

Urschrift
Arbeitsgericht Stuttgart
Aktenzeichen: 16 Ca 8154/19
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)



◀ Mdt. z. K. Rücksprache	Wiedervorlage ▶	
DGB Rechtsschutz GmbH Büro Göppingen		
18. NOV. 2020		
Erledigt	Frister - Termine	Bearbeitet
.....

Im Namen des Volkes Urteil

In der Rechtssache

- Kläg. -

Proz.-Bev.: DGB Rechtsschutz GmbH Büro Göppingen
Poststr. 14 A, 73033 Göppingen

gegen

- Bekl. -

Proz.-Bev.:

hat das Arbeitsgericht Stuttgart - 16. Kammer - durch den Richter ..., d. ehrenamtliche Richter ... und d. ehrenamtlichen Richter ... auf die mündliche Verhandlung vom 03.11.2020

für Recht erkannt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die außerordentliche und fristlose Kündigung noch die hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 09.12.2019 beendet wird.
2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Systemmechaniker weiterzubeschäftigen.
3. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
4. Der Streitwert wird auf 17.107,94 EUR festgesetzt.
5. Die Berufung wird nicht gesondert zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen und hilfsweise ordentlichen Kündigung vom 09.12.2019.

Die Beklagte gehört zu den führenden Lösungsanbietern für Bearbeitungsaufgaben in der Fräs- und Drehbearbeitung für Turn-Key-Fertigungssysteme und Maschinen mit Kunden individueller Applikationstechnologie.

Der Kläger ist seit dem 01.10.2015 bei der Beklagten zuletzt als Systemmechaniker zu einem durchschnittlichen Effektiventgelt von monatlich 4.276,97 EUR brutto beschäftigt. Er ist am 10.05.1993 geboren, ledig und kinderlos.

Im August 2018 erhielt der Kläger seitens der Beklagten eine Firmenkreditkarte zur Nutzung für Ausgaben im Zusammenhang mit Dienstreisen.

Zu den Reisekosten enthält die Richtlinie für Reisen und Montagen folgende Regelung:

„8.1 Kreditkarte (Corporate Card)

Für die Zahlung aller Reisekosten ist grundsätzlich eine ausgegebene persönliche Corporate Card einzusetzen, sofern die Karte akzeptiert wird. Wenn möglich werden Bahn- und Flugtickets vorab über die unternehmenseigene Reisestellenkarte gebucht. Die Kreditkarte wird dem Reisenden durch das Unternehmen kostenfrei bei einem Mindestumsatz von 250,00 € pro Jahr zur Verfügung gestellt. [...]

8.2 Reisekostenvorschüsse

Reisekostenvorschüsse werden unter Berücksichtigung der Möglichkeit, über die o. g. Kreditkarte im In- und Ausland an Bargeld zu gelangen, nur in Ausnahmefällen gewährt. Die Höhe der Vorschüsse legt der Verantwortliche für den Außendiensteeinsatz aufgrund der Höhe der vom Mitarbeiter voraussichtlich zu verauslagenden Kosten fest.“

Hinsichtlich der Verwendungsmöglichkeiten der Kreditkarte regeln die „Allgemeinen Nutzungsbedingungen für die AirPlus Corporate Card mit Firmenhaftung“ wie folgt:

„1. Verwendungsmöglichkeiten

Mit der Karte kann der Mitarbeiter auf der Grundlage der zwischen der Firma und AirPlus geschlossenen Rahmenvereinbarung

- im Inland und im Ausland Waren und Dienstleistungen bargeldlos bezahlen*

- und darüber hinaus an Geldautomaten sowie Kassen von Kreditinstituten (dort zusätzlich gegen Vorlage eines Ausweispapiers) Bargeld beziehen („Bargeldservice“), sofern die Firma dem zugestimmt hat.

Der Mitarbeiter verpflichtet sich, die Karte allein für geschäftliche Ausgaben zu nutzen. [...]“

Bereits vor Erhalt der Firmenkreditkarte hat der Kläger die allgemeinen Nutzungsbedingungen für die Firmenkreditkarte erläutert bekommen, diese zur Kenntnis genommen und ihnen zugestimmt.

Zwischen der Beklagten und dem Kreditkartendienstleister besteht eine „Rahmenvereinbarung für die AirPlus Corporate Card“. Dort heißt es unter Ziff. 5 auf Seite 6:

„Firmenhaftung für die AirPlus Corporate Cards

Für die Umsätze der geschäftlich genutzten AirPlus Corporate Cards haftet allein das Unternehmen. Die Abrechnung soll über ein Firmenkonto erfolgen. Sie kann aber auch über ein Konto des Kartennutzers als Vorauszahlung für das Unternehmen erfolgen, wobei auch bei dieser Form der Abrechnung allein das Unternehmen haftet.“

Aufgrund der mittels Firmenkreditkarte getätigten Ausgaben wurde vorliegend zuerst das Privatkonto des Klägers belastet. **Dienstliche** Ausgaben meldete dieser sodann mittels Reisekostenabrechnung inklusive Belegen an die Beklagte und erhielt von dort eine entsprechende Gutschrift per Überweisung auf sein Privatkonto.

Der Kläger hat im Zeitraum vom 10.08.2019 bis 31.10.2019 jedoch auch zahlreiche Umsätze mit der ihm überlassenen Firmenkreditkarte generiert, die nicht dienstlich, sondern privat veranlasst waren.

Im Einzelnen handelt es sich um folgende Umsätze:

Private Bargeldabhebungen:	Private Käufe
17.08.2019: 500,00€ bei	10.08.2019: 270,00€ ...
der...	21.08.2019: 169,10€ ...
21.08.2019: 500,00€ bei der ... in Stuttgart	28.08.2019: 74,94€ ...
23.08.2019: 500,00€ bei der ...	30.08.2019: 90,54€ ...
26.08.2019: 500,00€ bei ...	30.08.2019: 72,58€ ...
29.08.2019: 500,00 € bei der ...	12.09.2019: 250,95€ ...
30.08.2019: 500,00 € bei der ...	12.09.2019: 436,84€ ...
	12.09.2019: 163,97€ ...

Württembergischen Bank in Hölderlin	12.09.2019: 125,47€ ...
31.08.2019: 500,00 € bei ...	12.09.2019: 57,75€ ...
10.09.2019: 500,00 € bei der...	5.09.2019: 38,50€
11.9.2019: 500,00 € bei...	20.09.2019: 89,99€ ...
12.09.2019: 500,00 € bei...	
14.09.2019: 500,00 € bei...	
15.09.2019: 500,00 € bei...	
16.09.2019: 500,00 € bei...	
17.09. 2019: 500,00 € bei ...	
20.09.2019: 500,00 € bei...	
21.09. 2019: 500,00 € bei...	
10.10.2019: 500,00 € bei....	
31.10.2019: 500,00 € bei...	

Der Kläger hatte die Firmenkreditkarte bereits im Zeitraum vom 07.11.2018 bis 08.01.2019 wie folgt zu privaten Zwecken genutzt:

07.11.2018: 30,00 € ...
 10.11.2018: 30,00 € ...
 10.11.2018: 500,00 € ...
 11.11.2018: 103,01 € ...
 15.11.2018: 428,95 € ...
 24.11.2018: 500,00 € ...
 24.11.2018: 60,01 € ...
 25.11.2018: 500,00 € ...
 27.11.2018: 500,00 € ...
 27.11.2018: 41,99 € ...
 30.11.2018: 97,69 € ...
 04.01.2019: 500,00 € ...

06.01.2019: 500,00 € ...
 08.01.2019: 500,00 € ...

Im Anschluss hieran wendete sich der Kreditkartendienstleister mit Schreiben vom 14.02.2019 an die Beklagte wie folgt:

„*Sehr geehrte Damen und Herren,*

nachdem Ihr Mitarbeiter bis heute nicht auf unsere Zahlungsaufforderung reagiert hat, wenden wir uns wegen der bestehenden Haftungsverhältnisse durch Ihr Unternehmen erneut an Sie. Es besteht eine Gesamtforderung (incl. Verzugszinsen und Mahngebühren) in Höhe von 3.920,81 EUR.

Bitte überweisen Sie den Gesamtsaldo bis zum 25.02.2019 auf unser Konto bei der Deutschen Bank“.

Unter Teilnahme des Klägers sowie J.S. und R.S. jeweils Vorgesetzte des Klägers, fanden am 13.02.2019 und 20.02.2019 Gespräche statt.

Den Inhalt des Gesprächs vom 13.02.2019 fasste Hr. J.S. in einer Gesprächsnotiz an Fr. Sch. wie folgt zusammen:

„Hallo M.,

R. und ich haben heute mit ... das Thema persönlich besprochen. Er hat uns nach-vollziehbar erklärt, wie es zu der Unterdeckung auf seinem Konto kam. Dennoch haben wir ihn nochmals eindeutig über den Umgang mit der Geschäftskreditkarte, sowie möglichen Konsequenzen bei unsachgemäßer Verwendung informiert. Wir möchten diesen Fall auf dem kleinen Dienstweg belassen und ohne HR die Lösung herbeiführen. M.L. bestätigte mir eben, dass morgen ca. EUR 3.600 Reisekosten an ihn überwiesen werden. ... wird dann am Freitag per Online-Überweisung das Kreditkarten-Konto ausgleichen und wird uns den Überweisungsbeleg übergeben. Dann sollte das Thema vom Tisch sein.“

Insgesamt wurden in beiden Gesprächen die privaten Abhebungen bzw. Bezahlungen thematisiert. Dabei bot der Kläger zudem auch an, die Kreditkarte wieder abzugeben. Die Abrechnung wäre dann mittels Reisekostenvorschuss erfolgt. Dies wurde von Herrn Sch. jedoch abgelehnt, weil er „keinen Bock“ auf den in diesen Fällen anfallenden Verwaltungsmehraufwand habe.

Sowohl hinsichtlich der privaten Umsätze im Zeitraum vom 07.11.2018 bis 08.01.2019 als auch bezüglich der privaten Umsätze im Zeitraum vom 10.08.2019 bis 31.10.2019 sorgte der Kläger letztlich für einen Ausgleich des Kreditkartensaldos. Ein Erstattungsantrag hinsichtlich der privaten Ausgaben wurde seitens des Klägers gegenüber der Beklagten nicht eingereicht.

Der Kläger ist der Auffassung, der Sachverhalt rechtfertige keine Kündigung. Die Beklagten habe bereits mit der Kreditkartenabrechnung vom 10.09.2019 über entsprechende Vorgänge Bescheid gewusst und hätte hier den Kläger erneut ins Gespräch nehmen, die Karte entziehen

oder den Kläger abmahnen müssen. Demgegenüber habe die Beklagte die Vorgänge lediglich zur Kenntnis genommen und darauf vertraut, dass der Kläger für einen Ausgleich sorgen werde.

Zudem habe zu keinem Zeitpunkt eine Gefahr für Vermögenswerte der Beklagten bestanden. Auch sei in den Gesprächen vom 13.02.2019 und 20.02.2019 überhaupt nicht von Konsequenzen die Rede gewesen.

Der Kläger beantragte unter Rücknahme des allgemeinen Feststellungsantrags (bisherige Ziff. 2):

- 1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die außerordentliche und fristlose Kündigung noch die hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 09.12.2019 beendet wird.**
- 2. Im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. und/oder zu 2. wird die Beklagte verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Systemmechaniker weiterzubeschäftigen.**

Die Beklagte beantragte,

die Klage abzuweisen.

Sie meint, die außerordentliche fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung sei wirksam.

Sie habe sofort, nachdem sie Kenntnis von der unerlaubten Privatnutzung gehabt habe, mit den Kündigungen reagiert. Der Sachverhalt sei erst durch die Mail des Kreditkartendienstleisters bei ihr bekannt geworden.

Die Beklagte trägt vor, dem Kläger sei in den Gesprächen vom 13.02.2019 und 20.02.2019 verdeutlicht worden, dass er die Firmenkreditkarte nicht privat nutzen dürfe und er ansonsten mit einer Kündigung rechnen müsse. Man habe darauf verzichtet, direkt arbeitsrechtliche Maßnahmen gegen den Kläger zu veranlassen um ihm eine zweite Chance zu geben.

Die Beklagte hafte auch nicht lediglich hypothetisch für die getätigten Umsätze. Dies würde das Schreiben des Kreditkartendienstleisters vom 14.02.2019 (Anlage B8) und die Mail vom 28.11.2019 (Anlage B9) zeigen.

Die Beklagte ist der Auffassung, das Vertrauensverhältnis sei aufgrund des erneuten Missbrauchs der Firmenkreditkarte zerrüttet. Der Kläger habe durch seine Handlungsweisen in Kauf genommen, dass es zu schwerwiegenden Folgeschäden hätte kommen können.

Zwar habe die Beklagte vor Ausspruch der Kündigung gegenüber dem Kläger keine Abmahnung aus demselben Pflichtenbereich erteilt. Einer solchen habe es aber vorliegend aber nicht bedurft. Insbesondere sei eine Abmahnung aufgrund des wiederholten gleichgelagerten und schweren Verstoßes nicht geeignet, das Fehlverhalten entsprechend zu sanktionieren und das zerstörte Vertrauen zu dem Kläger wiederherzustellen.

Im Gütetermin am 27.02.2020 gab die Beklagtenseite unter Beteiligung des anwesenden Personalleiters auf klarstellende Nachfrage des Vorsitzenden an, es sei im Februar 2019 keine Ermahnung oder Abmahnung ausgesprochen worden. Dass sei jedoch kulanzweise gemacht worden.

Im Kammertermin am 03.11.2020 gab die Beklagtenseite an, es sei bei den Gesprächen im Frühjahr durchaus eine mündliche Abmahnung erfolgt. Auf nähere Nachfrage gegenüber dem anwesenden Personalleiter ob Abmahnungen in die Personalakte genommen würden und ob dies hier der Fall gewesen sei erklärte dieser zunächst, man nehme bei der Beklagten Abmahnungen immer zur Personalakte und habe auch hier nachträglich eine solche Notiz aufgenommen. Nach Hinweis des Vorsitzenden auf das Einsichtsrechts des Arbeitnehmers erklärte der Personalleiter sodann relativieren, er habe sich den Inhalt der Personalakte nicht vorher angeschaut.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird ergänzend auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und das Protokoll des Termins zur mündlichen Verhandlung vor der Kammer vom 03.11.2020 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist begründet.

I.

Die Klage ist begründet.

Das Arbeitsverhältnis der Parteien endete nicht aufgrund der fristlosen außerordentlichen Kündigung der Beklagten vom 09.12.2019. Es endete auch nicht durch die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung zum 28.02.2020. Dementsprechend kann der Kläger von der Beklagten seine Weiterbeschäftigung verlangen.

1. Die Kündigungen gelten nicht bereits gem. §§ 4, 7 KSchG als wirksam. Nachdem sie dem Kläger am 09.12.2018 zugegangen sind, war die dreiwöchige Klagefrist des § 4 KSchG mit der am 20.12.2019 bei Gericht eingegangenen Kündigungsschutzklage gewahrt. Dabei führt die Rückwirkung der Zustellung gem. § 167 ZPO vorliegend dazu, dass die Frist bereits mit Eingang der Klageschrift bei Gericht gewahrt ist, obwohl an sich gem. § 4 KSchG für die Fristwahrung die Erhebung der Kündigungsschutzklage und mithin gem. § 253 Abs. 1 ZPO die Zustellung der Klageschrift (vorliegend: 10.01.2020) erforderlich ist.
2. Das Arbeitsverhältnis endete nicht aufgrund der außerordentlichen fristlosen Kündigung der Beklagten vom 09.12.2019. Ein zur Kündigung berechtigender wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB nicht liegt nicht vor.
 - a) Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann ein 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 Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.

Die erforderliche Überprüfung, ob ein gegebener Lebenssachverhalt einen wichtigen Grund darstellt, vollzieht sich zweistufig: Zunächst ist zu prüfen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls als wichtiger Grund an sich geeignet ist. Ist dies der Fall, bedarf es der weiteren Prüfung, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls

und unter Abwägung der Interessen beider Seiten zumutbar ist oder nicht (st. Rspr., vgl. etwa BAG 07.07.2015 – 2 AZR 581/04 – BAGE 115,195).

Im Kündigungsschutzprozess obliegt dabei dem kündigenden Arbeitgeber die volle Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Kündigungsgrundes. Den Arbeitgeber trifft die Darlegungs- und Beweislast auch für diejenigen Tatsachen, die einen vom Gekündigten behaupteten Rechtfertigungsgrund ausschließen (BAG, Urteil vom 17. März 2016 – 2 AZR 110/15 –, Rn. 32).

- b) Die Beklagte kann die Kündigung nicht auf den Umstand stützen, dass der Kläger die Firmenkreditkarte im Zeitraum vom 10.08.2019 bis 31.10.2019 erneut zu privaten Zwecken verwendete. Indem der Kläger vorsätzlich seine arbeitsvertraglichen Pflichten in Bezug auf die Nutzung der Firmenkreditkarte verletzte, liegt zwar ein Sachverhalt vor, der „an sich“ als wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB geeignet ist. Dies berechtigte jedoch die Beklagte im vorliegenden Fall nicht zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung gem. § 626 Abs. 1 BGB.

aa) Die Nutzung einer Firmenkreditkarte zu privaten Zwecken unter vorsätzlicher Missachtung eines entsprechenden Verbots ist geeignet, einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB darzustellen wenn es dadurch zu einem Haftungsrisiko der Arbeitgeberin kommt. Um einen solchen vorsätzlichen Verstoß handelt es sich vorliegend.

(1) Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass es an einer Gestattung der privaten Nutzung der Firmenkreditkarte nicht nur fehlte, sondern eine solche untersagt war. Dies ergibt sich einerseits aus den Nutzungsbedingungen zur Kreditkarte und war auch andererseits Thema der Gespräche vom 13.02.2019 und 20.02.2019. Insoweit der Kläger in Kenntnis dieser Umstände die Kreditkarte trotzdem zu privaten Zwecken verwendete, handelte er vorsätzlich pflichtwidrig.

(2) Darüber hinaus führte das Verhalten des Klägers zu einem Haftungsrisiko seitens der Beklagten. Zwar handelt es sich bei der seitens der Beklagten vorgelegten „Allgemeine Geschäftsbedingungen der L. AirPlus Servicekarten GmbH **für die AirPlus Private Card**“ ausweislich ihrer Überschrift um solche, welche gerade nicht die in Rede stehende „Corporate Card mit Firmenhaftung“, sondern die „Private Card“ betreffen. Aus der „Rahmenvereinbarung für die AirPlus Corporate Card“ sowie aus den Schreiben des Kreditkartendienstleisters

vom 14.02.2019 und 28.11.2019 folgt jedoch eine Haftung der Beklagten für die mit der „Corporate Card“ getätigten Umsätze.

bb) Auch das Vorliegen eines an sich zur Kündigung geeigneten Sachverhaltes berechnigte jedoch die Beklagte hier nicht zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung gem. § 626 Abs. 1 BGB.

(1) Auf ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers kann eine außerordentliche fristlose Kündigung, wie bei Anwendbarkeit des KSchG auch eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung, nur gestützt werden, wenn alle anderen, nach den jeweiligen Umständen möglichen und angemessenen milderer Mittel erschöpft sind, das in der bisherigen Form nicht mehr haltbare Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Die Kündigung ist nur zulässig, wenn sie die unausweichlich letzte Maßnahme (ultima ratio) für den Kündigungsberechtigten ist. Als milderer Mittel wird insbesondere der Ausspruch einer Abmahnung angesehen. Sie ist notwendiger Bestandteil des sog. Prognoseprinzips und zugleich Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (st. Rspr., vgl. etwa BAG 19.04.2007 - 2 AZR 180/06 - AP BGB § 174 Nr. 20). Eine Kündigung ist nicht gerechtfertigt, wenn es andere geeignete Mittel gibt, um künftige Vertragspflichtverletzungen zu vermeiden. Dieser Aspekt hat durch die Regelung des § 314 Abs. 2 BGB eine gesetzgeberische Bestätigung gefunden. Bei einer Abmahnung handelt es sich demgemäß um die Ausübung eines arbeitsvertraglichen Gläubigerrechts durch den Arbeitgeber. Als Gläubiger der Arbeitsleistung weist er den Arbeitnehmer als seinen Schuldner auf dessen vertragliche Pflichten hin und macht ihn auf die Verletzung dieser Pflichten aufmerksam (sog. Rügefunktion st. Rspr. vgl. etwa BAG 19.04.2012 - 2 AZR 258/11). Zugleich fordert er ihn für die Zukunft zu einem vertragstreuen Verhalten auf und kündigt, wenn ihm dies angebracht erscheint, kündigungsrechtliche Konsequenzen für den Fall einer erneuten Pflichtverletzung an (sog. Warnfunktion; st. Rspr. vgl. etwa BAG 19.04.2012 - 2 AZR 258/11).

Ausnahmsweise entbehrlich ist eine vorherige Abmahnung, wenn es sich um eine schwere Pflichtverletzung handelt, deren Pflichtwidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar war und bei der die Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber - für den Arbeitnehmer erkennbar - offensichtlich ausgeschlossen ist. In solchen Fällen muss es dem Arbeitnehmer bewusst sein, dass er sei-

nen Arbeitsplatz aufs Spiel setzt. Ob eine Wiederholungsgefahr besteht, ist in diesen Fällen nicht entscheidend.

Ferner bedarf es ausnahmsweise keiner vorherigen Abmahnung, wenn aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine - an sich mögliche - Verhaltensänderung des Arbeitnehmers in Zukunft trotz Abmahnung nicht erwartet werden kann. In diesem Falle kann der mit der Abmahnung verfolgte Zweck von vornherein nicht erreicht werden. Dies ist dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer eindeutig nicht gewillt ist, sich vertragsgerecht zu verhalten, was etwa dann angenommen werden kann, wenn er Vertragsverletzungen hartnäckig, uneinsichtig bzw. rücksichtslos fortsetzt, obwohl er die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens kannte, oder aber erklärt, sein Verhalten ungeachtet einer Abmahnung nicht ändern zu wollen. In diesen Fällen müsste der Arbeitgeber selbst bei Ausspruch einer Abmahnung mit weiteren Pflichtverletzungen rechnen (st. Rspr., vgl. etwa BAG 19.04.2007 - 2 AZR 180/06 - AP BGB § 174 Nr. 20).

(2) Bei der Frage, ob im vorliegenden Fall vorrangig eine Abmahnung auszusprechen gewesen wäre, ist mit einzubeziehen, dass es für einen Schädigungsvorsatz des Klägers gegenüber der Beklagten keine Anhaltspunkte gibt und die Beklagte zudem auch die Möglichkeit gehabt hätte, ihm die Kreditkarte zu entziehen. Nachdem die Beklagte zumindest gegenüber dem Kläger den Eindruck vermittelt, bislang keine Abmahnung hinsichtlich der zuvor erfolgten privaten Kreditkartennutzung ausgesprochen zu haben, war der vorherige Ausspruch einer Abmahnung auch im Übrigen erforderlich, was vorliegend zur Unwirksamkeit der ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung führt.

(i) Ein Schädigungsvorsatz des Klägers gegenüber der Beklagten ist nicht ersichtlich. Hierzu hat die Beklagte keine näheren Umstände vorgetragen, die eine solche Annahme auch nur nahelegen würden. Dabei ist bereits zweifelhaft, ob der Kläger Kenntnis von dem insoweit bestehenden Haftungsrisiko hatte, ihm also bewusst war, dass die Beklagte für die von ihm getätigten Umsätze auch dann haftet, wenn die Umsätze von seinem Privatkonto und nicht von einem Firmenkonto abgebucht werden. Aber selbst wenn man dies unterstellt, ist nicht zu erkennen, dass der Kläger einen tatsächlichen finanziellen Schaden der Beklagten in Kauf genommen hat. So hat er nach erfolgter Unterdeckung seines Privatkontos alle privat veranlassten Umsätze in der

Folge ausgeglichen. Es ist auch nicht im Ansatz ersichtlich, dass der Kläger sich zum Nachteil der Beklagten hätte bereichern wollen.

- (ii) Trotz der bereits zuvor erfolgten privaten Nutzung der Firmenkreditkarte und des entsprechenden ausdrücklichen Angebots des Klägers hatte die Beklagte aus Gründen des dann anfallenden Verwaltungsmehraufwands dem Kläger die Firmenkreditkarte nicht entzogen. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass auch im Bereich der verhaltensbedingten Kündigung das Prognoseprinzip gilt. Der Zweck einer Kündigung ist damit zukunftsbezogen ausgerichtet. Mit ihr soll das Risiko weiterer Vertragsverletzungen ausgeschlossen werden (vgl. BAG, Urteil vom 21. November 1996 – 2 AZR 357/95 –, jurisRn. 31 mwN). Hätte die Beklagte die Kreditkarte entzogen oder würde dies nunmehr durchführen, könnte sie so die von ihr aufgeführte Vermögensgefährdung durch pflichtwidrige Nutzung der Kreditkarte für die Zukunft verhindern. Soweit eine Störung des Vertrauensverhältnisses der Arbeitsvertragspartner durch das vorsätzlich pflichtwidrige Verhalten des Klägers eingetreten ist, mag daran auch der Entzug der Kreditkarte jedoch nichts ändern.
- (iii) Aber auch in dem Umfang, in welchem der Entzug der Firmenkreditkarte kein geeignetes milderes Mittel zur Kündigung darstellt, hätte die Beklagte den Kläger zuvor abmahnen müssen.
 - (aaa) Dabei kann offenbleiben, ob die formalen Inhalte der Äußerungen der Vorgesetzten des Klägers in den Gesprächen vom 13.02.2019 und 20.02.2019 ausreichen, um diese als mündliche Abmahnung zu qualifizieren. Der Kläger musste diese jedenfalls nicht als Abmahnung verstehen.
 - (bbb) Fest steht, dass hinsichtlich der privaten Verwendung der Firmenkreditkarte im Zeitraum vom 07.11.2018 bis 08.01.2019 ausdrücklich besprochen war, „diesen Fall auf dem kleinen Dienstweg“ zu belassen und „ohne HR die Lösung herbeizuführen“ (vgl. hierzu die Gesprächsnotiz des Hr. Schmid zum Gespräch vom 13.02.2019). Dementsprechend wurde auch die Personalabteilung jedenfalls zu diesem Zeitpunkt nicht involviert. Auch hat die Beklagtenseite im Güteverfahren am 27.02.2020 auf Nachfrage des Vorsitzenden angegeben, es sei im Februar 2019 keine Ermahnung oder Abmahnung

ausgesprochen worden. Dies hat die Beklagte schriftsätzlich bestätigt und ausgeführt, die Beklagte habe vor Ausspruch der Kündigung gegenüber dem Kläger keine Abmahnung aus demselben Pflichtbereich erteilt. Soweit die Beklagte nunmehr im Kammertermin am 03.11.2020 angibt, es sei bei den Gesprächen im Frühjahr 2019 durchaus eine mündliche Abmahnung erfolgt, ist dies, wie dargestellt, widersprüchlich zu ihren bisherigen Angaben. Zudem ist befremdlich, wenn der anwesende Personalleiter zunächst behauptet, ein solcher Vermerk zu einer mündlichen Abmahnung sei dann nachträglich zu der Personalakte genommen worden, dies aber so dann wieder relativiert und angibt, er habe keine Kenntnis vom aktuellen Inhalt der Personalakte.

- (ccc) Hierauf kommt es aber letztlich auch nicht an. Durch das konkrete Vorgehen der Herren S. und Sch. wurde jedenfalls beim Kläger der Eindruck erweckt, eine Bestandsgefährdung des Arbeitsverhältnisses im Sinne einer Abmahnung sei nicht erfolgt, nachdem auch die Personalabteilung der Beklagten („HR“) nicht einbezogen werden sollte. Musste jedoch der Kläger daher davon ausgehen, er sei nicht abgemahnt worden (hiervon ging ausweislich der Äußerungen im Gütetermin zu diesem Zeitpunkt selbst deren Personalleiter aus), konnte sie nicht erwarten, dass der Ausspruch einer (ggf. weiteren) förmlichen Abmahnung bereits aufgrund der Gespräche vom 13.02.2019 und 20.02.2019 keine Wirkung beim Kläger und dessen Verhalten zeigen würde.
- (ddd) Eine Abmahnung ist vorliegend auch nicht deshalb entbehrlich, weil die Pflichtverletzung des Klägers derart schwerwiegend war, dass die Pflichtwidrigkeit dem Arbeitnehmer einerseits ohne Weiteres erkennbar **und** auch eine Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen war. Ob die vorliegende Pflichtverletzung dabei als objektiv schwerwiegende zu qualifizieren ist kann offenbleiben. Indem jedoch die Beklagte bei nahezu identischen Pflichtverstößen ihren Umgang damit gegenüber dem Kläger so kommunizierte, dass bereits kein Ausspruch eine Abmahnung erfolgt, ist es für den Kläger gerade nicht ersichtlich, dass bereits ein

einmaliger solcher Verstoß ohne den vorherigen Ausspruch einer Abmahnung zur Kündigung führen werde. Aufgrund des Vorverhaltens der Beklagten war es damit für den Kläger gerade nicht offensichtlich, dass eine Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber ausgeschlossen war.

3. Das Arbeitsverhältnis endete auch nicht durch die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung zum 28.02.2020.

Die hilfsweise ordentliche Kündigung ist unwirksam, weil sie mangels eines verhaltensbedingten Kündigungsgrundes im Sinne des § 1 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 KSchG nicht sozial gerechtfertigt ist. Auch diesbezüglich gilt, dass, soweit ein Verstoß des Klägers vorliegt, dieser vorrangig abzumahnend gewesen wäre. Insoweit kann vollumfänglich auf die obigen Ausführungen zur außerordentlichen fristlosen Kündigung Bezug genommen werden, die hier entsprechend gelten. Die Gründe, die zur Verneinung eines wichtigen Grundes bzw. zum Vorrang des Ausspruches einer Abmahnung im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB führten, führen vorliegend in gleicher Weise dazu, dass ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund im Sinne des § 1 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 KSchG nicht gegeben ist. Insbesondere stellt sich die Sachlage nicht so dar, dass zwar im Hinblick auf die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist der Ausspruch einer Abmahnung vorrangig, diese aber hinsichtlich einer Fortsetzung darüber hinaus entbehrlich gewesen wäre.

4. Der Kläger kann von der Beklagten seine Weiterbeschäftigung als Systemmechaniker verlangen.

- a) Der allgemeine Weiterbeschäftigungsantrag, der als unechter Hilfsantrag aufgrund des Obsiegens des Klägers mit dem punktuellen Kündigungsschutzantrag zur Entscheidung des Gerichts anfällt und mit dem er die Verurteilung der Beklagten begehrt, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits als Systemmechaniker zu beschäftigen, erweist sich ebenfalls als begründet.
- b) Die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gesteht einen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu, wenn das Arbeitsgericht die Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Kündigung feststellt und keine Arbeitgeberinteressen hinsichtlich der Nichtbeschäftigung vorhanden sind, die ausnahmsweise das vorhandene Arbeitnehmerinteresse an der Durchsetzung des Weiterbeschäftigungsanspruchs überwiegen (vgl. BAG 27.2.1985

- GS 1/84 - AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 14). Solche überwiegenden Arbeitgeberinteressen sind vorliegend nicht erkennbar.

II.

1. Die Entscheidung über die Kosten folgt aus §§ 46 Abs. 2 ArbGG, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nachdem beim Kläger lediglich der zurückgenommene allgemeine Feststellungsantrag zu berücksichtigen gewesen wäre. Indem dieser jedoch zuletzt zurückgenommen wurde und damit ersichtlich lediglich der Absicherung des punktuellen Bestandschutzantrags diene, wird er beim Kostenstreitwert als verhältnismäßig geringfügige Zuvielforderung bewertet.
2. Der Ausspruch zum Urteilsstreitwert folgt aus §§ 61 Abs. 1 S. 1 ArbGG, 3ff. ZPO und entspricht vorliegend hinsichtlich des Bestandschutzantrag (in Anlehnung an § 42 Abs. 2 S. 1 GKG) einem Betrag in Höhe von drei Bruttomonatsentgelten (à 4.276,97 EUR). Hinzuzudieren ist ein Bruttomonatsentgelt unter Berücksichtigung des Weiterbeschäftigungsantrags, § 3 ZPO.

III.

Die Entscheidung über die Zulassung der Berufung folgt aus § 64 Abs. 3a S. 1 ArbGG. Sofern die Berufung nicht bereits kraft Gesetzes zulässig ist (vgl. hierzu § 64 Abs. 2 lit. c) ArbGG), war keine gesonderte Zulassung der Berufung gemäß § 64 Abs. 2 a), Abs. 3 ArbGG veranlasst.