

BUNDEARBEITSGERICHT



2 AZR 186/11
4 Sa 795/07
Landesarbeitsgericht
Nürnberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. April 2012

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter, Revisionskläger und
Anschlussrevisionsbeklagter,

pp.

1.

2.

3.

Beklagte, Berufungsklägerinnen, Revisionsbeklagte und
Anschlussrevisionsklägerinnen,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. April 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor sowie die ehrenamtlichen Richter Frey und Dr. Grimberg für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers und die Anschlussrevision der Beklagten zu 1) bis 3) gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 17. November 2010 - 4 Sa 795/07 - werden zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Revisionsverfahrens haben der Kläger zu $\frac{1}{4}$, die Beklagten zu 1) bis 3) als Gesamtschuldner zu $\frac{3}{4}$ zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung und einen Auflösungsantrag der Beklagten. Der Kläger macht zudem Vergütungsansprüche geltend. 1

Der 1963 geborene Kläger war seit 1992 bei der Beklagten zu 1) beschäftigt, seit Januar 1997 als Leiter der Abteilung Baufinanzierung. Die Beklagte zu 1), eine Bausparkasse, erteilte ihm zum 1. Januar 2001 Prokura. Der Kläger bezog ein Bruttomonatsgehalt in Höhe von 8.155,19 Euro. 2

Mit Schreiben vom 4. Dezember 1997 und 5. April 2006 traten die Beklagten zu 2) und 3) dem Arbeitsverhältnis im Einverständnis mit dem Kläger als weitere Arbeitgeberinnen bei. 3

Durch Rundschreiben vom 8. August 2002 wurden die Mitarbeiter, die Abteilungsleiter am 9. August 2002 außerdem im Rahmen einer Konzern- 4

Abteilungsleiterbesprechung, darauf hingewiesen, dass jegliche private Nutzung von Internet, Intranet und E-Mail untersagt sei und sie auch bei einem einmaligen Verstoß mit „arbeitsrechtlichen Konsequenzen (*Abmahnung, Kündigung*)“ rechnen müssten.

Bei einer Überprüfung des Internetzugangs des Klägers wurde festgestellt, dass über diesen in der Zeit vom 13. Oktober 2006 bis 2. November 2006 in erheblichem Umfang auf Internetseiten mit pornografischen Inhalten zugegriffen worden war. 5

Die Beklagten hörten mit Schreiben vom 17. November 2006 den Sprecherausschuss der leitenden Angestellten, mit Schreiben vom 20. November 2006 vorsorglich auch den Betriebsrat der Zentrale zu einer beabsichtigten außerordentlichen und hilfsweise ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers an. 6

Der Sprecherausschuss stimmte den beabsichtigten Kündigungen mit Schreiben vom 20. November 2006 zu. Der Betriebsrat teilte am gleichen Tag mit, gegen die beabsichtigten Kündigungen keine Bedenken zu haben. 7

Mit drei Schreiben jeweils vom 21. November 2006 kündigten die Beklagten jede für sich das Arbeitsverhältnis fristlos und vorsorglich ordentlich zum 30. Juni 2007. 8

Hiergegen hat der Kläger rechtzeitig Kündigungsschutzklage erhoben und zugleich Zahlung der Vergütung für den vollen Monat November und für Dezember 2006 begehrt. Er hat die außerordentliche ebenso wie die ordentliche Kündigung für unwirksam gehalten. Die - von ihm eingestandene - private Internetnutzung rechtfertige allenfalls eine Abmahnung. Für ihn hätten keine festen Arbeitszeiten gegolten. Er habe durch die private Nutzung des Internets seine Arbeit nicht vernachlässigt, die privat verwandte Zeit vielmehr wieder „eingearbeitet“. Er habe zwar auch auf Seiten zugegriffen, die sich mit Erotik im weitesten Sinne befassten, aber keine pornografischen Seiten oder solche mit strafbarem Inhalt geöffnet. 9

Der Kläger hat - soweit noch von Interesse - beantragt 10

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien weder durch die außerordentliche, noch durch die ordentliche Kündigung vom 21. November 2006 aufgelöst worden ist;
2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn 9.494,16 Euro brutto sowie den Arbeitgeberzuschuss zur Pflegeversicherung in Höhe von 9,37 Euro und den Zuschuss zur privaten Krankenversicherung in Höhe von 161,90 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinsatz aus 2.791,26 Euro vom 1. Dezember 2006 bis 31. Dezember 2006 und aus 9.665,43 Euro seit dem 1. Januar 2007 zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen, hilfsweise, „die Arbeitsverhältnisse“ gegen Zahlung einer Abfindung zum Ablauf des 30. Juni 2007 aufzulösen. Sie haben die Auffassung vertreten, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger habe bereits aufgrund der außerordentlichen Kündigung geendet. Dieser habe den Zugriff auf bestimmte Internetseiten eingeräumt. Ein zusätzlicher Missbrauch des Internetzugangs durch Dritte sei ausgeschlossen. Jedenfalls sei das Arbeitsverhältnis gerichtlich zum 30. Juni 2007 aufzulösen. Eine den Betriebszwecken dienliche vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem Kläger sei nicht mehr möglich. Im Übrigen bedürfe der Auflösungsantrag keiner Begründung. Der Kläger sei leitender Angestellter iSd. § 14 Abs. 2 KSchG gewesen. Er habe die Befugnis gehabt, eigenverantwortlich die Mitarbeiter seines Teams einzustellen und zu entlassen. Bei der Stellenbesetzung habe er nur die Anzahl der bewilligten Stellen berücksichtigen müssen.

11

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Auf den zweitinstanzlich gestellten Auflösungsantrag der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das Arbeitsverhältnis der Parteien gegen Zahlung einer Abfindung in Höhe von 111.800,00 Euro zum 30. Juni 2007 aufgelöst. Mit seiner Revision begehrt der Kläger die Abweisung des Auflösungsantrags. Mit ihrer Anschlussrevision verfolgen die Beklagten den Antrag auf Klageabweisung weiter und beantragen hilfsweise, die Revision des Klägers zurückzuweisen.

12

Entscheidungsgründe

- Revision und Anschlussrevision sind unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 21. November 2006 ohne Rechtsfehler als unwirksam erachtet (*I.*). Auch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses der Parteien hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand (*II.*). Der Kläger hat Anspruch auf Zahlung der noch offenen Vergütung für November und Dezember 2006 (*III.*). 13
- I. Die Anschlussrevision der Beklagten gegen die Entscheidung über den Kündigungsschutzantrag ist unbegründet. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Kündigung vom 21. November 2006 sei unwirksam, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 14
1. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, Gegenstand des Kündigungsschutzantrags sei die Beendigung eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses der Parteien durch die angegriffene Kündigung. Bei den drei im Wesentlichen gleichlautenden Kündigungsschreiben vom 21. November 2006 handelt es sich materiell um eine einheitliche Kündigung dieses Arbeitsverhältnisses durch die daran auf Arbeitgeberseite beteiligten drei Beklagten. 15
- a) Ebenso wie auf Arbeitnehmerseite (*BAG 21. Oktober 1971 - 2 AZR 17/71 - AP BGB § 611 Gruppenarbeitsverhältnis Nr. 1 mit Anm. Hanau = EzA KSchG § 1 Nr. 23*) können auf Arbeitgeberseite mehrere rechtlich selbständige Personen an demselben Arbeitsverhältnis beteiligt sein (*BAG 15. Dezember 2011 - 8 AZR 692/10 - Rn. 30, DB 2012, 1690; 27. März 1981 - 7 AZR 523/78 - zu I 1 a der Gründe, BAGE 37, 1 = AP BGB § 611 Arbeitgebergruppe Nr. 1 mit Anm. Wiedemann = SAE 1983, 288 mit Anm. Schulin; Schwerdtner ZIP 1982, 900; Linck in v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 1 Rn. 75; ErfK/Preis 12. Aufl. § 611 BGB Rn. 191*). Stehen mehrere natürliche oder juristische Personen in arbeitsrechtlichen Beziehungen zu demselben Arbeitnehmer, liegen nicht notwendig mehrere getrennte Arbeitsverhältnisse vor. Vielmehr 16

kann auch ein einheitliches Arbeitsverhältnis gegeben sein. Erforderlich ist ein rechtlicher Zusammenhang der arbeitsvertraglichen Beziehungen des Arbeitnehmers zu den einzelnen Arbeitgebern, der es verbietet, diese Beziehungen rechtlich getrennt zu behandeln (*BAG 15. Dezember 2011 - 8 AZR 692/10 - aaO; 5. März 1987 - 2 AZR 623/85 - zu B III 5 der Gründe, BAGE 55, 117; 27. März 1981 - 7 AZR 523/78 - aaO; Linck Rn. 76 aaO; ErfK/Preis aaO*). Der rechtliche Zusammenhang kann sich insbesondere aus einer Auslegung des Vertragswerks der Parteien ergeben (*BAG 15. Dezember 2011 - 8 AZR 692/10 - aaO; 27. März 1981 - 7 AZR 523/78 - zu I 2 b der Gründe, aaO*). Nach Maßgabe von §§ 133, 157 BGB ist zu prüfen, ob nach den Vorstellungen der Vertragschließenden die einzelnen Vereinbarungen nur gemeinsam gelten und zusammen durchgeführt werden sollen, dh. Teile eines einzigen Gesamtgeschäfts sein sollen (*Linck aaO; vgl. auch ErfK/Preis aaO*). Ist dies zu bejahen, kann ein solches einheitliches Arbeitsverhältnis im Regelfall nur von und gegenüber allen auf einer Vertragsseite Beteiligten gekündigt werden (*BAG 27. März 1981 - 7 AZR 523/78 - zu II 1 der Gründe, aaO; ErfK/Preis aaO*).

b) Unter Anwendung dieser Grundsätze hat das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler angenommen, zwischen den Parteien habe ein einheitliches Arbeitsverhältnis bestanden. Die Beklagten zu 2) und 3) sind gemäß Schreiben vom 4. Dezember 1997 und 5. April 2006 dem zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1) begründeten Arbeitsverhältnis als weitere Arbeitgeberinnen „beigetreten“. Schon diese Formulierung spricht für die Absicht, keine gesonderten Arbeitsverhältnisse mit dem Kläger zu begründen. Zudem wäre eine nach Arbeitgebern getrennte Durchführung der Vertragsabreden nicht möglich gewesen. In den Beitrittsschreiben ist nur abstrakt bestimmt, der Kläger erbringe nunmehr Tätigkeiten auch für die Beklagte zu 2) bzw. zu 3). Konkrete Tätigkeitsanteile wurden jedoch nicht festgelegt. Diese sollten vielmehr jeweils nachträglich quartalsweise ermittelt werden. Auch der Entgeltanspruch des Klägers wurde nicht auf die nun mehreren Arbeitgeberinnen aufgeschlüsselt. Außerdem war vorgesehen, dass eine Kündigung nur insgesamt für und gegen alle Arbeitgeberinnen ausgesprochen werden konnte. Dies ist die typische

17

Rechtsfolge aus dem Bestehen eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses. Eine Ausnahme von der gemeinsamen Fortführung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses war nur für den Fall vorgesehen, dass die Tätigkeit des Klägers für eine der beigetretenen Arbeitgeberinnen zukünftig entfielen. In diesem Fall sollte der Anstellungsvertrag nur mit den übrigen Beklagten fortgeführt werden.

2. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, weder die außerordentliche, noch die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung der Beklagten hätten das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgelöst, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Das Berufungsgericht hat die Bestimmungen des § 626 Abs. 1 BGB und § 1 KSchG ohne Rechtsfehler auf den Streitfall angewandt. 18

a) Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. 19

aa) Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, dh. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (*BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - Rn. 14, AP BGB § 626 Nr. 236 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 36; 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 16, BAGE 134, 349*). 20

bb) Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das 21

Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen (*BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - Rn. 26, AP BGB § 626 Nr. 236 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 36; 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 34, BAGE 134, 349*). Dabei lassen sich die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zuzumuten ist oder nicht, nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf (*BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - Rn. 27, aaO; 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 - aaO*). Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind (*BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - aaO; 16. Dezember 2010 - 2 AZR 485/08 - Rn. 24, AP BGB § 626 Nr. 232 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 33*).

cc) Beruht die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann (*BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 284/10 - Rn. 35, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 64 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 37; 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 36, BAGE 134, 349*). Einer entsprechenden Abmahnung bedarf es nach Maßgabe des auch in § 314 Abs. 2 iVm. § 323 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes demnach nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten steht, oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist (*BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 284/10 - aaO; 9. Juni 2011*

22

- 2 AZR 381/10 - Rn. 18, AP BGB § 626 Nr. 234 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 35). Dies gilt grundsätzlich auch bei Störungen im Vertrauensbereich (BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 381/10 - aaO; 12. Mai 2010 - 2 AZR 845/08 - Rn. 29, AP BGB § 626 Nr. 230 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 31).

b) Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist eine Kündigung sozial gerechtfertigt, wenn sie durch Gründe, die im Verhalten des Arbeitnehmers liegen, bedingt ist. Sie ist durch solche Gründe „bedingt“, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten erheblich und in der Regel schuldhaft verletzt hat und eine dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten steht. Dann kann dem Risiko künftiger Störungen nur durch die (*fristgemäße*) Beendigung des Arbeitsverhältnisses begegnet werden. Das wiederum ist nicht der Fall, wenn schon mildere Mittel und Reaktionen - wie etwa eine Abmahnung - von Seiten des Arbeitgebers geeignet gewesen wären, beim Arbeitnehmer künftige Vertragstreue zu bewirken (BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 284/10 - Rn. 34, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 64 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 37; 28. Oktober 2010 - 2 AZR 293/09 - Rn. 12, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 62 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 78).

c) Danach ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts nicht zu beanstanden, eine Abmahnung sei im Verhältnis zu einer Kündigung ein den Beklagten zumutbares milderes Mittel der Reaktion auf die Pflichtverletzungen des Klägers gewesen.

aa) Das Landesarbeitsgericht hat das Vorbringen der Beklagten zu den Kündigungsgründen als wahr unterstellt, im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die vorzunehmende Interessenabwägung eine vorherige Abmahnung jedoch für nicht entbehrlich gehalten. Das Fehlverhalten des Klägers lasse keine eindeutige negative Prognose zu, selbst wenn man den zeitlichen Umfang der privaten Internetnutzung und den Inhalt der aufgerufenen Seiten zugrunde lege, wie ihn die Beklagten im einzelnen dargelegt hätten. Eine Privatnutzung während der Arbeitszeit sei nicht feststellbar. Der Kläger habe

sich darauf berufen, als leitender Angestellter keine festen Arbeitszeiten gehabt zu haben und daher in seiner Pausengestaltung frei gewesen zu sein. Ausgefallene Arbeitszeit habe er in den Abendstunden oder am Wochenende ausgeglichen, er habe seine Arbeitspflichten nicht vernachlässigt und nur während erforderlicher Entspannungs- und Erholungspausen privat im Internet gesurft. Dem seien die Beklagten nicht mit konkreten Tatsachen entgegengetreten. Sie hätten auch nicht näher dargelegt, dass ihnen durch die Privatnutzung des Klägers zusätzliche Kosten entstanden seien. Als kündigungsrelevanter Sachverhalt verblieben damit ein Verstoß gegen das ausdrückliche Verbot der privaten Nutzung des dienstlichen Internetanschlusses, das Aufrufen von Internetseiten und Herunterladen von Bildmaterial, das zu einer Vireninfiltration des Betriebssystems hätte führen können und eine mögliche Rufschädigung der Beklagten infolge des Aufrufens und Herunterladens der fraglichen Seiten. Zugunsten der Beklagten könne unterstellt werden, dass nur der Kläger der betreffende Nutzer gewesen sei. Auch dann hätten die Beklagten sich angesichts der langen beanstandungsfreien Dauer seines Arbeitsverhältnisses auf den Ausspruch einer Abmahnung beschränken und dem Kläger die Möglichkeit geben müssen, sein Verhalten zu korrigieren. Dies sei auch deshalb geboten, weil der Kläger aufgrund seiner hervorgehobenen Position offenbar davon ausgegangen sei, bei ihm werde eine private Nutzung des Internets in gewissem Umfang hingenommen. Er habe nicht damit rechnen müssen, es würden schon bei einem ersten Verstoß kündigungsrechtliche Konsequenzen gezogen.

bb) Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Zwar musste dem Kläger angesichts des ausdrücklichen Verbots jeglicher privater Internetnutzung klar sein, dass die Beklagten sein Verhalten als vertragswidrig erachten würden. Es ist aber revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Landesarbeitsgericht angenommen hat, der Kläger habe davon ausgehen dürfen, die Beklagten würden auf einen Verstoß nicht sofort mit einer Kündigung reagieren. Dieser Würdigung steht die ausdrückliche Androhung arbeitsrechtlicher Konsequenzen bereits bei einem erstmaligen Verstoß in dem Rundschreiben vom 8. August

26

2002 schon deshalb nicht entgegen, weil als arbeitsrechtliche Konsequenzen unterschiedliche Reaktionen (*Abmahnung; Kündigung*) in Betracht kommen.

cc) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend die nahezu 15-jährige, bislang unbelastete Betriebszugehörigkeit des Klägers zu seinen Gunsten berücksichtigt. Ferner fehlt nach seiner Auffassung bei Ausspruch einer Abmahnung die Wiederholungsgefahr. Dies zusammen mit dem Umstand, dass das pflichtwidrige Verhalten des Klägers zu keinem konkreten Schaden bei den Beklagten geführt hat, lässt es im Streitfall vertretbar erscheinen, eine Abmahnung für nicht entbehrlich zu halten. Demgegenüber musste es das Landesarbeitsgericht nicht entscheidungserheblich zulasten des Klägers gewichten, dass dieser als Abteilungsleiter eine Vorbildfunktion hatte. 27

dd) Das Landesarbeitsgericht hat zugunsten der Beklagten unterstellt, dass der Kläger das Internet an mehreren Tagen und insgesamt über mehrere Stunden privat genutzt und dabei ua. pornografisches Bildmaterial heruntergeladen hat. Auch ein solches Verhalten schafft keinen absoluten Kündigungsgrund. Zwar hat der Senat dies als einen denkbaren Fall erachtet, in dem es vor Ausspruch einer Kündigung einer Abmahnung nicht bedarf (*BAG 7. Juli 2005 - 2 AZR 581/04 - zu B III 2 der Gründe, BAGE 115, 195*). Dies ändert aber nichts daran, dass die Verhältnismäßigkeit einer Kündigung auch bei einem solchen Sachverhalt anhand aller relevanten Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile zu prüfen ist. Diese Prüfung hat das Landesarbeitsgericht in vertretbarer Weise vorgenommen. Nicht zu entscheiden ist, wie es zu beurteilen wäre, wenn der Kläger mithilfe des ihm dienstlich zur Verfügung gestellten Internets Straftaten begangen hätte. Hierfür fehlt es an Vortrag der Beklagten. 28

II. Die Revision des Klägers ist unbegründet. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts, das Arbeitsverhältnis der Parteien gegen Zahlung einer Abfindung zum 30. Juni 2007 aufzulösen, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Das Landesarbeitsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, der Auflösungsantrag der Beklagten habe gem. § 14 Abs. 2 Satz 2 KSchG 29

keiner Begründung bedurft. Der Kläger war leitender Angestellter iSv. § 14 Abs. 2 Satz 1 KSchG. Mit Blick auf die Einheitlichkeit des Arbeitsverhältnisses hat das Landesarbeitsgericht dabei den Antrag der Beklagten zu Recht als einen einheitlichen verstanden, gerichtet darauf, das Arbeitsverhältnis - und nicht, wie nach der Antragsformulierung, „die Arbeitsverhältnisse“ - der Parteien aufzulösen.

1. Nach § 14 Abs. 2 KSchG findet auf Geschäftsführer, Betriebsleiter und ähnliche leitende Angestellte, soweit diese zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind, § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG mit der Maßgabe Anwendung, dass der Antrag des Arbeitgebers auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses keiner Begründung bedarf. 30

a) Die Befugnis zur selbständigen Einstellung oder Entlassung muss entweder eine bedeutende Anzahl von Arbeitnehmern oder eine gewisse Anzahl bedeutender Arbeitnehmer erfassen. Entscheidend für das Gewicht der Personalkompetenz ist, welchen Stellenwert die Tätigkeit der Mitarbeiter, die der Betreffende einstellt oder entlässt, für das Unternehmen hat. Es kann auch dann ausreichend sein, wenn sich die personellen Entscheidungskompetenzen des Angestellten auf eine geschlossene Gruppe beziehen, die für das Unternehmen, insbesondere für dessen unternehmerischen Erfolg, von Bedeutung ist (*BAG 14. April 2011 - 2 AZR 167/10 - Rn. 14, AP KSchG 1969 § 14 Nr. 12 = EzA KSchG § 14 Nr. 9; 10. Oktober 2002 - 2 AZR 598/01 - zu D II 1 der Gründe mwN, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 123 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 122*). 31

b) Zur selbständigen Einstellung oder Entlassung iSd. § 14 Abs. 2 KSchG sind nur solche Arbeitnehmer berechtigt, deren entsprechende Befugnis nicht nur im Außen-, sondern auch im Innenverhältnis besteht. Von einer Berechtigung zur selbständigen Einstellung kann nicht die Rede sein, wenn sie sich auf die Befugnis beschränkt, intern Vorschläge zu unterbreiten (*BAG 14. April 2011 - 2 AZR 167/10 - Rn. 13, AP KSchG 1969 § 14 Nr. 12 = EzA KSchG § 14 Nr. 9*; 32

18. November 1999 - 2 AZR 903/98 - zu II 1 a der Gründe, AP KSchG 1969 § 14 Nr. 5 = EzA KSchG § 14 Nr. 4).

c) Die Personalkompetenz muss einen wesentlichen Teil der Tätigkeit des Angestellten ausmachen und darf nicht „nur auf dem Papier stehen“. Sie muss tatsächlich ausgeübt werden (BAG 14. April 2011 - 2 AZR 167/10 - Rn. 15, AP KSchG 1969 § 14 Nr. 12 = EzA KSchG § 14 Nr. 9; 10. Oktober 2002 - 2 AZR 598/01 - zu D II 1 der Gründe mwN, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 123 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 122). 33

2. Unter Anwendung dieser Grundsätze ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, der Kläger sei leitender Angestellter iSv. § 14 Abs. 2 KSchG gewesen, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 34

a) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger habe als Abteilungsleiter die Befugnis gehabt, die ihm unterstellten Mitarbeiter selbständig einzustellen und zu entlassen. Diese Kompetenz habe sich zwar nur auf eine geschlossene Gruppe innerhalb der Belegschaft der Beklagten zu 1) - die insgesamt etwa 110 Mitarbeiter beschäftigt - bezogen, nämlich auf die 45 Mitarbeiter in der von ihm geleiteten Abteilung Baufinanzierung. Diese seien aber für den unternehmerischen Erfolg der Beklagten zu 1) von besonderem Gewicht. Für eine Bausparkasse, die die Finanzmittel für die Durchführung von Bau- oder Modernisierungsvorhaben zur Verfügung stelle, sei entscheidend, wie die rechtliche und technische Abwicklung der Baufinanzierung gehandhabt werde. Die Personalkompetenz bestehe im Innen- und im Außenverhältnis. Der Kläger sei insofern nicht an Weisungen oder Genehmigungen von Vorstandsmitgliedern gebunden gewesen. Die Personalverantwortung des Klägers habe auch tatsächlich zu einem wichtigen Teilbereich seiner Führungsaufgaben gezählt. 35

b) Im Ergebnis zutreffend hat das Landesarbeitsgericht eine Stellung des Klägers als leitender Angestellter im Verhältnis zur Beklagten zu 1) als ausreichend erachtet. Die Auflösung durch Urteil (§ 9 KSchG) kann im einheitlichen 36

Arbeitsverhältnis mit mehreren Arbeitgebern grundsätzlich nur insgesamt erfolgen (*BAG 27. März 1981 - 7 AZR 523/78 - zu II 4 der Gründe, BAGE 37, 1*). Ausreichend ist im Regelfall ein Auflösungsgrund, der für oder gegen einen der Arbeitgeber vorliegt (*BAG 27. März 1981 - 7 AZR 523/78 - zu II 4 a der Gründe, aaO*). Ist der Arbeitnehmer leitender Angestellter iSv. § 14 Abs. 2 KSchG nur im Verhältnis zu einem der Arbeitgeber und stellt dieser einen Auflösungsantrag, schlägt dies wegen der vereinbarten Einheitlichkeit des Arbeitsverhältnisses auf die Beziehung zu den anderen Arbeitgebern durch. Eine Fortsetzung des einheitlichen Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitgeberseite dann in der Regel insgesamt unzumutbar. Dies hat das Landesarbeitsgericht zu Recht auch für den vorliegenden Fall angenommen. Besteht deshalb eine Auflösungsmöglichkeit der Beklagten zu 1), weil der Kläger im Verhältnis zu ihr leitender Angestellter iSd. § 14 Abs. 2 KSchG ist, wirkt sich dies wegen der vereinbarten Einheitlichkeit des Arbeitsverhältnisses zu allen drei Beklagten auf das Arbeitsverhältnis insgesamt aus. Eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses mit Tätigkeiten des Klägers ggf. nur noch für die Beklagten zu 2) und 3) ist nach den Vereinbarungen der Parteien nicht vorgesehen. Zwar sollte das Arbeitsverhältnis bei einem Wegfall der Tätigkeiten für die später beigetretenen Beklagten zu 2) und 3) auch ohne diese fortgesetzt werden können, nicht aber umgekehrt nur für sie.

c) Das Landesarbeitsgericht hat den Begriff des leitenden Angestellten iSv. § 14 Abs. 2 KSchG auch im Übrigen nicht verkannt. 37

aa) Eine Beschränkung der selbständigen Entscheidungskompetenz des Klägers auf die in seiner Abteilung vorzunehmenden Einstellungen ergibt sich nicht daraus, dass er an den festgelegten Stellenplan gebunden war. So wenig es einer selbständigen Einstellungs- oder Entlassungsbefugnis entgegensteht, wenn der Angestellte unternehmensinterne Vorgaben beachten muss (*BAG 27. September 2001 - 2 AZR 176/00 - AP KSchG 1969 § 14 Nr. 6 = EzA KSchG § 14 Nr. 6*), so wenig verlangt eine Personalkompetenz iSv. § 14 Abs. 2 KSchG eine unternehmerische Entscheidungshoheit über den Stellenplan und die 38

Befugnis, selbst über Stellenausweitungen oder -kürzungen zu entscheiden. Nach der gesetzlichen Regelung ist der Angestellte vielmehr bereits dann als „im Lager“ des Arbeitgebers stehend anzusehen, wenn er selbständig darüber entscheiden kann, wer in einem wesentlichen Bereich des Unternehmens eingestellt oder entlassen wird.

bb) Das Landesarbeitsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, die Personalverantwortung des Klägers habe zu einem wichtigen Teilbereich seiner Führungsaufgaben gezählt. Es hat dies aus der Bedeutung der von dem Kläger geleiteten Abteilung für den unternehmerischen Erfolg der Beklagten zu 1) abgeleitet. Mit seinem hiergegen gerichteten neuen Sachvortrag zur Art des von seiner Abteilung verantworteten Geschäfts und der tariflichen Eingruppierung seiner Mitarbeiter kann der Kläger in der Revision gem. § 559 Abs. 1 ZPO nicht mehr gehört werden. Das Landesarbeitsgericht musste auch nicht aufklären, ob es entsprechend dem Vorbringen des Klägers nur eine Entlassung und maximal zehn Einstellungen in seiner Abteilung während der Zeit seiner Leitung gegeben hat. Die Personalkompetenz iSv. § 14 Abs. 2 KSchG muss zwar einen wesentlichen Teil der Tätigkeit des Angestellten ausmachen. Hierfür kommt es aber nicht allein darauf an, welchen zeitlichen Anteil sie an der Tätigkeit des Angestellten hat. Maßgeblich ist, ob sie von wesentlicher Bedeutung für das Unternehmen und damit als Teil der Tätigkeit des Angestellten qualitativ nicht unwesentlich ist. Dies war nach der Würdigung des Landesarbeitsgerichts beim Kläger der Fall. Der Kläger hat seine Befugnisse nach der Würdigung des Landesarbeitsgerichts auch tatsächlich ausgeübt.

39

Der Kläger rügt in der Revision ohne Erfolg, er habe in diesem Zusammenhang vorgetragen, über die eine Entlassung und die fünf bis zehn Einstellungen nicht selbst entschieden zu haben. Sein Vorbringen war nach dem Tatbestand der angefochtenen Entscheidung streitig. Die Richtigstellung des Tatbestands kann nicht im Wege der Verfahrensrüge, sondern nur durch einen Antrag nach § 320 ZPO erreicht werden (*BAG 7. Juli 2011 - 2 AZR 377/10 - Rn. 34, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 69 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 68; 26. Februar*

40

1987 - 2 AZR 177/86 - zu B II 1 b der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 15 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 24; BGH 22. September 2008 - II ZR 235/07 - zu II 1 a der Gründe, DStR 2008, 2228; 2. Juli 2007 - II ZR 111/05 - zu B III 1 der Gründe, ZIP 2007, 1942; Müller-Glöge in Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge ArbGG 7. Aufl. § 74 Rn. 106; Schwab/Weth/Ulrich ArbGG 3. Aufl. § 74 Rn. 57). Einen solchen Antrag hat der Kläger nicht gestellt.

d) Die Rüge des Klägers, das Landesarbeitsgericht habe den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme gem. § 355 ZPO verletzt, weil es die Zeugen nicht selbst vernommen, sondern darum das Arbeitsgericht ersucht habe, ist unbegründet. Selbst wenn man darin einen Verfahrensverstoß sehen wollte, wäre dieser gem. § 295 Abs. 1 ZPO geheilt. Der Kläger hätte diese Rüge bereits in der auf die Beweisaufnahme folgenden mündlichen Verhandlung erheben müssen (vgl. BGH 2. Februar 1979 - V ZR 146/77 - zu I der Gründe, NJW 1979, 2518; 16. Oktober 1963 - IV ZR 17/63 - BGHZ 40, 179; Zöller/Greger ZPO 29. Aufl. § 355 Rn. 8). Dies hat er nicht getan. 41

aa) Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Inanspruchnahme des ersuchten Richters, welche die Aufhebung des Berufungsurteils erfordern könnte (vgl. dazu BGH 2. Februar 1979 - V ZR 146/77 - NJW 1979, 2518), sind nicht ersichtlich. 42

bb) Der gerügte Verfahrensverstoß ist nicht erst durch das Urteil des Landesarbeitsgerichts erkennbar geworden, so dass der Kläger die Rüge im Berufungsverfahren noch nicht hätte erheben können (zu den Konsequenzen vgl. BGH 4. November 2010 - I ZR 190/08 - zu II 2 der Gründe, NJW-RR 2011, 569; 9. Januar 1997 - III ZR 162/95 - zu I 2 der Gründe, AP ZPO § 355 Nr. 2). Der Kläger beruft sich zum einen darauf, es habe schon im Beweisbeschluss des Landesarbeitsgerichts eine Begründung dafür gefehlt, warum mit der Beweisaufnahme ein anderes Gericht ersucht worden sei. Dies war bereits mit Erlass des Beweisbeschlusses erkennbar. Zum anderen macht er geltend, es 43

sei von vornherein mit widersprechenden Zeugenaussagen zu rechnen gewesen. Auch dies wurde nicht erst durch das Berufungsurteil erkennbar - zumal das Landesarbeitsgericht eine Widersprüchlichkeit der Zeugenaussagen nicht angenommen hat.

e) Die Beweiswürdigung des Landesarbeitsgerichts hält auch in der Sache einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 44

aa) Eine vom Berufungsgericht nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO vorgenommene Würdigung des Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer Beweisaufnahme ist durch das Revisionsgericht nur begrenzt überprüfbar. Dieses kann lediglich prüfen, ob das Berufungsgericht die Voraussetzungen und Grenzen des § 286 ZPO gewahrt und eingehalten hat. Dafür ist nur von Bedeutung, ob das Berufungsgericht den gesamten Inhalt der Verhandlung berücksichtigt und alle erhobenen Beweise gewürdigt hat, ob die Beweiswürdigung in sich widerspruchsfrei und ohne Verletzung von Denkgesetzen sowie allgemeinen Erfahrungssätzen erfolgt und ob sie rechtlich möglich ist. Dabei verlangt die Berücksichtigung des Ergebnisses einer Beweisaufnahme nicht eine Würdigung jeder einzelnen Ausführung eines Sachverständigen oder Zeugen. Ausreichend ist, dass das Berufungsgericht insgesamt widerspruchsfrei und umfassend hinsichtlich aller wesentlichen Aspekte zum Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung genommen hat (*BAG 27. Juli 2011 - 7 AZR 402/10 - Rn. 51, EzA TzBfG § 17 Nr. 14; 18. Januar 2007 - 2 AZR 759/05 - Rn. 28, PatR 2008, 34; BGH 14. Januar 1993 - IX ZR 238/91 - zu B II 3 a der Gründe, NJW 1993, 935*). 45

bb) Danach ist ein Fehler des Landesarbeitsgerichts nicht ersichtlich. Dieses hat widerspruchsfrei und umfassend hinsichtlich aller wesentlichen Aspekte zum Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung genommen. Es hat es aufgrund der Aussagen der vernommenen anderen Abteilungsleiter als erwiesen angesehen, dass die Personalverantwortung des Klägers für die ihm unterstellten Mitarbeiter zu einem wichtigen Teilbereich seiner Führungsaufgaben gezählt hat. Die Zeugen hätten übereinstimmend ausgesagt, dass sie zwar 46

auf die vorherige Genehmigung einer Stelle durch die sog. Clearingkommission des Konzerns angewiesen seien. Nach Genehmigung einer Stelle hätten sie aber eigenständig darüber zu entscheiden, wie diese ausgeschrieben werde und welcher Kandidat zum Zuge komme. Eine Genehmigung durch den Vorstand oder einzelne Vorstandsmitglieder sei nicht erforderlich. Soweit der Kläger gerügt hat, die vernommenen Abteilungsleiter hätten nur ihre jeweils eigene Kompetenz darstellen können, hat er übersehen, dass das Landesarbeitsgericht der Aussage eines der Zeugen gerade entnommen hat, das Einstellungsprozedere sei in jeder Abteilung gleich gewesen, ebenso die Zuständigkeit für die Sachentscheidungen bei Entlassungen.

3. Der gerichtlichen Auflösung steht nicht entgegen, dass die - hilfsweise erklärte ordentliche - Kündigung der Beklagten vom 21. November 2006 schon aus anderen Gründen als dem Fehlen einer sozialen Rechtfertigung rechtsunwirksam wäre. Dies hat das Landesarbeitsgericht mit nicht zu beanstandender Würdigung ausgeschlossen. Insbesondere ist der Sprecherausschuss der leitenden Angestellten nach § 31 Abs. 2 SprAuG ordnungsgemäß vor Ausspruch der Kündigung gehört worden. 47

4. Die Abfindung gem. §§ 9, 10 KSchG kann in einem einheitlichen Arbeitsverhältnis in der Regel nur einheitlich festgesetzt werden. Bemessungsgrundlage („Monatsverdienst“ iSd. § 10 Abs. 3 KSchG) sind die Bezüge, die dem Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis insgesamt zustehen (BAG 27. März 1981 - 7 AZR 523/78 - zu II 4 b der Gründe, BAGE 37, 1). Das Landesarbeitsgericht hat einen Betrag in Höhe von zwölf durchschnittlichen Bruttomonatseinkommen unter Einbezug von Sonderzahlungen festgesetzt. Dies hält sich im Rahmen von § 10 Abs. 1 und Abs. 3 KSchG. 48

III. Die Anschlussrevision der Beklagten ist auch insoweit unbegründet, wie sie sich gegen die Entscheidung über den Zahlungsantrag richtet. Der Kläger hat Anspruch auf die noch offene Vergütung für November und auf Vergütung für Dezember 2006 gem. §§ 615, 611 BGB. Das Arbeitsverhältnis der Parteien hat im Anspruchszeitraum fortbestanden. Aufgrund der Unwirksamkeit der 49

außerordentlichen Kündigung befanden sich die Beklagten im Annahmeverzug iSv. §§ 293 ff. BGB. Der Anspruch auf die Zuschüsse zur privaten Kranken- und Pflegeversicherung für Dezember 2006 ergibt sich aus § 257 SGB V und § 61 SGB II. Der Senat hatte gem. §§ 65, 73 Abs. 2 ArbGG nicht zu prüfen, ob der beschrittene Rechtsweg insoweit zulässig ist (*vgl. zur Unzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen für die Arbeitgeberzuschüsse zur privaten Kranken- und Pflegeversicherung BAG 19. August 2008 - 5 AZB 75/08 - Rn. 6, AP ArbGG 1979 § 2 Zuständigkeitsprüfung Nr. 12 = EzA ArbGG 1979 § 2 Nr. 72*). Der Zinsanspruch folgt aus § 286 Abs. 2 Nr. 1, § 288 Abs. 1 BGB.

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1 ZPO. Die Beklagten zu 1) bis 3) haften gem. § 100 Abs. 4 ZPO gesamtschuldnerisch.

50

Kreft

Eylert

Rachor

Frey

Grimberg