

## Kündigung wegen des heimlichen Aufzeichnens eines Personalgesprächs

StGB § 201 I Nr. 1; GG Art. 2 I iVm Art. 1 I; KSchG §§ 1 I, II, 23 I

1. Das heimliche Aufzeichnen eines Personalgesprächs eines Arbeitnehmers verletzt die Vertraulichkeit des Wortes im Sinne von § 201 I Nr. 1 StGB und auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I iVm Art. 1 GG) der weiteren Gesprächsteilnehmer und ist damit als wichtiger Grund „an sich“ zu qualifizieren, der eine außerordentliche Kündigung grundsätzlich rechtfertigt. Die Umstände des Einzelfalls lassen aber eine außerordentliche Kündigung im Einzelfall dann als rechtsunwirksam erscheinen, wenn im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung unter anderem festgestellt wird, dass sich der seit ca. 20 Jahren für die Arbeitgeberin tätige Arbeitnehmer in einem Verbotsirrtum befand, nicht aus Böswilligkeit, sondern Unsicherheit gehandelt hat, obwohl er das aufgezeichnete Gespräch im arbeitsgerichtlichen Verfahren als Beweismittel angeboten hatte.

2. Eine hilfsweise ausgesprochene ordentliche verhaltensbedingte Kündigung kann allerdings wegen einer erheblichen Verletzung der Rücksichtnahmepflicht auch ohne vorherigem Ausspruch einer Abmahnung sozial gerechtfertigt sein. (Leitsätze des Einsenders)

ArbG Freiburg Urt. v. 27.10.2022 – 2 Ca 193/22

**Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer Kündigung.

Die Bekl. produziert Tofu-Produkte und beschäftigt regelmäßig mehr als zehn vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer. Im Betrieb gibt es keine Arbeitsordnung, Betriebsvereinbarung oä, in der ausdrücklich darauf hingewiesen wird, unter welchen Voraussetzungen im Betrieb private Tonaufzeichnungen erstellt bzw. genutzt werden dürfen. Der 42-jährige Kl. ist Fachkraft für Lebensmitteltechnik. Er ist seit 1.6.2003 bei der Bekl. beschäftigt; seit 2007 arbeitete er als Schichtleiter K2. Er ist zwei Kindern gegenüber unterhaltspflichtig.

Am 28.1.2022 wurde der Kl. für ihn überraschend zu einem Personalgespräch mit dem Produktionsleiter C gebeten. Die Betriebsratsvorsitzende A, die an dem Gespräch teilnahm, erstellte ein Protokoll, in dem sie das Thema des Gesprächs mit „Taifun möchte sich von Alexander trennen“ angab. Ausweislich dieses Protokolls war es ein „sehr emotionales Gespräch auf beiden Seiten“. Der Kl. fühlte sich bei diesem Gespräch überrumpelt und in die Ecke gedrängt. Er hatte den Eindruck, dass niemand seine Argumente zur Kenntnis nehmen wollte. Der Kl. fühlte sich so verunsichert, dass er in den folgenden Tagen weder schlafen noch essen konnte; er musste Beruhigungsmittel einnehmen. Seine Verunsicherung wurde dadurch gesteigert, dass er die Beispiele, die ihm als Verfehlungen zur Last gelegt wurden, weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht nachvollziehen konnte. Der Kl. fühlte sich vom Betriebsrat nicht angemessen unterstützt. Trotz Arbeitsunfähigkeit führte der Kl. am 31.1.2022 ein weiteres Personalgespräch mit Herrn C und Frau A. Die Bekl. regte die Beendigung des Arbeitsverhältnisses an; der Kl. war mit einer Trennung nicht einverstanden. Daraufhin erklärte die Bekl., dass sie den Kl. nicht weiter als Schichtleiter K2 beschäftigen, sondern in die Abteilung Lager & Versand versetzen wolle. Im Übrigen ist der Gesprächsverlauf zwischen den Parteien streitig. Angesichts seiner totalen Verunsicherung aufgrund des Gesprächs vom 28.1.2022 erstellte der Kl. eine Tonaufzeichnung des Gesprächs vom 31.1.2022. Er hatte seine Gesprächsteilnehmer zuvor weder darüber informiert noch deren Zustimmung eingeholt. Der Kl. wusste nicht, dass eine derartige Aufnahme verboten ist. Er wollte sich mit der Aufnahme vor weiteren Maßnahmen der Bekl. selbst schützen und beabsichtigte nicht, die Aufnahme in irgendeiner Weise zu verwerten. Am 3.2.2022 teilte der Kl. Frau A mit, dass ein telefonischer Gesprächstermin mit dem übergeordneten Vorgesetzten K K1. bevorstehe. Darauf schrieb Frau A per WhatsApp an den Kl.: „Hallo Alex, dann hast du keinen Zeugen oder du musst sagen, dass du laut stellst und jemand notiert die Sachen oder ihr einigt euch im Vorfeld, dass du das Gespräch aufnimmst. Oder ihr macht nur einen Termin in der Firma.“ Die Bekl. versetzte den Kl.

zum 1.3.2022 auf den Arbeitsplatz Schichtleiter Lager & Versand. Der Kl. wandte sich gerichtlich gegen diese Versetzung (Verfahren 2 Ca 76/22 vor dem ArbG Freiburg), leistete der Versetzung aber zunächst Folge. Im Arbeitsgerichtsverfahren 2 Ca 76/22 berief sich der Kl. im Schriftsatz vom 21.6.2022 zum Beweis seiner Behauptung, ihm sei im Gespräch vom 31.1.2022 gesagt worden, er solle für ein Praktikum eingesetzt werden, auf das Zeugnis der Betriebsratsvorsitzenden Frau A sowie auf das Abspielen der Audio-Datei. Auf diese Weise erfuhr die Bekl. von der Existenz der Tonaufzeichnung. Der Kl. erklärte im Kammertermin am 23.6.2022, dass er die Aufnahme für sich angefertigt habe, ohne dies zuvor offenzulegen, und dass sie bei ihm sei. Er bat die Bekl. und die im Sitzungssaal anwesende Frau A um Entschuldigung. Der Kl. sicherte zu, die entsprechende Datei zu löschen und dies der Bekl. gegenüber nachzuweisen. Im Vorprozess kam es auf den genauen Verlauf des Gesprächs vom 31.1.2022 nicht an. Am 23.6.2022 erging ein Urteil des ArbG, ohne dass die Audio-Datei im Prozess verwertet worden wäre. Der Kl. informierte Frau A und Herrn C über die Löschung der Audio-Datei, nicht aber die Personalabteilung der Bekl. Mit Schreiben vom 24.6.2022 hörte die Bekl. den im Betrieb gewählten Betriebsrat zur außerordentlichen sowie zur ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kl. an. Der Betriebsrat stimmte beiden Kündigungen am 27.6.2022 zu. Mit Schreiben vom 28.6.2022 erklärte die Bekl. die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Zugleich sprach sie hilfsweise die ordentliche Kündigung zum 31.1.2023 aus.

Mit der vorliegenden Klage wendet sich der Kl. gegen die Kündigungen vom 28.6.2022. Der Kl. behauptet, er habe sich mithilfe der Tonaufzeichnung des Gesprächs vom 31.1.2022 lediglich selbst vor weiteren Maßnahmen der Bekl. schützen wollen. Es bestehe keine Wiederholungsgefahr. Die Bekl. habe ohnehin vorgehabt, den Kl. zu entlassen, und nutze nun die sich aus dem Fehlverhalten des Kl. ergebende Gelegenheit. Der Kl. meint, in der Interessenabwägung sei neben der sehr langen, störungsfreien Dauer des Arbeitsverhältnisses insbesondere zu berücksichtigen, dass er sich bei Erstellen der Tonaufzeichnung in einem Verbotsirrtum befunden hatte und dass das Gericht die Audiodatei im Vorprozess nicht herangezogen hat. Die Kündigung sei nicht verhältnismäßig. Die Bekl. hätte anstelle der Kündigung eine Abmahnung aussprechen müssen. Die Bekl. habe den Betriebsrat nicht vollständig informiert, da sie nicht darauf hingewiesen hatte, dass dem Kl. die Rechtswidrigkeit seines Handelns nicht bewusst gewesen war, dass der Kl. die Datei noch am gleichen Tage gelöscht hatte und dass er um Entschuldigung gebeten hatte. Der Kl. beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass die Kündigung der Beklagten vom 28.6.2022 das die Parteien verbindende Arbeitsverhältnis vom 1.6.2003 nicht aufgelöst hat.
2. Es wird festgestellt, dass das die Parteien verbindende Arbeitsverhältnis vom 1.6.2003 auch nicht durch andere Beendigungsstatbestände aufgelöst wurde oder aufgelöst wird, sondern zu den bisherigen Arbeitsvertragsbedingungen mit einer Vollzeitstätigkeit als Schichtleiter K2 unverändert fortbesteht.

Die Bekl. behauptet, sie sei mit der Arbeitsleistung des Kl. auf der Position Schichtleiter K2 nicht zufrieden gewesen; es seien mehrere Kritikgespräche geführt worden. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei für die Bekl. im Januar/Februar 2022 lediglich eine von mehreren Optionen gewesen. Nachdem der Kl. dies abgelehnt hatte, sei es für die Bekl. nur noch darum gegangen, wie das Arbeitsverhältnis für alle Bet. zufriedenstellend fortgesetzt werden kann. Da der Kl. – selbst nach Erhalt der WhatsApp vom 3.2.2022 – die Audiodatei nicht gelöscht hat, bestehe eine Wiederholungsgefahr. Die Bekl. meint, der Kl. habe sich einer schweren Pflichtverletzung schuldig gemacht. Durch die Erstellung der Tonaufzeichnung habe er eine Straftat (§ 201 StGB) mit direktem Bezug zum Arbeitsverhältnis begangen und das Persönlichkeitsrecht von Frau A und Herrn C grob verletzt. Etwas Unwissen um die Rechtswidrigkeit entlaste den Kl. nicht. Der Kl. hätte spätestens nach Erhalt der WhatsApp der Frau A vom 3.2.2022 die Rechtswidrigkeit seines Tuns erkennen und die Audiodatei löschen müssen. Der Umstand, dass der Kl. die Tonaufzeichnung stattdessen im Vorprozess gegen die Bekl. verwenden wollte, lasse die Pflichtverletzung in einem noch schlimmeren Licht erscheinen. Der Kl. könne sich nicht darauf berufen, er habe in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt, zumal die Betriebsratsvorsitzende als Vertrauensperson an dem fraglichen Gespräch teilgenommen hatte. Der Kl. lasse nach wie vor keine echte Einsicht erkennen. Daher sei eine Fortsetzung der Zusammenarbeit mit dem Kl. weder für die heimlich abgehörten

Personen noch für die Bekl. zumutbar; das Vertrauensverhältnis sei unheilbar gestört.

Die Klage hatte teilweise Erfolg.

**Aus den Gründen:** [26] I. (...) Während die außerordentliche Kündigung unwirksam ist, wird das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgrund der ordentlichen Kündigung zum 31.1.2023 enden.

[27] 1. Soweit der Kl. „die Kündigung vom 28.6.2022“ angreift, wendet er sich genau genommen gegen zwei Kündigungen: die außerordentliche Kündigung sowie die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung. Dass der Kl. auch die ordentliche Kündigung nicht akzeptieren möchte, ergibt sich aus der Klagebegründung sowie aus dem Erheben der allgemeinen Feststellungsklage (Klagantrag zu 2).

[28] Klagantrag zu 1 ist daher als Hauptantrag gegen die außerordentliche Kündigung und als unechter Hilfsantrag (für den Fall des Obsiegens) gegen die ordentliche Kündigung auszulegen (vgl. Niemann NZA 2019, 65).

[29] 2. Die außerordentliche Kündigung vom 28.6.2022 ist unwirksam und hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht beendet.

[30] Die Klage betreffend die außerordentliche Kündigung vom 28.6.2022 ist als Kündigungsschutzantrag gem. §§ 4 S. 1, 13 I 2 KSchG statthaft.

[31] Der Kl. hat die Klage rechtzeitig erhoben, § 4 S. 1 KSchG, § 253 I ZPO.

[32] Die Klage hat Erfolg, da die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung nicht erfüllt sind. Es liegt kein wichtiger Grund für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung vor.

[33] a) Gemäß § 626 I 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 selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. 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 weiteren 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 (hier der 31.1.2023) – zumutbar ist (BAG 27.6.2019 – 2 AZR 50/19, NZA 2019, 1345 Rn. 12). Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt.

[34] b) Dass der Kl. am 31.1.2022 heimlich das mit Herrn C und Frau A geführte Personalgespräch aufgezeichnet hat, rechtfertigt „an sich“ eine außerordentliche Kündigung. Der Kl. hat unbefugt das nichtöffentlich gesprochene Wort eines anderen auf einen Tonträger aufgenommen. Er hat sich mit unmittelbarem Bezug zum Arbeitsverhältnis der Straftat der Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes (§ 201 I Nr. 1 StGB) schuldig gemacht und das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I iVm Art. 1 I GG) seiner Gesprächspartner verletzt. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt unter anderem das Recht am gesprochenen Wort, das die Selbstbestimmung über die eigene Darstellung der Person in der Kommunikation mit anderen gewährleistet. Zum Grundrecht gehört die Befugnis selbst zu bestimmen, wem der

Kommunikationsinhalt zugänglich sein soll. Menschliche Kommunikation soll durch das Grundrecht dagegen geschützt sein, dass die Worte – eine vielleicht unbedachte oder unbeherrschte Äußerung, eine bloß vorläufige Stellungnahme im Rahmen eines sich entfaltenden Gesprächs oder eine nur aus einer besonderen Situation heraus verständliche Formulierung – bei anderer Gelegenheit und in anderem Zusammenhang hervorgeholt werden, um durch Inhalt, Ausdruck oder Klang gegen den Sprechenden zu zeugen (LAG Rheinland-Pfalz 19.11.2021 – 2 Sa 40/21, BeckRS 2021, 48498 Rn. 25).

[35] Für die Relevanz als Kündigungsgrund kommt es nicht entscheidend auf die strafrechtliche Würdigung an, sondern auf die Verletzung der dem Kl. nach § 241 II BGB obliegenden Pflicht zur Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen des Bekl. Diese hat ihre Mitarbeiter bei der Ausübung ihrer Tätigkeit auch im Hinblick auf die Vertraulichkeit des Wortes zu schützen. Das nicht öffentlich gesprochene Wort eines anderen darf – auch im Betrieb – nicht heimlich mitgeschnitten werden (vgl. BAG 19.7.2012 – 2 AZR 989/11, BAGE 142, 351 Rn. 40 = NZA 2013, 143).

[36] Die Pflichtverletzung des Kl. ist so gravierend, dass sie im Grundsatz eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen kann.

[37] c) Bei der Prüfung im Rahmen des § 626 I BGB, ob dem Arbeitgeber trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das 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. Dabei lassen sich die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumindest bis zum Ende der Frist für eine ordentliche Kündigung zumutbar ist, nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsfahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf (BAG 13.12.2018 – 2 AZR 370/18, NZA 2019, 445 = NJW 2019, 1161 Rn. 28 ff.).

[38] Ausgehend von diesen Grundsätzen fließen vorliegend folgende Umstände in die Interessenabwägung ein:

- Die Pflichtverletzung des Klägers hat angesichts der Grundrechtsverletzung erhebliches Gewicht. Sie beeinträchtigt insbesondere das Verhältnis zwischen dem Kläger und seinem Vorgesetzten Herrn C sowie der Betriebsratsvorsitzenden Frau A gravierend.
- Zwar wusste der Kläger nicht um die Strafbarkeit der Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes. Dies ändert aber nichts daran, dass ihm die Umstände, die das Unwerturteil begründen, bewusst waren: Auch für den Kläger war offensichtlich, dass er die Unbefangenheit der mündlichen Äußerungen des Herrn C und der Frau A ausnutzte und diesen die Möglichkeit nahm, selbst über die Reichweite ihrer Äußerungen zu bestimmen.
- Nach dem Gespräch vom 28.1.2022 befand sich der Kläger in einer emotional angespannten Lage und war sehr verunsichert. Der Kläger handelte nicht aus Böswilligkeit, sondern aus Unsicherheit. Da der Kläger den Eindruck hatte, dass der Betriebsrat nicht auf seiner Seite stehe, kann er nicht darauf verwiesen werden, dass er durch Gesprächsteilnahme der Betriebsratsvorsitzenden hinreichend geschützt gewesen sei.

Anders als in dem Fall, der dem Urteil des LAG Rheinland-Pfalz 19.11.2021 (2 Sa 40/21, BeckRS 2021, 48498) zugrunde lag, muss-

te der Kläger indes nicht damit rechnen, dass ihm gegenüber unsachgemäße, diskriminierende oder ehrverletzende Äußerungen getätigt werden. Die Tonaufzeichnung sollte nicht dazu dienen, etwaige rechtswidrige Angriffe auf die Person des Klägers zu dokumentieren. Auch wenn der Kläger mit einem aus seiner Sicht unerfreulichen Gespräch rechnete, befand er sich nicht in einer Notsituation.

- Der Kläger erhielt die WhatsApp der Frau A am 3.2.2022, nachdem er das fragliche Personalgespräch bereits am 31.1.2022 aufgenommen hatte. In der WhatsApp wies Frau A darauf hin, dass der Kläger es vorab mitteilen muss, wenn er ein Telefonat aufzeichnet oder das Telefon in Anwesenheit eines Dritten laut stellt. Es kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der Kläger diesen Hinweis auf das Personalgespräch vom 31.1.2022 bezog und als Aufforderung, die Audio-Datei zu löschen, verstand.
- Indem der Kläger die Audio-Datei im Vorprozess als Beweismittel anbot, nahm er in Kauf, dass die Vertraulichkeit des Gesprächs endgültig gebrochen und das nichtöffentlich gesprochene Wort öffentlich wird. Damit wollte er seine Prozessaussichten auf Kosten seiner Gesprächspartner verbessern. Dass die Audio-Datei im Prozess nicht tatsächlich verwertet wurde, beruhte nicht auf der Entscheidung des Klägers.
- Die Kammer geht davon aus, dass – nachdem insbesondere sein Prozessbevollmächtigter dem Kläger das Problem verdeutlicht hat – keine Wiederholungsgefahr bestand. Die Beklagte musste nicht damit rechnen, dass der Kläger während der Kündigungsfrist vergleichbare Pflichtverletzungen vornehmen würde.
- Das Arbeitsverhältnis der Parteien bestand im Kündigungszeitpunkt bereits seit gut 19 Jahren. Der Kläger hat das Arbeitsverhältnis als junger Mann begonnen und sich zum Schichtleiter hochgearbeitet. Es handelt sich um ein besonders langjähriges Arbeitsverhältnis. Auch wenn die Beklagte zuletzt mit der Zusammenarbeit unzufrieden war und deshalb die Versetzung aussprach, hatte das Arbeitsverhältnis – bezogen auf etwaige frühere Pflichtverletzungen des Klägers – einen störungsfreien Verlauf.
- Der Kläger ist zwei Kindern gegenüber unterhaltspflichtig.

[39] Unter Berücksichtigung all dieser Aspekte hält die Kammer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Dauer der Kündigungsfrist für die Bekl. zumutbar. Zwar liegt eine gravierende Pflichtverletzung vor. Bestünde das Arbeitsverhältnis erst wenige Jahre, so hielte die Kammer die außerordentliche Kündigung für gerechtfertigt. Da während der Kündigungsfrist kein vergleichbares Fehlverhalten zu erwarten ist, ist das Arbeitsverhältnis aber angesichts seiner langen Dauer und der damit verbundenen verstärkten Vertrauensbeziehung aus sozialen Erwägungen bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortzusetzen. Ein Arbeitnehmer, der mehr als 19 Jahre im selben Unternehmen arbeitet, hat seine private Situation auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses abgestellt. Es ist der Bekl. zumutbar, dem Kl. eine gewisse Zeit zu geben, um sich auf die neue Lage einzustellen.

[40] 3. Der Kl. wendet sich weiter gegen die hilfswise ausgesprochene ordentliche Kündigung. Dieser Klagantrag hat keinen Erfolg. Die ordentliche Kündigung vom 28.6.2022 ist wirksam und beendet das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 31.1.2023.

[41] a) Die Kündigung ist nicht nach §§ 7, 4 S. 1 KSchG wirksam geworden.

[42] b) Angesichts der Dauer der Betriebszugehörigkeit des Kl. und der Anzahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer bedarf die ordentliche Kündigung der sozialen Rechtfertigung (§§ 1 I, 23 I KSchG). Diese Voraussetzung ist erfüllt. Die Kündigung ist durch Gründe, die im Verhalten des Kl. liegen, bedingt (§ 1 II KSchG).

[43] Eine Kündigung ist durch Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers bedingt und damit nicht sozial ungerechtfertigt,

wenn dieser seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten erheblich und in der Regel schuldhaft verletzt hat, eine dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten steht und dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers über die Kündigungsfrist hinaus in Abwägung der Interessen beider Vertragsteile nicht zumutbar ist. Auch eine erhebliche Verletzung der den Arbeitnehmer gem. § 241 I BGB treffenden Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers kann eine Kündigung rechtfertigen. Eine Kündigung scheidet dagegen aus, wenn schon mildere Mittel und Reaktionen vonseiten des Arbeitgebers – etwa eine Abmahnung – geeignet gewesen wären, beim Arbeitnehmer künftige Vertragstreue zu bewirken. Einer Abmahnung bedarf es nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (vgl. §§ 314 II, 323 II BGB) nur dann nicht, wenn bereits von vornherein erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung auch nach Ausspruch einer Abmahnung nicht zu erwarten oder die Pflichtverletzung so schwerwiegend ist, dass selbst deren erstmalige Hinnahe durch den Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – ausgeschlossen ist (BAG 16.12.2021 – 2 AZR 356/21, NZA 2022, 407 = NJW 2022, 1331 Rn. 12).

[44] Durch die Aufzeichnung des Personalgesprächs vom 31.1.2022 hat der Kl. seine Rücksichtnahmepflicht erheblich und schuldhaft verletzt. Eine dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllung steht in Zukunft nicht mehr zu erwarten, da die Bekl. und insbesondere der Produktionsleiter Herr C das Vertrauen in die Person des Kl. verloren haben. Eine dauerhafte Zusammenarbeit ist der Bekl. daher nicht zumutbar.

[45] Die Bekl. war nicht gehalten, anstelle einer Kündigung eine Abmahnung auszusprechen. Zwar ist damit zu rechnen, dass eine Abmahnung insofern Erfolg hätte, als sie den Kl. künftig von vergleichbaren Pflichtverletzungen abhielte. Jedoch ist die Pflichtverletzung, die dem Kl. vorzuwerfen ist, so schwerwiegend, dass selbst deren erstmalige Hinnahe durch die Bekl. nach objektiven Maßstäben unzumutbar und offensichtlich ausgeschlossen ist. Die Bekl. muss gewährleisten, dass ihre Mitarbeiter im beruflichen Rahmen auf die Vertraulichkeit ihres Wortes vertrauen können, und sich insofern schützend vor ihre Mitarbeiter stellen. Um dies auch gegenüber der Belegschaft deutlich zu machen, kann die Bekl. von den Mitarbeitern – insbesondere von Herrn C und Frau A – nicht verlangen, dauerhaft mit dem Kl. zusammenzuarbeiten.

[46] c) Die Bekl. hat den Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß angehört. Sie hat den Betriebsrat über die Person des zu kündigenden Arbeitnehmers, die Kündigungsart und die Kündigungsgründe ausreichend informiert.

[47] Für die Mitteilung der Kündigungsgründe gilt der Grundsatz der „subjektiven Determinierung“. Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat die Umstände mitteilen, die seinen Kündigungsentschluss tatsächlich bestimmt haben. Dem kommt er dann nicht nach, wenn er dem Betriebsrat einen schon aus seiner eigenen Sicht unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalt darstellt. Zu einer vollständigen und wahrheitsgemäßen Information gehört darüber hinaus die Unterrichtung über Tatsachen, die ihm – dem Arbeitgeber – bekannt und für eine Stellungnahme des Betriebsrats möglicherweise bedeutsam sind, weil sie den Arbeitnehmer entlasten und deshalb gegen eine Kündigung sprechen kön-

nen (BAG 23.10.2014 – 2 AZR 736/13, NZA 2015, 476 = NJW 2015, 1469 Rn. 14).

[48] Die Bekl. war nicht gehalten, den Betriebsrat darauf hinzuweisen, dass dem Kl. die Rechtswidrigkeit seines Handelns nicht bewusst gewesen war, dass der Kl. die Datei noch am gleichen Tage gelöscht hatte und dass er um Entschuldigung gebeten hatte. Diese Umstände waren der Bekl. nämlich teilweise (das Löschen der Datei) nicht bekannt, teilweise spielten sie für die Kündigungsentscheidung der Bekl. keine Rolle. Insbesondere kam es der Bekl. auf die Strafbarkeit der Pflichtverletzung nicht an. Die Umstände, die das Unwerturteil und die Persönlichkeitsrechtsverletzung begründen, waren dem Kl. hingegen bekannt.

[49] 4. Da mit der Entscheidung über die Wirksamkeit der Kündigungen vom 28.6.2022 zugleich feststeht, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien fortbesteht, hat der Kl. kein rechtlich schutzwürdiges Interesse an einer gesonderten Feststellung dieses Fortbestands. Die allgemeine Feststellungsklage (Klagantrag zu 2) ist daher abzuweisen (vgl. BGH 27.1.1994 – 2 AZR 484/93, NZA 1994, 812 = NJW 1994, 2780 (unter B II 2 b (1))).

(Mitgeteilt von Rechtsanwalt Olaf Müller, Freiburg; der Einsender ist Prozessbevollmächtigter in diesem Verfahren)

**Anm. d. Schriftlfg.:** Gegen die Entscheidung wurde Berufung eingelegt unter dem Az. 10 Sa 79/22. – Zur außerordentlichen Kündigung wegen eines heimlich aufgezeichneten Personalgesprächs s. LAG Hessen v. 23.8.2017 – 6 Sa 137/17, NZA-RR 2018, 73. Die ordentliche Kündigung im Spiegel der Rechtsprechung behandelt der Beitrag von Schulte Westenberg NZA-RR 2022, 505. ■

## Betriebsverfassungsrecht

### Unzuständigkeit der Einigungsstelle über die Personaleinsatzplanung von Leiharbeitnehmern

ArbGG § 100 I 2; BetrVG §§ 87 I Nr. 2, 99, 100

1. Die Einigungsstelle ist gem. § 100 I 2 ArbGG offensichtlich unzuständig, wenn die Verhandlungen noch nicht gescheitert sind. Dementsprechend muss der antragstellende Beteiligte zumindest den Versuch unternommen haben, mit der Gegenseite in Verhandlungen zum Thema der Einigungsstelle einzutreten. Dazu gehört insbesondere, eigene Vorstellungen zum Regelungsthema zu formulieren, über die dann überhaupt erst verhandelt werden kann. Das Fehlen eines konkreten Verhandlungsgegenstands schließt ein sich anschließendes Scheitern von Verhandlungen denklogisch aus.

2. Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten gem. §§ 99, 100 BetrVG einerseits und in sozialen Angelegenheiten nach § 87 I Nr. 2 BetrVG andererseits betreffen andere Regelungsgegenstände und sind dementsprechend auch mit anderen Konfliktlösungsmechanismen ausgestattet, so dass sowohl die Verfahren als auch die korrespondierenden Konfliktlösungsmechanismen selbstständig neben einander stehen und nicht mit einander verzahnt sind.

3. Begehrt der antragstellende Arbeitgeber die Einsetzung einer Einigungsstelle, die über die Personaleinsatzplanung von Leiharbeitnehmern entscheiden soll, reichen der bloße Verweis auf die in einem anhängigen Verfahren gem. §§ 99, 100

BetrVG aufgeführten Einsatzzeiten von geplanten Leiharbeitnehmern und der Hinweis, der Betriebsrat hätte im Zuge dieses Verfahrens seine Boykothaltung gegenüber dem Einsatz von Leiharbeitnehmern zum Ausdruck gebracht, nicht aus, um ein Scheitern von Verhandlungen im Sinne des § 100 I 2 ArbGG ohne Hinzutreten von weiteren Gesichtspunkten anzunehmen.

ArbG Stuttgart Beschl. v. 1.12.2022 – 25 BV 187/22

**Zum Sachverhalt:** Die Bet. streiten über die Einsetzung einer Einigungsstelle betreffend die Aufstellung von Personaleinsatzplänen für Leiharbeitnehmer im Zeitraum vom 21.11.2022 bis zum 14.1.2023.

Die Ast. betreibt derzeit ca. 70 Filialen des textilen Einzelhandels, in welchen sie Bekleidung für Damen, Herren und Kinder vertreibt, im gesamten Bundesgebiet, ua die Filiale S. 1. Deutschlandweit sind bei der Ast. ca. 3.500 Mitarbeiter beschäftigt. Der Bet. zu 2 (nachfolgend: Betriebsrat) ist der für die Filiale S. 1, gewählte Betriebsrat. Die Bet. schlossen am 7.11.2017 eine Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit und zur Personaleinsatzplanung (nachfolgend: BV Arbeitszeit). §§ 6.1 und 6.2 BV Arbeitszeit regeln dabei das Folgende: „Die Personaleinsatzplanung muss sechs Wochen im Voraus zur Zustimmung dem Betriebsrat eingereicht werden, jeweils möglichst bis spätestens Montagabend, damit sie immer vier Wochen im Voraus aushängt (vier Wochenpläne hängen aus). Änderungen des und Abweichungen von der PEP müssen durch den Arbeitgeber mindestens eine Woche im Voraus schriftlich beim Betriebsrat beantragt und durch diesen genehmigt werden. Ist die Einhaltung der Wochenfrist aus dringenden betrieblichen Gründen (zB kurzfristige Erkrankung von mehreren Beschäftigten der Filiale oder sonst unvorhergesehene Ereignisse) nicht möglich, ist der Betriebsrat unverzüglich mündlich und zusätzlich schriftlich unter Angabe von Gründen zu benachrichtigen. In diesem Fall hat der Betriebsrat wenn möglich, in der nächsten ordentlichen Sitzung über die beantragte Änderung zu beschließen. Sollte keine ordentliche Betriebsratssitzung mehr zwischen Planänderung und geplanter Durchführung der Änderung möglich sein, wird der Betriebsrat unverzüglich eine außerordentliche Sitzung einberufen und über die Planänderung beschließen. Kommt es zu unvorhergesehenen Änderungen und ist der Betriebsrat kurzfristig beschlussfähig, wird er beschließen.“

Die Bet. des vorliegenden Beschlussverfahrens streiten bereits seit einiger Zeit über die verbindliche Festlegung der Personaleinsatzpläne sowohl für die Stammebelegschaft als auch für den Einsatz von etwaigen Leiharbeitnehmern. Ursprünglich beantragte die Ast. in einem am 11.11.2022 anhängig gemachten Verfahren (ArbG Stuttgart – 25 BV 183/22) vor der auch in diesem Verfahren zur Entscheidung bestimmten Kammer, die Einrichtung einer Einigungsstelle, welche über die Personaleinsatzpläne für Leiharbeitnehmer in den Kalenderwochen 47 ff. und für die Stammebelegschaft in den Kalenderwochen 48/2022, 52/2022 entscheiden sollte. In der mündlichen Verhandlung vom 16.11.2022 einigten sich die Bet. auf eine Einigungsstelle unter dem Vorsitz von Herrn Dr. W, welche befugt war, über die Personaleinsatzpläne der Stammebelegschaft für die Kalenderwochen 48/2022, 50/2022 zu entscheiden. Die Ast. strebte an, in dieser Einigungsstelle den Regelungsgegenstand auf den Einsatz von Leiharbeitnehmern zu erweitern. Im Rahmen dieser Einigungsstelle konnten sich die Bet. am 22.11.2022 und 29.11.2022 auf die Personaleinsatzpläne für die Stammebelegschaft betreffend die Kalenderwochen 48/2022, 50/2022 einigen. Über die Personaleinsatzpläne der Leiharbeitnehmer konnte keine Einigung erzielt werden, da die Ast. die Personaleinsatzpläne für die Leiharbeitnehmer noch nicht vorgelegt hatte. Die Bet. einigten sich allerdings dahingehend, dass der Betriebsrat dem Einsatz von Leiharbeitnehmern am 25.11.2022 („Black Friday“) und am 26.11.2022 („Black „Saturday“) zustimmt. Am 17.11.2022 leitete die Ast. bei der 25. Kammer des ArbG Stuttgart ein Verfahren gem. §§ 99, 100 BetrVG (25 BV 186/22) bezüglich der Ersetzung der Zustimmung zur befristeten Einstellung von Leiharbeitnehmern ein. Gleichzeitig beantragte die Ast. festzustellen, dass die befristete Einstellung der Leiharbeitnehmer in der Zeit vom 21.11.2022 bis zum 14.1.2023 aus sachlichen Gründen dringend erforderlich sei. Aus den in diesem Verfahren angekündigten Anträgen ergeben sich die Namen und vorgesehenen Einsatzzeiten der von der Ast. eingeplanten Leiharbeitneh-