

14 Ca 17608/09

Verkündet am: 13.07.2010

Langenwalder  
Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



## Arbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

### TEILURTEIL

In dem Rechtsstreit

Dr. A.  
A-Straße, A-Stadt

- Kläger -

Prozessbevollmächtigte/r:

Rechtsanwalt Dr. Jur. B.  
B-Straße, B-Stadt

gegen

Firma D. vertreten  
durch den Vorstand  
D-Straße, D-Stadt

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte/r:

Rechtsanwälte E.  
E-Straße, A-Stadt

hat die 14. Kammer des Arbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 22. Juni 2010 durch die Richterin am Arbeitsgericht Neubert-Vardon und die ehrenamtlichen Richter Weininger und Figulla

für Recht erkannt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die außerordentliche fristlose Kündigung vom 18.12.2009 aufgelöst wurde.
2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien auch nicht durch die außerordentlichen fristlosen Kündigungen vom 28.12.2009 aufgelöst wurde.
3. Es wird weiter festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien auch nicht durch die ordentliche Kündigung vom 12.11.2009 zum 31.12.2009 aufgelöst wurde.
4. Das Arbeitsverhältnis der Parteien wird gemäß §§ 9, 10 KSchG gegen Zahlung einer Abfindung in Höhe von

**€ 20.051,46 (zwanzigtausendeinundfünfzig 46/100 Euro) brutto**

zum 31.12.2009 aufgelöst.

5. Der Kläger wird im Rahmen der Widerklage verurteilt, an die Beklagte den ihm überlassenen Laptop DELL, Latitude E 6500, Rechnername: MSGN3403i. Seriennummer: 94P1H4J nebst dazugehöriger Tasche, Netzkabel und Maus sowie die elektronische Zutrittskarte Nr. 2659 herauszugeben.
6. Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.
7. Der Streitwert wird auf € 23.550,00 festgesetzt.

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer ordentlichen Kündigung, die Rechtswirksamkeit dreier außerordentlicher, hilfsweise ordentlicher Kündigungen, einen Auflösungsantrag sowie im Rahmen der Widerklage über Zahlungs- und Herausgabeansprüche.

Der am 14.07.1969 geborene Kläger war seit dem 01.08.2006 aufgrund Arbeitsvertrags vom 19.07.2006 (vgl. Anlage B 1, Bl. 113 – 117 d.A.) als Diplominformatiker / Softwareentwickler bei der Beklagten beschäftigt. Das monatliche Bruttobasisgehalt betrug 4.100 € zzgl. Incentivezahlung, auf die monatlich ein Vorschuss von 410 € gezahlt wurde. Der Kläger ist verheiratet und seiner Ehefrau sowie zwei minderjährigen Kindern – 8 Jahre und 1 Jahr alt – gegenüber unterhaltspflichtig. Die Beklagte beschäftigt regelmäßig mehr als 10 Arbeitnehmer. Bei der Beklagten besteht ein Betriebsrat.

Gemäß § 3 des Arbeitsvertrages vom 19.07.2006 umfasste das Aufgabengebiet des Klägers als Softwareentwickler insbesondere die folgenden Tätigkeiten:

- 1 Programmierung von Anwendungssoftware (Standard- und Individualprogrammierung),
- 2 Erstellen von Organisationsanalysen, Pflichtenheften und Programmiervorgaben,
- 3 Beratung in Organisations- und Systemfragen,
- 4 Installation, Kundens Schulung und -betreuung für Standard- bzw. Individualsoftware,
- 5 Durchführung interner Seminare und Schulungen,
- 6 Vorbereitung und Durchführung von Softwarevorführungen,
- 7 Betreuung und Unterstützung im internen IT-Betrieb (gültig für alle Standorte und Unternehmen der msg-Group). Der interne IT-Betrieb beinhaltet alle Systeme, die bei bzw. durch msg systems betreut werden, ausgenommen hiervon sind explizite Kundenprojekte mit konkreter Rufbereitschaftsvereinbarung.

Die Parteien schlossen am 20.07.2006 eine Vereinbarung über die Gewährung einer variablen, leistungsabhängigen Vergütungskomponente (sog. Incentive-Vereinbarung, vgl. Anlage B 45, Bl. 321 – 328 d.A.).

Die Beklagte erteilte dem Kläger mit Schreiben vom 13.05.2009 eine Abmahnung wegen Arbeitsverweigerung und Verletzung seiner Arbeitspflicht. Anlass hierfür war die Nichtteilnahme des Klägers an dem von der Beklagten für den 28.04.2009 angesetzten Kolloquium: Der Kläger hatte im März von seinem Vorgesetzten die Arbeitsanweisung erhalten,

seine vorhandenen Kenntnisse in der Programmiersprache Java durch ein Selbststudium aufzufrischen. Die hierzu benötigten Lehrmaterialien wurden dem Kläger zu Verfügung gestellt. Der Kläger sollte das Selbststudium bis 22.04.2009 abgeschlossen haben. Bei dem Kolloquium sollten die Lernfortschritte und der Kenntnisstand des Klägers überprüft werden.

Am 04.06.2009 erteilte die Beklagte dem Kläger den Arbeitsauftrag „Vergleich von Cascading Style Sheets auf Klassendeklarationsdifferenzen“. Der Auftrag gliederte sich in die Arbeitspakete AP 3.1 bis AP 3.3 (vgl. Anlage B 6, Bl. 144 – 145 d.A.). Die Erledigung der Arbeitsaufgaben 3.2 und 3.3 war voneinander unabhängig. Für die Erledigung des Arbeitspakets AP 3.1 setzte die Beklagte ursprünglich den 26.06.2009 als Abgabetermin fest (= 15,5 Arbeitstage). Das Arbeitspaket AP 3.2 sollte am 09.07.2009 erledigt sei (= 9 Arbeitstage). Für die Erledigung des Arbeitspakets AP 3.3 wurde der 16.07.2009 als Abgabetermin bestimmt (= 5 Arbeitstage). Insgesamt belief sich der zeitliche Rahmen auf 30,5 Arbeitstage.

Der Kläger war am 12.06.2009, in der Zeit vom 19.06.2009 bis 26.06.2009 und vom 27.07.2009 bis 14.08.2009 im Urlaub. In der Zeit vom 01.07.2009 bis 04.07.2009 und vom 21.07.2009 bis 24.07.2009 war er arbeitsunfähig krank. Die Beklagte verlängerte deshalb die ursprünglich gesetzten Abgabefristen wie folgt: Der Abgabetermin für das AP 3.1 vom 26.06.2009 wurde auf 10.07.2009 verschoben, der Termin für das AP 3.2 auf 21.08.2009 und für das AP 3.3 auf 28.08.2009. Das Arbeitspaket AP 3.1 wurde am 09.07.2009 abgenommen. Der Kläger benötigte – nach dem Vortrag der Beklagten – als Arbeitsaufwand insgesamt 43 Arbeitstage, dabei entfielen 7,48 Tage auf AP 3.1, 18,46 Tage auf AP 3.2 und 3,07 Tage auf AP 3.3.

Die Beklagte hörte den Betriebsrat zur beabsichtigten ordentlichen Kündigung des Klägers mit Schreiben vom 02.11.2009 (vgl. Anlage B 13, Bl. 188 – 195 d.A.) an. Der Betriebsrat widersprach der Kündigung mit Schreiben vom 10.11.2009 (vgl. Bl. 4 d.A.), da er es für zumutbar halte, den Kläger entsprechend seiner Qualifikation einzusetzen und vorhandene Defizite durch Schulungen zu beseitigen.

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 12.11.2009 (vgl. Bl. 3 d.A.), dem Kläger persönlich übergeben am 12.11.2009, ordentlich verhaltensbedingt zum 31.12.2009.

Am 29.10.2009, 9.00 Uhr wies – nach dem Sachvortrag der Beklagten – der neue Vorgesetzte des Klägers, Herr A. S., den Kläger schriftlich an, einen Abgleich von zwei Datenmodellen (Produktives Datenmodell vs. Datenmodell aus der Testumgebung) durchzuführen. Der Kläger sollte diese Programmieraufgabe bis zum 02.11.2009, 17.00 Uhr, also innerhalb von zwei Arbeitstagen, lösen (vgl. Anlage B 14, Bl. 196 – 197 d.A.). Am 30.10.2009 übersandte der Kläger Herrn S. per Email (vgl. Anlage B 17, Bl. 205 d.A.) eine von ihm so genannte „Musterlösung“ und bat ihm mitzuteilen, ob diese der Arbeitsanweisung „entspricht oder nicht“. Er teilte auch mit, dass die Fertigstellung bis 02.11.2009 nicht realistisch sei, da „laut KDiff3 975 Konflikte vorhanden seien, die alle manuell gelöst werden müssen.“ Der Kläger übergab sein schriftliches Arbeitsergebnis am 10.11.2009, nachdem die Abgabefrist zunächst auf den 02.11.2010 und dann nochmals auf den 09.11.2009 verlängert worden war. Die Beklagte mahnte den Kläger mit Schreiben vom 26.11.2009 (vgl. Anlage B 15, Bl. 198 – 201 d.A.) wegen einer Schlechterfüllung seiner Arbeitspflicht ab, weil das am 10.11.2009 übergebene Programmiererergebnis zahlreiche Fehler aufgewiesen habe und der Kläger bei der Erledigung der Programmieraufgabe nicht die Lösungshinweise und Hilfestellung der Herren S. und K. beachtet habe.

Nach der Abnahme vom 10.11.2009 setzte die Beklagte dem Kläger eine Nachfrist zur Erledigung der Arbeitsaufgabe vom 29.10.2009. Der Kläger sollte die im Abnahmeprotokoll von Herrn S. beanstandeten Mängel bis zum 13.11.2009 beheben. Mit Email vom 12.11.2009 (vgl. Anlage B 23, Bl. 225 d.A.) teilte der Kläger Herrn S. mit, dass die Fertigstellung bis zum 13.11.2009 nicht realistisch sei und das Endergebnis erst am 17.11.2009 fertig gestellt sein werde. In der Zeit vom 16.11.2009 bis 18.11.2009 war der Kläger arbeitsunfähig krank. Der Kläger übergab die nachbearbeitete Arbeitsaufgabe Herrn S. am 20.11.2009. Herr S. erstellte am 25.11.2009 ein Abnahmeprotokoll (vgl. Anlage B 25, Bl. 228 – 236 d.A.). Die Beklagte mahnte den Kläger mit Schreiben vom 02.12.2009 (vgl. Anlage B 26, Bl. 237 – 238 d.A.) wegen einer Schlechterfüllung seiner Arbeitspflicht ab, weil das am 20.11.2009 übergebene Ergebnis der Nachbearbeitung wiederum nicht verwertbar sei. Die Beklagte beanstandete unter Verweis auf das Abnahmeprotokoll vom 25.11.2009, dass immer noch Änderungen zwischen den Datenmodellen übersehen, falsche Farbmarkierungen und nicht kennzeichnungsrelevante Markierungen gesetzt worden seien.

Am 30.11.2009 wurde dem Kläger von seiner neuen Vorgesetzten Frau W. eine andere Arbeitsaufgabe übertragen. Die Anweisung (vgl. Anlage 27, Bl. 239 – 241 d.A.) umfasste vorbereitende Arbeiten für die Erstellung eines Softwareprogramms, das Mitarbeiterdaten aggregiert anzeigt. Dem Kläger wurde eine Frist zur Erledigung dieser Aufgabe bis zum 04.12.2009, 17.00 Uhr gesetzt. In der Arbeitsanweisung wurde auf Seite 2 unter „Generell gelten dabei folgende Punkte“ angewiesen, „täglich bis 18.00 Uhr einen kurzen Zwischenbericht inkl. Fertigstellungsgrad und den bestehenden Codefragmente an Frau W. zu senden“.

Nach Erhalt der Arbeitsanweisung schickte der Kläger Frau W. am 30.11.2009 um 18.04 Uhr eine Email (vgl. Anlage B 28, Bl. 242 – 244 d.A.) und stellte eine Reihe von Fragen zu den Punkten 1. bis 5. der Arbeitsanweisung. Er führte einleitend aus:

„Hallo K.,

ich habe offene Fragen zu den Punkten 1. bis 5. Die Fragen für die anderen Punkte 6. bis 9. werde ich Dir rechtzeitig schicken. Was die Fertigstellung am 04.12. betrifft, werde ich es Dir ebenfalls rechtzeitig sagen. Falls es sich noch andere Fragen ergeben, werde ich sie Dir rechtzeitig schicken.  
(...)“

Mit den vorbereitenden Arbeiten gemäß Arbeitsanweisung vom 30.11.2009 war der Kläger bis 03.12.2009 beschäftigt.

Am 04.12.2009, 18.30 Uhr wies Frau W. den Kläger schriftlich an (vgl. Anlage B 29, Bl. 248 – 249 d.A.), anschließende Arbeiten für die Erstellung desselben Softwareprogramms auszuführen. Hierfür setzte Frau W. dem Kläger eine Frist bis 10.12.2009, 17.00 Uhr. Der Kläger sollte u.a. folgende Aufgaben erledigen:

- „1. Implementierung einer Klasse BuchungenIN.java mit der alle Daten aus der Datei Buchungen.csv eingelesen werden können.
  2. Instanziierung von 50 Objekten mit den ersten 50 Mitarbeiterdaten aus der Datei Buchungen.csv, die mit der Arbeitsanweisung übergeben wurde.
  3. Ausgabe aller Daten auf der Console alphabetisch aufsteigend sortiert nach Mitarbeiter, Datum und VON in alphabetisch absteigender Folge.
- (...)“

Mit Email vom 07.12.2009 (vgl. Anlage B 30, Bl. 250 – 251 d.A.) frage der Kläger bei Frau W. diesbezüglich nach:

- Zu 1. Könntest Du mir bitte sagen, was Du mit „...alle Daten aus der Textdatei...“ gemeint hast? Sind die Daten, die Du hier meinst, die mit der Klasse Buchung2.java eingelesen werden?
- Zu 2. Wie soll die Instanziierung geschehen?
- Zu 3. Was hast Du hier genau gemeint? Ist das eine neue Ausgabereihfolge als wie bei dem Punkt 6 der Arbeitsanweisung vom 30.11.2009?

Am 07.12.2009 teilt der Kläger um 17.57 Uhr per Email mit, dass er 20 % der Arbeitsanweisung vom 04.12.2009 erledigt habe, er allerdings noch ca. 4 Personentage à 8 Stunden benötige, um die Arbeitsaufgabe komplett fertig stellen zu können (vgl. Anlagenkonvolut B 32, Bl. 273 – 281 d.A.). Per Email teilte Frau W. dem Kläger mit, dass die Aufgaben aus ihrer Sicht in drei Tagen zu bewältigen seien, verlängerte gleichwohl die Frist zur Fertigstellung bis Montag, 14.12.2009, 17.00 Uhr. Am 10.12.2009, 17.55 Uhr teilte der Kläger Frau W. mit, dass er die Arbeitsaufgabe erst zu 40% erledigt habe und er noch weitere drei bis vier Personentage à 8 Stunden benötige. Die Verzögerung begründete der Kläger damit, dass er immer noch dabei sei, die notwendigen theoretischen Kenntnisse bezüglich Datenbanken unter Java zu lesen. Mit Email vom 11.12.2009 bat Frau W. den Kläger, bis Montag, 14.12.2009, 14.00 Uhr eine Zusammenfassung der Themen zu schicken, mit denen er sich bisher theoretisch über Datenbanken informiert habe. Die Abnahme der Arbeitsaufgabe vom 04.12.2009 erfolgte am 14.12.2009 um 18.00 Uhr.

Die Beklagte mahnte den Kläger erneut mit Schreiben vom 11.12.2009 (vgl. (Anlage B 31a, Bl. 260 – 262 d.A.) wegen Schlechterfüllung seiner Arbeitspflicht ab. Teil der Arbeitsaufgabe vom 30.11.2009 sei u.a. gewesen, täglich bis 18.00 Uhr einen kurzen schriftlichen Zwischenbericht inklusive Fertigstellungsgrad sowie der Nennung der bestehenden Codefragmente an Frau W. zu übermitteln. In den Emails vom 30.11.2009, 01.12.2009, 02.12.2009 und 03.12.2009 seien weder Fertigstellungsgrad noch Codefragmente angegeben gewesen. Dies stelle eine Schlechterfüllung dar.

Die Beklagte hörte den Betriebsrat zur beabsichtigten außerordentlichen und fristlosen, hilfsweise ordentlichen Kündigung des Klägers mit Schreiben vom 11.12.2009 (vgl. Anlage B 31, Bl. 252 – 259 d.A.) an.

Der Betriebsrat widersprach der beabsichtigten "ordentlichen und fristgemäßen" Kündigung mit Schreiben vom 16.12.2009 (vgl. Anlage K 3, Bl. 12 d.A.), da vorhandene Defizite des Klägers durch Schulungen beseitigt und er anschließend entsprechend seiner Qualifikation eingesetzt werden könne.

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 18.12.2009 (vgl. Anlage K 2, Bl. 10 – 11 d.A.), dem Kläger zugegangen am 19.12.2009, verhaltensbedingt außerordentlich und fristlos, hilfsweise ordentlich zum 31.03.2010. Gleichzeitig stellte die Beklagten den Kläger vorsorglich für den Fall der Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung ab sofort unter Anrechnung etwaiger Urlaubs- und Freizeitansprüche von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei.

Am 04.12.2009 gegen 10.00 Uhr wollte – nach dem Sachvortrag der Beklagten – der Vorgesetzte des Klägers, Herr O., den Kläger sprechen und versuchte mehrmals, ihn telefonisch zu erreichen. Da dies erfolglos war, suchte er um 10.20 Uhr das Büro auf, in dem der Kläger seit dem 01.12.2009 seinen Arbeitsplatz hatte. Dort traf er den Kläger nicht an. Frau W., die an diesem Tag seit 10.00 Uhr im Büro war, konnte keine Auskunft zum Verbleib des Klägers geben. In Gegenwart des Herrn O. überprüfte Frau W. daher die Erreichbarkeitsdaten des Klägers in Lotus Notes. Hier hatte der Kläger angegeben, dass er am 04.12.2009 von 10.00 Uhr bis 12.00 Uhr wegen "Flexi-Time" nicht anwesend sei. Frau W. war ab 10.00 Uhr durchgehend in dem gemeinsamen Büro anwesend, bevor sie es gegen 11.00 Uhr verließ. Bis zu diesem Zeitpunkt erschien der Kläger nicht an seinem Arbeitsplatz. Am 04.12.2009 um 18.24 Uhr gab der Kläger im Zeiterfassungssystem PROSIS an, an diesem Tag von 10.16 Uhr bis 18.30 Uhr gearbeitet zu haben.

Mit Schreiben vom 07.12.2009, dem Kläger persönlich übergeben am 08.12.2009, hörte die Beklagte den Kläger zum dringenden Verdacht des Arbeitszeitbetrugs an und gab ihm Gelegenheit zur Stellungnahme bis 15.12.2009. Der Kläger nahm Stellung mit Email vom 14.12.2009, 18.51 Uhr (vgl. Anlage B 37, Bl. 298 d.A.) und wies unter anderem darauf hin, dass die Kollegen St. und T. seine Anwesenheit ab 10.16 Uhr würden bezeugen können. Auf Nachfrage der Beklagten bei diesen beiden Kollegen erklärte Herr St. mit Email vom 15.12.2009 (vgl. Anlage B 38, Bl. 299 d.A.), dass der Kläger am Freitagvormittag, den 04.12.2009, in sein Büro gekommen sei, da er Zucker benötigt



habe. Herr T. teilte mit, dass er den Kläger am 04.12.2009 nicht gesehen habe.

Die Beklagte hörte den Betriebsrat zur beabsichtigten außerordentlichen und fristlosen, hilfsweise ordentlichen Kündigung des Klägers wegen Schlechterfüllung mit Schreiben vom 18.12.2009 (vgl. Anlage B 34, Bl. 285 – 291 d.A.) an, dem Betriebsrat zugegangen am 18.12.2009. Der Betriebsrat nahm keine Stellung und ließ die Äußerungsfrist verstreichen.

Die Beklagte hörte den Betriebsrat weiterhin zur beabsichtigten außerordentlichen und fristlosen, hilfsweise ordentlichen Tat- und Verdachtskündigung des Klägers wegen Arbeitszeitbetrug mit Schreiben vom 18.12.2009 (vgl. Anlage B 40, Bl. 301 – 305 d.A.) an, dem Betriebsrat zugegangen am 18.12.2009. Der Betriebsrat gab keine Stellungnahme hierzu ab.

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit zwei weiteren Schreiben vom 28.12.2009 (vgl. Anlagen K 4 und K 5, Bl. 16 und 17 d.A.), dem Kläger zugegangen am 28.12.2009, zum einen wegen Schlechtleistung und zum anderen wegen Arbeitszeitbetrugs außerordentlich und fristlos, hilfsweise ordentlich zum 31.03.2010. Gleichzeitig stellte die Beklagten den Kläger jeweils vorsorglich für den Fall der Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung ab sofort unter Anrechnung etwaiger Urlaubs- und Freizeitanprüche von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei.

Am 01.02.2010 reichte der Prozessbevollmächtigte des Klägers beim Arbeitsgericht München einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die Beklagten ein. Beantragt wurde, an den Kläger für Januar 2010 Arbeitsentgelt in Höhe von € 3.000 netto sofort, für Februar 2010 Arbeitsentgelt in Höhe von € 3.000 netto am 28.02.2010 und für März 2010 Arbeitsentgelt in Höhe von € 2.678 netto am 31.03.2010 zu zahlen. Zur Begründung führte der Prozessbevollmächtigte des Klägers unter anderem aus:

„Das Arbeitsverhältnis der Parteien wurde von der Antragsgegnerin mit nicht weniger als sieben Kündigungen vom 12.11., 18.12. und 28.12.2009 zum Teil fristlos, zum Teil fristgemäß zum 31.12.2009 und 31.03.2010 gekündigt ohne hierfür bislang eine schriftliche Begründung zu liefern. Soweit der Betriebsrat vor den einzelnen Kündigungen ordnungsgemäß angehört wurde, hat der Betriebsrat widersprochen, weshalb die Antragsgegnerin verpflichtet ist, den Antragsteller für die Dauer der gegen die Kündigungen vor dem ArbG München eingeleiteten Kündigungsschutzverfahren, Az. 14 Ca 17608/09, gemäß § 102 Abs. 5 BetrVG zu unveränderten Bedingungen weiter zu beschäftigen.“

- 10 -

Zur Glaubhaftmachung dieser Ausführungen sowie der weiteren Ausführungen in der Antragschrift war eine vom Kläger unterzeichnete „Eidesstattliche Versicherung zur Vorlage beim Arbeitsgericht München“ vom 01.02.2010 (vgl. Anlage B 52, Bl. 394 d.A.) beigefügt. Darin versicherte der Kläger unter anderem an Eides Statt:

„Seit 12.11.2009 werde ich mit insgesamt 7(!) Arbeitgeberkündigungen bombardiert, denen der Betriebsrat jeweils widersprochen hat soweit er angehört wurde.“

Im Termin übergab der Prozessbevollmächtigte des Klägers eine weitere eidesstattliche Versicherung des Klägers vom 05.02.2010 (vgl. Anlage B 54, Bl. 396 d.A.). Darin führte der Kläger nunmehr aus:

„Laut Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 04.02.2010 Seite 5 oben im Verfahren wegen einstweiliger Verfügung (Arbeitsgericht München, Az. 28 Ga 18/10) hat der Betriebsrat nach Anhörung zu den Kündigungen vom 28.12.2009 keine Stellung genommen und die Frist zur Äußerung verstreichen lassen. Dies war mir bisher nicht bekannt, weshalb ich meine eidesstattliche Versicherung vom 01.02.2010 entsprechend **berichtigte**. Meine Erklärung, der Betriebsrat habe auch den Kündigungen vom 28.12.2009 widersprochen, nehme ich zurück.“

Die Beklagte hörte mit Schreiben vom 05.02.2010 (vgl. Anlage B 55, Bl. 397 – 401 d.A.) den Betriebsrat zur beabsichtigten vorsorglichen nochmaligen außerordentlichen und fristlosen, hilfsweise ordentlichen Kündigung zum nächstmöglichen Termin an. Als Grund gab die Beklagte an, dass in der eidesstattlichen Versicherung Tatsachenbehauptungen enthalten sind, die nachweislich falsch seien. Der falsche Sachvortrag und die darauf bezogene falsche Versicherung an Eides Statt erfüllten den Straftatbestand des versuchten Prozessbetrugs.

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 15.02.2010, dem Kläger zugestellt am 15.02.2010 (vgl. Anlage B 51, Bl. 392 d.A.), nochmals außerordentlich und fristlos, hilfsweise ordentlich zum 31.03.2010 mit der Begründung, der Kläger habe in dem einstweiligen Verfügungsverfahren 28 Ga 18/10 bewusst wahrheitswidrig vortragen lassen und eine falsche Versicherung an Eides statt abgegeben. Das Kündigungsschutzverfahren ist unter dem Az. 20 Ca 2911/10 beim Arbeitsgericht München anhängig.

Mit Schreiben vom 09.02.2010 (vgl. Anlage B 57, Bl. 518 d.A.) mahnte die Beklagte den Kläger erneut ab, weil er am 05.02.2010 im Nachgang zum Anhörungstermin vor dem Arbeitsgericht München (28 Ga 18/10) die Beklagte bezichtigt habe, mit den Ausführungen zur Email vom 02.10.2008 falsch vorgetragen und einen „Prozessbetrug“ in dem Verfahren 35 Ca 8681/09 begangen zu haben. Zugleich forderte die Beklagte den Kläger unter Fristsetzung zum 16.02.2010 auf, diese Äußerungen zu widerrufen.

Mit Email vom 16.02.2010 (vgl. Anlage B 58, Bl. 521 d.A.) forderte der Kläger sodann die Beklagte auf, die Abmahnung vom 09.02.2010 mit den falschen Behauptungen bis spätestens 19.02.2010 zurückzunehmen, da er sich sonst gezwungen sehe, wegen der Abmahnung rechtliche Schritte einzuleiten.

Die Beklagte kündigte darauf hin das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 26.02.2010, dem Kläger zugestellt am 26.02.2010 (vgl. Anlage B 60, Bl. 526 – 527 d.A.), nochmals außerordentlich und fristlos, hilfsweise ordentlich (Kündigungsschutzverfahren: 26 Ca 3341/10).

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 22.03.2010 (vgl. Anlage 66, Bl. 539 d.A.) nochmals fristlos mit der Begründung, dass der Kläger am 03.03.2010 ohne ihr Wissen und gegen ihren Willen ihre Geschäftsräumlichkeiten in der Firmenzentrale in D-Stadt betreten und deshalb einen Hausfriedensbruchs begangen habe. Zudem bestehe der begründete dringende Verdacht, dass der Kläger sich in der Woche vor dem 03.03.2010 weitere Male ohne Wissen der Beklagten unbefugt Zutritt zu ihren Geschäftsräumlichkeiten in D-Stadt verschafft habe. Die Beklagte hatte den Betriebsrat zu dieser außerordentlichen, fristlosen, hilfsweise ordentlichen Kündigung mit Schreiben vom 16.03.2010 (vgl. Anlage B 64, Bl. 533 – 537 d.A.) angehört. Der Betriebsrat stimmt der beabsichtigten Kündigung mit Schreiben vom 22.03.2010 (vgl. Anlage B 65, Bl. 538 d.A.) zu. Das Verfahren wird unter Az. 22 Ca 3842/10 geführt.

Der Kläger kandidierte für die Betriebsratswahl am 23.04.2010. Auf der Vorschlagsliste 4 zur Betriebsratswahl („Der Aufrechte Gang“) war er an erster Stelle aufgeführt (vgl. Anlage B 67, Bl. 541 d.A.). Außer dem Kläger kandidierten auf dieser Liste K.-H. P., F. T. und St.. Er hat mit den übrigen Kandidaten der Liste 4 einen Wahlaufdruck (vgl. Anlagen B 68 und B 68a, Bl. 542 – 545 d.A.) verfasst und im Betrieb der Beklagten veröffentlicht.

Der Kläger ist der Auffassung, dass die ordentlichen Kündigungen jeweils sozial ungerechtfertigt seien. Bei den fristlosen Kündigungen fehle jeweils ein wichtiger Grund. Der Kläger sei in der Zeit vom 17.12.2009 bis 29.12.2009 krankgeschrieben gewesen und habe durch sein Verhalten keinen Anlass gegeben, das Arbeitsverhältnis zu beenden. Da der Betriebsrat der ordentlichen Kündigung vom 12.11.2009 widersprochen habe, sei die Beklagte verpflichtet, den Kläger nach Ablauf der Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen. Hinsichtlich der fristlosen, hilfsweise ordentlichen Kündigungen vom 28.12.2009 werde bestritten, dass der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört worden sei. Der Vorwurf des Arbeitszeitbetrugs im Zusammenhang mit einer fristlosen Kündigung vom 28.12.2009 sei falsch und werde vom Kläger mit allem Nachdruck zurückgewiesen. Auch von einem Verdacht könne keine Rede sein. Außerdem sei die 14tägige Kündigungserklärungsfrist ab Kenntnis der Beklagten vom behaupteten Vorfall am 04.12.2009 nicht eingehalten worden. Auch der Vorwurf der Schlechterfüllung des Arbeitsvertrages treffe nicht zu. Der hochqualifizierte Kläger, der seine Diplomprüfung mit der Gesamtnote 1,63 und seine Promotion zum "Dr.-Ing." mit der Note 1,2 und dem Prädikat "sehr gut" (magna cum laude) abgeschlossen habe, habe die ihm übertragenen Aufgaben stets einwandfrei und vertragsgerecht erledigt. Auch insoweit werde die Nichteinhaltung der Kündigungserklärungsfrist gerügt. Wegen Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Kündigungen habe der Kläger Anspruch auf Gehaltszahlung ab Januar 2010.

Der Kläger beantragt in der mündlichen Verhandlung:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die ordentliche Kündigung vom 12.11.2009, zugegangen am gleichen Tag, nicht aufgelöst worden ist und über den 31.12.2009 hinaus fortbesteht.
2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger über den 31.12.2009 hinaus zu unveränderten Bedingungen weiter zu beschäftigen.
3. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die fristlose Kündigung vom 18.12.2009, zugegangen am 19.12.2009, noch durch die fristgemäße Kündigung vom 18.12.2009 zum 31.03.2010 aufgelöst worden ist und zu unveränderten Bedingungen über den 19.12.2009 und 31.03.2010 fortbesteht.

4. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die fristlosen Kündigungen vom 28.12.2009, zugegangen am 28.12.2009, noch durch die fristgemäßen Kündigungen vom 28.12.2009, zugegangen am 28.12.2009, zum 31.03.2010 aufgelöst worden ist, sondern zu unveränderten Bedingungen über den 28.12.2009 und 31.03.2010 fortbesteht.
5. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger für die Monate Januar bis Mai 2010 € 22.550,00 brutto (5 Monatsgehälter x € 4.510,00) nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz aus € 4.510,00 seit 31.01.2010, aus 4.510,00 seit 28.02.2010, aus 4.510,00 seit 31.03.2010, aus € 4.510,00 seit 30.04.2010 und aus € 4.510,00 seit 31.05.2010 zu bezahlen.

Die Beklagte beantragt

die Klage abzuweisen und im Rahmen der Widerklage:

1. Der Kläger wird verurteilt, an die Beklagte EUR 3.507,84 nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 16.02.2010 zu zahlen.
2. Der Kläger wird verurteilt, an die Beklagte den ihm überlassenen Laptop DELL, Latitude E 6500, Rechnername: MSGN3403i, Seriennummer: 94P1H4J nebst dazugehöriger Tasche, Netzkabel und Maus herauszugeben.
3. Der Kläger wird verurteilt, an die Beklagte die ihm überlassene elektronische Zutrittskarte Nr. 2659 herauszugeben.

Die Beklagte beantragt zudem

das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis gemäß §§ 9 Abs. 1 Satz 2, 10 Abs. 1 KSchG gegen Zahlung einer Abfindung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch EUR 7.667,00 brutto nicht übersteigen sollte, zum 31.12.2009 aufzulösen.

Der Kläger beantragt,

die Widerklage und den Auflösungsantrag abzuweisen.

Die Beklagte trägt vor, dass der Kläger eine hervorragende fachliche Qualifikation habe. Er sei ein Mitarbeiter, dessen fachliche Qualifikation unter Berücksichtigung seiner schulischen und universitären Ausbildung erheblich über derjenigen eines durchschnittlichen Software-Entwicklers liege. Der Kläger verfüge eigenen Angaben zufolge über fundierte Kenntnisse in der Programmiersprache Java, Java Server Faces (JSF), Java Persistence API (JPA) und Javascript. Das Arbeitsverhältnis der Parteien sei seit geraumer Zeit erheblich belastet. Grund hierfür sei, dass die Beklagte mit der Arbeitsleistung des Klägers nicht zufrieden sei. Nachdem Gespräche mit dem Kläger über eine einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolglos verlaufen seien, habe die Beklagte damit begonnen, die nicht ordnungsgemäße Erfüllung der Arbeitspflicht durch den Kläger durch Abmahnungen zu dokumentieren und – nachdem der Kläger das beanstandete Fehlverhalten nicht abgestellt habe – darauf gestützte Kündigungen ausgesprochen.

Die Beklagte ist der Auffassung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 12.11.2009 wirksam zum 31.12.2009 beendet worden sei, weil sich der einschlägig wegen einer Verletzung seiner Arbeitspflicht abgemahnte Kläger nicht unter angemessener Ausschöpfung seiner überdurchschnittlichen subjektiven Leistungsfähigkeit bemüht habe, eine Programmieraufgabe ordnungsgemäß zu erledigen. Die Kündigung sei erfolgt, weil der hoch qualifizierte Kläger für die Bearbeitung einer Programmieraufgabe, die die Beklagte ihm am 04.06.2009 übertragen habe, anstelle der ursprünglich für die Erledigung festgesetzten 31 Arbeitstage 43 Arbeitstage benötigt habe. Selbst nach dieser langen Bearbeitungsdauer habe das vom Kläger abgelieferte Programm noch einen Fehler ausgeworfen. Der Zeitrahmen von 31 Arbeitstagen, den die Beklagte zur Verfügung gestellt habe, sei bereits äußerst großzügig gewesen. Denn von einem Softwareentwickler mit der (überdurchschnittlichen) Qualifikation des Klägers habe die Beklagte erwarten dürfen, dass er die Programmieraufgabe innerhalb von 15 Arbeitstagen erledige. Ein anderer Softwareentwickler, Herr M., dem die Beklagte dieselbe Programmieraufgabe zur Erledigung übertragen habe, und der nicht über die besondere Qualifikation des Klägers verfüge, habe für die Erledigung dieser Arbeitsaufgabe nur 12 Arbeitstage benötigt. Der Umstand, dass der hochqualifizierte Kläger für die Bearbeitung der Programmieraufgabe mehr als drei Mal so viel Zeit benötigt habe, wie ein Mitarbeiter, der nicht über seine (überdurchschnittliche) Qualifikation verfüge, lasse den Schluss zu, dass der Kläger sich nicht unter Ausschöpfung seines (überdurchschnittlichen) subjektiven Leistungsvermögens darum bemüht habe, die Programmieraufgabe innerhalb des festgelegten zeitlichen

Rahmens zu erledigen. Der Kläger habe damit seine Arbeitspflicht als Softwareentwickler vorwerfbar schlecht erfüllt. Die Beklagte habe den Kläger erst kurze Zeit vor der streitgegenständlichen Kündigung mit Schreiben vom 13.05.2009 wegen einer Verletzung seiner Arbeitspflicht abgemahnt. Nach Auffassung des Arbeitsgerichts München in dem Verfahren 35 Ca 8681/09 sei diese Abmahnung rechtswirksam.

Die Abmahnung vom 26.11.2009 wegen Schlechterfüllung seiner Arbeitspflicht sei gerechtfertigt. Aufgrund der fachlichen Qualifikation des Klägers sowie seiner beruflichen Erfahrung habe die Beklagte erwarten können, dass der Kläger die ihm mit Arbeitsanweisung vom 29.10.2009 übertragene Aufgabe innerhalb des gesetzten zeitlichen Rahmens bis zum 02.11.2009 werde erledigen können. Die vom Kläger in seiner Email angeführten Umstände, die eine Erledigung der Programmieraufgabe bis zum 02.11.2009 angeblich „nicht realistisch“ erscheinen ließen, hätten tatsächlich nicht vorgelegen. Dies gelte zunächst für die vom Kläger angenommene Anzahl von 975 Konflikten. Denn der Kläger habe bei seiner Schätzung nicht beachtet, dass in der Arbeitsanweisung vom 29.10.2009 explizit ausgeführt gewesen sei, dass bei den Tablespaces die Konfigurationen nicht hätten berücksichtigt werden müssen. Unter Berücksichtigung der Arbeitsanweisung habe das Konfliktvolumen deshalb nicht 975, sondern nur 650 betragen. Der Kläger hätte das erheblich geringere Konfliktvolumen ohne weiteres erkennen können, wenn er die Arbeitsanweisung vom 29.10.2009 richtig gelesen hätte. Auch sei die am 30.10.2009 übermittelte Musterlösung nicht entsprechend den Vorgaben aus der Arbeitsanweisung bearbeitet worden. Der Kläger habe in der Musterlösung erhebliche Zeit dafür aufgewendet, um die Konfigurationsparameter der Tablespaces als Änderung zu markieren. Dieser Arbeitsaufwand wäre vermeidbar gewesen, wenn der Kläger die Arbeitsanweisung vom 29.10.2009 aufmerksam gelesen hätte. Denn in der Arbeitsanweisung seien die Konfigurationsparameter explizit als „nicht dokumentationsrelevant“ ausgewiesen worden.

Die Abmahnung vom 02.12.2009 wegen einer erneuten Schlechterfüllung seiner Arbeitspflicht sei ebenfalls gerechtfertigt. Die bis zum 13.11.2009 gesetzte Nachfrist für die Behebung der beanstandeten Mängel betreffend die Arbeitsaufgabe vom 29.10.2009 sei unter Berücksichtigung der Art und Anzahl der beanstandeten Mängel sowie der überdurchschnittlichen Qualifikation des Klägers realistisch gewesen. Die Nachprüfung durch Herrn S. habe ergeben, dass das vom Kläger abgelieferte Arbeitsergebnis immer noch eine Vielzahl von Mängeln enthalte und nicht verwertbar sei. Unter Berücksichtigung der im

Abnahmeprotokoll vom 25.11.2009 festgestellten zahlreichen Mängel habe das Arbeitsergebnis wiederum nur als mangelhaft bewertet werden können. Völlig unverständlich sei, dass der Kläger Teile der Arbeitsaufgabe, die er am 10.11.2009 bereits richtig gelöst habe, in der Nachbearbeitung nunmehr falsch gelöst habe. So habe der Kläger in der Nachbearbeitung z.B. Markierungen gesetzt, die er in der ersten Erledigung richtigerweise als nicht kennzeichnungsrelevant aufgeführt gehabt habe. Demgegenüber seien ursprünglich farblich richtig gekennzeichnete Markierungen in der Nachbearbeitung nunmehr wieder falsch gekennzeichnet und richtig dargestellte Änderungen wieder als nicht änderungsrelevant markiert worden. Der Kläger habe eine Arbeitsaufgabe, für deren Erledigung ursprünglich zwei Arbeitstage angesetzt worden seien, auch knapp drei Wochen später (20.11.2009) nicht mangelfrei erledigt. Dies hätte vom Kläger unter Berücksichtigung seiner überdurchschnittlichen Qualifikation und der zahlreichen Hilfestellungen durch Herrn S. allerdings erwartet werden können. Negativ sei auch aufgefallen, dass der Kläger ungeachtet seiner hervorragenden Qualifikation die ihm übertragene Arbeitsaufgabe nur äußerst schleppend erledigt und einen ganz erheblichen und völlig ungewöhnlichen Betreuungsaufwand produziert habe. Er habe Herrn S. mit überflüssigen Fragen zu der Arbeitsaufgabe geradezu überschüttet. Ein Großteil der Fragen, die der Kläger per Email an Herrn S. geschickt habe, sei überflüssig gewesen, da sich die Antwort entweder bereits aus der schriftlichen Aufgabenstellung vom 29.10.2009 ergeben habe oder sich der Kläger die Antwort auf diese Fragen aufgrund seiner hervorragenden fachlichen Qualifikation hätte selbst erschließen können.

Der Kläger habe sein Fehlverhalten, seinen Vorgesetzten mit einer Vielzahl von überflüssigen Fragen zu bombardieren und hierdurch die Erledigung der übertragenen Aufgaben zu verzögern, auch im Dezember fortgesetzt. Die Arbeitsanweisung vom 30.11.2009 sei so klar und eindeutig formuliert gewesen, dass sie für einen Softwareentwickler, zumal wenn er über die überdurchschnittliche Qualifikation des Klägers verfüge, sofort verständlich gewesen sei und zu keinen größeren Nachfragen hätte führen dürfen. Gleichwohl habe der Kläger seine Vorgesetzte Frau W. im Anschluss an die Aufgabenerteilung geradezu mit Fragen überschüttet. Die Art, wie der Kläger jede Arbeitsanweisung von Frau W. hinterfragt habe, nämlich indem er die entsprechende Arbeitsanweisung in eine Frage umformulierte und Frau W. um Beantwortung bat („Was meinst Du mit ... ?“) lasse dabei den Schluss zu, dass der Kläger aus Prinzip jeden Satz der Aufgabenstellung bzw. der Erläuterungen von Frau W. hinterfragt und deshalb unnötigen Arbeitsaufwand generiert



habe. Die Vielzahl und Art der Fragen, insbesondere die Tatsache, dass diese Fragen unter Berücksichtigung der fachlichen Qualifikation und beruflichen Erfahrung des Klägers objektiv nicht notwendig gewesen seien, ließen den Schluss zu, dass der Kläger sich nicht in ausreichendem Maße um die Erledigung der Arbeitsaufgabe vom 30.11.2009 bemüht habe.

Die Arbeitsaufgabe vom 04.12.2009 habe inhaltlich an die Arbeitsaufgabe vom 30.11.2009 angeknüpft. Als Frau W. dem Kläger am 04.12.2009 die schriftliche Arbeitsaufgabe ausgehändigt habe, habe der Kläger gegenüber Frau W. angekündigt, dass er sie mit Fragen zu dieser Arbeitsanweisung bombardieren werde. Er habe wörtlich gesagt: „Und wenn das Wort „Tomate“ in der Arbeitsanweisung steht, frage ich nach, was eine Tomate ist!“ Da dem Kläger bekannt sei, was eine Tomate ist, bedeute seine Ankündigung nichts anderes als die offen geäußerte Absicht, Frau W. – wie bereits in der Vergangenheit – mit einer Vielzahl von unnötigen Fragen zu der Arbeitsanweisung zu überziehen. Der Kläger habe mit dieser Äußerung bewiesen, dass er sich nicht unter Anspannung seines überdurchschnittlichen Leistungsvermögens um die Erledigung der Arbeitsaufgabe bemühen werde.

Seine Ankündigung, Frau W. mit sinnlosen Fragen zu bombardieren, habe er nachfolgend in die Tat umgesetzt. Die Frage in der Email vom 07.12.2009 zu Nr. 1 der Arbeitsanweisung sei völlig überflüssig gewesen und dokumentiere seinen fehlenden Leistungswillen. Denn ausweislich der Arbeitsanweisung vom 30.11.2009 habe der Kläger die Textdatei Buchungen.csv einschließlich ihres Inhalts selbst erstellt. Die in der Datei befindlichen Daten seien dem Kläger deshalb bekannt gewesen. Die Frage „Könntest Du mir bitte sagen, was Du mit „...alle Daten aus der Textdatei...“ gemeint hast?“ sei dabei völlig überflüssig und nicht nachvollziehbar gewesen. Auch die Frage zu Nr. 2 der Arbeitsanweisung „Wie soll die Instanziierung geschehen?“ sei völlig überflüssig gewesen und dokumentiere sein mangelndes Bemühen, sich um die Erledigung der übertragenen Aufgabe unter Ausschöpfung seines überdurchschnittlichen Leistungsvermögens zu bemühen. Denn der Kläger habe Frau W. dieselbe Frage im Rahmen der Email-Korrespondenz erst am 01.12.2009 gestellt und Frau W. habe die Frage mit Email vom 01.12.2009 bereits beantwortet. Auch die Frage zu 3. der Arbeitsanweisung „Was hast Du hier genau gemeint? Ist das eine neue Ausgabereihfolge als wie bei dem Punkt 6 der Arbeitsanweisung vom 30.11.2009?“ dokumentiere ebenfalls sein mangelndes Bemühen. Denn die Arbeitsan-

weisung vom 30.11.2009 habe unter Ziffer 6 die gleiche Teilaufgabe enthalten und der Kläger habe diese Teilaufgabe erledigt. Die Beklagte gehe nicht davon aus, dass der Kläger diese sinnlosen und überflüssigen Fragen versehentlich gestellt habe, sondern vielmehr, dass der Kläger damit seine Ankündigung, seine Vorgesetzte mit sinnlosen Fragen zu bombardieren, in die Tat umgesetzt habe. Dies lasse den Schluss zu, dass sich der Kläger nicht in ausreichendem Maße um die Erledigung der Arbeitsaufgabe bemüht habe.

Mit Kündigung vom 18.12.2009 habe die Beklagte das Arbeitsverhältnis vorsorglich nochmals außerordentlich und fristlos, hilfsweise ordentlich zum 31.03.2010 gekündigt, weil der Kläger seine Arbeitspflicht wiederum verletzt habe, indem er eine andere Programmieraufgabe nicht unter Ausschöpfung seines überdurchschnittlichen subjektiven Leistungsvermögens erledigt habe. Die Beklagte habe den Kläger am 13.05.2009 wegen Arbeitsverweigerung sowie am 26.11.2009 und 02.12.2009 wegen Schlechterfüllung seiner Arbeitspflicht abgemahnt. Weitere Abmahnungen habe es deshalb nicht bedurft. Ein milderer Mittel sei nicht ersichtlich.

Die Beklagte habe das Arbeitsverhältnis schließlich nochmals vorsorglich am 28.12.2009 außerordentlich und fristlos, hilfsweise ordentlich zum 31.03.2010 gekündigt. Die erste außerordentliche fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung vom 28.12.2009 sei wiederum wegen Schlechtleistung des Klägers in Form einer nicht ordnungsgemäß erledigten Programmieraufgabe ausgesprochen worden. Der Kläger habe sich auch im Zeitraum 08.12.2009 bis zur Abnahme des Programmiererergebnisses am 14.12.2009 nicht unter Ausschöpfung seines überdurchschnittlichen subjektiven Leistungsvermögens bemüht, die Arbeitsaufgabe vom 04.12.2009 ordnungsgemäß zu erledigen. Trotz einer wahren Flut von Emails, mit denen er Frau W. bis zum 14.12.2009 regelrecht bombardiert habe, habe der Kläger die Arbeitsaufgabe nur mangelhaft erledigt. Der hochqualifizierte Kläger habe durch immer neue Fragen einen enormen Betreuungsaufwand produziert. Aufgrund der Flut von Fragen durch den Kläger sei Frau W. zuletzt in erheblichem Maße daran gehindert gewesen, produktiv für Kunden der Beklagten zu arbeiten. Im Zeitraum 30.11. bis 14.12.2009 habe Frau W. insgesamt 21 Stunden, also fast drei Arbeitstage darauf verwendet, den Kläger zu betreuen, insbesondere die Unzahl seiner Fragen zu beantworten. Durch sein destruktives Verhalten habe der Kläger einen erheblichen Aufwand und doppelte Kosten verursacht. Zum einen sei das von ihm verspätet am 14.12.2009 abgegebene Arbeitsergebnis aufgrund verschiedener Mängel nicht verwertbar gewesen. Zum ande-

ren habe er Frau W. in erheblichem Maße davon abgehalten, ihre eigentlichen Aufgaben zu erledigen und produktiv für die Beklagte zu arbeiten.

Die zweite außerordentliche fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung vom 28.12.2009 beruhe auf einem vom Kläger zu ihrer Überzeugung begangenen Arbeitszeitbetrug bzw. auf einem diesbezüglich bestehenden dringenden Verdacht. Da der Kläger in Lotus Notes für den 04.12.2009, 10.00 Uhr bis 12.00 Uhr "Flexi-Time" angegeben habe, und an diesem Tag mindestens bis etwa 11.00 Uhr nicht an seinem Arbeitsplatz im gemeinsam mit Frau W. genutzten Büro erschienen sei, habe die Beklagte daran zweifeln müssen, dass der Kläger – wie in PROSIS angegeben – an diesem Tag tatsächlich in der Zeit von 10.16 Uhr bis etwa 11.00 Uhr gearbeitet habe. Es habe deshalb ein dringender Verdacht des Arbeitszeitbetrugs bestanden. Der Kläger sei vor Ausspruch der Verdachtskündigung ordnungsgemäß angehört worden. Er habe die Verdachtsmomente aber nicht entkräften können.

Im Rahmen der Widerklage macht die Beklagte Rückzahlung von Arbeitslohn für Dezember 2009 sowie Rückzahlung des Incentive für den Zeitraum Januar bis November 2009 geltend. Die Beklagte habe dem Kläger das Kündigungsschreiben vom 18.12.2009 noch am selben Tag per Boten zugestellt. Infolge eines Irrtums habe die Beklagte dem Kläger gleichwohl sein volles Grundgehalt für den Monat Dezember ausgezahlt. Sie habe dem Kläger infolge eines Irrtums auch noch einen monatlichen Vorschuss auf seinen Incentive gezahlt, obwohl der Kläger auf Grundlage der hierzu getroffenen Vereinbarungen keinen Anspruch gehabt habe. Bei der Endabrechnung des Incentive für den Zeitraum Januar bis November 2009 habe die Beklagte feststellen müssen, dass der Kläger seine Ziele für diesen Zeitraum nicht erfüllt habe. Vielmehr hätten die Auswertungen ergeben, dass der Kläger sich in diesem Zeitraum lediglich einen Incentive in Höhe von 902 € brutto verdient habe. Der Kläger sei wie folgt bewertet worden: Qualität der Arbeit: 0%; Soziales und kommunikatives Verhalten: 10 %; Engagement: 0 %. Insoweit werde auch auf die Berechnung Aktiv 109 in der Anlage B 47 (B. 358 d.A.) verwiesen. Zur Begründung dieser Bewertungen werde auf die Darlegungen zu der fortgesetzten Schlechterfüllung der Arbeitspflicht durch den Kläger Bezug genommen. Daraus ergebe sich, dass der Kläger nicht habe erwarten können, für seine fortgesetzte Schlechtleistung auch noch mit einem Bonus belohnt zu werden und dass die Beklagte berechtigt gewesen sei, den Grad der Zielerreichung des Klägers in diesen drei Kategorien wie erfolgt mit 0 % bzw. mit 10 %

festzusetzen. Auch das sog. Deckungsbeitragsziel des Geschäftsbereichs Automotive, dem der Kläger angehöre, und von dessen Erreichen unter anderem die Höhe des Incentive abhängt, sei nicht erreicht worden. Die monatlichen Vorauszahlungen auf den Incentive seien jedoch in der Erwartung geleistet worden, dass der Kläger am Ende des Kalenderjahres seine persönlichen Ziele und auch der Geschäftsbereich das vorgegebene Deckungsbeitragsziel erreicht haben würde. Da beides nicht der Fall gewesen sei, sei der Kläger zur Rückzahlung des geleisteten Vorschusses verpflichtet.

Die Beklagte verlangt vom Kläger zudem Herausgabe der dem Kläger im Rahmen des Arbeitsverhältnisses überlassenen Zutrittskarte sowie des ihm überlassenen Laptops.

Mit dem Auflösungsantrag begehrt die Beklagte, das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung zum 31.12.2009 aufzulösen.

Außer den zahlreichen Pflichtverletzungen, die die Beklagte zum Ausspruch der zahlreichen Kündigungen bewogen hätten und die jede für sich genommen eine den Betriebszwecken dienliche Zusammenarbeit zwischen den Parteien in Zukunft nicht mehr erwarten ließen, habe der Kläger seine arbeitsvertraglichen Pflichten seit Januar 2010 wiederum mehrfach in grober Weise verletzt. Er habe mit Schriftsatz vom 01.02.2010 in dem einstweiligen Verfügungsverfahren 28 Ga 18/10 vorsätzlich falsch vorgetragen und am 01.02.2010 vorsätzlich eine falsche Versicherung an Eides statt abgegeben. Dieses Fehlverhalten des Klägers stelle einen versuchten Prozessbetrug dar. Es sei ihr nicht zumutbar, mit einem Mitarbeiter wie dem Kläger vertrauensvoll zusammenzuarbeiten, der versucht habe, auf rechtswidrige Art und Weise ein ihm günstiges Urteil gegen sie zu erstreiten.

Der Kläger werfe der Beklagten beharrlich vor, ihn mit Hilfe der drei Abmahnungen, die Gegenstand des Rechtsstreits 35 Ca 8681/09 bzw. 11 Sa 114/10 seien, zermürben zu wollen. Er bezichtige die Beklagte darüber hinaus beharrlich, in dem Rechtsstreit 11 Sa 114/10 falsch vorgetragen und einen Betrug begangen zu haben. Den unwahren und ehrverletzenden Vorwurf des falschen prozessualen Vortrags bzw. des Prozessbetrugs habe der Kläger auch im vorliegenden Kündigungsschutzverfahren erhoben.

Der Kläger habe sich außerdem im März 2010 mindestens ein Mal, am 03.03.2010, ohne das Wissen der Beklagten unbefugt Zutritt zu den Geschäftsräumlichkeiten der Beklagten in D-Stadt verschafft und damit mindestens einmal einen Hausfriedensbruch begangen. Darüber hinaus bestehe der dringende Verdacht, dass er sich auch in der Woche vor dem 03.03.2010 ohne Wissen der Beklagten unbefugt Zugang zu ihren Geschäftsräumlichkeiten verschafft habe. Damit habe der Kläger sich über den erkennbar entgegenstehenden Willen der Beklagten – die elektronische Zutrittskarte des Klägers sei seit dem 21.12.2009 gesperrt gewesen – hinweggesetzt.

Die Beklagte stütze den Auflösungsantrag schließlich auf die unwahren und ehrverletzenden Tatsachenbehauptungen des Klägers in seinem Wahlaufruf anlässlich der Betriebsratswahl am 23.04.2010. Der Geschäftsführung werde darin wahrheitswidrig vorgeworfen, die Wahlbewerber der Liste „Der aufrechte Gang“ mit Hausverboten am Sammeln von Stützunterschriften zu hindern. Weiter werde der Beklagten eine „Mobbing-Praxis“ vorgeworfen, mit Hilfe von erfundenen Sachverhalten willkürliche Abmahnungen und ebensolche Kündigungen vorzubereiten und auszusprechen. Schließlich werde die Beklagte in dem Wahlaufruf in ehrverletzender Weise bezichtigt, Mitarbeiter durch vertragsfremde Beschäftigung und untergeordnete Hilfstätigkeiten zu demütigen.

Der Kläger erwidert hierzu im Wesentlichen, dass die Beklagte ihn „mit allen Mitteln“ los werden wolle und eine Gesamtstrategie durch eine Vielzahl von Abmahnungen und Kündigungen verfolge. Die erste Abmahnung vom 21.08.2008 wegen angeblicher Schlechterfüllung habe die Beklagte nach Intervention durch seinen Prozessbevollmächtigten wieder zurückgenommen. Die Abmahnungen vom 04.03.2009 und 24.03.2009 seien durch Urteil des Arbeitsgerichts München vom 13.01.2010 für rechtswidrig erklärt worden. Auf die Abmahnung vom 13.05.2009, die das Arbeitsgericht in seinem Urteil vom 13.01.2010 für rechtmäßig angesehen habe, könne sich die Beklagte bis zur rechtskräftigen Entscheidung nicht berufen. Die Abmahnungen vom 26.11.2009, 02.12.2009, 10.12.2009, 11.12.2009 und 09.02.2010 seien ebenfalls rechtswidrig, weil sie nicht seinen tatsächlichen Leistungen entsprächen. Der Vorwurf, der Kläger habe sich nicht unter angemessener Ausschöpfung seiner überdurchschnittlichen subjektiven Leistungsfähigkeit bemüht, Programmieraufgaben ordnungsgemäß zu erledigen, sei eine böswillige Unterstellung. Es habe sich im Übrigen nicht um Programmieraufträge gehandelt, sondern Aufträge, welche

nur der Kontrolle und Überwachung des Klägers gedient hätten ohne erkennbaren Nutzeffekt für laufende Projekte der Beklagten. Vielmehr werde der Kläger seit geraumer Zeit nicht entsprechend beschäftigt, weshalb die Beklagte laufend in grober Weise gegen ihre arbeitsvertraglichen Verpflichtungen verstoße. So sei er von Januar 2007 bis Anfang Juni 2009 nur völlig unzureichend und über längere Zeiträume hinweg gar nicht beschäftigt worden. Im Zeitraum vom 29.03.2007 bis 09.04.2007 (10 Tage), 19.04.2007 bis 26.04.2007 (8 Tage), 01.06.2007 bis 08.10.2007 (4 Monate), 13.10.2007 bis 17.03.2008 (6 Monate), 29.07.2008 bis 04.09.2008 (1 Monat) und – bis auf ein „Selbststudium“ von ca. 2 Wochen im April 2009 – vom 20.09.2008 bis 02.06.2009 (8 Monate). Dem Kläger sei deshalb gar nicht die Chance gewährt worden, sich in der täglichen Praxis eines Projekteinsatzes zu bewähren, seine Fachkenntnisse unter Beweis zu stellen und durch die Praxis zu vertiefen sowie sich zu einer Führungskraft zu entwickeln.

Die ordentliche Kündigung vom 12.11.2009 sei nicht gerechtfertigt. Für den Arbeitsauftrag vom 04.06.2009 seien nach den von der Beklagten bestimmten Terminen nicht 31, sondern 29 Arbeitstage vorgegeben gewesen, da der 11.06.2009 in Bayern ein Feiertag (Fronleichnam) sei und der Kläger für den Brückentag am 12.06.2009 Urlaub genommen habe, der nicht berücksichtigt worden sei. Es sei auch zu berücksichtigen, dass der Arbeitsauftrag vom 04.06.2009 dem Kläger per Email um 14:36 Uhr zugegangen sei, weshalb der 04.06.2009 nur als halber Arbeitstag gewertet werden könne. Der Kläger habe außerdem wegen der Geburt seines zweiten Sohnes im Juni einen Tag Sonderurlaub erhalten. Hinzukomme, dass der Projektleiter J. ca. 4 Wochen im Urlaub, u.a. vom 21.08.2009 bis 31.08.2009, und ca. 2 Wochen auf Schulung, also insgesamt 6 Wochen nicht erreichbar gewesen sei. Der effektiv für den Kläger zur Verfügung stehende Zeitraum habe 18,5 Arbeitstage betragen, womit der von der Beklagten vorgegebene Zeitraum in jedem Fall eingehalten worden sei. Ob wie behauptet ein anderer Softwareentwickler dieselbe Aufgabe in nur knapp 12 Arbeitstagen bewältigt habe, spiele für die Beurteilung der Arbeitsleistung des Klägers keine Rolle. Vorsorglich werde bestritten, dass es sich um eine vergleichbare Aufgabenstellung gehandelt habe und der Rumäne M. hierfür nur 12 Arbeitstage benötigt habe. Nach Informationen des Klägers sei der Mitarbeiter M. seit längerer Zeit hauptsächlich mit Java beschäftigt worden, sei in die fragliche Materie eingearbeitet gewesen und habe nur im Team gearbeitet. Hingegen sei er in der Vergangenheit überhaupt nicht oder mit anderen Aufgaben beschäftigt gewesen und habe sich daher wie jeder andere Mitarbeiter mit entsprechender Qualifikation in die sehr anspruchsvollen

neuen Aufgaben wie Erweiterung des Java-Programmierertools „Eclipse“ einarbeiten müssen. Das Paket sei unstreitig am 09.07.2009, also termingerecht abgegeben worden. Für das Paket 3.2 habe sich der Abgabetermin wegen des Urlaubs, der Krankheit und des Sonderurlaubs wegen der Geburt eines Kindes bis 24.08.2009 verschoben, tatsächlich sei dieser Teil bis auf das Eclipse-Menü (nur 1 Punkt von 5 Positionen) rechtzeitig fertig geworden. Da der Projektleiter im Urlaub gewesen sei, habe ihm das Arbeitspaket 3.3 nicht übergeben werden können. Am 31.08.2009 habe Herr J. ihm mitgeteilt, dass er mit der Sache nichts mehr zu tun habe und ihn an Herrn K. verwiesen. Er habe sich bei Herrn K. mit Email vom 02.09.2009 erkundigt, wie es mit dem Tevon-Einsatz weitergehe, jedoch die Aufforderung erhalten, einen Statusbericht zu erstellen. Er habe darauf hin Herrn K. mit Email vom 07.09.2009 mitgeteilt, dass AP 3.1. und AP 3.3 vollständig und AP 3.2 bis auf die Position „Eclipse-Menü“ erledigt seien. Erst am 10.09.2009 habe ihm Herr K. bei der Übergabe der Ermahnung mitgeteilt, dass er das Arbeitspaket doch wieder an den Projektleiter schicken solle. Dies sei mit Email vom 14.09.2009 (vgl. Anlage K 11, Bl. 441 d.A.) erfolgt. Die Besprechung mit Herrn K. sei unter vier Augen erfolgt. Er habe in diesem Gespräch erneut auf die Notwendigkeit von Schulungen, Workshops oder zumindest einer kurzen Besprechung mit einer sachkundigen Person zur Erledigung des Eclipse-Menü hingewiesen ohne dass sich in der Folgezeit eine Hilfestellung für ihn ergeben habe. Das ihm am 31.08.2009 übermittelte Programmierbeispiel für Plugin Eclipse sei nicht lauffähig gewesen und habe ihm nicht weiter geholfen. Die Behauptung, man habe ihn unter Fristsetzung zum 25.09.2009 und 02.10.2009 zur Erledigung aufgefordert, sei nicht richtig. Nachdem der Projektleiter nicht mehr reagiert habe und wieder im Urlaub gewesen sei, sei dem Kläger nichts anderes übrig geblieben, sich autodidaktisch und zeitaufwändig die notwendigen Kenntnisse anzueignen, um das Plugin Eclipse bis zum 02.10.2009 fertig zu stellen. An diesem Tag sei dieser Teil per Email übermittelt worden und habe einwandfrei funktioniert. Die Behauptung, es liege ein Compilerfehler vor, da er eine falsche Konstruktion verwendet habe, sei nicht richtig. Eine erneute Überprüfung habe ergeben, dass alles fehlerfrei funktioniere, wobei dies Herr J. mit Email vom 14.10.2009, 10.33 Uhr ausdrücklich bestätigt habe. Bei Einbindung in das Team im Dialog mit eingearbeiteten und geschulten Mitarbeitern wäre es möglich gewesen, die Position Eclipse-Menü in maximal drei Tagen zu erledigen. Tatsächlich habe er nach der für ihn äußerst aufwändigen und zeitraubenden Einarbeitung in die für ihn bislang fremde Materie lediglich drei Tage für die Bearbeitung benötigt.

Die fristlose Kündigung vom 18.12.2009 wegen Schlechterfüllung sei unwirksam. Die Behauptung, der Kläger habe Frau W. mit Fragen zu dieser Anweisung bombardiert, sei falsch. Auch das Wort „Tomate“ sei in diesem Zusammenhang nicht gefallen. Alle sachlich gestellten und von der Beklagten zitierten Fragen waren für die Erledigung der Frage notwendig und von Bedeutung, weshalb die erneut aufgestellten Behauptungen, der Kläger habe hierdurch seinen fehlenden Leistungswillen dokumentiert, völlig abwegig sei. Der fehlende Leistungswille werde zudem mit Nachdruck bestritten. Im Gegenteil, nur durch die Fragestellung des Klägers sei eine erfolgreiche und sachgerechte Lösung der Aufgaben möglich gewesen. Die Behauptung, der Kläger habe die Textdatei Buchungen.csv angeblich selbst erstellt, sei nicht richtig und werde im Schriftsatz der Beklagten vom 26.02.2010 auf Seite 49 unten selbst widerlegt, wo es richtig heiÙe, dass die Datei Buchungen.csv mit der Arbeitsanweisung übergeben wurde.

Auch die fristlose Kündigung vom 28.12.2009 wegen Schlechterfüllung sei unwirksam. Das Programmiererergebnis sei keineswegs völlig mangelhaft. Der Kläger habe wie bei den vorausgegangenen Tätigkeiten allein und isoliert ohne jede Unterstützung arbeiten müssen und nicht wie sonst üblich im Team. Der Kläger sei fast vollständig auf sich allein angewiesen gewesen, zumal seine Vorgesetzte wenig kooperativ gewesen sei. Die Weisungen von Frau W. seien nicht ignoriert, sondern bis 14.12.2009 fristgerecht erledigt worden. Dies gelte sowohl für die mängelfreie Erledigung der Arbeitsaufgabe vom 04.12.2009 als auch die erbetene Zusammenfassung. Laut Besprechungsvermerk des Betriebsratsmitglieds Herr Sch., seien bei der Besprechung des Ergebnisses mit Frau W., dem Kläger und Herrn Sch. keinerlei Einwendungen gegen das Ergebnis erhoben, sondern vielmehr die Punkte 1. – 3. als „in Ordnung“ erkannt worden. Lediglich Punkt 4 sei noch offen gewesen. Dies habe der Kläger am nächsten Tag erledigen wollen, wozu es aufgrund der Weisung der Personalabteilung der Beklagten, ab 15.12.2009 Urlaub zu nehmen, nicht mehr gekommen sei.

Auch die zweite fristlose Kündigung vom 28.12.2009 sei unwirksam. Der Vorwurf des Arbeitszeitbetrugs sei nicht gerechtfertigt. Er sei am 04.12.2009 in der Zeit ab 10.16 Uhr zunächst in seinem alten Büro im Raum 0.448 gewesen, wo sich sein Laptop (abgesperrt), alle Arbeitsunterlagen und seine persönlichen Sachen befunden hätten und habe dieses erst gegen 11.00 Uhr verlassen, um in sein neues Büro zu gehen. Die „Flexi-Time“ in PROSIS habe er nur vorsorglich einige Tage zuvor gebucht, da er einen Behördengang



vorgehabt habe. Diese Absicht habe er jedoch wieder aufgegeben und sei am 04.12.2009 zur angegebenen Uhrzeit ins Büro gegangen. Der Aufforderung Anfang Dezember, künftig das Zimmer mit seiner Vorgesetzten Frau W. zu teilen, sei er ab 03.12.2009 nachgekommen. Er habe Frau W. gefragt, ob er mit seinen Sachen aus dem bisherigen Raum in das neue Zimmer umziehen solle. Dies habe sie mit dem Hinweis verneint, dass der Kollege, der ihr gegenüber sitze, für zwei Wochen im Urlaub sei, und es sich nur um eine vorläufige Regelung handle.

Dies sei der Grund gewesen dafür, dass er ab 03.12.2009 jeden Morgen zunächst seinen Arbeitsplatz im Raum 0.448 aufgesucht, seinen versperrten Laptop herausgeholt, seine Emails überprüft, seine Arbeitsunterlagen zur Hand genommen und mit der Arbeit begonnen habe. In der Regel habe er sich ca. eine halbe Stunde in seinem alten Büro aufgehalten, um sich dann ins neue Zimmer zu Frau W. zu begeben.

Auf die Widerklage trägt der Kläger vor, dass ein Rückforderungsanspruch schon deshalb ausscheide, weil er das gesamte Dezembergehalt für den Lebensunterhalt seiner vierköpfigen Familie noch im Januar benötigt und vollständig verbraucht habe. Es bestehe deshalb keine Bereicherung mehr. Ferner bestehe bei Kenntnis der (behaupteten) Nichtschuld kein Anspruch auf Rückzahlung. Die Beklagte habe in voller Kenntnis des unter besonderer Beobachtung stehenden Klägers das gesamte Monatsgehalt für Dezember überwiesen und damit die vertraglichen Ansprüche anerkannt. Die Beklagte könne sich nicht auf die Berechnung Aktiv 109 in der Anlage B 47 berufen. Gemäß Ziffer 1 Absatz 2 Satz 2 der Incentive-Vereinbarung werde bestimmt, dass die Festlegung des Ziels aus dem eigenen Geschäftsbereich im Personalgespräch erfolge und im Gesprächsbogen beschrieben werde. Mit dem Kläger habe im fraglichen Zeitraum kein einziges Gespräch stattgefunden, um eine entsprechende Zielvereinbarung zu treffen. Deshalb sei von der am 19.05.2009 (vgl. Anlage K 15, Bl. 450 d.A.) zwischen den Parteien getroffenen und beidseitig unterzeichneten Berechnung auszugehen, welche ein Gesamtergebnis von 60 und nicht nur von 10 wie in der Anlage 47 als Grundlage für den Beurteilungszeitraum 2009 festlege. Die Bewertung vom 19.05.2009 entspreche auch den Leistungen und dem Verhalten des Klägers für das Jahr 2009 und dem sog. Deckungsbeitragsziel GB Automotive, welches nicht negativ gewesen sei. Der Bereichsleiter habe immer wieder betont, dass auch das Jahr 2009 für diesen Bereich durchaus positiv und erfolgreich gewesen sei, weshalb das nunmehr von der Beklagten genannte negative Ergebnis nicht richtig sein könne. Der Kläger sei bisher zur Herausgabe des Laptops nicht aufgefordert worden.

Da das Arbeitsverhältnis durch die ausgesprochenen Kündigungen nicht aufgelöst worden sei, sei der Kläger als Mitarbeiter der Beklagten zum Besitz berechtigt. Es sei im Übrigen in hohem Maße treuwidrig, vom Kläger die vorzeitige Rückgabe des Laptops zu verlangen, auf dem sämtliche Daten, Emails, Arbeitsergebnisse und Programme gespeichert seien, welche im vorliegenden Verfahren von Bedeutung seien. Ohne dieses Arbeitsgerät wäre der Kläger nicht in der Lage, sich gegen die haltlosen Vorwürfe, Abmahnungen und Kündigungen sachgerecht zu wehren. Der erhobene Anspruch sei deshalb vor Abschluss der beim Arbeitsgericht anhängigen Verfahren rechtsmissbräuchlich und verstoße gegen Treu und Glauben.

Zum Auflösungsantrag erwidert der Kläger, dass Auflösungsgründe hier nicht gegeben seien. Er sei weiterhin bereit, sich voll und ganz für das Unternehmen einzusetzen. Für sein besonderes Engagement spreche auch, dass er sich für die Belange der Belegschaft durch seine Kandidatur für die Wahl zum Betriebsrat in besonderer Weise einsetze. Als Wahlbewerber genieße er den besonderen Kündigungsschutz des § 15 Abs. 3 Satz 2 KSchG und könne für weitere sechs Monate nur aus wichtigem Grund gekündigt werden. Der Vorwurf, der Kläger habe im einstweiligen Verfügungsverfahren vorsätzlich falsch vorgetragen und vorsätzlich eine falsche eidesstattliche Versicherung abgegeben, werde mit Nachdruck zurückgewiesen. Er habe vielmehr alle Angaben nach bestem Wissen und Gewissen gemacht. Falsch sei auch die Behauptung, der Kläger habe der Beklagten oder ihrem Prozessbevollmächtigten nach dem Termin im einstweiligen Verfügungsverfahren vorgeworfen, Prozessbetrug oder Betrug begangen zu haben. Auch die Behauptung, im vorliegenden Kündigungsschutzverfahren sei angeblich gegen die Beklagte der Vorwurf des Prozessbetrugs erhoben worden, sei falsch. Hiervon sei in den Schriftsätzen des Prozessbevollmächtigten des Klägers nicht die Rede. Er habe auch keinen Hausfriedensbruch begangen. Die Beklagte habe ihm kein Hausverbot erteilt, weshalb er sich auch als freigestellter Mitarbeiter für berechtigt gehalten habe, das Gebäude zu betreten. Ob seine Zutrittskarte ab dem 21.12.2009 gesperrt worden sei, wisse er nicht und werde deshalb mit Nichtwissen bestritten. Er habe diese Karte zuletzt am 15.12.2009 benutzt. Danach habe er die Karte nicht mehr verwendet, auch nicht am 03.03.2010. Die Tür sei bei seiner Ankunft nicht verschlossen gewesen. Unabhängig davon, dass ihm der Zutritt zu keinem Zeitpunkt verweigert worden sei, bestehe auch für den gekündigten Wahlbewerber nach ständiger Rechtsprechung ein Rechtsanspruch auf Zutritt, um Stimmen für seinen Wahlvorschlag zu sammeln und für die Wahl zu werben. Dies und nichts anderes habe er am

03.03.2010 getan. Erstmals mit Schreiben vom 04.03.2010 (vgl. Anlage B 61, Bl. 528 d.A.) sei ihm seitens der Beklagten mitgeteilt worden, dass er ohne eine schriftliche Einverständniserklärung des Personalleiters der Beklagten die Geschäftsräume der Beklagten nicht betreten dürfe. Der Inhalt im Wahlaufruf der Liste 4 sei richtig und entspreche der Realität wofür vom Kläger zahlreiche Zeugen und Beispiele aus der Betriebspraxis benannt werden könnten. Der Wahlaufruf richte sich nicht gegen die Beklagte. Vielmehr habe auf Fehlentwicklungen in der Personalpolitik und bei der Behandlung vieler Mitarbeiter hingewiesen werden sollen, um auf diese Weise die Motivation der Belegschaft und das Betriebsklima zu verbessern. Die Ursache für die aufgetretenen Spannungen läge eindeutig bei der Beklagten, welche diese durch ihr Verhalten gegenüber dem Kläger provoziert habe.

Das Landesarbeitsgericht München hat mit Urteil vom 21.07.2010 die Berufung des Klägers und der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 13.01.2010, Az. 35 Ca 8681/09, zurückgewiesen, u.a. da die Abmahnung vom 13.05.2009 rechtmäßig gewesen sei.

Bezüglich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen vom 18.11.2009, 16.12.2009, 23.12.2009, 02.01.2010, 15.02.2010, 26.02.2010, 09.03.2010, 15.03.2010, 18.03.2010, 25.03.2010, 06.04.2010, 09.04.2010, 10.04.2010, 23.04.2010, 26.04.2010, 26.04.2010, 01.05.2010, 03.05.2010, 01.06.2010 und 02.06.2010 sowie auf die Sitzungsprotokolle vom 13.01.2010 und 04.05.2010 Bezug genommen.

## Entscheidungsgründe:

### I.

1. Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ist hinsichtlich der Kündigungsschutzanträge und des Auflösungsantrags gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3b ArbGG und hinsichtlich des Zahlungsantrags gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3a ArbGG eröffnet. Zwischen Klage und Widerklage besteht ein Zusammenhang im Sinne des § 33 Abs. 1 ZPO, weil alle geltend gemachten Ansprüche auf das Arbeitsvertragsverhältnis der Parteien zurückzuführen sind.
2. Die örtliche Zuständigkeit des Eufach0000000016s folgt aus § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG i.V.m. §§ 12, 17 ZPO und hinsichtlich der Widerklage aus §§ 33 Abs. 1, 35 ZPO i.V.m. § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG.
3. Die Klage ist zulässig, §§ 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG, 495, 260 ZPO.
  - 3.1 Das Feststellungsinteresse ist für die Kündigungsschutzanträge nach §§ 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG, 495, 256 Abs. 1 ZPO gegeben, da die Präklusionswirkung gemäß der §§ 13 Abs. 1, 4 Satz 1, 7 Satz 1 KSchG vermieden wird. Die Formulierungen in den Kündigungsschutzanträgen "und zu unveränderten Bedingungen über den (...) fortbesteht" werden, auch im Hinblick auf die erfolgten Klageerweiterungen, jeweils als unselbständiger Annex angesehen.
  - 3.2 Die Klage ist jedoch nur hinsichtlich der Klageanträge, der Ziffern 2 und 3 der Widerklage sowie hinsichtlich des Auflösungsantrags zur Entscheidung reif. Insoweit war durch Teilurteil gem. § 301 Abs. 1 Satz 1 ZPO zu entscheiden. Hinsichtlich des Widerklageantrags zu 1 (Incentiverückzahlung) und der Frage der 100 %igen Zielerreichung durch den Kläger ist weitere Sachverhaltsaufklärung erforderlich.

## II.

Die zulässige Klage ist, soweit sie zur Entscheidung reif ist, teilweise begründet. Die außerordentliche fristlose Kündigung vom 18.12.2009 wegen Schlechterfüllung ist mangels Vorliegen eines wichtigen Grundes unwirksam. Sowohl die außerordentliche fristlose Kündigung vom 28.12.2009 wegen Schlechterfüllung als auch die außerordentliche fristlose Tat- bzw. Verdachtskündigung vom 28.12.2009 wegen Arbeitszeitbetrugs ist nicht wirksam, da jeweils ein wichtiger Grund fehlt. Schließlich ist auch die ordentliche Kündigung vom 12.11.2009 rechtsunwirksam, weil sie nicht sozial gerechtfertigt ist.

Da jedoch aufgrund des Verhaltens des Klägers im Prozess und nicht zuletzt aufgrund der vom Kläger mitveröffentlichten "Wahlaufrufe" eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht zu erwarten ist, wird das Arbeitsverhältnis auf Antrag der Beklagten zum 31.12.2009 gegen Zahlung einer Abfindung in Höhe von 20.051,46 € brutto aufgelöst. Aufgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat der Kläger weder einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung noch auf Annahmeverzugslohn ab Januar 2010. Im Rahmen der Widerklage hat die Beklagte gegen den Kläger Anspruch auf Herausgabe des Laptops und der elektronischen Zutrittskarte gem. § 985 BGB, da das Arbeitsverhältnis aufgelöst ist.

1. Die außerordentliche fristlose Kündigung vom 18.12.2009 (Schlechtleistung) ist nicht wirksam, da kein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vorliegt.
  - 1.1 Die Rechtswirksamkeit der Kündigung vom 18.12.2009, zugegangen am 19.12.2009, kann vollumfänglich überprüft werden, da die Klageerweiterung vom 23.12.2009 am 24.12.2009 (§ 167 ZPO) und somit innerhalb der Dreiwochenfrist des §§ 13 Abs. 1, 4 Satz 1 KSchG erhoben wurde.
  - 1.2 Die Beklagte hat die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten. Sie beruft sich als Kündigungsgrund auf die sinnlosen Fragen des Klägers betreffend die Arbeitsanweisungen vom 30.11.2009 und 04.12.2009, die insbesondere zuletzt mit der Email vom 07.12.2009 gestellt worden seien. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB begann damit erst mit der letzten Handlung, nämlich der Email vom 07.12.2009 zu laufen und wäre gem. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB am 21.12.2009 abgelaufen. Die außerordentliche Kündigung mit Schrei-

ben vom 18.12.2009 ging dem Kläger am 19.12.2009 und damit rechtzeitig innerhalb der Frist zu.

- 1.3 Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG wird der wichtige Grund durch eine abgestufte Prüfung in zwei systematisch selbständigen Abschnitten konkretisiert. Es ist zunächst zu prüfen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalles an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund abzugeben (1. Stufe). Sodann ist zu untersuchen, ob bei Berücksichtigung dieser Umstände und der Interessenabwägung die konkrete Kündigung gerechtfertigt ist (2. Stufe).

Nach Auffassung der erkennenden Kammer sowie nach allgemeiner Rechtsprechung und Rechtslehre sind häufige Fehlleistungen, Schlechtleistungen und Minderleistungen eines Arbeitnehmers Gründe, die – in der Regel nach vorheriger einschlägiger Abmahnung – eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen können. Allerdings schuldet der Arbeitnehmer nur eine Arbeitsleistung, die er bei angemessener Anspannung seiner individuellen Kräfte und Fähigkeiten erbringen kann. Eine unter Ausschöpfung des persönlichen Leistungsvermögens erbrachte, nur objektiv unterdurchschnittliche Leistung rechtfertigt eine verhaltensbedingte Kündigung nicht. Für eine verhaltensbedingte Kündigung erforderlich ist deshalb eine pflichtwidrige Fehl-, Schlecht- oder Minderleistung (vgl. BAG 11.12.2003 – 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784). Ist die ordentliche Kündigung nicht ausgeschlossen, wird es dem Arbeitgeber regelmäßig zumutbar sein, das Arbeitsverhältnis für die Dauer der Kündigungsfrist fortzusetzen (vgl. BAG 06.03.2003 – 2 AZR 232/02, zitiert nach juris). Entsteht infolge der Fehlleistungen erheblicher Schaden und sind bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ähnliche Fehlleistungen des Arbeitnehmers zu befürchten, kommt eine außerordentliche Kündigung in Betracht,

wenn der Arbeitgeber seine Arbeitskraft bewusst (vorsätzlich) zurückhält, also nicht unter angemessener Anspannung seiner Kräfte und Fähigkeiten arbeitet (vgl. BAG 20.03.1969 – 2 AZR 283/68, AP Nr. 27 zu § 123 GewO). Auch die dauernde unberechtigte und schuldhaft Nichterbringung der geschuldeten Arbeitsleistung kann einen wichtigen Grund darstellen. Eine unberechtigte Arbeitsverweigerung ist auch anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer ihm mögliche Arbeitsleistungen zurückhält und nicht unter angemessener Anspannung seiner Kräfte und Fähigkeiten die ihm übertragenen Arbeiten verrichtet (vgl. BAG 20.03.1969, a.a.O.).

Grundsätzlich sind Schlechtleistungen nur ausnahmsweise geeignet, eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund nach § 626 Abs 1 BGB zu rechtfertigen, weil stets zu prüfen ist, ob nicht unter anderem mit der Wiederherstellung der Eignung gerechnet werden kann oder ob nicht andere mildere Mittel möglich sind (vgl. BAG 06.03.2003, a.a.O.). Unter Berücksichtigung der dargestellten Grundsätze und des Ausnahmecharakters einer außerordentlichen Kündigung wegen Schlechtleistung ist ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung des Klägers hier nicht erkennbar. Bei den von der Beklagten als sinnlos beanstandeten Fragen handelte es sich insbesondere um drei Fragen aus der Email vom 07.12.2009 und eine weitere Frage aus der Email vom 04.12.2009. Unabhängig von der Frage, ob die gestellten Fragen tatsächlich unbedingt notwendig waren, handelte es sich dabei jedenfalls um sachliche, auf das Thema der Aufgabenstellung bezogene (Verständnis-) Fragen. Vor dem Hintergrund der – wie die Beklagte selbst vorträgt – bereits angespannten Situation des Arbeitsverhältnisses, kann zu Gunsten des Klägers unterstellt werden, dass der Kläger bei der Bearbeitung der Aufgaben "auf Nummer sicher" gehen und Fehler bei der Bearbeitung vermeiden wollte. Die Frage zur Aufgabenstellung 1 ist auch nicht – wie die Beklagte vorträgt – nur eine Unformulierung der Aufgabenstellung in Frageform, sondern mit Satz 2 "Sind die Daten, die Du hier meinst, die mit der Klasse Buchung2.java eingelesen werden?" wird deutlich, dass der Kläger hier offenbar unsicher war. Die Frage zur Aufgabenstellung 3 zeigt, dass der Kläger hier – entgegen des Vorwurfs der Beklagten – sehr wohl erkannt hat, dass die Fragestellung der Auf-

gabenstellung zu Ziffer 6 der Arbeitsanweisung vom 30.11.2009 entspricht, und ihn diese Wiederholung der Aufgabenstellung veranlasste zu hinterfragen, ob es sich etwa um eine neue Ausgabenreihenfolge handelte. Aus Sicht der Kammer zeigen diese Fragen Unsicherheiten des Klägers bei der Bearbeitung der Aufgabenstellung. Ob dies bei einem Mitarbeiter mit seiner Qualifikation "normal" ist oder auf Defizite hinweist, kann dahingestellt bleiben. Diese Fragen stellen aus Sicht der Kammer aber keinen objektiven Anhaltspunkt dafür dar, dass der Kläger vorsätzlich sein Leistungsvermögen nicht ausschöpft. Sie können deshalb auch nicht als wichtiger Grund eine fristlose Kündigung rechtfertigen, zumal der Eintritt eines erheblichen Schadens bei der Beklagten durch die Fragestellungen in keiner Weise ersichtlich ist. Selbst wenn eine Schlechtleistung aufgrund unnötiger Fragen zu Gunsten der Beklagten unterstellt würde, so wäre jedenfalls die hierauf gestützte fristlose Kündigung aus Sicht der Kammer unverhältnismäßig. Auch war eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses des Klägers der Beklagten auf jeden Fall bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar. Das zeigt sich nicht zuletzt auch darin, dass nach dem Sachvortrag der Beklagten das Arbeitsverhältnis der Parteien seit „geraumer Zeit“ belastet war wegen der – aus Sicht der Beklagten – Schlechtfüllung des Klägers. Besondere Umstände, die für eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses sprechen, hat die Beklagte nicht dargetan.

2. Die außerordentliche fristlose Kündigung vom 28.12.2009 (Schlechtleistung) ist nicht wirksam, da kein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vorliegt.
  - 2.1 Die Rechtswirksamkeit der Kündigung vom 28.12.2009, zugegangen am 28.12.2009, kann vollumfänglich überprüft werden, da die Klageerweiterung vom 02.01.2010 am 04.01.2010 (§ 167 ZPO) und somit innerhalb der Dreiwochenfrist des §§ 13 Abs. 1, 4 Satz 1 KSchG erhoben wurde.
  - 2.2 Die Beklagte hat die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten. Die Kündigung vom 28.12.2009 wird insbesondere auf das angeblich mangelhafte Arbeitsergebnis, das am 14.12.2009 übergeben wurde, gestützt sowie auf den erheblichen Betreuungsaufwand, den der Kläger im Zusammenhang mit der Erledigung der Arbeitsaufgabe im Zeitraum 30.11. bis 14.12.2009 und



vor allem aufgrund der von ihm gestellten Fragen produziert habe. Die Kündigungserklärungsfrist begann am 14.12.2009 und wäre gem. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB am 28.12.2010 abgelaufen. Die Kündigung ging somit am 28.12.2009 noch fristgerecht zu.

- 2.3 Wie oben unter 1.3 ausgeführt, sind häufige Fehlleistungen, Schlechtleistungen und Minderleistungen eines Arbeitnehmers Gründe, die – in der Regel nach vorheriger einschlägiger Abmahnung – eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen können. Eine fristlose Kündigung wegen Schlechtleistung kommt – wie oben ausgeführt – nur ausnahmsweise in Betracht. Die von der Beklagten als Begründung für die Kündigung vom 28.12.2009 vorgetragene Gründe können eine fristlose Kündigung nicht rechtfertigen. Bei den von der Beklagten beanstandeten, im Zeitraum 08.12.2009 bis 14.12.2009 vom Kläger gestellten Fragen handelte es sich zumindest um sachliche, aufgabenbezogene Fragen. Auch wenn diese – aus objektiver Sicht – teilweise überflüssig gewesen sein mögen, stellt dieses Verhalten keinen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung dar. Dass der Beklagten durch dieses Verhalten ein erheblicher Schaden entstanden sei, hat die Beklagte nicht im Einzelnen konkret darzulegen vermocht. Der erhebliche Betreuungsaufwand im Zeitraum 30.11. bis 14.12.2009 des Vorgesetzten – hier der neuen Vorgesetzten Frau W. – stellt für sich genommen nach Auffassung der Kammer ebenfalls keinen wichtigen Grund dar. Insoweit überschneiden sich die von der Beklagten zugrunde gelegten Sachverhalte unzulässigerweise, da der hohe Betreuungsaufwand unter anderem auch auf die Fragen mit Emails vom 04.12. und 07.12.2009 gestützt wird. Diese wurden jedoch bereits zur Begründung der außerordentlichen fristlosen Kündigung vom 18.12.2009 herangezogen. Die Behauptung, dass wegen dieses Betreuungsaufwands keine produktiven Aufträge für die Beklagte erledigt hätten werden können, ist viel zu pauschal, um damit einen erheblichen Schaden im Sinne der dargestellten Rechtsprechung begründen zu können. Aufgrund der Arbeitszeiten von Frau W. geht die Kammer auch davon aus, dass Frau W. die erforderliche Betreuung des Klägers nicht anstelle ihrer sonstigen Tätigkeiten, sondern zusätzlich durchgeführt hat.

3. Die außerordentliche fristlose Kündigung vom 28.12.2009 (Arbeitszeitbetrug) ist nicht wirksam, da kein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vorliegt.
  - 3.1 Die Rechtswirksamkeit der Kündigung vom 28.12.2009, zugegangen am 28.12.2009, kann vollumfänglich überprüft werden, da die Klageerweiterung vom 02.01.2010 am 04.01.2010 (§ 167 ZPO) und somit innerhalb der Dreiwochenfrist des §§ 13 Abs. 1, 4 Satz 1 KSchG erhoben wurde.
  - 3.2 Die Beklagte hat hinsichtlich des Vorwurfs des Arbeitszeitbetrugs die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten. Die außerordentliche Kündigung ging dem Kläger am 28.12.2010 zu. Wie oben ausgeführt, kann der Kündigungsberechtigte Ermittlungen anstellen und den Betroffenen anhören, ohne dass die Frist zu laufen beginnt. Danach begann die Kündigungserklärungsfrist erst nach Anhörung des Klägers mit Stellungnahmefrist bis zum 15.12.2009 bzw. nach Befragung der vom Kläger genannten Mitarbeiter St. und T. am 15.12.2009. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB hat gem. § 187 Abs. 1 BGB am 16.12.2009 begonnen und wäre gem. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2, 1. Alt. BGB erst am 30.12.2010 abgelaufen, die Kündigung ging dem Kläger jedoch schon am 28.12.2010 zu.
  - 3.3 Nach ständiger Rechtsprechung des BAG kann allein der schwerwiegende Verdacht einer strafbaren Handlung einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung gegenüber dem verdächtigten Arbeitnehmer darstellen. Der Verdacht einer strafbaren Handlung stellt einen eigenständigen Kündigungsgrund dar. Entscheidend ist dabei, dass gerade der Verdacht das zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit des Arbeitnehmers zerstört oder zu einer unerträglichen Belastung des Arbeitsverhältnisses geführt hat. Eine Verdachtskündigung liegt hier vor, da die Beklagte ihre Kündigung wegen Arbeitszeitbetrug sowohl als Verdachts- als auch als Tatkündigung ausgesprochen hat.

§ 626 Abs. 1 BGB lässt eine Verdachtskündigung dann zu, wenn sich starke Verdachtsmomente auf objektive Tatsachen gründen, diese Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforder-

derliche Vertrauen zu zerstören, und der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat (vgl. BAG vom 26.09.2002, 2 AZR 424/01, AP Nr. 37 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung, m.w.N.). Der Verdacht muss objektiv durch Tatsachen begründet sein, die so beschaffen sind, dass sie einen verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zum Ausspruch der Kündigung bewegen können (vgl. BAG vom 14.09.1994, 2 AZR 164/94, AP Nr. 24 zu BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung). Der Verdacht muss darüber hinaus dringend sein, d.h. es muss eine große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass der gekündigte Arbeitnehmer die Straftat oder die Pflichtverletzung begangen hat (vgl. BAG vom 12.08.1999, 2 AZR 923/98, Nr. 28 zu AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung).

Es ist anerkannt, dass strafbare Handlungen zu Lasten des Arbeitgebers ebenso wie grobe Vertrauensverstöße grundsätzlich eine Kündigung rechtfertigen können. Insbesondere stellen Unregelmäßigkeiten im Zusammenhang mit der Zeiterfassung einen Grund für eine außerordentliche Kündigung dar. Das gilt für die fehlerhafte Angabe von Arbeitszeit durch Manipulation einer Stempeluhr oder durch fehlerhafte Selbsterfassung der Arbeitszeit gleichermaßen (vgl. BAG 24.11.2005 – 2 AZR 39/05, AP Nr. 197 zu § 626 BGB). Maßgeblich ist in diesen Fällen weniger das Vorliegen eines Straftatbestandes als die Erschütterung des Vertrauens der Beklagten in die Integrität des Arbeitnehmers.

Die Beklagte hat schon keinen hinreichenden, auf objektive Umstände gegründeten dringenden Tatverdacht vorgetragen. Bereits nach dem Sachvortrag der Beklagten kann dem Kläger weder eine Anwesenheit noch eine Abwesenheit vom Arbeitsort bis 11.00 Uhr eindeutig nachgewiesen werden. Anhaltspunkte, die einen dringenden Tatverdacht eines Arbeitszeitbetrugs betreffend die Zeit von 10.16 Uhr bis 11.00 Uhr begründen, liegen nach Auffassung der erkennenden Kammer ebenfalls nicht vor. Insbesondere ist der Eintrag im Zeiterfassungssystem PROSIS (10.00 – 12.00 Uhr Flexi-Time) kein derartiger Widerspruch, der die Abwesenheit vom Arbeitsplatz nachweisen bzw. einen

dringenden Tatverdacht begründen könnte. Der Kläger hat die Eintragung in PROSIS nachvollziehbar damit begründet, dass er die Flexi-Time nur vorsorglich für einen Behördengang buchte, den er jedoch nicht unternommen habe. Zudem hat der Kollege St. mit seiner Email vom 15.12.2009 bestätigt, den Kläger am Freitagvormittag, den 04.12.2010, gesehen zu haben. Auch wenn der Kollege keine genaue Uhrzeit angeben konnte, so will er jedenfalls den Kläger am "Freitagvormittag" gesehen haben. Aus Sicht der Kammer ist darunter ein Zeitraum deutlich vor 12 Uhr zu verstehen. Dies bestätigt aber die Einlassung des Klägers, dass er entgegen der ursprünglich beabsichtigten Gleitzeitnahme von 10.00 Uhr bis 12.00 Uhr zur Arbeit erschienen ist, auch wenn damit noch nicht seine Anwesenheit ab 10.16 Uhr nachgewiesen ist. Der Kläger hat in seiner schriftlichen Stellungnahme mit Email vom 14.12.2009 auch nicht erklärt, er habe den Raum 0.448 aufgesucht, um seine persönlichen Bedürfnisse zu befriedigen. Auch wenn die Email vom 14.12.2009 aus Sicht der Beklagten nicht alle Zweifel hinsichtlich des Aufenthalts und der Beschäftigung des Klägers im Zeitraum von 10.16 Uhr bis 11.00 Uhr restlos hat ausräumen können, so ergibt sich zu diesem Zeitpunkt aus Sicht der Kammer gleichwohl kein dringender Tatverdacht gegen den Kläger. Bloße Mutmaßungen der Beklagten reichen zur Begründung eines dringenden Tatverdachts nicht aus.

4. Die ordentliche, fristgemäße Kündigung vom 12.11.2009 zum 31.12.2009 ist unwirksam, da sie nicht gem. § 1 Abs. 2 KSchG durch Gründe, die in dem Verhalten des Klägers liegen, sozial gerechtfertigt ist.
  - 4.1 Die Rechtswirksamkeit der Kündigung vom 12.11.2009, zugegangen am 12.11.2009, kann vollumfänglich überprüft werden, da die Klage vom 18.11.2009 am 20.11.2009 (§ 167 ZPO) und somit innerhalb der Dreiwochenfrist des § 4 Satz 1 KSchG erhoben wurde.

Das KSchG ist anwendbar, da das Arbeitsverhältnis des Klägers seit mehr als sechs Monaten besteht und die Beklagte regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt, §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG.

4.2 Eine Kündigung aus Gründen im Verhalten des Arbeitnehmers im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG ist sozial gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer mit dem ihm vorgeworfenen Verhalten eine Vertragspflicht – in der Regel schuldhaft – erheblich verletzt, das Arbeitsverhältnis konkret beeinträchtigt wird, eine zumutbare Möglichkeit einer anderen Beschäftigung nicht besteht und die Lösung des Arbeitsverhältnisses in Abwägung der Interessen beider Vertragsteile billigenswert und angemessen erscheint (vgl. BAG 31.05.2007 – 2 AZR 200/06, NZA 2007, 922, m.w.N.). Entscheidend ist, ob das Fehlverhalten des Arbeitnehmers im Einzelfall geeignet ist, einen ruhig und verständig urteilenden Arbeitgeber zur Kündigung zu bestimmen. Wie oben unter 1.3 ausgeführt schuldet der Arbeitnehmer nur eine Arbeitsleistung, die er bei angemessener Anspannung seiner individuellen Kräfte und Fähigkeiten erbringen kann. Erforderlich ist eine pflichtwidrige Fehl-, Schlecht- oder Minderleistung.

4.2.1 Ob eine Leistung als Schlechtleistung anzusehen ist, beurteilt sich nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien. Ist die Arbeitsleistung im Vertrag der Menge und der Qualität nach nicht oder nicht näher beschrieben, so richtet sich der Inhalt des Leistungsversprechens zum einen nach dem vom Arbeitgeber durch Ausübung des Direktionsrechts festzulegenden Arbeitsinhalt und zum anderen nach dem persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer muss tun, was er soll, und zwar so gut, wie er kann. Die Leistungspflicht ist nicht starr, sondern dynamisch und orientiert sich an der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers. Ein objektiver Maßstab ist nicht anzusetzen (vgl. BAG 20.03.1969, a.a.O.).

Die Beklagte hatte hier die Abgabetermine für den Arbeitsauftrag vom 04.06.2009 verbindlich festgesetzt. Diese Termine allein waren für den Kläger maßgeblich. Die Beklagte kann die behauptete Schlechtleistung nicht auch darauf stützen, dass ein so herausragend wie der Kläger qualifizierter Mitarbeiter die Aufgaben in einer viel kürzeren Zeit hätte bearbeiten können müssen. Die Beurteilung der Arbeitsleistung richtet sich allein nach dem Inhalt (fachlich und zeitlich) der dem Kläger übertragenen Aufgabe. Ob der Kläger oder ein anderer Mitarbeiter diese Aufgaben noch schneller hätte erledigen können, ist für diese Beurteilung nicht von Relevanz.

4.2.2 Unter Berücksichtigung der von den Parteien teilweise widersprüchlich angegebenen Krankheits- und Urlaubszeiten – die Beklagte geht von einer weiteren Arbeitsunfähigkeit vom 20.08.2009 bis 24.08.2009 (20.07. – 24.07.2009?) aus, der Kläger nach seinem Sachvortrag offenbar nicht – wird von folgenden vorgegebenen Erledigungszeiträumen ausgegangen: Für das AP 3.1 vom 04.06.2009 (Auftragseingang 14:36 Uhr = 0,5 Tag) bis 10.07.2009. Unter Berücksichtigung des Feiertags am 11.06.2009 standen dem Kläger 15,5 Arbeitstage zur Verfügung. Nach der Berechnung der Beklagten hat der Kläger das Paket AP 3.1 in 7,48 Tage erledigt und damit die vorgegebene Zeit deutlich unterschritten. Der Kläger hat das Paket am 09.07.2010 und somit auch rechtzeitig abgegeben. Für das AP 3.2 standen dem Kläger vom 13.07.2009 bis 21.08.2009 abzüglich Krankheit vom 20.07.2009 bis 24.07.2009 und Urlaub vom 27.07.2009 bis 14.08.2009 10 Arbeitstage zur Verfügung. Für das AP 3.3 standen dem Kläger vom 24.08.2009 bis zum 28.08.2009 noch weitere 5 Arbeitstage zur Verfügung. Die Arbeitspakete 3.2 und 3.3 sind der Beklagten erst deutlich verspätet zugegangen. Streitig sind zwischen den Parteien die Gründe, die zu den Verzögerungen der Erstellung und bei der Abnahme der Pakete geführt haben. Nach den Berechnungen der Beklagten hat der Kläger 18,46 Arbeitstage für das AP 3.2 benötigt, statt der vorgesehenen 10 Arbeitstage und 3,07 Tage für das AP 3.3 statt der hierfür vorgesehenen 5 Arbeitstage. Somit hat der Kläger zwar den Arbeitsaufwand für das Paket 3.2 fast verdoppelt, die veranschlagten Arbeitstage für die Pakete 3.1 und 3.3 jedoch deutlich unterschritten. Aus Sicht der erkennenden Kammer spricht bereits die zügige – wenn auch bei AP 3.3 der Abgabetermin nicht eingehalten wurde – Erledigung der Pakete 3.1 und 3.3 gegen die Annahme einer vorsätzlichen Zurückhaltung der Arbeitskraft des Klägers.

4.2.3 Die erheblich zeitverzögerte Erstellung des AP 3.2 begründete der Kläger damit, dass er sich erst die Kenntnisse für die Erstellung des Plugin Eclipse habe erarbeiten müssen. Die Beklagte ist auch für das Nichtvorliegen von Rechtfertigungsgründen darlegungs- und beweispflichtig. Sie hat nicht vorgetragen, dass der Kläger über solche Kenntnisse bereits verfügt, sondern sie geht davon aus, dass der Kläger wegen seiner hohen Qualifikation

sich entsprechende Kenntnisse innerhalb kürzester Zeit hätte selbst erarbeiten können müssen. Hierbei handelt es sich aber um eine reine Meinungsäußerung, die nicht auf konkreten Tatsachen beruht, deshalb rechtlich nicht relevant und ohnehin einem Beweis nicht zugänglich ist. Die erkennende Kammer ist der Auffassung, dass die Beklagte mit ihrem Sachvortrag nicht ausreichend nachvollziehbar und substantiiert begründet hat, warum die – behauptete, objektiv gesehen eine solche darstellende – Schlechtleistung des Klägers auch subjektiv eine solche darstellen soll. Die Beklagte ist seit geraumer Zeit mit der Arbeitsleistung des Klägers unzufrieden. Nach den vom Kläger unbestritten vorgetragenen Nichtbeschäftigungszeiten beginnend ab März 2007 bestehen aus Sicht der Kammer erhebliche Zweifel, ob der Kläger tatsächlich nicht will – wie die Beklagte meint – oder – wenn man zugunsten der Beklagten Schlechtleistung annimmt – es nicht besser kann. Es stellt sich auch die Frage, warum der – wie die Beklagten immer wieder betont – hoch qualifizierte Kläger bereits im ersten Jahr seiner Beschäftigung wiederholt nicht beschäftigt wurde, mit der Folge, dass er seine theoretischen Kenntnisse nicht in der Praxis weiter ausbauen kann. Kann der Kläger es (noch) nicht besser, so berechtigt dies die Beklagte jedenfalls nicht zur verhaltensbedingten Kündigung ohne vorher nachweisbar alle zumutbaren Möglichkeiten der Fort- und Weiterbildung ausgeschöpft zu haben. Der Kläger hat – insoweit ist der Vortrag der Parteien im Wesentlichen unstreitig – im Zusammenhang mit der Erstellung des AP 3.2 mehrfach konkret darauf hingewiesen, dass und welche weiteren Informationen er benötige. Die erkennende Kammer ist deshalb der Auffassung, dass die Überschreitung des vorgegebenen Zeitrahmens für das AP 3.2 keine Schlechterfüllung in dem Sinne darstellt, dass der Kläger bewusst sein persönliches Leistungsvermögen nicht ausgeschöpft hat, sondern es ist mangels anderweitiger Anhaltspunkte davon auszugehen, dass der Kläger die ihm gestellte Programmieraufgabe aufgrund fehlender Kenntnisse für die Erstellung des Plugin Eclipse nicht schneller und besser erfüllen konnte.

5. Der gemäß § 9 KSchG statthafte Auflösungs- und Abfindungsantrag der Beklagten ist begründet. Das Arbeitsverhältnis wird deshalb zum 31.12.2009 gegen Zahlung einer Abfindung in Höhe von 20.051,46 € brutto aufgelöst.

Stellt das Gericht in einem Kündigungsrechtsstreit – wie hier – fest, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung – hier: nicht durch die ordentliche Kündigung vom 12.11.2009 – sozial gerechtfertigt ist, hat es nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG auf Antrag des Arbeitgebers das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung aufzulösen, wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen.

Nach der Grundkonzeption des Kündigungsschutzgesetzes führt eine sozialwidrige Kündigung zu deren Rechtsunwirksamkeit und zum Fortbestand des Arbeitsverhältnisses. Das Kündigungsschutzgesetz ist vorrangig ein Bestandsschutz- und kein Abfindungsgesetz. Bezogen auf den Auflösungsantrag des Arbeitgebers wird dieser Grundsatz durch § 9 KSchG unter der Voraussetzung durchbrochen, dass eine Vertrauensgrundlage für eine sinnvolle Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr besteht. Da hiernach eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nur ausnahmsweise in Betracht kommt, sind an die Auflösungsgründe strenge Anforderungen zu stellen. Eine Auflösung kommt vor allem in Betracht, wenn während eines Kündigungsschutzprozesses zusätzliche Spannungen zwischen den Parteien auftreten, die eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sinnlos erscheinen lassen (vgl. BAG 12.01.2006 – 2 AZR 21/05, NZA 2006, 917, m.w.N.).

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer noch oder nicht mehr zu erwarten ist, ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung. Der Auflösungsantrag ist trotz seiner nach § 9 Abs. 2 KSchG gesetzlich angeordneten Rückwirkung auf den Kündigungszeitpunkt zukunftsgerichtet. Das Gericht hat eine Vorausschau anzustellen. Im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag ist zu fragen, ob auf Grund des Verhaltens des Arbeitnehmers in der Vergangenheit in Zukunft noch mit einer den Betriebszwecken dienenden weiteren Zusammenarbeit der Parteien zu rechnen ist (vgl. BAG 12.01.2006, a.a.O.).



Die Entscheidung über den Auflösungsantrag zum 31.12.2009 ist vorrangig gegenüber den weiteren Kündigungsschutzverfahren betreffend die Kündigungen vom 15.02.2010, 26.02.2010 und 22.03.2010. Denn es ist regelmäßig ausgeschlossen, über einen Kündigungsschutzantrag, der eine spätere Kündigung betrifft, eher zu entscheiden, als über einen zeitlich vorhergehenden Auflösungsantrag (vgl. BAG 28.05.2009 – 2 AZR 282/08, NZA 2009, 966).

5.1 Als Gründe im Sinne des § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen, kommen solche Umstände in Betracht, die das persönliche Verhältnis zum Arbeitgeber, die Wertung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers, seiner Leistungen oder seiner Eignung für die ihm gestellten Aufgaben und sein Verhältnis zu den übrigen Mitarbeitern betreffen. Die Gründe, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen den Vertragsparteien nicht erwarten lassen, müssen allerdings nicht im Verhalten, insbesondere nicht in einem schuldhaften Verhalten des Arbeitnehmers liegen. Vielmehr kommt es darauf an, ob die objektive Lage beim Schluss der mündlichen Verhandlung beim Arbeitgeber die Besorgnis aufkommen lassen kann, dass die weitere Zusammenarbeit mit dem Arbeitnehmer zukünftig gefährdet ist (vgl. BAG 12.01.2006, a.a.O.). Es müssen nach der bundesarbeitsgerichtlichen Rechtsprechung konkrete Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen. In der Regel treten durch jede Kündigung und insbesondere auch durch den Kündigungsschutzprozess Spannungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf. Diese allein vermögen einen Auflösungsantrag aber in der Regel noch nicht zu rechtfertigen.

Als Auflösungsgrund kommen etwa unzutreffende, insbesondere verleumderische Tatsachenbehauptungen, Beleidigungen, üble Nachrede oder sonstige ehrverletzende Angriffe oder Drohungen gegenüber dem Arbeitgeber, Vorgesetzten oder Kollegen in Betracht (vgl. Erfurter Kommentar, 9. Aufl. 2009, § 9 KSchG, Rn. 21 m.w.N.). Auflösungsgründe können sich auch durch das Verhalten des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzverfahren, z.B. durch Beleidigungen und ehrverletzende Äußerungen gegenüber dem Arbeitgeber im Pro-

zess ergeben. Eine weitere dienliche Zusammenarbeit ist hingegen nicht zu erwarten, bei vorsätzlich falschem (nicht durch ein Missverständnis begründetem) Prozessvortrag. Gründe, die die Auflösung tragen, müssen nicht im Verhalten, insbesondere nicht im schuldhaften Verhalten des Arbeitnehmers liegen (vgl. BAG 24.05.2005 – 8 AZR 246/04, NZA 2005, 1178).

- 5.2 Die Gründe, die die Kammer zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses bewogen haben, ergeben sich aus einer Gesamtschau des gezeigten Verhaltens des Klägers, insbesondere sein Verhalten im Kündigungsschutzverfahren – hier: Abgabe der fehlerhaften eidesstattlichen Erklärung vom 01.02.2010 – sowie in dem ihm zuzurechnenden Inhalt des Wahlaufrufs der Liste 4. Er hat dadurch einen nicht mehr behebbaren Vertrauensbruch mit der Beklagten herbeigeführt. Nicht geeignet als Auflösungsgründe sind demgegenüber der Vorwurf des (dringenden Verdachts des) Arbeitszeitbetrugs, des Prozessbetrugs und des Hausfriedensbruchs.

Die Beklagte kann den Auflösungsantrag nicht mit dem Vorwurf des (dringenden Verdachts des) Arbeitszeitbetrugs begründen. Wie oben ausgeführt, hat die Beklagte schon keinen hinreichenden, auf objektive Umstände gegründeten dringenden Tatverdacht vorgetragen. Bloße Mutmaßungen der Beklagten reichen nicht aus. Auch mit dem behaupteten Hausfriedensbruch bzw. mit dem dringenden Verdacht des Hausfriedensbruchs kann die Beklagte den Auflösungsantrag nicht rechtfertigen. Da die Beklagte dem Kläger erstmals mit Schreiben vom 04.03.2010 untersagte, ohne schriftliche Einverständniserklärung der Personalleitung der Beklagten die Geschäftsräumlichkeiten zu betreten, liegt nach Auffassung der Kammer ein unbefugtes Betreten durch den Kläger vor diesem Zeitpunkt nicht vor. Einem – auch fristlos – gekündigten Mitarbeiter ist es nicht grundsätzlich verboten die Geschäftsräume des Arbeitgebers zu betreten, zumal wenn er – wie hier der Kläger – einen berechtigten Grund vorweisen kann.

Im Zusammenhang mit den Widersprüchen des Betriebsrates betreffend die streitgegenständlichen außerordentlichen und fristlosen bzw. hilfsweise ordentlichen Kündigungen hat der Kläger – das ist unstrittig – eine falsche ei-

desstattliche Versicherung abgegeben. Zwar geht die Kammer nicht davon aus, dass es sich hierbei um einen (versuchten) Prozessbetrug handelt, da die Behauptung "der Betriebsrat hätte den seit dem 12.11.2009 ausgesprochenen 7 Kündigungen widersprochen, soweit er angehört wurde" für den mit der einstweiligen Verfügung geltend gemachten Zahlungsanspruch nicht relevant war. Allenfalls für den in diesem Zusammenhang behaupteten – aber nicht im Rahmen der einstweiligen Verfügung geltend gemachten – Weiterbeschäftigungsanspruch wäre es ggf. darauf angekommen, ob der Betriebsrat auch den hilfsweise ordentlichen Kündigungen vom 28.12.2009 widersprochen hat, jedoch nur, wenn der zunächst erfolgte Betriebsratswiderspruch gegen die ordentliche Kündigung vom 12.11.2009 zum 31.12.2009 – wie nach hiesiger Auffassung nachfolgend ausgeführt – nicht zu einem betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruch führt.

Es handelt sich insoweit um einen falschen Prozessvortrag, den der Kläger auch als solchen hätte erkennen können. Denn die Beklagte hatte in den Kündigungsschreiben vom 12.11.2009 und 18.12.2009 stets angegeben, ob der Betriebsrat angehört wurde und die Widerspruchsschreiben des Betriebsrats beigefügt. Demgegenüber war in den Kündigungsschreiben vom 28.12.2009 lediglich angegeben, dass der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört wurde. Eine Stellungnahme des Betriebsrats lag diesen Kündigungsschreiben nicht bei.

Im Kammertermin hat sich der Kläger dahingehend eingelassen, dass er nicht wusste, ob der Betriebsrat widersprochen hatte, weil es aus den Kündigungsschreiben nicht hervorging. Dann aber hat er – da ohne Kenntnis – quasi billigend in Kauf genommen, dass seine Behauptung, der Betriebsrat habe auch diesen Kündigungen widersprochen, unwahr sein könnte und damit zumindest bedingt vorsätzlich gehandelt. Bei aufmerksamer Lektüre der Kündigungsschreiben hätte dem Kläger dies auch auffallen müssen. Ob der Betriebsrat widersprochen hat oder nicht, hätte der Kläger durch eine Nachfrage beim Betriebsrat leicht klären können. Der Kläger hat mit dieser falschen eidesstattlichen Versicherung gegen seine arbeitsvertragliche Nebenpflicht, nämlich die dem Arbeitgeber geschuldete Rücksichtnahme auf dessen Interessen (§ 241

Abs. 2 BGB), verstoßen und damit auch das Vertrauen in seine Person erschüttert.

Die Frage, ob der Kläger der Beklagten oder ihrem Prozessbevollmächtigten Prozessbetrug im Zusammenhang mit dem Verfahren 35 Ca 8681/09 vorgeworfen hat, konnte offen bleiben, da es hierauf letztendlich nicht ankam. Der wiederholte Vorwurf des Klägers, die Beklagte verfolge eine Gesamtstrategie durch eine Vielzahl von Abmahnungen und Kündigungen, ist für sich genommen (noch) eine zulässige Verteidigung im Rechtsstreit und stellt für sich allein genommen keinen Auflösungsgrund dar. Er drückt aber die Geisteshaltung des Klägers aus, der Fehler ausschließlich bei der Beklagten sieht. Auch wenn die Kammer die behauptete Schlechterfüllung des Klägers als nicht ausreichend für die Begründung eines wichtigen Grundes bzw. einer verhaltensbedingten Kündigung ansieht, verkennt sie nicht, dass das gezeigte Arbeitsverhalten des Klägers, insbesondere Abgabetermine wiederholt nicht einhalten zu können oder erst kurz vor dem Angabetermin das Fehlen von weiteren Informationen zu reklamieren, eine störungsfreie Zusammenarbeit im Arbeitsalltag erschwert. Das Verhalten des Klägers ist auch von erheblichem Misstrauen gegenüber der Beklagten geprägt.

Seine Geisteshaltung kommt letztlich auch unmittelbar in dem Wahlauf Ruf der Wahlbewerber "Der aufrechte Gang" zum Ausdruck. Der vom Kläger (mit-) veröffentlichte Inhalt des Wahlauf rufs der Liste 4, mit dem der Kläger verfälschte Sachverhalte verbreitet hat, stellt aus Sicht der Kammer einen Auflösungsgrund dar. Dadurch wurde die Beklagte gegenüber ihren Arbeitnehmern herabgewürdigt. Der Kläger macht es sich allzu leicht, indem er hierzu lediglich vortragen lässt, der Inhalt im Wahlauf ruf der Liste 4 sei richtig und entspreche der Realität, wofür er zahlreiche Zeugen und Beispiele aus der Betriebspraxis benennen könnte. Genau dies wäre konkret und im Einzelnen erforderlich gewesen, um den ausführlichen Darlegungen der Beklagten, warum einzelnen Ausführungen im Wahlauf ruf der Beklagten nicht der Wahrheit entsprechen, ausreichend zu entgegnen. Darauf, dass nach Meinung des Klägers eine Beleidigung oder Verunglimpfung der Geschäftsführung und des Betriebsrats durch den Wahlauf ruf nicht beabsichtigt gewesen sei, kommt es

nicht an.

Abzustellen ist insoweit auf den Empfängerhorizont. Auch der pauschale Einwand, die Prozessgeschichte des Verfahrens 35 Ca 8681/09 bzw. 11 Sa 114/10 würde belegen, dass es notwendig gewesen sei, mit diesem Wahlauf- ruf Fehlentwicklungen bei der Personalführung zu benennen, ist ein untaugli- cher Versuch, das Verhalten des Klägers zu rechtfertigen. Mit den Vorwürfen gegen die Beklagte im Wahlauf- ruf – insbesondere dass die Geschäftsführung der Beklagten ihn und seine Mitbewerber „mit Hausverboten am Sammeln der Unterschriften“ für eine Betriebsratskandidatur gehindert habe, dass die Be- klagte eine „Mobbing-Praxis“ verfolge, indem sie „mit Hilfe von erfundenen Sachverhalten willkürliche Abmahnungen und, mit deren Hilfe, ebensolche Kündigungen“ vorbereitet und ausspricht sowie dass „mit der Demütigung von Mitarbeiter/innen durch vertragsfremde Beschäftigung und untergeordnete Hilfstätigkeiten“ Schluss sein müsse – greift der Kläger die Beklagte aggressiv an. Diese Äußerungen sind auch geeignet den Betriebsfrieden bei der Beklag- ten erheblich zu stören.

Eine Meinungsäußerung des Arbeitnehmers im Bereich des Betriebs wird nicht stets durch das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung gedeckt. Das Grundrecht findet seine Schranken in den Grundregeln über das Arbeitsver- hältnis. Danach darf der Arbeitnehmer öffentlich, z.B. in Flugblättern an alle Mitarbeiter des Betriebs, keine bewusst wahrheitswidrigen Behauptungen über den Arbeitgeber aufstellen und durch seine Aktionen nicht den Betriebs- frieden stören (vgl. BAG 26.05.1977 – 2 AZR 632/76, zitiert nach Juris). Zwar besteht hier ein Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Klägers als Wahl- bewerber und der beanstandeten Verhaltensweise. Sein Verhalten berührt aber auch das Arbeitsverhältnis der Parteien. Ein Betriebsratsmitglied kann nämlich neben seiner Amtspflicht auch eine aus dem Arbeitsverhältnis folgen- de Nebenpflicht verletzen, wenn es durch die Art und Weise seiner Betätigung das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien nachhaltig belastet. Gleiches gilt für einen Wahlbewerber.

Wie bereits ausgeführt, hätte es dem Kläger oblegen, hier im Einzelnen konk- ret zu den aufgestellten Behauptungen im Wahlauf- ruf vorzutragen, weshalb

diese gerechtfertigt sein sollen. Mangels eines entsprechenden Vortrags ist der Sachvortrag der Beklagten, dass diese oben zitierten Behauptungen im Wahlaufwurf unwahr seien, Sachverhalte verfälscht dargestellt werden und die Beklagte dadurch erheblich beleidigt und herabgewürdigt ist zu Lasten des Klägers als zutreffend der Entscheidung zu Grunde zu legen.

- 5.3 Gemäß § 9 Abs. 2 KSchG muss bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses der Zeitpunkt festgesetzt werden, zu dem es bei sozial gerechtfertigter – d.h. ordentlicher – Kündigung geendet hätte. Dies wäre hier – aufgrund der ordentlichen Kündigung vom 12.11.2009 – der 31.12.2009 gewesen.

5.3.1 Anhaltspunkte dafür, dass der Auflösungsantrag wegen der damit verbundenen Verpflichtung zur Zahlung einer Abfindung nur für den Fall gestellt werden sollte, dass auch eine zeitlich spätere Kündigung unwirksam ist, sind nicht erkennbar. Eine solche Einschränkung kann weder dem Wortlaut des Auflösungsantrags noch dem sonstigen prozessualen Verhalten der Beklagten entnommen werden. Allerdings sind bei der Gewichtung der Auflösungsgründe und bei der Bestimmung der Höhe der festzusetzenden Abfindung zum einen die voraussichtliche Dauer des Arbeitsverhältnisses und zum anderen der wahrscheinliche Ausgang des Rechtsstreits über einen nachgehenden Beendigungstatbestand im Rahmen einer vorausschauenden Würdigung zu berücksichtigen.

5.3.2 Nach § 10 Abs. 1 KSchG ist bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses als Abfindung ein Betrag von bis zu 12 Monatsverdiensten festzusetzen. Unter Berücksichtigung der Beschäftigungsdauer von 3,42 Jahren bis 31.12.2009 hat das Gericht für die Berechnung der Abfindung einen Faktor von 1,3 Bruttomonatsgehältern pro Beschäftigungsjahr zugrunde gelegt. In erster Linie hat das Gericht berücksichtigt, dass die hier streitgegenständlichen Kündigungen der Beklagten vom 12.11.2009, 18.12.2009 und 28.12.2009 unwirksam sind und aus Sicht des Gerichts die außerordentlichen Kündigungen auch nicht als ordentliche Kündigungen das Arbeitsverhältnis wirksam zum 31.03.2009 beenden werden.

Das Gericht hat aber auch berücksichtigt, dass – nach summarischer Prü-

fung der erkennenden Kammer auf Basis des derzeit vorgetragenen Sachverhaltes – jedenfalls die weiteren außerordentlichen Kündigungen vom 15.02.2010 und 22.03.2010 das Arbeitsverhältnis nicht wirksam beenden werden. Hinsichtlich der Kündigung vom 26.02.2010 konnte keine abschließende Prognose berücksichtigt werden, da diese Kündigung aus Sicht der Kammer letztlich davon abhängt, ob tatsächlich – wie die Beklagte behauptet – der Kläger im Nachgang zum Anhörungstermin der Beklagten Prozessbetrug im Verfahren 35 Ca 8681/09 vorgeworfen hat. Hinsichtlich der Kündigung vom 15.02.2010 geht die Kammer, wie oben ausgeführt, nicht von einem Prozessbetrug aus, da der Sachvortrag hierfür in keinsten Weise geeignet gewesen ist. Das zwar kritisch zu würdigende Verhalten des Klägers stellt deshalb aus Sicht der Kammer keinen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung dar, noch rechtfertigt es eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung, zumal der Kläger seine Angaben unverzüglich – wenn auch erst nach Hinweis der Beklagten – korrigiert hat. Wie oben ausgeführt, geht die Kammer auch nicht von einem Hausfriedensbruch aus, so dass auch die außerordentliche Kündigung vom 26.03.2010 nicht rechtswirksam sein dürfte.

In Abwägung des – sich in der Vielzahl der ausgesprochenen Kündigungen ausdrückenden hohen – Beendigungsinteresses der Beklagten und des – im Rahmen der mündlichen Verhandlung zum Ausdruck gebrachten – hohen Interesses des Klägers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, dem Lebensalter des Klägers, 41 Jahre, und seinen voraussichtlich guten Chancen am Arbeitsmarkt und nicht zuletzt aufgrund seiner Unterhaltspflichten für seine Ehefrau und zwei minderjährige Kinder erschien dem Gericht die Berechnung der Abfindung unter Zugrundelegung eines Faktors von 1,3 Bruttomonatsgehältern pro Beschäftigungsjahr als angemessen für den Verlust des Arbeitsplatzes. Angesichts des Umstandes, dass der Kläger aber letztlich durch sein Verhalten unter anderem im Zusammenhang mit der Veröffentlichung des Wahlaufrufs maßgeblich zum Vertrauensbruch mit der Beklagten beigetragen hat, hielt die Kammer eine darüber hinausgehende Abfindung für nicht gerechtfertigt.

6. Aufgrund der Auflösung des Arbeitsverhältnisses hat die Beklagte Anspruch auf Herausgabe des Labtops und der elektronischen Zutrittskarte gem. § 985 BGB.

Die Beklagte kann nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses das dem Kläger zur Erfüllung seiner Arbeitspflicht überlassene Labtop und die elektronischen Zutrittskarte herausverlangen, da der Kläger – unabhängig vom laufenden Kündigungsschutzverfahren – nicht mehr zum Besitz berechtigt ist. Der Kläger kann sich nicht darauf berufen, dass er den Laptop und die darauf gespeicherten Daten zur Rechtsverteidigung benötige. Ein entsprechendes Zurückbehaltungsrecht gibt es nicht. Dem Kläger bleibt unbenommen – wie die Beklagte zutreffend darauf hinweist – Daten und Emails, die er meint im vorliegenden Rechtsstreit zu benötigen, auf CD oder sonstigen Trägermedien zu sichern.

Der Kläger kann sich auch nicht darauf berufen, dass er die Zutrittskarte und den Laptop im Rahmen der Weiterbeschäftigung nach Ablauf der Kündigungsfrist zur Erfüllung seiner Arbeitsverpflichtung benötige, da er keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung hat.

- 6.1 Einen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch gem. §§ 611, 242 BGB i.V.m. Art. 1 und 2 GG bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens hat der Arbeitnehmer nach ständiger Rechtsprechung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts nur bei Obsiegen in der ersten Instanz. Zwar obsiegt der Kläger mit seinen Kündigungsschutzanträgen. Da jedoch dem Auflösungsantrag der Beklagten mit Wirkung zum 31.12.2009 stattgegeben wurde, steht dem nach Obsiegen in erster Instanz regelmäßig angenommenem überwiegenden Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers im vorliegenden Fall ein überwiegendes Nichtbeschäftigungsinteresse des Arbeitgebers entgegen. Dem Kläger steht ein allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch deshalb nicht zu.
- 6.2 Nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG muss der Arbeitgeber auf Verlangen des Arbeitnehmers diesen nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbe-



schäftigen, wenn der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung nach § 102 Abs. 3 BetrVG frist- und ordnungsgemäß widersprochen und der Arbeitnehmer nach dem Kündigungsschutzgesetz Klage auf Feststellung erhoben hat, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst sei. Dieser Antrag muss grundsätzlich noch innerhalb der Kündigungsfrist gestellt werden (vgl. Fitting, 24. Aufl., § 102 BetrVG, Rn. 106, m.w.N.), spätestens jedoch am ersten Arbeitstag nach Ablauf der Kündigungsfrist (vgl. BAG 11.05.2000 – 2 AZR 54/99, NZA 2000, 1055).

Der Kläger hat zwar mit der fristgerechten Klageerhebung seinen Weiterbeschäftigungsantrag rechtzeitig vor Ablauf der Kündigungsfrist gestellt. Der Betriebsrat hat mit Schreiben vom 10.11.2009 der beabsichtigten ordentlichen Kündigung fristgerecht, jedoch nicht formgerecht im Sinne des § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG widersprochen. Die pauschale Begründung des Widerspruchs, dass der Betriebsrat es für zumutbar halte, den Kläger entsprechend seiner Qualifikation einzusetzen und vorhandene Defizite durch Schulungen zu beseitigen ist nicht ausreichend. Diese Begründung wiederholt lediglich den Gesetzeswortlaut des Widerspruchsgrundes gem. § 102 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG. Nach Auffassung der erkennenden Kammer sowie der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Rechtslehre genügt eine Wiederholung des Gesetzeswortlauts allein aber nicht (vgl. Fitting, § 102 BetrVG, Rn. 71).

7. Aufgrund der Auflösung des Arbeitsverhältnisses zum 31.12.2009 hat der Kläger für den Zeitraum ab 01.01.2010 keinen Anspruch auf Annahmeverzugslohn gem. § 615 BGB, da zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis mehr besteht.
8. Da das Arbeitsverhältnis aufgrund des Auflösungsantrags der Beklagten zum 31.12.2009 aufgelöst wurde, kommt es auf die Frage der Rechtswirksamkeit der hilfswisen ordentlichen Kündigung vom 18.12.2009 und der hilfswisen ordentlichen Kündigungen vom 28.12.2009 nicht mehr an.

- 50 -

### III.

Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

Die Festsetzung des Werts des Streitgegenstands erfolgte gem. §§ 61 Abs. 1, 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG i.V.m. §§ 39 Abs. 1, 42 Abs. 4 Satz 1, 43 Abs. 1, 45 Abs. 1 Satz 1 GKG, 2, 3, 4 Abs. 1, 5 ZPO. Dabei wurden für die Kündigungen vom 12.11.2009, 18.12.2009 und (2 x) 28.12.2009 sowie für den Weiterbeschäftigungsantrag jeweils ein Bruttomonatsgehalt sowie für die Herausgabeansprüche gemäß Ziffern 2 und 3 der Widerklage jeweils pauschal 500 € berücksichtigt. Für den geltend gemachten Annahmeverzugslohn wurde im Hinblick auf die Höchstwertregelung in § 42 Abs. 4 Satz 1 GKG keine Hinzurechnung vorgenommen. Ziffer 1 der Widerklage wurde nicht berücksichtigt, weil insoweit keine Entscheidung ergangen ist.

### IV.

Hinsichtlich der Entscheidung über den Bestand des Arbeitsverhältnisses können beide Parteien Berufung zum Landesarbeitsgericht München einlegen. Im Übrigen kann Berufung eingelegt werden, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 600 Euro übersteigt. Im Einzelnen gilt nachfolgende Rechtsmittelbelehrung. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Berufung gem. § 64 Abs. 2a, 3 ArbGG lagen nicht vor.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil können beide Parteien Berufung einlegen, soweit sie sich gegen die Entscheidung über den Bestand des Arbeitsverhältnisses richtet. Im Übrigen kann Berufung eingelegt werden, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes insgesamt 600,00 € übersteigt.

Die Berufung muss innerhalb einer Notfrist von einem Monat ab Zustellung dieses Urteils schriftlich beim

**Landesarbeitsgericht München**  
**Winzererstraße 104**  
**80797 A-Stadt**

eingelegt werden.

Die Berufung muss innerhalb von 2 Monaten nach Zustellung dieses Urteils schriftlich begründet werden.

Die Berufungsschrift und die Berufungsbegründungsschrift müssen jeweils von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Sie können auch von dem Bevollmächtigten einer Gewerkschaft, eines Arbeitgeberverbandes oder eines Zusammenschlusses solcher Verbände unterzeichnet werden, wenn sie für ein Mitglied eines solchen Verbandes oder Zusammenschlusses oder für den Verband oder den Zusammenschluss selbst eingelegt wird.

Mitglieder der genannten Verbände können sich auch durch den Bevollmächtigten eines anderen Verbandes oder Zusammenschlusses mit vergleichbarer Ausrichtung vertreten lassen.

Neubert-Vardon

Das Landesarbeitsgericht bittet, alle Schriftsätze in **fünffacher** Fertigung einzureichen.