. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die außerordentliche fristlose Kündigung des Beklagten vom 02.01.2012 beendet wurde.
2. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 7.333,33 brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus dem sich ergebenden Nettobetrag ab 02.07.2012 zu zahlen.
3. Der Streitwert wird festgesetzt auf € 7.733,33.

Gegen dieses dem Beklagten am 25.06.2013 zugestellte Urteil hat der Beklagtenvertreter mit Berufungsschriftsatz vom 03.07.2013, eingegangen beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am 04.07.2013 Berufung eingelegt. Die Berufungsbegründungsschrift vom 20.08.2013 ist beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am 20.08.2013 eingegangen.

Der Berufungsführer meint, die Feststellungen des Arbeitsgerichts seien im wesentlichen Teil des kündigungsrelevanten Sachverhalts unvollständig und unrichtig. Insbesondere werde diesbezüglicher Tatsachenvortrag des Beklagten in den Entscheidungsgründen falsch wiedergegeben. So sei in den Entscheidungsgründen ausgeführt, der Kläger habe

zum behaupteten und unerlaubten Kopieren von Daten und Ansichnehmen von Unterlagen – vom Beklagten insoweit unwidersprochen – vorgetragen, dass dies zur Bearbeitung von Vorgängen üblich gewesen sei. Diese Darstellung über einen vorgeblich unwidersprochenen und damit unstreitigen Vortrag stehe in diametralem Gegensatz zum Vortrag des Beklagten. Insoweit wird auf den Vortrag im Schriftsatz vom 07.12.2012 verwiesen, der vom Arbeitsgericht unberücksichtigt geblieben sei (S. 2, Ziffer 1). Der Kläger sei vom Beklagten im Jahr 2005 als Patentingenieur mit dem Ziel der Ausbildung zum europäischen Patentvertreter eingestellt worden. Auch nach mehrjähriger Einarbeitungszeit habe sich ergeben, dass der Kläger die ihm zugewiesenen Arbeiten zur Ausarbeitung von Anmeldungen oder Bescheiden nicht selbständig erledigen konnte. Nahezu jede Ausarbeitung habe vom Beklagten überarbeitet werden müssen. Im Jahr 2008 habe der Kläger an einer Prüfung zum europäischen Patentvertreter teilgenommen, die er nicht bestanden habe. Infolge der unzureichenden Arbeitsleistung des Klägers hätten die Parteien von der in § 4 des Arbeitsvertrages vorgesehenen monatlichen Aufsummierung der den Mandanten in Rechnung gestellten Bearbeitungsgebühren abgesehen. Es sei insoweit klar gewesen, dass der Kläger kein das monatliche Grundgehalt übersteigendes Entgelt erzielen konnte. Der Kläger sei dementsprechend während der gesamten Dauer seiner Beschäftigungszeit von sechs Jahren zu keinem Zeitpunkt mit dem Verlangen, eine monatliche Abrechnung der in Rechnung gestellten Bearbeitungsgebühren zu erstellen, an den Beklagten herangetreten. Ebenso wenig habe er Einwendungen gegen die monatlichen Gehaltsabrechnungen über das Bruttoentgelt von € 4.000,00 erhoben. Im Jahre 2011 sei der Kläger darüber hinaus wegen eines mangelhaften Arbeitseinsatzes mündlich wie schriftlich abgemahnt worden. Dies ergebe sich aus dem Abmahnungsschreiben vom 20.06.2011. In Ziffer 3 dieses Schreibens werde auf konkrete Vorgänge, nämlich E..., U..., Bezug genommen. Wie der Beklagte damals habe feststellen müssen, habe der Kläger diese Akten nahezu fünf Monate liegen lassen, ohne eine Tätigkeit zu entfalten. Der Kläger habe gegenüber der am 20.06.2011 ausgesprochenen Abmahnung keine Einwendungen erhoben, allerdings habe sich an seiner Arbeitsweise auch nichts geändert. Der Beklagte habe sich daher veranlasst gesehen, das Arbeitsverhältnis am 19.12.2011 unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zum 29.02.2012 zu beenden. Unmittelbar nach Übergabe des Kündigungsschreibens habe der Kläger die Frage gestellt, ob er jetzt freigestellt sei. Der Beklagte habe dies verneint und den Kläger aufgefordert, seine Arbeitsleistung ordnungsgemäß bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zu erbringen. Dieser Aufforderung sei

der Kläger jedoch nicht nachgekommen. Während der letzten Arbeitstage im Dezember 2011 habe der Kläger seine Arbeitsleistung vielmehr eingestellt. Er habe dabei die Tatsache ausgenützt, dass sich der Beklagte, wie jährlich, in der letzten Dezemberwoche im Urlaub befand. Anstatt die ihm übergebenen Akten zu bearbeiten, habe die Tätigkeit des Klägers am 28.12. und 29.12.2011 ausschließlich darin bestanden, Tabellen über ihm angeblich zustehende Vergütungsansprüche zu erstellen. Zur Erstellung dieser Tabellen habe er die Sekretärin des Beklagten jeweils nahezu ganztägig damit beschäftigt, in zurückliegenden Jahren jeweils abgerechnete sowie nicht abgerechnete Akten herauszusuchen. Bei seiner Urlaubsrückkehr am 02.01.2012 habe der Beklagte dann in der Posteingangsmappe ein Schreiben des Klägers vom 29.12.2011 mit umfangreichen Tabellen vorgefunden. Das Schreiben des Klägers nebst den Tabellen sei bereits als Anlage B2 vorgelegt. Der Beklagte habe sich darauf veranlasst gesehen, den Kläger zu fragen, welche Arbeiten er in den letzten Tagen erledigt habe. Auf die Erklärung des Klägers, er habe Tabellen erstellt, um Vergütungsansprüche zu errechnen bzw. zu belegen, habe der Beklagte darauf hingewiesen, dass es nicht angehe, dass dies während der Arbeitszeit gemacht werde. Gleichzeitig sei der Kläger aufgefordert worden, diese Tätigkeit sofort einzustellen und die bei ihm liegenden Akten zu bearbeiten. Ca. eine Stunde nachdem der Kläger diese Aufforderung erhalten hatte, diese Tätigkeit einzustellen bzw. die ihm vorliegenden Akten zu bearbeiten, habe festgestellt werden müssen, dass sich der Kläger nach wie vor mit der Erstellung seiner Tabellen beschäftigte. So habe er über den Kanzleicomputer fortlaufend Tabellen über Anmeldungen erstellt, die im zurückliegenden Jahr getätigt worden waren, und habe dazugehörige Abrechnungen ausgedruckt. Nachdem der Beklagte über die anhaltende Arbeitsverweigerung des Klägers informiert worden war, sei noch am 02.01.2012 die fristlose Kündigung ausgesprochen worden. Der Kläger habe die vom Ende Dezember erstellten Tabellen während der Arbeitszeit weiter bearbeitet. Darüber hinaus habe der Kläger unstreitig Kanzleidaten entwendet, indem er diese auf eigene Datenträger überspielt habe. Der Kläger habe unerlaubterweise Daten vom Kanzleirechner gezogen und auf einen eigenen Datenträger überspielt. Ein Datendiebstahl berechne jedoch nach allgemeiner Meinung zu einer fristlosen Kündigung. Soweit der Kläger sich erstinstanzlich darauf berufen habe, dass sein Verhalten durch den Grundsatz der Wahrnehmung berechtigter Interessen gedeckt sei, sei dies nicht zutreffend. Der Kläger habe ausgeführt, ohne das Kopieren und Abspeichern von Kanzleidaten hätte er potentielle Lohnansprüche nicht darlegen und beweisen können. Diese Behauptung entbehre jegli-

cher Grundlage. Zwar sei die Wahrnehmung berechtigter Interessen auch im Zivilrecht als allgemeiner Rechtfertigungsgrund grundsätzlich anerkannt. Das hierdurch gerechtfertigte Handeln müsse jedoch sich als gebotenes und notwendiges Mittel zur Erreichung eines rechtlich gebilligten Zweckes darstellen. An dessen Voraussetzungen fehle es. Es sei unstrittig, dass der Kläger vom Beginn bis zum Ende des Beschäftigungsverhältnisses nie mit einem Verlangen auf Erteilung einer Abrechnung über in Rechnung gestellte Bearbeitungsgebühren an den Beklagten herangetreten sei. Vielmehr habe er allmonatlich seine Bezüge über € 4.000,00 als Gehalt akzeptiert und zu keinem Zeitpunkt Ansprüche wegen weitergehender Gehaltszahlungen erhoben. Hätte der Kläger während des bestehenden Arbeitsverhältnisses jemals eine Abrechnung über die in Rechnung gestellten Bearbeitungsgebühren verlangt, so wäre der Beklagte dem auch nachgekommen. Er habe ohne Zustimmung des Beklagten vertrauliche Kanzleidaten kopiert, abgespeichert und entwendet. Diese Maßnahmen seien weder geboten noch notwendig, um mögliche weitergehende Gehaltsansprüche darzulegen. Nach der Regelung in § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrages sei eine monatliche Abrechnung bezogen auf die Tätigkeit des Klägers im Abrechnungsmonat vorgesehen. Grundlage für die Abrechnung seien dabei in Rechnung gestellte Bearbeitungsgebühren, soweit diese durch eine Tätigkeit des Klägers angefallen sein. Um eine korrekte Abrechnung zu erstellen, hätte zunächst durch eine Einsicht in die jeweilige Akte ermittelt werden müssen, welcher Anteil der in Rechnung gestellten Bearbeitungsgebühren auf eine Tätigkeit des Klägers zurückzuführen war und in welchem Monat die Tätigkeit vom Kläger erbracht wurde. Allein mit einem Zugriff auf die Software „PatOrg“ der Kanzlei sei dies nicht möglich. Hiermit seien lediglich die Rechnungen aufrufbar, nicht aber der Arbeitsanteil des Klägers und der Zeitpunkt seiner Leistung. Die vom Kläger erstellten Tabellen beinhalteten eine summarische Aufstellung von angeblich im Jahr 2011 den Mandanten in Rechnung gestellten Bearbeitungsgebühren. Sie entsprächen nicht der in § 4 des Arbeitsvertrages geregelten, leistungsbezogenen monatlichen Vergütung. Zudem seien Bearbeitungsgebühren in voller Höhe angesetzt, ohne den jeweiligen Tätigkeitsanteil des Klägers zu ermitteln. Ferner sei mehrfach eine Inrechnungsstellung von Bearbeitungsgebühren aufgelistet, obwohl abrechnungsfähige Gebühren weder angefallen sind, noch tatsächlich in Rechnung gestellt wurden. Somit sei das Kopieren und Abspeichern von Kanzleidaten weder durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen noch durch einen anderen Rechtfertigungsgrund gedeckt. Auch könne dem Arbeitsgericht nicht gefolgt werden, dass die Wirksamkeit der ausgesprochenen außeror-

dentlichen Kündigungen an einer vorherig vergeblichen Abmahnung durch den Beklagten scheitere. Hier liege zweifellos eine beharrliche Arbeitsverweigerung vor, aufgrund deren es für den Beklagten unzumutbar war, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass die vorausgehende Abmahnung für die spätere fristlose Kündigung keine Relevanz besäße, so wäre die ausgesprochene außerordentliche Kündigung deswegen dennoch wirksam, da im vorliegenden Fall eine Abmahnung entbehrlich war. Ihm sei sowohl durch die im Juni 2011 vorausgegangene Abmahnung, als auch die zuvor ausgesprochene ordentliche Kündigung bewusst gewesen, dass der Beklagte ein derartiges Verhalten nicht toleriere. Schlussendlich sei auch darauf hinzuweisen, dass sich der Beklagte aufgrund dessen, dass der Kläger die Herausgabe der rechtswidrig entwendeten Daten und Unterlagen verweigere, gegenüber etwaigen Vergütungsansprüchen auf ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB berufen habe. In Bezug auf dieses Zurückbehaltungsrecht fehlten jegliche Feststellungen im angegriffenen Urteil des Arbeitsgerichts.

Der Berufungskläger beantragt daher,

das Teilurteil vom 18.02.2013 unter Zurückweisung der Feststellungs- und Leistungsklage aufzuheben.

Demgegenüber beantragt der Kläger,

die Berufung des Beklagten gegen das Teilurteil des Arbeitsgerichts Würzburg vom 28.02.2013 zurückzuweisen.

Er unterstützt das erstinstanzliche Urteil und erklärt, das Arbeitsgericht Würzburg habe frei von Rechtsfehlern entschieden, dass ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB nicht vorliege. Es habe zutreffend festgestellt, dass auch ansonsten kein wichtiger Grund vorliegt, der eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen würde. Es habe frei von Rechtsfehlern entschieden, dass der Beklagte die fristlose Kündigung nicht auf die behauptete Speicherung von Dokumenten auf einen USB-Stick stützen könne.

Der Beklagte äußere sich auch widersprüchlich. So habe er ausgeführt, dass er auf ein entsprechendes Auskunftsverlangen die Daten sofort mitgeteilt hätte. Wenn der Beklagte die Daten ohnehin mitgeteilt hätte, sei nicht zu erkennen, worin der schwerwiegende Pflichtenverstoß des Klägers bestehen solle. An anderer Stelle vertrete der Beklagte wiederum die Auffassung, dass ergänzenden Gehaltsforderungen des Klägers absurd und

ohne jede Grundlage seien und erläutere umfassend, warum die Informationen seiner Auffassung nach nicht beansprucht werden konnten. Dies zeige, dass es dem Kläger unmöglich gewesen wäre, eine Auseinandersetzung mit dem Beklagten zu führen, wenn er keine Dokumente zum Beleg seiner Tätigkeiten und damit einer Grundlage für den Nachweis der Berechtigung seiner Forderungen gehabt hätte. Jedenfalls habe der Beklagte dem Kläger zunächst eine Abmahnung erteilen müssen, wenn er meint, dass der Kläger seine Kompetenzen zur Bearbeitung und Speicherung von Mandatsdaten und privaten Medien überschritten habe. Auch sei die Abmahnung unwirksam, da sie gänzlich unbestimmt sei. Der Tatbestand der beharrlichen Arbeitsverweigerung sei in keinem Fall erfüllt. Es bedürfe einer nachhaltigen Arbeitsverweigerung des Arbeitgebers. Diese sei auch nicht nach dem eigenen Vortrag des Beklagten gegeben. Der Beklagte wolle dem Kläger am 02.01.2012 einmalig aufgefordert haben, anstelle der Tabellen seine Akten zu bearbeiten. Hierbei fehle es zum einen bereits an einer ausreichend konkreten Weisung bezüglich der zu verrichtenden Tätigkeiten. Selbst wenn man die nicht näher spezifizierte Aufforderung des Beklagten genügen lassen wollen würde, stelle es keine beharrliche Arbeitsverweigerung dar, wenn der Kläger diese nicht unverzüglich befolge. Der Kläger habe auch nach der Darstellung des Beklagten in keiner Weise signalisiert, dass er die Akten zu einem späteren Zeitpunkt nicht weiter bearbeiten würde. Eine nachhaltige Arbeitsverweigerung liege somit nicht vor. Am 02.01.2012 habe der Beklagte den Kläger auch nicht sofort aufgefordert, die bei ihm liegenden Akten zu bearbeiten. Als der Beklagte am Nachmittag des 02.01.2012 erstmalig im Büroraum des Klägers erschien, habe er ihn danach gefragt, was er in den letzten Tagen gemacht habe. So trage es nun der Beklagte auch in der Berufungsbegründung vor, nachdem er erstinstanzlich noch behauptet hatte, dem Kläger nach der Erledigung von Anmeldungen und Bescheiden gefragt zu haben. Der Beklagte habe den Kläger dann unspezifisch aufgefordert, seine Arbeit zu machen, sonst könne er nach Hause gehen. Der Kläger habe daraufhin sehr deutlich die Frage gestellt: „was wünschen Sie denn, dass ich machen soll?“. Der Beklagte habe daraufhin keine Antwort gegeben, sondern habe sich im Anschluss an dieses Gespräch in seine Büroräume begeben. Als der Kläger später erneut im Büroraum des Klägers kam, habe er seine Frage wiederholt „was machen Sie?“. Daraufhin habe der Kläger seine Gegenfrage wiederholt, „was soll ich denn machen?“. Die Frage des Klägers sei erneut unbeantwortet geblieben. Eine konkret spezifizierte Arbeit sei nicht zugewiesen worden. Selbst wenn man mit dem Beklagten davon ausgehe, dass die Durchsicht der Rechnung allein zur Er-

mittlung von Vergütungsansprüchen noch folgte, handele es sich um eine Tätigkeit, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht und daher keinesfalls davon auszugehen sei, dass der Kläger sie in der Freizeit verrichten musste.

Wegen der weiteren Einzelheiten des beiderseitigen Parteivorbringens wird sowohl auf den Inhalt des erstinstanzlichen Urteils, die in erster Instanz gewechselten Schriftsätze sowie auf die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung des Beklagten gegen das Teilurteil des Arbeitsgerichts Würzburg vom 28.02.2013, ist zulässig. Sie ist gemäß § 511 ZPO, 64 Abs. 2 ArbGG statthaft und wurde form- und fristgerecht eingelegt und begründet (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 518, 519 ZPO).

II.

Die zulässige Berufung ist sachlich ohne Erfolg.

Das Arbeitsgericht hat im Teilurteil der Kündigungsschutzklage und dem Anspruch auf Annahmeverzugslohn zu Recht stattgegeben. Die Ausführungen in den Entscheidungsgründen sind zutreffend, so dass darauf gemäß § 64 Abs. 2 ArbGG Bezug genommen werden kann. Auch die ergänzenden Ausführungen des Berufungsklägers können die

Klageabweisung nicht rechtfertigen. Die rechtlichen Gründe hierfür seien nochmals kurz zusammengefasst.

Der Beklagte hat im vorliegenden Fall eine fristlose Kündigung ausgesprochen.

Nach § 626 Abs. 2 BGB ist eine fristlose Kündigung möglich, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein wichtiger Grund ist dann gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, die unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile dem Kündigenden die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar machen. Das BAG geht bei der Prüfung der Voraussetzungen davon aus, ob die Tatsachen überhaupt geeignet sind:

1. einen wichtigen Grund zu finden,
2. ob im Rahmen der Zumutbarkeit alle Umstände des Einzelfalles beider Interessen berücksichtigt und widerspruchsfrei gewürdigt worden sind.

Für das Vorliegen des objektiven Elementes des wichtigen Grundes ist entscheidend, ob Tatsachen vorliegen, die das Arbeitsverhältnis mit dem Gewicht eines wichtigen Grundes belasten.

Ist ein Sachverhalt an sich geeignet, einen wichtigen Grund zur Kündigung abzugeben, hat die Interessenabwägung stattzufinden. Auch hier haben sich in der Rechtsprechung allgemeine Grundsätze herausgebildet. In die Zumutbarkeitsprüfung sind alle Umstände einzubeziehen (BAG AP Nr. 81 zu § 626 = DB 1995, 1244 = NJW 1985, 1853 = NZA 1985, NZA 288; NJW 1985, 1853 = NZ 1985, 426).

Der Beklagte hat die fristlose Kündigung im vorliegenden Fall im Wesentlichen auf zwei Gründe gestützt, erstens, dass der Kläger Daten und Unterlagen kopiert und unterschlagen, zum zweiten, dass er beharrlich die Arbeit verweigert habe.

Die Behauptung, der Kläger habe Daten gelöscht, wurde in der Berufungsinstanz von dem Beklagten offensichtlich nicht mehr aufrecht erhalten.

Das unbefugte Abfragen eines Computers oder ein sonstiger unerlaubter Zugriff auf das EDV-System des Arbeitgebers können nach der Rechtsprechung des BAG in schwerwiegenden Fällen auch ohne Abmahnung einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund darstellen (vgl. BAG 25.11.1981 – 7 AZR 463/79). Zur Feststellung einer kündigungsrechtlich erheblichen Pflichtwidrigkeit bedarf es aber einer klaren Kompetenzabgrenzung hinsichtlich des Datenzugriffs (vgl. LAG Köln 29.09.1982, DB 1983, 124).

Im vorliegenden Fall hat der Beklagte unter Berufung auf die Rechtsprechung des BAG eine fristlose Kündigung ausgesprochen.

Deren Voraussetzungen sind noch strenger als die zu einer verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung zitierten Entscheidung des BAG vom 25.11.1981.

Im vorliegenden Fall wäre unter der Berücksichtigung der Rechtsprechung des BAG wegen des unbefugten Eingriffs auf das EDV-System des Arbeitgebers nicht einmal eine ordentliche Kündigung ohne Ausspruch einer Abmahnung möglich gewesen.

Zunächst ist unstreitig, dass im vorliegenden Fall der Kläger Kanzleidokumente auf seinem häuslichen PC bearbeitete und speicherte. Soweit die Beklagte behauptet, dass Kopieren und Speichern der auf dem Kanzleirechner des Beklagten befindlichen Dokumente dem Kläger ausdrücklich verboten waren, ist dieses Vorbringen zunächst als lebensfremd zu werten. Dies gilt auch für die Behauptung, dass es dem Kläger nicht gestattet war, Unterlagen zu kopieren oder Daten, die auf dem Kanzleirechner gespeichert sind, zu kopieren oder auf seinem eigenen PC zu speichern.

Das Bestehen eines derartigen Verbots hat der Kläger auch ausdrücklich bestritten und erklärt, dass es keine Anweisung des Beklagten gegeben habe, dass nur bestimmte Dokumente auf dem häuslichen PC des Klägers gespeichert werden dürfen.

Der Kläger hat insoweit behauptet, dass nicht nur Entwürfe für Anmeldungen oder Stellungnahmen auf dem häuslichen PC des Klägers bearbeitet wurden, sondern auch Schreiben an Mandanten sowie Texte, Zeichnungen und Fotos von Mandanten. Frau F... habe für den Kläger zur häuslichen Bearbeitung von Akten immer wieder derartige Unter-

lagen eingescannt und diesem bei ihm per Mail nach Hause geschickt. Es habe auch keine Anweisungen des Beklagten gegeben, dass nur bestimmte Dokumente auf dem häuslichen PC gespeichert oder bearbeitet werden durften. Wenn der Beklagte nun der Meinung ist, dass nur vom Kläger selbst verfasste Texte weiter bearbeitet werden dürfen, jedoch keine Erlaubnis zur Übertragung oder Herunterladen anderer Dokumente auf dem privaten PC bestand, hätte der Beklagte dies dem Kläger mitteilen müssen und sein Verhalten abmahnen müssen, zumal es sich um ein steuerbares Verhalten handelte. Dies ist ersichtlich nicht geschehen. Ein Pflichtenverstoß, der eine außerordentliche Kündigung des Klägers ohne vorherige Abmahnung rechtfertigen kann, kann daher in diesem Verhalten des Klägers keinesfalls begründet sein.

Wenn der Beklagte in diesem Zusammenhang behauptet, dass das Kopieren von kanzlei-internen Dokumenten dem Kläger nicht erlaubt war, ist das Vorbringen auch deswegen unbeachtlich, weil angesichts des Bestreitens durch den Kläger der Beklagtensachvortrag viel zu pauschal ist. Das entsprechende Beweisangebot war als unzulässiger Ausforschungsbeweis zu werten, da der Beklagte nicht vorgetragen hat, wann wo und unter welchen Umständen dem Kläger dies ausdrücklich verboten wurde. Ebenso wenig hat der Beklagte eine schriftliche Anweisung des Verbots von Kopien aus dem Datenträger vorgelegt.

Soweit der Beklagte die fristlose Kündigung auch auf den Vorwurf der Arbeitsverweigerung stützt, sind auch insoweit die Voraussetzungen nach der Rechtsprechung nicht gegeben.

Eine beharrliche Arbeitsverweigerung im Sinne eines fristlosen Kündigungsgrundes ist nach der Rechtsprechung des BAG nur dann möglich, wenn der Arbeitnehmer die ihm übertragene Arbeit bewusst und nachhaltig nicht leisten will, wobei es nicht genügt, dass der Arbeitnehmer lediglich eine Weisung unbeachtet lässt. Die beharrliche Arbeitsverweigerung erfordert vielmehr eine intensive Weigerung des Arbeitnehmers. Die Beharrlichkeit kann allerdings darin gesehen werden, dass in einem einmaligen Fall der Arbeitnehmer eine Anweisung nicht befolgt, wenn diese durch eine vorgehende erfolglose Abmahnung verdeutlicht worden ist. Eine beharrliche Arbeitsverweigerung kann auch gegeben sein, bei wiederholtem Verstoß oder bewussten und gewollten Widersetzen gegen rechtmäßige

Anordnungen. Hinzu kommen muss nach dem Prognoseprinzip die Erwartung der Arbeitnehmer werde auch in Zukunft seine Arbeitsleistung nicht erbringen (vgl. BAG 21.11.1996 AP Nr. 130 zu § 626 BGB = NZA 97, 487).

Der auch ergänzende Sachvortrag des Beklagten in der Berufungsinstanz ist nicht geeignet, in Anwendung dieser strengen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf den vorliegenden Fall, die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen.

Das Erstgericht hat zu Recht festgestellt, dass es für die Wirksamkeit der Kündigung wegen der Arbeitsverweigerung einer vorherigen Abmahnung bedurft hätte. Die vorgelegte Abmahnung vom 20.06.2011 ist, auch wenn sie der Kläger erhalten hat, nicht geeignet, da sie leistungs- und nicht verhaltensbedingt ausgesprochen wurde. Der Beklagte hat in der Abmahnung vom 20.06.2011 Ziffer 1 gerügt, dass der Arbeitseinsatz unzureichend ist und konkret zu beanstanden ist, dass pro Woche im Wesentlichen nur eine Anmeldung auch bei einfachsten Inhalt fertig gestellt wurde. In Ziffer 2 wurde festgestellt, dass er zur Bearbeitung übertragene Akten bis fünf Monate unerledigt liegen blieben ließ und in Ziffer 3 allgemeine Arbeiten, die ihm zur Erledigung übertragen wurden (so Entwurf Visitenkarte, Anschreiben wegen U...-Kontakte) ebenfalls angefangen und dann unerledigt blieben.

Diese Vorwürfe beziehen sich eindeutig nur auf die Art der Erbringung der Arbeitsleistung.

Soweit aus Gründen der Verhältnismäßigkeit der Kündigung eine Abmahnung voranzugehen hat, müssen die Vertragsverletzungen gleichartig sein. Vertragsverstöße, die zu bereits angemahnten Pflichtverletzungen in keinem Zusammenhang stehen, können nichts zur Beantwortung der Frage beitragen, ob mit einer Wiederholung der abgemahnten Pflichtverletzungen zu rechnen ist. Pflichtverletzungen sind gleichartig, wenn sie in einem inneren Bezug zu der die Kündigung zugrunde liegenden negativen Zukunftseinschätzung stehen (vgl. BAG 13.12.2007, AP Nr. 64 zu § 4 KSchG 1969 = NZA 2008, 589).

Die Voraussetzung der Gleichartigkeit der die Arbeitsleistung rügenden Abmahnung zum Kündigungsgrund Arbeitsverweigerung ist nicht gegeben.

Denn der Kläger konnte nicht erkennen, dass der Vorwurf der Arbeitsverweigerung mit den in der Abmahnung erhobenen Rügen identisch bzw. auch nur ähnlich ist.

Ein Zusammenhang besteht insoweit nicht.

Im Übrigen erweist sich die Abmahnung auch deswegen als unwirksam, weil sie zu unbestimmt ist.

Da dem Arbeitnehmer mit einer Abmahnung eindringlich vor Augen geführt werden soll, dass der Arbeitgeber nicht mehr bereit ist, ein bestimmtes Verhalten hinzunehmen, muss dies in der Abmahnung deutlich zum Ausdruck kommen. Die Warnfunktion erfordert, die Abmahnung eindeutig und bestimmt zu formulieren. Die Leistungsmängel müssten hinreichend konkretisiert sein. Anforderungen an die Bezeichnung des vom Arbeitgeber gerügten Fehlverhaltens haben sich dabei an dem zu orientieren, was der Arbeitgeber wissen kann (vgl. Arbeitsrechtshandbuch Schaub, 14. Aufl., § 132 II Ziff. 10).

Unter Ziffer 1 der Abmahnung wird dem Kläger vorgeworfen, dass er pro Woche "im Wesentlichen" nur eine Anmeldung bearbeite. Hier bleibt schon ungewiss, was „im Wesentlichen“ bedeutet. Die Abmahnung lässt auch nicht erkennen, ob es um die Ausarbeitung oder Fertigstellung von Anmeldungen geht. Gänzlich unklar ist dann die Behauptung, dass dies nicht den vereinbarten Bedingungen entspreche. Dem lässt sich in keiner Weise entnehmen, was vom Kläger erwartet wird. Ferner wird in der Abmahnung der Vorwurf erhoben, dass Akten bis zu fünf Monaten unerledigt liegen geblieben seien, ohne dass sich dem Abmahnungsschreiben auch nur im Ansatz ein Hinweis auf eine maximal zulässige Bearbeitungsdauer entnehmen ließe. Der Kläger konnte nicht erkennen, welche Leistungen des Beklagten als pflichtgemäß bewertet würden.

Somit ergibt sich, dass die Kündigung wegen Arbeitsverweigerung allein schon wegen Fehlens einer formell rechtlich relevanten Abmahnung als unwirksam zu betrachten ist.

Entgegen der Auffassung des Beklagten ist die Arbeitsverweigerung vom 02.01.2012 keineswegs so schwerwiegend, dass sie auch ohne Abmahnung die fristlose Kündigung gerechtfertigt hätte.

Der Beklagte erklärt, den Kläger am 02.01.2012 aufgefordert zu haben, anstelle der Tabellen seine Akten zu bearbeiten. Hier fehlt es bereits an einer ausreichend konkreten Weisung bezüglich der zu verrichtenden Tätigkeit. Selbst wenn man die nicht näher spezifizierte Aufforderung des Beklagten genügen lassen wollen würde, stellt es keine beharrliche Arbeitsverweigerung dar, wenn der Kläger diese nicht unverzüglich befolgt. Der Kläger hat auch nach Darstellung des Beklagten in keiner Weise signalisiert, dass er die Akten zu einem späteren Zeitpunkt nicht weiter bearbeiten würde. Eine nachhaltige Arbeitsverweigerung liegt somit auch nach dem Vortrag des Beklagten nicht vor. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Tätigkeit des Klägers, die der Beklagte als Kündigungsgrund bezeichnet, im Zusammenhang mit der vom Beklagten veranlassten Beendigung des Arbeitsverhältnisses stand. Die durch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschaffene Situation war für den Kläger neu. Es handelte sich nicht um eine normale Situation. In einer solchen Beendigungssituation ist es nicht unüblich, dass Arbeitnehmer Abwicklungsarbeiten während der Arbeitszeiten erledigen. Dies galt auch für die nochmalige Durchsicht eigener Angelegenheiten und Überprüfung von Akten auf Vollständigkeit einschließlich der ordnungsgemäßen Abrechnung, die nur der Sachbearbeiter beurteilen kann. Vor dem Hintergrund, dass es sich um eine außergewöhnliche Situation handelte, hätte der Beklagte in Form einer Abmahnung unmissverständlich zum Ausdruck bringen müssen, dass er das mit der außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses geahndete Verhalten des Arbeitnehmers unter keinen Umständen akzeptieren und bei dessen Fortsetzung das Arbeitsverhältnis beenden würde. Dies ist eindeutig jedenfalls nach dem Sachvortrag des Beklagten nicht geschehen. Letztendlich war die streitgegenständliche Kündigung auch im Rahmen der Interessenabwägung, bei der wesentliche Gesichtspunkte für den Kläger sprechen, als unwirksam zu werten.

Der Beklagte hat bereits eine ordentliche Kündigung ausgesprochen. Somit stand das Ende des Arbeitsverhältnisses des Klägers bereits fest. Es war dem Beklagten keinesfalls unzumutbar, den Kläger bis zum bereits definitiv feststehenden Ablauf der Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Pflichtverstöße, die

der Beklagte dem Kläger vorwirft, im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses standen und aufgrund dieser Situation in jedem Fall einer Abmahnung bedurft hätten.

Das Ersturteil war auch hinsichtlich der Zahlung der Vergütung wegen Verzugs der Annahme der Leistung des Klägers gemäß § 293 ZPO aufrecht zu erhalten. Die Höhe des Betrages des zwischen den Parteien vereinbarten Fixums ist auch in der Berufungsinanz unstreitig geblieben. Der Beklagte war dementsprechend zur Zahlung der Vergütung unter dem Gesichtspunkt des Verzugs der Annahme der Leistung des Klägers zu verurteilen.

Soweit sich der Beklagte aufgrund dessen, dass der Kläger die Herausgabe der rechtswidrig entwendeten Daten und Unterlagen verweigert, auf ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB beruft, ist auch dieser Einwand unbegründet.

Denn insoweit hätte der Beklagte zunächst einmal vortragen müssen, um welche Unterlagen es sich im Einzelnen handelt.

Darüber hinaus bestehen erhebliche Zweifel, ob wegen fehlender Konnexität zwischen Herausgabe und Vergütungsansprüchen überhaupt ein Zurückbehaltungsrecht besteht.

Nach alledem war die Berufung mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen. Für die Zulassung der Revision bestand kein gesetzlich begründeter Anlass.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil ist die Revision nicht zulässig; auf § 72 a ArbGG wird verwiesen.

Bär
Vorsitzender Richter
am Landesarbeitsgericht

Heider
ehrenamtlicher Richter

Rothballer
ehrenamtliche Richterin